BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 114/08

Verkündet am:
6. Mai 2009
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 1570, 1578 b

a) Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ist zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die notwendige Betreuung der Kinder auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte. Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein auf das Alter der Kinder abstellt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht (im Anschluss an das Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770).

b) Soweit die Betreuung der Kinder auf andere Weise sichergestellt oder in einer kindgerechten Einrichtung möglich ist, kann einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils auch entgegenstehen, dass der ihm daneben verbleibende Anteil an der Betreuung und Erziehung der Kinder zu einer überobligationsmäßigen Belastung führen kann (im Anschluss an die Senatsurteile vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770 und vom 16. Juli 2008 - XII ZR 109/05 - FamRZ 2008, 1739, 1748 f.).

c) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts nach § 1578 b BGB scheidet schon deswegen aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Eine Be-

grenzung des Betreuungsunterhalts vom eheangemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB auf den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung setzt einerseits voraus, dass die notwendige Erziehung und Betreuung gemeinsamer Kinder trotz des abgesenkten Unterhaltsbedarfs sichergestellt und das Kindeswohl auch sonst nicht beeinträchtigt ist, andererseits eine fortdauernde Teilhabe des betreuenden Elternteils an den abgeleiteten Lebensverhältnissen während der Ehe unbillig erscheint.

BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 - XII ZR 114/08 - OLG Karlsruhe in Freiburg
AG Villingen-Schwenningen

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 2009 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, den Richter Prof. Dr. Wagenitz, die Richterin Dr. Vézina und die Richter Dose und Dr. Klinkhammer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Familiensenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 30. Juni 2008 unter Verwerfung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über die Unterhaltsansprüche der Klägerin für die Zeit ab dem 1. Januar 2008 entschieden wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt.

2 Sie hatten im Juli 1989 die Ehe geschlossen, aus der der im Februar 1994 geborene Sohn S. und der im April 1996 geborene Sohn T. hervorgegan-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gen sind. Nach der Trennung zum Jahreswechsel 2002/2003 wurde die Ehe im Juni 2004 rechtskräftig geschieden.

3 Die gemeinsamen Kinder leben seit der Trennung der Parteien bei der Klägerin. Der ältere Sohn S. leidet seit seiner Geburt unter ADS (Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom).

4 Die Klägerin ist Krankengymnastin und übte diesen Beruf bis zur Geburt des älteren Kindes in Vollzeit aus. Nach der Geburt der Kinder nahm sie ihren Beruf zunächst stundenweise wieder auf. Seit 1998 geht sie freiberuflich einer Teilzeitbeschäftigung in einer Gemeinschaftspraxis nach. Ihre wöchentliche Arbeitszeit betrug im Jahre 2005 15 bis 18 Stunden, im Jahre 2006 ca. 20 Stunden und beläuft sich seit Januar 2007 auf jedenfalls 25 bis 30 Stunden. Der Beklagte ist als Verwaltungsleiter vollschichtig erwerbstätig.

5 Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Zahlung nachehelichen Betreuungsunterhalts in zeitlich gestaffelter Höhe, zuletzt für die Zeit ab Februar 2006 in Höhe von monatlich 796 € verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Entscheidung abgeändert und die Unterhaltspflicht des Beklagten - zeitlich gestaffelt - herabgesetzt, zuletzt für die Zeit ab Januar 2008 auf monatlich 405 € (81 € Altersvorsorgeunterhalt und 324 € Elementarunterhalt) und für die Zeit ab April 2008 auf monatlich 378 € (76 € Altersvorsorgeunterhalt und 302 € Elementarunterhalt). Es hat die Revision zugelassen, "weil die Rechtssache wegen der Neuregelung des § 1578 b BGB grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern".

6 Mit seiner Revision gegen das Berufungsurteil begehrt der Beklagte Abweisung der Klage für die Zeit ab Januar 2006.

Entscheidungsgründe:

A.

7 Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Verurteilung zu nachehelichem Unterhalt für die Zeit bis Ende 2007 richtet. Denn insoweit hat das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen (§ 543 Abs. 1 ZPO).

8 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich eine wirksame Beschränkung des Rechtsmittels auch bei uneingeschränkter Zulassung im Tenor der angefochtenen Entscheidung aus dessen Entscheidungsgründen ergeben (Senatsbeschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07 - FamRZ 2008, 1339, 1340; Senatsurteile BGHZ 153, 358, 360 f. = FamRZ 2003, 590 f. und vom 12. November 2003 - XII ZR 109/01 - FamRZ 2004, 612). Eine solche Beschränkung setzt allerdings voraus, dass das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Nachprüfung im Revisions- oder Rechtsbeschwerdeverfahren hinreichend klar auf einen abtrennbaren Teil seiner Entscheidung begrenzt hat (Senatsurteil vom 12. Juli 2000 - XII ZR 159/98 - NJW-RR 2001, 485, 486). Das ist hier der Fall.

