

**Der Aszendentenunterhalt –
Der Unterhaltsanspruch der Vorfahren
gegen ihre Nachkommen**

Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich

DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades

Dr. iur. (Doctor iuris)

eingereicht an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Wien

von

Anika Schilling

im Oktober 2009

Erstbegutachter: ao. Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner

Zweitbegutachter: o. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Luf

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----------|
| Abkürzungsverzeichnis..... | IX |
| Einleitung | 1 |
| <u>1. Kapitel – Die Rechtslage in Deutschland</u> | 3 |
| 1. Gesetzliche Grundlage | 3 |
| 2. Ermittlung des Lebensbedarfs gem § 1610 BGB | 3 |
| 2.1. Angemessener Unterhalt | 4 |
| 2.1.1. Lebensstellung des Bedürftigen, § 1610 Abs 1 BGB..... | 4 |
| 2.1.2. Lebensbedarf, § 1610 Abs 2 BGB | 4 |
| 2.2. Besonderheiten bei Heimpflege | 6 |
| 2.2.1. Notwendigkeit der Heimunterbringung | 6 |
| 2.2.2. Angemessenheit der Unterbringung | 7 |
| 2.2.3. Taschengeld..... | 8 |
| 3. Bedürftigkeit | 8 |
| 3.1. Einkünfte aus Erwerbstätigkeit | 9 |
| 3.2. Einkommensersatz | 10 |
| 3.3. Fiktives Einkommen | 10 |
| 3.4. Staatliche Transferleistungen | 12 |
| 3.4.1. Sozialhilfe..... | 12 |
| 3.4.2. Pflegegeld und Sozialleistungen wegen eines Körper- und Gesundheitsschadens..... | 14 |
| 3.4.3. Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung | 14 |
| 3.4.4. Wohngeld | 16 |
| 3.5. Sach- und Geldleistungen aus einem Altenteilsvertrag oder einem Leibgedinge... 16 | |
| 3.6. Entgelt für die Versorgung eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft..... | 17 |
| 3.7. Unterhaltsansprüche gegen vorrangig Verpflichtete..... | 18 |
| 3.7.1. Leistungsunfähigkeit des Ehegatten | 18 |
| 3.7.2. Erschwerte Rechtsverfolgung | 19 |
| 3.7.3. Verwirkung des Ehegattenunterhalts..... | 20 |
| 3.7.3.1. Ausstrahlungswirkung auf den Aszendentenunterhalt bei Leistungsfähigkeit des Ehegatten | 20 |
| 3.7.3.2. Ausstrahlungswirkung auf den Aszendentenunterhalt bei Leistungsunfähigkeit des Ehegatten | 22 |
| 3.7.4. Unterhaltsverzicht gegenüber dem Ehepartner | 22 |
| 3.8. Minderung der Bedürftigkeit durch eigenes Vermögen..... | 24 |
| 3.8.1. Vermögenserträge und Forderungen auf Leistungen | 25 |
| 3.8.1.1. Wohnen in eigener Immobilie..... | 25 |
| 3.8.1.2. Sachleistungen aus Wohn- und Nutzungsrechten..... | 26 |
| 3.8.2. Vermögensstamm..... | 27 |
| 3.8.2.1. Einsatz des Vermögensstammes | 27 |

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 3.8.2.2. | Einschränkungen der Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstamms | 27 |
| 3.8.2.2.1. | Unzumutbarkeit des Vermögenseinsatzes | 27 |
| 3.8.2.2.1.1. | Grobe Unbilligkeit | 28 |
| 3.8.2.2.1.2. | Unwirtschaftlichkeit | 28 |
| 3.8.2.2.2. | Notgroschen | 29 |
| 3.8.2.2.3. | Beerdigungs- und Grabpflegekosten | 29 |
| 3.8.2.3. | Anrechnung fiktiven Vermögens | 30 |
| 3.8.2.4. | Sozialhilferechtliche Schonung des Vermögens | 30 |
| 3.9. | Ansprüche gegen Dritte | 31 |
| 3.9.1. | Rückforderung von Schenkungen des bedürftigen Elternteils | 31 |
| 3.9.1.1. | Vorliegen des Notbedarfs | 32 |
| 3.9.1.2. | Art und Umfang des Anspruchs | 32 |
| 3.9.1.3. | Anspruchsgegner | 33 |
| 3.9.1.4. | Inhaber des Rückforderungsanspruchs | 33 |
| 3.9.1.5. | Ausschluss des Rückforderungsanspruchs | 34 |
| 3.9.1.6. | Verjährung | 35 |
| 3.9.2. | Sozialhilferechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit der Rückforderung von Geschenken | 35 |
| 4. | Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Nachkommen | 36 |
| 4.1. | Leistungsfähigkeit aus Einkommen | 36 |
| 4.1.1. | Einkommen aus abhängiger Beschäftigung | 37 |
| 4.1.1.1. | Überstundenvergütungen | 37 |
| 4.1.1.2. | Spesen und Auslösungen | 37 |
| 4.1.1.3. | Sachbezüge | 38 |
| 4.1.1.4. | Sonstige Einkommensbestandteil | 38 |
| 4.1.2. | Einkommen aus selbständiger Tätigkeit | 38 |
| 4.1.3. | Einnahmen aus unsittlicher oder verbotener Tätigkeit | 39 |
| 4.1.4. | Zahlungen mit Einkommensersatz | 39 |
| 4.1.5. | Steuererstattungen | 39 |
| 4.1.6. | Taschengeldeinkünfte | 40 |
| 4.1.7. | Einkommen aus überobligatorischer Tätigkeit | 41 |
| 4.1.7.1. | Überobligatorische Tätigkeit bei eigenem Einkommen | 41 |
| 4.1.7.2. | Überobligatorische Tätigkeit neben der Haushaltsführung eines Ehegatten – Unterhaltungspflicht des Kindes mit geringen Einkünften | 42 |
| 4.1.7.2.1. | Das Einkommen aus der Tätigkeit mit geringem Verdienst wird nicht für den Familienunterhalt eingesetzt | 42 |
| 4.1.7.2.2. | Das Einkommen aus der Nebentätigkeit wird für den Familienunterhalt eingesetzt | 42 |
| 4.1.8. | Arbeit im Ruhestand | 43 |
| 4.1.9. | Fiktives Einkommen | 43 |
| 4.1.10. | Schenkungen und Zuwendungen Dritter | 45 |
| 4.2. | Sozialleistungen | 46 |
| 4.2.1. | Pflegegeld und Zahlungen aufgrund eines Körper- oder Gesundheitsschadens | 46 |
| 4.2.2. | Wohngeld | 46 |

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 4.2.3. | Kindergeld | 46 |
| 4.2.4. | Sozialhilfe und Leistungen der Grundsicherung | 47 |
| 4.3. | Insolvenz des Unterhaltsschuldners | 47 |
| 4.4. | Abzüge vom anrechenbaren Einkommen | 48 |
| 4.4.1. | Steuern und Steuerrücklagen | 48 |
| 4.4.2. | Berufsbedingte Aufwendungen | 48 |
| 4.4.3. | Mehrbedarf wegen Krankheit, Alter, Behinderung oder Ausbildung | 49 |
| 4.4.4. | Vorsorgeaufwendungen | 50 |
| 4.4.4.1. | Altersvorsorge | 50 |
| 4.4.4.1.1. | Abhängig Beschäftigte | 50 |
| 4.4.4.1.2. | Selbstständig Tätige und nicht sozialversicherungspflichtig Erwerbstätige | 51 |
| 4.4.4.1.3. | Beamte | 51 |
| 4.4.4.1.4. | Fiktive Zurechnung der Altersvorsorgeaufwendung | 51 |
| 4.4.4.1.5. | Art und Weise der Altersvorsorgevermögensanlage | 52 |
| 4.4.4.2. | Arbeitslosenvorsorge | 52 |
| 4.4.4.3. | Krankenversicherung und Pflegeversicherung | 53 |
| 4.5. | Einschränkungen der Leistungsfähigkeit durch vorrangige Unterhaltspflichten | 53 |
| 4.5.1. | Anspruch des Ehegatten auf Familienunterhalt | 54 |
| 4.5.2. | Einfluss des Aszendentenunterhalts auf den Familienunterhalt | 55 |
| 4.5.3. | Vorrangiger Kindesunterhalt | 57 |
| 4.6. | Abzug von Verbindlichkeiten sowie Kreditbelastungen | 58 |
| 4.6.1. | Kreditbelastungen | 58 |
| 4.6.2. | Verbindlichkeiten zur Abdeckung allgemeiner Lebenshaltungskosten | 59 |
| 4.6.3. | Aufwendungen für den Unterhaltsberechtigten und Kosten des Besuchs beim Unterhaltsberechtigten | 59 |
| 4.7. | Einkommen aus Vermögen | 59 |
| 4.7.1. | Vermögenserträge | 60 |
| 4.7.1.1. | Mieteinkünfte | 60 |
| 4.7.1.2. | Wohnvorteile | 60 |
| 4.7.1.3. | Kapitaleinkünfte | 61 |
| 4.7.2. | Vermögensstamm | 61 |
| 4.7.2.1. | Einschränkungen der Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstammes | 62 |
| 4.7.2.2. | Zu belassendes Vermögen | 63 |
| 4.7.2.2.1. | Schonvermögen | 63 |
| 4.7.2.2.1.1. | Altersvorsorgevermögen | 63 |
| 4.7.2.2.1.2. | Vermögen zur Sicherung eigenen künftigen Unterhalts | 64 |
| 4.7.2.2.2. | Vermögensvorsorgevermögen und Notbedarfsvermögen | 64 |
| 4.8. | Kreditierte Leistungsfähigkeit durch den Träger der Sozialhilfe | 64 |
| 4.9. | Umrechnung von Vermögen in Einkommen | 65 |
| 4.10. | Selbstbehalt | 66 |
| 4.11. | Bar- oder Naturalunterhalt | 68 |
| 5. | Ausschluss, Beschränkung und Untergang des Anspruchs auf Aszendentenunterhalt | 69 |

| | |
|---|-----------|
| 5.1. Verwirkung nach § 1611 BGB..... | 69 |
| 5.1.1. Bedürftigkeit durch eigenes sittliches Verschulden | 69 |
| 5.1.2. Gröbliche Verletzung der eigenen Unterhaltspflicht | 71 |
| 5.1.3. Schwere vorsätzliche Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen oder dessen Angehörige..... | 72 |
| 5.1.4. Rechtsfolge bei Vorliegen eines Verwirkungstatbestandes | 73 |
| 5.2. Verwirkung infolge Zeitablaufs | 74 |
| 5.2.1. Zeitmoment | 75 |
| 5.2.2. Umstandsmoment..... | 76 |
| 5.3. Verjährung..... | 77 |
| 5.4. Untergang der Unterhaltspflicht..... | 77 |
| 6. Haftung mehrerer Unterhaltspflichtiger..... | 77 |
| 6.1. Anteilige Haftung mehrerer unterhaltspflichtiger Kinder | 77 |
| 6.2. Ersatzhaftung der Nachkommen | 79 |
| 7. Auskunftsansprüche unter mehreren Unterhaltspflichtigen | 79 |
| 7.1. Auskunftsanspruch gegenüber dem bedürftigen Vorfahren | 79 |
| 7.2. Auskunftsanspruch gegenüber den Geschwistern..... | 80 |
| 7.3. Auskunftsanspruch gegenüber dem Ehepartner des unterhaltsberechtigten Elternteils | 81 |
| 8. Besonderheiten beim Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe | 81 |
| 8.1. Voraussetzungen des Anspruchsübergangs | 81 |
| 8.2. Ausschluss des Anspruchsübergangs | 82 |
| 8.3. Durchsetzung des Regressanspruchs..... | 84 |
| | |
| <u>2. Kapitel – Die Rechtslage in Österreich</u> | 85 |
| | |
| 1. Gesetzliche Grundlage | 85 |
| 2. Höhe des Bedarfs | 86 |
| 2.1. Angemessener Bedarf | 86 |
| 2.2. Bedarf bei Unterbringung in einem Senioren- oder Pflegeheim..... | 87 |
| 3. Mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit des Elternteils | 88 |
| 3.1. Einkommen des unterhaltsberechtigten Vorfahren | 89 |
| 3.1.1. Einkünfte aus Erwerbstätigkeit | 89 |
| 3.1.2. Bezüge aus früherer Erwerbstätigkeit | 91 |
| 3.2. Verpflichtung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, sog Anspannung | 92 |
| 3.3. Öffentlich-rechtliche Leistungen | 94 |
| 3.3.1. Die Ausgleichszulage, Wohn- und Mietzinsbeihilfen..... | 94 |
| 3.3.2. Sozialhilfe..... | 94 |
| 3.3.3. Bundespflegegeld | 96 |
| 3.3.4. Landespflegegeld | 97 |
| 3.3.5. Pflegezulagen und Blindenzulagen | 97 |
| 3.4. Unterhaltsansprüche gegen vorrangig Verpflichtete..... | 98 |
| 3.4.1. Vorrangige Unterhaltspflicht des Ehegatten | 98 |
| 3.4.2. Vorrangige Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten..... | 100 |
| 3.4.2.1. Unterhalt bei Scheidung aus Verschulden | 100 |
| 3.4.2.1.1. Scheidung mit Schuldausspruch..... | 100 |

| | | |
|--------------|---|------------|
| 3.4.2.1.1.1. | Unterhaltspflicht des allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten..... | 100 |
| 3.4.2.1.1.2. | Unterhaltspflicht bei gleichzeitigem Verschulden..... | 101 |
| 3.4.2.1.1.3. | Scheidung nach § 55 EheG mit Ausspruch des Zerrüttungsverschuldens | 101 |
| 3.4.2.1.2. | Scheidung ohne Schuldausspruch | 101 |
| 3.4.2.2. | Einvernehmliche Scheidung mit Unterhaltsvereinbarung..... | 103 |
| 3.4.2.3. | Einvernehmliche Scheidung ohne Unterhaltsvereinbarung | 103 |
| 3.4.2.4. | Verschuldensunabhängiger Unterhaltsanspruch | 104 |
| 3.4.3. | Vorrangige Unterhaltspflicht der Vorfahren | 104 |
| 3.4.4. | Ausnahmen vom Vorrang der vorrangigen Unterhaltspflicht des Ehegatten bzw des geschiedenen Ehegatten | 105 |
| 3.4.4.1. | Leistungsunfähigkeit des Ehegatten | 105 |
| 3.4.4.2. | Erschwerte Rechtsverfolgung | 106 |
| 3.4.4.3. | Nichtbestehen eines Unterhaltsanspruchs gegen den geschiedenen Ehegatten | 106 |
| 3.4.4.4. | Unterhaltsverzicht gegenüber dem Ehepartner | 108 |
| 3.5. | Abzüge vom anrechenbaren Einkommen | 109 |
| 3.5.1. | Steuern und berufsbedingte Ausgaben | 109 |
| 3.5.2. | Eigene Unterhaltspflichten des Vorfahren | 109 |
| 3.6. | Minderung der Bedürftigkeit durch eigenes Vermögen..... | 109 |
| 3.6.1. | Einsatz der Vermögenserträge | 110 |
| 3.6.2. | Einsatz des Vermögensstammes | 111 |
| 3.6.3. | Fiktive Anrechnung von Vermögen | 112 |
| 3.7. | Freiwillige Zuwendungen Dritter..... | 112 |
| 3.8. | Ansprüche gegen Dritte..... | 113 |
| 3.8.1. | Widerruf einer Schenkung | 113 |
| 3.8.1.1. | Vorliegen des Notbedarfs | 113 |
| 3.8.1.2. | Art und Umfang des Anspruchs | 114 |
| 3.8.1.3. | Anspruchsgegner | 114 |
| 3.8.1.4. | Inhaber des Rückforderungsanspruchs..... | 114 |
| 3.8.1.5. | Ausschluss des Widerrufs wegen Dürftigkeit | 115 |
| 3.8.1.6. | Verjährung..... | 116 |
| 3.8.1.7. | Gemischte Schenkungen | 116 |
| 3.8.2. | Sozialhilferechtliche Besonderheiten | 116 |
| 4. | Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes | 117 |
| 4.1. | Bemessung der Leistungsfähigkeit von Kindern aus Einkommen | 118 |
| 4.1.1. | Einkommen aus abhängiger Beschäftigung | 118 |
| 4.1.1.1. | Überstundenentgelt und Sonderzahlungen..... | 118 |
| 4.1.1.2. | Sachbezüge mit Einkommensersatzfunktion | 119 |
| 4.1.1.3. | Sonstige Einkommensbestandteile | 119 |
| 4.1.1.4. | Beobachtungszeitraum | 120 |
| 4.1.2. | Selbständig Erwerbstätige | 121 |
| 4.1.3. | Zahlungen mit Einkommensersatz | 122 |
| 4.1.4. | Überobligatorische Tätigkeit..... | 122 |
| 4.1.5. | Lohnsteuerrückzahlungen und Jahresausgleichsbeträge | 122 |
| 4.1.6. | Fiktives Einkommen | 123 |

| | |
|--|------------|
| 4.2. Öffentlich-rechtliche Leistungen | 124 |
| 4.2.1. Sozialhilfeleistungen | 124 |
| 4.2.2. Ausgleichszulage..... | 124 |
| 4.2.3. Notstandshilfe und Sondernotstandshilfe..... | 125 |
| 4.2.4. Pflegegeld..... | 125 |
| 4.2.5. Beihilfen nach § 19 f AMFG und Familienzuschläge nach § 20 AIVG | 125 |
| 4.2.6. Familienbeihilfe und Kinderzuschüsse | 125 |
| 4.3. Zuwendungen Dritter | 126 |
| 4.3.1. Unterhaltsempfänge | 126 |
| 4.3.2. Freiwillige Zuwendungen Dritter..... | 128 |
| 4.4. Insolvenz des Unterhaltspflichtigen..... | 128 |
| 4.5. Abzüge vom anrechenbaren Einkommen | 129 |
| 4.5.1. Steuern und Abgaben | 129 |
| 4.5.2. Berufsbedingte Ausgaben | 129 |
| 4.5.2.1. Arbeitsplatzfahrtkosten | 130 |
| 4.5.2.2. Fortbildung und Fachliteratur..... | 130 |
| 4.5.2.3. Berufliche Rechts- und Steuerberatungskosten..... | 130 |
| 4.5.2.4. Beiträge zur Existenzsicherung..... | 130 |
| 4.5.3. Besuchskosten | 131 |
| 4.5.4. Krankheitsbedingter Mehraufwand..... | 131 |
| 4.5.5. Pensionsvorsorge..... | 132 |
| 4.5.6. Schulden und Kredite | 133 |
| 4.5.7. Vermögensbildung | 134 |
| 4.5.8. Ausgaben des täglichen Lebens | 134 |
| 4.5.9. Kirchenbeiträge | 134 |
| 4.6. Einsatz des Vermögens | 135 |
| 4.6.1. Vermögenserträge | 135 |
| 4.6.2. Vermögensstamm..... | 135 |
| 4.6.3. Fiktives Vermögen und Vermögenserträge | 136 |
| 4.7. Belastungsgrenze..... | 137 |
| 4.8. Höhe des einzusetzenden Einkommens/Prozentwertmethode | 137 |
| 4.9. Bar oder Naturalunterhalt..... | 139 |
| 5. Keine gröbliche Vernachlässigung der eigenen Unterhaltspflicht in der Vergangenheit..... | 140 |
| 6. Ausschluss, Beschränkung und Untergang des Anspruchs auf Aszendentenunterhalt | 142 |
| 6.1. Rechtsmissbrauch bei Verschulden des Mangels an der Selbsterhaltungsfähigkeit | 142 |
| 6.2. Setzen einer Handlung, die zur Pflichtteilsentziehung führt..... | 144 |
| 6.3. Verjährung | 144 |
| 6.4. Untergang der Unterhaltspflicht gegenüber dem Aszendenten | 144 |
| 7. Verteilung der Haftung zwischen mehreren Unterhaltspflichtigen | 145 |
| 7.1. Haftung mehrerer gleichstufiger Verwandter | 145 |
| 7.2. Ausfallhaftung..... | 146 |
| 8. Auskunftspflicht | 146 |
| 9. Besonderheiten beim Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe..... | 148 |
| 9.1. Salzburg, Wien, Vorarlberg, Niederösterreich und Steiermark | 148 |

| | |
|--|------------|
| 9.2. Oberösterreich | 149 |
| 9.3. Tirol..... | 149 |
| 9.4. Burgenland | 150 |
| 9.5. Kärnten..... | 150 |
| 9.6. Begrenzung des Umfangs des Ersatzanspruchs | 151 |
| 9.7. Durchsetzung des Ersatzanspruchs | 151 |
| | |
| <u>3. Kapitel – Rechtsvergleich</u> | 153 |
| | |
| 1. Gesetzliche Bestimmung | 153 |
| 2. Bedarf | 153 |
| 3. Bedürftigkeit und mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit | 154 |
| 3.1. Erwerbsobliegenheit..... | 154 |
| 3.2. Sozialhilfe als Einkommen | 154 |
| 3.3. Vorrangige Unterhaltspflicht des Ehegatten | 154 |
| 3.4. Abzugsfähige Positionen..... | 155 |
| 3.5. Einsatz des Vermögens | 155 |
| 3.6. Ansprüche gegenüber Dritten | 155 |
| 4. Leistungsfähigkeit | 156 |
| 4.1. Unterhaltsrelevantes Einkommen | 156 |
| 4.2. Abzugsfähige Positionen..... | 156 |
| 4.3. Belastungsgrenze und Selbstbehalt | 157 |
| 4.4. Bar- oder Naturalunterhalt | 158 |
| 4.5. Berechnungsbeispiele..... | 158 |
| 5. Ausschluss und Minderung der Unterhaltsansprüche | 160 |
| 6. Verjährung..... | 161 |
| 7. Untergang der Unterhaltspflicht..... | 162 |
| 8. Anteilige Haftung | 162 |
| 9. Auskunftsansprüche..... | 162 |
| 10. Gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche..... | 163 |
| 11. Sozialhilferechtliche Besonderheiten..... | 163 |
| | |
| <u>4. Kapitel – Rechtsethische Überlegungen zum Aszendentenunterhalt.....</u> | 165 |
| | |
| 1. Geschichtliche Hintergründe des Aszendentenunterhalts..... | 166 |
| 2. Ursachen für die heutige rechtspolitische Diskussion..... | 167 |
| 2.1. Industrialisierung..... | 167 |
| 2.2. Soziologische und demografische Hintergründe | 168 |
| 2.2.1. Hohe Lebenserwartung | 168 |
| 2.2.2. Geänderte Familienstrukturen | 168 |
| 2.2.2.1. Geburtenrückgang | 169 |
| 2.2.2.2. Geänderte Verhältnisse bei der Alters- und Pflegeversorgung..... | 169 |
| 2.2.2.3. Stetiger Anstieg der Scheidungsrate | 169 |
| 2.2.2.4. Steigende Zahl Alleinerziehender | 170 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 2.2.2.5. | Steigende Zahl unverheiratet zusammenlebender Paare mit Kindern..... | 170 |
| 2.2.2.6. | Mehr Kinderlose..... | 171 |
| 2.3. | Wirtschaftliche Hintergründe..... | 171 |
| 2.3.1. | Leere öffentliche Kassen..... | 171 |
| 2.3.2. | Geringerer Verdienst von berufstätigen Frauen..... | 172 |
| 2.4. | Gesellschaftspolitische Gründe, insbesondere die unzureichende Anerkennung von Familienarbeit und schlechtere Berufschancen für Frauen während und nach der Kindererziehung..... | 172 |
| 3. | Rechtsethische Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts..... | 173 |
| 3.1. | Historische rechtsethische Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts..... | 174 |
| 3.2. | Aktuelle rechtsethische und rechtspolitische Diskussion der Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts..... | 175 |
| 3.2.1. | Handlungsverantwortlichkeit..... | 175 |
| 3.2.2. | Dankbarkeitshaftung..... | 176 |
| 3.2.3. | Prinzip des gegenseitigen Achtens..... | 176 |
| 3.2.4. | Rechtfertigungen aus gemeinschaftlicher Teilhabe..... | 177 |
| 3.2.5. | Gegenseitigkeits- und Äquivalenzprinzip zum Kindesunterhalt..... | 177 |
| 3.2.6. | Aus der Verwandtschaft begründete familiäre Solidarität..... | 178 |
| 3.2.6.1. | Leistungsaustausch zwischen den Generationen und der Generationenvertrag..... | 179 |
| 3.2.6.2. | „Sandwichgeneration“..... | 180 |
| 3.3. | Abschaffung, Beibehaltung oder Reformierung des Aszendentenunterhalts..... | 180 |
| 3.3.1. | Abschaffung des Aszendentenunterhalts..... | 181 |
| 3.3.2. | Zeitliche Begrenzung der Unterhaltspflicht..... | 184 |
| 3.3.3. | Beschränkung des Elternunterhalts auf Billigkeitsunterhalt in außergewöhnlichen Härtefällen..... | 185 |
| 3.3.4. | Begrenzung der Unterhaltspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern durch Erhöhung des großen Selbstbehalts..... | 185 |
| 3.3.5. | Begrenzung des Aszendentenunterhalts über das Sozialhilferecht..... | 186 |
| 3.4. | Stellungnahme..... | 188 |
| | Abstract..... | 191 |
| | Literaturverzeichnis..... | XV |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|--|
| aA | = andere Ansicht |
| ABGB | = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946 |
| Abs | = Absatz |
| aE | = am Ende |
| aF | = alte Fassung |
| AG | = Amtsgericht |
| AIVG | = Arbeitslosenversicherungsgesetz |
| Alt | = Alternative |
| AMFG | = Arbeitsmarktförderungsgesetz BGBl 1969/31 |
| Anm | = Anmerkung |
| AnwBl | = Österreichisches Anwaltsblatt |
| Art | = Artikel |
| ASVG | = Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 |
| AußStrG | = Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111 |
| BGB | = (deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1896, 195 |
| BGBl | = Bundesgesetzblatt |
| BGH | = (österreichischer oder deutscher) Bundesgerichtshof |
| BGHZ | = Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BgldSHG | = Burgenländisches Sozialhilfegesetz |
| BgldPGG | = Burgenländisches Pflegegeldgesetz |
| BPGG | = Bundespflegegeldgesetz BGBl 1993/110 |
| BSG | = (deutsches) Bundessozialgericht |
| BSHG | = Bundessozialhilfegesetz |
| BT-Dr | = Bundestagsdrucksache (deutsch) |

| | |
|-------------|--|
| BVerfG | = (deutsches) Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | = Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | = (deutsches) Bundesverwaltungsgericht |
| BverwGE | = Entscheidungen des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts |
| B-VG | = Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 |
| bzw | = beziehungsweise |
| ca | = circa |
| dh | = das heißt |
| DJT | = Deutscher Juristentag |
| DNotZ | = Deutsche Notar-Zeitschrift |
| dRGBI | = (deutsches) Reichsgesetzblatt |
| ecolex | = Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EFSIlg | = Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen |
| EF-Z | = Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht |
| EheG | = Ehegesetz dRGBI I 1938, 807 |
| EheRÄG 1999 | = Eherechts-Änderungsgesetz 1999 BGBl I 1999/125 |
| EO | = Exekutionsordnung RGBI 1896/79 |
| EStG | = Einkommenssteuergesetz 1988 BGBl 1988/400 |
| EU | = Europäische Union |
| EuGVVO | = VO (EG) 2001/44 des Rates v 22.10.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ABl L 2001/12, 1 |
| EvBl | = Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung |
| f | = und der, die folgende |
| FamRZ | = (deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |

| | |
|-------|---|
| ff | = und der, die folgenden |
| FF | = forum familienrecht |
| FN | = Fußnote |
| FPR | = Familie, Partnerschaft, Recht |
| FS | = Festschrift |
| FuR | = Familie und Recht |
| gem | = gemäß |
| GG | = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland dBGBI 1949, 1 |
| GSVG | = Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBI 1978/560 |
| Hrsg | = Herausgeber |
| HS | = Halbsatz |
| idR | = in der Regel |
| iFamZ | = Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht |
| insb | = insbesondere |
| InsO | = Insolvenzordnung |
| iSd | = im Sinne des |
| iVm | = in Verbindung mit |
| JBl | = Juristische Blätter |
| JGS | = Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1780–1848) |
| JN | = Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111 |
| JZ | = (deutsche) Juristenzeitung |
| Kap | = Kapitel |
| KG | = (ehemaliges) Kreisgericht |
| K-MSG | = Kärntner Mindestsicherungsgesetz |
| KPÖ | = Kommunistische Partei Österreichs |

| | |
|---------|---|
| krit | = kritisch |
| KrntPGG | = Kärntner Pflegegeldgesetz |
| LG | = Landesgericht |
| LGZ | = Landgericht für Zivilrechtssachen |
| LPartG | = Lebenspartnerschaftsgesetz |
| MDR | = Monatszeitschrift für Deutsches Recht |
| mE | = meines Erachtens |
| MietSlg | = Mietrechtliche Entscheidungen |
| mwN | = mit weiteren Nachweisen |
| NDV | = Nachrichtendienst |
| NJW | = (deutsche) Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | = NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| NÖPGG | = Niederösterreichisches Pflegegeldgesetz |
| NÖSHG | = Niederösterreichisches Sozialhilfegesetz |
| Nr | = Nummer |
| NZ | = Österreichische Notariats-Zeitung |
| ÖA | = Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt |
| OGH | = Oberster Gerichtshof |
| OLG | = Oberlandesgericht |
| OLG-NL | = OLG-Rechtsprechung Neue Länder |
| OÖPGG | = Oberösterreichisches Pflegegeldgesetz |
| OÖSHG | = Oberösterreichisches Sozialhilfegesetz |
| ÖJZ | = Österreichische Juristen-Zeitung |
| Pkw | = Personenkraftwagen |
| RabelsZ | = Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales |

Privatrecht

| | |
|---------|--|
| RdW | = Österreichisches Recht der Wirtschaft |
| RGBI | = Reichsgesetzblatt |
| Rz | = Randziffer |
| RZ | = Österreichische Richterzeitung |
| S | = Satz |
| SbgPGG | = Salzburger Pflegegeldgesetz |
| SbgSHG | = Salzburger Sozialhilfegesetz |
| SGB | = Sozialgesetzbuch |
| sog | = sogenannt, -e, -er, -es |
| StGB | = Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 |
| StmkPGG | = Steiermärkisches Pflegegeldgesetz |
| StmkSHG | = Steiermärkisches Sozialhilfegesetz |
| SZ | = Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen |
| TGSG | = Tiroler Grundsicherungsgesetz |
| TPGG | = Tiroler Pflegegeldgesetz |
| T-SHG | = (ehemaliges) Tiroler Sozialhilfegesetz |
| VbgPGG | = Vorarlberger Pflegegeldgesetz |
| VbgSHG | = Vorarlberger Sozialhilfegesetz |
| VersVG | = Versicherungsvertragsgesetz 1958 BGBl 1959/2 |
| Vorbem | = Vorbemerkung |
| VwGH | = Verwaltungsgerichtshof |
| VwSlg | = Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes |
| WohnGG | = Wohngeldgesetz |
| WPGG | = Wiener Pflegegeldgesetz |

| | |
|------------|---|
| WSHG | = Wiener Sozialhilfegesetz |
| WSI- | |
| Mitteilung | = Monatszeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung |
| Z | = Ziffer |
| Zak | = Zivilrecht aktuell |
| ZAS | = Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht |
| zB | = zum Beispiel |
| ZinsenG | = Zinsengesetz |
| ZPO | = Zivilprozessordnung RGBI 1895/113 |
| zust | = zustimmend |

Einleitung

Dass Eltern für ihre Kinder sorgen müssen, ist selbstverständlich. Diese Unterhaltspflicht stellt niemand ernsthaft in Frage. Was geschieht jedoch, wenn die eigenen Eltern oder Großeltern im Alter auf Unterstützung angewiesen sind? Inwieweit sind die Nachkommen verpflichtet und willens, ihren Vorfahren Hilfe zu leisten?

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Unterhaltspflicht von Nachkommen gegenüber ihren Vorfahren in Österreich und in Deutschland bestehen. Darüber hinaus möchte ich die rechtsethische Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts¹ diskutieren und die rechtspolitische Debatte darstellen.

Ziel ist es, die aktuelle Rechtslage unter Beachtung der ergangenen Judikatur darzustellen und zu vergleichen, aber auch die Gründe herauszufinden, weshalb gleiche Probleme in den beiden Ländern unterschiedlich gelöst werden.

In diesem Zusammenhang spielen sowohl zivilrechtliche als auch sozialhilferechtliche Normen und Erwägungen eine bedeutende Rolle. Darüber hinaus dürfen aber auch rechtsethische, soziale und wirtschaftliche Aspekte nicht außer Acht gelassen werden. Dies folgt vor allem daraus, dass eine Inanspruchnahme der Kinder in den meisten Fällen durch den Sozialhilfeträger bei Pflegebedürftigkeit und der damit einhergehenden Unterbringung der Eltern in einem Senioren- oder Pflegeheim erfolgt. In diesem Zusammenhang ist ein sozialer Unterschied dahingehend aufgefallen, dass es in Deutschland kein Urteil gibt, in dem die Eltern direkt den Unterhalt von ihren Kindern einklagen. Vielmehr haben die Urteile in Deutschland immer den Regressanspruch des Sozialhilfeträgers zum Streitgegenstand. In Österreich behandelt der größte Teil der Judikatur ebenfalls den sozialhilferechtlichen Ersatzanspruch, jedoch gibt es auch höchstrichterliche Entscheidungen, bei denen die Eltern direkt den Anspruch auf Unterhalt gegenüber ihren Kindern geltend machen. Welche Ursachen es dafür gibt, werde ich in meiner Arbeit ebenfalls untersuchen.

Die sozialpolitische Diskussion über die Doppelbelastung der sogenannten „Sandwichgeneration“ zeigt deutlich, von welcher Bedeutung dieses Thema für die mittlere Generation ist. Diese leistet einerseits ihren Beitrag für die Elterngeneration durch Sozialabgaben und Rentenbeiträge und muss darüber hinaus individuell für den Unterhalt ihrer Eltern aufkommen. Gleichzeitig unterhält und erzieht sie ihre eigenen Kinder.

¹ Der Aszendentenunterhalt wird in Deutschland überwiegend Elternunterhalt genannt, so dass ich in meiner Arbeit beide Begriffe benutzen werde.

Deshalb ist es Aufgabe des Gesetzgebers und der Rechtsprechung, einen gerechten Ausgleich zwischen diesen Belastungen zu finden. In meiner Arbeit soll dementsprechend auch dargestellt werden, auf welche Weise die beiden Länder diesen Konflikt lösen.

Im ersten Kapitel der Arbeit werde ich die rechtliche Situation in Deutschland darstellen. Dies geschieht anhand der Anspruchsgrundlage für den Aszendentenunterhalt, § 1601 BGB. Dabei werden die Fragen eingehend bearbeitet, die sich im Rahmen der Anspruchsgrundlage stellen. Die umfangreiche Rechtsprechung der deutschen Gerichte wird dabei ebenso eine große Rolle spielen wie die Erkenntnisse der Rechtswissenschaftler in der Literatur. Darüber hinaus werde ich die Bezüge zum Sozialrecht herausarbeiten.

Danach befasse ich mich im zweiten Kapitel eingehend mit dem Aszendentenunterhalt in Österreich. Die Anspruchsgrundlage, § 143 ABGB, wird unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung dargestellt. Besonderes Augenmerk lege ich in diesem Abschnitt auf die einzelnen Voraussetzungen einer Inanspruchnahme der Nachkommen und werde diese mithilfe der ergangenen Judikatur, aber auch Verweisen auf den Deszendentenunterhalt umfassend erarbeiten. Auch hier werden sozialrechtliche Zusammenhänge und Probleme aufgezeigt und besprochen. Dieser Teil der Arbeit zeigt deutlich, dass dem Aszendentenunterhalt in Österreich, im Vergleich zu Deutschland, in der Literatur bisher noch keine sehr große Bedeutung beigemessen wurde.

Im dritten Kapitel werde ich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den beiden Ländern herausarbeiten. Mithilfe des Vergleichs können Vorteile in dem jeweiligen Rechtssystem, aber auch Nachteile aufgezeigt werden. Mithilfe von Berechnungsbeispielen werde ich darstellen, wie viel ein unterhaltspflichtiges Kind mit dem gleichen Einkommen in Österreich und in Deutschland für seine Eltern zur Verfügung stellen muss.

Im vierten Kapitel möchte ich mithilfe rechtsethischer Überlegungen eine Rechtfertigung für den Aszendentenunterhalt suchen und Reformvorschläge diskutieren. Eine besondere Bedeutung spielt in diesem Zusammenhang der Generationenvertrag, denn dadurch wird die ältere Generation bereits mithilfe von Beiträgen zur Renten- und Pensionsversicherung durch die mittlere Generation unterstützt. Deshalb stellt sich die Frage, ob die individuelle Inanspruchnahme der Nachkommen auf Unterhalt für ihre Eltern ein Ungleichgewicht darstellt. Insbesondere werde ich deshalb im letzten Teil der Arbeit der Frage nachgehen, ob der Aszendentenunterhalt in seiner heutigen Ausprägung abgeschafft, beibehalten oder reformiert werden sollte.

1. Kapitel – Die Rechtslage in Deutschland

1. Gesetzliche Grundlage

Nach § 1601 BGB sind Verwandte in gerader Linie verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Gemäß § 1589 S 1 BGB sind Verwandte gerader Linie Personen, deren eine von der anderen abstammt. Demzufolge sind auch Nachkommen gegenüber ihren Vorfahren zum Unterhalt verpflichtet. Art 6 Abs 1 GG stellt die Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, und der Gesetzgeber hat als Ausprägung der gegenseitigen Fürsorgepflichten in § 1601 BGB einen lebenslangen Tatbestand für gegenseitige Unterhaltsansprüche geschaffen.²

Voraussetzung für den Unterhaltsanspruch des Vorfahren ist das Außerstandesein, sich aus eigenen Mitteln selbst zu unterhalten, § 1602 Abs 1 BGB. Ist der Aszendent³ nicht in der Lage, seinen Bedarf zu decken, so liegt bei ihm Bedürftigkeit vor.⁴

Des Weiteren muss das zum Unterhalt herangezogene Kind unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen imstande sein, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts, dem Elternteil Unterhalt zu gewähren, § 1603 Abs 1 BGB. Es muss also leistungsfähig sein.⁵

Dabei müssen Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit zeitgleich zusammenfallen.⁶ Nur wenn und solange während der Zeit des Unterhaltsbedarfs der Unterhaltspflichtige leistungsfähig ist, entsteht ein Unterhaltsanspruch.⁷ Diese Auslegung von § 1603 Abs 1 BGB wird schon von den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch gestützt, in denen ausgeführt wurde, dass für die Dauer der Leistungsunfähigkeit eine Unterhaltsverpflichtung nicht zur Entstehung gelange.⁸

2. Ermittlung des Lebensbedarfs gem § 1610 BGB

Um feststellen zu können, ob ein Elternteil bedürftig ist, muss zunächst sein Bedarf ermittelt werden.⁹ § 1610 BGB normiert den unbestimmten Rechtsbegriff „angemessener Unterhalt“

² BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051 = BVerfGE 113, 88 (109); *Gerhardt in Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein*, Handbuch Fachanwalt Familienrecht⁶ (2008) Kap 6 Rz 206.

³ Die Aszendenten werden im Folgenden auch als Vorfahren bzw Eltern bezeichnet.

⁴ BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051.

⁵ *Engler/Kaiser in Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV¹⁴ (2000) § 1603 Rz 7.

⁶ *Diederichsen in Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁸ (2009) § 1601 Rz 2.

⁷ BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051; BGH IV b ZR 43/83 FamRZ 1985, 155 (156).

⁸ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich IV² (1896) 687f.

⁹ *Klein in Weinreich/Klein*, Fachanwaltskommentar Familienrecht³ (2008) § 1601 Rz 14.

und bestimmt des Weiteren, dass sich das Maß dieses zu gewährenden Unterhalts nach der Lebensstellung des Bedürftigen richtet (Abs 1) und dessen gesamten Lebensbedarf umfasst (Abs 2).

2.1. Angemessener Unterhalt

Um den angemessenen Unterhalt ermitteln zu können, müssen sowohl Feststellungen zu der Lebensstellung des Elternteils als auch zu den Aufwendungen, die für die Bestreitung seiner Lebenshaltungskosten notwendig sind, getroffen werden.¹⁰

2.1.1. Lebensstellung des Bedürftigen, § 1610 Abs 1 BGB

Die Lebensstellung des Unterhalt begehrenden Vorfahren leitet sich nicht von derjenigen des unterhaltspflichtigen Nachkommen ab, sondern ist eigenständig und beurteilt sich in erster Linie nach seinen eigenen Einkommens- und Vermögensverhältnissen.¹¹ Daneben ist aber auch die soziale Stellung von Bedeutung.¹² Nachteilige Veränderungen der Einkommensverhältnisse, wie sie regelmäßig mit dem Eintritt in den Ruhestand oder dem Tod des Ehegatten verbunden sind, haben deshalb nach einer gewissen Übergangszeit auch eine Änderung der Lebensstellung zur Folge.¹³ Demzufolge können die Eltern von ihren Kindern dann keinen Unterhalt entsprechend ihrem früheren Lebensstandard beanspruchen.¹⁴

Als angemessener Unterhalt müssen aber auch bei bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen diejenigen Mittel angesehen werden, durch die das Existenzminimum der Eltern sichergestellt werden kann und die demgemäß als Untergrenze des Bedarfs zu bewerten sind.¹⁵

2.1.2. Lebensbedarf, § 1610 Abs 2 BGB

Unter Bedarf wird die Summe der Mittel verstanden, die eine Person benötigt, damit sie in

¹⁰ Dies ergibt sich aus § 1610 BGB.

¹¹ Engler/Kaiser in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1610 Rz 132.

¹¹ Krauß, Elternunterhalt – 1. Teil, DNotZ 2004, 502 (506).

¹² Günther in Schnitzler, Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht² (2008) § 11 Rz 8.

¹³ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (861); Hauß, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien² (2008) Rz 22; Graba, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003, FamRZ 2004, 581 (585).

¹⁴ Seidel in Luthin, Handbuch des Unterhaltsrechts¹⁰ (2004) Rz 5050.

¹⁵ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (861); Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer, Der Unterhaltsprozess⁴ (2006) Rz 2004; Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 8; Seidel in Luthin, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 5050; Pauling in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis⁷ (2008) § 2 Rz 612.

ihrer konkreten Situation ein menschenwürdiges Leben führen kann.¹⁶

Zum gesamten Lebensbedarf der Vorfahren gehören sowohl der laufende Bedarf als auch ein darüber hinausgehender Sonderbedarf.¹⁷ Der laufende Bedarf der Eltern ist beeinflusst durch ihren Elementarbedarf und, in Anbetracht ihres zumeist hohen Alters, regelmäßig durch einen krankheitsbedingten Mehrbedarf.¹⁸ Im Besonderen gehören zum Elementarbedarf Unterkunfts-, Verpflegungs- und Kleidungskosten¹⁹, ebenso Mittel, um am gesellschaftlichen und sozialen Leben teilnehmen zu können²⁰ sowie Aufwendungen für Kranken- und Pflegeversicherung²¹. Dagegen gehören andere Versicherungsprämien, die vor zukünftigen Risiken schützen²² sollen, nicht zum Elementarunterhalt.²³

Treffen den unterhaltsberechtigten Vorfahren eigene Unterhaltspflichten, beispielsweise gegenüber seinem Ehegatten, so erhöhen diese seinen Bedarf nicht, weil der Unterhaltsanspruch ausschließlich zur Behebung des Bedarfs des Unterhaltsberechtigten dient.²⁴

Der Unterhaltspflichtige²⁵ schuldet nur die Befriedigung des gegenwärtigen Bedarfs.²⁶

Zur Ermittlung des zu bemessenden laufenden Bedarfs kann auf die in den Unterhaltstabellen der Oberlandesgerichte enthaltenen Eigenbedarfssätze eines unterhaltsberechtigten Ehegatten²⁷ zurückgegriffen und derjenige Betrag als Bedarf angesetzt werden, der der jeweiligen Lebenssituation des unterhaltsberechtigten Elternteils entspricht.²⁸

Unzulässig sind jedoch pauschal vereinfachende Vergleiche („Schematismus“²⁹), denn die Tabellen haben keine Gesetzeskraft, sondern stellen lediglich Richtlinien dar.³⁰ Sie legen einen Mindestbedarf fest, der aber anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter

¹⁶ *Born*, „Zeitbombe“ Schwiegermutter? – Die aktuelle Rechtsprechung zum Elternunterhalt, MDR 2005, 194.

¹⁷ *Diederichsen in Palandt*, BGB⁶⁸ § 1610 Rz 8, 11 iVm § 1612 Rz 3.

¹⁸ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 6.

¹⁹ *Pauling in Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 612.

²⁰ *Müller*, Der Bedarf des Elternteils, FPR 2003, 611 (612).

²¹ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 6.

²² Dazu gehören insbesondere Versicherungsprämien für die Altersvorsorge.

²³ *Büttner*, Alterssicherung und Unterhalt, FamRZ 2004, 1918 (1923).

²⁴ BGH XII ZR 271/02 FamRZ 2004, 1370 (1372); *Pauling in Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 635.

²⁵ Aus Gründen einer einfacheren Lesbarkeit wird teilweise nur die männliche Form verwendet. Diese schließt die weiblichen Personen mit ein.

²⁶ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 24.

²⁷ Diese betragen in Anlehnung an die Düsseldorfer Tabelle (Stand: 1.1.2009) und auch vieler Leitlinien der Oberlandesgerichte für einen Erwerbstätigen 900,- Euro und für Nichterwerbstätige 770,- Euro. Seit 1.1.2009 gilt die Düsseldorfer Tabelle sowohl für die alten als auch für die neuen Bundesländer gleichermaßen, FamRZ 2009, 180 ff.

²⁸ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (861); *Seidel in Luthin*, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 5051.

²⁹ *Brudermüller*, Elternunterhalt – Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 633 (634).

³⁰ *Born in Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1610 Rz 87.

Berücksichtigung der besonderen Lebensverhältnisse des Elternteils zu erhöhen ist.³¹ Demnach kann es auch beim Elternunterhalt zu wesentlichen Abweichungen von diesen Richtlinien kommen, da sowohl die Wohnsituation als auch die Pflegebedürftigkeit des Unterhalt begehrenden Elternteils seinen Lebensbedarf entscheidend bestimmen.

Fallen weitere, nicht abgedeckte notwendige Aufwendungen an, so ist dieser Mehrbedarf hinzuzurechnen.³² Zum Mehrbedarf zählen üblicherweise die Kosten für Diätverpflegung³³, Hilfe im Haushalt, Pflegeperson, anderweitig nicht gedeckte ärztliche Behandlung und Fahrten zum Arzt sowie Zuzahlungen für Medikamente, Brille, Hörgerät, Zahnprothese, Gehhilfe und andere Hilfsmittel.³⁴

2.2. Besonderheiten bei Heimpflege

Insofern die Eltern notwendigerweise in einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung leben, wird der Bedarf in der Regel durch die Kosten für die Unterbringung und Verpflegung in dem jeweiligen Heim bestimmt.³⁵

2.2.1. Notwendigkeit der Heimunterbringung

Die Unterbringung in einem Pflege- oder Altenheim ist nur dann notwendig, wenn die Eltern auf Pflege angewiesen sind und eine Versorgung im eigenen Haushalt nicht mehr gewährleistet werden kann.³⁶ Den Eltern kommt kein eigener Entscheidungsspielraum dahingehend zu, dass sie auf einer Heimpflege bestehen könnten, ohne dass hierfür medizinische Notwendigkeiten gegeben sind.³⁷

Die medizinische Notwendigkeit wird üblicherweise durch ein ärztliches Attest bestätigt, welches aber widerlegbar ist.³⁸

Ein Indiz für die Notwendigkeit ist regelmäßig auch der Bezug von Pflegegeld, weil die Pflegestufen durch die Pflegegeldkasse in einem formalisierten Verfahren ermittelt werden.³⁹

³¹ Ehinger in Ehinger/Griesche/Rasch, Handbuch Unterhaltsrecht⁵ (2008) Rz 255.

³² Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 9.

³³ OLG Karlsruhe 18 UF 44/97 FamRZ 1998, 1435 (1436).

³⁴ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 6.

³⁵ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1700) (Klinkhammer); BGH XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (371); Reinken in Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III² (2008) § 1601 Rz 5 mwN; Seidel in Luthin, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 5053; Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2007 mwN.

³⁶ Seidel in Luthin, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 5053; Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 16.

³⁷ Engler/Kaiser in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1610 Rz 132.

³⁸ Hußmann, Elternunterhalt² 11.

³⁹ Die in § 15 SGB XI normierten Pflegestufen werden gem § 18 SGB XI durch den medizinischen Dienst der Krankenversicherung festgestellt.

Bestehen Zweifel an der Pflegestufe, so hat das Gericht ein Sachverständigengutachten anzuordnen, mit dessen Hilfe der tatsächliche Pflegeaufwand zu ermitteln ist.⁴⁰

2.2.2. Angemessenheit der Unterbringung

Die Heimkosten müssen nur insoweit von den Nachkommen getragen werden, als die Einrichtung der Lebensstellung des Elternteils entspricht.⁴¹ Das Kind kann sich gegen die Inanspruchnahme in Höhe der tatsächlichen Heimkosten wehren, wenn es substantiiert darlegen kann, dass ein preisgünstigeres und dennoch der Lebensstellung der Eltern entsprechendes Pflegeheim tatsächlich zur Verfügung stehen würde.⁴² In diesem Falle wären dann die Kosten jener Einrichtung maßgeblich.⁴³ Gegebenenfalls muss der Vorfahre in die weniger kostenintensive Einrichtung umziehen.⁴⁴

Dieser Einwand darf aber nicht zu einem „Pflegetourismus“ führen. Vielmehr muss dieses Pflegeheim auch den sozialen und familiären Verwurzelungen des Elternteils gerecht werden.⁴⁵ Im Rahmen dieser Diskussion darf nicht vergessen werden, dass beispielsweise in den neuen Bundesländern oder in Polen oder Rumänien durchaus preisgünstigere Altenheime zur Verfügung stehen, aber es von einem alten und pflegebedürftigen Elternteil nicht verlangt werden kann, so weit von der gewohnten Umgebung und den damit verbundenen familiären und freundschaftlichen Kontakten seinen Lebensabend verbringen zu müssen.

Die Heimkosten stellen keinen Sonderbedarf im Sinne des § 1613 Abs 2 BGB dar. Vielmehr handelt es sich bei den Heimkosten um einen Mehrbedarf, für den das Kind aufzukommen hat, es sei denn, dem betreffenden Elternteil ist es zumutbar, sich preisgünstiger im eigenen Haushalt, falls notwendig mit ambulanter Pflege, versorgen zu lassen.⁴⁶ Sind dagegen die Kosten einer ambulanten Pflege schwer pflegebedürftiger Eltern im eigenen Haushalt oder in einer Wohngruppe kostenintensiver als eine Unterbringung in einem Pflegeheim, so sind auch

⁴⁰ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 28.

⁴¹ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (506); *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2012.

⁴² *Hußmann*, Elternunterhalt² 12.

⁴³ *Günther*, Elternunterhalt – Hinweise zur Berechnung und zum Unterhaltsregress unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung, NDV 2005, 44 (45) mwN; *Müller*, FPR 2003, 611 (614); für eine Beweislastverteilung zu Lasten des Bedürftigen bzw des Sozialhilfeträgers: *Diederichsen*, Der BGH und der Elternunterhalt, FF 2003, 8 (10).

⁴⁴ *Herr*, Elternunterhalt, FamRZ 2005, 1021 (1022).

⁴⁵ OLG Schleswig 8 UF 153/02 NJW-RR 2004, 866 (867); *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2015; *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 24, der sogar die Unterbringung in einem ausländischen Pflegeheim nicht ausschließt.

⁴⁶ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (506); *Günther*, NDV 2005, 44 (45) mwN.

diese Mehrkosten durch das unterhaltspflichtige Kind nicht zu tragen.⁴⁷ Darüber hinaus sind im Falle der Heimunterbringung ebenfalls Kosten eines möglichen Mehrbedarfs, wie beispielsweise der Eigenanteil für Medikamente, zum Unterhaltsbedarf hinzuzurechnen.⁴⁸

2.2.3. Taschengeld

Des Weiteren steht einem Heimbewohner auch ein angemessenes Taschengeld zur persönlichen Verfügung.⁴⁹ Dieses dient der Finanzierung der persönlichen Bedürfnisse, wie dem Kauf von Zeitschriften, Schreibmaterial und sonstigen Kleinigkeiten des täglichen Lebens sowie der Körper- und Kleiderpflege.⁵⁰ Als Anhaltspunkt für die Höhe können die sozialhilfrechtlichen Beträge dienen.⁵¹ Sollte sich der Elternteil in einem so schlechten gesundheitlichen Zustand befinden, dass ihm die Verwendung eines Taschengeldes nicht mehr möglich ist, so gehört dieses auch nicht zum Bedarf.⁵²

3. Bedürftigkeit

Unterhaltsberechtigter ist gem § 1602 Abs 1 BGB nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, dh dass das Gesetz von dem Grundsatz der Eigenverantwortung ausgeht, wonach jeder für seinen Lebensunterhalt selbst zu sorgen hat.⁵³ Außerstande, sich selbst zu unterhalten, ist, wer seinen angemessenen Lebensunterhalt im Sinne von § 1610 BGB nicht mit eigenen Mitteln decken kann und auch nicht in der Lage ist, sich diese Mittel in zumutbarer Weise zu verschaffen.⁵⁴

Deshalb haben Vorfahren für ihren Unterhalt zunächst sämtliche tatsächlich erzielte eigene Einkünfte einzusetzen, gleich welcher Art⁵⁵ sie sind und aus welchem Anlass sie erzielt werden.⁵⁶ Sie müssen lediglich geeignet sein, den gegenwärtigen Lebensbedarf und denjenigen ihrer Unterhaltsgläubiger sicherzustellen.⁵⁷ Des Weiteren besteht unter gewissen

⁴⁷ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 13.

⁴⁸ *Gerhardt in Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein*, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 206 a.

⁴⁹ OLG Düsseldorf 1 UF 63/01 NJW 2002, 1353; *Born*, MDR 2005, 194 (195); *Gerhardt in Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein*, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 206 a; *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 16.

⁵⁰ BGH XII ZR 272/02 FamRZ 2004, 1370 (1372).

⁵¹ *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2021.

⁵² *Grube in Grube/Wahrendorf*, SGB XII² (2008) § 35 Rz 9; *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2021.

⁵³ *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1602 Rz 1.

⁵⁴ *Mleczko*, Die Bedürftigkeit beim Elternunterhalt, FPR 2003, 616.

⁵⁵ Damit sind alle Einkünfte gemäß § 2 EStG umfasst.

⁵⁶ *Günther*, NDV 2005, 44 (45).

⁵⁷ BGH IV b ZR 530/80 FamRZ 1980, 984; BGH IV b ZR 559/80 FamRZ 1981, 541 (542); *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 22.

Voraussetzungen eine Erwerbsobliegenheit und auch das Vermögen muss in zumutbarer Weise bedarfsdeckend eingesetzt werden.⁵⁸

3.1. Einkünfte aus Erwerbstätigkeit

Auf den Unterhaltsbedarf des berechtigten Elternteils sind Einkünfte aus Erwerbstätigkeit voll anzurechnen.⁵⁹ Dies gilt sowohl für Einkünfte aus Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung⁶⁰ sowie für Einkommen aus selbständiger Tätigkeit.⁶¹

Einkünfte aus überobligatorischer bzw unzumutbarer Tätigkeit wirken im Rahmen des Elternunterhalts ebenfalls bedarfsmindernd.⁶² Insbesondere ist auch § 1577 Abs 2 BGB, wonach solche Einkünfte bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts in gewissem Umfang anrechnungsfrei bleiben sollen, nicht analog anzuwenden.⁶³

Ebenfalls sind tatsächliche Einnahmen aus unsittlicher oder verbotener Tätigkeit sowie aus Spiel⁶⁴ im Allgemeinen voll anzurechnen.⁶⁵

Alle mit den Einnahmen verbundenen gesetzlichen Abgaben wie Steuern und Sozialversicherungsbeiträge⁶⁶, aber auch Werbungskosten, sind abzuziehen.⁶⁷ Bereinigt werden kann das Erwerbseinkommen des Weiteren um berufsbedingte Aufwendungen.⁶⁸ Diese sind jedoch nur abzugsfähig, wenn Anhaltspunkte dafür vorgetragen werden, dass solche Aufwendungen auch tatsächlich entstanden sind.⁶⁹

Jedoch unterscheidet sich das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen von dem steuerpflichtigen Einkommen. Da das Steuerrecht im Gegensatz zum Unterhaltsrecht nur bestimmte Einkunftsarten berücksichtigt, eine Reihe von Einnahmen steuerfrei lässt und pauschale Abschreibungen zulässt, ist das unterhaltsrechtlich bedeutsame Einkommen in der Regel höher.⁷⁰ Einkommensteuererklärungen sind demzufolge als Einkommensnachweise allein

⁵⁸ Ehinger in Ehinger/Griesche/Rasch, Unterhaltsrecht⁵ Rz 256.

⁵⁹ Mleczko, FPR 2003, 616 (617).

⁶⁰ Dazu gehören auch alle Zulagen und Sonderzuwendungen, unabhängig davon, ob ein Rechtsanspruch darauf besteht oder nicht.

⁶¹ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 29 und 34.

⁶² Klein in Weinreich/Klein, FAKomm-FamR³ § 1602 Rz 7.

⁶³ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 26.

⁶⁴ OLG Düsseldorf 4 UF 102/92 NJW 1993, 3078 = FamRZ 1994, 896.

⁶⁵ Strohal in Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht⁸ (2003) Rz 498.

⁶⁶ Reinken in Bamberger/Roth, BGB III² § 1602 Rz 14.

⁶⁷ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 25 mwN.

⁶⁸ Mleczko, FPR 2003, 616 (617); Brudermüller, NJW 2004, 633 (635).

⁶⁹ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (862); Herr, FamRZ 2005, 1021 (1023).

⁷⁰ BGH XII ZR 70/95 FamRZ 1997, 281 (283); Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 26.

nicht ausreichend. Vielmehr kommt es auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall an.⁷¹

3.2. Einkommensersatz

Arbeitslosengeld I, Krankengeld, Übergangsgeld in der Kranken- und Unfallversicherung sowie Renten jeder Art, insbesondere Alters-, Witwen- und Erwerbsunfähigkeitsrente treten an die Stelle des Erwerbseinkommens und haben somit eine Einkommensersatzfunktion.⁷²

Bei ihnen handelt es sich um nicht subsidiäre Sozialleistungen, und deshalb sind sie grundsätzlich zur Befriedigung des Unterhaltsbedarfs in voller Höhe einzusetzen.⁷³

Unterhaltsrechtlich ist der bedürftige Elternteil demzufolge verpflichtet, bedarfsmindernde Sozialleistungen vorrangig in Anspruch zu nehmen. Unterlässt er dies, werden sie ihm als fiktive Einkünfte zugerechnet.⁷⁴

3.3. Fiktives Einkommen

Das Gesetz geht grundsätzlich von der Erwerbsobliegenheit eines jeden aus und gewährt eine Unterstützung durch den Unterhaltsschuldner nur dort, wo für den Unterhaltsgläubiger keine Erwerbsobliegenheit (mehr) besteht.⁷⁵

Fraglich ist, ob nach Erreichen der rentenrechtlichen Regelaltersgrenze von derzeit 65⁷⁶ Jahren noch eine Erwerbsobliegenheit besteht. In der Rechtsprechung und der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass nach Erreichen der Regelaltersgrenze die Erwerbsobliegenheit enden soll.⁷⁷ Dagegen wendet eine Literaturmeinung⁷⁸ ein, dass die Eltern im Rahmen des Aszendentenunterhalts eine gesteigerte Erwerbsobliegenheit trifft, und

⁷¹ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 28.

⁷² Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1602 Rz 36.

⁷³ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 27.

⁷⁴ Mleczko, FPR 2003, 616 (619); Born, MDR 2005, 194 (195).

⁷⁵ Klein in Weinreich/Klein, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 20; Diederichsen in Palandt, BGB⁶⁸ § 1602 Rz 7.

⁷⁶ Seit dem 1.1.2008 gilt die Regelaltersgrenze von 67 Jahren gem § 35 SGB VI. Bisher lag die Grenze bei 65 Jahren wobei noch Übergangsvorschriften für ältere Jahrgänge gelten. Deshalb ist beim aktuellen Elternunterhalt noch die Grenze von 65 Jahren zu beachten, weil gem § 235 SGB VI für Versicherte bis zu dem Geburtsjahr 1947 noch die 65 Jahre gelten und bis zu den Geburtsjahrgängen 1963 eine Staffelung vorgenommen wurde. Erst bei Versicherten, die nach 1963 geboren wurden, gilt die Regelaltersgrenze von 67 Jahren uneingeschränkt.

⁷⁷ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 27; Griesche, Elternunterhalt, FPR 2004, 693 (696); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁵ (2006) § 47 Rz 11 bis 13; BGH XII ZR 146/97 FamRZ 1999, 708 (709), wobei der BGH in diesem Urteil offen lässt, ob der herrschenden Meinung zu folgen ist. Er stellt aber fest, dass die rentenrechtliche Vergünstigung für Frauen, früher Altersrente beziehen zu können, unterhaltsrechtlich nicht zum Tragen kommt.

⁷⁸ Mleczko, FPR 2003, 616 (617); Appelt, Der Elternunterhalt – Aktueller Rechtszustand und Reformdiskussion (2007) 18.

es muss individuell geprüft werden, ob eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist oder nicht. Insbesondere kann die rentenrechtliche Regelarbeitsgrenze keine absolute Obergrenze für die Erwerbsobliegenheit darstellen, denn sie orientiert sich nicht allein an der Überlegung, dass die überwältigende Mehrzahl der Personen mit 65 Jahren nicht mehr arbeitsfähig ist, sondern vor allem auch an fiskalischen Kriterien.⁷⁹ Aus diesem Grunde kann auch über das Rentenalter hinaus noch eine Pflicht zur Aufnahme oder Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit gegeben sein.⁸⁰ Dem ist zuzustimmen, denn auch der deutsche Gesetzgeber sieht die Regelaltersgrenze nicht als starr, was sich vor allem daran zeigt, dass zum 1.1.2008 die rentenrechtliche Regelaltersgrenze schrittweise auf 67 Jahre angehoben wurde, § 35 SGB VI.

Die Frage, ob eine Erwerbstätigkeit für die Eltern noch zumutbar ist, muss daher individuell beantwortet werden. Insbesondere sind der Gesundheitszustand, das Alter, die Ausbildung, die Art früherer Beschäftigungen sowie die Länge der Zeit, während keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde, als wichtige Faktoren zu berücksichtigen.⁸¹

Kommt ein Vorfahre dieser Erwerbsobliegenheit nicht nach, wird ihm dasjenige als fiktives Einkommen angerechnet, was bei zumutbarem Einsatz der Arbeitskraft erzielbar wäre.⁸²

Diese Diskussion, ob eine Erwerbsobliegenheit des Elternteils besteht, hat jedoch praktisch nur eine geringe Bedeutung. Denn der Aszendentenunterhalt beruht vor allem auf der Pflegebedürftigkeit des Vorfahren. Die Pflegebedürftigkeit schließt aber eine Erwerbsfähigkeit regelmäßig aus.⁸³

Allenfalls im Rahmen des sog Geringverdienerbereichs stellt sich die Frage nach einer Erwerbsobliegenheit, weil der Elternteil durch seine Berufstätigkeit zeigt, dass er zumindest teilweise erwerbsfähig ist. Regelmäßig kann jedoch von alten oder kranken Vorfahren – wenn überhaupt – eine Erwerbstätigkeit über diesen Rahmen hinaus nicht mehr erwartet werden.⁸⁴

Ein weiterer Grund, weshalb fiktiven Einkünften in der Regel keine praktische Bedeutung beim Aszendentenunterhalt zukommen, liegt darin, dass sie sozialhilferechtlich kein Einkommen bilden, § 94 Abs 3 Nr 1 SGB XII.

⁷⁹ *Appelt*, Elternunterhalt 18.

⁸⁰ *Mieczko*, FPR 2003, 616 (617).

⁸¹ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 27; *Günther*, NDV 2005, 44 (46).

⁸² *Diederichsen* in *Palandt*, BGB⁶⁸ § 1602 Rz 13; *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 27.

⁸³ *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2025.

⁸⁴ *Klein* in *Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 20.

3.4. Staatliche Transferleistungen

3.4.1. Sozialhilfe⁸⁵

Grundsätzlich sind Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII, wie beispielsweise die Hilfe zum Lebensunterhalt⁸⁶ oder die Hilfe zur Pflege in Einrichtungen⁸⁷, die mit dem Barbedarf in Vorleistung treten, auf den Bedarf nicht anzurechnen.⁸⁸ Dies ergibt sich aus der Subsidiarität dieser Sozialhilfeleistungen, die aus dem in § 2 SGB XII normierten fürsorgerechtlichen Grundsatz der materiellen Subsidiarität und der damit verbundenen Nachrangigkeit der Sozialhilfe⁸⁹ folgt. Vor allem beim Rückgriff des Sozialhilfeträgers kommt diesem Grundsatz eine wichtige Bedeutung zu, denn wenn Sozialhilfe beim Unterhaltsberechtigten bedarfsmindernd berücksichtigt werden würde, ginge der Regressanspruch regelmäßig ins Leere.

Jedoch stellt sich die Frage, ob subsidiäre Sozialleistungen jedenfalls dann auf den Unterhalt anzurechnen sind, wenn sozialhilferechtlich ein Regress des Sozialhilfeträgers ganz oder teilweise ausgeschlossen ist, um eine doppelte Bedarfsdeckung zu vermeiden.⁹⁰ Besondere Relevanz hat diese Problematik beim Elternunterhalt dann, wenn der nach § 94 Abs 1 S 1 SGB XII vorgesehene Übergang des Unterhaltsanspruchs auf den Träger der Sozialhilfe deshalb ausgeschlossen ist, weil der Unterhaltsanspruch des Elternteils auf fiktiven Einkünften des unterhaltspflichtigen Kindes begründet ist, die zwar unterhaltsrechtlich, jedoch wegen der Schuldnerschutzbestimmung des § 94 Abs 3 Nr 1 SGB XII sozialhilferechtlich nicht zu berücksichtigen sind.⁹¹ Bleibt es bei der Subsidiarität und damit bei einem ungedeckten Bedarf während des Bezugs von Sozialleistungen, ergibt sich ein doppelt gedeckter Bedarf, wenn es dem Hilfeempfänger gelingt, aus einem obsiegenden Urteil später gegen den Unterhaltsschuldner zu vollstrecken.⁹²

⁸⁵ Die Sozialhilfe wurde für erwerbsfähige Hilfsbedürftige durch die Reformen im Rahmen von Hartz IV mit der früheren Arbeitslosenhilfe zu Arbeitslosengeld II zusammengeführt und wird als Grundsicherung für Arbeitssuchende geleistet. Sollte der Elternteil ausnahmsweise noch erwerbsfähig sein, so ist Arbeitslosengeld II in der Regel auch nicht anrechenbar. Siehe dazu *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1602 Rz 38.

⁸⁶ §§ 27ff SGB XII.

⁸⁷ § 35 SGB XII.

⁸⁸ *Hußmann*, Elternunterhalt² 21; *Herr*, FamRZ 2005, 1021 (1022).

⁸⁹ BVerwG V C 54.69 BVerwGE 34, 219 (221); BVerwG V C 108.72 BVerwGE 42, 198 (202); BVerwG 5 C 63.88 BVerwGE 85, 136 (137).

⁹⁰ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12 Rz 101; OLG Köln 27 UF 52/96 FamRZ 1997, 1101; OLG Hamburg 12 UF 64/91 U FamRZ 1992, 713.

⁹¹ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12 Rz 101; *Zeranski*, Zum rechtlichen Schicksal eines auf fiktiven Einkünften beruhenden Unterhaltsanspruchs nach Gewährung von Sozialhilfe an den Unterhaltspflichtigen, FamRZ 2000, 1057 (1058).

⁹² *Scholz* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 8 Rz 126.

Deshalb soll nach einer Meinung in der Rechtsprechung und Literatur⁹³ in diesem Fall ausnahmsweise die Subsidiarität entfallen, mit der Folge, dass die Sozialleistungen bedarfsmindernd berücksichtigt werden. Dies folge daraus, dass Sozialhilfe und familiäre Unterhaltsleistungen den Lebensbedarf des Bedürftigen befriedigen sollen und somit denselben Zweck verfolgen würden, der mit Zahlung der Sozialhilfe erreicht sei.⁹⁴

Dem tritt der BGH⁹⁵ und eine Literaturmeinung⁹⁶ entgegen. Denn betrachtet man in diesen Fällen die Sozialhilfe als bedarfsdeckend im Sinne des Unterhaltsrechts, wird der säumige Unterhaltsschuldner für sein pflichtwidriges Verhalten belohnt.⁹⁷ Ebenso entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, dass die Verpflichtungen Unterhaltspflichtiger von sozialhilfrechtlichen Ansprüchen unberührt bleiben, § 2 Abs 2 S 1 SGB XII. Dieser Grundsatz wurde früher in § 2 Abs 2 S 1 BSHG normiert und mit der Einführung des SGB XII trotz der Kenntnis des Problems nicht modifiziert⁹⁸, womit auch zum Ausdruck kommt, dass die Zielsetzung des Sozialhilferechts und des Unterhaltsrechts voneinander abweicht⁹⁹.

Jedoch soll nach dieser Ansicht in Mangelfällen, in denen hohe, für den Unterhaltsschuldner neben den laufenden Unterhaltszahlungen nicht zu bewältigende Unterhaltsrückstände aufgelaufen sind, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Ausnahme für den Zeitraum bis zur Rechtshängigkeit des Unterhaltsanspruchs in Betracht kommen.¹⁰⁰

Die zweite Ansicht ist vorzugswürdig, weil damit ein gerechter Ausgleich zwischen dem Sozialrecht und dem Unterhaltsrecht geschaffen werden kann, ohne säumige Unterhaltsschuldner zu privilegieren.¹⁰¹ Denn würde man der ersten Ansicht folgen, könnte die Zahlungsmoral von Unterhaltsverpflichteten geschwächt werden. Ebenso spricht für die zweite Meinung, dass sie die vorgegebene Subsidiarität der Sozialhilfe und damit den Willen des Gesetzgebers realisiert.

Demnach ist Sozialhilfe in keinem Fall bedarfsmindernd zu berücksichtigen.

⁹³ OLG Köln 27 UF 52/96 FamRZ 1997, 1101; *Kunz*, Besteht noch eine Unterhaltspflicht zwischen Verwandten zweiten oder entfernteren Grades? FamRZ 1977, 291; OLG Hamburg 12 UF 64/91 U FamRZ 1992, 713, wobei das Gericht in diesem Urteil eine Ausnahme von der Subsidiarität nur aufgrund der Tatsache angenommen hatte, weil der Unterhaltspflichtige selbst Sozialhilfe bezog.

⁹⁴ *Kunz*, FamRZ 1977, 291 (292f), wobei er bei Verwandten ab dem zweiten Grad sogar soweit gehen möchte, den Unterhaltsberechtigten auf die Sozialhilfe vorrangig zu verweisen.

⁹⁵ BGH XII ZR 139/97 FamRZ 1999, 843; BGH XII ZR 119/98 FamRZ 2000, 1358.

⁹⁶ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12 Rz 101; *Scholz* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 8 Rz 126.

⁹⁷ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12 Rz 101.

⁹⁸ *Giese*, Zur „Ausstrahlung“ des Rechts der öffentlichen Fürsorge auf die bürgerlich-rechtliche Unterhaltspflicht, FamRZ 1982, 11 (13); BGH XII ZR 139/97 FamRZ 1999, 843.

⁹⁹ BGH XII ZR 119/98 FamRZ 2000, 1358; *Appelt*, Elternunterhalt 31.

¹⁰⁰ BGH XII ZR 139/97 FamRZ 1999, 843 (847).

¹⁰¹ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 13 Rz 76; *Appelt*, Elternunterhalt 32.

3.4.2. Pflegegeld und Sozialleistungen wegen eines Körper- und Gesundheitsschadens

Sowohl Sozialleistungen iSd § 5 SGB I, die wegen eines Gesundheitsschadens geleistet werden, als auch Leistungen der Pflegeversicherung (Pflegegeld¹⁰²) gem § 37 SGB XI sowie Leistungen einer privaten Pflegeversicherung sind als Einkommen des pflegebedürftigen Elternteils bedarfsmindernd anzurechnen.¹⁰³ Jedoch wirkt in diesem Zusammenhang § 1610 a BGB bei Sozialleistungen ohne Einkommensersatzfunktion einschränkend.¹⁰⁴

Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass den in Anspruch genommenen Sozialleistungen ein pflegebedingter Mehrbedarf gegenüber steht und die Leistungen der Pflegeversicherung in der Regel ausschließlich den durch die Pflegebedürftigkeit verursachten Mehrbedarf decken.¹⁰⁵ Insoweit kann auch bei Leistungen der Pflegeversicherung nach wie vor ein ungedeckter Unterhaltsbedarf bestehen, wenn der Elternteil nicht über ausreichendes Einkommen verfügt.¹⁰⁶ Der Unterhaltsverpflichtete kann diese gesetzliche Vermutung aber widerlegen. Dafür muss er im Prozess substantiiert darlegen und beweisen, dass die gezahlte Sozialleistung den tatsächlichen krankheitsbedingten Mehrbedarf übersteigt.¹⁰⁷

Hat der bedürftige Elternteil es unterlassen, Pflegegeld zu beantragen, kann er seinen pflegebedingten Mehrbedarf nicht vom unterhaltsverpflichteten Kind verlangen, sondern vielmehr wird die nicht beantragte Pflegegeldleistung dem bedürftigen Elternteil als fiktives Einkommen angerechnet.¹⁰⁸

3.4.3. Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung

Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gem §§ 41ff SGB XII sind als Einkommen der Vorfahren in vollem Umfang zu berücksichtigen, da es sich hierbei um nicht subsidiäre Sozialleistungen handelt.¹⁰⁹ Nur so kann der Zweck der zum 1.1.2003

¹⁰² *Griesche*, FPR 2004, 693 (696); *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (507).

¹⁰³ *Herr*, FamRZ 2005, 1021 (1022); *Mleczko*, FPR 2003, 616 (619f); *Gerhardt* in *Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein*, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 206.

¹⁰⁴ Hierzu gehören vor allem Leistungen nach dem Bundesvorsorgegesetz, siehe im Einzelnen die Auflistungen bei *Reinken* in *Bamberger/Roth*, BGB III² § 1610 a Rz 3, sowie *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1610 a Rz 10.

¹⁰⁵ *Klinkhammer*, Pflegeversicherung, Grundsicherung und Elternunterhalt, FPR 2003, 640 (643).

¹⁰⁶ *Mleczko*, FPR 2003, 616 (620).

¹⁰⁷ *Diederichsen* in *Palandt*, BGB⁶⁸ § 1610 a Rz 6 mwN; *Büttner*, Wie ist Pflegegeld bei Unterhaltsansprüchen zu berücksichtigen? FamRZ 2000, 596 (597); *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1610 a Rz 19 mwN.

¹⁰⁸ *Mleczko*, FPR 2003, 616 (620); OLG Düsseldorf, 19.2.1991, 8 UF 212/91.

¹⁰⁹ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 29; BGH XII ZR 84/04 FamRZ 2007, 1158 (1159) (zust *Scholz*).

eingeführten Grundsicherungsrente, nämlich den grundlegenden Lebensbedarf alter¹¹⁰ und vollwerbsgeminderter¹¹¹ Menschen zu sichern,¹¹² erreicht werden. Durch diese Leistung soll einer versteckten und verschämten Altersarmut¹¹³ abgeholfen und im Regelfall die Notwendigkeit der Gewährung von Sozialhilfe vermieden werden, denn vor allem ältere Menschen haben aus Furcht vor dem Unterhaltsrückgriff auf ihre Kinder den Gang zum Sozialamt häufig gescheut.¹¹⁴

Deshalb ist bei Leistungen der Grundsicherung ein Rückgriff gegen das unterhaltspflichtige Kind nach §§ 41–46 SGB XII ausgeschlossen, wenn dessen Einkommen die Grenze von 100.000 Euro jährlich nicht überschreitet. Zudem gilt die gesetzliche Vermutung, dass das Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes unter dieser Grenze liegt.¹¹⁵ Vermögen des unterhaltspflichtigen Kindes bleibt insoweit völlig unberücksichtigt.¹¹⁶

Durch die Grundsicherung wird lediglich der Elementarbedarf, aber nicht die Pflegekosten gedeckt,¹¹⁷ weshalb sie für Eltern, die noch im eigenen Haushalt leben, in den meisten Fällen genügt. Leben die Eltern dagegen in einem Alten- oder Pflegeheim, reichen die Leistungen der Grundsicherung aufgrund der hohen Kosten des Heimaufenthaltes in der Regel nicht aus¹¹⁸, weshalb in diesen Fällen ergänzend die Kinder auf Unterhalt in Anspruch genommen werden müssen oder zusätzlich Sozialhilfe benötigt wird¹¹⁹. Letzteres wieder mit der Folge, dass dem Sozialhilfeträger ein Regressanspruch gegen die Kinder zusteht.

