

Prägende Gedanken und offene Fragen des nachehelichen Unterhaltsrechts

— Dr. Hans-Ulrich Graba, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht i. R.

I. Das Konzept des nachehelichen Unterhaltsrechts

Das 1. EheRG vom 14.6.1976 (BGBl I, 1749) ist seit dem 1.7.1977, also nunmehr 30 Jahre in Kraft. Es ersetzt das Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht des EheG durch das Zerrüttungsprinzip. Der am Scheitern der Ehe nicht schuldige Ehegatte verlor das Recht nach § 43 EheG, der Scheidung zu widersprechen. Der schuldige Ehegatte, und weil es auf ein Verschulden nicht mehr ankommt, jeder Ehegatte, sollte jedoch durch die Scheidung nicht seinen in der Ehe erreichten sozialen Status verlieren. Deswegen wurde ihm unbefristeter, d.h. grundsätzlich lebenslanger Anspruch auf Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 BGB) eingeräumt, die sogenannte Lebensstandardgarantie.¹ Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, dass der geschiedene Ehegatte nicht selbst für sich sorgen kann und der Tatbestand einer der im Gesetz, abgesehen von der Billigkeitsbestimmung des § 1576 BGB, einzeln bezeichneten Unterhaltsberechtigungen erfüllt ist. Bei diesen handelt es sich um gesetzlich anerkannte Erwerbshindernisse (Kindesbetreuung – § 1570 BGB, Alter – § 1571 BGB, Krankheit – § 1572 BGB, Arbeitslosigkeit – § 1573 Abs. 1 BGB, Ausbildung – § 1575 BGB) mit Ausnahme des Aufstockungsunterhalts (§ 1573 Abs. 2 BGB). Diesen kann der voll erwerbstätige Ehegatte beanspruchen, der nicht ausreichend verdient, um den eheangemessenen Lebensstandard zu wahren.

II. Unterhaltsberechtigung

1. Neuer Anspruch

Die Frage, ob der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt mit dem auf Trennungsunterhalt identisch ist, hat der BGH² verneint. Dem ist zuzustimmen. Bei der Festlegung des Trennungsunterhalts lässt sich die Lage nach der Scheidung oft nicht mit hinreichender Sicherheit voraussehen.

2. Ein einheitlicher Anspruch

Nach der Rechtsprechung des BGH³ ist der nacheheliche Unterhalt trotz der Mehrzahl der Berechtigungen ein einheit-

licher Anspruch. Daran sollte trotz der neuerlichen Kritik⁴ festgehalten werden. Eine Vielzahl von Ansprüchen mit der Folge von Klagenhäufungen, neuen Erstklagen nach § 258 ZPO, statt einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO, würde die Praxis erschweren.

3. Teilberechtigung

Der einheitliche Unterhaltsanspruch kann auf mehreren Teilberechtigungen beruhen. Diese müssen im Einzelnen festgestellt werden, soweit damit nicht die gleichen Rechtsfolgen verbunden sind. Lässt die Betreuung eine Teilerwerbstätigkeit zu, ist im Urteil auszuführen, inwieweit der Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen auf § 1570 BGB beruht und inwieweit auf der Bestimmung über den Aufstockungsunterhalt des § 1573 Abs. 2 BGB.⁵ Damit ist die Ansicht des BGH⁶ nicht zu vereinbaren, dass der Anspruch allein auf § 1570 BGB gestützt werden kann, wenn der Bedürftige wegen Betreuung überhaupt an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist.

4. Anschlussunterhalt

Anders als das Unterhaltsrecht nach dem EheG, enthält das geltende nacheheliche Unterhaltsrecht mit der Voraussetzung, dass die Unterhaltsberechtigung, mit Ausnahme derjenigen wegen Betreuung, zu einem bestimmten Einsatzzeitpunkt vorliegen muss, eine praktisch bedeutsame Schranke gegen lebenslangen vollen Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen.⁷ Durch Anschlussunterhalt kann der Anspruch nicht erweitert werden.⁸ Dies wirkt sich insbesondere im Alter aus. Wenn etwa der wegen Krankheit eingeschränkt erwerbsfähige Ehegatte seinen eheangemessenen Bedarf (§ 1578 BGB) teils durch eigenes Erwerbseinkommen, teils durch Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB gedeckt hat, kann er

¹ BVerfG FamRZ 1981, 745, 750.

² BGH FamRZ 1981, 242; 1988, 370, 371.

³ BGH FamRZ 1984, 353.

⁴ Schröder, FamRZ 2005, 320.

⁵ BGH FamRZ 1990, 492.

⁶ BGH FamRZ 1987, 572 (m. Anm. Dieckmann); 1990, 492.

⁷ Dazu allgemein Graba, in: Festschrift f. I. Groß, 2004, S. 93 ff.

⁸ BGH FamRZ 2001, 1291.

ab dem 65. Lebensjahr Altersunterhalt nach § 1571 Nr. 3 BGB nur wegen Wegfalls des Krankheitsunterhalts, nicht aber wegen des Verlustes des Erwerbseinkommens verlangen. Diesen muss er selbst tragen. Es dürfte sogar zutreffend sein, dass eine ihm nunmehr gezahlte Altersrente nicht allein anstelle des früheren Erwerbseinkommens tritt, sondern auch den Altersunterhalt mindert, weil sie auf den Bedarf nach § 1578 BGB anzurechnen ist.⁹ Vom BGH ist diese Frage bislang nicht entschieden worden.