9 Den Gründen der angefochtenen Entscheidung ist zu entnehmen, dass das Oberlandesgericht die Revision nur zur Höhe und Dauer des Betreuungsunterhalts nach dem seit dem 1. Januar 2008 geltenden Unterhaltsrecht zulassen wollte. Denn die ausdrücklich in Bezug genommene Neuregelung des § 1578 b BGB ist erst zu diesem Zeitpunkt in Kraft getreten. Die grundsätzlich zu klärende Rechtsfrage wirkt sich deswegen nur auf den Unterhaltsanspruch ab Januar 2008 aus. Bezieht sich in einem Unterhaltsrechtsstreit die Zulassungsfrage - wie hier - nur auf einen Teil des streitigen Zeitraums, liegt regel-

mäßig die Annahme nahe, das Berufungsgericht habe die Revision nur hinsichtlich des von der Zulassungsfrage betroffenen Teils zulassen wollen. Ein derartiges Verständnis des Ausspruchs über die Zulassung trägt auch der mit dem Prinzip der Zulassungsrevision verfolgten Konzentration des Revisionsgerichts auf rechtsgrundsätzliche Fragen Rechnung. Es verhindert umgekehrt, dass durch eine formal undifferenzierte Zulassung der Revision abtrennbare Teile des Streitstoffs ohne ersichtlichen Grund einer revisionsgerichtlichen Prüfung unterzogen werden müssen (Senatsurteile vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 771 Tz. 9 und vom 29. Januar 2003 - XII ZR 289/01 - FamRZ 2003, 445, 446).

B.

10 Soweit die Revision zulässig ist, hat sie Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I.

11 Das Oberlandesgericht hat der Berufung des Beklagten nur teilweise stattgegeben, seine Unterhaltspflicht für die Zeit von Januar bis März 2008 auf monatlich 405 € und für die Zeit ab April 2008 auf monatlich 378 € herabgesetzt und eine zeitliche Befristung der Unterhaltspflicht abgelehnt.

12 Bei der Bemessung des unterhaltsrelevanten Einkommens der Klägerin seien die steuerlich anerkannten Betriebsausgaben für ein häusliches Arbeitszimmer nicht zu berücksichtigen, weil ein entsprechender unterhaltsrechtlicher

Bedarf nicht nachgewiesen sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 177, 272 = FamRZ 2008, 1739, 1745 Tz. 67 f.) seien für die Altersvorsorge der selbständig tätigen Klägerin maximal 20 % des Bruttoeinkommens sowie weitere 4 % als zusätzliche Altersvorsorge zu berücksichtigen. Für die Zeit ab 2007 ergebe sich aus der Teilzeiterwerbstätigkeit im Umfang von 25 bis 30 Wochenstunden nach Abzug der Altersvorsorge sowie der Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 838 €.

13 Nach dem seit dem 1. Januar 2008 geltenden Recht komme die Klägerin mit ihrer Erwerbstätigkeit im Umfang von 25 bis 30 Wochenstunden unter Berücksichtigung der Betreuungsbedürftigkeit der beiden Kinder ihrer Erwerbsobliegenheit in ausreichendem Maße nach. Gemäß § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB könne ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinsamen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt beanspruchen. Die Neuregelung verlange jedoch keinen abrupten, übergangslosen Wechsel von einer Betreuung des Kindes hin zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit. Im Interesse des Kindes sei vielmehr auch in Zukunft ein gestufter, kontinuierlicher Übergang möglich. Der Betreuungsunterhalt verlängere sich, wenn dies der Billigkeit entspreche. Dafür seien in erster Linie kindbezogene Gründe ausschlaggebend, wobei auf eine besondere Betreuungsbedürftigkeit des Kindes abzustellen sei. Dabei sei zwar auch von Bedeutung, ob eine geeignete andere Betreuungsmöglichkeit bestehe; eine Fremdbetreuung müsse jedoch zumutbar sein und mit dem Kindeswohl im Einklang stehen.

14 Von der Klägerin könne aus solchen kindbezogenen Gründen keine Vollzeiterwerbstätigkeit verlangt werden. Weil der ältere Sohn seit seiner Geburt unter ADS leide, bedürfe er nach wie vor einer intensiven Betreuung. Er habe Konzentrationsschwierigkeiten, könne sich nicht organisieren und entwickle

keine Eigeninitiative. Ihm müsse eine Tagesstruktur vorgegeben und er müsse zu den Hausaufgaben angeleitet und dabei überwacht werden. Auch zu der erforderlichen täglichen Einnahme von Medikamenten müsse er angehalten werden. Er bedürfe somit einer ständigen Kontrolle, Hilfe und Anleitung durch die Klägerin. Ihr sei es deswegen nicht zumutbar, den Jungen einer Fremdbetreuung zu überlassen. Eine solche Fremdbetreuung entspreche auch nicht dem Kindeswohl, da der Sohn an die Betreuung durch die Mutter gewöhnt sei und diese den Betreuungsbedarf am besten einschätzen könne.

