

Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch

Die Geschichte einer Fehlkonstruktion



unipress

Beiträge zu Grundfragen des Rechts

Band 37

Herausgegeben von
Stephan Meder

Janina Schaffert

Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch

Die Geschichte einer Fehlkonstruktion

V&R unipress

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<https://dnb.de> abrufbar.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort.

© 2021, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Theaterstraße 13, D-37073 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-5405

ISBN 978-3-8470-1257-3

Inhalt

Vorwort	11
Einleitung	13
1. Kapitel: Der rückständige Kindesunterhalt – Möglichkeiten und Probleme bei der Geltendmachung	19
I. Der Kindesunterhalt	19
1. Art des Unterhalts	20
a. Barunterhalt	21
b. Naturalunterhalt	21
c. Betreuungsunterhalt	22
2. Maß des Unterhalts	24
3. Aufteilung der Unterhaltslast	25
II. Die Geltendmachung des rückständigen Kindesunterhalts	26
1. Problemstellung	26
2. Die Lösung des BGH – Entstehung eines neuen Anspruchs	27
a. Tatbestand	27
b. Das Urteil des Landgerichts Ulm	28
c. Das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart	29
d. Die Revisionsbegründung	30
e. Die Revisionsbeantwortung	32
f. Das Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs	32
g. Zwischenergebnis	35
3. Probleme hinsichtlich des neuen Anspruchs	36
a. Materiell-rechtliche Probleme	36
b. Verfahrensrechtliche Probleme	37
III. Zusammenfassung	38

2. Kapitel: Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch – Umsetzung und Streitstände	41
I. Anwendungsbereiche	42
1. Hauptanwendungsfälle	42
2. Sonderfall: Der Kindergeldausgleich	45
3. Zwischenergebnis	50
II. Voraussetzungen	51
1. Erfüllung einer im Innenverhältnis dem Anderen obliegenden Pflicht	51
a. Bedürftigkeit	52
b. Leistungsfähigkeit	52
c. Bedarf	53
d. Kein Ausschluss	54
e. Sonderfall: Das Wechselmodell	56
2. Absicht, vom Anderen Ersatz zu verlangen	57
III. Einschränkung durch § 1613 BGB	60
IV. Rechtsfolgen	62
1. Erstattungsfähige Leistungen	62
2. Höhe des Ausgleichs	65
3. Anwendbarkeit spezieller Vorschriften	67
V. Abgrenzung zu anderen »familienrechtlichen Ausgleichsansprüchen«	69
VI. Zusammenfassung	70
3. Kapitel: Hindernisse bei der Durchsetzung des Anspruchs – divergente Ansätze und Lösungsmöglichkeiten	71
I. Konkurrenz zum Kindesunterhalt	71
1. Untergang aufgrund mangelnder Bedürftigkeit	72
2. Nachträgliche Tilgungsbestimmung	73
3. Abtretung	73
4. Gesamtgläubigerschaft	75
5. Zwischenergebnis	76
II. Verfahrensrechtliche Aspekte	76
1. Zuständigkeit	76
2. Aspekte während des laufenden Unterhaltsprozesses	78
a. Rücknahme	79
b. Erledigung	80
c. Bestellung eines Ergänzungspflegers	80
d. Geltendmachung des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs	81