Obwohl der bedürftige Vorfahre sozialhilferechtlich ein Wahlrecht hat, ob er Sozialhilfe oder die Grundsicherungsrente in Anspruch nimmt, darf dieses jedoch nicht zu Lasten der Nachkommen ausgeübt werden. Entscheidet sich der Elternteil für Sozialhilfe und gegen die Grundsicherungsrente, so entfällt die Bedürftigkeit im Rahmen des Aszendentenunterhalts.¹²⁰

¹¹⁰ Derzeit Personen ab dem 65. Lebensjahr.

¹¹¹ Personen ab dem 18. Lebensjahr bei medizinisch bedingter dauerhafter Vollerwerbsminderung.

¹¹² *Mleczo*, FPR 2003, 616 (620).

¹¹³ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 603 a.

¹¹⁴ BT-Dr 14/5150, 48; BGH XII ZR 84/04 FamRZ 2007, 1158 (1159) (zust. *Scholz*).

¹¹⁵ Die Beweislast dafür, dass eine Überschreitung der Einkommensgrenze im Einzelfall vorliegt, trägt der Sozialhilfeträger, siehe hierzu: *Schellhorn*, Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, FuR 2005, 1 (4).

¹¹⁶ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1515); *Klinkhammer*, Die bedarfsorientierte Grundsicherung nach dem GSIG und ihre Auswirkungen auf den Unterhalt, FamRZ 2002, 997 (1000).

¹¹⁷ *Klinkhammer*, Grundsicherung und Unterhalt, FamRZ 2003, 1793.

¹¹⁸ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 29; *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2043.

¹¹⁹ *Klinkhammer*, FamRZ 2003, 1793.

¹²⁰ *Herr*, FamRZ 2005, 1021 (1022).

3.4.4. Wohngeld

Wohngeld wird zur Sicherung eines angemessenen und familiengerechten Wohnens als Miet- und Lastenzuschuss zu den Aufwendungen für den Wohnraum geleistet.¹²¹

Der Anspruch auf Wohngeld besteht auch bei stationärer Heimunterbringung.¹²² Dies ergibt sich aus § 3 Abs 1 Nr 5 Wohngeldgesetz iVm § 8 Wohngeldverordnung.

Im Rahmen des Elternunterhalts ist Wohngeld aufseiten des Unterhaltsgläubigers bedürftigkeitsmindernd zu berücksichtigen¹²³, da es sich um eine nicht subsidiäre staatliche Sozialleistung handelt¹²⁴. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt, denn im Allgemeinen treffen den Wohngeldempfänger Wohnkosten, die auch unterhaltsrechtlich als erhöht zu bezeichnen sind.¹²⁵ Soweit das der Fall ist, dient das Wohngeld dem Ausgleich eines unvermeidbar¹²⁶ erhöhten Aufwands, mit der Folge, dass der Bedarf des Berechtigten auf das unter den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen „normale“ Maß zurückgeführt wird. Nur mit einem dafür nicht verbrauchten Teilbetrag ist das Wohngeld als Einkommen zu berücksichtigen.¹²⁷

3.5. Sach- und Geldleistungen aus einem Altenteilsvertrag oder einem Leibgedinge

Leistungen aus einem vereinbarten Leibgedinge oder einer sonstigen Vereinbarung zwischen einem Elternteil und einem Dritten, in der dieser Elternteil dem Dritten gegen ein Wohnrecht mit Anspruch auf Pflege einen Vermögensgegenstand¹²⁸ überträgt, gelten ebenso wie Leistungen aus einem Altenteilsvertrag¹²⁹ als Einkommen des Unterhaltsberechtigten.¹³⁰

Ihr Wert ist mithilfe der SachbezugsVO entweder durch Sachverständigengutachten oder durch Schätzung zu ermitteln, wobei für die Bewertung der Wohnanteil im Selbstbehalt nach

¹²¹ § 1 WohnGG.

¹²² *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2029.

¹²³ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 31.

¹²⁴ *Klein in Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 23.

¹²⁵ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (862).

¹²⁶ Unvermeidbarkeit liegt vor, wenn ein Umzug in eine preisgünstigere Wohnung aus alters- und krankheitsbedingten oder finanziellen Gründen nicht möglich ist.

¹²⁷ BGH IV b ZR 646/80 FamRZ 1982, 587 (590); BGH IV b ZR 59/82 FamRZ 1984, 772 (774); *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2029.

¹²⁸ Dabei handelt es sich in der Praxis häufig um ein von dem Elternteil bewohntes Haus oder um eine Wohnung.

¹²⁹ Wohnung, Verköstigung, häusliche Dienste, Pflege und Taschengeld.

¹³⁰ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 32.

der Düsseldorfer Tabelle¹³¹ von monatlich 360,- Euro einen ersten Anhaltspunkt bieten kann.¹³²

Kann der Elternteil die vereinbarten Sachleistungen, wie das mietfreie Wohnen oder die Pflegeleistungen, nicht mehr in Anspruch nehmen, weil er aufgrund fortschreitender Pflegebedürftigkeit in ein Alten- oder Pflegeheim übersiedelt ist, so wandelt sich der Anspruch auf Sachleistungen nach Landesrecht in einen Anspruch auf Geldrente um.¹³³

Ebenso ist ein Vertrag, in dem ein Elternteil einem Dritten seinen Grundbesitz gegen Übernahme von Altenteilsleistungen überschreibt, im Falle der medizinischen Notwendigkeit der Unterbringung des Elternteils in einem Pflegeheim dahingehend auszulegen, dass an die Stelle der nicht mehr zu erbringenden Sachleistungen nunmehr Zahlungsverpflichtungen treten.¹³⁴ Jedoch bemisst sich die Höhe der zu erbringenden Geldleistungen nicht nach den Aufwendungen, die der Elternteil für die geschuldeten Leistungen erbringen muss, sondern nach den gesparten Aufwendungen für die an sich geschuldeten Sachleistungen.¹³⁵

Die Umwandlung der Sachleistung in eine Geldrente gilt jedoch nicht für alle Übergabeverträge. Vielmehr kommt es darauf an, dass das übergebene Grundstück oder Gut dem Übernehmer durch die Nutzung eine eigene Lebensgrundlage verschaffen kann und gleichzeitig den dem Altenteil geschuldeten Unterhalt gewinnen kann.¹³⁶ Dies ist üblicherweise nur bei wirtschaftlich nutzbaren Grundstücken der Fall und entfällt bei reinen Wohnhäusern oder Wohnungen, die nicht vermietet, sondern selbst genutzt werden.¹³⁷

3.6. Entgelt für die Versorgung eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Lebt der bedürftige Elternteil mit einem Partner in eheähnlicher Gemeinschaft und versorgt ihm den Haushalt, so ist ihm im Falle der Leistungsfähigkeit des Partners die daraus erzielte oder erzielbare Vergütung als Einkommen anzurechnen.¹³⁸ Die erzielbare Vergütung ist durch

¹³¹ Düsseldorfer Tabelle, Stand 1.1.2009, FamRZ 2009, 180 Anm 5.

¹³² Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 32.

¹³³ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 47.

¹³⁴ BGH V ZB 48/02 FamRZ 2004, 690.

¹³⁵ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 47; BGH V ZB 48/02 FamRZ 2004, 690 = FamRZ 2007, 1652.

¹³⁶ BGH V ZR 60/87 NJW-RR 1989, 451.

¹³⁷ OLG Koblenz 1 U 573/06 FamRZ 2007, 1652.

¹³⁸ BGH IV b ZR 18/88 NJW 1989, 1083 = FamRZ 1989, 487; Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 34.

das Gericht zu schätzen.¹³⁹ Ist der Partner jedoch leistungsunfähig, so kann der angemessene Unterhaltsbedarf lediglich um die Ersparnis durch die gemeinsame Haushaltsführung gekürzt werden.¹⁴⁰

3.7. Unterhaltsansprüche gegen vorrangig Verpflichtete

Unterhaltsleistungen, die der bedürftige Elternteil erhält, gelten als Einkommen.¹⁴¹ Der Ehegatte oder der eingetragene Lebenspartner¹⁴² des bedürftigen Elternteils ist vor den Kindern unterhaltspflichtig. Bei bestehender Ehe bzw Lebenspartnerschaft regelt § 1608 BGB diesen Vorrang und bei geschiedener Ehe bzw nach Aufhebung der Lebenspartnerschaft § 1584 BGB¹⁴³. Insoweit ist der Elternteil verpflichtet, bestehende Unterhaltsansprüche gegen den vorrangig verpflichteten Ehegatten bzw ehemaligen Ehegatten zuerst geltend zu machen. Von diesem Grundsatz der vorrangigen Haftung normiert das Gesetz in § 1608 BGB Ausnahmen, wenn der Ehegatte nicht leistungsfähig oder die Rechtsverfolgung gegen ihn erschwert ist.

3.7.1. Leistungsunfähigkeit des Ehegatten

Die Kinder haften vor dem Ehegatten bzw Lebenspartner, soweit dieser bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, den Unterhalt zu gewähren, ohne seinen eigenen angemessenen Unterhalt zu gefährden, § 1608 S 2, 4 BGB.

Obwohl die Beitragspflicht zum Familienunterhalt und die Verpflichtung zum Trennungunterhalt zwischen Ehegatten nicht durch die Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts begrenzt sind, treten sie zurück, wenn ein unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist.¹⁴⁴ Der Ehegatte braucht dann nur soviel zu leisten, wie er ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts im Stande ist. Den darüber hinaus benötigten Bedarf muss der Verwandte zahlen.¹⁴⁵

Soweit Kinder einzutreten haben, richtet sich der Unterhaltsanspruch gegen sie nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern die Höhe ergibt sich aus den Bestimmungen für den

¹³⁹ Dazu können die Unterhaltsrichtlinien der Oberlandesgerichte herangezogen werden, wobei je nach Region ein Betrag von 250,- bis 500,- Euro angesetzt werden kann.

¹⁴⁰ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 34.

¹⁴¹ *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2044.

¹⁴² Wenn im Folgenden nur noch der Ehepartner erwähnt ist, gilt gleiches auch für den Lebenspartner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.

¹⁴³ Durch Verweis in § 16 LPartG gilt § 1584 BGB auch bei Lebenspartnerschaften.

¹⁴⁴ *Hammermann in Erman*, BGB II¹² § 1608 Rz 5.

¹⁴⁵ *Pauling in Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 605.

Verwandtenunterhalt, § 1610 BGB. Deshalb kann der zu leistende Unterhalt höher oder niedriger sein, als der eheangemessene Unterhalt.¹⁴⁶

Ein Ersatzanspruch steht den wegen Leistungsunfähigkeit des Ehegatten haftenden Kindern nicht zu, da sie in Erfüllung einer eigenen Unterhaltspflicht leisten.¹⁴⁷

Insofern ein Elternteil Kinder auf Unterhalt in Anspruch nimmt, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast darüber, dass der vorrangig Verpflichtete nicht leistungsfähig ist.¹⁴⁸

Fehlen leistungsfähige Verwandte oder sind sie nicht in der Lage, den restlichen Unterhalt voll zu erbringen, bleibt die Unterhaltspflicht des Ehegatten bestehen¹⁴⁹, und er hat gegebenenfalls Billigkeitsunterhalt nach § 1581 S 1 BGB zu leisten.¹⁵⁰

3.7.2. Erschwerte Rechtsverfolgung

Ist die Rechtsverfolgung gegen den Ehegatten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert, haften die Kinder als Verwandte ebenfalls vorrangig, § 1608 S 3 BGB iVm § 1607 Abs 2 S 1 BGB. Ausgeschlossen ist die Rechtsverfolgung bei Stillstand der Rechtspflege, bei Auslandswohnsitz¹⁵¹ des Unterhaltspflichtigen sowie bei unbekanntem Aufenthaltsort.¹⁵²

Erheblich erschwert ist die Rechtsverfolgung bei einem häufigen Wohnsitzwechsel des Unterhaltsschuldners, bei Herbeiführung der Leistungsunfähigkeit durch Untersuchungshaft und Strafhaft sowie bei Vorliegen eines Vollstreckungstitels gegen einen nicht Erwerbstätigen, der auf fiktiven Einkünften beruht.¹⁵³

Im Unterschied zu der Haftung bei Leistungsunfähigkeit des Ehegatten handelt es sich hierbei um eine Ersatzhaftung, bei der dem Unterhalt leistenden Kind ein Ersatzanspruch gegen den vorrangig haftenden Ehegatten aufgrund der Legalzession des § 1607 Abs 2 S 2 BGB zusteht.

¹⁴⁶ *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1608 Rz 6.

¹⁴⁷ *Reinken in Bamberger/Roth*, BGB III² § 1608 Rz 4; *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1608 Rz 11.

¹⁴⁸ *Mleczo*, FPR 2003, 616 (617).

¹⁴⁹ *Pauling in Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 605; *Engler in Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1608 Rz 10.

¹⁵⁰ *Reinken in Bamberger/Roth*, BGB III² § 1608 Rz 3.

¹⁵¹ BGH IV b ZR 601/68 BGHZ 50, 266 (270). In dem aus dem Jahr 1968 stammenden Urteil hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, bei dem die Klägerin in Polen wohnte und der vorrangig Unterhaltspflichtige in der Bundesrepublik Deutschland. Bei einem Wohnsitz innerhalb der EU Staaten kann heute nicht mehr ohne weiteres von einer ausgeschlossenen Rechtsverfolgung ausgegangen werden. Insbesondere ist gem Art 5 Nr 2 EuGVVO in den EU Mitgliedsstaaten (außer in Dänemark) der Wohnsitz des Unterhaltsberechtigten maßgebend, weshalb die Titulierung regelmäßig möglich sein wird. Im Rahmen der Vollstreckung können jedoch weiterhin Probleme auftreten, die zur erschwerten Rechtsverfolgung führen können; siehe dazu *Pauling in Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 608.

¹⁵² *Reinken in Bamberger/Roth*, BGB III² § 1607 Rz 13.

¹⁵³ *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1607 Rz 9; BGH XII ZR 75/04 FamRZ 2006, 26 (30).

Bei Inanspruchnahme des nachrangig haftenden Kindes muss der bedürftige Elternteil auch in diesem Fall darlegen und beweisen, aus welchen Gründen die Rechtsverfolgung im Inland ausgeschlossen oder erschwert ist.¹⁵⁴

3.7.3. Verwirkung des Ehegattenunterhalts

Der Unterhaltsanspruch gegen den Ehegatten bzw Lebenspartner kann für die Trennungszeit aus Billigkeitsgründen ganz oder teilweise ausgeschlossen sein,

§ 1579 BGB, § 12 S 2 LPartG iVm § 1361 Abs 3 BGB, § 16 S 2 LPartG.¹⁵⁵ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Ehe von kurzer Dauer war, der berechtigte Ehegatte sich eines Verbrechens oder schweren Vergehens gegen den Verpflichteten schuldig gemacht hat, seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat oder vor der Trennung längere Zeit seine eigene Familienunterhaltungspflicht vernachlässigt hat. Diese Aufzählungen in § 1579 BGB sind nicht abschließend und es obliegt dem Tatrichter im Einzelfall festzustellen, ob eine Beschränkung oder ein Ausschluss des Unterhalts vorzunehmen ist.¹⁵⁶

3.7.3.1. Ausstrahlungswirkung auf den Aszendentenunterhalt bei Leistungsfähigkeit des Ehegatten

Bei einer Beschränkung oder bei einem Ausschluss des Geschiedenenunterhalts, ist es fraglich, ob ein Unterhaltsanspruch gegen die Kinder in Betracht kommt oder ob die Unbilligkeit auf das Unterhaltsrechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern durchschlägt. Einigkeit besteht darüber, dass im Falle eines Unterhaltsausschlusses infolge kurzer Ehedauer (§ 1579 Nr 1 BGB) der Verwandtenunterhalt unberührt bleibt¹⁵⁷, denn auf die Dauer der Ehe hat der betroffene Ehegatte möglicherweise gar keinen Einfluss¹⁵⁸.

In Bezug auf die anderen Verwirkungsgründe befürworten Vertreter einer Literaturmeinung¹⁵⁹ eine Drittwirkung dahingehend, dass auch Verwandte, insbesondere die Kinder, bei einer sol-

¹⁵⁴ Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 608; BGH XII ZR 75/04 FamRZ 2006, 26 (30).

¹⁵⁵ Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1608 Rz 10.

¹⁵⁶ Brudermüller in Palandt, BGB⁶⁸ § 1579 Rz 49.

¹⁵⁷ Beckmann, Kein Ehegattenunterhalt wegen „grober Unbilligkeit“ (§ 1579 I BGB) – dann aber Unterhaltsanspruch gegen die Verwandten? FamRZ 1983, 863; Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1608 Rz 10 (teilweise widersprüchlich, weil er an anderer Stelle – § 1611 Rz 50 – eine analoge Anwendung ablehnt); Diederichsen in Palandt, BGB⁶⁸ § 1611 Rz 8; Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 606; Soyka, Verteilung der Haftung unter mehreren Unterhaltungspflichtigen, Zuständigkeitsprobleme bei Inanspruchnahme mehrerer Kinder auf Elternunterhalt und Verwirkung von Unterhaltsansprüchen, FPR 2003, 631; Graba in Johannsen/Henrich, Eherecht⁴ (2003) § 1611 Rz 5.

¹⁵⁸ Beckmann, FamRZ 1983, 863 (864).

¹⁵⁹ Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1608 Rz 10; Diederichsen in Palandt, BGB⁶⁸ § 1611 Rz 8; Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 606; Beckmann, FamRZ 1983, 863.

chen Konstellation nicht zu leisten brauchen. Begründung hierfür ist einerseits eine analoge Anwendung des § 1611 Abs 3 BGB, wonach im Rahmen des Verwandtenunterhalts geregelt ist, dass der Bedürftige keinen nachrangigen Verwandten in Anspruch nehmen kann, wenn er seinen Unterhaltsanspruch gegen den vorrangig Verpflichteten verwirkt hat. Da die Situation beim verwirkten Ehegattenunterhalt vergleichbar ist, wäre es nicht nachvollziehbar, warum der bedürftige Ehegatte die Folgen seines unterhaltsschädlichen Verhaltens auf seine Verwandten abwälzen könnte.¹⁶⁰ Andererseits kommt der Gedanke in § 1608 BGB selbst zum Ausdruck, nachdem Verwandte nicht zu Unterhaltsleistungen herangezogen werden, wenn ein leistungsfähiger Ehegatte vorhanden ist.¹⁶¹

Dagegen ist nach einer anderen Ansicht in der Literatur¹⁶² zu differenzieren. Eine analoge Anwendung des § 1611 Abs 3 BGB und damit ein Ausschluss der Haftung der Nachkommen ist nur bei solchen Härtetatbeständen zu befürworten, die nicht durch die Besonderheiten der Beziehung zwischen den Eheleuten zueinander geprägt sind. Das bedeutet, dass Härtegründe im Sinne des § 1579 BGB, die den in § 1611 BGB normierten entsprechen, den Ausschluss herbeiführen.¹⁶³

Nach dieser Ansicht kommt eine analoge Anwendung des § 1611 Abs 3 BGB und somit eine ausstrahlende Wirkung des Verwirkens des Ehegattenunterhalts beispielsweise in Betracht, wenn die Bedürftigkeit Folge einer Drogensucht ist. Der Verwirkungsgrund des sittlichen Verschuldens in § 1579 Nr 3 BGB findet nämlich eine Entsprechung in § 1611 Abs 1 BGB. Dagegen scheidet eine Ausstrahlung in den Verwandtenunterhalt aus, wenn der Ehegattenunterhalt wegen des Zusammenlebens mit einem neuen Lebensgefährten weggefallen ist, denn diesem ehespezifischen Verwirkungsgrund des § 1579 Nr 7 BGB mangelt es an einer Entsprechung in § 1611 Abs 1 BGB.¹⁶⁴

Der differenzierenden Auffassung ist mE zuzustimmen. Insbesondere würde mit der Eröffnung der Ausstrahlungswirkung sämtlicher Verschuldensgründe auf den Verwandtenunterhalt eine Wiedereinführung des Verschuldensprinzips ins Unterhaltsrecht stattfinden, und es käme noch zu einer Verschärfung im Vergleich zu den Zeiten vor dem ersten EheRG von 1977, weil der Elternteil zum Beispiel bei Ehebruch nicht nur den Unterhaltsanspruch gegen seinen

¹⁶⁰ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 606.

¹⁶¹ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1608 Rz 16.

¹⁶² *Soyka*, FPR 2003, 631 (633); *Hußmann*, Elternunterhalt² 9; *Häberle* in *Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII¹² (1989) § 1584 Rz 7; *Graba* in *Johannsen/Henrich*, EheRG⁴ § 1611 Rz 5; *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 153.

¹⁶³ *Hußmann*, Elternunterhalt² 10.

¹⁶⁴ *Soyka*, FPR 2003, 631 (633).

Ehegatten verlieren würde, sondern auch gegen seine Verwandten, wovor damals § 63 Abs 1 S 3 EheG trotz Schuldprinzips geschützt hat.¹⁶⁵ Es entspricht weder dem Willen des Gesetzgebers noch den vorherrschenden Vorstellungen in der Gesellschaft, das Scheitern einer Ehe aus dem in der Praxis häufig vorkommenden Grund des Ehebruchs mit der Entziehung aller in Frage kommenden Unterhaltsansprüchen zu bestrafen und den bedürftigen Ehegatten auf sozialhilferechtliche Ansprüche zu verweisen.¹⁶⁶

3.7.3.2. Ausstrahlungswirkung auf den Aszendentenunterhalt bei Leistungsunfähigkeit des Ehegatten

Ist der Ehegatte nicht leistungsfähig, stellt sich die Frage, ob auch dann eine Ausstrahlungswirkung der Verwirkung angenommen werden kann.

Nach einer Ansicht in der Literatur¹⁶⁷ schließt die Leistungsunfähigkeit eine analoge Anwendung des § 1611 Abs 3 BGB aus, weil ein Unterhaltsanspruch nur gegen einen leistungsfähigen Ehegatten besteht. Die Verwirkung wirkt sich letztlich nicht auf den Ehegattenunterhalt aus.

Dagegen wird eingewendet, dass der Bedürftige aus der Leistungsunfähigkeit des Ehegatten keinen Vorteil erlangen darf.¹⁶⁸ Denn auch in diesem Fall ist dem bedürftigen Ehegatten ein schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen.

Die zweite Ansicht ist vorzugswürdig, weil auch bei Leistungsunfähigkeit die Haftung des Kindes nicht weiter als die des Ehegatten gehen darf. Insoweit findet die Höhe des Anspruchs gegen das Kind im Rahmen der Ersatzhaftung im ehelichen Unterhaltsanspruch seine Grenzen.¹⁶⁹ Für eine Besserstellung eines bedürftigen Vorfahren, welcher seine Ansprüche gegen seinen leistungsunfähigen Ehegatten verwirkt hat, gegenüber einem, welcher sich gegenüber einem leistungsfähigen Gatten schuldhaft verhalten hat, gibt es keinen sachlichen Grund.

3.7.4. Unterhaltsverzicht gegenüber dem Ehepartner

Als Ausdruck der Vertragsfreiheit¹⁷⁰ haben die Ehegatten nach § 1585 c BGB die Möglichkeit, Regelungen über Unterhaltsansprüche für den Zeitpunkt nach der Scheidung zu

¹⁶⁵ *Hußmann*, Elternunterhalt² 9.

¹⁶⁶ *Appelt*, Elternunterhalt 103.

¹⁶⁷ *Soyka*, FPR 2003, 631 (633); *Appelt*, Elternunterhalt 103.

¹⁶⁸ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 54, 56.

¹⁶⁹ *Gerhardt* in *Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein*, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 208 b.

¹⁷⁰ BGH XII ZR 130/04 FamRZ 2007, 1310 (1311).

treffen. Im Gegensatz zum Verwandten- und Kindesunterhalt kann demnach auch ein voll umfänglicher Verzicht auf nahehelichen Unterhalt erfolgen.¹⁷¹

Fraglich ist nun, ob ein wirksamer Unterhaltsverzicht zwischen den Ehegatten Einfluss auf die nachrangige Unterhaltungspflicht der Kinder hat und ihre Haftung ebenfalls ausschließt.

Nach Teilen der Rechtsprechung¹⁷² und des Schrifttums¹⁷³ schließt ein wirksamer Unterhaltsverzicht des Unterhaltsberechtigten gegenüber seinem leistungsfähigen Ehegatten die Haftung der nachrangig haftenden Verwandten grundsätzlich nicht aus. Vielmehr findet die Vertragsfreiheit erst dann ihre Grenze, wenn der Vertrag gem § 138 BGB sittenwidrig ist oder wenn die Inanspruchnahme der Verwandten gegen Treu und Glauben, § 242 BGB, verstößt. Sittenwidrigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn die Vereinbarung bewusst oder zumindest erkennbar zu Lasten Dritter geht.¹⁷⁴ Ein Verzicht ist beispielsweise dann gem § 138 BGB sittenwidrig, wenn der Unterhaltsverzicht zwangsläufig eine Inanspruchnahme von Sozialleistungen¹⁷⁵ oder von Verwandten¹⁷⁶ nach sich zieht. Dies gilt auch dann, wenn eine solche Wirkung von den Vertragsparteien nicht beabsichtigt war.¹⁷⁷ Bei der Beurteilung, ob zwangsläufig diese Wirkung eintritt, muss auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden.¹⁷⁸

Wenn die Ehegatten durch eine Verzichtvereinbarung die Unterhaltshaftung der Kinder treuwidrig herbeigeführt haben, was beispielsweise bei der leichtfertigen Falscheinschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des später unterhaltsbedürftigen Elternteils gegeben ist, liegt in der darauf beruhenden Inanspruchnahme der Nachkommen eine unzulässige Rechtsausübung und somit ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, vor.¹⁷⁹

Dagegen hat das OLG Frankfurt/M¹⁸⁰ ausgeführt, dass die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Unterhaltsverzichts zu beurteilen sei, da ein solcher Unterhaltsverzicht lediglich zwischen den Parteien des Scheidungsrechtsstreits gelte, aber keine Rechtswirkung gegenüber hieran Unbeteiligten entfalte.

¹⁷¹ Kleffman in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar³ (2008) § 1585 c Rz 5.

¹⁷² BGH IV b ZR 333/81 BGHZ 86, 82 (88) = NJW 1983, 1851 (1852) = FamRZ 1983, 137 (139); XII ZR 144/04 NJW 2007, 904 (906).

¹⁷³ Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 606; Hußmann, Elternunterhalt² 8; Soyka, FPR 2003, 631 (632).

¹⁷⁴ Hußmann, Elternunterhalt² 8.

¹⁷⁵ BGH IV b ZR 333/81 BGHZ 86, 82 (88); XII ZR 144/04 NJW 2007, 904 (906).

¹⁷⁶ Hußmann, Elternunterhalt² 8; Hoffmann in Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht⁸ Rz 1771.

¹⁷⁷ Soyka, FPR 2003, 631 (632).

¹⁷⁸ Appelt, Elternunterhalt, 99.

¹⁷⁹ Soyka, FPR 2003, 631 (632).

¹⁸⁰ OLG Frankfurt/M 4 UF 165/83 FamRZ 1984, 395.

Demnach bliebe es unabhängig von der Wirksamkeit des Verzichts immer bei der vorrangigen Haftung des Ehepartners oder des Lebenspartners. Bedenken gegen diese Ansicht bestehen vor allem dadurch, dass eine tatsächliche Bedürftigkeit beim Elternteil ignoriert wird.¹⁸¹ Dies ist im Unterhaltsrecht nur sehr eingeschränkt möglich und setzt regelmäßig ein Verschulden¹⁸² des Berechtigten voraus.

Gegen die Ansicht des OLG Frankfurt/M spricht aber vor allem die Möglichkeit der freien Disposition über den nachehelichen Unterhalt in § 1585 c BGB. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass es bei der Vertragsschließung Einschränkungen geben soll, so hätte er dies, wie im Verwandtenunterhalt, mit dem Schutz des § 1614 BGB geregelt.¹⁸³ Insbesondere wurden im Rahmen der Familienrechtsreform im Jahr 2008 Ergänzungen zu § 1587 c BGB eingeführt und der Gesetzgeber hat es bewusst unterlassen, die Vereinbarungsfreiheit zwischen den Ehegatten dahingehend zu beschränken.

Durch die Möglichkeiten der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB und der Wirksamkeitskontrolle nach § 242 BGB können ungerechte Ergebnisse korrigiert werden, vor allem dann, wenn die Vertragsschließenden mit dem Verzicht einen Dritten benachteiligten wollten.¹⁸⁴

Die Frage nach den Auswirkungen der Verzichtserklärung zwischen Ehegatten auf den Verwandtenunterhalt stellt sich nur dann, wenn der eigentlich vorrangig haftende Ehegatte leistungsfähig ist, weil sonst ein Anspruch gegen ihn aufgrund der mangelnden Leistungsfähigkeit schon nicht bestehen würde.¹⁸⁵

3.8. Minderung der Bedürftigkeit durch eigenes Vermögen

Nach § 1602 Abs 1 BGB ist nur unterhaltsberechtig, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Das Gesetz normiert in § 1602 Abs 2 BGB von diesem Grundsatz eine Ausnahme. Demnach müssen minderjährige Kinder den Stamm ihres Vermögens im Verhältnis zu ihren Eltern grundsätzlich nicht verwerten, da dieses Vermögen dem späteren Aufbau einer eigenen Lebensstellung dienen soll.¹⁸⁶ Da dieser Schutzgedanke lediglich für Minderjährige gilt, die

¹⁸¹ *Hußmann*, Elternunterhalt² 8.

¹⁸² *Diederichsen in Palandt*, BGB⁶⁸ § 1602 Rz 13.

¹⁸³ *Häberle in Soergel*, BGB VII¹² § 1585 c Rz 16; *Hußmann*, Elternunterhalt² 8.

¹⁸⁴ *Kleffman in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1585 c Rz 5.

¹⁸⁵ *Soyka*, FPR 2003, 631 (633).

¹⁸⁶ *Klein in Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 25.

am Anfang ihres Lebens stehen, müssen alle anderen Verwandten den Stamm ihres Vermögens im Rahmen des Zumutbaren einsetzen.¹⁸⁷

Im Gegenschluss daraus ergibt sich, dass der bedürftige Elternteil erst nach Verwertung seines Vermögens inklusive des Vermögensstammes Unterhaltsansprüche geltend machen kann.¹⁸⁸ Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Deshalb wird im Folgenden zu klären sein, inwieweit bedürftige Vorfahren eigenes Vermögen zur Deckung des Bedarfs einzusetzen haben, bevor sie ihre Nachkommen in Anspruch nehmen können.

Dabei ist zwischen den Vermögenserträgen und dem Vermögensstamm zu unterscheiden.¹⁸⁹

3.8.1. Vermögenserträge und Forderungen auf wiederkehrende Leistungen

Vermögenserträge, wie zB Mieteinkünfte und Zinseinkünfte oder die Gebrauchsvorteile einer eigenen Immobilie mindern stets in ihrer vollen Höhe die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten.¹⁹⁰ Auf die Herkunft des Vermögens kommt es dabei nicht an.¹⁹¹

Deshalb sind auch Erträge aus einer Leibrente¹⁹² oder einem Zugewinnausgleichvermögen¹⁹³ in vollem Umfang anzurechnen.

Besonderheiten ergeben sich insbesondere beim Vorteil des mietfreien Wohnens.

3.8.1.1. Wohnen in eigener Immobilie

Wohnt der bedürftige Elternteil in einer eigenen Wohnung oder dem eigenen Haus, ist der objektive Wert seines mietfreien Wohnens in voller Höhe anzurechnen.¹⁹⁴

Erscheint jedoch der am objektiven Mietwert bemessene Gebrauchsvorteil unter Berücksichtigung der Einkommensverhältnisse des Vorfahren als zu luxuriös, ist lediglich ein angemessener Gebrauchswert der Immobilie zu berücksichtigen¹⁹⁵ und nicht die bei einer Fremdvermietung erzielbare objektive Marktmiete.¹⁹⁶ Dies ist immer dann gerechtfertigt, wenn dem

¹⁸⁷ BGH XII ZR 155/03 NJW 2006, 2036 = FamRZ 2006, 935 (zust *Hauß*); XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (371); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 35; *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2047.

¹⁸⁸ BGH XII ZR 155/03 FamRZ 2006, 935 (zust *Hauß*).

¹⁸⁹ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1602 Rz 57.

¹⁹⁰ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 39; *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1602 Rz 57.

¹⁹¹ *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 573.

¹⁹² BGH XII ZR 136/92 FamRZ 1994, 228 = NJW 1994, 935.

¹⁹³ BGH IV b ZR 39/86 FamRZ 1987, 912 (913) = NJW-RR 1987, 962 (963); OLG Hamm 4 UF 208/05 FamRZ 2007, 215.

¹⁹⁴ BGH XII ZR 96/98 FamRZ 2000, 950 (951); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 33.

¹⁹⁵ *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618).

¹⁹⁶ BGH XII ZR 123/00 BGHZ 154, 248 (251).

Elternteil ein Umzug aufgrund seines Gesundheitszustandes oder Alters nicht mehr zugemutet werden kann, und deshalb eine Erzielung des objektiven Mietwertes durch Vermietung oder Veräußerung der selbst bewohnten Immobilie nicht erreicht werden kann.¹⁹⁷

Bei der Bemessung des angemessenen Wohnvorteils ist eine Orientierung an den Beträgen gerechtfertigt, die im notwendigen Selbstbehalt der Düsseldorfer Tabelle für Wohnkosten von derzeit 360,- Euro¹⁹⁸ in Ansatz gebracht werden.¹⁹⁹

Alle bestehenden Hauslasten, wie beispielsweise auf die Hausabzahlung entfallende Zinsen, Grundstückskosten und -lasten sowie die verbrauchsunabhängigen Kosten sind in vollem Umfang abzugsfähig.²⁰⁰

3.8.1.2. Sachleistungen aus Wohn- und Nutzungsrechten

Stehen dem bedürftigen Elternteil Sachleistungen aus Wohn- und Nutzungsrecht oder Nießbrauch zu, werden diese in voller Höhe angerechnet, wenn der Nutzen dieser Rechte durch ihn gezogen werden bzw gezogen werden können.²⁰¹ Dabei ist auf den objektiven Gebrauchsvorteil bzw auf den angemessenen Gebrauchswert abzustellen.²⁰²

Wenn die Wohn- oder sonstigen Nutzungsrechte durch den bedürftigen Elternteil nicht mehr genutzt werden können, weil er zB in einem Pflegeheim untergebracht werden muss, ergeben sich oftmals Probleme, da ein bloß subjektives, in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis nicht zum Erlöschen des Wohnrechts gem § 1903 BGB führt.²⁰³ Dem unterhaltsberechtigten Elternteil steht dann ein Entschädigungsanspruch in Höhe des aufgegebenen Wohnvorteils zu, wenn dies vertraglich vereinbart worden ist.²⁰⁴ Insofern sich in einem solchen Übergabevertrag der Übernehmer zur umfassenden Pflege des Übergebers verpflichtet hat und dies aufgrund der Unterbringung in einem Pflegeheim nicht mehr möglich ist, so hat der unterhaltsberechtigten Elternteil gegen den Übernehmer einen Anspruch in Höhe

¹⁹⁷ *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618).

¹⁹⁸ Düsseldorfer Tabelle, Stand 1.1.2009, 180 Anm 5.

¹⁹⁹ *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618).

²⁰⁰ BGH XII ZR 123/00 BGHZ 154, 248 (251); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 33.

²⁰¹ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 39 mwN.

²⁰² *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618); BGH XII ZR 96/98 NJW 2000, 2349 = FamRZ 2000, 950.

²⁰³ OLG Köln 2 W 21/95 FamRZ 1995, 1408.

²⁰⁴ *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618); In seiner Entscheidung vom 6.2.1995 vertritt des OLG Köln 2 W 21/95 FamRZ 1995, 1408 die Ansicht, dass die Beschränkung auf eine höchstpersönliche Nutzung bei einer Existenzgefährdung des Wohnberechtigten wegfällt und ihm dann im Wege einer Vertragsanpassung bei Marktfähigkeit des Nutzungsrechts ein geldwerter Anspruch gegen den Vertragspartner zusteht, der ebenfalls auf den Sozialhilfeträger übergeht.

der dadurch ersparten Aufwendungen.²⁰⁵ Dieser Anspruch ist auf Seiten des bedürftigen Elternteils bedarfsmindernd anzurechnen.

3.8.2. Vermögensstamm

3.8.2.1. Einsatz des Vermögensstammes

Bedürftige Eltern müssen gem § 1602 Abs 1 BGB grundsätzlich auch den Stamm ihres Vermögens zur Bestreitung ihres Unterhalts einsetzen.²⁰⁶

Je nach Art des Vermögens kann dessen Verwertung durch freihändige Veräußerung, Versteigerung, Belastung, Umschichtung oder durch Geltendmachung von geldwerten Ansprüchen realisiert werden.²⁰⁷

Sind Vorfahren an einer ungeteilten Erbengemeinschaft beteiligt, so müssen sie diese Rechtsposition als Sicherheit einsetzen, um ihren Unterhalt darlehensweise zu finanzieren.²⁰⁸

Ebenso besteht eine Nutzungsobliegenheit, dh der unterhaltsberechtigte Elternteil muss sein Vermögen so ertragreich wie möglich nutzen.²⁰⁹ Beispielsweise sind leer stehende Wohnungen, Zweitwohnungen und zum Teil sogar einzelne Zimmer in einer möglicherweise zu großen Wohnung zu vermieten.

3.8.2.2. Einschränkungen der Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstammes

Die Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstammes wird unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt.

3.8.2.2.1. Unzumutbarkeit des Vermögenseinsatzes

In engen Grenzen kann es aber auch für bedürftige Vorfahren unzumutbar sein, den Stamm ihres Vermögens zu verwerten. Deshalb ist aufgrund einer umfassenden Zumutbarkeitsabwägung zu entscheiden, inwieweit das Vermögen einzusetzen ist.²¹⁰ Dabei sind alle bedeut-

²⁰⁵ BGH V ZR 14/01 NJW 2002, 440 = FamRZ 2002, 1178; *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618).

²⁰⁶ BGH XII ZR 155/03 FamRZ 2006, 935 (zust *Hauß*); XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (371); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 35; *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2047; *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (507); *Duderstadt*, Einsatz des Vermögensstammes des Pflichtigen beim Erwachsenenunterhalt, FamRZ 1998, 273 (274).

²⁰⁷ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 35.

²⁰⁸ BGH XII ZR 155/03 FamRZ 2006, 935 (zust *Hauß*).

²⁰⁹ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 116.

²¹⁰ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1602 Rz 58.

samen Umstände, insbesondere die wirtschaftliche Lage des Unterhaltspflichtigen, zu berücksichtigen.²¹¹

Eine Unverwertbarkeit des Vermögens ist deshalb beim Elternunterhalt nur bei grober Unbilligkeit²¹² der Vermögensverwertung, der Unmöglichkeit²¹³, oder dann, wenn die Verwertung wirtschaftlich nicht mehr vertretbar²¹⁴ erscheint, anzunehmen.

3.8.2.2.1.1. Grobe Unbilligkeit

Grobe Unbilligkeit ist dann gegeben, wenn eine Verpflichtung oder die Versagung eines Anspruchs dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widerspricht.²¹⁵ Dabei ist jedoch zu beachten, dass Billigkeitserwägungen beim Elternunterhalt nur in sehr geringem Umfang in Betracht kommen, denn es besteht kein Grund dafür, das Vermögen zu Lasten des Kindes für die Erben zu erhalten.²¹⁶

3.8.2.2.1.2. Unwirtschaftlichkeit

Unwirtschaftlich ist die Verwertung der Vermögenssubstanz, wenn sie mit einem nicht mehr vertretbaren Nachteil für den Unterhaltsberechtigten verbunden wäre.²¹⁷ Insbesondere liegt Unwirtschaftlichkeit vor, wenn der Unterhaltsberechtigte damit die Basis für eine langfristige, wenn auch nur teilweise Unterhaltssicherung aus eigenen Mitteln, aufgeben müsste.²¹⁸ Jedoch muss es sich hierbei um den überwiegenden Teil des Unterhaltsbedarfs handeln.²¹⁹ Führt eine Veräußerung zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu erheblichen Zins- oder Substanzeinbußen, ist ebenfalls aus Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten von einer Verwertung abzusehen.²²⁰

Eine Verwertungspflicht entfällt auch dann, wenn es sich um einen Gegenstand von geringem Marktwert handelt, an dem der Bedürftige ein Affektionsinteresse hat.²²¹

Dagegen ist aufgrund des strengeren Bewertungsmaßstabes bezüglich der Verwertungspflicht der unterhaltsberechtigten Vorfahre verpflichtet, eine selbst bewohnte Immobilie zu verkaufen,

²¹¹ BGH XII ZR 20/96 NJW 1998, 978 (980).

²¹² BGH XII ZR 20/96 NJW 1998, 978 (980); *Mleczo*, FPR 2003, 616 (618); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 36.

²¹³ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 630.

²¹⁴ BGH X ZR 126/98 FamRZ 2001, 21 (22); XII ZR 20/96 NJW 1998, 978 (980).

²¹⁵ *Brudermüller* in *Palandt*, BGB⁶⁸ § 1576 Rz 4; *Maurer* in *Münchener Kommentar*, BGB VII⁴ § 1576 Rz 14.

²¹⁶ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 630.

²¹⁷ BGH XII ZR 326/01 FamRZ 2004, 1184 (1185).

²¹⁸ *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 585.

²¹⁹ *Appelt*, Elternunterhalt 35.

²²⁰ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 630; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 585 mwN.

²²¹ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 37.

zu vermieten oder zu belasten.²²² Dies kann nur dann nicht verlangt werden, wenn der Unterhaltsbedarf durch den Verbrauch des Erlöses und seiner Erträge lediglich für eine unerhebliche Zeit befriedigt werden könnte.²²³

Sozialhilferechtlich ist zu beachten, dass § 90 Abs 2 Nr 8 SGB XII ein angemessenes Eigenheim des Bedürftigen unter Umständen von der Verwertung freistellt. Das führt dazu, dass der Sozialhilfeträger gegen unterhaltspflichtige Kinder keinen Rückgriff nehmen kann, solange die Immobilie nicht verwertet ist, denn so lange sind die Eltern unterhaltsrechtlich nicht bedürftig.²²⁴

Ob eine Vermögensverwertung für den Vorfahren unzumutbar ist, hat der Tatrichter unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen.²²⁵

3.8.2.2.2. Notgroschen

Dem Unterhaltsberechtigten ist eine gewisse Vermögensreserve als so genannter Notgroschen für Fälle plötzlich auftretenden Sonderbedarfs zu belassen, denn auch betagte Eltern können noch Notfallreserven benötigen, weshalb deren Einsatz zu ihrer Bedarfsdeckung nicht zugemutet werden kann.²²⁶ Die Höhe des sog Notgroschens ist regelmäßig zumindest mit dem sozialhilferechtlichen Schonbetrag²²⁷ anzusetzen.²²⁸

3.8.2.2.3. Beerdigungs- und Grabpflegekosten

Neben dem Schonbetrag können bedürftige Eltern lediglich Kosten für die Beerdigung und die Grabpflege als zweckgebundenes Vermögen der Verwertung entziehen.²²⁹ Dies ergibt sich einerseits aus dem fortbestehenden Schutz der Menschenwürde und der Religions- und Glaubensfreiheit, aber auch im Hinblick auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit muss solches Vermögen geschützt werden.²³⁰ Jedoch wird dieser Betrag in seiner Zweckgebunden-

²²² *Hußmann*, Elternunterhalt² 23; *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 630; aA *Mleczko*, FPR 2003, 616 (619), der dem Elternteil ebenfalls ein sozialhilferechtlich geschütztes Schonvermögen zugestehen will.

²²³ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 630; *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (508).

²²⁴ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (510).

²²⁵ BGH XII ZR 20/96 NJW 1998, 978 (980); *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618).

²²⁶ BGH XII ZR 155/03 FamRZ 2006, 935 (937) (zust *Hauß*); *Klein* in *Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 25.

²²⁷ Der Schonbetrag liegt nach § 1 der Verordnung zur Durchführung von § 90 Abs 2 Nr 9 SGB XII bei Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt ab dem 60. Lebensjahr ebenso wie bei der Erbringung von Pflegeleistungen derzeit bei 2.600,- Euro.

²²⁸ BGH XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (371); XII ZR 155/03 FamRZ 2006, 935 (937) (zust *Hauß*).

²²⁹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 70; OLG Schleswig 2 W 252/06 FamRZ 2007, 1188 (1189).

²³⁰ *Brühl/Geiger* in *Münder*, Lehr- und Praxiskommentar Sozialgesetzbuch XII⁸ (2008) § 90 Rz 12.

heit nachzuweisen sein, sodass sich ein unkündbarer Beerdigungs- und Grabpflegevertrag anbietet.²³¹

3.8.2.3. Anrechnung fiktiven Vermögens

Bei unvernünftigem Vermögensverbrauch in Kenntnis der künftigen Unterhaltsbedürftigkeit kommt eine fiktive Anrechnung von Vermögenserträgen oder verbrauchbaren Vermögenswerten in Betracht.²³²

3.8.2.4. Sozialhilferechtliche Schonung des Vermögens

Bestimmte Vermögensbestandteile bleiben gem § 90 Abs 2, 3 SGB XII sozialhilferechtlich anrechnungsfrei.

Es stellt sich nun die Frage, ob diese sozialhilferechtliche Schonung des Bedürftigen auch unterhaltsrechtlich zu beachten ist, oder ob der Unterhaltsverpflichtete so lange nicht zu Unterhaltsleistungen herangezogen werden kann, bis auch dieses Schonvermögen vom Bedürftigen verwertet und verbraucht worden ist. Dies wird für Mittel, die der Altersvorsorge sowie dem Aufbau und der Sicherung einer Lebensgrundlage dienen, § 90 Abs 2 Nr 1 und 2 SGB XII ganz einhellig abgelehnt, weil sich die Eltern in dem Alter befinden, für das Vorsorge zu treffen war und die Mittel jetzt eingesetzt werden müssen.²³³

Aber auch bei der Schonung anderer Vermögensbestandteile lehnt die herrschende Meinung²³⁴ eine Ausstrahlung in das Unterhaltsrecht ab. Für den Staat gibt es gute Gründe, gewisse Vermögenswerte von sich in einer Notlage befindlichen Personen zu schonen, denn damit soll ein vollständiges „Aussaugen“ des Hilfebedürftigen verhindert werden und sein Wille zur Selbsthilfe gestärkt werden.²³⁵ Dagegen ist unterhaltsrechtlich zu beachten, dass sich das Maß des zu gewährenden Unterhalts an der Lebensstellung des Bedürftigen orientiert und deshalb eine Prüfung im Einzelfall durchzuführen ist, ob die Vermögensgegenstände zu einer angemessenen Lebensführung erforderlich sind.²³⁶ Dies wird bei Gegenständen zur Freizeitgestaltung wie beispielsweise Musikinstrumenten oder Sportgeräten in der Regel bei

²³¹ *Hauß* in Anm zu BGH XII ZR 155/03 FamRZ 2006, 937 (938).

²³² *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 614; OLG Fankfurt 3 UF 291/85 FamRZ 1987, 1179.

²³³ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 67; *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 36.

²³⁴ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 36; *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 67; *Münder*, Unterschiede zwischen zivilrechtlichem Unterhaltsanspruch und sozialhilferechtlichen Regelungen, NJW 1990, 2031 (2034); OLG Köln 11 U 240/90 FamRZ 1992, 55 (56).

²³⁵ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 119.

²³⁶ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 119.

pflegebedürftigen Eltern nicht mehr der Fall sein.²³⁷ Auch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass jede Begünstigung der Eltern zu Lasten ihrer Kinder geht.²³⁸ Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Sozialhilfe und Unterhaltsrecht ist es daher nicht zu beanstanden, wenn sozialhilferechtlich zu schonendes Vermögen bei den Eltern vorhanden ist und sie deshalb unterhaltsrechtlich noch nicht bedürftig sind. Beziehen die bedürftigen Eltern in diesem Fall Sozialhilfe, scheidet ein Unterhaltsregress demzufolge aus.²³⁹

An diesem Ergebnis stören sich die Vertreter der Gegenauffassung, die den Unterhaltsanspruch nicht von der vorherigen Verwertung des sozialhilferechtlichen Schonvermögens abhängig machen wollen.²⁴⁰

Dagegen spricht mE der Unterschied zwischen bürgerlich-rechtlichem Unterhaltsanspruch und sozialhilferechtlichen Bestimmungen. Denn im Sozialhilferecht wird schematisch normiert Vermögen geschont. Im Gegensatz dazu werden im Unterhaltsrecht mithilfe einer Einzelfallprüfung die zu schonenden Gegenstände nach der Lebensstellung der bedürftigen Vorfahren berücksichtigt.²⁴¹

3.9. Ansprüche gegen Dritte

Des Weiteren gehören zum Vermögen auch geldwerte Ansprüche gegen Dritte,²⁴² zum Beispiel aus Vermächtnis²⁴³ und Erbschaft²⁴⁴, Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks²⁴⁵ oder Verarmung des Schenkers, Abfindungen, Zugewinnausgleich²⁴⁶ und ähnliches.

3.9.1. Rückforderung von Schenkungen des bedürftigen Elternteils

Besondere Bedeutung für den Elternunterhalt hat die Rückforderung von Geschenken wegen Verarmung des Schenkers gem § 528 BGB.

Zweck der Vorschrift ist es, den verarmten Schenker in die Lage zu versetzen, seinen Unterhalt selbst zu bestreiten.²⁴⁷ Des Weiteren soll vermieden werden, dass die öffentliche Hand

²³⁷ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 76.

²³⁸ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 36.

²³⁹ *Krauß*, Elternunterhalt – 2. Teil, DNotZ 2004, 580 (595); *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 119; *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 36.

²⁴⁰ *Mleczko*, FPR 2003, 616 (618).

²⁴¹ Wie bereits dargestellt, kann ein bewohntes Eigenheim sozialhilferechtlich geschont werden, jedoch entfällt in diesem Fall die Unterhaltspflicht der Kinder mangels Bedürftigkeit und demzufolge scheidet ein Regressanspruch aus.

²⁴² *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2048.

²⁴³ BGH XII ZR 20/96 NJW 1998, 978 (980).

²⁴⁴ BGH XII ZR 155/03 FamRZ 2006, 935 (zust *Hauß*), wonach Eltern nicht bedürftig sind, wenn sie ihre Teilhaberschaft an einer ungeteilten Erbengemeinschaft als Kreditunterlage nutzen könnten.

²⁴⁵ *Günther*, NDV 2005, 44 (46).

²⁴⁶ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (508).

und damit die Allgemeinheit für den Notbedarf des Schenkers aufzukommen hat.²⁴⁸ Dementsprechend ist es auch ausgeschlossen, dass der Beschenkte den verarmten Schenker auf seine gesetzlichen Unterhaltsansprüche verweist²⁴⁹, denn diese Rückforderungsansprüche gehen den Unterhaltsansprüchen der bedürftigen Eltern gegen ihre Kinder vor, weshalb sie auch vorrangig geltend zu machen sind.²⁵⁰

3.9.1.1. Vorliegen des Notbedarfs

Gemäß § 528 BGB kann der Schenker von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern, soweit er nach vollzogener Schenkung außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten²⁵¹ oder wenn er nicht im Stande ist, seinen gesetzlichen Unterhaltsverpflichtungen nachzukommen²⁵².

Zur Beurteilung des angemessenen Unterhalts ist auf die Lebensstellung des Schenkers unmittelbar nach vollzogener Schenkung abzustellen.²⁵³ Außerdem kann der Anspruch erst geltend gemacht werden, wenn ein Notbedarf schon eingetreten ist und nicht schon dann, wenn dieser droht,²⁵⁴ um dem Vertrauen des Beschenkten in eine vollzogene Schenkung Rechnung zu tragen²⁵⁵.

Bei gemischten Schenkungen, dh wenn der Wert der Schenkung den Gegenwert mit beiderseitiger Kenntnis und Willen übersteigt, besteht das Rückforderungsrecht grundsätzlich nur bezüglich des unentgeltlichen Teils.²⁵⁶

3.9.1.2. Art und Umfang des Anspruchs

Der Schenker ist berechtigt, das Geschenk in natura nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung²⁵⁷ heraus zu verlangen. Dieser Herausgabeanspruch besteht jedoch nur in dem Umfang, als es zur Deckung seines angemessenen Bedarfs notwendig ist.²⁵⁸

²⁴⁷ Wimmer-Leonhardt in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II¹⁴ (2005) § 528 Rz 3; Weidenkaff in Palandt, BGB⁶⁸ § 528 Rz 1.

²⁴⁸ Koch in Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch III⁵ (2008) § 528 Rz 2; Mleczko, FPR 2003, 616 (621); BGH X ZR 229/99 BGHZ 147, 288 (290).

²⁴⁹ BGH X ZR 126/98 FamRZ 2001, 21 (22).

²⁵⁰ Krauß, DNotZ 2004, 502 (508f); Strohal in Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht⁸ Rz 495.

²⁵¹ Mleczko, FPR 2003, 616 (621).

²⁵² Koch in Münchener Kommentar, BGB III⁵ § 528 Rz 3.

²⁵³ BGH X ZR 140/01 NJW 2003, 1384; Mleczko, FPR 2003, 616 (621).

²⁵⁴ BGH X ZR 69/97 BGHZ 143, 51 (54) = NJW 2001, 2084; Gehrlein in Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I² (2007) § 528 Rz 2; Herrmann in Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I¹² (2008) § 528 Rz 2; Koch in Münchener Kommentar, BGB III⁵ § 528 Rz 4.

²⁵⁵ Wimmer-Leonhardt in Staudinger, BGB II¹⁴ § 528 Rz 3.

²⁵⁶ Mleczko, FPR 2003, 616 (621).

Wenn der angemessene Bedarf geringer als der Wert des Geschenks ist und es sich bei dem Geschenk um etwas Unteilbares, wie zum Beispiel um ein Grundstück handelt, wird die Herausgabe des Geschenkes durch einen Teilwertersatz in Geld gem § 818 Abs 2 BGB ersetzt, der durch den Wert des Schenkungsgegenstandes beschränkt ist.²⁵⁹ Bei regelmäßig wiederkehrendem Bedarf richtet sich der Anspruch aus § 528 Abs 1 S 1 BGB ebenfalls bis zur Erschöpfung des Wertes des Schenkungsgegenstandes auf wiederkehrende Leistungen des Beschenkten.²⁶⁰

Insofern dem Beschenkten besonders daran gelegen ist, das Geschenk zu behalten, besteht gem § 528 Abs 1 S 2 BGB die Möglichkeit die Herausgabe dadurch abzuwenden, indem dem Schenker der zur Deckung seines Unterhalts erforderliche Betrag gezahlt wird (sog Ersetzungsbefugnis).²⁶¹ In diesem Fall ist die Höhe des für den Unterhalt zu leistenden Betrages ebenfalls durch den Wert des Geschenks begrenzt.²⁶² Ein Zurückkehren zum Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes ist nicht möglich.²⁶³

3.9.1.3. Anspruchsgegner

Der Rückforderungsanspruch richtet sich grundsätzlich gegen den Beschenkten oder dessen Erben.²⁶⁴ Hat der inzwischen bedürftige Schenker zeitlich nacheinander mehrere Schenkungen getätigt, so wird ihre Rückabwicklung nach § 528 Abs 2 BGB in einer umgekehrten zeitlichen Reihenfolge bestimmt. Die zuletzt erbrachte Schenkung wird demzufolge als erste zur Deckung des Bedarfs herangezogen.²⁶⁵ Haben die Beschenkten das Geschenk dagegen gemeinsam oder gleichzeitig erhalten, so haften sie als Gesamtschuldner.²⁶⁶

3.9.1.4. Inhaber des Rückforderungsanspruchs

Der Rückforderungsanspruch ist zweckgebunden, jedoch nicht höchstpersönlich²⁶⁷, und steht zunächst dem Schenker selbst zu.²⁶⁸ Demnach hängt es vom Willen des bedürftigen Vor-

²⁵⁷ Es handelt sich hierbei um einen Rechtsfolgenverweis auf die §§ 812ff BGB.

²⁵⁸ BGH IV ZR 184/94 NJW 1996, 987; *Wimmer-Leonhardt* in *Staudinger*, BGB II¹⁴ § 528 Rz 17.

²⁵⁹ BGH X ZR 128/99 FamRZ 2001, 409.

²⁶⁰ BGH IV ZR 184/94 NJW 1996, 987 = FamRZ 1996, 483; X ZR 128/99 FamRZ 2001, 409; *Mleczo*, FPR 2003, 616 (622).

²⁶¹ *Herrmann* in *Erman*, BGB I¹² § 528 Rz 4.

²⁶² *Wimmer-Leonhardt* in *Staudinger*, BGB II¹⁴ § 528 Rz 29; *Herrmann* in *Erman*, BGB I¹² § 528 Rz 4; *Koch* in *Münchener Kommentar*, BGB III⁵ § 528 Rz 22; aA *Gehrlein* in *Bamberger/Roth*, BGB I² § 528 Rz 5.

²⁶³ *Herrmann* in *Erman*, BGB I¹² § 528 Rz 4.

²⁶⁴ *Koch* in *Münchener Kommentar*, BGB III⁵ § 528 Rz 8.

²⁶⁵ BGH X ZR 157/96 BGHZ 137, 76 (80) = NJW 1998, 537.

²⁶⁶ *Weidenkaff* in *Palandt*, BGB⁶⁸ § 528 Rz 2.

²⁶⁷ BGH X ZR 229/99 BGHZ 147, 288 (290).

fahren ab, ob das Geschenk zurückgefordert wird oder ob er an dem Schenkungsversprechen festhalten will.

Eine praktisch sehr bedeutsame Ausnahme von diesem Grundsatz gilt, wenn der Schenker aufgrund seiner Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit nicht mehr in der Lage ist, auf die Inanspruchnahme entgeltlicher Leistungen Dritter zu verzichten.²⁶⁹ Insofern er diese Leistungen Dritter, idR sozialhilferechtliche Zahlungen, in Anspruch nimmt, bringt er zum Ausdruck, dass er der Rückforderung des Geschenks zur Deckung seines Lebensunterhalts bedarf. Deshalb kann der Träger der Sozialhilfe in diesem Fall die Rückforderungsansprüche durch Überleitung gem § 93 Abs 1 SGB XII gegenüber dem Beschenkten geltend machen.²⁷⁰

3.9.1.5. Ausschluss des Rückforderungsanspruchs

Der Rückforderungsanspruch ist gem § 529 Abs 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat oder wenn zwischen Schenkung und tatsächlichem Eintritt der Bedürftigkeit bereits 10 Jahre verstrichen sind.²⁷¹

Gleiches gilt gem § 529 Abs 2 BGB, wenn die Rückgabe des Geschenks beim Beschenkten zur Folge hätte, dass dieser seinen standesgemäßen, dh angemessenen²⁷² Unterhalt und seine sonstigen Verpflichtungen, insbesondere auch seine ihm gesetzlich obliegenden Unterhaltspflichten, nicht mehr erfüllen könnte.

Die letztgenannte Einrede²⁷³ greift auch bei dem schuldhaften Herbeiführen der Bedürftigkeit des Beschenkten, insofern diese vor Kenntnis der Bedürftigkeit des Schenkers verursacht wurde.²⁷⁴

Ein Erlassvertrag, in dem der Schenker gegenüber dem Beschenkten auf seinen Rückforderungsanspruch verzichtet, ist wegen der drohenden Belastung der Allgemeinheit mit Sozialhilfeleistungen immer nichtig, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Anspruch infolge des Notbedarfs schon entstanden war oder die Bedürftigkeit Folge der Schenkung ist.²⁷⁵

²⁶⁸ Koch in *Münchener Kommentar*, BGB III⁵ § 528 Rz 9.

²⁶⁹ Mleczo, FPR 2003, 616 (621).

²⁷⁰ Herrmann in *Erman*, BGB I¹² § 528 Rz 8.

²⁷¹ Pauling in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 632 a; Herrmann in *Erman*, BGB I¹² § 528 Rz 2.

²⁷² Standesgemäß bedeutet auch in diesem Fall angemessen und beruht auf einem Redaktionsversehen des Verfassers, siehe Koch in *Münchener Kommentar*, BGB III⁵ § 528 Rz 4.

²⁷³ Gehrlein in *Bamberger/Roth*, BGB I² § 528 Rz 1 mwN; Koch in *Münchener Kommentar*, BGB III⁵ § 528 Rz 4.

²⁷⁴ BGH X ZR 146/99 NJW 2001, 1207 (1209).

²⁷⁵ Herrmann in *Erman*, BGB I¹² § 528 Rz 6.

3.9.1.6. Verjährung

Der Anspruch auf Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers unterliegt der Regelverjährung von drei Jahren²⁷⁶, selbst wenn der Anspruch auf regelmäßig wiederkehrenden Bedarf und damit auf wiederkehrende Leistung gerichtet ist. Dieser einheitliche, auf teilweise Herausgabe des Geschenkes gerichtete Anspruch, entsteht dann jedoch nicht von Anfang an in voller Höhe, sondern ist ein immer wieder neu entstehender Teilanspruch auf Teilwertersatz in Geld.²⁷⁷

3.9.2. Sozialhilferechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit der Rückforderung von Geschenken

Im Gegensatz zu Unterhaltsansprüchen, für die § 94 SGB XII eine *cessio legis* vorsieht, ist zur Überleitung anderer geldwerter Ansprüche gegen Dritte gem § 93 Abs 1 S 1 SGB XII eine schriftliche Überleitungsanzeige des Sozialhilfeträgers notwendig.²⁷⁸

Die Überleitungsanzeige ist ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, der den Übergang des Anspruchs auf den Sozialhilfeträger bewirkt.²⁷⁹

In der Übergangsanzeige muss die Höhe des übergeleiteten Anspruchs noch nicht notwendigerweise beziffert sein. Es ist vielmehr ausreichend, wenn die Überleitung dem Grunde nach angezeigt wird.²⁸⁰

Der Zweck der Überleitungsmöglichkeit, nämlich die Subsidiarität der Sozialleistung durchzusetzen,²⁸¹ gebietet es, eine wirksame Überleitung auch dann noch zuzulassen, wenn Sozialleistungen bereits erbracht werden²⁸² oder nicht mehr erbracht werden.²⁸³ Insbesondere kann die Überleitung nach dem Tod des Schenkers noch wirksam erfolgen, wenn dieser Leistungen der Sozialhilfe erhalten hat.²⁸⁴

Dem Beschenkten stehen gegenüber dem Sozialhilfeträger alle Einwendungen und Einreden zu, die er auch dem Schenker hätte entgegen halten können.²⁸⁵

²⁷⁶ Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 632 a.

²⁷⁷ BGH X ZR 128/99 FamRZ 2001, 409 (410).

²⁷⁸ Herrmann in Erman, BGB I¹² § 528 Rz 8.

²⁷⁹ Münder in Münder, LPK-SGB XII⁸ § 93 Rz 45.

²⁸⁰ BVerwG V C 108.72 BVerwGE 42, 198 (200); Koch in Münchener Kommentar, BGB III⁵ § 528 Rz 30.

²⁸¹ BVerwG 5 C 63/88 NJW 1990, 3288; Wimmer-Leonhardt in Staudinger, BGB II¹⁴ § 528 Rz 47.

²⁸² Koch in Münchener Kommentar, BGB III⁵ § 528 Rz 31.

²⁸³ Münder in Münder, LPK-SGB XII⁸ § 93 Rz 45.

²⁸⁴ BGH X ZR 229/99 FamRZ 2001, 1137 (1139); BGH IV ZR 212/94 FamRZ 1995, 1123; BVerwG 5 C 63/88 NJW 1990, 3288.

²⁸⁵ BGH XII ZR 1/91 NJW 1992, 1624.

Dagegen kommen ihm die sozialhilferechtlichen Vorschriften über das Schonvermögen nicht zugute, denn sie sollen nur die leistungsberechtigte Person selbst und nicht Dritte schützen.

Durch die Möglichkeit der Überleitung des Rückforderungsanspruchs hat sich die Bedeutung des § 528 BGB stark verändert.

Die Allgemeinheit hat dadurch die Möglichkeit, verauslagte Kosten beim Beschenkten erstattet zu bekommen, womit die Vorschrift mittelbar zu einer Art „sozialhilferechtlichem Erstattungsanspruch“ geworden ist.²⁸⁶

4. Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Nachkommen

Nach § 1603 Abs 1 BGB ist nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren.

Das in Anspruch genommene Kind muss also in der Lage sein, mit den tatsächlich verfügbaren oder zumutbar erzielbaren Geldmitteln sowohl seine eigenen Bedürfnisse als auch den Bedarf des Berechtigten zu befriedigen.²⁸⁷

Die Leistungsfähigkeit wird demnach von den Mitteln, die für Unterhaltszwecke zur Verfügung stehen, dem Eigenbedarf (sog Selbstbehalt) und der Stärke der Unterhaltspflicht beeinflusst, weshalb geklärt werden muss, was als Einkommen zu berücksichtigen ist, wie das bereinigte Nettoeinkommen ermittelt wird, ob vorrangige Unterhaltspflichten erfüllt werden müssen, wie der Selbstbehalt zu bestimmen ist²⁸⁸ und wie stark der Aszendentenunterhalt durch das Gesetz ausgeprägt ist.²⁸⁹

Für Unterhaltszwecke muss dann die Differenz zwischen dem bereinigten Nettoeinkommen und dem Selbstbehalt zur Verfügung gestellt werden.²⁹⁰

4.1. Leistungsfähigkeit aus Einkommen

Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen sind nicht nur die Einkünfte nach § 2 Abs 1 EStG, sondern grundsätzlich alle zufließenden, verfügbaren Mittel, gleich welcher Art sie sind und aus welchem Anlass sie erzielt werden.²⁹¹

²⁸⁶ Wimmer-Leonhardt in Staudinger, BGB II¹⁴ § 528 Rz 46.

²⁸⁷ Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 4; Kalthoener/Büttner/Niepmann, Unterhalt¹⁰ Rz 668.

²⁸⁸ Krauß, DNotZ 2004, 502 (510).

²⁸⁹ Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 616; BGH XII ZR 3/03 FamRZ 2005, 354 (356).

²⁹⁰ Krauß, DNotZ 2004, 502 (510).

²⁹¹ BGH XII ZR 84/04 FamRZ 2007, 1158 (1159).

4.1.1. Einkommen aus abhängiger Beschäftigung

Das Einkommen aus abhängiger Beschäftigung ist in Höhe des Nettoeinkommens unterhaltsrechtlich in vollem Umfang zu berücksichtigen.²⁹² Es gelten folgende Besonderheiten.

4.1.1.1. Überstundenvergütungen

Überstundenvergütungen werden im Rahmen des Elternunterhalts nach den auch sonst im Unterhaltsrecht geltenden Maßstäben zum unterhaltsrelevanten Einkommen des einem Vorfahren Unterhaltspflichtigen hinzugezählt.²⁹³ Dies bedeutet, dass sie in voller Höhe anzusetzen sind, wenn sie geringfügig, berufstypisch oder betriebsbedingt sind.²⁹⁴ Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, werden sie nach Billigkeit angerechnet. Je zumutbarer Überstunden in geringem Umfang geleistet werden können, und je mehr Not des Unterhaltsberechtigten offensichtlich zutage tritt, desto unzweifelhafter sind Überstunden anzurechnen.²⁹⁵

4.1.1.2. Spesen und Auslösungen

Spesen und Auslösungen sind dem Einkommen voll zuzurechnen, wenn sie faktisch verschleiertes Arbeitseinkommen sind.²⁹⁶ Etwas anderes gilt dann, wenn ihnen konkrete Aufwendungen wie Fahrtkosten, Unterbringungskosten oder Verpflegungskosten gegenüber stehen, es sei denn, die Spesenzahlung übersteigt die tatsächlichen Ausgaben.²⁹⁷ Werden eigene Aufwendungen erspart, wie beispielsweise bei Verpflegungsspesen, ist ebenfalls eine Anrechnung vorzunehmen.²⁹⁸ Um ein gerechtes Ergebnis zu erzielen, ist über die unterhaltsrechtliche Behandlung solcher Zahlungen jeweils im Einzelfall zu entscheiden, wobei in der Regel Spesen und Auslösungen zu einem Drittel dem unterhaltsrechtlich anrechenbaren Einkommen zugerechnet werden können.²⁹⁹ Insofern trifft das unterhaltspflichtige Kind die Darlegungs- und Beweislast bezüglich einer geringeren Anrechnungsquote.³⁰⁰

²⁹² *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 15.

²⁹³ *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2052.

²⁹⁴ BGH IV b ZR 530/80 FamRZ 1980, 984; XII ZR 63/00 FamRZ 2004, 186 (187); *Engler/Kaiser* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1603 Rz 18 mwN.

²⁹⁵ *Klein* in *Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 42.

²⁹⁶ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 92.

²⁹⁷ *Ehinger* in *Ehinger/Griesche/Rasch*, Unterhaltsrecht⁵ Rz 31 a.

²⁹⁸ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 19.

²⁹⁹ OLG Karlsruhe 16 WF 169/02 FamRZ 2004, 645; OLG Frankfurt/M 3 UF 117/93 FamRZ 1994, 1031; *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 19.

³⁰⁰ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 92.

4.1.1.3. Sachbezüge

Sachbezüge sind dem unterhaltsrechtlich anrechenbaren Einkommen je nach Art des Sachbezuges zuzurechnen.³⁰¹ Dabei ist die individuelle Ersparnis des Unterhaltspflichtigen im Einzelfall nach § 287 ZPO zu schätzen³⁰² und um die darauf zu entrichtenden Steuern zu korrigieren.³⁰³ Insbesondere ist bei Firmenfahrzeugen zu beachten, dass sie nicht nur der Beförderung des Arbeitnehmers, sondern auch dem Ansehen des Arbeitgebers dienen.³⁰⁴

4.1.1.4. Sonstige Einkommensbestandteile

Urlaubsgeld, Steuervorteile, Sparzulagen, Leistungsprämien, Ortszuschläge, Abfindungen, Weihnachtsgeld, Überstundenvergütung, 13. und 14. Monatsgehalt, sonstige Gratifikationen, Trinkgeld und Wegezeitvergütung gelten ebenfalls als Bestandteile des Einkommens.³⁰⁵ Dabei werden jährlich einmalig gezahlte Zuwendungen auf das monatliche Durchschnittseinkommen eines Jahres umgelegt.³⁰⁶

4.1.2. Einkommen aus selbständiger Tätigkeit

Bezüglich der Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit oder Gewerbebetrieb gelten die üblichen unterhaltsrechtlichen Grundsätze. Insofern ist der Durchschnitt des Einkommens der drei vorangegangenen Jahre heranzuziehen, wobei steuerlich zulässige Minderungen, vor allem pauschaler Art, wie Abschreibungen³⁰⁷ und Ansparabschreibungen³⁰⁸, nur in Höhe der realen Aufwendungen oder Wertminderungen zu berücksichtigen sind.³⁰⁹ Daraus folgt, dass das steuerrechtliche Einkommen mit dem unterhaltsrelevanten Einkommen regelmäßig nicht identisch ist.³¹⁰ Bei der Feststellung der wahren Einkommensverhältnisse kann die Höhe der Privatentnahmen als Hilfsmittel herangezogen werden.³¹¹

³⁰¹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 92.

³⁰² OLG München 12 UF 1545/98 FamRZ 1999, 1350.

³⁰³ *Dose* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 1 Rz 69.

³⁰⁴ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 94.

³⁰⁵ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (511); *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 15.

³⁰⁶ BGH XII ZR 27/90 FamRZ 1991, 416 (419); *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 586; *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 15.

³⁰⁷ OLG Koblenz 9 UF 140/01 FamRZ 2002, 887.

³⁰⁸ BGH XII ZR 217/01 FamRZ 2004, 1177.

³⁰⁹ BGH IV b ZR 13/82 FamRZ 1984, 39 (40); *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (511) mwN.

³¹⁰ BGH XII ZR 278/95 FamRZ 1998, 357 (359); *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 23.

³¹¹ OLG Saarbrücken Zweibrücken 2 UF 115/91 NJW 1992, 1902; OLG Dresden 20 WF 474/97 FamRZ 1999, 850; *Hammermann* in *Erman*, BGB II¹² § 1603 Rz 11; *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 19.

4.1.3. Einnahmen aus unsittlicher oder verbotener Tätigkeit

Einkünfte, die aus verbotener Tätigkeit oder Schwarzarbeit resultieren, sind für die Vergangenheit grundsätzlich zu berücksichtigen.³¹² Jedoch sind dabei im Zusammenhang stehende, gegen den unterhaltspflichtigen Vorfahren gerichtete Ansprüche, insbesondere Schadensersatz und Rückforderungsansprüche sowie rückständige Steuer- und Sozialversicherungsabgaben, zu beachten.³¹³

4.1.4. Zahlungen mit Einkommensersatz

Arbeitslosengeld I, Krankengeld, Übergangsgeld in der Kranken- und Unfallversicherung sowie Renten jeder Art, insbesondere Alters-, Witwen- und Erwerbsunfähigkeitsrente treten an die Stelle des Erwerbseinkommens und haben somit eine Einkommensersatzfunktion. Bei ihnen handelt es sich um nicht subsidiäre Sozialleistungen und deshalb sind sie grundsätzlich dem Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes hinzuzurechnen.³¹⁴

4.1.5. Steuererstattungen

Steuererstattungen sind dem Einkommen regelmäßig zuzurechnen, und zwar in dem Jahr, in dem sie erhalten wurden und nicht für das Jahr, für das sie gezahlt wurden.³¹⁵ In tatrichterlicher Verantwortung kann eine zukünftige Steuererstattung gem § 287 ZPO geschätzt werden, wenn unter zu Grunde legen des unterhaltsrelevanten Einkommens³¹⁶ die Steuererstattung auch in Zukunft zu erwarten ist.³¹⁷

Die Steuerrückzahlung kann einem verheirateten Kind nicht in vollem Umfang zugerechnet werden, sondern muss aufgrund des steuerrechtlichen Splittingvorteils zwischen den Ehegatten verteilt werden.³¹⁸

Insofern das unterhaltspflichtige Kind im Verhältnis zu seinem Ehegatten die ungünstigere Steuerklasse gewählt hat, ist diese Verschiebung der Steuerbelastung durch einen tatrichterlichen Abschlag zu korrigieren.³¹⁹

³¹² Hammermann in Erman, BGB II¹² § 1603 Rz 11.

³¹³ Kalthoener/Büttner/Niepman, Unterhalt¹⁰ Rz 673.

³¹⁴ Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 41 und § 1602 Rz 36.

³¹⁵ Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 19.

³¹⁶ Bei abhängig Beschäftigten sind die letzten 12 Monate, bei Selbständigen die letzten 3 bzw 5 Jahre zu Grunde zu legen.

³¹⁷ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (863) = NJW 2003, 1660 = FPR 2003, 378 (381); Hauß, Elternunterhalt² Rz 103.

³¹⁸ Siehe zu der aufwendigen Berechnung: Hauß, Elternunterhalt² Rz 107 a.

³¹⁹ BGH XII ZR 69/01 FamRZ 2004, 443 (krit Schürmann); Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2052.

4.1.6. Taschengeldeinkünfte

Ist das unterhaltspflichtige Kind verheiratet und ohne eigene Einkünfte, stellt sich die Frage, ob es das Taschengeld³²⁰, auf welches es als Bestandteil des Familienunterhalts nach §§ 1360, 1360 a BGB einen Anspruch³²¹ gegen den verdienenden Ehegatten hat, als Einkommen einzusetzen hat.

Der BGH hat entschieden, dass das Taschengeld eines Ehegatten nicht nur für den Unterhalt minderjähriger Kinder, sondern ebenfalls für den Volljährigenunterhalt³²² und den Elternunterhalt³²³ einzusetzen ist. Als unterhaltspflichtiges Einkommen sei es insoweit einzusetzen, als der angemessene oder notwendige Selbstbehalt des Pflichtigen gewahrt bleibt.³²⁴ Die Höhe des für Unterhaltszwecke einzusetzenden Taschengeldes wird dabei anhand der konkreten Verhältnisse ermittelt, wobei vielfach ein hälftiger Taschengeldverzehr zumutbar sein wird.³²⁵

Dagegen wendet eine Literaturmeinung³²⁶ ein, dass es damit zu einer mittelbaren Haftung des Schwiegerkindes komme, welches außerhalb des Unterhaltsrechtsverhältnisses steht und rechtlich nicht dazu verpflichtet ist, zum Unterhalt der Schwiegereltern beizutragen.

Der BGH argumentiert dagegen, dass es sich nicht um eine mittelbare Haftung des nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten für den Unterhalt der Schwiegereltern handele, weil der verdienende Ehegatte auf die Verwendung des Taschengeldes keinen Einfluss hat³²⁷ und es

³²⁰ Bei dem Taschengeld handelt es sich um einen angemessenen Teil des Gesamteinkommens der Ehegatten, der die Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse nach eigenem Gutdünken und freier Wahl unabhängig von einer Mitsprache des anderen Ehegatten ermöglichen soll. Der Taschengeldanspruch richtet sich hinsichtlich seiner Höhe nach den im Einzelfall bestehenden Einkommens- und Vermögensverhältnissen, dem Lebensstil und der Zukunftsplanung der Ehepartner, wobei in der Rechtsprechung üblicherweise eine Quote von 5–7 % des zur Verfügung stehenden Nettoeinkommens angenommen wird. Siehe hierzu BVerfG 1 BvR 460/86 FamRZ 1986, 773; BGH XII ZR 140/96 FamRZ 1998, 608 (609); *Beutler* in *Bamberger/Roth*, BGB III² § 1360 a Rz 6; *Brudermüller* in *Palandt*, BGB⁶⁸ § 1360 a Rz 4; krit *Braun*, Unterhalt für den Gläubiger des Ehegatten? NJW 2000, 97 (100); *Haumer*, Taschengeld unter Ehegatten – Ein Anspruch ohne Grundlage, FamRZ 1996, 193 (194).