15 Auch aus elternbezogenen Gründen, die auf der nachehelichen Solidarität beruhten und das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung schützten, sei der Klägerin noch keine Vollzeiterwerbstätigkeit zumutbar. Die während des ehelichen Zusammenlebens praktizierte Rollenverteilung einer Vollzeitbeschäftigung des Beklagten sowie der Kinderbetreuung durch die Klägerin stehe auch jetzt noch einer vollschichtigen Erwerbsobliegenheit entgegen. Aus Gründen der nachehelichen Solidarität sei es vielmehr geboten, den Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu verlängern.

16 Der Beklagte sei gehalten, alle Steuervorteile auszunutzen und müsse sich deswegen einen Kinderfreibetrag auf seiner Lohnsteuerkarte eintragen lassen. Ein Freibetrag für den Realsplittingvorteil durch Unterhaltszahlungen an die Klägerin sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 171, 206, 221 f. = FamRZ 2007, 793, 797 Tz. 41 ff.) allerdings nicht zu verlangen, weil der Beklagte weder freiwillig Ehegattenunterhalt zahle, noch diesen anerkannt habe oder rechtskräftig dazu verurteilt sei. Unter Berücksichtigung seiner zusätzlichen Altersvorsorge von maximal 4 % ergebe sich ein Nettoeinkommen des Beklagten für die Zeit ab Januar 2008 in Höhe von monatlich 2.366 €. Davon sei der Zahlbetrag auf den Kindesunterhalt nach Einkommensgruppe 6 der Düsseldorfer Tabelle abzusetzen. Daraus ergebe sich ein Unterhaltsanspruch

der Klägerin für die Zeit von Januar bis März 2008 in Höhe von monatlich 405 € (81 € Altersvorsorgeunterhalt und 324 € Elementarunterhalt) und für die Zeit ab April 2008 in Höhe von monatlich 378 € (76 € Altersvorsorgeunterhalt und 302 € Elementarunterhalt).

17 Der Unterhaltsanspruch der Klägerin sei nicht nach § 1579 BGB verwirkt. Soweit der Beklagte eine höher dotierte Stelle als Verwaltungsdirektor nicht erhalten habe, weil die Klägerin ihren titulierten Unterhaltsanspruch mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss bei dem Arbeitgeber des Beklagten vollstrecke, sei dies der Klägerin nicht vorzuwerfen. Der Beklagte habe zwar zugesichert, den pfändbaren Betrag seines Einkommens freiwillig zu zahlen. Er habe aber auch darauf hingewiesen, dass er die Zusage nicht absichern könne. Im Hinblick auf das angespannte Verhältnis der Parteien sei es der Klägerin nicht vorwerfbar, wenn sie der Zusage des Beklagten nicht vertraue.

18 Auch die Strafanzeigen der Klägerin gegen den Beklagten führten nicht zur Verwirkung ihres Unterhaltsanspruchs. Zwar könne eine bewusst wahrheitswidrige Strafanzeige gegen den Unterhaltspflichtigen zur Verwirkung von Unterhaltsansprüchen führen. Dies sei aber dann nicht der Fall, wenn die Vorwürfe zumindest teilweise berechtigt seien und der Unterhaltsberechtigte wegen des engen Zusammenhangs mit dem Rechtsstreit der Parteien in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt habe. Vorliegend habe der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht nachgewiesen, dass die Klägerin die Strafanzeigen bewusst wahrheitswidrig erstattet habe. Der Beklagte habe nach dem Inhalt der einstweiligen Anordnung vom 18. Oktober 2005 monatlichen Unterhalt von 700 € für die Zeit vom 15. Februar bis Juni 2005 und von 708 € für die Zeit ab Juli 2005 zu zahlen, im Jahr 2005 aber keinen Ehegattenunterhalt geleistet. Wenn er trotz Auszahlung eines Veräußerungserlöses aus dem Verkauf des Hausgrundstücks in Höhe von ca. 33.000 € fehlende Leis-

tungsfähigkeit vorgetragen und in seiner eidesstattlichen Versicherung angegeben habe, über kein Vermögen zu verfügen, könne die Strafanzeige wegen falscher eidesstattlicher Versicherung, Unterhaltsverletzung und Vollstreckungsvereitelung nicht als mutwillig bewertet werden. Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren wegen falscher eidesstattlicher Versicherung sei auch nur wegen geringer Schuld gemäß § 153 a StPO eingestellt worden.

19 Die Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin an die Dienstvorgesetzten des Beklagten seien zwar zu missbilligen, ebenfalls aber nicht geeignet, eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin zu begründen. Die Schreiben enthielten zwar eine Beleidigung und eine üble Nachrede. Der Verwirkungstatbestand des § 1579 Nr. 3 und Nr. 5 BGB sei unter Berücksichtigung aller Umstände allerdings nicht erfüllt. Denn dies setze ein schwerwiegendes vorsätzliches Vergehen voraus. Hier seien durch die Schreiben weder die Vermögensinteressen des Beklagten schwerwiegend gefährdet noch sein Arbeitsplatz gefährdet worden, denn der Beklagte habe nicht konkret dargelegt, dass ihm die Schreiben berufliche Nachteile gebracht hätten. Schließlich habe sich der Rechtsanwalt des Beklagten zuvor an die Mitarbeiter in der Gemeinschaftspraxis der Klägerin gewandt und deren Glaubwürdigkeit in Frage gestellt.

