

meinsamen Kindes abgestellt und nicht hinreichend berücksichtigt, dass das Kind nach Beendigung der Schulzeit bis 16.00 Uhr einen Hort aufsucht. Die Beaufsichtigung und Betreuung des Kindes ist deswegen werktätlich bis 16.00 Uhr sichergestellt. Weil das Berufungsgericht über die pauschale Angabe, das Kind leide unter chronischem Asthma, hinaus keine konkreten Auswirkungen festgestellt hat, sind auch keine Umstände ersichtlich, die zusätzliche Betreuungsleistungen der Klägerin in der Zeit bis 16.00 Uhr erfordern könnten. Andererseits hat das Berufungsgericht auch nicht festgestellt, dass die Klägerin als Lehrerin im Falle einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit (26 Wochenstunden) über 16.00 Uhr hinaus berufstätig sein müsste. Kindbezogene Gründe für eine eingeschränkte Erwerbsobliegenheit und somit für eine Verlängerung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus hat das Berufungsgericht damit nicht festgestellt.

[35] Auch die Billigkeitsabwägung, ob elternbezogene Gründe, insbesondere der Aspekt einer überobligationsmäßigen Beanspruchung durch Erwerbstätigkeit und Kindesbetreuung, zu einer eingeschränkten Erwerbsobliegenheit führen, obliegt grundsätzlich dem Tatrichter und kann vom Senat nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Zwar mag die Entscheidung des *KG* im Ergebnis gerechtfertigt sein. An den hierzu erforderlichen Feststellungen fehlt es indessen. Denn das Berufungsgericht hat im Rahmen der kindbezogenen Gründe vorrangig auf das Alter des Kindes abgestellt und deswegen schon kindbezogene Verlängerungsgründe angenommen. Mangels tatrichterlicher Feststellungen zum Umfang der zeitlichen Arbeitsbelastung im Rahmen einer Vollzeitstätigkeit oder zum Umfang der zusätzlichen Beanspruchung durch die Betreuung des gemeinsamen Kindes nach Beendigung der Hortbetreuung kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

[36] III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

[37–39] 1. Soweit sich die Revision auch gegen die Unterhaltsberechnung wendet, sind ihre Angriffe gegen das angefochtene Urteil nicht begründet. [Wird ausgeführt.]

[40] 2. Eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin hat das Berufungsgericht gegenwärtig noch zu Recht abgelehnt.

[41] a) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts ist jedenfalls nicht schon nach der Systematik des § 1570 BGB geboten. Danach steht dem betreuenden Elternteil ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt für mindestens drei Jahre nach der Geburt mit Verlängerungsmöglichkeit aus kind- und elternbezogenen Gründen zu. Der Betreuungsunterhalt während der ersten drei Lebensjahre des Kindes und ein daran anschließender weiterer Betreuungsunterhalt bilden somit einen einheitlichen Unterhaltsanspruch (BT-Drucks. 16/6980 S. 9; vgl. auch *Dose* Jugendamt 2009, 1, 4f.). Nur dann, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung für die Zeit nach Vollendung des dritten Lebensjahres absehbar keine kind- oder elternbezogenen Verlängerungsgründe mehr vorliegen, ist ein künftiger Betreuungsunterhalt abzuweisen (*Borth*, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, Rdn. 83).

[42] b) Eine Befristung des Betreuungsunterhalts nach § 1578b BGB scheidet schon deswegen aus, weil § 1570 BGB in der seit dem 1. 1. 2008 geltenden Fassung insoweit eine Sonderregelung für die Billigkeitsabwägung enthält. Nach Vollendung des dritten Lebensjahres steht dem betreuenden Elternteil nur noch Betreuungsunterhalt nach Billig-

keit zu (§ 1570 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Rahmen dieser Billigkeitsabwägung sind aber bereits alle kind- und elternbezogene Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Wenn sie zu dem Ergebnis führt, dass der Betreuungsunterhalt über die Vollendung des dritten Lebensjahres hinaus wenigstens teilweise fort dauert, können dieselben Gründe nicht zu einer Befristung im Rahmen der Billigkeit nach § 1578b BGB führen (*Schwab* FamRZ 2005, 1417, 1419; *Borth*, a. a. O., Rdn. 155; *Peschel-Gutzeit*, Unterhaltsrecht aktuell, Rdn. 57; *Viefhues/Mleczko*, Das neue Unterhaltsrecht, 2008 Rdn. 335; *Brudermüller*, in: *Palandt*, BGB, 68. Aufl., § 1578b Rdn. 5).

