

Die Einkommensgrenze nach den ersten 6 Monaten erhöht sich je weiterem Kind des Berechtigten zusätzlich um 2.797 € (für Geburten im Jahr 2002)

Unterhaltsvorschuss: für Kinder bis 5 Jahre	
alte Bundesländer	111 €/Monat
neue Bundesländer	97 €/Monat
für Kinder zwischen 6 und 11 Jahren	
alte Bundesländer	151 €/Monat
neue Bundesländer	134 €/Monat

Mitteilung der Pressestelle des  
Bundesfamilienministeriums

## Aufsätze

### 25 Jahre Ehescheidungsreform – Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Unterhalt anhand der „ehelichen Lebensverhältnisse“

Vors. Richter am OLG Dr. Helmut Büttner, Köln

#### I. Einleitung

Trennungsunterhalt kann gem. § 1361 Abs. 1 S. 1 BGB nach den „Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen“ verlangt werden, und das Maß des nahehelichen Unterhalts bestimmt sich gem. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB nach den „ehelichen Lebensverhältnissen“.

Im Gesetzgebungsverfahren<sup>1</sup> und in der anfänglichen Literatur<sup>2</sup> ist das Problem, ob die ehelichen Lebensverhältnisse nur nach dem in der Ehe erzielten Geldeinkommen oder auch nach den sonstigen Leistungen der Ehepartner (z.B. für die Haushaltsführung und/oder Kindererziehung) zu bemessen sind, nicht erkannt worden. Behandelt worden ist nur die Frage nach der Leistungsfähigkeit, die sich nach der Geburt von Kindern und der Aufgabe der bisherigen Berufstätigkeit der Ehefrau zugunsten der Kinderbetreuung natürlich nur nach dem Erwerbseinkommen des Mannes richtet<sup>3</sup>. Dies hing wohl damit zusammen, dass damals der grundlegende Paradigmenwechsel durch Aufgabe des Verschuldensprinzips ganz im Vordergrund stand und dass für die Generation der 1910–1930 Geborenen, damals also 60- bis 40-jährigen, die für die Eherechtsreform verantwortlich war, noch ein Ehebild im Vordergrund stand, das die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit nach der Kinderbetreuungsphase als Ausnahme erscheinen ließ. Sie hatten in ihrer Kindheit die Haushaltsführungsehe als einzig „normale“ Eheform erlebt und lebten auch zumeist in einer Haushaltsführungsehe, jedenfalls von dem Zeitpunkt ab, zu dem Kinder zu betreuen waren. Die wenigen Frauen im Bundestag, in der Justiz, der öffentlichen Verwaltung und in den Unternehmen, die neben oder nach einer Kinderbetreuung damals Aufgaben im Berufsleben übernahmen, sind ein Beleg für diese Situation.

#### II. Die ursprüngliche Rechtsprechung des BGH zu den ehelichen Lebensverhältnissen

In der Praxis ist nach dem In-Kraft-Treten des Eherechtsreformgesetzes in den ersten Jahren durchweg nach der Differenzmethode gerechnet worden<sup>4</sup>, allerdings meist ohne

Auseinandersetzung mit der Problematik der ehelichen Lebensverhältnisse.