5. Inhaltlich begrenzte Berechtigung

Wenig entwickelt ist in der Rechtsprechung die inhaltliche Begrenzung des Anspruchs, wenn davon ausgegangen¹⁰ werden kann, dass die Unterhaltsberechtigung, etwa wegen Betreuung, Krankheit, Arbeitslosigkeit, bald sich vermindern oder gar entfallen wird. Die Praxis überlässt dies weitgehend der Abänderungsklage und belastet damit den Unterhaltspflichtigen mit einem Risiko, das nach dem Grundsatz des § 1569 BGB der Unterhaltsberechtigte zu tragen hat. Das geplante Unterhaltsreformgesetz, das die Verantwortlichkeit des Unterhaltsberechtigten stärker als bisher betont, gibt Anlass, die herkömmliche Praxis eines regelmäßig zeitlich unbegrenzten Ehegattenunterhalts zu überprüfen.

III. Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen

1. Surrogatstheorie

Das Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen wurde aus dem EheG übernommen. Es erschien ein Gebot der Logik, weil der Unterhalt grundsätzlich durch Geldzahlung zu leisten ist (§ 1585 BGB), dass nur die finanziellen Verhältnisse, insbesondere das Einkommen aus Erwerbstätigkeit, den Unterhalt nach ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 BGB) bestimmen, nicht die Haushaltsführung (Betreuung). Die Folge dieser Ansicht ist, dass das Einkommen des den Haushalt führenden Ehegatten aus einer nach der Trennung oder Scheidung aufgenommenen Erwerbstätigkeit, das nach § 1577 BGB auf den Bedarf anzurechnen ist, den Unterhaltsanspruch mindert oder sogar entfallen lässt.¹¹ Dadurch werden vor allem Frauen verfassungswidrig¹² benachteiligt.

Durch Urteil vom 13.6.2001 änderte der BGH¹³ seine jahrzehntelange Rechtsprechung. Nunmehr ist anerkannt, dass die ehelichen Lebensverhältnisse auch durch die Haushaltsführung und Betreuung, die „Familienarbeit“, geprägt sind. Ihrem Wert entspricht der Verdienst aus einer nach Trennung oder Scheidung aufgenommenen Erwerbstätigkeit, der als Surrogat¹⁴ zum bedarfsprägenden Einkommen gehört. Die Surrogatstheorie schießt jedoch über das Ziel hinaus.¹⁵ Sie macht die frühere Hausfrauen-Ehe zur Doppelverdiener-Ehe

und berücksichtigt nicht, dass durch das Merkmal „Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen“ auch der Bedarf der Höhe nach begrenzt wird.¹⁶

2. Bedarfsänderungen

Der Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung wurde in der Rechtsprechung des BGH zwar als das maßgebliche Ende der ehelichen Lebensverhältnisse i.S.v. § 1578 BGB bezeichnet. Dies wurde jedoch nie in dem Sinn verstanden, dass allein die Lage in diesem Zeitpunkt über den Bedarf entscheidet. Vielmehr wurden einerseits nicht alle Entwicklungen nach der Trennung als bedarfsprägend berücksichtigt und andererseits nicht jede Änderung der Verhältnisse nach der Scheidung als unbeachtlich angesehen. Auf der Grundlage des Gesetzeszwecks, dass durch den Unterhalt der eheliche Lebensstandard gewahrt werden soll, lässt der BGH¹⁷ in ständiger Rechtsprechung beide Ehegatten nach dem Halbteilungsprinzip an in der Ehe angelegten, gewöhnlichen Einkommenssteigerungen nach der Trennung und Scheidung teilnehmen und an Einkommensminderungen, die auch bei Fortbestand der Ehe von beiden Ehegatten getragen werden müssten. Änderungen der Verhältnisse, die mit der Ehe in keinem Zusammenhang stehen, insbesondere zur Zeit der Scheidung noch derart ungewisse Einkommensentwicklungen, dass sich die Ehegatten vernünftigerweise darauf nicht einstellen konnten, sind unbeachtlich.¹⁸ Surrogatseinkommen wird stets als in der Ehe angelegt behandelt.

Unklar ist, inwieweit der BGH durch ein Urteil vom 25.2.2006,¹⁹ das Trennungunterhalt zum Gegenstand hat und in welchem er die weiter unten behandelte Frage neu entschieden hat, was unter angemessenem Unterhalt i.S.v. § 1581 BGB zu verstehen sei, auch seine bisherige Rechtsprechung zur Bedarfsbestimmung ändern wollte. Die Formulierung, dass sich auch sonstige Änderungen der maßgeblichen Verhältnisse, durch die das verfügbare Einkommen des Unterhaltspflichtigen vermindert werde, wie weitere vorrangige oder gleichrangige Unterhaltsberechtigte, sich auf den Bedarf des geschiedenen Ehegatten auswirkten, kann zwar in diesem Sinn verstanden werden. Es erscheint indes zweifel-

⁹ *Graba*, Unterhalt im Alter, 2. Aufl. 2000, Rn 35.

