Professor Dr. Hans-Georg Knothe, Greifswald*

Aufsätze

# Schwerpunkte der Reform des Unterhaltsrechts durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2007

*Das gesetzliche Unterhaltsrecht gehört zu den praktisch wichtigsten Teilgebieten des Familienrechts. Mit Beginn des neuen Jahres sind nicht unerhebliche Änderungen vornehmlich des Rechtes des nachehelichen und des Kindesunterhalts wirksam geworden. Der folgende Beitrag will – unter Verzicht auf eine erschöpfende Darstellung aller Einzelheiten des neuen Rechts – die tragenden Grundzüge der Reform und die wesentlichen Unterschiede zum bisherigen Rechtszustand herausarbeiten. Ein besonderes Augenmerk soll hierbei auf die den Reformgesetzgeber leitenden rechtspolitischen Vorstellungen und Zielsetzungen gelenkt und vor diesem Hintergrund eine vorsichtige Prognose über die Auswirkungen der Reform angestellt werden.*

## I. Einleitung

Mit dem 01.01.2008 ist das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts (Unterhaltsänderungsgesetz – UÄndG) vom 21.12.2007[1] in Kraft getreten. Schwerpunkte der Neuregelung sind das Unterhaltsrecht zwischen geschiedenen Ehegatten, das Unterhaltsrecht der Kinder sowie der Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter gegen den Vater wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes. Von diesen Rechtsänderungen sind erhebliche praktische Auswirkungen zu erwarten, was auch das sie begleitende lebhafte Medienecho erklärt.

## II. Grundzüge des von der Reform erfassten bisherigen Unterhaltsrechts

Das UÄndG schafft auch in den drei genannten Teilbereichen kein völlig neues und andersartiges Recht, sondern es beschränkt sich auf eine, allerdings nicht unerhebliche, Modifikation der bisherigen Regelung. Zum Verständnis der Reform ist deshalb eine überblicksartige Darstellung des alten Rechtszustandes und der ihn tragenden Grundsätze erforderlich.

### 1. Nachehelicher Unterhalt

#### a) Entstehung und Konzeption des bisherigen Rechts[2]

Das auch für den neuen Rechtszustand weiterhin die Grundlage bildende Recht des nachehelichen Unterhalts wurde mit Wirkung ab 01.07.1977 durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts – 1. EheRG – vom 14.06.1976[3] eingeführt. Das 1. EheRG hob das bis dahin geltende nacheheliche Unterhaltsrecht des Ehegesetzes vom 20.02.1946 – EheG – auf und stellte die neuen Vorschriften des Scheidungsrechts wieder in das BGB ein, dessen ursprüngliche Scheidungsvorschriften durch das Ehegesetz vom 06.07.1938 – EheG 1938 – aufgehoben worden waren.

Die grundlegende inhaltliche Änderung des Ehescheidungsrechts durch das 1. EheRG bestand in der vollständigen Beseitigung des für die Scheidungsvoraussetzungen bisher maßgeblich gewesenen Verschuldensgrundsatzes. Alleiniger Scheidungsgrund ist seitdem das von einem Verschulden eines Ehegatten unabhängige „Scheitern" der Ehe (§ 1565 Abs. 1 BGB), das mit Ablauf der in § 1566 BGB normierten Trennungsfristen unwiderlegbar vermutet wird.

Auch das neue Recht des nachehelichen Unterhalts als einer der wichtigsten Scheidungsfolgen, für das nach dem EheG ebenfalls der Verschuldensgrundsatz gegolten hatte, sollte nach dem Willen der damaligen sozialliberalen Bundesregierung verschuldensunabhängig ausgestaltet werden, was eine völlige Neuregelung dieser Materie notwendig machte. Für die Reform ergab sich damit das entscheidende Problem einer inneren Rechtfertigung von Grund und Umfang verschuldensunabhängiger nachehelicher Unterhaltsansprüche. Wird in dem Zerbrechen einer Ehe ein gleichsam schicksalsbedingtes Ereignis gesehen, für das im Grunde keiner der Ehegatten verantwortlich zu machen ist, so liegt es nahe, nacheheliche Unterhaltsansprüche ganz zu versagen und dem während der Ehe nicht erwerbstätig gewesenen Gatten allenfalls einen Anspruch nur für eine kurze Übergangszeit bis zur Erlangung einer eigenen Erwerbsstellung einzuräumen, wie dies der Regelung des Familiengesetzbuchs – FGB – der DDR entsprach.

Eine solche radikale Lösung, nach der jeder geschiedene Ehegatte für seinen eigenen Unterhalt selbst sorgen muss, erscheint als angemessen für die dem FGB als Modell zugrundeliegende Doppelverdienerehe; bei dem Typus der Alleinverdienerehe kann sie hingegen zu schweren Här-

* *Hans-Georg Knothe* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald. Der nachstehende Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Verfasser am 25.06.2007 im Rahmen einer Veranstaltung von ELSA Greifswald gehalten hat; der Vortragsstil ist beibehalten.

1 BGBl. I, S. 3189.

2 Vgl. hierzu die eingehende Darstellung bei *Uwe Diederichsen*, Ehegattenunterhalt im Anschluß an die Ehescheidung nach dem 1. EheRG, NJW 1977, 353 ff.; ferner *Siegfried Willutzki*, Der Ehegattenunterhalt nach der Scheidung, in: FS Dieter Schwab, 2005, S. 715 ff.

3 BGBl. I, S. 1421. Die Materialien zum Scheidungsrecht des 1. EheRG sind jetzt umfassend zusammengestellt bei *Werner Schubert* (Hrsg.), Die Reform des Ehescheidungsrechts von 1976, 2007.

ten für den bisher haushaltsführenden Ehegatten – bei Schaffung des 1. EheRG fast durchweg und auch heute noch in der Mehrzahl der Fälle die Ehefrau – führen, wenn diesem nach der Scheidung die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Alleinverdiener-(Hausfrauen-)Ehe war aber zur Zeit der Erarbeitung des 1. EheRG nicht nur tatsächlich noch weit verbreitet, sondern hatte sogar dem bisher geltenden Eherecht als, wenn auch abdingbares, gesetzliches Modell zugrunde gelegen (§ 1356 Abs. 1 BGB a. F.) und auch nach dem neuen Recht, das keinen Ehetypus mehr als verbindlich vorschreibt (§ 1356 Abs. 1 BGB), können sich die Eheleute für eine Alleinverdiener-(jetzt auch Hausmann-)Ehe entscheiden. Eine ausnahmslose Verweisung jedes früheren Ehegatten auf eine eigene Erwerbstätigkeit kam deshalb für das bundesdeutsche Recht nicht in Betracht. Die Eigenverantwortlichkeit jedes geschiedenen Ehegatten für seinen Unterhalt war daher vom Reformgesetzgeber nur als Grundsatz vorgesehen, der durch abschließend aufgezählte Ausnahmetatbestände eingeschränkt werden sollte, bei deren Vorliegen demjenigen früheren Gatten, der aus bestimmten ehebedingten Gründen (Betreuung gemeinsamer Kinder, Alter, Krankheit, Entfremdung von einer außerhäuslichen Berufstätigkeit wegen langer Ehedauer u. s. w.) zu einer Erwerbstätigkeit außerstande war, für die Dauer dieser ehebedingten Bedürftigkeit ein Unterhaltsanspruch zustehen sollte. Diese Lösung lag dem 1970 vom Bundesjustizministerium vorgestellten Diskussionsentwurf (DiskE) des neuen Scheidungsrechts zugrunde.[4]

Der Grundsatz der Eigenverantwortung jedes geschiedenen Ehegatten für seinen nachehelichen Unterhalt wurde von der damaligen CDU/CSU-Opposition und Teilen der juristischen und außerjuristischen Öffentlichkeit als unerträgliche Benachteiligung der haushaltsführenden Ehefrau und als Mittel zur Durchsetzung der Doppelverdienerehe „durch die Hintertür“ entschieden abgelehnt. Das neue nacheheliche Unterhaltsrecht sollte nach dieser Ansicht stattdessen auf dem Grundsatz der nachwirkenden ehelichen Solidarität, der nachehelichen Verantwortlichkeit des wirtschaftlich stärkeren für den wirtschaftlich schwächeren früheren Gatten beruhen. Dies bedeutete eine Umkehrung des von der Bundesregierung vorgesehenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses: Dem bedürftigen Gatten sollte grundsätzlich ein nachehelicher Unterhaltsanspruch aufgrund einer Generalklausel anstelle des Systems von Einzeltatbeständen zuerkannt werden, der zur Vermeidung rechtsethisch unerträglicher Ergebnisse bei grober Unbilligkeit entfallen sollte. Diese Lösung lehnte wiederum die Bundesregierung ab, da sie von der dann erforderlichen Prüfung der groben Unbilligkeit eines Unterhaltsanspruchs eine partielle Wiedereinführung des Verschuldensgrundsatzes befürchtete.

Die Gesetz gewordene Regelung des nachehelichen Unterhalts im 1. EheRG kam durch einen politischen Kompromiss zwischen Regierung und Opposition zustande. Hiernach blieb es grundsätzlich bei dem im Gesetzentwurf der Bundesregierung[5] vorgesehenen System von abschließend aufgezählten einzelnen Unterhaltstatbeständen. In der Sache aber kam die Koalition den Forderungen der Opposition weitgehend entgegen. Die Unterhaltstatbestände wurden im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nach Zahl und Voraussetzungen wesentlich erweitert, insbesondere durch die Aufnahme eines allgemeinen positiven Billigkeitstatbestandes für den Unterhaltsanspruch, was einer Generalklausel sehr nahe kam. Das Erfordernis einer Ehebedingtheit der Bedürftigkeit wurde für die meisten Tatbestände stillschweigend fallengelassen. Die Unterhaltshöhe bestimmte sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen, und der geschiedene Gatte genoss mit seinem Anspruch grundsätzlich den Vorrang vor dem eines neuen Ehegatten. Von einer zeitlichen Beschränkung der Unterhaltsansprüche wurde abgesehen.

### b) Überblick über die bisherige Regelung

#### aa) Grundsatz

Die Grundsatznorm zum nachehelichen Unterhalt im § 1569 BGB erhielt durch das 1. EheRG folgende Fassung:

> „Kann ein Ehegatte nach der Scheidung nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen, so hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nach den folgenden Vorschriften.“

Der Grundsatz der nachehelichen Eigenverantwortlichkeit jedes Ehegatten für seinen Unterhalt wurde also nicht mehr ausdrücklich erwähnt, sondern das Gesetz beschränkte sich auf die Umschreibung der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch (Unfähigkeit der Sorge für den eigenen Unterhalt und Erfüllung eines nach der nachstehenden Tatbestände). Der Eigenverantwortlichkeitsgrundsatz ergab sich nach dieser Fassung nur mittelbar daraus, dass § 1569 BGB keine eigene Anspruchsgrundlage enthielt, ein Unterhaltsanspruch vielmehr nur bei Erfüllung eines der Unterhaltstatbestände der §§ 1570 ff. BGB gegeben ist, für die der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast trägt. Die Ausnahme (Unterhaltsanspruch) wurde jedoch gegenüber der Regel (Eigenverantwortlichkeit) ganz in den Vordergrund gestellt. Dies wirkte sich auf die Auslegung der Unterhaltstatbestände aus.

#### bb) Unterhaltstatbestände

Die im 1. EheRG festgelegten Unterhaltstatbestände sind folgende:

##### (1) Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB)

Gemäß § 1570 a. F. BGB konnte der geschiedene Ehegatte von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines

4 Reform des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen. Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz, 1970.

