

---

**Datum:** 28.02.2008  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 1. Senat für Familiensachen  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 1 UF 207/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2008:0228.1UF207.07.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Bocholt, 14 F 186/06

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin zu 2) wird das am 21. September 2007 verkündete Urteil des Amtsgerichts – Familiengericht – Bocholt zu Ziffer II. des Tenors teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu 2) für die Zeit von Mai 2006 bis Januar 2007 Betreuungsunterhalt in Höhe von insgesamt 6.282,- € nebst folgenden Zinsen zu zahlen: 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 592,- € seit dem 02.05.2006, aus weiteren 592,- € seit dem 02.06.2006 und aus weiteren 592,- € seit 02.07.2006.

Die weitergehende Klage auf Zahlung von Betreuungsunterhalt wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten werden wie folgt verteilt:

a) 1. Instanz:

Die Gerichtskosten werden dem Beklagten zu 21 % und der Klägerin zu 2) zu 79 % auferlegt.

Die Klägerin zu 2) hat 79 % der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu tragen. Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers zu 1) und 20 % der außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu 2).

b) 2. Instanz:

Die Kosten der Berufungsinstanz werden der Klägerin zu 2) zu 80 % und dem Beklagten zu 20 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

---

## **Tatbestand**

Der Beklagte und die Klägerin zu 2) haben seit September 1995 in einer nichtehelichen Gemeinschaft zusammen gelebt, aus der am 03.08.2000 der Sohn Y, der Kläger zu 1), hervorgegangen ist. Nach dem Auszug des Beklagten aus der gemeinsamen Wohnung haben die Kläger mit der im Juli 2006 eingereichten Klage Unterhaltsansprüche geltend gemacht. Nachdem der Beklagte die Ansprüche des Klägers zu 1) auf Zahlung von Kindesunterhalt durch die Jugendamtsurkunde vom 17.08.06 hat titulieren lassen und dessen Anspruch auf Kostenerstattung wegen verzögerter Erstellung des Titels durch das erstinstanzliche Urteil zuerkannt worden ist, geht es nur noch um den auf § 1615 I BGB gestützten Unterhaltsanspruch der Klägerin zu 2). Insoweit liegt Folgendes zu Grunde:

Die Klägerin zu 2), geboren am 01.04.1968, ist Archäologin. Sie hat nach dem Ende ihres Studiums in einigen Projekten des K Landesamtes für Archäologie gearbeitet. Welchen Verdienst sie erzielt hat, ist nicht vorgetragen. Aktuell ist sie als freie Mitarbeiterin für die Lokalredaktion F der K1 tätig.

Sie hat am 20.11.1995 ihren ersten Sohn Y1 geboren, der aus der nichtehelichen Beziehung mit L stammt. Im Zeitpunkt der Geburt lebte sie bereits mit dem Beklagten zusammen. Y1 wächst bei ihr auf.

Im Februar 2005 kam es zu erheblichen Zerwürfnissen zwischen ihr und dem Beklagten. Sie hat schon mit Schreiben vom 02.03.2005 (der Beklagte lebte noch im gemeinsamen Haus) für sich nach der Differenzmethode berechneten Betreuungsunterhalt in Höhe von 907,65 €, davon 143,08 € Krankenvorsorgeunterhalt verlangt. Sie hat das damit begründet, dass ihre Lebensverhältnisse vor der Geburt von Y durch das Zusammenleben mit dem Beklagten und dessen Einkünfte geprägt worden seien.

In der Folgezeit kam es dann zu Mediationsversuchen, um die Beziehung zu retten. Der Unterhalt wurde daher weiter vom Beklagten sichergestellt. Erst nach seinem Auszug aus dem Haus Ende März 2006 hat er Unterhaltszahlungen für die Klägerin zu 2) verweigert und nur noch Unterhalt für das gemeinsame Kind bezahlt.

Die Klägerin verlangt mit der Klage Betreuungsunterhalt in Höhe von monatlich 908,- €. Für die Zeit von Mai bis Juli beschränkt sie ihren Anspruch unter Verrechnung der für diese Zeit geleisteten Zahlungen von monatlich bis zu 350,- € auf 749,- € pro Monat.

Sie hat in erster Instanz geltend gemacht, die Begrenzung des Betreuungsunterhalts für nichteheliche Mütter auf einen Zeitraum von drei Jahren ab der Geburt des Kindes sei wegen Verstoßes gegen das Gleichstellungsgebot für eheliche und nichteheliche Kinder in Art. 6 Abs. 5 GG verfassungswidrig. Weil Betreuungsunterhalt für geschiedene Ehefrauen gemäß § 1570 BGB wegen des Rechts und der Pflicht zur Kinderbetreuung gewährt werde, müsse auch die nichteheliche Mutter in gleichem Umfang Anspruch auf Betreuungsunterhalt haben. 8