¹⁰ Zur Prognose BGH FamRZ 2007, 793 (m. Anm. *Büttner*) = NJW 2007, 1961 (m. Anm. *Graba*).

¹¹ BGH FamRZ 1984, 149.

¹² BVerfG FamRZ 2002, 527 (m. Anm. *Scholz*, S. 733).

¹³ BGH FamRZ 2001, 986 (m. Anm. *Scholz*, S. 986, *Luthin*, S. 1065 und *Borth*, S. 1653).

¹⁴ Die Surrogatstheorie wurde vom BGH (FamRZ 2001, 1140) kurz zuvor beim Wohnvorteil verwendet.

¹⁵ *Graba*, FPR 2002, 848; *ders.*, FamRZ 2006, 821.

¹⁶ So früher der BGH FamRZ 1988, 817.

¹⁷ BGH FamRZ 2006, 683.

¹⁸ BGH FamRZ 1987, 459, 461; 2003, 590, 591; 2006, 387 (m. Anm. *Büttner*).

¹⁹ BGHZ = FamRZ 2006, 683 (m. Anm. *Büttner*, S. 765 und *Borth*, S. 852) = NJW 2006, 1654 (m. Anm. *Born*, NJW 2007, 26).

haft, dass der BGH durch diese für die Entscheidung des Falles unerhebliche Bemerkung die Trennung zwischen dem den Bedarf nach § 1578 BGB und dem die Leistungsfähigkeit bestimmenden Einkommen im Sinn von § 1581 BGB aufgeben wollte. Für außergewöhnliche Einkommenssteigerungen²⁰ hat er später daran festgehalten, dass diese nicht eheprägend sind. Nach der Ehe begründete Schulden können grundsätzlich nicht die ehelichen Verhältnisse bestimmen. Der Unterhalt für ein nach der Ehe geborenes Kind und für dessen betreuenden Elternteil liegt außerhalb des Rahmens, der von den konkreten ehelichen Lebensverhältnissen umfasst wird. Dies gilt insbesondere für die Belastung mit dem Unterhalt für den neuen Ehegatten, auch wenn dieser, wie nach der vorgesehenen neuen Fassung der §§ 1582, 1609 BGB gleichen Rang haben sollte.

IV. Unterhaltsbegrenzung

1. Ausschlussstatbestand (§ 1579 BGB)

Der Anspruch auf Ehegattenunterhalt kann wegen der besonderen Umstände im Einzelfall begrenzt werden, um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Verfassung zu wahren und eine unzumutbare Belastung des Verpflichteten zu vermeiden. Der nach striktem Recht gegebene Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen konnte in der Fassung des BGB durch das 1. EheRG nur unter den Voraussetzungen des § 1579 BGB beschränkt oder ausgeschlossen werden, d.h. aus den dort bezeichneten schwerwiegenden Gründen, um eine grob unbillige Inanspruchnahme des Verpflichteten zu vermeiden.

Es ist insbesondere das Problem zu lösen, dass einerseits ein Rückfall in das Verschuldensscheidungsrecht zu vermeiden ist, andererseits die Zuwendung zu einem anderen Partner nicht schlechthin folgenlos bleiben kann, weil damit nicht ohne weiteres zu vereinbaren ist, die Solidarität des früheren Ehegatten in Anspruch zu nehmen. Der BGH hat bei der Konkretisierung des Auffangtatbestands des 1579 Nr. 7 BGB für die schwierigste Fallgruppe, wenn der Ehegatte in einer Partnerbeziehung lebt, die ihm kein Auskommen gibt, Grundsätze entwickelt. Danach kann der Berechtigte Unterhalt nicht verlangen, wenn die neue Beziehung gleichsam an die Stelle einer Ehe getreten ist. In der Regel kann erst nach einer etwa zweijährigen Dauer davon ausgegangen werden, dass die Partner, ähnlich wie Ehegatten, für einander eintreten wollen.²¹ Die Rechtsprechung führt zu angemessenen Ergebnissen, nachdem auch die Anrechnung eines fiktiven Einkommens für Partnerleistungen nach § 1577 Abs. 1 BGB und die Möglichkeit einer teilweisen Beschränkung des Unterhalts nach § 1579 BGB Lösungen erlauben, die den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragen.

2. UÄndG 1986

Durch das UÄndG vom 20.1.1986 (BGBl I, 301) wurden zwei weitere Härteklauseln in das BGB eingefügt: die Bestimmungen des § 1573 Abs. 5 und des § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB. § 1573 Abs. 5 BGB sieht vor, dass der Arbeitslosenunterhalt und der Aufstockungsunterhalt zeitlich begrenzt werden können, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit ein zeitlich unbegrenzter Anspruch unbillig wäre, wobei dies in der Regel nicht bei gegenwärtiger oder früherer Betreuung gemeinschaftlicher Kinder gelten soll. Unter den gleichen Voraussetzungen kann nach § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB bei jeder Unterhaltsberechtigung der Anspruch nach den ehelichen Lebensverhältnissen zeitlich begrenzt und dann auf den angemessenen Lebensbedarf herabgesetzt werden.

