

## Die „neue Beziehung“ des Ex-Gatten als Unterhaltsausschlussgrund?

### Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht

*Mirjam Helg* \*

#### I. Grundlagen

„Zuneigung allein ist nicht genug zum Heiraten;  
heiraten ist eine Sache für vernünftige Menschen.“  
Th. Fontane, Meine Kinderjahre

##### 1. Einführung in Fragestellung und Methode

In Deutschland bejaht die ganz h.M. die Verwirkung von nachehelichem Unterhalt, wenn der Berechtigte nach Beendigung der Ehe eine nichteheliche Lebensgemeinschaft (neLG) mit einem neuen Partner eingeht – sofern dabei bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Ist diese Einschätzung richtig? Es entsteht der Eindruck, dass eher aus ideologisch-religiösen Vorstellungen heraus und in Verkennung soziologisch-psychologischer Erkenntnisse und weniger auf der Basis von durchdachten Konzeptionen argumentiert wird.

Wie kann ein Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen Abhilfe schaffen?

Der Rechtsvergleich gehört zwar nicht zu den klassischen Auslegungsmethoden, ist aber insbesondere als Rechtsfindungs- und -weiterentwicklungsmethode nicht neu, sondern spielte in der Rechtsgeschichte aller Länder immer wieder eine herausragende Rolle. Grundsätzlich kann nämlich davon ausgegangen werden, dass sich fremde Rechtsordnungen mit denselben Problemen konfrontiert sehen, wenn sie neuen gesellschaftlichen Entwicklungen gegenüber stehen. Der Blick über die nationalen Grenzen hinaus bietet in erster Linie Anregungen zu Grundsatzdiskussionen.

Die vorliegende Arbeit begibt sich auf die Suche nach Unterhaltskonzeptionen, die eine Verwirkung von Unterhalt bei Eingehen einer neLG rechtfertigen.

Da Rechtsvergleichung kein Selbstzweck bleiben soll, führte erst die detaillierte Auseinandersetzung mit diversen Rechtsordnungen Europas zur konkreten Wahl der zu vergleichenden Länder.

Aufgrund ihres beschränkten Umfangs beschäftigt sich die vorliegende Arbeit nur mit dem *nachehelichen* Eingehen einer neuen Partnerschaft durch den *Unterhaltberechtigten* und lässt Vereinbarungen zwischen den Parteien außer Acht.

Die Untersuchung beginnt mit einer kurzen rechtsvergleichenden Suche nach einer Definition von „neLG“ und den relevanten soziologischen Erkenntnissen. Anschliessend

---

\* Die Verfasserin ist Juristin und Psychologin mit Abschlüssen von den Universitäten Zürich und München. Sie ist Geschäftsführerin der Stiftung für humanwissenschaftliche Grundlagenforschung und Mitarbeiterin am Collegium Helveticum, einem interdisziplinären, von der ETH und der Universität Zürich gemeinsam getragenen Forschungsinstitut.

werden diverse Legitimationsansätze je als theoretische Konzeption präsentiert und im Rahmen einer Beurteilung die Übertragung auf das deutsche System diskutiert. Relevante Argumente aus der in Deutschland bekannten Diskussion werden an der konzeptionell passenden Stelle miteingebracht.

## 2. Definition von „neLG“

Die meisten Staaten haben die neLG nicht rechtlich erfasst<sup>1</sup> und kennen auch keine gesetzliche Definition. Inhaltlich scheint aber keine Rechtsordnung wesentlich von folgender Definition abzuweichen: Eine neLG ist „eine nach Art der Ehe eingerichtete Geschlechts-, Wohnungs- und Wirtschaftsgemeinschaft zweier Personen verschiedenen Geschlechts“. <sup>2</sup> Oft wird zusätzlich eine innige Verbundenheit gefordert.<sup>3</sup>

Diese Kriterien dürfen nicht je als zwingend betrachtet werden. Sonst ist die Abgrenzung nach „oben“ – also zur Ehe – problematisch: An die Anerkennung einer neLG würden höhere Anforderungen als an eine Ehe gestellt – abgesehen von Eehindernissen und einer Unterschrift vor dem Zivilstandsbeamten. Letztere ist bei nichtehelichen Lebenspartnern in Deutschland eh nur für gleichgeschlechtliche Paare überhaupt möglich.<sup>4</sup> In Rechtsprechung und Literatur aller Länder finden sich aber viele Kriterien und Indizien zur Abgrenzung nach „unten“, also zu einer schlichten Wohngemeinschaft.<sup>5</sup>

Nach der Vertiefung in die Literatur zur neLG in diversen Rechtsordnungen muss man mit *Verschraegen* zum Schluss kommen, dass „der Versuch einer Begriffsbestimmung [zumindest noch] sinnlos“<sup>6</sup> ist. Es ist sachgerechter, von den soziologischen Verhältnissen auszugehen und aufgrund von Resultaten Analogien oder Definitionen je nach der Zielsetzung des jeweiligen Gesetzes zu verwenden. Mit dem schweizerischen Bundesgericht muss gefordert werden, dass die „gesamten Umstände des Zusammenlebens“ gewürdigt werden, um die Qualität einer Lebensgemeinschaft zu beurteilen.<sup>7</sup>

In den USA – und ansatzweise auch in der Schweiz<sup>8</sup> – findet sich die Regelung, dass die Beweislast für das Bestehen einer neLG dem Verpflichteten übertragen ist, bei Vorliegen

---

<sup>1</sup> Ausn. z.B. div. Staaten Australiens.

<sup>2</sup> Definition des österreichischen Obersten Gerichtshofs, Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (EFSIlg), 29.651, 38.825.

<sup>3</sup> Steffen, Thomas, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft in England und Deutschland: Rechtsprobleme während ihres Bestehens*, Diss., Bonn 1991, 39.

<sup>4</sup> Im Gegensatz zur Registrierungsmöglichkeit auch für heterosexuelle Paare in den Niederlanden, in einzelnen Regionen Spaniens, usw.

<sup>5</sup> Z.B. für Deutschland das Urteil des XII. Zivilsenat des BGH vom 20.03.02 (ZR 159/00); für Österreich zusammenfassend Gimpel-Hinteregger, Monika, *Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft*, in: Harrer, Friedrich/Zitta, Rudolf (Hrsg.), *Familie und Recht*, Wien 1992, 633-646, 635 f. m.w.H.; übersichtlich für Frankreich Autem, in: Dekeuwer-Défossez (Hrsg.), *Droit des personnes et de la famille*, Loseblattsammlung, Paris 2000 ff., Nr. 377-9 bis 377-24.

<sup>6</sup> Verschraegen, Bea, „Samenleven Buiten Huwelijk“, „Cohabitation“ oder die „nichteheliche ebensgemeinschaft“ in niederländischer, englischer und österreichischer Theorie und Praxis, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV) 1983, 85-141, 139.

<sup>7</sup> BGE 118 II 235 E. 3b, 238.

<sup>8</sup> Hausheer, Heinz/Spycher, Annette, *Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht*, Ergänzungsband zum Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2001, 193 ff., Rz 10.16 ff.: Bei 5-jähriger neLG werden eheähnliche Vorteile vermutet.

bestimmter Kriterien aber eine Beweislastumkehr vorgesehen wird<sup>9</sup>; eine solche Praxis wird von deutschen Gerichten bis anhin abgelehnt.<sup>10</sup>

Zur Terminologie muss Folgendes angemerkt werden: Es existiert eine Vielzahl von Ausdrücken, die aber für unsere Fragestellung jeweils keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen.<sup>11</sup> Im deutschsprachigen Raum sind v.a. die Begriffe „Konkubinats“, „eheähnliche Gemeinschaft“ und „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ gebräuchlich. Im Folgenden wird der Einfachheit halber jeweils nur der Begriff „neLG“ verwendet, weil dieser am ehesten wertneutral ist.

Zum „Recht der neLG“ muss an dieser Stelle der wichtige Hinweis gemacht werden, dass in keinem der untersuchten Länder ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf Unterhalt zwischen Lebenspartnern vorgesehen ist.<sup>12</sup>

### 3. Rechtssoziologische Erkenntnisse

Aus den zahlreichen soziologischen und psychologischen Untersuchungen und Statistiken zum Phänomen der neLG werden hier nur diejenigen zitiert, die für die vorliegende Arbeit von besonderer Bedeutung sind:

Bekanntlich stiegen die allgemeine Lebenserwartung und der durchschnittliche Geldmittelverbrauch seit Einführung der heute geltenden Gesetze massiv an.

Im April 2002 sollen in Deutschland<sup>13</sup> 2.276.000 Personen in neLG gelebt haben<sup>14</sup>; es kann also von einem Massenphänomen gesprochen werden.