³²¹ BVerfG 1 BvR 460/86 FamRZ 1986, 773; BGH XII ZR 140/96 FamRZ 1998, 608 (609).

³²² BGH IV b ZR 81/85 FamRZ 1987, 472 (473).

³²³ BGH XII ZR 122/00 FamRZ 2004, 366 (369) = NJW 2004, 674 (675); XII ZR 122/00 und XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 441 (442) (zust *Strohal*).

³²⁴ *Kalthoener/Büttner/Niepman*, Unterhalt¹⁰ Rz 723; *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 645; *Engler/Kaiser* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1603 Rz 88; OLG Köln 27 UF 87/99 NJW-RR 2000, 810 (811) = FamRZ 2001, 437 (438).

³²⁵ BGH XII ZR 63/00 FamRZ 2004, 366 (369); in dieser Entscheidung lehnte der BGH eine Anlehnung an die sozialhilferechtlichen Vorschriften bezüglich des Taschengeldes (§ 21 BSHG) zur Ermittlung der Höhe des einzusetzenden Unterhaltes ab.

³²⁶ *Hauf*, Elternunterhalt² Rz 109; *Renn/Niemann*, Die Heranziehung verheirateter Kinder zu Unterhaltsleistungen, FamRZ 1994, 473 (475); *Appelt*, Elternunterhalt 80.

³²⁷ *Scholz*, Die Unterhaltspflicht des verheirateten, gering verdienenden Kindes gegenüber einem Elternteil, in FS Schwab (2005) 911 (912).

auch in Höhe der hiervon zu bestreitenden Unterhaltsleistungen nicht aufzustocken braucht.³²⁸ Außerdem müssen erst bei großzügigen Familieneinkünften dem nicht erwerbstätigen Ehegatten auch großzügige Mittel zur Verfügung gestellt werden, die er dann aber zur Bestreitung seines eigenen angemessenen Unterhalts einschließlich seines Taschengeldes nicht in voller Höhe benötigt und deshalb zu Unterhaltszahlungen verwenden kann.³²⁹

Dagegen ist mE zu Recht einzuwenden, dass in einer Ehe üblicherweise kein Taschengeld an den haushaltsführenden Ehegatten gezahlt wird, sondern dieser vielmehr seine Bedürfnisse von einem gemeinsamen Konto befriedigt.

Deshalb ist es insbesondere im Hinblick auf Art 6 GG fraglich, ob es dem unterhaltspflichtigen Kind zugemutet werden kann, gegen den alleinverdienenden Ehegatten einen Prozess auf Zahlung eines Taschengeldes zu führen, um leistungsfähig zu sein.³³⁰

4.1.7. Einkommen aus überobligatorischer Tätigkeit

Erzielt das unterhaltspflichtige Kind Einnahmen aus einer überobligatorischen Tätigkeit, weil es beispielsweise einer Nebentätigkeit nachgeht, neben der Kindererziehung noch eine Berufstätigkeit ausübt oder während des Ruhestandes arbeitet, sind Differenzierungen vorzunehmen.

4.1.7.1. Überobligatorische Tätigkeit bei eigenem Einkommen

Einkünfte aus einer überobligatorischen Tätigkeit vor dem Ruhestand werden nach Treu und Glauben gem § 242 BGB unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall angerechnet.³³¹ Da beim Aszendentenunterhalt grundsätzlich nicht von einer gesteigerten Erwerbsobliegenheit³³² auszugehen ist, wird eine Anrechnung³³³ dann anzunehmen sein, wenn die Nebentätigkeit üblicherweise in einem engen Zusammenhang mit dem Berufsbild steht.³³⁴ Aus dem gleichen Grund steht es dem unterhaltspflichtigen Kind frei, die Nebentätigkeit jederzeit zu beenden.³³⁵

³²⁸ BGH XII ZR 122/00 FamRZ 2004, 366 (369); XII ZR 122/00 und XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 441 (442) (zust *Strohal*).

³²⁹ BGH XII ZR 122/00 FamRZ 2004, 366 (668); *Büttner/Niepmann*, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Mitte 2000, NJW 2001, 2215 (2224f); krit *Seidel* in *Luthin*, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 5078.

³³⁰ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 109.

³³¹ BGH XII ZR 273/02 FamRZ 2005, 1154 (zust *Gerhardt*); *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 113.

³³² *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 113; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 830.

³³³ Die Anrechnung erfolgt üblicherweise lediglich zur Hälfte oder zu einem Drittel, um den Mehraufwand des Unterhaltsschuldners zu honorieren. Siehe dazu *Hammermann* in *Erman*, BGB II¹² § 1603 Rz 49.

³³⁴ Dies ist beispielsweise bei einer Gutachtertätigkeit eines Krankenhausarztes anzunehmen.

³³⁵ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 21.

4.1.7.2. Überobligatorische Tätigkeit neben der Haushaltsführung eines Ehegatten – Unterhaltspflicht des Kindes mit geringen Einkünften

Geht das unterhaltspflichtige Kind einer geringfügigen Beschäftigung nach, obwohl es im Verhältnis zu dem anderen Ehegatten die Haushaltsführung als Beitrag zum Familienunterhalt nach § 1360 a BGB übernommen hat, so ist fraglich, ob die Einkünfte aus dieser Tätigkeit dem Einkommen zuzurechnen sind, wenn sie seinen eigenen angemessenen Selbstbehalt nicht übersteigen. Zunächst ist festzustellen, dass ein Unterhaltspflichtiger nicht bereits deshalb leistungsunfähig ist, weil er nicht über eigene Einkünfte verfügt, die seinen angemessenen Selbstbehalt übersteigen. Bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt kann der dem Unterhaltspflichtigen zu belassende Selbstbehalt insoweit gewahrt sein, als er durch den ihm von seinem Ehegatten zu leistenden Familienunterhalt sein Auskommen findet.³³⁶

Inwieweit ein verheirateter Nachkomme seinen Nebenverdienst zu Unterhaltsleistungen einzusetzen hat, hängt demnach entscheidend von dem zur Verfügung stehenden Familieneinkommen ab.

4.1.7.2.1. Das Einkommen aus der Tätigkeit mit geringem Verdienst wird nicht für den Familienunterhalt eingesetzt

Soweit das Einkommen eines Ehegatten zur Bestreitung des angemessenen Familienunterhalts nicht benötigt wird, steht es ihm selbst zur Verfügung. Es kann demzufolge für Unterhaltungszwecke eingesetzt werden, sofern der angemessene Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen insgesamt gewahrt ist.³³⁷

4.1.7.2.2. Das Einkommen aus der Nebentätigkeit wird für den Familienunterhalt eingesetzt

Setzt jedoch ein haushaltsführender Ehegatte tatsächlich Einkommen aus einer Nebentätigkeit zum Familienunterhalt ein, so kann er dies seinen unterhaltsberechtigten Eltern nur insoweit entgegenhalten, als er hierzu rechtlich verpflichtet ist.³³⁸ Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn seine Haushaltsführung zusammen mit seiner Erwerbstätigkeit überobligatorisch ist und

³³⁶ BGH XII ZR 218/01 FamRZ 2004, 795 (797); XII ZR 122/00 FamRZ 2004, 366 (368); XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (372); XII ZR 69/01 FamRZ 2004, 443 (445); *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 834.

³³⁷ BGH XII ZR 122/00 FamRZ 2004, 366 (368); XII ZR 218/01 FamRZ 2004, 795 (797); XII ZR 69/01 FamRZ 2004, 443 (445); *Seidel in Luthin*, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 5079 a; *Scholz* in FS Schwab 911 (914).

³³⁸ BGH XII ZR 218/01 FamRZ 2004, 795 (797).

sich hierdurch im Verhältnis zu seinem Ehegatten ein erhebliches Missverhältnis ergibt.³³⁹ In einer solchen Fallkonstellation werden die Einnahmen aus der überobligatorischen Tätigkeit dem unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen hinzugerechnet.³⁴⁰

4.1.8. Arbeit im Ruhestand

Nach dem Erreichen des regulären Ruhestandalters besteht für den Schuldner keine Erwerbsobliegenheit mehr, weshalb der Zusatzverdienst eines Rentners oder Pensionisten grundsätzlich anrechnungsfrei bleibt.³⁴¹

Etwas anderes kann im Einzelfall bei Selbständigen gelten, wenn in der Berufsgruppe³⁴² üblicherweise über das Regelrentenalter von derzeit noch 65 Jahren hinaus gearbeitet wird.³⁴³

4.1.9. Fiktives Einkommen

Fraglich ist, ob eine Zurechnung fiktiven Einkommens erfolgen kann, wenn das unterhaltspflichtige Kind keiner Erwerbstätigkeit nachgeht.

Beim Kindes-³⁴⁴ und Ehegattenunterhalt³⁴⁵ besteht eine Erwerbsobliegenheit, jedoch müssen die hierbei entwickelten Grundsätze in Anbetracht der relativ schwachen Ausgestaltung des Aszendentenunterhalts modifiziert werden.

Der BGH selbst hat sich in einer Entscheidung³⁴⁶, in der das OLG Frankfurt/M. eine Zurechnung von fiktiven Einkünften beim Elternunterhalt als fraglich bezeichnete, nicht zu der Problematik geäußert.³⁴⁷ Insbesondere hat er bei der verheirateten unterhaltspflichtigen Tochter, die keinen Betreuungspflichten gegenüber Kindern nachzugehen hatte, keine Erwerbsobliegenheit festgestellt, sondern sich darauf beschränkt, ihre Leistungsfähigkeit aus dem ihr familienrechtlich zustehenden Taschengeld zu begründen. Damit wird dem schwach ausgestalteten Aszendentenunterhalt Rechnung getragen und die Lebensplanung des Kindes im zumeist fortgeschrittenen Alter respektiert.

³³⁹ BGH XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (372); XII ZR 218/01 FamRZ 2004, 795 (797); *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 645 c.

³⁴⁰ *Seidel* in *Luthin*, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 5079 b.

³⁴¹ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 22; beim Bestehen einer gesteigerten Unterhaltspflicht (gegenüber einem minderjährigen Kind oder eines Ehegatten) kann im Einzelfall eine Anrechnung stattfinden.

³⁴² Ärzte, selbständige Kaufleute oder Rechtsanwälte gehören beispielsweise dazu.

³⁴³ *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 835.

³⁴⁴ *Seidel* in *Luthin*, Unterhaltsrecht¹⁰ Rz 3037 mwN.

³⁴⁵ *Borth* in *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts⁵ (2004) Rz 602 mwN.

³⁴⁶ BGH XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (372).

³⁴⁷ Das OLG Köln 14 UF 13/01 FamRZ 2002, 572 hat ebenfalls geäußert, dass ein fiktives Einkommen nur in Ausnahmefällen anzusetzen ist.

In der Literatur³⁴⁸ wird eine Anrechnung unter Beachtung der Umstände im Einzelfall unter folgenden Maßgaben angenommen:

Hat das verpflichtete Kind kein Einkommen, kann die Zurechnung eines fiktiven Einkommens in Betracht kommen, wenn eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist.³⁴⁹ Die Zurechnung fiktiver Einkünfte beim unterhaltspflichtigen Kind erfolgt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB und kommt immer nur dann in Betracht, wenn in vorwerfbarer Weise die zumutbare Verpflichtung, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen oder die Tätigkeit auszuweiten, nicht nachgekommen wird.³⁵⁰ Im Rahmen der Zumutbarkeit wird die schwache Ausgestaltung des Elternunterhalts zu berücksichtigen sein. Beispielsweise steht es einem verheirateten unterhaltspflichtigen Kind zu, im Rahmen der ehelichen Lebensgestaltung seinen Beitrag zum Familienunterhalt in Form der häuslichen Tätigkeit zu erbringen, selbst wenn die Kinder schon volljährig sind.³⁵¹ Eine gesteigerte Erwerbsobliegenheit trifft den unterhaltspflichtigen Nachkommen insoweit nicht. Ebenfalls wird ein Wechsel des Berufes oder ein Ortswechsel nicht zu verlangen sein³⁵², weil das unterhaltspflichtige Kind im Zeitpunkt der Inanspruchnahme sein Lebenskonzept in den meisten Fällen bereits verwirklicht hat.³⁵³

Dem ist zuzustimmen, weil die Anrechnung von fiktiven Einkünften den Grundsätzen des Unterhaltsrechts entspricht und mithilfe der vorgeschlagenen Einschränkungen wird diese Lösung auch der schwachen Stellung des Aszendentenunterhalts gerecht.

Verletzt das unterhaltspflichtige Kind seine Erwerbsobliegenheit, werden ihm diejenigen fiktiven Einkünfte unterhaltsrechtlich zugerechnet, die es bei angemessenen Bemühungen hätte erzielen können.³⁵⁴ Dabei ist eine Orientierung an dem zuletzt erzielten Einkommen möglich.³⁵⁵

³⁴⁸ Ehinger in Ehinger/Griesche/Rasch, Unterhaltsrecht⁵ Rz 265; Hauß, Elternunterhalt² Rz 211; Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2025; Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 53.

³⁴⁹ Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2052.

³⁵⁰ Ehinger in Ehinger/Griesche/Rasch, Unterhaltsrecht⁵ Rz 273.

³⁵¹ Hauß, Elternunterhalt² Rz 239; Herr, FamRZ 2005, 1021 (1025); Hammermann in Ermann, BGB II¹² § 1603 Rz 88; Griesche, FPR 2004, 693 (699); zur Aufnahme einer Nebentätigkeit: Ehinger, Die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes beim Elternunterhalt, FPR 2003, 623 (628).

³⁵² Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 52.

³⁵³ Hauß, Elternunterhalt² Rz 234.

³⁵⁴ BGH XII ZR 172/92 FamRZ 1994, 372 (373) mwN; Klein in Weinreich/Klein, FAKomm-FamR³ § 1603 Rz 10.

³⁵⁵ Klein in Weinreich/Klein, FAKomm-FamR³ § 1603 Rz 14; OLG Dresden 10 UF 569/02 OLG-NL 2003, 86 (87).

Bei verschuldetem Verlust des Arbeitsplatzes ist von dem zuletzt erzielten Einkommen auszugehen.³⁵⁶

Ist das unterhaltspflichtige Kind nur teilweise berufstätig, befindet es sich im Vorruhestand oder nimmt es Altersteilzeit für sich in Anspruch, so ist eine darüberhinausgehende Erwerbsobliegenheit abzulehnen.³⁵⁷ Denn eine Verpflichtung zur Änderung dieses individuellen Lebensentwurfes kann im Zusammenhang mit dem relativ schwach³⁵⁸ ausgestalteten Elternunterhalt nicht angenommen werden.³⁵⁹ Eine andere Beurteilung kann sich nur dann ergeben, wenn der unterhaltspflichtige Nachkomme zur Vermeidung der Unterhaltsheranziehung seine Berufstätigkeit aufgibt oder vermindert³⁶⁰, nicht dagegen bei gesundheitlich oder betrieblich motivierter Altersteilzeit oder bei Vorruhestand.³⁶¹

4.1.10. Schenkungen und Zuwendungen Dritter

Schenkungen und Zuwendungen Dritter an das unterhaltspflichtige Kind gelten, ebenso wie im gesamten Unterhaltsrecht, als anrechenbares Einkommen, wenn der Zuwendende den Unterhaltspflichtigen entlasten und damit auch den bedürftigen Elternteil begünstigen wollte.³⁶² Wurden die Geld-, Sach- oder Dienstleistungen dagegen dem Unterhaltspflichtigen zur Befriedigung seines persönlichen Bedarfs überlassen, so sind sie dem unterhaltspflichtigen Einkommen nicht zuzurechnen.³⁶³

Beim Aszendentenunterhalt werden wiederkehrende Zuwendungen Dritter regelmäßig nicht den Zweck verfolgen, die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen zugunsten der Eltern zu erhöhen, weshalb sie üblicherweise nicht zum Einkommen gezählt werden.³⁶⁴

³⁵⁶ OLG Stuttgart 18 UF 105/07 FamRZ 2007, 1908.

³⁵⁷ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 88.

³⁵⁸ *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2003.

³⁵⁹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 88.

³⁶⁰ OLG Hamm 11 UF 22/04 FamRZ 2005, 1177.

³⁶¹ *Strohal*, Der Vorruhestand im Unterhaltsrecht, FamRZ 1996, 197 (200).

³⁶² *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 102.

³⁶³ BGH XII ZR 80/94 FamRZ 1995, 537 (538) = NJW 1995, 1486 (1487); *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 40; dagegen *Engler/Kaiser* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1603 Rz 95, wobei hier eine Unterscheidung aufgrund der Willensrichtung des Schenkenden und des Zweckes der Schenkung abgelehnt wird. Vielmehr soll es darauf ankommen, ob der Unterhaltspflichtige über das Geschenk frei verfügen kann. In einem solchen Fall soll es auch seine Leistungsfähigkeit erhöhen. Lediglich in Fällen, in denen eine Auflage nach § 525 BGB zu einer bestimmten Verwendung verpflichtet oder eine bestimmte Verwendungsart zwischen Schenker und Beschenktem vereinbart wurden, muss der Unterhaltspflichtige das Geschenk nicht für den Unterhalt einsetzen.

³⁶⁴ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 102.

Dagegen sind freiwillige Zuwendungen des Arbeitgebers regelmäßig nicht als Schenkungen, sondern als Lohn zu qualifizieren, weshalb sie dem Einkommen in voller Höhe zuzurechnen sind.³⁶⁵

4.2. Sozialleistungen

Sozialleistungen erhöhen grundsätzlich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen.³⁶⁶ Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie beim Einsatz der Sozialleistungen auf Seiten des Unterhaltsberechtigten.³⁶⁷ Deshalb soll an dieser Stelle nur kurz auf einige Besonderheiten eingegangen werden.

4.2.1. Pflegegeld und Zahlungen aufgrund eines Körper- oder Gesundheitsschadens

Diese Zahlungen gelten zwar als Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes, jedoch gilt die gesetzliche Vermutung gem § 1610 a BGB, dass ihnen ein tatsächlicher Mehraufwand in gleicher Höhe gegenübersteht.³⁶⁸ Demzufolge sind diese Leistungen dem unterhaltsrelevanten Einkommen praktisch entzogen.

4.2.2. Wohngeld

Wohngeld ist auf Seiten des Unterhaltspflichtigen unterhaltsrechtlich anrechenbares Einkommen.³⁶⁹ Aufseiten des Unterhaltspflichtigen hat die Anrechnung von Wohngeld praktisch keine Bedeutung, weil Wohngeld als Sozialleistung nur an Personen mit geringen Einkünften ausgezahlt wird, deren Einkommen regelmäßig so niedrig ist, dass sie unterhaltsrechtlich nicht leistungsfähig sein werden.³⁷⁰

4.2.3. Kindergeld

Hat das unterhaltspflichtige Kind selbst Kinder, für die das Kindergeld an ihn ausgezahlt wird, so steigert das seine Leistungsfähigkeit nicht, denn Sinn und Zweck des Kindergeldes

³⁶⁵ OLG München 12 UF 1150/94 FamRZ 1995, 1069; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 871; *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 40.

³⁶⁶ *Engler/Kaiser in Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1603 Rz 62.

³⁶⁷ *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 41.

³⁶⁸ *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 886.

³⁶⁹ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (862); *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 52.

³⁷⁰ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 107 e.

ist es³⁷¹, die Unterhaltsleistungen gegenüber den Kindern und nicht gegenüber den Eltern zu erleichtern.

4.2.4. Sozialhilfe und Leistungen der Grundsicherung

Die Sozialhilfe und die Leistungen nach dem Gesetz über die bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung sind kein unterhaltsrechtliches Einkommen, sondern subsidiäre Sozialleistungen, die zur Deckung des notwendigen eigenen Bedarfs gezahlt werden.³⁷²

4.3. Insolvenz des Unterhaltsschuldners

Die Insolvenz eines Unterhaltsschuldners führt für sich allein noch nicht zu dessen Leistungsunfähigkeit.³⁷³

Vielmehr werden Unterhaltsansprüche nach dem Zeitpunkt ihres Entstehens unterschiedlich behandelt.

Rückständige Unterhaltsansprüche sind nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens normale Insolvenzforderungen und daher gem §§ 38, 40 InsO beim Insolvenzverwalter zur Eintragung anzumelden.³⁷⁴

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig werdende Unterhaltsansprüche können gem § 40 InsO im Insolvenzverfahren nicht geltend gemacht werden. Die Vorfahren gehören auch nicht zum privilegierten Familienkreis³⁷⁵, dem der Insolvenzverwalter nach § 100 InsO Unterhalt nach billigem Ermessen gewähren kann. Vielmehr muss der Unterhaltsberechtigte diese Ansprüche gegen den Unterhaltsschuldner einklagen und es steht das vom Insolvenzverfahren nicht erfasste Einkommen zwischen Pfändungsgrenze³⁷⁶ und Existenzminimum zur Verfügung.³⁷⁷

³⁷¹ Krauß, DNotZ 2004, 502 (516).

³⁷² BSG 4 RJ 17/73 NJW 1974, 2152; Kalthoener/Büttner/Niepmann, Unterhalt¹⁰ Rz 911f.

³⁷³ Kalthoener/Büttner/Niepmann, Unterhalt¹⁰ Rz 128.

³⁷⁴ Uhlenbruck, Insolvenzrechtsreform: Flucht der Schuldner aus dem „Modernen Schuldurm“ auf Kosten der Unterhaltsberechtigten? FamRZ 1998, 1473 (1474); OLG Koblenz 9 UF 440/01 FamRZ 2003, 109.

³⁷⁵ Hierzu zählen die (ehemaligen) Ehegatten/Lebenspartner und die minderjährigen Kinder.

³⁷⁶ §§ 35, 36 InsO.

³⁷⁷ OLG Koblenz 9 UF 440/01 FamRZ 2003, 109; OLG Koblenz 9 UF 440/01 und AG Emmendingen 4 F 310/01 FamRZ 2003, 1033 (1034) (Melchers).

4.4. Abzüge vom anrechenbaren Einkommen

Die Unterhaltspflicht des Kindes findet gem § 1603 Abs 1 BGB dort seine Schranke, wo das Kind bei Erfüllung des elterlichen Unterhaltsanspruchs ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts seine sonstigen Unterhaltspflichten oder seine anderweitigen Pflichten nicht erfüllen könnte.³⁷⁸ Deshalb müssen alle vorrangigen Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens berücksichtigt werden.

Um das bereinigte Nettoeinkommen zu bestimmen, das der Unterhaltsberechnung zugrunde zu legen ist, sind diejenigen Positionen abzuziehen, die für den laufenden Lebensbedarf nicht zur Verfügung stehen³⁷⁹ oder unumgängliche Ausgaben darstellen.³⁸⁰

Dabei ist das für die Leistungsfähigkeit maßgebliche Einkommen von dem steuerpflichtigen Einkommen zu unterscheiden, denn das Steuerrecht erkennt Absetzungs- und Abschreibungsmöglichkeiten an, die keine wirkliche Vermögenseinbuße zum Gegenstand haben.³⁸¹ Diese können jedoch unterhaltsrechtlich nicht einkommensmindernd beachtet werden, weshalb das unterhaltsrelevante Einkommen in der Regel höher als das steuerpflichtige Einkommen sein wird.³⁸²

4.4.1. Steuern und Steuerrücklagen

Einkommens- und Kirchensteuer sind in der Höhe abzugsfähig, in der sie tatsächlich anfallen.³⁸³ Dies gilt sowohl für die beim abhängigen Beschäftigungsverhältnis anfallende Lohnsteuer als auch für die bei nicht abhängig Beschäftigten zu entrichtende Einkommensteuervorauszahlungen.³⁸⁴

4.4.2. Berufsbedingte Aufwendungen

Berufsbedingte Aufwendungen³⁸⁵ sind diejenigen Ausgaben, die notwendigerweise im Zusammenhang mit der Berufsausübung getätigt werden. Insofern sie vom Arbeitgeber nicht

³⁷⁸ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 55.

³⁷⁹ BGH XII ZR 63/00 FamRZ 2004, 186 (187).

³⁸⁰ Gerhardt in Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 66.

³⁸¹ Engler/Kaiser in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1603 Rz 12.

³⁸² BGH IV b ZR 510/80 NJW 1980, 2083 = FamRZ 1980, 770; XII ZR 278/95 FamRZ 1998, 357 (359); Diederichsen in Palandt, BGB⁶⁸ § 1603 Rz 30.

³⁸³ BGH IV b ZR 727/80 FamRZ 1983 152 (153); Engler/Kaiser in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1603 Rz 24.

³⁸⁴ Hauf, Elternunterhalt² Rz 168.

³⁸⁵ Im Steuerrecht werden diese Ausgaben Werbungskosten (§ 9 EStG) bzw Betriebsausgaben genannt, wobei sie mit den unterhaltsrechtlichen Abzügen nicht identisch sind. Vor allem sind die steuerlich anerkannten Pauschalen für Werbungskosten nicht abzugsfähig. Siehe dazu Engler/Kaiser in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1603 Rz 31.

erstattet werden, sind sie abzugsfähig.³⁸⁶ Die konkrete Beurteilung obliegt dem Tatrichter, jedoch ist eine Pauschalierung aus Vereinfachungsgründen grundsätzlich zulässig, da es sich bei Unterhaltsfällen um Massenerscheinungen handelt.³⁸⁷

Die Düsseldorfer Tabelle bestimmt dafür eine Pauschale von 5 % des Nettoeinkommens, jedoch höchstens 150,- und mindestens 50,- Euro ohne einen Nachweis zu verlangen.³⁸⁸

Den häufigsten Abzugsposten bilden Fahrtkosten zwischen der Wohnung und dem Arbeitsplatz.

Beim Ehegatten- und Kindesunterhalt kann der Unterhaltspflichtige im Mangelfall auf kostengünstigere öffentliche Verkehrsmittel verwiesen werden³⁸⁹, es sei denn, der Arbeitsplatz ist öffentlich nicht oder nur mit einem unververtretbaren Zeitaufwand zu erreichen.³⁹⁰

Diese für den Ehegatten- und Kindesunterhalt entwickelten Grundsätze sind beim Aszendentenunterhalt jedoch unter dem Gesichtspunkt zu modifizieren, dass das unterhaltspflichtige Kind meist zu einem Zeitpunkt in Anspruch genommen wird, in dem es sein Lebenskonzept schon verwirklicht hat und deshalb keine dauerhafte Einschränkung seines bisherigen Lebensstandards hinzunehmen braucht³⁹¹, weshalb die Fahrten mit dem Pkw regelmäßig abzugsfähig sein werden³⁹²

4.4.3. Mehrbedarf wegen Krankheit, Alter, Behinderung oder Ausbildung

Hat der Unterhaltspflichtige laufend erhöhte Aufwendungen durch Krankheit, Behinderung, Alter oder einer Ausbildung, Weiterbildung oder Umschulung, so ist dieser Mehrbedarf in nachgewiesener Höhe abzugsfähig.³⁹³

In Ausnahmefällen kann die Höhe durch den Tatrichter nach § 287 ZPO geschätzt werden.³⁹⁴

³⁸⁶ *Hammermann* in *Erman*, BGB II¹² § 1603 Rz 21.

³⁸⁷ BGH XII ZR 20/00 FamRZ 2002, 536 (537).

³⁸⁸ Düsseldorfer Tabelle Stand 1.1.2009, FamRZ 2009, 180 Anm 3.

³⁸⁹ BGH XII ZR 117/96 FamRZ 1998, 1501 (1502) = NJW-RR 1998, 721 (722); OLG Brandenburg 10 WF 58/98 FamRZ 1999, 1010.

³⁹⁰ BGH XII ZR 117/96 FamRZ 1998, 1501 (1502); OLG Dresden 20 UF 608/99 FamRZ 2001, 47.

³⁹¹ BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051; BGH XII ZR 326/01 FamRZ 2004, 1184 (1185f) = NJW 2004, 2306 (2307) = FPR 2004, 522 (523).

³⁹² BGH XII ZR 117/96 FamRZ 1998, 1501 (1502), wonach dies auch bei Ehegatten gilt, wenn die Pkw Kosten bereits die ehelichen Verhältnisse geprägt haben und kein Mangelfall vorliegt.

³⁹³ BGH IV b ZR 548/80 FamRZ 1981, 338 (339); *Gerhardt* in *Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein*, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 81.

³⁹⁴ *Gerhardt* in *Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein*, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 81.

4.4.4. Vorsorgeaufwendungen

Vorsorgeaufwendungen bilden teilweise einen Abzugsposten vom unterhaltsrelevanten Einkommen des Nachkommen.

4.4.4.1. Altersvorsorge

Die eigene Altersvorsorge des unterhaltspflichtigen Kindes muss bei der Bestimmung des ihm verbleibenden angemessenen Unterhalts nach § 1603 Abs 1 BGB Berücksichtigung finden.³⁹⁵

Dies folgt konsequenterweise aus dem in § 1602 Abs 1 BGB verankerten Grundsatz, für seinen Unterhalt vorrangig selbst sorgen zu müssen und aus der schrittweisen Reduzierung der Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung und der Einführung der gesetzlich geförderten privaten Altersvorsorge.³⁹⁶ Damit hat der Gesetzgeber die Verantwortung jedes Einzelnen hervorgehoben, für seine Alterssicherung neben der gesetzlichen Rentenversicherung rechtzeitig und ausreichend vorzusorgen.³⁹⁷ Die eigene angemessene Vorsorge der Nachkommen geht der Einstandspflicht gegenüber dem Unterhaltsberechtigten vor³⁹⁸, um eine spätere Inanspruchnahme ihrer Kinder³⁹⁹ oder die Inanspruchnahme staatlicher Förderungen zu vermeiden.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist dem unterhaltspflichtigen Kind demnach Altersvorsorge in Höhe des Beitrages zur gesetzlichen Rentenversicherung zuzüglich eines zusätzlichen Betrages von bis zu 5 % seines Bruttoeinkommens zuzubilligen.⁴⁰⁰

Dieser Betrag ist vom anrechnungsfähigen Einkommen abzuziehen, insofern diese Vorsorgeleistungen durch den Unterhaltspflichtigen tatsächlich erbracht wurden.⁴⁰¹

Die konkrete Anrechnung richtet sich nach der Art des Einkommens des unterhaltspflichtigen Kindes.

4.4.4.1.1. Abhängig Beschäftigte

Die Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung von derzeit 19,9 % sind vom anrechenbaren Einkommen abzuziehen.⁴⁰² Sollte das Einkommen des unterhaltspflichtigen

³⁹⁵ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 56.

³⁹⁶ Sog Riesterreente; eingeführt durch das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz) vom 26.1.2001 (BGBl I 1310) und das Altersvermögensergänzungsgesetz vom 21.3.2001 (BGBl I 403).

³⁹⁷ BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051 (1055).

³⁹⁸ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1514) = BGHZ 169, 59.

³⁹⁹ BGH XII ZR 149/01 FamRZ 2004, 792 (794).

⁴⁰⁰ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511; XII ZR 149/01 FamRZ 2004, 792.

⁴⁰¹ *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 1029.

Kindes über der Beitragsbemessungsgrenze⁴⁰³ liegen, jenseits derer keine gesetzliche Rentenversicherungspflicht besteht, so ist ihm für die darüber hinausgehenden Einkünfte private Altersvorsorge in Höhe der gesetzlichen Rentenversicherungsbeiträge zuzubilligen.⁴⁰⁴

Neben der gesetzlichen Rentenversicherung bzw der privaten Vorsorge bezüglich des Einkommens jenseits der Bemessungsgrenze, kann das unterhaltspflichtige Kind private Altersvorsorge in Höhe von 5 % seines Bruttoeinkommens treffen.⁴⁰⁵

4.4.4.1.2. Selbständig Tätige und nicht sozialversicherungspflichtig Erwerbstätige

Unterliegt das unterhaltspflichtige Kind keiner gesetzlichen Rentenversicherungspflicht, so ist ihm zur angemessenen privaten Altersvorsorge der volle Beitragssatz zur gesetzlichen Rentenversicherung von 19,9 % zuzüglich 5 % seines Einkommens zuzubilligen und das unterhaltsrelevante Einkommen in dieser Höhe⁴⁰⁶ zu bereinigen⁴⁰⁷, insofern diese Aufwendungen tatsächlich getätigt werden⁴⁰⁸.

4.4.4.1.3. Beamte

Unterhaltspflichtigen Beamten sind ebenfalls 5 % des Bruttoeinkommens zur privaten Altersvorsorge zu belassen, da auch bei der Beamtenpension Kürzungen vorgenommen wurden.⁴⁰⁹

4.4.4.1.4. Fiktive Zurechnung der Altersvorsorgeaufwendung

Altersvorsorgeaufwendungen sind nur bei tatsächlicher Erbringung in der dargelegten Höhe unterhaltsrechtlich abzugsfähig.⁴¹⁰

Eine fiktive Zurechnung ist nicht möglich, weil sie dem Prinzip widersprechen würde, dass Eigen- vor Fremdvorsorge geht.⁴¹¹

⁴⁰² *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 118.

⁴⁰³ Die Beitragsbemessungsgrenze beträgt 2008 63.000,- Euro pro Jahr (alte Bundesländer) bzw 54.000,- Euro pro Jahr (neue Bundesländer) und für 2009 64.800,- Euro pro Jahr (alte Bundesländer) und 54.600,- Euro pro Jahr (neue Bundesländer).

⁴⁰⁴ BGH XII ZR 92/01 FamRZ 2003, 590; *Gerhardt* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 1 Rz 597 a.

⁴⁰⁵ BGH XII ZR 149/01 FamRZ 2004, 792 (793).

⁴⁰⁶ Bis zu 25 % der Einkünfte.

⁴⁰⁷ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860.

⁴⁰⁸ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (863).

⁴⁰⁹ BGH XII ZR 149/01 FamRZ 2004, 792 (794).

⁴¹⁰ *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 1029.

⁴¹¹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 117; *Ehinger*, FPR 2003, 623 (628).

4.4.4.1.5. Art und Weise der Altersvorsorgevermögensanlage

Auf welche Art und Weise das unterhaltspflichtige Kind neben der gesetzlichen Rentenversicherung Vorsorge für sein Alter trifft, steht ihm grundsätzlich frei.⁴¹²

Demnach kann Vorsorge durch eine private Rentenversicherung, aber auch durch das Abschließen von Lebensversicherungen⁴¹³ oder das Anlegen eines bloßen Sparvermögens⁴¹⁴ getroffen werden.

4.4.4.2. Arbeitslosenvorsorge

Bei abhängig Beschäftigten sind die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung⁴¹⁵ vom unterhaltsrelevanten Einkommen abzugsfähig.⁴¹⁶

Ob dem selbständig tätigen unterhaltspflichtigen Nachkommen eine Arbeitslosenvorsorge als abzugsfähiger Posten zugebilligt werden kann, ist umstritten.

In einer Entscheidung hat der BGH⁴¹⁷ diese Vorsorge in Höhe der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung abgelehnt. Das Risiko des Verlustes des Arbeitsplatzes sei bei einer selbständigen Tätigkeit gerade nicht gegeben. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Selbständige selbst maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschaft und damit auf die Fortdauer seiner Anstellung besitze. Jedoch lässt der BGH in dieser Entscheidung offen, ob im Einzelfall eine andere Beurteilung möglich ist, wenn der selbständige Unterhaltspflichtige Umstände darlegen kann, die im konkreten Fall eine drohende Arbeitslosigkeit nahe legen.⁴¹⁸

Das Insolvenzrisiko, das beim Selbständigen dem Arbeitsplatzverlustrisiko des Arbeitnehmers entsprechen dürfte, wurde vom BGH bei der Entscheidung nicht in die Beurteilung mit einbezogen.⁴¹⁹

Die Gegenauffassung⁴²⁰ lässt keine Ausnahmen gelten und lehnt eine abzugsfähige Vorsorge gegen Arbeitslosigkeit ab.

ME ist die Ähnlichkeit zwischen der Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers und der Insolvenz des Selbständigen ein entscheidendes Argument, um Ausnahmen im Einzelfall zuzulassen.

⁴¹² BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1514).

⁴¹³ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1514), der jedoch die Lebensversicherung nicht als einzige Vorsorgemaßnahme anerkennen will.

⁴¹⁴ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (863).

⁴¹⁵ Diese betragen derzeit 3,3 %.

⁴¹⁶ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (863).

⁴¹⁷ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (863).

⁴¹⁸ So auch Herr, FamRZ 2005, 1021 (1023).

⁴¹⁹ Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2059.

⁴²⁰ Ehinger, FPR 2003, 623 (628).

Denn in beiden Fällen wird der Unterhaltspflichtige von Einnahmen abgeschnitten. Deshalb sollte eine Arbeitslosenvorsorge in Höhe der gesetzlichen Versicherungsbeiträge mE im Einzelfall anzuerkennen sein.⁴²¹

4.4.4.3. Krankenversicherung und Pflegeversicherung

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH, wonach das unterhaltspflichtige Kind keine dauerhafte Einschränkung seines Lebensstandards hinzunehmen hat⁴²², ist die Beibehaltung des bis zur unterhaltsrechtlichen Inanspruchnahme genossenen Krankenversicherungsschutzes für den Unterhaltspflichtigen und seine Familie gewährleistet.⁴²³

Dies gilt in vollem Umfang bei einer Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenversicherung und den darüber hinaus abgeschlossenen Zusatzversicherungen für durch diese nicht abgedeckte Risiken.⁴²⁴ Ebenso sind die Kosten für die gesetzliche Pflegeversicherung vom Einkommen abzuziehen.⁴²⁵

Bei nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigten Nachkommen gilt Gleiches, insofern eine private Krankenversicherung und Krankentagegeldversicherung besteht oder Beiträge zu einer Betriebsausfallversicherung zu zahlen sind.⁴²⁶

Aber auch Pflegezusatzversicherungen und private Pflegeversicherungen haben sich in Anbetracht der zunehmenden Pflegebedürftigkeit durch die stetig steigende Lebenserwartung etabliert. Sie schützen den Versicherten im Pflegefall vor der Inanspruchnahme von Sozialhilfe oder seiner Nachkommen auf Unterhalt. Deshalb müssen sie als Daseinsvorsorge unterhaltsrechtlich als Abzugsposten vom Einkommen zu berücksichtigen sein.⁴²⁷

4.5. Einschränkungen der Leistungsfähigkeit durch vorrangige Unterhaltspflichten

Vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen sind die Unterhaltsverbindlichkeiten gegenüber vorrangig Unterhaltsberechtigten abzuziehen.

⁴²¹ So auch *Herr*, FamRZ 2005, 1021 (1023); *Brudermüller*, NJW 2004, 633 (635); *Born*, Elternunterhalt – Keine Leitungsfähigkeit durch Darlehen, MDR 2005, 901 (904).

⁴²² BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051; BGH XII ZR 326/01 FamRZ 2004, 1184 (1185f); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 56.

⁴²³ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 157.

⁴²⁴ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 62.

⁴²⁵ *Brudermüller*, NJW 2004, 633 (635).

⁴²⁶ *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2060.

⁴²⁷ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 164.

Nach § 1609 Nr 6 BGB⁴²⁸ steht der Anspruch auf Aszendentenunterhalt im 6. Rang. Somit gehen die Unterhaltsansprüche von minderjährigen und volljährigen Kindern, Ehegatten, getrennt lebenden und geschiedenen Ehegatten, Lebenspartnern⁴²⁹, Elternteilen wegen Betreuung eines Kindes sowie von Enkeln und weiteren Abkömmlingen vor.

Der abzugsfähige Bedarf des vorrangig Unterhaltsberechtigten wird nach den für das jeweilige Unterhaltsrechtsverhältnis maßgeblichen Vorschriften und Grundsätzen berechnet.⁴³⁰ Somit können die Ansprüche des geschiedenen Ehegatten und der nicht im Haushalt lebenden Kinder nach den gesetzlichen Vorschriften bestimmt werden.

Besonderheiten ergeben sich bei verheirateten oder in einer Lebenspartnerschaft lebenden unterhaltspflichtigen Kindern, deren Ehegatte oder Lebenspartner kein oder nur ein geringeres Einkommen hat sowie bei Kindern, die im Haushalt des unterhaltspflichtigen Nachkommen leben. Denn üblicherweise sind die Unterhaltsansprüche dieser Personen nicht auf eine frei verfügbare Geldrente gerichtet.

4.5.1. Anspruch des Ehegatten auf Familienunterhalt

Familienunterhalt wird nach §§ 1360, 1360 a BGB geschuldet, wenn zwischen den Ehegatten eine Lebensgemeinschaft besteht.⁴³¹ Eine häusliche Gemeinschaft ist nicht erforderlich⁴³², denn in Zeiten der Globalisierung und Mobilität ist zum Beispiel eine berufsbedingte räumliche Trennung teilweise notwendig. Dieser Anspruch auf Familienunterhalt umfasst gem § 1360 a BGB alles, was für die Haushaltsführung und die Deckung der persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und eventueller Kinder erforderlich ist.⁴³³ Der Familienunterhalt umfasst beispielsweise Aufwendungen für Wohnraum, Ernährung, medizinische Versorgung, Kleidung, kulturelle Aktivitäten, Altersvorsorge, Versicherungen und Urlaub.⁴³⁴ Das Maß des Unterhalts für den Ehegatten bestimmt sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen, dh den individuell ermittelten Lebens-, Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie der sozialen Stellung unter Beachtung des Halbteilungsgrundsatzes.⁴³⁵

⁴²⁸ Gilt seit dem 1.8.2008, vorher folgte diese Nachrangigkeit aus § 1609 aF BGB.

⁴²⁹ Durch die Verweise in §§ 5, 12 und 16 LPartG werden die Lebenspartner den Ehegatten nun im Rang gleich gestellt; siehe dazu ausführlich *Kemper*, Das neue Unterhaltsrecht (2008) Rz 488ff.

⁴³⁰ *Ehinger*, FPR 2003, 623 (625).

⁴³¹ *Scholz* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 3 Rz 5.

⁴³² *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 175.

⁴³³ *Beutler* in *Bamberger/Roth*, BGB III² § 1360 a Rz 2.

⁴³⁴ *Brudermüller* in *Palandt*, BGB⁶⁸ § 1360 a Rz 2.

⁴³⁵ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (864).

Die Schwierigkeiten bei der Berechnung ergeben sich daraus, dass der Anspruch nicht auf die Gewährung einer – frei verfügbaren – laufenden Geldrente gerichtet ist, sondern vielmehr als gegenseitiger Anspruch der Ehegatten darauf abzielt, dass jeder von ihnen einen dem individuellen Ehebild entsprechenden Beitrag zum Familienunterhalt zu leisten hat.⁴³⁶

Deshalb wird zur Ermittlung des Familienunterhalts im Rahmen des Elternunterhalts § 1578 BGB als Orientierungshilfe herangezogen, der den Unterhalt zwischen getrennt lebenden und geschiedenen Ehegatten regelt.⁴³⁷

Der so ermittelte Betrag darf nach der Düsseldorfer Tabelle die Grenze von 1.050,- Euro jedoch nicht unterschreiten.⁴³⁸

4.5.2. Einfluss des Aszendentenunterhalts auf den Familienunterhalt

Da sich der Familienunterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen richtet, stellt sich die Frage, ob Unterhaltsansprüche der Vorfahren die Ansprüche vorrangig Berechtigter beeinflussen können.

Der BGH unterscheidet in diesem Zusammenhang in seiner Entscheidung vom 19.2.2003⁴³⁹ bei der Bemessung des Familienunterhalts zwischen eheprägender und nicht eheprägender Unterhaltslast. Als eheprägend stuft er zunächst die Unterhaltsleistungen ein, die bereits im Zeitpunkt der Eheschließung erbracht werden.⁴⁴⁰ Daneben kann aber auch die latente Unterhaltslast für die Eltern die ehelichen Lebensverhältnisse mitbestimmt haben, wenn mit einer Inanspruchnahme im Zeitpunkt der Heirat hätte gerechnet werden müssen. In einem späteren Urteil vom 28.1.2004 hat der BGH⁴⁴¹ seine Entscheidung dahingehend klargestellt, dass es für die Bemessung des Familienunterhalts nicht allein auf den Zeitpunkt der Eheschließung ankommen kann, sondern auch auf eine spätere Entwicklung der ehelichen Lebensverhältnisse⁴⁴². Je vorhersehbarer der zukünftige Bedarf eines Elternteils ist, umso wahrscheinlicher könne von einer latenten Belastung der ehelichen Lebensverhältnisse ausgegangen werden.⁴⁴³ Der Ehegatte hat in dem Fall Einschränkungen durch die eigentlich nachrangige Unterhaltspflicht hinzunehmen.⁴⁴⁴

⁴³⁶ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (864) (*Klinkhammer*); *Ehinger*, FPR 2003, 623 (625).

⁴³⁷ BGH XII ZR 80/94 FamRZ 1995, 537; XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (864).

⁴³⁸ Düsseldorfer Tabelle, Stand 1.1.2009, FamRZ 2009, 182 D I.

⁴³⁹ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (864).

⁴⁴⁰ Zust *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 645 c; *Ehinger*, FPR 2003, 623 (626).

⁴⁴¹ BGH XII ZR 218/01 FamRZ 2004, 795 (798).

⁴⁴² Zust *Ehinger*, FPR 2003, 623 (626); *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 645 c.

⁴⁴³ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (864); XII ZR 218/01 FamRZ 2004, 795 (798).

⁴⁴⁴ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (864).

Reichen die vorhandenen Mittel für die Deckung des Mindestbedarfs des Ehegatten nicht aus, so kommt der gesetzliche Unterhaltsvorrang zum Zuge und der Vorwegabzug entfällt, weil ansonsten ein Missverhältnis zwischen den finanziellen Verhältnissen der Beteiligten entstehen würde.⁴⁴⁵

Die Einschränkungen, die der Ehegatte nach dieser Rechtsprechung hinzunehmen hat, werden in der Literatur⁴⁴⁶ kritisiert, denn damit sei der Grundsatz, wonach der Ehegatte des unterhaltspflichtigen Kindes keine Schmälerung seines angemessenen Anteils am Familienunterhalt hinnehmen müsse, faktisch beschnitten. Darüber hinaus wird damit auch der in § 1609 BGB normierte unterhaltsrechtliche Vorrang des Ehegatten missachtet.⁴⁴⁷

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die Ungleichbehandlung von nahehelichem Unterhalt und dem Familienunterhalt. Denn der naheheliche Unterhalt bleibt in seiner Höhe aufgrund des Rangverhältnisses bestehen, wenn sich die Unterhaltspflicht für den Elternteil erst nach dessen Festsetzung konkretisiert, wogegen der Familienunterhalt aufgrund der latenten Prägung gemindert würde.⁴⁴⁸ Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Familie gem Art 6 GG bestehen an dieser Rechtsprechung erhebliche Bedenken.⁴⁴⁹

Die Lösungsvorschläge unterscheiden sich, wobei *Klinkhammer* dem Ehegatten einen erhöhten Selbstbehalt zugestehen möchte.⁴⁵⁰ Dagegen schlägt *Appelt* vor, die Unterhaltspflicht der Eltern nur dann als eheprägend anzuerkennen, wenn der Ehepartner die Unterhaltszahlungen welche entweder nach der Eheschließung aufgenommen oder fortgesetzt wurden, ausdrücklich oder konkludent billigt.⁴⁵¹

Gegen die Meinung des BGH spricht die Ungleichbehandlung ähnlicher Sachverhalte. Denn warum soll ein Ehegatte eines Unterhaltspflichtigen schlechter gestellt werden, wenn seine Eltern schon länger krank waren, als einer, dessen Eltern plötzlich Pflege bedürfen. Denn bei älteren Menschen besteht immer die Möglichkeit, dass sich der gesundheitliche Zustand stark

⁴⁴⁵ BGH XII ZR 67/00 FamRZ 2003, 860 (864); XII ZR 51/89 NJW-RR 1990, 580 = FamRZ 1990, 979 (980); XII ZR 166/90 NJW 1991, 2703 = FamRZ 1991, 1163 (1164); *Ehinger*, FPR 2003, 623 (626).

⁴⁴⁶ *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2075; *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 111; *Appelt*, Elternunterhalt 91; *Klinkhammer*, Elternunterhalt und Familienunterhalt in der Rechtsprechung des BGH, FPR 2004, 555 (557); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 111; BGH XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 441 (443) (*Strohal*).

⁴⁴⁷ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 111.

⁴⁴⁸ *Scholz*, Zum Verhältnis von Eltern- und Familienunterhalt, FamRZ 2004, 1829 (1831); *Günther*, NDV 2005, 44 (51).

⁴⁴⁹ *Appelt*, Elternunterhalt 91f.

⁴⁵⁰ *Klinkhammer*, FPR 2004, 555 (557).

⁴⁵¹ *Appelt*, Elternunterhalt 92.

verschlechtert. Dann wäre immer eine latente Prägung vorhanden.⁴⁵² Die Rangfolge sowie die Grundsätze des schwach ausgestalteten Elternunterhalts sowie die verfassungsrechtliche Stellung der Ehe beachtet mE nur die Ansicht *Appelts*, indem er konsequent auf den Willen des Ehepartners abstellt.

4.5.3. Vorrangiger Kindesunterhalt

Die Unterhaltsansprüche von allen Abkömmlingen⁴⁵³ gehen denen der Vorfahren im Rang vor, § 1609 BGB. Kinder, die nicht in einem Haushalt mit dem in Anspruch genommenen Nachkommen leben, haben einen Anspruch auf angemessenen Unterhalt gem §§ 1601, 1610 Abs 1 BGB, wobei der BGH schematisch vereinfachend die pauschalierenden Sätze in Unterhaltstabellen übernommen hat.⁴⁵⁴ Zusätzlich zu berücksichtigen sind die durchschnittlichen Aufwendungen für die Wahrnehmung des Umgangsrechts mit dem Kind.⁴⁵⁵

Insofern unterhaltsberechtigter Kinder noch in häuslicher Gemeinschaft mit dem unterhaltspflichtigen Nachkommen wohnen, ergeben sich wiederum Besonderheiten.

Bisher hat der BGH⁴⁵⁶ eine tabellarische Berechnung zugelassen. Jedoch darf der Tabellensatz der Düsseldorfer Tabelle lediglich die Untergrenze des Bedarfs bilden,⁴⁵⁷ denn diese Sätze sind auf eine angemessene Verteilung des Einkommens innerhalb eines zerbrochenen Familienverbandes zugeschnitten.⁴⁵⁸ Der Bedarf von minderjährigen Kindern in einer intakten Familie ist dagegen von der tatsächlichen Lebensführung der Eltern abhängig.⁴⁵⁹ Das bedeutet, dass ihnen Anspruch auf den angemessenen und nicht nur den notwendigen Lebensbedarf nach § 1610 Abs 1 BGB zusteht.⁴⁶⁰ Sollten die Lebensverhältnisse also bisher durch ein besonders kostspieliges Hobby, wie zum Beispiel dem Golfspielen oder dem Reiten geprägt sein, so muss das vorrangig berechnete Kind nicht zugunsten des Aszendentenunterhaltes darauf verzichten. Denn ebenso wie das unterhaltspflichtige Kind keine dauerhaften

⁴⁵² In der Praxis zeigen sich deshalb schon absurde Hinweise, in denen geraten wird, vor Eheschließung Eltern einer gesundheitlichen Kontrolle unterziehen zu lassen, um im Pflegefall eine latente Prägung ausschließen zu können. Das aber widerspricht der vom Gesetzgeber gewollten Rangordnung. Siehe dazu *Klinkhammer*, FPR 2004, 555 (556).

⁴⁵³ Hierzu zählen sowohl die minderjährigen als auch die volljährigen Kinder.

⁴⁵⁴ BGH XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (373).

⁴⁵⁵ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (516).

⁴⁵⁶ BGH XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370 (373).

⁴⁵⁷ *Brudermüller*, NJW 2004, 633 (636).

⁴⁵⁸ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 184.

⁴⁵⁹ *Klein* in *Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 53.

⁴⁶⁰ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (516).

und spürbaren Einschränkungen seiner bisherigen Lebensführung gegenüber seinen Eltern hinzunehmen braucht⁴⁶¹, so müssen sich auch seine Kinder nicht übermäßig einschränken.⁴⁶²

4.6. Abzug von Verbindlichkeiten sowie Kreditbelastungen

Aus § 1603 Abs 1 BGB ergibt sich, dass „sonstige Verpflichtungen“ einkommensmindernd zu berücksichtigen sind.

Es gilt grundsätzlich die allgemein gültige Regel im Unterhaltsrecht, dass Verbindlichkeiten, die vor bekannt werden der Unterhaltsbedürftigkeit eingegangen wurden, anerkannt und abzugsfähig sind.⁴⁶³ Jedoch wird im Einzelfall eine Überprüfung der Verbindlichkeiten auf ihren Zweck, ihre Dringlichkeit, auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung⁴⁶⁴ sowie zur Ent- oder Umschuldung⁴⁶⁵ zu erfolgen haben.

4.6.1. Kreditbelastungen

Im Gegensatz zum Ehegatten- und Kindesunterhalt ist bei der unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung von Kreditverbindlichkeiten des unterhaltspflichtigen Nachkommen, die vor Kenntniserlangung der Unterhaltsbedürftigkeit eingegangen wurden, ein großzügigerer Maßstab anzulegen.⁴⁶⁶ Bei der Interessensabwägung ist vor allem zu beachten, dass vorhandene Verbindlichkeiten Bestandteil der eigenverantwortlichen Lebensführung sind.⁴⁶⁷ Aus diesem großzügigen Maßstab folgt auch, dass sowohl Zins- als auch Tilgungsraten vom Einkommen abzugsfähig sind, selbst wenn es dadurch bei einem Investitionskredit zu einer Vermögensbildung kommen kann.⁴⁶⁸

Bei Verpflichtungen, die nach Kenntniserlangung der Bedürftigkeit des Elternteils eingegangen wurden, ist eine abzugsfähige Berücksichtigung fraglich und muss im Einzelfall unter Beachtung der Belange des Unterhaltsschuldners, Unterhaltsgläubigers und Drittschuldners geprüft werden.⁴⁶⁹ Es gilt insoweit ein strengerer Maßstab.⁴⁷⁰ Bei Krediten zur Finanzierung von Luxusaufwendungen ist eine Anrechnung nach positiver Kenntnis vom Bedarfsfall sicher

⁴⁶¹ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1701) = BGHZ 152, 217 (227) = NJW 2003, 128 (130).

⁴⁶² *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 164.

⁴⁶³ OLG München 26 UF 617/99 FamRZ 2000, 307; *Ehinger*, FPR 2003, 623 (627); *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2061.

⁴⁶⁴ BGH XII ZR 123/00 FamRZ 2003, 1179 (1181) = NJW 2003, 2306 (2308) = FPR 2003, 499 (501) = MDR 2003, 1183 (1185).

⁴⁶⁵ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 195.

⁴⁶⁶ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 60.

⁴⁶⁷ *Brudermüller*, NJW 2004, 633 (636).

⁴⁶⁸ *Krauß*, DNotZ 2004, 502 (515).

⁴⁶⁹ BGH XII ZR 123/00 FamRZ 2003, 1179 (1181).

⁴⁷⁰ *Herr*, FamRZ 2005, 1021 (1024).

abzulehnen, denn eine dauerhafte Senkung seines Lebensstandards hat das unterhaltspflichtige Kind nur insofern nicht hinzunehmen, als es kein Leben in Luxus führt.⁴⁷¹

4.6.2. Verbindlichkeiten zur Abdeckung allgemeiner Lebenshaltungskosten

Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit der Abdeckung allgemeiner Lebenshaltungskosten stehen, wie beispielsweise Beiträge zu Hausrat- und Haftpflichtversicherungen, Miete und Mietnebenkosten, Fernseh- und Rundfunkgebühren oder Mitgliedsbeiträge für Vereinszugehörigkeit, sind nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen, weil sie üblicherweise bereits im Selbstbehalt enthalten sind und deshalb auch aus diesem zu bestreiten sind.⁴⁷²

4.6.3. Aufwendungen für den Unterhaltsberechtigten und Kosten des Besuchs beim Unterhaltsberechtigten

Insofern das unterhaltspflichtige Kind dem pflegebedürftigen Elternteil Zuwendungen in Form von Wäschepflege, ergänzender Ernährung, Radio- und Fernsehgebühren, Geschenken für Pflegepersonal, Verwandte und Freunde zukommen lässt, können diese bei konkretem Nachweis ebenfalls vom Einkommen abgezogen werden.⁴⁷³

Kosten für Besuche bei den Eltern sind vom Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes abzuziehen.⁴⁷⁴ Es ist dem unterhaltspflichtigen Kind nicht zuzumuten, diese Kosten aus seinem Selbstbehalt zu bestreiten.⁴⁷⁵ Besonders im Hinblick auf Art 6 GG, der die Familie und somit auch den Kontakt zwischen Kindern und ihren pflegebedürftigen Eltern schützt, sollte dem meistens durch den Sozialhilfeträger in Anspruch genommenen Kind der Kontakt nicht weiter erschwert werden.⁴⁷⁶

4.7. Einkommen aus Vermögen

Der Unterhaltspflichtige muss zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht auch sein Vermögen einsetzen⁴⁷⁷, wobei nicht nur die Erträge verwendet werden müssen, sondern grundsätzlich

⁴⁷¹ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1512).

⁴⁷² Griesche, FPR 2004, 693 (699); Ehinger, FPR 2003, 623 (627).

⁴⁷³ OLG Hamm 3 UF 263/00 NJW 2005, 369 (370) = FamRZ 2005, 1193 = MDR 2005, 217.

⁴⁷⁴ Hülsmann in Hoppenz/Hülsmann, Der reformierte Unterhalt, Kommentar des neuen und alten Rechts (2008) § 1603 Rz 20.

⁴⁷⁵ OLG Köln 14 UF 13/01 FamRZ 2002, 572.

⁴⁷⁶ Hauß, Elternunterhalt² Rz 211.

⁴⁷⁷ BGH IV ZR 96/78 BGHZ 75, 272 (278) = FamRZ 1980, 43; XII ZR 326/01 FamRZ 2004, 1184 (1185).

auch der Stamm seines Vermögens zur Bestreitung des Unterhalts einzusetzen ist⁴⁷⁸. Dies folgt aus der gesetzlichen Regelung des § 1603 Abs 1 BGB, wonach nicht unterhaltspflichtig ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Hierzu außerstande ist jedoch nicht, wer über verwertbares Vermögen verfügt.⁴⁷⁹

4.7.1. Vermögenserträge

4.7.1.1. Mieteinkünfte

Mieteinkünfte werden nach allgemeinen Grundsätzen unterhaltsrechtlich mit ihrem Nettowert als Einkommen bewertet.⁴⁸⁰

Tilgungsleistungen, die im Zusammenhang mit den Mieteinkünften stehen, sind, im Gegensatz zum sonstigen Unterhaltsrecht, vom Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes abzuziehen.⁴⁸¹ Obwohl die Tilgungsleistungen der Vermögensbildung dienen, sind sie jedoch aufgrund der Unabsehbarkeit der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt und der damit einhergehenden fehlenden Einstellung des unterhaltspflichtigen Nachkommen als Abzugsposten anzuerkennen.⁴⁸²

4.7.1.2. Wohnvorteile

Eine weitere Privilegierung erfährt das unterhaltspflichtige Kind bei der Anrechnung von Wohnvorteilen. Bei der Inanspruchnahme auf Zahlung von Elternunterhalt ist der Wert des mietfreien Wohnens nicht mit der bei einer Fremdvermietung erzielbaren objektiven Marktmiete, sondern auf der Grundlage der ersparten Mietaufwendungen zu bestimmen.⁴⁸³ Diese Beurteilung ist Ausfluss des recht schwach ausgestalteten Elternunterhalts, wonach das unterhaltspflichtige Kind keine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommens-typischen Unterhaltsniveaus hinzunehmen hat, als es nicht einen nach den Verhältnissen unangemessenen Aufwand betreibt.⁴⁸⁴ Es sollen damit vor allem diejenigen Nachkommen

⁴⁷⁸ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513); *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 82.

⁴⁷⁹ BGH XII ZR 20/96 FamRZ 1998, 367 (369); XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513).

⁴⁸⁰ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 98 mwN.

⁴⁸¹ *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2053.

⁴⁸² BGH XII ZR 326/01 FamRZ 2004, 1184 (1185); XII ZR 224/00 FamRZ 2004, 370.

⁴⁸³ BGH XII ZR 123/00 FamRZ 2003, 1179; OLG Oldenburg 12 UF 79/99 FamRZ 2000, 1174 (1175); *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 781 a.

⁴⁸⁴ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1700f); XII ZR 123/00 FamRZ 2003, 1179 (zust *Klinkhammer*).

geschützt werden, die ein Eigenheim kostengünstig durch umfangreiche Eigenleistungen errichtet haben.

Den angemessenen Wohnwert bestimmt der Tatrichter anhand der jeweiligen Lebens- und Einkommensverhältnisse des unterhaltspflichtigen Kindes.⁴⁸⁵

4.7.1.3. Kapitaleinkünfte

Kapitaleinkünfte werden unter Beachtung der Steuerlast wie alle anderen Einkünfte dem unterhaltsrelevanten Einkommen zugerechnet.⁴⁸⁶

4.7.2. Vermögensstamm

Das unterhaltspflichtige Kind muss zur Erfüllung seiner Unterhaltungspflicht auch den Stamm seines Vermögens einsetzen.⁴⁸⁷

Je nach Art des Vermögens kann die Verwertung durch freihändige Veräußerung, Versteigerung, Belastung und Beleihung⁴⁸⁸, Umschichtung oder durch die Geltendmachung von geldwerten Ansprüchen erfolgen.⁴⁸⁹

Da es im Verwandtenunterhalt im Gegensatz zum Ehegattenunterhalt keine Billigkeitsgrenze⁴⁹⁰ für den Einsatz des Vermögens gibt, richten sich die Grenzen zum Vermögenseinsatz der Nachkommen für die Vorfahren nach § 1603 Abs 1 BGB⁴⁹¹, wonach sonstige Unterhaltspflichten zu berücksichtigen sind und der eigene angemessene Unterhalt nicht gefährdet werden darf.

Insofern sind die für den Deszendentenunterhalt entwickelten Grundsätze heranzuziehen⁴⁹² und die schwache Ausgestaltung des Elternunterhalts durch den Gesetzgeber einzubeziehen⁴⁹³.

Es ist vor allem zu berücksichtigen, dass die Kinder wegen ihrer noch höheren Lebenshaltung selbst noch für längere Zeit mithilfe ihres Vermögens Vorsorge für ihr eigenes Alter und

⁴⁸⁵ BGH XII ZR 123/00 FamRZ 2003, 1179 (1181) (zust *Klinkhammer*).

⁴⁸⁶ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 101.

⁴⁸⁷ OLG Karlsruhe 2 UF 23/02 FamRZ 2004, 292 = NJW 2004, 296; *Schibel*, NJW 1998, 3449 (3450).

⁴⁸⁸ Eine Beleihung ist immer dann sinnvoll, wenn der Unterhaltsschuldner ein besonderes persönliches Interesse an dem Eigentum hat oder der Vermögenswert starken Marktschwankungen unterliegt und auf eine Wertsteigerung gehofft werden kann. Siehe zu der Problematik: *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 257.

⁴⁸⁹ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 82.

⁴⁹⁰ § 1577 Abs 3 und § 1581 S 2 BGB.

⁴⁹¹ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511.

⁴⁹² BGH XII ZR 326/01 FamRZ 2004, 1184.

⁴⁹³ *Duderstadt*, FamRZ 1998, 273 (279).

für die Sicherung ihres eigenen und familiären Lebensbedarfs zu treffen haben.⁴⁹⁴ Deshalb ergeben sich folgende Einschränkungen zum Einsatz des Vermögensstammes und Besonderheiten bei dem zu belassenden Vermögen.

4.7.2.1. Einschränkungen der Obliegenheit zum Einsatz des Vermögensstammes

Eine Verwertung des Vermögensstammes kann nicht verlangt werden, wenn sie den Unterhaltsschuldner von fortlaufenden Einkünften abschneiden würde, die er zur Erfüllung weiterer Unterhaltungspflichten oder anderer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten oder zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts benötigt.⁴⁹⁵ Ebenso kann die Verwertung eines angemessenen selbst genutzten Immobilienbesitzes regelmäßig nicht gefordert werden.⁴⁹⁶ Allgemein braucht der Unterhaltsschuldner den Stamm seines Vermögens auch dann nicht zu verwerten, wenn dies für ihn mit einem wirtschaftlich nicht mehr vertretbaren Nachteil verbunden wäre.⁴⁹⁷

Ebenfalls ist Vermögen, dessen Verwertung rechtlich unmöglich ist, wie beispielsweise ein Nießbrauchsrecht oder eine persönliche Dienstbarkeit, für den Aszendentenunterhalt nicht einzusetzen.⁴⁹⁸

Insofern das unterhaltspflichtige Kind verheiratet ist und das Vermögen in einem einzigen Gegenstand, zum Beispiel einem Grundstück, besteht, ist es fraglich, wie sich die fehlende Zustimmung des Ehegatten zur Veräußerung gem § 1365 BGB auswirkt.

Teilweise wird vertreten, dass damit ein Verwertungsverbot besteht.⁴⁹⁹ Dem kann dogmatisch nicht gefolgt werden, da die Eltern gegen das Kind einen im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzbaren Unterhaltsanspruch haben und keine rechtsgeschäftliche Verfügung, wie sie § 1365 BGB regelt, vorliegt.⁵⁰⁰ Im Wege der Zwangsvollstreckung kommt es nicht auf eine Zustimmung des Ehegatten an. Vielmehr unterliegt der Miteigentumsanteil ebenfalls der

⁴⁹⁴ Pauling in Wendl/Staudigl, *Unterhaltsrecht*⁷ § 2 Rz 641.

⁴⁹⁵ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513); IV b ZR 7/88 FamRZ 1989, 170 (171); Büttner/Niepmann, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Mitte 2002, NJW 2003, 2492 (2498).

⁴⁹⁶ Brudermüller, NJW 2004, 633 (637) mwN.

⁴⁹⁷ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513); Schibel, NJW 1998, 3449 (3452).

⁴⁹⁸ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 87.

⁴⁹⁹ OLG Köln 27 UF 87/99 NJW-RR 2000, 810 (811); Schibel, NJW 1998, 3449 (3452).

⁵⁰⁰ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 87; BGH VII ZB 50/05 FamRZ 2006, 410 (411).

Zwangsvollstreckung der Gläubiger.⁵⁰¹ Um die Vermögensverwertung abzuwenden, müsste die Unzumutbarkeit durch das unterhaltspflichtige Kind dargelegt werden.⁵⁰²

4.7.2.2. Zu belassendes Vermögen

4.7.2.2.1. Schonvermögen

Dass der Elternunterhalt vergleichsweise schwach ausgestaltet ist, wirkt sich auch auf das Schonvermögen, dh das Vermögen, was unterhaltsrechtlich nicht zu verwerten ist, aus.⁵⁰³ Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein unterhaltspflichtiges Kind seine Vermögensdispositionen regelmäßig in Zeiten getroffen hat, in denen Elternunterhalt nicht geschuldet wurde. Deswegen hat es regelmäßig auch seine Lebensverhältnisse auf die vorhandenen Einkünfte und Vermögenswerte eingerichtet.⁵⁰⁴

Die Höhe dieses Schonvermögens ist durch den Tatrichter individuell zu bemessen, insbesondere sind die starren Vermögensfreigrenzen des Sozialhilferechts nach § 90 Abs 2 Nr 9 SGB XII nicht anwendbar, denn die notwendige individuelle Bemessung des dem Unterhaltsschuldner zu belassenden Vermögens wäre damit nicht gewährleistet.⁵⁰⁵ Insbesondere nehmen die sozialhilferechtlichen Vorschriften, die das einzusetzende Vermögen des Sozialhilfeberechtigten regeln, keinerlei Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse und die Lebensstellung des Unterhaltspflichtigen.⁵⁰⁶

4.7.2.2.1.1. Altersvorsorgevermögen

Da der angemessene Unterhalt des Kindes auf dessen Lebenszeit, vor allem auch im Alter, gesichert sein muss, braucht es Vermögen, das es in angemessenem Umfang für seine Altersversorgung angesammelt hat, nicht für den Unterhalt seiner Eltern einzusetzen, soweit seine Versorgung nicht anderweitig gesichert ist.⁵⁰⁷

Wie dieser zu schonende Betrag zu bemessen ist, richtet sich nach den Lebensverhältnissen des unterhaltspflichtigen Kindes und kann nicht pauschal bestimmt werden.⁵⁰⁸ Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie bei der einkommensmindernden Berücksichtigung von Vor-

⁵⁰¹ *Ehinger in Ehinger/Griesche/Rasch*, Unterhaltsrecht⁵ Rz 276 a.

⁵⁰² *Büttner*, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts bis Anfang 1999, NJW 1999, 2315 (2318).

⁵⁰³ *Rauscher*, Familienrecht⁷ (2008) Rz 845.

⁵⁰⁴ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513).

⁵⁰⁵ *Koritz*, Das Schonvermögen beim Elternunterhalt, NJW 2007, 270 (272).

⁵⁰⁶ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513).

⁵⁰⁷ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 90.

⁵⁰⁸ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513); *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 854; *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 262 e.

sorgeaufwendungen, wonach dem unterhaltspflichtigen Kind 5 % seines aus einer sozialversicherungspflichtigen und 25 % aus einer nicht sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit stammenden Bruttoeinkommens zu belassen sind.⁵⁰⁹

Konsequenterweise darf das in der Höhe angesparte Vermögen nicht verwertet werden, weil sonst der Zweck der Alterssicherung unterlaufen werden würde.⁵¹⁰

Das errechnete angesparte Kapital ist zusätzlich mit 4 % aufzuzinsen.⁵¹¹

4.7.2.2.1.2. Vermögen zur Sicherung eigenen künftigen Unterhalts

Des Weiteren kann auch Vermögen zur Sicherung eigenen künftigen Unterhalts von der Verpflichtung zur Verwertung verschont werden⁵¹², wenn unter Einbeziehung der wirtschaftlichen Lage des Vorfahren für seine gesamte voraussichtliche Lebensdauer unter Einbeziehung seiner zukünftigen Erwerbchancen eine Verwertung nicht zumutbar ist.⁵¹³ Beispielsweise sind hohe Beträge zu belassen, wenn das unterhaltspflichtige Kind aufgrund schwerer Gesundheitsschädigungen, die zu einer Erwerbsunfähigkeit geführt haben, eine Invaliditätszahlung erhalten hat.⁵¹⁴

4.7.2.2.2. Vermögensvorsorgevermögen und Notbedarfsvermögen

Hat das unterhaltspflichtige Kind zum Beispiel Sparbeträge für konkrete Immobilieninstandsetzungsmaßnahmen, so sind ihm diese zu der konkreten Verwendung zu belassen.⁵¹⁵

Darüber hinaus ist ihm auch eine gewisse Vermögensreserve zur Sicherung vor Notlagen aus den Unwägbarkeiten des täglichen Lebens, wie unvorhersehbaren Krankheiten, allfälligen Reparaturen und Ersatzbeschaffungen, zu belassen.⁵¹⁶

4.8. Kreditierte Leistungsfähigkeit durch den Träger der Sozialhilfe

Insofern Kinder nicht aus Einkommen leistungsfähig sind und eine Veräußerung des Vermögens nach allgemeinen Grundsätzen nicht verlangt werden kann, weil es sich beispielsweise um ein selbst bewohntes Eigenheim handelt, stellt sich die Frage, ob die Kinder durch Beleihung dieses Vermögens ihrer Unterhaltspflicht nachzukommen haben.

⁵⁰⁹ Siehe hierzu 1. Kap 3.4.4.1.

⁵¹⁰ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513).

⁵¹¹ BGH XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513).

⁵¹² Herr, FamRZ 2005, 1021 (1024).

⁵¹³ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 89.

⁵¹⁴ LG Paderborn 5 S 11/96 FamRZ 1996, 1497 (1498).

⁵¹⁵ Hauß, Elternunterhalt² Rz 253.

⁵¹⁶ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 93.

Das Landgericht Duisburg⁵¹⁷ hat die Leistungsfähigkeit in einem solchen Fall darauf gestützt, dass die unterhaltspflichtige Tochter zum Einsatz ihres Vermögens durch Belastung ihres Miteigentumsanteils mit einer Grundschuld zur Sicherung des ihr vom Sozialhilfeträger angebotenen zinslosen Darlehens⁵¹⁸ verpflichtet sei.

Dem ist das Bundesverfassungsgericht⁵¹⁹ zu Recht nicht gefolgt, denn in diesem Fall ist eine Beleihungsobliegenheit abzulehnen.⁵²⁰ Zwar könnte durch eine Beleihung des Vermögens eine unterhaltsrechtlich abschöpfbare Liquidität geschaffen werden, jedoch keine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit.⁵²¹ Daran ändert sich auch nichts, wenn die Rückzahlung erst nach dem Tod des unterhaltspflichtigen Kindes fällig werden sollte. Insbesondere widerspricht es dem Sozialstaatsgebot, wenn ein gegenwärtiger Unterhaltsbedarf dem Unterhaltspflichtigen vom Sozialhilfeträger durch ein Darlehen finanziert wird, weil sich der Staat auf diese Weise der vom Grundgesetz geforderten sozialen Fürsorgepflicht entziehen könnte.⁵²²

4.9. Umrechnung von Vermögen in Einkommen

Das Vermögen muss in Einkommen umgerechnet werden, um die Haftungsanteile von Geschwistern für den Unterhalt ihrer Eltern zu ermitteln, wenn ein Kind aus Einkommen und das andere aus Vermögen haftet.⁵²³ Ebenso ist die Umrechnung notwendig, um bei einem aus seinem Einkommen nur teilweise leistungsfähigen Kind die Höhe des einzusetzenden Vermögens zu bestimmen.⁵²⁴

Zunächst ist das Vermögen um die abzugsfähigen Positionen zu bereinigen und dann unter Berücksichtigung des Kapitals sowie dessen Verzinsung, der Zeit bis zu seinem Rentenbeginn sowie der Tatsache des Vermögensverzehrs bis zu diesem Zeitpunkt mithilfe von Kapitalisierungstabellen⁵²⁵ in Einkommen umzurechnen. Um die monatlich zu leistenden Beträge zu erhalten, muss das so ermittelte Einkommen wiederum mithilfe von Kapitalisierungstabellen unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Lebenszeit der Eltern umgerechnet werden.⁵²⁶

⁵¹⁷ LG Duisburg 24 (4) S 285/95 FamRZ 1996, 1498.

⁵¹⁸ Die Rückzahlung dieses Darlehens wäre erst nach dem Tod des in Anspruch genommenen Kindes fällig gewesen.

⁵¹⁹ BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051 (1054).

⁵²⁰ BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051 (1054); Herr, FamRZ 2005, 1021 (1025); Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 86; krit dazu Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2103; Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 642.

⁵²¹ Hauß, Elternunterhalt² Rz 259.

⁵²² BVerfG 1 BvR 1508/96 FamRZ 2005, 1051 (1054).

⁵²³ Hauß, Elternunterhalt² Rz 319.

⁵²⁴ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 95.

⁵²⁵ Die Tabellen sind aufgelistet bei Brudermüller/Schürmann, Tabellen zum Familienrecht²⁹ (2008) 88.

⁵²⁶ Siehe zu der sehr komplizierten Berechnungsmethode Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht²

Vereinfacht lautet die Formel:

$$\text{Einkommenssteigerung} = \text{Kapital} : 12 \text{ Monate} : \text{Kapitalisierungsfaktor}^{527}$$

4.10. Selbstbehalt

Nachdem nach diesen Grundsätzen das Nettoeinkommen des Nachkommens ermittelt wurde, muss der Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen davon abgezogen werden,⁵²⁸ um den für den Aszendentenunterhalt einzusetzenden Betrag zu erhalten.⁵²⁹

Unter Selbstbehalt wird das Einkommen verstanden, welches dem Schuldner für seinen eigenen Unterhalt zur Verfügung stehen muss, bevor er für einen anderen aufzukommen hat.⁵³⁰

Die Unterhaltsverpflichtung besteht nämlich nicht, soweit der angemessene Unterhalt des Pflichtigen gefährdet wird, § 1603 Abs 1 BGB. Der Selbstbehalt dient zur Befriedigung der täglichen Bedürfnisse. Hierzu zählen vor allem Wohnung, Kleidung, Ernährung, Urlaub, Pkw sowie kulturelle Aktivitäten.⁵³¹

Der eigene angemessene Unterhalt bestimmt sich mangels näherer gesetzlicher Regelungen nach der Lebensstellung des unterhaltspflichtigen Kindes und richtet sich nach dessen Einkommen, Vermögen und sozialer Stellung.⁵³² Somit wird der Erfahrung Rechnung getragen, dass sich die Lebensstellung an die zur Verfügung stehenden Mittel anpasst.⁵³³

In welcher Höhe der angemessene Bedarf zu bemessen ist, obliegt der tatrichterlichen Beurteilung des Einzelfalls.⁵³⁴ Jedoch hat sich in der Rechtsprechung⁵³⁵ eine empfohlene Berechnung für den sog erweiterten großen Selbstbehalt (Super-Selbstbehalt⁵³⁶) im Rahmen des Elternunterhalts entwickelt. Zur Vereinfachung und Vereinheitlichung von Unterhaltsstreitigkeiten sehen die Unterhaltstabellen mittlerweile pauschalierte Mindestbeträge für den angemessenen Selbstbehalt gegenüber Eltern vor.⁵³⁷

§ 11 Rz 95; OLG Karlsruhe 2 UF 23/02 FamRZ 2004, 292 (294).

⁵²⁷ Günther, NDV 2005, 44 (48).

⁵²⁸ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 80.

⁵²⁹ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 80 mwN.

⁵³⁰ Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1603 Rz 6.

⁵³¹ Hauß, Elternunterhalt² Rz 224.

