

Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab, Regensburg

**Stellungnahme zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts“ vom 15.6.2006 (BT-Drucksache 16/1830)  
für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages am  
16.10.2006**

**I. Zusammenfassung**

Eine maßvolle Korrektur des derzeit geltenden Unterhaltsrechts ist durchaus wünschenswert, insofern das geltende Recht in einigen Fallgestaltungen das gebotene Maß der nahehelichen Solidarität überzieht. Insofern findet eine Reihe der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Gesetzesänderungen meine grundsätzliche Zustimmung, auf eine nähere Erörterung rechtstechnischer Einzelheiten möchte ich verzichten.

Ich möchte mich auf diejenigen Punkte des Entwurfs beschränken, in dem er nach meiner Auffassung grundsätzliche Kritik verdient. Diese liegen allerdings im Zentrum des Gesetzesvorhabens. Meine Thesen sind die Folgenden:

**1) Zu §§ 1570 und 1615I BGB. a)** Die vorgeschlagene Änderung des § 1570 sollte unterbleiben. Soweit der geplante Zusatz ein sachlich begründetes Anliegen verfolgt, ist seine Aussage bereits in § 1570 jetziger Fassung enthalten („solange und soweit eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“). Im Kontext mit der Gesetzesbegründung könnte der Zusatz aber eine überschießende Tendenz entwickeln, die dem Kindeswohl nicht förderlich wäre und dem Prinzip der gemeinsamen Elternverantwortung widerspräche.

**b)** Eine Übertragung der Regeln des Sozialrechts über die Erwerbszumutungen bei Kindesbetreuung (z.B. § 11 Abs.4 S. 2,3 SGB XII) auf das Unterhaltsrecht ist unzulässig, weil es dort um die sozialstaatliche Mindestfürsorge durch die öffentlich Hand, hier aber um die Ausgestaltung der gemeinsamen Elternverantwortung geht.

**c)** Die vorgeschlagene Änderung des § 1615I Abs.2 S.3 ist in der Sache zu begrüßen. Doch erscheint es wegen der gesetzlichen Privilegierungen des Anspruchs aus § 1615I Abs.2 S.3 BGB gegenüber dem Anspruch aus § 1570 BGB notwendig, die

Materie des § 1615I BGB insgesamt neu zu regeln, um verfassungswidrige Ergebnisse zu vermeiden.

**2) Zum Rang des Kindesunterhalts:** Der Vorrang der Kindesunterhalts vor dem Unterhalt kindesbetreuender Elternteile wird vielfach den Betreuungsunterhalt gegen 0 abschmelzen und den Kindern wenig nützen. Die genannte Rangregelung ist generell nur tragbar, wenn durch gleichzeitige Änderungen des Steuerrechts Verluste des Nettoeinkommens vermieden werden.

**3) Zum Rang im Paarverhältnis: a)** Der geplante Vorrang desjenigen Elternteils, der aktuell wegen Kindesbetreuung unterhaltsberechtig ist, vor dem (geschiedenen) Ehegatten, dessen Anspruch sich nicht (mehr) auf Kinderbetreuung stützt, verlagert das Risiko eines Scheiterns der Ehe einseitig auf denjenigen Ehegatten, der wegen der Familie seine berufliche Entfaltung eingeschränkt hat. Die wirtschaftlichen Folgen des Scheiterns einer Hausfrauenehe gehen nach der geplanten Regelung weitgehend zu Lasten der (ehemaligen) Hausfrau. Der Gleichrang des Ehegatten- oder Geschiedenenunterhalts bei Ehen von langer Dauer mit dem Betreuungsunterhalt mildert diese harte Konsequenz nicht hinreichend.

**b)** Als gravierender Mangel des Entwurfes muss es angesehen werden, dass die Frage, ob der Unterhaltsberechtigte *wegen der einvernehmlichen Gestaltung des Ehelebens bedürftig und daher auf die nahehelich Solidarität besonders angewiesen ist*, bei den vorgeschlagenen Rangregeln keine Rolle spielt. So sollen Ansprüche des *kinderlosen neuen* Ehepartners des Unterhaltsverpflichteten und desjenigen *geschiedenen Ehegatten, der Kinder betreut*, gleichrangig sein, wenn die Kinder in einem Alter sind, in denen dem Betreuenden nach den neuen Regeln eine Erwerbstätigkeit zugemutet wird.

**c)** Systemgemäß bleibt außer Betracht, ob der Unterhaltsberechtigte gegen seinen Willen und ohne eigene grobe Eheverfehlungen aus der Ehe verstoßen worden ist oder nicht. Das ist vom Gedanken der Zerrüttungsscheidung aus gesehen konsequent, verliert aber seine Überzeugungskraft, je weiter die naheheliche Solidarität abgebaut wird. Denn dann fragt sich, warum *Eheverfehlungen des Berechtigten* nach § 1579 Nr.6 zur Versagung, Befristung oder Kürzung seines Anspruchs führen, *die Zerstörung der Ehe durch den Verpflichteten* aber bedeutungslos sein soll. Die geplanten Regelungen bieten einen Einstieg in die „billige“ Verstoßungsscheidung.

**d)** Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art.6 Abs.1, Art. 3 Abs.2 GG zielt eindeutig darauf ab, dem haushaltführenden und kinderbetreuenden Ehegatten nach der Scheidung einen seinen Leistungen für die Familie angemessenen Unterhalt zu sichern, soweit dies die Einkommensverhältnisse gestatten. Dem entspricht die geplante Rangregelung nicht.

**e)** Der Versuch der Gesetzesbegründung, einen **klaren Begriff vom Rang bzw. Vorrang von Unterhaltsansprüchen aufzuweichen**, um so den Gerichten zu Möglichkeit zu verschaffen, im Einzelfall abweichend von dem geplanten Gesetzestext zu entscheiden, erscheint nicht als geeignet, die verfassungsrechtlichen Bedenken zu entkräften.

**f)** Gleichfalls ist der Vorschlag der Gesetzesbegründung, den **Begriff der „Ehe von langer Dauer“** über das Zeitelement hinaus zu erweitern, um so praktisch eine allgemeine Billigkeitsklausel zu gewinnen, methodisch nicht gangbar. **Dem Gesetzgeber muss zugemutet werden, die Probleme, die er durch ein Gesetz lösen will, im Gesetz selbst auch klar zu regeln.**

**4) Zu den Übergangsvorschriften. a)** Die von der Bundesregierung vorgesehene Geltung des geplanten Unterhaltsrechts auch für *vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossene, zum Teil schon über Jahrzehnte bestehenden Ehen* begegnet angesichts der damit verbundenen *einschneidenden Eingriffe* in die bestehenden Rechtsverhältnisse größten Bedenken.

**b)** Die Vertrauensschutzklausel des Entwurfs (§ 35 EGZPO-E) erscheint als vage und gilt zudem nur für Fälle, in denen zur Zeit des geplanten Inkrafttretens des Gesetzes bereits ein vollstreckbarer Titel errichtet oder eine Unterhaltsvereinbarung getroffen ist. In allen übrigen Fällen sieht das geplante Gesetz überhaupt keinen Vertrauensschutz vor. Das ist angesichts der tiefen Einschnitte in das Scheidungsfolgenrecht, die einen bestehenden Anspruch von heute auf morgen entfallen lassen können, den bisher Unterhaltsberechtigten nicht zumutbar.

**c)** Die verfassungsrechtliche Beurteilung hängt davon ab, ob man in der geplanten Anwendung des neuen Rechts auf „Altehen“ eine echte oder eine unechte Rückwirkung sieht. Eine echte Rückwirkung wäre unzulässig. Auch soweit man die Anwendung des neuen Unterhaltsrechts auf „Altehen“ als unechte Rückwirkung deutet, bestehen nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungsrechtliche Grenzen durch

den gebotenen Vertrauensschutz, dessen Mindestmaß die vorgeschlagenen Übergangsregelungen nicht gewähren.