Bereits 1981 äußerten sich 90% der unter 30-Jährigen positiv zur neLG als „Ehe auf Probe“<sup>15</sup>; 1989 waren es 50% der Gesamtbevölkerung, welche die neLG ganz allgemein als „gut“ empfanden und nur 27% lehnten sie ab<sup>16</sup>. Sehr deutlich zeigte sich, dass die positiven Äußerungen mit zunehmendem Alter der Befragten abnahm.<sup>17</sup> Die soziale Akzeptanz kann schon heute als sehr hoch gelten<sup>18</sup> und steigt offenbar weiter stark an.

<sup>9</sup> Praxis zu den principles des American Law Institute in den USA, zit. nach Hinderling, Regula, *Verschulden und nahehehlicher Ehegattenunterhalt*, Diss., Basel u.a. 2001, 137.

<sup>10</sup> Ausführlich und m.w.H. Seseke, Christoph, *Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den Ehegattenunterhalt*, München 1996, 125 ff.

<sup>11</sup> Z.B. Aufzählung der in Frankreich verwendeten Ausdrücke bei Seseke, (Anm. 11), 21 ff.

<sup>12</sup> Hier von Bedeutung insbes.: Stüntzing, Heike, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft und rechtliche Regelung – ein Widerspruch?*, Diss., Berlin 1992, 228 ff. und Schreiber, Christiane, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, München 1995, 126 f., Rdnr. 458 für Deutschland; Djalinos, Ingrid, *Die eheähnliche Gemeinschaft und ihre Bedeutung in Österreich*, in: Frank, Richard (Hrsg.), *Die eheähnliche Gemeinschaft in Gesetzgebung und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz*, Basel 1986, 35-49, 39 für Österreich; Autem, (Anm. 6), Nr. 377-54 u. 377-60 für Frankreich; Pulver, Bernhard, *Unverheiratete Paare*, Basel 2000, 50 für die Schweiz; Pittrof, Ute, *Unterhalt trotz neuer Partnerschaft?*, Diss., Frankfurt a.M. 2000, 98 f. für Italien.

<sup>13</sup> Prozentual ähnlich auch in anderen Ländern der EU: Vogel, zit. nach Glatzer, Wolfgang, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften*, Wiesbaden 1997, Tab. S. 24.

<sup>14</sup> Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2003, [http://www.destatis.de/download/jahrbuch/stjb\\_2.pdf](http://www.destatis.de/download/jahrbuch/stjb_2.pdf) (besucht am 17.05.04)

<sup>15</sup> Studie des Emnid Instituts von 1985, zit. nach Stich, Jutta, *„Spätere Heirat nicht ausgeschlossen...“ – Vom Leben ohne Trauschein*, in: Deutsches Jugendinstitut (Hrsg.), *Wie geht's der Familie?*, München 1988, 154-162, 160.

<sup>16</sup> Noelle-Neumann, Elisabeth/Köcher, Renate (Hrsg.), *Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1984-1992*, Bd. 9, München u.a. 1993, 110.

<sup>17</sup> Noelle-Neumann, Elisabeth/Köcher, Renate (Hrsg.), *Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 1993-1997*,

Vaskovics/Rupp/Hofmann untersuchten ca. 900 neLG. Im Zeitraum von jeweils ca. 2 Jahren entschloss sich jeweils ein Drittel der noch verbleibenden unverheirateten Paare zur Heirat. Die Autoren schätzen aufgrund ihrer Längsschnittstudie, dass letztendlich höchstens 10% dauerhaft unverheiratet zusammenleben wird.<sup>19</sup>

In dieser Gruppe sind Akademiker überrepräsentiert, die berufliche und finanzielle Eigenständigkeit betonen; sie hoffen auf eine lebenslange Beziehung, rechnen aber auch mit dem Scheitern der neLG.<sup>20</sup> Wer bereits verheiratet war, scheint als Motiv für das Eingehen einer neLG v.a. die Vermeidung von schlechten Erfahrungen in der letzten Ehe zu sehen.<sup>21</sup> Was das genau heisst und ob damit auch Unterhaltsansprüche gegen den Ex-Ehegatten erhalten werden sollen, wurde offenbar noch nicht untersucht.

Wieviele Lebenspartner tatsächlich Unterhalt an ihren Lebenspartner zahlen, scheint ebenfalls noch nicht untersucht worden zu sein. Allerdings deuten Befragungen darauf hin, dass die klassische Rollenverteilung ausgedient haben könnte und eine gerechtere Verteilung der Arbeit angestrebt wird.<sup>22</sup>

## II. Legitimation von nachehelichem Unterhalt und Folgen einer neLG

Wie bereits erwähnt, nimmt die h.M. in Deutschland an, dass der nacheheliche Unterhalt (zumindest teilweise) verwirkt<sup>23</sup> wird, wenn der Berechtigte eine neLG mit einem neuen Partner eingeht und dabei qualifizierende Umstände vorliegen. Im Folgenden werden Unterhaltskonzeptionen gesucht, die diese Regelung rechtfertigen oder Ansätze zu Kritik bieten:

### 1. Deutsche Konzeption

In Deutschland gibt es keine klare und eindeutige Begründung für Unterhalt. In der Regel werden der Ausgleich für ehebedingte Nachteile und nacheheliche Solidarität genannt, aber selten konkretisiert.<sup>24</sup> Ausserdem soll das Prinzip der wirtschaftlichen Selbständigkeit das ganze Unterhaltsrecht überspannen.<sup>25</sup>

---

Bd. 10, München u.a. 1997, 147.

<sup>18</sup> Krasser Gegensatz Namgalis, Friedemann, *Die eheähnliche Gemeinschaft im deutschen, französischen, österreichischen, schweizerischen, englischen, dänischen und tansanischen Recht*, Diss., Kiel 1978, 140: Europ. Rechtsordnungen sehen die neLG als „unerwünschten Zustand“.

<sup>19</sup> Vaskovics, Laszlo A./Rupp, Marina/Hofmann, Barbara, *Lebensverläufe in der Moderne I - Nichteheleiche Gemeinschaften*, Opladen 1997, 253 f.

<sup>20</sup> Vaskovics/Rupp/Hofmann, (Anm. 20), zusammenfassend 255 f.

<sup>21</sup> de Witt, Siegfried/Huffmann, Johann-Friedrich, *Nichteheleiche Lebensgemeinschaften*, 2. Aufl., München 1986, 6, Rdnr. 13a.; anders bei Eheunerefahrenen: Vgl. Glatzer, (Anm. 14), 31 ff. m.w.H.

<sup>22</sup> Glatzer, (Anm. 14), 42 f. m.w.H.

<sup>23</sup> Auf die Diskussion über zeitliche Beschränkung/Herabsetzung des Unterhaltsanspruches kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

<sup>24</sup> Ausführlich u. unter Beachtung der Gesetzesentwicklung Martiny, Dieter, *Unterhaltsrang und -rückgriff*, Bd. I, Habil., Tübingen 2000, 48 f.; sehr kritisch u. mit Unterscheidung zwischen rechtsethischer Rechtfertigung u. dogm. Einordnung Schmitz, Frank, *Die Bedeutung ehebedingter Bedürfnislagen für das Recht des nachehelichen Unterhalts in der Bundesrepublik Deutschland und den Niederlanden*, Diss., Bonn 2001, 67-82.

<sup>25</sup> Vgl. Coester, Michael, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in der Bundesrepublik*

Im Folgenden werden die beiden ersten Konzeptionen theoretisch erklärt, daraus systematische Folgerungen für unsere Fragestellung gezogen und kurz beurteilt:

i. Ausgleich von ehebedingten Nachteilen

a) *Konzeption*

Der Unterhalt ist in dieser Konzeption ein Ausgleich für ehebedingte Nachteile finanzieller Art. Im Vordergrund stehen unterschiedliche Chancen im Arbeitsleben, die sich aus der klassischen Rollenverteilung zwischen Kinderbetreuung und Haushaltsführung versus Verfolgen einer beruflichen Karriere ergeben.<sup>26</sup> Der Geschiedene wird so gestellt, wie er stehen würde, wenn er nicht geheiratet hätte; im Haftungsrecht würde vom Ersatz des „negativen Interesses“ gesprochen.<sup>27</sup>

Die ehebedingten Nachteile entstehen während der Ehe und wirken sich nach deren Beendigung aus. Die Leistung für Kinder und Haushalt bleibt unabhängig von späteren Entwicklungen – wie dem Eingehen einer neLG – bestehen. Eine Verwirkung des Unterhalts lässt sich durch diese Konzeption nicht rechtfertigen.

b) *Beurteilung*

Immerhin anerkennt diese Konzeption Hausarbeit und Kindererziehung als geldwerte Mitarbeit zugunsten der Familie, und die Ehe wird als Partnerschaft mit gegenseitiger Verantwortung verstanden. Diese Einschätzung berücksichtigt die soziologische Dimension, dass in Deutschland nach wie vor eine überragende Mehrheit der Ehepaare in der klassischen Rollenverteilung lebt.<sup>28</sup>

Die Verweigerung von Unterhalt wegen Eingehen einer neuen Partnerschaft ist in dieser Konzeption höchstens vertretbar, wenn keine *ehebedingten* Nachteile (z.B. vor der Ehe bestehende Krankheit) bestehen bzw. wenn ein geschiedenes Paar keine gemeinsamen Kinder hat oder Kindererziehung und Haushaltsarbeit je hälftig geteilt worden ist. Sonst entspricht die deutsche Praxis meiner Ansicht nach sogar einer mittelbaren Diskriminierung der Frauen.

ii. Nacheheliche Solidarität

a) *Konzeption*

Die „nacheheliche Solidarität“ als Begründung für Unterhalt ist ein schimmernder Begriff. Eine Treuepflicht besteht nach der Scheidung nicht mehr. Niemand in Gesetzgebung,

---

*Deutschland*, in: Blaurock, Uwe, *Entwicklungen im Recht der Familie und der ausserehelichen Lebensgemeinschaft*, Frankfurt a.M. 1989, 61-82, 72.

