

# Betreuungsunterhalt - Gretchenfrage des Unterhaltsrechts

*Ingeborg Schwenzer, Prof. Dr. iur., LL.M., ordentliche Professorin an der Universität Basel*

*Isabelle Egli, Dr. iur., Universität Basel*

---

**Stichwörter:** Betreuungsunterhalt, Altersphasenmodell, nahehelicher Unterhalt, nichteheliche Lebensgemeinschaft, nichteheliche Kinder.

**Mots clefs:** Entretien lié à la prise en charge des enfants, modèle de la graduation en fonction de l'âge, entretien après le divorce, communauté de vie non maritale, enfants nés hors mariage.

---

## I. Einleitung

Wie kaum eine andere Materie des Familienrechts ist das naheheliche Unterhaltsrecht ständigen Umbrüchen unterworfen.<sup>1</sup> Gerade auch in der Schweiz hat das Bundesgericht in den vergangenen zwei Jahren grundlegende, das naheheliche Unterhaltsrecht prägende und präzisierende Entscheidungen getroffen.<sup>2</sup> Zu nennen ist einmal insoweit die Bestätigung der Ablehnung der Mankoteilung in Fällen, in denen das naheheliche Einkommen nicht ausreicht, den Bedarf der beiden Restfamilien zu decken<sup>3</sup>, zum anderen geht es um die Berechnung des nahehelichen Unterhalts bei sogenannten lebensprägenden Ehen.<sup>4</sup> Hingegen wird der sogenannte Betreuungsunterhalt, das heisst Unterhalt, der geschuldet wird, damit ein Elternteil gemeinsame minderjährige Kinder persönlich betreuen kann, in der Schweiz bislang kaum als Sonderproblem diskutiert.<sup>5</sup> Das Bundesgericht scheint hier auf ein seit Jah-

### FamPra.ch-2010-19

ren altbewährtes Altersphasenmodell<sup>6</sup> zurückzugreifen, ohne auch nur die Besonderheit des Betreuungsunterhalts zu thematisieren. Vielmehr wird das Erfordernis der Betreuung eines minderjährigen Kindes als ein Kriterium unter anderen im Rahmen des Art. 125 Abs. 2 ZGB angesehen.<sup>7</sup>

Wird bereits der Betreuungsunterhalt im Rahmen des nahehelichen Unterhaltsrechts stiefmütterlich behandelt, so gilt dies erst recht für einen allfälligen Betreuungsunterhalt nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder gar für die mit dem Vater des Kindes nicht verheiratete und auch nicht mit ihm zusammenlebende Mutter. In diesem Bereich ist von der allerorten behaupteten Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder noch kaum die Rede,<sup>8</sup> wohingegen im Bereich der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder zumindest wichtige Diskussionsansätze vorhanden sind.<sup>9</sup>

Wie in vielen anderen Bereichen des Familienrechts hinkt die Schweiz auch in Fragen des Betreuungsunterhaltes ausländischen Rechtsordnungen um Jahre, wenn nicht gar Jahrzehnte hinterher. Dies muss Anlass sein, dieses Thema gerade im Jubiläumsheft der FamPra.ch aufzugreifen.

Die praktische Bedeutung des Betreuungsunterhaltes kann dabei nur begriffen werden vor dem Hintergrund der rechtstatsächlichen Entwicklung. Auf diese sei deshalb vorab kurz eingegangen.

## II. Rechtstatsachen

Die Entwicklung der Scheidungsziffer in der Schweiz ist hinlänglich bekannt. Seit dem Jahre 2005 beträgt die Scheidungsziffer in der Schweiz über 50%.<sup>10</sup> In städtischen Ballungsgebieten kann ohne weiteres damit gerechnet werden, dass von drei geschlossenen Ehen später zwei geschieden werden. Im internationalen Vergleich liegt die Schweiz damit bezüglich der Scheidungsziffer an der Spitze. Eine höhere Scheidungsrate weisen lediglich Belgien und die USA auf.<sup>11</sup> Die Schweiz hat inzwischen selbst die meisten der früher als scheidungsfreundlich bekannten skandinavischen Staaten<sup>12</sup> überholt, beziehungsweise jedenfalls mit ihnen gleichgezogen. Dabei sind in all diesen Fällen häufig minderjährige Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen. In absoluten Zahlen handelte es sich in der Schweiz im Jahre 2008 um insgesamt 14 141 minderjährige Kinder.<sup>13</sup>

Auf der anderen Seite sinkt die Heiratsziffer auch in der Schweiz ständig.<sup>14</sup> Gleichzeitig steigt damit auch die Zahl nichtehelicher Geburten.<sup>15</sup> Zwar liegt diese mit 16% im Jahre 2007<sup>16</sup> nach wie vor im internationalen Vergleich ausgesprochen niedrig; bemerkenswert ist indes, dass auch in der Schweiz die Zahl nichtehelicher Geburten seit 1990 um circa 300%<sup>17</sup> gestiegen ist, wenngleich die sogenannte kindbezogene Heirat - wahrscheinlich auf Grund nach wie vor bestehender Diskriminierung nichtehelicher Geburt - immer noch weit verbreitet ist.<sup>18</sup>

Bekannt ist, dass in der Schweiz Kinderbetreuung auch heute primär Aufgabe der Familie und hier insbesondere der Mütter ist. Im Jahre 2005 gab es in der Schweiz

### FamPra.ch-2010-21

pro tausend Kinder lediglich 2,8 Krippen- beziehungsweise Hortplätze.<sup>19</sup> Dabei wird in der schweizerischen Statistik nicht einmal nach dem Alter der Kinder differenziert, sodass sich für die gesellschaftliche Realität vieler Familien keine eindeutigen Aussagen treffen lassen. Insgesamt ist auffallend, dass die an Frankreich orientierte Romandie ein erheblich grösseres Angebot an Kinderkrippenplätzen zur Verfügung stellt als beispielsweise die Zentralschweiz.<sup>20</sup> Betrachtet man die Situation von der Nachfrageseite, so wird familienergänzende Kinderbetreuung von 36% der in Paarhaushalten lebenden Eltern und rund 50% der Alleinerziehenden mit Kindern unter fünfzehn Jahren in Anspruch genommen.<sup>21</sup> Ist das jüngste Kind unter sieben Jahre alt, sind es gar 50% respektive 72%. Doch auch bei diesen Zahlen darf nicht vergessen werden, dass familienergänzende Kinderbetreuung oftmals nur an einem Tag pro Woche in Anspruch genommen wird.<sup>22</sup>

Im internationalen Vergleich liegt die Schweiz damit punkto Fremdbetreuung absolut am Ende der Skala. Für Kinder unter drei Jahren werden die höchsten Fremdbetreuungsprozentsätze etwa in Dänemark (73%), den Niederlanden (45%) sowie Schweden (44%) verzeichnet.<sup>23</sup> Für Kinder zwischen drei Jahren und dem schulpflichtigen Alter erreicht die Fremdbetreuung in vielen Ländern circa 95%.<sup>24</sup>