20 Der Unterhaltsanspruch der Klägerin sei weder zeitlich zu befristen noch zur Höhe zu begrenzen. Im Rahmen einer Herabsetzung oder zeitlichen Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578 b BGB seien die Belange eines dem Berechtigten zur Pflege und Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes zu berücksichtigen. Außerdem sei entscheidend, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten seien, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Eine über die dem § 1570 BGB immanente Begrenzung

hinausgehende Beschränkung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt komme deswegen nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht.

21 Hier scheide eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs schon mangels hinreichend sicherer Prognose über die weitere Entwicklung aus. Die Klägerin könne wegen der notwendigen Betreuung der Kinder, insbesondere des älteren Sohnes, derzeit noch keiner Vollzeitbeschäftigung nachgehen, sodass die ehebedingten Nachteile für sie noch fortwirkten. Gegenwärtig sei noch nicht absehbar, ob und in welchem Umfang wegen der nur eingeschränkten Berufstätigkeit der Klägerin künftig weitere ehebedingte Nachteile entstehen könnten. Aus Billigkeitsgründen könne der Klägerin die Teilhabe an den ehelichen Lebensverhältnissen nicht versagt werden, soweit und solange sie aufgrund der Betreuungsbedürftigkeit der Kinder an einer Vollzeitbeschäftigung gehindert sei.

II.

22 Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

23 Soweit die Revision zulässig ist, richtet sich der Anspruch der Klägerin auf Betreuungsunterhalt nach dem neuen Unterhaltsrecht, also nach § 1570 BGB in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung (BGBl. 2007 I S. 3189). Danach kann ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB). Die Dauer des Anspruchs auf

Betreuungsunterhalt verlängert sich darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 2 BGB).

24 1. Mit dieser Neuregelung hat der Gesetzgeber den nachehelichen Betreuungsunterhalt grundlegend umgestaltet. Er hat einen auf drei Jahre befristeten Basisunterhalt eingeführt, der aus Gründen der Billigkeit verlängert werden kann (BT-Drucks. 16/6980 S. 8 f.). Im Rahmen dieser Billigkeitsentscheidung sind nach dem Willen des Gesetzgebers kind- und elternbezogene Verlängerungsgründe zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteile vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 772 Tz. 19 und vom 16. Juli 2008 - XII ZR 109/05 - FamRZ 2008, 1739, 1746 ff.). Obwohl der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ausgestaltet ist, wird er vor allen Dingen im Interesse der Kinder gewährt, um deren Betreuung und Erziehung sicher zu stellen (BT-Drucks. 16/6980 S. 9).

25 a) Mit der Einführung des Basisunterhalts bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres hat der Gesetzgeber dem betreuenden Elternteil die freie Entscheidung eingeräumt, ob er das Kind in dessen ersten drei Lebensjahren selbst erziehen oder andere Betreuungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen will. Ein während dieser Zeit erzieltes Einkommen ist damit stets überobligatorisch und der betreuende Elternteil kann die bestehende Erwerbstätigkeit wieder aufgeben und sich voll der Erziehung und Betreuung des Kindes widmen. Entscheidet er sich allerdings dafür, das Kind auf andere Weise betreuen zu lassen, und erzielt er eigene Einkünfte, ist das überobligatorisch erzielte Einkommen nach den Umständen des Einzelfalles anteilig zu berücksichtigen (Senatsurteile vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 772 Tz. 20 f. m.w.N. und vom 13. April 2005 - XII ZR 273/02 - FamRZ 2005, 1154, 115 f.).

26 b) Für die Zeit ab Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nach der gesetzlichen Neuregelung nur noch dann ein fortdauernder Anspruch auf Betreuungsunterhalt zu, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Damit verlangt die Neuregelung allerdings regelmäßig keinen abrupten Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit (BT-Drucks. 16/6980 S. 9). Nach Maßgabe der im Gesetz genannten kindbezogenen (§ 1570 Abs. 1 Satz 3 BGB) und elternbezogenen (§ 1570 Abs. 2 BGB) Gründe ist auch nach dem neuen Unterhaltsrecht ein gestufter Übergang bis hin zu einer Vollzeiterwerbstätigkeit möglich (Senatsurteile vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 772 Tz. 22 und vom 16. Juli 2008 - XII ZR 109/05 - FamRZ 2008, 1739, 1748).