<sup>26</sup> Zu dieser Konzeption bekennt sich z.B. auch der Supreme Court von Kanada im Urteil *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R., 813 ff.

<sup>27</sup> Henrich, Dieter, *Unterhalt nach der Scheidung*, in: Weyers, Hans-Leo (Hrsg.), *Unterhalt nach Ehescheidung*, Frankfurt a.M. 1986, 71-97, 73.

<sup>28</sup> - Erwerbstätigenquote Deutschland 2001: Männer 91%, Frauen 64%, wobei die Frauen zum allergrössten Teil nur einer Teilzeitarbeit nachgingen ([http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2002/mikrozensus\\_2001.pdf](http://www.destatis.de/presse/deutsch/pk/2002/mikrozensus_2001.pdf), 35 ff., besucht am 24.05.04). - Schweizerisches Bundesamt für Statistik ([http://www.statistik.admin.ch/stat\\_ch/ber20/gs/dgs\\_ua.htm](http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber20/gs/dgs_ua.htm), besucht am 24.05.04): In den schweizerischen Paarhaushalten tragen zu 90% die Frauen und nur zu 1% die Männer die Hauptverantwortung für Haushalt und Kinder.

Rechtsprechung oder Literatur scheint aber die Fortwirkung einer allgemeinen Solidarität zu verneinen. Allerdings findet sich keine klare Definition oder zumindest Begründungen für deren Grenzen. Die nacheheliche Solidarität scheint eine Art Almosen oder Lebensversicherung anzudeuten. Woraus sie sich aber ergeben soll, ist äusserst unklar. Ebenso ungeklärt ist, ob die ehebedingten Nachteile ausgeglichen oder auch die Vorteile erhalten werden sollen; als Kriterium könnte die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der konkreten Ehegatten auf lebenslängliche gegenseitige Unterstützung herangezogen werden.<sup>29</sup>

Ob eine Kürzung des Unterhalts bei Fehlverhalten zu rechtfertigen ist, bleibt offen. Zugunsten einer Kürzung könnte mit dem Schlagwort „Gegenseitigkeit der Solidarität“ argumentiert werden.

#### *b) Beurteilung*

In dieser Konzeption wird äusserst allgemein argumentiert, was Tür und Tor öffnet für willkürliche und ideologisch motivierte Argumente. Darunter leidet die Rechtsicherheit. Besonders deutlich wird das Problem bei der Frage nach der Höhe der Unterhaltsanspruchs. Nacheheliche Solidarität sollte höchstens als Begründung von Unterhalt dienen, wenn keine ehebedingten Nachteile ersichtlich sind; in diesem Fall hat Unterhalt eine soziale Funktion.

#### iii. Zusammenfassung

Die Begründung des Unterhalts mit Ausgleich von ehelichen Nachteilen erscheint grundsätzlich tauglich, rechtfertigt aber keine Verwirkung bei Eingehen einer neLG. Die nacheheliche Solidarität hingegen bleibt als Konzeption zu unklar, um als Begründung für oder gegen eine solche Verwirkung zu taugen.

## **2. Ausländische Konzeptionen**

Es müssen also – rechtsvergleichend – weitere Konzeptionen herangezogen werden, die möglicherweise die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer neLG rechtfertigen könnten:

#### i. Bestrafung wegen Verletzung einer sittlichen Pflicht zur Ehefortsetzung

##### *a) Konzeption*

Unterhalt kann mit dem Argument verweigert werden, dass das Verlassen des Ehegatten bzw. der gemeinsame Entschluss zur Beendigung einer Ehe eine sittliche Pflicht gegenüber der Gemeinschaft oder einer Gottheit verletze. Da Sittenwidrigkeit bekanntlich keinen Rechtsschutz genießen darf, kümmert sich die Rechtsordnung auch nicht um Scheidungsfolgen. Dies führt dazu, dass entweder keine nachehelichen Unterhaltszahlungen geleistet werden oder das Paar weiterhin als verheiratet gilt und sich *deswegen* gegenseitig Unterhalt schuldet.

---

<sup>29</sup> Battes, Robert, *Rechtsvergleichendes zum Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten*, in: Gaul, Hans Friedhelm (Hrsg.), *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart*, Bielefeld 1992, 69-92, zusammenfassend 92.

Im ersten Fall ist das Eingehen einer neLG durch den Begünstigten irrelevant, da eh kein Unterhalt geleistet wird. Im zweiten Fall wird die eheliche Treue verletzt und die Folgen richten sich nach dem Eherecht; i.d.R. wird das Eingehen einer neLG dann wohl als Verschulden gewertet.

*b) Beispiele einer konzeptionellen Ausgestaltung*

U.a. kennen der Vatikanstaat und Malta nach wie vor keine Scheidung; bis vor nicht allzu langer Zeit galt das auch für Spanien sowie grosse Teile Süd- und Mittelamerikas.

*c) Beurteilung*

Die Vorstellung, dass eine Ehescheidung sittenwidrig sein könnte, darf in Deutschland als überholt gelten und braucht nicht ausführlich behandelt zu werden. Das Hochhalten des Instituts „Ehe“ wurzelt in religiösen Überzeugungen; schliesslich dient die Ehe der Erweiterung des Kreises von Anhängern.

ii. Schadenersatz wegen pflichtwidrigen Verhaltens

*a) Konzeption*

Voraussetzung des Unterhaltsanspruchs ist in dieser Konzeption das schuldhafte Verhalten eines Ehegatten. Der Unterhalt wird dem Unterhaltsberechtigten zum Ausgleich für finanziellen und ideellen Schaden gewährt. Konsequenterweise wird nur einem unschuldigen Ehegatten Unterhalt zugesprochen und zwar in einem so hohen Betrag, dass dieser den ehelichen Lebensstandard weiterführen kann; im Haftungsrecht würde vom Ersatz des „positiven Interesses“ gesprochen.<sup>30</sup>

Ist der Unterhalt als Ausgleich für Verschulden des einen Ehegatten während der Ehe konzipiert, so muss das nacheheliche Verhalten des anderen Ehegatten absolut irrelevant sein. Schließlich ist der Schaden bereits während der Ehe entstanden und besteht unabhängig davon weiter, ob nach der Scheidung eine neue Beziehung eingegangen wird.

*b) Beispiel einer konzeptionellen Ausgestaltung: Österreich*

Ein Rechtsvergleich mit Österreich ist angebracht und notwendig, weil die Beschäftigung mit dessen Rechtsordnung Anlass zu Kritik an der deutschen Rechtsordnung geben wird:

In Österreich ist der nacheheliche Unterhalt stark vom Verschulden abhängig und richtet sich grundsätzlich nach der Art der Scheidung:

Bei Scheidung wegen Verschuldens wird folgendermassen unterschieden: Trifft einen Ehegatten einseitiges oder überwiegendes Verschulden, so wird dem anderen Ehegatten bei Bedürftigkeit angemessenen Unterhalt zugesprochen (§ 66 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung (EheG)); bei gegenseitigem Verschulden beurteilt sich der Unterhaltsanspruch nach Billigkeit (§ 68 EheG).

Beruhet die Scheidung auf sog. „anderen Gründen“ (§ 50 ff. EheG: auf geistiger Störung beruhendes Verhalten, Geisteskrankheit, ansteckende oder ekelerregende Krankheit) wird wiederum je nach Verschulden § 66 angewendet oder Unterhalt nach Billigkeit zugesprochen (§ 69 EheG).

---

<sup>30</sup> Battes, (Anm. 30), 79 m.w.H.