Erst fast vier Jahre nach In-Kraft-Treten der Eherechtsreform hatte sich der BGH<sup>5</sup> mit der Frage zu befassen, wie die Fallgestaltung einer Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit nach der Scheidung zu beurteilen war. In dieser Entscheidung wird daran angeknüpft, dass es auf die ehelichen Lebensverhältnisse ankomme<sup>6</sup>, die aber nur in einer Doppelverdienerhe durch das beiderseitige Einkommen bestimmt werde, so dass bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach der Scheidung das dadurch erzielte Einkommen von der Unterhaltsquote abgezogen werden müsse. In dieser Entscheidung wird in keiner Weise problematisiert, ob auch die Haus- oder Kinderbetreuungsarbeit mit einem irgendwie gearteten rechnerischen Wert anzusetzen sei, sondern es heißt lapidar: „Die Klägerin hat erst nach der Scheidung ihre Erwerbstätigkeit aufgenommen. Die ehelichen Lebensverhältnisse wurden allein durch das Einkommen des Beklagten bestimmt.“ Das nach der Scheidung erzielte Einkommen sei daher von der Unterhaltsquote abzuziehen, wenn auch die angewandte Berechnungsmethode in jedem Einzelfall auf ihre Angemessenheit zu überprüfen sei. In der folgenden Entscheidung<sup>7</sup> heißt es dann ohne diese Einschränkung klar, dass die Differenzmethode nur anwendbar sei, wenn beide Ehegatten mit ihren Einkünften die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt hätten, die Anrechnungsmethode dagegen, wenn der Berechtigte später Eigeneinkommen erziele. Die Haushaltsführung und Kinderbetreuung, so hieß es, habe zwar einen ideellen, aber keinen materiellen Wert, denn zur Deckung des Lebensbedarfs habe ja nur das Geldeinkommen zur Verfügung gestanden. Noch pointierter ist auch gesagt worden, die Haushaltsführung dürfe und könne nicht monetarisiert werden, weil das ihrem hohen ideellen Wert nicht gerecht werde. In der Folgezeit hat sich diese Rechtsprechung verfestigt und ist auch von den Amtsgerichten und Oberlandesgerichten durchweg angewandt worden. Sie ist entsprechend auf den Trennungsunterhalt angewandt worden, wenn „trennungsbedingt“ eine Erwerbstätigkeit wieder aufgenommen wurde<sup>8</sup> oder wenn die Aufnahme der Erwerbstätigkeit jedenfalls – angesichts der Kinderbetreuung – als unzumutbar anzusehen sei, weil eine unzumutbare Arbeit jederzeit aufgegeben werden könne und daher nicht die ehelichen Lebensverhältnisse auf Dauer prägen könne. Anders war es nur, wenn die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unabhängig von der Trennung schon in der Trennungszeit geplant war.

Diese Rechtsprechung entsprach schon nicht mehr den gesellschaftlichen Verhältnissen in den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts, die durch eine zunehmende Berufstätigkeit kinderbetreuender Mütter, die Wiederaufnahme einer Berufstätigkeit nach der „Kinderbetreuungsphase“, insgesamt durch die zunehmende Verwirklichung der Gleichheit von Mann und Frau gekennzeichnet waren, aber die Rechtsprechung war noch mehr durch die Orientierung an der Vergangenheit geprägt.

1 BT-Drucks. 7/650, S. 136.

2 *Diederichsen*, NJW 1977, 353 (359).

3 Vgl. z. B. *Diederichsen*, NJW 1977, 353 (359): „Bei der Doppelverdienerhe, bei welcher der Lebensstandard der Eheleute auf deren beider Erwerbstätigkeit zurückzuführen ist, muß zwangsläufig ein niedrigerer Maßstab angelegt werden, wenn ein Ehegatte jetzt aus dem Erwerbsleben ausscheidet, etwa um die Kinder zu betreuen, und deshalb Unterhalt begehrt.“ – *Diederichsen* gehörte aber zu den ersten, die der Rechtsprechung des BGH zur Anrechnungs- und Differenzmethode nicht folgten, vgl. *Palandt/Diederichsen*, 42. Aufl. 1983, § 1573 Anm. 3 a. E.