5 BT-Drs. 7/650.

gemeinsamen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden konnte. Von der Festlegung bestimmter Fristen für Dauer und Umfang der erforderlichen Betreuung hatte der Gesetzgeber des 1. EheRG bewusst abgesehen. Die Rechtsprechung hat diesbezüglich bestimmte Altersstufen entwickelt. Hiernach brauchte der Berechtigte im Allgemeinen bis zum 8. Lebensjahr des betreuten Kindes keiner Erwerbstätigkeit nachzugehen, bis zum 14.–16. Lebensjahr war ihm eine Teilzeittätigkeit und danach eine Vollzeittätigkeit zuzumuten.[6] Das „Altersstufenmodell" wurde in den letzten Jahren im Schrifttum als zu schematisch kritisiert und stattdessen eine flexiblere Handhabung nach den Gegebenheiten des Einzelfalls gefordert.[7]

#### (2) Alters-, Krankheits- oder Gebrechlichkeitsunterhalt (§§ 1571, 1572 BGB)

Ein Unterhaltsanspruch besteht nach den – durch das UÄndG unverändert gebliebenen – §§ 1571, 1572 BGB ferner bei Unzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit wegen fortgeschrittenen Alters oder wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit. Diese Erfordernisse können außer bei der Scheidung als Anschlussunterhaltstatbestände auch erst bei Beendigung der Kinderbetreuung gegeben sein, das Alterserfordernis auch bei dem Wegfall eines Anspruchs auf Krankheits-, Gebrechlichkeits- oder Erwerbslosigkeitsunterhalt, das Krankheits-(Gebrechlichkeits-)Erfordernis ferner bei Beendigung eines Anspruchs auf Ausbildungs-, Fortbildungs-, Umschulungs- oder Erwerbslosigkeitsunterhalt. Ehebedingt brauchen diese Gründe nach der Rechtsprechung nicht zu sein.[8]

#### (3) Erwerbslosigkeitsunterhalt (§§ 1573 Abs. 1, 3-5, 1574 BGB), Ausbildungs-, Fortbildungs- und Umschulungsunterhalt (§ 1575 BGB)

Auch bei bestehender Erwerbsobliegenheit gewährt § 1573 BGB, dessen Absätze 1–4 das UÄndG unberührt gelassen hat, einen Unterhaltsanspruch, solange und soweit der frühere Gatte nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag (Abs. 1).

Das Gesetz legt damit das Risiko des vor der Scheidung nicht erwerbstätig gewesenen Gatten, keinen (angemessenen) Arbeitsplatz zu finden, dem geschiedenen anderen Gatten auf. Die Rechtsprechung verlangt auch hier nicht, dass die Ehe für die Erwerbslosigkeit des unterhaltsbegehrenden früheren Gatten ursächlich war, dieser etwa eine vor der Eheschließung ausgeübte Erwerbstätigkeit danach zugunsten der Übernahme der Haushaltsführung aufgegeben hatte, sondern sie lässt es genügen, wenn die Bedürfnislage irgendwie mit der Ehe in Verbindung steht.[9] Ebenso wenig braucht der Misserfolg der Suche nach einer Erwerbstätigkeit ehebedingt zu sein, er kann auch auf der allgemeinen Lage auf dem Arbeitsmarkt beruhen. Auch der Anspruch auf Erwerbslosigkeitsunterhalt kann sich an einen Anspruch auf Betreuungs-, Alters-, Krankheits- oder Gebrechlichkeits- oder Ausbildungs-, Fortbildungs- oder Umschulungsunterhalt (§ 1575 BGB) anschließen (§ 1573 Abs. 3 BGB). Aber auch wenn der Berechtigte zu diesen Einsatzzeitpunkten zunächst eine Erwerbstätigkeit findet, entsteht bei – trotz seiner Bemühungen – nicht nachhaltiger Sicherung seines Unterhalts durch die Erwerbsarbeit gemäß § 1573 Abs. 4 BGB ein Anspruch auf nachträglichen Erwerbslosenunterhalt. Der verpflichtete frühere Ehegatte muss hiernach mit einem späteren teilweisen oder vollständigen Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs rechnen.

Die Stellung des unterhaltverlangenden früheren Ehegatten wird weiterhin beträchtlich dadurch gestärkt, dass ihn das Gesetz nicht auf jedwede, sondern nur auf eine angemessene Erwerbstätigkeit verweist (§ 1574 Abs. 1 BGB). Die Angemessenheit bestimmte sich gemäß der bisherigen Fassung des § 1574 Abs. 2 BGB außer nach den persönlichen Verhältnissen der Ausbildung, der Fähigkeiten, des Lebensalters und des Gesundheitszustandes des Anspruchstellers auch nach den ehelichen Lebensverhältnissen, insbesondere der Ehedauer und der Dauer der Betreuung eines gemeinsamen Kindes. Der unterhaltverlangende frühere Gatte verliert also seinen Unterhaltsanspruch nicht dadurch, dass er eine sich ihm bietende, aber nicht in diesem Sinne angemessene Erwerbstätigkeit nicht annimmt. Allerdings obliegt ihm als Ausfluss der Eigenverantwortlichkeit gemäß § 1574 Abs. 3 BGB eine zur Aufnahme einer angemessenen Erwerbstätigkeit erforderliche Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung, wenn ein erfolgreicher Abschluss der Ausbildung zu erwarten ist. Der sich einer solchen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung unterziehende frühere Ehegatte hat unter den Voraussetzungen des § 1575 BGB ebenfalls einen Unterhaltsanspruch. Der Anspruch ist nur bei Nichtaufnahme oder Abbruch einer Schul- oder Berufsausbildung in Erwartung der Ehe oder während der Ehe gegeben und damit ehebedingt.

Das aufgrund der vielfältigen Kritik an der Ausgestaltung des Scheidungsunterhaltsrechts durch das 1. EheRG schon unter der damaligen Bundesregierung aus CDU/CSU und FDP erlassene Unterhaltsänderungsgesetz vom 20.02.1986 – UÄndG 1986[10] – führte für die Unterhaltstatbestände des § 1573 Abs. 1-4 BGB in der angefügten Kann-Vorschrift des Abs. 5 die Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung, nicht aber einer Herabsetzung,[11] des Unterhaltsanspruchs ein, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Ehedauer sowie der Gestaltung von

6 Überblick über die diesbezügliche Rechtsprechung i. e. bei *Palandt/Brudermüller*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1570 Rn. 8, 9.

7 Vgl. *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 30 II 4 Rn. 24; *Palandt/Brudermüller* (Fn. 6), Rn. 14.

8 So BGH NJW 1986, 683 (für Altersunterhalt); NJW 1982, 40 f.; FamRZ 2004, 779 (780) m. w. N. (für Krankheitsunterhalt).

9 So BGH JR 1980, 200 (201) m. Anm. *Mutschler*: Anspruch auch bei Aufgabe einer Erwerbstätigkeit schon vor der Eheschließung.

10 BGBl. I, S. 301.

11 *Gottfried Knöpfel*, Gerechtigkeit und nachehelicher Unterhalt – eine ungelöste Frage, AcP 1991, 107 (126).

Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit ein zeitlich unbegrenzter Anspruch unbillig wäre. Dies galt in der Regel nicht bei einer nur vorübergehenden Betreuung eines gemeinsamen Kindes allein oder überwiegend durch den Berechtigten, wobei die Betreuungszeit der Ehedauer gleichgestellt wurde. Die – nicht erschöpfend aufgezählten („insbesondere") – Gesichtspunkte der Ehedauer, der Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit zielten allgemein auf eine stärkere Berücksichtigung der Ehebedingtheit der Bedürftigkeit des Berechtigten ab. Die Herabsetzung konnte nicht sogleich nach der Scheidung erfolgen, sondern erst nach Ablauf einer gewissen Übergangsfrist, die dem Berechtigten die Einstellung auf die neuen Verhältnisse ermöglichen sollte.[12]

#### (4) Billigkeitsunterhalt (§ 1576 BGB)

Die positive Billigkeitsvorschrift des § 1576 BGB will verhindern, dass ein nachehelicher Unterhaltsanspruch mangels Erfüllung eines der übrigen Unterhaltstatbestände nicht gegeben ist, obwohl sonstige schwerwiegende Gründe vorliegen, die eine Erwerbstätigkeit des Anspruchsstellers nicht erwarten lassen und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre.[13] Die schwerwiegenden Gründe – z. B. die Betreuung eines einseitigen Kindes des Anspruchsstellers – brauchen auch hier nicht ehebedingt zu sein.[14]

### cc) Bemessung

Der volle Unterhalt, der den gesamten Lebensbedarf umfasst, wird gemäß § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen. Die ehelichen Lebensverhältnisse waren damit – nach der ursprünglichen Fassung des § 1574 Abs. 2 BGB – nicht nur ein maßgeblicher Faktor für die Angemessenheit einer dem bedürftigen Gatten obliegenden Erwerbstätigkeit und damit für den Grund eines Unterhaltsanspruchs, sondern nach ihnen richtet sich – grundsätzlich auch nach neuem Recht – zudem die Höhe des Anspruchs. Reichen daher die Einkünfte des Berechtigten aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zu diesem vollen Unterhalt nicht aus, so kann er den Unterschiedsbetrag zum vollen Unterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB als sog. Aufstockungsunterhalt verlangen. Der nacheheliche Unterhalt sollte damit, jedenfalls nach der ursprünglichen Konzeption des Gesetzgebers des 1. EheRG, den während der Ehe bestehenden Lebensstandard und den sozialen Status des unterhaltsberechtigten Teils nach Möglichkeit aufrechterhalten (sog. Lebensstandardgarantie). Die ehelichen Lebensverhältnisse werden nach der 2001 geänderten Rechtsprechung des BGH bei einer Alleinverdienerehe nicht nur durch das Geldeinkommen des erwerbstätigen Ehegatten bestimmt, sondern auch durch den der Haushaltsführung seitens des anderen Gatten zukommenden Wert, der nach dem durch eine nacheheliche Erwerbstätigkeit dieses Gatten erzielten Einkommen als Surrogat der Haushaltstätigkeit bemessen wird.[15] Der hiernach entsprechend höher anzusetzende Geldwert der ehelichen Lebensverhältnisse führt naturgemäß zu einer Steigerung der vom BGH nunmehr nach der sog. Differenzmethode berechneten Unterhaltspflicht gegenüber der früher praktizierten sog. Anrechnungsmethode.

Nach der Änderung des § 1578 Abs. 1 BGB durch das UÄndG 1986 konnte die Bemessung des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen unter den gleichen Voraussetzungen wie nach § 1573 Abs. 5 BGB (s. o. bb (3)) zeitlich begrenzt und danach auf den angemessenen Lebensbedarf abgestellt werden. Diese Möglichkeit bestand für alle Unterhaltstatbestände, in der Regel aber nicht für Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB. Die Unterhaltsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen sollte dadurch eingeschränkt werden.

### dd) Ausschluss des Anspruchs

Die dargelegte dem Berechtigten sehr günstige Regelung des nachehelichen Unterhaltsrechts verlangt ein Korrektiv durch Ausschlussgründe zur Vermeidung mit dem Rechtsgefühl ganz unvereinbarer Ergebnisse. Die negative Billigkeitsklausel des § 1579 BGB versagte deshalb in ihrer ursprünglichen Fassung einen Unterhaltsanspruch bei grober Unbilligkeit einer Inanspruchnahme des Verpflichteten. Grobe Unbilligkeit verlangt die Erfüllung eine der dort abschließend aufgeführten Ausschlusstatbestände, die in der Fassung der Vorschrift nach dem 1. EheRG von dem Bestreben diktiert waren, die Berücksichtigung eines Scheidungsverschuldens zu vermeiden. Die ursprünglichen vier Ausschlussgründe bestanden in einer kurzen Ehedauer unter Einschluss der Zeit für Pflege oder Erziehung eines gemeinsamen Kindes nach § 1570 BGB (Nr. 1), einem Verbrechen oder schwere vorsätzliche Vergehen des Berechtigten gegen den Verpflichteten oder dessen nahe Angehörige (Nr. 2), der mutwilligen Herbeiführung der Bedürftigkeit des Berechtigten durch ihn selbst (Nr. 3) und dem Vorliegen eines anderen Grundes, der ebenso schwer wiegt wie die in den Nr. 1-3 aufgeführten Gründe.

Das UÄndG 1986 gestaltete den § 1579 BGB insofern flexibler aus, als der Unterhaltsanspruch seitdem nicht mehr schlechthin entfällt, sondern anstatt einer Versagung auch herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen ist, soweit eine Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten Kindes grob unbillig wäre. Die bisherigen vier Ausschlussgründe wurden um drei weitere nach der Nr. 3 eingefügte ergänzt, so dass die bisherige Nr. 4 zu Nr. 7 wurde. Die eingefügten Tatbestände sind das mutwillige Sichhinwegsetzen des Berechtigten über schwerwiegende Vermögensinteressen des Verpflichteten, die sich über längere Zeit vor der Trennung hinweg erstreckende gröbliche Verletzung der

12 *Dieter Büte*, Begrenzung und Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts, FPR 2005, 316 (318).