⁵³² BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1700) (zust. *Klinkhammer*); XII ZR 98/04 FamRZ 2006, 1511 (1513); XII ZR 149/01 FamRZ 2004, 792 (793); XII ZR 123/00 FamRZ 2003, 1182 (1183) (*Klinkhammer*); *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 616.

⁵³³ BGH XII ZR 123/00 FamRZ 2003, 1179 (1180).

⁵³⁴ BGH XII ZR 93/91 FamRZ 1992, 795 (797).

⁵³⁵ BGH XII ZR 93/91 FamRZ 1992, 795 (796); XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1701).

⁵³⁶ *Brudermüller*, NJW 2004, 633 (638).

⁵³⁷ *Klein* in *Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 37.

Der Selbstbehalt für einen allein lebenden Unterhaltspflichtigen in der Düsseldorfer Tabelle⁵³⁸ liegt derzeit bei 1.400,- Euro und beinhaltet bereits eine pauschale Mietbelastung in Höhe von 450,- Euro.

Sollte die tatsächliche Miete diese Beträge übersteigen, so ist der Selbstbehalt um einen Wohnmehrbedarfzuschlag zu erhöhen, wobei sich die Höhe aus der Differenz zwischen tatsächlichen Kosten und dem den Leitlinien zugrunde gelegten Bedarf ergibt.⁵³⁹ Sollte die Mietbelastung dagegen geringer ausfallen, ist kein Abzug vorzunehmen.⁵⁴⁰

Da Einigkeit darüber besteht, dass der Selbstbehalt nicht statisch, sondern dynamisch zu gestalten ist, dh je höher das Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes ist, desto mehr muss ihm auch als Selbstbehalt belassen werden, belässt die Rechtsprechung dem Unterhaltspflichtigen stets die Hälfte der den Selbstbehalt übersteigenden Einkünfte.⁵⁴¹ Durch diesen maßvollen Zuschlag um 50 % wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass dem unterhaltspflichtigen Kind im Verhältnis zu seinen Eltern keine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Niveaus zuzumuten ist, insofern es keinen nach den Verhältnissen unangemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben in Luxus führt.⁵⁴²

Eine Berechnung der Leistungsfähigkeit könnte wie folgt aussehen:

| | |
|---|---------------------|
| Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes | 3.400,- Euro |
| + Kapitalerträge | 100,- Euro |
| + Wohnvorteil (Eigenheim) | 500,- Euro |
| – Zins- und Tilgungsleistungen (Eigenheim) | 650,- Euro |
| – Krankenversicherungsbeiträge | 700,- Euro |
| – Beiträge zur privaten Altersvorsorge | 150,- Euro |
| – Fahrtkosten zum Arbeitsplatz | 100,- Euro |
| – Mindestselbstbehalt | 1.400,- Euro |
| = Überschüssiger Betrag | 1000,- Euro |
| ⇒ Leistungsfähigkeit davon ½ | 500,- Euro |

⁵³⁸ Düsseldorfer Tabelle, Stand 1.1.2009, FamRZ 2009, 182 D I.

⁵³⁹ *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2070.

⁵⁴⁰ BGH XII ZR 63/00 FamRZ 2004, 186 (189).

⁵⁴¹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 93 mwN.

⁵⁴² BGH XII ZR 93/91 FamRZ 1992, 795 (797); XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1701) (zust *Klinkhammer*).

4.11. Bar- oder Naturalunterhalt

Die Leistung von Barunterhalt stellt den Regelfall dar, § 1612 Abs 1 S 1 BGB.

Fraglich ist, ob das Kind berechtigt ist, dem Vorfahren Unterhalt in Natura zu leisten, wenn es aus seiner Sicht kostengünstiger ist. Dies könnte beispielsweise durch Bereitstellung von nicht vermietbarem⁵⁴³ Wohnraum und dem Organisieren von ambulanter Betreuung und Pflege geschehen.

Nach dem Gesetz ist der Unterhalt gem § 1612 Abs 1 S 1 BGB durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren, jedoch sieht § 1612 Abs 1 S 2 BGB für den Unterhaltspflichtigen eine Ausnahme für die Unterhaltsgewährung in anderer Form vor, wenn besondere Gründe dies rechtfertigen.

Dabei sind die besonderen Umstände jedoch nicht nur aus dem Blickwinkel des Unterhaltspflichtigen zu bestimmen.⁵⁴⁴ Vielmehr muss eine Interessensabwägung im Einzelfall die Belange des Unterhaltsberechtigten und des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigen.⁵⁴⁵ Dabei werden aufseiten des Vorfahren die freie Selbstbestimmung und seine Persönlichkeitsrechte und aufseiten des Nachkommen die Einschränkung seiner Handlungsfreiheit durch Zahlung einer Geldrente zu beachten sein.⁵⁴⁶ Unter dem Gesichtspunkt, dass die Leistung von Barunterhalt den Regelfall darstellt, werden an das Recht, Naturalunterhalt leisten zu können, sehr hohe Anforderungen zu stellen sein.⁵⁴⁷ Wenn aber die Gewährung von Naturalunterhalt zu einer erheblichen Entlastung des Unterhaltspflichtigen führt und es keine unangenehmen Begleiterscheinungen für den Berechtigten nach sich zieht, so kann im Einzelfall die Gewährung von Naturalunterhalt gerechtfertigt sein.⁵⁴⁸

Ob der Elternteil ein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, folgendes Recht hat, Naturalunterhalt in Form von Aufnahme in den Haushalt des unterhaltspflichtigen Kindes zu fordern, ist ebenfalls in der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. Dadurch würde mE ein Eingriff in die Handlungsfreiheit des Kindes erfolgen, welcher – selbst in Notzeiten⁵⁴⁹ – nicht zu rechtfertigen ist.⁵⁵⁰

⁵⁴³ Nicht oder schwer vermietbar ist Wohnraum beispielsweise dann, wenn er sich im Haus des Unterhaltspflichtigen befindet und nicht separat begehbar ist.

⁵⁴⁴ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 38.

⁵⁴⁵ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1612 Rz 21.

⁵⁴⁶ *Köhler* in *Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch VIII⁴ (2002) § 1612 Rz 7; *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1612 Rz 21, 86.

⁵⁴⁷ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 38.

⁵⁴⁸ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1612 Rz 22.

⁵⁴⁹ So *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 39, der in Notzeiten tendenziell eine Ausnahme zulassen würde.

⁵⁵⁰ *Hammermann* in *Erman*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II¹² (2008) § 1612 Rz 11; *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1612 Rz 20.

5. Ausschluss, Beschränkung und Untergang des Anspruchs auf Aszendentenunterhalt

Der Anspruch auf Aszendentenunterhalt kann ausgeschlossen oder beschränkt sein, wenn der Vorfahre sein ihm zustehendes Recht verwirkt hat oder Verjährung eingetreten ist.

5.1. Verwirkung nach § 1611 BGB

Das Gesetz normiert in § 1611 Abs 1 BGB Tatbestände, die zur Beschränkung oder zum Wegfall der Unterhaltsverpflichtung führen können.

Der Gesetzgeber wollte damit eine unterhaltsrechtliche Sanktion gegen grobes Fehlverhalten des Unterhaltsbedürftigen gegenüber dem Unterhaltspflichtigen schaffen.⁵⁵¹

Deshalb kommt eine Kürzung des Unterhalts auf einen der Billigkeit entsprechenden Betrag oder ein vollständiger Wegfall des Unterhalts dann in Betracht, wenn der Unterhaltsberechtigte durch sein sittliches Verhalten bedürftig geworden ist, seine eigene Unterhaltspflicht gegenüber dem Unterhaltspflichtigen gröblich vernachlässigt hat oder sich vorsätzlich einer schweren Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen oder einen nahen Angehörigen des Verpflichteten schuldig gemacht hat.

5.1.1. Bedürftigkeit durch eigenes sittliches Verschulden, § 1611 Abs 1 S 1 1. Alt BGB

Der unterhaltsberechtigte Elternteil muss seine Bedürftigkeit selbst verschuldet haben. Aufgrund der Tatsache, dass ein „sittliches Verschulden“ gefordert wird, kann man schließen, dass der Schuldvorwurf von erheblichem Gewicht sein muss⁵⁵² und der Bedürftige in vorhersehbarer Weise anerkannte Gebote der Sittlichkeit außer Acht gelassen haben muss.⁵⁵³

Des Weiteren muss zwischen dem Verschulden und der Bedürftigkeit Kausalität bestehen.⁵⁵⁴ Mitursächlichkeit reicht dabei auch aus, wobei in diesem Fall kein vollständiger Ausschluss der Unterhaltspflicht, sondern lediglich eine Kürzung anzunehmen ist.⁵⁵⁵

An einem Kausalzusammenhang fehlt es, wenn der Berechtigte auch unabhängig von dem sittlich vorwerfbaren Verhalten unterhaltsbedürftig geworden wäre.⁵⁵⁶ Eine Krankheit oder ein Unfall können beispielsweise zum Entfallen der Ursächlichkeit führen.⁵⁵⁷

⁵⁵¹ *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1611 Rz 1.

⁵⁵² BGH IV b ZR 17/83 FamRZ 1985, 156 (160); IV b ZR 53/83 FamRZ 1985, 273 (275).

⁵⁵³ *Klinkhammer in Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 483.

⁵⁵⁴ OLG Köln 4 UF 28/89 FamRZ 1990, 310; *Hammermann in Erman*, BGB II¹² § 1611 Rz 6.

⁵⁵⁵ *Engler in Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 9.

⁵⁵⁶ *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1611 Rz 8.

Ein sittliches Verschulden liegt insbesondere bei Trunk-, Spiel-, Medikamenten- und Drogen-sucht vor, wobei in diesen Fällen häufig aufgrund des Krankheitscharakters⁵⁵⁸ auf einen Zeitpunkt vor Suchtbeginn abgestellt werden muss oder später auf unterlassene Therapiemöglichkeiten.⁵⁵⁹ Wurden Therapien nicht genutzt, abgebrochen oder blieb der Erfolg durch Nichtbefolgen der ärztlichen Anweisungen aus, so ist ein sittliches Verschulden anzunehmen.⁵⁶⁰

Die Verschwendung von Vermögen durch unangemessen vorzeitigen Verbrauch kann ebenfalls eine Herabsetzung oder einen Ausschluss des Unterhalts zur Folge haben.⁵⁶¹ Gleiches gilt, wenn der bedürftige Elternteil keine ausreichende Altersversorgung besitzt, weil er nicht oder nur gelegentlich berufstätig war oder nicht ausreichend für sein Alter vorgesorgt hat und ihn dabei der Vorwurf der Leichtfertigkeit trifft.⁵⁶²

Dagegen ist das Leben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kein von der Allgemeinheit als anstößig empfundenenes Verhalten und führt deshalb nicht zur Verwirkung der Unterhaltsansprüche.⁵⁶³

Der verschuldete Verlust des Arbeitsplatzes wird regelmäßig nicht zur Verwirkung der Unterhaltsansprüche wegen groben sittlichen Verschuldens führen⁵⁶⁴, sondern aufgrund der Anrechnung fiktiver Einkünfte bereits die Bedürftigkeit entfallen lassen.⁵⁶⁵ Dagegen könnte man bei einer verfestigten Arbeitsscheu⁵⁶⁶ von einer Verwirkung infolge groben Verschuldens ausgehen.

Beruhet die Bedürftigkeit des Elternteils auf sittlichem Verschulden, entfällt der Unterhaltsanspruch gegenüber allen Kindern.⁵⁶⁷

⁵⁵⁷ OLG Köln 4 UF 28/89 FamRZ 1990, 310; *Diederichsen* in *Palandt*, BGB⁶⁸ § 1611 Rz 3.

⁵⁵⁸ *Krauß*, DNotZ 2004, 580 (585).

⁵⁵⁹ *Hußmann*, Elternunterhalt² 57.

⁵⁶⁰ OLG Celle 17 UF 107/88 FamRZ 1990, 1142 (1144); *Finger*, Beschränkung und Ausschluß der Unterhaltspflicht nach § 1611 I BGB, FamRZ 1995, 969 (971).

⁵⁶¹ *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2049.

⁵⁶² *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 145.

⁵⁶³ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII³ § 1611 Rz 11, der ebenso wie der BGH IV b 53/83 FamRZ 1985, 273 (275) von der Wandlung der Gebote der Sittlichkeit in der Gesellschaft ausgeht.

⁵⁶⁴ So aber *Finger*, FamRZ 1995, 969 (971); *Appelt*, Elternunterhalt 110.

⁵⁶⁵ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 145.

⁵⁶⁶ Dagegen lässt der BGH in seiner Entscheidung vom 18.5.1983, IV b ZR 375/81 FamRZ 1983, 803 (804) einfache Arbeitsscheu gelten, was aber aufgrund der Grundsätze über die Zurechnung fiktiver Einkünfte nicht notwendig ist.

⁵⁶⁷ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 151.

5.1.2. Gröbliche Verletzung der eigenen Unterhaltspflicht, § 1611 Abs 1 S 1 2. Alt BGB

Diese Variante ist vor allem beim Aszendentenunterhalt relevant, weil hier regelmäßig die Eltern als frühere Unterhaltsschuldner zu den späteren Unterhaltsgläubigern werden.⁵⁶⁸

Eine Vernachlässigung liegt vor, wenn der Unterhalt häufig oder über einen längeren Zeitraum verspätet erbracht wurde oder zwangsweise eingetrieben werden musste.⁵⁶⁹ In diesen Fällen ist es unerheblich, wenn der Anspruch letztlich voll erfüllt wurde, denn § 1611 Abs 1 S 1 2. Alt BGB umfasst neben der Nichterfüllung auch die Schlechterfüllung.⁵⁷⁰ Ebenso ist es unbeachtlich, ob der frühere Unterhaltsschuldner seine Bar-, Natural- oder Betreuungsunterhaltspflicht vernachlässigt hat, denn Eltern schulden ihren Kindern entweder Bar- oder Naturalunterhalt, zu dem auch die Betreuung gehört.⁵⁷¹ Dabei darf sich der Unterhaltsschuldner auch der Hilfe Dritter bedienen, wie beispielsweise einem Internat, einer Kinderfrau oder Verwandten.⁵⁷²

Gröblich ist die Vernachlässigung dann, wenn über die Nichterfüllung der geschuldeten Unterhaltsleistung hinaus weitere objektive Merkmale hinzutreten, die dem pflichtwidrigen Verhalten ein besonderes Gewicht verleihen.⁵⁷³ Dies ist regelmäßig der Fall, wenn das unterhaltsberechtigten Kind dadurch in ernsthafte Schwierigkeiten bei der Deckung seines Lebensbedarfs geraten ist oder nur aufgrund Leistungen Dritter seinen allgemeinen Lebensbedarf nicht einschränken musste.⁵⁷⁴

So kann eine Mutter, die ihr Kind schon kurz nach der Geburt seinem Schicksal überlassen und sich auch in der Folgezeit nicht um sein Wohlergehen gekümmert hat, von diesem Kind später keinen Unterhalt verlangen.⁵⁷⁵ Denn obwohl ein Kind auch bei den Großeltern gut versorgt sein kann, entbindet es nicht die Eltern von ihrer Unterhaltspflicht.⁵⁷⁶

⁵⁶⁸ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 18.

⁵⁶⁹ Hammermann in Erman, BGB II¹² § 1611 Rz 8.

⁵⁷⁰ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 20; Finger, FamRZ 1995, 969 (972).

⁵⁷¹ BGH XII ZR 304/02 FamRZ 2004, 1559 (1560) = NJW 2004, 3109 (3110); Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1602 Rz 18; Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 145; dagegen Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1611 Rz 14; Griesche, Verwandtenunterhaltsrecht, FPR 2005, 335 (339).

⁵⁷² Klein in Weinreich/Klein, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 80.

⁵⁷³ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 22.

⁵⁷⁴ BGH IV b ZB 4/85 FamRZ 1987, 49 (50); IV b ZB 37/83 FamRZ 1986, 658 (660); Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 146.

⁵⁷⁵ BGH XII ZR 304/02 FamRZ 2004, 1559 (1560), wobei der BGH in seiner Entscheidung offen gelassen hat, ob es sich hierbei um eine gröbliche Vernachlässigung handelt, weil er das Tatbestandsmerkmal der schweren Verfehlung nach § 1611 Abs 1 S 1 3. Alt BGB für erfüllt gesehen hat.

⁵⁷⁶ Dagegen Griesche, FPR 2005, 335 (339).

Subjektiv setzt die gröbliche Vernachlässigung voraus, dass der seinerzeit Unterhaltspflichtige seine Pflichten und die Folgen ihrer Vernachlässigung kennen konnte, wobei Vorsatz nicht erforderlich ist.⁵⁷⁷

5.1.3. Schwere vorsätzliche Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen oder dessen Angehörige, § 1611 Abs 1 S 1 3. Alt BGB

Eine schwere Verfehlung setzt regelmäßig eine tiefgreifende Beeinträchtigung schutzwürdiger wirtschaftlicher Interessen oder persönlicher Belange des Unterhaltspflichtigen voraus, die einen Mangel an verwandtschaftlicher Verantwortung und menschlicher Rücksichtnahme offenbart.⁵⁷⁸

Als Begehungsformen kommen aktives Tun sowie Unterlassen in Betracht, wobei letzteres das Bestehen einer Handlungspflicht voraussetzt.⁵⁷⁹ Im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern können sich Verfehlungen ergeben, die eine Verletzung elterlicher Pflichten durch Unterlassen darstellen.⁵⁸⁰ Dies gilt nicht nur für die Vernachlässigung der Unterhaltspflicht, sondern auch bei dauerhafter und gröblicher Vernachlässigung und Verletzung der Aufsichtspflicht sowie für die Verletzung der Pflicht zu Beistand und Rücksicht.⁵⁸¹

Demnach liegt eine schwere Verfehlung gegenüber dem Kind vor, wenn die Mutter ihr Kind kurz nach der Geburt seinem Schicksal überlässt und sich auch in der Folgezeit nicht um sein Wohlergehen kümmert.⁵⁸²

Aber auch andere, nicht auf dem Eltern-Kind-Verhältnis beruhende schwere Verfehlungen, können die Unterhaltspflicht beschränken oder entfallen lassen. Beispielsweise führen erhebliche tätliche Angriffe, insbesondere Tötungsversuche und sexueller Missbrauch zu dieser Rechtsfolge.⁵⁸³ Aber auch wiederholte Bedrohungen und Beleidigungen können zu einer (teilweisen) Verwirkung führen, wenn durch sie eine tiefgreifende Verachtung zum Ausdruck gebracht wird.⁵⁸⁴ Taktlosigkeiten, Kränkungen und unhöfliches Verhalten geringeren Grades gehören nicht dazu.⁵⁸⁵ Denunziationen zum Zwecke beruflicher oder wirtschaftlicher

⁵⁷⁷ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 22; Häberle in Soergel, BGB VII¹² § 1611 Rz 4.

⁵⁷⁸ BGH XII ZR 304/02 FamRZ 2004, 1559 (1560) (zust Born).

⁵⁷⁹ Klinkhammer in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 482; Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1611 Rz 23.

⁵⁸⁰ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 29.

⁵⁸¹ Finger, FamRZ 1995, 969 (973).

⁵⁸² BGH XII ZR 304/02 FamRZ 2004, 1559 (1560).

⁵⁸³ Hammermann in Erman, BGB II¹² § 1611 Rz 10; Hußmann, Elternunterhalt² 57.

⁵⁸⁴ Diederichsen in Palandt, BGB⁶⁸ § 1611 Rz 5 mwN.

⁵⁸⁵ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 27.

Schädigung gegenüber dem Arbeitgeber oder gegenüber Behörden⁵⁸⁶ stellen regelmäßig einen Verwirkungsgrund dar.⁵⁸⁷

Der Kontaktabbruch von Eltern gegenüber ihren Kindern stellt nicht immer einen Verwirkungsgrund dar. Vielmehr müssen bei Kontaktverweigerungen, selbst wenn sie hartnäckig sind, die weiteren Umstände berücksichtigt werden.⁵⁸⁸ Bei Kontaktlosigkeit zwischen Eltern und volljährigen Kindern wird regelmäßig ein Mitverschulden zu prüfen sein. Denn einem volljährigen Kind ist die Kontaktaufnahme zu seinen Eltern im Rahmen der familiären Gesinnung durchaus zumutbar.⁵⁸⁹

Eine schwere Verfehlung liegt nur vor, wenn sie vorsätzlich begangen wurde, grobe Fahrlässigkeit reicht insoweit nicht aus.⁵⁹⁰

Die schwere Verfehlung kann aber auch dann zur Verwirkung des Unterhaltsanspruchs führen, wenn sie nicht gegen den Unterhaltspflichtigen selbst, sondern gegen einen ihm nahestehenden Angehörigen begangen wurde, § 1611 Abs 1 S 1 3. Alt BGB. Deshalb schließt die schwere Verfehlung gegen ein Kind im Elternunterhalt auch regelmäßig die Unterhaltsansprüche gegen seine Geschwister aus.⁵⁹¹

Zum Kreis der geschützten Personen gehören aber nicht nur alle engen Verwandten, sondern auch andere nahestehende Personen, wie beispielsweise der Ehegatte, der Lebenspartner oder der Lebensgefährtin sowie die Stief- oder Pflegekinder.⁵⁹² Bei der Beurteilung, wer näher Angehöriger ist, kommt es im Einzelfall auf die persönlichen Beziehungen des Unterhaltspflichtigen an.⁵⁹³

5.1.4. Rechtsfolge bei Vorliegen eines Verwirkungstatbestandes

Erfüllt das Verhalten des Vorfahren einen Verwirkungstatbestand, ist der Unterhaltsanspruch auf einen der Billigkeit entsprechenden Betrag herabzusetzen oder ganz zu versagen, § 1611 Abs 1 BGB. In welchem Umfang dies zu geschehen hat, muss durch eine umfassende Billigkeitsabwägung der Umstände des Einzelfalles ermittelt werden.⁵⁹⁴

⁵⁸⁶ OLG Hamm 11 UF 218/05 NJW-RR 2006, 509 (510).

⁵⁸⁷ *Born* in *Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1611 Rz 23; *Hußmann*, Elternunterhalt² 57; *Finger*, FamRZ 1995, 969 (973); *Appelt*, Elternunterhalt 112.

⁵⁸⁸ *Hammermann* in *Erman*, BGB II¹² § 1611 Rz 11; *Griesche*, FPR 2005, 335 (337), der die Bedeutung der Kontaktverweigerung im Elternunterhalt für sehr gering einschätzt.

⁵⁸⁹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 396.

⁵⁹⁰ *Hammermann* in *Erman*, BGB II¹² § 1611 Rz 9.

⁵⁹¹ *Günther*, NDV 2005, 44 (53).

⁵⁹² *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 148.

⁵⁹³ *Engler* in *Staudinger*, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 32.

⁵⁹⁴ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 626.

Zu berücksichtigen ist insbesondere das Gewicht der Verwirkungsgründe, der Grad des sittlichen Verschuldens, das Ausmaß der Vernachlässigung der eigenen Unterhaltspflicht sowie die Art und Schwere der Verfehlung.⁵⁹⁵ Darüber hinaus werden auch die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Nachteile, die sich für den Berechtigten aus einer Verwirkung der Ansprüche ergeben, in Erwägung gezogen.⁵⁹⁶

Nur bei grober Billigkeit entfällt die Unterhaltspflicht gem § 1611 Abs 1 S 2 BGB ganz. Die Unterhaltsbeschränkung oder der gänzliche Wegfall sind grundsätzlich endgültig.⁵⁹⁷

Findet jedoch später eine Verzeihung der zu der Verwirkung führenden Geschehnisse durch das Kind statt, kann es sich danach nicht mehr auf den verziehenen Verwirkungsgrund berufen und der volle Unterhaltsanspruch lebt wieder auf.⁵⁹⁸ An die Verzeihung sind keine strengen Anforderungen zu stellen, jedoch muss das Kind entweder ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringen, dass es die zugefügte Kränkung überwunden hat.⁵⁹⁹ Deshalb wird Verzeihung regelmäßig nur bei schwerer Verfehlung⁶⁰⁰ oder bei grober Vernachlässigung⁶⁰¹ in Betracht kommen. Im Falle der selbstverschuldeten Herbeiführung der Bedürftigkeit ist kein Raum für Verzeihung, jedoch steht es dem Kind frei, sich nicht auf die Verwirkung zu berufen und den Unterhalt in voller Höhe zu zahlen.⁶⁰²

Die Darlegungs- und Beweislast zum Vorliegen der Gründe, die zur Verwirkung führen, obliegt dem unterhaltspflichtigen Kind.⁶⁰³

5.2. Verwirkung infolge Zeitablaufs

Grundsätzlich kann Unterhalt nur für die Zukunft gefordert werden. Davon normiert das Gesetz in § 1613 BGB Ausnahmen, wenn der Unterhaltspflichtige in Verzug ist oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig ist. Dabei ist zu beachten, dass bereits ab dem Auskunftsbegehren, welches mit dem Ziel der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs gestellt wird, Unterhalt für die Vergangenheit beantragt werden kann, § 1613 Abs 1 S 1 BGB. Jedoch können Unterhaltsansprüche aus der Vergangenheit verwirkt werden.

⁵⁹⁵ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 40.

⁵⁹⁶ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 40.

⁵⁹⁷ Häberle in Soergel, BGB VII¹² § 1611 Rz 7.

⁵⁹⁸ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 45.

⁵⁹⁹ BGH IVa ZR 229/82 BGHZ 91, 273 (278) = NJW 1984, 2089 (2091) = FamRZ 1984, 760 (1083) (zust. Seutemann).

⁶⁰⁰ Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 35.

⁶⁰¹ Finger, FamRZ 1995, 969 (972).

⁶⁰² Engler in Staudinger, BGB IV¹⁴ § 1611 Rz 35.

⁶⁰³ Pauling in Wendl/Staudigl, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 626.

Eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs gem § 242 BGB kommt nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre (Zeitmoment) und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einstellen durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht mehr geltend machen werde (Umstandsmoment).⁶⁰⁴

Das Unterhaltsstammrecht selbst kann nicht verwirkt werden, sondern nur die daraus resultierenden monatlichen Einzelansprüche.⁶⁰⁵

5.2.1. Zeitmoment

An das Zeitmoment sind dabei keine strengen Anforderungen zu stellen, da von einem Unterhaltsgläubiger, der lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist, erwartet werden kann, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung seiner Ansprüche bemühen wird.⁶⁰⁶ Tut er dies nicht, so erweckt er den Eindruck, nicht bedürftig zu sein.⁶⁰⁷ Des Weiteren können Unterhaltsrückstände zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen, wenn sie über einen längeren Zeitraum nicht geltend gemacht werden.⁶⁰⁸ Ein weiterer Gesichtspunkt von prozessualer Bedeutung sind die nach längerer Zeit nur noch schwer feststellbaren Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien.⁶⁰⁹ Deshalb ist das Zeitmoment bereits dann erfüllt, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen.⁶¹⁰ Bei Unterhaltsrückständen ab diesem Zeitpunkt verdient der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes, unter Anwendung des Rechtsgedankens der § 1585 b Abs 3, § 1613 Abs 2 Nr 1 BGB, besondere Beachtung.⁶¹¹

Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht geboten, wenn die Unterhaltsrückstände vom Träger der Sozialhilfe geltend gemacht werden.⁶¹² Zwar ist es richtig, dass durch die behördliche Bearbeitung in der Regel ein erhöhter Zeitaufwand vonnöten ist. Jedoch kann diese ver-

⁶⁰⁴ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698.

⁶⁰⁵ *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2116.

⁶⁰⁶ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699); *Soyka*, FPR 2003, 631 (634).

⁶⁰⁷ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699).

⁶⁰⁸ *Engler in Staudinger*, BGB IV¹⁴ Vorbem zu §§ 1601ff Rz 76; BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699); *Hußmann*, Elternunterhalt² 60.

⁶⁰⁹ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699).

⁶¹⁰ BGH IVb ZR 7/87 BGHZ 103, 62 (69) = FamRZ 1988, 370 (372); XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699).

⁶¹¹ Die kurze einjährige Frist des § 1585 b Abs 3 BGB greift nur beim Ehegattenunterhalt direkt, jedoch kann der Rechtsgedanke bei dem schwach ausgeprägtem Elternunterhalt ebenfalls herangezogen werden. Siehe hierzu BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699); *Soyka*, FPR 2003, 631 (634).

⁶¹² So aber *Hußmann*, Elternunterhalt² 60.

waltungsinterne Problematik nicht zur Veränderung des Unterhaltsanspruchs nach bürgerlichem Recht führen.⁶¹³

5.2.2. Umstandsmoment

Auch die an das Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen dürfen nicht überspannt werden.⁶¹⁴

Deshalb ist von einer Erfüllung des Umstandsmoments auszugehen, wenn sich der Verpflichtete aufgrund besonderer Umstände nach Treu und Glauben darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass der Berechtigte sein Recht nicht mehr geltend machen werde.⁶¹⁵ Darauf, ob der Unterhaltspflichtige seine Lebensführung in Erwartung der unterbleibenden Inanspruchnahme anders gestaltet hat, kommt es nicht entscheidend an, insbesondere sind konkrete Vertrauensinvestitionen nicht zwingend erforderlich.⁶¹⁶ Denn erfahrungsgemäß passt ein Unterhaltsverpflichteter seine Lebensführung an die ihm zur Verfügung stehenden Mittel an.⁶¹⁷ Deshalb wird ein Unterhaltspflichtiger mit geringeren oder durchschnittlichen Einkünften mangels Spielraum regelmäßig keine nach außen ersichtlichen Veränderungen vornehmen können.⁶¹⁸

Das Vertrauen des Verpflichteten, er werde nicht mehr in Anspruch genommen, wird immer dann zerstört, wenn der Berechtigte dem Verpflichteten innerhalb der Jahresfrist nach Fälligkeit oder nach der letzten Maßnahme der Rechtsverfolgung deutlich macht, dass er seinen Unterhaltsanspruch weiterhin durchsetzen möchte, sei es durch Anforderung weiterer Auskünfte, Erinnerung, Bezifferung, Mahnung oder Mahnbescheid.⁶¹⁹

Diese Möglichkeiten stehen auch dem Sozialhilfeträger offen, weshalb das Argument der längeren Bearbeitungsfrist beim Umstandsmoment ebenfalls nicht greifen kann.

⁶¹³ Soyka, FPR 2003, 631 (634).

⁶¹⁴ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699).

⁶¹⁵ BGH IVb ZR 7/87 BGHZ 103, 62 (69); *Klinkhammer* in *Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2116.

⁶¹⁶ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 158.

⁶¹⁷ BGH IVb ZR 7/87 BGHZ 103, 62 (69); XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699).

⁶¹⁸ BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1699).

⁶¹⁹ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 159.

5.3. Verjährung

Unterhaltsansprüche verjähren regelmäßig nach drei Jahren, § 197 Abs 2 BGB. Dabei unterscheidet das Umstandsmoment die Verwirkung von der Verjährung.⁶²⁰

5.4. Untergang der Unterhaltspflicht

Stirbt das unterhaltspflichtige Kind, so gehen die Unterhaltsansprüche nicht kraft Gesetzes auf seine Erben über, § 1615 Abs 1 BGB. Das Erlöschen der Unterhaltspflicht folgt aus dem höchstpersönlichen Rechtsgrund des Verwandtschaftsverhältnisses.⁶²¹ Da die in § 1601 BGB normierte Unterhaltspflicht nicht nur Kinder, sondern alle Verwandten in gerader Linie betrifft, kann sich bei dem Tod des unterhaltspflichtigen Kindes die Unterhaltspflicht des Enkels realisieren.

Kommt ein Unterhaltspflichtiger durch einen Dritten zu Tode, dann hat dieser die gesetzlichen Unterhaltspflichten im Rahmen des Schadensersatzes durch Zahlung einer Geldrente an den Unterhaltsberechtigten in dem Maße zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre, § 844 Abs 2 S 1 BGB.⁶²²

6. Haftung mehrerer Unterhaltspflichtiger

6.1. Anteilige Haftung mehrerer unterhaltspflichtiger Kinder

Mehrere Kinder haften als gleich nahe Verwandte anteilig nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen, § 1606 Abs 3 BGB. Dementsprechend handelt es sich bei ihnen um Teilschuldner und nicht um Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB.⁶²³

Ihre Haftungsanteile bestimmen sich nicht nach Kopfteilen⁶²⁴, sondern um die jeweils geschuldeten Unterhaltsquoten ermitteln zu können, müssen die nach Abzug des Selbstbehalts vom bereinigten Nettoeinkommen verbleibenden Beträge zueinander ins Verhältnis gesetzt werden.⁶²⁵ Denn jedem Unterhaltspflichtigen muss es möglich sein, seinen eigenen angemessenen Unterhaltsbedarf und den vorrangig Berechtigter zu sichern, § 1603 Abs 1 BGB.

⁶²⁰ Siehe zu der Problematik *Büttner*, FamRZ 2002, 361.

⁶²¹ *Diederichsen in Palandt*, BGB⁶⁸ § 1615 Rz 1.

⁶²² *Wagner in Münchener Kommentar*, Bürgerliches Gesetzbuch V⁵ (2009) § 844 Rz 23; aA *Röthel in Staudinger*, Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch II¹⁴ (2007) § 844 Rz 82.

⁶²³ *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 2105.

⁶²⁴ *Born in Münchener Kommentar*, BGB VIII⁵ § 1606 Rz 5.

⁶²⁵ BGH XII ZR 63/00 FamRZ 2004, 186 (189).

Deshalb erfolgt die Ermittlung der Haftung in zwei Schritten:

Schritt 1 *Ermittlung der individuellen Leistungsfähigkeit eines jeden Geschwisterkindes*

Schritt 2 *Errechnung der Haftungsanteile der Geschwister*

Übersteigt der Bedarf des unterhaltsberechtigten Elternteils die Summe der zur Verfügung stehenden Mittel, so müssen die Kinder jeweils den gesamten Betrag einsetzen.⁶²⁶

Ist dagegen der Unterhaltsbedarf niedriger, so errechnet sich die Haftungsquote für jedes Kind folgendermaßen⁶²⁷:

Bedarf des Elternteils x für den Unterhalt einzusetzendes Einkommen des Pflichtigen

Summe aller einzusetzenden Beträge der Geschwister

Haftet eines der Kinder aus Vermögen, so ist dieses in Einkommen umzurechnen.⁶²⁸ Gleiches gilt dann, wenn eines der Geschwister seine Unterhaltungspflicht durch Betreuung leistet, um diesen ermittelten Betrag von seiner Barunterhaltungspflicht abziehen zu können.⁶²⁹

Hat der Elternteil gegenüber einem Geschwisterkind auf seinen Unterhalt verzichtet, beschränkt sich die Verzichtserklärung allein auf den auf dieses Kind entfallenen Haftungsanteil, und die anderen Geschwister haben den ausfallenden Anteil nicht auszugleichen.⁶³⁰

Gleiches gilt, wenn die Unterhaltsansprüche infolge gröblicher Vernachlässigung nur einzelner Kinder oder der schweren Verfehlung gegen ein Kind verwirkt sind.⁶³¹ Sie haften nur insoweit, als sie Unterhalt leisten müssten, wenn sich das von der Verwirkung betroffene Kind an den Unterhaltsleistungen zu beteiligen hätte.⁶³²

Scheitert die Inanspruchnahme eines Geschwisterkindes dagegen an dessen Leistungsfähigkeit, so müssen die anderen Geschwister aufgrund der anteiligen Haftung den Unterhaltsbedarf des Berechtigten bis zu ihrer eigenen Leistungsgrenze ohne dieses Kind sicherstellen.⁶³³

Gleiches gilt für ein verstorbenes Kind, dessen Haftungsanteil nach § 1606 Abs 2 BGB auf

⁶²⁶ Soyka, FPR 2003, 631.

⁶²⁷ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 151; Haufß, Elternunterhalt² Rz 318; Soyka, FPR 2003, 631.

⁶²⁸ Siehe hierzu oben 1. Kap 3.9.

⁶²⁹ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 151; nach Büttner, Belastungsgrenze beim Elternunterhalt, in FS Henrich (2000) 51 (59), soll in diesem Fall eine Barunterhaltungspflicht ganz entfallen.

⁶³⁰ Soyka, FPR 2003, 631.

⁶³¹ Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht² § 11 Rz 151.

⁶³² Soyka, FPR 2003, 631.

⁶³³ Büttner in FS Henrich 51 (60).

die Geschwister als nächste Verwandte übergeht.⁶³⁴ Die Ersatzhaftung nach § 1607 Abs 1 BGB greift in beiden Fällen erst dann ein, wenn die Gesamtsumme, mit denen die Geschwister haften, zur Bedarfsdeckung nicht ausreicht. In den Fällen kommt es zur Inanspruchnahme der entfernteren Verwandten. Sollte der Anspruch vom Sozialhilfeträger aus übergegangenem Recht geltend gemacht werden, so ist § 94 Abs 1 S 3 SGB XII zu beachten, wonach die Inanspruchnahme der Verwandten 2. Grades und entfernterer ausgeschlossen ist. Kommt es zu einer Ersatzhaftung eines Geschwisterkindes, weil gegen ein anderes Kind die Rechtsverfolgung im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, so steht dem leistenden Kind nach § 1607 Abs 2 S 2 BGB ein Ersatzanspruch gegen das nicht in Anspruch genommene Kind zu.

6.2. Ersatzhaftung der Nachkommen

Ist die Rechtsverfolgung gegen den Ehegatten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert, haften die Kinder als Verwandte ebenfalls vorrangig, § 1608 S 3 BGB iVm § 1607 Abs 2 S 1 BGB. Im Unterschied zu der Haftung bei Leistungsunfähigkeit des Ehegatten handelt es sich hierbei um eine Ersatzhaftung, bei der dem Unterhalt leistenden Kind ein Ersatzanspruch gegen den vorrangig haftenden Ehegatten aufgrund der Legalzession des § 1607 Abs 2 S 2 BGB zusteht.⁶³⁵

7. Auskunftsansprüche unter mehreren Unterhaltspflichtigen

Der Auskunftsanspruch ist das Mittel, Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten und des Berechtigten zu erlangen, um die Leistungsfähigkeit und die Bedürftigkeit bestimmen zu können.⁶³⁶

7.1. Auskunftsanspruch gegenüber dem bedürftigen Vorfahren

Der Auskunftsanspruch zwischen dem Unterhaltsberechtigten und dem Unterhaltspflichtigen in der Regel gesetzlich normiert.

Im Falle des Aszendentenunterhalts ergibt er sich zwischen dem unterhaltspflichtigen Nachkommen und dem bedürftigen Vorfahren als in gerader Linie Verwandte aus § 1605 Abs 1 BGB.

⁶³⁴ Gerhardt in Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein, FA-FamR⁶ Kap 6 Rz 207 d.

⁶³⁵ Siehe oben 1. Kap 2.7.2.

⁶³⁶ Kalthoener/Büttner/Niepmann, Unterhalt¹⁰ Rz 682.

7.2. Auskunftsanspruch gegenüber den Geschwistern

Darüber hinaus kann es aufgrund der anteiligen Haftung für das auf Unterhalt in Anspruch genommene Kind erforderlich werden, Informationen über die Einkommens- und Vermögensverhältnissen seiner Geschwister zu erlangen. Zwischen Geschwistern besteht jedoch gem § 1589 Abs 1 S 2 BGB keine Verwandtschaft in gerader Linie, sondern nur in der Seitenlinie.

Ein Auskunftsanspruch besteht auch dann, wenn zwischen den Beteiligten besondere rechtliche Beziehungen bestehen, die es mit sich bringen, dass der Auskunftsbegehrende entschuldbar über den Bestand oder Umfang eines Rechts im Unklaren und deshalb auf die Auskunft des Pflichtigen angewiesen ist, während dieser die Auskunft unschwer erteilen kann und dadurch nicht unbillig belastet wird.⁶³⁷

Dies folgt aus dem in § 242 BGB normierten Grundsatz von Treu und Glauben und gilt auch im Familienrecht.

Aufgrund der in § 1606 Abs 3 BGB verankerten anteiligen Unterhaltspflicht besteht ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Geschwistern, aus dem eine gegenseitige Auskunftspflicht über die jeweiligen Verhältnisse des anderen resultiert.⁶³⁸

Einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Ehegatten der Geschwister hat das zum Unterhalt verpflichtete Kind nicht, weil kein besonderes Rechtsverhältnis zu dem Verschwägerten besteht.⁶³⁹ Insbesondere sind Schwiegerkinder nicht unterhaltspflichtig.⁶⁴⁰

Deshalb ist der Unterhaltsschuldner darauf beschränkt, die notwendigen Informationen über die Einkommensverhältnisse der Ehegatten mittelbar von seinen Geschwistern zu erlangen.⁶⁴¹

Diese müssen jedenfalls insoweit Auskunft über ihre finanziellen Verhältnisse erteilen, als diese von Einkünften ihres Ehegatten mitbestimmt werden.⁶⁴² Das bedeutet, dass die Geschwister Auskunft über die Einkommensverhältnisse ihrer Ehe- oder Lebenspartner ertei-

⁶³⁷ BGH II ZR 149/52 BGHZ 10, 385 (387); IX ZR 943/80 BGHZ 82, 132 (137) = FamRZ 1982, 27 (28); XII ZR 229/00 FamRZ 2003, 1836 (1837) = NJW 2003, 3624.

⁶³⁸ BGH XII ZR 229/00 FamRZ 2003, 1836 (1837); *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Unterhalt¹⁰ Rz 684; *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 176; *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 5287.

⁶³⁹ BGH XII ZR 229/00 FamRZ 2003, 1836 (1838) (krit *Strohal*).

⁶⁴⁰ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 176.

⁶⁴¹ LG Braunschweig 4 S 43/97 FamRZ 1999, 457; *Klinkhammer in Eschenbruch/Klinkhammer*, Unterhaltsprozess⁴ Rz 5287.

⁶⁴² BGH XII ZR 229/00 FamRZ 2003, 1836 (1838) (krit *Strohal*).

len müssen, soweit dies notwendig ist, um das Familiengesamteinkommen ermitteln zu können.⁶⁴³

Da die Geschwister anteilig und nicht nach Kopfteilen haften, muss der bedürftige Elternteil bzw der Träger der Sozialhilfe substantiiert darlegen, in welcher Höhe das in Anspruch genommene Kind im Verhältnis zu seinen Geschwistern leisten muss.⁶⁴⁴ Fehlt es an den Feststellungen zu der Leistungsfähigkeit der Geschwister, ist das Unterhaltsbegehren nicht schlüssig und der Unterhaltspflichtige kann die verlangte Leistung zurückweisen.⁶⁴⁵

Jedoch genügt es der Darlegungs- und Beweislast, wenn der Unterhaltberechtigte aufzeigt, dass er alles ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, um die Haftungsanteile der Geschwister zu ermitteln.⁶⁴⁶

7.3. Auskunftsanspruch gegenüber dem Ehepartner des unterhaltsberechtigten Elternteils

Entsprechend dem Auskunftsanspruch zwischen Geschwistern ist dem in Anspruch genommenen Kind nach § 242 BGB ebenfalls ein Auskunftsanspruch gegen den Ehegatten des Elternteils zuzubilligen, denn im Gegensatz zu dem Ehegatten des Geschwisterkindes steht der Ehegatte des Elternteils nicht außerhalb des Unterhaltsrechtsverhältnisses, sondern schuldet dem bedürftigen Elternteil sogar vorrangig Unterhalt.⁶⁴⁷

8. Besonderheiten beim Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe

Insofern der Unterhaltsanspruch nicht durch die Eltern, sondern wie in den meisten Fällen durch den Sozialhilfeträger aus übergegangenem Recht gem § 94 SGB XII geltend gemacht wird, gelten die sozialhilferechtlichen Besonderheiten.⁶⁴⁸

8.1. Voraussetzungen des Anspruchsübergangs

Unterhaltsanspruch und Sozialhilfeleistung müssen kongruent sein⁶⁴⁹, deshalb geht der Unterhaltsanspruch nur in der Höhe über, in der Leistungen durch den Träger der Sozialhilfe

⁶⁴³ OLG München 26 UF 748/00 FamRZ 2002, 50 (51); BGH XII ZR 229/00 FamRZ 2003, 1836 (1838) (krit *Strohal*); *Klein* in *Weinreich/Klein*, FAKomm-FamR³ § 1601 Rz 77.

⁶⁴⁴ OLG Karlsruhe NJW 2004, 296 (298); *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 170.

⁶⁴⁵ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 171.

⁶⁴⁶ *Pauling* in *Wendl/Staudigl*, Unterhaltsrecht⁷ § 2 Rz 610.

⁶⁴⁷ *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 11 Rz 177.

⁶⁴⁸ An dieser Stelle sollen nur die wichtigsten Besonderheiten beim Elternunterhalt genannt werden. Siehe zu einer umfassenden Darstellung *Günther* in *Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12.

erbracht wurden, § 94 Abs 1 S 1 SGB XII. Des Weiteren muss der bürgerlich-rechtliche Unterhaltsanspruch bestehen und zeitgleich mit der sozialhilferechtlichen Aufwendung zusammenfallen, § 94 Abs 1 S 1 SGB XII.

Dagegen ist es unbeachtlich, ob die Hilfgewährung rechtmäßig war, jedoch kann der Unterhaltspflichtige bei rechtswidriger Gewährung gegen seine Inanspruchnahme erfolgreich geltend machen, dass keine unterhaltsrechtliche Bedürftigkeit bestehe.⁶⁵⁰

8.2. Ausschluss des Anspruchsübergangs

Ein Anspruchsübergang ist ausgeschlossen, wenn das unterhaltspflichtige Kind selbst sozialhilfebedürftig ist oder durch die Regresszahlungen selbst sozialhilfebedürftig werden würde, § 94 Abs 3 S 1 Nr 1 SGB XII (sog unterhaltsrechtliche Opfergrenze⁶⁵¹).

Zu beachten ist außerdem, dass die sozialrechtliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ausschließlich nach sozialhilferechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, weshalb beispielsweise fiktive Einkünfte nicht zu berücksichtigen sind.⁶⁵²

Eine Inanspruchnahme scheidet aus, wenn sie eine unbillige Härte darstellen würde, § 94 Abs 3 Nr 2 SGB XII.

Eine unbillige Härte liegt vor, wenn durch die Heranziehung aus sozialhilferechter Sicht soziale Belange vernachlässigt werden würden.⁶⁵³ Insoweit unterscheidet sich die unbillige Härte von den Verwirkungstatbeständen des § 1611 BGB, die von familiären Belangen geprägt sind.⁶⁵⁴

Im Elternunterhalt gibt es folgende, von Rechtsprechung und Literatur entwickelte Fallgruppen, bei deren Vorliegen von einer sozialen Härte ausgegangen werden kann:

⁶⁴⁹ *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12 Rz 20.

⁶⁵⁰ *Hußmann*, Elternunterhalt² 63.

⁶⁵¹ Mit Einführung des § 94 SGB XII ist die sozialhilferechtliche Vergleichsberechnung entfallen. Es ist umstritten, ob diese unterhaltsrechtliche Opfergrenze bei erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen anhand der sozialhilferechtlichen Bestimmungen (§§ 19ff SGB II) zu ermitteln ist und ihm deshalb der Betrag zu belassen ist, der einem Hilfesuchenden gewährt wird. Dagegen *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12 Rz 30ff, der auf den tatsächlichen Bedarf abstellt.

⁶⁵² *Günther in Schnitzler*, MAH Familienrecht² § 12 Rz 81.

⁶⁵³ BVerwG 5 C 35.78 BVerwGE 58, 209 (211); V C 3.67 BVerwGE 29, 229 (235); OLG Köln 25 UF 209/95 FamRZ 1997, 53.

⁶⁵⁴ *Wahrendorf in Grube/Wahrendorf*, SGB XII² § 94 Rz 29.

- Wenn der Unterhaltspflichtige den Berechtigten pflegt und abzusehen ist, dass durch die Inanspruchnahme die Pflegebereitschaft sinken würde und deshalb der Hilfeempfänger in Zukunft auf umfangreichere öffentliche Hilfe angewiesen wäre.⁶⁵⁵
- Wenn die Inanspruchnahme dem Grundsatz der familiengerechten Hilfe entgegenstehen würde, dh wenn die Geltendmachung eines nur geringfügigen Anspruchs eine nachhaltige Störung des Familienfriedens befürchten lässt, oder wenn dadurch das weitere Verbleiben des Hilfeempfängers im Familienverband gefährdet wäre.⁶⁵⁶
- Wenn der Unterhaltspflichtige den Unterhaltsberechtigten vor Eintritt der Sozialhilfe über das Maß seiner Unterhaltspflicht hinaus betreut und gepflegt hat, oder wenn eine ständige Heranziehung wegen eines durch Schwere und Dauer gekennzeichneten Bedarfs zu einer unzumutbaren Belastung der übrigen Familienmitglieder des Unterhaltspflichtigen führen würde.⁶⁵⁷
- Wenn beim Unterhaltspflichtigen eine Änderung der Verhältnisse eintritt, wie beispielsweise der Übergang in den Ruhestand.⁶⁵⁸
- Wenn die Familienbande zwischen dem Unterhaltsberechtigten und dem Unterhaltsverpflichteten überdurchschnittlich gelockert sind, so dass von einer Entfremdung ausgegangen werden kann.⁶⁵⁹

Wie im Falle der Verwirkung nach § 1611 BGB darf der Ausschluss des Regresses nach § 94 SGB XII nicht zu Lasten der anderen Unterhaltspflichtigen gehen.⁶⁶⁰

Des Weiteren sind Verwandte ab dem zweiten Grad gem § 94 Abs 1 S 3 1. HS SGB XII nicht mehr regresspflichtig, weshalb der Unterhaltsanspruch von Großeltern gegenüber ihren Enkeln praktisch keine Bedeutung hat.

Darüber hinaus kann der Träger der Sozialhilfe den Anspruchsübergang beschränken.⁶⁶¹ Zwar ist in Deutschland Sozialrecht in der Hauptsache Bundesrecht, denn der Bund hat bei der Gesetzgebung praktisch für alle im SGB genannten Bereiche von der konkurrierenden

⁶⁵⁵ BVerwG V C 54.69 BVerwGE 34, 219 (224).

⁶⁵⁶ BVerwG V C 54.69 BVerwGE 34, 219 (224); 5 C 35.78 BVerwGE 58, 209 (216).

⁶⁵⁷ BVerwG 5 C 35.78 BVerwGE 58, 209 (216).

⁶⁵⁸ *Hußmann*, Elternunterhalt² 72; OLG Koblenz 13 UF 192/00 FamRZ 2001, 1237 (1237).

⁶⁵⁹ BGH XII ZR 251/01 NJW 2004, 1283 = MDR 2004, 1001 = FamRZ 2004, 1097 (1098); *Schellhorn/Schellhorn*, Die Neuregelung des Übergangs von Unterhaltsansprüchen auf den Sozialhilfeträger, FuR 1993, 261 (266); BVerwG 5 C 35.78 BVerwGE 58, 209 (212); krit *Landzettel*, Die allgemeine Härteregelung des § 91 II S 2 BSHG in der aktuellen Rechtsprechung, FamRZ 2004, 1936 (1937).

⁶⁶⁰ *Hußmann*, Elternunterhalt² 74.

⁶⁶¹ *Appelt*, Elternunterhalt 117.

Zuständigkeit Gebrauch gemacht,⁶⁶² jedoch können die Sozialhilfeträger Richtlinien erlassen und üben auch eine allgemeine Verwaltungspraxis aus, die Einschränkungen hinsichtlich des Anspruchsübergangs enthalten können.⁶⁶³

8.3. Durchsetzung des Regressanspruchs

Der übergegangene Unterhaltsanspruch ist eine zivilrechtliche Forderung, sodass die Geltendmachung durch den Träger der Sozialhilfe keinen Verwaltungsakt darstellt.⁶⁶⁴ Nach § 94 Abs 5 S 3 SGB XII ist über die Ansprüche im Zivilrechtsweg zu entscheiden, sodass die Zivilprozessordnung in vollem Umfang Anwendung findet und somit auch der Beibringungsgrundsatz gilt⁶⁶⁵, dh die Parteien müssen sämtliche Tatsachen vortragen und beweisen, aus denen sie eine für sich günstige Rechtsfolge herleiten.⁶⁶⁶ Das zuständige Gericht ist das Familiengericht, so als würde der bedürftige Elternteil seine Ansprüche selbst geltend machen.⁶⁶⁷

⁶⁶² *Igl/Welti, Sozialrecht*⁸ (2007) Rz 14.

⁶⁶³ *Günther in Schnitzler, MAH Familienrecht*² § 12 Rz 92.

⁶⁶⁴ *Hußmann, Elternunterhalt*² 80.

⁶⁶⁵ *Münder in Münder, LPK-SGB XII*⁸ § 94 Rz 89.

⁶⁶⁶ *Münder, Der sozialhilferechtliche Übergang von Ansprüchen gegen zivilrechtlich Unterhaltspflichtige*, NJW 2001, 2201 (2209).

⁶⁶⁷ *Hußmann, Elternunterhalt*² 80.

2. Kapitel – Die Rechtslage in Österreich

1. Gesetzliche Grundlage

Nach § 143 Abs 1 ABGB schuldet das Kind seinen Eltern und Großeltern Unterhalt.

Diese in § 143 ABGB normierte Unterhaltspflicht folgt als unmittelbare Sanktion aus der gegenseitigen Beistandspflicht zwischen Eltern und ihren Kindern gem § 137 Abs 2 ABGB.⁶⁶⁸

Fraglich ist, ob der Unterhaltsanspruch allen Vorfahren zusteht, oder ob er auf die Eltern und Großeltern beschränkt ist.

Nach einer Ansicht⁶⁶⁹ sind nach § 143 ABGB alle Vorfahren in gerader Linie unterhaltsberechtig und alle Nachkommen in der Rangordnung ihrer Gradesnähe unterhaltspflichtig. Denn unter dem Namen Eltern werden gem § 42 ABGB in der Regel ohne Unterschied des Grades alle Verwandten in der aufsteigenden Linie, und unter dem Namen Kinder alle Verwandten in der absteigenden Linie begriffen.

Dagegen wendet eine andere Ansicht⁶⁷⁰ ein, dass der Gesetzestext des § 143 ABGB explizit Eltern und Großeltern nennt, sodass davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber damit eine Konkretisierung der Unterhaltspflicht gegenüber den Vorfahren vornehmen wollte. Aber auch die Spiegelbildlichkeit des § 143 ABGB zu den §§ 140 und 141 ABGB spricht gegen eine planwidrige Lücke, da eine Unterhaltspflicht der Urgroßeltern für die Urenkel ebenfalls nicht besteht.⁶⁷¹

Deshalb ist mE der zweiten Ansicht zuzustimmen, wonach die Unterhaltspflicht gegenüber den Aszendenten auf Kinder und Enkel begrenzt wird.⁶⁷²

Eine Unterhaltspflicht besteht gem § 143 Abs 1 ABGB dann, wenn aufseiten des Vorfahren mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit vorliegt und er seine frühere Unterhaltspflicht gegenüber dem nun in Anspruch genommenen Kind nicht gröblich verletzt hat. Des Weiteren müssen die Lebensverhältnisse des Vorfahren berücksichtigt werden und sein eigener angemessener Unterhalt darf nicht gefährdet werden.⁶⁷³ Um bestimmen zu können, ob der Elternteil in der Lage ist, sich selbst zu erhalten und in welcher Höhe das unterhaltspflichtige Kind

⁶⁶⁸ OGH 1 Ob 46/01y JBl 2001, 649.

⁶⁶⁹ *Schwimmann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁴ (2008) 153.

⁶⁷⁰ *Neuhauser* in *Schwimmann*, *ABGB I*³ (2005) § 140 Rz 2; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ (2008) § 143 Rz 3.

⁶⁷¹ *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 143 Rz 3.

⁶⁷² In der Praxis hat dieser Streit keine Bedeutung, weshalb es dazu auch keine Judikatur gibt.

⁶⁷³ *Schwimmann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁴ 155.

Leistungen zu erbringen hat, muss zunächst festgestellt werden, wie hoch der Bedarf des Elternteils ist.

2. Höhe des Bedarfs

Der Unterhalt dient zur Befriedigung des gesamten Lebensaufwandes.⁶⁷⁴ Dabei ist zu beachten, dass dem Elternteil der angemessene und nicht nur der notwendige Unterhalt geschuldet wird.⁶⁷⁵ Das ergibt sich aus dem Zusammenhang des Gesetzes.⁶⁷⁶ Da die Unterhaltspflichtung des Kindes aus der gegenseitigen Beistandspflicht resultiert, wäre es nicht verständlich, dem Deszendenten stets den angemessenen, dem Aszendenten aber nur den notwendigen Unterhalt zuzubilligen.⁶⁷⁷

Die Höhe des Bedarfs des Elternteils bestimmt sich sowohl nach den seinen Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnissen⁶⁷⁸ als auch nach den Lebensverhältnissen des Kindes.⁶⁷⁹

2.1. Angemessener Bedarf

Der angemessene Unterhalt dient nach einhelliger Meinung zur Befriedigung des gesamten Lebensaufwandes⁶⁸⁰, das bedeutet zur Deckung der (erlaubten) menschlichen Bedürfnisse. Dazu gehören insbesondere Nahrung, Wohnung⁶⁸¹ und Kleidung⁶⁸² sowie alle mit der Wohnung verbundenen Aufwendungen, insbesondere Heizung, Stromversorgung, Reinigung und Versicherungen. Aber auch Hygiene und medizinische Betreuung bestimmen den Bedarf.⁶⁸³ Darüber hinaus müssen auch die sonstigen Bedürfnisse wie Kultur, Erholung, soziale Belange und Freizeitgestaltung⁶⁸⁴, Benützung von Verkehrs- und Kommunikationsmitteln (Bus, Bahn, Telefon, Post, Radio und Fernseher, Computer, Internet) befriedigt werden können.

⁶⁷⁴ Neuhauser in Schwimann, ABGB I³ § 140 Rz 2.

⁶⁷⁵ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146 = AnwBl 1997/7416 = RZ 1998/61 = ÖA 1998, 239/U 233 = EFSIlg 83.820; Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ (2000) § 143 Rz 3.

⁶⁷⁶ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146; Steininger, Vermögensrechtliche Aspekte des neuen Kindschaftsrechts, in Ostheim (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/78 (1979) 29 (46 FN 86).

⁶⁷⁷ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146.

⁶⁷⁸ OGH 1 Ob 135/01 m EvBl 2001/200 (zust Gamerith/Hager/Kodek); Hopf in KBB² (2007) § 143 Rz 2.

⁶⁷⁹ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146; 1 Ob 135/01 m EvBl 2001/200 (zust Gamerith/Hager/Kodek); Pfersman, Bemerkenswertes aus der SZ 70/II, ÖJZ 2000, 81 (82); Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁴ 155; Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 143 Rz 3.

⁶⁸⁰ OGH 10 Ob 526/94 JBl 1995, 324 (325); Purtscheller/Salzmann, Unterhaltsbemessung unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Leitsatzjudikatur des OGH (1993) Rz 4.

⁶⁸¹ Gruber, Aufwendungen für die Familienwohnung – kein Unterhalt an die Kinder? in Harrer/Zitta (Hrsg), Familie und Recht (1992) 713.

⁶⁸² OGH 6 Ob 566/90 RZ 1993/43 = EFSIlg 62.351; 6 Ob 624/90 ÖA 1991, 53.

⁶⁸³ OGH 10 Ob 526/94 JBl 1995, 324 (325).

⁶⁸⁴ OGH 1 Ob 585/90 ÖA 1991, 100; 2 Ob 512/95 ÖA 1995, 153/U 129; LGZ Wien 44 R 345/93 EFSIlg 70.648.

2.2. Bedarf bei Unterbringung in einem Senioren- oder Pflegeheim

Zu dem angemessenen Unterhalt gehören gerade bei altersbedingt betreuungsbedürftigen Menschen auch die erhöhten Kosten eines menschenwürdigen Heimaufenthaltes und der notwendigen Pflege.⁶⁸⁵

Deshalb bestimmt sich bei einer Unterbringung in einem Senioren- oder Pflegewohnheim der Bedarf durch die Kosten des Heimes, insofern die Unterbringung in dieser Einrichtung notwendig ist.⁶⁸⁶

Notwendig ist der Aufenthalt in einem Heim nur dann nicht, wenn der unterhaltsbedürftige Elternteil in der Lage wäre, völlig auf sich allein gestellt in einer anderen Unterkunft zu wohnen und für sich zu sorgen.⁶⁸⁷

Für eine Unterbringung in einem Pflegeheim spricht regelmäßig ein ärztliches Attest, welches aber widerlegt werden kann.⁶⁸⁸ Sollte das Kind die Höhe der Kosten des Pflegeheimes bestreiten, so hat es substantiiert darzulegen, inwieweit die Kosten nicht dem Bedarf des Elternteils entsprechen. Insofern das Kind ein alternatives, gleich geeignetes aber kostengünstigeres Heim benennen kann, welches ebenfalls den Lebensverhältnissen des Elternteils entspricht, so sind im Einzelfall diese Kosten als bedarfsbestimmend zu berücksichtigen, wenn die Inanspruchnahme der kostengünstigeren Einrichtung dem Unterhaltsberechtigten möglich und zumutbar ist.⁶⁸⁹

Dabei obliegt es immer dem Tatrichter, die Höhe des individuellen Bedarfs zu beurteilen.⁶⁹⁰

Für die Deckung der nicht existenznotwendigen Bedürfnisse hat der unterhaltsberechtigte Elternteil einen Anspruch auf Taschengeld zur individuellen Befriedigung höchstpersönlicher Bedürfnisse.⁶⁹¹

Der Anspruch auf Taschengeld kann jedoch nicht zur Entstehung gelangen, wenn es dem Vorfahren aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr möglich ist, dieses zu verwenden.

⁶⁸⁵ VwGH 2001/11/0052 VwSlg 15782 A; VwGH 14.3.2008, 2004/10/0069; 16.10.2006, 2003/10/0057 mwN; 21.11.2005, 2002/10/0119.

⁶⁸⁶ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146.

⁶⁸⁷ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146.

⁶⁸⁸ *Haberl*, Der Regressanspruch des Sozialhilfeträgers, EF-Z 2007, 4 (5).

⁶⁸⁹ VwGH 24.6.2003, 2001/11/0267.

⁶⁹⁰ *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (5).

⁶⁹¹ LGZ Wien 44 R 827/93 EFSlg 70.649; *Thöni*, Geldunterhalt und Naturalunterhalt, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht 3 (11); *Gitschthaler*, Zum Anspruch des Kindes auf Taschengeld, NZ 1992, 145; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 1.

3. Mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit des Elternteils

Nachdem der Bedarf des Elternteils bestimmt ist, müssen Feststellungen dazu getroffen werden, ob die Einkünfte und das Vermögen des Vorfahren zur Deckung seiner Bedürfnisse ausreichen. Insoweit kommt in § 143 Abs 1 und 3 ABGB der Grundsatz der Selbstverantwortung zum Ausdruck, weil das Kind erst dann in Anspruch genommen werden darf, wenn der Elternteil zur Selbsterhaltung nicht imstande ist.

Keine Selbsterhaltungsfähigkeit im Sinne des § 143 ABGB liegt dann vor, wenn der Vorfahre nicht in der Lage ist, die seinen Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse⁶⁹² mit eigenen Mitteln zu befriedigen,⁶⁹³ weil er nicht hinreichend erwerbsfähig ist, kein ausreichendes Einkommen bezieht und nicht über ein Vermögen verfügt, dessen Verwertung ihm zumutbar ist.⁶⁹⁴

Nicht imstande sich selbst zu erhalten, ist der Aszendent etwa auch bei unzureichender Altersversorgung oder Pflegebedürftigkeit.⁶⁹⁵

Sollte der Elternteil eigene Einkünfte beziehen, die zur Befriedigung seiner konkreten Lebensbedürfnisse hinreichen, fehlt es demzufolge an einem von dem unterhaltspflichtigen Kind sicherzustellenden Bedarf.⁶⁹⁶ Gleiches gilt auch dann, wenn der Elternteil tatsächlich keine eigenen Einkünfte bezieht, dazu aber unter Einsatz seiner Fähigkeiten und Kräfte in der Lage wäre und daher als selbsterhaltungsfähig anzusehen ist.⁶⁹⁷

Bei unzureichender, dh teilweiser Selbsterhaltungsfähigkeit besteht demzufolge nur ein Teilanspruch, ein sog Ergänzungsanspruch⁶⁹⁸ in Höhe der Differenz zwischen dem Einkommen und dem angemessenen Unterhaltsbedarf. Das bedeutet, dass der Unterhalt des Elternteils vom Kind auf das nötige Ausmaß zu ergänzen ist⁶⁹⁹ und ein Unterhaltsanspruch im Umfang der Bedarfslücke besteht⁷⁰⁰.

Deshalb müssen die tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie vorrangige Unterhaltsansprüche des unterhaltsberechtigten Vorfahren ermittelt werden. Dabei ist

⁶⁹² Hierbei handelt es sich um den zuvor ermittelten Bedarf.

⁶⁹³ OGH 21.11.2006, 4 Ob 192/06 y; 1 Ob 135/01 m EvBl 2001/200 (zust *Gamerith/Hager/Kodek*); *Hopf* in KBB² § 143 Rz 2.

⁶⁹⁴ LGZ Wien 43 R 2115/84 EFSlg 45.712.

⁶⁹⁵ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 143 Rz 1.

⁶⁹⁶ *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*² (2008) Rz 356.

⁶⁹⁷ OGH 6 Ob 515/92 ÖA 1992, 151/UV 45.

⁶⁹⁸ *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 143 Rz 1; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 143 Rz 1.

⁶⁹⁹ OGH 1 Ob 583/30 SZ 12/150.

⁷⁰⁰ OGH 4 Ob 192/06y JusGuide 2007/03/4141.

zu beachten, dass eigene Mittel den Unterhaltsanspruch nicht unmittelbar vermindern, sondern auf den konkreten Bedarf anzurechnen sind.⁷⁰¹

3.1. Einkommen des unterhaltsberechtigten Vorfahren

Insofern der unterhaltsberechtigte Vorfahre eigene Einkünfte erzielt, sind diese zur Deckung seines Bedarfs in voller Höhe anzurechnen.⁷⁰²

Maßgebliches Einkommen sind alle Einnahmen des Unterhaltsberechtigten in Geld, Naturalien oder geldwerten Leistungen aus Vermögenserträgen, freiwilligen Drittleistungen, Renten oder aus Erwerbstätigkeit, über die er verfügen kann oder die zumindest seine Bedürfnisse verringern.⁷⁰³

Die Unterhaltsberechtigung wird nicht schon durch den Bezug eines über der Höhe der Ausgleichszulage liegenden Einkommens ausgeschlossen.⁷⁰⁴ Denn bei überdurchschnittlichem Einkommen kann der angemessene Bedarf auch darüber liegen.⁷⁰⁵ Vielmehr ist die Frage der Selbsterhaltungsfähigkeit in jedem einzelnen Fall zu prüfen.⁷⁰⁶

Bezüglich der Selbsterhaltungsfähigkeit der Vorfahren kann mit einigen Abweichungen auf die Grundsätze, die bei der Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit der Kinder beim Deszendentenunterhalt gem § 140 Abs 3 ABGB gelten, zurückgegriffen werden.⁷⁰⁷

3.1.1. Einkünfte aus Erwerbstätigkeit

Der Vorfahre hat zur Deckung seines Bedarfs alle ihm zur Verfügung stehenden Einnahmen einzusetzen. Dabei kann sich Einkommen sowohl aus dem Arbeitsverdienst als auch aus selbständiger Beschäftigung ergeben.

Bei der Unterhaltsberechnung ist nur das tatsächliche Nettoeinkommen⁷⁰⁸ des unterhaltsberechtigten Elternteils zu berücksichtigen, dh sein Gesamteinkommen nach Abzug der einkommensgebundenen Steuern, Soziallasten und öffentlichen Abgaben.⁷⁰⁹

⁷⁰¹ Siehe dazu bei dem Eigeneinkommen eines unterhaltsberechtigten Kindes: *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 140 Rz 11.

⁷⁰² *Neuhauser in Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 3; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 1, § 141 Rz 1.

⁷⁰³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 117; *Schwimann/Ferrari in Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 43.

⁷⁰⁴ OGH 3 Ob 157/05 t Zak 2006/13.

⁷⁰⁵ *Neuhauser in Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 3.

⁷⁰⁶ OGH 3 Ob 157/05 t Zak 2006/13.

⁷⁰⁷ VwGH 97/08/0390 ÖJZ 2001/25 (*Hnatek*).

⁷⁰⁸ OGH 6 Ob 586/93 ÖA 1994, 101/U 96; 3 Ob 2200/96 t ÖA 1997, 123/U 176.

⁷⁰⁹ *Neuhauser in Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 51.

Zum Einkommen gehört bei abhängig Beschäftigten das Arbeitseinkommen im weitesten Sinn. Dazu zählen unter anderem das 13. und 14. Monatsgehalt, Überstundenvergütung⁷¹⁰ sowie Trinkgelder⁷¹¹ und Abfertigungen⁷¹².

Einkünfte aus über-obligatorischer bzw unzumutbarer Tätigkeit sind im Rahmen des Elternunterhalts ebenfalls bedarfsmindernd zu berücksichtigen.⁷¹³ Denn es ist kein Grund ersichtlich, dem Elternteil diese Einkünfte anrechnungsfrei zu belassen und damit das verpflichtete Kind in höherem Maße in Anspruch zu nehmen.

Gleiches muss für tatsächliche Einnahmen aus unsittlicher oder verbotener Tätigkeit sowie aus Spiel gelten, denn von Rechtsprechung und Gesetzgebung wird die Unterhaltspflicht gegenüber den Vorfahren als Ausnahme verstanden, die nicht auf gleicher Stufe mit dem Kindesunterhalt steht.⁷¹⁴ Deshalb trifft den Vorfahren auch eine gesteigerte Obliegenheit, eigene Einkünfte zur Deckung des Bedarfs einzusetzen.

Bei selbständig Erwerbstätigen ist nicht der steuerliche, sondern der tatsächlich verbleibende Reingewinn als Einkommen anzusetzen.⁷¹⁵ Sollten die Privatentnahmen, dh alle nicht betrieblichen Bar- und Naturalentnahmen, den Reingewinn übersteigen, so sind diese maßgeblich.⁷¹⁶ Jedoch unterscheidet sich das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen von dem steuerpflichtigen Einkommen.⁷¹⁷

Da das Steuerrecht im Gegensatz zum Unterhaltsrecht nur bestimmte Einkunftsarten berücksichtigt, eine Anzahl von Einnahmen steuerfrei lässt und pauschale Abschreibungen zulässt, ist das unterhaltsrechtlich bedeutsame Einkommen in der Regel höher, weshalb Einkommensteuerbescheide als Einkommensnachweise allein nicht ausreichen.⁷¹⁸ Vielmehr kommt es auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse im Einzelfall an.

⁷¹⁰ LGZ Wien 23.9.1999 EFSIlg 89.074.

⁷¹¹ OGH 1 Ob 594/90 ÖA 1991, 78; 7 Ob 302/99 h EFSIlg 89.023.

⁷¹² OGH 1 Ob 224/98 t ÖA 1999, 120/U 269 = EFSIlg 86.368; 7 Ob 232/01 w EFSIlg 95.571; *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 140 Rz 60.

⁷¹³ Siehe die umfassende Aufzählung von anrechenbarem Einkommen bei *Neuhauser* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 140 Rz 60.

⁷¹⁴ OGH 4 Ob 513/96 SZ 69/77 = ÖA 1996, 199 = EFSIlg 80.111; OGH 21.11.2006, 4 Ob 192/06y.

⁷¹⁵ *Koch* in *KBB*² § 94 Rz 10, 13 und § 140 Rz 13; dabei weist Koch darauf hin, dass beim unterhaltsberechtigten selbständig Tätigen die gleichen Grundsätze wie beim Unterhaltspflichtigen gelten müssen.

⁷¹⁶ OGH 4 Ob 129/02 b ÖA 2002, 257/U 365.

⁷¹⁷ OGH 3 Ob 89/97 b EvBl 1997/175 (*Gamerith/Hager/Kodek*) = JBl 1997, 647.

⁷¹⁸ OGH 3 Ob 89/97 b JBl 1997, 647; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 5 und 8.

3.1.2. Bezüge aus früherer Erwerbstätigkeit

Stehen dem Aszendenten Einkünfte zur Verfügung, die er aufgrund einer früheren Erwerbstätigkeit erhält, wie beispielsweise eine öffentlich-rechtliche oder private Alterspension sowie eine Berufsunfähigkeitspension, hat er diese ebenfalls in vollem Umfang zur Bedarfsdeckung einzusetzen.⁷¹⁹ Gleiches gilt für alle Renten, die der unterhaltsberechtigte Vorfahre bezieht.⁷²⁰ Dazu gehören unter anderem die Invaliden- oder Versehrtenrente⁷²¹, aber auch eine Unfallrente⁷²².

Das Arbeitslosengeld und die Notstandshilfe zählen ebenfalls zum Einkommen des Unterhaltsberechtigten.⁷²³

Ebenso sind Abfertigungen, die im Zusammenhang mit der früheren Erwerbstätigkeit gezahlt wurden, bedarfsmindernd anzurechnen.⁷²⁴ Es stellt sich die Frage, in welcher Form Abfertigungen dem Einkommen hinzugerechnet werden, denn aufseiten des Unterhaltspflichtigen werden Abfertigungen regelmäßig unter Beachtung ihrer Höhe und den sonstigen Umständen des Einzelfalles auf das monatliche Einkommen aufgeteilt.⁷²⁵

Beim Aszendentenunterhalt müssen mE aufseiten des Berechtigten aufgrund des Ausnahmecharakters dieser Unterhaltspflicht andere Kriterien gelten. Die Abfertigung muss als Vermögen in vollem Umfang zur Bedarfsdeckung eingesetzt werden, wenn davon auszugehen ist, dass der Elternteil keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgehen wird. Denn der Gesetzgeber hat durch die Nachrangigkeit des Aszendentenunterhalts deutlich gemacht, dass die Vorfahren in erster Linie selbst für ihre Bedarfsdeckung zu sorgen haben. Aber auch die Rechtsprechung hat diesen Ausnahmecharakter immer wieder bestätigt.⁷²⁶ Deshalb wäre es nicht verständlich, dem Vorfahren Abfertigungen auf mehrere Monate anzurechnen und somit ein Vermögen zu belassen, während die nachrangig haftenden Deszendenten für den Unterhalt aufkommen müssen.

Deshalb sind Abfertigungen als Vermögen in voller Höhe auf den Bedarf anzurechnen.

⁷¹⁹ LGZ Wien 45 R 591/76 EFSIlg 26.081.

⁷²⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 9.

⁷²¹ OGH 1 Ob 260/97 k ÖA 1998, 124/U 222.

⁷²² LGZ Wien 42 R 94/00 k EFSIlg 92.182.

⁷²³ OGH 5 Ob 505/91 RZ 1992/87; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 8.

⁷²⁴ OGH 1 Ob 224/98 t ÖA 1999, 120/U 269 = EFSIlg 86.368; 7 Ob 232/01 w EFSIlg 95.571; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 60.

⁷²⁵ *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 60.

⁷²⁶ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146.

3.2. Verpflichtung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, sog Anspannung

Problematisch ist die Frage, ob die Vorfahren zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet sind, um sich selbst erhalten zu können.

Im Unterhaltsrecht gilt generell der Anspannungsgrundsatz.⁷²⁷ Demnach muss sich sowohl der Unterhaltsschuldner als auch der Unterhaltspflichtige unter bestimmten Voraussetzungen an jenem Einkommen messen lassen, das er bei zumutbarer Ausschöpfung seiner Möglichkeiten („Anspannung seiner Kräfte“) zu erzielen in der Lage wäre.⁷²⁸

Da die Selbsterhaltungsfähigkeit von Eltern ähnlich wie die von bereits selbständig gewesenen Kindern zu beurteilen ist, können die Grundsätze, die beim Kindesunterhalt entwickelt wurden, auch im Rahmen des Aszendentenunterhaltes herangezogen werden.⁷²⁹

Kinder, die bereits in der Lage waren, ihren Bedarf selbst zu erwirtschaften, ist die Anspannung ihrer Kräfte zum Erwerb des eigenen Unterhalts zuzumuten.⁷³⁰ Demzufolge muss auch der Vorfahre seine Kräfte zur Selbsterhaltung anspannen. Dabei trifft ihn die Erwerbsobliegenheit regelmäßig bis zum Regelpensionsalter von 65 Jahren⁷³¹.

Fraglich ist, ob die pensionsrechtliche Regelarbeitsgrenze eine absolute Obergrenze für die Erwerbsobliegenheit darstellt.

Dagegen sprechen vor allem die immer wieder aufkommenden rentenrechtlichen Diskussionen über die Anhebung des Pensionsalters. Auch ein Blick zu den Nachbarländern zeigt, dass vor allem fiskalische Gesichtspunkte diese Grenze bestimmen und nicht die Ansicht des Gesetzgebers, dass nach Erreichen eines bestimmten Alters allgemein keine Arbeitsfähigkeit mehr gegeben ist. Denn beispielsweise hat der Gesetzgeber in Deutschland die rentenrechtliche Altersgrenze in den vergangenen Jahren auf nunmehr 67 Jahre sowohl für Frauen als auch für Männer angehoben.⁷³²

Aufgrund von Gleichstellungserwägungen hat auch der österreichische Gesetzgeber eine Anhebung der Altersgrenze für die Alterspension für Frauen ab dem Jahr 2019 bzw 2024 vorgesehen, § 1 Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten.

⁷²⁷ OGH 2 Ob 532/91 JBl 1992, 173 (krit *Hoyer*); *Purtscheller/Salzmann*, Unterhaltsbemessung Rz 259.