4 Vgl. *Hampel*, FamRZ 1981, 851; 1984, 621 (627); v. *Hornhardt*, NJW 1982, 17; OLG Köln FamRZ 1982, 706.

5 BGH FamRZ 1981, 539 (541).

6 BGH FamRZ 1980, 770.

7 BGH FamRZ 1982, 255 (257).

8 BGH FamRZ FamRZ 1984, 149 und 151.

### III. Die Kritik an dieser Rechtsprechung

Schon kurz nach den maßgebenden Entscheidungen des BGH zur Anwendung der Anrechnungsmethode auf die Hausfrauenehe wurde Kritik daran laut – für lange Jahre aber erfolglos. Die Kritik bezog sich zum einen darauf, dass die Arbeitsleistung der Hausfrau nicht entgegen der Rechtsprechung des BVerfG unberücksichtigt bleiben könne, weil nämlich die interne Haushaltstätigkeit nur in eine externe Erwerbstätigkeit umgewertet werde<sup>9</sup>. Es hänge vom zufälligen Zeitpunkt der Trennung ab, ob die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit als trennungsbedingt oder als eheplangemäß anzusehen sei. Zum anderen wurde argumentiert, die Anwendung der Anrechnungsmethode gebe der (früheren) Hausfrau nicht den angemessenen, sondern nur einen billigen Unterhalt<sup>10</sup>.

Erst nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur steuerlichen Berücksichtigung von Kindern<sup>11</sup>, in der hervorgehoben wurde, dass die Kinderbetreuung als Leistung in der Ehe nach der autonomen Entscheidung der Ehepartner über ihre Aufgabenverteilung anzusehen sei und dass der Staat die Voraussetzungen dafür schaffen müsse, dass die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führe und dass eine Rückkehr in die Berufstätigkeit ebenso wie ein Nebeneinander von Erziehung und Erwerbstätigkeit ermöglicht werden müsse, wurde die Kritik an der Rechtsprechung des BGH zu den ehelichen Lebensverhältnissen auf breiter Front<sup>12</sup> wieder aufgegriffen. Sie führte zu Entscheidungen<sup>13</sup> entgegen der BGH-Rechtsprechung mit Revisionszulassung, die dem BGH Anlass gaben, seine Rechtsprechung zu ändern.

### IV. Der Wandel der Rechtsprechung des BGH und die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen Normanwendung

#### 1) Die Entscheidung des BGH vom 13. 6. 2001 (XII ZR 343/99) zur Erwerbsarbeit nach Haushaltsführung/Kinderbetreuung vor Trennung oder Scheidung

Der BGH hat mit dieser Entscheidung<sup>14</sup> eine grundsätzliche Wende seiner Rechtsprechung zum Trennungs- und nachehelichen Unterhalt vollzogen. Klar wird eingeräumt, dass die bisher angewandte Anrechnungsmethode dem Verständnis von der Gleichwertigkeit von Kinderbetreuung und/oder Haushaltsführung nicht gerecht werde und dem gewandelten Ehebild in der Mehrzahl der Fälle nicht angemessen Rechnung trage.

Die ehelichen Lebensverhältnisse werden nach dieser Entscheidung durch die Gesamtheit aller Faktoren mitbestimmt, wobei es in der autonomen Entscheidungsbefugnis der Ehepartner liegt, einem von ihnen ganz oder teilweise die Haushaltsführung und Kinderbetreuung zu übertragen. Die Teilhabequote orientiert sich an der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen und es kommt nicht mehr darauf an, zu welchem Zeitpunkt es zur Trennung oder Auflösung der Ehe kommt.

Der BGH hat in dieser Entscheidung offen gelassen, ob die Haushaltstätigkeit monetarisiert werden kann, denn im Streitfall war die spätere Berufstätigkeit als Surrogat der Haushalts- und Kinderversorgungsarbeit anzusehen, so dass das hinzutretende Einkommen im Wege der Differenzmethode zu berücksichtigen war. Dieser Surrogatsgedanke hat auch die Folgeentscheidungen des BGH mitbestimmt.

#### 2) Folgeentscheidungen des BGH

In einer Reihe von Folgeentscheidungen hat der BGH sodann die Anwendung der neuen Rechtsprechung auf folgenden Fallgestaltungen geklärt:

- a) Renteneinkommen, auch aus Versorgungsausgleich<sup>15</sup>: Rentenansprüche sind gleichfalls Surrogat der Mitarbeit in der Ehe, gleichgültig, wann die Grundlagen dafür gelegt worden sind, da die Rente insgesamt an die Stelle eines (möglichen) Erwerbsverdienstes tritt.
- b) Zugewinnausgleichseinkünfte<sup>16</sup>: Ein nach der Veräußerung des im Miteigentum stehenden Hauses den Wohnvorteil übersteigender Zinsgewinn wird nach der Differenzmethode behandelt.
- c) Einkommen aus Partnerversorgung<sup>17</sup>: Auch dieses ist als Surrogat der früheren Familienarbeit anzusehen.
- d) Abänderung von Prozessvergleichen bei Änderung der Rechtsprechung<sup>18</sup>: Erst ab 13. 6. 2001 sei die Abänderung möglich, da die Parteien auf die höchstrichterliche Rechtsprechung abgestellt hatten.