13 Kritisch hierzu *Willutzki* (Fn. 2), S. 719 f.

14 BGH FamRZ 1983, 800 (801).

15 So seit dem Grundsatzurt. BGHZ 148, S. 105 (120 ff.) = NJW 2001, 2254 (2258 f.).

Beitragspflicht des Berechtigten zum Familienunterhalt durch diesen und ein dem Berechtigten zur Last fallendes, offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten. Mit dem letztgenannten Ausschlussgrund (Nr. 6) werden seitdem die gravierendsten Fälle des offenkundig ehewidrigen Verhaltens erfasst.

#### ee) Rangverhältnis zu neuem Ehegatten

Eine nacheheliche Unterhaltspflicht setzt allgemein die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten voraus. Die Leistungsfähigkeit ist dann nicht gegeben, wenn der Verpflichtete nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verbindlichkeiten außerstande ist, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts dem Berechtigten Unterhalt zu gewähren. In diesem absoluten Mangelfall beschränkt § 1581 BGB die Unterhaltspflicht auf den Umfang, der mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht.

Geht der Unterhaltsverpflichtete nach der Scheidung eine neue Ehe ein mit der Folge einer dem neuen Ehegatten gegenüber entstehenden Verpflichtung zur Leistung von Familienunterhalt (§§ 1360, 1360 a BGB), so kann es sein, dass die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten zwar zur Erfüllung des Unterhaltsanspruchs entweder seines früheren Gatten oder seines jetzigen Gatten ausreicht, also kein absoluter Mangelfall vorliegt, aber nicht zur (vollständigen) Erfüllung beider Ansprüche. In einem solchen relativen Mangelfall stellt sich die Frage nach dem Rang der beiderseitigen Unterhaltsansprüche.

In bewusster Abweichung von der früheren Rechtslage, nach der die Ansprüche von altem und neuem Ehegatten als gleichrangig angesehen wurden, sprach das 1. EheRG in § 1582 Abs. 1 BGB dem früheren Ehegatten grundsätzlich den Vorrang vor dem neuen Gatten zu. Hiernach musste der Verpflichtete im relativen Mangelfall zunächst dem geschiedenen Gatten den vollen Unterhalt leisten, während der neue Gatte auf den verbleibenden Rest der für den Unterhalt zur Verfügung stehenden Mittel des Verpflichteten beschränkt war und ggf. gar keinen Unterhalt erhielt. Nur wenn der neue Gatte bei unterstellter Scheidung auch dieser Ehe einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1569–1574, 1576 und 1577 Abs. 1 BGB gehabt hätte, war sein Anspruch mit dem des früheren Ehegatten gleichrangig. Ein Vorrang des geschiedenen Gatten bestand aber auch in diesen Fällen, wenn dessen Anspruch auf Betreuungs- oder Billigkeitsunterhalt gerichtet oder seine Ehe mit dem Verpflichteten von langer Dauer war. Der Vorrang des geschiedenen Gatten wurde im Gesetzgebungsverfahren hauptsächlich mit der Erwägung begründet, dass die Unterhaltspflicht zugunsten des geschiedenen Ehegatten auf dem Vermögen des Verpflichteten als eine „wirtschaftliche Hypothek“ laste, die der neue Gatte in Rechnung stellen müsse.[16] Diese Begründung rechtfertigte nach Ansicht des Gesetzgebers sogar einen Verzicht auf Kinder in der neuen Ehe.[17]

Der grundsätzliche Vorrang des geschiedenen vor dem neuen Ehegatten bildete von Anfang an einen der hauptsächlichen Kritikpunkte am 1. EheRG. Die in § 1582 Abs. 1 BGB getroffene Regelung, insbesondere der angesonnene Verzicht auf Kinder in der neuen Ehe, wurde von zahlreichen Stimmen als gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßend betrachtet, da die neue Ehe keine Ehe minderen Rechts ist, sondern sie, wie völlig unbestritten ist, ebenso den grundrechtlichen Schutz von Ehe und Familie genießt wie die geschiedene.[18] Das BVerfG hat aber die Verfassungsmäßigkeit des Vorrangs des Betreuungsunterhalts für den geschiedenen Gatten auch für den Fall bejaht, dass der neue Ehegatte ebenfalls Kinder zu betreuen hat, da dieser Vorrang nicht auf sachwidrigen Erwägungen des Gesetzgebers beruhe.[19] Der BGH hat auch den auf einer langen Ehedauer beruhenden Vorrang des geschiedenen Ehegatten dann für vereinbar mit dem Grundgesetz gehalten, wenn weder der geschiedene noch der neue Ehegatte einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt haben.[20]

### c) Gesamtbetrachtung

Das 1. EheRG hat das nacheheliche Unterhaltsrecht, wie auch kaum bestritten wird, nach den Voraussetzungen eines Unterhaltsanspruchs wie nach dessen Umfang, Dauer und Rang für den Berechtigten außerordentlich günstig ausgestaltet. Die Einzeltatbestände sind unter Berücksichtigung des positiven Billigkeitstatbestandes des § 1576 BGB so umfassend, dass sich daraus eine fast lückenlose Anspruchsberechtigung des wirtschaftlich schwächeren Teils ergab. Der Verpflichtete trug damit weitgehend das Risiko von – auch nicht ehebedingten – Bedürfnislagen des Berechtigten, die aus Krankheit, Arbeitslosigkeit, geringeren Verdienstmöglichkeiten usw. resultieren. Die Unterhaltsberechtigung war damit nach dem Gesetz – die Wirklichkeit sieht wesentlich anders aus (s. u. d) – von der Ausnahme zur Regel geworden.[21]

16 So die Begründung zu § 1583 des 1. EheRG-Entwurfs (= § 1582 des Gesetzes), in: BT-Drs. (Fn. 5), S. 143.

17 BT-Drs. (Fn. 5), S. 143.

18 Vorlagebeschl. des OLG Schleswig, FamRZ 1983, 282 (284 f.): Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG jedenfalls für den Fall, dass auch der neue Ehegatte einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt hätte und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nicht zur Befriedigung des jeweiligen Mindestbedarfs ausreicht; allgemein schon *Spiros Simitis*, Zur Reform des Scheidungsrechts, ZRP 1971, 38 (43): „Wiederverheiratungsverbot für sozial Schwächere“; Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit auch bei *Palandt/Brudermüller* (Fn. 6), § 1582 Rn. 3.

19 BVerfGE 66, S. 84 (93 ff.) = JR 1984, 460 mit kritischen Anm. *Berkemann*; Kritik an diesem Beschluss auch bei *Willutzki* (Fn. 2), S. 721.

20 BGH FamRZ 1985, 362 f.

21 Vgl. *Diederichsen* (Fn. 2), S. 353 ff.; *ders.*, „Richtiges“ Familienrecht, in: FS Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 127 (143): „[…] es schwer fallen lässt, überhaupt noch Fälle auszumachen, in de-

Durch die Maßgeblichkeit der ehelichen Verhältnisse für die Unterhaltshöhe erhielt der Berechtigte einen Anspruch, der dem auf das positive Interesse gerichteten ähnelt: Er soll wirtschaftlich so gestellt werden, wie er ohne die Auflösung der Ehe stünde.[22]

Mangels einer absoluten zeitlichen Begrenzung, die auch das UÄndG 1986 nicht eingeführt hat, konnte der Anspruch so lange bestehen, wie der Unterhaltstatbestand erfüllt war, wobei sich bei Wegfall eines Tatbestandes der Anspruch aus einem der zahlreichen Anschlusstatbestände ergeben konnte. Die hiernach bestehende Gefahr einer unter Umständen lebenslangen Belastung mit der Unterhaltspflicht wirkte abschreckend auf die Eingehung einer neuen Ehe des Pflichtigen und auf einen damit verbundenen Kinderwunsch. Die durch das UÄndG 1986 eingeführten Möglichkeiten einer zeitlichen Begrenzung und/oder Herabsetzung der Unterhaltslast sowie die negative Härteklausel des § 1579 Nr. 6 BGB haben zwar eine gewisse Erleichterung, aber keine durchgreifende Änderung gebracht, zumal die Praxis von diesen Möglichkeiten nur zögernd Gebrauch gemacht hat.[23] Besonders fragwürdig war der Vorrang des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten gegenüber dem neuen Ehegatten auch dann, wenn jener nur einen Anspruch auf Billigkeitsunterhalt oder auf Unterhalt wegen langer Ehedauer hatte, diesem hingegen ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt bei hypothetischer Scheidung zustehen würde.

Auch im internationalen Vergleich bildete diese außerordentlich vorteilhafte Stellung des Berechtigten ein gewisses Unikum des deutschen Rechts.[24] Die meisten vergleichbaren ausländischen Rechte, für die das österreichische nach den §§ 66 ff. n. F. EheG 1938 als Beispiel angeführt werden kann, berücksichtigen eindeutiges Verschulden oder gewähren Unterhalt von vornherein nur nach Billigkeit. Ferner ist dort meist keine Lebensstandardgarantie vorgesehen, sondern nur die Leistung angemessenen Unterhalts, oder es werden dem Berechtigten höhere Erwerbsobliegenheiten auferlegt. Der Anspruch ist auch meistens zeitlich begrenzt, und der geschiedene Ehegatte genießt keinen Vorrang vor dem jetzigen.

Das nacheheliche Unterhaltsrecht des 1. EheRG weist die Merkwürdigkeit auf, dass es einerseits grundsätzlich verschuldensunabhängig ausgestaltet ist, andererseits aber inhaltlich dem strengsten Unterhaltsanspruch des vor 1977 geltenden Rechts entspricht, das aber eben ein Verschulden des Pflichtigen voraussetzte, und teilweise noch über diesen hinausgeht.[25] Dieser innere Widerspruch beruht auf dem Fehlen einer konsistenten rechtsethischen Begründung der auf einem politischen Kompromiss beruhenden Konzeption des 1. EheRG.[26] Die als tragender Grund angeführte nacheheliche Solidarität[27] oder nachwirkende eheliche Verantwortung lässt nicht erkennen, warum diese Verantwortung gerade (nur?) auf dem Gebiet des nachehelichen Unterhalts fortwirken und insbesondere die Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards des Berechtigten auch bei eheunabhängigen Nachteilen rechtfertigen soll.[28] In einem verschuldensunabhängigen Scheidungsrecht kann die Unterhaltslast zur Sicherung des bisherigen Lebenszuschnitts nicht dem leistungsfähigeren Teils allein aufgeladen werden, sondern es ist eine nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beider früherer Gatten angemessene Verteilung der durch die Scheidung notwendigen Opfer erforderlich.

#### d) Rechtswirklichkeit

Die Rechtswirklichkeit entspricht, wie die drei Jahrzehnte der Geltung des nachehelichen Unterhaltsrechts des 1. EheRG gezeigt haben, der großzügigen gesetzlichen Unterhaltsregelung nicht. Denn der bisherige Lebensstandard lässt sich nach der Scheidung bei Normalverdienerehen häufig weder beim Berechtigten noch beim Verpflichteten voll aufrecht erhalten, da zwei Haushalte natürlich kostspieliger sind als ein gemeinsamer. Oft liegen absolute Mangelfälle vor mit der Folge eines Unterhaltsanspruchs nur nach Billigkeit gemäß § 1581 BGB.[29] In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, besonders bei den immer häufiger werdenden Doppelverdienerehen und bei kinderlosen Ehen, wird nach der Scheidung überhaupt kein Unterhalt gezahlt. Unterhaltszahlungen erfolgen vorwiegend als Leistung von Betreuungsunterhalt.

### 2. Kindesunterhalt

Der Unterhaltsanspruch der minderjährigen unverheirateten Kinder und der ihnen nach § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB gleichgestellten Kinder ist gemäß § 1603 Abs. 2 BGB gegenüber dem Anspruch von sonstigen Kindern und den übrigen Verwandten des Verpflichteten zu Recht erheblich privilegiert. Die Leistungsfähigkeit der Eltern endet hier nicht mit der Gefährdung ihres eigenen angemessenen Unterhalts, sondern die Eltern sind verpflichtet,

nen kein Unterhalt geschuldet wird."