Beide Vorschriften wurden in der Praxis nur selten angewandt. Die Gründe dafür liegen darin, dass das Unterhaltskonzept des BGB nicht geändert, insbesondere die sogenannte Lebensstandardgarantie für den Normalfall nicht beseitigt werden sollte. Besondere Gründe, die im Einzelfall eine Beschränkung des Unterhalts rechtfertigen, lassen sich nur schwer finden.²² Hinzu kommt die Schwierigkeit, Umstände, die zur Vermeidung einer schlichten Unbilligkeit eine Beschränkung des Unterhalts rechtfertigen, von den schwerwiegenden Ausschlussstatbeständen des § 1579 BGB abzugrenzen, die an grobe Unbilligkeit anknüpfen. Es ist bemerkenswert, dass das grundlegende Urteil des BGH²³ zu § 1573 Abs. 5 BGB im Jahr 2006, also erst zwanzig Jahre nach dem Inkrafttreten der Vorschrift, ergangen ist, während zu der Vorschrift des § 1578 Abs. 1 Abs. 2 BGB eine vergleichbare Entscheidung überhaupt fehlt. Der BGH führt aus, § 1573 Abs. 5 BGB beruhe auf dem Gedanken, dass der volle Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen nur dann angemessen sei, wenn der Ehegatte ehebedingte Nachteile erlitten habe oder sonstige Gründe, wie Alter oder Gesundheitszustand, für eine dauerhafte Lebensstandardgarantie sprächen. Fehlten diese Umstände, werde es oft angemessen sein, nach einer Übergangszeit den Unterhaltsberechtigten auf einen Lebensstandard zu verweisen, den er ohne die Ehe hätte. Der BGH hat die Bestimmung des § 1573 Abs. 5 BGB herangezogen, um die durch seine Surrogat-Rechtsprechung zum Unterhalt der Hausfrau verursachte Ausweitung der Unterhaltsverpflichtung einzuschränken. Er hat die Befristung des Aufstockungsunterhalts durch das Berufungsgericht aus Gründen der einfachen Unbilligkeit bestätigt, weil ehebedingte Nachteile nicht mehr vorlagen, obgleich in dem einen Fall²⁴ die Ehe fast 15 Jahre und in

²⁰ BGH FamRZ 2007, 793 (m. Anm. Büttner) = NJW 2007, 1961 (m. Anm. Graba).

²¹ BGH FamRZ 1997, 671; 2002, 810.

²² Maier, NJW 2003, 1631.

²³ BGH FamRZ 2006, 1066 (m. Anm. Born), s. auch FamRZ 2007, 200 (m. Anm. Büttner; zurückverweisendes Urteil) und 793 (m. Anm. Büttner) = NJW 2007, 1961 (m. Anm. Graba).

²⁴ BGH FamRZ 2006, 1006 (m. Anm. Born).

einem anderen Fall²⁵ über 13 Jahre gedauert und die Ehefrau weitere rund sieben Jahre zwei Kinder betreut hatte. Letztlich führt diese Ansicht dazu, dass die frühere Hausfrau, von besonderen Vertrauenstatbeständen abgesehen, wenn ehebedingte Nachteile nicht oder nicht mehr vorliegen, schlechter steht als in der Zeit der Herrschaft der Anrechnungsmethode, weil der eheangemessene durch den niedrigeren angemessenen Lebensstandard ersetzt wird, den sie hätte, wenn sie nicht geheiratet hätte.

3. Geplantes Unterhaltsrechtsänderungsgesetz

Durch das geplante Unterhaltsreformgesetz soll das Unterhaltsrecht den geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen und dem Wertewandel angepasst werden.²⁶ Der Grundsatz der Selbstverantwortlichkeit soll gestärkt werden. Dies bedeutet, dass die nacheheliche Solidarität eingeschränkt wird und zwar auch in den Fällen, in denen der geschiedene Ehegatte nicht selbst für sich sorgen kann, weil er etwa durch eine Krankheit oder der Lage auf dem Arbeitsmarkt nicht erwerbstätig sein kann.²⁷ Zwar wird nach der Begründung des Regierungsentwurfs²⁸ am Konzept des nachehelichen Unterhaltsrechts festgehalten. In Wirklichkeit werden aber Grundsatz und Ausnahme im nachehelichen Unterhaltsrecht umgekehrt, soweit dies nicht schon durch das UÄndG 1986 und die Rechtsprechung des BGH zur Befristung des Aufstockungsunterhalts²⁹ geschehen ist. Anstelle der nach striktem Recht gegebenen Lebensstandardgarantie und des Anspruchs auf Teilhabe an dem während der Ehe gemeinsam erwirtschafteten, wie vom BVerfG³⁰ im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Verfassungswidrigkeit der Anrechnungsmethode bei der Bestimmung des Bedarfs der früheren Hausfrau gefordert, ist der Gedanke des Ausgleichs des ehebedingten Nachteils und der Unterhalt nach Billigkeit gesetzt worden. Maßgebend ist nach der Kernbestimmung des geplanten § 1578b BGB, welche die §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 BGB ersetzt, von bestimmten Vertrauenstatbeständen abgesehen, nach einer Übergangsfrist nicht mehr der Lebensstandard des Verheirateten, sondern des fiktiv ledig Gebliebenen. Die Urteile des BGH zur Begrenzung des Aufstockungsunterhalts nach § 1573 Abs. 5 BGB,³¹ die auf den gleichen Erwägungen beruhen, werden zur Auslegung herangezogen werden.