## II. Zur Erwerbsobliegenheit bei Kindesbetreuung (§ 1570 und § 1615I BGB)

a) Der Entwurf zielt nach seiner Begründung unter anderem darauf ab, den geschiedenen Ehegatten, der wegen Kindesbetreuung unterhaltsberechtig ist, früher als bisher (wieder) dem Erwerbsleben zuzuführen, und zwar nicht im Sinne eines Anreizes, sondern der unterhaltsrechtlichen Erwerbsobliegenheit. Dem dient der für § 1570 geplante Zusatz, dass bei der Erwerbserwartung „auch die bestehenden Möglichkeiten der Kindesbetreuung zu berücksichtigen“ sind. Die Begründung zum Entwurf äußert sich ablehnend zu dem bisher von der Rechtsprechung praktizierten Altersphasenmodell<sup>1</sup> und hält grundsätzlich bei den über dreijährigen Kindern eine Berücksichtigung der konkret gegebenen Möglichkeiten einer „Fremdbetreuung“<sup>2</sup> für geboten. Schon *Borth* hat darauf hingewiesen, dass sich mit diesem Zusatz bei Kindern, die über drei Jahre alt sind, eine Veränderung der Beweislastsituation zu Lasten des Kindesbetreuenden Teils ergibt.<sup>3</sup> Ob das eines Tages auch bei Kindern unter drei Jahren der Fall sein wird, wenn die Fremdbetreuungsmöglichkeiten nach unten ausgedehnt werden, steht dahin.

Allerdings ist die Gesetzesbegründung insofern widersprüchlich, als sie zur Begründung der Zeitbegrenzung des Betreuungsunterhalts der *nichtehelichen* Mutter auf drei Jahre von einer „grundsätzlich längeren Dauer der Unterhaltspflicht“ beim *Geschiedenenunterhalt* spricht.<sup>4</sup> Auch fällt auf, dass das Bundesministerium der Justiz in seinen „Erläuterungen zum Regierungsentwurf“ in einem Beispielsfall einer geschiedenen Mutter, die ein 8-jähriges Kind betreut, ohne weiteres einen dem Unterhalt einer Mutter mit nichtehelichem Kleinkind gleichrangigen Unterhaltsanspruch zugesteht.<sup>5</sup> Es liegt nahe, dass auch bei Inkrafttreten des Gesetzes in dieser Form zunächst und für erhebliche Zeit Unklarheit herrschen wird.

Die von den Verfassern des Entwurfs beabsichtigten Steigerung der Erwerbsobliegenheit des Geschiedenen, der Kinder betreut, würde einschneidende Auswirkungen haben, auch weil der Rang des Unterhaltsanspruch davon abhängen soll, ob er sich aus § 1570 herleitet oder etwa aus § 1573 Abs.1 oder 2 (siehe unten III) . Sobald und soweit die geschiedene Ehefrau eine Erwerbsobliegenheit neben der Kinderbetreu-

---

<sup>1</sup> BT-Drucksache 16/1830, 16 und 17.

<sup>2</sup> Diesen Begriff verwendet BT-Drucksache 16/1830, 17.

<sup>3</sup> *Borth* FamRZ 2006, 813, 814.

<sup>4</sup> BT-Drucksache 16/1830, 31

<sup>5</sup> Erläuterungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Unterhaltsrechts – Antworten auf Fragen aus dem Arbeitskreis Familie, Senioren, Frauen und Jugend des CDU/CSU-Bundestagsfraktion, 8 f.

ung trifft, erhält ihr Unterhaltsanspruch, den sie vielleicht dann wegen Arbeitslosigkeit hat, einen niedrigeren Rang.

Diese Neuregelung verspricht für viele Jahre vor allem Unklarheit. Die **Grundfrage** aber ist, **inwieweit das bloße Zur-Verfügung-Stehen eines Kindergartens mit entsprechenden Öffnungszeiten wirklich die Möglichkeiten des erziehenden Elternteils schmälern soll, sich selbst in dem gewünschten Maß dem Kind zu widmen.** Diese Frage hat im Hinblick auf Art, 6 Abs.2 GG eine verfassungsrechtliche Dimension. Es sind gewiss Lebensverhältnisse denkbar, in denen es zur Erwerbstätigkeit trotz Kindesbetreuung wegen der finanziellen oder persönlichen Lage des anderen Elternteils keine Alternative gibt; insofern hat der kinderbetreuende Elternteil auf die Lage des anderen Rücksicht zu nehmen.

Das gilt aber auch umgekehrt. Bei der Regelung des § 1570 geht es **nicht** – wie die Begründung zum Entwurf meint<sup>6</sup> – um **Eigenverantwortung**, sondern um die **gemeinsame Verantwortung der Eltern für ihr Kind.** Wenn nach der Scheidung einem Elternteil die faktische Fürsorge und alltägliche Erziehung des Kindes anvertraut wird, dann muss er dies auch persönlich leisten und sich für eine persönliche Wahrnehmung der Betreuung entscheiden können. Erwerbszumutungen im Interesse des Unterhaltspflichtigen, die auf einen Zwang zur außerhäuslichen Tätigkeit und zum Einsatz von „Fremdbetreuung“ hinauslaufen, müssen behutsam einsetzen und die Chance zur persönlichen Erziehung belassen.

So unbestreitbar wichtig die Außenkontakte eines Kindes für seine Entwicklung sind – **gänzliche oder überwiegende Fremdbetreuung ist nicht das Ideal der persönlichen elterlichen Erziehung.** Ein Gesetz, das den Sorgeberechtigten zum Überlassen eines kleinen Kindes überwiegend in fremde Hände zwingen würde, während der andere Teil finanziell ohne weiteres in der Lage wäre, den Betreuungsunterhalt zu leisten, verstieße gegen Art. 6 Abs.1 und 2 GG. Eine Fokussierung der Prüfung der Erwerbserwartung nach § 1570 *allein auf die Frage, ob Möglichkeiten der Fremdbetreuung bestehen*, würde das Problem der gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach Scheitern der Paarbeziehung in unzulässiger Weise verkürzen.

Die Erwerbsobliegenheit des kinderbetreuenden Elternteils kann zudem nicht ohne Rücksicht auf die bisher bestehenden Lebensverhältnisse der Ehegatten beurteilt werden. Wenn z.B. die Kinder vor der Trennung mit Einverständnis beider Eltern

---

<sup>6</sup> BT-Drucksache 16/1830, 14 und passim.

halbtags den Kindergarten besucht haben, im übrigen aber von der teilerwerbstätigen Mutter betreut worden sind, so wird man nach der Trennung nicht einfach sagen können, nunmehr müssten die Kinder ganztags in der Kindergarten, damit die nun allein erziehende Mutter erwerbstätig sein kann.

Das bloße Bestehen von Einrichtungen der „Fremdbetreuung“ am Ort reicht auch aus praktischen Gründen für die Begründung einer Erwerbsobliegenheit bei Betreuung kleinerer Kinder nicht aus. Stets ist die Frage zu stellen, ob die vorhandenen Einrichtungen die Betreuung der Kinder in dem notwendigen Ausmaß garantieren, um erziehenden Elternteil zu gestatten, ein Arbeitsverhältnis mit allen Pflichten einzugehen. Zudem gibt es häufig gerade bei den kleinen Kindern Eingewöhnungsschwierigkeiten, die besondere Rücksichten erfordern, notfalls auch eine Kindergartenpause notwendig machen können. Es ist auch daran zu denken, dass Kinder häufig erkranken oder ein Kindergärten wegen ansteckender Krankheit zeitweilig schließen (von Streiks und dergleichen ganz abgesehen).

Vielfach wird für die Steigerung der Erwerbsobliegenheit ins Feld geführt, die Mütter *wollten ja selbst* erwerbstätig sein, wie die Praxis vielfach beweise. Es ist aber ein Unterschied, ob eine Mutter *freiwillig* und gestützt auf *freiwillige Unterstützungsleistungen* z.B. der Großeltern trotz Kindesbetreuung wieder in das berufliche Leben einsteigt oder ob Gesetz und Gerichte sie dazu *zwingen*.

