

2. Lücken der Vereinheitlichung im Kollisionsrecht und Planungen im europäischen Raum

Am 3. Dezember 1998 hat der Rat (Justiz und Inneres) einen „Aktionsplan des Rates und der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“³⁸ angenommen. Der Aktionsplan der EU sieht im Bereich „Justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen“ unter anderem vor, daß binnen fünf Jahren die Möglichkeit, einen Rechtsakt betreffend das auf Ehesachen anzuwendende Recht zu erstellen, geprüft werden soll³⁹. Der Arbeitstitel der anvisierten Ehe-IPR-Verordnung lautet „Rom III“, in Anlehnung an das mit „Rom I“ titulierte Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) vom 19. Juni 1980 und die geplante EU-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“). „Rom III“ soll im IPR fortführen, was im Bereich des internationalen Familienverfahrensrechts mit der EheEuGVVO („Brüssel II“) erreicht wurde. Die Vereinheitlichung des Ehe-IPR soll einem „forum shopping“ vorbeugen⁴⁰ und wird dieses Ziel erreichen können, wenn die EU-Staaten sich in den kommenden fünf Jahren auf einheitliche Anknüpfung insoweit einigen können. Ergebnis wird, wenn sich ein Ergebnis zeigt, allerdings eine von Art. 15 EGBGB im Prinzip abweichende, nämlich nicht mehr staatsangehörigkeitsbezogene, sondern eher dem Domizil am Ehebeginn verpflichtete Anknüpfung sein.

■ *Anmerkung der Redaktion:* Vgl. zur neuen EG-Verordnung auch *Meyer-Götz*, FF 2001, 17; *Bergerfurth*, FF 2001, 15, und *Wagner/Puszkajler*, IPRax Heft 2/2001.

38 ABl. EG Nr. C 19 v. 23. 1. 1999, S. 1 ff.

39 ABl. EG Nr. C 19 v. 23. 1. 1999, S. 10, Nr. 41 a.

40 ABl. EG Nr. C 19 v. 23. 1. 1999, S. 10, Nr. 41 a.

Unterhaltsverwirkung bei Zusammenleben mit neuem Partner nur, wenn eine Ehe möglich ist?

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Rainer Bosch, Bonn

Immer wieder ergibt sich die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn der unterhaltsberechtigten Ehegatte oder geschiedene Ehegatte in einer festen Beziehung mit einem anderen Partner lebt. Die bisherige Rechtsprechung¹ kommt teilweise zu Ergebnissen, die man als familienrechtlicher Praktiker kaum nachvollziehen und erst recht den Mandanten nicht erklären kann.

Eindeutig und plausibel ist die Rechtsprechung für den Fall, daß die Aufnahme der Beziehung zu einem anderen Partner oder einer anderen Partnerin schon unter § 1579 Ziff. 6 BGB gefaßt werden kann. Dies sind die – in der Regel allerdings nicht beweisbaren – Fälle, daß der unterhaltsberechtigten Ehegatte aus einer intakten Beziehung ausgebrochen ist und sich sofort einem anderen Partner zugewandt hat². Dauert eine solche Beziehung, die bereits den Tatbestand des § 1579 Ziff. 6 BGB erfüllt hat, über die Ehescheidung hinaus an, so bleibt es bei dem Unterhaltsausschluß, nun nach § 1579 Ziff. 7 BGB. In diesen Fällen kommt es also weder auf die Dauer der Beziehung noch darauf an, ob eine Eheschließung möglich ist.

Ganz anders sieht die Rechtsprechung aus, wenn der Tatbestand des § 1579 Ziff. 6 BGB nicht erfüllt ist und somit nur die Frage gestellt werden kann, ob der Unterhalt vor einer Scheidung gemäß §§ 1361 Abs. 3, 1579 Ziff. 7 BGB oder danach gemäß § 1579 Ziff. 7 BGB ganz oder teilweise ausgeschlossen ist.