Zur Höhe des Anspruchs hat sie auf ihre Berechnungen im vorprozessualen Schreiben vom 02.03.2005 verwiesen. Dabei ist sie von einem Nettoeinkommen des Beklagten als Diplomingenieur in Höhe von 2.391,48 € ausgegangen. 9

Nachdem das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 28.02.2007 festgestellt hatte, dass die unterschiedliche Regelung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt in § 1570 BGB einerseits und § 1615 I BGB andererseits mit Art. 6 Abs. 5 GG unvereinbar sei, hat sie ergänzend vorgetragen. Sie meint, § 1615 I BGB sei nunmehr zur Vermeidung verfassungswidriger Entscheidungen so auszulegen, dass die Mutter eines nichtehelichen Kindes wie die Mutter eines ehelichen Kindes bis zu dessen achtem Geburtstag gar nicht zu arbeiten brauche. Weil Y noch keine acht Jahre alt sei, bestehe der geltend gemachte Anspruch auf Betreuungsunterhalt in vollem Umfang. 10

Sie hat beantragt, 11

den Beklagten wie folgt zur Unterhaltszahlung an sie zu verurteilen: 12

- a. für die Zeit von Mai bis Juli 2006 monatlich jeweils 749,- € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz aus jeweils 749,- € ab dem 02.05.2006, 02.06.2006 und 02.07.2006; 13
- b. monatlich 908,- € ab August 2006.

Der Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Er hat sich darauf berufen, dass nach der Entscheidung des Verfassungsgerichts der verfassungswidrige Zustand bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber hinzunehmen sei. Angesichts des Alters von Y sei daher von der Klägerin zu verlangen, ihren Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit sicherzustellen. 16

Das Amtsgericht hat die Klage auf Unterhaltszahlung an die Klägerin zu 2) abgewiesen. Es hat ausgeführt, nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht sei § 1615 I BGB weiter in der bestehenden Fassung anzuwenden. Danach sei die Klage unbegründet, denn die Klägerin habe keine Umstände vorgetragen, die nach der bisherigen Rechtsprechung eine über drei Jahre hinausgehende Unterhaltszahlung rechtfertigen könnten. Die Vorschrift verfassungskonform unter Zugrundelegung der zu § 1570 BGB entwickelten Grundsätze für die Gewährung von Betreuungsunterhalt anzuwenden, überschreite nach den Ausführungen der Verfassungsrichter die Grenzen einer zulässigen Auslegung. Vielmehr unterliege es allein der Entscheidung des Gesetzgebers, wie die Regelungen zur Zahlung von Betreuungsunterhalt in § 1570 BGB einerseits und § 1615 I BGB andererseits zu 17

harmonisieren seien.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie die in erster Instanz geltend gemachten Ansprüche weiter verfolgt. Sie wiederholt insbesondere, dass es geboten sei, ihre Ansprüche und die von Müttern ehelicher Kinder gleich zu behandeln. Trotz der vom Amtsgericht zitierten Ausführungen im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts komme nicht in Betracht, den gegen die Verfassung verstoßenden § 1615 I BGB weiterhin anzuwenden, denn das wäre Rechtsbeugung. Eine Absolution für vorsätzlich verfassungswidrige Rechtsprechung habe das Bundesverfassungsgericht nicht erteilt. 18

Sie meint, auch nach der Neufassung der §§ 1570, 1615 I BGB sei eine über drei Jahre hinausgehende Unterhaltszahlung geboten. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass sie ihre Berufstätigkeit wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes aufgegeben und deshalb nach neuem Recht einen Anspruch auf über drei Jahre hinausgehende Unterhaltszahlungen habe. 19

Zu den Betreuungsmöglichkeiten für Y ab April 2006 und ihren Chancen auf Erzielung bedarfsdeckender Einkünfte hat sie trotz Auflage nichts vorgetragen. Sie hat nur eine Aufstellung der in 2006 und 2007 als Zeitungsmitarbeiterin erhaltenen Honorare vorgelegt und geltend gemacht, sie leide seit 1987 an multipler Sklerose und sei wegen eines neuen Schubes dieser Erkrankung vom 19.11.2007 bis zum 07.12.2007 stationär behandelt worden. Ihre Kraft und Beweglichkeit habe sich zwar unter der Behandlung wieder verbessert, doch könne sie nur noch 1,5 km unter Einsatz von Nordic-Walking-Stöcken gehen, während sie zuvor noch bis zu 4 km geschafft habe. Im erlernten Beruf als Feld-Archäologin könne sie auf Grund ihrer krankheitsbedingten Beeinträchtigungen nicht mehr tätig sein. Da sie wegen der eingeschränkten Handbeweglichkeit zur Zeit noch keine Notizen machen könne, sei ihr auch die Fortsetzung ihrer Tätigkeit als Reporterin unmöglich. 20

Sie beantragt, 21

den Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils wie folgt zur Unterhaltszahlung an sie zu verurteilen: 22

- a. für die Zeit von Mai bis Juli 2006 monatlich jeweils 749,- € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 749,- € ab dem 02.05.2006, aus weiteren 749,- € ab dem 02.06.2006 und aus weitem 749,- € ab dem 02.07.2006; 23
- b. monatlich 908,- € ab August 2006.