27 Mit der gesetzlichen Neuregelung des § 1570 BGB hat der Gesetzgeber dem unterhaltsberechtigten Elternteil die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Dauer von drei Jahren hinaus auferlegt (Senatsurteil vom 16. Juli 2008 - XII ZR 109/05 - FamRZ 2008, 1739, 1748). Kind- oder elternbezogene Gründe, die zu einer Verlängerung des Betreuungsunterhalts über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus aus Gründen der Billigkeit führen könnten, sind deswegen vom Unterhaltsberechtigten darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

28 2. Kindbezogene Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach Billigkeit finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 6 Abs. 2 und 5 GG. Sie entfalten damit im Rahmen der Billigkeitsentscheidung das stärkste Gewicht und sind deswegen stets vorrangig zu prüfen (BT-Drucks. 16/6980 S. 9; Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 772 Tz. 24).

29 a) Wie das Berufungsgericht im Ansatz zu Recht erkannt hat, hat der Gesetzgeber mit der Neugestaltung des nachehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres grundsätzlich den Vorrang der persönlichen Betreuung gegenüber anderen kindgerechten Betreuungsmöglichkeiten aufgegeben. Dabei hat der Gesetzgeber an die zahlreichen sozialstaatlichen Leistungen und Regelungen angeknüpft, insbesondere an den Anspruch des Kindes auf den Besuch einer Tageseinrichtung (§ 24 Abs. 1 SGB VIII), die den Eltern auch dabei behilflich sein sollen, Erwerbstätigkeit und Kindererziehung besser miteinander vereinbaren zu können (§ 22 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII; BT-Drucks. 16/6980 S. 8; vgl. auch § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II und § 11 Abs. 4 Satz 2 bis 4 SGB XII).

30 Dies ist im Regelfall mit dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG und dem Kindeswohl vereinbar (BVerfG FamRZ 2007, 965, 969 ff.; BT-Drucks. 16/6980 S. 8). Die Obliegenheit zur Inanspruchnahme einer kindgerechten Betreuungsmöglichkeit findet erst dort ihre Grenzen, wo die Betreuung nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbar ist, was jedenfalls bei öffentlichen Betreuungseinrichtungen wie Kindergärten, Kindertagesstätten oder Kinderhorten regelmäßig nicht der Fall ist (Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 772 f. Tz. 25 f. m.w.N.).

31 b) In dem Umfang, in dem das Kind nach Vollendung des dritten Lebensjahres eine solche Einrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte, kann sich der betreuende Elternteil also nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes berufen. Das beschränkt sich nicht auf einen rein zeitlichen Aspekt, sondern erstreckt sich auch auf den Umfang der möglichen Betreuung. Umfasst etwa die mögliche Betreuung von Schulkindern in einem Hort auch die Hausaufgaben-

betreuung, bleibt auch insoweit für eine persönliche Betreuung durch einen Elternteil kein Bedarf.

32 Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist deswegen stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Einrichtungen gesichert werden könnte (Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 773 Tz. 27 m.w.N.). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, auch der konkrete Betreuungsumfang der kindgerechten Einrichtung und die Möglichkeit, auf einen eingeschränkten Gesundheitszustand des Kindes einzugehen.

33 Die in Teilen der Rechtsprechung und Literatur noch vertretenen pauschalen Altersphasenmodelle hat der Senat ausdrücklich abgelehnt (Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 773 Tz. 28 m.w.N.). Die Betreuungsbedürftigkeit ist nun nach den individuellen Verhältnissen des Kindes zu ermitteln. Haben die Kinder allerdings ein Alter erreicht, in dem sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zeitweise sich selbst überlassen werden können, kommt es aus kindbezogenen Gründen insoweit nicht mehr auf die vorrangig zu prüfende Betreuungsmöglichkeit in kindgerechten Einrichtungen an.

34 c) Nach diesem gesetzlich vorgegebenen Maßstab hat das Berufungsgericht die Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nicht ausreichend begründet.

35 Es hat nicht festgestellt, ob im näheren Einzugsbereich eine kindgerechte Einrichtung existiert, die die Betreuung der beiden Söhne nach ihrem Schulbesuch einschließlich der Hausaufgabenhilfe ganztags sicherstellt. Soweit das

Berufungsgericht unabhängig von der Existenz und dem Leistungsspektrum einer solchen kindgerechten Einrichtung eine persönliche Betreuung durch die Klägerin für erforderlich erachtet, hält die Entscheidung der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Auch wenn die ADS-Erkrankung des inzwischen 15 Jahre alten Sohnes nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts einen zusätzlichen Betreuungsbedarf begründet, sagt dies noch nichts darüber aus, durch wen eine solche zusätzliche Betreuung sichergestellt werden kann. Wie der problemlose Schulbesuch des Sohnes und seine sportlichen Aktivitäten zeigen, ist eine auswärtige Betreuung nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie hängt vielmehr vom konkreten Betreuungsangebot der kindgerechten Einrichtung ab. Weil das Berufungsgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat, kann die Entscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen keinen Bestand haben.