Die Erwerbssituation von Müttern und Vätern in der Schweiz spiegelt einerseits die fehlenden Fremdbetreuungsmöglichkeiten, andererseits das nach wie vor herrschende Rollenverständnis wider. In Paarhaushalten mit Kindern sind die Väter im Durchschnitt zu 87,1%, die Mütter jedoch lediglich im Durchschnitt mit 15,4% Vollzeit erwerbstätig.<sup>25</sup> Teilzeitige Erwerbstätigkeit ist bei Vätern mit 6,9%, bei Müttern mit 58,3% anzutreffen; nicht erwerbstätig sind 5,9% der Väter, jedoch 26,3% der Mütter. Bei Kindern unter sechs Jahren steigt der Prozentsatz der nichterwerbstätigen Mütter auf 34,1%. Bei den alleinerziehenden Müttern liegt die Vollzeiterwerbstätigkeit bei 27%, die Teilzeiterwerbstätigkeit bei 60,8% und die Nichterwerbstätigkeit bei insgesamt 12,2%; sie steigt bei Kindern unter sechs Jahren auf 17,5%.<sup>26</sup>

Statistische Daten zur Erwerbstätigkeit alleinerziehender Väter sind nicht verfügbar, da ihre Anzahl zu gering ist, um statistisch zuverlässige Anteile zu berechnen. Anzumerken bleibt, dass mehr als 4/5 aller allein Erziehenden in der Schweiz Frauen sind.<sup>27</sup> Die traditionelle Zuständigkeit der Frauen für die Kindererziehung und -betreuung kommt im Geschlechterverhältnis der allein Erziehenden an dieser Stelle sehr deutlich zum Ausdruck.

### **III. Betreuungsunterhalt de lege lata**

#### **1. Nachscheidungsituation**

Wie bereits erwähnt, geniesst der Betreuungsunterhalt im Schweizer Recht keine Sonderstellung; Kinderbetreuung wird vielmehr im Rahmen des Art. 125 Abs. 2 ZGB ausschliesslich insoweit berücksichtigt, als sie die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten beeinflusst.<sup>28</sup> In nunmehr seit zwanzig Jahren ständiger Rechtsprechung<sup>29</sup> hat das Bundesgericht die Richtlinie aufgestellt, dass dem betreuenden Elternteil die (Wieder-)Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Umfang von 50% zumutbar ist, sobald das jüngste Kind zehnjährig und im Umfang von 100%, sobald das jüngste Kind sechzehnjährig ist. In einem neueren Entscheid<sup>30</sup> betont das Bundesgericht, dass diese Richtlinien auch bei den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen ihre Gültigkeit behielten, weil nach wie vor die unmittelbare persönliche Betreuung und Pflege vor allem kleiner und im obligatorischen Schulalter stehender Kinder deren Interessen diene. Die «10/16»-Regel gilt dabei nicht allein in Mehrkinder-, sondern auch in Einkindfamilien.<sup>31</sup> Diese Richtlinien werden allerdings insoweit beträchtlich modifiziert, als bei faktisch bestehender Fremdbetreuungsmöglichkeit zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt eine Erwerbsobliegenheit bejaht wird.<sup>32</sup> So mutete etwa das Kantonsgericht Freiburg<sup>33</sup> der Mutter eines zweieinhalbjährigen Kindes die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit von 40% zu, was allerdings dem

Bundesgericht zu weit ging. Unbestritten ist hingegen, dass, soweit die kinderbetreuende Mutter bereits während der Ehe Teilzeit erwerbstätig war, diese Erwerbstätigkeit ungeachtet der «10/16»-Regel auch nach Ehescheidung fortgesetzt werden muss.

#### **2. Betreuungsunterhalt nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft**

Bekanntlich wird in der Schweiz von Literatur und Rechtsprechung die entsprechende Anwendung der ehebeziehungsweise scheidungsrechtlichen Bestimmungen auf nichteheliche Lebensgemeinschaften abgelehnt.<sup>34</sup> Darüber hinaus gibt es so gut wie keinerlei Rechtsprechung zu den Konsequenzen der Auflösung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften. So wurde der einzige Entscheid, in dem sich das Bundesgericht mit den Rechtsfolgen der Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auseinandersetzen hatte und insoweit auf Gesellschaftsrecht rekurrierte<sup>35</sup>, von der Literatur überstrapaziert. In neuerer Zeit finden sich allerdings verschiedene Autorinnen, die sich - nicht zuletzt auf Grund rechtsvergleichender Erkenntnisse - näher mit den Rechtsfolgen der Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften auseinandergesetzt haben.<sup>36</sup> Dabei wird auch und insbesondere die Frage nachgemeinschaftlichen Unterhalts, und hier schwergewichtig nachgemeinschaftlichen Betreuungsunterhalts, diskutiert.<sup>37</sup>

In der jüngeren Literatur<sup>38</sup> wird dabei zunehmend darauf hingewiesen, dass allfällige auf das Obligationenrecht rekurrierende Ansätze zur Lösung der Problematik kaum zielführend sind. Gefordert wird

deshalb ein Eingreifen des Gesetzgebers de lege ferenda<sup>39</sup>, mit dem Ziel, namentlich auch bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften Unterhalt zum Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile zu schaffen.

FamPra.ch-2010-24

### **3. Betreuungsunterhalt für alle Mütter nichtehelicher Kinder**

Nach Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB steht jeder Mutter eines nichtehelichen Kindes ein Anspruch für die Kosten des Unterhalts während mindestens vier Wochen vor und mindestens acht Wochen nach der Geburt zu. Von der wohl noch herrschenden schweizerischen Lehre wird dieser Anspruch allerdings nicht als Unterhaltsanspruch der Mutter gegen den Vater des nichtehelichen Kindes, sondern als eine Art «Entschädigungsanspruch» begriffen.<sup>40</sup> Erst in jüngster Zeit wird - inspiriert durch die Entwicklung im deutschen Recht, auf das sogleich zurückzukommen sein wird - auch für das Schweizer Recht ein allgemeiner zeitlich befristeter Betreuungsunterhalt für alle Mütter nichtehelicher Kinder gefordert.<sup>41</sup>

## **IV. Rechtsvergleichender Überblick**

### **1. Weitgehende Gleichstellung von Ehen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften**

Namentlich in zum anglo-amerikanischen Rechtskreis zu zählenden Rechtsordnungen<sup>42</sup> werden nichteheliche Lebensgemeinschaften nach einer bestimmten Dauer, beziehungsweise soweit Kinder aus der Gemeinschaft hervorgegangen sind, Ehen im Hinblick auf die vermögensmässigen Konsequenzen bei Auflösung gleichgestellt.<sup>43</sup>

FamPra.ch-2010-25

Der Betreuungsunterhalt nach Auflösung einer Gemeinschaft wird demnach statusunabhängig angeknüpft.