e. Besonderheiten der Verfahrensstandschaft	83
f. Zwischenergebnis	84
3. Aspekte bei bereits tituliertem Unterhaltsanspruch	84
4. Zwischenergebnis	85
III. Möglichkeiten des Barunterhaltspflichtigen	85
1. Abwehr der Vollstreckung	85
2. Beseitigung des Titels	86
IV. Zusammenfassung	87
4. Kapitel: Die familienrechtliche Ersatzhaftung nach § 1607	
Abs. 2 BGB – Anwendungsbereich und dessen Verhältnis zu speziellen	
Vorschriften	89
I. Voraussetzungen	91
1. Ersatzpflichtiger	91
2. Unmöglichkeit oder erhebliche Erschwerung der	
Rechtsverfolgung	93
II. Rechtsfolgen	95
III. Anwendbarkeit spezieller Vorschriften	96
1. Vermutung des § 1360 b BGB	99
2. Unterhalt für die Vergangenheit nach § 1613 BGB	99
3. Pfändungsverbot gemäß § 850 b Abs. 1 Nr. 2 ZPO	103
4. Abtretung und Aufrechnung	104
5. Pfändungsvorrecht gemäß § 850 d ZPO	105
6. Verzinsung und Verjährung	107
7. Zwischenergebnis	109
IV. Einordnung der Ausfallhaftung	110
V. Zusammenfassung	111
5. Kapitel: Die historische Entwicklung – Herleitung des Anspruchs aus	
der Ersatzhaftung nach § 1607 Abs. 2 BGB	113
I. Direkte Anwendung	114
1. Rechtsverfolgung	114
a. Gründe für das Hindernis	115
b. Überwindbarkeit des Hindernisses	116
2. Betroffene Person	117
3. Zeitliche Abfolge	118
4. Zwischenergebnis	118
5. Direkte Anwendung durch Auslegung	119
II. Analoge Anwendung	121
1. Planwidrige Regelungslücke	122

a. Wortlaut	123
b. Systematik	124
c. Telos	125
d. Genetisch/Historisch	126
(1) Motive	126
(2) Protokolle	127
(3) Vorläufige Zusammenfassung	129
(4) Beratungen zum BGB	131
(5) Vorherige Praxis	135
(6) Schlussfolgerungen	139
e. Zwischenergebnis	141
2. Vergleichbare Interessenlagen	142
III. Zusammenfassung	143
6. Kapitel: Herleitung des Anspruchs aus anderen Normen – Konkurrenzprobleme und Anwendungsbereiche	145
I. Anwendbarkeit neben dem familienrechtlichen Ausgleichsanspruch	146
1. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag	147
a. Fremdes Geschäft	148
b. Fremdgeschäftsführungswille	149
c. Aufwendungen	151
d. Zwischenergebnis	152
2. Bereicherungsrecht	153
3. Zwischenergebnis	156
II. Anwendbarkeit neben § 1607 Abs. 2 BGB analog	156
1. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag	157
2. Bereicherungsrecht	160
3. Zwischenergebnis	161
III. Sonderfall: Herleitung des Kindergeldausgleichs	162
IV. Zusammenfassung	166
7. Kapitel: Rechtliche Bewertung – kritische Abwägung der verschiedenen Lösungsansätze	167
I. Kritik am familienrechtlichen Ausgleichsanspruch	167
1. Kritik an der Entstehung des Anspruchs	168
2. Kritik an der aktuellen Ausgestaltung	170
3. Kritik an der Durchsetzbarkeit des Anspruchs	173
4. Zwischenergebnis	175

II. Nach- und Vorteile der aufgezeigten Lösungsansätze	175
1. Nachteile der analogen Anwendung des § 1607 Abs. 2 BGB	175
a. Vermutung des § 1360 b BGB	176
b. Problem bei bestehendem Unterhaltstitel	176
c. Beschränkter Anwendungsbereich des § 1613 Abs. 1 BGB	177
d. Durchsetzbarkeit während des laufenden Unterhaltsprozesses.	177
e. Anspruchskonkurrenz	178
f. Zwischenergebnis	178
2. Vorteile der analogen Anwendung des § 1607 Abs. 2 BGB	179
a. Beschränkter Anwendungsbereich des § 1613 Abs. 1 BGB	179
b. Ersatz für Betreuungsleistungen	179
c. Evidenz der Anspruchshöhe	180
d. Fehlende Konkurrenz zum Kindesunterhalt	181
e. Bildung zusätzlicher Voraussetzungen obsolet	182
f. Anwendung des Gesetzes	182
3. Vorteil des Kindergeldausgleichs durch die Geltendmachung von Kindesunterhalt	183
III. Zusammenfassung	183
 Schlussbetrachtung	 185
 Literaturverzeichnis	 189

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Anfang Mai 2019 berücksichtigt.

