Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
21. bis 23. November 2013
in Karlsruhe

„Die Leistungsfähigkeit stirbt nie“: Betrachtungen zur Leistungsfähigkeit

Helmut Borth
Präsident des Amtsgerichts a.D., Heilbronn

Die Leistungsfähigkeit stirbt nie: Betrachtungen zur Leistungsfähigkeit

Inhaltsübersicht

I. Einführung in das Thema 2

II. Der Begriff der Leistungsfähigkeit im Gefüge der Unterhaltsbestimmung 3

III. Regelungstechnik zur Bestimmung der Voraussetzungen der eingeschränkten Leistungsfähigkeit 4

1. Nachehelicher Unterhalt 4

2. Verwandtenunterhalt 4

IV. Begriff des billigen Selbstbehalts i.S.d. § 1581 S. 1 BGB nach BGH – Rechtsprechung 5

1. Entwicklung bis zur Aufhebung der Rechtsprechung zur Dreiteilung durch das BVerfG 5

2. Bestimmung des billigen Selbstbehalts nach Aufhebung der Rechtsprechung des BGH 6

V. Folgen der Aufhebung der Rechtsprechung zur Dreiteilung auf die Bestimmung des Unterhalts im Mangelfall 7

1. System der Berechnung nach der Dreiteilungsmethode 7

2. Wiederbelebung der Begriffe eines relativen und absoluten Mangelfalls 8

a. Notwendige Vorfrage - Abgrenzung auf der Bedarfsebene 8

b. Folgerungen für den Begriff des eigenen angemessenen Unterhalts i.S.d. § 1581 S.1 BGB – relativer und absoluter Mangelfall 9

VI. Auswirkungen der Neuordnung des Rangfolgensystems auf den Begriff der Leistungsfähigkeit i.S.d. § 1581 S. 1 BGB 11

1. Neuinterpretation des Begriffs der Leistungsfähigkeit gemäß § 1581 S. 1 BGB ? 11

2. Fehlende Aussagen zu § 1581 S. 1 BGB in der Entscheidung des BVerfG vom 25.1.2011 12

3. Gleichwertigkeit und Gleichrangigkeit der zweiten Ehe und Billigkeitsprüfung gemäß § 1581 BGB 12

4. Berücksichtigung sämtlicher Einkünfte im Rahmen der Billigkeitsprüfung 14

5. Praktische Folgen der Gleichstellung gleichrangig konkurrierender Ansprüche 14

VII. Verstoß der Gleichstellung gleichrangiger Unterhaltsansprüche gegen Entscheidung des BVerfG vom 25.1.2011? 16

VIII. Konkurrenz eines Anspruchs nach § 1615 l BGB zu gleichrangigen Ansprüchen nach den §§ 1361, 1569 ff. BGB 18

IX. Unterhaltsbestimmung bei Vor – sowie Nachrang des 2. Ehegatten 21

1. Nachrang des geschiedenen Ehegatten 21

2. Nachrang des 2. Ehegatten 22

I. Einführung in das Thema

„*Die Leistungsfähigkeit stirbt nie*“ – so lautet der Inhalt des mir angetragenen Vortrages. So etwa könnte auch der verzweifelte Hilferuf einer Unterhaltsberechtigten gelautet haben, die zunächst nach der allseits bekannten Rechtsprechung des BGH zur Dreiteilungsmethode das überdurchschnittlich gute Einkommen des geschiedenen Ehegatten mit dessen Kindern aus der neuen Verbindung sowie der neuen Lebenspartnerin hatte teilen müssen, aufgrund der rüden Attacke des BVerfG vom 25. Januar 2011 gegen diese Rechtsprechung jedoch danach die Hoffnung geschöpft hatte, zumindest einen Teil dieses Einkommens vor dem Zugriff der zweiten Ehefrau retten zu können, um dann aber nach der - mit Hilfe des BVerfG - systematisch geläuterten Rechtsprechung des BGH zur Kenntnis nehmen zu müssen, dass ihr Unterhalt erneut nach der Dreiteilungsmethode zu ermitteln ist, diesmal allerdings mit dem Hinweis, dass das zu teilende Einkommen nunmehr eben nach den Grundsätzen der Leistungsfähigkeit in gleichem Umfang wie zuvor unter allen Unterhaltsberechtigten aufgeteilt werden muss.