Erst seit dem Jahr 2000 ist ausserdem folgende Regelung in Kraft: Bei *Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes* wird Unterhalt grundsätzlich für 5 Jahre, bei Führen des Haushaltes während der Ehe befristet auf höchstens 3 Jahre zugesprochen (§ 68a EheG). Das Ausmass des Unterhaltsanspruchs beurteilt sich nach dem „Lebensbedarf“.<sup>31</sup> Angeblich ist diese Art von Unterhalt unabhängig vom Verschulden, aber Abs. 3 bestimmt, dass bei Unbilligkeit wegen einseitiger schwerer Eheverfehlungen oder schuldhaftem Herbeiführen der eigenen Bedürftigkeit der Unterhaltsanspruch entfällt oder vermindert wird.

Allgemeine Gründe für Wegfall oder Begrenzung des Unterhaltsanspruchs sind selbstverschuldete Bedürftigkeit, schwere Verfehlung gegen den Verpflichteten, ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel, Wiederverheiratung und Tod des Berechtigten (§ 73-77 EheG). Dem Unschuldigen werden i.d.R. 30<sup>32</sup>-40<sup>33</sup>% des Einkommens des Verpflichteten zugesprochen.

*c) Rechtsprechung und Lehre zu den Folgen einer neLG*

Die österreichische Gerichtspraxis nimmt in ständiger Rechtsprechung ein Ruhen des Anspruchs auf Unterhalt an, wenn der Unterhaltsberechtigte eine neLG eingeht<sup>34</sup>. Ein Wiederaufleben ist möglich, erfolgt aber erst nach dessen Einforderung.<sup>35</sup> Ein Ruhen tritt unabhängig davon ein, ob der neue Lebenspartner tatsächlich Unterhalt zahlt.<sup>36</sup> Als Begründung wird angeführt, dass einerseits die Verwirkung nicht gerechtfertigt wäre, weil kein Unterhaltsanspruch gegen den neuen Partner entstehe<sup>37</sup>. Andererseits wird aber auch die Gewährung von Unterhalt abgelehnt; begründet wurde dies ursprünglich mit Sittenwidrigkeit i.S.v. § 879 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches<sup>38</sup>, später damit, dass eine Besserstellung der neLG gegenüber der Ehe nicht gefördert werden dürfe<sup>39</sup>. Eine stärker werdende, bedeutende Minderheit in der österreichischen Lehre ist indessen der Meinung, dass eine neLG des Unterhaltsberechtigten unbeachtlich sein müsste. Folgende Argumente werden vorgebracht: *Lammer* macht die Nicht-Übereinstimmung mit Verfassungsrecht und EMRK deutlich.<sup>40</sup> *Gimpel-Hinteregger* stellt nach diversen Überlegungen fest, dass es für das „Ruhen“ im österreichischen Recht keine

<sup>31</sup> Im Gesetzgebungsverfahren lange umstritten; vgl. dazu Hopf, Gerhard, *Eherechts-Änderungsgesetz 1999 im Überblick*, in: Ferrari/Hopf (Hrsg.), *Eherechtsreform in Österreich*, Wien 2000, 1-35, 23 f.

<sup>32</sup> Gimpel-Hinteregger, (Anm. 6), 637 m.w.H.

<sup>33</sup> Auch nach neuem Scheidungsrecht: Begründung bei Deixler-Hübner, Astrid, *Das neue Eherecht*, Wien 1999, 58 f.

<sup>34</sup> Anstelle vieler: EFSlg 43.748; Juristische Blätter (JBl) 1991, 589; Lukasser, Georg, Zum „ehrlösen oder unsittlichen Lebenswandel“ im Sinne des § 74 EheG, *Österreichische Juristenzeitung (ÖJZ)* 2000, 301-304, 302 m.w.H.

<sup>35</sup> Hopf/Kathrein, (Anm. 32), Kommentierung zu § 66 EheG, Anm. 22; anstelle vieler: Urteil des OGH vom 30.01.1991, JBl 1991, 589.

<sup>36</sup> Feil, Erich, *Ehegesetz – Kurzkomentar für die Praxis*, 2. Aufl., Wien 1999, 182 f., Rz 20.

<sup>37</sup> Anstelle vieler: OGH-Urteil vom 10.09.96 (3 Ob 76/95 = EF 81.692).

<sup>38</sup> JBl 1991, 589 und noch 1992 Pichel, in: Rummel, Peter, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 2. Bd., 2. Aufl., Wien 1992, Kommentierung zu § 75 EheG, Rz 2.

<sup>39</sup> So dann Stabentheiner, in: Rummel, Peter, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 2. Bd., 3. Aufl., Wien 2002, Kommentierung zu § 75 EheG, Rz 2. Trotz Kritik ausdrücklich in Urteil des OGH vom 16.07.1998 (10 ObS 244/98z = EF 87.525).

<sup>40</sup> Lammer, Adolf, *Zum „Ruhen“ des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft*, *ÖJZ* 1999, 53-64, 62 ff.



Rechtsgrundlage gebe.<sup>41</sup> Ausserdem wird angeführt, dass auch sonstige Leistungen Dritter nicht in die Unterhaltsberechnung miteinbezogen würden.<sup>42</sup> Andere Autoren kritisieren, dass die Rechtsprechung eine oft nur fiktive Unterstützung des neuen Partners stillschweigend voraussetzt.<sup>43</sup> *Koziol/Welser* bestreiten immerhin nicht, dass die Verweigerung von Unterhalt nur bei tatsächlicher Deckung der Bedürfnisse in der neLG zu rechtfertigen sei.<sup>44</sup>

#### d) Beurteilung

Die österreichischen Gerichte sind konzeptionell nicht konsequent. In der Konzeption „Schadenersatz wegen pflichtwidrigen Verhaltens“ muss eine naheheliche neLG irrelevant sein.<sup>45</sup> Nehmen die Gerichte ein Ruhen des Unterhaltsanspruchs an, wird damit das Eingehen einer neLG als unsittlicher oder schuldbehafteter gewertet als das Verhalten des schuldigen Ehegatten während der Ehe. Noch unverständlicher wird die Rechtsprechung im Hinblick auf die Auslegung von § 74 EheG: Eine (auch ehebrecherische) außereheliche Lebensgemeinschaft gilt nämlich nicht mehr als Verwirkungsgrund wegen „ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels“.<sup>46</sup> Ein Ruhen des Unterhaltsanspruchs wegen nahehelicher neLG kann nur als klar moralische Wertung zugunsten des Ideals „Ehe“ und zu Lasten der neLG gewertet werden. *Verschraegen* spricht in diesem Zusammenhang zu Recht von „Relikt aus der christlichen Morallehre“ und „Scheinargument“.<sup>47</sup>

Das Ziel der Gerichte ist der Schutz des Instituts „Ehe“ und damit das sehr berechtigte Bestreben nach Einheit der Materie. Das Ausweichen auf ein konzeptionsfremdes Argument weist aber eindeutig auf eine Argumentationslücke hin. Der konzeptionelle Fehler liegt hingegen nicht in der Gewährung von Unterhalt trotz neLG, sondern wohl in der Verwirkung des Unterhalts bei Wiederheirat.<sup>48</sup>

### 3. Übertragung der österreichischen Kritik auf die deutsche Konzeption

In Deutschland wird eine neLG nach absolut h.M. zum Verwirkungsgrund, wenn besondere Umstände hinzutreten: Kränkende oder sonst anstössige Begleitumstände, Absehen von Heirat, um Verlust von Unterhalt zu vermeiden, dauerhafte Unterhaltsgemeinschaft oder ein auf Dauer angelegtes, eheähnliches Zusammenleben (feste soziale Verbindung).<sup>49</sup>

<sup>41</sup> Gimpel-Hinteregger, (Anm. 6), v.a. 645.

<sup>42</sup> Lammer, (Anm. 41), 63 f.

<sup>43</sup> Z.B. im Urteil des OGH vom 16.07.1998 (10 ObS 244/98z = EF 87.525).

<sup>44</sup> *Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Bd. I, 12. Aufl., Wien 2002, 458.

<sup>45</sup> Vgl. Ausführungen oben zur Konzeption.

<sup>46</sup> Schon mit Urteil vom 11.2.1948 schreibt der OGH (JBl 1948, 187): Es sei „(...) nicht schon jede Art von Verstößen gegen die strengen Moralbegriffe, wie jedes vom ethischen Standpunkt aus unsittliche ehebrecherische Verhältnis, als „unsittlicher Lebenswandel“ (...) zu verstehen (...)“. Ausführlich auch Schwind, Fritz, *Österreichisches Eherecht*, Kommentar, 2. Aufl., Wien 1980, Kommentierung zu § 74 EheG, 294 m.w.H.

<sup>47</sup> *Verschraegen*, (Anm. 7), 134 f.

<sup>48</sup> Vgl. Regelung des Vorentwurfs in Art. 130 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB); Schweizerischer Bundesrat, Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15.11.1995, Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1996 I, 1 ff., Ziff. 233.544.