Die Gleichstellung von nichtehelicher Lebensgemeinschaft und Ehe bedeutet in diesen Rechtsordnungen freilich nicht, dass auch Mütter nichtehelicher Kinder, die ausserhalb jeglicher Gemeinschaft geboren wurden, in den Genuss eines derartigen Betreuungsunterhalts kämen. Ihnen steht vielmehr nur ein relativ beschränkter Unterhaltsanspruch gegen den Vater des nichtehelichen Kindes zu.<sup>44</sup>

### **2. Die Entwicklung in Deutschland**

Was Ausgleichsansprüche nach nichtehelicher Lebensgemeinschaft betrifft, befindet sich Deutschland in einer ganz ähnlichen Situation wie die Schweiz<sup>45</sup>: Von einer gesetzlichen Regelung ist man vermutlich noch viele Jahre entfernt. Im Bereich des Betreuungsunterhaltes hat jedoch in den letzten Jahren eine bemerkenswerte Entwicklung<sup>46</sup> stattgefunden, die heute weitgehend zu einer Gleichstellung aller alleinerziehenden Mütter, gleichgültig, ob sie mit dem Vater des Kindes verheiratet waren, zusammengelebt haben oder nicht, geführt hat. Die Meilensteine dieser Entwicklung seien kurz nachgezeichnet.

Ursprünglich war auch das deutsche Recht von einer strikten Trennung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern geprägt. Während die Mutter eines ehelichen Kindes nach Scheidung der Elternehe grundsätzlich nach § 1570 BGB a.F. Betreuungsunterhalt verlangen konnte, bestand ein Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes - unabhängig von einer allfällig vorangegangenen nichtehelichen Lebensgemeinschaft - nur in sehr engen Grenzen. Dabei folgten Rechtsprechung und Lehre einem

Altersphasenmodell.<sup>47</sup> Nach der «08/15»-Regel sollte der Mutter eines ehelichen Kindes grundsätzlich eine Teilzeiterwerbstätigkeit nach dem achten<sup>48</sup>

#### FamPra.ch-2010-26

und eine Vollzeiterwerbstätigkeit nach dem fünfzehnten Lebensjahr<sup>49</sup> zuzumuten sein. Der Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes war hingegen - ähnlich wie in der Schweiz - zunächst nach § 1615 I BGB a.F. grundsätzlich auf einen Zeitraum von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt beschränkt.<sup>50</sup> Bei Erwerbsunfähigkeit wegen Erkrankung infolge der Schwangerschaft oder wenn das Kind auf Grund der Erwerbstätigkeit der Mutter nicht anderweitig versorgt werden konnte, war eine Verlängerung auf vier Monate vor und einem Jahr nach der Geburt möglich.<sup>51</sup> Dieser Anspruch wurde im Jahre 1995 auf maximal drei Jahre nach der Geburt ausgedehnt.<sup>52</sup>

Der unterschiedlichen Behandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Bereich des Betreuungsunterhalts wurde mit Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2007<sup>53</sup> ein Ende gesetzt. Das Bundesverfassungsgericht hielt die in § 1570 BGB a.F. und § 1615 I BGB a.F. bestehende unterschiedliche Dauer des Betreuungsunterhalts mit Art. 6 Abs. 5 GG, wonach nichtehelichen Kindern durch Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen sind, wie den ehelichen Kindern, unvereinbar. Dieses Grundrecht verbiete eine auch nur mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen.

Der Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts, die Bestimmungen zum Betreuungsunterhalt verfassungskonform zu fassen, ist der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes, das am 1. Januar 2008 in Kraft trat, nachgekommen.<sup>54</sup> § 1570 BGB n.F. und § 1615 I BGB n.F. gehen heute beide von einer grundsätzlichen dreijährigen Dauer des Betreuungsunterhaltes aus; eine Verlän-

#### FamPra.ch-2010-27

gerung ist aus Gründen der Billigkeit möglich, wobei insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen sind.<sup>55</sup> Über diese kindbezogene Verlängerungsmöglichkeit des Betreuungsunterhalts geht § 1570 Abs. 2 BGB hinaus und erlaubt eine elternbezogene Verlängerung<sup>56</sup>, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht. Bezüglich der Verlängerungsmöglichkeit über drei Jahre hinaus besteht damit vom Wortlaut des Gesetzes ausgehend immer noch ein gravierender Unterschied für den Betreuungsunterhalt für nichteheliche und eheliche Kinder. Unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes mahnte die Literatur jedoch eine gleichstellungsfreundliche Auslegung der beiden Vorschriften insoweit an, als auch bei Bestehen einer verfestigten Lebensgemeinschaft ein durch Lebensführung und Aufgabenverteilung geschaffenes Vertrauen nach der Trennung - entsprechend der Regelung in § 1570 Abs. 2 BGB - Berücksichtigung finden müsse.<sup>57</sup> Elternbezogene Gründe sind deshalb sowohl im Rahmen des § 1615 I Abs. 2 BGB n.F. als auch in § 1570 Abs. 2 BGB n.F. gleichermassen zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs ist bereits im Juli 2008 dieser Auffassung gefolgt.<sup>58</sup>

In der untergerichtlichen Rechtsprechung zeichnete sich nur kurz nach Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes die Tendenz ab, den Betreuungsunterhalt nach wie vor durch ein Altersphasenmodell zu konkretisieren.<sup>59</sup> Dieser Tendenz hat der Bundesgerichtshof im März 2009<sup>60</sup> eine deutliche Absage erteilt. Im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers verbiete es sich, die Verlängerung des

#### FamPra.ch-2010-28

Betreuungsunterhaltes allein vom Kindesalter abhängig zu machen. Jede über drei Jahre hinausgehende Verlängerung des Betreuungsunterhalts stellt deshalb eine einzelfallbezogene Billigkeitsentscheidung dar. Zwar mögen bei einer derartigen Billigkeitsabwägung auch elternbezogene Gründe, insbesondere der Aspekt einer überobligationsmässigen Beanspruchung durch Erwerbstätigkeit und Kinderbetreuung<sup>61</sup>, zu einer eingeschränkten Erwerbsobliegenheit führen, dennoch wird aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs deutlich, dass mit dem neuen Unterhaltsrecht die persönliche Betreuung eines Kindes eine grundlegend neue Bewertung erfahren hat. Der Gesetzgeber wollte das Unterhaltsrecht «an die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse»<sup>62</sup> anpassen. Es mag zwar fraglich sein, ob sich - auch in Deutschland - die gesellschaftlichen Verhältnisse im Hinblick auf Erforderlichkeit und Wünschbarkeit persönlicher Betreuung eines Kindes durch die Eltern bereits so einschneidend verändert haben, wie dies vielleicht schon angesichts der Möglichkeiten der Fremdbetreuung in anderen Ländern schon länger der Fall sein mag, jedenfalls wurde mit dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz insoweit ein neues Leitbild geschaffen.