Der Beklagte beantragt, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Er verteidigt das angefochtene Urteil und meint, eine verfassungsgemäße Anpassung der Regelung des § 1615 I BGB liege gerade nicht in der Kompetenz der Rechtsprechung. 26

Er behauptet, die Klägerin könne eine vollschichtige Berufstätigkeit ausüben, weil Y bereits seit 2006 zur Schule gehe und mit der an die Schule anschließenden Hort- und Hausaufgabenbetreuung ausreichende Betreuungsmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Auch er selbst habe ihr immer wieder angeboten, für eine Betreuung seines Sohnes zu sorgen. Während ihres Krankenhausaufenthalts habe er Y beispielsweise bei sich aufgenommen und neben seiner vollschichtigen Berufstätigkeit betreut. Nötigenfalls werde er das auch künftig gerne tun. 27

Auch die Belange der Kindesmutter stünden einer Erwerbstätigkeit nicht entgegen, denn sie habe immer wieder selbständig gearbeitet und ihre Berufstätigkeit auf Grund der Kindesbetreuung gerade nicht aufgeben.	28
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	29
<b><u>Entscheidungsgründe</u></b>	30
Die Berufung ist zulässig, hat aber nur für die Zeit bis einschließlich Januar 2007 teilweise Erfolg.	31
Grundlage für die von der Klägerin zu 2) geltend gemachten Ansprüche auf Betreuungsunterhalt kann nur § 1615 I BGB sein. Die Anspruchsvoraussetzungen sind für die Zeit von Mai 2006 bis Januar 2007 erfüllt, aber nicht mehr für die Zeit ab Februar 2007. Auch die Neuregelung der Vorschrift ab dem 01.01.2008 führt nicht zu einem Wiederaufleben der Ansprüche, weil der Klägerin auch dann bedarfsdeckende fiktive Einkünfte zuzurechnen sind, wenn man von ihr ab diesem Zeitpunkt wegen der Neuregelung nur noch eine halbschichtige Tätigkeit verlangen wollte. Im Einzelnen ist – differenziert nach Zeitabschnitten – Folgendes auszuführen:	32
<b>1. Ansprüche der Klägerin für die Zeit von Mai 2006 bis Januar 2007:</b>	33
1.1	34
Zwar ist der Anspruch aus § 1615 I BGB (alter Fassung) grundsätzlich auf einen Zeitraum von drei Jahren nach der Geburt des nichtehelichen Kindes begrenzt. Auch wenn Y im August 2006 bereits sechs Jahre alt geworden ist, kann die Klägerin aber für eine bis Januar 2007 bemessene Übergangsfrist vom Beklagten gemäß den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen Unterhalt aus <b>kind- und elternbezogenen Gründen</b> verlangen.	35
a)	36
Da der Beklagte die Klägerin bis zur Trennung unterhalten hat, musste er ihr danach ermöglichen, eine Ganztagsbetreuung für Y zu suchen, um überhaupt eine Erwerbstätigkeit zur Deckung ihres Lebensunterhalts aufnehmen zu können.	37
Da sie trotz entsprechender Auflage nichts zu den Betreuungsmöglichkeiten vorgetragen hat, ist allerdings davon auszugehen, dass die Organisation einer solchen Ganztagsbetreuung kurzfristig möglich gewesen wäre, insbesondere für die Zeit nach Daniels Einschulung im August 2006.	38
b) Verlängerung des Anspruchs aus kindbezogenen Gründen:	39
Bis zur Trennung hatte Y nur den Kindergarten besucht und sich im übrigen auf die <b>ständige Verfügbarkeit der Mutter verlassen</b> . Es erfordert besondere Aufmerksamkeit und Zuwendung, ein so geprägtes Kind auf eine Ganztagsbetreuung und die damit verbundene größere Vielfalt sozialer Beziehungen einzustellen.	40
Y scheint allerdings intellektuell und sozial gut entwickelt zu sein, denn er ist schon mit Vollendung seines sechsten Lebensjahr eingeschult worden. Von Lern- oder Verhaltensauffälligkeiten, die eine weitere persönliche Betreuung durch die Mutter erforderlich gemacht hätten, ist nicht die Rede.	41