4. Verhältnis des geplanten § 1578b zu § 1579 BGB

Unklar ist das Verhältnis des Beschränkungstatbestands des geplanten § 1578b BGB zum Ausschlussstatbestand des § 1579 BGB. Der Unterschied, dass nur § 1579 BGB einen Unterhaltsausschluss gestattet, ist wenig bedeutsam, weil eine zeitliche Begrenzung auf den angemessenen Lebensbedarf (nicht: Unterhalt) möglich ist und bei eigenem Einkommen auch nach § 1578b BGB ein Anspruch entfallen kann. Es ist ein Widerspruch, dass der Unterhalt nach einer kurzen Ehe i.S.v.

§ 1579 Nr. 1 BGB, d.h. regelmäßig von bis zu oder drei Jahren,³² nur bei grober Unbilligkeit beschränkt werden kann, während, wie in dem Urteil des BGH vom 12.4.2006,³³ bei einer Ehe von fast 15 Jahren oder im Urteil vom 1.3.2007³⁴ bei einer 13-jährigen Ehe und rund sieben weiteren Jahren der Kindesbetreuung wegen schlichter Unbilligkeit die gleiche Rechtsfolge angeordnet werden kann.³⁵ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll § 1579 BGB subjektive und objektive Umstände, § 1578b BGB nur objektive Umstände erfassen. § 1579 BGB soll vor § 1578b BGB zu prüfen sein. Es ist indes nicht möglich, die objektiven Gründe, die für den Tatbestand des § 1579 BGB erheblich sind und auch als Tatbestandshürde Schutzwirkungen für den Unterhaltsberechtigten haben,³⁶ von den ebenfalls objektiven Umständen abzugrenzen, die den Tatbestand des § 1578b BGB erfüllen. Außerdem kann die Erfüllung der Kriterien des § 1579 BGB durch den Unterhaltsverpflichteten, namentlich soweit er sich vorwerfbar verhalten hat, bei den umfassenden Billigkeitserwägungen nicht als belanglos abgetan werden.³⁷ Folgerichtig ist es, den auf einfache Unbilligkeit aufgebauten Begrenzungstatbestand des § 1578b BGB zuerst zu prüfen und danach zu fragen, ob aus Gründen grober Unbilligkeit schwerwiegendere Folgen, insbesondere der Ausschluss des Unterhalts nach § 1579 BGB, gerechtfertigt ist. Im Ergebnis wird das Konkurrenzverhältnis nach der Regel gelöst werden müssen, dass das spätere Gesetz das frühere verdrängt. § 1578b BGB höhlt den Anwendungsbereich der Bestimmung des § 1579 BGB aus, ebenso wie nach der Ansicht des BGH³⁸ § 1579 Nr. 1 BGB durch § 1573 Abs. 5 BGB „faktisch verdrängt“ wurde.

V. Leistungsfähigkeit

Bei der Auslegung des § 1581 BGB geht es vor allem um die Frage, was unter dem „angemessenen“ Unterhalt des Verpflichteten zu verstehen ist. Während der BGH³⁹ früher der Ansicht war, dass damit der eheangemessene Unterhalt ge-

²⁵ BGH FamRZ 2007, 793 (m. Anm. Büttner) = NJW 2007, 1961 (m. Anm. Graba).

²⁶ Begr. RegE v. 15.6.2006, BT-Drucks 16/1830, S. 1.

²⁷ Begr. RegE BT-Drucks 16/1830, S. 18 f.

²⁸ BT-Drucks 16/1830, S. 13.

²⁹ Graba, NJW 2007, 1968.

³⁰ BVerfG FamRZ 2002, 527, 529.

³¹ BGH FamRZ 2006, 1006 (m. Anm. Born); 2007, 200 (m. Anm. Büttner) und 793 (m. Anm. Büttner) = NJW 2007, 1961 (m. Anm. Graba).

³² BGH FamRZ 1981, 140, 142; 1982, 254; 1986, 886, 887.

³³ BGH FamRZ 2006, 1066 (m. Anm. Born).

³⁴ BGH FamRZ 2007, 793 (m. Anm. Büttner) = NJW 2007, 1961 (m. Anm. Graba).

³⁵ Schwab, FamRZ 2006, 1417, 1420.

³⁶ BGH FamRZ 1986, 560, 562.

³⁷ Ehinger/Rasch, FamRB 2007, 78, 80.

³⁸ FamRZ 1989, 483, 486.

