



Deutscher**Anwalt**Verein

Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht

zur Reform des nachehelichen Ehegattenunterhaltsrechts

Stellungnahme Nr.: 04/2017

Berlin, im Januar 2017

Mitglieder des DAV

- Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Schwackenberg, Oldenburg (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Eva Becker, Berlin
- Rechtsanwalt Jörn Hauß, Duisburg
- Rechtsanwalt und Notar Dr. K.-Peter Horndasch, Weyhe
- Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek, Berlin
- Rechtsanwalt Rolf Schlünder, Mannheim (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

Rechtsanwältin Christine Martin, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
 - Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
 - Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
 - Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
 - Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
 - CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
 - SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
 - Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag
 - Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft
 - Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht des Deutschen Anwaltvereins
 - Deutscher Richterbund
 - Deutscher Juristinnenbund
 - Deutscher Steuerberaterverband
 - Bundesrechtsanwaltskammer
 - Bundesnotarkammer
 - Bundesgerichtshof, Bibliothek
 - Deutscher Notarverein
 - Deutscher Familiengerichtstag e.V.
 - Bundesverband der Freien Berufe
 - ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
 - Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
 - Redaktionen der Zeitschriften FF – forum familienrecht, FamRB, FamRZ; FuR; NJW, NZFam
-

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Die zum 1.1.2008 in Kraft getretene Unterhaltsrechtsreform zielte auf die Verstärkung des Grundsatzes der Eigenverantwortung nach einer Ehescheidung ab.

Die Eigenverantwortlichkeit eines jeden Ehegatten nach einer Ehescheidung für seinen Lebensbedarf sollte im Vordergrund stehen, sie sollte aber in Einklang gebracht werden mit dem Grundsatz einer nachwirkenden Mitverantwortung für den Unterhalt des geschiedenen Ehegatten.

Der Regelungsvorschlag des DAV knüpft an diese Überlegung an und führt sie auf der Grundlage der seit dem Inkrafttreten der Reform gewonnen Erkenntnisse fort.

Er verfolgt hierbei insbesondere die Ziele,

- die nacheheliche Mitverantwortung auf ein notwendiges Maß zu beschränken;
- die Regelungen vorhersehbarer zu gestalten und damit die Rechtssicherheit zu stärken;
- die Abwägung zwischen dem Grundsatz der Eigenverantwortung einerseits und
- der nachehelichen Mitverantwortung andererseits interessengerechter durchzuführen.

Schließlich möchte der Vorschlag die Rechtstellung der betreuenden Elternteile nichtehelich und ehelich geborener Kinder gleichstellen (§§ 1615 I Abs.2, Abs.3, 1570 BGB).

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des nahehelichen Ehegattenunterhaltsrechts

§ ... Betreuungsunterhalt (→ s.u. S. 43)

(1) Ein Elternteil kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit er ein gemeinsames Kind betreut. In den ersten 3 Jahren nach der Geburt des gemeinsamen Kindes trifft den betreuenden Elternteil keine Obliegenheit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen; Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit in diesem Zeitraum sind bei der Unterhaltsberechnung nicht zu berücksichtigen.

(2) Nach Vollendung des 3. Lebensjahres des gemeinsamen Kindes kann der betreuende Elternteil Unterhalt von dem Anderen verlangen, soweit und solange eine Betreuung durch dritte Personen nicht möglich ist. Ein Betreuungsbedarf besteht in der Regel bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres des gemeinsamen Kindes.

(3) Die Höhe des Betreuungsunterhalts richtet sich nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen beider Eltern.

(4) Mit dem Tod der verpflichteten Person geht die Unterhaltspflicht auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit über.

(5) Für die Zukunft kann auf Betreuungsunterhalt nicht verzichtet werden.

§ ... Kompensationsunterhalt (→ s.u. S. 49)

(1) Ein Ehegatte kann von dem andern nach der Scheidung oder im Anschluss an einen Betreuungszeitraum Unterhalt verlangen, solange und soweit er auf Grund einer praktizierten Aufgabenteilung während der Ehe finanzielle Nachteile erlitten hat, die nach der Scheidung noch fortbestehen.

(2) Nachteile im Sinne von Absatz 1 sind solche, die im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Versorgungsnachteile, die während der Ehe entstanden sind, sind keine Nachteile im Sinne von Absatz 1.

(3) Die Höhe des Unterhaltsanspruchs richtet sich nach dem angemessenen Lebensbedarf.

§ ... Übergangsunterhalt (→ s.u. S. 52)

(1) Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen für den Fall, dass ihm aus anderen Gründen ein Unterhaltsanspruch nicht zusteht, Unterhalt für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Rechtskraft der Ehescheidung verlangen. In Fällen grober Unbilligkeit kann die Frist angemessen verlängert werden.

(2) Der Unterhaltsanspruch nach Abs. 1 setzt voraus, dass die Ehe bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags mindestens drei Jahre bestanden hat.

(3) Das Maß des Unterhalts richtet sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen.

Inhaltsverzeichnis

A. GESELLSCHAFTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN	8
B. KURZER HISTORISCHER ÜBERBLICK	9
I. Die Entwicklung bis 1985.....	9
II. Die Unterhaltsreformen.....	10
1. Das UÄndG 1986.....	11
2. Das UÄndG 2008.....	12
3. Die Änderung von § 1578b BGB.....	13
4. Ausblick.....	13
C. BESTANDSAUFNAHME UND KRITIK AM GELTENDEN RECHT.....	14
I. Eigenverantwortung oder Unterhalt?	15
II. Der asymmetrisch ausgestaltete Betreuungsunterhalt.....	17
1. Tod des Verpflichteten	18
2. Vereinbarungen über den Betreuungsunterhalt	19
3. Das Maß des Betreuungsunterhaltsanspruchs	20
4. Unterschiedlicher Altersvorsorgeunterhalt	21
5. Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss.....	22
III. Die Lebensstandardgarantie – ein antiquiertes Prinzip.....	23
1. Der Aufstockungsunterhalt.....	24
2. Das Stichtagsprinzip	25
3. Die Begrenzungsvorschrift § 1578b BGB.....	27
4. Die Versorgungskompensation	28
IV. Ein Unterhaltsrecht nach der Billigkeit	29
D. REFORMANSÄTZE.....	32
I. Bausteinmodell nach Dethloff	32
II. Kompensationsmodell nach Brudermüller	34
III. Zusammenfassung.....	35
E. GRUNDSÄTZE EINES MODERNEN UNTERHALTSRECHTS.....	37
I. Die Eigenverantwortung als Leitmotiv.....	37
II. Abschied von der Lebensstandardgarantie	40

III. Planbarkeit statt Billigkeit.....	40
IV. Konsensmodell und einstweilige Anordnung	41
F. DER BETREUUNGSUNTERHALT	43
I. Textvorschlag zum Tatbestand eines Betreuungsunterhalts.....	43
II. Grundlagen	43
1. Allgemein	43
2. Einheitlicher Textvorschlag für alle betreuenden Elternteile.....	45
III. Einzelheiten des Unterhaltsanspruchs wegen Kindesbetreuung	46
1. Betreuung und Erwerbsobliegenheit	46
2. Die Höhe des Betreuungsunterhalts	46
3. Tod des Unterhaltspflichtigen.....	47
4. Verzicht auf Unterhaltsanspruch	48
G. DER KOMPENSATIONSUNTERHALT	49
I. Textvorschlag zum Tatbestand eines Kompensationsunterhalts	49
II. Grundlagen	49
III. Weitere Einzelheiten des Kompensationsunterhalts.....	50
1. Betreuung und Rollenverteilung – Abgrenzung.....	50
2. Höhe des Unterhalts	51
3. Darlegungs- und Beweislast	51
4. Vertragliche Disposition	52
H. DER ÜBERGANGSUNTERHALT.....	52
I. Textvorschlag für den Übergangsunterhalt	52
II. Grundlagen	53
III. Weitere Voraussetzungen des Übergangsunterhalts.....	53
I. DAS MAß DES UNTERHALTS	55
I. Variabler Maßstab.....	55
II. Der Betreuungsunterhalt	56
III. Der Kompensationsunterhalt	57
IV. Der Übergangsunterhalt	58

J. SCHLUSSBEMERKUNG.....	59
---------------------------------	-----------

A. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen

Nacheheliche Unterhaltsansprüche haben in der Praxis eine hohe Bedeutung: Sie regeln, wie lange und mit welchen Mitteln der unterhaltsberechtigte Ehegatte von dem anderen eine monatliche Alimentation verlangen kann, weil er auf Grund bestimmter, im Gesetz aufgezählter Bedürfnislagen den Lebensunterhalt nicht ohne Hilfe des anderen Ehegatten aufbringen kann. Es liegt auf der Hand, dass das Verständnis der Bedeutung nachehelicher Unterhaltsansprüche eng mit dem Verständnis der Ehe verknüpft ist. Während das frühere Eherecht als Modellfall die Einverdiener Ehe im Visier hatte, beschäftigt sich die Rechtsprechung seit den 70er/80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts zunehmend mit der Doppelverdiener Ehe, die mehr und mehr das Leitbild des Unterhaltsrechts prägte und noch prägt.

Es ist eine Tatsache, dass sich die berufliche Qualifizierung von Frauen deutlich verbessert hat. Die Zahl der Frauen mit qualifizierter Berufsausbildung ist deutlich angestiegen. Insbesondere haben sich auch die Erwerbsbiografien von Frauen geändert: 58% der Mütter mit Kindern unter drei Jahren sind mittlerweile erwerbstätig, 64% gehen ab dem dritten Lebensjahr des Kindes und 72,8% im Alter der Kinder zwischen 6 - 14 Jahren einer beruflichen Tätigkeit nach, wobei allerdings 70% in Teilzeit arbeiten, die Väter dagegen eine Teilzeitquote von 5 - 7 % aufweisen. Auch die Zahl der Kinder unter 3 Jahren, die in Kindertageseinrichtungen betreut werden, wächst. Das hat nicht nur zu einer Änderung der volkswirtschaftlichen Ausgangssituation geführt, sondern war auch mit einem Wertewandel verbunden.¹

Diesen Strukturwandel in den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen hat der Gesetzgeber im UÄndG 2007 aufgegriffen.²

¹ Hohmann-Dennhardt, Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 16, 22,29

² BT-Drucksache

B. Kurzer Historischer Überblick

I. Die Entwicklung bis 1985

Für das deutsche Scheidungs- und Unterhaltsrecht bedeutete das Jahr 1976 eine entscheidende Zäsur. Die in diesem Jahr verabschiedete Scheidungsreform³ brachte einen strukturellen Wandel von dem bis dahin geltenden **Verschuldensprinzip** zu einer Scheidung allein auf Grund eines nach objektiven Kriterien zu bestimmenden Zerrüttungstatbestands. Zwar hatte sich das Zerrüttungsprinzip schon im bisherigen EheG durchgesetzt, weil alle Tatbestände die Zerrüttung der Ehe forderten, und zwar nicht als bloßem Annex einer Eheverfehlung, sondern als Ratio der Ehescheidung.⁴ Die Zielvorstellung der Reform war jedoch die endgültige Abkehr vom Verschuldensprinzip und die Etablierung eines vom Verschulden der Ehegatten unabhängigen **Zerrüttungsprinzips**.

Das bis dahin geltende Recht knüpfte einen Anspruch auf Zahlung von Unterhalt nach der Scheidung an die vom Gericht zu entscheidende Frage, welchen der Ehegatten das Verschulden an der Scheidung traf. Hatte ein Ehegatte die **Scheidung verschuldet**, hatte dieser Umstand den Verlust des Unterhaltsanspruchs zur Folge. Das Wohlverhalten in der Ehe wurde mit einem nahehelichen Unterhaltsanspruch honoriert, der den Charakter einer Disziplinierung – meist – der Ehefrauen gewann, die aus Angst vor dem sozialen Abstieg mangels Unterhaltsanspruch die Ehe wohl oder übel fortsetzten, bzw. ehewidriges Verhalten des anderen Partners im Hinblick auf die finanziellen Folgen duldeten.

Deshalb wurde die Reform des Ehescheidungsrechts 1976 als Befreiungsvorschlag empfunden und begrüßt.⁵ Scheidungsgrund war jetzt allein die Zerrüttung selbst.

Ein Scheidungsantrag ist begründet, wenn die gesetzlich festgelegte Trennungszeit abgelaufen ist und beide, zumindest ein Ehepartner die Ehe – aus welchem Grund immer – für gescheitert hält (§§ 1565, 1566 BGB).⁶

³ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v.14.6.1976, BGBl I, 1421.

⁴ *Gernhuber-Coester-Waltjen*, Familienrecht 6. Aufl. § 24 Rn 18

⁵ zu den ersten Vorschlägen für eine Reform der Ehescheidung der beim Bundesministerium der Justiz gebildeten Ehrechtskommission FamRZ 1970, 213; 429; 431 ff.

Freilich soll nicht verkannt werden, dass das Verschuldensprinzip in verschiedenen Tatbeständen (§ 1565 Abs. 2 und § 1579 BGB) noch fortlebt.

Mit dem reformierten Scheidungs- und Unterhaltsrecht von 1976 entfiel die Möglichkeit, der Scheidung zu widersprechen.⁷

Als Kompensation hierfür schuf der Gesetzgeber ein nahezu **lückenloses Unterhaltssystem. Der nacheheliche Unterhalt wurde** an die ehelichen Lebensverhältnisse angebunden, um den Ehegatten vor dem sozialen Abstieg zu bewahren.

Das ist der Grund, warum sich nahezu jede denkbare Bedürfnislage nach der Ehe in einem Unterhaltsanspruch wieder findet: sowohl die Betreuung gemeinsamer Kinder, das Alter, die Krankheit, die Arbeitslosigkeit oder auch nur unzureichendes Einkommen berechtigen zum – ggf. lebenslangen – Unterhalt, der daneben noch durch einen Ausbildungs- und Billigkeitsunterhalt flankiert wird.⁸

II. Die Unterhaltsreformen

Mit dem Inkrafttreten des ersten EheRG zum 01.07.1977 schuf der Gesetzgeber ein vom Verschulden unabhängiges Unterhaltsrecht.

Ein unbefristeter nachehelicher Unterhaltsanspruch wurde statuiert, dessen Maß sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmte und der nur ausnahmsweise nach herabgesetzt oder befristet werden konnte (§ 1579 BGB). Lediglich die zur Berechnung

⁶ zur Historie *Dose FamRZ 2011, 1341, 1342 m.w.N; Krenzler/Borth/Schlünder, Anwaltshandbuch Familienrecht 2. Auflage, Kap. 6 C Rn. 881 ff.*

⁷ Die Härteklausele nach § 1568 BGB hat keine hohe praktische Bedeutung.

⁸ zum früheren Recht *Dieckmann FamRZ 1977, 73; Dose FamRZ 2011, 1341; Borth FamRZ 2001, 193, 194; Klinkhammer FF 2009, 140, 141.*

des Anspruchs verwendete „Anrechnungsmethode“⁹ führte zu einer „faktischen“ Befristung dann, wenn der berechtigte Ehegatte nach der Ehescheidung eigene Einkünfte erzielte.¹⁰ Bei guten, mittleren oder höheren Einkommen hat sich diese Begrenzung aber nicht ausgewirkt. Allgemein wurde der unbefristet gewährte Unterhalt als keine sachgerechte Lösung empfunden, was zum UÄndG von 1986 führte.

1. Das UÄndG 1986

Mit dem UÄndG vom 20. Februar 1986¹¹ wurde erstmals der **Gedanke einer Befristung** bzw. **Herabsetzung** des nachehelich zu zahlenden Unterhalts eingeführt (§§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.).

Der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gemäß §§ 1573 Abs. 1 bis 4 BGB konnte „zeitlich begrenzt“ werden.

Diese Möglichkeit betraf nur die Ansprüche auf einen Aufstockungsunterhalt oder einen Anspruch im Falle einer Erwerbslosigkeit, nicht – hingegen – die anderen nachehelichen Unterhaltsansprüche.