[43] c) Soweit nach bisheriger Rechtsprechung des Senats hier neben einem Anspruch der Klägerin auf Betreuungsunterhalt noch ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt in Betracht kommen sollte (vgl. insoweit Senatsurteile v. 26. 11. 2008 – XII ZR 131/07 = FamRZ 2009, 406, 407 f. [zu § 1572 BGB]; v. 3. 2. 1999 – XII ZR 146/97 = FamRZ 1999, 708, 709 [zu § 1571 BGB] und v. 13. 12. 1989 – IVb ZR 79/89 = FamRZ 1990, 492, 493 f. [zu § 1570 BGB]; so auch *Eschenbruch/Klinkhammer*, Der Unterhaltsprozess, 5. Aufl., Kap. 1 Rdn. 423 ff.; a. A. für das seit dem 1. 1. 2008 geltende Unterhaltsrecht *Wendl/Paulig*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 4 Rdn. 76 und *FA-FamR/Gerhardt*, 6. Aufl., 6. Kap. Rdn. 355; vgl. auch *OLG Celle* FamRZ 2008, 1449, 1450) scheidet eine Befristung schon mangels hinreichend klarer Prognose über den Umfang einer künftigen Erwerbsobliegenheit aus. Einer Befristung dieses Anspruchs steht aber auch entgegen, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gegenwärtig nicht hinreichend sicher absehbar ist, ob die Klägerin infolge der Kindererziehung erhebliche Nachteile erlitten hat oder noch erleiden wird.

[44] d) Zu Recht hat das Berufungsgericht hier auch noch eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin der Höhe nach – vom eheangemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB auf einen angemessenen Unterhalt nach ihrer eigenen Lebensstellung – abgelehnt. Zwar kommt eine solche Begrenzung grundsätzlich auch dann in Betracht, wenn wegen der noch fort dauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts entfällt (*Graba* FamRZ 2008, 1217, 1222). Besonders in Fällen, in denen der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 BGB erheblich über den angemessenen Unterhalt nach der eigenen Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten hinausgeht, kommt eine Kürzung bis auf den eigenen angemessenen Unterhalt in Betracht. Das setzt allerdings voraus, dass die notwendige Erziehung und Betreuung des gemeinsamen Kindes trotz des abgesenkten Unterhaltsbedarfs sichergestellt und das Kindeswohl auch sonst nicht beeinträchtigt ist, während eine fort dauernde Teilhabe des betreuenden Elternteils an den abgeleiteten Lebensverhältnissen während der Ehe unbillig erscheint (vgl. *KG* FamRZ 2009, 336, 337). Soweit das Berufungsgericht hier eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin aus Billigkeitsgründen abgelehnt hat, weil der Umfang eventueller ehebedingter Nachteile noch nicht hinreichend feststehe, ist dagegen aus revisionsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.

Anmerkung

Professorin Dr. **Anne Röthel**, Hamburg*

I. Vorgeschichte

Der Betreuungsunterhalt des ehelichen Kindes und seine Abstimmung mit dem Betreuungsunterhalt des nichtehelichen Kindes hat eine längere Vorgeschichte. Das NEheG 1969 schuf zwar mit § 1615 I BGB erste Grundlagen für einen Unterhaltsanspruch wegen Betreuung des nichtehelichen Kindes, doch blieb dieser Anspruch auch nach den Folgereformen durch das SFHÄndG aus dem Jahr 1995¹ und das KindRG aus dem Jahr 1998² hinter der Regelung für die Betreuung des ehelichen Kindes in § 1570 BGB zu-

* Die Autorin lehrt Bürgerliches Recht sowie Europäisches und Internationales Privatrecht an der Bucerius Law School in Hamburg.

¹ Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) vom 21. 8. 1995, BGBl I S. 1055.

² Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG) vom 16. 12. 1997, BGBl I S. 2942.

rück: Der Anspruch der nichtehelichen Mutter blieb prinzipiell auf drei Jahre befristet, während der Anspruch der verschiedenen Mutter in § 1570 BGB als unbefristeter gewährt wurde und in der Rechtsprechungspraxis auf der Basis der Leitlinien der Oberlandesgerichte nach der 0-8-15-Regel schematisiert wurde (sogenanntes Altersphasenmodell).³ Das *BVerfG* erachtete die ungleiche Dauer der Unterhaltsansprüche aus § 1570 BGB a. F. und § 1615 I Abs. 2 BGB als eine verfassungswidrige Schlechterstellung des nichtehelichen Kindes gegenüber ehelichen Kindern.⁴ Es gab dem Gesetzgeber auf, bis zum 31. 12. 2008 eine Neuregelung zu schaffen, bei der hinsichtlich der Dauer des wegen der Kinderbetreuung gewährten Unterhaltsanspruchs „ein gleicher Maßstab“ zugrunde zu legen ist. Der Gesetzgeber ist dieser Forderung durch das UÄndG 2007⁵ nachgekommen. Dabei wurde § 1570 Abs. 1 BGB nach dem Vorbild des § 1615 I BGB umgestaltet. Im Erbrecht ist die Gleichstellung bekanntlich anders bewirkt worden: Das nichteheliche Kind erhielt ein gesetzliches Erbrecht (§ 1924 BGB), anstatt das eheliche Kind auf den Erbersatzanspruch zu verweisen. So gesehen erlebte der Betreuungsunterhalt aus Gleichstellungsgründen ein „race to the bottom“.

Von einer Gesetzesänderung zu einer Änderung der Rechtspraxis sind zumeist viele Schritte zu gehen. Das gilt gerade für das Unterhaltsrecht. Hier hat sich unterhalb des Gesetzes eine verzweigte Familie richterlicher Regelwerke entwickelt, deren Pauschalierungen in der Praxis für weithin unverzichtbar gehalten werden. Sie bilden in weiten Teilen nach wie vor das wesentliche Gerüst der Unterhaltsbemessung. Dies galt auch für den Betreuungsunterhalt. Damit erwies sich für die Praxis als die eigentlich entscheidende Frage, welche Auswirkungen die Änderung des § 1570 BGB auf das bislang judizierte *soft law* hat: Kann das bisherige Altersphasenmodell mehr oder weniger retuschiert weitergeführt werden, oder verbietet sich überhaupt jede nach dem Alter der Kinder pauschalierende Praxisregel? Der *BGH* hat sich überzeugend für Letzteres ausgesprochen.

II. Abschied vom richterlichen Altersphasenmodell!

In der untergerichtlichen Rechtsprechung hat sich schon kurze Zeit nach Inkrafttreten des UÄndG die Tendenz abgezeichnet, den Betreuungsunterhalt nach wie vor durch ein Altersphasenmodell zu konkretisieren. In diese Richtung gingen zunächst die unterhaltsrechtlichen Leitlinien des *OLG Hamm* (Stand: 1. 1. 2008), inzwischen folgten die Leitlinien des *OLG Schleswig* (Stand: 1. 1. 2009) sowie die Unterhaltsgrundsätze des *OLG Frankfurt a. M.* (Stand: 1. 1. 2009). Die Mehrzahl der Leitlinien enthält derzeit zwar keine zahlenmäßigen Festlegungen mehr.⁶ Allerdings zeigt ein Blick

auf die Entscheidungspraxis, dass die Untergerichte auch ohne schematisierende Leitlinien dazu tendieren, den Betreuungsunterhalt nach schematisierenden, am Kindesalter ausgerichteten Regeln zu bemessen.⁷ Auch der 67. DJT 2008 sprach sich dafür aus, die Dauer des Betreuungsunterhalts „im Wege eines von der Rechtsprechung zu entwickelnden zeitgemäßen Altersphasenmodells“ zu bestimmen.⁸ Große Teile des zumeist praxisnahen Schrifttums haben sich in dieselbe Richtung geäußert.⁹ Eine gewisse Unterstützung schien auch der *BGH* mit seinem Urteil vom 16. 7. 2008 zu leisten: Es biete sich eine pauschalierende Beurteilung „etwa anhand des Alters des Kindes“ an.¹⁰ Zwar bezog sich dies ausdrücklich nur auf die elternbezogenen Unterhaltsgründe (§ 1570 Abs. 3 BGB), doch wurde daraus auch die Zulässigkeit einer altersbezogenen Pauschalierung der kindbezogenen Unterhaltsgründe gefolgert.¹¹