Generell besteht zur Zeit in der Politik die fatale Tendenz, die Anforderungen an die Betreuung von Kindern und die Führung eines Mehrpersonenhaushalts mit allem Drum und Dran (Behördengänge, Arztbesuche, Fördermaßnahmen außerhalb der in dieser Hinsicht oft defizitären Kindergärten wie Eislaufkurse, Sportverein, Theatergruppen, Musikunterricht usw.) weit zu unterschätzen. Das Leben eines Kindes ist heute weitaus vielfältiger als früher und bedarf einer guten Organisation. Die Einschätzung der Anforderungen an die Kindesbetreuung sollte sich nicht an Lebensverhältnissen orientieren, in denen das Einkommen den Einsatz umfangreicher bezahlter Hilfen gestattet. Zu bedenken ist auch, dass die alleinige Zuständigkeit für die Alltagsbetreuung sehr viel mehr Zuwendung und Anstrengung erfordert als die Kindesbetreuung in intakter Familie.

Die Begründung zum Entwurf verweist für die Orientierung am vollendeten dritten Lebensjahr auch auf die **Vorschriften des Sozialrechts**, das hier Wertentscheidungen treffe, die es zu beachten gelte.

Gemeint ist z.B. § 11 Abs.4 S. 2,3 SGB XII: Danach darf den „Leistungsberechtigten“ eine Tätigkeit zugemutet werden, soweit dadurch die geordnete Erziehung eines Kindes gefährdet würde. „Die geordnete Erziehung eines Kindes, das das dritte Lebensjahr vollendet hat, ist in der Regel nicht gefährdet, soweit unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse in der Familie der Leistungsberechtigten die Betreuung des Kindes in einer Tageseinrichtung oder in Tagespflege im Sinne der Vorschriften des Achten Buches sichergestellt ist“.

Es ist unklar, was die Gesetzesbegründung mit einer „Beachtung der Wertentscheidungen des Sozialrechts“ meint. Sollte die Übertragung der Zumutbarkeitsregeln des Sozialhilferechts auf das naheheliche Unterhaltsrecht gemeint sein, so muss dem entschieden widersprochen werden. Bei der Sozialhilfe und im Unterhaltsrecht geht es um ganz unterschiedliche Problemlagen:

- bei *Sozialhilfe* geht es darum, dass *aus öffentlichen Mitteln* – letztlich Mitteln des Steuerzahlers, einer Person geholfen wird, die außerstande ist, sich selbst die Mittel für das Existenzminimum zu verschaffen.

- beim *Betreuungsunterhalt* geht darum, aufgrund gemeinsamer Elternverantwortung die Lebensverhältnisse so zu gestalten, dass trotz des Scheiterns der Ehe das Kindeswohl gewahrt bleibt.

Diese ganz unterschiedlichen Problemlagen haben nichts miteinander zu tun, es wäre grob sachwidrig, die unterhaltsrechtlichen Obliegenheiten eines Kindesbetreuenden geschiedenen Elternteils dem anderen Elternteil gegenüber an den Anforderungen der öffentlichen Sozialfürsorge zu orientieren. Der unterhaltsberechtigten Mutter eine Erwerbstätigkeit bis zu der Grenze zuzumuten, an der die *Gefährdung* der Erziehung beginnt, ist – bei Leistungsfähigkeit des anderen Elternteils - abwegig.

In diesem Sinne hat das **BVerfG**<sup>7</sup> ausgeführt: „Kinder getrennt lebender und geschiedener Ehegatten müssen darauf verzichten, mit ihren Eltern in einer Familiengemeinschaft zusammenzuleben. Die abträglichen Folgen dieses Zustands würden erheblich verstärkt, wenn sie zudem auch noch weitgehend die Betreuung durch den Elternteil entbehren müssten, dem sie zugeordnet sind, weil dieser auf eine Erwerbstätigkeit angewiesen wäre. Es entspricht vielmehr dem Wohl des Kindes wenn es sich auch nach der Trennung seiner Eltern in der Obhut eines Elternteiles weiß, der hinreichend Zeit hat, auf seine Fragen, Wünsche und Nöte einzugehen.“

Das alles spricht dafür, **den im Entwurf vorgesehen Zusatz zu § 1570 BGB zu streichen**. Dass bei Einschätzung einer Erwerbsobliegenheit die konkret bestehenden Möglichkeiten der Kindesbetreuung zu berücksichtigen sind, ergibt sich bereits aus dem geltenden Wortlaut des § 1570. Auch sind die Gerichte aufgrund des derzeitigen Wortlauts durchaus in der Lage, das „Altersphasenmodell“ zu korrigieren, soweit man es für übertrieben hält. Die Hinzufügung des genannten Zusatzes könn-

---

<sup>7</sup> BVerfG vom 14.7.1981, NJW 1981, 1771, 1772.

te aber – verbunden mit Formulierungen aus der Gesetzesbegründung – die bedenkliche generelle Tendenz entfalten, die Kindesbetreuenden geschiedenen Ehegatten zum Schaden der Kinder zur Erwerbstätigkeit zu zwingen.

**b)** In diesem Zusammenhang ergibt sich ein auffälliges **Spannungsverhältnis zu der geplanten Neuregelung des § 1615I BGB**. Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes soll leichter als bisher die ersten drei Lebensjahre des Kindes überdauern können, künftig statt bei „grober“ nunmehr bei schlichter Unbilligkeit der Unterhaltsversagung (was ich durchaus begrüße). Während die Begründung zum Entwurf bei den Kindern aus geschiedenen Ehen die Tendenz verfolgt, ab dem dritten Lebensjahr des Kindes die Notwendigkeit eines Betreuungsunterhalts anhand konkreter Möglichkeiten der Fremdbetreuung in Zweifel zu ziehen, wird beim nichtehelichen Kind die gegenteilige Richtung eingeschlagen. In der Praxis kann oft dasselbe herauskommen, ich gestatte mir aber den Hinweis, dass der **Betreuungsunterhalt der nichtehelichen Mutter gegenüber dem der geschiedenen Frau sehr viel bestandsfester ausgestaltet ist**.

§ 1570 (nach Entwurf)	§ 1615I Abs.2 S.3 (nach Entwurf)
Ausdrücklich: Bei der Erwerbserwartung sind die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen	Keine entsprechende Einschränkung
Härteklausele nach § 1578b	Keine entsprechende Härteklausele (auch nicht bei Kindern unter 3 Jahren)
Härteklausele nach § 1579 Nr. 1-8	Härteklausele nach § 1611 iVm. § 1615I Abs.3 S.1: Weniger Fallgruppen, keine Generalklausele nach Art des § 1579 Nr.8
Verzichtbarkeit (§ 1585c) nach Maßgabe der Rspr. von BVerfG und BGH	Keine Verzichtbarkeit, § 1614 Abs.1 iVm. § 1615I Abs.3 S.1

Man kann auch nicht einwenden, dass die genannten Normelemente des § 1570 BGB in der bei § 1615I BGB anzustellenden Billigkeitswertung berücksichtigt werden könnten. Wenn das Kind noch nicht drei Jahre alt ist, sieht § 1615I BGB keine Billigkeitswertung vor.

Wenn man den Anspruch aus § 1615I BGB dem aus § 1570 BGB annähern will,<sup>8</sup> so hätte es sich empfohlen, den Gesamtkomplex des § 1615I BGB ins Auge zu fassen. In der vorgeschlagenen Gesetzesfassung ist es jedenfalls möglich, dass die nicht-

<sup>8</sup> BT-Drucksache 16/1830, 30.



eheliche Mütter unterhaltsrechtlich besser gestellt wird als die geschiedene Mütter in gleicher Lage. Das wäre ein grober Verstoß gegen Art.6 Abs.1 GG.

**Fazit:** 1) Die vorgeschlagene Änderung des § 1570 sollte unterbleiben. Soweit der geplante Zusatz ein sachlich begründetes Anliegen erfolgt, ist seine Aussage bereits in § 1570 jetziger Fassung enthalten („solange und soweit eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“). Im Kontext mit der Gesetzesbegründung könnte der Zusatz aber eine überschießende Tendenz entwickeln, die dem Kindeswohl nicht förderlich wäre und dem Prinzip der gemeinsamen Elternverantwortung widerspräche.