Die Verantwortlichen dieser Tagung haben sich bei der Fassung des Vortragsthemas sicherlich nicht nur – wenn überhaupt - von solchen Gedankengängen eines Unterhaltsberechtigten inspirieren lassen. Denn das mit der bereits angesprochenen Rechtsprechung von BVerfG und BGH angeschnittene Thema der Unterhaltsbemessung bei Zusammentreffen mehrerer Unterhaltsberechtigter wirft Rechtsfragen auf, die nach meiner Beurteilung auch nach der Entscheidung des BGH vom 7.12.2011[1] nur bedingt geklärt sind, zumal sich der BGH – gebrannte Kinder scheuen bekanntlich das Feuer – in der zentralen Frage der Wertigkeit des Unterhaltsanspruchs der zweiten Verbindung im Verhältnis zum getrenntlebenden bzw. geschiedenen Ehegatten eher zurückhaltend in der Weise geäußert hat, es sei aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn die Instanzgerichte im Rahmen des Billigkeitsbegriffs des § 1581 S. 1 BGB den Unterhalt auf der Grundlage einer Dreiteilung ermitteln.

Auch wenn sich nach meinem Eindruck in der anwaltlichen und richterlichen Praxis die Anzahl dieser Fälle in Grenzen hält, was durch die geringe Anzahl an veröffentlichten Entscheidungen der Oberlandesgerichte bestätigt wird, halte ich es für richtig, dieses Thema zu einem Schwerpunkt der diesjährigen Tagung der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im DAV zu machen, weil insbesondere nach der Entscheidung des BVerfG vom 25. Januar 2011[2] im Grunde genommen die zentrale Frage, nach welchem Maßstäben der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten im Verhältnis zum Unterhaltsanspruch des neuen Partners des Unterhaltspflichtigen in den verschiedenen Fallkonstellationen bemessen werden muss, weiterhin offen ist und einer fachlichen Diskussion bedarf. Dies bezieht sich insbesondere auf das Problem, dass im Bereich der Rangfolgenregelungen nach §§ 1582, 1609 BGB das UÄndG 2007 die Wertigkeit der Unterhaltsansprüche verändert hat, die maßgebliche Vorschrift des § 1581 S. 1 BGB zur Bemessung des Unterhalts im Mangelfall jedoch nicht an die neue Systematik angepasst wurde. Insoweit erlaube ich mir, das Fazit meines Vortrages vorwegzu-

[1] FamRZ 2012, 281 = NJW 2012, 384.

nehmen.

Im Rahmen der Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ist die Frage der Feststellung des Unterhalts bei Zusammentreffen mehrerer Unterhaltsberechtigter sicherlich das derzeit wichtigste Thema, jedoch nicht das alleinige. Zu dessen struktureller Einordnung gehe ich deshalb vorab auf die Grundlagen der Vorschriften zur Leistungsfähigkeit ein.

II. Der Begriff der Leistungsfähigkeit im Gefüge der Unterhaltsbestimmung

In den Grundzügen ist das deutsche Unterhaltsrecht klar strukturiert. Die Prüfung eines nach den gesetzlichen Vorschriften geschuldeten Anspruchs erfolgt in der Reihenfolge **Bedarf** (geregelt in den §§ 1578, 1610 BGB) und **Bedürftigkeit** (geregelt in §§ 1577, 1602 BGB) des Anspruchsberechtigten sowie der **Leistungsfähigkeit** des Unterhaltspflichtigen.

