

## Einbeziehung eines fiktiven Einkommens des Unterhaltsberechtigten bei nur kurzem Zusammenleben

— §§ 1570, 1578 Abs. 1, 1579 Nr. 1 BGB; § 323 ZPO

Ein fiktives Einkommen des Unterhaltsberechtigten ist auch dann im Wege der Differenz- oder Additionsmethode in die Berechnung des nachehelichen Ehegattenunterhalts einzubeziehen, wenn die Eheleute nur wenige Tage zusammen gelebt haben und eine Versagung, Herabsetzung oder Begrenzung des Unterhaltsanspruchs wegen Unbilligkeit nur aus Gründen des Kindeswohls ausscheidet.

BGH, Urt. v. 7.9.2005 – XII ZR 311/02 (OLG München, AG Memmingen)

**Tatbestand:** Die Parteien streiten um Abänderung eines Urteils über nachehelichen Ehegattenunterhalt.

Die Parteien hatten am 5.4.1991 die Ehe geschlossen. Weil die Ehwohnung noch nicht fertig gestellt war, wohnte die Beklagte mit ihrem vorehelich geborenen und nicht vom Kläger abstammenden Kind zunächst noch bei ihren Eltern. Nach der Geburt der gemeinsamen Tochter S am 18.7.1991 zogen die Parteien etwa um den 24.7.1991 in die Ehwohnung. Schon am 28.7.1991 trennten sie sich wieder.

Durch Urteil des OLG München vom 17.1.1995 wurde der Kläger verurteilt, an die Beklagte nachehelichen Ehegattenunterhalt in Höhe von monatlich 572 DM (= 292,46 EUR) zu zahlen. Dabei ging das Gericht von einem unterhaltsrelevanten Einkommen des Klägers in Höhe von 2.172 DM und einem an die Tochter S zu zahlenden Kindesunterhalt in Höhe von 300 DM aus. Von dem verbliebenen Einkommen in Höhe von 1.872 DM setzte es einen notwendigen Selbstbehalt in Höhe von 1.300 DM ab und gelangte so zu einer Leistungsfähigkeit des Klägers in Höhe von 572 DM. Eine weitere Herabsetzung des Unterhalts wegen der kurzen Ehedauer lehnte das Gericht im Hinblick auf die Interessen des minderjährigen Kindes S ab.

Mit der vorliegenden Abänderungsklage hat der Kläger den vollständigen Wegfall seiner Unterhaltspflicht ab Rechtshängigkeit begehrt, zumal die Beklagte zur Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung verpflichtet sei und sie damit ihren Unterhaltsbedarf in vollem Umfang abdecken könne. Das AG hat der Klage weitgehend stattgegeben und die Unterhaltspflicht auf einen monatlichen Betrag in Höhe von 53 EUR herabgesetzt. Auf die Berufung der Beklagten hat das OLG das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und die monatliche Unterhaltspflicht des Klägers lediglich auf 277 EUR herabgesetzt. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils begehrt.

**Entscheidungsgründe:** Die Revision ist unbegründet.

I. Nach den Feststellungen des OLG verfügt der Kläger jetzt – nach Abzug des Unterhalts für die gemeinsame Tochter – über

ein unterhaltsrechtlich bereinigtes Einkommen in Höhe von 1.966 DM. Der Beklagten hat das Berufungsgericht ein bereinigtes fiktives Einkommen aus einer Halbtags­tätigkeit in Höhe von 882 DM zugerechnet. Weil die gemeinsame Tochter der Parteien bereits seit September 2000 die dritte Klasse der Grundschule besuche, sei der Beklagten nach den süd-deutschen Leitlinien eine Halbtags­tätigkeit zumutbar. Eine besondere Betreuungsbedürftigkeit der Tochter S habe die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Weil die Beklagte keine ausreichenden Bemühungen um Erlangung einer Halbtagsstelle dargelegt habe, sei ihr ein – unterhaltsrechtlich bereinigt – erzielbares Einkommen in Höhe von 882 DM zurechenbar. Das mietfreie Wohnen der Beklagten sei hingegen nicht bedarfsmindernd zu berücksichtigen, weil dieses auf freiwilligen Leistungen ihrer Eltern beruhe.