Der *BGH* hat diesen Deutungen eine klare Absage erteilt. Es sei im Hinblick auf den eindeutigen Willen des Gesetzgebers nicht haltbar, eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts allein vom Kindesalter abhängig zu machen (JZ 2009, 911, 913 Rn. 28). Dem ist zuzustimmen. Die Zurückweisung altersorientierter Schematisierungen ist die konsequente Umsetzung des erklärten gesetzgeberischen Willens. Es entspricht der sowohl im Gesetzeswortlaut („soweit und solange“, „Billigkeit“) als auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen Ausrichtung des Unterhaltsanspruchs an den Verhältnissen des Einzelfalls.¹² Der Gesetzgeber hat den Betreuungsunterhalt für Kinder, die das dritte Lebensjahr vollendet haben, in § 1570 BGB n. F. vom Regelfall zum Ausnahmefall, vom pauschalen Standardanspruch zum individualisierten Billigkeitsanspruch umgestaltet.¹³ Mit Urteil vom 6. 5. 2009 hat der *BGH* diese Linie bestätigt: Ein Altersphasenmodell, das für die Frage nach der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein an das Alter knüpft, wird diesen Anforderungen nicht gerecht.¹⁴

Materiell-rechtlich bedeutet dies, dass Kinder, die das dritte Lebensjahr vollendet haben, nur noch *ausnahmsweise*, und zwar aus anderen als (nur) Altersgründen für derart betreuungsbedürftig gehalten werden, dass daraus ein Anspruch auf nahehelichen Betreuungsunterhalt resultiert.

Schleswig sowie die Süddeutschen Leitlinien und die Leitlinien des *KG* formuliert, jeweils 17.1.

³ Nach diesem Altersphasenmodell konnte einem Elternteil eine Erwerbstätigkeit bei Betreuung eines Kindes unter acht Jahren i. d. Regel nicht zugemutet werden, bei Betreuung eines Kindes zwischen acht und elf Jahren kam es auf die Umstände des Einzelfalles an, bei einem Kind zwischen elf und 15 Jahren war dem betreuenden Elternteil i. d. Regel eine Teilzeit- und danach eine Vollzeitbeschäftigung zumutbar; siehe nur *BGH FamRZ* 1997, 873 ff.; kritisch *OLG Karlsruhe* NJW 2004, 523, 524; *Brudermüller*, in: *Palandt*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 1570 Rn. 9.

⁴ *BVerfGE* 118, 45 ff. = JZ 2008, 37 ff. mit Anm. *Foerste*; anders noch *BGH JZ* 2007, 46 ff. mit Anm. *Veit* = *FamRZ* 2006, 1362 ff.

⁵ Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. 12. 2007, BGBl I S. 3189.

⁶ Beispielhaft die Leitlinien des *OLG Düsseldorf*, Stand 1. 1. 2008, 17.1.: „Bei Kindesbetreuung kommt es [...] auf die Verhältnisse des Einzelfalles an. Bei besonderer Betreuungsbedürftigkeit des Kindes oder unzureichender Fremdbetreuung (kindbezogene Gründe, § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB) kommt ein Unterhaltsanspruch auch nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes in Betracht.“ Nach diesem Muster sind auch die Leitlinien der *OLG Braunschweig*, *Bremen*, *Celle*, *Hamburg*, *Koblenz*, *Köln*, *Oldenburg*,

⁷ Etwa *OLG Köln* FamRZ 2008, 2119; *OLG Düsseldorf* NJW-RR 2008, 1532; *OLG Düsseldorf* FPR 2009, 58 („durchaus einer pauschalierenden Betrachtung zugänglich“); *OLG München* FamRZ 2008, 1945 („Kinder im Kindergartenalter und zumindest in den ersten Grundschuljahren bedürfen einer intensiven Betreuung...“); *OLG Jena* FamRZ 2008, 2203 („von einem Elternteil, der ein Kind betreut, das den Kindergarten oder die beiden ersten Grundschulklassen besucht, wird man in der Regel keine Vollbeschäftigung verlangen können“); *OLG Nürnberg* FuR 2008, 512 („Eine Halbtags-tätigkeit ist zu erwarten, wenn das Kind die zweite Grundschulklasse eingetreten ist“); *OLG Celle* Forum Familienrecht (FF) 2009, 81 („Pauschalbeurteilung anhand des Kindesalters“ auch nach neuem Recht zulässig).

⁸ Beschluss B I 5b im Anschluss an *Dethloff*, Gutachten A zum 67. DJT 2008, A 55.

⁹ Etwa *Borath* FamRZ 2008, 2, 9f.; *Börger* FPR 2009, 71 ff.; *Büttner* FPR 2009, 92, 93; *Ebinger* FPR 2009, 105, 111; *Metz* NJW 2009, 1855 ff.; wohl für zulässig haltend *Peschel-Gutzeit* FPR 2008, 24, 27.