³⁹ BGH FamRZ 1990, 260; 2004, 1357.

meint sei, hat er durch Urteil vom 15.2.2006⁴⁰ entschieden, dass dies in der Regel ein fester Betrag in der Mitte zwischen dem notwendigen Selbstbehalt für ein minderjähriges Kind und dem angemessenen Selbstbehalt für ein volljähriges Kind im Sinn von § 1603 BGB sei. Dem Anliegen der früheren Rechtsprechung zu verhindern, dass der unterhaltsberechtigter Ehegatte unter Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe einen höheren Unterhalt als der Verpflichtete erhalte, werde bereits bei der Bedarfsermittlung nach § 1578 BGB Rechnung getragen, bei der auch naheheliche Entwicklungen zu berücksichtigen seien. Wie bereits oben bei Bedarf erwähnt, nennt der BGH als Umstände, durch die das verfügbare Einkommen des Unterhaltspflichtigen vermindert werde, weitere vorrangige oder gleichrangige Unterhaltsberechtigter. Dagegen bestehen Bedenken. Es gibt auch kein früheres Urteil, das etwa den Unterhalt für ein nach der Scheidung geborenes Kind zu den ehelichen Lebensverhältnissen gerechnet hat. Der BGH⁴¹ hat indes in einer späteren Entscheidung zum Wohnvorteil nach § 1361 BGB zwischen dem bedarfsbestimmenden und dem für Bedürftigkeit maßgebenden Einkommen unterschieden. Was für das Verhältnis von Bedarf und Bedürftigkeit gilt, sollte auch im Verhältnis Bedarf und Leistungsfähigkeit nicht infrage gestellt werden. Zweifelhaft ist weiter, ob in den Fällen, in denen der eheliche Lebensstandard unter dem Existenzminimum liegt, es gerechtfertigt erscheint, den angemessenen Selbstbehalt bis zum Zwischenbetrag anzuheben.

VI. Rang der Berechtigten

Entsprechend dem Grundgedanken des 1. EheRG, dass durch die Scheidung der Lebensstandard nicht verschlechtert werden sollte, war dem Unterhaltsanspruch des Geschiedenen der erste Rang neben dem minderjährigen Kind zugewiesen (§ 1609 BGB). Insbesondere musste der neue Ehegatte den grundsätzlichen Nachrang nach § 1582 BGB hinnehmen, nachdem er in Kenntnis der „wirtschaftlichen Hypothek“⁴² der Unterhaltsbelastung geheiratet hatte. Der Entwurf des geplanten Unterhaltsreformgesetzes behält demgegenüber minderjährigen Kindern, gleich aus welcher Beziehung sie stammen, den ersten Rang vor und weist sowohl dem Anspruch des betreuenden Ehegatten während und nach der Ehe (§ 1570 BGB) wie dem des betreuenden nichtehelichen Elternteils nach § 1615I Abs. 2 BGB den gleichen zweiten Rang zu. Der Streit innerhalb der großen Koalition über diese Frage ist noch nicht entschieden. Ein Beschluss des BVerfG vom 28.2.2007,⁴³ wonach die unterschiedliche Dauer der Ansprüche nach § 1570 und 1615I BGB verfassungswidrig ist, weil damit das nichteheliche Kind gegenüber dem ehelichen benachteiligt werde, spricht indes für den gleichen Rang der Ansprüche.⁴⁴

VII. Betreuungsunterhalt nach § 1570 und nach § 1615I BGB

Den neuen Selbstbehalt im Sinn von § 1581 BGB hat der BGH in Anschluss an ein Urteil⁴⁵ zum angemessenen Selbstbehalt des Verpflichteten nach § 1603 Abs. 1 BGB gegenüber dem Anspruch des nichtehelichen Elternteils auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB in gleicher Höhe festgesetzt. Der BGH hat seine Entscheidung zu § 1615I BGB mit dem gemeinsamen Schutzzweck der Unterhaltsansprüche nach § 1615I Abs. 2 und § 1570 BGB gerechtfertigt, nämlich der Mutter die Betreuung während der ersten drei Lebensjahre des Kindes zu ermöglichen. Aus Rechtsgründen und von Verfassung wegen sei es nicht hinnehmbar, den Selbstbehalt nach § 1615I BGB abweichend von dem nach § 1570 BGB zu bestimmen. Noch weitergehend hat das BVerfG⁴⁶ die unterschiedliche Dauer der Unterhaltsansprüche für eheliche und nichteheliche Kinder beanstandet, weil Art. 6 Abs. 5 GG es verbiete, die persönliche Betreuung beim ehelichen Kind anders als beim nichtehelichen Kind zu bemessen. Der ausschließlich am Alter des Kindes ausgerichtete Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB könne nicht mit Gründen in der Person des Ehegatten gerechtfertigt werden. Die zeitliche Begrenzung des Anspruchs in § 1615I BGB für den Regelfall auf drei Jahre als solche sei indes nicht verfassungswidrig. Dem Gesetzgeber wurde aufgegeben, bis zum 31.12.2008 eine neue Regelung zu schaffen.

Soweit die Entscheidungen des BGH und der genannte Beschluss des BVerfG für den Unterhaltsanspruch der Betreuungsperson an das Kindeswohl als entscheidenden Gesichtspunkt anknüpfen, ist dies mit der Struktur des gesetzlichen Unterhaltsrechts nur schwer zu vereinbaren.⁴⁷ Das BGB trennt zwischen Verwandtenunterhalt und Ehegattenunterhalt. Bislang wurde zwischen dem Betreuungsunterhalt als Teil des Bedarfs des Kindes nach § 1610 BGB⁴⁸ und dem Unterhalt des Betreuenden nach § 1570 oder § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB unterschieden, in dessen Person die Kindesbetreuung als Erwerbshindernis anerkannt wird. Der BGH überträgt auf den Betreuungsunterhalt nach § 1615I BGB Begriffe aus dem Ehegattenunterhaltsrecht, wie den Grundsatz der Halbteilungs aus § 1578 BGB,⁴⁹ den angemessenen Selbstbehalt aus

⁴⁰ BGH FamRZ 2006, 683 (m. Anm. Büttner, S. 765 und Borth, S. 852) = NJW 2006, 1654 (m. Anm. Born, NJW 2007, 26).