Zunächst möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Stephan Meder bedanken, der mich nicht nur als Erster dazu ermutigte, diese Dissertation zu schreiben, sondern mich auch stets gefördert und unterstützt hat. Ich bin ihm für die wertvollen Hinweise, die Gewährung der notwendigen Freiheit zur eigenständigen Entwicklung der Arbeit und die zügige Erstellung des Erstgutachtens sehr dankbar. Auch möchte ich mich bei Herrn Hon.-Prof. Dr. Alexander Schwonberg für die Vermittlung des Familienrechts während des Schwerpunktes und die Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Ferner gilt mein Dank der VG Wort für die großzügige Übernahme des Druckkostenzuschusses.

Des Weiteren möchte ich dem Lehrstuhlteam für die tolle Zusammenarbeit danken. Beim Verfassen der Arbeit war auch der konstruktive Austausch im Rahmen des Dissertationskolloquiums mit Frau Dr. Ann-Kathrin Böckmann, Dr. Sabrina Morthorst und Herrn Bastian Winter-Peter hilfreich.

Von Herzen danke ich meinen Eltern Elvira und Ralph-Uwe Schaffert, die mich während meiner juristischen Ausbildung permanent unterstützt und ermuntert haben. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen.

Besonders bedanken möchte ich mich bei Herrn Felix Hinkelmann, mit dem ich unentwegt über meine Thesen diskutieren konnte und der mir unbedingten Rückhalt gab. Sein fortwährender Zuspruch hat maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Hildesheim, Januar 2021

Janina Schaffert

Einleitung

Innerhalb einer intakten Familie werden die Leistungen zum Unterhalt des Kindes nicht streng aufgeteilt, sondern von beiden Elternteilen zusammen erbracht.¹ Leben die Eltern aber getrennt, wohnt das Kind regelmäßig nur bei einem Elternteil, sodass eine Aufteilung dieser Unterhaltspflichten dergestalt vorgenommen wird, dass ein Elternteil das Kind pflegt und erzieht und der andere Elternteil das Kind finanziell in Form einer monatlichen Geldrente unterstützt.² Was passiert jedoch, wenn diese finanziellen Leistungen wegfallen? Der Elternteil, bei dem das Kind lebt, sieht sich dann gezwungen, den Betrag in Höhe der dem anderen Elternteil obliegenden Geldrente zu zahlen. Die so hinsichtlich des verpflichteten Elternteils entstehenden Kindesunterhaltsrückstände kann der betreuende Elternteil für das Kind gegenüber dem Verpflichteten geltend machen.

Das Familienrecht sieht in den §§ 1601 ff. BGB³ für den Anspruch auf Kindesunterhalt besondere Vorschriften vor, weil es sich bei diesem Anspruch um eine elementare Rechtsfolge der Verwandtschaft handelt.⁴ Er dient der Sicherstellung des Lebensbedarfs, vgl. §§ 1610 Abs. 2. Kinder, die außerstande sind, sich selbst zu unterhalten, sind auf diese Form der Existenzsicherung angewiesen, vgl. § 1602 Abs. 1. Die Unterhaltsleistungen erfolgen gemäß § 1612 Abs. 1 S. 1 grundsätzlich in Form einer Geldrente. Aber auch die Pflege und Erziehung des Kindes gehören zur diesen Leistungen, vgl. § 1606 Abs. 3 S. 2. Leistet nun ein unterhaltspflichtiger Elternteil die monatlichen Zahlungen nicht, trägt der an-

1 Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf jedes Geschlecht. Die Verwendung des Begriffs »Elternteil« soll dies verdeutlichen.