§ 1578 Abs. 1 S. 2 BGB gestattete ergänzend, die Bemessung des Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen zeitlich zu begrenzen und die Höhe des Anspruchs danach auf den angemessenen Lebensbedarf zu reduzieren, ihn also von den ehelichen Lebensverhältnissen abzukoppeln und nur auf die Lebensstellung des Berechtigten abzustellen. Diese Reduzierung stellte das Gesetz unter eine Billigkeitskontrolle orientiert an der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung der Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe.

Die Rechtsprechung¹² hatte diese Möglichkeiten – zum Leidwesen der Praxis – bis zur Entscheidung des *BGH* im Juni 2006¹³ kaum genutzt.

⁹ *BGH FamRZ* 85, 161, 183; *BGH FamRZ* 1981, 539, 541.

¹⁰ *Dose FamRZ* 2011, 1341, 1344.

¹¹ *BGBI* I S. 301.

¹² *Dose FamRZ* 2011, 1341, 1345.

Angestoßen durch diese erste Reform bildete sich – allerdings erst ganz allmählich¹⁴ – das Bewusstsein eines Unterhalts auf Zeit bzw. eines Unterhalts auf der Grundlage eines reduzierten Maßstabs weg von einem Unterhaltsrecht auf Lebenszeit und von dem Maßstab einer lebenslänglichen, von der Scheidung unbeeinflussten Garantie.¹⁵

2. Das UÄndG 2008

Während das UÄndG 1986 nur recht zaghaft von der Befristungs- bzw. Herabsetzungsmöglichkeit Gebrauch gemacht hatte, ging das UÄndG von 2008¹⁶ einen Schritt weiter:

Nunmehr sollen **alle nahehelichen Unterhaltsansprüche** (nicht wie bisher nur ein Anspruch nach § 1573 Abs. 1 bis 4 BGB) zu befristen bzw. auf einen anderen Maßstab herabzusetzen sein, wenn weder fortbestehende ehebedingten Nachteile oder aber Gründe der nahehelichen Solidarität – besser: Verantwortung – etwas anderes fordern (§ 1578 b BGB).

Diese ab 01.01.2008 geltende Regelung wurde sofort von der Rechtsprechung aufgenommen und umgesetzt.¹⁷ Präzisiert wurde der einer Befristung entgegenstehende Nachteil dahin, dass eine nachteilige berufliche Änderung in Folge der Eheschließung, der Rollenverteilung in der Ehe oder durch Betreuung gemeinsamer Kinder fortbestehen muss. Diese Neuregelung vollendet noch keinen Systemwechsel, wohl aber führt sie zu „bedeutsamen Auswirkungen auf die Lösung zahlreicher Einzelfälle“, so überzeugend *Schwab*.¹⁸

¹³ BGH FamRZ 2006, 1006

¹⁴ *Dethloff*, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, „Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?“ S.46: „Seit der Reform durch das 1. EheRG von 1976 befindet sich das Unterhaltsrecht in ständigem, wenn auch nur behutsamem Wandel.“

¹⁵ *Hahne* FamRZ 1986, 305; *Giesing* FamRZ 1986, 937; *Diederichsen* NJW 1986, 1283; zu den Vorschriften BGH FamRZ 1986, 886.

¹⁶ BGBl. I, S. 3187

¹⁷ Nachweise *Borth* FamRZ 2011, 153; *Langheim* FamRZ 2010, 409; *Ehinger* FPR 2009, 105

¹⁸ *Dose* FamRZ 2007, 1289; *Wellenhofer* FamRZ 2007, 1282; *Borth* FamRZ 2008, 2

Mehr noch: Der Gesetzgeber eröffnet den Weg zu einem anderen Blickwinkel. Wesentlich kommt es darauf an, durch das nahehelichen Unterhaltsrecht berufliche Nachteile auszugleichen, die ein Ehegatte für die eheliche Gemeinschaft hingenommen hat, soweit sie unverschuldet noch fortbestehen.

Dieser Hauptzweck des nahehelichen Unterhaltsrechts wird ergänzt dadurch, dass ein abruptes Ende der fortbestehenden Teilhabe an dem ehelichen Lebensstandard nicht, wohl aber der Übergang in die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse verlangt werden kann.

Nimmt man den Grundsatz der Eigenverantwortung ernst, so ist dieser gedankliche Ansatz alternativlos.

3. Die Änderung von § 1578b BGB

Eine dritte und vorläufig letzte Änderung ist in § 1578b BGB umgesetzt worden.¹⁹ Neben dem ehebedingten Nachteil ist die **Dauer der Ehe** (*nicht die lange Dauer der Ehe* wie in § 1609 Nr. 2 BGB) als weiteres Kriterium der Billigkeitskontrolle in das Gesetz aufgenommen worden.

Der *BGH* hat sich nicht veranlasst gesehen, aufgrund dieser Reform seine Rechtsprechung zu ändern. Es handele sich lediglich um eine Klarstellung, wie der Gesetzgeber selbst mitgeteilt habe, sodass eine Abkehr von der bisherigen Judikatur nicht veranlasst sei.²⁰

4. Ausblick

Ob der Gesetzgeber mit diesen Regelungen eine Kursänderung vollziehen und dem nahehelichen Unterhaltsrecht ein anderes Verständnis der Ehe unterlegen wollte²¹, bleibt unklar.

¹⁹ BGBl. I 2013, 273

²⁰ *Schlünder/Arpay*, FPR 2013, 250; *BGH FamRZ* 2013, 853 Rz.34 ff

²¹ *Hohmann-Dennhardt*, Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 16, 22, 31

Es ist in der Gesellschaft und Rechtsprechung ein neues Bewusstsein und eine Tendenz zur Abkehr von einer lebenslangen Unterhaltsberechtigung und Hinwendung zu einem befristeten und reduzierten Unterhalt erkennbar. Der Grundsatz der Eigenverantwortung wird als Ziel und Chance erkannt und erwartet, dass das Unterhaltsrecht Hilfestellung dafür leistet, dieses Ziel erreichen zu können.

Hierin aber erschöpft sich die Rechtfertigung fortbestehender Unterhaltsansprüche nach der Ehe. Die Legitimation des nahehelichen Unterhalts ändert sich damit zwangsläufig.

Unterhalt wird nicht mehr als Lebensversicherung bis zum Ende aller Tage, sondern als Ausgleich für durch die Ehe bedingte Unterbrechungen der Erwerbsbiographie und als Hilfeleistung auf dem Weg in eine wirtschaftliche Eigenständigkeit verstanden.

Man mag dies naheheliche Verantwortung, naheheliche Solidarität oder nachwirkendes Treueverhältnis nennen.²² Die Entwicklung geht ohne Zweifel in Richtung eines temporären nahehelichen Unterhalts.

C. Bestandsaufnahme und Kritik am geltenden Recht

Das deutsche Unterhaltsrecht leidet an Schwächen und Widersprüchen, die im Folgenden aufgezeigt werden und die ein reformiertes Unterhaltsrecht beseitigen sollte. Im Grundsatz geht es um fünf Themenbereiche:

- einerseits wird der **Grundsatz der Eigenverantwortung** statuiert, der aber durch ein nahezu lückenloses Netz von Unterhaltsansprüchen gleichzeitig wieder aufgehoben wird;
- der **Betreuungsunterhalt** ergibt sich aus zwei unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen, die danach unterscheiden, ob die Eltern des zu betreuenden

²² Schlünder in FS für Hahne 2013, S. 357

Kindes verheiratet sind (§ 1570 BGB) oder nicht (§ 1615I BGB); die Anspruchstatbestände sind asymmetrisch ausgestaltet, obwohl der partnerschaftliche Status, in welchem die Eltern leben, aus dem Blickwinkel des zu betreuenden Kindes für die Frage des Betreuungsunterhalts nicht relevant ist;

- die **Lebensstandardgarantie** ist zwar durch die UÄndG 1986 und UÄndG 2008 deutlich eingeschränkt worden, als Leitprinzip allerdings kann sie den Anforderungen eines modernen Unterhaltsrechts nicht genügen. In verschiedenen Vorschriften des nahehelichen Unterhaltsrechts und auch in der höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung herrscht das Garantiedenken noch vor;
- die gegenwärtige Regelung ist mit **Billigkeitsvorschriften** überfrachtet, auf die ein konsistentes naheheliches Unterhaltsrecht im Interesse einer zuverlässigen Planbarkeit soweit wie nur irgend möglich verzichten sollte;
- das Unterhaltsrecht ist auch für den Rechtsanwender zu **komplex geraten** und damit für die Praxis schwer vermittelbar.

I. Eigenverantwortung oder Unterhalt?

In § 1569 BGB ist der Grundsatz der Eigenverantwortung formuliert. Danach obliegt es grundsätzlich jedem Ehegatten, nach der Scheidung selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Nur wenn er dazu außerstande ist, hat er im Sinne eines Regel-Ausnahme-Prinzips gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nach den Vorschriften der §§ 1570 ff BGB.²³ Die Vorschrift des § 1569 BGB hat mit dem UÄndG 2008 eine pointiertere Fassung erhalten. Ihr werden allgemein zwei Funktionen zugewiesen: einmal soll programmatisch das genannte Prinzip gestärkt werden und zum anderen ist der Grundsatz nach der Intention des Gesetzgebers stärker als nach

²³ Wendl/ Bömelburg, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. § 4, Rz. 102 ff.

bisherigem Recht bei der Auslegung unterhaltsrechtlicher Tatbestände zu berücksichtigen.²⁴

In der Praxis spielt der Grundsatz der Eigenverantwortung auch in der Form, die er durch das UÄndG 2008 erhalten hat, nahezu keine Rolle. Die Begründung liegt im System des Unterhaltsrechts selbst: Das Leitmotiv der Eigenverantwortung wird von einem lückenlosen System von insgesamt sieben nahehelichen Unterhaltsansprüchen konterkariert. Für diesen Befund hat die Literatur und die Rechtsprechung die griffige aber wenig aussagekräftige Formel entwickelt, der Grundsatz der wirtschaftlichen Eigenverantwortung der Ehegatten werde durch den Grundsatz einer nachwirkenden Mitverantwortung der Ehegatten füreinander eingeschränkt.²⁵ Das hat zur Folge, dass fast jede denkbare Bedürfnislage nahehelich durch Unterhaltsansprüche abgesichert ist. Zwar gewährleistet ein System von Einsatzzeitpunkten eine Beschränkung der Unterhaltsdauer ins Uferlose, allerdings sind diese Zeitpunkte hintereinander geschaltet, sodass bspw. im Anschluss an einen Anspruch wegen Kinderbetreuung nach § 1570 BGB ein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 1 oder 2 BGB begründet sein kann, der durch einen Krankheitsunterhalt nach § 1571 BGB und schließlich einen Altersunterhaltsanspruch nach § 1572 BGB abgelöst wird.²⁶ In der Praxis führt dies zur Umkehr des Regel-Ausnahme-Prinzips.²⁷

Für ein reformiertes Unterhaltsrecht stellt sich zunächst die Frage, welches Prinzip als Leitmotiv den nahehelichen Unterhalt bestimmen soll: das Prinzip der Eigenverantwortung oder ein lückenloses Netzwerk von Unterhaltsansprüchen. Das gewandelte Verständnis der Institution „Ehe“, die unterschiedlichen Formen des Zusammenlebens, die zunehmende Berufstätigkeit von Frauen, die vom Staat angebotenen Möglichkeiten der Kinderbetreuung, legen es nahe, dem Prinzip der Eigenverantwortung den Vorzug zu geben und die Bedürfnislagen, welche Unterhaltsansprüche auslösen können, auf drei Grundtatbestände zu beschränken.

²⁴ BT- Drucks. 16/1830 S.16.

²⁵ Wendl/Bömelburg, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. § 4, Rz.103.

²⁶ zur Kritik an den Einsatzzeitpunkten Brudermüller, GESCHIEDEN UND DOCH GEBUNDEN S. 169 Fn 518.

²⁷ Wendl/ Bömelburg, aaO § 4 Rz.102; Schlünder, FamRZ 2007, 487.

Ein reformiertes Unterhaltsrecht muss den Grundsatz der Eigenverantwortung ernst nehmen und im System des nahehelichen Unterhaltsrechts verankern. Nacheheliche Unterhaltsansprüche sind die Ausnahme, nicht die Regel.

Der durch die bereits durchgeführten Unterhaltsrechtsreformen, insbesondere die des Jahres 2008 eingeschlagene Weg muss fortgesetzt werden.

II. Der asymmetrisch ausgestaltete Betreuungsunterhalt

Aus historischen Gründen²⁸ unterscheidet das geltende Recht beim Betreuungsunterhalt danach, ob die Eltern des zu betreuenden Kindes verheiratet sind oder nicht. Im ersten Fall ergibt sich der Unterhaltsanspruch aus § 1570 BGB, im zweiten aus § 1615I BGB.

Strukturell ist die Vorschrift des § 1570 BGB Bestandteil des nahehelichen Unterhaltsrechts, der Betreuungsunterhaltsanspruch aus § 1615I BGB Bestandteil des Verwandtenunterhaltsrechts²⁹. Aus dieser unterschiedlichen Zuordnung entstehen bei verschiedenen Fallkonstellationen unterschiedliche Lösungsansätze, deren Legitimation aus Sicht des Unterhaltsberechtigten nicht überzeugend ist.³⁰

Aus der Perspektive des Kindes kann es für juristische Einzelfragen keine Rolle spielen, ob die betreuenden Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht.

Unterschiede bestehen in fünf Konstellationen³¹:

- Tod des Verpflichteten,
- Vereinbarungen über Grund und Höhe des Betreuungsunterhalts,

²⁸ zur historischen Entwicklung vgl. *Wendl/Bömelburg*, Unterhaltsrecht § 7 Rn 1 ff; Dose FPR 12, 129; Weinreich FuR 2012, 338.

²⁹ zum Betreuungsunterhaltsanspruch nicht verheirateter Eltern *Roßmann* FuR 2014, 326.

³⁰ *Wever* FamRZ 2008, 553, 561: "§ 1615 I BGB bleibt eine gesetzgeberische Baustelle"; *Löhnig/Preiser* FamRZ 2010, 2029 ergänzen: "§ 1570 BGB auch".

³¹ zu verfassungsrechtlichen Aspekten *Löhnig/Preiser* FamRZ 2010, 2029.

- das Maß des Unterhaltsanspruchs,
- der Vorsorgeunterhalt der betreuenden Person,
- die unterschiedliche Behandlung des Anspruchs auf Verfahrenskostenvorschuss.

1. Tod des Verpflichteten

Stirbt der geschiedene, zum Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB verpflichtete Ehemann, erlischt die Unterhaltspflicht nicht, sondern geht nach § 1586b Abs. 1 S. 1 BGB auf die Erben als Nachlassverbindlichkeit über. Allerdings schulden die Erben nach § 1586b Abs. 1 S. 3 BGB nur einen betragsmäßig beschränkten Unterhalt, der dem Betrag des fiktiven Pflichtteils einschließlich eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs entspricht, welcher dem Berechtigten zustünde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre.³²

Anders ist die Rechtslage, wenn die Eltern nicht verheiratet sind. Nach § 1615I Abs. 3 S. 4 BGB erlischt der Unterhaltsanspruch nicht mit dem Tod des Vaters. Er geht als Nachlassverbindlichkeit nach § 1967 BGB auf die Erben über. Der Anspruch ist nicht gegenständlich beschränkt, weil zwischen der betreuenden Person und dem verstorbenen Verpflichteten kein Pflichtteilsverhältnis (§ 2303 BGB) besteht.

Der geschiedene betreuende Elternteil wird damit schlechter gestellt. Damit wird zugleich das eheliche Kind – verfassungsrechtlich bedenklich – schlechter gestellt.