#### 3) Die Entscheidung des BVerfG vom 5. 2. 2002 (1 BvR 105/95 u. a.)

Nach diesen Entscheidungen des BGH hat das BVerfG über Verfassungsbeschwerden gegen verschiedene OLG-Entscheidungen befunden, die der ursprünglichen Rechtsprechung des BGH gefolgt waren und die Anrechnungsmethode auf an Stelle der Kinderbetreuung/Hausarbeit getretene Erwerbsarbeitseinkünfte angewandt hatten. Das BVerfG hat in diesen Entscheidungen eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 6 I i. V. m. Art. 3 II GG gesehen, da der Wert der Familienarbeit damit nicht angemessen berücksichtigt wird. Das BVerfG nimmt mit Recht Bezug auf seine schon in den 70er Jahren ergangenen Entscheidungen zur Gleichwertigkeit der Leistungen, die nach den von den Ehepartnern autonom gewählten Arbeits- und Aufgabenzuweisungen erbracht werden, und auf die geänderte Ehwirklichkeit, die die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit nach der Kinderbetreuungsphase als Normalfall erscheinen lassen. Unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung sind die Leistungen gleichgewichtig, wie sich auch aus den gesetzlichen Bestimmungen zum Versorgungsausgleich und zum Zugewinnausgleich ergibt.

#### 4) Folgerungen aus der Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG erteilt – insoweit geht die Entscheidung über die des BGH hinaus – jeder Monetarisierung der übernommenen Haushalts- und Kinderbetreuungstätigkeit eine klare Absage. Unabhängig vom Umfang der Arbeit (Größe des Hauses; Anzahl der Kinder) ist die Haushalts- und Kinderbetreuung aufgrund der Entscheidung der Ehepartner der Erwerbsarbeit als gleichwertig anzusehen.

Da die bisherige Auslegung der §§ 1361, 1578 BGB verfassungswidrig war, ist auch bei Urteilen eine Abänderungsmöglichkeit zu bejahen. Das gilt auch dann, wenn nicht die Normen selbst verfassungskonform interpretiert worden sind, sondern die bisherige Anwendung der Normen vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig angesehen worden ist. Der Streit, ob nicht schon eine Änderung der

<sup>9</sup> Büttner, FamRZ 1984, 534 (538); Laier, FamRZ 1993, 392 (393).

<sup>10</sup> Hampel, FamRZ 1984, 621 (628).

<sup>11</sup> BVerfG FamRZ 1999, 285, 291 und 295.

<sup>12</sup> Büttner, FamRZ 1999, 891; Graba, FamRZ 1999, 1115; Gerhardt, FamRZ 2000, 134; Borth, FamRZ 2001, 193; Podiumsdiskussion auf der Herbsttagung der ARGE Familien- und Erbrecht, 23.–26. 11. 2000; vgl. FF 2001, 37 ff.

<sup>13</sup> OLG München FF 2001, 134.

<sup>14</sup> BGH FF 2001, 135 m. Anm. Miesen = FamRZ 2001, 986 m. Anm. Scholz, FamRZ 2001, 1061 und Luthin, FamRZ 2001, 1065 und Aufsatz Borth, FamRZ 2001, 1653 = NJW 2001, 2254 m. Aufsatz Büttner, NJW 2001, 3244.

<sup>15</sup> BGH FF 2002, 27 m. Anm. Büttner = FamRZ 2002, 88 = NJW 2002, 436.