36 3. Soweit die Betreuung der Kinder auf andere Weise sichergestellt oder in einer kindgerechten Einrichtung möglich ist, können einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils auch elternbezogene Gründe entgegenstehen (Senatsurteil vom 16. Juli 2008 - XII ZR 109/05 - FamRZ 2008, 1739, 1748 f.). Solche elternbezogenen Gründe sind schon nach der Systematik des § 1570 BGB allerdings erst nachrangig zu prüfen, soweit nicht schon kindbezogene Gründe einer Erwerbstätigkeit entgegenstehen.

37 a) Die Berücksichtigung elternbezogener Gründe für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist Ausdruck der nachehelichen Solidarität. Maßgeblich ist dabei das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte oder praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Kinderbetreuung (BT-Drucks. 16/6980 S. 9). Die Umstände gewinnen durch das Vertrauen des unterhaltsberechtigten Ehegatten bei längerer Ehedauer oder bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit zur Erziehung gemeinsamer Kinder weiter an Be-

deutung. Insoweit hat der Senat bereits ausgeführt, dass die ausgeübte und verlangte Erwerbstätigkeit neben dem nach der Erziehung und Betreuung in Tageseinrichtungen verbleibenden Anteil an der Betreuung nicht zu einer überobligationsmäßigen Belastung des betreuenden Elternteils führen darf (Senatsurteil vom 16. Juli 2008 - XII ZR 109/05 - FamRZ 2008, 1739, 1748 f.), die ihrerseits wiederum negative Auswirkungen auf das Kindeswohl entfalten könnte. Denn selbst wenn Kinder ganztags in einer kindgerechten Einrichtung betreut und erzogen werden, was dem betreuenden Elternteil grundsätzlich die Möglichkeit zu einer Vollzeittätigkeit einräumen würde, kann sich bei Rückkehr in die Familienwohnung ein weiterer Betreuungsbedarf ergeben, dessen Umfang im Einzelfall - abhängig von der Anzahl der Kinder und deren Gesundheitszustand - unterschiedlich sein kann. Dann ist eine Prüfung geboten, ob und in welchem Umfang die Erwerbsobliegenheit des unterhaltsberechtigten Elternteils trotz der Vollzeitbetreuung des Kindes noch eingeschränkt ist (Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 773 Tz. 32).

38 b) Auch die Voraussetzungen solcher elternbezogener Verlängerungsgründe hat das Berufungsgericht hier nicht hinreichend festgestellt.

39 Zwar hat es im Ansatz zutreffend darauf abgestellt, dass die Parteien während ihres ehelichen Zusammenlebens eine Rollenverteilung praktiziert hatten, wonach der Beklagte einer Vollzeitbeschäftigung nachging, während die Klägerin die Kinderbetreuung übernommen hatte und daneben lediglich eine Teilzeitbeschäftigung ausübte. Diese Rollenverteilung führte allerdings schon nach dem früher praktizierten Altersphasenmodell (vgl. Ziffer 17.1 der Süddeutschen Leitlinien FamRZ 2005 1376, 1379) zu einer eingeschränkten Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils, wenn das jüngste Kind die dritte Grundschulklasse begonnen hatte. Bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres

des jüngsten Kindes sollte lediglich eine teilweise Erwerbsobliegenheit, danach aber eine volle Erwerbstätigkeit ausgeübt werden.

40 Entscheidend ist aber, dass auch im Rahmen der elternbezogenen Gründe nach der seit dem 1. Januar 2008 geltenden gesetzlichen Neuregelung nicht mehr allein auf das Lebensalter der Kinder, sondern auf die individuellen Umstände abgestellt werden muss. Ob und in welchem Umfang im Falle einer möglichen Vollzeitbetreuung der gemeinsamen Kinder in kindgerechten Einrichtungen gleichwohl noch eine überobligationsmäßige Belastung der Klägerin verbleibt, hat das Oberlandesgericht nicht geprüft. Mangels tatrichterlicher Feststellungen zum genauen Umfang der zeitlichen Arbeitsbelastung im Rahmen einer Vollzeittätigkeit und zum Umfang der zusätzlichen Beanspruchung durch die Betreuung der beiden gemeinsamen Kinder nach Beendigung einer Ganztagsbetreuung kann der Senat auch insoweit nicht abschließend entscheiden.

41 4. Das angefochtene Urteil ist deswegen insoweit aufzuheben und der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

III.

42 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

43 1. Das Oberlandesgericht hat den Verwirkungseinwand des Beklagten zu Recht zurückgewiesen.

44 a) Soweit der Beklagte einen Verwirkungsgrund nach § 1579 Nr. 5 BGB darin sieht, dass die Klägerin nicht auf ihre Rechte aus dem Pfändungs- und

Überweisungsbeschluss für ihren Unterhaltsanspruch verzichtet hat, was seine Beförderung zum Verwaltungsdirektor mit einem um 300 € monatlich höheren Einkommen verhindert habe, hat das Oberlandesgericht dies zu Recht abgelehnt.