Trotz der sehr kurzen Zeit des ehelichen Zusammenlebens von nur fünf Tagen sei der Unterhaltsbedarf der Beklagten im Wege der Differenzmethode zu ermitteln. Schon die beabsichtigte Haushaltsführung und die Kinderbetreuung habe die Ehe der Parteien geprägt. Weil die Beklagte seit ihrem Schulabschluss bis zur Geburt des vorehelichen Kindes als Verkäuferin berufstätig gewesen sei und unmittelbar vor der Geburt des gemeinsamen Kindes eine neue Arbeitsstelle gesucht habe, lasse sich eine Lebensplanung feststellen, wonach sie im Anschluss an die Erziehung des jüngsten Kindes ebenfalls wieder Arbeit aufgenommen hätte. Auf einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Arbeitsaufnahme komme es wegen der Surrogatlösung des BGH zur eheprägenden Haushaltstätigkeit und Kindererziehung nicht mehr an. Die Beklagte könne sich auch im Abänderungsverfahren auf diese neuere höchstrichterliche Rspr. berufen. Wegen der Bindung an das abzuändernde Urteil komme eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs wegen kurzer Ehedauer auch gegenwärtig nicht in Betracht, zumal sich an der Unterhaltsbedürftigkeit im Interesse des Kindeswohls noch nichts geändert habe.

II. Mit seiner Revision will der Kläger eine Berücksichtigung der fiktiven Einkünfte der Beklagten im Wege der Anrechnungsmethode erreichen.

Indem das Berufungsgericht die fiktiven Einkünfte der Beklagten als eheprägend behandelt und im Wege der Differenzmethode berücksichtigt habe, habe es den Begriff der ehelichen Lebensverhältnisse verkannt. Weil sich deren Ausgestaltung nach den individuellen, also den familiären, wirtschaftlichen, beruflichen und sonstigen Verhältnissen der Ehegatten richte, setze die Berücksichtigung als eheprägend voraus, dass eine eheliche Lebensgemeinschaft tatsächlich überhaupt bestanden habe. Nur wenn dem unterhaltspflichtigen Ehegatten die Haushaltsführung des anderen zugute gekommen sei, sei es gerechtfertigt, ihn „mit den Nachteilen der Differenzmethode zu belasten“. Die ehelichen Lebensverhältnisse seien durch die während der Ehe erbrachte Familienarbeit geprägt, was eine Ausdehnung auf bloße gemeinsame Absichten ausschließe. Anderes ergebe sich auch nicht aus der

Betreuungsleistung für ein gemeinsames Kind, weil eine solche Tätigkeit durch den Kindesunterhalt abgegolten sei. Weil die Beklagte schon vor der Ehe nicht mehr gearbeitet habe, stelle das Berufungsgericht zu Unrecht auf ihre Absicht ab, nach der Betreuung der gemeinsamen Tochter wieder eine Berufstätigkeit aufzunehmen. Auch in der Literatur werde eine Ausweitung der Differenzmethode auf Fälle abgelehnt, in denen ein Ehegatte während der Ehezeit keine Haushaltstätigkeit erbracht habe.

Diese Angriffe gegen das Berufungsurteil überzeugen nicht.

III. 1. Im Ausgangsverfahren ist das Berufungsgericht trotz der kurzen Ehedauer davon ausgegangen, dass der Kläger der Beklagten dem Grunde nach nahehelichen Ehegattenunterhalt gem. § 1570 BGB schuldet. Daran ist der Senat im Abänderungsverfahren gebunden (§ 323 Abs. 2 ZPO).