Insoweit muß man zwei Fallgruppen bilden:

1. Die neue Beziehung stellt eine Unterhaltsgemeinschaft dar

Das sind die Fälle, in denen man gemeinsam wirtschaftet und der neue Partner finanziell leistungsfähig ist³. Man spricht von der „ehegleichen ökonomischen Solidarität“, in der der getrenntlebende oder geschiedene Ehegatte „sein Auskommen gefunden“ hat. Hier wird nicht darauf abgestellt, ob eine Eheschließung möglich ist. Auch bei einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft kann dieser Sachverhalt wohl auch nach Ansicht des BGH⁴ in Betracht kommen.

In diesen Fällen der finanziellen Leistungsfähigkeit des neuen Partners, wo also die – ansonsten – unterhaltsberechtigte Ehefrau oder geschiedene Ehefrau ihre Absicherung gefunden hat, kommt es auf die Dauer der Beziehung allenfalls eingeschränkt an. Sie muß sicher nicht zwei bis drei Jahre gedauert haben; allerdings wird man sagen müssen, daß sich die von der Rechtsprechung geforderte „ehegleiche ökonomische Solidarität“ regelmäßig noch nicht vom Tage des Zusammenziehens an feststellen läßt, sondern erst, wenn die Partner einige Zeit – etwa zwei bis drei Monate – ständig zusammenleben und zusammen wirtschaften.

2. Die neue Beziehung stellt mangels Leistungsfähigkeit des neuen Partners keine Unterhaltsgemeinschaft dar

Probleme können sich ergeben in den Fällen, in denen eine mehrjährige Beziehung zu einem anderen Partner besteht, dieser aber nicht finanziell leistungsfähig ist, so daß der grundsätzlich unterhaltsberechtigten Ehegatte von ihm nicht ohne weiteres unterhalten werden kann.

Wenn die neuen Partner ganz bewußt nur deshalb nicht heiraten, weil der Wegfall des Unterhaltsanspruchs vermieden werden soll, ergibt sich wiederum kein juristisches Problem. Man ist sich einig, daß in solchen Fällen § 1579 Ziff. 7 BGB eingreift⁵. Das Problem liegt hier im tatsächlichen Bereich, weil sich nämlich kaum jemals wird nachweisen lassen, daß eine Heirat gerade aus diesem Grund nicht erfolgt.

Es bleiben die Fälle, in denen allein auf den äußeren Umstand abgestellt wird, daß sich die neue Partnerschaft verfestigt, also über ein „probeweises Zusammenleben“ hinaus weiterentwickelt hat. Übereinstimmend – und richtig – wendet die Rechtsprechung § 1579 Ziff. 7 BGB nur an, wenn eine feste Beziehung vorliegt. Das wesentliche Kriterium hierfür ist es, daß die Beziehung über einen längeren Zeitraum gedauert hat, im Regelfall zwei bis drei Jahre⁶. Der

1 Umfassende Darstellungen bei *Nehlsen-von Stryk*, FamRZ 1990, 109; *Büttner*, FamRZ 1996, 136; *Oelkers*, FamRZ 1996, 257.

2 Der Unterhaltsschuldner kann zwar unter Umständen die neue Beziehung leicht nachweisen. Erhebt jedoch die Ehefrau konkrete Vorwürfe von einigem Gewicht, so müssen diese nach der Rechtsprechung vom Unterhaltsschuldner widerlegt werden, wobei ihm dieser Negativbeweis trotz ihm zugebilligter Beweiserleichterungen (BGH FamRZ 1982, 463, 464; 1983, 670, 671) meistens nicht gelingen wird.

3 BGH FamRZ 1987, 1011; OLG Hamm FamRZ 1997, 180.

4 FamRZ 1995, 344, 345, wo diese Frage zwar offengelassen, aber eben nicht verneint worden ist.

5 BGH FamRZ 1984, 986 (damals noch § 1579 Abs. 1 Ziff. 4); FamRZ 1987, 1011; OLG Köln NJW-RR 1994, 1030 unter Ziff. 2.

6 Ausnahmen beispielsweise: OLG Köln FF 1999, 154 = FamRZ 2000, 290; gut ein Jahr bei gemeinsamem Hausbau; ähnlich AG Menden FamRZ 1991, 712.