2) Die vorgeschlagene Änderung des § 1615I Abs.2 S.3 ist in der Sache zu begrüßen. Doch erscheint es wegen der gesetzlichen Privilegierungen des Anspruchs aus § 1615I Abs.2 S.3 BGB gegenüber dem Anspruch aus § 1570 BGB notwendig, die Materie des § 1615I BGB insgesamt neu zu regeln.

### III. Rangfolge

#### 1) Der Vorrang des Kindesunterhalts vor dem Partnerunterhalt

Der Entwurf hält sich zugute, dass die Neuregelungen das **Kindeswohl** förderten. Das trifft aber nicht durchweg zu. Es fällt schon auf, dass durch die Neudefinition des Existenzminimums des Kindes (§ 1612a Abs.1 S.2 BGB-Entwurf) die Kinder zum Teil erheblich *weniger* Unterhalt als vorher erhalten.

Der geplante **Vorrang des Kindesunterhalts** vor dem Unterhalt zwischen den Partnern der Paarbeziehung, selbst vor dem Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, kann sich weiten Beifalls sicher sein, wird jedoch nüchtern betrachtet in vielen Fällen nicht zum Wohl des Kindes ausschlagen. Das Kind erhält nun den vollen Unterhalt vorrangig zu Lasten des Betreuungsunterhalts, der Betreuende wird in Mangelfällen auf die Arbeitslosen- oder Sozialhilfe verwiesen. Man mag sich damit trösten wollen, dass der „Restfamilie“ im Ergebnis die gleiche Unterhaltssumme zur Verfügung stehe. Doch ist darauf hinzuweisen, dass – wie das BVerfG ausgesprochen hat<sup>9</sup> – der Kindesunterhalt nicht für seine Eltern verwendet werden darf. In der Konsequenz ist es jedenfalls nach dem Gesetzentwurf möglich, dass die Kinder auf einem anderen Unterhaltsniveau angesiedelt sind als der betreuende Elternteil - wie dies in der Praxis durchgeführt werden kann, ist eine andere Frage. Der Vorrang des Kindesunter-

---

<sup>9</sup> BVerfG vom 14.7.1981, NJW 1981, 1771, 1772.

halts soll sogar in der funktionierenden Familie gelten.<sup>10</sup> Das widerspricht nun jedem gewohnten Bild von der solidarischen Familie. Die Solidargemeinschaft von Ehegatten und minderjährigen Kindern teilt alles miteinander gemäß den jeweiligen Bedürfnissen, das ist die klare Aussage des § 1603 Abs.2 S.1 BGB: Hier gibt es keinen Selbstbehalt, keinen Mindestbedarf, ganz zu schweigen, dass ein Familienmitglied den *vollen* Unterhalt beanspruchen dürfte, während die anderen darben.

Das mag alles in einer künftigen Praxis durch die Realität überspielt werden. Gravierender ist, dass in den Trennung- und Scheidungsfällen der Vorrang des Kindesunterhalts in Fällen beschränkter Leistungsfähigkeit zu einer **deutlichen Verringerung des verfügbaren Einkommens** führt. Dies ergibt sich bereits aus den verminderten Möglichkeiten der steuerlichen Realsplittung, die für Unterhaltsleistungen an den geschiedenen und dauernd getrenntlebenden Ehegatten zur Verfügung steht (§ 10 Abs.1 S.1 Nr.1 EStG; § 22 Nr.1a EStG). Wenn der Anspruch des betreuenden Elternteils durch den Vorrang des Kindesunterhalts gemindert wird, entfällt insoweit auch die Möglichkeit des begrenzten Realsplittings. Das bedeutet, dass das Nettoeinkommen des Pflichtigen sinkt, damit auch die für die Verteilung an die Unterhaltsberechtigten zur Verfügung stehende Masse. Hierauf ist bereits vielfach hingewiesen worden,<sup>11</sup> auf das Rechenbeispiel der Richterin *Monika Hütter* möchte ich verweisen.<sup>12</sup>

**Fazit:** a) Der vorgeschlagene Vorrang des Unterhaltsanspruchs minderjähriger oder gleichgestellter Kinder wird schwerlich ihr Wohl fördern, wenn gleichzeitig das Einkommen des sie betreuenden Elternteils sinkt.

b) Es muss daher vom Gesetzgeber zumindest verlangt werden, dass die durch den Vorrang des Kindesunterhalts entstehenden steuerlichen Nachteile durch eine entsprechende Änderung des Steuerrechts wettgemacht werden.

## **2) Der zweite Rang der wegen Kindesbetreuung Unterhaltsberechtigten bzw. der Gatten bei Ehe von langer Dauer**

Der geplante Vorrang desjenigen Elternteils, der aktuell wegen Kindesbetreuung unterhaltsberechtig ist, vor dem (geschiedenen) Ehegatten, dessen Anspruch sich auf

---

<sup>10</sup> Das ergibt sich aus § 1609 BGB-E. Dort sind in der Rangordnung auch diejenigen Elternteile platziert, die im Falle einer Scheidung wegen Betreuung unterhaltsberechtig *wären*, also in Elternteile in bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft, und zwar *nach* den Kindern.

<sup>11</sup> Vgl. Borth, FamRZ 2006, 817.

<sup>12</sup> FamRZ 2006, Heft 21; erstes Novemberheft.

einen anderen Tatbestand stützt, würde das **Risiko eines Scheiterns der Ehe einseitig auf denjenigen Ehegatten verlagern, der wegen der Familie seine berufliche Entfaltung eingeschränkt** hat. Die unterhaltsrechtlichen Folgen des Scheiterns einer Hausfrauenehe würden nach der geplanten Regelung weitgehend zu Lasten der (ehemaligen) Hausfrau gehen. Der Gleichrang des Ehegatten- oder Geschiedenenunterhalts bei Ehen von langer Dauer mit dem Betreuungsunterhalt mildert diese harte Konsequenz nicht hinreichend.

Die Auswirkungen der geplanten Rangregelung sind nur anhand der Lösung konkreter Fälle nach dem geplanten Recht abzuschätzen.

**Beispiel 1:** Eine Ehe bleibt kinderlos. Der Mann lässt sich nach sechs Jahren scheiden, nachdem er und seine Freundin ein Kind bekommen. Die Ehefrau ist wegen Krankheit unterhaltsberechtigter (§ 1572). Nach den geplanten Regeln wäre zuerst der volle Unterhalt des Kindes sicherzustellen, dann der volle Unterhalt der Freundin nach deren Lebensstellung, und dann erst müsste die Ehefrau sehen, ob sie noch etwas bekommt, gleichgültig wie die ehelichen Verhältnisse waren und in welchem Zusammenhang die Krankheit eingetreten ist. Dabei ist unterstellt, dass die Gericht eine 6jährige kinderlose Ehe nicht als „von langer Dauer“ einstufen werden.

**Beispiel 2:** Wie Beispiel 1, aber: die Ehe wird nicht geschieden, das Ehepaar bleibt zusammen. Auch dann hätte – im Range nach dem Kind - die nichteheliche Mutter mit ihrem vollen Unterhaltsbedarf den Vorrang vor dem Ehegattenunterhalt nach § 1360 BGB („Familienunterhalt“). Das heißt: Der Mann könnte, wenn er von der nichtehelichen Mutter in Anspruch genommen wird, dieser nur seinen eigenen Selbstbehalt, nicht aber den Mindestbedarf seiner Ehefrau als die Leistungsfähigkeit mindernd entgegenhalten.