In Bezug auf die Prüfung der Leistungsfähigkeit enthält das Gesetz zwei inhaltlich weitgehend vergleichbare Vorschriften, nämlich

→ § 1603 Abs. 1, 2 BGB zum **Verwandtenunterhalt** sowie

→ § 1581 S. 1, 2 BGB zum **Ehegattenunterhalt**; diese Regelung ist systematisch dem nachehelichen Unterhalt gemäß den §§ 1569 ff. BGB zugeordnet, gilt aber auch im Trennungsunterhalt[3] (vom BVerfG abgeleitet aus dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**) sowie im Fall der Aufhebung einer Lebenspartnerschaft (§ 16 LPartG).

→ In Bezug auf den **Unterhalt der Mutter**, die mit dem Vater ihres Kindes nicht verheiratet ist, enthält § 1615l Abs. 3 S. 1 BGB eine entsprechende Verweisung auf die Vorschrift im Verwandtenunterhalt nach § 1610 BGB. Insoweit ist der BGH[4] aber zum Selbstbehalt von der Vorschrift des § 1603 Abs. 1 BGB, wonach dem Unterhaltspflichtigen der angemessene Eigenbedarf bzw. Selbstbehalt (2013: 1.200 €[5]) zusteht, abgewichen und orientiert sich an der Vorschrift des § 1581 S. 1 BGB zum nachehelichen Unterhalt, mit der Folge, dass - wie dort - der Mittelwert aus dem angemessenen und notwendigen Selbstbehalt i.S.d. § 1610 Abs. 2 S. 1 BGB herangezogen wird.

Die gesetzlichen Vorschriften enthalten insoweit zwei voneinander abhängige Regelungszwecke, nämlich

→ eine **Schutzfunktion zugunsten des Unterhaltspflichtigen**, die vor allem darin besteht, die Einstandspflicht in Bezug auf den ermittelten nicht gedeckten Bedarf des oder der Unterhaltsberechtigten zu begrenzen, soweit die eigene Lebensstellung unter dem Gesichtspunkt der Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG sowie dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) im Fall der Erfüllung des ermittelten Bedarfs beeinträchtigt wird. Insoweit wird der Umfang der Unter-

---

[2] FamRZ 2011, 437 m. Anm. *Borth*. = NJW 2011, 836 .

[3] BVerfG FamRZ 2002, 1397; BGH FamRZ 2006, 683, 684; FamRZ 2009, 579.

[4] Grundlegend FamRZ 2005, 354; kritisch hierzu *Graba*, FamRZ 2005, 353; MünchKomm/*Born*, 6. Aufl § 1615l BGB Rz. 48; zu den systematischen Diskrepanzen s. a. *Schwab* FamRZ 2007, 1053, 1056; *Schwab/Borth* , Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl. Teil IV Rz. 1710 ff..

[5] FamRZ 2013, 97, 97 – Düsseldorfer Tabelle Ziffer 5.

haltsbestimmung allein nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unterhaltspflichtigen bestimmt;

→ eine **grundsätzliche Verschärfung der Einstandspflicht** des Unterhaltspflichtigen, für den Unterhalt des oder der Berechtigten aufzukommen, wenn deren ermittelter Bedarf nicht erfüllt werden kann; die Rechtfertigung für die Verschärfung der Einstandspflicht folgt aus dem gesetzlichen Unterhaltsverhältnis; ; sie wird in § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB sowie in § 1581 S. 2 BGB konkret geregelt. Sie wird aber nicht absolut bestimmt, sondern ist abhängig von dem Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Unterhaltsberechtigten, wie etwa beim Unterhalt eines minderjährigen Kindes oder von dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme, zu dem der Unterhaltspflichtige nicht mehr ohne weiteres mit eine Inanspruchnahme rechnen muss, so etwa beim Elternunterhalt.