BGH und die Oberlandesgerichte – anders häufig die Familiengerichte – fordern in solchen Fällen aber zusätzlich, daß eine Ehe des neuen Paares jedenfalls möglich wäre. Der Unterhalt soll in derartigen Fällen gemäß § 1579 Ziff. 7 BGB ganz oder teilweise nur wegfallen, „wenn sich die Beziehung des geschiedenen Ehegatten zu seinem neuen Partner in einem solchen Maße verfestigt, daß damit – nach einer zu fordernden gewissen Mindestdauer – gleichsam ein nichteheliches Zusammenleben an die Stelle einer Ehe getreten ist“⁷.

Es lassen sich vier Fälle bilden, in denen sich diese Rechtsprechung auswirkt:

1. Fall: Die Ehe ist noch nicht geschieden und die Ehefrau lebt seit zwei bis drei Jahren mit einem anderen Mann ständig zusammen⁸.

2. Fall: Die Ehe ist geschieden und die Ehefrau lebt mit einem anderen Mann zwei bis drei Jahre zusammen, davon allerdings erst ein Jahr nach der Scheidung⁹.

3. Fall: Die Ehe ist geschieden und die Frau lebt mit einem anderen Mann zwei bis drei Jahre ständig zusammen, der andere Mann ist allerdings noch verheiratet¹⁰.

4. Fall: Die Ehe ist geschieden und die geschiedene Frau lebt insgesamt zwei bis drei Jahre (vor oder nach der Scheidung) mit einer anderen Frau in einer lesbischen Beziehung ständig zusammen¹¹.

In allen diesen Fällen soll nach der Rechtsprechung des BGH und der meisten Oberlandesgerichte auch bei langjährigem Zusammenleben der neuen Partner § 1579 Ziff. 7 BGB nicht angewandt werden können, vielmehr soll eine volle Unterhaltsverpflichtung¹² zumutbar sein. Der einzige Grund hierfür ist es, daß die neuen Partner – aus welchen Gründen auch immer – einander nicht heiraten können (oder im Fall 2 zunächst nicht heiraten konnten).

Hier wird verkannt, daß es für die Frage der Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit einer Unterhaltszahlung darauf ankommt, ob man vom Unterhaltsschuldner Zahlungen erwarten kann, als gäbe es die neue mehrjährige Beziehung nicht. Nicht die Eheschließungsmöglichkeit ist dabei entscheidend, sondern allein, ob eine uneingeschränkte Unterhaltspflicht noch zumutbar oder ob sie schon grob unbillig ist. Die Zahlung wird für den Schuldner schließlich nicht dadurch zumutbarer, daß die neue Beziehung nicht juristisch fixiert werden kann; den Unterhaltsschuldner belastet die Zahlungspflicht, nicht die unterbleibende oder unmögliche Eheschließung. Der formale Akt der – möglichen – Eheschließung, von dem ein außenstehender Dritter im Regelfall ohnehin nichts wissen kann, interessiert ihn nicht. Alles andere ist eine formaljuristische, an der Lebenswirklichkeit vorbeigehende Argumentation.

Das zeigt sich am deutlichsten an den Fällen der gleichgeschlechtlichen Gemeinschaft. Insoweit ist die veröffentlichte Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte eindeutig: § 1579 Ziff. 7 BGB kann grundsätzlich nicht eingreifen. Für gleichgeschlechtliche Partner sei eine Eheschließung nicht möglich; dann könne aber auch das Zusammenleben nicht an die Stelle einer Ehe treten. Nur bei zwei Partnern, die einander heiraten könnten, sei die Annahme gerechtfertigt, daß sie sich gegenseitig versorgen und für einander einstehen könnten; in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung sei das nicht der Fall, weil es kein der Ehe vergleichbares Rechtsinstitut und damit kein allgemeingültiges Leitbild gebe, aus dem man die wechselseitige Versorgung der Partner ableiten könne¹³. Wenn keine Eheschließung möglich sei, könne der Unterhaltsanspruch auch bei langjährigem Zusammenleben nicht wegfallen.