**Beispiel 3:** Ein Ehepaar hat 2 Kinder, die Ehefrau ist nicht berufstätig, sondern führt den Haushalt und leistet den Hauptteil der Kindesbetreuung. 8 Jahre nach der Heirat – die Kinder sind jetzt 7 und 9 Jahre alt - bekommt der Mann mit einer anderen Frau ein weiteres Kind. Die Ehe wird geschieden, die Kinder leben bei ihrer Mutter. In diesem Fall haben die drei Kinder nach geplantem Recht mit ihren Unterhaltsansprüchen den ersten Rang. Die Mutter des nichtehelichen Kindes steht im zweiten Rang (§ 1615I BGB). Ob die geschiedene Ehefrau einen – dann gleichrangigen - Anspruch hat, hängt davon ab, wie die Gerichte im Rahmen des § 1570 die Erwerbsobliegenheit bei Kindern dieses Alters einschätzen, bzw. davon, ob die zurückgelegten Ehejahre als „lange Dauer“ gewertet werden. Verweist das Gericht die Mutter auf die Möglichkeiten der Fremdbetreuung (Schule, Hort etc.) und findet die „lange Dauer“ nicht erfüllt, so bleibt die Ehefrau trotz ihrer Fürsorge für die Kinder mit ihrem Anspruch, den sie z.B. wegen fehlender Erwerbschancen haben kann (§ 1573 Abs. 1 BGB), im

Rang hinter der Freundin des Mannes zurück. Das bedeutet: Deren Unterhaltsbedarf muss nach dem Text des Entwurfs voll gedeckt werden, bevor die geschiedene Frau auch nur einen Cent erhält. Wenn die Unterhaltsberechtigung der Freundin gemäß § 1615I endet (möglicherweise besteht sie länger als drei Jahre!), tritt Gleichrang ein. Heiratet der Mann die Freundin, so kann deren Unterhaltsanspruch wieder vorrangig werden, wenn die zweite Ehe sich zu einer „langen Dauer“ entwickelt.

**Beispiel 4:** Ein Paar lebt mit gemeinsamen Kindern ehelos zusammen, die Frau sorgt sich um Haushalt und Kinder. Als die Kinder 6 und 8 Jahre alt sind, erfolgt die Eheschließung. Als die Kinder 10 und 12 Jahre alt sind, wird aus einem Verhältnis des Mannes mit einer Arbeitskollegin ein weiteres Kind geboren. Die Ehe wird geschieden, die ehelichen Kinder bleiben bei der Mutter. Der Mann heiratet die Arbeitskollegin.

Zunächst ist der Unterhalt der Kinder sicherzustellen, dann folgt im Rang der Anspruch der Freundin aus § 1360 (weil sie im Falle ihrer Scheidung vermutlich nach § 1570 unterhaltsberechtigt wäre). Ob die geschiedene Frau einen gleichrangigen Anspruch hat, hängt von der Beurteilung der Erwerbserwartungen ab. Ist man der Auffassung, dass ihr eine Teilzeiterbeschäftigung zugemutet werden kann, dann ist sie eventuell mit einem Teilanspruch aus § 1570 gleichrangig, im übrigen mit einem Anspruch etwa aus § 1573 nachrangig. Ist man der Auffassung, dass ihr ein vollzeitiger Erwerb anzusehen ist, so ist sie – trotz Betreuung zweier Kinder! – mit ihrem gesamten Anspruch nachrangig. Gleichrang wegen „Ehe von langer Dauer“ scheidet aus, weil die Ehe nur vier Jahre bestanden hat. Die „Dauer der Kindesbetreuung“ spielt bei den vorgeschlagenen gesetzlichen Rangregeln keine Rolle (dazu noch unten 3).

**Beispiel 5:** Ein Paar ist 6 Jahre lang verheiratet, die Ehe ist kinderlos. Auf Wunsch des beruflich sehr beanspruchten Mannes hat die Frau bei der Heirat ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben und sich ganz der Führung des Haushalts und der Organisation des Familienlebens gewidmet. Dann verlässt der Mann die Frau, und betreibt erfolgreich die Scheidung, die ein Jahr später rechtskräftig wird. Er begründet nun eine eingetragene Partnerschaft mit einem mittellosen Künstler. Die Frau kann aufgrund ihrer beruflichen Abstinenz nach der Scheidung zunächst keine Erwerbstätigkeit finden. Da wahrscheinlich eine Ehe von 6 Jahren nicht als eine solche von „langer Dauer“ gewertet werden wird, sind Geschiedenenunterhalt und Partnerschaftsunterhalt gleichrangig, d.h. bei beschränktem Einkommen erleidet die geschiedene Frau Einbußen an ihrem vollen Unterhalt zugunsten des neuen Partners ihres Ex-Mannes.

An diesen wie beliebigen anderen Fällen ist zu ersehen:

1) Das der Wahl der Lebensform einer „Hausfrauenehe“ („Hausmannsehe“) oder einer „Zuverdienstehe“ zugrunde liegende Vertrauen in die Solidarität des erwerbstätigen

gen Teils bei Scheitern der Ehe wird vom Gesetzentwurf bei der Rangordnung nicht in Anschlag gebracht. Die Lebensform der Hausfrauenehe geht künftig weitgehend auf das Risiko der Frau.

2) Generell spielt die Frage, ob der Unterhaltsberechtigte *wegen der einvernehmlichen Gestaltung des Ehelebens bedürftig und daher auf die nahehelich Solidarität besonders angewiesen ist*, bei den vorgeschlagenen Rangregeln keine Rolle. Aus dem Rang bei einer Ehe von langer Dauer ergibt sich nichts anderes, denn kommt es nicht auf die Ursache der Bedürftigkeit an: Die Ehefrau, die in 20 Jahren drei Kinder großgezogen hat, wird rangmäßig ebenso behandelt wie die Frau, die ohne Kinder und mit viel Personal sich in derselben Zeit dem „Schöner Wohnen“ und dem Golfsport gewidmet hat.

3) Im gleichen Rang sollen die Ansprüche des *kinderlosen neuen* Ehepartners des Unterhaltsverpflichteten und desjenigen *geschiedenen Ehegatten* stehen, der *gemeinsame Kinder betreut*, wenn die Kinder in einem Alter sind, in denen dem Betreuenden nach den neuen Regeln eine Erwerbstätigkeit zugemutet wird. Insoweit sind die Erwerbserwartungen im Rahmen des § 1570 auch für die Rangfolge von eminenter Brisanz.

4) Systemgemäß bleibt auch außer Betracht, ob der Unterhaltsberechtigte gegen seinen Willen und ohne eigene grobe Eheverfehlungen aus der Ehe verstoßen worden ist oder nicht. Das ist vom Gedanken der Zerrüttungsscheidung aus gesehen konsequent, verliert aber seine Überzeugungskraft, je weiter die naheheliche Solidarität abgebaut wird. Denn dann fragt sich, warum *Eheverfehlungen des Berechtigten* nach § 1579 Nr.6 zur Versagung, Befristung oder Kürzung seines Anspruchs führen, *die Zerstörung der Ehe durch den Verpflichteten* aber völlig bedeutungslos sein soll.

**Die vorgeschlagenen Rangregeln verschlechtern die unterhaltsrechtliche Position der Ehegatten, die um der Familie willen ihre Erwerbstätigkeit reduziert oder aufgegeben haben, in einschneidender Weise. Sie sind in der vorgelegten Form mit Art.6 Abs.1 GG nicht vereinbar.** Zwar hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der ehelichen und nahehelichen Solidarität einen weiten Gestaltungsspielraum, doch ist es ihm nicht gestattet, wichtige und für die sachliche Begründung der ehelichen und nahehelichen Solidarität entscheidende Gesichtspunkte ohne plausible Gründe außer Acht zu lassen.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Rangregeln des Entwurfs kann auf folgende Erkenntnisse des **BVerfG** zurückgegriffen werden:

Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des Scheidungsrechts nach dem 1.EheRG hat das BVerfG erkennen lassen, dass ein auf bloße Zerrüttung gestütztes Scheidungsrecht nur bei einer zureichenden Ausgestaltung der nahehelichen Solidarität verfassungsrechtlich haltbar ist (Entscheidung vom 28.2.1980, FamRZ 1980, 319, 324). Den Wegfall des Verschuldensprinzips im Recht des Scheidungsunterhalts erklärt das Gericht gerade aus dem Schutz des haushaltführenden Ehegatten (Entscheidung vom 17.4.1981, NJW 1981, 1771, 1772 mit Bezug auf BT-Drucksache 7/650 S.120).