⁷²⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 52.

⁷²⁹ VwGH 97/08/0390 VwSlg 15323 A mwN.

⁷³⁰ VwGH 97/08/0390 VwSlg 15323 A mwN.

⁷³¹ Art 1 § 4 Allgemeines Pensionsgesetz, wobei für Frauen (noch) ein Pensionseintrittsalter von 60 Jahren gilt.

⁷³² Siehe oben 1. Kap 2.3.

Deshalb bedarf es immer einer Prüfung der Zumutbarkeit im Einzelfall durch das Gericht. Bei den subjektiven Fähigkeiten für die Zumutbarkeit sind der Gesundheitszustand, das Alter, die Ausbildung, die körperliche und geistige Verfassung und die familiäre Belastung, aber auch die Art früherer Beschäftigungen sowie die Länge der Zeit, während der keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde, zu berücksichtigen.⁷³³ Dabei sind grundsätzlich auch Hilfsarbeitertätigkeiten in Betracht zu ziehen.⁷³⁴

Die Verletzung der Erwerbsobliegenheit muss dabei schuldhaft, dh vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen.⁷³⁵ Der Unterhaltspflichtige muss demnach in Kenntnis seiner Selbsterhaltungspflicht das Fehlen seines Einkommens oder das Mindereinkommen verschuldet haben.⁷³⁶

Demzufolge kommt nur eine Anspannung auf ein fiktives Einkommen in Betracht, wenn ein Arbeitsplatz aus objektiven Gründen nicht zu erlangen ist und subjektiv vergebliche Bemühungen unternommen worden sind.⁷³⁷

Kommt ein Vorfahre trotz Zumutbarkeit seiner Erwerbsobliegenheit nicht nach, insbesondere dadurch, dass nicht oder nicht ausreichende Anstrengungen bei der Suche nach einem geeigneten Arbeitsplatz unternommen werden, wird ihm ein fiktives Einkommen aus der Anspannungsobliegenheit angerechnet.⁷³⁸

Die Höhe des fiktiven Einkommens bemisst sich nach den realen Erwerbschancen und darf nicht pauschal nach dem bisher erzielten Einkommen bemessen werden.⁷³⁹

Das fiktive Einkommen mindert den Unterhaltsanspruch des Elternteils entsprechend⁷⁴⁰ oder schließt ihn gänzlich aus⁷⁴¹.

Die Frage, ob eine Erwerbsobliegenheit des Elternteils besteht, dh ob eine Anspannung auf ein fiktives Einkommen zu erfolgen hat, ist praktisch jedoch nur von geringer Bedeutung. Dies folgt daraus, dass der Elternunterhalt vor allem auf der Pflegebedürftigkeit des Elternteils beruht. Die Pflegebedürftigkeit schließt aber eine Erwerbsfähigkeit regelmäßig aus.⁷⁴²

⁷³³ OGH 1 Ob 2330/96 w. ÖA 1998, 20/U 199; *Gitschthaler*, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht – 20 Jahre später, ÖJZ 1996, 553 (556); *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 53.

⁷³⁴ VwGH 97/08/0390 VwSlg 15323 A mwN; OGH 3 Ob 7/97 v. ÖA 1998, 158 = EFSIlg 83.718.

⁷³⁵ OGH 7 Ob 210/05 s. Zak 2006/10; 1 Ob 23/02 t. EFSIlg 99.544; 2 Ob 250/97 x. ÖA 1998, 68.

⁷³⁶ OGH 1 Ob 599/90 SZ 63/74; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553 (555f); *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 162.

⁷³⁷ VwGH 97/08/0390 ÖJZ 2001/25 (*Hnatek*).

⁷³⁸ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 53.

⁷³⁹ OGH 6 Ob 530/92 ÖA 1992, 147/U 63; 2 Ob 108/02 z. EFSIlg 99.527; *Gitschthaler*, Einige aktuelle Probleme des Kindesunterhaltsrechts, ÖJZ 1994, 10 (14).

⁷⁴⁰ So auch bei Ehegatten: *Schwimmann/Ferrari* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 94 Rz 38.

⁷⁴¹ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 126.

⁷⁴² *Haberl*, EF-Z 2007, 4.

3.3. Öffentlich-rechtliche Leistungen

Zum Einkommen des Unterhaltsberechtigten zählen des Weiteren alle öffentlichrechtlichen Sozialleistungen, soweit sie nicht einen bestimmten Mehrbedarf abdecken oder subsidiär sind.⁷⁴³

3.3.1. Die Ausgleichszulage, Wohn- und Mietzinsbeihilfen

Die Ausgleichszulage⁷⁴⁴ sowie die Wohn- und Mietzinsbeihilfen⁷⁴⁵ gelten als anrechenbares Einkommen, weil sie nicht subsidiär sind und auch üblicherweise keinen Mehrbedarf abdecken.

3.3.2. Sozialhilfe

Ob die Sozialhilfe anrechenbares Einkommen des Unterhaltsberechtigten darstellt, hängt von den sozialhilferechtlichen Regelungen der einzelnen Bundesländer ab⁷⁴⁶, denn die Gewährung von Sozialhilfe ist in Österreich Sache der Bundesländer. Dies folgt daraus, dass der Bund von seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz nach Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG iVm der Ausführungskompetenz der Länder nach Art 15 Abs 6 B-VG keinen Gebrauch gemacht hat. Deshalb haben die Länder jeweils unterschiedliche Gesetze zur Gewährung der Sozialhilfe⁷⁴⁷ erlassen.

Die Sozialhilfe dient in allen Bundesländern gleichermaßen dem Zweck der Führung eines menschenwürdigen Lebens⁷⁴⁸. Ebenso gilt in allen Bundesländern der Grundsatz der Subsidiarität, denn Sozialhilfe soll als Ultima Ratio nur dann geleistet werden, wenn keine anderen Hilfsmöglichkeiten mehr gegeben sind und keine Selbsthilfe möglich ist.⁷⁴⁹

Insbesondere ist der Hilfebedürftige gehalten, im Rahmen seiner Möglichkeiten einer Erwerbstätigkeit nachzugehen⁷⁵⁰ bzw sein Vermögen zur Bedarfsdeckung einzusetzen⁷⁵¹. Darüber hinaus sind Leistungen Dritter, insbesondere Unterhaltsleistungen, vorrangig.⁷⁵²

⁷⁴³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 119; *Purtscheller/Salzmann*, Unterhaltsbemessung Rz 39.

⁷⁴⁴ OGH 6.9.1995 1 Ob 570/95.

⁷⁴⁵ OGH 24.6.2005 1 Ob 65/05 y; *Koch* in KBB² § 94 Rz 14.

⁷⁴⁶ *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 56.

⁷⁴⁷ In Tirol handelt es sich um die Grundsicherung, in Kärnten um die so genannte Mindestsicherung.

⁷⁴⁸ Diese Zielsetzung normieren alle Länder in § 1 der jeweiligen Sozialhilfegesetze bzw des Gesetzes über die Grundsicherung in Tirol und des Gesetzes über die Mindestsicherung in Kärnten.

⁷⁴⁹ Dies gilt in allen Bundesländern gleichermaßen, § 2 Abs 1, § 7 Abs 1 BgldSHG, § 5 K-MSG, §§ 4, 5 Abs 1 StmkSHG; § 2 Abs 1, § 9 Abs 1 NÖSHG; § 2 Abs 5, § 7 Abs 1 OÖSHG; § 6 Abs 1, § 7 SbgSHG; § 1 Abs 3, § 2 Abs 5, § 3 TGSG; § 1 Abs 3 VbgSHG; § 8 Abs 1 WSHG.

⁷⁵⁰ Siehe hierzu § 14 Abs 1 BgldSHG; § 6 StmkSHG; §§ 8, 9 SbgSHG; § 9 Abs 1 WSHG; § 10 Abs 1 OÖSHG; § 5 Abs 1 K-MSG; § 2 Abs 5 a, § 3 Abs 3 TGSG; § 8 Abs 1 und 2 VbgSHG; § 14 Abs 1 NÖSHG.

Aus diesem Subsidiaritätsgrundsatz folgt, dass Sozialhilfe nicht als Einkommen berücksichtigt werden kann.⁷⁵³ Denn wenn die Sozialhilfe bedarfsmindernd berücksichtigt werden würde, liefen Unterhaltsansprüche gegenüber Ehegatten oder Verwandten regelmäßig ins Leere, da Selbsterhaltungsfähigkeit gegeben wäre. Dies wiederum soll die Nachrangigkeit der Sozialhilfe gerade verhindern.

Deshalb ist die Sozialhilfe grundsätzlich kein unterhaltsrelevantes Einkommen, wenn in den landesgesetzlichen Regelungen der Empfänger der Sozialhilfe zum Rückeratz⁷⁵⁴ verpflichtet oder ein Regressanspruch gegen den vorrangig Unterhaltspflichtigen vorgesehen ist.⁷⁵⁵

Jedoch stellt sich die Frage, ob subsidiäre Sozialleistungen dann bedarfsmindernd zu berücksichtigen sind, wenn die Gefahr einer Doppelversorgung besteht. Das wäre dann der Fall, wenn der Bedarf des Elternteils durch Sozialhilfeleistungen gedeckt wird, dem Träger der Sozialhilfe gegen den vorrangig Unterhaltspflichtigen jedoch kein Ersatzanspruch zustünde. Besondere Relevanz hat diese Problematik in Bundesländern ohne einen sozialhilferechtlichen Ersatzanspruch gegen die Kinder des Hilfeempfängers, dh in Wien⁷⁵⁶, Salzburg⁷⁵⁷, Oberösterreich⁷⁵⁸ und seit 2008 auch in Vorarlberg⁷⁵⁹ und der Steiermark⁷⁶⁰.

Bleibe es nämlich bei der Subsidiarität und demzufolge einem nicht gedeckten Bedarf während des Empfangs von Sozialleistungen, ergäbe sich ein doppelt gedeckter Bedarf, wenn es dem Hilfeempfänger gelänge, aus einem obsiegenden Urteil später gegen den vorrangigen Unterhaltsschuldner zu vollstrecken.

Grundsätzlich darf keine Doppelversorgung eintreten, aber der Unterhaltsverpflichtete soll durch die Gewährung der Sozialhilfe auch nicht entlastet werden.⁷⁶¹

⁷⁵¹ Dies gilt jedoch nur, wenn eine Vermögensverwertung zumutbar ist, § 2 Abs 5 b, § 3 Abs 4 TGSG; § 9 OÖSHG; § 6 Abs 1 K-MSG; § 5 StmkSHG; § 13 BgldSHG; § 8 Abs 3 VbgSHG; § 15 NÖSHG; § 10 WSHG.

⁷⁵² § 8 Abs 1 WSHG; § 7 Abs 1 BgldSHG; § 5 Abs 1 K-MSG; § 2 Abs 5 OÖSHG; § 1 Abs 2 TGSG; § 1 Abs 3 b, § 8 Abs 4 S 2 VbgSHG; § 2 Nr 1 NÖSHG; § 4 Abs 1 StmkSHG.

⁷⁵³ *Neuhauser in Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 88; OLG Wien 12 R 118/85 EFSlg 47.476; LGZ Wien 44 R 3556/83 EFSlg 42.590; 43 R 2168/84 EFSlg 44.872.

⁷⁵⁴ Das gilt für die Bundesländer Burgenland, Kärnten, Niederösterreich und Tirol.

⁷⁵⁵ OGH 8 Ob 126/03 t EFSlg 106.915; *Neuhauser in Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 56.

⁷⁵⁶ Nach § 29 Abs 2 WSHG dürfen Verwandte in absteigender Linie nicht zum Ersatz für aufgewendete Sozialhilfeleistungen herangezogen werden.

⁷⁵⁷ § 44 Abs 2 SbgSHG schließt die Ersatzpflicht von Kindern für ihre Eltern ausdrücklich aus.

⁷⁵⁸ Nach § 47 Abs 3 OÖSHG werden volljährige Kinder für soziale Hilfe, die ihren Eltern in einer stationären Einrichtung sowie nach Vollendung des sechzigsten Lebensjahres geleistet wird, nicht zum Ersatz herangezogen.

⁷⁵⁹ § 10 Abs 1 VbgSHG.

⁷⁶⁰ § 28 Abs 2 StmkSHG, der die Ersatzpflicht von Kindern normierte ist entfallen.

⁷⁶¹ OGH 8 Ob 126/03 t EFSlg 106.915.

Deshalb wird in Fällen, in denen dem Sozialhilfeträger kein Ersatzanspruch gegen den Unterhaltspflichtigen nach landesrechtlicher Regelung zusteht, die Sozialhilfe als Einkommen des Unterhaltsberechtigten gewertet.⁷⁶² Dadurch entfällt zwar nicht der Unterhaltsanspruch, aber ein Bedürfnis nach Unterhalt besteht aufgrund der Bedarfsdeckung auch nicht und eine Doppelversorgung wird ausgeschlossen.⁷⁶³ Jedoch kann es in Einzelfällen zu einer Privilegierung des zahlungsunwilligen bzw säumigen Unterhaltsschuldners kommen.

3.3.3. Bundespflegegeld

Das Bundespflegegeld wurde zur Absicherung des Pflegefallrisikos und zur Reduzierung der damit zusammenhängenden Belastungen für den Pflegebedürftigen und seiner Angehörigen zum 1.7.1993 eingeführt.

Da das Pflegegeld in der Regel gem § 18 Abs 1 BPGG als Geldleistung⁷⁶⁴ an den pflegebedürftigen Elternteil ausgezahlt wird, stellt sich die Frage, ob es unterhaltsrechtlich als Einkommen zu werten ist.

Gemäß § 1 BPGG hat Pflegegeld den Zweck, pflegebedingte Mehraufwendungen pauschaliert abzugelten, um pflegebedürftigen Personen so weit wie möglich die notwendige Betreuung und Hilfe zu sichern sowie die Möglichkeit zu verbessern, ein selbstbestimmtes, bedürfnisorientiertes Leben zu führen. Das Pflegegeld dient demzufolge zur Abdeckung der pflegebedingten Mehraufwendungen und steht deshalb nicht zur Deckung des Lebensbedarfs zur Verfügung. Demzufolge ist das Pflegegeld auch kein unterhaltsrelevantes Einkommen des Unterhaltsberechtigten.⁷⁶⁵

Eine Ausnahme kann nur insoweit gelten, als im Umfang des gewährten Pflegegeldes kein durch pflegebedingten Mehraufwand bedingter Unterhaltsbedarf besteht.⁷⁶⁶

Insofern eine Pflegestufe⁷⁶⁷ mithilfe eines ärztlichen Sachverständigengutachtens festgestellt wurde, ist regelmäßig davon auszugehen, dass dem pflegebedürftigen Vorfahren auch ein pflegebedingter erhöhter Mehraufwand entsteht, zu dessen Befriedigung das Pflegegeld vollständig verzehrt wird. Bestreitet das unterhaltspflichtige Kind dagegen die völlige

⁷⁶² OGH 7 Ob 642/88 RZ 1990/24; 8 Ob 126/03 t EFSIlg 106.915.

⁷⁶³ OGH 8 Ob 548/82 SZ 55/129; OGH 3 Ob 603/86 SZ 60/71.

⁷⁶⁴ Gemäß § 20 BPGG kann das Pflegegeld nur dann ausnahmsweise als Sachleistung gewährt werden, wenn mithilfe der Geldleistung der mit der Gewährung verbundene Zweck nicht erreicht werden kann.

⁷⁶⁵ OGH 8 Ob 164/06 k MietSlg 59.481.

⁷⁶⁶ VwGH 2001/11/0052 VwSlg 15782 A.

⁷⁶⁷ Es gibt 7 Pflegestufen, die jeweils mit einem pauschalen Betrag abgegolten werden, § 4 BPGG.

Verwendung des Pflegegeldes für den pflegebedingten Mehraufwand, so trifft es diesbezüglich die Darlegungs- und Beweislast.

Besonderheiten ergeben sich, wenn der bedürftige Elternteil in einem Pflege- oder Altenheim untergebracht ist. Das Pflegegeld wird nur dann an den Pflegebedürftigen in voller Höhe selbst ausgezahlt, insofern es ihm möglich ist, die gesamten Kosten des Heimaufenthaltes selbst zu tragen.⁷⁶⁸ Bei diesen sog Selbstzahlern⁷⁶⁹ gelten die gleichen Grundsätze wie bei pflegebedürftigen Aszendenten, die noch in einem eigenen Haushalt leben.

Müssen die Kosten für die stationäre Pflege dagegen von einer öffentlichen Institution⁷⁷⁰ ganz oder teilweise finanziert werden, so steht der Auszahlungsanspruch für das Pflegegeld gem § 13 BPGG diesem Leistungserbringer zu. Jedoch ist der Anspruch der Institution auf 80 % des Bundespflegegeldes begrenzt. Dem pflegebedürftigen Elternteil steht nurmehr ein Anspruch auf Taschengeld in Höhe von 10 % des Pflegegeldes zu. Dieses Taschengeld dient zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse wie dem Kaufen von Zeitschriften, Hygieneartikeln oder Geschenken für Verwandte und Freunde sowie für Körperpflege und Friseur.⁷⁷¹

In diesem Fall zählt das Pflegegeld ebenfalls nicht als Einkommen, weil dadurch der pflegebedingte Mehraufwand gedeckt wird und die Zahlung nicht an den Pflegebedürftigen selbst ergeht.

3.3.4. Landespflegegeld

Bezieht ein pflegebedürftiger Elternteil Pflegegeld nach den Landespflegegesetzen⁷⁷², so ist dies ebenfalls nicht als Einkommen anzurechnen. Dies gilt sowohl bei Bezug des Landespflegegeldes zur Deckung eines pflegebedingten Mehraufwandes bei häuslicher Pflege als auch bei Heimunterbringung.⁷⁷³

Denn auch mit dem Landespflegegeld wird ein pflegebedingter Mehraufwand abgedeckt.

3.3.5. Pflegezulagen und Blindenzulagen

Pflegezulagen, der Hilflosenzuschuss, das Behindertengeld sowie Blindenzulagen werden zur

⁷⁶⁸ Greifeneder/Liebhart, Pflegegeld² (2008) Rz 676.

⁷⁶⁹ OGH 10 Ob S 64/07 w EF-Z 2007/117.

⁷⁷⁰ Üblicherweise ist das der Träger der Sozialhilfe.

⁷⁷¹ Haberl, EF-Z 2007, 4 (5).

⁷⁷² Burgenländisches Pflegegeldgesetz (BgldPgg); Kärntner Pflegegeldgesetz (KtnPgg); Niederösterreichisches Pflegegeldgesetz (NÖPgg); Oberösterreichisches Pflegegeldgesetz (OÖPgg); Salzburger Pflegegeldgesetz (SbgPgg); Steiermärkisches Pflegegeldgesetz (StmkPgg); Tiroler Pflegegeldgesetz (TirPgg); Vorarlberger Pflegegeldgesetz (VbgPgg); Wiener Pflegegeldgesetz (WPgg).

⁷⁷³ Ist der pflegebedürftige Elternteil in einem Heim untergebracht, so gelten die gleichen Besonderheiten wie beim Bundespflegegeld.

Abgeltung eines Mehrbedarfs geleistet und sind deshalb unterhaltsrechtlich ebenfalls nicht als Einkommen zu berücksichtigen.⁷⁷⁴

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Zahlungen nicht widmungsgemäß verwendet werden und der Mehrbedarf nicht durch sie gedeckt wird oder gar kein Mehrbedarf besteht.⁷⁷⁵

3.4. Unterhaltsansprüche gegen vorrangig Verpflichtete

Nachkommen sind nur subsidiär unterhaltspflichtig⁷⁷⁶, denn nach § 143 Abs 2 ABGB steht die Unterhaltspflicht der Kinder der eines Ehegatten, eines früheren Ehegatten und von Vorfahren des Unterhaltsberechtigten im Rang nach. Bei den Nachkommen haften diejenigen näheren Grades vor den entfernteren, dh Kinder haften vor den Enkelkindern. Hinter dieser, die Unterhaltspflicht des Nachkommen einschränkenden Regel, steht der Grundgedanke, dass die Unterhaltspflicht von Nachkommen gegenüber den Eltern die Ausnahme darstellen soll.⁷⁷⁷ Deshalb ist immer zu prüfen, ob vorrangig Verpflichtete zur Leistung von Unterhalt im Stande sind.

3.4.1. Vorrangige Unterhaltspflicht des Ehegatten

Die Unterhaltspflicht des Ehegatten ergibt sich bei bestehender Ehe aus § 94 ABGB. Diese Verpflichtung beider Ehegatten, nach Kräften anteilig zur angemessenen Bedürfnisdeckung beizutragen, ist eine Konkretisierung der in § 90 ABGB festgelegten Beistandspflicht zwischen den Ehepartnern. Dieser Anspruch besteht gem § 94 Abs 2 S 1 ABGB für den hausführenden Ehegatten, welcher auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts dem Grunde nach weiter bestehen bleibt, § 94 Abs 2 S 2 ABGB.

Sind beide Ehegatten berufstätig, erzielen aber unterschiedlich hohe Einkünfte, so hat der schlechter verdienende Ehegatte einen Ergänzungsanspruch⁷⁷⁸ auf Unterhalt nach § 94 Abs 2 S 3 ABGB gegen den besser verdienenden Ehegatten, wenn sein Einkommen unter Beach-

⁷⁷⁴ LGZ Wien 43 R 2168/84 EFSlg 44.870; 43 R 2191/80 EFSlg 37.588.

⁷⁷⁵ OGH 1 Ob 565/91 RZ 1992/69; 7 Ob 531/93 ÖA 1993, 145; 6 Ob 635/93 EvBl 1994/90; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 56.

⁷⁷⁶ OLG Wien 13 R 144/79 EFSlg 33.462; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 556.

⁷⁷⁷ OGH 4 Ob 513/96 SZ 69/77; 1 Ob 156/97 s SZ 70/146; OLG Wien 16 R 50/82 EFSlg 40.717; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 6; krit *Schuchter*, Das neue österreichische Kindschaftsrecht, FamRZ 1979, 882 (885).

⁷⁷⁸ Für einen Unterhaltsanspruch nach § 94 Abs 2 S 1 und 2 ABGB *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 168; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 25.

tung des Anspannungsgrundsatzes nicht zur Deckung seines angemessenen Bedarfs ausreicht.⁷⁷⁹ Dieser Anspruch besteht unabhängig von der Führung des Haushaltes.⁷⁸⁰

Von besonderer Bedeutung ist bei älteren und pflegebedürftigen Personen⁷⁸¹ der Unterhaltsanspruch desjenigen Ehegatten, der keinen Beitrag zum ehelichen Unterhalt leisten kann, § 94 Abs 2 S 3 ABGB. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Ehepartner aufgrund psychischer oder physischer Gründe nicht in der Lage ist, ein Einkommen zu erzielen oder den Haushalt zu führen.⁷⁸² In diesen Fällen kann es zu einer Doppelbelastung eines Ehegatten kommen, wenn es ihm zumutbar ist, Erwerbseinkommen zu erzielen und den Haushalt zu führen.⁷⁸³

Um ungerechte Ergebnisse zu vermeiden, wird das Einkommen des Beitragsunfähigen in voller Höhe angerechnet⁷⁸⁴, aber auch sein Vermögen muss angemessen berücksichtigt werden.⁷⁸⁵

Befindet sich der bedürftige Ehegatte in einem Altern- oder Pflegeheim, so ist zu beachten, dass der Anspruch auf Unterhalt während aufrechter Ehe gem § 94 Abs 2 S 2 ABGB auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts bestehen bleibt, wenn dessen Geltendmachung kein Missbrauch des Rechts wäre.

Ein Einkommen und damit Leistungsfähigkeit auf Seiten des Ehegatten kann sich auch durch das Erbringen von Pflegeleistungen gegenüber dem Ehepartner ergeben. Denn erbringt ein Angehöriger des Pflegebedürftigen die Pflegeleistungen, so hat er zumindest dann, wenn diese Leistungen weit über dasjenige hinausgehen, was üblicherweise in Wahrnehmung seiner aus § 94 ABGB abgeleiteten besonderen Beistandspflicht zu leisten ist, Anspruch auf deren finanzielle Abgeltung.⁷⁸⁶ Der hierfür angemessene Betrag ist im Wege einer fiktiven Berechnung zu ermitteln, weil die Pflegeleistungen nicht durch professionelle Kräfte erbracht werden.⁷⁸⁷

⁷⁷⁹ OGH 6 Ob 521/77 EvBl 1977/218; 5 Ob 505/91 RZ 1992/87; OLG Wien 14 R 42/83 EFSlg 42.521.

⁷⁸⁰ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 24.

⁷⁸¹ OGH 6 Ob 679/77 SZ 50/108, wonach die Unterhaltsbeziehungen zwischen Pensionisten nach dieser Bestimmung zu beurteilen sind.

⁷⁸² OGH 5 Ob 527/80 EvBl 1981/17; *Aicher*, Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG) und ihre unterhaltsrechtlichen Folgen, in *Ostheim* (Hrsg), Familienrechtsreform 81 (112); *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 474.

⁷⁸³ LGZ Wien 43 R 2164/81 EFSlg 39.957; *Pichler* in *Rummel*, ABGB I³ § 94 Rz 8 mwN; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 170.

⁷⁸⁴ *Hopf/Kathrein*, Eherecht² (2005) § 94 ABGB Anm 34.

⁷⁸⁵ OGH 6 Ob 521/77 EvBl 1977/218; 6 Ob 679/77 SZ 50/108; 6 Ob 722/77 SZ 50/128.

⁷⁸⁶ OGH 1 Ob 135/01 m EvBl 2001/200 (zust *Gamerith/Hager/Kodek*); 1 Ob 46/01 y JBl 2001, 649.

⁷⁸⁷ OGH 5 Ob 50/99 k ecolex 1999/270; 6 Ob 143/98 t SZ 71/146; 1 Ob 135/01 m EvBl 2001/200 (zust *Gamerith/Hager/Kodek*).

3.4.2. Vorrangige Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten

Die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten wird von verschiedenen Faktoren beeinflusst und ergibt sich aus den §§ 66 bis 69 b EheG.

Die Scheidungsgründe und die daraus resultierenden unterschiedlichen Unterhaltspflichten sind auf zwei Hauptgedanken - entweder auf das „Verschuldensprinzip“ oder das „Zerrüttungsprinzip“ - zurückzuführen.⁷⁸⁸

Die Subsidiarität des Unterhaltsanspruchs gegenüber den Abkömmlingen hängt von der konkreten Unterhaltspflicht zwischen den geschiedenen Ehegatten ab, weshalb im Folgenden auf die einzelnen Anspruchsgrundlagen kurz eingegangen werden soll.

3.4.2.1. Unterhalt bei Scheidung aus Verschulden

Wird eine Ehe nach den auf dem Schuldprinzip beruhenden Vorschriften aufgelöst, so kann dies mit oder ohne Schuldausspruch erfolgen und unterschiedliche unterhaltsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

3.4.2.1.1. Scheidung mit Schuldausspruch

3.4.2.1.1.1. Unterhaltspflicht des allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten

Der allein oder überwiegend schuldige Ehegatte hat dem anderen gem § 66 EheG den angemessenen Unterhalt zu gewähren. Jedoch besteht auf Seiten des unterhaltsberechtigten Ehegatten eine Erwerbsobliegenheit. Nur wenn ihm keine Voll- oder Teilzeitbeschäftigung zur Selbsterhaltung zumutbar ist, wird der eheangemessene Unterhalt geschuldet.⁷⁸⁹ Die Angemessenheit richtet sich nach dem Lebensstandard beider Gatten und wird in der Praxis üblicherweise mithilfe der Prozentwertmethode berechnet.⁷⁹⁰

Im Falle der Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts braucht der Ehegatte nur soviel zu leisten, wie es mit Rücksicht auf die angemessenen Bedürfnisse sowie der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht, § 67 Abs 1 S 1 EheG.

⁷⁸⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 485.

⁷⁸⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 193.

⁷⁹⁰ Der einkommenslose Unterhaltsberechtigte erhält 33 % vom Nettoeinkommen des Verpflichteten. Bezieht der Berechtigte dagegen ein eigenes Einkommen, so steht ihm 40 % des gemeinsamen Einkommens abzüglich seines eigenen Einkommens zu. Siehe zu der genauen Berechnungsmethode: *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehegesetz (2008) § 66 EheG Rz 8.

3.4.2.1.1.2. Unterhaltspflicht bei gleichzeitigem Verschulden

Insofern beide Ehegatten gleiches Verschulden an der Scheidung trifft, kann einem nicht selbsterhaltungsfähigen Ehegatten gem § 68 EheG ein Unterhaltsbeitrag nach Billigkeit zugesprochen werden. Dieser ist auf einen Unterhaltszuschuss beschränkt und umfasst nicht den vollen eheangemessenen Unterhalt.⁷⁹¹

Die Subsidiarität dieses Unterhaltsbeitrages⁷⁹² gegenüber dem Unterhaltsanspruch der Verwandten ist mit dem EheRÄG 1999 entfallen.⁷⁹³ Vielmehr gilt nun ebenfalls die vorrangige Haftung des geschiedenen Ehegatten, weil der Gesetzgeber die Subsidiarität der Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten gegenüber der von Verwandten bei gleichzeitigem Verschulden als nicht mehr adäquat und zeitgemäß beurteilt.⁷⁹⁴

3.4.2.1.1.3. Scheidung nach § 55 EheG mit Ausspruch des Zerrüttungsverschuldens

Insofern die Ehe aufgrund des in § 55 EheG normierten Zerrüttungsprinzips geschieden wurde⁷⁹⁵, und es zu einem Ausspruch des überwiegenden Zerrüttungsverschuldens kommt, so behält der nicht schuldige Ehegatte gem § 69 Abs 3 EheG einen Unterhaltsanspruch nach § 94 ABGB wie bei aufrechter Ehe.

Der Subsidiaritätsgrundsatz gilt auch in diesem Fall.

3.4.2.1.2. Scheidung ohne Schuldausspruch

Gemäß § 69 Abs 3 EheG steht dem Beklagten ein Unterhaltsanspruch nach Billigkeit zu, wenn die Ehe aus den Gründen des §§ 50 bis 52, 55 EheG ohne Schuldausspruch geschieden

⁷⁹¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 195.

⁷⁹² Der OGH (3 Ob 562/81) hatte in seinem Urteil vom 7.10.1981 über die Frage zu entscheiden, ob der Billigkeitsunterhalt nach § 68 EheG vorrangig gegenüber dem Aszendentenunterhalt zu leisten sei. Dabei vertrat er den Standpunkt, dass die Unterhaltspflicht der Kinder nur der Unterhaltspflicht eines früheren Ehegatten, nicht aber seiner erst durch Richterspruch zu begründenden Beitragspflicht im Sinne des § 68 EheG im Rang nachgeht. Soweit dem geschiedenen Ehegatten ein Unterhaltsanspruch gegen den anderen Ehegatten nicht zusteht, sondern erst durch Richterspruch ein Teil zur Deckung des gesamten Lebensbedarfs rechtsgestaltend begründet („zugebilligt“) wird, handelt es sich nicht um einen Unterhaltsanspruch, sondern um einen „Beitrag zu seinem Unterhalt“. Nach § 143 Abs 2 ABGB geht die Unterhaltspflicht der Kinder nur der Unterhaltspflicht eines früheren Ehegatten, nicht aber einer durch Richterspruch zu begründenden Beitragspflicht im Sinne des § 68 EheG im Range nach. Obwohl dieser Billigkeitsunterhaltsanspruch nach § 68 EheG dem geschiedenen Ehegatten grundsätzlich und im Regelfall nur subsidiär zusteht, soweit keine unterhaltspflichtigen Verwandten vorhanden sind oder diese im Einzelfall keinen oder keinen ausreichenden Unterhalt schulden, hat der OGH von diesem Regelsatz eine Ausnahme unter Billigkeitsgesichtspunkten zugelassen. Der geschiedene Ehegatte muss dann einen teilweisen Beitrag zum Unterhalt des Bedürftigen leisten, wenn sein Einkommen das der Kinder um ein Vielfaches übersteigt.

⁷⁹³ LGZ Wien 45 R 561/01 k EFSlg 97.257.

⁷⁹⁴ OGH 6 Ob 9/01 v EFSlg 97.289.

⁷⁹⁵ *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 55 EheG Anm 2.

wurde. Im Rahmen des Billigkeitsanspruchs müssen sowohl die wirtschaftlichen Verhältnisse der geschiedenen Ehegatten als auch allfällige andere Unterhaltspflichten des Verpflichteten gegenüber einem neuen Ehegatten oder gegenüber minderjähriger Kinder berücksichtigt werden.⁷⁹⁶

Da in § 69 Abs 3 S 1 EheG weiterhin formuliert ist, dass bei der Festsetzung des Billigkeitsunterhalts auch die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der nach § 71 EheG unterhaltspflichtigen Verwandten zu berücksichtigen sind, stellt sich die Frage, ob eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität bei einer Scheidung ohne Schuldausspruch vorliegt und die Kinder in diesem Fall vorrangig haften müssen.

Nach einer Ansicht in der Literatur⁷⁹⁷ handelt es sich bei dem Belassen der Formulierung um ein Redaktionsversehen. Denn mit dem EheRÄG 1999 ist der gleiche Beisatz in § 68 EheG gestrichen worden, weil der Nachrang des Unterhaltsbeitrags des geschiedenen Ehegatten gegenüber den Verwandten als nicht mehr adäquat und zeitgemäß erachtet wurde.⁷⁹⁸

Außerdem verstoße die vorrangige Haftung der Nachkommen gegen den in § 143 Abs 2 ABGB verankerten Grundsatz der Subsidiarität des Aszendentenunterhalts. Deshalb sei § 69 Abs 3 S 1 EheG dahingehend auszulegen, dass bei der Billigkeitsabwägung die Berücksichtigung der nach § 71 EheG unterhaltspflichtigen Verwandten zu unterbleiben hat.⁷⁹⁹

Gegen diese teleologische Reduktion wenden die Rechtsprechung⁸⁰⁰ und Teile der Literatur⁸⁰¹ ein, dass der Gesetzgeber in dem neu eingefügten § 69 a EheG ebenfalls die Formulierung der Beachtung der Vermögensverhältnisse der Verwandten verwendet und damit die Subsidiarität des Aszendentenunterhaltes aufgehoben hat. Ein doppeltes Redaktionsversehen könne dem Gesetzgeber nicht vorzuwerfen sein.⁸⁰² Er wollte vielmehr für unterschiedliche Tatbestände verschiedene Rechtsfolgen regeln.⁸⁰³

Das Argument, dass dem Gesetzgeber nicht zweimal ein Fehler unterlaufen kann, vermag mE nicht zu überzeugen. Denn wenn der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des Ehegesetzes darauf hinweist, dass die vorrangige Unterhaltspflicht der Verwandten nicht mehr

⁷⁹⁶ OGH 1 Ob 289/47 JBl 1948, 163 = EFSIlg 2524.

⁷⁹⁷ *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 69 EheG Anm 12; *Hopf/Stabentheiner*, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999, ÖJZ 1999, 861 (864) FN 112; *Deixler-Hübner*, Grundfragen des neuen verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruchs nach § 68 a EheG, ÖJZ 2000, 707 (715); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 69 EheG Rz 8; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 745; *Deixler-Hübner*, Das neue Eherecht (1999) 33.

⁷⁹⁸ *Berka-Böckle*, Der verschuldensunabhängige Anspruch nach § 68 a EheG – Neue Überlegungen zum Scheidungsunterhalt anhand aktueller Rechtsprechung, JBl 2004, 223 (225).

⁷⁹⁹ *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 69 EheG Anm 12.

⁸⁰⁰ OGH 6 Ob 131/01 k ecolex 2002/247 (*Wilhelm*); 1 Ob 190/06 g EF-Z 2007/38.

⁸⁰¹ *Zankl* in *Schwimann*, ABGB I³ § 69 EheG Rz 18.

⁸⁰² OGH 6 Ob 131/01 k ecolex 2002/247 (*Wilhelm*).

⁸⁰³ OGH 1 Ob 190/06 g EF-Z 2007/38.

zeitgemäß und adäquat sei und er damit den im Unterhaltsrecht herrschenden Grundsatz der vorrangigen Haftung des Ehegatten bzw des geschiedenen Ehegatten stützt, so ist es nicht verständlich, davon wiederum Ausnahmen zu belassen.⁸⁰⁴

Deshalb handelt es sich mE um ein Redaktionsversehen und die Verwandten haften nicht vorrangig.

3.4.2.2. Einvernehmliche Scheidung mit Unterhaltsvereinbarung

Die bei einvernehmlicher Scheidung getroffene Vereinbarung ist der gesetzlichen Unterhaltspflicht gleichgestellt, § 69 a Abs 1 EheG, soweit der darin bestimmte Unterhalt den Lebensverhältnissen angemessen ist.⁸⁰⁵ Deshalb geht auch diese Unterhaltspflicht der des Nachfahren im Rang vor.

3.4.2.3. Einvernehmliche Scheidung ohne Unterhaltsvereinbarung

Fehlt bei einer einvernehmlichen Scheidung eine rechtswirksame Unterhaltsvereinbarung, kann durch richterliche Feststellung Billigkeitsunterhalt gewährt werden, § 69 a Abs 2 EheG. Dieser mit dem EheRÄG 1999 eingeführte verschuldensunabhängige Unterhaltsanspruch ordnet bei einvernehmlicher Scheidung ohne Unterhaltsvereinbarung die gleiche Rechtsfolge wie bei einer Scheidung ohne Verschuldensausspruch (§ 69 Abs 3 EheG) an. Hier stellt sich wiederum die gleiche Frage in Bezug auf die Subsidiarität des Verwandtenunterhalts wie bei § 69 Abs 3 EheG, da der Billigkeitsunterhalt ebenfalls mit „Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der nach § 71 EheG unterhaltspflichtigen Verwandten“ festgesetzt werden soll.

Da die früher durch Analogie hergeleitete Gleichstellung der Rechtsfolgen einer einvernehmlichen Scheidung (§ 55 a Abs 2 EheG) mit denen einer Scheidung ohne Schuldausspruch gesetzlich geregelt werden sollte, hat der Gesetzgeber den § 68 a Abs 2 EheG eingefügt.⁸⁰⁶ Als Folge des Redaktionsversehens in § 69 Abs 3 EheG wurde mE die gleiche Formulierung wieder aufgefasst und ins Gesetz aufgenommen. Deshalb muss auch in diesem Fall eine teleologische Reduktion dahingehend vorgenommen werden, dass es bei der vorrangigen Haftung des geschiedenen Ehegatten und somit bei dem Subsidiaritätsgrundsatz bleibt.

⁸⁰⁴ So auch im Ergebnis *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 71 EheG Rz 2.

⁸⁰⁵ Dies hat der Gesetzgeber aus steuerlichen Gründen normiert, damit die Unterhaltszahlungen nicht als Schenkung qualifiziert werden.

⁸⁰⁶ *Zankl* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 69 a Rz 3.

Denn es ist mE nicht nachvollziehbar, die vorrangige Unterhaltspflicht der Verwandten einerseits als nicht zeitgemäß und adäquat aus dem Gesetz bei einer Scheidung aus gleichzeitigem Verschulden zu streichen, sie aber andererseits bei einer einvernehmlichen Scheidung zu belassen.

3.4.2.4. Verschuldensunabhängiger Unterhaltsanspruch

§ 68 a EheG normiert einen verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruch für zwei nach der Scheidung bestehende besonders berücksichtigungswürdige Bedarfslagen. Entgegen dem Anspruch während der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes⁸⁰⁷ ist der Unterhaltsanspruch aufgrund der Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung wegen der Ehegestaltung (§ 68 a Abs 2 EheG) bei älteren Menschen von großer Bedeutung. Damit sollen vor allem Ehegatten geschützt werden, die während der gemeinsamen Ehe die Kinderbetreuung und Haushaltsführung übernommen haben und aufgrund dessen auf die volle Berufstätigkeit verzichtet haben. Die Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung nach der Scheidung muss durch den Mangel an Erwerbsmöglichkeiten beispielsweise aufgrund fehlender Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten während der Ehe oder der fehlenden Berufserfahrung begründet sein.⁸⁰⁸ Darüber hinaus wird ein Unterhaltsanspruch unabhängig von der Ehegestaltung gewährt, wenn unter Beachtung der Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft, dem Alter und dem Gesundheitszustand des Bedürftigen eine Erwerbstätigkeit nicht mehr zumutbar ist.⁸⁰⁹

Dieser Unterhaltsanspruch folgt der regelmäßigen Subsidiarität des Verwandtenunterhalts, dh der Ehegatte haftet demnach vorrangig.

3.4.3. Vorrangige Unterhaltspflicht der Vorfahren

Die sich aus § 140 ABGB ergebende Unterhaltspflicht der Vorfahren für ihre Nachkommen ist beim Elternunterhalt in der Praxis ohne Bedeutung. Die bedürftigen Eltern und Großeltern nehmen ihre Kinder üblicherweise erst dann auf Unterhalt in Anspruch, wenn sie alters- und krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage sind, sich selbst zu erhalten. Naturgemäß sind die vorrangig unterhaltspflichtigen Vorfahren des Elternteils zu diesem Zeitpunkt nicht mehr am Leben oder selbst aufgrund ihres Alters pflege- und betreuungsbedürftig, mit der Folge, dass sie für Unterhaltszahlungen an ihre Kinder regelmäßig nicht mehr leistungsfähig sein werden.

⁸⁰⁷ § 68 a Abs 1 EheG.

⁸⁰⁸ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 200.

⁸⁰⁹ OGH 7 Ob 2/04 a EvBl 2004/188; LG Salzburg 21 R 125/01 f EFSlg 97.266; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 68 a EheG Rz 6.

3.4.4. Ausnahmen vom Vorrang der vorrangigen Unterhaltspflicht des Ehegatten bzw des geschiedenen Ehegatten

Von dem Subsidiaritätsgrundsatz des § 143 Abs 2 ABGB normiert das Gesetz in § 71 EheG Ausnahmen, wenn der vorrangig verpflichtete geschiedene Ehegatte nicht leistungsfähig⁸¹⁰ ist oder die Rechtsverfolgung gegen den Ehepartner im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist⁸¹¹.

3.4.4.1. Leistungsunfähigkeit des Ehegatten

Soweit der geschiedene Ehegatte unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, den Unterhalt zu gewähren, ohne seinen eigenen angemessenen Unterhalt zu gefährden, bürgen die Verwandten vorrangig, § 71 Abs 1 EheG.

Ist der unterhaltspflichtige Ehegatte lediglich in der Lage, einen Teilbetrag zum Unterhalt zu leisten, so müssen die Verwandten für den darüber hinaus benötigten Bedarf eintreten.⁸¹²

Soweit Kinder einzutreten haben, richtet sich der Unterhaltsanspruch gegen sie nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern die Höhe ergibt sich aus den Bestimmungen für den Verwandtenunterhalt und somit nach Maßgabe ihrer Lebensverhältnisse und der des Vorfahren.⁸¹³ Aus diesem Grunde kann der von den Nachkommen zu leistende Unterhalt in der Höhe von dem eheangemessenen Unterhalt abweichen.

Fraglich ist, ob den Nachkommen ein Bereicherungsanspruch gegen den leistungsunfähigen Ehegatten zusteht, wenn dieser später zu Einkommen und Vermögen kommt.

Dies ist abzulehnen, weil die Kinder in Erfüllung ihrer eigenen aus § 143 ABGB resultierenden Unterhaltspflicht leisten. Demnach steht ihnen kein Ersatz- oder Bereicherungsanspruch⁸¹⁴ gegen den geschiedenen Ehegatten zu.⁸¹⁵ Sobald der Ehegatte wieder leistungsfähig ist, haftet er aber infolge des Grundsatzes der Subsidiarität wieder vor den Verwandten.

Obwohl § 71 Abs 1 EheG den Grundsatz der Subsidiarität nur bei der Leistungsunfähigkeit des geschiedenen Ehegatten aufhebt, können die nachrangig haftenden Nachkommen auch

⁸¹⁰ § 71 Abs 1 EheG.

⁸¹¹ § 71 Abs 2 EheG.

⁸¹² *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 71 EheG Rz 2.

⁸¹³ *Zankl in Schwimann*, ABGB I³ § 71 EheG Rz 3.

⁸¹⁴ § 1042 ABGB.

⁸¹⁵ *Zankl in Schwimann*, ABGB I³ § 71 EheG Rz 2; *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 71 EheG Anm 3; *Koch in KBB*² § 72 EheG Rz 2; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB II/4³ § 71 EheG Rz 2; krit *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 71 EheG Rz 2.

dann vorrangig in Anspruch genommen werden, wenn der nicht geschiedene Ehegatte nicht leistungsfähig ist.⁸¹⁶

Sollte ein Elternteil Kinder auf Unterhalt in Anspruch nehmen, so trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast darüber, dass der nach § 143 Abs 2 ABGB vorrangig verpflichtete Ehegatte nicht leistungsfähig ist.⁸¹⁷

3.4.4.2. Erschwerte Rechtsverfolgung

Ist die Rechtsverfolgung gegen den Ehegatten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert, haften die Kinder als Verwandte ebenfalls vorrangig, § 71 Abs 2 EheG. Ausgeschlossen ist die Rechtsverfolgung bei unbekanntem oder unstetem Aufenthalt, ständigem Wechsel des Dienstgebers⁸¹⁸ sowie Auslandsaufenthalt ohne Vermögen im Inland.⁸¹⁹ Letzteres gilt selbst dann, wenn Rechts- und Vollstreckungshilfe geleistet werden würde.⁸²⁰

Im Unterschied zu der Haftung bei Leistungsunfähigkeit des Ehegatten handelt es sich hierbei um die Erfüllung einer fremden Schuld, bei dem auf das Unterhalt leistende Kind der Anspruch gegen den Ehegatten samt Nebenrechten übergeht.⁸²¹ Jedoch verliert der Anspruch mit dem Übergang seinen Unterhaltscharakter und die damit einhergehenden Exekutionsprivilegien.⁸²²

Bei Inanspruchnahme des nachrangig haftenden Kindes muss der bedürftige Elternteil auch in diesem Fall darlegen und beweisen, aus welchen Gründen die Rechtsverfolgung im Inland ausgeschlossen oder erschwert ist.⁸²³

3.4.4.3. Nichtbestehen eines Unterhaltsanspruchs gegen den geschiedenen Ehegatten

Gemäß § 71 Abs 1 S 3 EheG sind die Verwandten und demzufolge auch die Vorfahren zum Unterhalt verpflichtet, insoweit dem Elternteil kein Unterhaltsanspruch gegen seinen geschie-

⁸¹⁶ Neuhauser in Schwimann, ABGB I³ § 143 Rz 6.

⁸¹⁷ Der unterhaltspflichtige geschiedene Ehegatte trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass Umstände vorliegen, die eine Unterhaltsminderung rechtfertigen. Siehe hierzu LGZ Wien 42 R 302/05 f EFSIg 111.285; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁴ 195.

⁸¹⁸ Durch den Wechsel kommt es regelmäßig zu einer Vereitelung der Lohnpfändung.

⁸¹⁹ Zankl in Schwimann, ABGB I³ § 71 EheG Rz 5.

⁸²⁰ Stabentheiner in Rummel, ABGB II/4³ § 71 EheG Rz 3.

⁸²¹ Koch in KBB² § 72 EheG Rz 2.

⁸²² Hopf/Kathrein, Eherecht² § 71 EheG Anm 4.

⁸²³ Volkmar, Großdeutsches Eherecht (1939) 275.

denen Ehegatten zusteht. Dieser Unterhaltsanspruch besteht immer dann, wenn dem geschiedenen Ehepartner von vornherein kein Geschiedenenunterhalt zu leisten ist.⁸²⁴

Jedoch stellt sich die Frage, ob die Kinder auch dann vorrangig haften, wenn dem Vorfahren ein Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Ehegatten zustand, er ihn aber verwirkt hat oder sein Anspruch wegen sittlichen Verschuldens auf den notdürftigen Unterhalt beschränkt ist.

Falls sich ein unterhaltsberechtigter Ehegatte einer solch schweren Verfehlung schuldig gemacht und damit seinen Unterhaltsanspruch verwirkt hat oder auf den notwendigen Unterhalt beschränkt wurde, soll er nach einer Ansicht in der Literatur⁸²⁵ auch seinen Anspruch gegen die unterhaltspflichtigen Verwandten verlieren. Denn die Verwirkung würde ihre strafähnliche Wirkung verfehlen, wenn der Ehegatte, der wegen der schweren Verfehlung einen Unterhaltsanspruch aus dem Ehegesetz nicht mehr geltend machen kann, sich nunmehr an seine unterhaltspflichtigen Verwandten wenden könnte.

Dagegen wenden die Vertreter der Gegenmeinung⁸²⁶ ein, dass ein Unterhaltsanspruch gegen die Verwandten unabhängig von einem sittlichen Lebenswandel des Unterhaltsberechtigten besteht, da die zum Ausschluss des nahehelichen Unterhalts führenden Umstände in der Regel das Verhältnis zwischen den ehemaligen Ehepartnern betreffen. Sollte die Verfehlung jedoch auch im Verhältnis zu den unterhaltspflichtigen Verwandten „durchschlagen“, so kann in Analogie zu § 795 ABGB⁸²⁷ der Unterhalt des Vorfahren auf das notdürftige Ausmaß beschränkt werden, wenn eine Handlung gesetzt wurde, welche die Entziehung des Pflichtteils rechtfertigt.

Da bei der Verwirkung wegen Führung eines ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels oder der selbstverschuldeten Bedürftigkeit infolge sittlichen Verschuldens regelmäßig auch die Voraussetzungen für die Entziehung des Pflichtteils vorliegen werden, wird der geschiedene Ehegatte nach dieser Ansicht von den Verwandten in den meisten Fällen nicht den (vollen) Unterhalt beanspruchen können.⁸²⁸

Diese vermittelnde Meinung erscheint mir vorzuzugswürdig. Damit wird ein gerechtes Ergebnis dahingehend erzielt, dass der Elternteil, der sich einer Verfehlung gegenüber seinem ehemaligen Ehepartner schuldig gemacht hat, nicht generell seinen Anspruch auf Unterhalt auch

⁸²⁴ Zankl in *Schwimmann*, ABGB I³ § 71 EheG Rz 4.

⁸²⁵ *Volkmar*, Eherecht 275.

⁸²⁶ *Godin*, Ehegesetz² 313.

⁸²⁷ OGH 1 Ob 526/76 JB1 1977, 594; 1 Ob 689/79 EFSIlg 32.978; 5 Ob 503/83 EFSIlg 42.737.

⁸²⁸ Zankl in *Schwimmann*, ABGB I³ § 73 EheG Rz 3.

gegen die Nachkommen verliert, sondern nur dann, wenn sein zu missbilligendes Verhalten auch im Verhältnis zu den Kindern Auswirkungen hat.

3.4.4.4. Unterhaltsverzicht gegenüber dem Ehepartner

Als Ausdruck der Privatautonomie haben die Ehegatten nach § 80 EheG die Möglichkeit, Regelungen über Unterhaltsansprüche für den Zeitpunkt nach der Scheidung zu treffen.⁸²⁹ Da der nacheheliche Unterhalt gem § 80 S 1 EheG dispositives Recht ist, steht es den Ehepartnern frei, auf den Unterhalt teilweise oder vollständig zu verzichten.⁸³⁰

Fraglich ist nun, ob ein wirksamer Unterhaltsverzicht zwischen den Ehegatten Einfluss auf die nachrangige Unterhaltspflicht der Deszendenten hat und ihre Haftung ebenfalls ausschließt, weil der Elternteil dadurch bewusst seine vorrangigen Unterhaltsansprüche aufgegeben hat.

In diesen Fällen sieht das Gesetz grundsätzlich keinen Ausschluss des Unterhaltsanspruchs gegen die Kinder vor. Vielmehr muss die Frage mithilfe der in § 80 S 2 EheG normierten Einschränkung der Privatautonomie beantwortet werden. Demnach findet die Vertragsfreiheit dann ihre Grenze, wenn der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt. Sittenwidrigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn der erwerbsunfähige Gatte auf nachehelichen Unterhalt verzichtet oder ein Unterhaltsverzicht in der Absicht geschlossen wird, den Unterhalt auf Dritte, insbesondere die öffentliche Fürsorge⁸³¹ oder Verwandte, abzuwälzen.⁸³²

Häufig werden in diesem Zusammenhang Beweisschwierigkeiten⁸³³ auftreten, weil die Ehepartner nicht zugeben werden, dass sie diesen Vertrag zu Lasten Dritter abschließen wollten. Deshalb erscheint es mir in der Praxis sinnvoll, unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles, dann von einer bewussten Benachteiligung der Verwandten oder der öffentlichen Fürsorge auszugehen, wenn im Zeitpunkt des Verzichts für die Vertragsparteien zu erkennen war, dass der verzichtende Ehegatte zur Selbsterhaltung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht in der Lage sein wird und es deshalb zwangsläufig zu einer Inanspruchnahme Dritter kommen wird. Ist der Unterhaltsverzicht sittenwidrig und damit nichtig, bleibt es bei der vorrangigen Haftung des Ehegatten.

⁸²⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 209; *Zankl in Schwimann*, ABGB I³ § 80 EheG Rz 1.

⁸³⁰ *Volkmar*, Eherecht 290; OGH 3 Ob 468/53 SZ 26/222.

⁸³¹ OGH 3 Ob 7/95 JBl 1996, 578.

⁸³² *Zankl in Schwimann*, ABGB I³ § 66 EheG Rz 70, § 80 EheG Rz 10.

⁸³³ Dieses Argument hat *Schwind in Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1² (1964) 911f zutreffend erkannt, aber keine Lösung vorgeschlagen, weil diese Konstellation seiner Ansicht nach nur sehr selten vorkommt.

Liegt dagegen kein Verstoß gegen die guten Sitten vor, ist der Verzicht rechtmäßig und eine Haftung des ehemaligen Ehepartners ist ausgeschlossen. Die Nachkommen müssen in diesem Fall für ihren geschiedenen Elternteil Unterhalt leisten.

3.5. Abzüge vom anrechenbaren Einkommen

3.5.1. Steuern und berufsbedingte Ausgaben

Alle mit den Einnahmen verbundenen gesetzlichen Abgaben wie Steuern (insbesondere Lohn- und Einkommenssteuer⁸³⁴), Sozialversicherungsbeiträge und öffentliche Abgaben sind abzuziehen, um das tatsächliche Einkommen zu ermitteln.⁸³⁵ Darüber hinaus sind ein berufsbedingter Mehraufwand sowie Werbungskosten in Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten abzuziehen.⁸³⁶ Bei selbständig Tätigen erfolgt darüber hinaus ein Abzug aller realen Betriebsausgaben und Zahlungspflichten.⁸³⁷

3.5.2. Eigene Unterhaltspflichten des Vorfahren

Fraglich ist, ob eigene Unterhaltspflichten des bedürftigen Elternteils gegenüber einem Ehegatten oder anderen Kindern abzugsfähige Positionen bilden. Dies ist abzulehnen, denn die bloß subsidiär zum Unterhalt verpflichteten Kinder können nicht dazu verhalten werden, Mittel zur Verfügung zu stellen, um den Elternteil in die Lage zu versetzen, Unterhaltszahlungen an seinen Ehegatten oder an unterhaltsberechtigte Kinder zu erbringen.⁸³⁸ Eine Alimentierung des Ehegatten oder anderer Kinder scheidet demnach aus⁸³⁹ und die Unterhaltspflichten des Elternteils können keinen abzugsfähigen Posten vom unterhaltsrelevanten Einkommen bilden.

3.6. Minderung der Bedürftigkeit durch eigenes Vermögen

Der Grundsatz der Selbstverantwortung kommt in § 143 Abs 1 und 3 ABGB zum Ausdruck, weil das Kind erst dann in Anspruch genommen werden darf, wenn der Elternteil zur Selbsterhaltung nicht imstande ist und sowohl vorhandenes Einkommen als auch Vermögen zur Bedarfsdeckung nicht ausreichen. Nach § 143 Abs 3 ABGB muss der Elternteil auch den Ver-

⁸³⁴ LGZ Wien 43 R 2125/82 EFSIlg 40.022.

⁸³⁵ OGH 5 Ob 60/97 b EvBl 1997/135; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 29; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 140 Rz 5 a.

⁸³⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 118.

⁸³⁷ OGH 7 Ob 52/98 t EFSIlg 86.200; 6 Ob 119/98 p ÖA 1999, 188/U 284; *Hopf* in *KBB*² § 140 Rz 13.

⁸³⁸ OGH 1 Ob 553/95 EFSIlg 77.963.

⁸³⁹ OGH 1 Ob 135/01 m EvBl 2001/200 (zust *Gamerith/Hager/Kodek*).

mögensstamm einsetzen. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt, weil das Gesetz die Verwertung des Vermögensstammes unter den Vorbehalt der Zumutbarkeit stellt. Deshalb wird im Folgenden zu klären sein, inwieweit bedürftige Vorfahren eigenes Vermögen zur Deckung des Bedarfs einzusetzen haben, bevor sie ihre Kinder in Anspruch nehmen können.

Dabei ist zwischen den Vermögenserträgen und dem Vermögensstamm zu unterscheiden.

3.6.1. Einsatz der Vermögenserträge

Vermögenserträge, zum Beispiel in Form von Zinsen eines Sparguthabens⁸⁴⁰ oder Wertpapierrendite⁸⁴¹, sind vollständig als Einkommen des Berechtigten zur Bedarfsdeckung einzusetzen.⁸⁴² Hierzu zählen auch Mietzinseinnahmen⁸⁴³ aus einer Immobilie.

Wohnt der unterhaltsberechtigte Elternteil mietfrei, können sich Besonderheiten ergeben.

Solange der bedürftige Vorfahre in einer eigenen Wohnung oder dem eigenen Haus wohnt, ist der objektive Wert seines mietfreien Wohnens in voller Höhe anzurechnen.⁸⁴⁴

Wohnrechte, Fruchtgenussrechte, Leibrentenansprüche⁸⁴⁵ und Ausgedinge⁸⁴⁶ sind bedarfsmindernd zu berücksichtigen.⁸⁴⁷ Deshalb müssen diese auch vorrangig realisiert werden.⁸⁴⁸

Das bedeutet, dass ein tatsächlich gezogener wirtschaftlicher Nutzen in voller Höhe angerechnet wird. Ein unentgeltliches Wohnrecht wird dabei nach dem marktgerechten Mietzins veranschlagt.⁸⁴⁹

Wenn die Wohn- oder sonstigen Nutzungsrechte durch den bedürftigen Aszendenten nicht mehr genutzt werden können, weil er zB in einem Pflegeheim untergebracht werden muss, ergeben sich oftmals Probleme.

Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Dritte, der sich aufgrund eines Übergabevertrages, Ausgedinges oder eines anderen Vertrages zum Bereitstellen eines unentgeltlichen Wohnrechts, der umfassenden Pflege, Kleidung, Nahrung und Ähnlichem verpflichtet hat, die Kosten der stationären Pflege zu tragen hat.

Davon kann nicht pauschal ausgegangen werden.⁸⁵⁰ Vielmehr kommt es auf den Willen und die Vereinbarungen der Vertragsparteien an.⁸⁵¹ Haben die Vertragsparteien für den Fall der

⁸⁴⁰ OGH 1 Ob 547/91 SZ 64/94; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 87.

⁸⁴¹ LGZ Wien 43 R 379/84 EFSlg 44.981; 43 R 287/87 EFSlg 53.182.

⁸⁴² OLG Wien 13 R 250/86 EFSlg 50.210; LGZ Wien 43 R 2167/82 EFSlg 40.014.

⁸⁴³ LGZ Wien 47 R 2049/86 EFSlg 50.209.

⁸⁴⁴ LGZ Wien 43 R 2020/86 EFSlg 50.208.

⁸⁴⁵ VwGH 30.5.2001, 2001/11/0029.

⁸⁴⁶ VwGH 2.5.2005, 2003/10/0083.

⁸⁴⁷ VwGH 16.3.1993, 92/08/0190.

⁸⁴⁸ *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6).

⁸⁴⁹ LGZ Wien 43 R 2020/86 EFSlg 50.208.

klinischen Pflege keine Abmachungen getroffen und ist auch dem Willen nicht zu entnehmen, dass der Dritte die Kosten der nichthäuslichen Unterbringung und Pflege tragen möchte, so ist er dazu auch nicht verpflichtet.⁸⁵²

3.6.2. Einsatz des Vermögensstammes

Nach § 143 Abs 3 ABGB muss ein Elternteil zur Deckung seines Lebensbedarfs grundsätzlich auch den Stamm seines Vermögens heranziehen.

Das Gesetz beschränkt den Einsatz des Vermögensstammes nach § 143 Abs 3 ABGB, indem die Heranziehung unter den Vorbehalt der Zumutbarkeit gestellt wurde.

Die Zumutbarkeit des Einsatzes eigenen Vermögens ist zwar beim Aszendentenunterhalt weiter anzunehmen als beim Kindesvermögen, da die langfristige Existenzsicherung entweder wegfällt oder gerade durch das erworbene Vermögen erreicht werden soll. Sie wird jedoch dort ihre Grenze haben müssen, wo schwer realisierbare oder zum persönlichen Ambiente gehörige Werte in Frage stehen. Diese dürfen der Freiheit des Nachkommen nicht ausnahmslos geopfert werden.⁸⁵³

Unzumutbarkeit liegt demzufolge dann vor, wenn das Vermögen zur Deckung eigenen dringenden Wohnbedarfs oder zur Unterhaltsbeschaffung dient.⁸⁵⁴ Deshalb wird die Verwertung einer selbst bewohnten Immobilie oder eines eigenen Betriebes, durch den der Bedarf teilweise gedeckt wird, in der Regel nicht verlangt werden können. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Sollte beispielsweise ein eigener Betrieb nur einen unwesentlichen Beitrag zur Bedarfsdeckung abwerfen, mit dem Erlös aus einer Veräußerung jedoch auf längere Zeit der Bedarf vollständig gedeckt werden können, so ist eine Verwertung nicht unzumutbar.

Darüber hinaus kann eine Vermögensverwertung auch wirtschaftlich unzumutbar sein.⁸⁵⁵ Das bedeutet, dass eine Vermögensveräußerung bei ungünstiger Marktlage oder von Ertrag bringendem Vermögen nicht verlangt werden kann.⁸⁵⁶

Denn ein unwirtschaftlicher Verkauf oder das Abschneiden von wiederkehrenden Erträgen kann auch bei dem nur schwach ausgestalteten Elternunterhalt nicht gewollt sein.

⁸⁵⁰ VwGH 15.12.2006, 2004/10/0131.

⁸⁵¹ VwGH 16.3.1993, 92/08/0190.

⁸⁵² VwGH 15.12.2006, 2004/10/0131.

⁸⁵³ *Schuchter*, FamRZ 1979, 882 (884); OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146.

⁸⁵⁴ *Pichler* in *Klang/Fenyves/Welser*, ABGB³ § 143 Rz 1.

⁸⁵⁵ VwGH 26.2.2002, 2001/11/0052; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 143 ABGB Rz 1 und 8.

⁸⁵⁶ *Weinrichter*, Zum Unterhaltsanspruch von Aszendenten insb bei deren Heimunterbringung, iFamZ 2007, 232 (233).

Die Bedarfsdeckung kann auch durch eine zumutbare Belastung des Vermögensstammes erfolgen.⁸⁵⁷ Eine Belastung, wie sie beispielsweise durch die Aufnahme eines Darlehens erfolgen kann, ist nur dann zumutbar, wenn der unterhaltsberechtigte Elternteil zur Belastungstilgung in angemessener Zeit voraussichtlich in der Lage sein wird.⁸⁵⁸ In der Regel wird deshalb eine Belastung des Vermögensstammes aufgrund des hohen Alters und der damit verbundenen geringen Wahrscheinlichkeit einer Schuldtilgung nicht zumutbar sein.

3.6.3. Fiktive Anrechnung von Vermögen

Der Unterhaltsberechtigte kann nicht nur auf ein fiktives Einkommen angespannt werden, sondern es trifft ihn auch eine Obliegenheit, sein vorhandenes Vermögen so ertragreich wie möglich anzulegen.⁸⁵⁹

Versäumt es der Elternteil sorgfaltswidrig, sein Vermögen gewinnbringend zu nutzen, weil er beispielsweise eine sich in seinem Eigentum befindliche Wohnung nicht vermietet, so wird ihm dasjenige als fiktives Vermögen angerechnet, was in zumutbarer Weise erzielbar gewesen wäre.⁸⁶⁰ Dagegen löst die unentgeltliche Überlassung von Wohnraum aus moralischer Verpflichtung, wie beispielsweise aus Dank für geleistete Pflege, den Anspannungsgrundsatz nicht aus, weil es hierbei am sorgfaltswidrigen Handeln fehlt.⁸⁶¹

Hat der Unterhaltsberechtigte in Kenntnis der künftigen Unterhaltsbedürftigkeit sein Vermögensstamm unvernünftig verbraucht, so erfolgt eine Anspannung auch in diesem Falle.⁸⁶²

3.7. Freiwillige Zuwendungen Dritter

Im Unterhaltsrecht mindern freiwillige Zuwendungen Dritter an den Unterhaltsberechtigten den Unterhaltsanspruch grundsätzlich nicht.⁸⁶³ Etwas anderes gilt nur, wenn sie in der Absicht erbracht werden, den Unterhaltspflichtigen zu entlasten.⁸⁶⁴ Davon kann in der Regel nicht ausgegangen werden. Vielmehr werden solche Leistungen üblicherweise erbracht, um den Unterhaltsberechtigten zu unterstützen.

Fraglich ist deshalb, ob beim Elternunterhalt eine Anrechnung freiwilliger Zuwendungen Dritter auch vom Willen des Zuwendenden abhängig sein soll. Dies ist in Anbetracht des

⁸⁵⁷ *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6).

⁸⁵⁸ VwGH 85/14/0140 RdW 1987, 247 (*Kohler*); *Neuhauser in Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 7.

⁸⁵⁹ OGH 4 Ob 557/94 ÖA 1995, 68.

⁸⁶⁰ OGH 3 Ob 89/97 b EvBl 1997/175; 6 Ob 625/91 EFSIlg 65.012.

⁸⁶¹ OGH 6 Ob 586/93 ÖA 1994, 101.

⁸⁶² OGH 1 Ob 2/02 d EFSIlg 99.758; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 64.

⁸⁶³ OGH 7 Ob 568/93 EFSIlg 70.737; LGZ Wien 44 R 3040/87 EFSIlg 53.129; 43 R 120/87 EFSIlg 53.253.

⁸⁶⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 85.

Ausnahmecharakters und der Subsidiarität des Aszendentenunterhalts abzulehnen.⁸⁶⁵ Vielmehr müssen alle Mittel, egal aus welchem Anlass sie erzielt werden, zur Bedarfsdeckung eingesetzt werden, weshalb eine teilweise Bedarfsdeckung durch Dritte, wie beispielsweise dem Lebensgefährten⁸⁶⁶, zu einer Minderung des Unterhaltsanspruchs führt.⁸⁶⁷

3.8. Ansprüche gegen Dritte

Des Weiteren gehören zum Vermögen auch geldwerte Ansprüche gegen Dritte, zum Beispiel aus Vermächtnis oder Widerruf einer Schenkung.

3.8.1. Widerruf einer Schenkung

Häufig haben ältere Menschen zu Lebzeiten Vermögen, insbesondere Immobilien, an nahe Angehörige verschenkt. Deshalb können beim Aszendentenunterhalt Ansprüche aus Widerruf einer Schenkung wegen Dürftigkeit gem § 947 ABGB von Bedeutung sein, für deren Geltendmachung den unterhaltsberechtigten Elternteil eine Obliegenheit trifft.⁸⁶⁸

Zweck der Vorschrift ist es, den dürftigen Schenker in die Lage zu versetzen, seinen Unterhalt bzw einen Teil seines Unterhaltes selbst zu bestreiten, weshalb § 947 ABGB als Ausdruck der Beschränkung des freien Verfügungsrechts eingeführt wurde.⁸⁶⁹

Diese Ansprüche sind auch nicht subsidiär, sondern das unterhaltspflichtige Kind kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn trotz Bestehens von Ansprüchen nach § 947 ABGB der Bedarf nicht gedeckt ist.⁸⁷⁰

3.8.1.1. Vorliegen des Notbedarfs

Zunächst muss es dem Zuwender unmöglich sein, seinen nötigen⁸⁷¹ Bedarf selbst zu decken. Der nötige Bedarf ist nach dem Maß der Bedürfnisse ohne Rücksicht auf die gesellschaftlichen Verhältnisse zu ermitteln,⁸⁷² da es um die Aufrechterhaltung einer menschenwürdigen

⁸⁶⁵ So auch LG Salzburg 21 R 115/03 p EFSlg 104.202.

⁸⁶⁶ Wenn der Elternteil in einer Lebensgemeinschaft lebt.

⁸⁶⁷ So auch LG Salzburg 21 R 115/03 p EFSlg 104.202; beim Kindesunterhalt ebenso: OGH 4 Ob 305/97 z EvBl 1998/54 (*Gamerith/Hager/Kodek*); *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 85.

⁸⁶⁸ OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111 = EFSlg 113.701; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 1; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 154.

⁸⁶⁹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar IV³ (2006) § 947 Rz 1.

⁸⁷⁰ OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111.

⁸⁷¹ Nicht den angemessenen Bedarf, *Schubert* in *Rummel*, ABGB I³ § 947 Rz 1.

⁸⁷² OGH 3 Ob 104/64 SZ 37/124.

Existenz unter einfachen Verhältnissen geht⁸⁷³. Bei der Unterbringung in einer stationären Einrichtung sind deshalb üblicherweise die Kosten des Pflegeheimes maßgeblich.⁸⁷⁴

3.8.1.2. Art und Umfang des Anspruchs

Der Zuwender ist gem § 947 S 1 ABGB berechtigt, von dem Beschenkten jährlich von dem geschenkten Betrag die gesetzlichen Zinsen zu verlangen, insoweit im Zeitpunkt der Bedürftigkeit noch eine Bereicherung vorhanden ist. Demnach stehen ihm 4 %⁸⁷⁵ von dem gegenwärtigen Wert des Geschenkes, abzüglich etwaiger Investitionen⁸⁷⁶ des Zuwendungsempfängers, zu.⁸⁷⁷ Diese Summe ist regelmäßig in Geld zu entrichten. Begrenzt wird der zu leistende Betrag jedoch durch den notwendigen Bedarf, § 947 S 1 ABGB.

Ist der Geschenkempfänger nicht in der Lage, die Zahlungen zu leisten, so ist er verpflichtet, das Geschenk zu verwerten.⁸⁷⁸

3.8.1.3. Anspruchsgegner

Das Widerrufsrecht richtet sich grundsätzlich gegen den Beschenkten oder dessen Erben.⁸⁷⁹ Voraussetzung ist lediglich, dass der Zuwendungsempfänger bzw seine Erben noch Vermögensvorteile daraus ziehen.⁸⁸⁰ Hat der inzwischen bedürftige Zuwender zeitlich nacheinander mehrere Schenkungen getätigt, so wird ihre Rückabwicklung nach § 947 S 2 ABGB in einer umgekehrten zeitlichen Reihenfolge bestimmt. Die zuletzt erbrachte Schenkung wird demzufolge als erste zur Deckung des Bedarfs herangezogen. Erhielten mehrere Personen das Geschenk gemeinsam oder gleichzeitig, so haben sie im Verhältnis der noch vorhandenen Bereicherungen zum Bedarf des Schenkers anteilig beizutragen.⁸⁸¹

3.8.1.4. Inhaber des Rückforderungsanspruchs

Der Widerruf kann nur vom Zuwender persönlich, nicht dagegen von seinen Erben geltend gemacht werden.⁸⁸²

⁸⁷³ VwGH 99/11/0154 ÖJZ 2001/23 A.

⁸⁷⁴ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³ § 947 Rz 2; VwGH 99/11/0154 ÖJZ 2001/23 A.

⁸⁷⁵ § 2 ZinsenG.

⁸⁷⁶ VwGH 28.6.2001, 2000/11/0175.

⁸⁷⁷ OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111; VwGH 28.6.2001, 2000/11/0175.

⁸⁷⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³ § 947 Rz 4.

⁸⁷⁹ *Stanzl in Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² 620.

⁸⁸⁰ OGH 2 Ob 762/53 JBl 1954, 489.

⁸⁸¹ Dies gilt in analoger Anwendung zu § 951 Abs 3 S 2 ABGB; *Binder in Schwimann*, ABGB IV³ § 947 Rz 5.

⁸⁸² *Binder in Schwimann*, ABGB IV³ § 947 Rz 6.

Demnach hängt es vom Willen des Schenkers ab, ob das Geschenk zurückgefordert wird oder ob er an dem Schenkungsversprechen festhalten will.

Probleme treten dann auf, wenn der Zuwender die Schenkung nicht persönlich widerruft, aber aufgrund seiner Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit nicht mehr in der Lage ist, sich selbst zu erhalten und auf Leistungen Dritter angewiesen ist.

Indem er die Leistungen in Anspruch nimmt, bringt er zum Ausdruck, dass er der Zinsen des Geschenks zur Deckung seines Lebensunterhalts bedarf. Deshalb kann in diesem Fall ein Sachwalter zur Durchsetzung von Ansprüchen nach § 947 ABGB bestellt werden.⁸⁸³

Werden die Leistungen dagegen vom Träger der Sozialhilfe⁸⁸⁴ erbracht, so erübrigt sich die Bestellung eines Sachwalters, weil in den jeweiligen Sozialhilfegesetzen der einzelnen Bundesländer ein Anspruchsübergang auf das Land normiert ist.⁸⁸⁵ Der Übergang erfolgt in Form einer „aufgeschobenen“ Legalzession regelmäßig mit Anzeige an den Schuldner.⁸⁸⁶

Der Träger der Sozialhilfe kann in diesem Fall selbst gegen den Geschenknehmer vorgehen und damit die Rangfolge des Kostenersatzes realisieren, die sich aus der Wertung des § 143 ABGB ergibt.⁸⁸⁷

3.8.1.5. Ausschluss des Widerrufs wegen Dürftigkeit

Der Widerruf wegen Dürftigkeit ist ausgeschlossen, wenn sich der Schenker erkenntlich zeigen wollte, es sich mithin um eine belohnende Schenkung im Sinne der §§ 940, 941 ABGB handelt.⁸⁸⁸

Gleiches gilt, wenn aufseiten des Zuwendungsempfängers keine Bereicherung mehr vorliegt.⁸⁸⁹ Sollte der Geschenknehmer jedoch unentgeltlich auf das Geschenk verzichtet oder es „verschleudert“ haben, so haftet er analog §§ 952 und 378 ABGB, wenn er unredlich gehandelt hat.⁸⁹⁰

Hat die Zahlung der gesetzlichen Zinsen beim Geschenkempfänger zur Folge, dass er seinen eigenen notdürftigen Unterhalt nicht mehr aufbringen kann, dann ist der Anspruch erst dann

⁸⁸³ OGH 21.11.2006, 4 Ob 192/06 y, wobei der OGH in dem konkreten Fall eine Sachwalterbestellung als nicht notwendig erwachtet, weil der Anspruch auf den Träger der Sozialhilfe bereits übergegangen war.

⁸⁸⁴ In Kärnten der Träger der Mindestsicherung und in Tirol der Grundsicherungsträger.

⁸⁸⁵ OGH 28.9.2006, 4 Ob 153/06 p.

⁸⁸⁶ § 45 BgldSHG; § 48 Abs 1 K-MSG; § 47 OÖSHG; § 13 TGSG.

⁸⁸⁷ OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111.

⁸⁸⁸ *Binder* in *Schwimann*, ABGB I³ § 947 Rz 3.

⁸⁸⁹ Die Darlegungs- und Beweislast trifft insoweit den entreicherten Geschenknehmer.

⁸⁹⁰ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV² § 947 Rz 5.

ausgeschlossen, wenn er gleich oder noch bedürftiger ist als der Zuwender.⁸⁹¹ Als Belastungsgrenze wird dabei üblicherweise der Ausgleichszulagenrichtsatz angesehen, der auch sonst als Anhaltspunkt für die Ermittlung eines einfachen Lebensbedarfs heranzuziehen ist.⁸⁹²

Ein Erlassvertrag, in dem der Schenker gegenüber dem Beschenkten im Vorhinein auf sein Widerrufsrecht verzichtet, ist wegen der Unterhaltsfunktion des § 947 ABGB nichtig.⁸⁹³

3.8.1.6. Verjährung

Das Recht zum Widerruf wegen Dürftigkeit des Schenkers unterliegt der Regelverjährung von 30 Jahren §§ 1478 iVm 1487 e ABGB contrario.⁸⁹⁴ Wenn demnach zwischen dem Eintritt der Bedürftigkeit des Schenkers und der unentgeltlichen Leistung mehr als 30 Jahre verstrichen sind, kann kein Anspruch mehr geltend gemacht werden.⁸⁹⁵

3.8.1.7. Gemischte Schenkungen

Haben die Parteien einen Vertrag geschlossen, der sich aus einem unentgeltlichen und entgeltlichen Teil zusammensetzt, so besteht für den geschenkten Part ebenfalls ein Anspruch wegen Dürftigkeit des Schenkers nach § 947 ABGB.⁸⁹⁶

3.8.2. Sozialhilferechtliche Besonderheiten

Eine weitergehende Ersatzpflicht trifft den Geschenknehmer, wenn der Elternteil soziale Hilfeleistungen in Anspruch nimmt.