45 aa) Der Härtegrund des § 1579 Nr. 5 BGB setzt objektiv einen gravierenden Verstoß des Unterhaltsberechtigten voraus, wie sich aus der Wortwahl "schwerwiegende" und "hinwegsetzen" gibt. Damit stellt die Vorschrift nicht allein auf den Umfang der Vermögensgefährdung ab, sondern auch auf die Intensität der Pflichtverletzung (Senatsurteil vom 16. April 2008 - XII ZR 107/06 - FamRZ 2008, 1325, 1327).

46 bb) Weil der Beklagte im Jahr 2005 keinen Betreuungsunterhalt an die Klägerin geleistet hatte, hatte das Amtsgericht ihm mit einstweiliger Anordnung vom 18. Oktober 2005 aufgegeben, monatlichen Unterhalt für die Zeit bis Juni 2005 in Höhe von 700 € und für die Zeit ab Juli 2005 in Höhe von 708 € zu zahlen. Diese Zahlungsverpflichtung wurde durch das vorläufig vollstreckbare Urteil des Amtsgerichts auf monatlich wechselnde Beträge, zuletzt für die Zeit ab Februar 2006 auf monatlich 796 € sogar erhöht. Aufgrund dieser Unterhaltstitel hatte die Klägerin einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss gegen den Arbeitgeber des Beklagten erwirkt, woraus sie Teilbeträge auf den geschuldeten Unterhalt erhielt. Mit Schreiben vom 18. April 2006 forderte der Beklagte die Klägerin auf, auf ihre Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu verzichten, um seine in Aussicht genommene Beförderung zum Verwaltungsdirektor nicht zu gefährden. Ergänzend wies er allerdings darauf hin, dass er seine Zusage zur fortlaufenden Zahlung der pfändbaren Beträge nicht absichern könne. In dieser Situation hat das Berufungsgericht die fortdauernde Vollstreckung aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu Recht als

Wahrnehmung berechtigter Interessen der Klägerin und nicht als schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne des § 1579 Nr. 5 BGB angesehen.

47 b) Auch die Strafanzeigen der Klägerin gegen den Beklagten hat das Oberlandesgericht zutreffend nicht als schwerwiegende Pflichtverletzung eingestuft, die zu einer Verwirkung ihrer Unterhaltsansprüche nach § 1579 Nr. 3 oder 5 BGB führen könnten (vgl. insoweit Senatsurteil vom 24. Oktober 2001 - XII ZR 284/99 - FamRZ 2002, 23, 25 f.).

48 Die Anzeigen wegen falscher eidesstattlicher Versicherung, Vollstreckungsvereitelung und Unterhaltspflichtverletzung sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls nicht aus der Luft gegriffen. Obwohl der Beklagte im Jahre 2005 aus der Veräußerung des Hausgrundstücks rund 33.000 € erhalten hatte, hatte er sich auf Leistungsunfähigkeit berufen und im gesamten Jahr 2005 keinen Ehegattenunterhalt gezahlt. Selbst wenn die strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen Unterhaltspflichtverletzung und Vollstreckungsvereitelung letztlich mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wurden, steht der vom Oberlandesgericht festgestellte Sachverhalt einer schwerwiegenden Pflichtverletzung durch die Klägerin entgegen. Hinzu kommt, dass das Ermittlungsverfahren gegen den Beklagten wegen falscher eidesstattlicher Versicherung wegen geringer Schuld nach § 153 a StPO eingestellt worden ist. Jedenfalls insoweit hat die Staatsanwaltschaft also ein strafbares Verhalten festgestellt und die Klägerin hat bei ihren Strafanzeigen im Rahmen der Vollstreckung ihres Unterhaltsanspruchs in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt.

49 c) Schließlich hat das Berufungsgericht zu Recht auch eine Verwirkung der Unterhaltsansprüche der Klägerin wegen ihrer Schreiben an die Dienstvor-

gesetzten des Beklagten abgelehnt (vgl. Senatsurteil vom 16. September 1981 - IVb ZR 622/80 - NJW 1982, 100, 101).

50 Zwar setzt der Härtegrund des § 1579 Nr. 5 BGB nicht voraus, dass dem Unterhaltspflichtigen tatsächlich ein Vermögensschaden entstanden ist; vielmehr genügt eine schwerwiegende Gefährdung seiner Vermögensinteressen (Senatsurteil vom 16. April 2008 - XII ZR 107/06 - FamRZ 2008, 1325, 1327). Eine solche schwerwiegende Vermögensgefährdung folgt aber nicht schon daraus, dass die Kenntnis des Arbeitgebers von einer erheblichen strafrechtlichen Verurteilung grundsätzlich auch Auswirkungen auf den Beamtenstatus und den Arbeitsplatz des Verurteilten haben kann. Dies setzt aber eine strafrechtliche Verurteilung voraus. Die Vermögensinteressen des Unterhaltspflichtigen sind dann primär nicht durch die Mitteilung an den Arbeitgeber, sondern durch das vorangegangene eigene strafbare Verhalten gefährdet.