Also ist die Zeit, die Y brauchte, um sich auf eine ganztägige Betreuung in der Schule einzulassen, auf Grund allgemeiner Erfahrungswerte zu schätzen. Im Januar 2007 hatte er das erste Schulhalbjahr hinter sich und dürfte – Gegenteiliges ist nicht vorgetragen – genügend Sicherheit im neuen Lebensumfeld gewonnen haben. Unterhaltsgewährung aus kindbezogenen Gründen kommt daher nur bis einschließlich Januar 2007 in Betracht.	42
c)	43
Elternbezogene Gründe für eine längere Unterhaltszahlung können vorliegen, wenn das Kind in Erwartung eines dauernden gemeinsamen Zusammenlebens gezeugt oder ein sonstiger Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist, etwa durch ein längeres eheähnliches Zusammenleben (BGH, FamRZ 2006, S. 1362, 1367; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, § 1615 I, Rdnr. 13).	44
Dass Y in Erwartung eines dauernden Zusammenlebens gezeugt worden ist oder dass es eine Abrede über die Dauer seiner Betreuung durch die Mutter gegeben hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Allerdings hat der Beklagte den Unterhalt der Klägerin weit über die gesetzliche Frist von 3 Jahren hinaus sichergestellt und hätte dies offenbar auch weiter getan, wenn die Mediationsversuche ab Februar 2005 erfolgreich gewesen wären. Da die Klägerin vor dem Scheitern der Mediation keinen Anlass hatte, ihr Leben umzustellen, ist ihr nach dem Auszug des Beklagten aus Gründen des Vertrauensschutzes eine großzügige Orientierungsphase zur Anpassung an die neuen Lebensumstände zuzubilligen. Diese ist zwar nicht mit einem Jahr oder mehr zu bemessen, wie dies nach der Trennung von Eheleuten üblich ist, kann aber auch nicht allein an dem für die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz erforderlichen Zeitaufwand ausgerichtet werden.	45
Insoweit ist zu bedenken, dass die Klägerin die Trennung nach mehr als 10-jährigem Zusammenleben selber psychisch verarbeiten und ihren Sohn an die neue Situation gewöhnen musste, der bisher nur den Kindergarten besucht hatte.	46
Die dafür (und die Suche nach einem Arbeitsplatz) erforderliche Zeitspanne ist nach Auffassung des Senats allerdings nicht länger als die aus kindbezogenen Gründen erforderliche Anpassungsphase zu bemessen, so dass es bei Januar 2007 als Beginn für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verbleibt.	47
1.2	48
Das Maß des Unterhalts bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften, also gemäß § 1610 Abs. 1 BGB nach der Lebensstellung des Bedürftigen.	49
a)	50
War die nichteheliche Mutter vor der Geburt ihres Kindes erwerbstätig, ist vom früheren Erwerbseinkommen auszugehen, das nur wegen der Betreuung des Kindes entfallen ist.	51
Nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Beklagten im Senatstermin hat die Klägerin vor der Aufnahme der Lebensgemeinschaft mit ihm und der Geburt ihres ersten Kindes (aus einer anderen Beziehung) zwar in Projekten des K Landesamtes für Archäologie mitgearbeitet, aber kein dauerhaftes Erwerbseinkommen aus dieser Tätigkeit erzielt.	52
b)	53
	54

Gibt es keine der Geburt vorausgegangene dauerhaft angelegte Erwerbstätigkeit, kann nur der notwendige Eigenbedarf als Maßstab für die Unterhaltsbemessung herangezogen werden, denn eine Teilhabe an der Lebensstellung des nichtehelichen Vaters kommt entgegen der Auffassung der Klägerin auch dann nicht in Betracht, wenn Mutter und Vater wie hier schon vor der Geburt des Kindes in einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammengelebt haben.

Der Beklagte hat der Klägerin zwar faktisch eine Teilhabe an seinem Lebensstandard gewährt, das waren aber freiwillige Leistungen, die er jederzeit wieder einstellen konnte. Das kann keine Lebensstellung, also eine absehbar gesicherte Position im Sinne von § 1610 BGB begründen (OLG Hamm, FF 2000, S. 137; OLG Naumburg, FamRZ 01, S. 1321; a.A. Wever/Schilling, FamRZ 02, S. 584). 55

Da die Klägerin nur in geringem Umfang erwerbstätig war und gemäß der Aufstellung ihrer Einkünfte in 2006 einen durchschnittlichen Verdienst von 206,59 € erzielt hat, ist nicht der notwendige Selbstbehalt für Erwerbstätige in Höhe von 890,- € zu Grunde zu legen, sondern der Mittelwert zwischen 770,- €, dem Bedarf für Nichterwerbstätige, und 890,- €, das sind 830,- €. 56

Hinzuzurechnen ist der Krankheitsvorsorgebedarf. Der **Unterhaltspflichtige** hat aus den ihm zu belassenden Selbstbehalt von 890,- € bzw. 770,- € keine Aufwendungen für seine Krankheitsvorsorge zu bestreiten, weil Krankenkassenbeiträge sowohl bei Erwerbstätigkeit als auch beim Bezug von Lohnersatzleistungen schon vor der Ermittlung der netto auszahlenden Beträge abgesetzt werden. Folglich deckt auch der am Selbstbehalt zu orientierende Eigenbedarf die Kosten der Krankheitsvorsorge nicht ab. 57