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG*³³ ist der Betreuungsunterhalt zwar als Anspruch des Elternteils gegen den anderen ausgestaltet.³⁴ Gleichwohl wird der Betreuungsunterhalt aus Gründen des Kindeswohls gewährt (Rz.44). Artikel 6 Abs. 5 GG erteilt dem Gesetzgeber den Verfassungsauftrag, die Gleichstellung und Gleichbehandlung aller Kinder ungeachtet ihres Familienstandes sicherzustellen. Auch

³² Schindler FamRZ 2004, 1527; ausführlich Bergschneider FamRZ 2003, 1049.

³³ FamRZ 2007, 965

³⁴ zu dieser Drittbezogenheit des Betreuungsunterhalts: Dethloff, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, S.52.

eine mittelbare Schlechterstellung widerspricht dieser Zielsetzung und damit Art 6 Abs.5 GG.

2. Vereinbarungen über den Betreuungsunterhalt

Nach der derzeitigen gesetzlichen Regelung bestimmt sich die Reichweite der Vertragsautonomie der Eltern nach der **Anspruchsgrundlage**.

Für den Betreuungsunterhaltsanspruch verheirateter Eheleuten nach § 1570 BGB gilt § 1585c S. 1 BGB: Danach können Ehegatten über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen. Das Prinzip der Privatautonomie und damit die freie Disponibilität bleibt – innerhalb der Grenzen der Generalnormen – uneingeschränkt.

Allerdings bedürfen – eingeführt durch das UÄndG 2008 – Vereinbarungen, die vor der Rechtskraft der Scheidung geschlossen werden der notariellen Form. Insoweit korrespondieren diese Formvorschriften mit § 7 Abs. 1 VersAusglG für Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich und § 1378 Abs. 3 BGB für Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich.

Vereinbarungen über den Betreuungsunterhalt nach § 1615I Abs. 1 und Abs. 2 BGB stehen einerseits unter dem gesetzlichen Verbot des § 1614 BGB, sind andererseits aber formfrei.

§ 1614 Abs. 1 BGB erklärt Vereinbarungen, in denen **für die Zukunft** auf Unterhalt **verzichtet** wird, für unwirksam. Insofern besteht ein Gleichlauf mit dem Trennungsunterhalt zwischen Ehegatten nach § 1361 Abs. 1 BGB, der ebenfalls nicht in vollem Umfang disponibel ist, wie sich aus §§ 1361 Abs. 4 S. 4, 1360a Abs. 3, 1614 BGB ergibt und mit dem Familienunterhalt nach §§ 1360, 1360a BGB sowie dem Verwandtenunterhalt, auf den § 1614 Abs. 1 direkt anwendbar ist.

Damit kann ein nicht verheirateter Betreuender für die Zukunft nicht wirksam auf Unterhalt verzichten, während ein geschiedener Elternteil vor Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung durch den Formzwang des § 1585c S.2 BGB, nach Eintritt der Rechtskraft nur durch die Generalnormen, ausgestaltet durch die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, gesichert ist.

Diese Rechtsprechung zur **Inhaltskontrolle von Eheverträgen** und Scheidungsvereinbarungen führt zu einer gewissen Angleichung beider Betreuungsunterhaltsansprüche. Nach der Kernbereichslehre des *BGH*³⁵ steht der Betreuungsunterhalt an erster Rangstelle und ist daher im Hinblick auf seine Ausrichtung auf das Kindeswohl am wenigsten disponibel. Dies schließt allerdings eine vertragliche Modifikation dieses Anspruchs bis hin zum vollständigen Ausschluss nicht aus. Ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB jedenfalls dann unbedenklich, wenn kein gemeinsamer Kinderwunsch der Ehegatten besteht und auch sonst für deren Absicht, eine Familie mit Kindern zu gründen, nichts ersichtlich ist.³⁶ Im Ergebnis kann für die Zukunft auf den Unterhaltsanspruch nach § 1615I BGB überhaupt nicht, wohl aber auf den Betreuungsunterhalt § 1570 BGB verzichtet werden.

3. Das Maß des Betreuungsunterhaltsanspruchs

Nach § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt sich das Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Diese werden durch alle wirtschaftlich relevanten, beruflichen, gesundheitlichen oder familiären Faktoren bestimmt.³⁷ In Fällen einer Doppelverdiener Ehe werden daher die ehelichen Lebensverhältnisse in der Regel vom gemeinsamen Einkommen der Eheleute bestimmt³⁸. Der nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmte Bedarf des Unterhaltsberechtigten ist in diesen Fällen ein abgeleiteter Bedarf aus dem zusammengerechneten Einkommen beider Ehegatten. Er ist in aller Regel höher als der angemessene Lebensbedarf des

³⁵ *BGH FamRZ* 2014, 629 Rz. 16 und 17; *BGH FamRZ* 2013, 195 Rz.16 ff; *BGH FamRZ* 2009, 1041 Rz. 14; *BGH FamRZ* 2007, 1310 Rz.15; *BGH FamRZ* 2004, 601.

³⁶ so wörtlich der *BGH FamRZ* 2013, 195 Rz.19

³⁷ *BGH FamRZ* 2001, 986.

³⁸ *Palandt/Brudermüller* 75. Auflage, BGB 1578 Rz.3.

Unterhaltsberechtigten, also des Bedarfs ohne Berücksichtigung der Ehe und ohne Berücksichtigung der Betreuungsleistungen für gemeinsame Kinder.

Anders wird der Bedarf nach § 1615 I BGB bestimmt.

Das nach §§ 1615I Abs. 3 S. 1, 1610 Abs.1 BGB zu bestimmende Maß des Unterhalts richtet sich nach der Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten.³⁹ Eine Bedarfsbemessung nach gemeinsamen Einkommens- und Vermögensverhältnissen der betreuenden Mutter und des nichtehelichen Partners kommt auch dann nicht in Betracht, wenn die Eltern in einer bestehenden Lebensgemeinschaft zusammengelebt haben, selbst wenn aus dieser mehrere Kinder hervorgegangen sind, weil auf die Verhältnisse bei Geburt des ersten Kindes abzustellen ist.⁴⁰

Richtet sich der Unterhalt nach dem früheren, jetzt wegfallenden Verdienst der betreuenden Person, liegt er in aller Regel unter dem Betrag, der sich aus dem zusammengerechneten Einkommen beider Partner ergibt. Damit wird die betreuende Mutter eines außerhalb der Ehe geborenen Kindes schlechter gestellt. Sie hat geringere finanzielle Mittel zur Verfügung als die geschiedene Betreuende. Sie muss somit eher auf eine Erwerbstätigkeit zurückgreifen. Die außerhalb der Ehe betreuende Mutter hat somit entweder weniger finanzielle Mittel oder weniger Zeit für die Betreuung und Pflege des Kindes zur Verfügung als die geschiedene betreuende Ehefrau. Dies – wiederum – führt zu einer mittelbaren Ungleichbehandlung der Kinder.

4. Unterschiedlicher Altersvorsorgeunterhalt

Nach § 1578 Abs. 3 BGB hat der geschiedene Ehegatte Anspruch auf die Kosten einer angemessenen Versorgung für den Fall des Alters.

Anders § 1615I BGB.

³⁹ BGH FamRZ 2015, 1369 Rz. 34..

⁴⁰ Wever/Schilling FamRZ 2002, 581, 584 mit weiteren Nachweisen.

§ 1615I Abs. 3 S. 1 verweist auf die Vorschriften des Verwandtenunterhalts. Diese enthalten keine korrespondierende Bestimmung. Das hat zu unterschiedlichen Auffassungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur geführt, ob der nicht verheirateten, betreuenden Person neben dem Elementarbedarf noch der Altersvorsorgebedarf zusteht. Zur Vermeidung verfassungswidriger Ergebnisse sei der Unterhalt der betreuenden Person gegenüber dem Scheidungsunterhalt gleich auszugestalten, mit der Folge, dass auch die Alterssicherung vom Unterhaltsverhältnis umfasst ist,⁴¹ differenziert die ältere Literatur nach der Vielfalt der Sachverhalte.⁴² Zwar hat auch der *BGH*⁴³ den Einklang von § 1615 I BGB mit verfassungsrechtlichen Vorschriften damit begründet, dass es um unterschiedliche Lebenssachverhalte gehe, die Ausgangspunkt eines Unterhaltsanspruchs der betreuenden Mutter sein könnten. Allerdings hat das *BVerfG*⁴⁴ in den unterschiedlichen sozialen Situationen, in denen sich die Kinder befinden, oder in den verschiedenartig ausgestalteten Beziehungen der Eltern kein Differenzierungsmerkmal gesehen, unterschiedliche Betreuungszeiten für beide Tatbestände zu rechtfertigen. Es bleibt aber die Besserstellung des geschiedenen Betreuenden im Vergleich zu dem nicht verheirateten betreuenden Elternteil:

Dieser könnte sich bei dieser unklaren Rechtslage eher veranlasst sehen, sich aus Zwecken **deSr** Alterssicherung frühzeitig um eine Erwerbstätigkeit zu bemühen und damit die Betreuungszeit des Kindes zu verkürzen. Aus der Perspektive des Kindes muss es aber gleichgültig sein, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht.

5. Anspruch auf Verfahrenskostenvorschuss

Ehegatten einer intakten Ehe oder getrenntlebende Ehegatten sind verpflichtet, dem bedürftigen anderen Ehegatten einen Verfahrenskostenvorschuss zu zahlen (§ 1360a Abs. 4, § 1361 Abs. 4 S. 4 BGB). Für geschiedene Ehegatten besteht diese Verpflichtung nicht, auch nicht in analoger Anwendung der Vorschriften.⁴⁵

⁴¹ so *Büttner* FamRZ 2004, 1918, 1923.

⁴² *Wever/Schilling* FamRZ 2002, 581, 584.

⁴³ *BGH* FamRZ 2006, 1362.

⁴⁴ FamRZ 2007, 965 Rz.19 und 51 ff.

⁴⁵ *BGH* FamRZ 1984, 148 m. Anm. *Herpers* FamRZ 1984, 465; *Krenzler/Borth/Schlünder*, Familienrecht, 2. Auflage, Kapital 6 Rz. 980 ff.

Unklar ist demgegenüber, ob der nichtverheirateten betreuenden unterhaltsberechtigten Person ein Verfahrenskostenvorschuss zusteht. Das hat die bisher wohl herrschende Meinung mit der Begründung bejaht, dass der Kostenvorschuss zum Lebensbedarf nach § 1610 Abs. 2 BGB zähle.⁴⁶ Dieser Begründung hat allerdings der *BGH* eine Absage erteilt.⁴⁷ Ob damit eine analoge Anwendung von § 1360a Abs. 4, § 1361 Abs. 4 S. 4 BGB auch auf den betreuenden Elternteil nach § 1615l BGB in Frage kommt, bleibt unsicher.⁴⁸

Die asymmetrische Ausgestaltung in Bezug auf den Verfahrenskostenvorschuss ist durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigt. Für geschiedene Ehegatten wird ein solcher Anspruch abgelehnt, bei nichtverheirateten, betreuenden Elternteilen ist die Rechtslage nicht geklärt.

III. Die Lebensstandardgarantie – ein antiquiertes Prinzip

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers des 1. EheRG⁴⁹ bestimmt sich das Maß des zu leistenden Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Danach wird der von den Ehegatten im Lauf der Ehe erreichte wirtschaftliche Status über das Ende der Ehe hinaus fortgeschrieben. Der erreichte Stand am Ende der Ehe ist entscheidend, auch wenn er in aller Regel im Vergleich zu dem bei Beginn höher war⁵⁰.

Das seit 01.07.1977 in Kraft getretene 1. EheRG vom 14.06.1976⁵¹ maß der Lebensstandardgarantie eine kompensatorische Funktion zu: Dem an der Zerrüttung der Ehe nicht schuldigen Ehegatten wurde das nach § 48 EheG gegebene Recht genommen, sich erfolgreich gegen die Scheidung zu wehren. Als Ausgleich gewährte

⁴⁶ *OLG München FamRB* 2002, 171 mit Darstellung des Streitstandes und weiteren Nachweisen.

⁴⁷ *BGH FamRZ* 2005, 883 zum Volljährigenunterhalt.

⁴⁸ *Krenzler/Borth/Caspary*, Kapitel 6, Rz. 1455

⁴⁹ *BGBI I*, 1976 S. 1421 – dazu *Borth FamRZ* 2001, 193, 194

⁵⁰ *Krenzler/Borth/ Schlünder Anwaltshandbuch Familienrecht*, 2. Aufl. Kap. 6 C, Rz. 882 u. 883.

⁵¹ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v.14.6.1976, *BGBI I*, 1421.

ihm das Unterhaltsrecht – somit „als Preis für die verschuldensunabhängige Scheidung“⁵² – eine fast alle Bedürfnislagen abdeckende, grundsätzlich lebenslange Unterhaltsberechtigung, deren Maß sich stets nach den ehelichen Lebensverhältnissen richten sollte. Der unterhaltsberechtigten Ehegatte erhielt hiermit eine Lebensstandardgarantie.

Die Vorstellung einer Ehe als Institut für eine lebenslange finanzielle Absicherung – auch für die Zeit nach deren Scheitern – hat sich gewandelt. Bereits in den genannten UÄndGen 1986 und 2008 setzt sich eine moderne Auffassung durch. Der Unterhalt soll nicht mehr dauerhaft geleistet werden, sondern zeitlich befristet oder auf einen anderen Maßstab als den der ehelichen Lebensverhältnisse herabgesetzt werden können.

Die Rechtsprechung hatte diese Neuregelung zunächst nur sehr zögerlich angewandt. Erstmals mit der grundlegenden Entscheidung vom 12.4. 2006⁵³ hat der *BGH* den Schritt vollzogen, den Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB zu begrenzen. Sowohl das Gesetz als auch die Rechtsprechung anerkannten damit, dass die Lebensstandardgarantie kein tragendes Prinzip eines modernen Unterhaltsrechts mehr sein kann.

1. Der Aufstockungsunterhalt

Der geschiedene Ehegatte kann, soweit er nicht bereits einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 - 1572 BGB hat, den Unterschiedsbetrag zwischen seinen tatsächlichen (oder fiktiven) Einkünften und seinem vollen Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen verlangen (§ 1573 Abs.2 BGB). Die Legitimation dieser Norm basiert auf der Lebensstandardgarantie, die dem nahehelichen Ehegattenunterhalt beigemessen wurde.

Der *BGH* hat eine Lebensstandardgarantie bereits reduziert. Nur dann, wenn fortbestehende ehebedingte Nachteile vorhanden sind, soll der eheliche

⁵² *Graba FamRZ 2008, 1218.*

⁵³ *BGH FamRZ 2006, 1006 m. Anm. Born.*

Lebensstandard garantiert bleiben. Eine hiervon losgelöste, unabhängige Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards gibt es nicht.⁵⁴ Mit dieser Entscheidung hat der *BGH* die ab 01.01.2008 geltende Vorschrift des § 1578b BGB antizipiert.

Restbestände dieser Lebensgarantie sind damit aber nicht beseitigt. Denn die Vorschrift des § 1578b BGB geht ja davon aus, dass grundsätzlich der Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen und nur im Fall der Unbilligkeit davon abgewichen wird. Nach der gesetzlichen Konzeption ermöglicht § 1578b BGB eine prozessuale Einwendung, nach der die Begrenzung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs nicht die Regel, sondern die Ausnahme darstellt. Demnach hat das Familiengericht zu prüfen, ob eine unbegrenzte und dauerhafte Unterhaltspflicht unbillig ist, das Gericht hat nicht zu prüfen, ob der Befristung Billigkeitsgründe entgegenstehen. Nicht die Befristung ist die Regel, sondern die dauerhafte Unterhaltspflicht.⁵⁵

2. Das Stichtagsprinzip

Das Stichtagsprinzip ist das Pendant des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Es will einen bestimmten Erwerbs- und Vermögensstatus zum Ende der Ehe festschreiben, um den bis dahin erreichten Lebensstandard für die Bemessung des nachehelichen Unterhalts auf Dauer zu prolongieren. Diesem Prinzip wird auch eine abgrenzende Funktion zugeschrieben: Grundsätzlich sollen Umstände, die nach Rechtskraft der Scheidung eintreten, die ehelichen Lebensverhältnisse nicht prägen können, weil es auf den Status ankommt, der am Ende der Ehe erreicht worden ist und nicht auf Umstände, welche – weil nach Rechtskraft der Ehescheidung eingetreten - nicht als Ergebnis einer gemeinsamen Lebensleistung angesehen werden können.