2 Zu dem Kindesunterhalt detailliert siehe Kap. 1 I. Bei der Darstellung wird grundsätzlich von dem Residenzmodell als Betreuungsform ausgegangen. Auf die in den letzten Jahren vermehrt gewählte Betreuungsform des Wechselmodells wird später noch näher eingegangen. Zu den Betreuungsformen siehe Kap. 2 I. 1.

3 Die im Verlauf dieser Arbeit genannten Paragraphen sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sofern sie nicht anders gekennzeichnet sind.

4 BeckOGK/BGB/*Maurer*, Beck'scher Online-Großkommentar, 2019, § 1601, Rn. 2.

dere Elternteil die gesamte Unterhaltslast allein. Weil er hierzu nicht verpflichtet ist, kann er diese Zahlungen vom Verpflichteten zurückverlangen. Die Möglichkeit, bei Ausbleiben der Geldrente diese als Vertreter oder Verfahrensstandschafter für das Kind zu fordern, ist grundsätzlich in §§ 1629 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 eröffnet. Problematisch wird die Geltendmachung des rückständigen Kindesunterhalts aber, wenn die Voraussetzungen der §§ 1629 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 nicht mehr gegeben sind, weil sich das Kind nicht mehr in der Obhut des anspruchstellenden Elternteils befindet oder inzwischen volljährig geworden ist.

Für solche Fälle hat der BGH im Jahr 1959 den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch geschaffen.⁵ Diese Rechtsfigur soll einen Ausgleich der geleisteten, aber nicht geschuldeten Zahlungen ermöglichen, wenn eine Geltendmachung rückständigen Kindesunterhalts als Vertreter oder Verfahrensstandschafter des Kindes nicht mehr in Betracht kommt.

In den letzten Jahren haben die Möglichkeiten, Unterhaltszahlungen auszugleichen, zunehmend öffentliches Interesse gefunden. Die Aktualität des (teilweisen) nicht geleisteten Barunterhalts und der daraus resultierenden Folgen ist unverkennbar.⁶ Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch wird daher zunehmend gebraucht, um den Barunterhaltspflichtigen in Regress zu nehmen.⁷ Der Stellenwert dieses Rechtsinstituts zeigt sich zudem in der Ausweitung seines Anwendungsbereichs auf einen weiteren Fall: In jüngster Zeit wird dieser Anspruch auch für die isolierte Geltendmachung des Kindergeldausgleichs herangezogen.⁸ Nicht nur die vermehrte Anzahl von Urteilen, in denen der familienrechtliche Ausgleichsanspruch relevant ist, sondern auch die Erweiterung des

5 BGH, Urteil vom 9. 12. 1959 – IV ZR 178/59, FamRZ 1960, 194 (195).

6 So hat das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) festgestellt, dass 700.000 Kinder keine beziehungsweise nicht ausreichende Unterhaltszahlungen erhielten und damit bezugsberechtigt nach dem UVG waren, vgl. Bericht der Bundesregierung über die Wirkungen der Reform des Unterhaltsvorschussgesetzes, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/127808/30e83e5ad2a87405b48a7eb6d95b2b58/bericht-uv-g-data.pdf>, zuletzt abgerufen am: 21. 2. 2019, S. 10. Siehe zu den (teilweise) Nichtleistungen des Kindesunterhalts auch BMFSFJ, Wenn aus Liebe rote Zahlen werden, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/-/100940/9f71853c9e223e9c7dda9096ccf33702/wenn-aus-liebe-rote-zahlen-werden-data.pdf>, zuletzt abgerufen am: 12. 02. 2019, S. 15f.