22 *Knöpfel* (Fn. 11), 116 f.

23 Hierzu *Willutzki* (Fn. 2), S. 719 f., 722 f.

24 Vgl. *Knöpfel* (Fn. 11), 137.

25 Eingehend hierzu *Albrecht Dieckmann*, Rückkehr zum Verschuldensprinzip im nachehelichen Unterhaltsrecht?, FamRZ 1984, 946 (948, 951); *Knöpfel* (Fn. 11), 113 f.

26 Vgl. insoweit die Kritik bei *Dieckmann* (Fn. 25), 949 f.: „[…] lässt eine zureichende privatrechtliche Rechtfertigung nicht erkennen"; *Hanns Engelhardt*, Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts, FamRZ 1985, 433 (436): „lässt sich […] ein an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierter nachehelicher Unterhalt auf der Grundlage des Zerrüttungsprinzips rechtsethisch nicht rechtfertigen"; auch *Dieter Schwab*, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521 (523 ff.), konstatiert „Brüche" in der Regelung.

27 Eingehende Erörterung dieses Grundsatzes bei *Hans van Els*, Nacheheliche Solidarität, FamRZ 1992, 625 ff.

28 Kritisch gegenüber dieser Begründung auch *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 7), § 30 I 2 Rn. 3; ferner *Palandt/Brudermüller* (Fn. 6), Einf. vor § 1569 Rn. 5.

29 Nach *Willutzki* (Fn. 2), S. 720 ist der Billigkeitsunterhalt nach § 1581 BGB tatsächlich zur Regel, der als Regel vorgesehene Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen gem. § 1578 BGB hingegen zur Ausnahme geworden.

alle verfügbaren Mittel für ihren und der Kinder gemeinsamen Unterhalt gleichmäßig zu verwenden.

Der von einem nicht mit dem Kind in einem Haushalt lebenden Elternteil zu leistende Barunterhalt war bisher gemäß § 1612a BGB in einem sehr komplizierten Verfahren zu berechnen. Ähnlich kompliziert war die Anrechnung von Kindergeld und anderer kinderbezogener Leistungen in den §§ 1612b und 1612c BGB geregelt.

Schwierige Fragen ergaben sich bisher für das Rangverhältnis des Unterhaltsanspruchs der nach § 1603 Abs. 2 BGB unterhaltsberechtigten Kinder zu dem vom verpflichteten Elternteil sowohl dem früheren als auch dem neuen Ehepartner zu leistenden Unterhalt. Die Verweisung in § 1582 Abs. 2 a.F. BGB auf § 1609 a.F. BGB war widersprüchlich. Denn der in dem bisherigen § 1609 Abs. 2 S. 1 BGB normierte Gleichrang „des Ehegatten" mit den Kindern würde hier auch einen Gleichrang des jetzigen mit dem früheren Gatten begründen, während nach § 1582 Abs. 1 BGB dem geschiedenen Gatten grundsätzlich der Vorrang vor dem neuen zukam (relatives Rangverhältnis). Der BGH hat diesen Widerspruch im Wege einer teleologischen Reduktion des § 1609 Abs. 2 S. 1 BGB gelöst. Unter dem „Ehegatten" im Sinne dieser Vorschrift ist hiernach nur der geschiedene zu verstehen, dem damit die Kinder sowohl aus der früheren wie aus der neuen Ehe gleichstanden und dem gegenüber Nachrang des jetzigen Gatten bestand.[30]

### 3. Unterhaltsansprüche zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern

Der Mutter eines nichtehelichen Kindes wurde in dem durch das Nichtehelichengesetz – NEhelG – vom 19.08.1969[31] geschaffenen § 1615l Abs. 2 BGB gegen den Vater u.a. ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt eingeräumt. Die Dauer dieser Unterhaltsberechtigung, die ursprünglich spätestens ein Jahr nach der Entbindung endete, verlängerte das Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG – vom 16.12.1997[32] in § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB auf drei Jahre nach der Geburt, sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen. Damit bestand eine erhebliche Diskrepanz zum nachehelichen Anspruch einer geschiedenen Ehefrau auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 a.F. BGB, hinsichtlich dessen die Rechtsprechung, wie dargelegt, grundsätzlich von einer Unterhaltsbedürftigkeit bis zum 8. Lebensjahr des Kindes ausging. Deshalb wurde teilweise ein Verstoß der Regelung gegen Art. 6 Abs. 5 GG angenommen.[33]

30 BGHZ 104, S. 158 (165).

31 BGBl. I, S. 1243.

32 BGBl. I, S. 2942.

33 Vgl. die Nachweise bei *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 7), § 30 II 5 Rn. 19, dort Fn. 23.

## III. Grundzüge der Neuregelung

### 1. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung des UÄndG

#### a) Entwurf der Bundesregierung

Anfang April 2006 wurde der Entwurf eines UÄndG im Bundeskabinett beschlossen.[34] Der Regierungsentwurf stimmte im Wesentlichen mit einem schon 2005 im Bundesministerium der Justiz erarbeiteten Referentenentwurf[35] überein.

Die Bundesregierung verfolgte mit ihrem Entwurf eine dreifache Zielsetzung:

1. Stärkung des Kindeswohls,
2. Betonung des Grundsatzes der nachehelichen Eigenverantwortung und
3. Vereinfachung des Unterhaltsrechts.[36]

Die Notwendigkeit einer diese Ziele anstrebenden Reform des Unterhaltsrechts wird in der Begründung des Entwurfs auf seit dem Inkrafttreten des 1. EheRG eingetretene grundlegende Veränderungen der gesellschaftlichen Verhältnisse zurückgeführt. Als solche benennt der Entwurf stark gestiegene Scheidungszahlen, die überwiegend kurzzeitige und zur Hälfte kinderlose Ehen betrafen und bei denen ein nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessener nachehelicher Unterhalt weniger angemessen sei als bei nach langjährigem Bestand geschiedenen Ehen oder bei Ehen, in denen die Bedürftigkeit eines geschiedenen Gatten auf dem durch Kinderbetreuung bedingten Verzicht auf Erwerbstätigkeit beruht.

Weiterhin angeführt wird die geänderte Rollenverteilung in der Ehe, die gekennzeichnet sei von einem starken Rückgang der traditionellen Hausfrauenehen, da kaum noch Frauen ohne Berufsausbildung in die Ehe gingen, sondern als Ehefrauen ihre Tätigkeit in dem vorher erlernten Beruf nach einer Unterbrechung zwecks Kinderbetreuung wieder aufnähmen; dementsprechend gingen die Fälle der Unzumutbarkeit der Verweisung einer geschiedenen bisherigen Hausfrau auf eine Erwerbstätigkeit erheblich zurück. Als dritten Gesichtspunkt bezeichnet der Entwurf die wachsende Zahl nicht miteinander verheirateter Eltern und alleinerziehender Elternteile, deren unterhaltsrechtliche Stellung nicht zuletzt im Interesse der Kinder verbessert werden müsse. Schließlich wird verwiesen auf die zunehmende Akzeptanz des Grundsatzes der Eigenverantwortung jedes Ehegatten nach der

34 Der Regierungsentwurf ist mit Begründung abgedruckt in BT-Drs. 16/1830.

35 Referentenentwurf des BJM – Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts (Unterhaltsrechtsänderungsgesetz) – Stand v. 26.05.2005; synoptische Gegenüberstellung der bisherigen Vorschriften mit den Bestimmungen des Referentenentwurfs in: FamRZ 2005, 1041 ff.

36 BT-Drs. (Fn. 34), S. 1, 15 f.

Scheidung und einen weitgehenden Konsens über eine besondere Schutzbedürftigkeit und -würdigkeit der minderjährigen Kinder in unterhaltsrechtlicher Hinsicht.[37]

Der Deutsche Bundestag behandelte den Regierungsentwurf, dem der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19.05.2006 grundsätzlich zugestimmt hatte,[38] am 29.06.2006 in erster Lesung und verwies ihn an den Rechtsausschuss als federführenden Ausschuss. In einer vom Rechtsausschuss am 16.10.2006 veranstalteten öffentlichen Anhörung nahmen die geladenen Experten zu dem Entwurf überwiegend zustimmend, teils aber auch ablehnend Stellung.[39]

### b) Änderung des Entwurfs durch den Koalitionskompromiss vom März 2007

Innerhalb der Großen Koalition kritisierte die CDU/CSU den im Regierungsentwurf vorgesehenen gleichen (zweiten) Rang des Anspruchs eines Elternteils gegen den anderen auf Betreuungsunterhalt für ein gemeinsames Kind, gleichgültig ob die Elternteile miteinander verheiratet waren, als Verstoß gegen den in Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten besonderen Schutz der Ehe.

Als Kompromisslösung wurde eine Änderung des Entwurfs dahingehend vereinbart, dass der zweite Rang nicht jedem Elternteil mit Anspruch auf Betreuungsunterhalt zukommen sollte, sondern nur noch dem (geschiedenen) Ehegatten, während der Betreuungsunterhaltsanspruch eines nicht mit dem anderen Elternteil verheirateten Elternteils in den dritten Rang zurücktreten sollte.[40]

### c) Neue Situation durch den BVerfG-Beschluss vom 28.02.2007

Ein unerwartetes Hindernis für die Verwirklichung des Koalitionskompromisses trat mit dem Bekanntwerden des den Betreuungsunterhalt betreffenden Beschlusses des BVerfG vom 28.02.2007[41] ein. In diesem Beschluss erklärte das BVerfG die erheblich unterschiedliche Dauer des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt für einen nichtehelichen Elternteil gemäß § 1615l Abs. 2 S. 3 a. F. BGB gegenüber dem eines geschiedenen Elternteil nach § 1570 a. F. BGB (Altersstufenmodell, vgl. oben Abs. 2 S. 1 b) bb) [1]) für unvereinbar mit dem in Art. 6 Abs. 5 GG normierten Gebot der Gleichbehandlung von ehelichen und unehelichen Kindern.

Die benachteiligende Behandlung der Kinder von nicht miteinander verheirateten Eltern erblickte das Verfassungsgericht darin, dass diesen Kindern eine persönliche Betreuung durch den unterhaltsbedürftigen Elternteil wegen der für diesen Elternteil früher einsetzenden Notwendigkeit zur Aufnahme einer außerhäuslichen Erwerbstätigkeit über einen entsprechend kürzeren Zeitraum hinweg zuteil wurde als den Kindern aus geschiedenen Ehen. Eine Rechtfertigung der längeren Unterhaltsberechtigung des geschiedenen Ehegatten mit dem Gedanken der nachehelichen Solidarität, mit dem noch kurz vorher der BGH die Verfassungsmäßigkeit der unterschiedlichen Regelung begründet hatte,[42] hat das BVerfG dezidiert verworfen.[43] Denn der Anspruch auf Betreuungsunterhalt bezwecke, obwohl es sich um einen Anspruch des Elternteils, nicht des Kindes handelt, ausschließlich das Wohl des betreuten Kindes, dessen gedeihliche Entwicklung er zu fördern bestimmt sei.[44] Das BVerfG gab daher dem Gesetzgeber auf, bis zum 31.12.2008 eine Neuregelung zu treffen, die eine gleiche Dauer des Betreuungsunterhaltsanspruchs für geschiedene wie für nicht mit dem Unterhaltsverpflichteten verheiratete Elternteile festlegt; Vorgaben hinsichtlich einer angemessenen Zeitdauer des Anspruchs machte das Gericht nicht.

Für die weitere Behandlung des UÄndG-Entwurfs im Gesetzgebungsverfahren stellte sich nunmehr die entscheidende Frage einer Vereinbarkeit der soeben im Koalitionskompromiss avisierten rangmäßigen Besserstellung des geschiedenen Ehegatten gegenüber dem nicht ehelichen Elternteil hinsichtlich des Betreuungsunterhalts mit dem BVerfG-Beschluss. Eine Unvereinbarkeit hätte im Wesentlichen eine Rückkehr zu der ursprünglich vorgesehenen Regelung einer rangmäßigen Gleichbehandlung beider Unterhaltsansprüche notwendig gemacht. Aus den Reihen der Union wurde die Notwendigkeit eines Abgehens vom Koalitionskompromiss mit der Begründung in Abrede gestellt, dass sich der Beschluss vom 28.02.2007 lediglich auf die Dauer der Ansprüche bezieht, hingegen zu deren Rang keine Aussagen enthält.