## V. Konsequenzen

### 1. Rechtspolitische und -ethische Begründung

Bekanntlich hat der Schweizer Gesetzgeber im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision versäumt, Stellung zu nehmen bezüglich der rechtspolitischen und -ethischen Begründung nahehelichen Unterhalts. Schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens war viel von nahehelicher Solidarität<sup>63</sup>, clean break<sup>64</sup>, Selbstverantwortung, vereinzelt auch von ehebedingten Nachteilen<sup>65</sup> die Rede. Die herausragende Stellung, die der Betreuungsunterhalt im Rahmen der Unterhaltstatbestände einnimmt

FamPra.ch-2010-29

und die durchwegs im Ausland gesehen wird, wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht thematisiert. Auch das Bundesgericht hat in seiner nunmehr nahezu 10-jährigen Rechtsprechung zu Art. 125 Abs. 2 ZGB unverändert an diesem Konzept festgehalten. Noch immer ist in den Entscheiden zum Betreuungsunterhalt von nahehelicher Solidarität<sup>66</sup> die Rede, was die Begrenzung durch das sogenannte Selbstverantwortungsprinzip notwendigerweise in sich schliesst.

Auch auf internationaler Ebene wird in letzter Zeit intensiv um die «richtige», die «rechtsethische» Begründung<sup>67</sup> für die Berechtigung nahehelichen Unterhalts gerungen. In Zeiten, in denen vielerorts die Hälfte der Ehen geschieden wird, setzt sich allenthalben das Prinzip des clean break durch. Nachehelicher Unterhalt wird nicht mehr als selbstverständlich hingenommen, sondern erscheint als begründungsbedürftige Ausnahme.<sup>68</sup> In der internationalen Diskussion zeichnen sich nunmehr folgende Fallgruppen ab: der (privilegierte) Betreuungsunterhalt, Unterhalt zum Ausgleich ehebedingter Nachteile und Unterhalt auf Grund nahehelicher Solidarität.<sup>69</sup> Einigkeit besteht heute, dass Betreuungsunterhalt weder etwas mit dem Ausgleich ehebedingter Nachteile geschweige denn mit nahehelicher Solidarität zu tun hat. Um ehebedingte Nachteile geht es dann, wenn ein Partner bzw. eine Partnerin auf Grund gemeinsamer Entscheidung eine eigene Erwerbstätigkeit nicht aufgenommen, aufgegeben oder eingeschränkt hat, sei es, um für Kinder, den Haushalt, den Partner oder, auf Grund gemeinsamer moralischer Verpflichtung, für dritte Personen zu sorgen, den Partner in dessen Gewerbe oder Beruf zu unterstützen oder auch nur zur Aufrechterhaltung der Beziehung, in ein anderes Land zu ziehen. Von nahehelicher Solidarität kann nur gesprochen werden, wo keine ehebedingten Nachteile zu verzeichnen sind, wie z.B. nach Auflösung einer Doppelverdiener Ehe ohne Kinder<sup>70</sup> mit nichtehebenden Einkommensunterschieden, einer Altersehe oder in Fällen, in denen Krankheit oder Arbeitslosigkeit eines Ehegatten in keinerlei Zusammenhang mit der Ehe stehen und auch im Übrigen keine ehebedingten Nachteile vorliegen. Mit all dem hat der Betreuungsunterhalt nichts zu tun. Es geht hier darum, dass ein Elternteil mit der Betreuung des Kindes eine auch dem anderen Elternteil obliegende Aufgabe wahrnimmt und diesen damit entlastet. Man mag dies als den fortgesetzten

Austausch familiärer Leistungen<sup>71</sup> bezeichnen. In anderen Rechtsgebieten - wie dem Obligationenrecht - erscheint es als Selbstverständlichkeit, dass in Fällen, in denen eine Person die Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen einer anderen Person übernimmt, hierfür Ersatz beanspruchen kann.

Ob man den Betreuungsunterhalt dann nach wie vor als Teil des nahehelichen Unterhalts begreift oder - so die wohl inzwischen überwiegende Auffassung in der Literatur - dem Kindesunterhalt zuschlägt<sup>72</sup>, ist schlussendlich sekundär. Für die Zuordnung zum Kindesunterhalt mag ins Feld geführt werden, dass Kindesunterhalt von Unterhaltspflichtigen eher akzeptiert wird als nahehelicher Ehegattenunterhalt.

Aus dieser Sichtweise des Betreuungsunterhalts ergeben sich grundlegende Konsequenzen.

## **2. Statusunabhängigkeit**

Es kann kaum fraglich sein, dass der so begründete Betreuungsunterhalt statusunabhängig zu gewähren ist.<sup>73</sup> Wo es darum geht, Pflichten auch des anderen Elternteils bezüglich der persönlichen Betreuung des Kindes wahrzunehmen, kann die Frage, ob die Eltern verheiratet sind, waren, zusammenleben oder zusammen gelebt haben, schlechterdings keine Rolle spielen.

Wie aufgezeigt wurde, geht die internationale Entwicklung deutlich in diese Richtung. Allein dieses Ergebnis ist auch mit den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention zu vereinbaren, denn es stellt zweifellos eine Diskriminierung auf Grund des Status des Kindes bzw. desjenigen der Eltern im Sinne des Art. 2 Abs. 1 UN-KRK dar, wenn dem nichtehelichen Kind die persönliche Betreuung durch einen leiblichen Elternteil im Gegensatz zum ehelichen Kind nicht mittels Betreuungsunterhalt ermöglicht wird.<sup>74</sup>

## **3. Ausgestaltung**

Die rechtspolitische und -ethische Begründung des Betreuungsunterhalts hat weitreichende Konsequenzen auch für die Ausgestaltung dieses Unterhaltsanspruchs.

### **a) Dauer des Betreuungsunterhalts**

Einigkeit scheint auf internationaler Ebene jedenfalls insoweit zu bestehen, dass während der ersten drei Lebensjahre eines Kindes die persönliche Betreuung durch einen Elternteil wünschenswert und sicherzustellen ist. Aus der Entwicklungspsychologie ist hinlänglich bekannt, dass eine gesunde Entwicklung vor allem Kontinuität und Kohärenz bezüglich der primären Beziehungen voraussetzt.<sup>75</sup> Ob über die ersten drei Lebensjahre eines Kindes hinausgehend persönliche Betreuung durch ein Elternteil und damit Betreuungsunterhalt erforderlich ist, hängt nicht allein von den individuellen Bedürfnissen des jeweiligen Kindes ab - im Falle einer Behinderung ist der Betreuungsunterhalt zweifelsohne auszudehnen -, massgeblich ist vielmehr vor allem auch die in einer Gesellschaft anzutreffende Infrastruktur im Hinblick auf allfällige Drittbetreuungsmöglichkeiten. Für Kinder im Vorschulalter kommt es dabei auf das verfügbare Angebot von Kinderkrippen- und Hortplätzen an; ab dem Schulalter sind Ganztageschulen oder zumindest Blockzeiten und das Angebot von Mittagstischen unabdingbar. So lange jedoch Drittbetreuungsmöglichkeiten - wie insbesondere in der Schweiz - noch immer nicht in nennenswertem Umfang zur Verfügung stehen,<sup>76</sup> mag der Rückgriff auf ein sogenanntes Altersphasenmodell - sei es «10/16» oder wie früher in Deutschland praktiziert «08/15» - immer noch nützliche Dienste leisten.