Der *BGH* hatte zunächst das Stichtagsprinzip zu Gunsten der „*wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse*“ modifiziert und in Abkehr von dem ohnehin nicht strikt durchgehaltenen Grundsatz den Begriff der dynamischen ehelichen Lebensverhältnisse

⁵⁴ *BGH FamRZ* 2007, 2052 Rz. 21.

⁵⁵ *BGH FamRZ* 2010, 1633 Rz. 15.

geschaffen. Das *BVerfG* ist mit seiner Entscheidung vom 25.11.2011 die Grenzen einer solchen Fortschreibung der ehelichen Lebensverhältnisse aufgezeigt⁵⁶, was zu einer Änderung der Rechtsprechung des *BGH* führte.⁵⁷

Auch das *BVerfG* hält nicht an einem strikten Stichtagsprinzip fest. Denn es kann nicht die Augen vor Entwicklungen verschließen, die zwar erst nach der Rechtskraft der Ehe eintreten, damit einerseits also die ehelichen Lebensverhältnisse nicht prägen konnten, die aber andererseits auch eingetreten wären, wenn die Ehe fortgesetzt worden wäre oder die bereits in der Ehe angelegt waren. In Anwendung der Rechtsprechung des *BVerfG*⁵⁸ erfasst der XII. Senat des *BGH* diese Fallgruppe mit dem vom *BVerfG* vorgegebenen Begriff des „Ehebezugs“.⁵⁹ Mit der Renaissance des Stichtagsprinzips kehren das *BVerfG* und der *BGH* zum ursprünglichen, vor 2008 geltenden Status der ehelichen Lebensverhältnisse zurück. Es kommt also nach wie vor auf den beim Ende der Ehe erreichten sozialen Status an.

Bei genauerer Betrachtung handelt es sich bei dem Stichtagsprinzip nicht um ein Prinzip, sondern um eine Ausnahme.⁶⁰ Prinzipiell soll es auf die Rechtskraft der Scheidung ankommen, nicht aber auf Umstände, die danach eingetreten sind. Die Ausnahmen von diesem Prinzip sind aber größer als die Fallgruppen, die davon erfasst werden. Es gilt nicht für die nichtvorwerfbare naheheliche Arbeitslosigkeit oder den Beginn der Regelaltersgrenze. Auch naheheliche Veränderungen im Ausgabenbereich sind Umstände, die zwar nach der Scheidung der Ehe eintreten, die ehelichen Lebensverhältnisse aber prägen sollen; der *BGH* hat in diesem Zusammenhang den umzugsbedingten Wegfall der Fahrtkosten genannt. Auch die nahehelich aufgenommene Erwerbstätigkeit des Unterhaltsberechtigten, die von der Surrogatsrechtsprechung erfasst wurde⁶¹ ist ein Umstand, der nach der Rechtskraft der

⁵⁶ *BVerfG* FamRZ 2011, 437.

⁵⁷ *BGH* FamRZ 2012, 281 Rz.16; zur Entwicklung *Obermann* NZFam 2014, 577;

BGH FamRZ 2014, 1183.

⁵⁸ FamRZ 2011, 437 Rz.64.

⁵⁹ *BVerfG*; *BGH* FamRZ 2012, 281 Rz.22 ff.

⁶⁰ Es „wurde ein System von Ausnahmen entwickelt, die jedoch einerseits in sich wenig überzeugend begründet sind und die andererseits den eigentlichen Ansatz der Stichtagsbezogenheit aushöhlen“ *Obermann* NZFam 2014, 577, 582;

⁶¹ *BGH* FamRZ 2001, 986

Ehe eintritt, die ehelichen Lebensverhältnisse zum Zeitpunkt der Scheidung aber beeinflussen soll. Die vorgenannten Fallgruppen beschäftigen in der Mehrzahl der Fälle die Praktiker; sie sind aber Ausnahmefälle zum Prinzip des Stichtags.

Die Wiedereinführung des „weichen“ Stichtagsprinzips macht die Ausnahme zur Regel und die Regel zur Ausnahme⁶². Es macht keinen Sinn, ein Prinzip zu statuieren, dessen Ausnahmen zur Regel werden.

3. Die Begrenzungsvorschrift § 1578b BGB

Mit dem UÄndG 2007 hat der Gesetzgeber den ersten nachhaltigen Schritt unternommen, eine Begrenzungsmöglichkeit, nämlich die zeitliche Befristung oder die Herabsetzung des Unterhaltsmaßstabs, für alle nahehelichen Unterhaltsansprüche zur Verfügung zu stellen. Zwar ist damit ein bedeutender Strukturwandel – vom unbeschränkten Unterhaltsanspruch nach den ehelichen Lebensverhältnissen zum nahehelichen Unterhalt auf Zeit – vollzogen oder zumindest eingeleitet worden; gleichwohl ist die Vorschrift selbst und die Auslegung, welche ihr der XII. Senat des *BGH* gegeben hat, vom tradierten Modell eines dauerhaften Unterhaltsanspruchs geprägt. Anstatt nach dem Vorbild von § 1579 BGB Tatbestände aufzuzählen, in welchen Fällen der Unterhalt zeitlich befristet bzw. auf den Maßstab des allgemeinen Lebensbedarfs herabgesetzt werden kann, setzt die Vorschrift einen zeitlich unbeschränkten Unterhaltsanspruch voraus, dessen Höhe sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen richtet und formuliert – negativ – zwei Merkmale, nämlich den ehebedingten Nachteil und die Dauer der Ehe, die gerade gegen eine Begrenzung sprechen. Geprüft wird also nicht, ob und ggf. welche Fallgruppen den nahehelichen Unterhaltsanspruch begrenzen, sondern ob ehebedingte Nachteile oder die (lange) Dauer der Ehe oder andere Kriterien der Billigkeit eine Begrenzung der Vorschrift ausschließen.

⁶² *Schlünder FamRZ 2007, 487*

Der Gesetzgeber wollte mit der Reform des Unterhaltsrechts zum 1.1.2008 gesellschaftlichen Veränderungen und gewandelten Wertvorstellungen Rechnung tragen.⁶³ Er wollte die Lebensstandardgarantie abschaffen und – unter Beachtung des Schutzbereichs des Art 6 GG – den Gestaltungsspielraum nutzen. Allerdings verliert die Reform dadurch an Kraft, dass die semantischen Restbestände einer Vorstellung von der Ehe als wirtschaftliche Schicksalsgemeinschaft bis in kleinste Formulierungen nachwirken.

Mit der „Herabsetzung“ auf den angemessenen Lebensstandard in § 1578b BGB verbindet der Gesetzgeber die Vorstellung, dass es sich dabei um einen geringeren Standard als den der ehelichen Lebensverhältnisse handelt. Die Konnotationen zur „Lebensstandardgarantie“ und zum „sozialen Abstieg“ lassen sich nicht verbergen.

Die Hoffnung des Reformgesetzgebers des UÄndG 2008, nur mit einer pointierten Fassung der Eigenverantwortung, einer Begrenzungsvorschrift für alle Unterhaltsansprüche und durch erhöhte Anforderungen an die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in § 1574 Abs. 3 BGB die Spur zu einem modernen Unterhaltsrecht aufnehmen zu können, konnte sich demnach und hat sich bislang nicht erfüllt.

4. Die Versorgungskompensation

Spuren des Stichtags- und Prägungsdenkens im Sinne einer Lebensstandardgarantie zeigt auch die Rechtsprechung des *BGH* zur Kompensation eines Versorgungsnachteils. Grundsätzlich kann ein ehebedingter Nachteil im Sinne von § 1578b Abs. 1 BGB nicht in einem Versorgungsnachteil des Unterhaltsberechtigten bestehen, der während der Ehe durch geringere Beschäftigung eingetreten ist, weil der Ausgleich dieses Nachteils vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleichs ist.⁶⁴

Von diesem Grundsatz macht der *BGH* eine Ausnahme in dem Fall, dass der Versorgungsausgleich nicht für die gesamte Ehezeit durchgeführt worden ist, also im

⁶³ BT-Drucksache 16/1830 S. 14

⁶⁴ *BGH FamRZ* 2008, 1325 Rz.42; *BGH FamRZ* 2011, 1381 Rz.30.

Fall der Scheidung einer Rentnerin, weil ein Rentner keine zusätzlichen Entgeltpunkte in der gesetzlichen Rentenversicherung erwirbt⁶⁵ oder im Fall der Scheidung eines Millionärs, der von den Einkünften aus Kapitalvermögen lebt und keine Altersvorsorge betreibt,⁶⁶ die Gegenstand des Versorgungsausgleichs sein könnte. Hier dehnt der *BGH* den unterhaltsrechtlichen Begriff des ehebedingten Nachteils auf den Ausgleich des Versorgungsnachteils aus, indem er im Rahmen von § 1578b BGB prüft, ob etwa durch Zahlung von Altersunterhalt (§ 1578 Abs. 3 BGB) oder durch sonstige Zuwendungen eine Kompensation eingetreten ist.

Diese Rechtsprechung ist vom Teilhabe- und Versorgungsdenken geprägt. Die Ehe hat die Funktion, eine eigenständige Versorgung zu schaffen, selbst dann, wenn die Parteien die ehelichen Lebensverhältnisse anders angelegt haben, also die Ehefrau beispielsweise sich darüber im Klaren war, dass ein Rentner keine weiteren Versorgungsansprüche erwerben kann bzw. ein Millionär kein Interesse an einer Altersvorsorge hat. Gleichwohl wird in diesen Fällen ein während der Ehe nicht erreichter Versorgungsstandard hergestellt.

IV. Ein Unterhaltsrecht nach der Billigkeit

Das materielle Unterhaltsrecht hat sich zu einem Netzwerk von Billigkeitsvorschriften entwickelt.⁶⁷ Eine Billigkeitsentscheidung ist in § 1570 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB, darüber zu treffen, ob sich der Betreuungsunterhalt über den Basiszeitraum von drei Jahren verlängert. § 1570 Abs. 1 S. 3 BGB fordert die Berücksichtigung der „Belange des Kindes“ und „die bestehenden Möglichkeiten der Kindesbetreuung – wie und mit welchem Gewicht lässt das Gesetz hierbei offen. Die „Billigkeit“ ist in § 1574 Abs. 2 S. 1 BGB Messlatte für die Frage der Angemessenheit einer Erwerbstätigkeit. Sie ist Tatbestandskriterium eines besonderen Unterhaltsanspruchs, der allein „aus Billigkeitsgründen“ entstehen soll. (§ 1576 BGB). Eine Vorschrift, die seit ihrer

⁶⁵ *BGH FamRZ* 2010, 1633.

⁶⁶ *BGH FamRZ* 2011, 1381.

⁶⁷ *Graba FamRZ* 2008, 1271.

Einführung ohne praktische Bedeutung geblieben ist. Auch die Bedürftigkeit, ein Tatbestandsmerkmal jeden Unterhaltsanspruchs, kommt nicht ohne Rückgriff auf die Billigkeit aus, wie sich zwanglos aus § 1577 Abs. 2 Satz 2 u. Abs. 3 BGB ergibt.

Die Herabsetzung und zeitliche Begrenzung nach § 1578b BGB setzt eine besonders qualifizierte Billigkeitsentscheidung voraus, sie muss, wie der *BGH* nicht müde wird zu betonen, „umfassend“ sein,⁶⁸ damit alle Aspekte eines Falles im Dienste der Einzelfallgerechtigkeit erwogen, abgewogen und berücksichtigt werden.

Schließlich die „grobe Unbilligkeit“, die in § 1579 BGB eine praktisch bedeutsame Rolle als sog. negative Billigkeitsklausel spielt.

Auch § 1581 BGB will als Maßstab des Unterhalts auf die Billigkeit nicht verzichten.

Ein Unterhaltsrecht nach Billigkeit enthebt den Gesetzgeber von seiner verfassungsmäßigen Pflicht, Rechtsnormen zu formulieren, die auf der Tatbestandsseite subsumierbare Tatbestandselemente enthalten. Verlängert sich beispielsweise ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt aus Billigkeitsgründen, wird dem Richter die Entscheidung überlassen, welche Sachverhaltselemente des Falles er dafür heranzieht und wie diese im Verhältnis zueinander gewichtet werden. Die „Flucht in die Generalklauseln“, die sich vornehmlich als eine Flucht in die Billigkeit darstellt, ist in der familienrechtlichen Literatur ein geläufiger Topos.⁶⁹ Mit einem Akt der „Entscheidungsdelegation“ an die Familiengerichte entzieht sich der Gesetzgeber insoweit seiner Verantwortung und überantwortet an sich „legislative Aufgaben“ den Gerichten. Er lässt damit reines „Richterrecht“ entstehen.

Schon wird im methodologischen Kontext – freilich nicht ohne Ironie – von einer neuen „Lehre der intuitiven Approximation“ gesprochen, der im Familienrecht eine große Zukunft geweissagt wird: Über sein Bauchgefühl nähere sich der Entscheider auf seine

⁶⁸ *BGH FamRZ* 2010, 1637 Rz.47; *BGH FamRZ* 2010, 1971 Rz. 21

⁶⁹ *Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht*, 6. Auflage § 1 Rn 56.

innere Stimme hörend der Lösung des Falles.⁷⁰ Politisch gestatten Regelungen dieser Art die Aussage, der Gesetzgeber beabsichtige, stärker den Belangen des Einzelfalls Rechnung zu tragen und habe damit ein Mehr an Gerechtigkeit im Sinn – wer wollte ihm da ernsthaft widersprechen.

Auf Seiten des Familienrichters hat eine Entscheidung nach Billigkeit eine weitgehende Freiheit zur Folge. Es gibt keinen *numerus clausus* von Billigkeitskriterien. Jeder Gesichtspunkt kann im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung herangezogen werden. Welches Gewicht die einzelnen Kriterien haben, braucht nicht im Einzelnen dargelegt zu werden. Welches von beispielsweise 10 Billigkeitskriterien letzten Endes den Ausschlag für eine bestimmte Entscheidung gibt, bleibt immer offen. Meist wird in der Praxis auf eine Gesamtschau aller Billigkeitsgesichtspunkte abgestellt, ohne dass transparent würde, in welcher Form diese Kriterien gewichtet worden sind. Diese Entscheidungsfreiheit gestattet es dem entscheidenden Richter, sein Weltbild nahezu frei und nicht durch gesetzliche Vorgaben eingeschränkt oder nur gelenkt in der Entscheidung eines konkreten Falles umzusetzen.

Der Vorteil für eine Beschwerdeinstanz liegt ebenfalls auf der Hand.

Da die Anzahl der Billigkeitskriterien und ihre Gewichtung im Ermessen des Gerichts liegen, ist eine Entscheidung nicht angreifbar, die ein eigenes Ermessen an die Stelle des Richters setzt. Ob ein Unterhaltsanspruch nach Rechtskraft der Scheidung 5 Jahre gewährt wird, oder nur 3, ist für den Unterhaltsberechtigten eine entscheidende Größe; angreifbar ist aber die Entscheidung in beiden Fällen selten.