Die Rechtsprechung müßte nun zu dem Ergebnis kommen, daß die Frage der Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit ab dem 1. August 2001 völlig anders zu beantworten ist. Ab

diesem Zeitpunkt wird es nämlich mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft auch für gleichgeschlechtliche Partner eine Rechtsform geben, die nach dem Willen des Gesetzgebers der Rechtsform der Ehe so nahe wie möglich kommen soll. Die Rechtsprechung müßte demzufolge ab dem 1. August 2001 konsequenterweise feststellen, daß ohne irgendeine Änderung der tatsächlichen Umstände nun auf einmal eine Unterhaltszahlung unzumutbar wird, die bis zum 31. Juli 2001 noch zumutbar war, nur weil es ein neues Gesetz und damit eine neue Rechtsform gibt. Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit einer Unterhaltszahlung hängt aber nicht von Rechtsformen und von einem neuen Gesetz ab.

Zwar ergibt sich aus § 5 LPartG für die gleichgeschlechtlichen Partner eine Unterhaltspflicht entsprechend §§ 1360a und b BGB. Dies ändert aber nichts. Denn die hier diskutierte Frage stellt sich ja nicht in den Fällen, in denen der neue Partner finanziell leistungsfähig ist und den geschiedenen Ehegatten ohne weiteres unterhalten kann, sondern nur für den Fall, daß der neue Partner dazu gerade nicht in der Lage ist, so daß also die Unterhaltspflicht aus § 5 LPartG nur auf dem Papier steht.

Gerade der Fall der gleichgeschlechtlichen Gemeinschaft zeigt, daß es eben nicht darauf ankommen kann, ob eine Eheschließung oder eine ähnliche rechtliche Bindung der neuen Partner möglich ist. Das gilt allgemein. Soll es denn für den geschiedenen Ehemann zumutbar sein, weiter Unterhalt an seine ehemalige Ehefrau zu zahlen, nur weil das eigene Scheidungsverfahren lange gedauert hat und deswegen Jahre des neuen Zusammenlebens noch in der Ehezeit lagen? Warum soll ohne Einschränkungen Unterhalt geschuldet sein, nur weil der neue Partner seinerseits noch verheiratet ist und deswegen keine Ehe geschlossen werden kann? Den Unterhaltsschuldner braucht nicht zu interessieren, warum es nicht zu einer Eheschließung kommt, ob diese nicht gewollt wird, wegen Gleichgeschlechtlichkeit nicht möglich ist oder wegen fortbestehender Ehe – auch – des neuen Partners ausscheidet. Er sieht, daß er weiter Unterhalt zu zahlen hat, obwohl eine mehrjährige neue Beziehung besteht, die faktisch an die Stelle der Ehe getreten ist.

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, damit werde die durch Art. 2 GG geschützte Handlungsfreiheit des geschiedenen Unterhaltsberechtigten unzumutbar beeinträchtigt, zumal er auch noch damit zu rechnen habe, daß der Unterhaltsschuldner ihn überwache oder überwachen lasse. Diese Argumentation würdigt schon nicht ausreichend, daß durch die Pflicht zur Unterhaltszahlung schließlich auch die Handlungsfreiheit des Unterhaltsschuldners in jedenfalls gleichem Maße beeinträchtigt wird. Außerdem paßt hierzu nicht die Rechtsprechung, wonach das Verschweigen einer neuen Beziehung zur Kürzung oder zum Ausschluß des

7 FamRZ 1995, 540, 542.

8 OLG München FamRZ 1998, 1589: § 1579 Ziff. 7 BGB ist auch bei langem Zusammenleben vor Scheidung nicht anzuwenden. A.A.: OLG Schleswig NJW-RR 1994, 457, allerdings mit der Besonderheit, daß wohl auch – zumindest teilweise – eine finanzielle Absicherung durch den neuen Partner gegeben war. A.A. auch AG Hanau FamRZ 1997, 1485 bei Geburt eines Kindes aus der neuen Beziehung.