Die Auffassung ist aber auch zutreffend, weil der Anspruch auf nahehelichen Ehegattenunterhalt wegen Betreuung eines Kindes nach § 1570 BGB nicht davon abhängt, dass die Ehegatten für eine gewisse Dauer in einer gemeinsamen Ehwohnung zusammengelebt haben. Denn nach § 1570 BGB steht einem geschiedenen Ehegatten Unterhalt zu, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder der Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Der Unterhaltsanspruch knüpft also lediglich an die Betreuung eines gemeinsamen Kindes durch den geschiedenen Ehegatten an und setzt deswegen – wie der Anspruch auf Trennungunterhalt (vgl. insoweit Senatsurteile vom 9.7.1980 – IVb ZR 526/80 – FamRZ 1980, 876, 877 und vom 17.3.1982 – IVb ZR 664/80 – FamRZ 1982, 573, 574) – nicht voraus, dass die Ehegatten begonnen hatten, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu verwirklichen und einen gemeinsamen Lebensplan ins Werk zu setzen oder durch sonstige Anstrengungen einen gemeinsamen Lebensbereich zu schaffen.

Die fehlende Umsetzung eines gemeinsamen Lebensplans ist hingegen Voraussetzung des Verwirkungstatbestandes des § 1579 Ziff. 1 BGB, wonach ein Unterhaltsanspruch versagt, herabgesetzt oder zeitlich begrenzt werden kann, wenn die Ehe von kurzer Dauer war. Allerdings steht nach § 1579 Ziff. 1 BGB der Ehedauer die Zeit gleich, in welcher der Berechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen kann. Bei der Prüfung des Verwirkungstatbestands ist zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse jedoch zunächst von der tatsächlichen Ehezeit auszugehen und erst anschließend die zur Wahrung der Belange des Kindes gesetzlich vorgesehene Abwägung vorzunehmen (BVerfG FamRZ 1989, 941, 943 f.; Senatsurteil vom 13.12.1989 – IVb ZR 79/89 – FamRZ 1990, 492, 494 ff.). Ausgehend hiervon hat das Berufungsgericht zu Recht eine weitere Herabsetzung oder Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Beklagten abgelehnt. Soweit das Berufungsgericht trotz der nur sehr kurzen Ehedauer entscheidend auf die Belange der gemeinsamen Tochter abgestellt und eine weitere Kürzung des Unterhaltsanspruchs der Beklagten abgelehnt hat, weil sogar die Summe aus eigenem Einkommen

und Unterhalt unter dem notwendigen Bedarf der Beklagten liege, bestehen dagegen keine rechtlichen Bedenken. Das Argument der Revision, die Betreuungsleistungen der Beklagten für das gemeinsame Kind seien schon durch den Kindesunterhalt abgegolten, überzeugt nicht. Denn der Barunterhalt des Klägers für das gemeinsame minderjährige Kind sichert lediglich dessen finanziellen Unterhaltsbedarf, während die Beklagte daneben für die Betreuung und Erziehung des gemeinsamen Kindes haftet, wovon auch § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB ausgeht. Der Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB ermöglicht der Beklagten erst diese Betreuungsleistung und ist deswegen jedenfalls nicht durch den Barunterhalt für das Kind abgegolten.

2. Das Berufungsgericht hat der Beklagten ein fiktives Einkommen zugerechnet, weil sie wegen des Alters der gemeinsamen Tochter zur Aufnahme einer Halbtagsstätigkeit verpflichtet sei und sich nicht hinreichend darum bemüht habe. Auch dies ist, weil für den Kläger günstig, nicht angegriffen und zudem in der Sache unbedenklich.

Unter Hinweis auf seine st. Rspr. und die in Ziffer 17.1 der süddeutschen Leitlinien niedergelegten Grundsätze hat das Berufungsgericht eine Obliegenheit der Beklagten zur Aufnahme einer Halbtagsbeschäftigung angenommen, weil die gemeinsame Tochter schon zum September 2000 in die dritte Grundschulklasse versetzt worden sei und die Beklagte einen besonderen Betreuungsbedarf des Kindes nicht substantiiert vorgetragen habe. Diese Rspr. des Berufungsgerichts, die nach Abwägung aller substantiiert vorgetragene Umstände im Regelfall von einer halbschichtigen Erwerbsobliegenheit des sorgeberechtigten Elternteils ab Einschulung des Kindes in die dritte Grundschulklasse ausgeht, hat der Senat bereits gebilligt (Senatsurteil BGHZ 148, 368, 381 = FamRZ 2001, 1687, 1691).