7 Exemplarisch seien folgende Beispiele genannt: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. 1. 2019–20 UF 146/18, juris, Rn. 1; OLG Hamburg, Beschluss vom 30. 10. 2018–12 UF 231/13, NZFam 2019, 37 (37); OLG Koblenz, Beschluss vom 27. Juli 2018 – 13 WF 541/18 –, juris, Rn. 9; BGH, Beschluss vom 7. 2. 2018 – XII ZB 338/17, NJW-RR 2018, 579 (581); OLG Düsseldorf, MDR 2018, 529 (530); OLG Oldenburg, Beschluss vom 07. Juni 2017 – 4 UF 198/16 –, juris, Rn. 27; BGH, Beschluss vom 11. 1. 2017 – XII ZB 565/15, FamRZ 2017, 437 (441); BGH, Beschluss vom 20. 4. 2016 – XII ZB 45/15, FamRZ 2016, 1053 (1054); BGH, Beschluss vom 19. 6. 2013 – XII ZB 39/11, FamRZ 2013, 1378 (1378); BGH, Urteil vom 17. 1. 2007 – XII ZR 166/04, FamRZ 2007, 542 (543); BGH, Urteil vom 26. 10. 2005 – XII ZR 34/03, NJW 2006, 57 (59).

8 Vgl. BGH, Beschluss vom 20. 4. 2016 – XII ZB 45/15, FamRZ 2016, 1053 (1054); BGH, Beschluss vom 11. 1. 2017 – XII ZB 565/15, FamRZ 2017, 437 (441).

Anwendungsbereichs zeigen die zunehmende Bedeutung dieses vom BGH entwickelten Anspruchs.

Bereits vor 20 Jahren wurde der familienrechtliche Ausgleichsanspruch grundsätzlich in Frage gestellt.⁹ Die Kritiken vermochten allerdings nicht immer zu überzeugen: Vor allem in Bezug auf die Untersuchungen der Leitentscheidung sind sie kaum mehr als bloße Inhaltsangaben.¹⁰ Auch die Analysen der Voraussetzungen des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs lassen eine vertiefte Auseinandersetzung mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen vermissen und erschöpfen sich weitgehend in ihrer Beschreibung.¹¹ Überdies konnte seinerzeit die Anwendbarkeit des Anspruchs auf den Kindergeldausgleich noch nicht überprüft werden, weil dieser Ausgleich erst seit Kurzem mit Hilfe des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs vorgenommen wird. Seit den ersten Untersuchungen ist der familienrechtliche Ausgleichsanspruch noch weiter in den Fokus der Wissenschaft gerückt. Während der überwiegende Teil in dem vom BGH geschaffenen Rechtsinstitut einen praktikablen Regressanspruch des einen Elternteils gegen den nicht zahlenden Elternteil sieht,¹² wird weiterhin vereinzelt Kritik an der Konstruktion geübt.¹³

