

## Editorial

Herausgeber: Dr. Thomas Eder, Regensburg



### Liebe Leserin, lieber Leser!

Der vorliegende Infobrief 09/2019 beschäftigt sich – erneut umfangreich – mit einer Entscheidung des OLG Celle vom 25.5.2018 – 19 UF 24/18. Die Darstellung dieser Entscheidung erfolgt in direktem Anschluss an die der Entscheidung des KG vom 15.4.2019 – 13 UF 89/18 –, die im Infobrief 07/08/2019 vorgestellt worden ist.

Tatsächlich nimmt das – auch paritätische – Wechselmodell immer mehr Raum in der anwaltlichen Tätigkeit ein. Insofern erfährt die gelebte Wirklichkeit aktuell offenbar eine Veränderung, welcher die Rechtsprechung insofern hinterherhinkt, als nach wie vor die „strikte“ Barunterhaltspflicht des Elternteils, der das bzw. die gemeinsame(n) Kind(er) zu weniger als 48 % (!) der Zeit betreut, fordert. Selbst einer Berücksichtigung des – erhöhten – Betreuungsaufwand steht die Rechtsprechung zurückhaltend gegenüber.

In der Tat zieht das – nicht ganz – paritätische Wechselmodell erhebliche Probleme in seiner unterhaltsrechtlichen und insbesondere auch familiengerichtlichen Behandlung nach sich – diesbezüglich sei auf die Einführung zum Infobrief 07/08/2019 hingewiesen und Bezug genommen –, allerdings werden sich die Familiengerichte als auch die Verfahrensbevollmächtigten der beteiligten Elternteil dieser Herausforderung stellen müssen, da auch voneinander getrennt lebende Elternteile immer mehr die Erziehung und Betreuung des bzw. der gemeinsamen Kindes bzw. Kinder untereinander aufteilen möchten.

Die weitere in diesem Infobrief dargestellte Entscheidung beschäftigt sich im Anschluss an den Infobrief 02/2019 mit einer Entscheidung des BGH (Beschl. v. 20.3.2019 – XII ZB 365/19) zur Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt, dort insbesondere mit der Rückforderung einer Schenkung.

Auch der Problemkreis des Elternunterhalts begegnet dem Praktiker aufgrund der tatsächlichen gesellschaftlichen Gegebenheiten immer öfter.

Dr. Thomas Eder

## Inhalt

### Editorial

### Entscheidungen

Wechselmodell, die Zweite:  
Zuordnung des Kindergeldes.  
OLG Celle, Beschl. v.  
25.5.2018 – 19 UF 24/18 ..... 2

Die Leistungsfähigkeit für den  
Elternunterhalt.  
BGH, Beschl. v. 20.3.2019 –  
XII ZB 365/18..... 6

### **Wechselmodell, die Zweite: Zuordnung des Kindergeldes**

1. Zur Zuordnung des staatlichen Kindergeldes, wenn die minderjährigen Kinder von beiden Elternteilen in einem paritätischen Wechselmodell mit zeitlich gleichen Anteilen betreut werden.
2. Im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung ist derjenige Elternteil als Bezugsberechtigter zu bestimmen, der Gewähr dafür bietet, dass das Kindergeld zum Wohle des Kindes verwendet wird.
3. Insoweit ist das Verhalten jedes Elternteils vor Entstehung des Streits um die Zuordnung zu würdigen (konkret der Verlust rückständiger Kindergeldbeträge wegen der am 1.1.2018 in Kraft getretenen Gesetzesänderung gemäß § 66 Abs. 3 EStG, wonach diese nur noch für die Dauer von 6 Monaten geltend gemacht werden können).

*OLG Celle, Beschl. v. 25.5.2018 – 19 UF 24/18*

#### **I. Der Fall:**

Die Beteiligten sind rechtskräftig geschiedene Eheleute. Aus der Ehe sind die gemeinsamen Kinder, geboren 2008 und 2012 hervorgegangen, die seit der Trennung der Eltern im Jahr 2014 in einem paritätischen Wechselmodell von beiden Eltern in zeitlich gleichem Umfang betreut werden. Der Antragsgegner lebt weiterhin in der Ehemwohnung. Kindesunterhalt wird wechselseitig nicht gezahlt. Für den Unterhalt der Kinder kommt jeder Elternteil vollständig alleine auf, solange sich diese bei ihm aufhalten.