<sup>16</sup> BGH FF 2002, 27 m. Anm. Büttner = FamRZ 2002, 88 = NJW 2002, 436; BGH FF 2001, 130 = FamRZ 2001, 1140.

<sup>17</sup> BGH FamRZ 2001, 1693 m. Anm. Büttner = NJW 2001, 3779.

<sup>18</sup> BGH FF 2001, 206 m. Anm. Miesen = FamRZ 2002, 229 = NJW 2001, 3618.

höchstrichterlichen Rechtsprechung genügt<sup>19</sup>, ist damit für die Streitfälle gegenstandslos geworden.

Fraglich ist, ob die Entscheidung des BGH noch vertretbar ist, dass bei Vergleichen auf den 13. 6. 2001 abzustellen ist. Da das BVerfG die bisherige Rechtsprechung des BGH für verfassungswidrig erklärt hat, handelt es sich nicht um den „normalen“ Fall einer Rechtsprechungsänderung, sondern um die Korrektur einer bisher verfassungswidrigen Rechtsprechung. Da die Parteien nicht bindend eine verfassungswidrige Rechtsprechung zugrunde legen können, wird auch für die Zeit vor dem 13. 6. 2001 eine Änderung von Vergleichen möglich sein.

Eine Abänderung kommt aber erst ab Geltendmachung des Abänderungsbegehrens in Betracht, nämlich ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verpflichtete mit weiter gehenden Zahlungen in Verzug gesetzt wurde<sup>20</sup>. Bei Vergleichen folgt das aus dem bis dahin geltenden Vertrauensschutz. Bei Urteilen gilt weitergehend § 323 Abs. 3 ZPO. Ist danach der Rechtsstreit schon vor dem 13. 6. 2001 anhängig gewesen oder der weiter gehende Unterhalt bei Vergleichen schon früher verlangt worden, kommt entgegen der Entscheidung des BGH auch für die Zeit vor dem 13. 6. 2001 eine Abänderung in Betracht.

Problematisch bleiben die Fälle, in denen mit Rücksicht auf die bisherige Rechtsprechung des BGH kein Unterhalt geltend gemacht worden ist, obwohl er dem Berechtigten nach der jetzt geltenden Differenzmethode zustände. In diesen Fällen könnte der Einsatzzeitpunkt für den nahehelichen Unterhalt versäumt sein. Wenn der Unterhalt nur wegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH, die als verfassungswidrig anzusehen war, nicht geltend gemacht wurde, ist das aber wohl einem Fall gleichzustellen, in dem mangels Durchsetzbarkeit der bestehende Anspruch nicht geltend gemacht wurde. In solchen Fällen ist aber der Einsatzzeitpunkt nicht versäumt. Es wäre auch schwer verständlich, demjenigen, der bisher einen geringen Unterhalt hatte, die Steigerung zuzubilligen, demjenigen, der bisher nichts hatte, sie aber zu verweigern, obwohl ihm der Differenzunterhalt gleichermaßen schon immer zustand.

## V. Ausblick

Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den ehelichen Lebensverhältnissen ist ein schöner Beleg dafür, dass gesellschaftliche Entwicklungen die Rechtsprechung nachhaltig beeinflussen und dass das Normverständnis durch die gesellschaftlichen Realitäten entscheidend geprägt wird. Der alte Satz, dass das Gesetz klüger ist als der Gesetzgeber und dass selbst die Verfassung im Licht der gesellschaftlichen Weiterentwicklung interpretiert werden muss, findet seine klare Bestätigung.