<sup>49</sup> Anstelle vieler: Kritiklose Zusammenfassung der Rechtsprechung bei Gerhart, in: Wendl, Philipp/

Es darf an dieser Stelle angenommen werden, dass alle von den österreichischen Rechtswissenschaftlern vorgebrachten Argumente gegen diese Rechtspraxis auch in Deutschland ihre Anhänger fänden. Hier interessieren in erster Linie drei Argumentationslinien: Analogie zur Wiederheirat, Verschulden und Bedürftigkeit.

i. Analogie zur Wiederheirat

Ein nachvollziehbares Argument für die Verwirkung von Unterhalt wäre eine Analogie zu § 1586 BGB (Erlöschen wegen Wiederverheiratung oder Lebenspartnerschaft). Dagegen müsste – neben den erwähnten österreichischen Argumenten – eingewendet werden, dass gerade die Nicht-Heirat ein essentielles Merkmal einer neLG ist; ausserdem wäre für eine Analogie eine planwidrige Gesetzeslücke Voraussetzung, was aber i.c. nicht der Fall sein kann, da das Problem auch schon in diversen Gesetzgebungsverfahren bekannt war. Eine Analogie zur Wiederheirat wird als Argumentationslinie wohlweislich gemieden.<sup>50</sup> Sie wäre allerdings in jenen Fällen durchaus vertretbar, in denen die Partner wegen gesetzlichen Ebehindernissen nicht heiraten dürfen.<sup>51</sup>

ii. Anwendungsfall von § 1579 Nr. 7 BGB

Die Verwirkung des Unterhalts bei Eingehen einer neLG wird mit § 1579 Nr. 7 BGB begründet. Erstaunlich kritiklos wird das nacheheliche Eingehen einer neLG mit einem neuen Partner grundsätzlich als Anwendungsfall der Nr. 7 angenommen.<sup>52</sup> Kritik wird höchstens an der schwierigen Abgrenzung der Fallgruppen oder der unterschiedlichen Relevanz der Leistungsfähigkeit des neuen Partners geübt.<sup>53</sup> Um das eigentliche Problem der deutschen Konzeption herauszu-kristallisieren, muss aufgrund des bereits zu Österreich Ausgeführten genauer auf die deutsche Ausgestaltung eingegangen werden: Gemäss Lehre und Rechtsprechung soll bei der Prüfung des § 1579 BGB – neben der Kinderschutzklausel – eine doppelte Prüfung stattfinden<sup>54</sup>: In einem ersten Schritt muss ein

---

Staudigl, Siegfried (Hrsg.), *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, 6. Aufl., München 2004, § 4 Rn. 751-755, Brudemüller, in: Palandt, Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 63. Aufl., München 2004, Kommentierung zu § 1579 Rdnr. 34 ff., Maurer, in: Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 7, Familienrecht I, Kommentar, 4. Aufl., München 2000, § 1579 RdNr. 58 ff. und Beutler, in: Bamberger, Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3, München 2003, Kommentierung zu § 1579 Rdnr. 25.

<sup>50</sup> BGH lehnt diese in ständiger Rechtsprechung ab: Urteil vom 26.09.1979 (FamRZ 1980, 40 f. = NJW 1980), 125 und bestätigt am 03.02.1982 (FamRZ 1982, 463).

<sup>51</sup> Dies ist ein Anwendungsfall zur Def. der neLG nach dem Sinn des Gesetzes; vgl. Ausführungen oben zur Definition von „neLG“.

<sup>52</sup> Anstelle sehr vieler typischerweise z.B. auch in den Praxishandbüchern von Graba, Hans-Ulrich/Firsching, Karl, *Familienrecht*, 1. Halbbd.: Familiensachen, 5. Aufl., München 1992, 147, Rdnr. 527, bei HeiB/HeiB in: HeiB/Born (Hrsg.), *Unterhaltsrecht*, München 2004, 9. Kap., Rdnr. 293 ff. oder Kühner in: Scholz/Stein, *Praxishandbuch Familienrecht*, München 2003, H 311 ff.

<sup>53</sup> Z.B. Luthin, Horst, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 9. Aufl., München 2002, 182, Rdnr. 2254 oder Kemper, in: Schulze, Reiner et al. (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2003, § 1579 Rn 18.

<sup>54</sup> Anstelle vieler: Kalthoener, Elmar/Büttner, Helmut, *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts*, 6. Aufl., München 1997, 476 f. Rdnr. 1055 und 515 Rdnr. 1127 m.w.H. Klein, Michael in: Weinreich, Gerd/Klein, Michael, *Familienrecht*, Kompakt-Kommentar, Kriftel 2002, Kommentierung zu § 1579, Rdnr. 97 betont Prüfung des Tatbestandes *ohne* Billigkeitserwägungen.

„anderer Grund“ begründet werden, und in einem zweiten Schritt wird eine Billigkeitsprüfung durchgeführt. Die Nr. 7 sei nämlich ausdrücklich keine Auffangklausel in dem Sinne, dass alle Fälle von Unbilligkeit bzw. objektiver Unzumutbarkeit darin ihren „gerechten“ Ausgleich finden sollten.<sup>55</sup>

a) *Vorliegen eines „anderen Grundes“*

Ein „anderer Grund“ muss von gleicher Schwere sein wie die in den Nrn. 1-6 aufgeführten Fälle. Soweit ersichtlich, wurde folgende Frage in der Literatur nie dogmatisch und systematisch beantwortet: Mit welcher *Begründung* könnte eine naheheliche neLG einen „anderen Grund“ i.S. der Nr. 7 darstellen? Folgende Möglichkeiten werden explizit genannt oder offenbar angenommen:

- Unzumutbarkeit: In der Literatur wird von *objektiver* Unzumutbarkeit gesprochen und gemeint ist meist die Unzumutbarkeit der Finanzierung der neuen Beziehung.

Die sog. „Objektivität“ scheint sich aber eher aus der Wertung des jeweiligen Autors zu ergeben. Bei genauerer Betrachtung ist „unzumutbar“ nämlich keine eigenständige Begründung für die Verwirkung von Unterhalt, sondern lediglich eine Umschreibung für „grob unbillig“; die Billigkeit darf aber erst nach der Bejahung eines „anderen Grundes“ in einem zweiten Schritt geprüft werden.

- Kein schutzwürdiges Vertrauen: Manche Autoren argumentieren, dass ein „anderer Grund“ gegeben sei, wenn das Vertrauen auf den Fortbestand der ehelichen Solidarität als in keiner Weise schutzwürdig erscheint.<sup>56</sup> Bejahen sie die Verwirkung des Unterhaltsanspruches bei Eingehen einer neLG, so wird implizit gesagt, dass durch das Eingehen einer neLG kein schutzwürdiges Vertrauen mehr besteht und deshalb ein „anderer Grund“ i.S.v. § 1579 Abs. 1 Nr. 7 BGB gegeben ist.

Diese Argumentation erscheint vielleicht auf den ersten Blick logisch, stellt aber einen Zirkelschluss dar: Bei Eingehen einer neLG wird der Unterhaltsanspruch verwirkt, weil das Eingehen einer neLG einen Grund darstellt, das Vertrauen auf Unterhalt nicht zu schützen. Mit einer solchen „Begründung“ wird nicht erklärt, *warum* das Vertrauen nicht mehr schutzwürdig sein soll. Die Autoren gehen vielmehr von einem Resultat (Verwirkung von Unterhalt bei Eingehen einer neLG) aus und suchen nachträglich eine Erklärung.

- Wirtschaftliche Verfehlung: Nach *Fischer* kommt als „anderer Grund“ nur eine wirtschaftliche Verfehlung in Betracht.<sup>57</sup>

Dieser Ansicht muss zugestimmt werden, denn die persönliche Ebene darf und soll nach Abschluss der Ehe keine Rolle mehr spielen.<sup>58</sup> Das Eingehen einer neLG ist aber keine wirtschaftliche Verfehlung, sondern eher sogar ein finanzieller Vorteil für den Verpflichteten. Selbst wenn der Berechtigte das Geld für den neuen Partner ausgibt, so liegt

<sup>55</sup> Deutlich und m.w.H. Bäumel, in: Göppinger/Wax (Hrsg.), *Unterhaltsrecht*, 7. Aufl., Bielefeld 1999, 423 f., Rdnr. 1131-1136.

<sup>56</sup> Ausführlich Butz-Seidl, Annemarie, *Versagung, Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruches für die Zeit des Getrenntlebens und nach Scheidung gemäß § 1579 Nr. 7 BGB*, Diss., Regensburg 1990, 50 ff. m.w.H.; Schneider, Mark-Dominik, *Die negative Härteklausel im nahehelichen Unterhaltsrecht*, Diss., Regensburg 2001, 307 ff.; Lübbert, Friedwald, *Der Ausschluss des nahehelichen Unterhalts wegen „grober Unbilligkeit“*, Diss., Bielefeld 1982, 125.

<sup>57</sup> Nach langen Ausführungen (zu § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB a.F.) zusammenfassend Fischer, Hans-Georg, *Der „andere Grund“ in § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB*, Diss., Darmstadt 1983, 239 f.