Denn die Sozialhilfegesetze der Bundesländer normieren teilweise eine Ersatzpflicht, die nicht nur die jährlichen gesetzlichen Zinsen umfassen, sondern den Beschenkten unter gewissen Voraussetzungen für gewährte Sozialleistungen bis zur Höhe des Geschenkwertes haf-ten lassen.

Eine solche Ersatzpflicht besteht im Burgenland⁸⁹⁷, in Kärnten⁸⁹⁸, in Niederösterreich⁸⁹⁹, in Oberösterreich⁹⁰⁰, in Salzburg⁹⁰¹ und der Steiermark⁹⁰². Die Voraussetzungen sind in den

⁸⁹¹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³ § 947 Rz 4.

⁸⁹² OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111.

⁸⁹³ VwGH 28.6.2001, 2000/11/0175; *Binder in Schwimann*, ABGB IV³ § 947 Rz 3.

⁸⁹⁴ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³ § 947 Rz 6.

⁸⁹⁵ *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (9).

⁸⁹⁶ OGH 3 Ob 25/51 SZ 24/26; VwGH 20.12.2004, 2002/10/0052.

⁸⁹⁷ § 46 BgldSHG.

⁸⁹⁸ § 48 K-MSG.

⁸⁹⁹ § 41 NÖSHG.

⁹⁰⁰ § 45 Abs 1 Nr 5, § 48 OÖSHG.

⁹⁰¹ § 44 a SbgSHG.

Bundesländern unterschiedlich geregelt, wobei üblicherweise Ersatz zu leisten ist, wenn der Hilfeempfangende innerhalb von drei bzw fünf Jahren vor Gewährung der Sozialhilfe oder ab dem Zeitpunkt der Gewährung Vermögen verschenkt oder sonst ohne eine dem Wert des Vermögens entsprechende Gegenleistung an andere Personen übertragen hat.

Der Kostenersatz des Geschenknehmers ist in allen Bundesländern durch die Höhe des Geschenkwertes begrenzt.⁹⁰³

In den anderen Bundesländern Wien, Tirol und Vorarlberg fehlt es an solch einer expliziten Regelung. Vielmehr gelten Ansprüche gegen Dritte, zu denen auch der Widerruf des in Not geratenen Schenkers zählt, als eigene Mittel des Hilfeempfängers, wenn die Geltendmachung des Anspruchs möglich und zumutbar ist.⁹⁰⁴ Dies gilt unabhängig davon, ob sie bereits geltend gemacht wurden oder (noch) nicht.⁹⁰⁵

Aufgrund der landesgesetzlichen Regelungen können die Träger der Sozialhilfe in diesen Bundesländern Ersatz von Dritten verlangen, insofern dem Hilfeempfänger ein Anspruch gegen diesen zusteht. Dieser Ersatzanspruch beschränkt sich mangels anderer gesetzlicher Regelungen auf den Widerruf der Schenkung nach § 947 ABGB und demzufolge auf die gesetzlichen 4 % vom Wert des Geschenkes.

4. Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes

Das Kind schuldet seinen Eltern unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse Unterhalt, § 143 Abs 1 ABGB. Des Weiteren normiert § 143 Abs 2 ABGB, dass das Kind nur insoweit Unterhalt zu leisten hat, als es dadurch unter Berücksichtigung seiner sonstigen Sorgepflichten den eigenen angemessenen Unterhalt nicht gefährdet. Die Lebensverhältnisse und damit auch die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes werden vor allem durch sein Einkommen, aber auch durch das Vermögen und die soziale Stellung, bestimmt.⁹⁰⁶

Die Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens erfolgt nach den Grundsätzen, die auch beim Unterhalt für volljährige Kinder und beim Ehegattenunterhalt gelten.⁹⁰⁷

Jedoch steht dem unterhaltspflichtigen Kind im Gegensatz zur Deszendentenunterhaltspflicht aus § 140 ABGB das *beneficium competentiae* zu, das heißt, es darf nicht nur der eigene an-

⁹⁰² § 28 a StmkSHG.

⁹⁰³ § 46 S 1 BgldSHG, § 44 a Abs 1 SbgSHG, § 28 a Abs 1 StmkSHG.

⁹⁰⁴ VwGH 28.6.2001, 2000/11/0175.

⁹⁰⁵ VwGH 30.5.2001, 2001/11/0029.

⁹⁰⁶ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 140 Rz 5.

⁹⁰⁷ *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 143 Rz 12; *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6).

gemessene Unterhalt durch den Unterhaltsanspruch der Eltern nicht gefährdet werden, sondern es sind auch die übrigen Unterhalts- und Sorgepflichten zu berücksichtigen.⁹⁰⁸

4.1. Bemessung der Leistungsfähigkeit von Kindern aus Einkommen

Als Unterhaltsbemessungsgrundlage dient das nach spezifisch unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten ermittelte tatsächliche Nettoeinkommen des unterhaltspflichtigen Kindes.⁹⁰⁹

Das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen ist die Summe aller tatsächlich zufließenden Mittel in Form von Geld und geldwerten Leistungen⁹¹⁰, über die der Unterhaltspflichtige verfügen kann⁹¹¹ oder die in irgendeiner Weise seine Bedürfnisse dezimieren.⁹¹²

4.1.1. Einkommen aus abhängiger Beschäftigung

Bei unselbständig Erwerbstätigen besteht das Einkommen aus dem Arbeitsentgelt sowie allfälliger öffentlich-rechtlicher Zusatzleistungen⁹¹³. Alles, was in diesem arbeitsrechtlichen Sinn als Gehalt zu qualifizieren ist, fällt in die Bemessungsgrundlage.⁹¹⁴ Um das Nettoeinkommen zu erhalten, sind zu dem Bruttogehalt alle Nebengebühren, Sonderzahlungen und Zulagen mit Entgeltcharakter zu addieren und um die Zahlungspflichten für einkommensgebundene Steuern und öffentliche Abgaben sowie weitere zweckgebundene Aufwendungen zu mindern.⁹¹⁵

Dabei ist es unterhaltsrechtlich irrelevant, ob bestimmte derart erfasste Einkommensteile steuerfrei oder unpfändbar sind.⁹¹⁶

4.1.1.1. Überstundenentgelt und Sonderzahlungen

Überstundenentgelte und Sonderzahlungen sind einkommensbildend zu berücksichtigen.⁹¹⁷

Besteht eine vertragliche Zweckwidmung in Bezug auf bestimmte tatsächlich erbrachte Mehrleistungen⁹¹⁸ für beispielsweise die Familie mit der zweiten Ehefrau („neue“ Familie), um an-

⁹⁰⁸ OGH 4 Ob 513/96 SZ 69/77; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 561.

⁹⁰⁹ OGH 1 Ob 223/96 g ÖA 1997, 125/U 178; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 5.

⁹¹⁰ OGH 1 Ob 614/92 SZ 65/126; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 82 a mwN.

⁹¹¹ OGH 5 Ob 3/97 w ÖA 1998, 21/U 200; *Purtscheller/Salzmann*, Unterhaltsbemessung Rz 222.

⁹¹² OGH 6 Ob 278/01 b EFSIlg 95.500; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 5.

⁹¹³ OGH 1 Ob 614/92 JBI 1993, 244.

⁹¹⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 6.

⁹¹⁵ OGH 5 Ob 60/97 b NZ 1998, 317; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 81.

⁹¹⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 6.

⁹¹⁷ LGZ Wien 43 R 438/78 EFSIlg 30.804; 44 R 3082/82 EFSIlg 40.225; 43 R 1295/84 EFSIlg 45.063.

⁹¹⁸ Zum Beispiel Überstunden oder Nachtdienste.

dere Unterhaltsberechtigte auszuschließen, so ist diese Vereinbarung in Bezug auf die Einkommensermittlung unbeachtlich.⁹¹⁹

4.1.1.2. Sachbezüge mit Einkommensersatzfunktion

Des Weiteren sind alle geldwerten Naturalbezüge unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen, insofern sie Zuwendungscharakter haben.⁹²⁰

Insbesondere ist ein Firmenwagen, der für Privatfahrten genutzt werden kann, einkommensrechtlich relevant.⁹²¹ Ebenso sind die Vorteile einer Dienstwohnung anzurechnen.⁹²² Hat der Dienstnehmer keinen Einfluss auf die Größe, Lage und die Höhe des Mietzinses der zur Verfügung gestellten Dienstwohnung, so bestimmt sich die Höhe des anzurechnenden Vorteils nach dem ortsüblichen Mietzins für eine dem Lebensstandard entsprechende angemessenere kleinere Wohnung.⁹²³ Denn es darf dem Unterhaltspflichtigen nicht zum Nachteil gereichen, wenn der Dienstgeber seinen Dienstnehmern Wohnungen zur Verfügung stellt, die einem höheren Lebensstandard entsprechen.

4.1.1.3. Sonstige Einkommensbestandteile

Zulagen und Zuschläge mit Entgeltcharakter sind in voller Höhe dem Gehalt zuzurechnen.⁹²⁴ Einmalzahlungen sind dem unterhaltsrelevanten Einkommen in voller Höhe hinzuzurechnen. Dies gilt sowohl für beträchtliche, das Einkommen erhöhende Einmalzahlungen⁹²⁵ als auch für relativ geringe Einmalzahlungen mit Geschenkcharakter⁹²⁶.

Eine als einmalige Zahlung geleistete Abfertigung, die auch als Arbeitsentgelt zu qualifizieren ist, ist bei der Bemessung der Höhe des Einkommens zu berücksichtigen.⁹²⁷ Die Aufteilung ist stets nach den Umständen und Lebensverhältnissen angemessen vorzunehmen und kann auch einen Zeitraum, der der statistischen Lebenserwartung des Unterhaltspflichtigen entspricht, umfassen.⁹²⁸

⁹¹⁹ LGZ Wien 44 R 3323/82 EFSIlg 40.227; 47 R 783/87 EFSIlg 53.269.

⁹²⁰ Der Zuwendungscharakter wird wie im Einkommenssteuerrecht des § 15 Abs 2 EStG definiert. Siehe dazu *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*² Rz 82 a mwN.

⁹²¹ OGH 1 Ob 143/02 i EFSIlg 99.349.

⁹²² OGH 10 Ob 4/07x EF-Z 2007/84; 17.12.1997, 3 Ob 351/97 g.

⁹²³ OGH 10 Ob 4/07x EF-Z 2007/84.

⁹²⁴ OGH 2 Ob 216/98 y ÖA 1999, 29/U 255; 2 Ob 39/99 w EFSIlg 89.084.

⁹²⁵ OGH 7 Ob 550/93 EFSIlg 71.072.

⁹²⁶ OGH 7 Ob 550/95 EFSIlg 76.706.

⁹²⁷ OGH 7 Ob 232/01 w EFSIlg 95.571.

⁹²⁸ Siehe zu der umfassenden Darstellung von Einmalzahlungen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage *Schwimmann/Kolmasch*, *Unterhaltsrecht*⁴ 11f.

Bei der Einbeziehung von Diäten und Reisekosten in die Bemessung der Einkommenshöhe sind Differenzierungen vorzunehmen. Steht den Diäten und Reisekosten ein tatsächlicher Mehraufwand gegenüber, so ist ihre Einbeziehung zu unterlassen.⁹²⁹ Ist dagegen ein Rechtsverbrauch nicht nachgewiesen, so sind Diäten zur Hälfte anzurechnen.⁹³⁰ Gleiches gilt auch für Reisekosten, wobei eine Betrachtung des Einzelfalles unerlässlich ist.⁹³¹

Dagegen fehlt es an der Relevanz für die unterhaltsrechtliche Bemessungsgrundlage bei Einnahmen, die der Abgeltung von effektiven Auslagen dienen⁹³² oder der Abdeckung eines tatsächlichen beruflichen Mehraufwandes⁹³³. Dies gilt jedoch nur, wenn sie auch tatsächlich für den Widmungszweck eingesetzt werden.⁹³⁴

Weggelder, die keine Fahrtkostenvergütung beinhalten, sind zur Gänze zum Einkommen hinzuzurechnen.⁹³⁵

Das Trennungsgeld erhöht das Einkommen nicht, weil es als Aufwandsentschädigung zu qualifizieren ist und die mit der getrennten Haushaltsführung verbundenen Mehrkosten abgegolten werden sollen.⁹³⁶

Dagegen werden Tagegelder zur Hälfte zum unterhaltsrelevanten Einkommen hinzugezählt, insofern ihnen kein über der Hälfte liegender berufsbedingter Mehraufwand gegenüber steht.⁹³⁷

Ob Zulagen dem unterhaltsrelevanten Einkommen hinzuzurechnen sind, hängt davon ab, ob es sich um (versteckte) Gehaltsbestandteile handelt, oder ob den Zulagen ein tatsächlicher berufsbedingter Mehraufwand gegenüber steht.⁹³⁸ Die Beweispflicht für den mit der Zulage abzudeckenden tatsächlichen Mehraufwand obliegt dem Unterhaltspflichtigen.⁹³⁹

4.1.1.4. Beobachtungszeitraum

Bei unselbständig tätigen Unterhaltspflichtigen erfolgt die Unterhaltsbemessung für einen vergangenen Zeitraum nach dem in dieser Zeit tatsächlich erzielten Einkommen.⁹⁴⁰ Wird jedoch ein laufender Unterhalt festgesetzt, der auch künftige Zeitabschnitte erfasst, so be-

⁹²⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 101 mwN.

⁹³⁰ OGH 17.3.1993, 7 Ob 528/93.

⁹³¹ OGH 1 Ob 262/99 g ÖA 2000, 214/U 321; 1 Ob 203/05 t EFSIlg 110.278.

⁹³² OGH 5 Ob 3/97 w ÖA 1998, 21/U 200 = EFSIlg 83.467; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 83 mwN.

⁹³³ OGH 2 Ob 514/94 EFSIlg 73.979; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 83 mwN.

⁹³⁴ OGH 3 Ob 194/97 v ÖA 1998, 114/U 213 = EFSIlg 83.470.

⁹³⁵ OGH 2 Ob 514/94 EFSIlg 74.404.

⁹³⁶ OGH 7 Ob 302/99 h EFSIlg 89.069.

⁹³⁷ OGH 7 Ob 302/99 h EFSIlg 89.040; 9 Ob 123/98 y EFSIlg 86.445.

⁹³⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 10.

⁹³⁹ OGH 2 Ob 318/99 z EFSIlg 91.898.

⁹⁴⁰ OGH 3 Ob 250/07 x Zak 2008/190.

stimmt sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach dem der Antragstellung vorangegangenen Zeitraum unter Beachtung der künftigen Entwicklung.⁹⁴¹ Üblicherweise wird bei abhängig Beschäftigten ein Beobachtungszeitraum von einem Jahr⁹⁴² angesetzt, wobei bei stabilen Einkünften auch drei⁹⁴³ bzw sechs⁹⁴⁴ Monate ausreichen können.

4.1.2. Selbständig Erwerbstätige

Das unterhaltsrelevante Einkommen bei selbständig Erwerbstätigen ist der tatsächlich verbleibende Reingewinn, wie er sich aus dem tatsächlichen Betriebsgewinn unter Abzug realer Zahlungspflichten für einkommens- und betriebsgebundene Steuern und öffentliche Abgaben ergibt.⁹⁴⁵ Der steuerliche Gewinn, der sich aus dem Steuerbescheid ergibt, ist demzufolge nicht maßgebend.⁹⁴⁶

Da die tatsächliche Verfügbarkeit der Mittel beim Unterhaltspflichtigen entscheidet, treten an die Stelle des Betriebsergebnisses die Privateinnahmen, wenn diese den Reingewinn übersteigen⁹⁴⁷ oder die Betriebsbilanz einen Verlust aufweist.⁹⁴⁸

Taugliche Ermittlungsunterlagen sind in erster Linie die Geschäftsbücher.⁹⁴⁹ Dagegen sind Steuerbescheide wegen der abweichenden steuerlichen Berechnungsmethoden als Einkommensnachweis ungeeignet,⁹⁵⁰ da beispielsweise steuerrechtliche Absetzungen für Abnützungen bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen sind.⁹⁵¹

Bei selbständig erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen ist das Durchschnittseinkommen aus den letzten drei, der Beschlussfassung⁹⁵² vorangehenden Wirtschaftsjahren festzustellen, um die Unterhaltsbemessungsgrundlage verzerrende Einkommensschwankungen, die auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten zurückzuführen sind, auszuschließen.⁹⁵³

⁹⁴¹ OGH 1 Ob 549/95 EFSIlg 77.030; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 7.

⁹⁴² LGZ Wien 43 R 709/87 EFSIlg 53.280; 45 R 131/02 a EFSIlg 99.388.

⁹⁴³ LGZ Wien 44 R 3444/87 EFSIlg 53.277.

⁹⁴⁴ LGZ Wien 43 R 204/86 EFSIlg 50.464.

⁹⁴⁵ OGH 10 Ob 8/07 k Zak 2007/376; 7 Ob 52/98 t EFSIlg 86.200; 4 Ob 557/94 ÖA 1995, 68; 1 Ob 535/92 JBI 1992, 702.

⁹⁴⁶ OGH 1 Ob 656/90 SZ 63/153; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 7.

⁹⁴⁷ LGZ Wien 47 R 2103/87 EFSIlg 53.283; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 140 Rz 5a.

⁹⁴⁸ OGH 5 Ob 501/93 EFSIlg 70.871.

⁹⁴⁹ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 53.

⁹⁵⁰ LGZ Wien 45 R 79/76 EFSIlg 26.084; LGZ Wien 45 R 172/78 EFSIlg 30.686.

⁹⁵¹ OGH 3 Ob 503/96 SZ 69/33 = JBI 1996, 601.

⁹⁵² Es kommt nicht auf die 3 Jahre vor dem Bemessungszeitraum, sondern die 3 Jahre vor der Beschlussfassung an. Siehe hierzu OGH 3 Ob 248/00 t ÖA 2002, 29/U 342 = EFSIlg 95.549; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 85 mwN.

⁹⁵³ OGH 1 Ob 656/90 ÖA 1991, 43/U 18 = EFSIlg 61.998 = SZ 63/153; 7 Ob 143/05 p Zak 2006/12.

4.1.3. Zahlungen mit Einkommensersatz

Das Arbeitslosengeld ist als eine Versicherungsleistung, die das Arbeitseinkommen ersetzt, bei der Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens in voller Höhe einzubeziehen.⁹⁵⁴

Gleiches gilt für Pensionsbezüge⁹⁵⁵ und für die Schwerstbeschädigtenzulage oder den Zurechnungszuschlag zur Erwerbsunfähigkeitspension nach § 140 GSVG.⁹⁵⁶

Werden Privatversicherungsleistungen für den Fall der Erwerbsunfähigkeit oder der geminderten Erwerbsfähigkeit geleistet, so sind auch diese in die Unterhaltsbemessungsgrundlage mit einzubeziehen.⁹⁵⁷ Zum Einkommen zählen auch beispielsweise Zahlungen aus einer Verdienstentgangsrente oder Invaliditätsentschädigungen⁹⁵⁸, die aus einer privaten Unfallversicherung im Sinne der §§ 179ff VersVG resultieren, insofern sie nicht dem Ausgleich eines konkreten Mehraufwandes dienen oder wie das Schmerzensgeld bzw das Pflegegeld einen bestimmten Sonderbedarf abdecken sollen.⁹⁵⁹

4.1.4. Überobligatorische Tätigkeit

Erzielt der Unterhaltspflichtige Einkünfte aus einer zusätzlichen Tätigkeit, zu deren Ausübung er nicht verpflichtet ist, so werden auch diese in voller Höhe zum unterhaltsrelevanten Einkommen gerechnet.⁹⁶⁰

4.1.5. Lohnsteuerrückzahlungen und Jahresausgleichsbeträge

Lohnsteuerrückzahlungen⁹⁶¹ und Jahresausgleichsbeträge⁹⁶² sind als verfügbare Mittel des Unterhaltspflichtigen zum unterhaltsrelevanten Einkommen hinzuzurechnen.⁹⁶³

Dabei ist zu beachten, dass sie die Unterhaltsbemessungsgrundlage im Jahr ihres tatsächlichen Zuflusses erhöhen.⁹⁶⁴

⁹⁵⁴ OGH 5 Ob 505/91 RZ 1992, 263/87.

⁹⁵⁵ OGH 6 Ob 2222/96 z EFSIlg 80.375; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 124.

⁹⁵⁶ OGH 1 Ob 260/97 k ÖA 1998, 124/U 222.

⁹⁵⁷ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 132.

⁹⁵⁸ OGH 7 Ob 48/00 k EFSIlg 93.860.

⁹⁵⁹ Siehe zu der gesamten Problematik: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 132.

⁹⁶⁰ OGH 8 Ob 1676/92 ÖA 1993, 144/F 66.

⁹⁶¹ OGH 2 Ob 223/98 b ÖA 1999, 30/U 256.

⁹⁶² OGH 3 Ob 517/93 EFSIlg 71.114.

⁹⁶³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 116.

⁹⁶⁴ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 6.

4.1.6. Fiktives Einkommen

Aus der Formulierung „Lebensverhältnisse des Kindes“ in § 143 Abs 1 ABGB und „nach ihren Kräften“ in § 143 Abs 2 ABGB folgt, dass für die Leistungsfähigkeit des Nachfahren der Anspannungsgrundsatz gilt.⁹⁶⁵

Das bedeutet, dass das unterhaltspflichtige Kind unter Berücksichtigung seines Ausbildungsstandes, der beruflichen Möglichkeiten, der Gesundheit und der Arbeitskraft zur Deckung des Unterhaltes beizutragen hat.⁹⁶⁶

Unterlässt es der Unterhaltspflichtige, einem seiner Ausbildung sowie seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten entsprechenden Erwerb nachzugehen oder begnügt er sich mit einem niedrigeren Einkommen, als ihm nach den gegebenen Möglichkeiten erreichbar wäre, so kann bei der Unterhaltsbemessung von einem fiktiven, für den Unterhaltspflichtigen erzielbaren Einkommen, ausgegangen werden.⁹⁶⁷

Jedoch richtet sich die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes nach den Umständen des Einzelfalles⁹⁶⁸, sodass im Rahmen des Elternunterhaltes nicht ganz so strenge Maßstäbe anzusetzen sind wie beispielsweise beim Kindesunterhalt.

Selbständig Erwerbstätige unterliegen ebenfalls der Obliegenheit, ihr Einkommen in zumutbarer Weise zu maximieren, dh dass sie ihre Erwerbstätigkeit mit der erforderlichen wirtschaftlichen Sorgfalt betreiben müssen.⁹⁶⁹

Unterlässt es der Unterhaltspflichtige aus in seiner Sphäre liegenden Gründen, einen Antrag auf Gewährung einer öffentlich-rechtlichen Leistung zu stellen, so muss er sich auch dieses ihm mögliche Einkommen im Sinne der Anspannungstheorie anrechnen lassen.⁹⁷⁰

Da es sich bei dem Anspannungsgrundsatz um eine Art Missbrauchsvorbehalt handelt, muss den Unterhaltspflichtigen ein Verschulden an dem mangelnden Einkommen treffen.⁹⁷¹ Dabei ist es gleich, ob das Verschulden in vorsätzlicher Unterhaltsflucht oder dem fahrlässigen Herbeiführen des Einkommensmangels durch das Außerachtlassen zumutbarer Einkommensmöglichkeiten besteht.⁹⁷² Maßstab ist dabei immer ein rechtstreuer und pflichtbewusster Unter-

⁹⁶⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155.

⁹⁶⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 532.

⁹⁶⁷ LGZ Wien 43 R 104/80 EFSIlg 35.402; KG Krems a d Donau 1a R 353/86 EFSIlg 50.495; *Dittrich/Tades*, ABGB (MTK)²² (2007) § 140, 43.

⁹⁶⁸ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 137.

⁹⁶⁹ OGH 7 Ob 628/90 RZ 1991/25; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 144.

⁹⁷⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 53.

⁹⁷¹ OGH 13.11.1997, 8 Ob 191/97 i; 2 Ob 108/02 z EFSIlg 99.540; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553 (555f).

⁹⁷² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 55.

haltspflichtiger in gleichen Lebensverhältnissen und Umständen sowie mit den gleichen Fähigkeiten des Unterhaltsschuldners.⁹⁷³

Beispielsweise löst der Mangel an einer zielstrebigem und tatkräftigen Arbeitsplatzsuche die Anspannung aus.⁹⁷⁴

Eine Erwerbsobliegenheit besteht dagegen nicht, wenn das unterhaltspflichtige Kind minderjährige eigene Kinder betreut oder körperlich oder geistig behindert ist.⁹⁷⁵

4.2. Öffentlich-rechtliche Leistungen

Grundsätzlich sind öffentlich-rechtliche Leistungen bei der Berechnung des unterhaltsrelevanten Einkommens des Unterhaltspflichtigen in voller Höhe zu berücksichtigen,⁹⁷⁶ es sei denn, sie dienen dem Ausgleich eines bestimmten Mehraufwandes bzw Sonderbedarfs.⁹⁷⁷ Insbesondere scheiden sie nicht allein wegen der in der Leistung liegenden Zweckbestimmung für den Allgemeinbedarf aus.⁹⁷⁸

4.2.1. Sozialhilfeleistungen

Die Sozialhilfe hat subsidiären fürsorgerechtlichen Charakter und soll die Führung eines menschenwürdigen Lebens ermöglichen.⁹⁷⁹ Sie fällt in die freie Verfügbarkeit des Beziehers und dient nicht der Abgeltung eines bestimmten Sonderbedarfs.⁹⁸⁰

Demzufolge ist Sozialhilfe als Einkommen des Unterhaltspflichtigen in die Bemessungsgrundlage mit einzubeziehen.⁹⁸¹

4.2.2. Ausgleichszulage

Die Ausgleichszulage wird ebenfalls in voller Höhe in die Unterhaltsbemessungsgrundlage mit einzubeziehen sein.⁹⁸² Dies folgt daraus, dass weder der Ehegatte noch die Kinder einen

⁹⁷³ OGH 1 Ob 614/92 JBl 1993, 244; *Pichler*, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht Begriff und Anwendungsbereich, ÖA 1976, 53; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 162 mwN.

⁹⁷⁴ OGH 2 Ob 108/02 z EFSlg 99.569; 7 Ob 205/03 b EFSlg 103.598.

⁹⁷⁵ *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6).

⁹⁷⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 8.

⁹⁷⁷ OGH 6 Ob 299/98 h EFSlg 86.442; 1 Ob 108/01 s JBl 2002, 449.

⁹⁷⁸ OGH 1 Ob 614/92 SZ 65/126.

⁹⁷⁹ Dies ist in § 1 aller Sozialhilfegesetze bzw des Mindestsicherungsgesetzes bzw Grundsicherungsgesetzes normiert.

⁹⁸⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 130.

⁹⁸¹ OGH 1 Ob 550/94 JBl 1995, 62; 1 Ob 135/01 m EvBl 2001/200 (zust *Gamerith/Hager/Kodek*).

⁹⁸² OGH 1 Ob 550/94 JBl 1995, 62; 7 Ob 620/93 EFSlg 71.083.

Anspruch auf die Ausgleichszulage haben, sondern sich vielmehr das Einkommen des Unterhaltspflichtigen erhöht.⁹⁸³

4.2.3. Notstandshilfe und Sondernotstandshilfe

Die Notstandshilfe bzw die Notstandsunterstützung⁹⁸⁴ und die Sondernotstandshilfe⁹⁸⁵ dienen ebenfalls keiner Abgeltung eines bestimmten Mehraufwandes, sondern stehen zur freien Verfügung des Beziehers, weshalb sie auch dem Einkommen in voller Höhe hinzuzurechnen sind.

4.2.4. Pflegegeld

Bezieht das unterhaltspflichtige Kind Pflegegeld, so ist dies nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage mit einzubeziehen, weil damit der Sonderbedarf an krankheitsbedingtem Personal- und Pflegeaufwand abgedeckt werden soll.⁹⁸⁶ Es handelt sich dabei um einen reinen pauschalierten Aufwandsersatz.⁹⁸⁷

4.2.5. Beihilfen nach § 19 f AMFG und Familienzuschläge nach § 20 AIVG

Beihilfen und Familienzuschläge werden beim Kindesunterhalt für die Bemessungsgrundlage herangezogen.⁹⁸⁸ Dies geschieht im Hinblick auf den Zweck der Zahlungen, nämlich die Familie insbesondere bei der Kinderbetreuung finanziell zu unterstützen.⁹⁸⁹ Deshalb wäre es mE nicht gerechtfertigt, diese Zahlungen beim unterhaltspflichtigen Nachkommen im Rahmen des Aszendentenunterhalts zu berücksichtigen, weil diese öffentlich-rechtlichen Zuwendungen gerade die junge Familie unterstützen soll.

4.2.6. Familienbeihilfe und Kinderzuschüsse

Gleiches muss für die Familienbeihilfe gelten, denn die Zahlungen werden zwar an das unterhaltspflichtige Kind aufgrund seiner Elternfunktion ausgezahlt, jedoch sind sie ausschließlich für die eigenen Kinder zu verwenden.⁹⁹⁰

Daher bildet sie keinen Einkommensbestandteil des unterhaltspflichtigen Nachkommen.⁹⁹¹

⁹⁸³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 126.

⁹⁸⁴ OGH 5 Ob 505/91 RZ 1992, 263/87.

⁹⁸⁵ OGH 6 Ob 2206/96 x ÖA 1997, 193/U 186.

⁹⁸⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 127.

⁹⁸⁷ OGH 6 Ob 97/00 h ÖA 2000, 215/U 322.

⁹⁸⁸ OGH 6 Ob 528/87 JBl 1987, 521.

⁹⁸⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 119 mwN.

⁹⁹⁰ OGH 1 Ob 223/97 v ÖA 1998, 129/F 162; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 9.

⁹⁹¹ OGH 23.1.1975, 7 Ob 7/75.

Ebenso zählen Kinderzuschüsse im Sinne des § 262 ASVG nicht zum unterhaltsrelevanten Einkommen, weil sie zweckgebundene Beträge für das Kind des Unterhaltspflichtigen sind.⁹⁹²

4.3. Zuwendungen Dritter

Die Frage, ob Zuwendungen Dritter die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes erhöht, ist umstritten.

4.3.1. Unterhaltsempfänge

Bei Unterhaltszahlungen, die das unterhaltspflichtige Kind von einem Dritten, beispielsweise seinem Ehegatten, erhält, stellt sich die Frage, ob diese als Einkommen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sind.

Die Rechtsprechung⁹⁹³ und Teile der Literatur⁹⁹⁴ ziehen Unterhaltsempfänge des Unterhaltspflichtigen in die Bemessungsgrundlage mit ein, da sich die Leistungsfähigkeit durch die Summe aller in Geld und geldwerten zur Verfügung stehenden Mittel bestimmt. Dies gilt uneingeschränkt für tatsächlich erhaltene Leistungen von dem geschiedenen oder getrennt lebenden Ehegatten in Geld, weil der Unterhaltsschuldner über diese frei verfügen kann.⁹⁹⁵

Lebt der Unterhaltspflichtige in einer ehelichen Gemeinschaft, so hat er seit dem EheRÄG 1999 ebenfalls einen Unterhaltsanspruch auf Geldleistungen, insofern dies nicht der Billigkeit widerspricht, § 94 Abs 3 S 1 EheG. Dieser Anspruch erhöht die Bemessungsgrundlage ebenfalls.⁹⁹⁶ Erhält der Unterhaltspflichtige den eheangemessenen Unterhalt dagegen nicht in Geld, sondern in Form von Naturalunterhalt, so erhöht sich die Bemessungsgrundlage nur dann, wenn die Naturalien in Geld bewertet werden können.⁹⁹⁷

Dabei stellt sich jedoch das Problem, dass Naturalleistungen üblicherweise ausschließlich vom Empfänger verwendet bzw nicht sinnvoll in Geld umgewandelt und an den Unterhaltsberechtigten weitergegeben werden können. In diesem Fall trifft den Unterhaltsverpflichteten

⁹⁹² OGH 7 Ob 531/93 ÖA 1993, 145.

⁹⁹³ OGH 9 Ob 100/06 f Zak 2007/438; 7 Ob 164/06 b Zak 2006/626.

⁹⁹⁴ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 140 Rz 5 b; *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 144; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 12; *Pichler*, Probleme des Unterhalts, ÖA 1987, 91 (93); *Lackner*, Die Unterhaltspflicht des nicht erwerbstätigen Ehegatten (Lebensgefährten) gegenüber vor-ehelichen, nicht familienzugehörigen Kindern, ÖA 1996, 175.

⁹⁹⁵ OGH 7 Ob 164/06 b Zak 2006/626; *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 144.

⁹⁹⁶ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 13.

⁹⁹⁷ OGH 1 Ob 337/99 m EvBl 2000/114 (*Gamerith/Hager/Kodek*).

aufgrund seiner Anspannungsobliegenheit die Pflicht, den Naturalunterhalt in Geldunterhalt umzuwandeln.⁹⁹⁸

Scheitert die Umwandlung aus rechtlichen Gründen, weil beispielsweise ein Anspruch auf Geldunterhalt nicht der Billigkeit entspricht, dürfen die Gesamtunterhaltsleistungen den in Geld empfangenen Unterhaltsteil bzw das sonst zur Verfügung stehende Geldeinkommen des Unterhaltspflichtigen nicht übersteigen.⁹⁹⁹

Dagegen wendet *Schwimann*¹⁰⁰⁰ ein, dass es durch die Einbeziehung der Unterhaltsempfänge zu einer indirekten Haftung des außerhalb des Unterhaltsverhältnisses stehenden Schwiegerkindes kommt. Darüber hinaus entspreche eine Einbeziehung nicht der Zweckwidmung von Unterhaltsleistungen.

Dem ist zu entgegnen, dass die Einbeziehung von Unterhaltsempfängen in die Bemessungsgrundlage keine mittelbare Unterhaltspflicht des Schwiegerkindes begründet. Denn der Ehegatte erfüllt unabhängig davon, ob seine Leistungen allein der berechnete Empfänger verbraucht oder letzterer mit einem ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten zu teilen hat, immer nur seine eigene Unterhaltspflicht.¹⁰⁰¹ Die Zweckwidmung von Unterhaltsleistungen an den Empfänger muss teilweise dem familienrechtlichen Teilungsgrundsatz weichen, weil sonst zwar jeder andere Gläubiger auf den pfändbaren Teil von Geldunterhaltsansprüchen greifen könnte, nicht aber auch ein Unterhaltsgläubiger. Diese Ansicht steht auch nicht in Einklang mit der Exekutionsordnung, welche die Hereinbringung von Unterhaltsforderungen privilegiert.¹⁰⁰²

Da dem unterhaltspflichtigen Kind die Unterhaltszahlungen in Geld sowie die Naturalunterhaltsleistungen des besser verdienenden Ehegatten zu gute kommen und er frei darüber verfügen kann,¹⁰⁰³ erhöht sich mE auch seine Leistungsfähigkeit. In die Unterhaltsbemessungsgrundlage darf aber auch in diesem Fall nicht das Einkommen des Schwiegerkindes, sondern lediglich die sich aus dem Gesetz ergebenden Unterhaltsansprüche gegen den Ehegatten einbezogen werden, weil nur diese Zahlungen die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes erhöhen und es nicht zu einer indirekten Schwiegerkindhaftung kommen darf.

⁹⁹⁸ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 133 a; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 13.

⁹⁹⁹ OGH 1 Ob 337/99 m EvBl 2000/114 (*Gamerith/Hager/Kodek*).

¹⁰⁰⁰ *Schwimann*, Unterhaltsrecht² (1999) 69.

¹⁰⁰¹ OGH 1 Ob 337/99 m EvBl 2000/114 (*Gamerith/Hager/Kodek*); *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 144; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 140 Rz 5 b.

¹⁰⁰² OGH 1 Ob 337/99 m EvBl 2000/114 (*Gamerith/Hager/Kodek*).

¹⁰⁰³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 134.

4.3.2. Freiwillige Zuwendungen Dritter

Erhält der Unterhaltsberechtigte freiwillige Zuwendungen eines Dritten, wie beispielsweise seinem Lebensgefährten, so sind diese in die Bemessungsgrundlage mit einzubeziehen.¹⁰⁰⁴

Dies gilt jedoch nur, wenn er darüber frei verfügen kann bzw diese Mittel seine Bedürfnisse verringern.¹⁰⁰⁵

4.4. Insolvenz des Unterhaltspflichtigen

Inwieweit der Konkurs des Unterhaltsschuldners Auswirkungen auf die Unterhaltsbemessungsgrundlage hat, hängt davon ab, ob er weiterhin selbständig tätig ist oder einer abhängigen Beschäftigung nachgeht.

Arbeitet der Unterhaltspflichtige weiterhin in seinem vom Masseverwalter fortgeführten Unternehmen, so fließen alle Einkünfte in die Konkursmasse, und er hat für sich und jene Personen, die gegen ihn einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch haben, nur mehr Anspruch auf Überlassung der für eine bescheidene Lebensführung erforderlichen Mittel.¹⁰⁰⁶ Die Praxis orientiert sich dabei am Existenzminimum, wobei der tatsächlich überlassene Betrag die Bemessungsgrundlage bildet.¹⁰⁰⁷ Demzufolge verringert sich in diesem Fall die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners in der Regel durch die Konkursöffnung.¹⁰⁰⁸

Eine Anspannung auf ein fiktives Einkommen in der Höhe des bisherigen Realeinkommens oder eines real erzielbaren Einkommens kann aber nicht ohne Weiteres angenommen werden.¹⁰⁰⁹ Insbesondere ist die Insolvenz allein kein Anspannungsgrund.¹⁰¹⁰ Vielmehr wird die Anspannung nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalles erfolgen können, insbesondere dann, wenn dem Unterhaltspflichtigen ein Verschulden daran anlastbar ist, dass er das seinen persönlichen Verhältnissen und der Arbeitsmarktlage nach mögliche Einkommen real nicht mehr erzielt.¹⁰¹¹

Geht der insolvente Unterhaltsschuldner einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nach und erhält die beschränkt pfändbaren Einkünfte im Sinne des § 290 a EO, so fließen nur die allgemein pfändbaren Beträge in die Konkursmasse und der Unterhaltsberechtigte kann nach

¹⁰⁰⁴ LGZ Wien 43 R 563/01 i EFSlg 95.513; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 81a.

¹⁰⁰⁵ OGH 6 Ob 278/01b EFSlg 95.500.

¹⁰⁰⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 231.

¹⁰⁰⁷ OGH 1 Ob 242/02 y JBl 2003, 461.

¹⁰⁰⁸ OGH 1 Ob 191/01 x EFSlg 97.700; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 231 mwN.

¹⁰⁰⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 47.

¹⁰¹⁰ OGH 27.7.2005 3 Ob 1/05 a.

¹⁰¹¹ OGH 1 Ob 191/01 x EFSlg 97.700.

der sog Differenzmethode¹⁰¹² auf die Differenz zwischen Existenzminimum und Unterhaltsexistenzminimum zurückgreifen.¹⁰¹³ Das Insolvenzverfahren hat in diesem Fall keine Auswirkungen auf die Höhe der Unterhaltsbemessungsgrundlage.¹⁰¹⁴

Insofern der insolvente Unterhaltsschuldner keiner Beschäftigung nachgeht, erfolgt eine Anspannung nach den allgemeinen Bestimmungen.¹⁰¹⁵

4.5. Abzüge vom anrechenbaren Einkommen

Das Nettoeinkommen bemisst sich aus dem Gesamteinkommen nach Abzug der Zahlungspflichten für einkommensgebundene Steuern und öffentliche Abgaben¹⁰¹⁶ sowie weitere zweckgebundene Aufwendungen.¹⁰¹⁷

Deshalb ist im Folgenden zu klären, welche Zahlungspflichten des unterhaltspflichtigen Kindes seine Leistungsfähigkeit reduzieren.

4.5.1. Steuern und Abgaben

Steuerzahlungspflichten und Abgaben reduzieren in dem tatsächlich anfallenden Umfang die Unterhaltsbemessungsgrundlage.¹⁰¹⁸ Dies gilt sowohl bei selbständig tätigen als auch bei abhängig beschäftigten Unterhaltspflichtigen für alle einkommensgebundenen Steuern¹⁰¹⁹ und Abgaben, wie beispielsweise den Sozialversicherungsbeiträgen.¹⁰²⁰

Steuernachzahlungen sind in dem Jahr abzugsfähig, in dem sie zu entrichten sind.¹⁰²¹

4.5.2. Berufsbedingte Ausgaben

Berufsbedingte Ausgaben sind nicht in vollem Umfang absetzbar, sondern es müssen im Einzelfall Feststellungen zu den tatsächlichen Belastungen des Unterhaltspflichtigen getroffen werden.¹⁰²²

¹⁰¹² Siehe die umfassenden Ausführungen zur Differenzmethode und ihrer Erweiterung *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 234–234 b; *Gitschthaler/Simma*, Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs (Teil I), EF-Z 2007/79.

¹⁰¹³ OGH 6 Ob 284/02 m ecolex 2004/10; 6 Ob 52/06 z EF-Z 2006/12.

¹⁰¹⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 47.

¹⁰¹⁵ *Gitschthaler/Simma*, EF-Z 2007/79.

¹⁰¹⁶ OGH 5 Ob 60/97 b NZ 1998, 317; 7 Ob 321/01 h EFSIg 99.154; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 81.

¹⁰¹⁷ *Schwimann*, Unterhaltsrecht⁴ 5.

¹⁰¹⁸ *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 143.

¹⁰¹⁹ Beispielsweise Einkommenssteuer und Lohnsteuer.

¹⁰²⁰ LGZ Wien 43 R 204/99 i EFSIg 89.002; LG Linz 15 R 332/05 g EFSIg 110.250.

¹⁰²¹ LGZ Wien 43 R 217/02 h EFSIg 99.366.

¹⁰²² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 29.

4.5.2.1. Arbeitsplatzfahrtkosten

Die Fahrten zum Arbeitsplatz stellen nur dann einen Abzugsposten dar, wenn der Arbeitsplatz nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreichbar ist bzw die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel nicht zumutbar ist und sie den durchschnittlichen Fahrtaufwand von Arbeitnehmern in ähnlicher Situation bezüglich Wohnort und Arbeitsplatz übersteigen.¹⁰²³ Begründet wird dies damit, dass die durchschnittlichen Fahrtkosten, die jedem Arbeitnehmer entstehen, bereits in der Höhe der Prozentsätze¹⁰²⁴ Eingang gefunden haben.¹⁰²⁵ Diese für den Kindesunterhalt entwickelten Grundsätze sind insofern im Einzelfall streng zu prüfen, weil es sonst zu einer Ungleichbehandlung von Unterhaltspflichtigen kommen kann. Insbesondere ist es nur schwer verständlich, warum Kosten für die Fahrten zum Arbeitsplatz nur dann abzugsfähig sind, wenn keine öffentliche Anbindung besteht, dagegen die Kosten für das Erreichen der Arbeitsstelle mit öffentlichen Verkehrsmitteln keine abzugsfähigen Ausgaben darstellen.¹⁰²⁶

Aber auch bei einer Anrechenbarkeit sind die Fahrten mit dem Pkw zum Arbeitsplatz nicht zur Gänze abzugsfähig, sondern nur in Höhe des überdurchschnittlichen Teils.¹⁰²⁷

4.5.2.2. Fortbildung und Fachliteratur

Abzugsposten zur Gänze stellen die der existenznotwendigen Weiterbildung dienenden Aufwendungen und die Kosten des dafür notwendigen Materials dar.¹⁰²⁸

4.5.2.3. Berufliche Rechts- und Steuerberatungskosten

Berufliche Rechts- und Steuerberatungskosten eines selbständig Erwerbstätigen sind in vollem Umfang abzugsfähig.¹⁰²⁹

4.5.2.4. Beiträge zur Existenzsicherung

Tatsächliche Aufwendungen des Unterhaltspflichtigen, die der Sicherung seines Einkommens¹⁰³⁰, der Erhaltung seiner Arbeitskraft oder seiner wirtschaftlichen Existenz¹⁰³¹ dienen,

¹⁰²³ OGH 10 Ob 59/06 h EFSIlg 113.403; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 156; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 63.

¹⁰²⁴ Siehe zu der Prozentwertmethode 2. Kap 4.8.

¹⁰²⁵ OGH 10 Ob 59/06 h EFSIlg 113.403.

¹⁰²⁶ So auch die Kritik bei Unterhaltspflichtigen, die Kindesunterhalt schulden. Siehe zu der gesamten Problematik: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 191–193.

¹⁰²⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 30; der OGH hat die Hälfte des amtlichen Kilometergeldes für abzugsfähig erachtet 10 Ob 59/06 h EFSIlg 113.403.

¹⁰²⁸ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 194 mwN.

¹⁰²⁹ LGZ Wien 45 R 8/02 p EFSIlg 99.173.

bilden grundsätzlich einen Abzugsposten bei der Ermittlung des bereinigten Nettoeinkommens.¹⁰³²

In diesem Rahmen sind auch Kreditrückzahlungen zu berücksichtigen, wenn der Kredit zur Erhaltung der Arbeitskraft des Unterhaltspflichtigen und seiner Familie aufgenommen worden ist.¹⁰³³

Abzugsfähig sind auch Schulden, deren Begründung bei einer ex-anten Beurteilung erforderlich war, um die existenzsichernde Ertragskraft eines Unternehmens des Unterhaltspflichtigen zu erhalten bzw zu verbessern.¹⁰³⁴

Dabei sind sowohl Zinsen als auch die Rückzahlungsraten abzugsfähige Posten.¹⁰³⁵

4.5.3. Besuchskosten

Besuchskosten beim Unterhaltsberechtigten stellen in der Regel keinen Abzugsposten von der Bemessungsgrundlage dar.¹⁰³⁶ Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Unterhaltsschuldner die Besuchskosten nicht aufbringen könnte, ohne seinen eigenen Lebensunterhalt zu gefährden.¹⁰³⁷ Im Hinblick auf den wünschenswerten persönlichen familiären Kontakt müssen in diesem Fall insbesondere Fahrtkosten abzugsfähig sein.

4.5.4. Krankheitsbedingter Mehraufwand

Krankheitsbedingter Mehraufwand des Unterhaltspflichtigen ist bei der Berechnung des unterhaltsrelevanten Einkommens zu berücksichtigen, wenn dieser nicht durch Sozial- bzw Sozialversicherungsleistungen abgedeckt wird.¹⁰³⁸ Dazu zählen vor allem Kosten für Therapie, Kleidung, Wäsche¹⁰³⁹, Diätahrung¹⁰⁴⁰ und der behindertengerechte Umbau eines Fahrzeuges¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁰ OGH 1 Ob 180/97 w EvBl 1997/197 (*Gamerith/Hager/Kodek*).

¹⁰³¹ OGH 7 Ob 52/98 t EFSlg 86.474.

¹⁰³² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 197.

¹⁰³³ OGH 6 Ob 382/97 p ÖA 1998, 215/F 177.

¹⁰³⁴ OGH 3 Ob 201/02 h EFSlg 99.636; 8 Ob 69/05 p EFSlg 110.408.

¹⁰³⁵ OGH 6 Ob 382/97 p EFSlg 86.518; siehe zu der gesamten Problematik ausführlich: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 198–199 a.

¹⁰³⁶ OGH 8 Ob 62/04 g EFSlg 107.343; 7 Ob 102/06 k Zak 2006/494.

¹⁰³⁷ OGH 7 Ob 102/06 k Zak 2006/494.

¹⁰³⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 29.

¹⁰³⁹ OGH 9 Ob 94/00 i EFSlg 92.413.

¹⁰⁴⁰ OGH 7 Ob 528/93 EFSlg 71.200.

¹⁰⁴¹ OGH 6 Ob 145/98 m ÖA 1999, 35/U 261.

Dagegen sind übliche Arztkosten nicht abzugsfähig.¹⁰⁴² Auch Mehrkosten bei der medizinischen Betreuung, wie beispielsweise einer Zahnbehandlung, sind nicht abzugsfähig, wenn der Unterhaltspflichtige mit der üblichen von der gesetzlichen Krankenkassenversicherung getragenen Heilbehandlung nicht das Auslangen findet.¹⁰⁴³

Ein zur Bestreitung eines krankheitsbedingten Mehraufwandes aufgenommener Kredit ist bei der Bemessung des unterhaltsrelevanten Einkommens zu berücksichtigen.¹⁰⁴⁴

4.5.5. Pensionsvorsorge

Kosten für die gesetzliche Pensionsvorsorge sind grundsätzlich abzugsfähig.¹⁰⁴⁵ Dagegen dürfen Zahlungen des Unterhaltspflichtigen für seine private Altersvorsorge nach bisheriger ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung¹⁰⁴⁶ nicht abgezogen werden.

Ausnahmen bestehen bei zusätzlichen Pensionsversicherungen, wenn die Beitragsentrichtung zur Erlangung einer Pension, insbesondere einer Frühpension, unabdingbar ist und nicht nur einer Erhöhung der künftigen Pensionsbezüge dient.¹⁰⁴⁷

Umstritten ist die Frage, ob der Nachkauf von Beitragszeiten die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen schmälern kann. Insofern die durch den Nachkauf erhöhte Pension auch dem Unterhaltsberechtigten zugute kommt, kann von einer Abzugsfähigkeit ausgegangen werden.¹⁰⁴⁸

Da immer mehr Menschen eine private Altersvorsorge treffen, um gravierende Einbußen des Lebensstandards im Alter zu verhindern, stellt sich die Frage, ob eine Anrechnung privater Vorsorgemaßnahmen in Betracht kommt.

Diese Vorsorgemaßnahmen sind in Anbetracht der Unsicherheit der Zukunft des staatlichen Pensionssystems nicht nur zweckmäßig, sondern notwendig. Deshalb muss die Abzugsfähigkeit von privater Pensionsvorsorge von der Unterhaltsbemessungsgrundlage im Angesicht des gesellschaftlichen Wandels neu überdacht werden. Zu Recht weisen *Schwimann/Kolmasch*¹⁰⁴⁹ darauf hin, dass es nicht gerechtfertigt ist, Leistungen der privaten Pensionsvorsorge als leistungssteigernd in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubezie-

¹⁰⁴² LGZ Wien 43 R 1331/84 EFSIlg 45.238; LG Eisenstadt 20 R 36/02 x EFSIlg 99.696.

¹⁰⁴³ OGH 3 Ob 19/97 h ÖA 1999, 15/U 245.

¹⁰⁴⁴ OGH 3 Ob 570/95 SZ 68/247.

¹⁰⁴⁵ LGZ Wien 42 R 468/03 i EFSIlg 103.764; 42 R 356/04 w EFSIlg 107.372.

¹⁰⁴⁶ OGH 3 Ob 38/01 m ÖA 2002, 143/F 215 = EFSIlg 95.961; dagegen differenzierend: LG Salzburg 21 R 236/06 m EF-Z 2006/73.

¹⁰⁴⁷ OGH 1 Ob 585/90 SZ 63/81.

¹⁰⁴⁸ Siehe zu der gesamten Problematik *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 207; dagegen OGH 1 Ob 585/90 SZ 63/81.

¹⁰⁴⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 31.

hen, jedoch deren Ankauf nicht zu unterstützen. Zum anderen zeigt sich das Problem beim Aszendentenunterhalt in aller Deutlichkeit, weil die unterhaltspflichtigen Kinder schon mitten im Leben bzw kurz vor oder nach der Pensionierung stehen. Mit einer privaten Altersvorsorge treffen sie Maßnahmen, um später selbst nicht unterhaltsbedürftig zu werden, und somit den Sozialstaat und ihre eigenen Kinder zu entlasten. Sie entsprechen damit dem im Unterhaltsrecht verankerten Selbsterhaltungsgrundsatz¹⁰⁵⁰ in vollem Umfang. Selbst wenn damit eine Vermögensvorsorge zu Lasten des Unterhaltsberechtigten betrieben wird¹⁰⁵¹, so dient sie doch langfristig zur Entlastung des gesamten Systems.

Deshalb erscheint es sinnvoll, solche Vorsorgeaufwendungen von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzuziehen, die in einem angemessenen Verhältnis zum Einkommen und den Lebensverhältnissen stehen und den Unterhaltsberechtigten nicht unangemessen beeinträchtigen.¹⁰⁵²

So gibt es auch in zweitinstanzlicher Rechtsprechung¹⁰⁵³ beim Kindesunterhalt berechtigterweise Tendenzen, Leistungen der privaten Altersvorsorge als von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzugsfähig anzusehen, wenn allfällige gesetzliche Pensions- und Krankenversicherungsbeiträge im konkreten Fall für eine angemessene Altersversorgung nicht ausreichen.

4.5.6. Schulden und Kredite

Kreditrückzahlungen sind grundsätzlich nicht abzugsfähig¹⁰⁵⁴ und auch sonstige Schulden vermindern die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht schlechthin.¹⁰⁵⁵

Jedoch ist die eine unterhaltsrechtliche Beachtung in Ausnahmefällen nach billigem Ermessen möglich.¹⁰⁵⁶ Dabei ist im Einzelfall eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Zeitpunktes und der Art der Entstehung der Schulden, sowie dem Zweck, für den sie aufgenommen worden sind, vorzunehmen.¹⁰⁵⁷ Ebenso sind die Dringlichkeit der Bedürfnisse des Unterhaltspflichtigen und des Unterhaltsberechtigten sowie das Interesse an der Schulden-

¹⁰⁵⁰ Dieser kommt auch in § 143 Abs 1 ABGB zum Ausdruck, weil die Nachkommen erst dann Unterhalt zu gewähren haben, wenn der Vorfahren zur Selbsterhaltung nicht in der Lage ist.

¹⁰⁵¹ LG Salzburg 21 R 236/06 m EF-Z 2006/73 (krit *Gitschthaler*).

¹⁰⁵² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 31.

¹⁰⁵³ LG Salzburg 21 R 236/06 m EF-Z 2006/73.

¹⁰⁵⁴ OGH 10 Ob 265/02 x MietSlg 55.008; 28.3.1995, 4 Ob 1541/95; 1 Ob 217/99 i EFSlg 92.422.

¹⁰⁵⁵ OGH 7 Ob 636/90 RZ 1991/44; 1 Ob 130/98 v EvBl 1998/175 (*Gamerith/Hager/Kodek*).

¹⁰⁵⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 32.

¹⁰⁵⁷ OGH 7 Ob 662/90 JBl 1991, 720 = EvBl 1991/50 (*Gamerith/Hager/Kodek*); 7 Ob 2085/96 k JBl 1997, 33 (34) (*Gitschthaler*).

tilgung zu beachten, um die Verbindlichkeit nicht weiter anwachsen zu lassen und damit die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen weiter zu senken.¹⁰⁵⁸

4.5.7. Vermögensbildung

Zahlungen zu Zwecken der Vermögensbildung stellen keinen abzugsfähigen Posten bei der Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens dar.¹⁰⁵⁹ Dies gilt sowohl für Ratenzahlungen auf ein für die Vermögensbildung aufgenommenes Darlehen¹⁰⁶⁰, als auch für Zahlungen auf einen Bausparvertrag¹⁰⁶¹ sowie für Zahlungen zur Anschaffung einer Liegenschaft.¹⁰⁶²

4.5.8. Ausgaben des täglichen Lebens

Ausgaben des täglichen Lebens sowie sonstige übliche Lebensaufwendungen sind grundsätzlich keine Abzugsposten.¹⁰⁶³

Dazu gehören insbesondere Lebenserhaltungskosten¹⁰⁶⁴, allgemeine Fahrtkosten¹⁰⁶⁵ sowie Miet- und Mietnebenkosten¹⁰⁶⁶.

Rückzahlungsraten für Eigentumswohnungen und auf Wohnungs- bzw Eigenheimkredite allgemein gelten als Ausgaben des täglichen Lebens und bilden keine abzugsfähigen Posten bei der Ermittlung des unterhaltsrelevanten Einkommens.¹⁰⁶⁷

4.5.9. Kirchenbeiträge

Fraglich ist, ob die in Österreich gezahlten Kirchenbeiträge, ähnlich wie die Kirchensteuer in Deutschland, das Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes mindern.

Die ständige Rechtsprechung der zweiten Instanzen verneint dies.¹⁰⁶⁸ Dieser Unterschied liegt vor allem darin, dass in Deutschland die zu leistende Kirchensteuer eine von der Lohn- bzw Einkommensteuer abhängige und zugleich einzuhebende bzw mit der Einkommensteuer

¹⁰⁵⁸ OGH 7 Ob 662/90 JBl 1991, 720; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 209 mwN.

¹⁰⁵⁹ OGH 3 Ob 89/97 b JBl 1997, 647; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 215.

¹⁰⁶⁰ OGH 5 Ob 1571/92 ÖA 1993, 22/F 59; 7 Ob 132/98 g JBl 1998, 776 (dagegen *Hoyer*).

¹⁰⁶¹ OGH 5 Ob 1571/92 ÖA 1993, 22/F 59.

¹⁰⁶² OGH 27.2.1996, 10 Ob 508/96.

¹⁰⁶³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 189.

¹⁰⁶⁴ LGZ Wien 43 R 225/83 EFSlg 42.977; *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 156 mwN.

¹⁰⁶⁵ LGZ Wien 45 R 181/95 EFSlg 77.377.

¹⁰⁶⁶ OGH 6 Ob 566/90 RZ 1993, 124/43.

¹⁰⁶⁷ OGH 1 Ob 507/91 RZ 1991, 229/70.

¹⁰⁶⁸ LGZ Wien 43 R 2068/83 EFSlg 42.971; LGZ Linz 15 R 41/05 p EFSlg 110.438.

vorzuschreibende Abgabe ist.¹⁰⁶⁹ Dagegen sind die Kirchenbeitragsleistungen in Österreich unterhaltsrechtlich vergleichbar mit den Mitgliedsbeiträgen bei Vereinen. Und diese sind einem privaten Interesse dienend und demzufolge nicht abzugsfähig.¹⁰⁷⁰

4.6. Einsatz des Vermögens

Bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ist nicht nur das durchschnittliche Arbeitseinkommen oder ein diesem gleichgestelltes Einkommen, sondern auch das Vermögen maßgebend, weil auch dadurch die Lebensverhältnisse maßgebend bestimmt werden.¹⁰⁷¹ Der Unterhaltspflichtige muss daher im Rahmen des Zumutbaren zur Erfüllung seiner Unterhaltspflichten auch sein Vermögen einsetzen, soweit die erforderlichen Unterhaltsleistungen nicht aus dem laufenden Einkommen bestritten werden können.¹⁰⁷²

Es ist jeweils nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Heranziehung auch eines vorhandenen Vermögens zumutbar ist.¹⁰⁷³

Dabei ist zwischen den Vermögenserträgen und dem Vermögensstamm zu differenzieren.

4.6.1. Vermögenserträge

Vermögenserträge sind als Einkommen zur Gänze in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen, insofern das Vermögen dauernden Ertrag abwirft.¹⁰⁷⁴

Zu den Erträgen gehören insbesondere Zinsen aus Kapitalvermögen¹⁰⁷⁵ und Mieteinnahmen.¹⁰⁷⁶ Aber auch Ausschüttungen aus einer Privatstiftung sind als Erträge aus Vermögen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage mit einzubeziehen.¹⁰⁷⁷

4.6.2. Vermögensstamm

Den Vermögensstamm muss der Unterhaltspflichtige grundsätzlich nicht zu Unterhaltsleistungen einsetzen. Bestreitet der Unterhaltsschuldner jedoch seine eigenen Lebenshaltungskosten zum Teil oder vollständig aus dem Stamm seines Vermögens, so muss er den Unter-

¹⁰⁶⁹ OLG Wien 13 R 29, 44/87 EFSIlg 53.062.

¹⁰⁷⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 190 und 190 a mwN.

¹⁰⁷¹ *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 140 Rz 64.

¹⁰⁷² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 225.

¹⁰⁷³ OGH 1 Ob 570/81 SZ 54/52.

¹⁰⁷⁴ OGH 6 Ob 625/91 EFSIlg 67.434; 1 Ob 98/03 y EvBl 2003/183 (*Gamerith/Hager/Kodek*).

¹⁰⁷⁵ LG Wels 21 R 332/03b EFSIlg 107.395.

¹⁰⁷⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 224 a mwN.

¹⁰⁷⁷ LG Salzburg 21 R 514/06 v EFSIlg 116.326.

haltsberechtigten ebenfalls daran partizipieren lassen.¹⁰⁷⁸ Eine weitere wichtige Ausnahme besteht insoweit, als dessen Verwertung notwendig ist.¹⁰⁷⁹ Notwendigkeit besteht, wenn selbst der Regelbedarf nicht aus dem laufenden Einkommen bestritten werden kann.¹⁰⁸⁰

Ebenso wie beim Unterhaltsberechtigten steht die Verwertung des Vermögensstammes des Verpflichteten unter dem Vorbehalt der wirtschaftlichen Tunlichkeit und der Zumutbarkeit der Vermögensverwertung.¹⁰⁸¹

Unzumutbar ist die Verwertung von Vermögen, das der Befriedigung notwendiger eigener Bedürfnisse oder dem gegenwärtigen oder zukünftigen Erwerb dient.¹⁰⁸² Insbesondere wird in diesem Zusammenhang eine Verwertung einer als Wohnsitz dienenden Eigentumswohnung oder eines Hauses nicht zumutbar sein.¹⁰⁸³

Die Vermögensverwertung ist wirtschaftlich untunlich, wenn der Unterhaltspflichtige durch den Verkauf von ertragbringendem Vermögen von weiteren Einkünften abgeschnitten wird, aber auch, wenn die Veräußerung zwar möglich ist, jedoch bei ungünstiger Marktlage einer „Verschleuderung“ gleich käme.¹⁰⁸⁴

Da es sich bei der Unterhaltspflicht der Nachkommen um eine Ausnahme handeln soll¹⁰⁸⁵, ist eine besonders strenge Prüfung im Einzelfall vorzunehmen und nur in Ausnahmefällen eine Verwertung des Vermögensstammes zuzumuten.

4.6.3. Fiktives Vermögen und Vermögenserträge

Auch beim Einsatz des Vermögens ist der Anspannungsgrundsatz zu berücksichtigen.¹⁰⁸⁶ Demnach muss ein Unterhaltspflichtiger sein Kapital unter Abwägung von Ertrag und Risiko möglichst erfolversprechend anlegen.¹⁰⁸⁷

Beispielsweise wird es einem Unterhaltspflichtigen zumutbar sein, eine leerstehende Eigentumswohnung zu vermieten.¹⁰⁸⁸ Insofern er dies unterlässt, sind fiktive Mieteinnahmen¹⁰⁸⁹ in die Unterhaltsbemessungsgrundlage mit einzubeziehen.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁷⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 16.

¹⁰⁷⁹ OGH 4 Ob 557/94 EFSIlg 73.940; 29.1.1998, 6 Ob 8/98 i.

¹⁰⁸⁰ OGH 6 Ob 625/91 EFSIlg 67.434.

¹⁰⁸¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 17.

¹⁰⁸² *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann*, ABGB I³ § 94 Rz 54.

¹⁰⁸³ OGH 13.7.1995, 6 Ob 594/95.

¹⁰⁸⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 17.

¹⁰⁸⁵ OGH 4 Ob 513/96 SZ 69/77; OLG Wien 16 R 50/82 EFSIlg 40.717; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 7.

¹⁰⁸⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 230.

¹⁰⁸⁷ OGH 3 Ob 89/97 b EvBl 1997/175 (*Gamerith/Hager/Kodek*).

¹⁰⁸⁸ OGH 5.10.2000, 6 Ob 41/00 y.

¹⁰⁸⁹ Dabei ist die ortsübliche Miete zu Grunde zu legen.

Bei sorgfaltswidriger Verwendung des Vermögensstammes erhöht auch bereits verbrauchtes Vermögen die Unterhaltsbemessungsgrundlage.¹⁰⁹¹

4.7. Belastungsgrenze

Gemäß § 143 Abs 3 S 2 ABGB darf die Unterhaltsleistung des Kindes „unter Berücksichtigung seiner sonstigen Sorgepflichten den eigenen angemessenen Unterhalt nicht gefährden“. Im Gegensatz zur Deszendentenunterhaltspflicht aus § 140 ABGB steht dem unterhaltspflichtigen Nachkommen demnach das *beneficium competentiae* zu.¹⁰⁹²

Der Unterhaltspflichtige muss demzufolge Unterhalt soweit nicht leisten, als dadurch unter Berücksichtigung konkurrierender Unterhaltspflichten die eigenen angemessenen Bedürfnisse gefährdet wären.¹⁰⁹³

Im Falle einer solchen Gefährdung ist daher die Unterhaltsleistung an die Vorfahren soweit zu kürzen, dass das unterhaltspflichtige Kind seine sonstigen gesetzlichen Unterhaltspflichten und auch seinen eigenen angemessenen Unterhalt zu decken imstande ist.¹⁰⁹⁴

Dies folgt vor allem daraus, dass die Unterhaltssprüche der Nachkommen des unterhaltspflichtigen Kindes aus § 140 ABGB denen seiner Vorfahren im Range vorgehen, § 143 Abs 2 ABGB.

Ebenso gehen die Ehegatten den Vorfahren im Range vor. Jedoch kann es im Einzelfall von dem Ehegatten des unterhaltspflichtigen Kindes hinzunehmen sein, dass durch die Unterhaltsleistung an den bedürftigen Elternteil die Leistungsfähigkeit für den ehelichen Unterhalt¹⁰⁹⁵ herabgesetzt wird.¹⁰⁹⁶

4.8. Höhe des einzusetzenden Einkommens – Prozentwertmethode

Um in der Praxis die Unterhaltsberechnung zu vereinfachen und dem Unterhaltspflichtigen seinen eigenen angemessenen Unterhalt zu gewährleisten, wurde von der Rechtsprechung¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁰ OGH 5.10.2000, 6 Ob 41/00 y.

¹⁰⁹¹ OGH 4 Ob 557/94 EFSIlg 74.152.

¹⁰⁹² OGH 4 Ob 513/96 SZ 69/77; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 561.

¹⁰⁹³ OGH 1 Ob 564/91 ÖA 1992, 21 = EvBl 1991/166 (*Gamerith/Hager/Kodek*); 1 Ob 2339/96 v RZ 1997/82 = ÖA 1997, 198 U 189; 4 Ob 388/97 f ÖA 1998, 206/U 230; LGZ Wien 44 R 1005/88 EFSIlg 56.611; *Staben-theiner in Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 5, § 141 Rz 5.

¹⁰⁹⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155.

¹⁰⁹⁵ § 94 ABGB.

¹⁰⁹⁶ OLG Wien 16 R 50/82 EFSIlg 40.717; OGH 1 Ob 712/82 ÖA 1983, 58; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155.

¹⁰⁹⁷ VwGH 21.11.2005, 2002/10/0119, 25.5.2004, 2001/11/0034.

die beim Kindesunterhalt entwickelte Prozentmethode auch für den Elternunterhalt übernommen.

Dabei wird die Unterhaltspflicht von Nachkommen gegenüber ihren Vorfahren regelmäßig mit einem Richtwert von 22 % der Bemessungsgrundlage angesetzt, da umgekehrt dieser Prozentsatz auch bei der Unterhaltspflicht von Eltern gegenüber erwachsenen Kindern angewendet wird.¹⁰⁹⁸

Sonstige Sorgfaltspflichten des unterhaltspflichtigen Kindes sind durch Prozentabschläge von der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen.¹⁰⁹⁹ In Anlehnung an die Grundsätze beim Kindesunterhalt sind für jedes unterhaltsberechtigtes Kind unter 10 Jahren 1 %, für jedes Kind über 10 Jahren 2 %¹¹⁰⁰ sowie für den Ehegatten je nach dessen Einkommen 0 bis 3 % in Abzug zu bringen.¹¹⁰¹

Diese Übertragung der Grundsätze des Deszendentenunterhalts auf den Aszendentenunterhalt durch die Rechtsprechung sind in Bezug auf die Prozentzahl von 22 umstritten.

Der VwGH¹¹⁰² begründet die Anwendung der 22-Prozent-Klausel mit Verweis auf *Schwimmann*. Demnach sei die Übertragung aufgrund der „Retorsion und Symmetrie“ beider gesetzlicher Vorschriften angemessen.¹¹⁰³

In der Literatur¹¹⁰⁴ wird diese Lösung als nicht sachgerecht empfunden. Insbesondere lässt sie die zusätzliche Grenze des eigenen angemessenen Unterhalts, die in § 143 Abs 3 S 2 ABGB normiert ist, außer Acht. Des Weiteren werden die Unterschiede und die damit einhergehende mangelnde Vergleichbarkeit der Bedürfnisse eines pensionierten Heimbewohners und eines 20-jährigen Studenten nicht berücksichtigt.

Darüber hinaus sind unterhaltspflichtige Kinder schon mit Pensions- und Sozialversicherungsbeiträgen belastet, womit sie ihren Beitrag zum Sozialsystem leisten.¹¹⁰⁵

Deshalb sei dem Ausnahmecharakter des Aszendentenunterhaltes¹¹⁰⁶ mit der Übertragung der 22 % nicht Rechnung getragen.

Vielmehr sollte die öffentliche Hand, in der sich die Gestaltung der Leistungen der Altenpflege befindet, auch deren Finanzierung übernehmen. § 143 ABGB wäre dann nurmehr als

¹⁰⁹⁸ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155; *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6).

¹⁰⁹⁹ *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6).

¹¹⁰⁰ OGH 4 Ob 513/96 SZ 69/77.

¹¹⁰¹ VwGH 21.11.2005, 2002/10/0119; 25.5.2004, 2001/11/0034; *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6 FN 34).

¹¹⁰² VwGH 21.11.2005, 2002/10/0119.

¹¹⁰³ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155.

¹¹⁰⁴ *Weinrichter*, iFamZ 2007, 232; *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6); *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 143 Rz 11.

¹¹⁰⁵ *Weinrichter*, iFamZ 2007, 232 (233).

¹¹⁰⁶ OGH 26.03.1996, 4 Ob 513/96; 1 Ob156/97s SZ 70/146.

Sonderbedarfsregel anzusehen und dementsprechend bei guten finanziellen Verhältnissen des Kindes und dringendem Bedarf der Eltern anzuwenden.¹¹⁰⁷

Diese Kritik ist mE gerechtfertigt, denn diese Pauschalierung wird dem Ausnahmecharakter des Aszendentenunterhalts nicht gerecht. Vielmehr müssen die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt und dem Fakt Rechnung getragen werden, dass die Inanspruchnahme eines Kindes zur Zahlung von Aszendentenunterhalt in einem zumeist fortgeschrittenen Lebensstadium erfolgt. Im Gegensatz zu dem kalkulierbaren Kindesunterhalt¹¹⁰⁸ muss eine Abstufung vorgenommen werden.

Deshalb sollte die Unterhaltshöhe im Einzelfall unter Abwägung der finanziellen Verhältnisse der Nachkommen und des Bedarfs des Vorfahren danach festgesetzt werden, was ein pflichtbewusster Unterhaltsschuldner in der gleichen Situation ausgeben würde.¹¹⁰⁹ Aus Praktikabilitätsgründen ist die Anwendung einer Prozentwertmethode nachvollziehbar, nur sollte diese dem Unterhaltsanspruch angemessen sein.

| Einkommen des unterhaltspflichtigen Kindes 3.400,- Euro | |
|---|-------------------|
| + Kapitalerträge | 100,- Euro |
| – berufsbedingte Aufwendungen | 100,- Euro |
| – Krankenversicherungsbeiträge | 500,- Euro |
| = 22 % der Bemessungsgrundlage | 638,- Euro |
| ⇒ Leistungsfähigkeit | 638,- Euro |

4.9. Bar oder Naturalunterhalt

Der Unterhalt kann kraft Gesetzesanalogie zu § 140 Abs 2 S 1 ABGB nicht nur in Geld, sondern auch in natura geleistet werden.¹¹¹⁰ Wer also seinem Vorfahren die nötige Betreuung selbst oder durch Dritte angedeihen lässt, leistet dadurch seinen Unterhaltsbeitrag.¹¹¹¹

Dabei ist aber zu beachten, dass das unterhaltspflichtige Kind dem Elternteil Naturalunterhalt in Form der Aufnahme in seinen eigenen Haushalt nicht aufdrängen darf.¹¹¹²

¹¹⁰⁷ Weinrichter, iFamZ 2007, 232 (233).

¹¹⁰⁸ Weinrichter, iFamZ 2007, 232 (233).

¹¹⁰⁹ Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 143 Rz 11; Weinrichter, iFamZ 2007, 232 (233).

¹¹¹⁰ Hopf in KBB² § 140 Rz 4.

¹¹¹¹ Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 143 Rz 6.

5. Keine gröbliche Vernachlässigung der eigenen Unterhaltspflicht in der Vergangenheit

Weitere Voraussetzung für den Unterhaltsanspruch des Aszendenten ist, dass der unterhaltsfordernde Vorfahre gegenüber jenem Nachkommen, von dem er Unterhalt fordert, seine in § 140 ABGB oder § 141 ABGB gegründete Unterhaltspflicht seinerzeit nicht gröblich vernachlässigt haben darf, § 143 Abs 1 aE ABGB. Hierbei handelt es sich um eine negative Tatbestandsvoraussetzung.

Unter welchen Voraussetzungen von einer gröblichen Vernachlässigung der Unterhaltspflicht iSd § 143 Abs 1 ABGB auszugehen ist, ist eine Frage des Einzelfalls.¹¹¹³ Insbesondere sind die Dauer der Pflichtverletzung, das bisherige Verhalten des zum Unterhalt Verpflichteten und die Gründe für die Nichterbringung abzuwägen.¹¹¹⁴

Die Frage, ob bereits grobe Fahrlässigkeit für die gröbliche Verletzung der Unterhaltspflicht ausreicht und ob der Vorfahre lediglich den Anspruch auf den angemessenen Unterhalt verliert, wird unterschiedlich beantwortet.

Nach einer Literaturansicht¹¹¹⁵ entspricht die gröbliche Vernachlässigung dem Tatbestand der „gröblichen Verletzung“ der Unterhaltspflicht in § 198 Abs 1 StGB. Demnach sei mindestens ein bedingter Vorsatz iSd § 5 Abs 1, 2. HS StGB erforderlich, nicht aber notwendigerweise eine strafrechtliche Verurteilung. Grobe Fahrlässigkeit reicht nach dieser Ansicht demzufolge nicht aus. Des Weiteren bleibt nach dieser Meinung der Anspruch auf den notwendigen Unterhalt iSd § 795 ABGB gewahrt; der Vorfahre kann nur den angemessenen Unterhalt nicht verlangen.¹¹¹⁶

Dagegen wendet die Rechtsprechung¹¹¹⁷ und eine andere Literaturmeinung¹¹¹⁸ ein, dass gröbliche Vernachlässigung im Sinne von § 143 Abs 1 ABGB nicht mit gröblicher Verletzung der Unterhaltspflicht im Sinne von § 198 StGB gleichzusetzen ist.

In § 198 StGB wird im Strafrecht die Verletzung einer im Familienrecht begründeten Unterhaltspflicht pönalisiert, wobei Vorsatz erforderlich ist.¹¹¹⁹ Die Formulierung des § 143 Abs 1 ABGB scheint jedoch darüber hinausgehend zu sein, da in der gröblichen Vernachlässigung

¹¹¹² OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 6; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 4.

¹¹¹³ OGH 1 Ob 4/08 g Zak 2008/302; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 143 Rz 7.

¹¹¹⁴ VwGH 28.1.2003, 2001/11/0300; OGH 26.2.2008, 1 Ob 4/08 g Zak 2008/302.

¹¹¹⁵ *Steininger* in *Ostheim* 29 (47); *Pichler* in *Klang/Fenyves/Welser*, ABGB³ § 143 Rz 2.

¹¹¹⁶ *Steininger* in *Ostheim* 29 (47).

¹¹¹⁷ LGZ Wien 43 R 2115/84 EFSlg 45.712.

¹¹¹⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 154; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 2; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 2; *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 143 Rz 7.

¹¹¹⁹ LGZ Wien 43 R 2115/84 EFSlg 45.712.

durchaus persönliche Anhaltspunkte und Sachverhalte gelegen sein können, die nicht unbedingt nur auf den Geldunterhalt zugeschnitten sein müssen.¹¹²⁰ Grobe Fahrlässigkeit ist nach dieser Meinung als ausreichend anzusehen.

Beim Vorliegen einer gröblichen Verletzung der ehemaligen Unterhaltspflicht verliert der Vorfahre nach dieser Ansicht auch den gesamten Unterhaltsanspruch und nicht nur den angemessenen Unterhalt.

Denn es sei weder aus dem Gesetzestext noch aus den Gesetzesmaterialien ersichtlich, dass bei gröblicher Vernachlässigung der Unterhaltspflicht nur der Anspruch auf den angemessenen Unterhalt ausgeschlossen, der Anspruch auf den notwendigen Unterhalt jedoch erhalten bleiben soll.¹¹²¹ In § 143 Abs 1 ABGB ist nur von „Unterhalt“ die Rede. Damit ist die Unterhaltshöhe nicht näher angegeben und deshalb ist daraus zu schließen, dass es sich hierbei gesamt gesehen um den notwendigen Unterhalt handelt, der sodann auch bei gröblicher Vernachlässigung der eigenen Unterhaltspflicht verlorengelange.¹¹²²

Die zweite Ansicht ist mE vorzugswürdig, denn die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Kindern ist nicht auf Geld beschränkt.¹¹²³ Vielmehr kann Unterhalt auch in Form von Naturalien¹¹²⁴ oder durch Betreuung¹¹²⁵ geleistet werden. Deshalb kann eine gröbliche Vernachlässigung nicht nur in der Vorenthaltung von Geld liegen, sondern sich auch in der Vernachlässigung der Betreuungspflichten niederschlagen. § 198 StGB stellt aber nur das vorsätzliche Vernachlässigen der Geldunterhaltspflicht unter Strafe, was gegen eine Gleichsetzung von gröblicher Vernachlässigung iSd § 143 ABGB und grober Verletzung iSd § 198 StGB spricht.