Diese Ansicht wurde aber zu Recht als kaum vertretbar bezeichnet, denn Art. 6 Abs. 5 GG verbietet, wie unbestritten ist, auch eine mittelbare Benachteiligung der unehelichen gegenüber den ehelichen Kindern, eine Nachrangigkeit des Anspruchs des nichtehelichen Elternteils im Verhältnis zu dem des geschiedenen Ehegatten hätte aber eine solche Benachteiligung zur Folge gerade für diejenigen Fälle, in denen der Unterhaltsverpflichtete nur

37 Umfassende Darlegung dieser Erwägungen in BT-Drs. (Fn. 34), S. 13 ff.

38 Vgl. den „Bericht aus Berlin", in: NJW 2006, Heft 27, S. VIII.

39 Überblick bei *Peggy Fiebig*, „Bericht aus Berlin", in: NJW 2006, Heft 44, S. VI.

40 Vgl. die Meldung v. 23.03.2007 „Unterhalt für Kinder erstrangig", in: REGIERUNG Online, http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2007/03/2007-03-23-unterhaltsrecht; hierzu auch *Dieter Schwab*, Koinzidenz – Zur gegenwärtigen Lage der Unterhaltsrechtsreform, FamRZ 2007, 1053 (1054).

41 BVerfG NJW 2007, 1735 ff. mit Anm. *Caspary* = FamRZ 2007, 965 ff. m. Anm. *Born*: Zu dem Beschluss eingehend *Christine Budzikiewicz*, Einheitlicher Betreuungsunterhalt bei ehelicher und außerehelicher Kindschaft, NJW 2007, 3536 ff.

42 BGHZ 168, S. 245 (249 ff.) = NJW 2006, 2687 (2688, 2690).

43 BVerfG NJW 2007, 1735 (1738 ff.).

44 Treffend BVerfG (Fn. 43), 1738: „Der Unterhaltspflichtige wird vom Gesetz nicht um des anderen Elternteils willen, sondern wegen des Kindes in Anspruch genommen, damit dieses persönlich von einem Elternteil betreut werden kann."

die Ansprüche des zweiten, nicht aber auch die des dritten Ranges erfüllen könnte.[45]

#### d) Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses und Verabschiedung des UÄndG

Im Laufe der weiteren Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages setzte sich die Ansicht durch, dass der BVerfG-Beschluss vom 28.02.2007 eine Gleichbehandlung des Anspruchs von geschiedenen Ehegatten und nicht ehelichen Elternteilen auf Betreuungsunterhalt auch in rangmäßiger Hinsicht erforderte, weshalb es insoweit bei dem Koalitionskompromiss vom März 2007 nicht bleiben konnte. Der Ausschuss legte daher für den Anspruch auf Betreuungsunterhalt sowohl des geschiedenen Ehegatten als auch der nichtehelichen Mutter die gleiche Mindestdauer von drei Jahren nach der Geburt des Kindes bei Verlängerungsmöglichkeit nach Billigkeit fest. Beide Ansprüche erhielten wieder den gleichen (zweiten) Rang.

Gewissermaßen als Ausgleich für den damit verbundenen Verzicht der Union auf die rangmäßige Besserstellung des geschiedenen Ehegatten wurde aber der Grundsatz der nachehelichen Solidarität wieder stärker betont. Dies geschah vor allem durch Einführung der Möglichkeit einer Verlängerung des Anspruchs des geschiedenen Ehegatten auf Betreuungsunterhalt allein aus ehebedingten Gründen unter besonderer Berücksichtigung der Dauer der Ehe. Diese Fassung des Entwurfs empfahl der Rechtsausschuss dem Bundestagsplenum zur Annahme. In dieser Fassung verabschiedete der Bundestag das UÄndG am 09.11.2007 in zweiter und dritter Lesung. Nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates trat das Gesetz mit dem 01.01.2008 in Kraft.

### 2. Die wichtigsten Änderungen des Unterhaltsrechts im Einzelnen

#### a) Nachehelicher Unterhalt und Unterhalt der nichtehelichen Mutter

##### aa) Eigenart der Neuregelung

Die an den drei Zielen der Stärkung des Kindeswohls, der Betonung des Grundsatzes der nachehelichen Eigenverantwortung und der Vereinfachung des Unterhaltsrechts orientierte Konzeption des Entwurfs der Bundesregierung ist im Wesentlichen Gesetz geworden. Die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommenen Änderungen an dem Entwurf sind zwar durchaus von Bedeutung, haben aber dessen Grundtendenz unberührt gelassen. Umgesetzt worden ist damit auch die Absicht der Initiatoren der Reform, das bisherige Recht nur in Einzelpunkten unter Beibehaltung der tragenden Prinzipien des seit 1977 geltenden Rechts zu ändern.

45 In diesem Sinne auch *Caspary* (Fn. 41), 1741 f.; *Born* (Fn. 41), 973 f.; *Budzikiewicz* (Fn. 41), 3538; zur Problematik *Schwab* (Fn. 40), 1054.

##### bb) Grundsatz

Die Grundsatznorm des § 1569 BGB hat nunmehr den folgenden Wortlaut:

> „Grundsatz der Eigenverantwortung. Nach der Scheidung obliegt es jedem Ehegatten, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Ist er dazu außerstande, so hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nur nach den folgenden Vorschriften."

Die Neufassung bringt wesentlich klarer und deutlicher als der bisherige Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck, dass der Gedanke der nachehelichen Eigenverantwortung den Grundsatz des Rechts des Scheidungsunterhalts bildet, demgegenüber dem Gedanken der nachwirkenden ehelichen Solidarität mit der Folge eines Unterhaltsanspruchs lediglich Ausnahmecharakter zukommt.[46] Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis lag zwar schon dem bisherigen Recht zugrunde, jedoch sprach die alte Fassung des § 1569 BGB nur vom Bestehen eines Unterhaltsanspruchs, also vom Ausnahmetatbestand, während eine Erwähnung des Eigenverantwortlichkeitsgrundsatzes bewusst vermieden wurde.[47] Nunmehr wird dieser Grundsatz schon in der Überschrift herausgestellt und sodann im ersten Satz die Sorge jedes Ehegatten für seinen eigenen Unterhalt als Gegenstand einer Obliegenheit des Gatten bezeichnet. Erst danach behandelt Satz 2 die Durchbrechung des Eigenverantwortlichkeitsgrundsatzes durch das Erfordernis der nachwirkenden Mitverantwortung und damit das Bestehen eines Unterhaltsanspruchs für den Fall der Unfähigkeit des betreffenden Gatten zur eigenen Sorge für seinen Unterhalt, wobei durch Einfügung des Wörtchens „nur" das Enumerationsprinzip der Unterhaltstatbestände hervorgehoben wird.

In der Sache bringt die Fassung des UÄndG damit keine Neuregelung. Gleichwohl muss dem geänderten Wortlaut eine erhebliche Bedeutung als Auslegungsrichtlinie für die einzelnen Unterhaltstatbestände zukommen,[48] wie dies auch den Erwartungen des Gesetzgebers entspricht. Hierbei wird der Ehebedingtheit der Bedürftigkeit des Unterhaltbegehrenden künftig ein größeres Gewicht zukommen müssen, obgleich auch das neue Recht keine absolute Beschränkung des Unterhaltsanspruchs auf den Ausgleich nur ehebedingter Nachteile vorsieht.[49]

##### cc) Betreuungsunterhalt des früheren Ehegatten und der nichtehelichen Mutter

Bei diesen Unterhaltstatbeständen weicht die Gesetz gewordene Fassung wegen der durch den Beschluss des

46 Hierzu die Begründung zu § 1569 BGB-E in: BT-Drs. (Fn. 34), S. 24 f.

47 Vgl. o. II 1 b) aa).

48 Vgl. *Martin Menne*, Die Unterhaltsreform. Der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten, FPR 2005, 323 (326).

49 Die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1569 BGB-E (Fn. 34), S. 25, spricht „vor allem" vom Ausgleich ehebedingter Nachteile.

BVerfG bedingten Änderungen am stärksten vom Regierungsentwurf ab.

#### (1) Mindestdauer bis drei Jahre nach der Geburt des Kindes

Die Mindestdauer des Betreuungsunterhaltsanspruchs sowohl des geschiedenen Ehegatten als auch der nichtehelichen Mutter[50] ist nunmehr in § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB und in § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB übereinstimmend auf einen Zeitraum von drei Jahren nach der Geburt des Kindes festgelegt. Es handelt sich um einen Anspruch auf „zeitlichen Basisunterhalt", der dem betreuenden Elternteil während der ersten drei Lebensjahre des Kindes unbedingt zusteht; eine Erwerbstätigkeit ist dem Elternteil in dieser Zeit schlechthin unzumutbar. Dem – geschiedenen wie nichtehelichen – Elternteil soll dadurch die freie Entscheidung für eine Eigenbetreuung des Kleinkindes ermöglicht werden.[51]

#### (2) Verlängerungsmöglichkeit aus kindbezogenen Gründen

Der Unterhaltsanspruch kann gemäß den §§ 1570 Abs. 1 S. 2, 1615l Abs. 2 S. 4 BGB über das vollendete dritte Lebensjahr des Kindes hinaus verlängert werden, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Diese Verlängerung ist allein aus kindbezogenen Gründen möglich, sie muss also für das Wohl des Kindes erforderlich sein. Dem Kindeswohl ist damit zu Recht der Vorrang vor der nachehelichen Eigenverantwortung eingeräumt. Die Billigkeit ist nicht nur für die weitere Dauer des Unterhaltsanspruchs maßgeblich, sondern – ausweislich der Formulierung „solange und soweit" – auch für die Frage des Umfangs einer dem betreuenden Elternteil zumutbaren Erwerbstätigkeit und damit einer entsprechenden Minderung der Anspruchshöhe. Dadurch soll ein allmählicher Übergang von der bisherigen ausschließlichen Konzentration auf die Kinderbetreuung über die Aufnahme zunächst einer Teilzeitbeschäftigung bis zur Vollerwerbstätigkeit ermöglicht, eine abrupte Verweisung auf eine solche Tätigkeit mithin vermieden werden. In dieser Hinsicht kommt der Berücksichtigung der Belange des Kindes und der bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung gemäß den ebenfalls wörtlich übereinstimmenden §§ 1570 Abs. 1 S. 3[52], 1615l Abs. 2 S. 5 BGB entscheidende Bedeutung zu. Die Kindesbelange können eine Fortdauer des Anspruchs vornehmlich bei einer besonderen Betreuungsbedürftigkeit des Kindes rechtfertigen.[53]

Es sind ferner nur die „bestehenden", also die tatsächlich vorhandenen Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen; ein bloßer Rechtsanspruch auf solche Möglichkeiten reicht nicht aus.[54] Die zu § 1570 i. d. F. des Regierungsentwurfs geäußerte Sorge, die Neuregelung könne zu einem „Zwang zur Fremdbetreuung" führen,[55] erscheint nach der Gesetz gewordenen Fassung, die die Berücksichtigung der Kindesbelange als gleichrangig mit den Betreuungsmöglichkeiten vorschreibt und sie sogar an erster Stelle nennt, kaum noch als begründet.

#### (3) Verlängerungsmöglichkeit aus ehe- bzw. elternbezogenen Gründen

Für den Betreuungsunterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten normiert § 1570 Abs. 2 BGB eine weitere Verlängerungsmöglichkeit. Nach diesem erst vom BT-Rechtsausschuss angefügten Absatz tritt diese Verlängerung dann ein, wenn sie unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht. Die – auch hier nach Maßgabe der Billigkeit – aufgeführten Kriterien sind, anders als die Gründe in Abs. 1, nicht kindbezogen, sondern ehebezogen. Die Vorschrift beruht damit allein auf dem Gedanken der nachehelichen Solidarität, der hier den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit durchbricht. Geschützt werden soll der geschiedene Ehegatte, der während der Ehe nach der vereinbarten Aufgabenverteilung die Kinderbetreuung übernommen hat oder der bei längerer Dauer der Ehe auf den Fortbestand der in der Ehe bestehenden Verhältnisse vertraut hat.