## b) Ausschluss und Abänderung des Betreuungsunterhalts

Betrachtet man den Betreuungsunterhalt als allein sich aus den Interessen des Kindes ergebend, ja wo möglich als Teil des Kindesunterhaltes, so folgt daraus zunächst, dass eine allfällige Versagung oder Kürzung, die nach Art. 125 Abs. 3 ZGB auf Grund eines gravierenden persönlichen Fehlverhaltens des ansprechenden Ehegatten denkbar wäre, nicht in Betracht kommen kann.<sup>77</sup> Allenfalls könnte man insoweit an eine Kürzung denken, als das aus Kindeswohlgründen erforderliche Mindestmass an Unterhalt gewahrt bleibt.

Aus der oben dargestellten rechtspolitischen und -ethischen Begründung des Betreuungsunterhalts folgt auch, dass er nicht entfällt, wenn der betreuende Elternteil wieder heiratet oder womöglich nur in einer stabilen nichtehelichen Gemein-

FamPra.ch-2010-32

schaft lebt.<sup>78</sup> Es lässt sich nicht rechtfertigen, warum der neue Partner die Pflichten des natürlichen Elternteils, die mit der Betreuung eines Kindes verbunden sind, im Ergebnis finanziell übernehmen sollte. Bei Hinzutreten weiterer Kinder aus der neuen Beziehung, wodurch auch ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt gegen den neuen Partner entsteht, kann man allenfalls eine quotenmässige Aufteilung in Erwägung ziehen.<sup>79</sup>

## VI. Fazit

Wo - wie oben berichtet - jährlich ca. 14 000 minderjährige Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen sind und die Zahl der nichtehelichen Geburten weiter steigt, kommt dem Betreuungsunterhalt zur Ermöglichung der persönlichen Betreuung eines Kindes durch einen Elternteil faktisch eine herausragende Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere, wenn - wie in der Schweiz - Drittbetreuungsmöglichkeiten nach wie vor nicht in ausreichendem Masse zur Verfügung stehen.

Es scheint an der Zeit, dass der faktisch herausragenden Bedeutung des Betreuungsunterhalts auch rechtlich angemessen Rechnung getragen wird. Insbesondere ist ein Umdenken erforderlich, was die rechtspolitische und -ethische Begründung des Betreuungsunterhalts betrifft. Ein solches Umdenken im Kreise der Juristinnen und Juristen wäre auch geeignet, den Unterhaltsverpflichteten die Notwendigkeit und Berechtigung des Betreuungsunterhalts näher zu bringen.

Sieht man den Betreuungsunterhalt als Ausgleich dafür, dass der betreuende Elternteil die Betreuungsaufgaben des anderen Elternteils (mit-)übernimmt, so folgt daraus zwanglos, dass der Betreuungsunterhalt statusunabhängig zu gewähren ist und in seinem Bestand bzw. Fortbestand nicht von einem allfälligen Verhalten des betreuenden Elternteils abhängig gemacht werden kann. Die mögliche Dauer des Betreuungsunterhalts muss sich an der jeweiligen gesellschaftlichen Realität orientieren.

FamPra.ch-2010-33

---

**Zusammenfassung:** In der Schweiz wird der sog. Betreuungsunterhalt, d.h. Unterhalt, der geschuldet wird, damit ein Elternteil gemeinsame minderjährige Kinder persönlich betreuen kann, bislang kaum als Sonderproblem diskutiert. Das Bundesgericht greift in der Nachscheidungsituation auf ein seit Jahren altbewährtes Altersphasenmodell zurück, ohne auch nur die Besonderheit des Betreuungsunterhalts zu thematisieren. Das Erfordernis der Betreuung eines minderjährigen Kindes wird vielmehr als ein Kriterium unter anderen im Rahmen des Art. 125 Abs. 2 ZGB angesehen. Ferner ist Betreuungsunterhalt für Mütter nichtehelicher Kinder in der Schweiz kein Thema. Fortschrittlicher präsentiert sich die Situation im anglo-amerikanischen Rechtskreis, wo der Betreuungsunterhalt nach Auflösung einer Gemeinschaft statusunabhängig angeknüpft wird. Auch die am 1.1.2008 in Kraft getretene Unterhaltsreform in Deutschland

stellt eheliche und nichteheliche Kinder bezüglich Betreuungsunterhalt gleich. Der vorliegende Beitrag fordert ein Umdenken bezüglich der rechtspolitischen und ethischen Begründung des Betreuungsunterhalts in der Schweiz und insbesondere die Loslösung des Betreuungsunterhalts vom Status der Eltern.

**Résumé :** En Suisse, l'entretien lié à la prise en charge des enfants, c'est-à-dire l'entretien dû à l'un des parents afin qu'il puisse assurer lui-même la prise en charge des enfants communs mineurs, n'a jusqu'à présent pas fait l'objet de discussions en tant que problème spécifique. Pour régler la situation après le divorce, le Tribunal fédéral a recours à un modèle de graduation en fonction de l'âge éprouvé depuis des années, sans aborder en plus isolément le caractère particulier de l'entretien lié à la prise en charge des enfants. La nécessité de prendre en charge un enfant mineur est au contraire considérée comme un critère parmi d'autres à prendre en compte dans le cadre de l'art. 125 al. 2CC. De surcroît, les mères d'enfants nés hors mariage n'ont en Suisse aucun droit à une contribution d'entretien lié à la prise en charge des enfants. Dans le monde juridique anglo-saxon, la situation est plus progressiste, l'entretien lié à la prise en charge des enfants étant octroyé après dissolution de toute communauté de vie, quel qu'en soit le statut. La réforme des pensions alimentaires entrée en vigueur en Allemagne le 1.1.2008 met elle aussi les enfants de parents mariés et non mariés sur un pied d'égalité en ce qui concerne l'entretien lié à la prise en charge. Le présent article appelle à repenser les fondements politico-juridiques et éthiques de l'entretien lié à la prise en charge des enfants en Suisse et en particulier à ne plus subordonner cet entretien au statut des parents.

---

<sup>[1]</sup> FamKomm Scheidung/Schwenzer, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB, N 5 f.; BaslerKomm/Gloor/Spycher, Vorbem. zu Art. 125-130 ZGB, N 5.

<sup>[2]</sup> Zur allgemeinen Übersicht über die Rechtsprechung vgl. Möckli, Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht im Jahr 2008, FamPra.ch 2009, 672 ff.; Möckli, Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht im Jahr 2007, FamPra.ch 2008, 545 ff.

<sup>[3]</sup> BGE 135 III 66, 79 f., E.10 = FamPra.ch 2009, 145, 156, während das Bundesgericht noch in BGE 133 III 57 ff. = FamPra.ch 2007, 391, 395 (OGer AG, FamPra.ch 2006, 726 ff. mit Anm. Schwenzer, 730 f.) angekündigt hatte, die fehlende Mankoteilung zu überdenken, und auf eine unterhaltsfreundlichere Tendenz hoffen liess.