Demnach kann die gröbliche Vernachlässigung seinerzeit auch grob fahrlässig erfolgt sein und führt zum gänzlichen Anspruchsverlust.¹¹²⁶

Unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles hat die höchstrichterliche Rechtsprechung¹¹²⁷ eine gröbliche Vernachlässigung beispielsweise bei einer Mutter angenommen, die einen Selbstmordversuch unternommen hatte, als ihre Kinder 5 und 7 Jahre alt waren und seitdem im Koma liegt.

¹¹²⁰ LGZ Wien 43 R 2115/84 EFSlg 45.712.

¹¹²¹ LGZ Wien 43 R 2115/84 EFSlg 45.713.

¹¹²² LGZ Wien 43 R 2115/84 EFSlg 45.713; *Neuhauser* in *Schwimann*, ABGB I³ § 143 Rz 2; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 154.

¹¹²³ § 140 Abs 2 ABGB.

¹¹²⁴ *Thöni* in *Harrer/Zitta* 3; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 140 Rz 13.

¹¹²⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 18.

¹¹²⁶ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 2.

¹¹²⁷ OGH 1 Ob 4/08 g Zak 2008/302.

Ebenso besteht in dem völligen Einstellen von Zahlungen an ein 15-jähriges Kind, selbst bei einem geringen Einkommen der Eltern, eine gröbliche Verletzung der Unterhaltspflicht.¹¹²⁸

Dagegen stellen Verfügungen des unterhaltsberechtigten Vorfahren über sein Vermögen, die letztlich allfällige künftige Erb- oder Pflichtteilsansprüche des unterhaltsverpflichteten Nachkommen mindern oder gar ausschließen, keine Vernachlässigung der Unterhaltspflicht dar.¹¹²⁹

6. Ausschluss, Beschränkung und Untergang des Anspruchs auf Aszendentenunterhalt

In § 143 ABGB ist die seinerzeitige gröbliche Vernachlässigung der elterlichen Unterhaltspflicht als negative Tatbestandsvoraussetzung normiert, welche zum Ausschluss des Unterhaltsanspruchs des Aszendenten führt.

Fraglich ist, ob es weitere Gründe gibt, die den Anspruch auf den Aszendentenunterhalt ausschließen oder beschränken können.

Das ABGB enthält darüber hinaus keine weitere ausdrückliche Bestimmung über Beschränkungs- und Ausschlussgründe des Unterhaltsanspruchs zwischen Verwandten, im Besonderen ist eine Verwirkung gesetzlich nicht vorgesehen¹¹³⁰.

Da die gröbliche Vernachlässigung in § 143 ABGB sehr eng gefasst ist, stellt sich die Frage, ob bei anderen groben Verfehlungen des unterhaltsberechtigten Elternteils der Anspruch auf Unterhalt beschränkt werden oder wegfallen soll.

6.1. Rechtsmissbrauch bei Verschulden des Mangels an der Selbsterhaltungsfähigkeit

Sollte der Elternteil seine mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit selbst verschuldet haben, so wird der Unterhaltsanspruch gegen die Nachkommen nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur deshalb nicht per se ausgeschlossen.¹¹³¹ Eigenes Verschulden liegt beispielsweise vor, wenn der Vorfahre infolge einer mangelnden Altersvorsorge oder einer Alkoholsucht nicht in der Lage ist, sich selbst zu unterhalten. Jedoch kann nach Ansicht des OGH¹¹³² im Fall des Selbstverschuldens nur der notdürftige und nicht der angemessene Unterhalt verlangt

¹¹²⁸ LGZ Wien EFSIlg 80.924.

¹¹²⁹ VwGH 92/08/0190, ZAS 1994, 16 (*Gahleitner*).

¹¹³⁰ OGH 1 Ob 701/84 EFSIlg 45.045; 2 Ob 196/02 s EFSIlg 99.328; *Neuhauser in Schwimann*, ABGB I³ § 140 Rz 16.

¹¹³¹ OGH 1 Ob 99/62 EvBl 1963/2 (*Friedl/Jensik/Schmeisser/Schuster*) = EFSIlg 753; LGZ Wien 45 R 856/96 g EFSIlg 83.821; *Hopf* in KBB² § 143 Rz 2; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 154.

¹¹³² OGH 1 Ob 247/35 SZ 17/62.

werden. Obwohl sich der OGH nicht explizit dazu äußert, auf welcher Grundlage die Beschränkung auf den notdürftigen Unterhalt zu erfolgen hat, ist mE davon auszugehen, dass der Rechtsgrundsatz des Rechtsmissbrauchs angewendet wurde. Das ist zu begrüßen, denn ein allgemein gültiger, dem österreichischen Recht immanenter Grundsatz, nach dem ein Anspruch zu versagen ist, wenn die Voraussetzungen eines rechtlichen Missbrauchs vorliegen¹¹³³, muss mE auch beim Aszendentenunterhalt gelten¹¹³⁴.

Voraussetzung für einen Rechtsmissbrauch ist nach allgemeinen Grundsätzen ein vorsätzliches Verhalten des Unterhaltsberechtigten, das die durch die Unterhaltsleistungen abzudeckenden Bedürfnisse hervorruft oder das Zulangen vorrangig einzusetzender Mittel mindert.¹¹³⁵ Unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles ist der Unterhaltsberechtigte so zu stellen, als läge die Beschränkung der Selbsterhaltungsfähigkeit nicht vor, was den gänzlichen Wegfall bzw die Minderung des Unterhaltsanspruchs zur Folge hat.¹¹³⁶

Beruhet die mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit auf einer selbst verschuldeten Krankheit, wie beispielsweise einer Drogen- oder Alkoholsucht, so verlangt der OGH¹¹³⁷ zusätzlich die Absicht, durch die Krankheit die Selbsterhaltungsfähigkeit verhindern zu wollen.

Hat der Elternteil dagegen seine mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit zwar verschuldet, begründet sein Verhalten aber nicht den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs, weil er beispielsweise nur grob fahrlässig, aber nicht vorsätzlich gehandelt hat, bleibt es bei der Aussage von Rechtsprechung¹¹³⁸ und Literatur¹¹³⁹, dass dieses Verschulden keinen Einfluss auf den Unterhaltsanspruch hat.

Gleiches gilt, wenn es an der Kausalität zwischen vorwerfbarem Handeln oder Unterlassen fehlt, weil die mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit aufgrund anderer Umstände, wie beispielsweise einer Krankheit oder Pflegebedürftigkeit beruht, so ist der Anspruch nicht zu beschränken und das Kind schuldet den angemessenen Unterhalt.

¹¹³³ Mader, Neuere Judikatur zu Rechtsmissbrauch, JBl 1998, 677 (678); OGH 7 Ob 577/94 ÖA 1995, 98.

¹¹³⁴ Dieser Ansatz ist auch bei Haberl, EF-Z 2007, 4 (8 FN 56) zu finden.

¹¹³⁵ OGH 7 Ob 577/94 ÖA 1995, 98.

¹¹³⁶ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁴ 77 mwN.

¹¹³⁷ OGH 7 Ob 577/94 ÖA 1995, 98.

¹¹³⁸ OGH 6 Ob 652/90 EFSIlg 61.954; 7 Ob 577/94 ÖA 1995, 98.

¹¹³⁹ Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 143 Rz 5; Neuhauser in Schwimann, ABGB I³ § 143 Rz 1; Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 143 Rz 1; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁴ 154.

6.2. Setzen einer Handlung, die zur Pflichtteilsentziehung führt

Darüber hinaus bejaht die ständige Rechtsprechung beim Kindesunterhalt eine Beschränkung auf den notwendigen Unterhalt, wenn das Kind ein Verhalten setzt, was die Pflichtteilsentziehung rechtfertigen würde.¹¹⁴⁰

Ein geringfügiges Fehlverhalten, wie das Unterlassen des Grüßens oder die Ablehnung des Kontaktes sowie der eigenmächtige Auszug aus der elterlichen Wohnung führt dagegen nicht zu einer Verwirkung des Unterhaltsanspruchs.

Wenn der Elternteil eine Handlung setzt, die üblicherweise zum Ausschluss des Pflichtteils führen würde,¹¹⁴¹ indem er beispielsweise versucht hat, das Kind zu ermorden, so stellt sich die Frage, ob dies eine Beschränkung seines Unterhaltsanspruchs zur Folge haben soll.

Dies ist mE nach zu bejahen, weil auch in diesem Fall in Ansehung des schwach ausgeprägten Elternunterhalts keine Privilegierung der Eltern vorgenommen werden darf. Vielmehr ist es zur Vermeidung ungerechter Ergebnisse notwendig, den Aszendentenunterhalt durch eine analoge Anwendung der Grundsätze bei der Entziehung des Pflichtteils anzuwenden.¹¹⁴²

Aber auch hier müssen im Einzelfall Abwägungen getroffen werden, wobei ein nur geringes Fehlverhalten nicht zu einer Minderung des Anspruchs führen soll.

Folge des Setzens einer Handlung, welche zum Ausschluss des Pflichtteilsanspruchs führen würde, ist das Beschränken des Unterhaltsanspruchs auf das notwendige Ausmaß. Ein gänzlicher Ausschluss des Unterhaltsanspruchs kommt nicht in Betracht, weil § 795 ABGB immer den notwendigen Unterhalt weiter gewährt.¹¹⁴³

6.3. Verjährung

Der gesetzliche Unterhaltsanspruch selbst verjährt nicht, aber für fällige Unterhaltsraten gilt die dreijährige Verjährungsfrist des § 1480 ABGB.¹¹⁴⁴

6.4. Untergang der Unterhaltspflicht gegenüber dem Aszendenten

Die Unterhaltsverpflichtung des Kindes erlischt mit seinem Tod, ist also im Gegensatz zu der Unterhaltspflicht gegenüber dem Deszendenten nicht passiv vererblich.¹¹⁴⁵ Jedoch kann der Erbe durch den Tod des Erblassers selbst von der Unterhaltspflicht nach § 143 ABGB erfasst

¹¹⁴⁰ OGH 1 Ob 526/76 JBl 1977, 594; 5 Ob 520/90 EFSIlg 61.953; LGZ Wien 43 R 329/98 w EFSIlg 86.073.

¹¹⁴¹ §§ 768, 769, 770, 540–542 ABGB.

¹¹⁴² Siehe hierzu die Ausführungen zur Verwirkung des Ehegattenunterhalts, 2. Kap 2.4.4.3.

¹¹⁴³ OGH 1 Ob 526/76 JBl 1977, 594.

¹¹⁴⁴ OGH 6 Ob 128/05 z Zak 2005/09; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 67.

¹¹⁴⁵ OGH 6 Ob 576/79 EFSIlg 33.463 = SZ 27/44.

werden, da § 143 ABGB die Unterhaltspflicht von Nachkommen gegenüber ihren Vorfahren normiert.

Beim Tod des unterhaltspflichtigen Kindes kann demnach die Unterhaltspflicht der Enkel ausgelöst werden.¹¹⁴⁶

Kommt der unterhaltspflichtige Nachkomme durch einen Dritten zu Tode, so hat der Dritte nach § 1327 ABGB den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetze zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, zu ersetzen.¹¹⁴⁷

7. Verteilung der Haftung zwischen mehreren Unterhaltspflichtigen

7.1. Haftung mehrerer gleichstufiger Verwandter

Mehrere Nachkommen schulden den Unterhalt anteilig nach Kräften¹¹⁴⁸, § 143 Abs 2 ABGB und nicht solidarisch¹¹⁴⁹. Dementsprechend handelt es sich bei ihnen um formelle Streitgenossen im Sinne des § 11 Abs 2 ZPO.¹¹⁵⁰ Daher müssen Feststellungen über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die Sorgepflichten aller Vorfahren gleichen Grades des unterhaltspflichtigen Aszendenten getroffen werden.¹¹⁵¹

Die Ermittlung der Haftung erfolgt daher in zwei Schritten:

Schritt 1: Ermittlung der individuellen Leistungsfähigkeit eines jeden Geschwisterkindes

Schritt 2: Errechnung der Haftungsanteile der Geschwister

Übersteigt der Bedarf des unterhaltsberechtigten Vorfahren die Summe der zur Verfügung stehenden Mittel, so müssen die Kinder jeweils den gesamten Betrag einsetzen. Ist dagegen der Unterhaltsbedarf niedriger, so müssen die zur Verfügung stehenden Mittel zueinander ins Verhältnis gesetzt werden, um die Anteile¹¹⁵² errechnen zu können.

Haftet eines der Kinder aus Vermögen, so ist dieses in Einkommen umzurechnen.

Die Betreuung des Vorfahren durch ein unterhaltspflichtiges Kind im eigenen Haushalt gilt analog § 140 Abs 2 ABGB als volle Beitragsleistung.¹¹⁵³

¹¹⁴⁶ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 11.

¹¹⁴⁷ OGH 18.9.1991, 2 Ob 33/91.

¹¹⁴⁸ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 7.

¹¹⁴⁹ OGH 6 Ob 128/05 z Zak 2005/9; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155.

¹¹⁵⁰ OGH 19.6.1985, 8 Ob 507/85.

¹¹⁵¹ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146.

¹¹⁵² *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 7.

¹¹⁵³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155.

Jedoch ist wiederum zu beachten, dass die häusliche Betreuung weder vom Berechtigten erzwungen¹¹⁵⁴, noch vom Verpflichteten aufgedrängt¹¹⁵⁵ werden kann.

Dagegen stellt die unentgeltliche Mitarbeit des Hofübernehmers in der Landwirtschaft seiner Eltern nicht die Erfüllung seiner aufrechten und aktuellen Unterhaltspflicht gegenüber seinen dürftigen Vorfahren dar.¹¹⁵⁶ Vielmehr verfolgt er als künftiger Hofübernehmer ein eigenes wirtschaftliches Interesse.¹¹⁵⁷

Leistet ein Kind mehr als seine Geschwister, weil es beispielsweise die Betreuung übernommen hat, so kann es den Mehrbetrag von den anderen gleichrangigen Nachkommen verlangen.¹¹⁵⁸

7.2. Ausfallhaftung

Leistet ein Nachkomme Unterhalt an den Elternteil, weil der vorrangig haftende Ehegatte leistungsunfähig ist, so steht ihm kein Ersatz- oder Bereicherungsanspruch¹¹⁵⁹ zu, da er in Erfüllung seiner eigenen Unterhaltspflicht handelt.¹¹⁶⁰

Werden Unterhaltsleistungen durch das Kind erbracht, weil die Rechtsverfolgung gegen den vorrangig haftenden Ehegatten im Inland erschwert oder ausgeschlossen ist, so handelt es sich um die Erfüllung einer fremden Schuld und der Anspruch gegen den Ehegatten samt Nebenrechten geht auf das leistende Kind über.¹¹⁶¹

8. Auskunftspflicht

Um gesetzliche Unterhaltsansprüche festsetzen zu können, ist es notwendig, die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsberechtigten und des Unterhaltspflichtigen zu kennen. Denn nur dann ist es möglich, die Leistungsfähigkeit, die Bedürftigkeit sowie den Haftungsanteil bestimmen zu können.¹¹⁶²

Deshalb werden Auskunftsansprüche in der Regel gesetzlich normiert.

¹¹⁵⁴ OGH 1 Ob 273/50 SZ 23/166 bezüglich der Aufnahme in eine Wohnung im Haus des Kindes.

¹¹⁵⁵ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 143 Rz 6; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 156.

¹¹⁵⁶ OGH 14.6.1988, 8 Ob 79/87.

¹¹⁵⁷ Ebenso fehlte es in dem vom OGH zu entscheidenden Fall an der mangelnden Selbsterhaltungsfähigkeit der Eltern, weil sie durch die Landwirtschaft mithilfe ihrer Kinder für sich selbst sorgen konnten, 14.6.1988, 8 Ob 79/87.

¹¹⁵⁸ *Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 143 Rz 16.

¹¹⁵⁹ § 1042 ABGB.

¹¹⁶⁰ *Zankl in Schwimann*, ABGB I³ § 71 EheG Rz 2; *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 71 EheG Anm 3; *Koch in KBB*² § 72 EheG Rz 2; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 71 EheG Rz 2; siehe hierzu 2. Kap 2.4.4.1.

¹¹⁶¹ *Koch in KBB*² § 72 EheG Rz 2; siehe hierzu siehe hierzu 2. Kap 2.4.4.2.

¹¹⁶² *Harrer-Hörzinger*, Zur Auskunftspflicht zwischen dem Unterhaltsschuldner und dem Unterhaltsberechtigten, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht 29 (31).

Da gesetzliche Unterhaltsansprüche zwischen in gerader Linie verwandten Personen gem § 114 JN im Außerstreitverfahren geltend zu machen sind, ergeben sich im Falle des Aszendentenunterhalts weitreichende Auskunftsansprüche aus § 102 AußStrG.¹¹⁶³

Demnach sind Personen, deren Einkommen und Vermögen für die Entscheidung über den gesetzlichen Unterhalt von Belang ist, verpflichtet, dem Gericht Auskunft darüber zu geben.

Von der Auskunftspflicht sind nicht nur der Unterhaltsschuldner und der Unterhaltsberechtigte¹¹⁶⁴ betroffen, sondern alle Personen, deren Einkommen und Vermögen für die Feststellung des Aszendentenunterhalts von Bedeutung sind.¹¹⁶⁵ Konkret kann das Gericht demnach auch Auskunft von dem (geschiedenen) Ehegatten des unterhaltsberechtigten Elternteils verlangen, da dieser gem § 143 Abs 2 ABGB vorrangig haftet.

Des Weiteren sind Geschwister zur Darlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse verpflichtet, um die anteilige Haftungsquote¹¹⁶⁶ bestimmen zu können.

Ebenso sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des (geschiedenen) Ehegatten des unterhaltspflichtigen Nachkommen von Belang, weil einerseits eigene Unterhaltsempfänge und Unterhaltsansprüche dessen Leistungsfähigkeit erhöhen können¹¹⁶⁷ und andererseits vorrangige Unterhaltungspflichten abzugsfähige Positionen¹¹⁶⁸ bilden.

Gleiches gilt für die Nachkommen des unterhaltspflichtigen Kindes, weil ihr Anspruch auf Deszendentenunterhalt vorrangig ist und demnach die Leistungsfähigkeit mindern kann¹¹⁶⁹.

Das Gericht kann auch das Arbeitsmarktservice und den zuständigen Sozialversicherungs- und Sozialhilfeträger um Auskunft ersuchen.

Verweigern Auskunftspflichtige die notwendigen Informationen, so ist das Gericht befugt, beim Dienstgeber oder dem Finanzamt um Mitteilung anzusuchen¹¹⁷⁰, da diese ebenfalls auskunftspflichtig sind¹¹⁷¹.

Dieser Auskunftsanspruch steht nicht den Parteien, sondern nur dem Gericht im außerstreitigen Verfahren zu.¹¹⁷²

¹¹⁶³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 145.

¹¹⁶⁴ *Graf*, Auskunftspflichten im Unterhaltsrecht, *Zak* 2007/434, 243 (246).

¹¹⁶⁵ *Deixler-Hübner in Rechberger*, Außerstreitgesetz (2006) § 102 Rz 2.

¹¹⁶⁶ OGH 1 Ob 156/97 s SZ 70/146.

¹¹⁶⁷ Siehe oben, 2. Kap 3.3.1.

¹¹⁶⁸ *Haberl*, EF-Z 2007, 4 (6).

¹¹⁶⁹ Siehe zum beneficium competentiae, 2. Kap 3.7; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 155.

¹¹⁷⁰ § 102 Abs 2 AußStrG.

¹¹⁷¹ *Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen³ (2006) Rz 422.

¹¹⁷² Siehe zu der Problematik eines eigenen Auskunftsanspruchs zwischen den am Unterhaltsverfahren Beteiligten *Graf*, *Zak* 2007/434, 243 (246).

9. Besonderheiten beim Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe

In Österreich ergeben sich beim Anspruchsübergang auf den Träger der Sozialhilfe länderspezifische Probleme.

Die Regelungen über die Ersatzpflicht unterhaltspflichtiger Personen gegenüber den Sozialhilfeträgern ist in den Bundesländern sehr unterschiedlich ausgestaltet, denn die Gewährung von Sozialhilfe ist in Österreich Sache der Bundesländer.¹¹⁷³

Neben der unterschiedlichen Rechtslage kommt es auch zu Unterschieden in der Umsetzung, weshalb eine bundesweite einheitliche Gesetzgebung, auch im Interesse der Transparenz und Rechtssicherheit, wünschenswert wäre.¹¹⁷⁴

Die Landessozialhilfegesetze normieren regelmäßig einen Ausschluss der Rückgriffsmöglichkeit auf die Enkel und einen Wegfall oder eine Beschränkung des Regresses gegenüber dem unterhaltspflichtigen Kind.

Deshalb soll im Folgenden kurz auf die einzelnen Regelungen in den Bundesländern eingegangen werden.

9.1. Salzburg, Wien, Vorarlberg, Niederösterreich und Steiermark

In den Bundesländern Niederösterreich¹¹⁷⁵, Salzburg¹¹⁷⁶ und Wien¹¹⁷⁷ ist eine Ersatzpflicht der Nachkommen gegenüber dem Sozialhilfeträger ausgeschlossen. Dies wird teilweise damit begründet, dass sonst die Akzeptanz und Inanspruchnahme von Alten- und Pflegeheimen stark zurückgehen würde.

In der Steiermark bestand bis zum 31.10.2008 ein Regressanspruch gegenüber den Nachkommen für Aufwendungen des Sozialhilfeträgers nach § 28 StmkSHG im Umfang des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs.

Seit dem 1.11.2008 ist die Ersatzpflicht der Angehörigen nach dem Steiermärkischen Sozialhilfegesetz entfallen.

¹¹⁷³ Siehe oben 2. Kap 2.3.2.

¹¹⁷⁴ *Ganner*, Selbstbestimmung 204; *Pfeil*, Vergleich der Sozialhilfesysteme der österreichischen Bundesländer (2001) 352.

¹¹⁷⁵ § 39 Abs 2 NÖSHG sind Kinder und Enkel von einer Ersatzpflicht auszunehmen.

¹¹⁷⁶ § 44 Abs 2 SbgSHG schließt die Ersatzpflicht von Kindern für ihre Eltern ausdrücklich aus.

¹¹⁷⁷ § 29 Abs 2 WSHG dürfen Verwandte in absteigender Linie nicht zum Ersatz für aufgewendete Sozialhilfeleistungen herangezogen werden.

Zum 21.5.2008 trat auch in Vorarlberg eine Gesetzesnovellierung in Kraft, wonach nunmehr auch hier die Regressmöglichkeit gegenüber den Nachkommen vollständig ausgeschlossen ist, § 10 VbgSHG.

9.2. Oberösterreich

Grundsätzlich besteht gem § 47 OÖSHG ein Ersatzanspruch des Sozialhilfeträgers gegenüber volljährigen Kindern des Hilfeempfängers.

In Oberösterreich ist dieser Anspruch gegenüber Nachkommen jedoch praktisch bedeutungslos, denn nach § 47 Abs 3 OÖSHG werden Kinder¹¹⁷⁸ für soziale Hilfe, die ihren Eltern in einer stationären Einrichtung sowie nach Vollendung des sechzigsten Lebensjahres geleistet wird, nicht zum Ersatz herangezogen.

Üblicherweise besteht aber erst dann ein ungedeckter Bedarf aufseiten des Vorfahrens, wenn er auf Pflege angewiesen ist und deshalb regelmäßig in einer stationären Einrichtung untergebracht wird.

9.3. Tirol

Mit Einführung des Grundsicherungsgesetzes und der Grundsicherungsverordnung zum 1.3.2006 haben sich auch in Tirol Veränderungen ergeben.

Grundsätzlich haben Personen, die gesetzlich zum Unterhalt des Empfängers der Grundsicherung verpflichtet sind, die Kosten der Grundsicherung in dem durch Verordnung der Landesregierung festzusetzenden Ausmaß zu ersetzen, da nach § 13 TGSG Unterhaltsansprüche auf den Rechtsträger der Grundsicherung durch Anzeige übergeht.

Grundsätzlich ist der Ersatzanspruch durch die Höhe der Unterhaltspflicht begrenzt¹¹⁷⁹, jedoch gelten für unterhaltspflichtige Nachkommen weitere Einschränkungen.

Bei Kindern entfällt die Ersatzpflicht für Leistungen, die ihren Eltern im Rahmen der Hilfe für pflegebedürftige Personen (§ 7 Abs 5 TGSG) bzw. für alte Personen (§ 7 Abs 7 TGSG) gewährt werden.¹¹⁸⁰

Des Weiteren normiert § 11 Grundsicherungsverordnung, dass Kinder nur die Hälfte des nach bürgerlichem Recht zu leistenden Unterhalts zurückerstatten müssen.

¹¹⁷⁸ Die Regresspflicht gilt nicht für Enkel und minderjährige Kinder, § 47 Abs 3 OÖSHG.

¹¹⁷⁹ § 11 Abs 1 S 2 TGSG.

¹¹⁸⁰ § 11 Abs 3 TGSG.

Darüber hinaus ist bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegenüber Unterhaltspflichtigen auf deren wirtschaftliche Verhältnisse und ihre sonstigen Sorgepflichten Bedacht zu nehmen.¹¹⁸¹

Eine weitere wichtige Änderung findet sich in § 1 TGSG, wonach nunmehr ein Anspruch auf Gewährung der Grundsicherung besteht, wenn sich eine Person in einer Notlage befindet.

In der Praxis hat der Regress im Rahmen der Unterhaltspflicht der Nachkommen für ihre Vorfahren durch die Einführung des Grundsicherungsgesetzes nur noch eine geringe Bedeutung, weil in den Fällen der Pflege und des Alters die Ersatzmöglichkeit ausgeschlossen ist.

9.4. Burgenland

Das Burgenländische Sozialhilfegesetz normiert ebenfalls eine Legalzession für den Übergang der Rechtsansprüche zur Deckung des Lebensbedarfs, die der sozialhilfebedürftigen Person gegenüber Dritten zustehen.¹¹⁸² Grundsätzlich sind davon auch Ansprüche von Eltern gegenüber ihren Kindern gem § 143 ABGB erfasst. Ausgenommen von dieser Kostenersatzpflicht sind Kinder für ihre Eltern im ambulanten, teilstationären und stationären Bereich, § 45 Abs 1 S 1 BgldSHG. Mit dieser Regelung sinkt die praktische Bedeutung des sozialhilferechtlichen Regressanspruches auch im Burgenland.

9.5. Kärnten

Das Kärntner Mindestsicherungsgesetz enthält eine Legalzession für den Übergang der Rechtsansprüche zur Deckung des Lebensbedarfs, die der sozialhilfebedürftigen Person gegenüber Dritten zustehen.¹¹⁸³ Davon sind auch Ansprüche von Eltern gegenüber ihren Kindern gem § 143 ABGB erfasst.

Ausnahmen bestehen, wenn die Inanspruchnahme wegen des Verhaltens des Hilfeempfängers gegenüber dem Ersatzpflichtigen sittlich nicht gerechtfertigt ist oder wenn es eine soziale Härte bedeuten würde.¹¹⁸⁴

Der Begriff der sittlichen ungerechtfertigten Inanspruchnahme ist dabei weiter gefasst, als der in § 143 ABGB normierten gröblichen Vernachlässigung der Unterhaltspflicht.¹¹⁸⁵

¹¹⁸¹ § 11 Abs 2 TGSG.

¹¹⁸² § 45 BgldSHG.

¹¹⁸³ § 48 Abs 1 K-MSG.

¹¹⁸⁴ § 48 Abs 1 a und b K-MSG.

¹¹⁸⁵ *Ganner*, Selbstbestimmung 212.

Darüber hinaus sind die Lebensverhältnisse und andere Sorgepflichten zu berücksichtigen¹¹⁸⁶, was jedoch regelmäßig schon bei der Prüfung des Bestehens des regressfähigen bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsanspruchs zu beachten ist.

Der Übergang der Unterhaltsansprüche erfolgt durch schriftliche Anzeige und erfasst auch Ansprüche, die bis zu sechs Monate vor dem Zugang entstanden sind.¹¹⁸⁷

9.6. Begrenzung des Umfangs des Ersatzanspruchs

Besteht ein Ersatzanspruch, so ist er doppelt begrenzt, nämlich einerseits durch die rechtens gewährten Sozialleistungen und andererseits durch die Höhe der bürgerlich-rechtlichen Unterhaltspflicht aus § 143 ABGB.¹¹⁸⁸

9.7. Durchsetzung des Ersatzanspruchs

Der sozialhilferechtliche Ersatzanspruch wird je nach bundesrechtlicher Vorschrift auf dem Verwaltungsrechtsweg oder vor den Zivilgerichten geltend gemacht.¹¹⁸⁹

Im Burgenland trifft gem § 50 BgldSHG die Bezirksverwaltungsbehörde per Bescheid die Entscheidung über eine Kostenersatzpflicht, sodass dagegen nur auf dem Verwaltungsrechtsweg eingeschritten werden kann.

Da auch in Oberösterreich die Bezirksverwaltungsbehörde gem § 52 Abs 5 OÖSHG auf Antrag des Trägers der sozialen Hilfe per Bescheid über den Ersatzanspruch entscheidet, muss ebenfalls im verwaltungsgerichtlichen Verfahren dagegen vorgegangen werden.

In Tirol sind abhängig von der gewährten Hilfe des Grundsicherungsträgers gem § 12 Abs 2 TGSG die Zivil- oder die Verwaltungsgerichte sachlich zuständig.

In Kärnten sind Ersatzansprüche nach §§ 47 und 48 K-MSG im Zivilrechtsweg geltend zu machen, § 49 Abs 5 K-MSG.

Sollte das Zivilgericht zuständig sein, so muss es eigenständig beurteilen, ob die Sozialhilfe rechtmäßig gewährt wurde und ist dabei nicht an den Sozialhilfebescheid gebunden.¹¹⁹⁰ Dies ergibt sich aus der mangelnden Parteistellung des Ersatzpflichtigen im Genehmigungsverfahren.¹¹⁹¹ Außerdem würde sonst ein nicht nachvollziehbarer Wertungswiderspruch ent-

¹¹⁸⁶ § 49 Abs 2 K-MSG.

¹¹⁸⁷ § 48 Abs 2 und 4 K-MSG.

¹¹⁸⁸ OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 156.

¹¹⁸⁹ Ersatzansprüche nach §§ 47 und 48 K-MSG sind beispielsweise im Zivilrechtsweg geltend zu machen, § 49 Abs 5 K-MSG.

¹¹⁹⁰ OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁴ 156.

¹¹⁹¹ VwGH 30.5.2001, 2001/11/0029.

stehen, wenn Zivilgerichte bei der Beurteilung solcher Ansprüche an den Bescheid über die Sozialhilfegewährung gebunden wären, während Verwaltungsbehörden, die in anderen Bundesländern über die gleiche Frage zu befinden haben, die Rechtmäßigkeit der Sozialhilfegewährung zumindest auf Einwand des Ersatzpflichtigen neuerlich beurteilen müssten.¹¹⁹²

¹¹⁹² OGH 4 Ob 192/06 y Zak 2007/111.

3. Kapitel – Rechtsvergleich

Nachdem in den beiden vorangegangenen Kapiteln die Gesetzeslage und die Rechtsprechung des deutschen und des österreichischen Aszendentenunterhalts dargestellt wurden, werden im Folgenden die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeit herausgearbeitet.

Zunächst ist festzustellen, dass die Regelungen sehr ähnlich sind. Dies ist auf die gemeinsamen Wurzeln des römischen Rechts zurückzuführen.¹¹⁹³

Jedoch gibt es auch Unterschiede sowohl in der gesetzlichen Ausgestaltung als auch in der Rechtsprechung sowie in der gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche.

1. Gesetzliche Bestimmung

In Österreich normiert § 143 ABGB speziell die Unterhaltspflicht der Nachkommen gegenüber ihren Eltern und Großeltern.¹¹⁹⁴ Dagegen ist der Aszendentenunterhalt in Deutschland nicht speziell geregelt, sondern ergibt sich aus § 1601 BGB, der die Unterhaltspflicht zwischen in gerader Linie Verwandten, also auch zwischen Nachkommen und Vorfahren, festlegt. Die Verpflichtung zum Unterhalt besteht im Gegensatz zu Österreich ohne Rücksicht auf den Grad der Verwandtschaft. In beiden Ländern ist der Aszendentenunterhalt sehr schwach ausgestaltet. Das bedeutet, dass er den anderen Unterhaltsansprüchen, wie dem Deszendenten- und Ehegattenunterhalt im Rang nachgeht.

2. Bedarf

Die Bedarfsermittlung erfolgt im Wesentlichen nach gleichen Gesichtspunkten, insbesondere bestimmt sich der Bedarf sowohl nach den Lebensverhältnissen des unterhaltsbedürftigen Vorfahren als auch nach denen des unterhaltspflichtigen Kindes. In beiden Ländern wird der angemessene und nicht nur der notwendige Unterhalt geschuldet. Bei einer Unterbringung in einem Senioren- oder Pflegeheim bestimmt sich sowohl in Österreich als auch in Deutschland der Bedarf nach den tatsächlichen Kosten. Darüber hinaus hat dem Bedürftigen ein angemessenes Taschengeld zu verbleiben.

¹¹⁹³ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 1; siehe hierzu ausführlicher 4. Kap.

¹¹⁹⁴ § 143 ABGB gilt in dieser Fassung erst seit 1978. Jedoch war der Aszendentenunterhalt bereits mit Einführung des ABGB am 1.1.1812 in § 154 ABGB gesetzlich normiert.

3. Bedürftigkeit und mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit

Im Rahmen der Bedürftigkeit bzw der Selbsterhaltungsfähigkeit sind ebenfalls viele Parallelen aber auch Unterschiede zu finden.

3.1. Erwerbsobliegenheit

Für die Vorfahren besteht sowohl in Deutschland als auch in Österreich eine Erwerbsobliegenheit, deren Verletzung zu einer Anrechnung fiktiver Einkünfte führt. Ein Unterschied besteht bei der rentenrechtlichen Altersgrenze. So müssen Aszendenten in Deutschland regelmäßig bis zum Alter von 65 bzw 67¹¹⁹⁵ Jahren einer Erwerbstätigkeit nachgehen, dagegen haben Frauen in Österreich schon mit 60 Jahren die pensionsrechtliche Altersgrenze erreicht und bei Männern liegt diese bei 65 Jahren¹¹⁹⁶. Diese Altersgrenzen bilden aber keine absoluten Obergrenzen, sondern vielmehr müssen in beiden Ländern die Umstände des Einzelfalles bei der Frage nach der Erwerbsobliegenheit berücksichtigt werden.

3.2. Sozialhilfe als Einkommen

Ob Sozialhilfe als Einkommen des Unterhaltsberechtigten anzurechnen ist, wird unterschiedlich beantwortet. Zwar handelt es sich in beiden Ländern um eine subsidiäre Sozialleistung, die regelmäßig nicht als Einkommen zu werten ist. Jedoch besteht in Österreich von diesem Grundsatz dann eine Ausnahme, wenn dem Träger der Sozialhilfe ein Ersatzanspruch gegen einen vorrangig verpflichteten Unterhaltsschuldner zusteht. Damit möchte die Rechtsprechung der Gefahr der Doppelversorgung begegnen. Die deutschen Gerichte lassen diese Ausnahme dagegen nicht zu, sondern nehmen diese Gefahr in Kauf, um nicht einen zahlungsunwilligen oder säumigen Unterhaltsschuldner zu privilegieren.

3.3. Vorrangige Unterhaltspflicht des Ehegatten

Des Weiteren sind Deszendenten nur subsidiär unterhaltspflichtig, weshalb der Ehegatte oder frühere Ehegatte zunächst auf Unterhaltszahlungen in Anspruch zu nehmen ist. In Deutschland haftet der Lebenspartner aufgrund des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft, die es in Österreich noch nicht gibt, wie der Ehegatte.

Unterschiede ergeben sich daraus, dass in Österreich die Scheidung teilweise immer noch dem Verschuldensprinzip folgt. Deshalb ergeben sich auch aus den gesetzlichen Regelungen

¹¹⁹⁵ Siehe oben 1. Kap 2.3.

¹¹⁹⁶ Siehe oben 2. Kap 2.2.

verschiedene Unterhaltsansprüche gegen den geschiedenen Ehegatten. Insbesondere lässt die Rechtsprechung bei einer Scheidung ohne Schuldausspruch nach § 69 Abs 3 ABGB und bei einer einvernehmlichen Scheidung ohne Unterhaltsvereinbarung nach § 69 a Abs 2 ABGB den Subsidiaritätsgrundsatz entfallen und die Nachkommen haften vor den geschiedenen Ehepartnern.¹¹⁹⁷

Beide Rechtsordnungen normieren Ausnahmen vom Grundsatz der Subsidiarität, wenn der Ehegatte nicht leistungsfähig ist oder die Rechtsverfolgung im Inland gegen ihn erschwert oder ausgeschlossen ist.

3.4. Abzugsfähige Positionen

Vom Einkommen sind in Österreich als auch in Deutschland berufsbezogene Steuern und Ausgaben abzuziehen. Dagegen stellen eigene Unterhaltspflichten des Vorfahren keine abzugsfähigen Positionen dar, da eine Alimentierung des Ehegatten oder anderer Kinder ausscheidet.

3.5. Einsatz des Vermögens

Des Weiteren ist der bedürftige Vorfahre verpflichtet, seine Vermögenserträge und den Vermögensstamm zur Deckung seines Bedarfs einzusetzen. Der Einsatz des Vermögensstammes wird in beiden Ländern nur gefordert, wenn die Vermögensverwertung zumutbar ist.

3.6. Ansprüche gegenüber Dritten

Hat der Vorfahre einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen, in dem sich dieser zur umfassenden Betreuung, Unterbringung und Pflege verpflichtet, so ergeben sich Unterschiede zwischen beiden Ländern, wenn der Vorfahre nicht mehr in der Lage ist, diese Leistungen zu nutzen. In Österreich wird der Dritte nur dann zu Zahlungen für die Fremdpflege und Heimkosten herangezogen, wenn dies vertraglich vereinbart wurde oder zumindest dem Willen der Vertragsparteien entspricht. Dagegen steht dem Vorfahren in Deutschland darüber hinaus auch ein Anspruch in Höhe der ersparten Aufwendungen des Dritten zu, selbst wenn dies nicht vertraglich vereinbart war.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁷ Diese Ansicht ist mE abzulehnen, weil damit ein Verstoß gegen die in § 143 Abs 2 ABGB geregelten Rangverhältnisse besteht. Siehe hierzu ausführlich 2. Kap 2.4.2.1.2. und 2.4.2.3.

¹¹⁹⁸ Siehe oben 1. Kap 2.8.1.2.

Bei der Rückforderung von Geschenken ergeben sich sehr große Unterschiede. Zwar können in beiden Ländern Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden, jedoch ist die Rechtsfolge eine andere.

Während in Deutschland der Geschenknnehmer das Geschenk herausgeben muss und somit in voller Höhe des Wertes des geschenkten Gegenstandes haftet, können in Österreich lediglich 4 % Zinsen im Jahr vom Geschenk zur Bedarfsdeckung gefordert werden.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass in Deutschland der Rückforderungsanspruch nach 10 Jahren nicht mehr geltend gemacht werden kann, in Österreich beträgt die Verjährungsfrist dagegen 30 Jahre.

4. Leistungsfähigkeit

Die Bestimmung der Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes weist Parallelen und Unterschiede auf.

4.1. Unterhaltsrelevantes Einkommen

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland zählen zum Einkommen alle zur Verfügung stehenden Mittel. Des Weiteren müssen in beiden Staaten die Vermögenserträge und der Vermögensstamm zu Unterhaltsleistungen eingesetzt werden. Ebenso kommt es auch zu einer Anspannung, dh fiktives Einkommen oder fiktive Vermögenserträge erhöhen die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes.

4.2. Abzugsfähige Positionen

Bei den abzugsfähigen Positionen ergeben sich große Unterschiede.

In Deutschland bildet die Kirchensteuer im Gegensatz zu den österreichischen Kirchenbeiträgen einen Abzugsposten. Dies ist auf die unterschiedliche Form der Abgabe zurückzuführen, die in Deutschland von der Lohn- und Einkommenssteuer abhängig ist und zugleich mit ihr eingehoben wird.

Dagegen sind die österreichischen Kirchenbeitragsleistungen in ihrer Abgabeform eher mit den Mitgliedsbeiträgen eines Vereines zu vergleichen.

Ebenso bestehen Unterschiede bei den Kosten der Fahrten zum Arbeitsplatz. Während in Deutschland diese Fahrten regelmäßig abzugsfähig sind, werden sie in Österreich nur teilweise als Abzugsposten anerkannt.

Ein weiterer Unterschied ist bei den berücksichtigungsfähigen Schulden zu erkennen. Während in Österreich vorrangig auf den Sinn und Zweck abgestellt wird, kommt in Deutschland überwiegend eine Abzugsfähigkeit dann in Betracht, wenn die Schulden vor der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt entstanden sind. In Österreich können Schulden demnach nur berücksichtigt werden, wenn sie zur Erhaltung der Arbeitskraft des Unterhaltspflichtigen und seiner Familie, Existenzsicherung eines Unternehmens oder zur Abdeckung eines krankheitsbedingten Mehraufwandes dienen. Diese Einschränkungen gelten in Deutschland nicht, solange keine Luxusgüter finanziert werden.

Ein weiterer bedeutender Unterschied besteht darin, dass in Deutschland auch Tilgungsleistungen, die im Zusammenhang mit Mieteinkünften oder dem Wohnen in einer eigenen Immobilie stehen, beim Aszendentenunterhalt abzugsfähig sind, selbst wenn es dadurch zu einer Vermögensbildung kommen kann.¹¹⁹⁹

Noch besteht bei der privaten Pensionsvorsorge ein entscheidender Unterschied. Ihre Abzugsfähigkeit ist in Deutschland mittlerweile höchstrichterlich anerkannt und darf bis zu 5 % des Einkommens bei unselbständig Tätigen und 25 % bei selbständigen Unterhaltspflichtigen betragen. Dagegen befindet sich die Akzeptanz in Österreich noch in der Diskussion. Noch ist ihre Abzugsfähigkeit höchstrichterlich nicht anerkannt. Aber aufgrund der zurückgehenden staatlichen Pensionsvorsorge sind Tendenzen ersichtlich, auch im Unterhaltsrecht eine private Pensionsvorsorge einkommensbereinigend zu berücksichtigen.¹²⁰⁰

Kosten für die Besuche beim Unterhaltsberechtigten bilden in Deutschland immer einen abzugsfähigen Posten. Dagegen können diese in Österreich nur dann abgezogen werden, wenn der Unterhaltsschuldner die Besuchskosten nicht aufbringen könnte, ohne seinen eigenen Lebensunterhalt zu gefährden. Aufgrund des wünschenswerten Kontaktes zwischen den Generationen ist es nicht verständlich, warum diese Kosten in Österreich nicht immer geltend gemacht werden können.

4.3. Belastungsgrenze und Selbstbehalt

Gemeinsamkeiten weist die Einschränkung des *beneficium competentiae* auf. In beiden Staaten darf das unterhaltspflichtige Kind nicht zu Unterhaltsleistungen herangezogen wer

¹¹⁹⁹ Siehe oben 1. Kap 3.7.1.1.

¹²⁰⁰ Siehe oben 2. Kap 3.5.5.

den, wenn es dadurch unter Berücksichtigung seiner sonstigen Sorgepflichten seinen eigenen angemessenen Unterhalt gefährden würde.

Jedoch ergeben sich in der Praxis bei der Umsetzung dieses Grundsatzes große Unterschiede. Während dem unterhaltspflichtigen Deszendenten in Deutschland der große Selbstbehalt von 1.400 Euro zu belassen ist und von dem darüber liegenden Einkommen nur die Hälfte für Unterhaltszahlungen zur Verfügung steht, muss ein unterhaltspflichtiger Nachkomme in Österreich 22 % seines bereinigten Nettoeinkommens für die Vorfahren einsetzen. Abzüge für den Ehegatten und für unterhaltsberechtignte Kinder sind ebenfalls in Prozenten¹²⁰¹ vorzunehmen.

Dagegen werden in Deutschland die tatsächlichen Unterhaltsleistungen, jedoch mindestens die sich aus der Düsseldorfer Tabelle ergebenden Bedarfssätze für Kinder und den Ehegatten abgezogen.¹²⁰²

4.4. Bar- oder Naturalunterhalt

Ob im Rahmen des Aszendentenunterhalts auch die Forderung und Leistung von Naturalunterhalt zulässig ist, wird in den beiden Ländern unterschiedlich beantwortet. In Österreich lehnt es die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Literatur ab, Naturalunterhalt aufzudrängen bzw einzufordern.

Dagegen findet sich in Deutschland noch keine Judikatur zu dem Thema, was daraus folgt, dass bisher alle Urteile im Zusammenhang mit der Gewährung von Sozialhilfe ergangen sind. Die Lehre in Deutschland schließt das Gewähren des Unterhalts in natura unter Berücksichtigung der Interessen im Einzelfall nicht aus.

Dagegen lehnt sie das Einfordern von Naturalunterhalt durch den bedürftigen Vorfahren ab.

4.5. Berechnungsbeispiele

Die unterschiedliche Bestimmung der Leistungsfähigkeit zeigt vor allem bei geringeren und mittleren Einkünften eine Benachteiligung von unterhaltspflichtigen Nachkommen in Österreich, was die folgenden Berechnungsbeispiele verdeutlichen.

¹²⁰¹ Für Kinder unter 10 Jahren 1 %, für Kinder über 10 Jahre 2 % und für den Ehegatten abhängig von dessen Einkommen 0 bis 3 %; Siehe oben 2. Kap 3.8.

¹²⁰² Für den Ehegatten mindestens 1.050 Euro; Siehe oben 1. Kap 3.5.1.

Beispiel 1

Eine unterhaltspflichtige Frau ist nicht verheiratet und hat keine unterhaltsberechtigten Kinder. Sie hat ein monatliches Nettoeinkommen von 1.600 Euro. Berufsbedingte Aufwendungen in Höhe von 100 Euro fallen pro Monat an.

| Deutschland | |
|-------------------------------------|-------------------|
| Einkommen | 1.600 Euro |
| - Selbstbehalt | 1.400 Euro |
| - Berufsbedingte Ausgaben | 100 Euro |
| = Überschüssiger Betrag | 100 Euro |
| Leistungsfähigkeit davon 1/2 | 50 Euro |

| Österreich | |
|--------------------------------|-------------------|
| Einkommen | 1.600 Euro |
| - Berufsbedingte Ausgaben | 100 Euro |
| = Überschüssiger Betrag | 1.500 Euro |
| Leistungsfähigkeit 22 % | 330 Euro |

Beispiel 2

Ein unterhaltspflichtiger Mann ist verheiratet und hat Einkünfte in Höhe von 2.800 Euro. Seine Ehefrau erzielt kein eigenes Einkommen. Im Monat leistet er Beiträge für eine zusätzliche private Altersvorsorge in Höhe von 100 Euro.

| Deutschland | |
|-------------------------------------|-------------------|
| Einkommen | 2.800 Euro |
| - Altersvorsorge | 100 Euro |
| - Selbstbehalt | 1.400 Euro |
| - Selbstbehalt der Ehefrau | 1.050 Euro |
| = Überschüssiger Betrag | 250 Euro |
| Leistungsfähigkeit davon 1/2 | 125 Euro |

| | |
|--|-------------------|
| Österreich | |
| Einkommen | 2.800 Euro |
| = Überschüssiger Betrag | 2.800 Euro |
| Leistungsfähigkeit 19 % ¹²⁰³ | 504 Euro |

Beispiel 3

Ein unterhaltspflichtiger Sohn hat Einkünfte von 6.500 Euro. Er ist verwitwet und hat ein unterhaltsberechtigtes Kind im Alter von 17 Jahren, welches nicht in seinem Haushalt lebt.

| | |
|-----------------------------------|-------------------|
| Deutschland | |
| Einkommen | 5.100 Euro |
| - Kindesunterhalt ¹²⁰⁴ | 604 Euro |
| - Selbstbehalt | 1.400 Euro |
| = Überschüssiger Betrag | 3.096 Euro |
| Leistungsfähigkeit davon ½ | 1.548 Euro |

| | |
|--|-------------------|
| Österreich | |
| Einkommen | 5.100 Euro |
| = Überschüssiger Betrag | 5.100 Euro |
| Leistungsfähigkeit 20 % ¹²⁰⁵ | 1.020 Euro |

5. Ausschluss und Minderung der Unterhaltsansprüche

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich gibt es gesetzlich normierte Tatbestände, nach denen die Unterhaltsansprüche ausgeschlossen oder gemindert sein können.

In beiden Staaten führt eine gröbliche Vernachlässigung der eigenen ehemaligen Unterhaltspflicht des bedürftigen Vorfahren gegenüber dem in Anspruch genommenen Kind zu einer Minderung oder zu einem Ausschluss der Unterhaltspflicht.

¹²⁰³ Für die Ehefrau ohne eigenes Einkommen werden 3 % in Abzug gebracht.

¹²⁰⁴ Laut Düsseldorfer Tabelle, Stand 1.1.2009.

¹²⁰⁵ Für das 17jährige Kind werden 2 % in Abzug gebracht.

Die gröbliche Vernachlässigung ist in Österreich eine negative Tatbestandsvoraussetzung und lässt den Unterhaltsanspruch zur Gänze entfallen. In Deutschland handelt es sich dagegen um eine Einwendung gegen das Bestehen der Unterhaltsverpflichtung¹²⁰⁶ und führt entweder zu einer Beschränkung oder einem gänzlichen Wegfall der Leistungspflicht.

In Österreich kann die gröbliche Vernachlässigung nach herrschender Meinung auch grob fahrlässig erfolgt sein. In Deutschland ist Vorsatz ebenfalls nicht erforderlich. Der Unterhaltspflichtige musste lediglich seine Pflichten und die Folgen ihrer Vernachlässigung kennen.

Das schuldhafte Herbeiführen der Unterhaltsbedürftigkeit wird in Deutschland ebenfalls mittels einer Einwendung nach § 1611 BGB sanktioniert, indem die Unterhaltspflicht in diesen Fällen ganz oder teilweise entfällt. Diesbezüglich findet sich im österreichischen Gesetz keine Regelung. Jedoch werden in der Rechtsprechung trotz des Grundsatzes, dass der Unterhaltsanspruch nicht deshalb entfällt, weil der Vorfahre den Mangel seiner Selbsterhaltungsfähigkeit selbst verschuldet hat, nach Billigkeitsgesichtspunkten und unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs Ausnahmen zugelassen.

Insbesondere kann im Fall des Selbstverschuldens der mangelnden Selbsterhaltungsfähigkeit nur der notdürftige und nicht der angemessene Unterhalt verlangt werden.

Setzt der Vorfahre eine Handlung, die üblicherweise die Entziehung des Pflichtteils zur Folge hätte, so kann in Deutschland das unterhaltspflichtige Kind auch dieses Verhalten dem Aszendentenunterhaltsanspruch in Form einer Einwendung entgegen halten. Dagegen fehlt es auch diesbezüglich in Österreich an einer gesetzlichen Regelung. Jedoch lässt die Literatur in diesen Fällen eine analoge Anwendung der Grundsätze bei der Entziehung des Pflichtteils des § 795 ABGB zu, mit der Folge der Beschränkung auf den notwendigen Unterhalt.

6. Verjährung und Verwirkung

In beiden Ländern verjährt der gesetzliche Unterhaltsanspruch selbst nicht, aber für fällige Unterhaltsraten gilt eine dreijährige Verjährungsfrist¹²⁰⁷.

Darüber hinaus kann der Vorfahre nur in Deutschland seine Ansprüche auf Unterhalt auch verwirken. In Österreich ist das Rechtsinstitut der Verwirkung dagegen nicht anerkannt.

¹²⁰⁶ *Diederichsen in Palandt*, BGB⁶⁸ § 1611 Rz 1.

¹²⁰⁷ § 1480 ABGB; §§ 195, 197 Abs 2 BGB.

7. Untergang der Unterhaltspflicht

Ein gesetzlicher Übergang der Unterhaltsansprüche beim Tod des unterhaltspflichtigen Kindes ist in beiden Staaten nicht normiert. Vielmehr erlischt die Aszendentenunterhaltspflicht mit dem Tod des Verpflichteten.

Jedoch entstehen Schadensersatzansprüche des Unterhaltsberechtigten gegen einen Dritten, falls dieser den Tod verursacht hat. Die diesbezüglichen Regelungen in Deutschland und Österreich unterscheiden sich nur dahingehend, dass in Deutschland die Ersatzpflicht auf gesetzliche Unterhaltsansprüche beschränkt ist.

Dagegen können in Österreich auch die vertraglichen Unterhaltsansprüche diese Rechtsfolge auslösen.¹²⁰⁸

8. Anteilige Haftung

Mehrere Nachkommen gleichen Grades schulden den Unterhalt anteilig nach Kräften. Dies gilt in Österreich und in Deutschland gleichermaßen. Deshalb haften die Geschwister nicht nach Kopfteilen, sondern ihrer Leistungsfähigkeit entsprechend nach Anteilen.

In Österreich gilt die Betreuung des Elternteils durch eines der Geschwister als volle Beitragsleistung, wogegen in Deutschland Aufwendungen der Betreuung in Einkommen umzurechnen und zu dem Einkommen der anderen Abkömmlinge ersten Grades ins Verhältnis zu setzen ist. Die Lösung in Österreich erscheint mir praktikabler, weil durch die Betreuungsleistung bereits ein umfassender Beitrag in Erfüllung der Unterhaltspflicht erbracht wird und die Motivation des pflegenden Kindes sinken könnte, wenn es zusätzlich noch zu Barunterhaltzahlungen herangezogen würde.

9. Auskunftsansprüche

Ein weiterer bedeutender Unterschied findet sich bei den Auskunftspflichten.

In Deutschland bestehen diese zwischen Unterhaltsberechtigtem und Unterhaltsverpflichteten sowie zwischen mehreren Unterhaltsschuldnern, insbesondere zwischen Geschwistern. Darüber hinaus gehende Auskunftspflichten wie beispielsweise gegen den Ehegatten der Geschwister sind nicht anerkannt.

Dagegen ist in Österreich ein umfassender Auskunftsanspruch gegen alle Personen normiert, deren wirtschaftliche Verhältnisse von Belang sein können. Dieser Anspruch steht jedoch ausschließlich dem Gericht im Außerstreitverfahren zu.

¹²⁰⁸ Röthel in Staudinger § 884 Rz 1.

10. Gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche

Der zivilrechtliche Unterhaltsanspruch, der in Österreich aus § 143 ABGB und in Deutschland aus § 1601 BGB folgt, ist in beiden Staaten vor den Zivilgerichten geltend zu machen.

Ein Unterschied in der Rechtsprechung besteht darin, dass ich in Deutschland kein Urteil gefunden habe, in dem die Eltern ihre Nachkommen selbst in Anspruch genommen haben. Die gesamte Judikatur befasst sich mit Ansprüchen des Sozialhilfeträgers aus übergegangenem Recht.

Dagegen gab es in Österreich auch vereinzelt Rechtsstreite, in denen ein Elternteil von seinen Kindern direkt Unterhalt beansprucht hat.

Die Ursachen dafür sind in der unterschiedlichen gesetzlichen Normierung des Sozialhilfrechts zu sehen. Denn in Tirol bestand bis zur Einführung des Grundsicherungsgesetzes im Jahr 2006 kein Rechtsanspruch auf Sozialhilfe im Rahmen der Hilfe für alte und pflegebedürftige Personen¹²⁰⁹, § 5 Abs 12 T-SHG aF.

Mit Einführung des Grundsicherungsgesetzes und der Grundsicherungsverordnung zum 1.3.2006 haben sich auch in Tirol Veränderungen ergeben. Deshalb gehe ich davon aus, dass in Zukunft die Fälle, in denen eine direkte Inanspruchnahme erfolgt, auch in Österreich abnehmen oder ganz wegfallen werden.

11. Sozialhilferechtliche Besonderheiten

Die größten Unterschiede ergeben sich im Zusammenhang mit dem Forderungsübergang auf den Träger der Sozialhilfe. Während in Deutschland eine bundeseinheitliche Regelung den Regress des Sozialhilfeträgers regelt und sich die Kinder somit in allen Bundesländern den Forderungen gleichermaßen ausgesetzt sehen, fehlt es in Österreich an einer gemeinsamen Regelung.

In Salzburg, der Steiermark, Vorarlberg, Wien und Oberösterreich sind unterhaltspflichtige Kinder von der sozialhilferechtlichen Ersatzpflicht ausgenommen. Dagegen haben die anderen Bundesländer in ihren Sozialhilfegesetzen einen Ersatzanspruch normiert.

Ein weiterer Unterschied besteht in der gerichtlichen Geltendmachung der Regressansprüche. Während in Deutschland aufgrund des Rechtscharakters des zivilrechtlichen Anspruchs, der sich durch den Übergang weder in Form, Inhalt und Gestalt ändert, die Zivilgerichte zuständig sind, § 94 Abs 4 SGB XII, wird der sozialhilferechtliche Ersatzanspruch in

¹²⁰⁹ Siehe zu der Rechtslage bis 2006, *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter 215.

Österreich je nach bundesrechtlicher Vorschrift auf dem Verwaltungsrechtsweg oder vor den Zivilgerichten geltend gemacht.¹²¹⁰

¹²¹⁰ Ersatzansprüche nach §§ 47 und 48 K-MSG sind beispielsweise im Zivilrechtsweg geltend zu machen, § 49 Abs 5 K-MSG; dagegen ist im Burgenland der Verwaltungsrechtsweg zu beschreiten, siehe oben 2. Kap 8.7.

4. Kapitel –

Rechtsethische Überlegungen zum Aszendentenunterhalt

„... die Vorfahren nicht darben zu lassen, entspricht einer zum Recht verfestigten Minimal-ethik“.¹²¹¹

Dem ist in vollem Umfang zuzustimmen.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Erfüllung der Minimaethik den im heutigen Umfang bestehenden Unterhaltsanspruch nach § 1601 BGB und § 143 ABGB erforderlich macht, oder ob unsere auf Solidarität zwischen den Generationen beruhenden Alterssicherungssysteme dafür verantwortlich sind.

Durch die gestiegene Lebenserwartung der Menschen und die sterbevermeidende Wirkung der modernen Medizin ist es zu einem enormen Anstieg der Pflegefälle in unserer heutigen Gesellschaft und damit auch zu einer zunehmenden Bedeutung des Aszendentenunterhalts gekommen.¹²¹² Da sich die mittlere Generation in Folge dieser Entwicklung sowohl Unterhaltsansprüchen ihrer Kinder als auch denen der Eltern ausgesetzt sehen und darüber hinaus durch die Sozialversicherungsbeiträge belastet sind, wird zunehmend Kritik¹²¹³ an dem Rechtsinstitut des Aszendentenunterhalts laut, und die Frage nach einer rechtsethischen Rechtfertigung drängt sich auf. Insbesondere muss in diesem Zusammenhang gesehen werden, dass die gerichtliche Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gegenüber den Kindern fast ausschließlich durch den Träger der Sozialhilfe aus übergegangenem Recht erfolgt.¹²¹⁴

Deshalb soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob das Institut des Aszendentenunterhalts weiter bestehen, es gänzlich abgeschafft werden oder zumindest reformiert werden sollte.

¹²¹¹ Lüderitz/Dethloff, Familienrecht²⁸ (2007) § 11 Rz 2; dagegen ist die Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern ein „Naturrecht“.

¹²¹² Hauß, Elternunterhalt² Rz 3.

¹²¹³ Schwenzler, Verwandtenunterhalt und soziodemographische Entwicklung, FamRZ 1989, 685 (687); Schwenzler, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln? Gutachten A zum 59. DJT I (1992), A 41ff; Landfermann, Der Kreis der Unterhaltspflichtigen Personen im europäischen Familien- und Sozialhilferecht, RabelsZ 35, 505 (520ff); Hauß, Elternunterhalt² Rz 5–11; Kohleiss, Sozialrecht und Unterhaltsrecht, FamRZ 1991, 8 (13); Fuchs, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten? JZ 2002, 785 (792); Appelt, Elternunterhalt 119ff; Brudermüller, Solidarität und Subsidiarität im Verwandtenunterhalt, FamRZ 1996, 129; Richter, Rechtspolitische Erwägungen zur Reform des Unterhaltsrechts nach §§ 1601 ff. BGB, FamRZ 1996, 1245 (1248); Menter, Der Elternunterhalt, FamRZ 1997, 919 (922f).

¹²¹⁴ In Deutschland ist mir kein Fall bekannt, in dem Eltern ihre Kinder direkt auf Unterhalt verklagt haben. In Österreich gibt es einige wenige Urteile, die aber ihre Ursachen höchstwahrscheinlich in den sozialhilferechtlichen Bestimmungen der jeweiligen Bundesländer hatten, siehe hierzu 3. Kap 10.

1. Geschichtliche Hintergründe des Aszendentenunterhalts

Um diese Frage beantworten zu können, ist es hilfreich, sich anzuschauen, welche historischen Grundlagen es für den heutigen Aszendentenunterhalt gibt.

Der Aszendentenunterhalt als Form des Verwandtenunterhalts ist ein Grundsatz, der in Kontinentaleuropa aus dem Römischen Recht des zweiten Jahrhunderts nach Christus¹²¹⁵ stammt:

„Filiū locupletes parentes egentes tenetur alere et contra“ – Vermögende Kinder sind verpflichtet, ihre Eltern zu unterhalten und umgekehrt.¹²¹⁶

Die Wurzeln des Elternunterhalts gehen auf die rurale Gesellschaft zurück, die ohne spezifische Altersversorgungs- und Alterssicherungssysteme auf den solidarischen Verbund der Generationen sowohl gegen die Vorfahren als auch gegen die Nachkommen setzte.¹²¹⁷

Auch in späteren Kodifikationen, in der modernen Naturrechtslehre und in weiteren Werken zum deutschen Privatrecht findet sich der Anspruch der Vorfahren auf Unterhalt immer wieder.

Hugo Crocius als Begründer der modernen Naturrechtslehre, aber auch andere Gelehrte stimmten dieser Unterhaltsverpflichtung zu¹²¹⁸ und auch im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 heißt es in Teil 2 § 251:

„Auch nach aufgehobener väterlicher Gewalt sind Kinder und Aeltern einander wechselseitig zu unterstützen, und eins das andere, wenn es sich selbst nicht ernähren kann, mit Unterhalt zu versehen schuldig“.¹²¹⁹

Als das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch zum 1.1.1812 in Österreich in Kraft trat, so normierte es damals in § 154 ABGB:

„Der auf Erziehung der Kinder gemachte Aufwand gibt der Aeltern keinen Anspruch auf das von den Kindern nachher erworbene Vermögen. Verfallen aber die Aeltern in Dürftigkeit, so sind ihre Kinder si anständig zu unterhalten verbunden.“

¹²¹⁵ *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht⁴ (1987) 413.

¹²¹⁶ *Laubach*, Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht (2004) 31.

¹²¹⁷ *Krause*, Die gegenseitigen Unterhaltsansprüche zwischen Eltern und Kindern in der deutschen Privatrechtsgeschichte (1982) 17f; *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 1.

¹²¹⁸ *Krause*, Unterhaltsansprüche 17f.

¹²¹⁹ Siehe eine weiterführende Darstellung bei *Appelt*, Elternunterhalt 2ff und *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 1.

Durch die Familienrechtreform 1979 wurde der in seiner heutigen Fassung geltende § 143 ABGB eingeführt.

Auch in Deutschland wurde bereits mit Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches zum 1.1.1900 die gegenseitige Unterhaltspflicht in den §§ 1601ff BGB normiert.

Obwohl der Aszendentenunterhalt also schon viele Jahrhunderte geltendes Recht ist, begann die rechtspolitische und rechtsethische Diskussion erst in den vergangenen Jahrzehnten. Bis 1980 wurde der Verwandtenunterhalt in einer rechtspolitischen Diskussion nur sehr selten in Frage gestellt.¹²²⁰ Deshalb möchte ich im Folgenden den Ursachen für den aktuellen Diskurs nachgehen.

2. Ursachen für die heutige rechtspolitische Diskussion

Dass die Kinder ihre Eltern im Alter zu versorgen haben, war viele Jahrhunderte gelebte Realität. Jedoch fanden gesellschaftliche Veränderungen statt, die sich auch auf den Familienverband auswirkten.

2.1. Industrialisierung

Mit der zunehmenden Industrialisierung und der damit einhergehenden Arbeitsteilung in der Gesellschaft traten die Schwächen der Alterssicherung durch die eigenen Kinder zutage, weshalb in den Industriestaaten solidarisch getragene Alterssicherungssysteme eingeführt wurden.¹²²¹ Der Gesetzgeber unterließ es jedoch, sowohl in Deutschland als auch in Österreich, den gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Vorfahren gegenüber ihren Nachkommen im Zuge dieser Entwicklung abzuschaffen bzw zu modifizieren.¹²²²

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Alterssicherung der Landwirte die zuletzt eingeführte ist, da in der Landwirtschaft mithilfe des Rechtsinstituts des Altenteils bei einer vor dem Tode erfolgten Hofübergabe die Alterssicherung gewahrt wurde und auch heute teilweise noch gewahrt wird.¹²²³

¹²²⁰ *Richter*, FamRZ 1996, 1245.

¹²²¹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 2.

¹²²² *Kohleiss*, FamRZ 1991, 8 (12).

¹²²³ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 2.

2.2. Soziologische und demografische Hintergründe

2.2.1. Hohe Lebenserwartung

Die durchschnittliche Lebenserwartung hat sich in den vergangenen hundert Jahren mehr als verdoppelt. Sie beträgt heute sowohl in Österreich als auch in Deutschland bei Frauen 82 Jahre und bei Männern 76 Jahre.¹²²⁴ Vor gut hundert Jahren wurden Männer im Durchschnitt 37 und Frauen 43 Jahre alt.¹²²⁵

Als Konsequenz aus der stetig steigenden Lebenserwartung müssen immer weniger Erwerbstätige für den Unterhalt immer mehr alter Menschen aufkommen.

Obwohl sich daraus primär ein Problem der Rentenfinanzierung ergibt, steigt mit zunehmendem Alter auch das Pflegefallrisiko, wobei die Pflegekosten vorhandene Renteneinkünfte der Pflegebedürftigen häufig um ein Vielfaches übersteigen.¹²²⁶ Damit wächst wiederum die Wahrscheinlichkeit der individuellen Inanspruchnahme der unterhaltspflichtigen Kinder. *Schwab* formuliert zutreffend, dass die stetige Steigerung des Durchschnittsalters durch die moderne Medizin das Pflegefallrisiko zu einem gesellschaftlichen Problem ersten Ranges macht.¹²²⁷

2.2.2. Geänderte Familienstrukturen

Die Familienstrukturen haben sich im vergangenen Jahrhundert sehr stark verändert. Die patriarchalische Familie mit dem *pater familiae* als Oberhaupt und alleinigem Entscheidungsberechtigten wurde früher durch den Familienvater nach innen regiert und nach außen repräsentiert.¹²²⁸

Durch die Einführung der Gleichberechtigung der Geschlechter und eigener Rechte von Kindern¹²²⁹ sowie durch geänderte moralische Vorstellungen, aber auch den medizinischen Fortschritt bezüglich der Verhütungsmittel, haben sich neue Familienstrukturen jenseits der Ehe mit mehreren Kindern entwickelt. Die Veränderungen, die den größten Einfluss auf den Aszendentenunterhalt ausüben, werde ich im Folgenden kurz darstellen.

¹²²⁴ <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/sites/destatis/DE/Navigation/Statistiken/Bevoelkerung/GeburtenSterbefaelle/GeburtenSterbefaelle.psmi>; http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/demografische_masszahlen/sterbetaefeln/index.html.

¹²²⁵ *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 (687).

¹²²⁶ *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 (687).

¹²²⁷ *Schwab*, Das deutsche Recht, in *Schwab/Henrich* (Hrsg), Familiäre Solidarität – Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich V (1997) 39 (51).

¹²²⁸ *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (130).

¹²²⁹ Siehe hierzu *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (130), der jedoch an dieser Verrechtlichung auch teilweise Kritik übt.

2.2.2.1. Geburtenrückgang

Seit Mitte der sechziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts sind die Geburtenzahlen rückläufig. So betrug die durchschnittliche Geburtenziffer 1960 noch 2,37 Kinder je Frau und im Jahr 2000 nur noch 1,36 Kinder pro Frau.¹²³⁰ Gleiches gilt für Österreich. Lag die statistische Geburtenziffer 1963 noch bei 2,8 Kindern pro Frau, so sank sie bis zum Jahr 2007 auf 1,4 Kinder.¹²³¹

Da die Geschwister beim Elternunterhalt anteilig haften, ist der zu gewährende Unterhalt eines Kindes mit mehreren Geschwistern in der Regel geringer, wogegen ein Einzelkind bis zur Grenze seiner Leistungsfähigkeit für den gesamten Bedarf allein aufzukommen hat. Des Weiteren nimmt damit die Zahl potentiell pflichtiger Unterhaltsschuldner ab und die öffentliche Hand wird in höherem Maße belastet. Kinderlose, die mittlerweile ein Drittel ihres Jahrganges umfassen, werden im Falle der Bedürftigkeit in vollem Umfang durch öffentliche Leistungen unterstützt, ohne dass der Sozialhilfeträger Regress nehmen kann.

2.2.2.2. Geänderte Verhältnisse bei der Alters- und Pflegeversorgung

Einerseits haben sich die Verhältnisse bei der Versorgung und Pflege älterer Familienangehöriger geändert, weil immer mehr Frauen, denen traditionell diese Aufgabe zugedacht war und die auch von ihnen übernommen wurde, selbst einer Erwerbstätigkeit nachgehen.¹²³² Damit entfällt ihre Arbeitskraft, die sie bisher für die Pflege und Betreuung älterer Menschen unentgeltlich zur Verfügung gestellt haben. Eine Pflege außerhalb des Familienverbandes wird damit immer häufiger notwendig.

Andererseits hat sich auch der gesellschaftliche Anspruch auf eine die Menschenwürde achtende Alters- und Pflegeversorgung geändert, womit aber enorm gestiegene Kosten verbunden sind.¹²³³

2.2.2.3. Stetiger Anstieg der Scheidungsrate

Auch das stetige Anwachsen der Scheidungsrate und das Sinken der Wiederverheiratsquote dürften zu einem Ansteigen der privatrechtlichen Unterhaltsfälle führen.¹²³⁴ Denn somit entfällt der vorrangig haftende Ehegatte. Und obwohl auch der geschiedene Ehepartner in der Rangfolge vor den Nachkommen haftet, ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass nur

¹²³⁰ Engstler/Menning, Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik (2003) 71.

¹²³¹ www.statistik.at/web_2/statistiken/bevoelkerung/geburten/index.html.

¹²³² Hauß, Elternunterhalt² Rz 3.

¹²³³ Hauß, Elternunterhalt² Rz 3.

¹²³⁴ Schwenzler, FamRZ 1989, 685 (687).

ein geringer Teil von Frauen überhaupt Unterhalt von ihrem geschiedenen Ehegatten erhält, sei es aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit oder wegen des Unterhaltsverzichts.¹²³⁵

2.2.2.4. Steigende Zahl Alleinerziehender

Die Zahl der Alleinerziehenden ist in dem Zeitraum zwischen 1975 bis zum Jahr 2000 in Deutschland nahezu um 50 % auf 1,77 Millionen gestiegen.¹²³⁶ Diese Bevölkerungsgruppe ist in der Regel besonders einkommensschwach, weil sie Kindererziehung und Erwerbstätigkeit miteinander vereinbaren muss.¹²³⁷ Deshalb werden die Alleinerziehenden auch im Alter häufiger nicht in der Lage sein, ihren Lebensbedarf selbst zu finanzieren und somit kommt es zwangsläufig zu einem Ansteigen der Fälle von bedürftigen Vorfahren.

2.2.2.5. Steigende Zahl unverheiratet zusammenlebender Paare mit Kindern

Auch die Zahl der nicht miteinander verheiratet zusammenlebender Paare mit Kindern hat sich deutlich erhöht. Betrug die Zahl der unter 15-jährigen Kinder, die mit nicht verheirateten Eltern zusammenlebten, in Österreich 1971 noch 23.126, so stieg sie bis zum Jahr 2001 um ein mehr als ein vierfaches auf 99.631.¹²³⁸

Diese Entwicklung deutet darauf hin, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zusammenhang mit der Elternschaft eine gesellschaftlich akzeptierte Lebensform geworden ist und ihre Zahl weiter steigen wird.¹²³⁹

Die Auswirkungen auf den Elternunterhalt sind dergestalt, dass mehr Kinder in Anspruch genommen werden können, weil es keinen vorrangig haftenden Ehegatten und keine Hinterbliebenenrente gibt.

¹²³⁵ Die Quote der unterhaltsempfangenden geschiedenen Frauen liegt in Deutschland ungefähr bei 17 %. Bei geschiedenen Männern betrug die Prozentzahl dagegen nur 0,06. Siehe hierzu *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung: Familienrecht im Wandel (1987) 94f mwN.

¹²³⁶ *Engstler/Mennig*, Familie 39f.

¹²³⁷ *Martiny*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten? Gutachten A zum 64. DJT I (2002), A 17; *Münder*, Die Bedeutung des Verwandtenunterhalts für die Familie, in *Posser/Wassermann* (Hrsg), Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung (1981) 141.

¹²³⁸ Statistik Austria, Volkszählungen 1981 bis 2001, Erstellt am 15.5.2007, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/haushalte_familien_lebensformen/familien/023084.html (10.4.2009).

¹²³⁹ *Martiny*, Gutachten A zum 64. DJT I, A 17.

2.2.2.6. Mehr Kinderlose

Der Anteil der kinderlosen Menschen steigt ebenfalls. Im Jahr 1999 betrug der Anteil derjenigen Frauen, die Zeit ihres Lebens kinderlos bleiben, bereits 25 %.¹²⁴⁰

Als Folge dieser Entwicklung wird das Bedürfnis nach noch mehr sozialrechtlicher Absicherung steigen, da bei den kinderlosen Menschen keine familiäre Unterstützung im Alter zu erwarten ist.

2.3. Wirtschaftliche Hintergründe

2.3.1. Leere öffentliche Kassen

Die öffentlichen Kassen leiden besonders unter den bereits dargestellten Entwicklungen, da immer weniger Erwerbstätige immer mehr nicht oder nicht mehr im Berufsleben stehende Menschen finanzieren müssen.¹²⁴¹ Die Sozialkassen sind überstrapaziert und leer¹²⁴² und die Leistungsfähigkeit des Sozialstaates stößt an ihre Grenzen.¹²⁴³

Deshalb gewinnt der Aszendentenunterhalt immer mehr an Bedeutung. Denn der Unterhalt, der im Wege des Regresses gefordert werden kann, spart zweifelsohne öffentliche Sozialhilfe.¹²⁴⁴

Immerhin beliefen sich beispielsweise in Deutschland die Rückforderungen der Sozialhilfeträger gegen unterhaltspflichtige Kinder 1999 auf 75,375 Millionen DM und im Jahr 1998 auf 83,857 Millionen DM.¹²⁴⁵

Im Vergleich zu früheren Jahren zeigt sich, dass die Sozialhilfeträger die Regressforderungen wesentlich konsequenter und professioneller bearbeiten, um die öffentlichen Kassen zu entlasten.¹²⁴⁶ Damit liegen fiskalische Gründe vor, die in Zukunft eine sich weiter ausdehnende Inanspruchnahme der Kinder in Deutschland erwarten lassen. Jedoch sind auch die öffentlichen Kassen in Österreich sehr belastet und das Budgetvolumen ist beispielsweise in der Steiermark ab 2011 stark reduziert.¹²⁴⁷

¹²⁴⁰ *Nave-Herz*, Familie 2000, FF 2000, 40 (41).

¹²⁴¹ *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 (687).

¹²⁴² *Klinkhammer* in Anm zu BVerfG 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1055 (1056).

¹²⁴³ *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und im Sozialrecht, NJW 2002, 2201 (2202).

¹²⁴⁴ *Appelt*, Elternunterhalt 207.

¹²⁴⁵ *Hoch/Lüscher*, Familie im Recht (2002) 156f.

¹²⁴⁶ *Brudermüller*, Elternunterhalt und Generationensolidarität, in FS Henrich (2000) 34 FN 37.

¹²⁴⁷ *Georg Fuchs*, KPÖ Steiermark, auf Anfrage zur Abschaffung der Ersatzpflicht des Trägers der Sozialhilfe in der Steiermark vom 7.1.2009.

Ferrari verweist darauf, dass auch in Österreich die öffentlich-rechtlichen Leistungen zu Lasten der Familie eingeschränkt werden, wenn die Finanzlage des Staates schwächer wird.¹²⁴⁸

2.3.2. Geringerer Verdienst von berufstätigen Frauen

Berufstätige Frauen verdienen in Deutschland und in Österreich deutlich weniger als Männer. So liegt ihr Einkommen 22 %¹²⁴⁹ unter dem ihrer männlichen Kollegen bei gleicher Ausbildung, gleichem Alter, gleichem Beruf und an der gleichen Arbeitsstelle.¹²⁵⁰ Die Folge davon ist, dass sie auch geringere Anwartschaften auf eine Altersversorgung erlangen und somit eine höhere Gefahr besteht, dass sie im Alter ihren Bedarf nicht vollständig selbst decken können.