⁴¹ BGH FamRZ 2007, 879.

⁴² BVerfG FamRZ 1984, 346.

⁴³ BVerfG FamRZ 2007, 965 (m. Anm. Born und Maier, S. 1076) = NJW 2007, 1735 (m. Anm. Caspary).

⁴⁴ Born, FamRZ 2007, 993, 994; Schwab, FamRZ 2007, 1053, 1055; Klinkhammer, 2007, 1205, 1211.

⁴⁵ BGH FamRZ 2005, 354 (m. Anm. Schilling und Graba).

⁴⁶ S. Fn 43, a.a.O.

⁴⁷ Grundlegend dazu Schwab, FamRZ 2007, 1.

⁴⁸ RG DR 1944, 619 ist eine Ausnahmeentscheidung; dazu Dieckmann, FamRZ 1984, 946, 947.

⁴⁹ BGH FamRZ 2005, 442, 443.

§ 1581 BGB⁵⁰ oder das Erlöschen des Unterhaltsanspruchs wegen Wiederheirat aus § 1586 BGB.⁵¹ Diese Begriffe stehen in Zusammenhang mit allen Unterhaltsberechtigungen des geschiedenen Ehegatten, nicht nur mit dem Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB. Sie können nicht ohne Störung des Systems des gesetzlichen Unterhaltsrechts für den Betreuungsanspruch nach § 1615I BGB herangezogen werden, insbesondere mit Rückwirkung dieser Rechtsanwendung auf den gesamten Geschiedenen-, Trennungs- und Familienunterhalt. Noch mehr gilt dieser Einwand gegenüber der Begründung des BVerfG, dass § 1570 BGB ausschließlich auf Kindesbedingten Gründen beruhe. Damit wird der Betreuungsanspruch nicht nur als Hauptberechtigung des nachehelichen Unterhaltsrechts infrage gestellt, sondern überhaupt sein Grund als Anspruch des Ehegattenunterhalts.⁵² Die Begründung des BVerfG steht nicht in Einklang mit dessen früherer Ansicht,⁵³ wonach § 1582 BGB nicht verfassungswidrig ist, soweit der Anspruch auf Betreuungsunterhalt der geschiedenen Ehefrau nach § 1570 BGB Vorrang gegenüber dem Unterhalt der neuen Ehefrau hat, die ein Kind betreut. Dieses Kind kann das vor der zweiten Eheschließung geborene Kind des Ehemanns sein, das einen Anspruch nach § 1615I Abs. 2 S. 2 BGB ausgelöst hat. Es wird in seinen Betreuungsmöglichkeiten durch die Rangvorschrift des § 1582 BGB benachteiligt. Der neue Beschluss passt auch nicht zu der Ansicht des BVerfG,⁵⁴ dass sich Eltern ehelicher Kinder, anders als nicht mit einander verheiratete Eltern, mit der Schließung der Ehe verpflichtet haben, für einander und für das Kind einzustehen. Das BVerfG ist einerseits der Auffassung, dass das nichteheliche Kind auch nicht mittelbar schlechter als das eheliche Kind gestellt werden darf, räumt aber andererseits ein, dass sich die Besserstellung des Ehegatten, der anders als der nichteheliche Elternteil keinen Anspruch auf Krankheitsunterhalt hat, auf die Lebenssituation des mit ihm zusammenlebenden Kindes auswirkt. Obwohl nach den eigenen Worten des BVerfG⁵⁵ die Ehe dem Kindeswohl mehr Rechnung trägt als eine nichteheliche Partnerschaft, verschlechtert es die Stellung des ehelichen Kindes, ohne die des nichtehelichen Kindes zu verbessern. Es stellt die Ehe in dem zentralen Punkt der Kindesbetreuung der nichtehelichen Partnerschaft gleich. Schließlich ist es widersprüchlich, dass das BVerfG den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB auf die Solidarität der Ehegatten zurückführt und zugleich leugnet, dass der Anspruch aus Gründen in der Person des Ehegatten besteht. Das BVerfG hat seine eigene Rechtsprechung⁵⁶ nicht beachtet, wonach der Anspruch nach § 1570 BGB der Sicherung der Elternverantwortung des betreuenden Ehegatten und der finanziellen Ablösung der Erziehungspflichten des Unterpflichtigen dient.

VIII. Abdingbarkeit

1. Form

Das nacheheliche Unterhaltsrecht ist dispositives Recht. Es kann formlos abbedungen werden. Nach der geplanten Unterhaltsreform bedarf jedoch eine Unterhaltsvereinbarung nach § 1585c BGB, die vor der Rechtskraft der Scheidung geschlossen wird, der notariellen Beurkundung, die durch einen gerichtlich protokollierten Vergleich ersetzt werden kann (§ 127a BGB).