Die Frage bleibt, wie sich das neue Verständnis auf die Zahl der Eheschließungen und auf die Zahl der Kinder in Deutschland auswirken wird. Von Kritikern der neuen Entscheidungen ist hervorgehoben worden, dass die mit den Entscheidungen gestiegenen Belastungen nach Trennung und Scheidung von einer Eheschließung abhalten könnten. Dem ist nicht zuzustimmen, denn eine auf Zufälligkeiten basierende und die Gleichbehandlung der Geschlechter nicht beachtende Rechtsprechung kann – jedenfalls auf die Dauer – die Bereitschaft zur Heirat und zu Kindern nicht fördern. Man stellt zudem fest, dass die besorgniserregend geringe Zahl von Kindern auch (z. B.) in den südeuropäischen Ländern zu beobachten ist, die einen solchen Rechtsprechungswechsel nicht kennen. Die Ursache dafür ist vermutlich in vielen Faktoren zu sehen, so z. B. in der Geburtenplanung und der besseren Ausbildung der Frauen, die ihnen infolge der ökonomischen Unabhängigkeit die Wahl der Lebensgestaltung und der Kinderzahl ermöglicht. Es muss daher dafür gesorgt werden, dass eine Entscheidung für Kinder wieder mehr als Gewinn denn als Opfer

und Risiko gesehen wird. Dazu gehört, dass eine Fortsetzung der Berufstätigkeit nach der Kindererziehungsphase gefördert wird. Die neue Rechtsprechung wird dann für die gerechte Verteilung von Lasten, die sich aus gemeinsamen Entscheidungen ergeben, aber auch für eine wirtschaftliche Selbstständigkeit beider Partner sorgen.

19 So insbesondere *Gottwald*, FamRZ 2001, 1691 (Anm. zu BGH FamRZ 2001, 1687) und *Graba*.

20 OLG Stuttgart NJW 2002, 1354.

## Zur Entwicklung der Sorgerechtsregelung aus Anlass von Trennung und Scheidung

Vors. Richter am OLG a. D. *Horst Luthin*, Altenberge

### I. Einleitung

Probleme des Sorgerechts (und des Umgangsrechts) haben in den letzten Jahrzehnten – mit zunehmender Tendenz – in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum einen so breiten Raum eingenommen, dass ein Gesamtüberblick angesichts der Vorgaben für dieses Heft viel zu ausführlich geraten müsste. Deshalb soll der Beitrag sich darauf beschränken, die Entwicklung der Sorgerechtsregelung aus Anlass von Trennung und Scheidung zu skizzieren.

### II. Zur Geschichte der Gesetzgebung

Nach § 74 Abs. 4 des Ehegesetzes vom 20. 2. 1946<sup>1</sup> hatte das alleinige oder überwiegende Verschulden eines Ehegatten an der Scheidung grundsätzlich zur Folge, dass ihm die elterliche Gewalt – wie es damals (bis 1980) noch hieß – nicht übertragen wurde. Dagegen sah § 1671 Abs. 3 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. 7. 1957<sup>2</sup> nur noch bei Alleinschuld eines Ehegatten in der Regel einen Grund, ihm die Übertragung der elterlichen Gewalt zu verweigern. Im Übrigen hatte das Gericht die Regelung zu treffen, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Kindeswohl entsprach; einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern kam dabei der Vorrang zu. Nach Abs. 4 der Vorschrift sollte die elterliche Gewalt in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erforderte es das Wohl des Kindes, so konnte einem Elternteil die Personensorge, dem anderen die Vermögenssorge übertragen werden. Die Worte „in der Regel“ bezogen sich nach dem Zusammenhang der beiden Sätze des Abs. 4 und nach den Gesetzesmaterialien ausschließlich auf den Ausnahmefallbestand des Satzes 2<sup>3</sup>. Die Vorschrift wurde deshalb zunächst nahezu einhellig dahin interpretiert, dass den geschiedenen Eltern die elterliche Gewalt nicht zur gemeinsamen Ausübung belassen werden dürfe.

Mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), dessen „Jubiläum“ Anlass dieses Rückblicks ist, entfiel entsprechend dem Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip ab 1. 7. 1977 der bisherige Vorrang des an der Scheidung schuldlosen Elternteils bei der Übertragung der elterlichen Gewalt. § 1671 Abs. 4 blieb indessen unverändert.

1 Kontrollratsgesetz Nr. 16.

2 BGBl 1957 I, 609.

3 Vgl. *Knüpfel*, NJW 1983, 905, 906.