51 Soweit das Oberlandesgericht den Schreiben der Klägerin an die Vorgesetzten der Beklagten auch sonst keinen Verwirkungsgrund entnommen hat, hält dies den Angriffen der Revision im Ergebnis stand. Die Vorwürfe der Klägerin entstammten dem Unterhaltsrechtsstreit der Parteien und waren - wie bereits ausgeführt - nicht aus der Luft gegriffen. Sie waren an den Arbeitgeber des Beklagten gerichtet, bei dem bereits eine Lohnpfändung durchgesetzt werden musste, die nur Teile des Unterhaltsanspruchs sicherstellte. Hinzu kommt, dass der Beklagte sich zuvor über seinen Prozessbevollmächtigten schriftlich an die Mitarbeiterinnen der Gemeinschaftspraxis der Klägerin und somit an unbeteiligte Dritte gewandt hatte, um daraus Vorteile für seine Rechtsposition zu erzielen. Dabei hatte er der Klägerin unterstellt, die Angaben zu ihren Einkommensverhältnissen seien nicht zutreffend, was die Reaktion der Klägerin in einem milderen Licht darstellt. Wenn das Oberlandesgericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung des beiderseitigen Verhaltens ein schwerwiegendes vorsätzliches Ver-

gehen der Klägerin abgelehnt hat, ist dagegen aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.

52 d) Schließlich führt auch die Gesamtheit der genannten Umstände nicht zu einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin. Denn sie hat in Wahrnehmung ihrer berechtigten Interessen gehandelt und dem Beklagten eine falsche eidesstattliche Versicherung vorgeworfen, was sich nachträglich sogar als strafrechtlich relevant erwiesen hat. Soweit sie mit den Vorwürfen gegen den Beklagten an dessen Dienstvorgesetzten getreten ist, hat das Oberlandesgericht zutreffend darauf abgestellt, dass auch der Beklagte die Klägerin gegenüber unbeteiligten Dritten als nicht glaubwürdig dargestellt hat.

53 Hinzu kommt, dass der Klägerin hier Betreuungsunterhalt zugesprochen wurde, der vor allem die Interessen der gemeinsamen Kinder berücksichtigt. Da der Klägerin bei einem monatlichen Nettoeinkommen von 838 € für die Zeit ab Januar 2008 lediglich weiterer Elementarunterhalt in Höhe von 324 € bzw. 302 € zugesprochen wurde, bleibt schon im Hinblick auf die beengten finanziellen Verhältnisse kaum Raum für eine Reduzierung des Unterhaltsanspruchs aus Billigkeitsgründen.

54 2. Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht eine Befristung oder Begrenzung eines möglichen Anspruchs der Klägerin auf Betreuungsunterhalt abgelehnt.

55 a) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts nach § 1578 b BGB scheidet schon deswegen aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billigkeit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind aber bereits alle kind- und eltern-

bezogenen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise fortdauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578 b BGB führen (Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 774 Tz. 42 m.w.N.).

56 b) Auch eine Begrenzung eines Betreuungsunterhalts der Klägerin vom eheangemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB auf einen angemessenen Unterhalt nach ihrer eigenen Lebensstellung kommt gegenwärtig nicht in Betracht.

57 Zwar ist eine solche Begrenzung grundsätzlich auch dann möglich, wenn wegen der noch fortdauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts entfällt. Insbesondere in Fällen, in denen der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 BGB erheblich über den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hinausgeht, kommt eine Kürzung auf den eigenen angemessenen Unterhalt in Betracht. Das setzt allerdings einerseits voraus, dass die notwendige Erziehung und Betreuung gemeinsamer Kinder trotz des abgesenkten Unterhaltsbedarfs sichergestellt und das Kindeswohl auch sonst nicht beeinträchtigt ist, andererseits eine fortdauernde Teilhabe des betreuenden Elternteils an den abgeleiteten Lebensverhältnissen während der Ehe unbillig erscheint (Senatsurteil vom 18. März 2009 - XII ZR 74/08 - FamRZ 2009, 770, 774 Tz. 44 m.w.N.).

58 Diese Voraussetzungen hat das Oberlandesgericht hier in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise abgelehnt. Auf der Grundlage einer noch eingeschränkten Erwerbsobliegenheit verfügt die Klägerin lediglich über monat-

liche Nettoeinkünfte in Höhe von 838 €. Zuzüglich des vom Oberlandesgericht für die Zeit ab April 2008 zugesprochen Elementarunterhalts liegen die Einkünfte der Klägerin allenfalls unwesentlich über ihrem angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung ohne ehebedingte Nachteile. Wenn das Oberlandesgericht im Hinblick darauf eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs aus Billigkeitsgründen abgelehnt hat, ist dagegen nichts zu erinnern.

Hahne Wagenitz Vézina

Dose Klinkhammer

Vorinstanzen:
AG Villingen-Schwenningen, Entscheidung vom 20.01.2006 - 2 F 107/05 -
OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 30.06.2008 - 5 UF 36/06 -