-
- 9 Vgl. die Dissertationen von *Thomas Wittko*, *Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch*, 1993; *Dieter Fritz*, *Unterhaltsrechtliche Ausgleichsverhältnisse zwischen Eltern im Anwendungsbereich des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs*, 1998; *Stephan Brodhun*, *Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch*, 2000.
- 10 Sich überwiegend auf die wörtliche Wiedergabe des Urteils beschränkend: *Wittko*, S. 12f.; *Fritz*, S. 35f.; *Brodhun*, S. 23–26.
- 11 Größtenteils deskriptiv *Fritz*, S. 39–41; *Brodhun*, S. 26–28, der sich weder mit den Meinungen in der Literatur noch mit der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auseinandersetzt. Etwas umfangreicher *Wittko*, S. 17–24, der aber den Anwendungsbereich des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs verkennt, indem er diesen trotz der Möglichkeit der Geldtendmachung rückständigen Kindesunterhalts anwendet, *ders.*, S. 79, 121.
- 12 Vgl. insbesondere *Isabell Götz*, *Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch – Ein häufig vernachlässigter »Notnagel«*, FF 2013, 225 (225), in dem der Anspruch als praktisch relevant dargestellt wird; ebenso *Nicolai Funk*, Anm. zu OLG Jena, Beschluss vom 23. 4. 2009 – 4 W 117/09, jurisPR-FamR 22/2009, Anm. 3; *Claudia Campbell*, *Familienrechtlicher Ausgleichsanspruch beim Kindesunterhalt*, NJW-Spezial 2013, 196 (196); *Gisela Wohlgemuth*, *Unterhalt und familienrechtlicher Ausgleichsanspruch beim Wechsel des Kindes zum barunterhaltspflichtigen Elternteil*, FamRZ 2009, 1873 (1875); *Tanja Langheim*, *Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch*, FamRZ 2013, 1529 (1535); *Dagny Liceni-Kierstein*, *Der Anspruch auf familienrechtlichen Ausgleich – eine Rückgriffsmöglichkeit für ausgebliebene Barunterhaltszahlungen*, FamRB 2016, 197 (203), die den Ausgleichsanspruch als interessengerecht bezeichnet, wenngleich nicht alle Fragen diesbezüglich geklärt seien. *Wittko*, S. 87, bezeichnet den Anspruch als »in seiner einfachen Strukturierung« unproblematisch und verkennt damit jegliche Streitstände und Durchsetzungsproblematiken.
- 13 Als »methodisch verfehlt« hat Heinz Holzhauser den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch bezeichnet, *ders.*, *Der Unterhaltsregress*, in: D. Bickel, W. Hadding, V. Jahnke, G. Lüke (Hrsg.), *Recht und Rechtserkenntnis*, Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, S. 223 (234); den Anspruch als »überschießend« bezeichnend *Susanne Zwirlein*, *Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch – eine überschießende Rechtsschöpfung*, FamRZ 2015, 896 (901); *An-*

Aufgrund dieses uneinheitlichen Meinungsbildes soll der familienrechtliche Ausgleichsanspruch einer detaillierten Analyse unterzogen werden. Ziel ist es zunächst, die Entstehung des Ausgleichsanspruchs eingehend zu erörtern. Zudem soll die aktuelle Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts, vor allem dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen, dargelegt werden. Auch wird überprüft, ob die Ausweitung seines Anwendungsbereichs notwendig war. Intention ist es überdies, die Hindernisse bei der Durchsetzbarkeit und deren Lösungsmöglichkeiten, insbesondere in Hinblick auf die Konkurrenz zum Kindesunterhalt und bezüglich der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, zu erläutern. Darüber hinaus soll überprüft werden, ob die Herleitung des Ausgleichsanspruchs durch die Anwendung anderer Vorschriften erreicht werden kann.

Um die Entstehung des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs kritisch hinterfragen zu können, muss im ersten Kapitel der Kindesunterhalt als solcher kurz umrissen und dann das zugrunde liegende Problem bei der Geltendmachung rückständigen Kindesunterhalts skizziert werden. Im Anschluss wird der Ursprung des neuen Rechtsinstituts erörtert. Dabei sollen zunächst die Argumente der unveröffentlichten Urteile der Vorinstanzen und der Revisionsbegründung und -erwiderung ausgewertet werden. Daran anknüpfend kann das Grundsatzurteil des BGH eingehend analysiert werden. Schließlich wird ein Ausblick auf die im weiteren Verlauf der Arbeit zu erörternden Themen gegeben.

Im zweiten Kapitel erfolgt sodann die Darstellung der Umsetzung und Streitstände des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs, die mit einer Erläuterung der aktuellen Anwendungsbereiche des Anspruchs beginnt. Nachfolgend werden die Voraussetzungen des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs und deren Entwicklungen herausgearbeitet. Ebenso werden die Rechtsfolgen des Anspruchs, insbesondere bezüglich des Umfangs und der Höhe des Ausgleichs, untersucht. Mit dieser Beleuchtung des Rechtsinstituts in seiner derzeitigen Ausprägung kann auch eine Abgrenzung zu anderen sogenannten »familienrechtlichen Ausgleichsansprüchen« erfolgen.