<sup>58</sup> A.A. Cuny, in: BGH-Mitglieder (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, Kommentar, Bd. IV, 2. Teil, 12. Aufl., Berlin 1999, Kommentierung zu § 1579 Rdnr. 3.

das einzig und allein in seinem privaten Ermessen. Unterhalt gründet sich schliesslich auf einem Rechtsanspruch und ist keine freiwillige Zuwendung, deren Verwendung vom Willen des Gebenden abhängig gemacht werden dürfte.

- Missbrauch: Ein möglicher Grund für die Anwendung der Nr. 7 ist in der Rechtsprechung die (oft nur unterstellte) absichtliche Nichttheirat, damit keine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs eintritt.<sup>59</sup>

Von Missbrauch kann hier aber aus zwei Gründen nicht gesprochen werden: Erstens gibt es keine Pflicht zu Heirat und zweitens kann keine Rede sein von Missbrauch, wenn ein Anspruch – hier der Unterhaltsanspruch – von Gesetzes wegen zusteht. Trotz einer nahehelichen neLG mit einem neuen Partner Unterhalt vom Ex-Ehegatten zu verlangen, kann höchstens moralisch zweifelhaft sein. Allerdings ist selbst das fragwürdig, weil eine neLG für den Zahlenden sogar als vorteilhaft angesehen werden könnte, denn immerhin wird ein Lebenspartner oft zum potentiellen Heiratskandidaten.<sup>60</sup>

- Unsittlichkeit: Wird die neLG per se als unsittlich gewertet, darf sie keinen Rechtsschutz geniessen und könnte somit als schwerer Grund i.S. einer allgemeinen Sittenwidrigkeit gelten.

Eine grösser werdende Mehrheit in Deutschland hält aber eine neLG für sittlichmoralisch unbedenklich, und die Anzahl der neLG nimmt ständig zu.<sup>61</sup>

- Verschulden: Das Eingehen einer neLG könnte als Illoyalität gegenüber dem Ex-Ehegatten und die Verwirkung des Unterhalts somit als Ausgleich bzw. als Strafe dafür beurteilt werden.

Der Gesetzgeber hat aber eine Grundsatzentscheidung bzgl. der Wertungen getroffen, indem er das Ziel eines verschuldensunabhängigen Scheidungsrechts gesetzt hat. Verschulden ist seither von der Konzeption her sachfremd.<sup>62</sup> Die Richter dürfen nicht durch die Hintertür der Scheidungsfolgen wieder Verschuldensargumente einführen<sup>63</sup> – und schon gar nicht, wenn das angebliche Verschulden erst nach Beendigung der Ehe verwirklicht wird, denn eine eheliche Treuepflicht besteht dann anerkanntermassen nicht mehr<sup>64</sup>.

Leider muss angemerkt werden, dass die Rechtsprechung das Vorliegen eines „anderen Grundes“ ebenfalls nie von Grund auf begründet, sondern sich damit zufrieden gibt, die Voraussetzungen für eine verfestigte Gemeinschaft oder eine der anderen entwickelten Fallgruppen zu prüfen. Offenbar scheint der BGH davon überzeugt, dass eine neLG bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen auch ohne besondere Begründung ein „anderer Grund“ i.S.v. § 1579 Nr. 7 BGB ist. Dies ist meiner Meinung nach nicht zulässig und – zumindest für den Fall der verfestigten Gemeinschaft – offenbar auch nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> Nach Büttner, in: Henrich, Dieter (Hrsg.), *Eherecht – Scheidung, Trennung, Folgen*, Kommentar, 3. Aufl., München 1998, Kommentierung zu § 1579, Rdnr. 31 ist das ein Fall von Nr. 6.

<sup>60</sup> Vgl. Ausführungen oben zu den soziologischen Erkenntnissen.

<sup>61</sup> Vgl. Ausführungen oben zu den soziologischen Erkenntnissen.

<sup>62</sup> Grundsätzlich abs. anerkannte Lehre; ausführlich und m.w.H. Jung-Walpert, Kerstin, *Renaissance des Verschuldensprinzips?*, Diss., Berlin 1996, insbes. 197 ff.

<sup>63</sup> Vgl. zu § 1579 Nr. 6 BGB kurz zusammenfassend Schwab, Dieter, *Familienrecht*, 11. Aufl., München 2001, 178, Rdnr. 381 f.

<sup>64</sup> Zur Abgrenzung von Nr. 6 zu Nr. 7 interessant Borth, in: Schwab, Dieter, *Handbuch des Scheidungsrechts*, 4. Aufl., München 2000, 1009, Rdnr. 476 und 1019, Rdnr. 498 m.w.H. auf a.A.

<sup>65</sup> Nehlsen-von Stryk, Karin, *Zur unterhaltsrechtlichen Relevanz des „auf Dauer angelegten Verhältnisses“*, FamRZ 1990, 109-114, 113 m.w.H.

*b) Grobe Unbilligkeit*

Im Anschluss an die Feststellung eines „anderen Grundes“ wird eine Billigkeitsprüfung unter Beurteilung aller Umstände des Einzelfalles durchgeführt.<sup>66</sup> Diese ist ein Weg zur Einzelfallgerechtigkeit, die grundsätzlich wünschenswert ist; sie öffnet aber auch Tür und Tor für moralische Wertungen durch Richter und begünstigt insofern Rechtsungleichheit und -unsicherheit.

*c) Zusammenfassung*

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: Wie im österreichischen Recht gibt es auch im deutschen keine stichhaltigen Argumente für die Bejahung der Verwirkung des Unterhaltes durch Eingehen einer neLG. Nimmt die h.M. trotzdem eine Verwirkung an, so lässt sich das nur damit erklären, dass – wohl unbewusst – die neLG als unsittlich qualifiziert oder das Verschuldensargument wieder eingeführt wird.

## iii. Bedürftigkeit

Das einzig verbleibende Argument für die Verwirkung von Unterhalt bei Eingehen einer neLG könnte ein Mangel an Bedürftigkeit sein. Die Bedürftigkeit ist allerdings ein sachfremdes, konzeptionsübergreifendes Zusatzkriterium. Ob dessen Anwendung mit dogmatischen oder soziologischen Argumenten zu rechtfertigen ist, muss an dieser Stelle leider offengelassen werden. Eventuell käme man zum Schluss, dass die Bedürftigkeit nur in Fällen der nahehelichen Solidarität zulässig wäre, die ehebedingten Nachteile hingegen auch bei Verneinung von Bedürftigkeit ausgeglichen werden müssen. Falls die Bedürftigkeit ihre Legitimation als Kriterium finden sollte, müsste aber konsequenterweise die unterschiedliche Behandlung von neLG und partnerschaftsunabhängigen Wohngemeinschaften<sup>67 68</sup> oder gleichgeschlechtliche Partnerschaften<sup>69</sup> aufgegeben werden. Zumindest aber müsste bei der Prüfung der Zumutbarkeit stärker beachtet werden, dass ein neuer Partner des Unterhaltsbegünstigten für den Unterhaltverpflichteten finanziell wünschenswert ist, weil mit dessen Unterstützung oder bloßen Anwesenheit in der Wohnung der Bedarf des Begünstigten verkleinert wird.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Kalthoener/Büttner, (Anm. 55), 515 N 1127 u. 518 ff. N 1135 m.w.H. u. Liste mit Gesichtspunkten.

<sup>67</sup> Gl.A. für das Sozialrecht Müller, Thomas, *Eheähnliche Gemeinschaft = Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft*, Diss., Pfaffenweiler 1994, zusammenfassend 165. A.A. Büttner, in: Johannsen, Kurt H./Henrich, Dieter (Hrsg.), *Eherecht, Trennung, Scheidung, Folgen*, Kommentar, 4. Aufl., München 2003, § 1579, Rdnr. 39, wobei sein Argument hier wegfällt.

<sup>68</sup> Annäherung von neLG u. Wohngemeinschaft in Urteil des XII. Zivilsenat des BGH vom 20.03.02 (ZR 159/00)? (Heruntersetzung von Unterhalt an eine Frau wegen freundschaftlicher Beziehung zu homosexuellem Freund mit wechselnden Partnern)

<sup>69</sup> Vgl. Brudermüller, (Anm. 50), Kommentierung zu § 1579 Rdnr. 38 m.w.H. auf die Rechtsprechung: Gleichgeschlechtliche Partnerschaften können neu „feste soziale Verbindungen“ darstellen.

<sup>70</sup> S. dazu zusammenfassend und kritisch Schulz, Falk, *Der Einfluss privatrechtlicher Leistungen auf den Unterhalt*, Diss., Berlin 2002, 51 ff. u. 76 ff.