Als erforderlichen Aufwand setzt der Senat den Betrag von 127,50 an, den die Stadt Z1 gemäß dem Bescheid vom 25.07.2007 als Kranken- und Pflegeversicherungsbeitrag für die Klägerin übernimmt (Bescheid im PKH-Heft). Also erhöht sich der Gesamtbedarf auf 957,50 €. 58

c) 59

Die Klägerin hat nach den vorgelegten Unterlagen für ihre Nebentätigkeit bei der K1 im Jahre 2006 insgesamt 2.479,15 € erhalten, das sind monatsanteilig 206,59 €. Rechnet man diesen Verdienst auf den Bedarf von 957,50 € an, verbleiben 750,91 €. Gerundet sind das 751,- €. 60

Aus den Unterlagen im PKH-Heft ergibt sich zwar, dass sie im Zeitraum von April bis Juni 2006 zusätzlich Arbeitslosengeld II in Höhe von monatlich 591,08 € erhalten hat, diese Leistungen sind aber beim Berechtigten nicht bedarfsdeckend anzurechnen, solange der Unterhaltsanspruch von der Sozialbehörde gemäß § 33 Abs. 2 Satz 1 SGB II noch übergeleitet werden kann (Ziffer 2.2 der Hammer Leitlinien, Stand 01.07.2005), wovon hier auszugehen ist. 61

d) 62

Hätte die Klägerin ab dem 01.08.2006 weitere Leistungen nach dem SGB II erhalten, wären ihre Unterhaltsansprüche zwar auf Grund einer Novellierung von § 33 Abs. 1 SGB II kraft Gesetzes auf den Leistungsträger übergegangen, es ist aber weder vorgetragen noch ohne weiteres ersichtlich, dass dies auch nach dem Umzug in das Haus ihrer Mutter in Z1 ab dem 01.07.2006 noch der Fall war. Der Senat sieht keinen Anlass, diese (die Aktivlegitimation berührende) Frage von Amts wegen zu klären. 63

1.3	64
Der Beklagte hat sich zwar in erster Instanz darauf berufen, dass die Klägerin auch einen Unterhaltsanspruch gegen den Vater ihres ersten nichtehelichen Kindes haben könnte und dann eine anteilige Haftung für den errechneten Bedarf gelte, dieser Einwand ist aber unerheblich.	65
Y1 ist am 20.11.2005 10 Jahre alt geworden. Der Beklagte hat keinerlei kind- oder elternbezogene Gründe vorgetragen, die die Klägerin berechtigen könnten, dessen Vater nunmehr gemäß § 1615 I BGB in Anspruch zu nehmen, obwohl der 3-Jahres-Zeitraum seit dem 20.11.1998 abgelaufen ist und er danach über Jahre hin nicht in Anspruch genommen worden ist.	66
1.4	67
Die Leistungsfähigkeit des Beklagten steht nicht in Frage, denn auch gegenüber dem nach der Differenzmethode berechneten höheren Unterhalt von 908,- € hat er sich nicht auf Leistungsunfähigkeit berufen.	68
<b>2. Ansprüche für die Zeit von Februar 2007 bis Juli 2008:</b>	69
2.1 anwendbares Recht:	70
a)	71
Das Amtsgericht hat unter Berufung auf den Beschluss des Verfassungsgerichts vom 28.02.07 (NJW 2007, S. 1735 ff.) gemeint, dass § 1615 I in der bisherigen Fassung anzuwenden sei. Für diese Auffassung spricht, dass das Bundesverfassungsgericht unter Abschnitt C II seines Beschlusses ausgeführt hat, der verfassungswidrige Zustand sei bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber hinzunehmen. Die Vorschrift könne weder für nichtig erklärt werden, weil sie für sich betrachtet dem Kindeswohl nicht zuwiderlaufe, noch komme in Betracht, die Aussetzung aller auf § 1615 I BGB gestützten Verfahren anzuordnen, weil der Nachteil, der den betreuenden Elternteilen und ihren nichtehelichen Kindern dadurch gegenüber ehelichen Kindern und deren Eltern entstehe, hinnehmbar sei.	72
b)	73
Dagegen wendet sich die Klägerin und wirft dem Amtsgericht vor, die Anwendung einer verfassungswidrigen Vorschrift sei <b>Rechtsbeugung</b> . Die Verneinung einer Erwerbsobliegenheit sei schon wegen des in Art. 6 Abs. 2 GG statuierten Rechts zur Betreuung des Kindes geboten, so dass ihr wie jeder ehelichen Mutter das Recht zustehe, ihr Kind ohne Verpflichtung zu einer Erwerbstätigkeit ausschließlich zu betreuen, bis es acht Jahre alt sei. Bei unveränderter Anwendung der bisherigen Regelung werde das Verfassungsgericht nicht umhin können, das amtsgerichtliche Urteil wegen eines Verfassungsverstoßes aufzuheben.	74
aa)	75
Auch der Senat versteht die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts so, dass entgegen der Auffassung der Klägerin nicht in Betracht kommt, der nichtehelichen Mutter Unterhalt nach dem Maßstab von § 1570 BGB zuzusprechen, um den in der unterschiedlichen Regelung der Ansprüche auf Betreuungsunterhalt liegenden Verstoß gegen Art 6 Abs. 5 GG zu beseitigen. Das verstieße gegen den klar und eindeutig	76

geäußerten Willen des Gesetzgebers und würde die Grenzen verfassungskonformer Auslegung überschreiten. Da das Verfassungsgericht sich auch ausdrücklich mit der Frage beschäftigt hat, ob die durch die Anwendung der bisherigen Regelung entstehenden Nachteile hinzunehmen seien, und das bejaht hat, ist der von der Klägerin gewollte Weg **eindeutig versperrt**.