Daran schließt sich eine umfassende Auseinandersetzung mit den Hindernissen bei der Durchsetzung des zuvor dargestellten Anspruchs an. Diese umfasst zum einen die Erörterung der Konkurrenzproblematik in Bezug auf den Unterhaltsanspruch des Kindes. Zum anderen werden die verfahrensrechtlichen Aspekte des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs beleuchtet. Sie sind gerade bei einem laufenden Unterhaltsprozess bedeutsam für die Bewertung der Tauglichkeit des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs, weil die prozessualen Handlungsmöglichkeiten des ausgleichsberechtigten Elternteils begrenzt sind und der diesbezügliche Meinungsstand uneinheitlich ist.

deas Roth, Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch, FamRZ 1994, 793 (799f.), erachtet den Anspruch für unnötig.

Des Weiteren sollen die Möglichkeiten der Begründung eines solchen Regressanspruchs für geleisteten, aber nicht (primär) geschuldeten Kindesunterhalt (analog) § 1607 Abs. 2 aufgezeigt werden. Gegenstand des vierten Kapitels sind daher die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Ersatzhaftung nach § 1607 Abs. 2, woran anschließend die Anwendbarkeit spezieller Vorschriften auf die dargestellte Ersatzhaftung erörtert wird.

Im fünften Kapitel wird die Herleitung des Ausgleichsanspruchs aus dieser Ersatzhaftung dargelegt. Die Prüfung, ob die Fallgestaltungen des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs bei direkter Anwendung des § 1607 Abs. 2 gelöst werden können, zeigt die Unterschiede der beiden Konstruktionen auf. Im Folgenden wird die diesbezüglich bestehende Möglichkeit einer Analogie des § 1607 Abs. 2 untersucht. Um eine planwidrige Regelungslücke zu bejahen, wird eine Auslegung des § 1607 Abs. 2 vorgenommen, wobei der Akzent vor allem auf der Entstehungsgeschichte der Norm liegt. Die Darstellung der historischen Entwicklung der Ersatzhaftung ist für das Verständnis, ob eine Analogie geboten ist, wesentlich, weil die zugrunde liegende Problematik auch schon zeitlich weit vor dem Grundsatzurteil diskutiert wurde.¹⁴ Allein die Divergenzen zwischen den Motiven und den Protokollen als maßgebliche Quellen der Entstehungsgeschichte des BGB lassen auf eine Kontroverse bezüglich der Ersatzhaftung schließen.¹⁵ Eine weitergehende Analyse der Rechtspraxis im 19. Jahrhundert verdeutlicht, dass eine Regressmöglichkeit bereits vor der Entstehung des BGB und noch weit vor der Rechtsprechung zum familienrechtlichen Ausgleichsanspruch bestand.¹⁶ Anhand dieser Untersuchung lässt sich der Konnex zwischen der in § 1607 Abs. 2 normierten Ersatzhaftung und dem familienrechtlichen Ausgleichsanspruch rekonstruieren. Diese Ergebnisse sind ausschlaggebend für den hier vertretenen Lösungsansatz. Der sich daran anschließende Vergleich der Interessenlagen zeigt zudem, dass eine analoge Anwendung des § 1607 Abs. 2 auf die Fallkonstellationen des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs – trotz der zuvor aufgezeigten Unterschiede – angebracht ist.

Zur Vervollständigung der bisherigen Ergebnisse widmet sich das sechste Kapitel der Begründung des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs als solchen und der Ersatzhaftung entsprechend § 1607 Abs. 2 aus anderen in Betracht

14 Siehe hierzu: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, *Benno Mugdan* (Hrsg.), Band IV, Familienrecht, 1979, Motive S. 369 und Protokolle, S. 953; *Gottlieb Planck*, in: W. Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Familienrecht: Teil 2: Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht, 1983, S. 320; *Heinrich Dernburg*, Pandekten, Bd. 2, 1. Aufl., 1886, § 31, S. 88.