Aufgrund gemeinsamer Berechtigungsbestimmung bezog das Kindergeld für beide Kinder während der Dauer des ehelichen Zusammenlebens und auch nach der Trennung bis einschließlich 03/2015 die Antragstellerin. Dieser gegenüber wurde die Kindergeldfestsetzung mit Bescheid der Kindergeldkasse vom 22.4.2015 ab 04/2015 aufgrund des Widerrufs der Berechtigtenbestimmung durch den Antragsgegner aufgehoben. Die Kindergeldkasse begründete ihre Entscheidung damit, dass die Kinder in den Haushalt des Vaters aufgenommen worden seien, der damit den vorrangigen Anspruch auf Kindergeld habe. Der hiergegen gerichtete Einspruch der Antragstellerin wurde durch Einspruchsentscheidung vom 17.11.2015 als unbegründet zurückgewiesen. Im Zeitraum 04/2015 bis einschließlich 06/2015 erhielt der Antragsgegner aufgrund seines Antrags das Kindergeld. Auf den Widerspruch der Antragstellerin wurde die Zahlung des Kindergeldes mit Bescheid vom 18.8.2015 eingestellt. Seit 07/2015 besteht somit grundsätzlich ein weiterer Anspruch auf Kindergeld für beide Kinder in Höhe von insgesamt ca. 12.000 EUR. Die Bestimmung eines Bezugsberechtigten ist zwischen den Beteiligten nicht möglich, sodass dieser Betrag bislang nicht zur Auszahlung gelangt ist. Mit E-Mail vom 20.11.2015 schlug die Antragstellerin vor, die Bezugsberechtigung einvernehmlich dahingehend zu regeln, dass das Kindergeld für jeweils ein Kind an einen Elternteil ausgezahlt werden solle. Dies lehnte der Antragsgegner mit E-Mail vom 26.11.2015 ab und verlangte die Auszahlung des Kindergeldes für beide Kinder an sich. Mit anwaltlichem Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vom 24.11.2017 wurde der Antragsgegner auch darauf hingewiesen, dass aufgrund einer Gesetzesänderung ab dem 1.1.2018 Kindergeld nur noch für max. 6 Monate rückwirkend beantragt werden könne und im Übrigen wegen der Rückstände seit 04/2015 der Verlust von mehreren tausend Euros drohe, wenn nicht bis zum Jahresende ein Antrag mit Berechtigtenbe-

stimmung bei der Familienkasse eingehe. Der Antragsgegner wurde diesbezüglich um Mitwirkung ersucht und die hälftige Auszahlung des Kindergeldes an ihn zugesichert.

Auf den Antrag der Antragstellerin vom 23.11.2017 hat das Amtsgericht mit Beschl. v. 27.12.2017 die Mutter zur Kindergeldberechtigten im Sinne von § 64 EStG ab dem 1.4.2015 bestimmt. Zur Begründung führte das Amtsgericht aus, dass der Mutter unter Abwägung und umfassenden Berücksichtigung aller konkreten Umstände die Kindergeldberechtigung zuzusprechen sei, da dies dem Kindeswohl am besten entspreche. Zum einen habe der Antragsgegner verkannt, dass aufgrund der Neuregelung des § 66 EStG mit Wirkung vom 1.1.2018 Kindergeld nur noch rückwirkend für die letzten 6 Monate vor Beginn des Monats gezahlt werde, in dem der Antrag auf Kindergeld eingegangen ist. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sei es somit tatsächlich erforderlich gewesen, dass noch bis 31.12.2017 ein Antrag auf Kindergeld unter Beifügung einer entsprechenden Bestimmung des Bezugsberechtigten bei der Familienkasse eingehe. Die Antragstellerin biete vor diesem Hintergrund insgesamt die größere Gewähr dafür, dass das Kindergeld den Kindern unmittelbar zugute komme, da sie einen entsprechenden Antrag gestellt und somit den Verfall der Kindergeldbeträge verhindert habe. Ferner sei die Mutter bereit gewesen, im Rahmen einer pragmatischen Lösung ihre Zustimmung dahingehend zu erklären, dass je ein Elternteil pro Kind als Bezugsberechtigter bestimmt werde. Der Antragsgegner sei hierauf nicht eingegangen und habe weiterhin die Auszahlung an sich verlangt. Die Antragstellerin verfüge auch über das geringere Einkommen, und sei damit der wirtschaftlich schwächere Elternteil, erbringe aber gleichwertige wirtschaftliche Leistungen für die Kinder. Zugleich wirke auch der Grundsatz der Kontinuität zugunsten der Antragstellerin, da sie das Kindergeld für beide Kinder bis 03/2015 ausgezahlt bekommen habe. Zu einer einseitigen Aufkündigung der Bezugsberechtigung durch den Antragsgegner habe daher keine Veranlassung bestanden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antragsgegners.