bb) 77

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die inzwischen erfolgte Reform von § 1615 I BGB auch Auswirkung auf die Beurteilung von Ansprüchen für die Zeit vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschrift haben muss. Es lässt sich jetzt nämlich – anders als im Zeitpunkt der Entscheidung des Verfassungsgerichts – nicht mehr sagen, dass eine Auslegung der bisherigen Regelung im Lichte der Neufassung dem eindeutig vom Gesetzgeber geäußerten Willen widerspreche. Eine solche Lösung würde vielmehr die neue Regelung auch für abgelaufene Zeiträume wirksam machen. Damit käme es zwar nicht zu einer rückwirkenden Gleichstellung der Mütter ehelicher und nichtehelicher Kinder, aber dennoch zu einer Erweiterung ihrer Ansprüche in dem Umfang, wie sie der Gesetzgeber auf Grund des Auftrags des Verfassungsgerichts für nötig gehalten hat. 78

Gleichwohl sieht sich der Senat gehindert, der ab dem 01.01.2008 gültigen Regelung auch für vorhergehende Zeiträume Geltung zu verschaffen, indem die unbestimmten Rechtsbegriffe der früheren Fassung erweiternd im Sinne der Neuregelung ausgelegt werden. Das würde nämlich zu einer **rückwirkenden Belastung** der Väter nichtehelicher Kinder führen, mit der sie nicht zu rechnen brauchten, weil eine weitergehende verfassungskonforme Auslegung, als sie der Bundesgerichtshof mit Rücksicht auf Art. 6 Abs. 5 GG in der Vergangenheit, zuletzt mit Urteil vom 05.07.2006 (FamRZ 2006, S. 1362) vorgenommen hatte, nach dem Beschluss des Verfassungsgerichts ausschied. Das Verbot rückwirkender Belastung der Bürger hat aber ebenso Verfassungsrang wie die Forderung nach der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder. 79

2.2 80

Ist § 1615 I BGB für die Zeit bis Dezember 2007 in der bisherigen Fassung und Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung anzuwenden, scheiden Unterhaltsansprüche der Klägerin für die Zeit bis einschließlich Dezember 2007 aus. 81

a) 82

Wie bereits erörtert, ist davon auszugehen, dass sie Y in einer Schule mit Hort- und Hausaufgabenbetreuung hätte unterbringen können und dass er eine solche Fremdbetreuung ab Februar 2007 auch angenommen und verkräftet hätte. Da die Verpflichtung des Beklagten zur Unterhaltszahlung aus elternbezogenen Gründen ebenfalls zu diesem Zeitpunkt endete, hätte sie im Februar 2007 eine vollschichtige Erwerbstätigkeit im Rahmen der Betreuungszeiten von Y, also jeweils zwischen 8.00 und 16.00 Uhr, aufnehmen müssen. 83

b) 84

Da sie nicht dargelegt hat, sich nach der Trennung vom Beklagten in dem von der Rechtsprechung geforderten Umfang (20 Bewerbungen pro Monat), aber vergeblich um eine solche Tätigkeit bemüht zu haben, sind ihr ab Februar 2007 fiktive Einkünfte daraus zuzurechnen. 85

86

In einem im Senatstermin überreichten Schreiben an ihren Anwalt macht sie zwar geltend, wegen der er seit 1987 bestehenden, schubweise verlaufenden multiplen Sklerose könne sie den erlernten, körperlich anstrengenden Beruf der Feldarchäologin nicht mehr ausüben und sei für die Arbeit in einem Museum nicht speziell genug ausgebildet, darauf kommt es aber nicht an.

aa) 87

Krankheitsunterhalt schuldet der Vater des nichtehelichen Kindes gemäß § 1615 I Abs. 1 Satz 1 BGB nur, wenn die Krankheit durch die Schwangerschaft oder Entbindung verursacht ist. Das nimmt die Klägerin selbst nicht an, weil sie auf die erstmalige Diagnose der multiplen Sklerose im Jahr 1987 verweist. 88

bb) 89

Trägt die Klägerin das Risiko krankheitsbedingter Einschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit selber, ist ihr das Einkommen zuzurechnen, dass sie – die Erkrankung hinweggedacht – erzielen könnte. Da sie nach dem Studium zumindest befristete Anstellungen in archäologischen Projekten gefunden hat, ist bei der Bemessung der ohne die Krankheit möglichen Einkünfte von einer realistischen Chance auf Anstellung im erlernten Berufsfeld auszugehen. 90