Die aus dieser Verlängerungsmöglichkeit resultierende mittelbare Besserstellung der Kinder aus einer geschiedenen Ehe gegenüber den Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern hielt der Rechtsausschuss mit Art. 6 Abs. 5 GG unter Berufung auf den BVerfG-Beschluss vom 28.02.2007 für vereinbar, da das Gericht dort eine unterhaltsrechtliche Besserstellung des geschiedenen Ehegatten wegen der aus der Aufgabenverteilung während der Ehe sich ergebenden Nachteile für zulässig erklärt hat.[56] Bei dem Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB soll es sich aber, wie der Rechtsausschuss betont, nicht um einen neuen, gegenüber dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt aus dem Abs. 1 des § 1570 BGB selbstständigen Unterhaltsanspruch handeln, sondern um einen bloßen „Annexanspruch" zu diesem Anspruch als „ehespezifische Ausprägung des Betreuungsunterhaltsanspruchs".[57] Dieser Annexanspruch lässt die zeitliche und auch um-

50 Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf vorgeschlagen, den Begriff „Mutter" in § 1615l BGB durch den Begriff „Elternteil" zu ersetzen, um damit die „verbale Diskriminierung" des das Kind betreuenden Vaters, dem nach § 1615l Abs. 4 BGB der Anspruch gegen die Mutter zusteht, zu beseitigen (s. „Bericht aus Berlin", in NJW 2006, Heft 27, S. VIII). Diese Anregung wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren ersichtlich nicht berücksichtigt.

51 So die Begründung der Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses, in: BT-Drs. 16/6980, S. 8, 10.

52 Der Regierungsentwurf hatte nur den jetzigen § 1570 Abs. 1 S. 3 BGB noch ohne die Erwähnung auch der Kindesbelange der bisherigen Fassung des § 1570 a. F. BGB anfügen wollen.

53 BT-Rechtsausschuss (Fn. 51), S. 9.

54 So schon Begründung zu § 1570 Reg.-Entw. (Fn. 34), S. 26.

55 Vgl. die Warnung von *Schwab*, Zur Reform des Unterhaltsrechts, FamRZ 2005, 1417, (1418).

56 BT-Rechtsausschuss (Fn. 51), S. 9, wo BVerfG (Fn. 43), 1739 angeführt wird.

57 BT-Rechtsausschuss (Fn. 51), S. 9.

fangmäßige Reduzierung des Anspruchs des geschiedenen Ehegatten auf Betreuungsunterhalt nach neuem Recht gegenüber der bisherigen Rechtsprechung als weit weniger gravierend erscheinen; insbesondere können dadurch manche Härten vermieden werden.

Für den Betreuungsunterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter scheidet eine Verlängerung aus ehebezogenen Gründen naturgemäß aus. Aus elternbezogenen Gründen ist eine Verlängerung hingegen nicht ausgeschlossen; solche Gründe können vielmehr nach § 1615l Abs. 2 S. 5 BGB berücksichtigt werden, da die dort aufgeführten Gründe der Belange des Kindes und der bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung ausweislich des Wortes „insbesondere" nicht abschließend genannt sind.[58] Als Beispiel führt der Rechtsausschuss zutreffend den Fall einer dauerhaften eheähnlichen Lebensgemeinschaft an, in der ein Partner seine Berufstätigkeit zum Zweck der Kinderbetreuung aufgegeben hat oder in der mehrere Kinder vorhanden sind.

#### dd) Veränderter Stellenwert der „ehelichen Lebensverhältnisse"

Ein weiterer Schwerpunkt der Reform betrifft die Orientierung sowohl der Angemessenheit einer Erwerbstätigkeit des geschiedenen Ehegatten als auch der Höhe und der Dauer des nachehelichen Unterhaltsanspruchs an den ehelichen Lebensverhältnissen. Die entscheidende Bedeutung, die das 1. EheRG diesem Erfordernis zugemessen hatte, bildete, wie dargelegt, einen der Hauptkritikpunkte an der bisherigen Rechtslage.[59] Das neue Recht relativiert diese Bedeutung in beiderlei Hinsicht:

##### (1) Angemessenheit der Erwerbstätigkeit

Bezüglich der Angemessenheit einer nachehelichen Erwerbstätigkeit des Unterhalt verlangenden früheren Ehegatten ist § 1574 BGB neu gefasst worden mit dem Ziel, die Anforderungen an eine (Wieder-) Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach der Scheidung zu erhöhen.[60] An dem Erfordernis der Angemessenheit der Erwerbstätigkeit hält auch die Neufassung fest; der geschiedene Gatte kann also weiterhin grundsätzlich Unterhalt verlangen, wenn ihm zwar die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit subjektiv und objektiv möglich, diese aber nicht als angemessen zu qualifizieren ist. Der neue Wortlaut des § 1574 Abs. 1 BGB betont aber die schon bisher bestehende, jedoch durch die alte Fassung der Vorschrift, wonach der geschiedene Ehegatte nur eine ihm angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben brauchte, verdunkelte Obliegenheit zur Ausübung einer solchen Erwerbstätigkeit. Dem Absatz kommt damit im Wesentlichen eine klarstellende Funktion zu. Eine Rechtsänderung auch in der Sache bringt dagegen der neue § 1574 Abs. 2 BGB mit sich. Bildeten die ehelichen Lebensverhältnisse, denen die Erwerbstätigkeit entsprechen musste, nach der bisherigen Fassung des Absatzes ein positives Erfordernis für die Angemessenheit gleichrangig neben den Merkmalen der Ausbildung, der Fähigkeiten, des Lebensalters und des Gesundheitszustandes des Ehegatten, so bestimmt sich die Angemessenheit nunmehr nur noch nach diesen sich auf die Person des Antragstellers beziehenden Voraussetzungen.

Als weiteres personenbezogenes Merkmal der Angemessenheit nennt § 1574 Abs. 2 S. 1 n. F. BGB, anders als die bisherige Fassung, noch eine frühere Erwerbstätigkeit des Ehegatten, weshalb eine dieser früheren Tätigkeit entsprechende Erwerbstätigkeit grundsätzlich immer angemessen sein soll.[61] Von einer (früheren) Erwerbstätigkeit in diesem Sinne kann sicher nur bei einem über längere Zeit hinweg ausgeübten und die Arbeitskraft hauptsächlich in Anspruch nehmenden Beruf die Rede sein, nicht etwa bei einem bloßen „Studentenjob"; die Gefahr, eine geschiedene Chefarztgattin könne künftig auf eine Arbeit als Kellnerin verwiesen werden, weil sie während ihrer Studentinnenzeit als solche „gejobbt" hat,[62] ist deshalb kaum gegeben.

Der hauptsächliche Unterschied des neuen gegenüber dem bisherigen Recht besteht aber darin, dass das nicht personenbezogene Merkmal der ehelichen Lebensverhältnisse nicht mehr ein die Angemessenheit (mit)konstituierendes Element bildet, sondern gemäß dem letzten Halbsatz des § 1574 Abs. 2 S. 1 BGB als negatives Tatbestandserfordernis die Angemessenheit nur noch wegen Unbilligkeit entfallen lassen kann. Eine nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestehende Unbilligkeit ist damit jetzt als Einwendungstatbestand ausgestaltet, dessen Voraussetzungen der Anspruchsteller dartun muss, während es bisher Sache des den Unterhaltsanspruch bestreitenden früheren Ehegatten war, die Umstände zu behaupten und erforderlichenfalls zu beweisen, aus denen sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen eine Angemessenheit der Erwerbstätigkeit ergab. Die verbleibende Bedeutung der ehelichen Lebensverhältnisse als Unbilligkeitserfordernis soll dem beim Unterhalt begehrenden früheren Ehegatten aufgrund einer nachhaltigen gemeinsamen Ehegestaltung begründeten Vertrauen Rechnung tragen und dessen unangemessenen sozialen Abstieg verhindern.[63] Eine den ehelichen Lebensverhältnissen nicht entsprechende Erwerbstätigkeit lässt hiernach die Obliegenheit zur Aufnahme einer solchen Tätigkeit nicht mehr ohne weiteres entfallen, sondern nur bei einer sich hieraus im Einzelfall ergebenden Unbilligkeit. Die damit erforderliche Prüfung dieser Unbilligkeit stellt die Gerichte fraglos vor eine schwierige Aufgabe.

58 So BT-Rechtsausschuss (Fn. 51), S. 10.

59 S. o. II 1 c.

60 So Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1574, in: BT-Drs. (Fn. 34), S. 26.

61 So Begründung (Fn. 34), S. 27.

62 So das Beispiel von *Schwab* (Fn. 55); vgl. auch *Werner Reinken*, Die Änderung der Zumutbarkeitsanforderungen an die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Reformgesetz, FPR 2005, 502 (504).

63 So Begründung (Fn. 34), S. 27.

### (2) Herabsetzung und zeitliche Begrenzung

Die Möglichkeit, einen an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierten nachehelichen Unterhaltsanspruch herabzusetzen und/oder zeitlich zu begrenzen, ist jetzt in der neu eingefügten Vorschrift des § 1578 b BGB gegenüber der bisherigen Rechtslage erweitert worden. Gesetzestechnisch sind diese Möglichkeiten nunmehr in einer einzigen Vorschrift zusammengefasst mit der Folge einer Streichung der bisherigen §§ 1573 Abs. 5 und 1578 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB. § 1578 b Abs. 1 BGB betrifft die Herabsetzung und Abs. 2 dieses Paragraphen die zeitliche Begrenzung des Anspruchs; Abs. 3 sieht eine Kombination beider Möglichkeiten vor.

Nach § 1578 b Abs. 1 S. 1 BGB ist der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Anspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinsamen Kindes unbillig wäre. Bei der neuen Vorschrift handelt es sich, im Gegensatz zu der bisherigen Kann-Bestimmung des § 1578 Abs. 1 S. 1 a. F. BGB, um eine Ist-Bestimmung, so dass bei vorliegender Unbilligkeit kein Raum mehr für ein richterliches Ermessen verbleibt.

Die Herabsetzung kann ferner schon von Anfang an erfolgen, ohne die nach bisherigem Recht erforderliche Übergangsfrist. Einen bloßen Formulierungsunterschied im Sinne einer Verdeutlichung bedeutet es wohl, wenn der Anspruch nunmehr auf den angemessenen Lebensbedarf „herabzusetzen" ist, während in § 1578 Abs. 1 S. 1 a. F. BGB vorsichtiger nur von einem „Abstellen" auf den angemessenen Lebensunterhalt die Rede war. Die für die Entscheidung über die Unbilligkeit maßgeblichen Umstände werden gegenüber dem bisherigen Recht etwas anders akzentuiert. Im Vordergrund steht die in der „Kinderschutzklausel" des § 1578 b Abs. 1 S. 1 BGB vorgeschriebene Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinsamen Kindes. Dieses Erfordernis wird einer Herabsetzung wie einer weiteren zeitlichen Begrenzung des Betreuungsunterhalts unter die in § 1570 n. F. BGB normierten Grenzen in aller Regel entgegenstehen.[64]

Im Übrigen kommt gemäß § 1578 b Abs. 1 S. 2 BGB der Ehebedingtheit der Nachteile für die Frage der Möglichkeit der Sorge für den eigenen Unterhalt entscheidende Bedeutung zu. Hierin liegt wohl die wichtigste Neuerung gegenüber § 1578 Abs. 1 S. 2 und 3 a. F. BGB, wie auch gegenüber § 1573 Abs. 5 a. F. BGB, die dieses Merkmal nicht ausdrücklich erwähnt haben. Als Umstände, aus denen sich solche Nachteile ergeben können, nennt § 1578 b Abs. 1 S. 3 BGB – nicht abschließend („vor allem") – die Dauer der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes, die Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe und die Ehedauer. Auch der Gesetzgeber des UÄndG hat sich aber nicht dazu entschließen können, die einer Unbilligkeit entgegenstehenden Gründe auf ehebedingte Nachteile zu beschränken und beim Fehlen solcher Nachteile die Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auf den angemessenen Lebensbedarf schlechthin eintreten zu lassen. Ausweislich des Wortes „insbesondere" in § 1578 b Abs. 1 S. 2 BGB können weiterhin auch nicht ehebedingte Nachteile eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung hindern, wofür die Entwurfsbegründung eine eheunabhängige Erkrankung des Ehegatten oder eine allein an der bestehenden Arbeitsmarktlage scheiternde Erwerbstätigkeit als Beispiele nennt.[65] Grund für die Berücksichtigung auch nicht ehebedingter Merkmale, für deren Gewicht es maßgeblich auf die Dauer der Ehe ankommen soll, ist wiederum der Gesichtspunkt der nachehelichen Solidarität.