III. Regelungstechnik zur Bestimmung der Voraussetzungen der eingeschränkten Leistungsfähigkeit

1. Nachehelicher Unterhalt

Die Prüfung der Leistungsfähigkeit erfolgt gemäß § 1581 S. 1 BGB anhand der folgenden Tatbestandselemente:

→ Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts; dieser Maßstab orientiert sich nach der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 18.10.1989[6] an dem eheangemessenen Bedarf i.S.d. § 1578 Abs. 1 BGB;[7]

→ Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen, zu denen neben den anerkennungsfähigen Verbindlichkeiten auch weitere Unterhaltspflichten gehören;

→ Berücksichtigung der Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten;

→ Definition der Rechtsfolge der mangelnde Leistungsfähigkeit – Unterhalt nach Billigkeit.

2. Verwandtenunterhalt

Die Tatbestandselemente der Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts sowie die Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen werden auch für die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht beim Verwandtenunterhalt nach § 1603 Abs. 1 zugrunde gelegt. Im Rahmen der **gesteigerten Unterhaltspflicht** nach § 1603 Abs. 2 S. 1, 2 für minderjährige, unverheiratete sowie volljährige privilegierte Kinder hat der Verpflichtete ggf. auch bei Gefährdung des eigenen angemessenen Eigenbedarfs noch Unterhalt zu leisten. Die Grenze der Unterhaltspflicht wird dann, wenn nicht auch unterhaltspflichtige Verwandte einzutreten haben (s. § 1607 Abs. 1 BGB → sog. Ausfallhaftung), durch

---

[6] FamRZ 1990, 260, 264; FamRZ 2012, 281 Tz. 34; s. a. *Borth* FamRZ 2012, 251, 255 – spiegelbildliche Gleichsetzung.

[7] Zum Begriff des angemessenen Unterhalts gehören auch Aufwendungen zur Kranken- und Pflegeversicherung als Teil des Elementarunterhalts; unklar ist die Reichweite des Vorsorgeaufwands; s. hierzu § 851 d ZPO; keine ergänzende Altersversorgung bei Gefährdung des Mindestunterhalts nach § 1612a BGB – BGH FamRZ 2013, 616 m. Anm. *Finke*.

den **notwendigen Eigenbedarf** bestimmt. Liegt eine Unterhaltspflicht gegenüber volljährigen Kindern sowie betagten Eltern vor, ist der angemessene Unterhalt nach § 1603 Abs. 1 zu gewährleisten.

IV. Begriff des billigen Selbstbehalts i.S.d. § 1581 S. 1 BGB nach der Rechtsprechung des BGH

1. Entwicklung bis zur Aufhebung der Rechtsprechung zur Dreiteilung durch das BVerfG

Welcher Maßstab für den „eigenen angemessenen Unterhalt" anzulegen ist, bei dessen Gefährdung eine Billigkeitsprüfung erfolgt, war streitig, nachdem sich auch aus dem Gesetz selbst keine eindeutigen Anhaltspunkte ergeben. Bis zur Entscheidung des BGH vom 18.10.1989[8] hat ein Teil der Lit.[9] den „billigen Selbstbehalt" nach einem generellen Maßstab i.S.d. sog. angemessenen Selbstbehalts[10] nach § 1603 Abs. 1 BGB bestimmt, andere Autoren[11] diesen i.S.d. § 1578 Abs. 1 BGB verstanden. Der BGH vertrat den Standpunkt, dass der eigene angemessene Unterhalt i.S.d. § 1581 S. 1 BGB, dessen Gefährdung zum Einstieg in die Billigkeitsprüfung führt, grundsätzlich mit dem **eheangemessenen Unterhalt** nach § 1578 Abs. 1 BGB gleichzusetzen ist. Zutreffend hat der BGH diese Gleichsetzung mit dem eheangemessenen Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 BGB aus dem Grundsatz der **gleichmäßigen Teilhabe beider Ehegatten** an dem zu verteilenden Einkommen begründet, der es deshalb auch nicht zulässt, auf den Maßstab des § 1603 Abs. 2 BGB zurückzugreifen, weil ansonsten der Unterhaltspflichtige sich mit einem geringeren Betrag als der Unterhaltsberechtigte zu begnügen hätte, falls ein generell bestimmter Selbstbehalt zur Auslösung des § 1581 S. 1 BGB unterschritten werden müsste, der unter dem eigenen angemessenen Selbstbehalt liegen kann. Aus dem **Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe**, der für die Bestimmung des Unterhaltsanspruchs nach den ehelichen Lebensverhältnissen i.S.d. § 1578 Abs. 1 BGB in gleichem Maße wie bei der Anspruchsbestimmung nach § 1581 S. 1 BGB gilt, wird auch deren Regelungszweck deutlich. Sie soll