Dass sie dann ein deutlich über dem notwendigen Eigenbedarf liegendes Einkommen hätte erwirtschaften können, bedarf keiner näheren Erörterung. Mit einem akademischen Berufsabschluss erscheint ein Stundenlohn von 18,- € auch für einen Berufsanfänger als untere Grenze, so dass sich bei vollschichtiger Tätigkeit ein Bruttoeinkommen von rund 3.000,- € ergeben würde. Davon wären nach den für 2007 gültigen Steuer- und Abgabebtarifen rund 1.840,- € übrig geblieben, genug, um den Eigenbedarf von 890,- € (900,- € b dem 01..07.2007) zu decken. 91

2.3 92

Das nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte Attest über die Auswirkungen der multiplen Sklerose auf die Erwerbsfähigkeit der Klägerin gibt keinen Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten, weil es auf den Grad ihrer krankheitsbedingten Erwerbsminderung für den Anspruch aus § 1615 I BGB nicht ankommt. Volle Erwerbsminderung, die einen Anspruch auf Grundsicherung gemäß § 41 SGB XII begründen und den Eigenbedarf decken würde, wird darin gerade nicht bescheinigt. 93

**3. Ansprüche der Klägerin ab Januar 2008:** 94

Grundlage für Ansprüche ab diesem Zeitpunkt ist zwar § 1615 I BGB neuer Fassung, was dazu führen könnte, der Klägerin nur noch eine halbschichtige Erwerbstätigkeit neben der Betreuung von Y zuzumuten, da sie aber, wie bereits ausgeführt, trotz ihrer Erkrankung so zu behandeln ist, als könne sie als Feldarchäologin arbeiten, genügt schon das fiktiv zuzurechnende Einkommen aus halbschichtiger Tätigkeit zur Deckung des notwendigen Eigenbedarf, so dass der Beklagte weiterhin keinen Aufstockungsunterhalt schuldet. 95

3.1 Zur Auslegung von § 1615 I BGB neuer Fassung: 96

Nach § 1615 I BGB n.F. kommt eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus in Betracht, soweit und solange dies – insbesondere unter Berücksichtigung der Kindesbelange und der 97

Betreuungsmöglichkeiten – der Billigkeit entspricht. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 28.02.07 bereits deutlich gemacht, dass das Recht der Eltern auf Betreuung ihrer Kinder gemäß Art 6 Abs. 2 GG dem Verweis auf die Inanspruchnahme von Fremdbetreuung nicht entgegensteht, dennoch erscheint offen, ob bei **sichergestellter Betreuung des Kindes** in der Regel ein sofortiger Wechsel von der elterlichen Betreuung zu einer Vollerwerbstätigkeit oder nur ein gestufter Übergang zu vollschichtiger Erwerbstätigkeit zu verlangen ist.

Auch wenn man nur einen gestuften Übergang verlangt, muss die Klägerin aber nach Auffassung des Senats neben der Betreuung von Y zumindest **halbschichtig arbeiten**, um ihrer Erwerbsobliegenheit gegenüber dem Beklagten zu genügen. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen: 98

a) 99

Da die Verfügbarkeit des betreuenden Elternteils für das Kind keine Rolle mehr spielt, wenn dieses für die Zeitdauer vollschichtiger Erwerbstätigkeit fremdbetreut wird, kann nur die Berücksichtigung der Arbeitsbelastung des betreuenden Elternteils Anlass sein, von einer nicht abrupt einsetzenden, sondern sich stufenweise erhöhenden Erwerbsobliegenheit auszugehen. 100

Meier (Betreuungsunterhalt gemäß §§ 1570 und 1615 I BGB nach der Unterhaltsrechtsreform, FamRZ 08, S. 101 ff.) verweist darauf, dass die in Art 6 Abs. 2 GG statuierte gemeinsame Verantwortung der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder eine ausgeglichene Verteilung der Lasten erfordere. Auch Borth (Der Betreuungsunterhalt geschiedener Ehegatten, FamRZ 08, S. 4, 6); geht davon aus, dass im Hinblick auf die doppelte Belastung von Kindesbetreuung und beruflicher Tätigkeit stets die Zumutbarkeit der Erwerbstätigkeit zu prüfen ist. 101

b) 102

Versucht man die Arbeitsbelastung durch die Betreuung eines Kindes unter Berücksichtigung der durch die Fremdbetreuung eintretenden Entlastung zu **quantifizieren**, so ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass eine halbschichtige Tätigkeit auf jeden Fall zumutbar ist. 103