Auf den Schutz des haushaltführenden Teils hat das BVerfG auch die verfassungsmäßige Begründbarkeit des § 1573 Abs.2 BGB gestützt: „Der Grundsatz der wirtschaftlichen Eigenverantwortung der Ehegatten nach ihrer Scheidung *als Konsequenz eines nicht auf Verschulden abhebenden Scheidungsrechts* (sic!)<sup>13</sup> wird durch den der nachwirkenden Mitverantwortung eingeschränkt. Auf diese Weise soll insbesondere den Verhältnissen der Hausfrauenehe Rechnung getragen werden, bei der die Ehefrau im Einverständnis mit ihrem Mann auf eine Erwerbstätigkeit mit der Folge verzichtet, dass sie nach der Scheidung regelmäßig zumindest für eine Übergangszeit auch dann unterhaltsbedürftig sein wird, wenn sie keine Kinder zu betreuen hat.“ (BVerfG vom 14.7.1981 NJW 1981 1771, 1773; siehe ferner BVerfG vom 21.10.1992, FamRZ 1993, 171).

In verschiedenen Zusammenhängen betont das BVerfG die Freiheit der Ehegatten, die Ausgestaltung ihrer Ehe selbst zu bestimmen und verbindet damit die Vorstellung von der Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit, die sich auch auf den nahehelichen Unterhalt auswirkt (grundlegend BVerfG v. 5.2.2002 FamRZ 2002, 527, 528). Daraus leitet das BVerfG den Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten auch in Bezug auf den nahehelichen Unterhalt her: „Sind die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Dies gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung der Ehegatten auf deren Beziehung hinsichtlich Unterhalt, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens ...Bei der Unterhaltsberechnung ist das Einkommen, das den Lebensstandard der Ehe geprägt hat, den Ehegatten grundsätzlich hälftig zuzuordnen.“

Schließlich hat das BVerfG in seinen Entscheidungen zu den Grenzen der Vertragsfreiheit u.a. auf den Schutz desjenigen Ehegatten abgestellt, der um der Familie willen eigene Erwerbstätigkeit zurückstellt oder zurückgestellt hat. „Sieht die Lebensplanung der Partner jedoch vor, dass sich in der Ehe einer der beiden unter Aufgabe einer Berufstätigkeit im Wesentlichen der Kinderbetreuung und Haushaltsführung widmet, bedeutet der Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt eine Benachteiligung der Person, die sich der Betreuung des Kindes und der Arbeit im Hause gewidmet hat.“ (BVerfG vom 6.2.2001 FamRZ 2001, 343, 347; ähnlich BVerfG v. 29.3.2001, FamRZ 2001, 985).

Die Rechtsprechung des BVerfG zielt eindeutig darauf ab, dem **haushaltführenden und kinderbetreuenden Ehegatten nach der Scheidung einen seinen Leistungen für die Familie angemessenen Unterhalt zu sichern**, soweit dies die Einkommensverhältnisse gestatten.

Dem entspricht die geplante Rangregelung nicht. Sie lässt es zu, dass der ökonomisch stärkere Ehegatte durch sein einseitiges Verhalten die unterhaltsrechtliche

---

<sup>13</sup> Hervorhebungen vom Autor.

Position dessen, der in der Ehe nicht oder nur begrenzt erwerbstätig war, entscheidend schwächt. Er kann so die naheheliche Solidarität praktisch aufkündigen. Soweit kein Vorrang des Geschiedenen wegen Kindesbetreuung oder einer „Ehe von langer Dauer“ besteht, muss der Verpflichtete nur erneut heiraten oder eine eingetragene Partnerschaft begründen, um dem Geschiedenen die Konkurrenz durch einen gleichrangigen Unterhaltsgläubiger zu verschaffen und damit seinen Unterhalt – bei beschränkter Leistungsfähigkeit – zu vermindern. Die Zeugung eines Kindes mit einem neuem Partner oder eine Adoption verdrängen den Unterhaltsanspruch des (früheren) Ehegatten in einen niedrigeren Rang, in dem in einer Masse von Fällen nichts mehr zu erhoffen ist. Dabei bleibt es – vom Fall der „langen Ehedauer“ abgesehen - völlig gleichgültig, welche Leistungen der Ehegatte oder der Geschiedene bisher für die Familie erbracht hat und wie sich die Lebensverhältnisse in der (früheren) Ehe gestaltet haben. Dies verstößt gegen den Schutz, den Art. 6 Abs.1 auch der geschiedenen Ehe zukommen lässt.<sup>14</sup>

Gegen das Gebot, die Ehe zu schützen, verstößt die geplante Rangordnung auch insofern, als bei bestehender und funktionierender Ehe einem Ehegatten unterhaltsrechtlich sogar das Existenzminimum verwehrt sein kann, wenn später z.B. eine kindesbetreuende Mutter mit ihrem vorrangigen Unterhaltsanspruch hinzukommt. Dass diese **Mutter ihren vollen Unterhalt nach ihrer Lebensstellung** soll durchsetzen können, **bevor für die Ehefrau auch nur der notwendige Eigenbedarf** angesetzt werden kann, stellt, gemessen an den Zwecken des Unterhaltsrechts, eine unverhältnismäßige Regelung dar, die auch aus dem Kindeswohl nicht begründbar ist.

### **3) Untaugliche Versuche der Gesetzesbegründung, die Bedenken gegen die vorgeschlagene Rangordnung zu zerstreuen**

Die *Begründung* zum Entwurf bringt einige Notbehelfe ins Spiel, um die geplante Regelung gleichwohl zu retten. Diese sind schon deshalb unzureichend, weil sie im Text des geplanten Gesetzes keinen Ausdruck finden und ihre Handhabung durch die Gerichte damit als völlig ungewiss betrachtet werden muss.

**a)** Zum einen versucht die Gesetzesbegründung, den **Begriff vom Rang bzw. Vorrang von Unterhaltsansprüchen aufzuweichen**, um so den Gerichten zu Möglichkeit zu verschaffen, im Einzelfall abweichend von dem geplanten Gesetzestext zu

---

<sup>14</sup> BVerfGE 55, 114, 128; 57, 361, 389 f.; 66, 84,93; BVerfG FamRZ 1993, 171; 2004, 1949.

entscheiden. In der Begründung wird auf Methoden zur Berechnung von Unterhaltsansprüchen verwiesen, die unter dem alten Recht für Mangelfälle entwickelt worden sind. Sodann wird ausgeführt:<sup>15</sup>

„Auch auf der Basis der neuen Rangordnung gilt es, in besonderem Maße auf den Rechenweg Bedacht zu nehmen, um in Mangelfällen und hier insbesondere im Verhältnis vorrangiger Kinder zu nachrangigen Unterhaltsberechtigten, etwa dem betreuenden Elternteil, oder im Verhältnis von Erst- und Zweitfamilien zu gerechten Ergebnissen zu gelangen. Die unter der Geltung des alten Rechts entwickelten Methoden können hierbei, unter Berücksichtigung der Maßgaben und Ziele der Neuregelung, entsprechend genutzt und fortentwickelt werden. Danach kann, soweit es etwa um die Verteilung des Resteinkommens zwischen Erst- und Zweitfamilie geht, besonders geprüft werden, ob nicht die Selbstbehaltsätze des Pflichtigen zu reduzieren sind, um der Erstfamilie auch im Vergleich zur Zweitfamilie ein angemessenes Auskommen zu sichern. Weiter ist auch, wie schon bisher, das rechnerische Gesamtergebnis im Wege einer „Gesamtschau“ daraufhin zu überprüfen, ob im konkreten Einzelfall die Aufteilung des verfügbaren Einkommens auf die minderjährigen Kinder und den oder die unterhaltsberechtigten Ehegatten insgesamt billig und angemessen ist (vgl. BGH, FamRZ 1997, 806 [811]; BGH, FamRZ 2005, 347 [351]). Korrekturbedürftig kann eine Mangelfallberechnung insbesondere dann sein, wenn nach ihrem Gesamtergebnis die Erstfamilie (zusätzlich) auf Sozialleistungen angewiesen ist, während die nach der Scheidung gegründete zweite Familie auch unter Berücksichtigung des Selbstbehalts des Unterhaltspflichtigen und des Vorteils aus einem eventuellen Ehegattensplitting einer neuen Ehe im konkreten Vergleich ein gutes Auskommen hat.“