9 Veröffentlichte Entscheidungen zu diesem Fall habe ich nicht gefunden. Hier könnte § 1579 Ziff. 7 BGB nach der Rechtsprechung noch nicht eingreifen.

10 Auch hierzu habe ich keine Entscheidungen gefunden, § 1579 Ziff. 7 BGB müßte nach BGH- und OLG-Rechtsprechung ausscheiden.

11 BGH FamRZ 1995, 344, 345: Das bloße, auch lang andauernde Zusammenleben in einer lesbischen Gemeinschaft fällt nicht unter § 1579 Ziff. 7 BGB, da keine Ehe möglich ist. Ebenso OLG Celle NJW-RR 1995, 5; OLG Hamm FamRZ 2000, 21.

12 Allenfalls gekürzt um fiktives Einkommen wegen Haushaltsführung für den neuen Partner, falls dieser zumindest in diesem Umfang leistungsfähig ist.

13 So OLG Hamm a.a.O. und Oelkers, FamRZ 1996, 257, 267.

Unterhalts gemäß § 1579 Ziff. 7 BGB führen kann¹⁴. Die Frage, ob der unterhaltsberechtigten Ehegatte oder geschiedene Ehegatte mit einem anderen Partner ständig zusammenlebt, ist nämlich ein für die Unterhaltsfrage wesentlicher Umstand, so daß das Zusammenleben jedenfalls ab dem Zeitpunkt, zu dem es sich auswirken kann (also spätestens nach zwei bis drei Jahren), dem Unterhaltsschuldner mitgeteilt werden muß, im Zweifel ungefragt. Wenn man vom Unterhaltsgläubiger verlangt, daß er das Zusammenleben mit einem neuen Partner mitteilt, so kann es für ihn keine unzumutbare Beeinträchtigung sein, schlimmstenfalls mit einer Kontrolle durch den Unterhaltsschuldner rechnen zu müssen.

Anhang:

Probleme ergeben sich in allen Fällen des § 1579 Ziff. 7 BGB, wenn eine Beziehung, die zum Wegfall des Unterhalts geführt hatte, wieder beendet wird. Bleibt es beim Unterhaltsausschluß oder lebt der Unterhaltsanspruch wieder auf? Eine eindeutige Antwort läßt sich nicht geben. Nach Meinung des BGH¹⁵ ist erforderlich „eine neue umfassende Prüfung, ob die aus einer wiederauflebenden Unterhaltspflicht erwachsende Belastung für den Verpflichteten die Zumutbarkeitsgrenze überschreitet“; es seien bei der Prüfung „grundsätzlich alle Umstände einzubeziehen, die die gebotene Billigkeitsabwägung beeinflussen können“. Die durch die Beendigung der Beziehung sich ergebenden Änderungen bleiben hiernach „weder unberücksichtigt noch führen sie ohne weiteres zur Wiederherstellung der unterhaltsrechtlichen Lage, die vor dem Eintritt der die Unzumutbarkeit begründenden Umstände bestanden hat“. Mit diesen allgemeinen Formulierungen ist für die tägliche Praxis im Grunde nichts anzufangen, wohl aber mit dem Hinweis des BGH, der Zeitfaktor habe wesentliche Bedeutung: Eine lange Ehedauer und eine dadurch bedingte wirtschaftliche Abhängigkeit kann für ein Wiederaufleben sprechen, eine lange Dauer der nun beendeten eheähnlichen Gemeinschaft dagegen. Insbesondere wird man dem Unterhaltsschuldner zugute halten müssen, wenn er im Vertrauen auf den Wegfall seiner Unterhaltspflicht wirtschaftliche Dispositionen getroffen hat, und wird in solchen Fällen Belastungen berücksichtigen müssen, die normalerweise bei einer Unterhaltsberechnung keine Rolle spielen.

¹⁴ OLG Hamm FamRZ 1993, 566; OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1597.
¹⁵ FamRZ 1986, 433, 444; FamRZ 1987, 689, 690.