¹⁰ *BGHZ* 177, 272 Rn. 103.

¹¹ *OLG Jena* FamRZ 2008, 2203, 2204f.; *Kleffmann* FuR 2009, 74, 82; *Büttner* FPR 2009, 92.

¹² Begründung des RegE, BT-Drucks. 16/6980, S. 17; Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/6980, S. 9; kritisch zur Pauschalierungstendenz auch *Willutzki* ZRP 2008, 264, 265 f.; *Born* FF 2009, 92, 100 ff.; *Niebling* FF 2008, 193 ff.

¹³ Siehe Begründung des RegE, BT-Drucks. 16/1830 vom 15. 6. 2006, S. 17 sowie insgesamt *Graba* FamRZ 2008, 1217 ff.

¹⁴ *BGH*, Urteil vom 6. 5. 2009 – XII ZR 114/08 (Leitsatz a).

Prozessual werden den Anspruchstellern Beweiserleichterungen, wie sie mit dem Altersphasenmodell verbunden waren, verwehrt.¹⁵ Sowohl aus materiell-rechtlichen als auch aus prozessualen Gründen entsprechen Altersphasenmodelle nicht mehr dem gesetzlichen Konzept des Betreuungsunterhalts.

Wenn Anwälte und Richter gleichwohl überwiegend für eine Weiterführung der bisherigen Altersphasenmodelle plädieren, ist dies nicht nur aus arbeitsökonomischen Gründen nachvollziehbar. Dahinter stehen auch inhaltliche Vorbehalte gegenüber den Zielen des UÄndG. Der Reformgesetzgeber wollte das Unterhaltsrecht nicht nur verfassungskonform gestalten, sondern es sollte zugleich „an die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse angepasst werden“.¹⁶ Man mag bezweifeln, ob sich die gesellschaftlichen Verhältnisse im Hinblick auf die persönliche Betreuung des Kindes derart einschneidend verändert haben – fest steht, dass sie sich infolge der Neuregelung verändern werden. Mit § 1570 BGB ist ein wirkmächtiges Leitbild für die Gestaltung der persönlichen Betreuung formuliert worden. Dies mag mancher als eine Fehlentwicklung ansehen. Angesichts der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers wird man die Geltung des Gesetzes aber kaum mit dem Hinweis auf die Lebenswirklichkeit – wie unterschiedlich sie auch wahrgenommen wird – entkräften können.¹⁷

III. Gesetzliches Altersphasenmodell

Mit der Umgestaltung des Betreuungsunterhaltsanspruchs zum individualisierten Ausnahmeanspruch aus Billigkeitsgründen verbinden sich Veränderungen der Konkretisierungsbefugnis der Rechtsprechung. Es zählt zu den Eigentümlichkeiten des deutschen Unterhaltsrechts, dass hier – ähnlich wie im Umweltrecht – eine Art *umgekehrte Wesentlichkeitstheorie* gilt: Das für die Entscheidung Wesentliche ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus untergesetzlichen, von den unterhaltsrechtlichen Senaten der Oberlandesgerichte ohne spezielles Mandat formulierten Leitlinien, Quoten und Tabellen. Solche Schematisierung kann gewichtige rechtliche und praktische Vorzüge haben. Sie garantiert die verfassungsrechtlich gebotene Gleichmäßigkeit, Vorhersehbarkeit und Transparenz der Bemessung. Darüber hinaus bedeutet sie eine ganz erhebliche Arbeitersparnis und damit eine für alle Beteiligten vorteilhafte Schonung juristischer Ressourcen.¹⁸ Die damit verbundenen Gefahren liegen allerdings ebenfalls auf der Hand: Es ist die zunehmende Distanz gegenüber dem Einzelfall und das Risiko der Erstarrung. Beides ist immer wieder kritisch gegen unterhaltsrechtliche Schematisierungen generell¹⁹ und speziell gegen das Altersphasenmodell²⁰ eingewendet worden.