Wird ein noch nicht 8-jähriges Kind ab 16.00 Uhr aus der Ganztagsbetreuung abgeholt, muss der betreuende Elternteil der Kinderbetreuung vier bis viereinhalb weitere Stunden widmen, weil dessen gesunde Entwicklung erfordert, dass er jederzeit verfügbar ist (BGH, FamRZ 83, S. 458). Ist er geschickt, kann er die Betreuung des Kindes zwar mit einigen Haushaltstätigkeiten wie Einkaufen und Zubereitung des Essens verbinden, muss aber andererseits zusehen, dass er dem Kind intensiv zuhört und ihm Gelegenheit gibt, seine Erlebnisse und Probleme aus der Fremdbetreuung aufzuarbeiten. Zeit zur Entspannung bleibt ihm also erst ab 20.00 Uhr bis 20.30 Uhr, soweit er nicht noch liegengebliebene Hausarbeit, etwa Wäsche zu erledigen hat. 104

Dazu kommt die Wahrnehmung von Arztterminen und von Elterngesprächen in Kindergarten und Schule, die Betreuung restlicher Hausaufgaben, Fahrten zu musischer und sportlicher Freizeitbeschäftigung etc. 105

Der barunterhaltspflichtige Elternteil hat zwar auch einen 8-Stunden-Tag und muss danach seinen Haushalt erledigen, ist aber deutlich weniger belastet, weil sein Haushalt kleiner ist und die Kinderbetreuung sich auf Besuchswochenenden beschränkt. 106

Schätzt man die tägliche Mehrbelastung des ein Kind bis zu 8 Jahren betreuenden Elternteils auf 3 bis 4 Stunden, so genügt es zur Herstellung gleichmäßiger Belastung der Eltern, dass der betreuende Elternteil trotz der Inanspruchnahme ganztägiger Fremdbetreuung nur **halbschichtig arbeitet**, um in den weiteren vier Stunden Hausarbeit und besondere Termine für die Kinder wahrnehmen zu können. 107

3.2 108

Ist die Klägerin zumindest zu halbschichtiger Erwerbstätigkeit verpflichtet, sind ihr fiktive Einnahmen aus einer halbschichtigen Tätigkeit als Archäologin zuzurechnen, weil sie (wie erörtert) das Risiko aus der Einschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit selber trägt. Bei Zugrundelegung eines Stundenlohnes von 18,- € (siehe oben) würde sie bei 86,5 Arbeitsstunden pro Monat (das entspricht 20 Wochenstunden) folgendes Nettogehalt erzielen: 109

Bruttogehalt (86,5 Stunden \* 18,- €) 1.557,00 € 110

./. Lohnsteuern (Klasse 1, 0,5 Kinderfreibeträge) 141,75 € 111

./. Kirchensteuern 7,39 € 112

./. SoliZ 0,23 € 113

./. RV-Beitrag 154,92 € 114

./. KV-Beitrag (Beitragsatz 13,3 % + 0,9 % Zuschlag) 117,55 € 115

./. AV-Beitrag 25,69 € 116

./. PV-Beitrag 13,23 € 117

Nettoverdienst 1.096,24 € 118

Zieht man davon die Kosten einer Ganztagsbetreuung von geschätzt 150,- € ab, so bleiben der Klägerin 946,24 €, genug, um den notwendigen Eigenbedarf von 900,- € zu decken. Es bleibt also keine Bedarfslücke, die der Beklagte gemäß § 1615 I BGB neuer Fassung zu füllen hätte. 119

**4. Berechnung des Rückstands:** 120

Die Klägerin hat im Mai, Juni und Juli 2006 erfolgte Überzahlungen beim Kindesunterhalt auf ihren Unterhalt verrechnet und daher für diese Monate statt 908,- € nur jeweils 749,- € verlangt. Die insoweit anerkannten Zahlbeträge von  $3 * 159,- € = 477,- €$  sind wie folgt auf die Rückstände für die Zeit von Mai 2006 bis Januar 2007 zu verrechnen: 121

Rückstände für die Zeit von Mai 2006 bis Januar 2007 ( $9 * 751,- €$ ) 6.759,00 € 122

./. anzurechnende Zahlungen 477,00 € 123

Restforderung 6.282,00 € 124

5. Zinsanspruch: 125

126

Der Anspruch auf die Zahlung von Verzugszinsen ergibt sich aus den §§ 286, 288 BGB. Die Klägerin hat ihren Unterhaltsanspruch nach der ersten, später durch die Mediation unterbrochenen Trennung bereits mit Schreiben vom 02.03.2005 vorgerechnet, so dass der Beklagte nach der endgültigen Trennung ohne weitere Mahnung jeweils ab dem Monatsersten in Verzug geraten ist.

6. 127

Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Sowohl die Frage, ob § 1615 I BGB alter Fassung für die Zeit bis Ende 2007 erweiternd auszulegen ist, wie auch die Frage, in welchem Umfang der Mutter eines nichtehelichen Kindes nach der Neufassung von § 1615 I eine Erwerbstätigkeit zuzumuten ist, bedarf höchstrichterlicher Klärung. 128

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97, 92 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 708 Ziffer 10 ZPO. 129