→ der Sicherung des Eigenbedarfs des Unterhaltspflichtigen dienen und ferner

→ einen Verteilungsmaßstab für das zur Verfügung stehende Einkommen zwischen Unterhaltsberechtigten und Unterhaltsverpflichteten ergeben, dh zu einem **am Halbteilungsgrundsatz orientierten Interessenausgleich** führen. Dies wirkt sich vor allem bei der Bestimmung des Unterhalts mehrerer gleichrangiger Unterhaltsberechtigter aus.

Diese Rechtsprechung hat der BGH hat in der **Entscheidung vom 15.3.2006**,[12] mit der er seiner Rechtsprechung zur Dreiteilung den Weg ebnete, den sich aus dem Wortlaut des § 1581 S. 1 BGB abzuleitenden gleitenden, das heißt von der Höhe des jeweiligen Einkommens abhängigen „billigen Selbstbehalt"[13] zugunsten eines **absolut zu bestimmenden Betrags** (Zwischenwert zwischen dem notwendigen Selbstbehalt nach § 1603 Abs. 2 BGB und dem angemessenen Selbstbehalt nach § 1603

---

[8] BGHZ 109, 72 = NJW 1990, 1172 = FamRZ 1990, 260.
[9] *Künkel* DAVorm. 1988, 641, 655.
[10] Vergleichbar wie bei § 1603 Abs. 1 BGB; nach Düsseldorfer Tabelle derzeit (2013) 1.200 €.
[11] Soergel/*Häberle* § 1581 Rn. 12; *Göppinger/Wenz* 5. Aufl. Rn. 1212.
[12] FamRZ 2006, 683 mit Anm. *Büttner* FamRZ 2006, 765 und *Borth* FamRZ 2006, 852.
[13] Hierzu BGH FamRZ 1990, 260.

Abs. 1 BGB) aufgegeben.[14] Er hat dies damit begründet, regelmäßig sei durch die Methode der Bedarfsermittlung gewährleistet, dass dem Unterhaltspflichtigen – unter Einbeziehung des Erwerbstätigenbonus – ein gleich großer Anteil des verfügbaren Einkommens verbleibe, wie er dem Unterhaltsberechtigten zustehe. Einer zusätzlichen Grenze der Leistungsfähigkeit nach den individuellen ehelichen Lebensverhältnissen bedürfe es deshalb nicht mehr.

Mit dieser Rechtsprechung wollte der BGH vermeiden, → so wörtlich in FamRZ 2006, 683, 685:

> *dass in einer Vielzahl von Fällen - nämlich stets dann, wenn das verfügbare Einkommen nicht ausreicht, um den beiderseitigen ursprünglich eheangemessenen Unterhalt einschließlich eines eventuellen Mehrbedarfs zu befriedigen – der Unterhalt nach Billigkeitsgrundsätzen gemäß § 1581 BGB zu bemessen ist*.

Das Problem der Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes löste der BGH in der Entscheidung vom 15.3.2006 bekanntlich dadurch, dass er **nacheheliche Entwicklungen bereits bei der Bedarfsermittlung berücksichtigte**, also auch einen nachehelich und die ehelichen Lebensverhältnisse damit nicht prägenden Unterhaltsanspruch. Systematisch stützte der BGH dies auf den Begriff der stets wandelbaren ehelichen Bedarfsverhältnisse. Diese Rechtsprechung hat das BVerfG[15] - bekanntermaßen – in der Entscheidung vom 25.1.2011 im Grundansatz verworfen.