### II. Die Entscheidung:

Das Oberlandesgericht Celle ist der Auffassung, dass die zulässige Beschwerde unbegründet ist.

Das Gericht der 1. Instanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass die gemeinsamen Kinder nach der Trennung aufgrund des gelebten paritätischen Wechselmodells in beiden Haushalten gleichermaßen aufgenommen worden seien und eine übereinstimmende Bestimmung der Bezugsberechtigung seit dem Widerruf der Berechtigungsbestimmung durch den Antragsgegner in 04/2015 nicht vorgelegen habe. Damit wären die Voraussetzungen für eine Bestimmung durch das Familiengericht nach § 64 Abs. 2 S. 3 EStG gegeben.

Das OLG Celle kommt weiter zu dem Ergebnis, dass die vom Gericht der 1. Instanz getroffene Auswahl des Kindergeldbezugsberechtigten zutreffend getätigt worden sei.

§ 64 EStG enthalte keine Vorgaben, nach welchen Grundsätzen das Familiengericht die Bezugsberechtigungsbestimmung zu treffen habe. Es sei daher in seiner Entscheidung frei. Dies bedeute, dass die Bestimmung nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfolgen habe (anderer Ansicht jedoch OLG München FamRZ 2006,1567). Dabei bestehe Einigkeit in der Rechtsprechung, dass sich die zu treffende Ermessensentscheidung an dem Sinn des Kindergeldes zu orientieren habe, das der Sicherung des

Bezugsberechtigungs-  
bestimmung

## Entscheidungen

---

Existenzminimums von Kindern durch Entlastung der Familie diene, also zum Wohl des bzw. der Kinder.

Diesen Prüfungsmaßstab habe das Gericht der 1. Instanz zutreffend erkannt. Die auf dieser Grundlage getroffene Ermessensentscheidung des Amtsgerichts sei nicht zu beanstanden. Nach Auffassung des OLG Celle könne dabei die Frage, ob das Gericht der 1. Instanz tatsächlich von unzutreffenden Einkommensverhältnissen der Beteiligten ausgegangen sei und hierbei die von dem Antragsgegner behaupteten Zahlungen für den Kindergarten und die Schule unberücksichtigt gelassen habe, im Ergebnis dahingestellt bleiben. Insoweit werde teilweise die Auffassung vertreten, das Kindergeld stehe vorrangig demjenigen zu, der die höheren wirtschaftlichen Leistungen zur Erfüllung des Kindesunterhalts erbringe. Nach anderer Auffassung sei es hingegen gerade nicht der Zweck der Norm, einen Ausgleich unter den Eltern wegen verschieden hoher Unterhaltsleistungen herzustellen. Letzteres sei Sache des Unterhaltsrechts. Aus § 64 Abs. 3 S. 2 EStG lasse sich keine Einschränkung des Ermessens dahingehend herleiten, dass derjenige Elternteil das Kindergeld erhalten solle, der den größeren Unterhaltsbeitrag leiste. Dies gelte nämlich nur dann, wenn das Kind nicht in den Haushalt des Berechtigten aufgenommen sei. In diesem Fall sei durch die Bezugsberechtigung des Kindergeldes das Kindeswohl nämlich nicht berührt, sodass andere Kriterien entscheidend sein müssten. Daher sei auch unerheblich, welcher Elternteil nach seinen Einkommensverhältnissen in höherem Maße leistungsfähig sei.

Das OLG Celle führt aus, dass auch wenn – wie im vorliegenden Fall – die nicht durch Verdienstabrechnungen belegte Behauptung des Antragsgegners zutreffen würde, dass er ein ähnlich hohes Einkommen erziele wie die Antragstellerin, weder eine Bevorzugung der Antragstellerin noch eine Bevorzugung des Antragsgegners gerechtfertigt sei, sodass es einer Entscheidung zu der aufgeworfenen Rechtsfrage im vorliegenden Fall nicht bedürfe. Denn soweit der Antragsgegner vortrage, allein für die Kosten der Schule und des Kindergartens aufzukommen, habe die Antragstellerin durch Vorlage des anwaltlichen Schreibens vom 13.7.2015 nachgewiesen, dass sie sich jedenfalls durch Aufrechnung mit ihrer Forderung auf Nutzungsentschädigung wegen des mietfreien Wohnens des Antragsgegners in der im ideellen Miteigentumsanteil stehenden Immobilie der Beteiligten auch an diesen Kosten beteilige. Im Übrigen hätten die Beteiligten wechselseitig keine Unterhaltsforderungen gestellt und würden den täglichen Bedarf der Kinder im Rahmen des paritätischen Wechselmodells jeweils auf eigene Kosten leisten, sodass mangels weiteren Vortrags mit Substanz davon auszugehen sei, dass die Beteiligten etwa gleichwertige Unterhalts- und Betreuungsleistungen für die gemeinsamen Kinder erbrächten.