Weil die Beklagte keine intensiven Bemühungen um Aufnahme einer Halbtagsstätigkeit substantiiert vorgetragen hat (zur Darlegungs- und Beweislast vgl. *Wend/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 1 Rn 522, 527, § 6 Rn 703 ff., 707 f.) und das Berufungsgericht auf der Grundlage ihrer früheren beruflichen Tätigkeit und ihrer persönlichen Umstände eine reale Beschäftigungsmöglichkeit angenommen hat, hat es der Beklagten die daraus erzielbaren Einkünfte zu Recht fiktiv zugerechnet.

Im Hinblick auf diese besonderen Umstände ist es umso weniger zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Unterhaltspflicht des Klägers im Hinblick auf die Pflege und Erziehung des gemeinsamen minderjährigen Kindes nicht weiter nach § 1579 Nr. 1 BGB begrenzt oder herabgesetzt hat.

3. Das Berufungsgericht hat das der Beklagten zugerechnete fiktive Einkommen im Wege der Differenzmethode berücksichtigt, weil es schon die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt habe. Auch das entspricht der Rspr. des Senats. a) Der BGH hat im Jahre 2001 – unter Aufgabe der früheren Rspr. – entschieden, dass die ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 BGB nicht nur durch die Bareinkünfte eines

erwerbstätigen Ehegatten, sondern auch durch die Leistungen des anderen Ehegatten im Haushalt oder bei der Kindeserziehung mitbestimmt werden und hierdurch eine Verbesserung erfahren. Denn die ehelichen Lebensverhältnisse umfassen alles, was während der Ehe für den Lebenszuschnitt der Ehegatten nicht nur vorübergehend tatsächlich von Bedeutung ist, mithin auch den durch die häusliche Mitarbeit und die Kindesbetreuung des nicht erwerbstätigen Ehegatten erreichten sozialen Standard (Senatsurteil BGHZ 148, 105, 115 f. = FamRZ 2001, 986, 987). Entsprechend orientiert sich auch die Teilhaubequote an der Gleichwertigkeit der beiderseits erbrachten Leistungen, so dass beide Ehegatten hälftig an dem durch Erwerbseinkommen einerseits, Haushaltsführung oder Kindeserziehung andererseits geprägten ehelichen Lebensstandard teilhaben. Nimmt der nicht erwerbstätige Ehegatte nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit auf oder erweitert er sie über den bisherigen Umfang hinaus, so kann sie als Surrogat für seine bisherige Familienarbeit angesehen werden, weil sich der Wert seiner Haushaltstätigkeit oder der Kindeserziehung dann, von Ausnahmen einer ungewöhnlichen, vom Normalverlauf erheblich abweichenden Karriereentwicklung abgesehen, in dem daraus erzielten oder erzielbaren Einkommen widerspiegelt. Wenn also der unterhaltsberechtigten Ehegatte nach der Scheidung solche Einkünfte erzielt oder erzielen kann, die gleichsam als Surrogat des wirtschaftlichen Wertes seiner bisherigen Tätigkeit angesehen werden können, ist dieses Einkommen nach der Differenzmethode in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen (Senatsurteil BGHZ a.a.O. 120 f.). Diese Rspr. hat das BVerfG ausdrücklich gebilligt. Danach entspricht es dem gleichen Recht und der gleichen Verantwortung bei der Ausgestaltung des Ehe- und Familienlebens, auch die Leistungen, die jeweils im Rahmen der gemeinsamen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbracht werden, als gleichwertig anzusehen. Deshalb sind die von den Ehegatten für die eheliche Gemeinschaft jeweils erbrachten Leistungen unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung gleichgewichtig. Auch der zeitweilige Verzicht eines Ehegatten auf Erwerbstätigkeit, um die Haushaltsführung oder die Kindererziehung zu übernehmen, prägt ebenso die ehelichen Verhältnisse, wie die vorher ausgeübte und die danach wieder aufgenommene oder angestrebte Erwerbstätigkeit (BVerfGE 105, 1, 11 f. = FamRZ 2002, 527, 529).