<sup>[4]</sup> BGer, 30.4.2009, 5A\_6/2009 = FamPra.ch 2009, 769, 771 f.; BGE 134 III 577 f., E.3 = FamPra.ch 2009, 203 f.; BGE 135 III 158 f., E.4.3 = FamPra.ch 2009, 475 f.; BGE 134 III 145 ff. = BGer, FamPra.ch 2008, 392 ff. (mit Anm. Aeschlimann, 395 f.)

<sup>[5]</sup> Vgl. allerdings Rumo-Jungo, Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern - ein Denkanstoss, recht 2008, 27 ff.; Schwenzer, Nachehelicher Unterhalt oder: Nach der Änderung ist vor der Änderung, Mitteilungen zum Familienrecht 2009, Nr. 10, 11 ff.; Büchler, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, 59, 73 ff.

<sup>[6]</sup> BGE 109 II 286, 289, E.5a; BGE 115 II 6, 10, E.3c; BGer, FamPra.ch 2002, 145, 148; BGer, 30.4.2009, 5A\_6/2009 = FamPra.ch 2009, 769, 771 f.: Die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit ist grundsätzlich ab dem 10. Altersjahr des jüngsten Kindes zu 50% und ab dem 16. Altersjahr des Kindes zu 100% zumutbar.

<sup>[7]</sup> BaslerKomm/Gloor/Spycher, Art. 125 ZGB, N 10.

<sup>[8]</sup> So auch Büchler (Fn. 5), 59, 85, die eine Benachteiligung nichtehelicher Kinder auch in anderen Bereichen wie der Zuteilung der Wohnung nach der Trennung sieht: «In Bezug auf die Beständigkeit der Lebensumgebung sind Kinder nicht verheirateter Eltern schlechter gestellt (.).» vgl. auch Büchler/Vetterli, Ehe, Partnerschaft, Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Basel 2007, 176.

[9] Vgl. den Vorentwurf zu einer Änderung des Zivilgesetzbuches und des Strafgesetzbuches (elterliche Sorge), <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge.Par.0004.File/tmp/entw-d.pdf> (Stand Januar 2009), (27.10.2009). Leider wird in der Praxis zum Teil aber immer noch die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Paare als mit dem Kindeswohl unvereinbar angesehen, vgl. das umstrittene Kreisschreiben des Aargauer Obergerichts an die Vormundschaftsbehörden (Merkblatt für unverheiratete Mütter und Väter), <http://www.ag.ch/obergericht/de/pub/angebote/index.php> (27.10.2009).

[10] Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2009, Zürich 2009, 41 (T.1.2.2.2.3.2); vgl. auch Egli, Die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach Scheidung - Eine rechtstatsächliche Studie an fünf erstinstanzlichen Gerichten, Diss. Basel, Bern 2007.

[11] Statistisches Jahrbuch 2009, 480 (T.21.3.3); Belgien: 2,9 Scheidungen/1000 Einwohner, USA: 4,2 Scheidungen/1000 Einwohner (im Vergleich dazu die Schweiz mit 2,6 Scheidungen/1000 Einwohner). Die niedrigste Scheidungsquote findet sich in Griechenland und Spanien (1,2 Scheidungen/1000 Einwohner).

[12] Statistisches Jahrbuch 2009, 480 (T.21.3.3); Schweden: 2,3 Scheidungen/1000 Einwohner, Finnland: 2,5 Scheidungen/1000 Einwohner.

[13] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/data/03.Document.67609.xls> (27.10.2009).

[14] Statistisches Jahrbuch 2009, 35 (T.1.1.2.1); vgl. auch im gesamteuropäischen Vergleich das Eurostat Jahrbuch 2009, 156, Abb. 3.13; ferner Duss-von Werdt, «Entflechtungen» - Von woher und wohin Ehe und Familie sich entwickeln, FamPra.ch 2006, 562, 567 f.; Scherpe, Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung und Empfehlungen zur Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The legal status of cohabitants, Tübingen 2005, 571 f.

[15] Statistisches Jahrbuch 2009, 42 (T.1.2.2.2.4.1); vgl. auch im gesamteuropäischen Vergleich das Eurostat Jahrbuch 2009, 153, Abb. 3.14.

[16] Statistisches Jahrbuch 2009, 42 (T.1.2.2.2.4.1), 480 (T.21.3.3).

[17] Notabene von 6,1% auf 16,2%, vgl. Statistisches Jahrbuch 2009, 42 (T.1.2.2.2.4.1).

[18] So auch Büchler (Fn. 5), 59, 61.

[19] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/06.html> (27.10.2009).

[20] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/06.html> (27.10.2009).

[21] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/01/05/01.html> (27.10.2009).

[22] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/04/blank/01/05/01.html> (27.10.2009).

[23] <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home> (Eurostat) (27.10.2009).

[24] Belgien: 98%, Dänemark: 96%, Frankreich: 94%; <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home> (Eurostat), (27.10.2009).

[25] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/01.html> (27.10.2009); vgl. auch Baumgartner, Über die Sonderkategorie der Frauen auf dem Arbeitsmarkt, FamPra.ch 2007, 298,

300, und zur Entwicklung in Deutschland Hohmann-Dennhardt, *Familienwelten im Wandel*, ZKJ 2007, 382, 384.

[26] <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/01.html> (27.10.2009).

[27]

[http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/thematische\\_karten/gleichstellungsatlas/familien\\_und\\_haushalts](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/thematische_karten/gleichstellungsatlas/familien_und_haushalts) (27.10.2009).

[28] *BaslerKomm/Gloor/Spycher*, Art. 125 ZGB, N 10.

[29] BGE 109 II 286, 289, E.5a; BGE 115 II 6, 10, E.3c; BGer, *FamPra.ch* 2002, 145, 148; vgl. dazu als jüngster Entscheid auch BGer, 30.4.2009, 5A\_6/2009 = *FamPra.ch* 2009, 769, 771 f.; auch die erstinstanzliche Gerichtspraxis orientiert sich weitgehend an den bundesgerichtlichen Leitlinien, vgl. Egli, *Die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach Scheidung - Ergebnisse aus der erstinstanzlichen Praxis*, *FamPra.ch* 2008, 772, 778 f.

[30] BGE 135 III 158 f., E.3.2. = *FamPra.ch* 2009, 475 f.

[31] So explizit BGer, 4.7.2007, 5A\_100/2007, E.4.; BGer, 30.4.2009, 5A\_6/2009 = *FamPra.ch* 2009, 769, 771 f.

[32] BGer, 1.7.2004, 5P.170/2004, E.1.2.3.; vgl. auch Rumo-Jungo, *recht* 2008, 27, 30.

[33] KGer FR, *FamPra.ch* 2003, 136 f.

[34] Vgl. BGE 108 II 204 ff.; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl., Bern 2007, N 03.28 ff.; Dussy, *Ausgleichsansprüche für Vermögensinvestitionen nach Auflösung von Lebensbeziehungen*, Diss. Basel/Frankfurt a.M. 1994, 46 ff.; Bietenharder-Künzle, *Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung des Konkubinats*, Diss. Basel 1986, 36 ff.; a.A. Pulver, *Unverheiratete Paare - Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge*, Basel/Genf/München 2000, 16, 55; Schwenzer, *Vom Status zur Realbeziehung. Familienrecht im Wandel*, Baden-Baden 1987, 173.