Hierzu ist zu sagen: Die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Rangregelung kann schwerlich durch Verweise auf gewisse Rechenmethoden des alten Rechts behoben werden. Die betreffen die *Justierung der Unterhaltshöhe* unter *gleichrangigen* Unterhaltsberechtigten (Kindern und Eltern). Mit Hilfe von allgemeinen Billigkeitserwägungen oder gewissen Rechenkünsten den gesetzlichen Vorrang eines Unterhaltsberechtigten zu brechen, ist nicht zulässig. Ein solches *Overruling des gesetzlichen Vorrangs* wäre aber notwendig, wenn – bei Geltung der geplanten Rangregeln – die von der Begründung so genannte „Zweitfamilie“ zugunsten der geschiedenen Ehefrau aus erster Ehe auch in denjenigen Fällen von ihrem angemessenen Unterhalts etwas abgeben müsste, in denen ihre Mitglieder den unterhaltsrechtlichen Vorrang vor dieser Ehefrau haben.

Vorrang ist nach deutschem Unterhaltsrecht Vorrang, und zwar nicht nur bezüglich des Existenzminimums, sondern des vollen angemessenen Unterhalts. Wenn der Gesetzgeber den Begriff des Vorrangs anders setzen will (was er zweifellos kann), so muss er dies klar zum Ausdruck bringen und Kriterien für die Abweichungen von dem gesetzlich angeordneten Rang bieten. Unzulässig wäre es, im Gesetzestext eine Rangordnung festzulegen und gleichzeitig in der Gesetzesbegründung die

---

<sup>15</sup> BT-Drucksache 16/1830, 24.



Rechtssprechung aufzufordern, diese Rangordnung mit Billigkeitserwägungen außer Kraft zu setzen.

**b)** Zum ändern versucht die Gesetzesbegründung, den **Begriff der „Ehe von langer Dauer“** über das Zeitelement hinaus zu erweitern, um so praktisch eine allgemeine Billigkeitsklausel zu gewinnen. In der Begründung heißt es:<sup>16</sup>

„Von § 1609 Nr. 2 des Entwurfs werden weiter die Unterhaltsansprüche von Ehegatten bei Ehen von langer Dauer erfasst. Das Gesetz verzichtet bewusst auf zeitliche Vorgaben, wann von einer langen Ehedauer im Sinne von § 1609 Nr. 2, 2. Alt. des Entwurfs auszugehen ist. Die Zeitspanne kann nicht absolut und für alle Fälle gleich gefasst werden. Ihre Bestimmung ist vielmehr immer ein Akt wertender Erkenntnis, der anhand aller Umstände des Einzelfalls vom Gericht zu treffen ist. Ausgangspunkt ist dabei der Zweck der Regelung, Vertrauensschutz zu gewährleisten. Kriterien, die dabei herangezogen werden können, können neben der absoluten zeitlichen Dauer der Ehe auch das Lebensalter der Parteien im Zeitpunkt der Scheidung sein oder ob sie in jungen Jahren bzw. erst im Alter geheiratet haben. Weitere wichtige Kriterien sind die Dauer der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes sowie das Ausmaß gegenseitiger wirtschaftlicher Verflechtungen und Abhängigkeiten wegen der Ausrichtung auf ein gemeinsames Lebensziel. In bestimmten Konstellationen kann es auch angezeigt sein, die Art der konkurrierenden Unterhaltsverhältnisse zu berücksichtigen, etwa wenn der Anspruch der Ehefrau auf Familienunterhalt oder der Anspruch der geschiedenen, alleinerziehenden Mutter auf Anschlussunterhalt auf denjenigen der nicht verheirateten Mutter auf Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 2 BGB trifft.“

Diese Ausführungen bezeugen, dass den Verfassern des Entwurfes die Fragwürdigkeit der geplanten Rangregelung wohl bewusst war. Die Abhilfe ist aber ungeeignet. Gewiss hat die Rechtsprechung die Begriffe „Ehe von kurzer Dauer“, „Ehe von langer Dauer“ **an den Rändern einer Regelzeitspanne** nach den konkreten Umständen in einem engen Rahmen variiert.<sup>17</sup> Methodisch ist es aber nicht möglich, das bloße Zeitelement „lange Dauer“ ohne Bezug auf eine bestimmte für den Normalfall festgelegten Zeitspanne und gestützt auf allgemeine Gerechtigkeitserwägungen von Fall zu Fall völlig verschieden zu handhaben. Weder die Bindung des Richters an das Gesetz noch das Gebot der Rechtssicherheit lassen es zu, das Element „langer Dauer“ als Tor zu einer allgemeinen Billigkeitsklausel zu benutzen.

Es stellt sich die Frage: *Wenn* nach Meinung des oben wiedergegebene Zitats aus der Gesetzesbegründung die **Dauer der Pflege und Erziehung gemeinschaftlicher Kinder** den Rang des Geschiedenenunterhalts mitbestimmen soll, warum soll dies nicht im *Gesetz* gesagt, warum muss das hinter dem Kriterium „Ehe von langer Dauer“ verborgen werden?

---

<sup>16</sup> BT-Drucksache 16/1830, 24 f.

<sup>17</sup> Zur „Ehe von kurzer Dauer“ siehe BGH FamRZ 1986, 886; 1995, 1405; zur Ehe von langer Dauer in § 1582 BGB siehe BGH FamRZ 886,888.

Das zu lösende Problem lässt sich mit einem bloßen Zeitelement nicht erfassen. Das Maß der geforderten nahehelichen Solidarität hängt davon ab, inwieweit ein Ehegatte durch die Art des einvernehmlich gewählten Familientyps auf die Solidarität des anderen im Scheidungsfall vertrauen darf. Die Dauer der Ehe ist hier *ein* Element unter mehreren, aber – wie die Gesetzesbegründung ja auch sieht – bei weitem nicht das Einzige und im Einzelfall möglicherweise nicht das Entscheidende.

#### IV. Die geplanten Übergangsregelungen

##### a) Rechtspolitische Beurteilung der vorgesehenen Rückwirkung.

Die von der Bundesregierung vorgesehene Geltung des geplanten Unterhaltsrechts auch **für vor Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen, zum Teil schon über Jahrzehnte bestehende Ehen** begegnet angesichts der damit verbundenen einschneidenden Eingriffe in die bestehenden Rechtsverhältnisse größten Bedenken.

- Das gilt einmal für die Fälle, in denen das Bestehen und die Höhe von Unterhaltsansprüchen bereits vor Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes durch **rechtskräftige gerichtlichen Entscheidung oder durch Unterhaltsvereinbarung** (Vergleich) festgestellt sind; diesbezüglich ist in § 35 EGZPO-E eine Rückwirkung vorgesehen, abgemildert durch eine Vertrauensschutzklausel (das neue Recht ist nur zu berücksichtigen, „soweit die Änderung dem anderen Teil unter Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar ist“).