Der Gesetzgeber hat mit dem UÄndG auf diese Kritik reagiert und die Funktionsbereiche von Rechtsprechung und Gesetzgebung für den Unterhalt neu justiert. In der Grundtendenz ist die Aussagekraft des Gesetzes gestärkt worden: Das Unterhaltsrecht ist jetzt gesetzlich stärker vorgeprägt als bisher. Ein Beispiel ist die gesetzliche Definition des Mindestunterhalts für minderjährige Kinder durch § 1612a BGB. Ein ähnlicher Prozess hat für den Betreuungsunterhalt statt-

gefunden. Denn die Neuregelung ist nicht ein ersatzloser Handstreich gegen das bisherige richterliche Altersphasenmodell. Der Gesetzgeber hat nunmehr ein eigenes, *gesetzliches Altersphasenmodell* vorgegeben. In Anlehnung an das frühere 0-8-15-Modell könnte von einem 0-3-Modell gesprochen werden. Wie sich aus der Begründung, dem Wortlaut und der Systematik des § 1570 BGB ergibt, ist dieses gesetzliche Altersphasenmodell zugleich als *abschließendes* Altersphasenmodell gewollt. Der Gesetzgeber hat mit der Kodifikation des gesetzlichen Altersphasenmodells die Entscheidung über altersbezogene Schematisierungen beim Betreuungsunterhalt damit vollständig an sich gezogen.²¹

Abgesehen von der gesetzlich formulierten Altersgrenze spricht auch die Betonung des Betreuungsunterhalts als Billigkeitsanspruch gegen die Sachrichtigkeit von vereinfachten Schematisierungen. Die praktischen und rechtlichen Vorzüge von Schematisierungen sind dort unabweisbar, wo es um die Entscheidung von Regel- oder Normalfällen geht. Indes entzieht sich der „besondere Ausnahmefall“ schon aufgrund seiner Besonderheit der Schematisierung. Hier steht die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund. Das heißt nicht, dass ganz auf Generalisierungen im Interesse der Gleichgerechtigkeit verzichtet werden muss. Denkbar sind gewisse Erfahrungsregeln für typische, erhöhte Betreuungsbedürfnisse etwa aufgrund von Erkrankungen, besonderen Trennungsbelastungen, Aufmerksamkeitsstörungen etc. Genauso sind für die Verfügbarkeit von Fremdbetreuung sowie für den Übergang von Eigenbetreuung in Fremdbetreuung gewisse Erfahrungsbestände zu erwarten. Diese und andere Gründe *besonderer* Betreuungsbedürftigkeit können aber nach dem erklärten und im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers nicht durch rein altersbezogene Schematisierungen erfasst werden.

Das gesetzliche Altersphasenmodell und die Einzelfallbezogenheit des Betreuungsunterhalts sind der konkretisierenden Rechtsprechung im Rahmen ihrer Gesetzesbindung²² zwingend vorgegeben. Eine Fortführung der altersbezogenen Unterhaltsbemessung, auch anhand eines modifizierten Altersphasenmodells, widerspricht Wortlaut und Telos des Gesetzes und bewegt sich daher *contra legem*.²³ Die Aufgabe der Rechtsprechung bei der Unterhaltsbemessung bleibt es, so die Begründung des Regierungsentwurfs, „dem konkreten Einzelfall nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten gerecht zu werden.“²⁴

III. Fazit: Makulierung von soft law

Durch das UÄndG ist der Gesetzgeber zurückgekehrt auf die Bühne des Betreuungsunterhalts. Das richterliche Altersphasenmodell ist von einem gesetzlichen Altersphasenmodell abgelöst worden. Inhaltlich wurde der Gleichstellungsauftrag zur Radikalkur für den Betreuungsunterhalt: Betreuungsunterhalt nach dem dritten Lebensjahr ist künftig nicht mehr der Regelfall, sondern der besondere, zu begründende Ausnahmefall. Jede allein am Alter des Kindes ausgerichtete Schematisierung übersteigt die Konkretisierungsbefugnis der Rechtsprechung und erfolgt *contra legem*. Entgegenstehendes soft law ist zu makulieren.

¹⁵ Etwa Borth FamRZ 2009, 960 f.

¹⁶ Begründung des RegE, BT-Drucks. 16/6980 S. 1.

¹⁷ Wie hier Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 565a.

¹⁸ Näher Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 91 ff., 102 ff., 240 ff., insbes. S. 282 ff.

¹⁹ Vgl. Röthel (Fn. 18), S. 288 ff. m. w. N.

²⁰ Siehe nur Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 24.

²¹ Vgl. Röthel (Fn. 18), S. 80 ff.

²² Zur Gesetzesbindung der konkretisierenden Rechtsprechung Röthel (Fn. 18), S. 79 f.

²³ Ähnliche Bedenken bei Maurer FamRZ 2008, 2157, 2158 f.

²⁴ Begründung RegE, BT-Drucks. 16/1830, S. 13.