Anlass dieser Änderung der Rspr. des Senats war die Erkenntnis, dass die Anrechnungsmethode dem Verständnis von der Gleichwertigkeit der Kindesbetreuung und/oder Haushaltsführung nicht gerecht wurde und auch dem gewandelten Ehebild in der Mehrzahl der Fälle nicht mehr angemessen Rechnung trug (BGHZ a.a.O., 114). Sie erstreckt sich deswegen auf die gesamte Familienarbeit während der Ehezeit, ohne dass danach zu differenzieren wäre, ob es sich allein oder vornehmlich um die Haushaltsführung oder um die Kindesbetreuung handelte. Denn der Gesetzgeber hat auch sonst die altersbedingt gebotene Pflege und Erziehung eines Kindes anerkannt (vgl. §§ 1570, 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) und deren

Dauer der Ehedauer gleichgestellt (§§ 1578 Abs. 1 Satz 2 und 3, 1579 Nr. 1 BGB).

Maßgeblich für die Bemessung der ehelichen Lebensverhältnisse ist nach der Rspr. des Senats deswegen nicht mehr, ob eine spätere Tätigkeit noch vor der Trennung der Parteien aufgenommen wurde oder ob eine spätere Arbeitsaufnahme einem ehelichen Lebensplan entsprach, sondern allein, dass es sich bei der Aufnahme bzw. Ausweitung der Tätigkeit nach der Scheidung um ein Surrogat der früheren Haushaltsführung handelt (vgl. auch *Wendl/Gerhardt*, a.a.O., § 4 Rn 184a).

b) Der Berücksichtigung im Wege der Differenzmethode steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte tatsächlich kein Einkommen bezieht und ihr ein solches lediglich fiktiv zugerechnet wird. Denn auch das Einkommen, das die Beklagte zu erzielen in der Lage ist, ist als Surrogat des wirtschaftlichen Wertes ihrer bisherigen Erziehung des gemeinsamen minderjährigen Kindes anzusehen, die die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt hat (vgl. Senatsurteil vom 5.2.2003 – XII ZR 321/00 – FamRZ 2003, 434, 435).

c) Das Berufungsgericht hat diese geänderte Rspr. des Senats zu Recht auch im Abänderungsverfahren nach § 323 ZPO berücksichtigt, obwohl der Unterhaltsanspruch der Beklagten im Ausgangsverfahren noch auf der Grundlage der früheren Rspr. ermittelt worden war. Die dargestellte Änderung der höchstrichterlichen Rspr. beruht auf einer abweichenden Sicht des § 1578 BGB sowie des früheren Verständnisses der „eheprägenden Verhältnisse“ und führt damit zu einer neuen Rechtslage. Jedenfalls für die hier relevante Zeit nach Verkündung des Senatsurteils vom 13.7.2001 (BGHZ 148, 105) ist die neue Rechtslage deswegen auch einem Abänderungsverfahren zu Grunde zu legen (Senatsurteil BGHZ 153, 372, 382 ff. = FamRZ 2003, 848, 851 f.).

4. Demzufolge ergeben sich gegen die konkrete Bemessung des Unterhaltsanspruchs durch das Berufungsgericht keine Bedenken; sie wird von der Revision auch sonst nicht angegriffen.

#### — Anmerkung

Früher sprach man vom verflixten siebten *Jahr*, wenn man die kritischste Phase einer Ehe zeitlich eingrenzen wollte. Im September 2005 hatte es der BGH zweimal mit Ehen zu tun, in denen die Eheleute offenbar nicht einmal sieben *Tage* zusammengelebt haben. Gegenstand einer der beiden Entscheidungen<sup>1</sup> war es, ob sich das nur kurze Zusammenleben auf den Versorgungsausgleich auswirkt, während es in dem hier zu besprechenden Urteil um die Frage ging, wie der naheheuliche Unterhalt bei so kurzem Zusammenleben zu berechnen ist. Ergebnis beider Verfahren: Die kurze Dauer des Zusammenlebens wirkt sich jedenfalls dann nicht aus, wenn der anspruchsberechtigte Ehegatte wirtschaftliche Nachteile wegen der Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes hat. Der BGH ist sogar noch weiter gegangen und hat

<sup>1</sup> Siehe FamRZ 2005, 2052.

festgestellt, dass sich in einem solchen Fall an der Rechtslage nicht einmal etwas ändern würde, wenn die Eheleute nie zusammengelebt hätten.