Das Nachsehen haben der Normadressat und der Berater. Der beratende Rechtsanwalt kann nicht sicher voraussagen, welches Ergebnis eine Billigkeitsentscheidung haben wird. Das macht beispielsweise die praktisch sehr bedeutsame Frage nach der Dauer der Verpflichtung oder Berechtigung von Betreuungsunterhaltsansprüchen zu einem Ratespiel.⁷¹ Betroffene sind in einem erstinstanzlichen Verfahren häufig einer

⁷⁰ *Grandel*, Editorial FF 2013, 425

⁷¹ *Schlünder* FF 2013, 92 ff.

bestimmten, unabänderlichen Meinung des Gerichts ausgesetzt und sehen sich letztlich gezwungen, einen Vergleich zu akzeptieren. Eine wirkliche Überprüfungsmöglichkeit in einem Beschwerdeverfahren besteht nicht.

Das Recht allgemein – und damit auch das Unterhaltsrecht – muss auf eine Entscheidung nach Billigkeit so weit wie möglich verzichten. Die Entscheidungen der Gerichte müssen transparent gemacht werden. Das gelingt nur, wenn die einzelnen Kriterien konkret ausformuliert und zum Inhalt von Tatbeständen gemacht werden. Im Einzelfall wird auf einen Gesichtspunkt der Billigkeit nicht verzichtet werden können; als durchgängige Struktur des Unterhaltsrechts ist das Kriterium der Billigkeit jedoch nicht geeignet.

D. Reformansätze

I. Bausteinmodell nach Dethloff

Ausgangspunkt dieses Modells ist eine Kritik an den das Unterhaltsrecht beherrschenden Billigkeitsklauseln, die trotz im internationalen Vergleich einmaliger Tatbestandsfülle und Normendichte eine Vorhersehbarkeit unterhaltsrechtlicher Entscheidungen nicht gewährleisten. Entscheidungen nach dem neuen Recht – gemeint ist das ÜAndG 2008 – seien in jedem Einzelfall mit einem erheblichen Aufwand und mit einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit verbunden, was nicht nur einvernehmliche Regelungen, sondern auch die gerichtliche Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen beträchtlich einschränke.⁷²

Der DAV teilt die Kritik von *Dethloff* an den Billigkeitsklauseln (vgl. C IV). Die Prognose von *Dethloff* trifft zu.

Während die Praxis einen nachehelichen Unterhaltsanspruch schon der Höhe nach nur näherungsweise berechnen kann, versagt die Prognose bei der Dauer, wenn man nicht

⁷² *Dethloff*, Gutachten A für den 67. DJT 2008, S. A 66.

undifferenzierte Formeln akzeptieren möchte, die nicht nur regional, sondern teilweise auch von Senat zu Senat des gleichen Gerichtes unterschiedlich sind. Das erschwert einvernehmliche Regelungen und macht eine zuverlässige Beratung nahezu unmöglich, zumindest – inakzeptabel - unsicher.

Vor diesem Hintergrund verfolgt *Dethloff* einer dem amerikanisch-kanadischen Rechtskreis entstammende Konzeption eines der Höhe nach prozentual ausgestalteten Unterhaltsanspruchs.

Grund des Anspruchs ist ein universeller Ausgleichsanspruch nach dem **Prinzip der Kompensations- und Teilhabegerechtigkeit**. Da ehebedingte Erwerbsnachteile teilweise nur schwer nachweisbar seien, insbesondere dann, wenn die Ehe von langer Dauer ist, befürwortet *Dethloff* eine Typisierung und Pauschalisierung, die auch zugleich der Gefahr der Unterkompensation vorbeuge, die bei zunehmender Ausrichtung am Nachteilsausgleich aufgrund der Schwierigkeiten bei der Bemessung entstehen könnte.⁷³ Die Höhe des Unterhalts steigt proportional – pauschalierend – mit zunehmender Ehedauer und besteht in einem Prozentsatz der Differenz zwischen den Einkommen beider Parteien.⁷⁴ Auf der Grundlage einer Vierstufenbildung wird der Prozentsatz der Einkommensdifferenz bestimmt und der prozentuale Anteil der Unterhaltsjahre addiert.⁷⁵

Der Vorteil dieses Bausteinmodells liegt auf der Hand: Der Nachweis ehebedingter Nachteile entfällt. Der Unterhaltsanspruch wird an der Einkommensdifferenz festgemacht. Gleichwohl aber können einzelfallrelevante Umstände erfasst werden. Unterhaltsentscheidungen werden berechenbarer und Betroffene sowie Berater können sich auf ein gesichertes Schema für die Berechnung von Unterhaltsansprüchen verlassen. Auch bedürfe es bei dieser Art der Unterhaltsbemessung keiner erneuten Gesetzesreform, weil das geltende Recht die notwendigen Instrumentarien bereits vorsieht.

⁷³ *Dethloff*, Gutachten A für den 67. DJT 2008, S. A 67.

⁷⁴ *Dethloff*, Gutachten A für den 67. DJT 2008, S. A 68.

⁷⁵ *Dethloff/Gutdeutsch/Kremer* FamRZ 2010, 1708, 1711.

II. Kompensationsmodell nach Brudermüller

Der konzeptionelle Ansatz von *Brudermüller* besteht ähnlich wie bei *Dethloff* in dem Anliegen, das nacheheliche Unterhaltsrecht auf zwei Tatbestände zu beschränken, den Betreuungsunterhalt, der im unterhaltsrechtlichen System im Verhältnis zu anderen Unterhaltstatbeständen eine Sonderposition einnehme, weil es hierbei nicht um den Betreuenden und seinen Bedarf, sondern um das zu betreuende Kind geht, sowie einen Anspruch auf Ausgleich ehebedingter Nachteile. Einen Solidarunterhalt nach dem Modell *Dethloff*, der auf dem bloßen Vertrauen in den Fortbestand der ehelichen Lebensverhältnisse bei langjähriger Ehe beruht, lehnt *Brudermüller* ab. Schon nach gegenwärtiger Rechtsprechung versage der *BGH* den reinen Schutz des Vertrauens und stelle zunehmend auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile ab.⁷⁶

Wird dem nachehelichen Unterhalt neben dem Betreuungsunterhalt die ausschließliche Funktion zugewiesen, ehebedingte Nachteile zu kompensieren, findet demgemäß ein Ausgleich wegen Alters, wegen Krankheit oder Gebrechen und wegen Erwerbslosigkeit nur statt, wenn diese Bedürfnislagen kausal verknüpft im Zusammenhang mit der Übernahme einer Funktion in der Ehe und der damit aufgegebenen Erwerbstätigkeit stehen.⁷⁷ Ist nach einer langen Ehedauer der Eintritt in das Berufsleben aus Altersgründen nicht mehr möglich, liegt nach *Brudermüller* ein auszugleichender ehebedingter Nachteil vor. Krankheit oder Gebrechen seien schicksalsbedingte Entwicklungen, die rechtsethisch einen Ausgleich nicht erfordern. Anders dagegen, wenn durch die Pflege des Partners oder dessen Angehöriger die eigene Gesundheit Schaden nimmt oder eine Frau bei der Geburt eines Kindes oder im Rahmen der Mitarbeit im Betrieb des anderen Partners gesundheitlich nachteilige Folgen erleidet, die ihre Erwerbschancen künftig beeinträchtigen. Auch Erwerbslosigkeit begründet nur dann einen Anspruch auf nachehelichen Unterhalt „wenn gerade der Ausstieg aus dem Erwerbsleben um der Ehewillen den späteren Wiedereinstieg unmöglich macht oder

⁷⁶ *Brudermüller*, *Geschieden und doch gebunden?* S. 167 ff.

⁷⁷ *Brudermüller*, aaO, S. 174.

erschwert, etwa weil dadurch jeder Anschluss an die Arbeitswelt verloren wurde und dieser auch nicht durch entsprechende Schulungen wiederhergestellt werden kann“.⁷⁸

Die Höhe des Ausgleichs knüpft an eine hypothetische Erwerbsbiografie an; der berechnete Ehegatte ist so zu stellen, wie er ohne Eheschließung und bei Fortsetzung seiner Berufstätigkeit und – zu ergänzen ist – ohne die Betreuung gemeinsamer Kinder stehen würde.⁷⁹ Die Schwierigkeiten, die bei der Ermittlung der konkreten Höhe dieses Nachteils entstehen, insbesondere bei Ehen von langer Dauer, will *Brudermüller* durch eine ausgewogene Gestaltung der Beweislast, aber auch durch Typisierungen und Pauschalen, wie sie teilweise im Ausland vorgesehen sind, begegnen.⁸⁰ Die Dauer des Unterhaltsanspruchs orientiert sich am Zeitraum, der erforderlich ist, um den ehebedingten Nachteil zu beseitigen. Der Anspruch entfällt, sobald der berechnete Ehegatte ein Einkommen erzielt oder bei entsprechenden Bemühungen in dem Maße erzielen könnte, in dem er es auch ohne Eheschließung erwirtschaftet hätte. Zwar ist grundsätzlich jeder Unterhaltsanspruch nur vorübergehend, ein lebenslanger Unterhaltsanspruch ist allerdings nach dieser Konzeption auch nicht ausgeschlossen.⁸¹

III. Zusammenfassung

Während das Modell *Dethloff* auf die Formulierung einer konkreten Bedürfnislage als Unterhaltsanspruch verzichtet und das reine Einkommensgefälle als Legitimation genügen lässt, formuliert das Modell *Brudermüller* zwei konkrete Ansprüche: Den Betreuungsunterhalt und den Anspruch auf Ausgleich ehebedingter Nachteile. Der Vorteil des Modells *Dethloff* liegt darin, dass im konkreten Fall Art und Umfang sowie Höhe des ehebedingten Nachteils trichterförmig nicht festgestellt zu werden brauchen. Die Unterhaltsbemessung knüpft an der Einkommensdifferenz an und die Begrenzung ergibt sich aus einem vierstufigen Bausteinmodell ausgehend von einer Doppelverdiener Ehe (Stufe 1) bis zum betreuungsbedingten Vollerwerbsverzicht (Stufe

⁷⁸ *Brudermüller*, aaO., S. 174.

⁷⁹ *Brudermüller*, aaO., S. 172.

⁸⁰ *Brudermüller*, aaO., S. 172/173.

⁸¹ *Brudermüller*, aaO., S. 174.

4).⁸² Demgegenüber knüpft die Dauer der unterhaltsrechtlichen Verpflichtung nach dem Modell *Brudermüller* am konkreten Sachverhalt der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes bzw. der Dauer des ehebedingten Nachteils an.

Beide Reformansätze wenden sich gegen die im internationalen Vergleich hohe Normdichte und plädieren für einen im Grunde recht einfach strukturierten Unterhaltsanspruch, ausgehend von der Kompensation des ehebedingten Nachteils. Den Schwierigkeiten, Art und Höhe dieses ehebedingten Nachteils insbesondere bei langdauernden Ehen festzustellen, begegnet *Dethloff* mit einer Typisierung des Ehemodells und einer Pauschalierung der Unterhaltsdauer, *Brudermüller* dagegen mit einer Beschränkung „aus der Natur der Sache“: Der Unterhaltsanspruch auf Betreuung endet mit der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes und der Ausgleich ehebedingter Nachteile mit deren Ende.

Das Modell *Dethloff* hält am Grundsatz der Unterhaltsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen fest. Denn maßgebend für die Höhe des Unterhalts ist die Einkommensdifferenz zum Zeitpunkt der Scheidung. Damit wird der Lebensstandard, den die Ehegatten zum Ende der Ehe erzielt haben, als Maßstab für die Höhe des Unterhalts fortgeschrieben. Der Ansatz *Brudermüller* verbindet das Maß des Unterhalts mit der Legitimationsgrundlage des Unterhaltsanspruchs. Ausgangspunkt des Betreuungsunterhalts ist die gemeinsame Elternverantwortung, Grundlage der Kompensation ist der rechtsethisch begründete Anspruch des auf eine Erwerbstätigkeit verzichtenden Ehegatten.

⁸² *Dethloff/Gutdeutsch/Kremer*, FamRZ 2010, 1708, 1711.

E. Grundsätze eines modernen Unterhaltsrechts

Nach Auffassung des DAV ist ein modernes Unterhaltsrecht an folgenden Grundsätzen auszurichten:

- I. Die Eigenverantwortung ist das Leitmotiv.
Grundsätzlich ist jeder Ehegatte nach der Scheidung verpflichtet, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen.
- II. Der nach Rechtskraft der Ehescheidung zu zahlende Unterhalt ist die Ausnahme, nicht die Regel.
- III. Die Höhe des Unterhalts folgt allgemeinen Regeln der Bedürftigkeit und der Leistungsfähigkeit; Grundlage für die Höhe des Unterhalts ist nicht die Lebensstandardgarantie.
- IV. Billigkeitsentscheidungen sind auf ein notwendiges Mindestmaß zu beschränken.

I. Die Eigenverantwortung als Leitmotiv

Wird ein nacheheliches Unterhaltsrecht vom Prinzip der Eigenverantwortung beherrscht, folgt daraus eine Begrenzung der Unterhaltsansprüche. Das nach bisherigem Recht lückenlose System von Unterhaltsansprüchen schmilzt auf drei Grundtatbestände zusammen:

1. den universalen Betreuungsunterhalt,
2. den Kompensationsunterhalt und
3. den Übergangsunterhalt.

Danach fallen ganz oder teilweise weg der Verlängerungsunterhalt nach § 1570 Abs. 2 BGB, der Altersunterhalt nach § 1571 BGB, der Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen nach § 1572 BGB; die Unterhaltstatbestände wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockung nach § 1573 Abs. 1 und 2 BGB. Je nach Bedürfnislage werden sie von dem vorgenannten System der drei Grundtatbestände erfasst.

Auch die bisherigen Unterhaltstatbestände nach §§ 1575, 1576 BGB fallen ersatzlos weg. Nicht nur, dass sie in der Praxis keine dauerhafte Bedeutung erlangt haben, sie werden – soweit erforderlich – ohne weiteres von dem auf drei Grundtatbeständen ruhenden System erfasst.

Für darüber hinaus gehende Ansprüche besteht kein Bedürfnis. Das gilt nicht nur für die positive Billigkeitsklausel nach 1576 BGB, sondern auch für den Ausbildungsunterhalt nach § 1575 BGB.

Fälle, bei denen aus Anlass der Eheschließung oder Betreuung gemeinsamer Kinder Ausbildungen nicht abgeschlossen, unterbrochen oder gar erst nicht begonnen wurden, werden bisher bereits vom System des Ausgleichs ehebedingter Nachteile, nach den nachfolgenden Vorschlägen von dem Kompensationsunterhalt erfasst.

Die Tatbestandsgruppe Altersunterhalt nach § 1571 BGB und Krankheit nach § 1572 BGB geht im neuen Konzept des Kompensations- oder Übergangsunterhalt auf. Aus rechtspolitischer Sicht stellt sich allerdings die Frage, ob biometrische Risiken dieser Art überhaupt im nahehelichen Unterhaltsrecht ausgeglichen werden müssen, denn sie stehen nicht in einem kausalen Zusammenhang mit Ehe oder zur Dauer der Ehe.

Auch die Ansprüche nach §§ 1573 Abs. 1 und Abs. 2 BGB werden vom System der drei Grundtatbestände - jedenfalls teilweise - erfasst. Allerdings geht der DAV davon aus, dass der unterhaltsverpflichtete Ehegatte für das Risiko der Arbeitslosigkeit nicht einzustehen hat, wenn der andere Ehegatte nach der Scheidung keine Erwerbstätigkeit zu finden vermag, obwohl er über eine abgeschlossene Ausbildung verfügt. Ehebedingte Nachteile wie etwa der Abbruch einer begonnenen Ausbildung oder eine Berufspause während der Ehe werden entweder über den Betreuungsunterhalt oder den Kompensationsunterhalt ausgeglichen. Ansonsten besteht lediglich ein Anspruch auf Übergangsunterhalt, der an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist.