[35] BGE 108 II 204, 208; vgl. auch Büchler/Vetterli (Fn. 8), 175 f.

[36] Büchler (Fn. 5), 59, 73 ff.; Rumo-Jungo, *recht* 2008, 27, 30.

[37] Vgl. allerdings bereits Schwenzer (Fn. 34), 203 ff.; dies., *Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften?*, JZ 1988, 781.

[38] Büchler/Vetterli (Fn. 8), 175 f.; Büchler (Fn. 5), 59, 84; vgl. aber auch Rumo-Jungo, *recht* 2008, 27, 32 f., welche eine *Betreuungsentschädigung aus dem Arbeitsrecht, Auftragsrecht, der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Haftung aus erwecktem Vertrauen herleitet*.

[39] Vgl. Büchler (Fn. 5), 59, 84; wohl auch Rumo-Jungo, *recht* 2008, 27, 34 f.

[40] Vgl. *Basler Kommentar/Breitschmid*, Art. 295 ZGB, N 1 f.

[41] Vgl. Rumo/Jungo, *recht* 2008, 27, 34 ff.

[42] Zum englischen Recht vgl. Wood/Lush/Bishop/Murray, *Cohabitation, Law, Practice and Precedents*, 4th ed., Bristol 2009, 368 ff.; Barlow, *Regulation of cohabitation, changing family policies and social attitudes: a discussion of Britain within Europe*, in: Diduck (Hrsg.), *Marriage and Cohabitation*, Ashgate 2008, 489, 498 f.; Hess, *The rights of cohabitants: when and how will the law be reformed?*, *FamLaw* 2009, 405, 408; Singer, *What provision for unmarried couples should the law make when their relationships break down?*, *FamLaw* 2009, 234, 236; Barlow/Burgoyne/Clery/Smithson, *Cohabitation and the law: myths, money and the media*, Nuffield Foundation Funded Project 2008, 29, 40 f.; Douglas/Pearce/Woodward, *A failure of trust: resolving property disputes on cohabitation breakdown - report of a research study*, Cardiff Law School and University of Bristol 2007, 37 ff., Law Commission, *Cohabitation: The financial consequences of relationship breakdown*, Law Com No 307, Part 4: *Financial relief on separation*, 68 ff. (<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc307.pdf>); zum amerikanischen Recht vgl. Grant Bowman, *Legal treatment of cohabitation in the United States*, in: Diduck (Hrsg.), *Marriage and Cohabitation*, Ashgate 2008, 517, 527 ff.; zum australischen und neuseeländischen Recht vgl. Jessep, *Legal status of cohabitants in Australia and New Zealand*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften - The legal status of cohabitants*, Tübingen 2005, 529, 535 ff.; Hall, *The convergence of matrimonial and cohabitee law in Australia*, *IFL* 2009, 111 f.; Watts, *The de facto relationships legislation*, *Australian Journal of family law* 2009, 122 f.

[43] Aber auch im kontinentaleuropäischen Raum gibt es Tendenzen, die in diese Richtung gehen, vgl. zur rechtlichen Situation in Spanien Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (katalonisches Foralrecht), welches sich an den de facto relationship acts Australiens orientiert hat; seit 2001 befürwortet die Rechtsprechung auch für das gemeinspanische Zivilrecht die Gleichstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften; vgl. zum französischen Recht Martin/Théry, *The pacs and marriage and cohabitation in France*, in: Diduck (Hrsg.), *Marriage and Cohabitation*, Ashgate 2008, 431, 442 f.

[44] Vgl. New Zealand: sec. 79 Family Proceedings Act 1980 (application for maintenance order against natural parent); vgl. auch Frankreich: Art. 340 Abs. 5 Code civil (frais de maternité et d'entretien).

[45] Generell zum Vergleich der beiden Länder Mäder, *Sozialpolitischer Vergleich: Schweiz und Deutschland*, *FamPra.ch* 2006, 13 ff.

[46] Vgl. zur Entwicklung in Deutschland Brudermüller, *Die Reform des Unterhaltsrechts, Teil 1*, *FamPra.ch* 2008, 523, 535 ff.; ders., *Die Reform des Unterhaltsrechts, Teil 2*, *FamPra.ch* 2008, 816, 824 ff.

[47] Brudermüller, *FamPra.ch* 2008, 523, 535 f.; das altrechtliche deutsche Altersphasenmodell «08/15» entspricht dabei der vom schweizerischen Bundesgericht noch heute bestätigten «10/16»-Richtlinie.

[48] BGH, *FamRZ* 1997, 671, 673; vor dem achten Lebensjahr des Kindes wurde der kinderbetreuenden Mutter grundsätzlich keine Erwerbstätigkeit zugemutet, vgl. dazu BGH, *FamRZ* 1989, 487; BGH, *FamRZ* 1992, 1403, 1405; BGH, *FamRZ* 1995, 292.

[49] BGH, *FamRZ* 1990, 496.

[50] Vgl. zur gesetzgeberischen Entwicklung des Betreuungsunterhaltsanspruchs Menne, *Der Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB im Regierungsentwurf zum Unterhaltsrechtsänderungsgesetz*, *FamRZ* 2007, 173 f.; streng genommen handelte es sich hierbei nicht um einen Unterhalts-, sondern um einen von der Leistungsfähigkeit des Vaters und der Bedürftigkeit der Mutter losgelösten Entschädigungsanspruch.

[51] Vgl. Hahne, *Überlegungen zur Verbesserung der Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes*, *FamRZ* 1990, 928, 930 f.; Puls, *Der Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes*, *FamRZ* 1998, 865, 867.

[52] Durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995, BGBl I 1050, in Kraft seit dem 1.10.1995.

[53] BVerfG, FamRZ 2007, 965 ff. = FamPra 2007, 673 ff.; vgl. nunmehr auch die Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages, Abteilung Zivilrecht, Unterhalt (B.), Betreuungsunterhalt (I.), Nr. 4: «Die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder ist dadurch zu verwirklichen, dass der Betreuungsunterhalt für alle betreuenden Eltern einheitlich in einer Norm geregelt wird.»

[54] Vgl. dazu vor allem Brudermüller, FamPra.ch 2008, 523 ff., 816 ff.; Wellenhofer, Die Unterhaltsrechtsreform nach dem Urteil des BVerfG zum Betreuungsunterhalt, FamRZ 2007, 1282 ff.; Meier, Betreuungsunterhalt gemäss §§ 1570 und 1615 I BGB nach der Unterhaltsrechtsreform, 101 ff.; Gerhardt, Die Unterhaltsreform zum 1.1.2008, FuR 2008, 9 ff.; Graba, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2007, FamRZ 2008, 825 ff.