Darüber hinaus habe nach Auffassung des OLG Celle das Gericht der 1. Instanz zu Recht darauf abgestellt, dass unter Kindeswohlgesichtspunkten derjenige Elternteil zum Kindergeldbezugsberechtigten zu bestimmen sei, der die Gewähr dafür biete, dass das Kindergeld zum Wohle der Kinder verwendet werde. Die auf dieser Grundlage getroffene Entscheidung des Amtsgerichts, die Antragstellerin als Bezugsberechtigte zu bestimmen, erweise sich als ermessensfehlerfrei. Insoweit führt das OLG Celle aus, dass aufgrund gemeinsamer Entscheidung der Beteiligten die Antragstellerin sowohl während des ehelichen Zusammenlebens als auch nach der Trennung bis einschließlich 03/2015 das staatliche Kindergeld für beide Kinder bezogen habe. Der Antragsgegner habe auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens keine Beanstandungen hinsichtlich der Verwendung dieses Geldes vorgebracht. Gleichwohl habe er, ohne Rücksprache mit der Antragstellerin und mit der unzutreffenden Behauptung, die Kinder seien nunmehr in seinen Haushalt gewechselt, die Einwilligung zur Bezugsberechtigung der Mutter widerrufen und die Auszahlung des Kindergeldes an

Kindergeld

Keine Bevorzugung einer Partei

Kindergeld zum Wohle der Kinder

## Entscheidungen

---

sich für 3 Monate, nämlich 04 bis 06/2015, veranlasst. Soweit er sich erstmals im Beschwerdeverfahren damit einverstanden erklärt habe, dass jeder Elternteil die Kindergeldbezugsberechtigung für je ein Kind erhalten solle, sei er einer entsprechenden außergerichtlichen Anfrage der Mutter, nachgewiesen durch vorgelegte E-Mail vom 22.11.2015, gerade nicht näher getreten, sondern habe mit seiner Antwort ohne nähere Begründung die weitere Auszahlung an sich begehrt. Einen nachvollziehbaren Anlass für diese Verhaltensweise oder den Wechsel der Bezugsberechtigung entgegen der bisherigen Vereinbarung habe der Antragsgegner hingegen auch im Beschwerdeverfahren nicht vorgetragen. Dabei bedeute die Bestimmung des Kindergeldberechtigten als solche gerade nicht die wirtschaftliche Zuweisung des auszuzahlenden Kindergeldes an den Berechtigten. Im Wege der Verrechnung oder Ausgliederung würde die Hälfte des etwa an ihn ausgezahlten Kindergeldes ohnehin der Antragstellerin zufließen. Bei Auszahlung an die Antragstellerin habe der Antragsgegner entsprechende Ansprüche.

Das OLG Celle ist der Auffassung, dass es dem Antragsgegner in erster Linie auf seine formale rechtliche Stellung als Bezugsberechtigter ankomme, ohne dass dahinter die Sorge über die Verwendung des Kindergeldes zum Wohle der Kinder erkennbar werde. Das Verhalten des Antragsgegners, die Bezugsberechtigung der Antragstellerin einseitig und ohne nachvollziehbare Begründung zu widerrufen und die Auszahlung mit unzutreffenden Behauptungen an sich zu veranlassen, habe dazu geführt, dass die Kindergeldkasse die weitere Auszahlung des Kindergeldes seit 07/2015 nicht weiter angewiesen habe. Damit konnte das Geld auch nicht zweckentsprechend zugunsten der Kinder verwendet werden. Hinzu komme, dass der Antragsgegner ausweislich des im Beschwerdeverfahren vorgelegten anwaltlichen Schreibens vom 13.7.2015 ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass der Verlust des rückständigen Kindergeldbetrages aufgrund der Gesetzesänderung im Einkommensteuerrecht (§ 66 Abs. 3 EStG) drohe, wenn nicht noch im Jahr 2017 ein entsprechender Antrag auf Kindergeld gestellt werde. Hierauf habe der Antragsgegner nicht reagiert, sondern vielmehr trotz Kenntnis der Sachlage auch in diesem Verfahren durch entsprechende Anträge auf die Verlängerung von Stellungnahmefristen den Verlust einer Summe von jedenfalls 10.000 EUR riskiert. Denn tatsächlich hätten die Beteiligten bei einem Antrag nach dem 31.12.2017 nach der genannten Vorschrift das Kindergeld nur noch rückwirkend für die letzten 6 Monate vor Beginn des Monats der Antragstellung erhalten können. Soweit der Antragsgegner hier behaupte, bereits 2015 einem weiteren Antrag auf Kindergeld gestellt zu haben, habe er diese bestrittene Behauptung nicht durch entsprechende Unterlagen belegt.