2. Bestimmung des billigen Selbstbehalts im Sinne des § 1581 BGB nach Wegfall der Rechtsprechung zur Dreiteilung

Mit der Aufhebung der Rechtsprechung des BGH zur Dreiteilung durch die Entscheidung des BVerfG vom 25.1.2011[16] stellte sich in Bezug der Bestimmung eines festen Selbstbehalts die Frage, ob erneut auf die frühere Rechtsprechung des BGH vom 18.10.1989[17] zurückzukehren ist, wonach der billige Selbstbehalt i.S.d. § 1581 S. 1 BGB nicht durch einen festen Betrag zu definieren war. Hierzu ist Folgendes anzumerken:

→ Die Wahrung der **zusätzlichen Grenze der Leistungsfähigkeit** nach den individuellen Verhältnissen wird zwar nicht mehr unmittelbar durch die Berechnung des Unterhalts im Rahmen des § 1581 S. 1 BGB gewährleistet. Liegt im Einzelfall die Quote des geschiedenen Unterhaltsberechtigten aus den unterhaltsrelevanten Einkünften höher als der nach der Rspr. des BGH definierte Selbstbehalt, muss dieser durch die Billigkeitsprüfung im Rahmen des § 1581 S. 1BGB angepasst werden. Aus dem **Begriff der Billigkeit** ist zu entnehmen, dass Unterhaltsberechtigter und Unterhaltspflichtiger grundsätzlich jeweils denselben Betrag zur Verfügung haben müssen; dies folgt aus dem Halbteilungsgrundsatz, der auch § 1581 S. 1 BGB zugrunde liegt.[18]

→ § 1581 S. 1 BGB greift stets ein, wenn der Unterhaltspflichtige mehreren Unterhaltsberechtigten

---

[14] Seit 1.1.2013: 1.100 €; FamRZ 2013, 98.
[15] FamRZ 2011, 437 Tz. 64 ff. m. Anm. *Borth*.
[16] FamRZ 2011, 437 .
[17] BGHZ 109, 72 = NJW 1990, 1172 = FamRZ 1990, 260.
[18] Grundlegend BGH FamRZ 1990, 260; s. auch *Borth* UÄndG 2007, 2. Aufl. Rn. 480; *Maurer* FamRZ 2011, 849, 856.

Unterhalt schuldet. Denn eine „*Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts*“ ist in diesem Fall stets gegeben ist, weil § 1581 S. 1 BGB seinem Wortlaut nach **nur das Verhältnis zwischen den getrennt lebenden bzw. geschiedenen Ehegatten** regelt, das heißt, die Angemessenheit sich allein aus diesem Rechtsverhältnis ableitet. § 1609 BGB bestimmt dagegen lediglich, in welcher Reihenfolge die Verteilungsmasse auf die Unterhaltsberechtigten aufzuteilen ist. Bei mehreren Unterhaltsberechtigten bedarf es deshalb zur Bestimmung der Einsatzbeträge eines **absoluten Selbstbehalts,** um die Verteilungsmasse festzulegen.

→ Die **Festlegung eines festen Selbstbehalts** als Untergrenze dient zudem der **Sicherung des eigenen Existenzminimums des Unterhaltspflichtigen** (Art. 2 Abs. 1 GG sowie Art. 20 Abs. 1 GG - Sozialstaatsprinzip),[19] dessen Höhe einer pauschalen Bewertung[20] zugänglich ist. Dies rechtfertigt es, an einem generell zu bestimmenden „billigen Selbstbehalt“ weiterhin festzuhalten und im Einzelfall zur Sicherung des Halbteilungsgrundsatzes eine Korrektur im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 1581 S. 1 BGB vorzunehmen.[21]

→ Die **Höhe des Ehegattenselbstbehalts** gemäß § 1581 S. 1 BGB muss jedoch aufgrund des Nachrangs gegenüber minderjährigen Kindern (§ 1609 Nr. 2, 3 BGB) grundsätzlich über dem notwendigen Selbstbehalt i.S.d. § 1603 Abs. 2 S. 1 BGB liegen, gleichzeitig aber wegen des Vorrangs gegenüber volljährigen (nichtprivilegierten) Kindern unterhalb des angemessenen Selbstbehalts gemäß § 1603 Abs. 1 BGB.[22] Bei beengten Verhältnissen kann dieser bis auf das Existenzminimum herabgesetzt werden.