2. Inhalt

Eine Inhaltskontrolle von Eheverträgen, in denen meistens der Unterhalt nach der Scheidung geregelt wird, fand zunächst nicht statt.⁵⁷ Unter dem Eindruck von Entscheidungen des BVerfG⁵⁸ hat der BGH⁵⁹ diese durch Urteil vom 11.2.2004 vorgenommen. Danach ist eine richterliche Prüfung nötig, ob der Vertrag aus Sicht im Zeitpunkt seines Abschlusses wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig ist (Wirksamkeitskontrolle) und ob der Begünstigte wegen der seither eingetretenen Entwicklung der Verhältnisse treuwidrig (§ 242 BGB) handelt, wenn er sich auf den Vertrag beruft (Angemessenheitskontrolle). Tragender Grund der Rechtsprechung des BGH ist, dass das Recht der Ehegatten, ihre ehelichen Lebensverhältnisse zu gestalten, die Freiheit einschließt, den nachehelichen Unterhalt nach ihren Vorstellungen zu regeln. Die Grenze liegt dort, wo eine Partei evident einseitig unzumutbar belastet wird. Die Belastungen des einen Ehegatten wiegen umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten sind um so genauer zu prüfen, je unmittelbarer Regelungen des Kernbereichs des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts abbedungen werden. Der BGH erstellt eine Rangordnung der einzelnen Unterhaltsberechtigungen, angefangen mit dem Betreuungsunterhalt und endend beim Aufstockungsunterhalt, und bemisst danach die Anforderungen für eine Hinnahe der Abweichung vom gesetzlichen Unterhaltsanspruch. Nach dem BGH ist es zulässig, dass der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile beschränkt wird, während das BVerfG⁶⁰ festgestellt hatte, dass beide Ehegatten eine gleichmäßige Teilhabe an dem während der Ehe erwirtschafteten beanspruchen können durch Zuge-

⁵⁰ BGH FamRZ 2005, 354.

⁵¹ BGHZ 161, 124 = FamRZ 2005, 347 (m. Anm. Schilling und Graba).

⁵² Maier, FamRZ 2007, 1076.

⁵³ BVerfG FamRZ 1984, 346.

⁵⁴ BVerfG FamRZ 2003, 285, 287.

⁵⁵ BVerfG FamRZ 2007, 529, 531.

⁵⁶ BVerfG FamRZ 1984, 346, 349.

⁵⁷ BGH FamRZ 1991, 306; 1996, 1536; 1997, 156.

⁵⁸ BVerfG FamRZ 2001, 343 (m. Anm. Schwab). Inzwischen sind zahlreiche Entscheidungen zur Inhaltskontrolle ergangen.

⁵⁹ BGHZ 158, 91 = FamRZ 2004, 601.

⁶⁰ BVerfG FamRZ 2002, 527, 529.

winnausgleich, Versorgungsausgleich und Unterhalt, bei diesem auch für die Zeit nach der Scheidung. Zweifelhaft ist, ob die auf den ehebedingten Nachteil, d.h. auf einen durch die Ehe verursachten Schaden abstellende Ansicht, die den Ledigen zum Maßstab nimmt, mit dem vom BGH selbst erwähnten Wesen der Ehe vereinbar ist, auch wenn einzuräumen ist, dass dies mit den Zielen der geplanten Unterhaltsrechtsänderung übereinstimmt. Auch wird nicht beachtet, dass die Parteien nicht erst durch den Ehevertrag, sondern bereits auf Grund der Ehe als gleichberechtigte Partner verbunden sind, so dass jede Abdingung der gesetzlichen Scheidungsfolgen eine Ungleichbehandlung der Ehegatten indiziert, die vom Begünstigten zu widerlegen ist, während nach der Ansicht des BGH der Benachteiligte den Verstoß gegen § 138 und § 242 BGB beweisen muss.

Auf der Grundlage des oben erwähnten Beschlusses des BVerfG kann einem Betreuungsunterhalt, der nicht den Interessen des Ehegatten dient, nicht mehr das überragende Gewicht eingeräumt werden, dass er bislang unter den Unterhaltsberechtigungen hatte. Der Arbeitslosenunterhalt und der Aufstockungsunterhalt haben an Bedeutung gewonnen. Die Verzichtbarkeit des Anspruchs nach § 1570 BGB wird man

weiterhin annehmen können, eben weil es ein Anspruch des Ehegatten ist, der sich vom dem unverzichtbaren Anspruch des betreuenden nichtehelichen Elternteils nach §§ 1615I, 1614 BGB unterscheidet, der nicht etwa über den Zugewinnausgleich abgesichert werden kann. Wenn, was ich mit *Born*⁶¹ für nicht richtig halte, für die Erwerbsobliegenheit keine Rolle spielen soll, in welchen wirtschaftlichen Verhältnissen die geschiedenen Eheleute gelebt haben, stellt sich die Frage, ob der betreuende Ehegatte nicht darauf bestehen sollte, dass in einem Ehevertrag eine längere Betreuung als die gesetzliche Regelzeit aufgenommen wird.

IX. Ausblick

30 Jahre nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG ist das Ehegattenunterhaltsrecht den veränderten Verhältnissen anzupassen. Der jetzigen Generation von Unterhaltsrechtlern fällt die Aufgabe zu, Lösungen zu entwickeln, die dogmatisch stimmig, praktisch brauchbar und im Ergebnis angemessen sind.

⁶¹ FamRZ 2007, 965.