#### 4. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, dass die deutschen Konzeptionen für Unterhalt keine Legitimation für eine Verwirkung wegen Eingehens einer neLG durch den Berechtigten bieten. Der Vergleich mit dem österreichischen Recht hat deutlich gemacht, dass darüber hinaus überhaupt jegliche überzeugende Begründung für die Verwirkung bei Eingehen einer neLG fehlt.

Mit dieser Feststellung darf aber noch kein Schlusspunkt gesetzt werden; schließlich besteht immer noch das Problem, dass eine lebenslange Rente eine „Unterhaltsknechtschaft“<sup>71</sup> für den Verpflichteten darstellen kann, die offenbar dem Gerechtigkeitsempfinden der Menschen in Deutschland widerspricht. Nur so nämlich lässt sich erklären, warum so wenig Kritik an der Gerichtspraxis zur neLG geübt wird.<sup>72</sup> Des Problems Lösung könnte dank eines Vergleichs mit der konkreten ausländischen Ausgestaltung einer weiteren Konzeption gefunden werden:

### III. Lösungsvorschlag *de lege ferenda*

#### 1. *clean break*

Einen Lösungsansatz für die Forderung nach wirtschaftlicher Selbständigkeit könnte die Konzeption des *clean break* bieten:

##### i. Konzeption

Beim *clean break* steht die Idee im Vordergrund, möglichst bald das Band zwischen den Ehegatten zu zerschneiden. Typischerweise geht damit die Vorstellung einher, dass Unterhalt nur gewährt wird, um dem anderen Ehegatten eine eigene Existenz zu ermöglichen, denn erklärtes Ziel ist Hilfe zur Selbsthilfe und das Hinführen beider Partner zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit.

Im Hinblick auf eine möglichst baldige Ablösung der beiden Ehegatten kann eine neLG, die erst nach der Scheidung eingegangen wurde, keinen Einfluss auf die Höhe des Unterhalts mehr haben. Das Gericht kann diese Tatsache höchstens bei an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in die Entscheidung über die Höhe des Unterhaltsbetrages miteinbeziehen.

##### ii. Beispiel einer konzeptionellen Ausgestaltung: Frankreich

Das Konzept des *clean break* findet seinen Ursprung im angloamerikanischen Recht. Frankreich erscheint aber als Vergleichsland geeigneter, weil dessen Rechtsordnung unterschiedlicheren Anliegen gerecht wird und aufgrund seiner kontinentalen Grundlage dem deutschen Recht konzeptionell nah genug liegt, um eine Übertragbarkeit in Betracht zu ziehen.

---

<sup>71</sup> Deubner, Karl G., *Der Weg in die Unterhaltsknechtschaft*, ZRP 1972, 153-155, 153.

<sup>72</sup> Vgl. Ausführungen oben zur Übertragung der österreichischen Kritik.

In Frankreich ist die Unterhaltsregelung abhängig von der Scheidungsart. Art. 229 des Code civil (C.civ.) zählt folgende Scheidungsarten auf:

- *Divorce par consentement mutuel* (art. 230 ff. C.civ.): Einverständliche Scheidung (ev. auch einseitig beantragt und vom anderen Ehegatten akzeptiert)
- *Divorce pour rupture de la vie commune* (art. 237 ff. C.civ.): Scheidung wegen Auseinanderbrechens der ehelichen Gemeinschaft
- *Divorce pour faute* (art. 242 ff. C.civ.): Verschuldensscheidungen

Der nacheheliche Unterhalt folgt zwei völlig unterschiedlichen Konzeptionen<sup>73</sup>, wobei die zweite - schon zahlenmässig<sup>74</sup> - von wesentlich grösserer Bedeutung ist:

Nach einer *divorce pour rupture de la vie commune* zahlt derjenige Ehegatte Unterhalt, der die Scheidung einleitete (art. 281 C.civ.). Die Zahlung erfolgt in Form einer Rente (*pension alimentaire*) und ist abhängig vom Bedarf des Berechtigten sowie der Leistungsfähigkeit des Zahlenden.<sup>75</sup> Eine Rente ist grundsätzlich änderbar; sie erlischt bei Eingehen einer nELG<sup>76</sup> und im Falle von Wiederheirat (art. 283 C.civ.).

Nach allen übrigen Scheidungsarten ist eine Ausgleichszahlung (*prestation ompensatoire*) möglich.<sup>77</sup> Bei einseitigem Verschulden kann eine solche nur dem unschuldigen Ehegatten zugesprochen werden (art. 280-1 C.civ.), bei beidseitigem Verschulden hingegen jedem der beiden Ehegatten, also auch dem schuldigeren.<sup>78</sup>

Die *prestation ompensatoire* wurde mit Gesetz vom 30.06.2000 neu geregelt und erscheint in zwei Varianten<sup>79</sup>, wobei hier v.a. erstere interessiert:

Die primäre Form ist die Kapitalabfindung (art. 274 C.civ.), wobei neuerdings art. 275 C.civ. neben der Zahlung einer Geldsumme auch weitere Zahlungsmodalitäten vorsieht. Der Richter beurteilt die Bedürfnislage des Berechtigten sowie die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten im Zeitpunkt der Scheidung und schätzt ihre Entwicklung für die absehbare Zukunft ab (art. 271 C.civ.); des Weiteren bezieht er diverse sonstige Kriterien mit ein (art. 272 C.civ.: Namentlich Alter, Gesundheit, Dauer der Ehe, Kinder, berufliche Situation, Vermögen, Anwartschaften).<sup>80</sup> Die Kapitalabfindung ist grundsätzlich unveränderlich.<sup>81</sup> Ausnahmen bilden lediglich die Anfechtung wegen Betrugs<sup>82</sup> und die wesentliche Änderung der Situation des Schuldners (art. 275-1 C.civ.), nicht aber derjenigen des Berechtigten.

<sup>73</sup> Dasselbe Prinzip im engl. Recht: periodical payments bzw. lump sum (Sec 23 Matrimonial Causes Act von 1973).

<sup>74</sup> Malaurie, Philippe/Aynès, Laurent, *Cours de droit civil – Famille*, 6. Aufl., Paris 1998, 207, Nr. 345.

<sup>75</sup> Furkel, Françoise, *L'obligation d'entretien après divorce en droit française*, in: Weyers, Hans-Léo (Hrsg.), *Unterhalt nach Ehescheidung*, Frankfurt a.M. 1986, 9-36, 28 m.w.H.

<sup>76</sup> Im engl. Recht nur Herabsetzung: Lowe, Nigel, 2002,

<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/pdf/England02.pdf> (besucht am 24.05.04), 39 f. m.w.H. (insbes. auf das Urteil *Atkinson v Atkinson*).

<sup>77</sup> Vgl. Mazon/Rubellin, Les conséquences de nature pécuniaire, in: Rubellin-Devichi, Jacqueline, *Droit de la famille*, Paris 2001, 283-357, 312 f. m.w.H.: Sehr umstritten, ob bei „divorce pour rupture de la vie commune“ zusätzlich mögl.; cour de cassation verneint (Urteil vom 18.04.1980, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles (Bull. civ. II), Nr. 145, 55).

<sup>78</sup> Bénabent, Alain, *Droit civil – La famille*, 11. Aufl., Paris 2003, 251.

<sup>79</sup> Courcelle, zitiert nach Cornu, Gérard, *Droit civil – La famille*, 7. Aufl., Paris 2001, 637, Nr. 412, Fn. 21: In a.F. Rente subsidiär bei Zahlungsschwierigkeiten mögl.; in Praxis nur 20 % Kapitalabfindung.

<sup>80</sup> Vgl. auch im englischen Recht: Sec 25 (2) Matrimonial Causes Act von 1973.

<sup>81</sup> Absolut h.M.; anstelle vieler: Massip, Jacques, *La réforme du divorce*, 2. Aufl., Paris 1986, 248 f. m.w.H. Gilt auch nach Rechtsänderung vom 30.06.2000.

<sup>82</sup> Cornu, Gérard, *Droit civil – La famille*, 7. Aufl., Paris 2001, 636 f., Nr. 411, Fn. 15.

Subsidiär kann eine indexierte *rente viagère* (Rente auf Lebenszeit) zugesprochen werden, wenn dies durch Alter oder Gesundheitszustand des Berechtigten angebracht scheint (art. 276 C.civ.). Dabei beachtet der Richter auch die Kriterien von art. 272 C.civ. Gemäss art. 276-3 C.civ. kann diese Form der *prestation compensatoire* wegen wichtigen Veränderungen in der Zahlungsfähigkeit oder dem Bedürfnis geändert, ausgesetzt oder aufgehoben werden.