Das OLG Celle macht deutlich, dass es letztlich die Antragstellerin gewesen sei, die durch ihren erneuten Antrag in 2017 das Kindergeld für die gemeinsamen Kinder sichergestellt habe. Eine Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung würde dazu führen, dass sie verpflichtet wäre, die an sie ausgezahlten Beträge zurückzuerstatten. Der Antragsgegner müsste dann als Bezugsberechtigter einen neuen Antrag stellen, wobei wegen der neu eingeführten Regelung des § 66 Abs. 3 EStG die Gefahr bestünde, dass er nur noch einen deutlich geringeren Kindergeldrückstand verlangen könne. Bei einer Gesamtbetrachtung dieser Umstände biete die Antragstellerin damit die bessere Gewähr dafür, dass das Kindergeld letztlich zugunsten der Kinder zur Verfügung stehe und verwendet werde.

Zugleich wirke sich der Kontinuitätsgrundsatz zugunsten der Antragstellerin insoweit aus, als sie während des gesamten ehelichen Zusammenlebens bis einschließlich 03/2015 das Kindergeld erhalten habe, wohingegen der Antragsgegner lediglich einen Bezugszeitraum von 04 bis 06/2015 verzeichnen könne.

Formale rechtliche Stellung als  
Bezugsberechtigter

Kontinuitätsgrundsatz  
zugunsten der Antragstellerin

## Entscheidungen

---

### III. Der Praxistipp:

Das OLG Celle setzt sich in der geschilderten Entscheidung umfangreich mit der Bezugsberechtigung für das Kindergeld auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass unter Kindeswohlgesichtspunkten derjenige Elternteil zum Kindergeldbezugsberechtigten zu bestimmen sei, der die Gewähr dafür biete, dass das Kindergeld zum Wohle der Kinder verwendet werde. Die diesbezügliche Entscheidung ist vom Gericht – ermessensfehlerfrei – unter Abwägung der Gesamtumstände zu treffen.

Hierbei ist auch der Kontinuitätsgrundsatz dahingehend zu berücksichtigen, welcher Elternteil während des ehelichen Zusammenlebens als auch ab Trennung Kindergeld bezugsberechtigt war. Entscheidend soll nach Auffassung des OLG Celle jedoch im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung sein, welcher Elternteil als Bezugsberechtigter des Kindergelds die Gewähr dafür biete, dass das Kindergeld zum Wohle des/der Kindes/Kinder verwendet werde. Dabei ist nach Ansicht des OLG Celle das Verhalten beider Elternteile vor Entstehung des Streits um die Zuordnung des Kindergelds zu würdigen. Auf die durch das OLG München vertretene – andere – Auffassung (OLG München FamRZ 2006,1567) wird hingewiesen und Bezug genommen.

## Entscheidungen

---

### Die Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt

1. Zur Anrechnung eines Rückforderungsanspruchs nach § 528 Abs. 1 BGB im Rahmen der Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt.

2. Die Grundsätze zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit von verheirateten Kindern für den Elternunterhalt gelten auch dann, wenn beide Ehegatten ihren jeweiligen Eltern zum Unterhalt verpflichtet sind.

*BGH, Beschl. v. 20.3.2019 – XII ZB 365/18*

#### I. Der Fall:

Der Antragsteller machte als Sozialhilfeträger aus übergegangenem Recht einen Anspruch auf Elternunterhalt für die Zeit von 08/2017 bis 07/2018 geltend. Er erbrachte der pflegebedürftigen Mutter der Antragsgegnerin, die vollstationär in einem Altersheim untergebracht war, seit 03/2015 Sozialhilfeleistungen in Höhe seiner Unterhaltsanträge. Die Mutter ist während des Rechtsbeschwerdeverfahrens in 08/2018 verstorben. Die 1956 geborene Antragsgegnerin ist verheiratet und bezieht Vorruhestandsbezüge als Beamtin. Der in 1951 geborene Ehemann bezieht Renteneinkünfte. Er wird vom Antragsteller in dem vor dem Senat geführten Parallelverfahren für seine in 12/2017 verstorbene Mutter ebenfalls auf – rückständigen – Elternunterhalt in Anspruch genommen. Die Ehegatten bewohnen eine Eigentumswohnung mit einer Wohnfläche von 91 m<sup>2</sup>. Diese stand ursprünglich in ihrem jeweils hälftigen Miteigentum. In 10/2014 übertrugen sie die Eigentumswohnung schenkungsweise auf ihre Tochter und behielten sich ein lebenslanges Nießbrauchsrecht vor. Die Beteiligten streiten vor allem um die Frage, ob von den Ehegatten zu verlangen ist, dass sie die Schenkung zurückfordern, um daraus im erweiterten Umfang Elternunterhalt leisten zu können.