1. Die Entscheidung des BGH ist in folgenden Punkten bemerkenswert:

a) Der Kindesbetreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB setzt nicht voraus, dass die früheren Ehegatten einmal zusammengelebt haben. Das alleinige Kriterium für § 1570 BGB ist die Betreuung eines gemeinsamen Kindes durch den Unterhalt begehrenden geschiedenen Ehegatten. Das Argument, die Betreuung des Kindes werde durch den Kindesunterhalt abgegolten, hat der BGH zurückgewiesen mit der zutreffenden Begründung, der Kindesunterhalt sei kein Honorar für die Betreuung, sondern solle nur den finanziellen Bedarf des Kindes abdecken.

Eine kurze Ehedauer könne nur gem. § 1579 Ziff. 1 BGB berücksichtigt werden. Dabei wird allerdings nicht ganz klar, was der BGH unter einer kurzen Ehedauer versteht. Denn er stellt – auch im Leitsatz – auf das nur kurze Zusammenleben der Parteien ab. Demgegenüber war es jedenfalls bisher einhellige Rechtsprechung, dass als Ehedauer i.S.d. § 1579 Ziff. 1 BGB sowie auch i.S.d. §§ 1579 Abs. 5 und 1578 Abs. 1 S. 2 BGB die Zeit zwischen Eheschließung und Zustellung des Scheidungsantrags anzusehen und die Dauer des Zusammenlebens gerade unbeachtlich sei.<sup>2</sup> Da der BGH sich zu dieser bisherigen Rspr. nicht äußert, kann man wohl davon ausgehen, dass er hiervon nicht abweichen will und nur nicht ganz präzise formuliert hat.

b) Der BGH hat der unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehefrau ein fiktives Einkommen entgegeng gehalten mit der Begründung, ihr sei bei dem jetzt erreichten Alter des Kindes (3. Grundschuljahr) eine Halbtags-tätigkeit zumutbar und sie habe auch eine reale Beschäftigungsmöglichkeit. Dieses fiktive Einkommen hat der BGH nach der Differenzmethode berücksichtigt.

Der Unterhaltsschuldner hatte eingewandt, eheliche Lebensverhältnisse habe es hier überhaupt nicht gegeben, weil eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht bestanden habe; die Differenzmethode könne nur angewandt werden, wenn die Erwerbstätigkeit ein Surrogat für die – hier fehlende – in der Ehe geleistete Haushaltsführung darstelle. Das hat der BGH zurückgewiesen mit der zutreffenden Überlegung, Ursache für die Abkehr von der früher praktizierten Abzugsmethode sei es gerade gewesen, dass die in der Familie geleistete Arbeit – sei es Haushaltsführung, Kindesbetreuung oder beides – einer Erwerbstätigkeit gleichzustellen sei; auf das Zusammenleben komme es nicht an.

Auch hier formuliert der BGH aber nicht ganz unmissverständlich. Denn nach dieser Feststellung gibt er als Inhalt seiner geänderten Rspr. zur Berechnungsmethode wieder, es komme allein darauf an, ob es sich bei der Aufnahme oder Ausweitung der Tätigkeit nach der Scheidung um ein Surrogat „der früheren Haushaltsführung“ handle; tatsächlich lehnt er diese Einschränkung nach seinen wenige Sätze vorher

gemachten Bemerkungen aber gerade ab und meint die frühere „Familienarbeit“.

2. Da „die Reform des Unterhaltsrechts kommt“<sup>3</sup>, soll auch noch die Frage angesprochen werden, ob man auf der Basis des jetzigen Gesetzentwurfs zu einem anderen Ergebnis käme. Der Entwurf ist insgesamt zu finden unter [www.bmj.de/media/archive/943.pdf](http://www.bmj.de/media/archive/943.pdf) und in seinen wesentlichen Teilen synoptisch in FF 2005, 247, 248.

a) Ziel des geplanten neuen Rechts ist es, den Grundsatz der Eigenverantwortung stärker zu betonen, wie mit der Textänderung in § 1569 BGB klar wird. Besonders wird angestrebt, die in der bisherigen Rspr. geradezu zementierten Kindesaltersgrenzen aufzulösen im Zusammenhang mit der Frage, ab welchem Kindesalter dem betreuenden Elternteil eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist.