Die weitere Konsequenz einer konzeptionellen Umstellung ist der Schritt weg von einem lebenslänglichen **Unterhalt** zu einem solchen **auf Zeit**.

Beim Betreuungs- und Kompensationsunterhalt ist die zeitliche Begrenzung immanent, je nachdem, wie lange der Berechtigte die gemeinsamen Kinder betreut bzw. wie lange der ehebedingte Nachteil dauert. Möglich ist allerdings auch bei diesen Tatbeständen ein dauerhafter Anspruch, etwa im Fall eines kranken oder behinderten Kindes oder in dem Fall, dass der Ehegatte, der um einer bestimmten Rollenverteilung in der Ehe willen auf eine berufliche Karriere verzichtet hat, keine Erwerbstätigkeit finden kann, die den angemessenen Lebensbedarf sicherstellt. Auch der Übergangsunterhalt ist befristet.

Das bisherige Recht unterscheidet dogmatisch streng zwischen dem Unterhaltstatbestand und seinem Beendigungsgrund. Letzterer ist seit 01.01.2008 in § 1578b BGB für alle Tatbestände des nachehelichen Unterhaltsrecht abschließend geregelt und überlässt das „Ob“ und „Wielange“ einer Begrenzung (Befristung oder Herabsetzung) einer vom Familiengericht zu treffenden Billigkeitsentscheidung, wonach die Gesichtspunkte „ehebedingter Nachteil“ und „Dauer der Ehe“ eine gewisse, allerdings nicht näher definierte Rolle spielen.

Die Vereinfachung des nachehelichen Unterhaltsrechts auf drei Grundtatbestände legt es nahe, die Beendigungsgründe nachehelicher Unterhaltsansprüche in den Tatbestand selbst zu integrieren und damit strikter als bisher an die eigentliche Bedürfnislage zu koppeln. Der nacheheliche Unterhaltsanspruch besteht dann solange und soweit die konkrete Bedürfnislage, also bspw. die zusätzliche Betreuung im Betreuungsunterhalt oder der ehebedingte Nachteil im Kompensationsunterhalt, reicht. Der DAV befürwortet eine stringenter Anbindung der Begrenzung eines Unterhaltsanspruchs an die jeweilige Bedürfnislage und den Verzicht auf allein dem Ermessen des Familienrichters überantwortete Billigkeitsentscheidungen. Damit fällt auch der Begrenzungstatbestand von § 1578b BGB als eigenständige Vorschrift aus dem System.

Wie nach bisherigem Recht soll der Grundsatz der Eigenverantwortung in § 1569 BGB normiert werden. Es kann bei der bisherigen Formulierung bleiben, wonach in Satz 1 der Grundsatz der Eigenverantwortung statuiert und in Satz 2 auf die Ausnahmen verwiesen wird. Damit umfasst ist grundsätzlich eine vollschichtige Erwerbsfähigkeit des

unterhaltsberechtigten Ehegatten, wenn er von dem Anderen Unterhalt nach den drei Grundtatbeständen verlangt. Demgemäß wird die Erwerbsobliegenheit als eine Pflicht zur Aufnahme einer vollschichtigen Tätigkeit nicht eigens in den einzelnen Unterhaltstatbeständen erwähnt, weil sie als Prinzip, Leitmotiv und Auslegungsrichtlinie dem System der Unterhaltsansprüche vorausgehen.

II. Abschied von der Lebensstandardgarantie

Das Maß eines nahehelichen Unterhalts, der nicht an die ehelichen Lebensverhältnisse anknüpft, bestimmt sich nach allgemeinen Vorschriften, also nach den Grundsätzen der Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit. Damit wird § 1578 Abs. 1 BGB deutlich eingeschränkt. Die Anknüpfung an einen bestimmten Vermögens- oder Erwerbsstatus, nämlich die ehelichen Lebensverhältnisse, entfällt im Wesentlichen, damit auch die teilweise schwierige, gelegentlich wenig rationale Entscheidung, ob ein nahehelich eintretender Umstand noch einen Ehebezug hat oder nicht.⁸³

Auch die Begrenzungsvorschrift des § 1578b BGB entfällt, denn grundsätzlich ist ein Unterhaltsanspruch zeitlich befristet. Nur der Übergangsunterhaltsanspruch knüpft an die ehelichen Lebensverhältnisse an, um dem bedürftigen Ehegatten den Eintritt in den nahehezeitlichen Selbstversorgerstatus zu erleichtern.

III. Planbarkeit statt Billigkeit

Die Billigkeitsentscheidung mag Vorteile für die Judikative und Legislative haben, für die Planbarkeit und die Beratung aber hat sie entscheidende Nachteile. Ein reformiertes Unterhaltsrecht muss rechtspolitische Entscheidungen umsetzen. Der Gesetzgeber – und nicht das Gericht – muss darüber entscheiden, wann und wie lange ein Unterhaltsanspruch besteht. Billigkeitsentscheidungen – hingegen – überlassen dies

⁸³ zu einem konservativen Ansatz, der von der „*lebenslangen Verantwortung*“ der Ehepartner für sich und einer damit verbundenen obligatorischen „*wirtschaftlichen Absicherung*“ als Grundsatz, nicht für einen bestimmten Ehetyp wie bspw. die Einverdienerhe ausgeht *Obermann NZFam 2014, 577, 581.*

den Gerichten. Materielles Unterhaltsrecht kann nicht von – unvorhersehbaren – weltanschaulichen Einsichten einzelner Richter bestimmt werden.

IV. Konsensmodell und einstweilige Anordnung

Der DAV befürwortet ein Konsensmodell, welches den Kindesunterhalt mit einbezieht und die beteiligten Eheleute verpflichtet, in einem frühen Stadium der Trennung eine Einigung über Ehegatten- und Kindesunterhalt zu finden.

Sowohl der nationale als auch der europäische Gesetzgeber haben Modelle dieser Art in Gesetz – und Verordnungswerken der letzten Zeit mit großem Nutzen für das Kindeswohl und die beteiligten Ehegatten verankert. So betonen die §§ 6 – 8 VersAusglG allein schon durch ihre Stellung im Gesetz selbst die besondere Bedeutung einer einvernehmlichen Regelung über Versorgungsrechte. Die Reform des Kindschaftsrechts hat mit dem Vorrang– und Beschleunigungsgebot nach § 155 FamFG und dem in § 156 Abs. 1 FamFG normierten Einigungsprinzip der Praxis Instrumente an die Hand gegeben, die unter Berücksichtigung des Kindeswohls die Vorteile einer frühzeitigen Verständigung zu Beginn der Trennungszeit nutzen. Auch dem Unionsgesetzgeber ist das Konsensprinzip ein Herzensanliegen, wie die Rom III – VO in Art. 5 ff. – Rechtswahl der Ehegatten - zeigt. Dieses, im Vordringen befindliche Modell sollte der nationale Gesetzgeber nach Auffassung des DAV auch auf dem Feld des Trennungs- und Kindesunterhalts zur Geltung bringen und damit einen Anreiz schaffen, dass sich die Ehegatten auch im nahehelichen Unterhalt auf eine im Wege der Einigung gefundene Regelung verständigen können. Generell sollen die Ehegatten daher vor Einleitung eines Verfahrens über Kindes-, Trennungs-, und Nachscheidungsunterhalts den Versuch einer Einigung unternehmen.

Wie dieses Konsensprinzip im Einzelnen umgesetzt wird, bleibt der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten. Der DAV denkt an eine Kombilösung:

Die Ehegatten sollten vor Einleitung der genannten Verfahren den Nachweis führen, dass eine Einigung gescheitert ist. Das Gericht sollte im ersten Termin auf eine einvernehmliche Regelung der Ehegatten nach dem gesetzlichen Modell gem. § 156 FamFG hinwirken - mit der flankierenden Möglichkeit, dass das Gericht im Wege einer einstweiligen Anordnung eine rasche Regelung treffen kann. So werden auch Stufenverfahren im Unterhaltsrecht abgekürzt, die in der Praxis häufig mit einer unnötig langen Verfahrensdauer verbunden sind und die getrenntlebenden Ehegatten für diese Zeit in einem regelungslosen Zustand zurücklassen. An die möglichen weiteren Synergieeffekte, welche ein Konsensmodell auf die Regelung der Ehwohnung oder einzelne Haushaltsgegenstände (z. B. Kinderzimmer) haben könnte, sei an dieser Stelle nur beiläufig erinnert.

Kombiniert mit dem Konsensmodell sollte der Gesetzgeber die Vorschrift des § 114 Abs. 4 Nr.1 FamFG überdenken. Nach Auffassung des DAV hat sich die in der Vorschrift geregelte **Ausnahme vom Anwaltszwang** für einstweilige Anordnungen auf dem Gebiet des Unterhaltsrechts in der Praxis nicht bewährt. In aller Regel nehmen getrenntlebende Eheleute im frühen Stadium ihrer Trennung anwaltliche Beratung in Anspruch und machen von der verfahrensrechtlich gewährten Option, eigenständig ohne anwaltliche Unterstützung eine einstweilige Anordnung auf Zahlung von Unterhalt zu beantragen, nur ganz ausnahmsweise Gebrauch. Für den Kindesunterhalt grenzt sich die Bedeutung der Vorschrift allein schon deswegen ein, weil die allermeisten Unterhaltspflichtigen den kostenfreien Titel über das Jugendamt erstellen lassen und im Trennungsunterhalt ist das verfahrensrechtliche Schnellverfahren mit einem begrenzten Spektrum an Beweismöglichkeiten hauptsächlich in Fällen überschaubarer Vermögens- und Einkommensverhältnisse geeignet. Im nahehelichen Unterhalt steht dem Praktiker der einfachere Weg über die Folgesache im Verbund nach § 137 Abs. 2 Nr. 2 FamFG offen.

F. Der Betreuungsunterhalt

I. Textvorschlag zum Tatbestand eines Betreuungsunterhalts

(1) Ein Elternteil kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit er ein gemeinsames Kind betreut. In den ersten 3 Jahren nach der Geburt des gemeinsamen Kindes trifft den betreuenden Elternteil keine Obliegenheit, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen; Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit in diesem Zeitraum sind bei der Unterhaltsberechnung nicht zu berücksichtigen.

(2) Nach Vollendung des 3. Lebensjahres des gemeinsamen Kindes kann der betreuende Elternteil Unterhalt von dem Anderen verlangen, soweit und solange eine Betreuung durch dritte Personen nicht möglich ist. Ein Betreuungsbedarf besteht in der Regel bis Vollendung des 14. Lebensjahres des gemeinsamen Kindes.

(3) Die Höhe des Betreuungsunterhalts richtet sich nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen beider Eltern.

(4) Mit dem Tod der verpflichteten Person geht die Unterhaltspflicht auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit über.

(5) Für die Zukunft kann auf Betreuungsunterhalt nicht verzichtet werden.

II. Grundlagen

1. Allgemein

Grundlage des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt ist die gemeinsame Elternverantwortung, die mit der Geburt des gemeinsamen Kindes entsteht. Der Anspruch ist ausschließlich an die Betreuungsbedürftigkeit gebunden.

Zwar besteht nach der Scheidung – grundsätzlich – eine Obliegenheit zur vollschichtigen Erwerbstätigkeit (§ 1569 BGB). Der Entwurf sieht jedoch für die ersten

drei Jahren nach der Geburt des gemeinsamen Kindes eine von diesem Grundsatz abweichende Sonderregelung vor. Den betreuenden Elternteil trifft – neben der Kinderbetreuung – keine Obliegenheit einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Während dieses Zeitraums besteht ein **Recht auf Selbstbetreuung**⁸⁴, und damit keine Pflicht, Fremdbetreuungsleistungen in Anspruch nehmen zu müssen.

Der DAV befürwortet die Regelung des UÄndG 2008, die auf der Grundlage kinderpsychologischer wissenschaftlicher Forschung eine Selbstbetreuung in diesen ersten Lebensjahren des Kindes durch einen Elternteils empfiehlt.⁸⁵ Der betreuende Elternteil kann damit entscheiden, sich ganz der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes zu widmen.

Geht der betreuende Elternteil in den ersten drei Jahren nach der Geburt des Kindes einer Erwerbstätigkeit nach, sollen Einkünfte hieraus - entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁸⁶ - **nicht** auf einen Unterhaltsanspruch **angerechnet** werden. Für den betreuenden Elternteil soll in einem frühen Stadium der Betreuung ein Anreiz geschaffen werden, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (oder nicht/nicht wesentlich) zu unterbrechen. Deswegen sollen Einkünfte, die in diesem Zeitraum erzielt werden, unter keinen denkbaren Gesichtspunkten einen nahehelichen Betreuungsunterhalt schmälern.

Nach Vollendung des dritten Lebensjahres des gemeinsamen Kindes kann der Betreuende nur noch dann Unterhalt verlangen, soweit und solange eine Betreuung durch Dritte nicht möglich ist. Es liegt auf der Hand, dass nicht immer ein nahtloser Übergang zur Vollerwerbstätigkeit gewährleistet ist. Entsprechend der Rechtsprechung des *BGH*⁸⁷ ist ein abrupter Wechsel zur Vollzeit nicht geschuldet. Maßgebend für die Verlängerung des Betreuungsunterhalts ist, ob eine Betreuung durch dritte Personen oder durch eine Einrichtung gewährleistet werden kann. Die Voraussetzungen eines

⁸⁴ *BGH FamRZ* 2009, 770 Rn. 20.

⁸⁵ *Becker-Stoll*, Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 16 S. 79, 81 ff und *FamRZ* 2010, 77; auch *BVerfG* 2007, 965 Rn 75.

⁸⁶ *BGH FamRZ* 2005, 1154,1156; grundsätzlich *BGH FamRZ* 2009, 770 Rn 21.

⁸⁷ *FamRZ* 2012, 1040 Rn 23.

Unterhaltsanspruchs sind gegeben, wenn sich der Berechtigte erfolglos um eine Fremdbetreuung bemüht hat. Nimmt der Betreuende sie nicht in Anspruch, besteht kein Anspruch auf Betreuungsunterhalt.

Speziell in ländlichen oder dünn besiedelten Gebieten aber auch in städtischen Gebieten kann das Angebot von Betreuungsleistungen nicht ausreichend ausgelegt sein, eine Betreuung durch Dritte damit nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung stehen. Den betreuenden Elternteil, also den, der sich auf die fortbestehende Notwendigkeit einer Eigenbetreuung beruft, trifft hierfür, ebenso wie für einen höheren Aufwand oder die Notwendigkeit der Eigenbetreuung die Darlegungs- und Beweislast.

Eine weitere Fallgruppe, die den erwerbsfreien Betreuungszeitraum von drei Jahren verlängern könnte, kann durch die Pflege und Erziehung kranker oder behinderter Kinder entstehen. Einzubeziehen sind Kinder und die unter der Trennung der Eltern oder unter schulischen Defiziten leiden.

Ein Betreuungsbedarf soll in der Regel bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres des gemeinsamen Kindes bestehen. Das bedeutet nicht, dass grundsätzlich bis dahin Betreuungsunterhalt geschuldet wird. In der Regel ist jedoch davon auszugehen, dass Kinder ab diesem Alter keine nennenswerte Betreuung mehr bedürfen. Die Vollendung des 14. Lebensjahres ist die Regelbegrenzung – die Ausnahmefälle, die außerhalb der Regel zu erfassen sind, beziehen sich auf Krankheit, Behinderung oder ähnliches (vgl. oben).

2. Einheitlicher Textvorschlag für alle betreuenden Elternteile

Der Textvorschlag ist als **universaler Betreuungstatbestand** formuliert und erfasst ebenso nicht miteinander verheiratete, betreuende Elternteile.⁸⁸ Die Intension des DAV ist, entsprechend der Entscheidung des *BVerfG*⁸⁹ einen für Alleinerziehende bzw. gemeinsam erziehende unverheiratete Partner sowie Ehegatten gleichermaßen

⁸⁸ so auch Brudermüller „Ist unser Unterhaltsrecht noch zeitgemäß?“ Vortrag am 22.10.2015 anlässlich des 21. DFGT in Brühl.