- Es gilt zudem für Fälle, in denen die Ehe bei Inkrafttreten des neuen Unterhaltsrechts möglicherweise schon lange besteht, ohne dass es bereits zu einer Gerichtsentscheidung oder einem Vergleich in Unterhaltssachen gekommen wäre (Beispiel: Eine Ehe besteht zwanzig Jahre; erst nach Inkrafttreten des Gesetzes stellt einer der Ehegatten den Scheidungsantrag). **Für diese Fälle soll es keinerlei Vertrauensschutzklausel geben.**

Dass eine einschneidende Änderung des Scheidungsfolgenrechts auch für schon (z.T. lange) bestehende Ehen rechtspolitisch problematisch ist, liegt auf der Hand. Sie ist umso bedenklicher, je tiefer die Einschnitte in das Rechtssystem sind, unter dem die Ehegatten seinerzeit geheiratet haben. Das geplante Recht führt, wenn es auf „Altehen“ angewendet wird, zum Teil zu drastischen Änderungen vor allem zu Lasten der geschiedenen Ehefrauen. Durch die Rangregelungen können Unterhaltsansprüche, die bereits bestehen, weil bereits das Getrenntleben eingetreten ist, von

heute auf morgen wegfallen oder auf ein Minimum reduziert werden. Auch bei noch intakten Ehen ändert die Minderung der ehelichen und der potenziellen nahehelichen Solidarität die Rechtslage grundlegend. Selbst schon ausgeurteilten oder verglichenen Unterhaltsverbindlichkeiten wird möglicherweise der rechtliche Boden entzogen; die Vertrauensschutzklausel mit dem vagen Kriterium der Zumutbarkeit bietet keinen verlässlichen Bestandsschutz und wird wohl zunächst von den Gerichten sehr unterschiedlich angewendet werden.

Die rechtspolitischen Bedenken, die oben gegen einige Vorschriften des geplanten Rechts erhoben sind, richten sich folgerichtig umso mehr gegen die Rückwirkung. Wenn der Gesetzgeber sich entschließt, eine Ehe mit geringeren Solidaritätsanforderungen zu kreieren, so sollte er dies allenfalls für diejenigen tun, die künftig heiraten und sich auf die Lage einstellen können, dass die Führung einer Einverdiener- oder einer Zuverdienstehe eine einseitig riskante Sache ist. Denjenigen, die seit langem verheiratet sind, nun nachträglich eine gravierend veränderte Folgeregelung aufzubürden, entspricht jedenfalls keiner guten Gesetzgebung, die auf das Vertrauen der Bürger in eine gewisse Stabilität der rechtlichen Rahmenbedingungen ihres persönlichen Lebens Rücksicht nimmt.

## **b) Zur verfassungsrechtlichen Lage**

Wie die geplante Rückwirkung verfassungsrechtlich zu beurteilen ist, hängt davon ab, ob es sich um eine „echte“ oder „unechte“ Rückwirkung handelt.

Mit dem Problem der Anwendung von neuem Recht des Geschiedenenunterhalts auf schon zuvor geschlossene Ehen hat sich das BVerfG 1981 (14.7.1981, NJW 2001, 1771) in Bezug auf das 1.EheRG ausführlich auseinandergesetzt. Das BVerfG billigte die seinerzeit getroffene Regelung, wonach bei Ehen, die vor dem 1.7.1977 geschieden waren, die nahehelichen Unterhaltsansprüche auch weiterhin nach *altem Recht* bestimmten. Das BVerfG schreibt: „Die Anwendung des neuen Rechts über den Geschiedenenunterhalt auf ‚Altehen‘ stellt keine rückwirkende gesetzliche Regelung dar. Eine solche - echte - Rückwirkung liegt nur vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (BVerfGE 24, 220 (230); st. Rspr.). Die durch das Erste Eherechtsreformgesetz eingeführten nahehelichen Unterhaltsvorschriften finden jedoch erst dann Anwendung, wenn eine Ehe nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes geschieden worden ist. Für Ehen, die vor dem 1. 7. 1977 geschieden worden sind, bestimmt dagegen Art. 12 Nr. 3 II 1. EheRG ausdrücklich, dass sich naheheliche Unterhaltsansprüche auch künftig nach altem Recht bestimmen.“

Das BVerfG hätte es nach dem Gesagten als unzulässige **echte Rückwirkung** beurteilt, wenn auch nach altem Recht geschiedene Ehen nach neuem Unterhaltsrecht beurteilt worden wären. Nun will das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz kein neues

Scheidungsrecht einführen. Die Frage ist aber, ob es stets auf die Schaffung neuer Scheidungsgründe ankommt, oder ob nicht auch ein gravierender Eingriff in die Scheidungsfolgen der, Rang, Höhe, Dauer und zum Teil sogar den Tatbestand von Unterhaltsansprüchen verändert, die Qualität einer echten Rückwirkung annehmen kann.

Als besonders bedenklich muss die genannte Rückwirkung dort erscheinen, wo vor Inkrafttreten des neuen Rechts geschlossene **Unterhaltsvereinbarungen** mit Hilfe des neuen Rechts revidiert werden sollen. Die Unterhaltsvereinbarung aus Anlass einer Ehekrise ist oft Teil eines komplexen Einigungsgeschehens. Mit der Neubeurteilung der Unterhaltslage nach neuem Recht wird ein Teil des bisherigen Vertrages außer Kraft gesetzt, damit entfällt im Zweifel der gesamte Vertrag (§ 139 BGB). Selbst wenn andere Punkte in getrennten, zeitnahen Verträge entledigt wurden, entfällt mit der getroffenen Unterhaltsvereinbarung die Geschäftsgrundlage für die übrigen Einigungen (§ 313 BGB), ja möglicherweise sogar für die Scheidung selbst.

Auch soweit man in der Anwendung des neuen Unterhaltsrechts auf „Altehen“ eine **unechte Rückwirkung** sieht, bestehen nach dem BVerfG verfassungsrechtliche Grenzen durch den gebotenen Vertrauensschutz. Für die Anwendbarkeit des Unterhaltsrechts des 1.EheRG auf die vor dessen Inkrafttreten geschlossenen, aber noch nicht geschiedenen Ehen hat das BVerfG vor allem auf die *rechtspolitischen Zweifel am alten Recht* abgestellt:

„Gegenüber diesem Allgemeininteresse an einem möglichst baldigen Inkrafttreten des neuen Rechts bestand kein derart besonders schützenswertes Vertrauensinteresse von Ehegatten aus „Altehen“, dass es für diese Ehen der Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes bedurft hätte. ... Insoweit ist hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Gebotes des Vertrauensschutzes bedeutsam, dass schon vor der Verabschiedung des Ersten Eherechtsreformgesetzes eine Änderung des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts in Betracht zu ziehen war. Das bis dahin geltende Recht war seit langem rechtspolitisch umstritten, und es waren wiederholt Reformen gefordert und in Angriff genommen worden, die die Abschaffung des Verschuldensprinzips und die Einführung des Zerrüttungsprinzips zum Ziele hatten (vgl. BT-Dr 7/650, S. 65 ff.). Von daher muss von einem eingeschränkten Vertrauensinteresse ausgegangen werden.

Eine derartige Lage besteht indes hinsichtlich der vom jetzigen Entwurf vorgesehenen Änderungen nicht. Gewiss ist das Unterhaltsrecht namentlich von Seiten der von Unterhaltspflichten Betroffenen und ihrer Verbände stets umstritten gewesen, davon zeugt auch die Novelle von 1986.<sup>18</sup> Von einem weitgehenden gesellschaftlichen Konsens über die seit 2004 vorgeschlagenen grundlegenden Veränderungen, insbe-

---

<sup>18</sup> Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (UÄndG) vom 20. Februar 1986 (BGBl. 1986 I S.301).

sondere die Umkehrung der Rangverhältnisse, kann indes keine Rede sein. Im Gegenteil haben das BVerfG und der BGH die Rechtsposition desjenigen Ehegatten, der während der Ehe nicht oder nur beschränkt erwerbstätig war, als verfassungsrechtlich unbedenklich gebilligt und in letzter Zeit sogar mit verfassungsrechtlichen Gründen wesentlich gestärkt.<sup>19</sup> Die rückwirkende Entkräftung betrifft also ein verfassungsrechtlich mehrfach geprüftes Recht, das durch ein Recht abgelöst werden soll, dessen verfassungsrechtliche Haltbarkeit erst noch zu erweisen wäre.

---

<sup>19</sup> BVerfG FamRZ 2001, 343 und 985; BGH FamRZ 2004, 601; 2005, 691, 1444, 1449 – BVerfG FamRZ 2002, 527; BGH FamRZ 2001, 986).