Wäre also das geplante neue Recht bereits Grundlage der BGH-Entscheidung gewesen, so hätte der BGH erst recht eine Erwerbstätigkeit für zumutbar gehalten.

b) Eine weitere wesentliche Veränderung ist in § 1579 Ziff. 1 BGB vorgesehen. Während nach der bisherigen Gesetzesregelung die tatsächliche Ehedauer um die Zeit verlängert wird, in der ein Unterhaltsanspruch wegen Kindesbetreuung bestanden hat, sieht die beabsichtigte Neufassung eine solche Gleichstellung nicht vor. Vielmehr ist die Kindesbetreuungszeit nur noch „zu berücksichtigen“, aber nicht unbedingt der tatsächlichen Ehedauer völlig gleichzustellen.

Hätte das beabsichtigte neue Recht schon der Entscheidung des BGH zugrunde gelegen, so hätte der BGH möglicherweise eine kurze Ehedauer i.S.d. § 1579 Ziff. 1 BGB bejaht mit der Begründung, der geschiedenen Ehefrau sei schon zum Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung (bei Erlass des OLG-Urteils war das Kind knapp 11½ Jahre alt) eine Ganztags-tätigkeit zumutbar gewesen.

c) Insbesondere hätte sich der BGH auf der Basis des beabsichtigten neuen Rechts mit § 1578b BGB befassen müssen. Durch diese Bestimmung sollen die Möglichkeiten, den Unterhalt der Dauer und/oder der Höhe nach zu begrenzen, deutlich erweitert werden. Dabei soll § 1578b BGB – anders als bisher § 1573 Abs. 5 BGB – nicht nur für den Aufstockungsunterhalt, sondern für alle Unterhaltstatbestände gelten.

Hätte der BGH das neue Recht bereits anzuwenden gehabt und § 1579 Ziff. 1 BGB nicht angewandt, hätte er wohl den Unterhalt zumindest der Höhe oder der Dauer nach begrenzt. Schließlich sieht die beabsichtigte Neuregelung nicht mehr vor, dass eine solche Begrenzung normalerweise ausgeschlossen ist, wenn ein Kind betreut wird oder wurde; künftig soll die Kindesbetreuung nur noch ein möglicher Grund dafür sein, die Unterhaltsbegrenzung als unbillig anzusehen. Entscheidend soll in erster Linie sein, ob sich als Folge der Ehe die Möglichkeiten erschwert haben, für den eigenen Unterhalt

<sup>2</sup> Vgl. Palandt/Brudermüller, § 1579 Anm. 6 und 7.

<sup>3</sup> So Grundmann, FF 2005, 213.

selbst zu sorgen. Hier wird es maßgeblich zum einen darauf ankommen, ob zumutbare Möglichkeiten der Fremdbetreuung bestehen, und zum anderen, wie die Chancen auf dem Arbeitsmarkt für die Aufnahme oder Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit stehen.

Wie bei annähernd jeder Gesetzesänderung gerade im Unterhaltsrecht lässt sich nicht mit Sicherheit vorhersagen, was sich in der Rechtspraxis daraus ergeben wird. Auch bei dieser beabsichtigten Gesetzesänderung wird es – wie bei der letzten großen Änderung zum 1. Juli 1998<sup>4</sup> – entscheidend darauf ankommen, wie die gesetzestypisch allgemeinen Formulierungen in der Rechtspraxis konkretisiert werden. Erneut werden wir Rechtsanwälte aufgerufen sein, die Rechtsentwicklung zu fördern, indem wir den Gerichten mit von uns vorgetragenen Lebenssachverhalten und deren von uns vorgenommener rechtlicher Bewertung Gelegenheit geben, aus Paragraphen-Änderungen eine Rechtsänderung entstehen zu lassen.

*Rainer Bosch*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für  
Familienrecht, Bonn

---

<sup>4</sup> Hierzu *Bosch*, FF 1999, 68.