⁸⁹ *BVerfG* 2007, 965).

geltendes Regelungsmodell im Sinne eines universellen Betreuungsunterhalt vorzustellen.⁹⁰ Allerdings sollen die bisherigen Besonderheiten von § 1615I BGB erhalten bleiben, nämlich der in Abs. 1 formulierte vorgeburtliche Unterhaltsanspruch (der allerdings in der Praxis keine bedeutende Rolle spielt) und die Regelung, dass der Unterhaltsanspruch durch Tod der unterhaltspflichtigen Person nicht erlischt (vgl. Abs. 4 des Textvorschlags). Auch die Ansprüche nach §§ 1615m, 1615n BGB sollen übernommen werden.

III. Einzelheiten des Unterhaltsanspruchs wegen Kindesbetreuung

1. Betreuung und Erwerbsobliegenheit

Der Textvorschlag kombiniert die Erwerbsobliegenheit mit der konkreten Betreuungssituation des Elternteils. Was nach geltendem Recht in § 1573 BGB verankert ist und nach dem Vorschlag des DAV nicht übernommen wird, nämlich der Unterhalt wegen Arbeitslosigkeit und der Unterhalt wegen Aufstockung, wird zum Teil in den Betreuungsunterhalt integriert. Der Elternteil, den gemäß § 1569 BGB nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes eine Erwerbsobliegenheit trifft und der eine Beschäftigung nicht zu finden vermag, hat keinen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt, sondern nur Anspruch auf Betreuungsunterhalt, wenn die Umstände der Betreuung als solche für seine fehlende Erwerbstätigkeit oder die fehlende Möglichkeit, eine Teilzeitbeschäftigung aufzustoeken, kausal sind. Und nur dann ist es auch nach Auffassung des DAV gerechtfertigt, das Risiko der Arbeitslosigkeit dem Unterhaltspflichtigen (mit) aufzubürden

2. Die Höhe des Betreuungsunterhalts

Die Höhe des Betreuungsunterhalts soll sich nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen beider Elternteile richten. Soweit es sich um verheiratete Eltern handelt, wird die bisherige Regelung zur Höhe des nachehelichen Unterhalts nicht

⁹⁰ so auch *Löhnig/Preisner* FamRZ 2010, 2019, 2032, die den Anspruch als Tatbestand im Kindschaftsrecht ansiedeln durch einen § 1699 BGB n.F., um ihn aus dem Kontext des Eherechts zu lösen.

aufgegriffen, wonach sich das Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 BGB) richtet. Neu ist die Regelung aber auch für nicht verheiratete Partner: Auch bei ihnen soll sich im Gegensatz zum geltenden Recht die Höhe des Unterhalts nach dem **beiderseitigen Einkommen** der Eltern richten. Das fordert die Gleichbehandlung ehelicher Kinder mit solchen von nicht miteinander verheirateten Eltern. Diese Gleichbehandlung erscheint aus der Sicht des zu schützenden, betreuungsbedürftigen Kindes richtig, denn aus Sicht des Kindes ist der familienrechtliche Status, in dem die Eltern leben, irrelevant.

Die Entscheidung des *BVerfG*⁹¹ zu Ungleichbehandlung von ehelichen Kindern und Kindern unverheirateter Eltern (§ 1615I Abs. 2 S. 3 BGB) bezieht sich zwar auf die unterschiedliche Dauer der Betreuungszeit nach bisherigem Recht, kann aber auch auf die unterschiedlich ausgestaltete Höhe des Betreuungsunterhalts angewandt werden, die aus der Sicht des zu betreuenden Kindes keine sachliche Rechtfertigung hat.⁹² Denn der Betreuungsunterhalt ist nicht Ausfluss einer ehelichen Solidarität, auch nicht Kompensation eines ehebedingten Nachteils, sondern beruht auf der unbeeinflusst von einer Scheidung bestehenden Elternverantwortung dem gemeinsamen Kind gegenüber.⁹³ Das kann im Einzelfall zu Härten führen („one night stand“), wird aber mit Blick auf die wachsende Zahl nichtehelicher Gemeinschaften, in denen ein Kind betreut wird, der gesellschaftlichen Wirklichkeit eher gerecht als die unterschiedliche Höhe des Betreuungsunterhalts trotz identischer Betreuungslage nach geltendem Recht.

3. Tod des Unterhaltspflichtigen

Der Vorschlag geht davon aus, dass die Verpflichtung zur Zahlung von Betreuungsunterhalt mit dem Tod des Verpflichteten auf dessen Erben als Nachlassverbindlichkeit (§ 1967 BGB) übergeht. Der Anspruchsübergang erfolgt ohne

⁹¹ *BVerfG FamRZ* 2007, 965

⁹² *BVerfG FamRZ* 2007, 965 Rn.50: Der Gesetzgeber nimmt dem Elternteil eines ne. Kindes im Gegensatz zum Elternteil eines ehel. Kindes ab diesem Zeitpunkt die **finanzielle Grundlage für die Entscheidungsfreiheit**, zwischen der Eigenbetreuung oder einer Fremdbetreuung des Kindes zu wählen, und bringt damit zwangsläufig das ne. Kind in die Situation, früher als eheliche Kinder anderweitig betreut zu werden.“

⁹³ *Brudermüller*, Geschieden und doch gebunden, S. 168 Fn 514, der den Kompensationsansatz für den Betreuungsunterhalt als Grundannahme ablehnt; *Dethloff*, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, S.56.

Begrenzung des Anspruchs und damit ohne Bezug auf bestehende oder fiktive Pflichtteilsansprüche.

Wie oben (C, II, 1) dargelegt, besteht aus Sicht des Kindeswohls keine sachliche Legitimation, für Kinder aus verheirateten oder unverheirateten Familien unterschiedliche Unterhaltsregeln für den Fall des Todes aufzustellen. Der Textvorschlag regelt einheitlich für alle Betreuungstatbestände den Übergang der Unterhaltspflicht auf die Erben und verzichtet bei ehelichen Kindern auf die Anbindung zum Pflichtteilsrecht. Nur die Verpflichtung, Betreuungsunterhalt zu zahlen, soll als Nachlassverbindlichkeit übergehen – bei den ehelichen Ansprüchen auf Kompensation- bzw. Übergangsunterhalt soll es beim Erlöschen durch den Tod des Verpflichteten bleiben.

4. Verzicht auf Unterhaltsanspruch

Mit dem Gedanken eines einheitlichen Betreuungsunterhalts wäre es nicht zu vereinbaren, diesen Rechtszustand beizubehalten. Der Ausschuss schlägt daher vor, ein einheitliches Verzichtsverbot für alle Betreuungstatbestände anzuordnen. Grundgedanke ist, dass der Anspruch auf Betreuungsunterhalt eigentlich ein Anspruch des Kinds ist, und nur aus dogmatischen Gründen dem betreuenden Elternteil zusteht. Eine vertragliche Schmälerung des Betreuungsunterhalts wäre – untechnisch – eine Regelung zu Lasten des Kindes. Das Verzichtsverbot hat sich im Verwandten- und Trennungsunterhalt bewehrt und soll daher für die Zwecke des Betreuungsunterhalts einschränkungslos übernommen werden. Nur am Rande soll erwähnt werden, dass die in der Praxis üblichen, verstärkenden Regelungen selbstverständlich möglich sind, weil sie dem oben erwähnten Konsensmodell entsprechen.

G. Der Kompensationsunterhalt

I. Textvorschlag zum Tatbestand eines Kompensationsunterhalts

(1) Ein Ehegatte kann von dem andern nach der Scheidung oder im Anschluss an einen Betreuungszeitraum Unterhalt verlangen, solange und soweit er auf Grund einer praktizierten Aufgabenteilung während der Ehe finanzielle Nachteile erlitten hat, die nach der Scheidung noch fortbestehen.

(2) Nachteile im Sinne von Absatz 1 sind solche, die im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Versorgungsnachteile, die während der Ehe entstanden sind, sind keine Nachteile im Sinne von Absatz 1.

(3) Die Höhe des Unterhaltsanspruchs richtet sich nach dem angemessenen Lebensbedarf.

II. Grundlagen

Der Kompensationsunterhalt verfolgt das Ziel, finanzielle Nachteile auszugleichen, die einem Ehegatten entstehen, der in der Ehe eine bestimmte Rolle übernommen hat und dadurch Einbußen in seiner Erwerbstätigkeit hinnehmen musste. Der Anspruch gründet sich auf die naheheliche Solidarität: Wer Einschränkungen seiner beruflichen Biografie im Hinblick auf eine bestimmte Rollenverteilung hinnimmt, darf einen Ausgleich am Ende der Ehe für diesen ehebedingten Nachteil erwarten.

Der DAV empfiehlt, den ehebedingten Nachteil, in den Anspruchstatbestand zu integrieren – als Tatbestandsmerkmal und nicht als Billigkeitsgesichtspunkt im Rahmen eines eigenständigen Ausschlussstatbestands. Die Dauer des Anspruchs richtet sich danach, wie lange der ehebestimmte Nachteil noch besteht. Der Anspruch ist von vorne herein auf den Ausgleich des ehebedingten Nachteils begrenzt: Fällt dieser Nachteil weg, sei es durch eine Aufstockung der beruflichen Tätigkeit, sei es durch die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannten Entflechtungstatbestände, erlischt er.

Es sollen nur die **finanziellen beruflichen Nachteile** ausgeglichen werden, die ein Ehegatte in seiner Berufsbiografie erleidet, sei es, dass er eine Ausbildung im Hinblick auf die Eheschließung oder die Übernahme von Aufgaben in der Ehe nicht aufgenommen oder unterbrochen hat, sei es, dass er durch eine Berufspause infolge einer bestimmten Rolle in der Ehe den Anschluss an die Entwicklung des Berufsbildes verpasst hat. Maßstab ist die hypothetische Berufsbiografie ohne Ehe und ohne Kinder zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Unterhaltsanspruch. Keine ehebedingten Nachteile in diesem Sinn sind Versorgungsnachteile (vgl. oben C, II, 4), die dadurch entstehen, dass der Versorgungsausgleich nicht über die gesamte Ehezeit hinweg durchgeführt worden ist. Der DAV ist der Auffassung, dass hier die Rechtsprechung des BGH zu weit geht und zu sehr dem Modell einer Lebensstandardgarantie verhaftet ist, die mit der Ehe und deren Dauer den Anspruch auf eine für die gesamte Ehezeit gewährleistete Altersversorgung verbindet.

III. Weitere Einzelheiten des Kompensationsunterhalts

1. Betreuung und Rollenverteilung – Abgrenzung

Der Anspruch auf Ausgleich eines ehebedingten Nachteils wird gewährt im Anschluss an eine Scheidung, wenn zu diesem Zeitpunkt Umstände vorliegen, welche einen ehebedingten Nachteil begründen. Er wird auch gewährt, wenn im Anschluss an einen Betreuungszeitraum ein ehebedingter Nachteil besteht, den der betreuende Ehegatte nicht ausgleichen konnte. Aus der Formulierung des Textvorschlages ergibt sich, dass die Betreuung von gemeinsamen Kindern nicht als „ehebedingter Nachteil“ angesehen wird. Unterhalt, der für die Betreuung gemeinsamer Kinder geleistet wird, wird universell und abschließend durch den Betreuungsunterhalt abgedeckt, sodass zwischen Betreuung und Rollenverteilung eine klare Trennlinie besteht: Erwerbsnachteile, die durch eine Betreuung entstehen, werden durch den Betreuungsunterhalt abgedeckt, Erwerbsnachteile, die durch eine Rollenverteilung, wie die Übernahme der

Haushaltsführung, mit dem Beruf, Pflege eines Angehörigen des Pflichtigen entstehen, werden über den Kompensationsunterhalt ersetzt.⁹⁴

2. Höhe des Unterhalts

Das Maß für die Höhe ist der **angemessene Lebensbedarf** des berechtigten Ehegatten. Ausgeglichen werden soll der Nachteil, den ein Ehegatte „ehebedingt“ hingenommen hat. Maßstab muss dann sein, welcher wirtschaftliche Nachteil durch eine unterbrochene, verhinderte oder noch nicht wieder erreichten beruflichen Biografie entstanden oder noch vorhanden ist.

Wer sein Karriereziel erreicht hat, erleidet keinen ehebedingten Nachteil, wer seine beruflichen Erwartungen ehebedingt nicht oder zum Teil nicht realisieren kann, hat Anspruch auf einen Kompensationsunterhalt. Maßstab ist immer die hypothetische Erwerbsbiografie. Es besteht keine Veranlassung, die Höhe des nachehelichen Unterhaltsanspruchs an die ehelichen Lebensverhältnisse zu koppeln. Auszugleichen sind auch die Nachteile, die der berechnigte Ehegatte in der Kranken- und Altersvorsorge hinzunehmen hat.

3. Darlegungs- und Beweislast

Mit der Einführung eines eigenständigen Kompensationsunterhalts ändert sich die Darlegungs- und Beweislast des bedürftigen Ehegatten. Da der ehebedingte Nachteil Tatbestandsmerkmal des Unterhaltsanspruchs ist, muss er zu Grund und Höhe dieses Nachteils vortragen. Dieser Wechsel der Darlegungslast im Vergleich zum geltenden Recht ist gerechtfertigt, weil der den Unterhalt begehrende Ehegatte zu den Einzelheiten des ehebedingten Nachteils besser vortragen kann als der Unterhaltspflichtige, der nach bisherigem Recht den Beweis zu führen hat, dass ein ehebedingter Nachteil nicht entstanden ist. Auf die Grundsätze der sekundären Darlegungslast, die der *BGH* in diesem Zusammenhang entwickelt hat, braucht nicht zurückgegriffen zu werden.

⁹⁴ auch *Löhnig/Preiser FamRZ* 2010, 2029, 2032 befürworten eine tatbestandliche Trennung zwischen dem Unterhaltsanspruch, der auf der Betreuung eines gemeinsamen Kindes beruht und demjenigen, der einen ehebedingten Nachteil ausgleicht.

Weitere Billigkeitsgesichtspunkte sind nicht zu berücksichtigen. Bei der Bemessung des Unterhalts kommt es ausschließlich darauf an, welche berufliche Biografie der bedürftige Ehegatte aufgegeben hat. Weitere Aspekte, wie: Dauer der Ehe, Möglichkeit der Aufstockung des Altersvorsorgevermögens u.ä. sind nicht zu prüfen. Die nach § 1578b BGB erforderliche Billigkeitsentscheidung, die über die Dauer des Unterhaltsanspruchs befindet, entfällt.

4. Vertragliche Disposition

Über den Kompensationsunterhalt kann – im Gegensatz zum Betreuungsunterhaltsanspruch – vertraglich disponiert werden.

So können die Ehegatten beispielsweise aus Anlass der Ehescheidung eine Vereinbarung treffen, dass auf den Unterhaltsanspruch gegen Zahlung einer Abfindung verzichtet wird oder sie können den Anspruch von vorne herein zeitlich befristen, zum Beispiel auf die Dauer von 3 Jahren, gerechnet ab der Rechtskraft der Scheidung. Weitere denkbare Vereinbarungen unterliegen keinem gesetzlichen Verbot, sondern nur der Kontrolle auf der Grundlage der Generalnormen der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB (richterliche Inhaltskontrolle).

H. Der Übergangsunterhalt

I. Textvorschlag für den Übergangsunterhalt

(1) Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen für den Fall, dass ihm aus anderen Gründen ein Unterhaltsanspruch nicht zusteht, Unterhalt für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Rechtskraft der Ehescheidung verlangen. In Fällen grober Unbilligkeit kann die Frist angemessen verlängert werden.

(2) Der Unterhaltsanspruch nach Abs. 1 setzt voraus, dass die Ehe bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags mindestens drei Jahre bestanden hat.