[55] Das OLG Hamm, 25.11.2008, 3 UF 59/08, nennt als kindbezogene Verlängerungsgründe «Krankheit, Schulschwierigkeiten, Entwicklungsstörungen, Verhaltensauffälligkeiten oder seelische Belastungen aufgrund der Trennung», vgl. als weitere Beispiele Kinder, die unter ADS leiden: OLG Braunschweig, FamRZ 2009, 977; OLG Brandenburg, FamRZ 2008, 1947; in der Freizeit sehr aktive Kinder: OLG Köln, FamRZ 2009, 518. Wichtig erscheint vor allem immer auch die Frage, ob die bestehenden Beeinträchtigungen nicht auch ebenso gut durch eine Fremdbetreuungseinrichtung aufgefangen werden könnten.

[56] Vgl. Kemper, Erste Erfahrungen mit dem neuen Unterhaltsrecht, FuR 2009, 518, 521: elternbezogene Gründe sind etwa das Vertrauen in die vereinbarte oder praktizierte Rollenverteilung und die gemeinsame Ausgestaltung der Kinderbetreuung.

[57] Vgl. etwa Brudermüller, FamPra.ch 2008, 816, 825.

[58] Vgl. BGH, FamRZ 2008, 1739 ff. = FamPra.ch 2008, 924 ff.

[59] Vgl. etwa OLG Köln, FamRZ 2008, 2119, 2129; OLG Celle, FF 2009, 81, 82; wohl auch OLG Thüringen, FamRZ 2008, 2203, 2205; Wellenhofer, FamRZ 2007, 1282, 1283; das KG Berlin, FuR 2009, 38, 40 fasste in seinem Urteil vom 18.8.2008 die Kinder im Grundschulalter als typisierbare Altersphase zusammen, während das OLG Düsseldorf, FuR 2009, 220, 221 in seiner Entscheidung vom 16.10.2008 eine gewisse Pauschalisierung der Altersphase vom Schulübertritt ins Gymnasium als zulässig erachtete: «Ebenso wie die jüngeren Kinder beim Wechsel vom Kindergarten zur Grundschule müssen die in der Regel 10/11-jährigen Kinder beim Übergang von der Grundschule zur weiterführenden Schule lernen, mit der neuen Lebenssituation (.) umzugehen.»

[60] BGH, FamRZ 2009, 770, 773 = JZ 2009, 911, 914 m. Anm. Röthel; vgl. auch den Entscheid des BGH vom 6.5.2009, FamRZ 2009, 1124 = FF 2009, 312 mit Anm. Schnitzler.

[61] BGH, FamRZ 2009, 770, 773 = JZ 2009, 911, 914 m. Anm. Röthel; vgl. auch KG Berlin, FF 2009, 165, 167 f. (mit. Anm. Wagner, 169); krit. Wever in seinen Anmerkungen zum BGH-Entscheid vom 17.6.2009, FF 2009, 373 f.

[62] Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks, 16/6980, 1.

[63] Raselli/Möckli, Aktuelle Fragen des nachehelichen Unterhalts (Art. 125 ZGB), in: Schwenzler/Büchler (Hrsg.), Dritte Schweizer Familienrechtstage, 23./24. Februar 2006, Bern 2006, 3, 6 f.

[64] Zu den drei unterschiedlichen Konnotationen des Clean-break-Begriffes und kritisch Schwenger, *Das Clean-break-Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht*, FamPra.ch 2000, 609, 610 ff.; Raselli/Möckli, 3, 6 f.; Freivogel/Leuenberger, Arbeitskreis Nr. 6, *Unterhalt bei Scheidung und Trennung: Erste Schweizer Familienrechtstage*, 3./4. Mai 2002, Ergebnisse aus den Arbeitskreisen, FamPra.ch 2002, 732 f.

[65] Sutter/Freiburghaus, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB, N 5; krit. Wullschleger, *Die Ehe als Institut zur Absicherung von Lebensrisiken?*, in: Sutter-Somm (Hrsg.), *Risiko und Recht*, Basel 2004, 397, 404 f.; Werro, *L'obligation d'entretien après le divorce dans le nouveau Code civil*, ZSR 1999 I, 113, 118.

[66] In BGer, FamPra.ch 2006, 433 f. spricht das Bundesgericht verfehlt von nahehelicher Solidarität, während es sich tatsächlich um Betreuungsunterhalt handelt, mit Anm. Egli, FamPra.ch 2006, 433 f.

[67] Vgl. Brudermüller, *Geschieden und doch gebunden?*, *Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral*, München 2008, 94 ff.; ders., Referat zum 67. Deutschen Juristentag «Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäss?», *Unterhaltsrechtliche Ausgleichsordnungen und ihre ethische Legitimation*, München 2009, 19 ff.

[68] Born, *Das neue Unterhaltsrecht*, NJW 2008, 1, 5; Bergschneider, *Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz - Einige Überlegungen zur Vertragsgestaltung*, DNotZ 2008, 96.

[69] Brudermüller, 94 ff.; Schwenger, *Mitteilungen zum Familienrecht 2009*, 11.

[70] Vgl. FamKomm Scheidung/Schwenger, Art. 125 ZGB, N 45; BaslerKomm/Gloor/Spycher, Art. 125 ZGB, N 24.

[71] So Vetterli, AJP 2009, 575, 579.

[72] Vgl. Schwenger, *Model Family Code*, Antwerpen/Oxford 2006, Art. 3.40(1), Comment 2, 168, 191; vgl. nunmehr auch die Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 53), *Unterhalt (B.)*, *Betreuungsunterhalt (I.)*, Nr. 1 und 2; Rumo-Jungo, *recht 2008*, 27, 34 f.; wohl auch Bächler (Fn. 5), 59, 87 f.

[73] So auch Rumo-Jungo, *recht 2008*, 27 f.; Bächler (Fn. 5), 59, 86 f.

[74] Vgl. Schwenger, *Mitteilungen zum Familienrecht 2009*, 11 f.

[75] Vgl. Mögel, *Verlust, Veränderung, Entwicklung*, in: Bächler/Simoni (Hrsg.), *Kinder und Scheidung*, Chur 2009, 344, 347; Fonagy/Target, *Die Bedeutung der Entwicklung metakognitiver Kontrolle der mentalen Repräsentanzen für die Betreuung und das Wachstum des Kindes*, in: Fonagy/target (Hrsg.), *Frühe Bindung und psychische Entwicklung*, Giessen 2003, 49 ff.

[76] Vgl. Fn. 19 und 20.

[77] So auch schon FamKomm Scheidung/Schwenger, Art. 125 ZGB, N 102; für die Anwendung eines strengeren Massstabes, wenn die Interessen unmündiger Kinder beeinträchtigt würden, vgl. BaslerKomm/Gloor/Spycher, Art. 125 ZGB, N 42.

[78] Vgl. Dethloff, *Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag*, Erfurt 2008, A 85; FamKomm Scheidung/Schwenger, Art. 125 ZGB, N 102, Art. 130 ZGB, N 5.

[79] Schwenger, *Mitteilungen zum Familienrecht 2009*, 11 f.; vgl. auch die Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages (Fn. 53), *Unterhalt (B.)*, *Betreuungsunterhalt (I.)*, Nr. 8a.