Die stärkere Betonung des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit der geschiedenen Ehegatten in § 1569 n. F. BGB sowie die Hervorhebung der ehebedingten Nachteile in § 1578 b Abs. 1 S. 2 und 3 BGB erfordern jedoch künftig eine stärkere Zurückhaltung bei der Zuerkennung des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen aus nicht ehebedingten Gründen. Gestärkt wird die Position des Unterhaltsgläubigers durch die sich aus § 1578 b Abs. 1 und Abs. 2 BGB ergebende Beweislastverteilung, wonach der Unterhaltspflichtige die eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung begründenden Tatsachen dartun muss und erst dann der Unterhaltsberechtigte entgegenstehende Umstände zu behaupten und zu beweisen hat.

Die Voraussetzungen für eine zeitliche Begrenzung der Unterhaltsansprüche gemäß dem ebenfalls als Ist-Vorschrift ausgestalteten § 1578 b Abs. 2 BGB sind die gleichen wie die für eine Herabsetzung normierten. Einem im Schrifttum unter Hinweis auf ausländische Rechte gemachten Vorschlag, die Dauer der Unterhaltsansprüche generell zu begrenzen,[66] ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Die Möglichkeit der zeitlichen Begrenzung besteht jetzt, anders als nach § 1573 Abs. 5 a. F. BGB, nicht nur für den Erwerbslosigkeits- und den Aufstockungsunterhalt, sondern für alle Unterhaltstatbestände.

Die Billigkeitsvorschrift des § 1578 b BGB ist rein objektiv ausgestaltet. Ein eheliches Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten ist deshalb bei der Ermittlung der Unbilligkeit nicht zu berücksichtigen.[67]

Die Änderungen in der negativen Härteklausel des § 1579 BGB bringen gegenüber der bisherigen Handhabung die-

64 Vgl. Begründung (Fn. 34), S. 31: „kommt […] nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht"; auch *Helmut Büttner*, Die Härteklauseln (§§ 1578 b, 1579 BGB) im geplanten Unterhaltsrecht, FamRZ 2007, 773 (774).

65 Begründung (Fn. 34), S. 32.

66 So *Heinrich Schürmann*, Generelle Befristung des nachehelichen Unterhalts – eine überfällige Reform?, FPR 2005, 492 (495 ff.).

67 Begründung (Fn. 34), S. 31.

ser Vorschrift und durch die Praxis nichts grundlegend Neues. Die Neufassung von Nr. 1, wonach die Zeit der Kindesbetreuung der Ehedauer nicht mehr gleichsteht, sondern nur noch zu berücksichtigen ist, trägt der zu der alten Fassung ergangenen Rechtsprechung des BVerfG[68] Rechnung. Der unter Nr. 2 neu eingefügte Versagungs-, Herabsetzungs- oder Begrenzungsgrund des Lebens des Berechtigten in einer verfestigten Lebensgemeinschaft[69], wodurch die bisherigen Nummern 2–7 zu den Nummern 3–8 geworden sind, beruht im Wesentlichen auf der diesbezüglichen Rechtsprechung zu Nr. 7 a. F., die durch die Ausgestaltung zu einem selbstständigen Grund der groben Unbilligkeit entlastet werden soll.[70]

#### ee) Rang

Die umfassende Neuregelung der Rangfolge der Unterhaltsberechtigten kann neben den Veränderungen beim Anspruch auf Betreuungsunterhalt als die zweite substantielle und praktisch sehr bedeutungsvolle Reform durch das UÄndG bezeichnet werden.[71] In gesetzessystematischer Hinsicht ist der Rang der Unterhaltsansprüche aller kraft Gesetzes Unterhaltsberechtigten, also des jetzigen und des früheren Ehegatten, des nicht ehelichen Elternteils und der Verwandten des Unterhaltspflichtigen, nunmehr in einer einzigen Vorschrift, dem § 1609 n. F. BGB statt wie bisher in § 1582 a. F. BGB einerseits und dem § 1609 a. F. BGB andererseits geregelt, was den Überblick wesentlich erleichtert. § 1582 n. F. BGB verweist daher für den Rang des geschiedenen Ehegatten nur noch auf den § 1609 n. F. BGB.

Die völlig neu gefasste Vorschrift des § 1609 BGB ordnet die Unterhaltsberechtigten für den Fall nicht ausreichender Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen in sieben Rangstufen ein. Der erst Rang kommt jetzt allein den minderjährigen unverheirateten und den diesen nach § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB gleichgestellten Kindern zu (§ 1609 Nr. 1 BGB). Der nach bisherigem Recht bestehende Gleichrang des geschiedenen Ehegatten mit diesen Kindern[72] ist damit entfallen. Dieser absolute Vorrang des Kindesunterhalts, der im Gesetzgebungsverfahren unbestritten war, rechtfertigt sich damit, dass die betreffenden Kinder, im Gegensatz zu allen sonstigen Unterhaltsberechtigten, schon generell zur Sorge für ihren eigenen Unterhalt nicht imstande sind.

Die im zweiten Rang Unterhaltsberechtigten bestehen aus zwei Gruppen. Die erste Gruppe bilden diejenigen Elternteile, die einen Anspruch auf Betreuungsunterhalt haben oder im Fall der Scheidung hätten (Nr. 2 Hs. 1). Dieses bedeutet in mehrfacher Hinsicht eine Änderung des bisherigen Rechts.

Einmal steht jetzt der neue Ehegatte eines geschiedenen Unterhaltspflichtigen, der im hypothetischen Scheidungsfall gegen den Pflichtigen einen Betreuungsunterhaltsanspruch hätte, dem betreuungsunterhaltsberechtigten früheren Ehegatten rangmäßig gleich, während gemäß § 1582 Abs. 1 S. 2 a. F. BGB der auf Betreuungsunterhalt gerichtete Anspruch des früheren Gatten jedem Unterhaltsanspruch des neuen Gatten vorging. Mit dieser Gleichstellung hat der Gesetzgeber eine in weiten Kreisen als besonders ungerecht beurteilte Regelung des 1. EheRG richtigerweise beseitigt.

Gleichrang genießen ferner – und hierin besteht die weitere Neuerung – die auf Betreuungsunterhalt gerichteten Ansprüche von „Elternteilen“. Es kommt mithin nicht mehr darauf an, ob es sich bei der Verbindung des Unterhaltspflichtigen mit dem (der) Unterhaltsberechtigten, der das zu betreuende gemeinsame Kind entstammt, um eine eheliche oder eine nicht eheliche Verbindung handelt bzw. gehandelt hat; eheliche wie nicht eheliche Elternteile genießen hinsichtlich ihres bestehenden oder hypothetischen Anspruchs auf Betreuungsunterhalt aus § 1570 oder aus § 1615 l Abs. 2 S. 2 BGB den gleichen Rang. Diese Gleichstellung bildete, wie dargelegt,[73] einen der Hauptstreitpunkte im Gesetzgebungsverfahren; gegen den schließlich aufgrund des BVerfG-Beschlusses vom 28.02.2007 gescheiterten Versuch der Union, den nicht ehelichen Elternteil erst im dritten Rang einzustufen, wurde zu Recht eingewandt, dass das Kind selbst, zu dessen Gunsten der Anspruch auf Betreuungsunterhalt letztlich besteht, nichts dafür kann, dass seine Eltern nicht verheiratet sind oder waren.

Die andere im zweiten Rang stehende Gruppe von Unterhaltsberechtigten besteht aus Ehegatten oder geschiedenen Ehegatten bei einer Ehe von langer Dauer. Der (wirkliche oder hypothetische) Unterhaltsanspruch dieser Ehegatten beruht hier auf anderen Unterhaltstatbeständen als dem privilegierten Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, diese Schwäche wird aber durch die lange Ehedauer ausgeglichen, wobei unter dieser Voraussetzung auch insoweit der gegenwärtige Ehegatte einem früheren gleichsteht. Mit dieser Regelung soll in den traditionellen Alleinverdienerehen das Vertrauen des haushaltsführenden Ehegatten auf den Fortbestand seiner materiellen Absicherung geschützt werden.[74] Auf eine zeitmäßige Bestimmung des Erfordernisses der „langen Dauer“ der Ehe hat der Gesetzgeber wegen der Verschiedenheit der Umstände des Einzelfalls bewusst verzichtet. Die Verweisung auf § 1578 b Abs. 1 S. 2 und 3 BGB in dem vom BT-Rechtsausschuss angefügten letzten Halbsatz von Nr. 2 soll aber die für die Annahme einer langen Ehedauer maßgeblichen Umstände näher erläutern.

68 Vgl. BVerfGE 80, S. 286 (296).

69 Zu den sich hieraus ergebenden zahlreichen Problemen *Büttner* (Fn. 64), 776 f.

70 Begründung (Fn. 34), S. 35.

71 *Schwab* (Fn. 55), 1421, erblickt hierin zu Recht „die eigentliche Revolution des [damaligen] Entwurfs“.

72 Vgl. o. II 1 b) ee.

73 Vgl. o. III 1 b) – c).

74 Vgl. Begründung zu § 1609 des Regierungsentwurfs (Fn. 34), S. 20 f., und zur Fassung des Rechtsausschusses (Fn. 51), S. 10.

Der eingeführte Nachrang des früheren Ehegatten gegenüber den jetzt nach § 1609 Nr. 1 BGB bevorrechtigten Kindern wird wegen behaupteter daraus resultierender steuerlicher Nachteile kritisiert. Da gemäß § 10 Nr. 1 EStG nur Unterhaltsleistungen an den geschiedenen Ehegatten, nicht aber an ein Kind abzugsfähige Sonderausgaben des Pflichtigen darstellen, die nach § 22 Nr. 1 a EStG sonstige Einkünfte des Berechtigten sind (Realsplitting), könne sich bei Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen für den Kindesunterhalt das für die Erbringung der Unterhaltsleistung verfügbare Nettoeinkommen des Pflichtigen entsprechend mindern mit der Folge einer tatsächlichen Schlechterstellung auch des Kindes. Über die Tragweite dieser Auswirkungen gehen die Ansichten auseinander. Sollten aufgrund der Erfahrungen bei der Anwendung des neuen Rechts schwerwiegende Nachteile zu verzeichnen sein, so müsste allerdings der Gesetzgeber reagieren. Dies sollte nicht durch eine Rückkehr zum alten Rechtszustand im Unterhaltsrecht geschehen, sondern durch eine diesbezügliche Reform des Einkommensteuerrechts.[75]

Im dritten Rang stehen nach Nr. 3 die nicht unter Nr. 2 fallenden Ehegatten und geschiedenen Ehegatten. Dieser Rang kommt also denjenigen (früheren) Ehegatten zu, deren Unterhaltsansprüche nicht auf Betreuungsunterhalt gerichtet sind und deren Ehe auch nicht von langer Dauer war.

Im vierten Rang stehen die nicht unter Nr. 1 fallenden Kinder des Unterhaltspflichtigen, im fünften dessen Enkelkinder und weitere Abkömmlinge, im sechsten die Eltern und im siebten weitere Verwandte der aufsteigenden Linie, wobei die näheren den entfernteren vorgehen. Aus dem Vorrang jedes unterhaltsberechtigten früheren Ehegatten gegenüber den erst im vierten Rang stehenden volljährigen nicht nach § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB privilegierten Kindern und den minderjährigen verheirateten Kindern können sich Härten ergeben, wenn sich diese Kinder noch in der Ausbildung befinden.