(3) Das Maß des Unterhalts richtet sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen.

II. Grundlagen

Nach der Konzeption des DAV soll neben den Anspruch auf Ausgleich des ehebedingten Nachteils ein befristeter Unterhaltsanspruch treten, der – wie sich aus der Bezeichnung ergibt – für eine Übergangszeit nach der Ehe gewährt wird und dem bedürftigen Ehegatten den allmählichen Wechsel von den ehelichen Lebensverhältnissen zum Status des angemessenen Lebensbedarfs erleichtern soll. Mit diesem Unterhaltsanspruch, der jedem geschiedenen Ehegatten gewährt wird, wird der abrupte Wechsel von den ehelichen Lebensverhältnissen zum eigenen Lebensstandard abgemildert. Der Anspruchstatbestand hat keine weiteren Voraussetzungen, sodass ein bestimmter Vertrauenstatbestand nicht erforderlich ist, auch nicht ein bestimmtes Alter des bedürftigen Ehegatten. Lediglich die Ehedauer ist insofern von Bedeutung, als der Anspruch erst gewährt wird, wenn die Ehe mindestens drei Jahre gedauert hat. Maßgebend ist die Ehezeit zwischen dem Tag der Eheschließung und dem Tag der Zustellung des Scheidungsantrags. Es handelt sich auch nicht um einen Auffangtatbestand, weil der Anspruch unter den oben genannten Voraussetzungen jedem Ehegatten gewährt wird.

III. Weitere Voraussetzungen des Übergangsunterhalts

Beim Übergangsunterhalt handelt es sich um einen gesetzlich befristeten Unterhaltsanspruch mit einer Öffnungsklausel. Bei der Dauer der Frist erscheint ein Zeitraum von zwei bis drei Jahren angemessen. Der Unterhaltsanspruch beginnt mit der Rechtskraft der Scheidung und endet zwei (oder drei) Jahre nach deren Rechtskraft.

Durch die Öffnungsklausel (Abs. 1 S. 2) ist es in Einzelfällen möglich, eine Verlängerung vorzusehen, wenn nur so der – ausnahmsweise – zu berücksichtigenden Billigkeit entsprochen werden kann. Eine Verlängerung der Dauer des zu gewährenden Anspruchs soll allerdings max. bis zu einer festen Frist von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung möglich sein. Verlängerungsmöglichkeiten bis zur Dauer von fünf Jahren sollte es in Härtefällen geben, also im Falle von Arbeitslosigkeit, im Fall von Krankheit oder Alter. Hier können durch Richterrecht Fallgruppen gebildet werden oder Einzelfälle entschieden werden, in denen es als gerechtfertigt angesehen werden kann, von der Regelbefristung abzuweichen. In diesem engen Rahmen sollen Billigkeitsentscheidungen möglich sein.

Das Maß des Unterhalts muss sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen richten, also nach dem Einkommen beider Ehegatten zum Zeitpunkt der Scheidung. Dieser Anknüpfungspunkt ist zwingend, da der Unterhalt nach den nahehelichen Lebensverhältnissen dem bedürftigen Ehegatten den Übergang zum Status des angemessenen Lebensbedarfs erleichtern soll. Einzige Voraussetzung ist die geschiedene Ehe und ein unterschiedliches Einkommen des Bedürftigen und Leistungsfähigen.

Der Übergangsunterhalt hat neben der Funktion, jedem bedürftigen Ehegatten einen Unterhaltsanspruch zu sichern, die Aufgabe, die anderen beiden Unterhaltsansprüche aufzufüllen. Steht einem Ehegatten nach der Scheidung ein Betreuungsunterhaltsanspruch zu, sind das Maß für den ehelichen Betreuungsunterhalt die ehelichen Lebensverhältnisse für die Dauer der Befristung. Fallen die Voraussetzungen für einen Betreuungsunterhalt bspw. nach der Scheidung weg, läuft der Übergangsunterhalt weiter bis zum Befristungsende. Reicht der Betreuungsunterhalt über den Übergangsunterhalt hinaus, ändert sich das Maß des Unterhaltsanspruchs nur, wenn sich aus dem beiderseitigen Einkommen ein geringerer Unterhaltsanspruch ergibt. Gleiches gilt für den Kompensationsunterhalt: Dessen Maß richtet sich nach der Lebensstellung ohne Ehe und ohne Betreuungsleistung, also nach einer fiktiven Erwerbsbiografie. Konkurriert dieser Anspruch mit einem Übergangsunterhalt, erhöht

sich das Maß des Kompensationsunterhalts für die Dauer der Befristung entsprechend den ehelichen Lebensverhältnissen. Nach Ablauf der Befristung reduziert sich das Maß des Kompensationsunterhalts auf den Ausgleich des ehebedingten Nachteils.

I. Das Maß des Unterhalts

I. Variabler Maßstab

Die Regelungsvorschläge koppeln das Maß des nahehelichen Unterhalts strikter als das bisherige Recht an die Legitimation des jeweiligen Unterhaltsanspruchs. Der universale Betreuungsunterhalt knüpft für die Bemessung der Unterhaltshöhe an das beiderseitige Einkommen der Eltern an, der Kompensationsunterhalt stellt die Höhe des Unterhalts in den Dienst, den nach Scheidung der Ehe fortwirkenden, ehebedingten Nachteil auszugleichen, nur der Übergangsunterhalt richtet sich in seiner Höhe nach den ehelichen Lebensverhältnissen.

Auch das geltende Recht verlässt den Grundsatz, die Höhe des Unterhalts an dem invariablen Maßstab der ehelichen Lebensverhältnisse zu orientieren. Denn bereits mit dem UÄndG 1986 konnte die Bemessung des Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen zeitlich begrenzt und auf einen angemessenen Lebensbedarf gesenkt werden, womit der Schwerpunkt der Unterhaltsbemessung vom beiderseitigen Einkommen auf die Verhältnisse beim Unterhaltsberechtigten verlagert wurden. Diesen Reformansatz hat das UÄndG 2008 bekanntlich mit § 1578b BGB übernommen. Für Unterhaltsansprüche nicht verheirateter Eltern verweist § 1615I Abs. 3 S. 1 BGB zwar auf die Vorschriften des Verwandtenunterhalts nach § 1610 BGB und stellt damit auf die Verhältnisse des Unterhaltsberechtigten ab; die Sichtweise, für den Unterhaltsanspruch der nichtverheirateten Eltern komme es auf den Einkommensstatus des Bedürftigen unmittelbar vor der Geburt des gemeinsamen Kindes an, also im Sinn einer

stichtagsbezogenen Betrachtung, hat der *BGH* allerdings zu Gunsten einer dynamischen Entwicklung aufgegeben.⁹⁵

II. Der Betreuungsunterhalt

Der **Textvorschlag** des DAV **verzichtet** darauf, als Maßstab für den Betreuungsunterhalt bei Eheleuten für die Unterhaltsbemessung auf den **Scheidungsstichtag** abzustellen.⁹⁶ Zum einen spielt es aus dem Blickwinkel des zu betreuenden Kindes keine für das Unterhaltsmaß bedeutsame Rolle, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht. Es gibt keinen Grund, den Status der Eltern des Kindes für die Höhe des Betreuungsunterhalts nutzbar zu machen. Zum einen würde sich daraus eine unterschiedliche Behandlung der Kinder verheirateter Eltern im Vergleich zu solchen Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern ergeben, die durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigt werden kann. Zum anderen ist der Maßstab der ehelichen Lebensverhältnisse für den Betreuungsunterhalt zufälliger Natur. Denn es lässt sich kaum begründen, warum der zufällige, von Gründen des Kindeswohls unbeeinflusste Zeitpunkt der Scheidung unter Anwendung des Stichtagsprinzips auch für die Höhe des Betreuungsunterhalts nach der Scheidung maßgeblich sein soll. Die Fixierung eines Einkommens- und Vermögensstatus auf den Zeitpunkt der Scheidung mag rechtspolitisch für andere Ansprüche unter Ehegatten gerechtfertigt sein, für die Unterhaltsbemessung von Betreuungsunterhaltsansprüchen ist dies jedoch kein tauglicher Maßstab.

Dethloff will das Maß des Unterhalts am Zusammenleben der Eltern festmachen. Nur in diesem Fall rangiere das Kindeswohl an erster Stelle. Fehle es an einem solchen Zusammenleben, so stünden Gründe des Kindeswohls einer Reduzierung auf den angemessenen Lebensbedarf grundsätzlich nicht entgegen.⁹⁷ Wenn aber Legitimation

⁹⁵ BGH FamRZ 2015, 1369 m. Anm. *Seiler*, unter teilweise Aufgabe von BGH FamRZ 2010, 357 m. Anm. *Maier* und BGH FamRZ 2010, 444 m. Anm. *Schürmann*.

⁹⁶ BGH FamRZ 2012, 281.

⁹⁷ *Dethloff*, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, S. A 56, 57.

des Betreuungsunterhaltsanspruchs die gemeinsame Elternverantwortung⁹⁸ ist, die sich auch finanziell durch Unterhaltszahlungen realisiert, spielen statusrechtliche Kriterien oder Fragen des Zusammenlebens der Eltern keine bedeutsame Rolle. Elternverantwortung ist **gemeinsames Entstehen** für das Kind auch in Bezug auf die finanziellen Mittel, die von beiden Eltern für die Betreuung bereit zu stellen sind. Nur wenn der Betreuungsunterhalt – entgegen der Ansicht des DAV – nicht in der gemeinsamen Elternverantwortung, sondern der nahehelichen Solidarität verankert wird, mag der Gesichtspunkt eine Rolle spielen, ob die Eltern verheiratet waren und ob der Betreuungsunterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen wird.⁹⁹

III. Der Kompensationsunterhalt

Der Kompensationsunterhalt zielt darauf ab, erwerbsbiografische Nachteile auszugleichen, die in Folge einer praktizierten Aufgabenteilung während der Ehe entstanden sind und die nach einer Scheidung noch fortbestehen. Die Höhe des Unterhaltsanspruchs richtet sich in diesem Fall nach dem angemessenen Lebensbedarf. Nach Auffassung des DAV stellen auch hier die ehelichen Lebensverhältnisse keinen tauglichen Maßstab dar. Ziel des Anspruchs ist die Bereitstellung finanzieller Mittel für einen Zeitraum, in welchem der durch die Rollenverteilung in der Ehe entstandene Nachteil andauert, ausgehend von zwei Einsatzzeitpunkten, der Rechtskraft der Scheidung bzw. der Beendigung eines Betreuungszeitraums. Nach Ansicht des DAV können hier die Grundsätze herangezogen werden, die der *BGH* zum ehebedingten Nachteil gem. § 1578b BGB entwickelt hat und die auf eine hypothetische Erwerbsbiografie abstellen, also darauf, wie sich die berufliche Entwicklung des Betreuenden in der Zukunft ohne die Geburt und ohne die Betreuung eines gemeinsamen Kindes entwickelt hätte.¹⁰⁰

Nach bisheriger Gesetzeslage ist das Maß des Betreuungsunterhalts für den Alleinerziehenden durch die Verweisung in § 1615I Abs. 3, S. 1 BGB zwingend an die

⁹⁸ *Brudermüller*, Geschieden und doch gebunden, S. 168.

⁹⁹ dagegen BVerfG 2007, 965 m. Anm. *Born*

¹⁰⁰ BGH FamRZ 2015, 1369 Rz. 34; BGH FamRZ 2005, 442 m. Anm. *Schilling*.

Regelung im Verwandtenunterhalt gem. § 1610 BGB gebunden. Für die Höhe des Unterhalts kommt es nach bisheriger Rechtsprechung daher auf die Lebensstellung des betreuenden Elternteils an. War er bis zur Geburt des Kindes erwerbstätig, hat sich seine Lebensstellung nach seinem bis dahin nachhaltig erzielten Einkommen gerichtet. Daran änderte sich auch nichts, wenn der Betreuende mehrere Kinder aus der gleichen Verbindung zu betreuen hatte: Maßgeblich waren die Verhältnisse bei Geburt des ersten Kindes.¹⁰¹ Spätere berufliche Entwicklungen konnten für die **Prognose einer hypothetischen Erwerbsbiografie** nicht herangezogen werden. Das war misslich in Fällen, in denen der Betreuende in Folge der Geburt des Kindes seine Ausbildung, z. B. sein Hochschulstudium unterbrechen bzw. abbrechen musste. Den dargestellten Wertungswiderspruch hat der *BGH* zum Anlass genommen, seine Rechtsprechung zu ändern. Es kommt jetzt nicht mehr stichtagsbezogen auf die Lebensstellung des Berechtigten unmittelbar vor der Geburt an; maßgebend ist jetzt eine hypothetische Erwerbsbiografie, bei welcher die künftige berufliche Entwicklung des Berechtigten zu berücksichtigen ist. Die Lebensstellung richtet sich danach, welche Einkünfte der Berechtigte ohne die Geburt und die Betreuung des gemeinschaftlichen Kindes hätte.¹⁰²

Der DAV befürwortet diese Rechtsprechung, die es im Rahmen des Betreuungsunterhalts ermöglicht, künftige berufliche Entwicklungen des Betreuenden zu berücksichtigen, die durch die Geburt des Kindes unterbrochen waren. Der *BGH* hat damit einen weiteren Schritt in Richtung Angleichung zum nahehelichen Unterhalt vollzogen.

IV. Der Übergangsunterhalt

Bei diesem Anspruch richtet sich der Bedarf des Unterhaltsberechtigten **nach den ehelichen Lebensverhältnissen**, also danach, welchen Einkommens- und Vermögensstatus die Eheleute zum Zeitpunkt der Scheidung erreicht haben. Nach Auffassung des DAV kann hier die Rechtsprechung des *BGH* zum (wieder eingeführten)

¹⁰¹ BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 m. Anm. *Maier* Rz. 17 und 22.

¹⁰² BGH FamRZ 2015, 1369 Rz. 34.

Stichtag herangezogen werden.¹⁰³ Quintessenz dieser Rechtsprechung ist, dass naheheliche Entwicklungen auf die Höhe des Unterhaltsrechts keinen Einfluss haben, so beispielsweise der Splittingvorteil, wenn sich der Unterhaltsverpflichtete nach der Scheidung erneut verheiratet hat.¹⁰⁴ Maßgebend für die Unterhaltsbemessung ist - wie nach geltendem Recht – der bis zur Scheidung erreichte Lebensstandard. Ausfluss des Übergangsunterhalts ist die **nacheheliche Solidarität**. Sie rechtfertigt es, den während der Ehe erreichten Einkommens- und Vermögensstatus für eine befristete Dauer nach der Ehescheidung beizubehalten.

J. Schlussbemerkung

Der DAV verbindet mit dieser Initiativstellungnahme die Hoffnung auf ein einfacher strukturiertes, überschaubares und planbares Unterhaltsrecht. Wesentliche Bausteine sind die Beschränkung auf drei Unterhaltstatbestände, darunter ein universaler Tatbestand des Betreuungsunterhalts, ein anderer Schwerpunkt der Unterhaltsbemessung je nach Legitimation des einzelnen Unterhaltsanspruchs und die Verankerung einer Beschränkung im Sinne einer zeitlichen Begrenzung im Anspruchstatbestand selbst, die sich beim Betreuungsunterhalt aus der Betreuungsbedürftigkeit des gemeinsamen Kindes, beim Kompensationsunterhalt aus dem Fortbestehen des ehebedingten Nachteils und beim Übergangsunterhalt aus seiner gesetzlichen Befristung ergibt.

¹⁰³ BGHZ 192, 145 = FamRZ 2012, 281; BGH FamRZ 2014, 1183.

¹⁰⁴ BVerfG FamRZ 2003, 1821, 1823 f; BGH FamRZ 2005, 1817, 1819; BGH FamRZ 2007, 882 Rz. 24.