Das Amtsgericht Unna (Beschl. v. 16.2.2018 – 12 F 876/17) hat die Antragsgegnerin für die Zeit ab 03/2018 zur Zahlung von monatlich 56,67 EUR verpflichtet. Das OLG



## Entscheidungen

---

Hamm (Beschl. v. 24.7.2018 – II-11 UF 61/18) hat die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Dagegen richtete sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers, der seinen weitergehenden Antrag, in der Rechtsbeschwerdeinstanz begrenzt auf die Zeit bis einschließlich 07/2018 (insgesamt 4.671,27 EUR nebst Zinsen), weiterverfolgte. Die Rechtsbeschwerde hatte teilweise Erfolg.

### II. Die Entscheidung:

Der BGH führt aus, dass der im vorliegenden Verfahren aufgrund § 1601 BGB, § 94 Abs. 1 SGB XII geltend gemachte Anspruch auf Elternunterhalt nur im Umfang der Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin als Unterhaltsschuldnerin nach § 1603 Abs. 1 BGB bestehe. Der von den Vorinstanzen aus dem Einkommen der Antragsgegnerin (Vorruhestandsbezüge und Wohnvorteil) errechnete Umfang der Leistungsfähigkeit stehe grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats.

Die vom Senat entwickelten Grundsätze zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit von verheirateten Kindern für den Elternunterhalt hätten auch dann Geltung, wenn beide Ehegatten ihren jeweiligen Eltern zum Unterhalt verpflichtet seien. Verfüge der Unterhaltspflichtige über höhere Einkünfte als sein Ehegatte, sei die Leistungsfähigkeit zur Zahlung von Elternunterhalt in der Regel wie folgt zu ermitteln:

Von dem Familieneinkommen wird der Familienselbstbehalt in Abzug gebracht. Das verbleibende Einkommen wird um die Haushaltsersparnis vermindert. Die Hälfte des sich ergebenden Betrags kommt zuzüglich des Familienselbstbehalts dem Familienunterhalt zugute. Von dem so zu bemessenden individuellen Familienbedarf steht dem Unterhaltspflichtigen ein Anteil entsprechend dem Verhältnis der Einkünfte der Ehegatten zu. Für den Elternunterhalt kann der Unterhaltspflichtige die Differenz zwischen seinem Einkommen und seinem Anteil am individuellen Familienbedarf einsetzen.

Dass im vorliegenden Fall – für mehrere Monate des streitbefangenen Zeitraums – gleichzeitig auch auf Seiten des anderen, über geringere Einkünfte verfügenden, Ehegatten eine Unterhaltspflicht gegenüber dessen Elternteil bestand, zwingt nicht zu einer Modifikation der Berechnungsmethode.

Denn die Leistungsfähigkeit zur Zahlung von Elternunterhalt sei auch für diesen auf der Grundlage eines individuellen Familienbedarfs zu ermitteln. Die Berechnungsmethode gewährleiste mithin auch bei gleichzeitiger Unterhaltspflicht beider Ehegatten gegenüber ihren jeweiligen Eltern, dass der Anteil beider Ehegatten am individuellen Familienbedarf und somit der individuelle Familienbedarf insgesamt unangetastet bleibe. Beide müssten den jeweiligen Elternunterhalt nur aus ihrem Einkommensanteil bestreiten, der für den Familienbedarf der Ehegatten nicht benötigt werde.

Im Weiteren macht der BGH Ausführungen zu einem, dem Gericht der 1. Instanz im Zuge seiner Berechnung unterlaufenen Fehlers hinsichtlich der Quotierung der Anteile der Ehegatten am Familienbedarf, welcher durch die Berufungsinstanz nicht korrigiert worden ist. In diesem Zusammenhang sind die konkreten Zahlen nicht von Relevanz, jedoch die Ausführungen des BGH zu der Obliegenheit der Antragsgegnerin, den Unterhalt – zumindest teilweise – aus Vermögen zu leisten. Das OLG hat eine diesbezügliche Obliegenheit der Antragsgegnerin abgelehnt, da es insoweit für eine Zurechnung von – fiktiven – Erlösen aus einer Vermögensverwertung an einer rechtlichen Grundlage fehle. Diese Auffassung bestätigt nunmehr der BGH.