15 Zu dem Vergleich der Motive und Protokolle siehe Kap. 5 II. 1. d. (3).

16 Vgl. zu der vorherigen Rechtspraxis Kap. 5 II. 1. d. (5).

kommenden Normen, um mit der Darstellung ein umfassendes Bild der Möglichkeiten einer Herleitung des Ausgleichsanspruchs geben zu können.

Die Arbeit wird erhebliche Mängel an der Konstruktion des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs in Bezug auf die Entstehung, die heutige Ausgestaltung und seine Durchsetzbarkeit zeigen. Es wird herausgearbeitet, dass ein Ausgleich für geleisteten, aber nicht primär geschuldeten Kindesunterhalt mit der analogen Anwendung des § 1607 Abs. 2 erreicht werden kann. Infolgedessen wird im siebten Kapitel unter Berücksichtigung der einzelnen Erwägungen und Ergebnisse eine rechtliche Würdigung der beschriebenen Lösungsmöglichkeiten vorgenommen. Dort wird die Kritik am familienrechtlichen Ausgleichsanspruch in den wesentlichen Punkten zusammengefasst. Weiterhin werden die Vor- und Nachteile der hier vertretenen Lösungsansätze erläutert.

1. Kapitel: Der rückständige Kindesunterhalt – Möglichkeiten und Probleme bei der Geltendmachung

I. Der Kindesunterhalt

Eltern sind ihren Kindern gegenüber grundsätzlich unterhaltspflichtig. Dies ergibt sich aus § 1601, wonach Verwandte in gerader Linie einander zum Unterhalt verpflichtet sind. Kinder stammen unmittelbar von ihren Eltern ab, sodass sie gemäß § 1589 S. 1 in gerader Linie mit diesen verwandt sind¹⁷ und einen eigenen Unterhaltsanspruch gegen ihre Eltern haben.¹⁸ Bei nicht verheirateten Eltern ergeben sich Besonderheiten, die in §§ 1615 a ff. geregelt sind.

Die Unterhaltspflicht ist in Art. 6 Abs. 2 GG verankert.¹⁹ Sie ist Resultat der »durch die Einheit des Blutes und die Bande der Familie hervorgerufenen natürlichen *und* sittlichen«²⁰ Bindung. Diese familiäre Solidarität hebt auch die Bundesregierung in einer Stellungnahme zum 5. Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland hervor: »Die Familie [...] bietet verlässliche wechselseitige Unterstützung«²¹ und hat ihren normativen Niederschlag in § 1618 a gefunden. Ebenso ist die Gewährung des Unterhalts Ausdruck dieser familiären Unterstützung, die in Anspruch genommen werden kann, sofern die Voraussetzungen der §§ 1601 ff. gegeben sind.²²

Eine Legaldefinition des Unterhalts findet sich im BGB nicht. Unterhalt im Sinne des BGB meint alles, was zum unmittelbar menschlichen Bedarf gehört.²³

17 jurisPK-BGB/Nickel/Di Cato, jurisPraxisKommentar Band 4, 8. Auflage, 2017, § 1589, Rn. 12f.

Auf die Besonderheiten, die sich hinsichtlich der Abstammung, insbesondere bei der Vaterschaft, ergeben, wird nicht näher eingegangen. Im Folgenden ist davon auszugehen, dass die verwandtschaftlichen Verhältnisse unstrittig feststehen.

18 Nina Dethloff, Familienrecht: Ein Studienbuch, 32. Auflage, 2018, § 11, Rn. 4.

19 BVerfG, Beschluss vom 9.4.2003–1 BvL 1/01, NJW 2003, 2733 (2734).

20 Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV, Mot. S. 359.

21 BT-Drs. 16/2190, S. 14.

22 Zu den Voraussetzungen neben der Verwandtschaft siehe Kap. 2 II. 1. a.-d.

23 Staudinger/BGB/Klinkhammer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4: Familienrecht, §§ 1601–1615n (Unterhaltspflicht), Neubearbeitung 2018, Vor §§ 1601–1615o, Rn. 1;