Die rechtliche Einordnung sowohl der *pension alimentaire* als auch der *prestation compensatoire* ist umstritten. Bei ersterer betonen die meisten Autoren und die Rechtsprechung einen Doppelcharakter mit Aspekten von Unterhalt und Entschädigung.<sup>83</sup> Diese Auffassung scheint sich nun auch bei der *prestation compensatoire* durchzusetzen.<sup>84</sup> Letztere zielt aber jedenfalls klar auf einen Ausgleich für Verluste durch die Scheidung.<sup>85</sup>

### iii. Beurteilung

Die Konzeption der *prestation compensatoire* in der Form der Kapitalabfindung wird in Frankreich überraschend konsequent angewendet. Weder eine spätere<sup>86</sup> Heirat noch eine neLG sind beachtlich. Wie es scheint, ist Massip der Einzige, der die Rechtsprechung diesbezüglich kritisiert: Er fordert, die Wahrscheinlichkeit einer Wiederheirat oder einer neLG jeweils im konkreten Fall abzuschätzen.<sup>87</sup>

Die Idee einer Art „Abfindung“ für einen Neustart ist verlockend im Hinblick darauf, dass Streitigkeiten vermeidbarer erscheinen, Nachforschungen über das naheheliche Leben überflüssig sind und das „Austesten“ neuer Beziehungen ermöglicht wird; ausserdem steigt die durchschnittliche Lebenserwartung ständig an<sup>88</sup>, und schon deswegen erscheint die Forderung nach getrennten Leben für Geschiedene legitim. All diese Argumente bieten sowohl für Berechtigte als auch für Verpflichtete nur Vorteile; aus theoretischer Sicht ist der *clean break* ein Ideal.

## 2. Übertragung des französischen Systems auf die deutsche Konzeption

Aus genannten Gründen wäre es sinnvoll, die französische Konzeption auf die deutsche Rechtsordnung zu übertragen.<sup>89</sup>

Aus politisch-gesellschaftlicher Sicht setzt die Idee eines *clean break* aber echte Chancengleichheit für Mann und Frau voraus, die in der sozialen Wirklichkeit bekanntlich nach wie vor nicht gegeben ist. Ob eine Kapitalabfindung nach französischem Vorbild in Deutschland wünschenswert ist, hängt im Wesentlichen von der Höhe der Ausgleichszahlung ab, die die Gerichte den Betroffenen zusprechen würden. Rechtssoziologische Untersuchungen müssten klären, ob und wie weit die in Frankreich und

<sup>83</sup> Juglart/Piedelièvre/Piedelièvre, *Cours de droit civil - Introduction, Personnes, Famille*, 16. Aufl., Paris 2001, 460 f. Nr. 656.

<sup>84</sup> Martiny, (Anm. 25), 51 f. m.w.H. Zur Verschiedenheit des Versorgungsausgleichs i.S. des BGB Sonnenberger, Hans Jürgen/Autexier, Christian, *Einführung in das französische Recht*, 3. Aufl., Heidelberg 2000, 159.

<sup>85</sup> Anstelle vieler: Cornu, (Anm. 83), 632 m.w.H.

<sup>86</sup> Vgl. Seseke, (Anm. 11), 142 ff. m.w.H.: Anders bei Eingehen einer neLG vor Beendigung der Ehe.

<sup>87</sup> Massip, (Anm. 82), 249, Nr. 182.

<sup>88</sup> Vgl. Ausführungen oben zu den soziologischen Erkenntnissen.

<sup>89</sup> A.A. Henrich, (Anm. 28), 83 f.



England Betroffenen mit der Ausgleichszahlung später wirklich ihr eigenes finanzielles Auskommen finden.

Praktisch ist ein *clean break* ausserdem womöglich eine Illusion, solange die Ex-Ehegatten gemeinsame Kinder haben. Zur Klärung der Bedeutung eines *clean break* für Ex-Ehegatten und deren Kinder wären rechtspsychologische Studien äußerst hilfreich.

In rechtsdogmatischer Hinsicht gibt es keinen ersichtlichen Grund, eine nachträglich unabänderliche Kapitalauszahlung einzuführen; eine solche könnte anstelle oder zusätzlich zu einer Rente ausgerichtet werden.<sup>90</sup> Die Scheidungsart als Kriterium für die Entscheidung, ob im konkreten Fall eine Rente oder eine Kapitalauszahlung zugesprochen werden soll, ist in Deutschland nicht angebracht; denkbar wäre hingegen, je nach *Unterhaltsgrund* ein anderes System anzuwenden, also in Fällen der nahehelichen Solidarität (v.a. bei Krankheit und Alter) eine Rente und in allen übrigen Fällen eine Kapitalauszahlung zum Ausgleich von ehebedingten Nachteilen vorzusehen. Bei der Zusprechung einer Kapitalauszahlung müssten Kriterien wie kurze Ehe usw. selbstverständlich bei der Beurteilung der Höhe mit einbezogen werden; außerdem wären – wie in Frankreich – Zahlungsmodalitäten zum Schutz von Verpflichteten durchaus sinnvoll.

Schwierigkeiten könnten sich allerdings in der Rechtspraxis stellen: Prognosen in die Zukunft – insbesondere zur Wahrscheinlichkeit einer neuen festen Partnerschaft – sind äusserst schwierig, und der Willkür würden Tür und Tor geöffnet. Abhilfe könnte immerhin die Verwendung von Tabellen schaffen; solche werden von deutschen – offenbar im Gegensatz zu französischen<sup>91</sup> – Gerichten schon heute verwendet.

## IV. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

### 1. Zusammenfassung

Die absolut herrschende Lehrmeinung in Deutschland befürwortet die Verwirkung eines Unterhaltsanspruchs, wenn der Unterhaltsberechtigte nach der Scheidung von seinem früheren Ehegatten eine neLG mit einem neuen Partner eingeht – sofern dabei bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die vorliegende Arbeit versucht, zumindest Zweifel an der Richtigkeit einer solchen Einschätzung zu wecken.

Die Untersuchung hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

Die deutsche Unterhaltskonzeption der nahehelichen Solidarität ist ungenügend konkretisiert und diejenige des Ausgleichs von ehebedingten Nachteilen bietet keine Begründung für die Verwirkung von Unterhalt bei Eingehen einer neLG. Der Rechtsvergleich mit Österreich und die Kritik an dessen Konzeption haben ergeben, dass es in Deutschland auch sonst keine legitime Begründung für die Anwendung von § 1579 Abs. 1 Nr. 7 BGB auf diesen Fall gibt.

---

<sup>90</sup> Beachte aber die völlig unterschiedliche Ausgestaltung von § 1585 Abs. 2 BGB! Vgl. Ralle, Corinna, *Das Rechtsinstitut der prestation compensatoire – ein Unterhaltsanspruch*, Diss., Frankfurt a.M. 1995, 71 ff.

<sup>91</sup> Todtenhaupt Puttfarcken, *Marina Unterhalt in unvollständigen Familien in Frankreich*, in: Dopffel/Buchhofer, *Unterhaltsrecht in Europa*, Tübingen 1983, 375-460, 416 i.V.m. 401 f.

Der Vergleich mit Frankreich hat einen Weg aufgezeigt, die in der Bevölkerung empfundene Ungerechtigkeit nicht so deutlich hervortreten zu lassen bzw. wenigstens erklären zu können.

Insgesamt wollte die vorliegende Arbeit die möglichen (auch ausländischen) Rechtfertigungen für Unterhalt aufzeigen. Damit sollte einerseits ein Bewusstsein zur Unterscheidung von sachgerechten und systemfremden Argumenten geweckt werden und andererseits klar gemacht werden, dass die Grundkonzeptionen der ausländischen Rechtsordnungen dem deutschen Recht keineswegs fremd sind.

## **2. Schlussbetrachtung**

Welche Konzeption letztendlich als Recht kodifiziert wird und ob ausländische Lösungen in die eigene Rechtsordnung übernommen werden, ist eine Grundsatzentscheidung der Politik. Juristen spielen dabei allerdings eine nicht zu unterschätzende Rolle. Die geschichtliche Entwicklung hat gezeigt, dass die Arbeit der Juristen nicht damit getan ist, dass sie mit Begriffen „rechnen“. Vielmehr ist insbesondere der Juristenstand in der Lage, politische Werturteile zur Diskussion zu stellen und in der Anwendung anhand von Syllogismen zu konkretisieren. Diese Aufgabe müssen Juristen verantwortungsvoll übernehmen, denn nur durch die Verwirklichung des Grundsatzes der Einheit der Rechtsmaterie wird einerseits im nationalen Recht die Rechtssicherheit bestmöglich verwirklicht und werden andererseits unnötige Gräben zwischen den Rechtsordnungen geschlossen. Das sture Festhalten an kaum oder nicht überzeugenden nationalen Regelungen steht dem europäischen Zusammenwachsen sinnlos entgegen.

Für den Fall einer fehlenden Regelung mag Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches eine klare Vorgabe enthalten: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht (...) nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“ Das Gericht soll also eine Regelung finden, die mit der nationalen Grundkonzeption übereinstimmt, soziale Wirklichkeiten beachtet und die sachgerechteste Lösung favorisiert – auch wenn diese in einer fremden Rechtsordnung gefunden wird.