Grundsätze zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit von verheirateten Kindern

Ermittlung der Leistungsfähigkeit

Individueller Familienbedarf

Quotierung der Anteile der Ehegatten am Familienbedarf

## Entscheidungen

---

Im Ausgangspunkt gehöre ein Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB zum einsetzbaren Vermögen gemäß § 1603 Abs. 1 BGB. Der Anspruch setzt nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, dass der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außerstande sei, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen. Der Anspruch setze nicht voraus, dass diese beiden gesetzlichen Alternativen erfüllt seien. Er könne vielmehr auch dann gegeben sein, wenn allein die Fähigkeit zur Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflichten nach der Schenkung vermindert oder ausgeschlossen sei. Wie sich aus der Begrenzung des Anspruchs („soweit“) ergebe, seien Sinn und Zweck des Anspruchs, dem Schenker zu erlauben, mithilfe des zurückgewährten Gegenstands seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder gesetzliche Unterhaltspflichten zu erfüllen. Dem Gesetzeszweck, die Erfüllung bestehender Unterhaltspflichten zu ermöglichen, könne die Rückforderung nur dienen, wenn durch die Rückgewähr des geschenkten Vermögensgegenstandes die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit hergestellt oder gesteigert würde.

Dies setze aber grundsätzlich voraus, dass der Unterhaltspflichtige aus dem verschenkten Gegenstand entweder – weitere – unterhaltsrelevante Erträge ziehen könne oder ihn insoweit eine unterhaltsrechtliche Verwertungsobliegenheit treffen würde. Ergebe sich aus der Rückgewähr dagegen keine Verbesserung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Schenkers, könne ein Rückforderungsanspruch seinen Zweck nicht erfüllen und scheide daher aus. Nach Auffassung des BGH unterscheide sich die Lage von der Rückforderung zur Sicherung des eigenen angemessenen Unterhalts des Schenkers, für den der zurückgeforderte Vermögensgegenstand stets zur Verfügung stehe, auch wenn dies auf Seiten des Schenkers sozialhilferechtliche Schonvermögen darstelle. Demgegenüber habe die infolge der Schenkung veränderte Vermögenslage für die in den Schutzbereich des § 528 BGB einbezogenen Unterhaltsberechtigten nur dann nachteilige Auswirkungen, wenn der Schenker dadurch seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit vermindert habe. Nach diesen Maßstäben mangle es nach Auffassung des BGH im vorliegenden Fall bereits an den Voraussetzungen für eine Schenkungsrückforderung nach § 528 Abs. 1 BGB. Denn die infolge der Schenkung veränderte Vermögenslage habe zu keiner Beeinträchtigung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin geführt. Denn hinsichtlich des Miteigentumsanteil an der selbstgenutzten Eigentumswohnung treffe diese neben der bestehenden Nutzungsmöglichkeit keine Obliegenheit zur Vermögensverwertung. Die Nutzungen kämen der Antragsgegnerin auch nach der Veräußerung in Form von Gebrauchsvorteilen weiterhin ungeschmälert zugute. Sie seien durch den Nießbrauch dinglich gesichert und bei der Unterhaltsberechnung als Einkommen berücksichtigt worden.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ändere sich daran auch nichts aufgrund der Rechtsprechung des BGH, dass der Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB, wenn ein fortlaufender Unterhaltsbedarf zu decken ist, unmittelbar auf wiederkehrende Geldleistungen durch den Beschenkten gerichtet sei und für die Anwendung der Ersetzungsbefugnis nach § 528 Abs. 1 S. 2 BGB kein Raum mehr bliebe. Denn dieser Anspruchsinhalt sei in der genannten Rechtsprechung gerade aus der Begrenztheit des Anspruchs hergeleitet worden. Er könne folglich nicht zur Begründung einer Erweiterung des für den Elternunterhalt einsetzbaren Vermögens dienen. Dies müsse jedenfalls unter den Umständen des vorliegenden Falls gelten, in dem der Nutzungswert der Immobilie der Antragsgegnerin auch nach der Schenkung in vollem Umfang verblieben sei. Das OLG habe insoweit zutreffend hervorgehoben, dass die

Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB gehört zum einsetzbaren Vermögen

Unterhaltsrelevante Erträge

Wiederkehrende Geldleistungen durch den Beschenkten



## Entscheidungen

---

Tochter der Antragsgegnerin sich von einem gegebenen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB jedenfalls durch Rückgewähr des Miteigentumsanteils an der Eigentumswohnung befreien könne. Sogar eine vollständige Rückgewähr könne aber die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin als Schenker nicht erhöhen. Die Vorschrift vermöge daher eine Rückforderung zum Zweck der Herstellung einer erhöhten Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt nicht rechtfertigen.