Mitgliederhinweis

Die Rechtsanwaltskammern informieren die Arbeitsgemeinschaft natürlich nicht über die Erteilung der Befugnis zur Führung der Bezeichnung Fachanwalt für Familienrecht. Es ist Sache der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft, dies der Geschäftsführerin der Arbeitsgemeinschaft, Frau Kollegin Rüstow vom DAV, mitzuteilen. Das gleiche gilt natürlich auch, wenn sich eine neue Praxisanschrift ergibt oder der Rechtsanwalt/die Rechtsanwältin die Sozietät gewechselt hat.

Der DAV ist inzwischen bekanntlich nach Berlin umgezogen.

Rechtsanwältin Angelika Rüstow, Arbeitsgemeinschaft Familien- und Erbrecht im Deutschen Anwaltverein Littenstr. 11 · 10179 Berlin · Telefon: 030/72 61 52-128, Sekretariat: -138.

Dokumentation

Bremer Tabelle zur Berechnung des Altersvorsorgeunterhalts (Stand: 1. 1. 2001)¹

Netto-bemessungsgrundlage in DM	Zuschlag in % zur Berechnung der Bruttobemessungsgrundlage	Netto-bemessungsgrundlage in DM	Zuschlag in % zur Berechnung der Bruttobemessungsgrundlage
1–1515	15 %	3801–3875	53 %
1516–1575	16 %	3876–3950	54 %
1576–1640	17 %	3951–4025	55 %
1641–1700	18 %	4026–4095	56 %
1701–1750	19 %	4096–4170	57 %
1751–1800	20 %	4171–4240	58 %
1801–1850	21 %	4241–4315	59 %
1851–1910	22 %	4316–4385	60 % ²
1911–1965	23 %	4386–4455	61 %
1966–2005	24 %	4456–4520	62 %
2006–2055	25 %	4521–4590	63 %
2056–2085	26 %	4591–4655	64 %
2086–2125	27 %	4656–4720	65 %
2126–2170	28 %	4721–4785	66 %
2171–2215	29 %	4786–4850	67 %
2216–2255	30 %	4851–4910	68 %
2256–2300	31 %	4911–4970	69 %
2301–2350	32 %	4971–5030	70 %
2351–2410	33 %	5031–5080	71 % ³
2411–2475	34 %		
2476–2545	35 %		
2546–2610	36 %		
2611–2680	37 %		
2681–2750	38 %		
2751–2820	39 %		
2821–2895	40 %		
2896–2970	41 %		
2971–3040	42 %		
3041–3115	43 %		
3116–3190	44 %		
3191–3270	45 %		
3271–3345	46 %		
3346–3420	47 %		
3421–3495	48 %		
3496–3570	49 %		
3571–3650	50 %		
3651–3725	51 %		
3726–3800	52 %		

¹ Fortgeführt von Werner Gutdeutsch, Richter am OLG München. (Im Anschluß an FF 2000, 59.)

Berechnet unter Berücksichtigung von Beitragssätzen von 19,10 % für die Rentenversicherung und 6,50 % für die Arbeitslosenversicherung, und Lohnsteuer der Klasse 1 ohne Kinderfreibeträge mit Solidaritätszuschlag; zur Anwendung vgl. BGH FamRZ 1981, 442, 444, 445 = NJW 1981, 1556, 1558, 1559; FamRZ 1983, 888, 889, 890 = NJW 1983, 2937, 2938, 2939; s. a. BGH FamRZ 1985, 471, 472, 473 = NJW 1985, 1347 [LS.].

² In den neuen Bundesländern wird bei einer Beitragsbemessungsgrenze von 7.300 DM mit einer Nettobemessungsgrundlage von 4.384,61 DM und 66,49 % der höchstmögliche Einzahlungsbetrag in die gesetzliche Rentenversicherung von 1.394,30 DM erreicht.

³ In den alten Bundesländern wird bei einer Beitragsbemessungsgrenze von 8.700 DM mit einer Nettobemessungsgrundlage von 5.078,59 DM und 71,30 % der höchstmögliche Einzahlungsbetrag in die gesetzliche Rentenversicherung von 1.661,70 DM erreicht.