2.4. Gesellschaftspolitische Gründe, insbesondere die unzureichende Anerkennung von Familienarbeit und schlechtere Berufschancen für Frauen während und nach der Kindererziehung

Die Bedürftigkeit vor allem (geschiedener) Frauen beruht letztendlich auf gesamtgesellschaftlichen Gründen, insbesondere der unzureichenden Anerkennung von Familienarbeit und den oft nur geringen Chancen zur (Wieder-)Eingliederung in das Erwerbsleben.¹²⁵¹

Von Münch formuliert deshalb treffend:

„Armut ist weiblich, kinderreich und alt“, denn vor allem alte Frauen mit Kindern hatten in ihrem Leben bisher nicht die Möglichkeit, eine ausreichende Altersrente für sich selbst zu erwerben, da Kinderbetreuung bis heute nur in unzureichendem Ausmaß als rentenanspruchs begründend anerkannt wird.¹²⁵²

Diese Erkenntnis deckt sich auch mit den statistischen Erhebungen, da vor allem die Gruppe der geschiedenen Frauen, nämlich 85 %, im Alter nicht in der Lage ist, sich selbst zu erhalten.¹²⁵³

¹²⁴⁸ *Ferrari*, Unterhaltspflichten zwischen erwachsenen Personen im österreichischen Recht, in *Schwab/Henrich* (Hrsg), Familiäre Solidarität 149 (162).

¹²⁴⁹ Statistik Austria, Allgemeiner Einkommensbericht 2008, Erstellt am 29.12.2008 http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/personen-einkommen/jaehrliche_personen_einkommen/033265.html; Statistisches Bundesamt Deutschland <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Naviga-tion/Statistiken/VerdiensteArbeitskosten/VerdiensteArbeitskosten.psml>.

¹²⁵⁰ Sog „gender pay gap“.

¹²⁵¹ *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 (689).

¹²⁵² *Münch*, Reform des Verwandtenunterhalts – eine rechtspolitische Notwendigkeit oder übereilte Aufgabe der Familiensolidarität? FuR 1993, 335.

¹²⁵³ *Schwenzer*, Gutachten A zum 59. DJT I, A 44.

3. Rechtsethische Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts

Nachdem deutlich geworden ist, welche Ursachen die zunehmende Inanspruchnahme der Nachkommen auf Leistung des Aszendentenunterhalts hat, stellt sich die Frage, ob es für dieses Rechtsinstitut in unserer heutigen Gesellschaft überhaupt eine rechtsethische Rechtfertigung gibt.

Hintergrund der aktuellen rechtsethischen und rechtspolitischen Diskussion über die Berechtigung des Aszendentenunterhalts ist einerseits die Tatsache, dass die gesetzlich normierte sowie klag- und vollstreckbare Unterhaltsverpflichtung zu einer Beschneidung der finanziellen Ressourcen des unterhaltspflichtigen Kindes und damit zu einem Verlust an Lebensqualität führt.¹²⁵⁴ *Schwab* führt zutreffend weiter aus, dass die Unterhaltsverpflichtung eine Freiheitsbeschränkung ist, dh sie mindert die Möglichkeiten, das Leben nach eigenen Wünschen zu gestalten, Lebenschancen wahrzunehmen und schränkt die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit ein.¹²⁵⁵

Jede Beschränkung der persönlichen Freiheit bedarf in unserem Rechtssystem einer Rechtfertigung¹²⁵⁶, weshalb in der Lehre ein reger Diskurs über die Rechtfertigung der Unterhaltspflicht von Nachkommen herrscht.

Ausgangspunkt der Diskussion stellt der in Kontinentaleuropa und somit auch in Deutschland und Österreich geltende, dem Rechtssystem immanente Grundsatz dar, nach dem ein jeder nur dann haftet, wenn ihn eine gewisse Verantwortlichkeit trifft.¹²⁵⁷ Diese Verantwortlichkeit kann aus einer unmittelbaren Handlung, einer Gefahrbegründung oder einem besonderen rechtlichen Verhältnis zum Haftungsgegenstand resultieren.¹²⁵⁸

Die Rechtfertigung für eine Unterhaltspflicht der Nachkommen für die Vorfahren ist deshalb nicht leicht zu finden, weshalb die Lehre schon seit jeher unterschiedliche Erklärungsansätze dazu liefert.

¹²⁵⁴ *Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521 (522).

¹²⁵⁵ *Schwab*, FamRZ 1997, 521 (522); so auch *Willutzki*, Thesen zur Neuregelung des Unterhaltsrechts unter Verwandten, in *Posser/Wassermann*, Rechtsordnung 165.

¹²⁵⁶ *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre¹⁵ (2007) 264f; *Schwab*, FamRZ 1997, 521 (522).

¹²⁵⁷ *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (132); *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 5.

¹²⁵⁸ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 5.

3.1. Historische rechtsethische Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts

Hugo Crocius als Begründer der modernen Naturrechtslehre argumentiert mit einem im Tierreich wiederzufindenden Verhalten der Kinder zu ihren Eltern.¹²⁵⁹ Dagegen unterstellt *Pufendorf* den Kindern eine Zustimmung zur Entstehung der elterlichen Gewalt und den für sie aus der Verwandtschaft entstehenden Pflichten, wenn sie zu einer vernunftbegleiteten Äußerung in der Lage wären.¹²⁶⁰ Somit erkennt er eine vertragsähnliche Grundlage an. Einer ähnlichen Begründung bedient sich *Christian Wolff*, der zwar mangels einer Willenserklärung des Kindes das Zustandekommen eines Vertrages ablehnt, diesen jedoch auf dem Wege einer vermuteten Zustimmung entstehen lässt: Denn die Kinder seien es ihren Eltern schuldig, sie zu achten und ihnen bei jeder sich bietenden Gelegenheit ihre Dankbarkeit zu zeigen, und sie dann zu versorgen, wenn sie in Not geraten.¹²⁶¹ Dem zugeneigt zeigt sich *Karl Anton von Martini*, der das angeborene Recht des Kindes auf alle Lebensbedürfnisse aus zwei Grundlagen ableitet: einerseits fordere die Stimme der Natur und damit Gottes Stimme die Eltern zur gemeinschaftlichen Erziehung auf und andererseits bestehe diese Verpflichtung aufgrund des Ehevertrages und des Zweckes der Ehe.¹²⁶² Umgekehrt schulden die Kinder ihren Eltern lebenslang Ehrfurcht und Dankbarkeit und müssen sie im Notfall durch Arbeit unterstützen.¹²⁶³

Thomasius wiederum stellt auf einer aus Dankbarkeit und Ehrerbietung resultierenden Gegenleistung für den empfangenen Unterhalt und die genossene Erziehung ab.¹²⁶⁴

Ähnlich sieht auch *Gottfried Wilhelm Leibnitz* die Hilfe der Kinder für die Eltern als eine aus der Dankbarkeit rührenden Pflicht, die aus der natürlichen Aufgabe zur Erhaltung der Gemeinschaft notwendig ist.¹²⁶⁵

Kant erachtet in seiner späten Naturrechtslehre das Anrecht des Kindes auf Versorgung als ursprünglich angeboren. Sind die Kinder dann imstande sich selbst zu erhalten, so obliegt ihnen die „Tugendpflicht“ der Dankbarkeit gegenüber den Eltern.¹²⁶⁶ Daran anschließend

¹²⁵⁹ *Krause*, Unterhaltsansprüche 131; dagegen *Diederichsen*, Unterhaltsgerechtigkeit, FuR 2002, 289, der gerade darauf verweist, dass es im Tierreich keine andere Spezies gibt, wo die Kinder die Eltern versorgen. Vielmehr sei mit Erreichen der eigenen Selbständigkeit der Tiere die Verbindung zu den Eltern beendet.

¹²⁶⁰ *Krause*, Unterhaltsansprüche 133.

¹²⁶¹ *Koch*, Unterhaltspflichten in rechtshistorischer Sicht, in *Schwab/Henrich* (Hrsg), Familiäre Solidarität 9 (19).

¹²⁶² *Martini*, Lehrbegriff des Naturrechts (1970) §§ 724–726, 744.

¹²⁶³ *Martini*, Naturrecht §§ 734, 737.

¹²⁶⁴ *Krause*, Unterhaltsansprüche 136.

¹²⁶⁵ *Krause*, Unterhaltsansprüche 134.

¹²⁶⁶ *Krause*, Unterhaltsansprüche 141.

verlangt *Svarez*, der maßgeblich an der Entstehung einer Kodifikation in Preußen beteiligt war, dass Kinder ihre Eltern ernähren und pflegen müssen, wenn diese in Armut geraten.¹²⁶⁷

3.2. Aktuelle rechtsethische und rechtspolitische Diskussion der Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts

In der aktuellen rechtspolitischen und rechtsethischen Diskussion werden diese Argumente zum Teil aufgegriffen, aber auch kritisiert und widerlegt. Darüber hinaus werden auch neue Begründungen, wie beispielsweise die Familiensolidarität¹²⁶⁸, erwogen. Im Folgenden möchte ich die einzelnen Argumente für eine Beibehaltung, Abschaffung und Reformierung des Aszendentenunterhalts unter rechtsethischen und rechtspolitischen sowie wirtschaftlichen Gesichtspunkten darstellen.

3.2.1. Handlungsverantwortlichkeit

Die Inanspruchnahme des Kindes auf Elternunterhalt kann nicht unter dem Gesichtspunkt der eigenen Handlungsverantwortlichkeit erfolgen.¹²⁶⁹ Denn im Gegensatz zu den Eltern, die durch das Zeugen und Gebären des Kindes eine bewusste und verantwortliche Handlung¹²⁷⁰ setzen, wird die Unterhaltsverpflichtung des Kindes durch seine Geburt ausgelöst. Das Kind setzt somit keine eigene Ursache, sondern es wird ungefragt in die Welt gesetzt und die Geburt löst seine potentielle Unterhaltspflicht aus.¹²⁷¹

Damit unterscheidet sich der Aszendentenunterhalt von allen anderen, dem BGB und ABGB bekannten Leistungsansprüchen, abgesehen vom Pflichtteilsrecht, denn auch beim Ehegattenunterhalt wird durch die bewusste Entscheidung für das Rechtsinstitut der Ehe die Unterhaltsverpflichtung ausgelöst. Der Aszendentenunterhalt ist ein Leistungsanspruch, der sich unabhängig von jeder Handlung des Verpflichteten gestaltet, sei sie willentlich oder nicht willentlich.¹²⁷² Genau diese Tatsache lässt das Gerechtigkeitsgefühl im Zusammenhang mit dem Aszendentenunterhalt „prompt und mit starkem Ausschlag“ reagieren.¹²⁷³ Da die Handlungsverantwortlichkeit demzufolge lediglich für den Deszendentenunterhalt

¹²⁶⁷ *Svarez*, Vorträge über Recht und Staat X (1960) 331.

¹²⁶⁸ *Brudermüller* in FS Henrich 39.

¹²⁶⁹ *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (132).

¹²⁷⁰ Dies gilt in unseren Rechtssystemen mehr denn je, da vielfältige Möglichkeiten der Verhütung und auch ein Recht auf eine Schwangerschaftsunterbrechung besteht.

¹²⁷¹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 5.

¹²⁷² *Appelt*, Elternunterhalt 154.

¹²⁷³ *Diederichsen*, FuR 2002, 289, der das Empfinden von Ethik und Gerechtigkeit besonderes im Zusammenhang mit dem Elternunterhalt in Frage stellt, indem er darauf hinweist, dass in Afrika einige Eingeborenensämme ihre gebrechlichen Eltern abends in die Savanne bringen und sie sich dann selbst überlassen.

begründend wirkt, muss für den Elternunterhalt eine andere Rechtfertigung gefunden werden, denn die „normative Richtigkeit, das heißt die Rechtfertigung des Geltungsanspruchs“ einer gesetzlichen Norm bestimmt sich nach der Ethik¹²⁷⁴, sie gehört – wie *Kant* sich ausdrückte – der praktischen, sittlich gesetzgebenden, nicht der theoretischen oder erkennbaren Vernunft an.¹²⁷⁵ Die Richtigkeit einer rechtlichen Regelung bestimmt sich deshalb in erster Linie danach, ob der normative Geltungsanspruch „innerlich begründet“ bzw sachlich gerechtfertigt ist.¹²⁷⁶

3.2.2. Dankbarkeitshaftung

Eine Dankbarkeitshaftung, wie sie bereits *Christian Wolff*, *Gottfried Wilhelm Leibnitz* und *Kant* als rechtsethische Grundlage heranzogen, ist abzulehnen, denn wie *Georg Simmel* treffend formulierte, ist Dankbarkeit eine außerrechtliche Kategorie, die eine Ergänzung der rechtlichen Ordnung vollbringt; und gleichsam ist sie das moralische Gedächtnis der Menschheit.¹²⁷⁷

Dankbarkeit ist demzufolge eine moralische Kategorie, die erklären vermag, warum Kinder ihre Eltern freiwillig unterstützen, jedoch können keine erzwingbaren Rechtsansprüche durch sie begründet werden.¹²⁷⁸

3.2.3. Prinzip des gegenseitigen Achtens

Das Grundprinzip des gegenseitigen Achtens, welchem im Familienrecht eine besondere Bedeutung zukommt, da schon kulturell-christlich das biblische Gebot „Du sollst Vater und Mutter ehren¹²⁷⁹“ niedergeschrieben war, könnte als Rechtfertigung des Elternunterhalts herangezogen werden. Nach diesem Prinzip regelt nicht die Macht des Stärkeren die Beziehung zwischen Menschen, sondern die von ihnen als verbindlich betrachtete wechselseitige Anerkennung; erst wenn die gegenseitige Achtung nicht mehr selbstverständlich ist, bedarf es einer Rechtsordnung, die sie dekretiert.¹²⁸⁰

¹²⁷⁴ *Larenz*, Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik (1979) 13.

¹²⁷⁵ *Diederichsen*, „Richtiges“ Familienrecht, in FS *Larenz* (1983) 127 (136).

¹²⁷⁶ *Larenz*, Richtiges Recht 12.

¹²⁷⁷ *Simmel*, Dankbarkeit – Ein soziologischer Versuch, *Morgen*. Wochenschrift für deutsche Kultur 1907, 593.

¹²⁷⁸ *Appelt*, Elternunterhalt 157; *Puls*, 127.

¹²⁷⁹ Die Bibel nach der Übersetzung *Martin Luthers*, Revidierte Fassung von 1984 (1998) 2. Mose 20,12.

¹²⁸⁰ *Diederichsen* in FS *Larenz* 127 (145).

Das Prinzip des gegenseitigen Achtens ist jedoch unscharf und kein eigener Rechtfertigungsgrund.¹²⁸¹ Vielmehr handelt es sich dabei um ein das Rechtssystem durchdringendes Grundprinzip, welches die Basis für andere rechtsethische Prinzipien darstellt.¹²⁸²

3.2.4. Rechtfertigungen aus gemeinschaftlicher Teilhabe

Das Prinzip der Teilhabe begründet ein unentziehbares Recht auf Teilhabe jedes Mitgliedes einer Gemeinschaft an den gemeinsamen Angelegenheiten, sowie an deren Erträgen.¹²⁸³

Alle Rechtfertigungen, die aus gemeinschaftlicher Teilhabe entstehen, können in unserem heutigen System nicht mehr zur Begründung des Aszendentenunterhaltes herangezogen werden, da diese auf eine wirtschaftliche Gemeinschaft abstellen.¹²⁸⁴ Entgegen der Struktur früherer Gemeinschaften einer Großfamilie entfällt mit dem Erreichen der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Kinder und ihrem Auszug aus dem Elternhaus die wirtschaftliche Gemeinschaft, die einen solchen Anspruch der Eltern rechtfertigen könnte.¹²⁸⁵ Die Auflösung der zusammenlebenden Großfamilie, in der das Prinzip des Vertrauens und der Teilhabe gerechtfertigt wäre, ist durch die moderne Industriegesellschaft beendet worden.

3.2.5. Gegenseitigkeits- und Äquivalenzprinzip zum Kindesunterhalt

Das Familienrecht wird zum großen Teil vom Gegenseitigkeitsprinzip beherrscht, wobei es nicht darauf ankommt, dass die von den Familienmitgliedern wechselseitig erbrachten Leistungen einander äquivalent sind, sondern ausschließlich darauf, dass der andere Teil entsprechend verpflichtet ist.¹²⁸⁶

Dieses Prinzip beruht auf dem bewussten und gewollten Leistungsaustausch.¹²⁸⁷

Der Aszendentenunterhalt kann als zeitlich verschobenes, synallagmatisches Gegenstück zum Kindesunterhalt gesehen werden, welcher von verschiedenen Bedingungen, wie beispielsweise der Bedürftigkeit und der Leistungsfähigkeit, abhängt.¹²⁸⁸

Jedoch fehlt es an der Willentlichkeit, die ein klassisches Gegenseitigkeitsverhältnis bestimmt, denn das Kind wird bei der Zeugung und Geburt nicht gefragt, sondern es handelt

¹²⁸¹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 7.

¹²⁸² *Metz*, Rechtsethische Prinzipien des nahehelichen Unterhalts (2005) 177.

¹²⁸³ Larenz, Richtiges Recht 116.

¹²⁸⁴ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 10.

¹²⁸⁵ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 10.

¹²⁸⁶ *Diederichsen* in FS Larenz 127 (152).

¹²⁸⁷ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 8.

¹²⁸⁸ *Diederichsen* in FS Larenz 127 (152).

sich vielmehr um einen „natürlichen“ Austauschzusammenhang.¹²⁸⁹ Äquivalenzaspekte spielen in diesem Zusammenhang keine Rolle, der Akt der Geburt ist vielmehr entscheidend.

3.2.6. Aus der Verwandtschaft begründete familiäre Solidarität

Als Rechtfertigungsgrund wird vielfach die Verwandtschaft¹²⁹⁰ und die damit einhergehende familiäre Solidarität¹²⁹¹ herangezogen.

Da Solidarität kein feststehender Rechtsbegriff ist, stellt sich an dieser Stelle die Frage, was darunter zu verstehen ist.

Der Gesetzgeber des BGB hat die Familiensolidarität im Unterhaltsrecht mit der Einheit des Blutes und den Banden der Familie sowie einer natürlichen und sittlichen Pflicht begründet.¹²⁹²

*Lipp*¹²⁹³ beschreibt Solidarität unter Verwandten als die in der Wirklichkeit anzutreffenden vielfältigen Formen von Beistand und Unterstützung, die sich Verwandte gegenseitig gewähren. *Henrich*¹²⁹⁴ geht sogar so weit, dass er Solidarität als eine Selbstverständlichkeit in einer Gemeinschaft bezeichnet und daraus schließt, dass eine Gemeinschaft nicht mehr intakt ist, wenn sie nicht mehr gelebt wird, denn Solidarität als ethische Haltung lässt sich seiner Ansicht nach nicht erzwingen.

*Hauß*¹²⁹⁵ bezeichnet Solidarität als ein Gebot gelebter sozialer Strukturen.

Solidarität steht also nicht für ein bestimmtes Rechtsinstitut, sondern berührt als Querschnittsthema viele Rechtsgebiete, in denen es um die Verteilung und den Transfer von Leistungen geht.¹²⁹⁶

In all diesen Definitionen findet sich der eingangs als richtig anzuerkennende Grundgedanke, dass es einer Minimaethik entspricht, die Vorfahren nicht darben zu lassen. Jedoch stellt sich die Frage, ob die Erfüllung der Minimaethik den im heutigen Umfang bestehenden Unterhaltsanspruch der Vorfahren gegen ihre Nachkommen erforderlich macht oder ob unsere auf Solidarität zwischen den Generationen beruhenden Alterssicherungssysteme dafür verantwortlich sind. Gerät also die familiäre Solidarität aus dem Gleichgewicht, wenn die mittlere

¹²⁸⁹ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 8.

¹²⁹⁰ *Martiny*, Gutachten A zum 64. DJT I, A 14f, 21f; *Schwab*, FamRZ 1997, 521 (522f).

¹²⁹¹ So auch *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (132); *Münch*, FuR 1993, 335.

¹²⁹² Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich IV² (1896) 677, 689.

¹²⁹³ *Lipp*, NJW 2002, 2201.

¹²⁹⁴ *Henrich*, Zur Eröffnung des 3. Regensburger Symposiums für Europäisches Familienrecht, in *Schwab/Henrich* (Hrsg), Familiäre Solidarität 1.

¹²⁹⁵ *Hauß*, Elternunterhalt² Rz 10 a.

¹²⁹⁶ *Martiny*, Gutachten A zum 64. DJT I, A 12.

Generation für ihre Kinder Unterhalt zahlt und zusätzliche von ihren Eltern in Form von Sozialversicherungsbeiträgen einerseits und dem privatrechtlichen Unterhaltsanspruch andererseits doppelt in Anspruch genommen wird? Oder kommt es zu einem Ungleichgewicht, wenn den Vorfahren gegen ihre Nachkommen kein Unterhaltsanspruch mehr zusteht?

Um die Antwort zu finden, ist es notwendig, die Belastungen der sog „Sandwichgeneration“ und den Leistungsaustausch zwischen den Generationen näher zu betrachten.

3.2.6.1. Leistungsaustausch zwischen den Generationen und der Generationenvertrag

Heute vollzieht sich der Ausgleich zwischen den drei Generationen in der ersten Phase (Eltern-Kind-Verhältnis) über den Unterhalt und in der zweiten Phase (Kindergeneration – Elterngeneration) über die sozialen Alterssicherungssysteme.¹²⁹⁷ Demnach erhält jeder zweimal Leistungen, nämlich als Kind Unterhalt und als Erwerbsunfähiger eine Rente oder Pension und gewährt zweimal Leistungen, nämlich als Erwerbstätiger Unterhalt für die Kinder und Renten- und Sozialversicherungsbeiträge für die Elterngeneration.¹²⁹⁸

Diese Symmetrie zwischen Geben und Nehmen wird nach Ansicht von *Ruland, Fuchs* und *Münder* gestört, wenn als dritte Leistung noch familiärer Unterhalt an die Eltern zu gewähren ist.¹²⁹⁹ Der betroffene Unterhaltspflichtige muss für die Elterngeneration dann nicht nur einmal, sondern zweimal leisten.¹³⁰⁰

Durch die verschiedenen Alterssicherungssysteme seien außerdem rechtspolitisch die Weichen dahingehend gestellt, dass jeder individuell für seine Alters- und Invaliditätsversorgung selbst verantwortlich ist.¹³⁰¹

Auch *Eberl-Borges/Schüttlöffel* stimmen dem zu, da die junge Generation statt konkreter Hilfe im Alter in der heutigen Zeit ihre Unterstützung in Form von Sozialversicherungs- und Rentenbeiträgen leistet.¹³⁰² Denn unser Rentensystem funktioniert durch ein Umlageverfahren, wonach die Beiträge der Versicherten nicht mehr zu ihren Gunsten der eigenen

¹²⁹⁷ *Eberl-Borges/Schüttlöffel*, Sozialstaat oder Verwandtensolidarität, FamRZ 2006, 589 (593).

¹²⁹⁸ *Ruland*, Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit, Heft 33 (1973) 390.

¹²⁹⁹ *Fuchs*, JZ 2002, 785 (791); *Münder* in *Münder*, LPK-SGB XII⁸ § 94 Rz 3; *Ruland*, Familiärer Unterhalt 390.

¹³⁰⁰ *Ruland*, Familiärer Unterhalt 390.

¹³⁰¹ *Fuchs*, JZ 2002, 785 (791).

¹³⁰² *Eberl-Borges/Schüttlöffel*, FamRZ 2006, 589 (593).

späteren Rente angespart, sondern zur Finanzierung der laufenden Renten wieder ausgegeben werden.¹³⁰³

Die Zahler von heute werden an die Versicherten von morgen verwiesen, womit offensichtlich ist, dass dieses System nur funktioniert, wenn Kinder und damit neue Beitragszahler geboren werden.

3.2.6.2. „Sandwichgeneration“

Die mittlere Generation sieht sich aufgrund der Unterhaltsansprüche ihrer Kinder und denen ihrer Eltern von zwei Seiten in ökonomischer Hinsicht Pressionen ausgesetzt.¹³⁰⁴ Denn durch die längeren Ausbildungszeiten müssen sie häufig sehr lange für den Ausbildungsunterhalt der volljährigen Kinder aufkommen.¹³⁰⁵

Durch die gestiegene Lebenserwartung erhöht sich auch die Wahrscheinlichkeit der Pflegebedürftigkeit und die damit oft einhergehende Inanspruchnahme auf Elternunterhalt.

Dabei droht die mittlere Generation von den aus zwei Richtungen auf sie einwirkenden Unterhaltslasten erdrückt zu werden.¹³⁰⁶ Bildlich ist diese Generation mit dem Belag eines Sandwiches zu vergleichen, welcher beim Hereinbeißen zwischen zwei Brotscheiben zerquetscht zu werden droht.¹³⁰⁷ Selbst wenn die Inanspruchnahme nicht zeitgleich erfolgt, entsteht ein Ungleichgewicht.

Darüber hinaus trifft die mittlere Generation die Unterhaltungspflicht gegenüber ihren Eltern zu einem Zeitpunkt, in dem sie durch die Sozialversicherungsabgaben die Hauptlast der Finanzierung der Elterngeneration tragen.

3.3. Abschaffung, Beibehaltung oder Reformierung des Aszendentenunterhalts

Aufgrund der dargestellten Probleme kommt das Äquivalenzverhältnis bei der Inanspruchnahme der Kinder auf Elternunterhalt in eine Schiefelage. Die modernen Altersversicherungssysteme haben die rechtsethische Rechtfertigung in Frage gestellt, weshalb nach

¹³⁰³ Kohleiss, FamRZ 1991, 8 (13).

¹³⁰⁴ Brudermüller, NJW 2004, 633 (634); Münch, FuR 1993, 335; Schwab in Schwab/Henrich (Hrsg), Familiäre Solidarität 39 (54).

¹³⁰⁵ Schwenger, Gutachten A zum 59. DJT I, A 44.

¹³⁰⁶ Brudermüller, FamRZ 1996, 129.

¹³⁰⁷ Appelt, Elternunterhalt 189, der auf Arthur N. Schwartz als Begründer des Begriffes der „Sandwichgeneration“ in der Soziologie verweist.

Wegen gesucht wird, wieder Gerechtigkeit herzustellen. Neben einer vollständigen Abschaffung werden in der Literatur auch vermittelnde Reformvorschläge diskutiert.

3.3.1. Abschaffung des Aszendentenunterhalts

Einige Vertreter in der Literatur¹³⁰⁸ fordern eine Abschaffung des Aszendentenunterhalts.

Als Begründung werden zum einen soziologische Studien herangezogen, die belegen, dass zwischen den Eltern und Kindern ein informelles Versicherungskonzept besteht.¹³⁰⁹ Private Geld- und Sachtransfers zwischen den Generationen sind demnach weit verbreitet. Dabei unterstützt die ältere Generation ihre Kinder überwiegend mit Geldleistungen, zum Beispiel für den Erwerb von Wohneigentum, aber auch die Betreuung der Enkel ist eine häufige Leistung an die mittlere Generation.¹³¹⁰ Im Gegenzug können die betagten Eltern in weit größerem Umfang nicht-monetäre Hilfe ihrer Kinder in Notlagen in Anspruch nehmen.¹³¹¹ Die soziologische Analyse solcher Transfers kommt zu dem Ergebnis, dass die Aszendentenunterhaltungspflicht diese Transfers stören könnte, denn:

„Der Wohlfahrtsstaat hat die Familie von der Last der alleinigen Versorgung befreit und zwar durch den Fortfall der Notwendigkeit zur finanziellen Unterstützung der Eltern sowie durch die Bereitstellung von Dienstleistungen. Er hat damit Freiräume, zB für emotionale Unterstützung geschaffen, wo sonst der Zwang zu finanzieller Unterstützung oder dauerhaften Pflege ohne Hilfe von außen zu angespannten und belasteten Beziehungen führen könnte.“¹³¹²

Nach dieser Ansicht sollte der Staat anstelle der Unterhaltungspflicht die informell erzeugten und bestehenden Arrangements von Solidarität unterstützen und ergänzen¹³¹³, indem er beispielsweise die häusliche Pflege auch finanziell ausreichend anerkennt.

Solidarität wird sich in einer Gesellschaft immer dort verwirklichen, wo sie auf Gegenseitigkeit beruht.¹³¹⁴ Der Elternunterhalt beruht in unserem Sozialstaat mit der Altersversorgung durch die gesamte Kindergeneration aufgrund eines Generationenvertrages im Gegensatz zu dem früheren familiären Vorsorgemodell nicht mehr auf Gegenseitigkeit.

¹³⁰⁸ Schwenger, FamRZ 1989, 685; Appelt, Elternunterhalt, 217; Lipp, NJW 2002, 2201; Fuchs, JZ 2002, 785.

¹³⁰⁹ Fuchs, JZ 2002, 785 (792).

¹³¹⁰ Kohli/Künemund/Motel/Szydlik, Familiäre Generationenbeziehungen im Wohlfahrtsstaat: Die Bedeutung privater intergenerationeller Hilfeleistungen und Transfers, WSI-Mitteilung 1999, 20 (21).

¹³¹¹ Fuchs, JZ 2002, 785 (792).

¹³¹² Kohli/Künemund/Motel/Szydlik, WSI-Mitteilung 1999, 20 (21).

¹³¹³ Fuchs, JZ 2002, 785 (792).

¹³¹⁴ Fuchs, JZ 2002, 785 (792).

Zum anderen beruht die Bedürftigkeit vor allem von (geschiedenen) Frauen letztendlich auf gesamtgesellschaftlichen Gründen. Diese Risiken müssten von der Solidargemeinschaft und nicht von den Abkömmlingen getragen werden, zumal Scheidungskinder häufig ohnehin im Vergleich zu Kindern aus intakten Familien mit materiell und emotional schlechteren Chancen ins Erwerbsleben starten.¹³¹⁵

Des Weiteren benachteilige der Aszendentenunterhalt Familien mit Kindern.¹³¹⁶ Während Kinderlose lediglich mit ihren Beiträgen zur Sozialversicherung zur Erfüllung des Generationenvertrages beitragen, leisten Familien mit Kindern einen doppelten Beitrag, indem sie nicht nur Beiträge einzahlen, sondern zusätzlich die zukünftigen Beitragszahler erziehen und unterhalten. Im Falle der Bedürftigkeit im Alter werden Kinderlose ausschließlich und umfassend von der Solidargemeinschaft getragen, wogegen bei Bedürftigen mit Kindern diese in Anspruch genommen werden. Mit dieser Benachteiligung werde der besondere Schutz der Familie gem Art 6 GG und Art 8 EMRK nicht gewährleistet.¹³¹⁷

Gegen die Abschaffung des Aszendentenunterhalts wurden viele Argumente hervorgebracht, insbesondere fordert *Menter*¹³¹⁸ die Verantwortung der Kinder für ihre betagten Eltern. Die Kinder sollten nicht ausschließlich in der Position der Nehmenden sein, sondern auch in Zukunft bei entsprechender Leistungsfähigkeit die bedürftigen Eltern, deren Entwicklung altersbedingt aus der Selbständigkeit in die Unselbständigkeit führt¹³¹⁹, unterhalten müssen.

*Lipp*¹³²⁰ wendet ein, dass die Abschaffung des Aszendentenunterhalts an den Grundlagen der durch die Verwandtschaft begründeten gegenseitigen Verantwortung der Generationen rühren und die Frage aufwerfen wird, inwieweit die staatliche Anerkennung und Förderung der vielfach freiwillig geleisteten Solidarität noch legitim ist. Er befürchtet, dass dann alle aus der Verwandtschaft abgeleiteten Pflichten und Rechte in Frage gestellt werden würden, wie beispielsweise das Pflichtteilsrecht und damit auch der verwandtschaftliche Status selbst.

Dieses Argument, dass mit der Abschaffung des Aszendentenunterhalts die Familie geschwächt werde, entkräftet *Schwenzer* mit dem Hinweis darauf, dass allein das Bestehen von Rechtspflichten – wie aus rechtssoziologischer Forschung bekannt ist – zu keiner Zeit maß-

¹³¹⁵ *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 (689).

¹³¹⁶ *Kohleiss*, FamRZ 1991, 8 (13).

¹³¹⁷ *Lipp*, NJW 2002, 2201 (2203) zeigt diese Problematik auf.

¹³¹⁸ *Menter*, FamRZ 1997, 919 (922).

¹³¹⁹ *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (130); *Münch*, FuR 1993, 335.

¹³²⁰ *Lipp*, NJW 2002, 2201 (2204).

geblichen Einfluss auf das Verhalten von Menschen in engen personalen Beziehungen ausgeübt hat.¹³²¹

Insbesondere die häufig anzutreffende Praxis, dass ältere Menschen auf ihnen zustehende öffentliche Leistungen verzichten, um den Regress gegen die Nachkommen abzuwenden, und deshalb häufig unter dem Existenzminimum leben¹³²², sollte Anlass sein, über die rechtspolitische Angemessenheit von Unterhaltspflichten als Instrument zur Stärkung der Familie nachzudenken.

Besser als durch Rechtspflichten, die vor allem dem Rückgriff und der Entlastung öffentlicher Kassen dienen, wäre eine Stärkung der Familie dadurch zu erreichen, dass man faktischen Unterhaltsleistungen in größerem Maße Rechtswirkungen beimisst und dieses Verhalten damit als gesellschaftlich wünschenswert belohnt.¹³²³

*Schwab*¹³²⁴ sieht die Forderung nach der Abschaffung des Aszendentenunterhalts als einen intellektuellen Trend zur individuellen Sichtweise, der danach fragt, welche Verantwortung die Kinder für ihre Eltern in der heutigen Zeit haben.

Diese individuelle Sichtweise verkennt seiner Ansicht nach die Realität, denn üblicherweise findet ein reger Austausch von Leistungen zwischen den Generationen statt.

Diese freiwilligen Zuwendungen könnten zwar auch ohne die gesetzliche Unterhaltspflicht geleistet werden, jedoch befürchtet *Schwab* dann, dass das Familienverständnis, das sich am Bild der solidarischen Familie orientiert, zerbricht. Ihm erscheinen deshalb die gesetzlichen Unterhaltspflichten, mithin auch der Aszendentenunterhalt, als sozialetisches Minimum, welches der Staat mit Rechtszwang ausstatten sollte. Anderenfalls ließen sich alle auf dem Grundgedanken der Familiensolidarität ruhenden Normen nicht mehr rechtfertigen.¹³²⁵ Dies gelte dann beispielsweise auch für die steuerrechtlichen Begünstigungen der Kinder im Erbschaftsrecht, aber auch das Pflichtteilsrecht müsste unter diesem Gesichtspunkt neu diskutiert werden.¹³²⁶

Die Befürchtung, dass durch eine generelle Beseitigung der Unterhaltspflicht der Nachkommen die Familie aufgelöst werde¹³²⁷ und es zu einem Klima der „sozialen Fernwärme“ führen würde¹³²⁸, kann mithilfe einer rechtsvergleichenden Betrachtung entkräftet werden.

¹³²¹ *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 (691).

¹³²² *Klinkhammer*, FPR 2003, 640 (644).

¹³²³ *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 (691).

¹³²⁴ *Schwab* in *Schwab/Henrich* (Hrsg), Familiäre Solidarität 39 (56).

¹³²⁵ *Schwab* in *Schwab/Henrich* (Hrsg), Familiäre Solidarität 39 (57).

¹³²⁶ *Fuchs*, JZ 2002, 785 (792).

¹³²⁷ *Schlüter/Kemper*, Verwandtenunterhaltsrecht im Wandel, FuR 1993, 245 (251).

¹³²⁸ *Münch*, FuR 1993, 335.

Insbesondere das *Common Law* gewährt Eltern keinen Anspruch gegen ihre Nachkommen, dh in den angelsächsischen Rechtsordnungen ist das Rechtsinstitut des Aszendentenunterhalts nicht bekannt.¹³²⁹ Teilweise gibt es zwar eine sozialhilferechtliche Heranziehung der Kinder in einigen Bundesstaaten der USA und Kanada¹³³⁰, jedoch ist in Großbritannien auch diese Form der Inanspruchnahme unbekannt¹³³¹.

*Appelt*¹³³² greift ein weiteres Argument auf, welches aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten eine Abschaffung des Elternunterhalts zwingend mache, nämlich dass üblicherweise Kinder von einkommensschwächeren Eltern auf Unterhaltszahlungen in Anspruch genommen werden. Kinder aus diesen Familien sind häufig nicht leistungsfähig, weil sie schlechtere Ausbildungschancen und damit schlechtere Startchancen ins Berufsleben erlebt haben als Kinder aus einkommensstärkeren Familien. Sollten sie dennoch leistungsfähig sein, so ist das auf ein besonderes Maß an Tüchtigkeit und Eigeninitiative zurückzuführen. Deshalb wäre es ungerecht, gerade diesem Personenkreis den mühsam erworbenen Lebensstandard wieder zu entziehen.

Da die Kinder ihre Unterhaltsverpflichtung primär durch ihre Beitragszahlung zur gesetzlichen Rentenversicherung erbringen und der Aszendentenunterhalt das Unterhaltssystem in eine Schiefelage bringt, ist nach dieser Ansicht der Aszendentenunterhalt abzuschaffen.¹³³³

3.3.2. Zeitliche Begrenzung der Unterhaltspflicht

Um die Sandwichgeneration zu entlasten, wurde von *Brudermüller* eine zeitliche Begrenzung der Unterhaltspflicht von beispielsweise 7 Jahren vorgeschlagen.¹³³⁴ Auch *Lüscher/Hoch*¹³³⁵ und *Köhler*¹³³⁶ erwägen diese Möglichkeit der Reformierung.¹³³⁷

Für eine zeitliche Begrenzung spricht vor allem, dass die Unterhaltsverpflichtung nicht zu einer grenzenlosen und deshalb für den Verpflichteten umso schwerer zu ertragenden Perspektive geraten soll.¹³³⁸ *Brudermüller* stellt jedoch die berechtigte Frage, auf welchen

¹³²⁹ *Martiny*, Gutachten A zum 64. DJT I, A 51.

¹³³⁰ *Martiny*, Gutachten A zum 64. DJT I, A 51.

¹³³¹ Siehe hierzu *Eekelaar*, Family Solidarity in English Law, in *Schwab/Henrich* (Hrsg), Familiäre Solidarität 63 (77ff).

¹³³² Siehe hierzu ausführlich *Appelt*, Elternunterhalt 215.

¹³³³ *Kohleiss*, FamRZ 1991, 8 (13).

¹³³⁴ *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (130).

¹³³⁵ *Lüscher/Hoch*, Der Elternunterhalt: Pragmatisch akzeptiertes Recht, FPR 2003, 648 (652); *Hoch/Lüscher*, Familie 296.

¹³³⁶ *Köhler*, Unterhaltsrecht am Scheideweg? FamRZ 1990, 922 (923).

¹³³⁷ *Lüscher/Hoch*, FPR 2003, 648 (652); *Hoch/Lüscher*, Familie 296.

¹³³⁸ *Appelt*, Elternunterhalt 209.

Zeitraum eine Begrenzung vorzunehmen sei und ob nicht gerechtere Lösungen gefunden werden können.¹³³⁹

3.3.3. Beschränkung des Elternunterhalts auf Billigkeitsunterhalt in außergewöhnlichen Härtefällen

Der 59. Deutsche Juristentag im Jahr 1992 hat mit überwiegender Mehrheit eine grundsätzliche Beschränkung des Verwandtenunterhalts auf die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern sowie auf Ausbildungsunterhalt gefordert.¹³⁴⁰ Lediglich für außergewöhnliche Härtefälle sollte ein wechselseitiger Anspruch auf Billigkeitsunterhalt zwischen Eltern und Kindern geschaffen werden.¹³⁴¹

*Fuchs*¹³⁴² und *Willutzki*¹³⁴³ schließen sich dieser Forderung an und *Fuchs* betont, dass dann nur noch in den wenigen Ausnahmefällen ein Anspruch der Eltern infrage käme, in denen eine privatrechtliche Unterhaltsgewährung unverzichtbar sei. Darüber hinaus ermögliche die Billigkeitsprüfung die Klärung der Frage, ob dem bedürftigen Elternteil die Gelegenheit zum Aufbau einer ausreichenden Alterssicherung gegeben gewesen sei. Wenn dies bejaht werden könne, müsse ein Anspruch unter dem Gesichtspunkt der eigenverantwortlichen Altersvorsorge ausscheiden.¹³⁴⁴

Diese Lösung verhilft zumindest dazu, den Kreis der betroffenen Unterhaltspflichtigen stark einzuschränken. Jedoch weist *Appelt*¹³⁴⁵ zu Recht darauf hin, dass dadurch dem Gerechtigkeitsgedanken ebenfalls keine Rechnung getragen wird. Denn die wenigen, unter Billigkeitsgesichtspunkten in Anspruch genommenen Kinder, werden dann umso unverständlicher darauf reagieren, warum ausgerechnet sie von der Zahlungspflicht betroffen sind und alle anderen nicht.

3.3.4. Begrenzung der Unterhaltspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern durch Erhöhung des großen Selbstbehalts

Die herrschende Meinung in der Literatur¹³⁴⁶ und Rechtsprechung¹³⁴⁷ in Deutschland befürwortet eine Beibehaltung des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs, erkennt aber zur

¹³³⁹ *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (130).

¹³⁴⁰ Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages 15.–18.9.1992, Beschluss C II 1, FamRZ 1992, 1275 (1276).

¹³⁴¹ Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages 15.–18.9.1992, Beschluss C II 3 b, FamRZ 1992, 1275 (1276)

¹³⁴² *Fuchs*, JZ 2002, 785 (792).

¹³⁴³ *Willutzki* in *Posser/Wassermann*, Rechtsordnung 168f.

¹³⁴⁴ *Fuchs*, JZ 2002, 785 (792).

¹³⁴⁵ *Appelt*, Elternunterhalt 211.

¹³⁴⁶ *Menter*, FamRZ 1997, 919; *Müller*, FPR 2003, 611 (616); *Richter*, FamRZ 1996, 1245 (1250).

Entlastung der Sandwichgenerationen die Erhöhung des in den Unterhaltstabellen festgelegten Selbstbehalts sowie Abzugsposten an, die ansonsten im Unterhaltsrecht keine Beachtung finden.¹³⁴⁸

Begründet wird dies damit, dass die in den Unterhaltstabellen festgesetzten Selbstbehalte für den Deszendentenunterhalt entwickelt wurden und dementsprechend andere Lebensverhältnisse zugrunde liegen.¹³⁴⁹ Denn während die Eltern in der Regel damit rechnen müssen, ihren Kindern auch über deren Volljährigkeit hinaus Unterhalt zu zahlen, müssen die Kinder in umgekehrtem Fall üblicherweise nicht davon ausgehen, dass sie von ihren Eltern im Alter in Anspruch genommen werden.¹³⁵⁰ Denn der Grundsatz der Eigenverantwortung stellt darauf ab, dass jeder im Regelfall für seinen Bedarf selbst aufzukommen hat und deshalb auch für Zeiten der Erwerbsunfähigkeit ausreichend Vorkehrungen zu treffen hat.¹³⁵¹

Des Weiteren obliegt es den im Berufsleben stehenden Kindern zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme ohnehin, durch ihre Sozialversicherungsabgaben von ca 20 % ihres Einkommens die gesamte Elterngeneration im Alter angemessen zu versorgen. Die Austauschgerechtigkeit im Verhältnis der Generationen wäre verletzt, wenn die selbständig gewordenen Kinder, die ihr eigenes Leben führen und finanzieren müssen sowie ihre Kinder erziehen und unterhalten sollen, gleichzeitig auch noch individuell für ihre Eltern finanziell aufkommen müssen.¹³⁵²

3.3.5. Begrenzung des Aszendentenunterhalts über das Sozialhilferecht

Einige Vertreter der Lehre¹³⁵³ und einige österreichische Landesgesetzgeber¹³⁵⁴ wollen die aufgezeigten Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Aszendentenunterhalt ergeben, über eine Einschränkung bzw Beseitigung des sozialhilferechtlichen Regresses lösen. Dieser Ansatz liegt nahe, weil in der Praxis fast ausschließlich Ansprüche aus übergegangenem

¹³⁴⁷ BVerfG 1 BvR 1508/96, FamRZ 2005, 1055 (1056); BGH XII ZR 67/00, FamRZ 2003, 860 (866).

¹³⁴⁸ Menter, FamRZ 1997, 919.

¹³⁴⁹ Kalthoener/Büttner/Niepmann, Unterhalt¹⁰ Rz 48; BGH XII ZR 266/99 FamRZ 2002, 1698 (1701) (zust Klinkhammer).

¹³⁵⁰ Menter, FamRZ 1997, 919.

¹³⁵¹ Born in Münchener Kommentar, BGB VIII⁵ § 1602 Rz 1.

¹³⁵² BGH XII ZR 93/91, FamRZ 1992, 795; AG Altena 5 C 194/92, FamRZ 1993, 835; Menter, FamRZ 1997, 921.

¹³⁵³ So Lipp, NJW 2002, 2201 (2203); Martiny, Gutachten A zum 64. DJT I, A 53, A 55f; Weinrichter, iFamZ 2007, 232 (233); Schwab, Familie im Wandel – eine Herausforderung für die Rechtspolitik (2006) 83; diese Möglichkeit hatte auch schon Brudermüller, FamRZ 1996, 129 (135) in Erwägung gezogen.

¹³⁵⁴ Siehe zu den gesetzlichen Regelungen in den einzelnen Bundesländern, 2. Kap 8–8.5.

Recht durch den Träger der Sozialhilfe geltend gemacht werden. Auch *Brudermüller* erkennt, dass eine sozialhilferechtliche Lösung systemkonform wäre.¹³⁵⁵

Bei einer vorgeschlagenen Reduktion bzw. Abschaffung des familiären bürgerlich-rechtlichen Unterhalts wird des Öfteren ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt, dass der jeweilige Bedarf durch Sozialleistungen aufgefangen wird.¹³⁵⁶

Martiny gibt jedoch zu bedenken, dass Ansprüche auf Sozialleistungen keinen unveränderbaren Besitzstand begründen, sondern dass sie möglicherweise Streichungen und Kürzungen ausgesetzt sind.¹³⁵⁷ Die sozialrechtliche Absicherung als Argument für eine Abschwächung oder Beschneidung privatrechtlicher Ansprüche muss daher genauestens untersucht werden.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es sinnvoll, eine Regulierung über das Sozialhilferecht vorzunehmen, weil damit flexibel auf veränderte gesellschaftliche Strukturen reagiert werden kann. Denn geht man vom schlimmsten Fall aus, nämlich dass die Renten der heutigen Beitragszahler so weit sinken, dass Menschen ohne private Vorsorge ihren Bedarf nicht mehr decken können, so kann es dazu kommen, dass sie zwar ihren Beitrag zur Generationensolidarität geleistet haben, aber aufgrund geänderter Strukturen nicht mehr selbst ausreichend davon profitieren können. Und dann würde ihnen auch kein Anspruch gegen ihre Kinder zustehen.

Martiny fordert mit dem Hinweis auf die erheblichen finanziellen Folgen der gänzlichen Abschaffung des Elternunterhalts für die öffentlichen Sozialausgaben, eine weitere Einschränkung der Rückgriffsmöglichkeiten des Trägers der Sozialhilfe, um einerseits der Mehrbelastung der „Sandwichgeneration“ gerecht zu werden, aber andererseits auch die öffentlichen Haushalte nicht zu überlasten.¹³⁵⁸

Auch *Lipp* empfindet die Abschaffung des Elternunterhalts für nicht erforderlich, um die Problematik der übermäßigen Belastung der Sandwichgeneration zu bewältigen. Einerseits ist sie durch die Einführung der Pflegeversicherung schon gemildert worden, andererseits bietet sich eine sozialhilferechtliche Lösung an, weil die Inanspruchnahme üblicherweise durch den Träger der Sozialhilfe erfolgt. Wie beim Grundsicherungsgesetz in Deutschland könnte ein Rückgriff erst dann möglich sein, wenn das jährliche Einkommen 100.000 Euro übersteigt.¹³⁵⁹ Damit wären nur noch finanziell besonders leistungsfähige Kinder regresspflichtig, bei denen

¹³⁵⁵ *Brudermüller*, FamRZ 1996, 129 (135).

¹³⁵⁶ *Schwenzer*, Gutachten A zum 59. DJT I, A 41ff.

¹³⁵⁷ *Martiny*, Gutachten A zum 64. DJT I, A 37.

¹³⁵⁸ *Martiny*, Gutachten A zum 64. DJT I, A 53.

¹³⁵⁹ Ohne Nennung einer Einkommensgrenze: *Schwab*, Familie im Wandel 83.

sichergestellt ist, dass sie dadurch keine Einschränkungen ihres Lebensstandards zu befürchten haben.¹³⁶⁰

Die Vorteile der sozialhilferechtlichen Lösung liegen darin, dass nicht das gesamte Verwandtenunterhaltsrecht in Frage gestellt wird, sondern eine praxisorientierte Lösung angeboten wird. In Österreich wurde dieser Weg vielfach beschritten. Im vergangenen Jahr wurde in der Steiermark und in Vorarlberg der sozialhilferechtliche Regress abgeschafft und in Tirol stark eingeschränkt. Damit werden einerseits die betroffenen Kinder entlastet. Auf der anderen Seite wird älteren bedürftigen Menschen der Weg zum Sozialamt erleichtert, weil sie nun nicht mehr befürchten müssen, ihre Kinder durch die Inanspruchnahme von sozialen Leistungen regresspflichtig zu machen.

Außerdem behalten freiwillige Leistungen der Kinder somit auch eine Rechtsgrundlage.

3.4. Stellungnahme

Ich finde den Weg, die dargestellten Ungerechtigkeiten im Zusammenhang mit dem Aszendentenunterhalt über die Beschränkung des Rückgriffes des Sozialhilfeträgers zu gehen, den auch einige Bundesländer in Österreich gewählt haben, richtig.

Denn das Ungleichgewicht der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Unterhaltspflichten entstand erst mit Einführung der sozialen Sicherungssysteme. Deshalb ist eine Regulierung über das Sozialrecht auch der Materie entsprechend und gibt den Familien die Möglichkeit, individuell Leistungen zwischen den Generationen auszutauschen. Diese Lösung ist auch geeignet, die Altersarmut zu bekämpfen, da ältere Menschen dann nicht mehr aus Angst vor der Rückgriffsmöglichkeit auf ihre Kinder den Gang zum Sozialamt scheuen. Auf der anderen Seite können Eltern bei ihren wohlhabenden Kindern Unterhalt einfordern, wenn sie einen höheren Lebensstandard als das durch die Sozialhilfe gesicherte Existenzminimum erhalten möchten.

Dass darüber hinaus Kindererziehung bei dem Erwerb von Rentenansprüchen in dem nötigen Ausmaß berücksichtigt werden muss, da ja nur mit dem Gebären und Erziehen von Kindern unser heutiges Alterssicherungssystem funktioniert, ist unbedingt durchzusetzen. Jedoch können diese Forderungen nicht über die Abschaffung des Aszendentenunterhalts realisiert werden, sondern müssen von der Gesellschaft und dem Gesetzgeber ausreichend gewürdigt und beachtet werden.

¹³⁶⁰ *Lipp*, NJW 2002, 2201 (2204).

Gleiches gilt für das Erhöhen der Erwerbschancen von Frauen nach und während der Kindererziehung. Auch in diesem Bereich scheint Österreich einen wichtigen Schritt zu gehen, denn nachdem in Niederösterreich die Kindergärten schon lange gratis zur Nutzung zur Verfügung stehen, hat nun auch im Jahr 2009 die Bundeshauptstadt Wien ein deutliches Zeichen in diese Richtung gesetzt. Darüber hinaus wäre es gerecht, wenn kinderlose Beitragszahler noch stärker für die Altersversorgung herangezogen und Familien mit Kindern entlastet werden würden.

Zusätzlich sollte der Gesetzgeber aber auch einen Anreiz schaffen, die ohnehin vorhandene familiäre Solidarität weiter auszubauen, indem die Pflege von Angehörigen besser honoriert wird, aber auch steuerliche Vergünstigungen könnten die privaten Transferleistungen gegenüber der Elterngeneration unterstützen.

Der sozialhilferechtliche Regress bzw Ersatzanspruch gegenüber den Kindern ist mE abzuschaffen.

Abstract

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Unterhaltspflicht von Nachkommen gegenüber ihren Vorfahren in Österreich und in Deutschland bestehen. Es werden sowohl die bürgerlich-rechtlichen als auch die sozialhilferechtlichen Normen untersucht. Ziel ist es, die aktuelle Rechtslage unter Beachtung der ergangenen Judikatur darzustellen und zu vergleichen. Außerdem sollen die Gründe ermittelt werden, weshalb gleiche Probleme in den beiden Ländern unterschiedlich gelöst werden. Dabei stellt die Autorin fest, dass sich die größten Unterschiede bei der Berechnung der Leistungsfähigkeit der Nachkommen und beim sozialhilferechtlichen Regressanspruch ergeben.

Darüber hinaus wird die rechtsethische Rechtfertigung des Aszendentenunterhalts diskutiert und die aktuelle rechtspolitische Debatte dargestellt. Die Autorin kommt zu dem Ergebnis, dass der Regress- bzw Ersatzanspruch des Sozialhilfeträgers abgeschafft werden sollte, um den Leistungsaustausch zwischen den Generationen wieder in ein Gleichgewicht zu bringen.

Literaturverzeichnis

Deutscher Teil

- Appelt, Frank Dieter Der Elternunterhalt – Aktueller Rechtszustand und Reformdiskussion, Tübingen 2007
- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I² (§§ 1–610), München 2007
- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III² (§§ 1297–2385), München 2008
- Beckmann, Thomas Kein Ehegattenunterhalt wegen „grober Unbilligkeit“ (§ 1579 I BGB) – dann aber Unterhaltsanspruch gegen die Verwandten? FamRZ 1983, 863–866
- Benkelberg, Eckhardt Einige Bemerkungen „aus der Praxis für die Praxis“ zum „Elternunterhalt“, FuR 1999, 70–71
- Die Bibel nach der Übersetzung Martin Luthers, revidierte Fassung von 1984, Stuttgart 1998
- Born, Winfried Elternunterhalt – Keine Leistungsfähigkeit durch Darlehn, MDR 2005, 901–904
- Born, Winfried „Zeitbombe“ Schwiegermutter? – Die aktuelle Rechtsprechung zum Elternunterhalt, MDR 2005, 194–200
- Braun, Johann Unterhalt für den Gläubiger des Ehegatten? NJW 2000, 97–103
- Brudermüller, Gerd Elternunterhalt – Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2004, 633–640
- Brudermüller, Gerd Elternunterhalt und Generationensolidarität, in: Gottwald, Peter/Jayme, Erik/Schwab, Dieter (Hrsg), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000
- Brudermüller, Gerd Solidarität und Subsidiarität im Verwandtenunterhalt – Überlegungen aus rechtsethischer Sicht, FamRZ 1996, 129–135
- Brüdermüller, Gerd/
Schürmann, Heinrich Tabellen zum Familienrecht²⁹, Köln 2008

- Büttner, Helmut Alterssicherung und Unterhalt, FamRZ 2004, 1918–1924
- Büttner, Helmut Belastungsgrenzen beim Elternunterhalt, in: Gottwald, Peter/Jayme, Erik/Schwab, Dieter (Hrsg), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000
- Büttner, Helmut Die Entwicklung des Unterhaltsrechts bis Anfang 1999, NJW 1999, 2315–2327
- Büttner, Helmut Wie ist Pflegegeld bei Unterhaltsansprüchen zu berücksichtigen? FamRZ 2000, 596–598
- Büttner, Helmut/
Niepmann, Birgit Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Mitte 2000, NJW 2001, 2215–2229
- Büttner, Helmut/
Niepmann, Birgit Die Entwicklung des Unterhaltsrechts seit Mitte 2002, NJW 2003, 2492–2502
- Diederichsen, Uwe Der BGH und der Elternunterhalt, FF 2003, 8–10
- Diederichsen, Uwe „Richtiges“ Familienrecht, in: Canaris, Claus-Wilhelm/
Diederichsen, Uwe (Hrsg), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983
- Diederichsen, Uwe Unterhaltsgerechtigkeit, FuR 2002, 289–299
- Duderstadt, Jochen Einsatz des Vermögensstamms des Pflichtigen beim Erwachsenenunterhalt, FamRZ 1998, 273–279
- Eberl-Borges, Christina/
Schüttlöffel, Michael Sozialstaat oder Verwandtensolidarität – Neuere Entwicklungen des Sozialhilferegresses bei der Unterhaltspflicht erwachsener Kinder und beim Behindertentestament, FamRZ 2006, 589–598
- Ehinger, Uta Die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Kindes beim Elternunterhalt, FPR 2003, 623–630
- Ehinger, Uta/
Griesche, Gerhard/
Rasch, Ingeborg Handbuch Unterhaltsrecht⁵, Köln 2008
- Engstler, Heribert/
Menning, Sonja Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik, Berlin 2003
- Ermann, Walter/
Westermann, Harm Peter (Hrsg) Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I¹² (§§ 1–758), Köln 2008
- Ermann, Walter/
Westermann, Harm Peter (Hrsg) Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II¹² (§§ 759–2385), Köln 2008

- Eschenbruch, Klaus/
Klinkhammer, Frank Der Unterhaltsprozess⁴, Neuwied 2006
- Fikentscher, Wolfgang/
Heinemann, Andreas Schuldrecht¹⁰, Berlin 2006
- Finger, Peter Beschränkung und Ausschluß der Unterhaltspflicht nach § 1611 I BGB, FamRZ 1995, 969–975
- Fuchs, Maximilian Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten? JZ 2002, 785–798
- Gerhardt, Peter/
von Heintschel-Heinegg, Bernd/
Klein, Michael Handbuch des Fachanwalts – Familienrecht⁶, Köln 2008
- Gernhuber, Joachim/
Coester-Waltjen, Dagmar Familienrecht⁵, München 2006
- Giese, Dieter Zur „Ausstrahlung“ des Rechts der öffentlichen Fürsorge auf die bürgerlich-rechtliche Unterhaltspflicht, FamRZ 1982, 11–14
- Göppinger, Horst/
Wax, Peter Unterhaltsrecht⁸, Bielefeld 2003
- Graba, Hans-Ulrich Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003, FamRZ 2004, 581–592
- Griesche, Gerhard Elternunterhalt – Übersicht über die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Elternunterhalt, FPR 2004, 693–704
- Griesche, Gerhard Verwandtenunterhaltsrecht, FPR 2005, 335–340
- Grube, Christian/
Wahrendorf, Volker SGB XII – Sozialhilfe², München 2008
- Günther, Frauke Elternunterhalt – Hinweise zur Berechnung und zum Unterhaltsregress unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung, NDV 2005, 44–53
- Günther, Frauke Unterhaltsansprüche der Eltern und ihre Berechnung, FuR 1995, 1–9

| | |
|--|---|
| Haumer, Tobias | Taschengeld unter Ehegatten – Ein Anspruch ohne Grundlage, FamRZ 1996, 193–197 |
| Hauß, Jörn | Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien ² , Bielefeld 2007 |
| Hauß, Jörn | Unterhalt und Verbraucherinsolvenz, FamRZ 2006, 1496–1502 |
| Herr, Thomas Hoch, Hans/ Lüscher, Kurt | Elternunterhalt, FamRZ 2005, 1021–1029 Familie im Recht – Eine sozialökologische Zugangsweise, Konstanz 2002 |
| Honsell, Heinrich/ Mayer-Maly, Theo/ Selb, Walter | Römisches Recht ⁴ , Berlin 1987 |
| Hoppenz, Rainer/ Hülsmann, Bernhard | Der reformierte Unterhalt, Kommentar des neuen und alten Rechts, Heidelberg 2008 |
| Hußmann, Wolfram | Elternunterhalt ² , München 2008 |
| Igl, Gerhard/ Welti, Felix/ Schulin, Bertram (Begr) | Sozialrecht ⁸ , Neuwied 2007 |
| Johannsen, Kurt/ Henrich, Dieter (Hrsg) | Kommentar Ehe recht – Trennung, Scheidung, Folgen ⁴ , München 2003 |
| Kalthoener, Elmar/ Büttner, Helmut/ Niepmann, Birgit | Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts ¹⁰ , München 2008 |
| Kemper, Rainer | Das neue Unterhaltsrecht, Köln 2008 |
| Klinkhammer, Frank | Die bedarfsorientierte Grundsicherung nach dem GSiG und ihre Auswirkungen auf den Unterhalt, FamRZ 2002, 997–1004 |
| Klinkhammer, Frank | Elternunterhalt und Familienunterhalt in der Rechtsprechung des BGH, FPR 2004, 555–560 |
| Klinkhammer, Frank | Grundsicherung und Unterhalt, FamRZ 2003, 1793–1800 |
| Klinkhammer, Frank | Pflegeversicherung, Grundsicherung und Elternunterhalt, FPR 2003, 640–647 |
| Köhler, Wolfgang | Unterhaltsrecht am Scheideweg? FamRZ 1990, 922–924 |
| Kohleiss, Annelies | Sozialrecht und Unterhaltsrecht, FamRZ 1991, 8–13 |

- Kohli, Martin/
Künemund, Harald/
Motel, Andreas/
Szydlik, Marc
- Familiäre Generationsbeziehungen im Wohlfahrtsstaat:
Die Bedeutung privater intergenerationeller Hilfeleistungen
und Transfers, WSI-Mitteilung 1999, 20–25
- Koritz, Nikola
- Das Schonvermögen beim Elternunterhalt,
NJW 2007, 270–272
- Krause, Engelbert
- Die gegenseitigen Unterhaltsansprüche zwischen Eltern
und Kindern in der deutschen Privatrechtsgeschichte,
Frankfurt am Main 1982
- Krauβ, Hans-Frieder
- Elternunterhalt – 1. Teil, DNotZ 2004, 502–524
- Krauβ, Hans-Frieder
- Elternunterhalt – 2. Teil, DNotZ 2004, 580–597
- Kunz, Achim
- Besteht noch eine Unterhaltspflicht zwischen Verwandten
zweiten oder entfernteren Grades? FamRZ 1977, 291–294
- Landfermann, Hans-Georg
- Der Kreis der Unterhaltspflichtigen Personen
im Europäischen Familien- und Sozialhilferecht,
RabelsZ 35, 505–523
- Landzettel, Stefan
- Die allgemeine Härteregelung des § 91 II S. 2 BSHG
in der aktuellen Rechtsprechung, FamRZ 2004, 1936–1937
- Larenz, Karl
- Lehrbuch des Schuldrechts I¹⁴, Allgemeiner Teil,
München 1987
- Larenz, Karl
- Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik,
München 1979
- Laubach, Bernhard
- Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht, Köln 2004
- Lipp, Volker
- Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat-
und im Sozialrecht, NJW 2002, 2201–2207
- Löhnig, Martin
- Die Unterhaltsansprüche von Eltern gegen ihre Kinder
im Spiegel der aktuellen BGH-Rechtsprechung,
JA 2004, 450–453
- Lüderitz, Alexander/
Dethloff, Nina
- Familienrecht²⁸, München 2007
- Lüscher, Kurt/
Hoch, Hans
- Der Elternunterhalt: Pragmatisch akzeptiertes Recht,
FPR 2003, 648–652
- Luthin, Horst
- Handbuch des Unterhaltsrechts¹⁰, München 2004

| | |
|--|---|
| Martini, Karl Anton von Martiny, Dieter/ Ständige Reputation des Deutschen Juristentages (Hrsg) | Lehrbegriff des Naturrechts, Aalen 1970 Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten? Verhandlungen des vierundsechzigsten Deutschen Juristentages Berlin 2002 I, Gutachten A, München 2002 |
| Menter, Petra | Der Elternunterhalt, FamRZ 1997, 919–924 |
| Metz, Bernhard | Rechtsethische Prinzipien des nahehelichen Unterhalts, Frankfurt am Main 2005 |
| Mleczek, Klaus | Die Bedürftigkeit beim Elternunterhalt, FÜR 2003, 616–623 |
| Motive | Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich IV ² , Familienrecht, Amtliche Ausgabe, Berlin 1896 |
| Müller, Christian | Der Bedarf des Elternteils, FPR 2003, 611–616 |
| Müller, Christian | Der Rückgriff gegen Angehörige von Sozialleistungsempfängern ⁵ , Baden-Baden 2008 |
| Münch, Eva Marie von | Reform des Verwandtenunterhalts – eine rechtspolitische Notwendigkeit oder übereilte Aufgabe der Familiensolidarität? FuR 1993, 335–336 |
| Münchener Kommentar | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III ⁵ (§§ 433–610), München 2008 |
| Münchener Kommentar | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V ⁵ (§§ 705–853), München 2009 |
| Münchener Kommentar | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII ⁴ (§§ 1297–1588), München 2000 |
| Münchener Kommentar | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII ⁴ (§§ 1589–1921), München 2002 |
| Münchener Kommentar | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII ⁵ (§§ 1589–1921), München 2008 |
| Münder, Johannes | Der sozialhilferechtliche Übergang von Ansprüchen gegen zivilrechtlich Unterhaltsberechtigte, NJW 2001, 2201–2210 |
| Münder, Johannes | Unterschiede zwischen zivilrechtlichem Unterhaltsanspruch |

und sozialhilferechtlichen Regelungen,
NJW 1990, 2031–2037

- Münder, Johannes/
Armborst, Christian/
Berlit, Uwe/
Bieritz-Harder, Renate/
Birk, Ulrich Arthur/
Brühl, Albrecht/
Conradis, Wolfgang/
Hofmann, Albert/Krahmer, Utz
Roscher, Falk/Schoch, Dietrich
- Nave-Herz, Rosemarie
- Palandt
- Posser, Diether (Hrsg)/
Wassermann, Rudolf (Hrsg)
- Prütting, Hanns/
Wegen, Gerhard/
Weinreich, Gerd
- Rauscher, Thomas
- Renn, Heribert/
Niemann, Peter
- Richter, Gerhard
- Ruland, Franz
- Schellhorn, Walter
- Schellhorn, Walter/
Schellhorn, Helmut
- Schibel, Roland
- Schlüter, Wilfried/
Kemper, Rainer
- Sozialgesetzbuch XII – Sozialhilfe, Lehr-
und Praxiskommentar⁸, Baden-Baden 2008
- Familie 2000, FF 2000, 40–44
- Bürgerliches Gesetzbuch VII⁶⁸, München 2009
- Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung –
5. Rechtspolitischer Kongreß der SPD, Dokumentation:
Teil 1, Heidelberg 1981
- BGB Kommentar³, Köln 2008
- Familienrecht², Heidelberg 2008
- Die Heranziehung verheirateter Kinder
zu Unterhaltsleistungen, FamRZ 1994, 473–477
- Rechtspolitische Erwägungen zur Reform
des Unterhaltsrechts nach §§ 1601 ff. BGB,
FamRZ 1996, 1245–1250
- Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit,
Heft 33, Berlin 1973
- Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung,
FuR 2005, 1–5
- Die Neuregelung des Übergangs von Unterhaltsansprüchen
auf den Sozialhilfeträger, FuR 1993, 261–271
- Der Einsatz des Vermögens beim Elternunterhalt,
NJW 1998, 3449–3454
- Verwandtenunterhaltsrecht im Wandel, FuR 1993, 245–252

- Schnitzler, Klaus (Hrsg) Münchener AnwaltsHandbuch, Familienrecht², München 2008
- Scholz, Harald Die Unterhaltspflicht des verheirateten, gering verdienenden Kindes gegenüber einem Elternteil, in: Hofer, Sibylle (Hrsg), Perspektiven des Familienrechts – Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005
- Scholz, Harald Zum Verhältnis von Eltern- und Familienunterhalt, FamRZ 2004, 1829–1833
- Schwab, Dieter Handbuch des Scheidungsrechts⁵, München 2004
- Schwab, Dieter Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521–528
- Schwab, Dieter (Hrsg)/
Henrich, Dieter (Hrsg) Familiäre Solidarität – Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich V, Bielefeld 1997
- Schwab, Dieter/
Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg) Familie im Wandel – eine Herausforderung für die Rechtspolitik, Berlin 2006
- Schwenzer, Ingeborg/
Ständige Reputation des
Deutschen Juristentages (Hrsg) Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln? Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1992 I, Gutachten A, München 1992
- Schwenzer, Ingeborg Verwandtenunterhalt und sozialdemographische Entwicklung, FamRZ 1989, 685–691
- Schwenzer, Ingeborg Vom Status zur Realbeziehung: Familienrecht im Wandel, Baden-Baden 1987
- Soergel, Hans Th./
Siebert, Wolfgang (Hrsg) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII¹², (§§ 1297–1588), Stuttgart 1989
- Soyka, Jürgen Verteilung der Haftung unter mehreren Unterhaltspflichtigen, Zuständigkeitsprobleme bei Inanspruchnahme mehrerer Kinder auf Elternunterhalt und Verwirkung von Unterhaltsansprüchen, FPR 2003, 631–635
- Staudinger, Julius von/
Wimmer-Leonhardt, Susanne Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen II¹⁴ (§§ 516–534) Berlin 2005
- Staudinger, Julius von/
Röthel, Anne/
Vieweg, Klaus Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen II¹⁴ (§§ 840–853) Berlin 2007

- Staudinger, Julius von/
Löhnig, Martin/
Strätz, Hans-Wolfgang/
Voppel, Reinhard
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen IV¹⁴
(§§ 1297–1362; Anhang zu §§ 1297ff), Berlin 2007
- Staudinger, Julius von/
Engler, Helmut/
Kaiser, Dagmar
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen IV¹⁴
(§§ 1601–1615 o), Berlin 2000
- Strohal, Friedrich
- Der Vorruehstand im Unterhaltsrecht,
FamRZ 1996, 197–201
- Svarez, Carl Gottlieb
Uhlenbruck, Wilhelm
- Vorträge über Recht und Staat X, Köln 1960
Insolvenzrechtsreform: Flucht der Schuldner
aus dem „Modernen Schuldturm“ auf Kosten
der Unterhaltsberechtigten? FamRZ 1998, 1473–1477
- Weinreich, Gerd/
Klein, Michael
- Fachanwaltskommentar Familienrecht³, Köln 2008
- Wendl, Philipp/
Staudigl, Siegfried
- Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis⁷,
München 2008
- Zeranski, Dirk
- Zum rechtlichen Schicksal eines auf fiktiven Einkünften
beruhenden Unterhaltsanspruchs nach Gewährung
von Sozialhilfe an den Unterhaltsberechtigten,
FamRZ 2000, 1057–1062
- Zippelius, Reinhold
- Allgemeine Staatslehre – Politikwissenschaft¹⁵,
München 2007
- Zöller, Richard
- Zivilprozessordnung²⁷, Köln 2009

Österreichischer Teil

- Aicher, Josef
- Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen
Gemeinschaft (§ 55 EheG) und ihre unterhaltsrechtlichen
Folgen, in: Ostheim, Rolf (Hrsg), Schwerpunkte
der Familienrechtsreform 1977/1978, Wien 1979

- Berka-Böckle, Lydia Der verschuldensunabhängige Anspruch nach § 68 a EheG – Neue Überlegungen zum Scheidungsunterhalt anhand aktueller Rechtsprechung, JBl 2004, 223–237
- Deixler-Hübner, Astrid/
Mayr, Peter G. (Hrsg) Das neue Eherecht, Wien 1999
- Deixler-Hübner, Astrid Grundfragen des neuen verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruchs nach § 68 a EheG, ÖJZ 2000, 707–715
ABGB Taschenkommentar²², Wien 2007
- Dittrich, Robert (Hrsg)/
Tades, Helmuth (Hrsg) Kommentar zum ABGB, 3. Aufl des von Heinrich Klang begründeten Kommentars, Wien 2008
- Fenyves, Attila/
Kerschner, Ferdinand/
Vonkilch, Andreas
- Fischer-Czermak, Constanze Zum Unterhalt nach Scheidung bei gleichem und ohne Verschulden, NZ 2001, 254–258
- Ganner, Michael Selbstbestimmung im Alter – Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, Wien 2005
- Gitschthaler, Erwin Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht – 20 Jahre später, ÖJZ 1996, 553–564
- Gitschthaler, Erwin Einige aktuelle Probleme des Kindesunterhaltsrechts, ÖJZ 1994, 10–17
- Gitschthaler, Edwin Unterhaltsrecht², Wien 2008
- Gitschthaler, Edwin Zum Anspruch des Kindes auf Taschengeld, NZ 1992, 145–149
- Gitschthaler, Edwin/
Höllwerth, Johann Ehegesetz, Wien 2008
- Gitschthaler, Edwin/
Sirma, Andrea Die Sicherung der Existenz des Gemeinschuldners und seiner Familie im Konkurs (Teil I), EF-Z 2007/79, 130–139
- Godin, Reinhard Freiherr von/
Godin, Hans Freiherr von
Graf, Caroline Ehegesetz², Berlin 1950
Auskunftspflichten im Unterhaltsrecht, Zak 2007/434, 243–247
- Greifeneder, Martin/
Liebhart, Gunther Pflegegeld², Wien 2008

| | |
|---|--|
| Pfersmann, Hans | Bemerkenswertes aus der SZ 70/II, ÖJZ 2000, 81–96 |
| Pichler, Helmut | Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht Begriff und Anwendungsbereich, ÖA 1976, 53–56 |
| Pichler, Helmut | Probleme des Unterhalts, ÖA 1987, 91–94 |
| Purtscheller, Meinhard/ Salzmann, Wolfgang | Unterhaltsbemessung unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Leitsatzjudikatur des OGH, Wien 1993 |
| Rechberger, Walter H. | Außerstreitgesetz, Wien 2006 |
| Rummel, Peter (Hrsg.) | Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I ³ (§§ 1–1174), Wien 2000 |
| Rummel, Peter (Hrsg.) | Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II ³ , 4. Teil: EheG, KSchG, Wien 2002 |
| Schuchter, Franz | Das neue österreichische Kindschaftsrecht, FamRZ 1979, 882–894 |
| Schwimann, Michael (Hrsg.) | ABGB Praxiskommentar I ² (§§ 1–284), Wien 1997 |
| Schwimann, Michael (Hrsg.) | ABGB Praxiskommentar I ³ (§§ 1–284), Wien 2005 |
| Schwimann, Michael (Hrsg.) | ABGB Praxiskommentar IV ² (§§ 859–1089), Wien 1997 |
| Schwimann, Michael (Hrsg.) | ABGB Praxiskommentar IV ³ (§§ 859–1089), Wien 2006 |
| Schwimann, Michael | Unterhaltsrecht ² , Wien 1999 |
| Schwimann, Michael/ Kolmasch, Wolfgang | Unterhaltsrecht ⁴ , Wien 2008 |
| Schwind, Fritz | Kommentar zum österreichischen Eherecht ² , Wien 1998 |
| Steininger, Viktor | Vermögensrechtliche Aspekte des neuen Kindschaftsrechtes, in: Ostheim, Rolf (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978, Wien 1979 |
| Thöni, Wilfried | Geldunterhalt und Naturalunterhalt, in: Harrer, Friedrich/Zitta, Rudolf (Hrsg), Familie und Recht, Wien 1992 |
| Volkmar, Erich | Großdeutsches Eherecht, München und Berlin 1939 |
| Weinrichter, Norbert | Zum Unterhaltsanspruch von Aszendenten insb bei deren Heimunterbringung, iFamZ 2007, 232–234 |

Curriculum Vitae

| | |
|----------------------------|----------------------------|
| Name | Anika Schilling |
| Geburtsdatum | 10. Dezember 1974 |
| Familienstand | ledig |
| Staatsangehörigkeit | Bundesrepublik Deutschland |

Ausbildung

| | |
|---------------|---|
| 2004 lfd. | Universität Wien Doktorat Rechtswissenschaften Thema: „Der Aszendentenunterhalt – Der Unterhaltsanspruch der Vorfahren gegen ihre Nachkommen“ Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich“ |
| 2001 bis 2003 | Oberlandesgericht Dresden/Referendariat 2. Juristisches Staatsexamen |
| 2000 | Universität Leipzig Studium Philosophie und Logikwissenschaften |
| 1994 bis 2000 | Universität Leipzig, Universität Erlangen-Nürnberg Rechtswissenschaften 1. Juristisches Staatsexamen |
| 1993 | Abitur |

Juristische Berufserfahrung

Berufstätigkeit

2004 lfd. Juristin beim Nationalfonds der Republik Österreich

Referendariat

2003 Rechtsanwalt Dr. Helmut Graupner/Wien (Wahlstation)
Schwerpunkte: Strafrecht, Zivilrecht, Familienrecht

2002 Rechtsanwälte Humke und Lehmann (Rechtsanwaltsstation)
Schwerpunkte: Klageschriften, Klageerwiderungen,
Verhandlungen

2002 Landratsamt Leipziger Land (Verwaltungsstation)
Schwerpunkt: Verfassen von Widerspruchsbescheiden im
Rahmen der Rechtsaufsicht

2001/ 2002 Staatsanwaltschaft Chemnitz (Strafstation)
Schwerpunkte: Tätigkeit als Staatsanwältin, Verfassen von
Anklageschriften, wöchentlicher Sitzungsdienst,
staatsanwaltliche Ermittlungen

2001 Amtsgericht Chemnitz (Zivilstation)
Schwerpunkte: Verfassen von Urteilen, selbständige Leitung
von zivilgerichtlichen Verfahren

Ferialpraktika

1998 Rechtsanwältin Miriam Alex, Leipzig
Schwerpunkte: Recherche, Teilnahme an Verhandlungen

1997

Rechtsamt der Universität Jena
Schwerpunkt: Bescheide aus dem
Sachenrechtsbereinigungsgesetz

1996

Amtsgericht Jena
Schwerpunkt: Teilnahme an Verhandlungen

Wien, am 10.10.2009