Nur ausnahmsweise könne der Erlös aus der Veräußerung einer ursprünglich dem unterhaltsrechtlichen Schonvermögen zuzuordnenden Immobilie im Einzelfall unterhaltsrechtlich einsetzbares Vermögen darstellen, wenn dieser hinsichtlich der Zumutbarkeit einer Vermögensverwertung anderen Kriterien unterliege als die veräußerte Immobilie.

Solches könne aber im vorliegenden Fall schon deswegen nicht gelten, weil die Antragsgegnerin sich im Gegenzug zur Schenkung ein dingliches Nutzungsrecht vorbehalten habe und die Immobilie gemeinsam mit ihrem Ehemann unverändert für eigene Wohnzwecke nutze. Durch den Vollzug der Schenkung habe sich mithin die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin nicht vermindert, außerdem sei diese nach wie vor auf die ihr verbliebene Nutzungsbefugnis angewiesen. Daher könne mit dem Ziel der Erhöhung des Elternunterhalts im Ergebnis die Rückforderung also ebenso wenig verlangt werden wie etwa eine Beleihung der Immobilie mithilfe eines zinslosen und erst im Todesfall rückzahlbaren Darlehens des Sozialhilfeträgers. Denn in beiden Fällen würde die nicht einsetzbare selbstgenutzte Immobilie entgegen den gesetzlichen Wertungen durch einen Kunstgriff für den Elternunterhalt nutzbar gemacht. Die vom Antragsteller erstrebte Anrechnung eines fiktiven Verwertungserlöses liefe darauf hinaus, die Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt allein durch die auf Seiten des Unterhaltspflichtigen eingetretene Vermögensminderung zu begründen oder zu erhöhen. Das stünde indessen jedenfalls dann im Widerspruch zu dem mit § 528 Abs. 1 BGB in der Variante der Rückforderung zur Ermöglichung von Unterhaltsleistungen verfolgten Zweck, wenn die Schenkung als solche für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen keine nachteiligen Folgen hätte und dieser nach wie vor auf die Nutzung der Immobilie angewiesen sei.

### III. Der Praxistipp:

Die vorliegende Entscheidung des BGH macht deutlich, dass in einem Fall wie dem vorliegenden allein auf eine veränderte Vermögenslage, die zu einer oder aber keiner Beeinträchtigung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners führt, abzustellen ist.

Insoweit ist gerade hinsichtlich Eigentum bzw. Miteigentum des Unterhaltsschuldners an einer selbst genutzten Immobilie auf deren Einstufung als Schonvermögen und/oder fehlende Obliegenheit zur Vermögensverwertung bei bestehendem Nutzungsvorteil abzustellen. Im vorliegenden Fall fließt der Antragsgegnerin als Unterhaltsschuldnerin ein Nutzungsvorteil als Wohnvorteil zu, der im Rahmen der Bestimmung der Leistungsfähigkeit selbstverständlich einkommenserhöhend zu berücksichtigen ist. Es ist unerheblich, ob der Unterhaltsschuldnerin der einkommenserhöhende Wohnvorteil aufgrund eines dinglich gesicherten lebenslangen Nießbrauchsrechts oder aber ihrer (Mit-) Eigentümerstellung an der Immobilie zufließt. Der einkommenserhöhende Wohnvorteil stellt sich – betragsmäßig – in beiden Konstellationen gleich dar.

Daher könnte sich alleine etwas anderes aus einer Verwertung des Vermögens in Form des Miteigentums an der selbstgenutzten Immobilie ergeben, wobei eine diesbezügliche Obliegenheit für die Unterhaltsschuldnerin gerade nicht besteht.

### Dingliches Nutzungsrecht an der Immobilie

## Impressum

---

### Herausgeber:

Rechtsanwalt  
Dr. Thomas Eder  
Swoboda & Partner  
93047 Regensburg  
www.swoboda-partner.de  
te@swoboda-partner.de

### Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

### Bestellungen:

Über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.



Deutscher**Anwalt**Verlag

Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn  
Tel.: 02 28-9 19 11-0 · Fax: 02 28-9 19 11-23

Ansprechpartnerin im Verlag: Christiane Göhring

### Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

### Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der Deutsche Anwaltverlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als eine solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.