### b) Kindesunterhalt

Im Recht des Kindesunterhalts besteht die wichtigste Reform in der bereits im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt behandelten Zuerkennung des alleinigen ersten Rangs für den Unterhaltsanspruch des Kindes. Weitere Änderungen, die hier nur summarisch dargelegt werden sollen, betreffen die Art der Unterhaltsgewährung, den Mindestunterhalt für ein minderjähriges Kind und die Anrechnung des Kindergeldes.

#### aa) Art der Unterhaltsgewährung

Nach dem unverändert gebliebenen § 1612 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Verwandtenunterhalt grundsätzlich durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren. Handelt es sich um die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihrem unverheirateten Kind, so können die Eltern gemäß dem nur marginal geänderten § 1612 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit der Unterhalt im Voraus gewährt werden soll, sofern auf die Belange des Kindes die gebotene Rücksicht genommen wird. Die Ersetzung des bisher verwendeten Wortes „wobei“ in der bisherigen Fassung des letzten Halbsatzes durch das Wort „sofern“ soll klarstellen, dass die Bestimmung der Eltern nur bei Rücksichtnahme auf die Belange des Kindes wirksam ist.

Nach dem bisherigen Satz 2 des § 1612 Abs. 2 BGB konnte das Familiengericht auf Antrag des Kindes die elterliche Bestimmung ändern. Aufgrund dieser Regelung war umstritten, ob dieses Verfahren vor dem Familiengericht die einzige Möglichkeit einer Änderung der elterlichen Bestimmung bildete, oder ob auch das für einen Unterhaltsrechtsstreit zwischen Eltern und Kind zuständige Prozessgericht eine Änderung vornehmen konnte. Zwecks Lösung dieses Problems hat das UÄndG das Änderungsverfahren vor dem Familiengericht durch Streichung von § 1612 Abs. 2 S. 2 a. F. BGB beseitigt; über die Wirksamkeit der von den Eltern getroffenen Bestimmung entscheidet nunmehr allein das Prozessgericht innerhalb des Unterhaltsrechtsstreits.[76]

#### bb) Mindestunterhalt minderjähriger Kinder

In dem völlig neu gefassten § 1612 a BGB wird ausdrücklich ein Mindestunterhalt des minderjährigen Kindes gegenüber einem Elternteil festgelegt, mit dem es nicht in einem Haushalt lebt. Nach der bisherigen Fassung des § 1612 a BGB stand einem solchen Kind gegen den Elternteil ein Unterhaltsanspruch in Höhe eines Vomhundersatzes des jeweiligen Regelbetrages nach der Regelbetrag-Verordnung zu. Es bestand Einigkeit, dass die sich hieraus ergebenden Unterhaltsbeträge den wirklichen Mindestbedarf des Kindes keineswegs deckten.[77] Als Mindestunterhalt wurde bisher die in § 1612 b Abs. 5 a. F. BGB festgelegte Unterhaltshöhe von 135 % des Regelbetrages nach der Regelbetrag-Verordnung angesehen, wonach eine Anrechnung des Kindergeldes auf den zu leistenden Barunterhalt unterbleiben musste, wenn der Unterhaltspflichtige zur Unterhaltsleistung in Höhe dieses Prozentsatzes nicht imstande war.[78]

§ 1612 a BGB in der Fassung des UÄndG beschreitet demgegenüber völlig neue Wege. Maßgeblich sind nicht mehr die Regelbeträge der Regelbetrag-Verordnung, die samt ihrer Ermächtigungsgrundlage aufgehoben worden ist. Vielmehr orientiert sich der in der Vorschrift festgelegte Mindestunterhalt an dem Kinderfreibetrag gemäß § 32 Abs. 6 EStG, wodurch gleichzeitig die vom BVerfG angemahnte größere Normenklarheit der §§ 1612 a, 1612 b

75 So richtig *Siegfried Willutzki*, Die neue Rangfolge im Unterhaltsrecht – ein Beitrag pro Reform, FPR 2005, 505 (506).

76 Vgl. Begründung zu § 1612 des Regierungsentwurfs (Fn. 34), S. 46 f.

77 S. *Lore-Maria Peschel-Gutzeit*, Kritische Überlegungen zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts, ZRP 2005, 177 f.

78 Vgl. BGH NJW 2003, 1112 (1114).

BGB[79] erreicht werden soll. Der Mindestunterhalt richtet sich jetzt nach dem doppelten Kinderfreibetrag des § 32 Abs. 6 S. 1 EStG. Der monatliche Betrag errechnet sich nach den in § 1612a Abs. 1 S. 3 Nr. 1–3 n. F. BGB für die drei dort normierten Altersstufen festgelegten Prozentsätzen aus einem Zwölftel des doppelten Kinderfreibetrages. Die drei Altersstufen sind aus § 1612a Abs. 3 a. F. BGB übernommen worden. Die Prozentsätze belaufen sich auf 87 % (265 Euro) für die erste, 100 % (304 Euro) für die zweite und 117 % (356 Euro) für die dritte Altersstufe. Die Maßgeblichkeit von einem Zwölftel des Kinderfreibetrages ergibt sich daraus, dass das Einkommensteuerrecht den Kinderfreibetrag als Jahresbetrag festlegt, während der Barunterhalt nach § 1612 Abs. 3 S. 1 BGB monatlich im Voraus zu zahlen ist.

#### cc) Einfluss des Kindergeldes auf den Unterhaltsbedarf

Der Anspruch auf Kindergeld steht zwar den Eltern bzw. Elternteilen zu, das Kindergeld ist aber seinem wirtschaftlichen Zweck nach für das Kind bestimmt. Der Bezug von Kindergeld muss daher einen Einfluss auf die Höhe des von den Eltern oder einem Elternteil zu leistenden Barunterhalts haben. Nach der bisherigen äußerst komplizierten Regelung in § 1612b a. F. BGB war das Kindergeld, das nur einer Person gewährt wird, grundsätzlich derjenigen, die das Kind in ihren Haushalt aufgenommen hat (§ 3 Abs. 2 S. 1 BKGG), also i. d. R. dem nach § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB zur Kindesbetreuung verpflichteten Elternteil, im Verhältnis der beiden Elternteile in der dort näher bestimmten Weise anzurechnen. Die Anrechnung gemäß § 1612b Abs. 5 a. F. BGB unterblieb, soweit der barunterhaltspflichtige Elternteil außerstande war, Unterhalt in Höhe von 135 % des Regelbetrags nach der Regelbetrag-Verordnung zu leisten.

Demgegenüber schreibt jetzt der völlig neu gefasste § 1612b BGB in Abs. 1 vor, dass das auf das Kind entfallende Kindergeld zur Deckung des Barbedarfs des Kindes zu verwenden ist und zwar zur Hälfte, wenn nur ein Elternteil barunterhaltspflichtig, der andere hingegen nach § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB zur Kindesbetreuung verpflichtet ist (S. 1 Nr. 1), in allen anderen Fällen in voller Höhe (S. 1 Nr. 2). In diesem anzurechnenden Umfang mindert das Kindergeld den Barbedarf des Kindes (§ 1612b Abs. 1 S. 2 BGB). Das Kind ist damit insoweit weniger unterhaltsbedürftig mit der Folge einer entsprechenden Minderung der Unterhaltspflicht des barunterhaltspflichtigen Elternteils. Hierdurch entfällt der nach bisherigem Recht bestehende Anrechnungsmodus zwischen den Elternteilen. Die Minderung der Barunterhaltspflicht gegenüber dem Kind erhöht entsprechend die Aussichten des jetzt im zweiten Rang stehenden geschiedenen Ehegatten (§ 1609 Nr. 2 BGB) auf Befriedigung seines Unterhaltsanspruchs, wobei die diesbezüglichen Unterhaltsleistungen bei einem Barunterhaltspflichtigen Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG und beim Unterhaltsberechtigten sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 1a EStG bilden, sich mithin die Vorteile des Realsplittings auswirken.[80]

## IV. Beurteilung

Das UÄndG hat das Recht des nachehelichen Unterhalts und des Kindesunterhalts keineswegs revolutioniert, was auch nicht Absicht des Gesetzgebers war. Das nacheheliche Unterhaltsrecht beruht weiterhin auf den vom 1. EheRG geschaffenen Grundlagen. Für die Begründung eines Unterhaltsanspruchs bleibt es bei dem System der Einzeltatbestände und diese Tatbestände bestehen nach Zahl und Art alle fort. Auch die Unterhaltshöhe richtet sich grundsätzlich weiterhin nach den ehelichen Lebensverhältnissen.

Entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung einer nur punktuellen Rechtsänderung lässt sich der Charakter der Reform bestimmen als eine veränderte Akzentsetzung innerhalb des gleich bleibenden Systems.[81] Das UÄndG tariert das dem Geschiedenenunterhaltsrecht immanente und im Rahmen eines verschuldensunabhängigen Scheidungsrechts auch nicht völlig auflösbare Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der nachehelichen Eigenverantwortlichkeit und dem Erfordernis der nachehelichen Solidarität in gewisser Weise zugunsten des Eigenverantwortlichkeitsgrundsatzes neu aus. Dabei ist nochmals hervorzuheben, dass dieser Grundsatz – entgegen dem zuweilen in der Tagespresse vermittelten Eindruck[82] – nicht etwa vom UÄndG neu eingeführt worden ist, er vielmehr schon dem bisherigen Unterhaltsrecht zugrunde gelegen hat und im neuen Recht nur deutlicher herausgestellt wird. Das Ziel der Reform besteht lediglich in der Behebung mehr oder weniger offenkundiger und auch kaum ernsthaft bestrittener Schwächen des alten Rechts.

In den bisherigen Reaktionen auf die Rechtsänderung ist vor allem die Sorge vor einer dramatischen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage derjenigen Ehefrauen laut geworden, die während der Ehe den Haushalt geführt und die gemeinsamen Kinder betreut haben und nach der Scheidung weiterhin betreuen und nunmehr aufgrund der Reform von heute auf morgen vor dem finanziellen Nichts stehen könnten. Diese Sorge sollte auch keineswegs bagatellisiert werden, die diesbezüglichen Gefahren können aber bei entsprechend behutsamer Anwendung

79 BVerfGE 108, S. 52 (74 ff.).

80 Vgl. Begründung zu § 1612b des Regierungsentwurfs (Fn. 34), S. 55.

81 Es trifft daher nicht zu, wenn in dem Artikel von *Sandra Kegel*, Gattin adé, scheiden tut weh, in der Beilage „Bilder und Zeiten" der *FAZ* Nr. 22 v. 26.01.2008, S. 21, von einem „Paradigmenwechsel" die Rede ist; mit ähnlicher Tendenz auch der Artikel von *Barbara Schmid*, Kein Cent mehr für die Ex, in: *DER SPIEGEL* Nr. 3 v. 14.01.2008, S. 30.

82 Diesen Eindruck vermittelt etwa der vorgenannte *FAZ*-Artikel (Fn. 81).

des neuen Rechts durchaus bewältigt und gravierende Härten auf diese Weise vermieden werden.

Hinzuweisen ist hierbei vor allem auf die Gesetz gewordene Fassung des § 1570 BGB, dessen Abs. 1 Satz 2 eine Verlängerung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit ermöglicht, sowie auf den Annexanspruch des Abs. 2. Nach dem unverändert gebliebenen § 1571 BGB kann sich ferner weiterhin an den erloschenen Anspruch auf Betreuungsunterhalt der Anspruch auf Altersunterhalt anschließen. Schließlich kommt gemäß § 1609 Nr. 2 BGB nicht nur dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt, sondern auch einem sonstigen nachehelichen Unterhaltsanspruch bei einer Ehe von langer Dauer der zweite und nicht der dritte Rang zu.

Ob sich die Reform insgesamt bewährt, wird erst die Handhabung der neuen Vorschriften, insbesondere die Ausfüllung der zahlreichen Billigkeitserfordernisse, durch die künftige Praxis zeigen. Die sich dabei fraglos stellenden schwierigen Detailprobleme können aber unter Berücksichtigung der schützenswerten Belange sowohl des Unterhaltsberechtigten als auch des Unterhaltsverpflichteten angemessen gelöst werden, sofern eine solche Lösung überhaupt allein durch das privatrechtliche Unterhaltsrecht erfolgen kann. Unverzichtbar sind deshalb weitere flankierende Maßnahmen auf dem Gebiet des Steuerrechts und des Sozialrechts.