V. Folgen der Aufhebung der Rechtsprechung zur Dreiteilung auf die Bestimmung des Unterhalts im Mangelfall

1. System der Berechnung nach der Dreiteilungsmethode

Der Vorteil der Dreiteilungsmethode bei Zusammentreffen mehrerer Unterhaltsberechtigter war, dass bei Zusammentreffen eines geschiedenen und neuen unterhaltsberechtigten Ehegatten deren Bedarf i.S.d. § 1578 Abs. 1 BGB nicht voneinander abwich, weil nach dem Begriff der stets wandelbaren Bedarfsverhältnisse der Bedarf der geschiedenen Ehefrau durch den nach Scheidung der Ehe aufgetretenen weiteren Unterhaltsanspruch der neuen Ehefrau geprägt wurde. Verfügte der Unterhaltspflichtige - nach Abzug des Kindesunterhalts – über ein Einkommen, das nach der Dreiteilung für jeden Beteiligten an dieser „Bedarfsgemeinschaft“ über dem geltenden billigen Selbstbehalt i.S.d. § 1581 S. 1 BGB lag, trat das Problem der Bestimmung eines relativen und auch absoluten Mangelfalls nicht auf.

---

[19] BVerfG FamRZ 2001, 1685 f. – Einhaltung der Opfergrenze; s. hierzu auch *Klinkhammer* FamRZ 2004, 1909; *Schürmann* FamRZ 2005, 148 f.
[20] BGH FamRZ 2006, 683 mwN mit Anm. *Büttner* FamRZ 2006, 675 und *Borth* FamRZ 2006, 852.
[21] So wohl auch *Maurer* FamRZ 2011, 849, 856.
[22] S. a. BGH FamRZ 2006, 683, 686.

Beispiel: Der Unterhaltspflichtige verfügte nach Abzug des Kindesunterhalts und des Erwerbstätigenbonus über ein Einkommen von 3.400 €.[23] Damit entfielen auf jeden Ehegatten 1.133 €.

Bei dieser Sachlage trat nach BGH wegen der „Gleichschaltung" von Bedarf und Leistungsfähigkeit die Sachlage eines relativen Mangelfalls nicht auf.

Lag der auf den Unterhaltspflichtigen entfallende Anteil von 1/3 des Gesamteinkommens **unterhalb des billigen Selbstbehalts** (2013: 1.100 €), wurde der Anteil jedes Ehegatten nach Abzug des billigen Selbstbehalts bestimmt.

Beispiel: Der Unterhaltspflichtige verfügte über ein Einkommen von 2.100 € (nach Abzug des Kindesunterhalts). In diesem Fall war dem Unterhaltspflichtigen dessen Selbstbehalt i.H.v. 1.100 € zuzuordnen (2013); der verbleibende Betrag von 1.000 € wurde hälftig jedem Ehegatten zugeordnet, soweit die Unterhaltsberechtigten gleichrangig i.S.d. §§ 1582, 1609 Nr. 2, 3 BGB waren. Im Fall des Vorrangs eines Ehegatten wurde zunächst der Unterhalt des vorrangigen Ehegatte erfüllt.

2. Wiederbelebung der Begriffe eines relativen und absoluten Mangelfalls

a. Notwendige Vorfrage - Abgrenzung auf der Bedarfsebene

Der BGH hat in der Entscheidung vom 7.12.2011[24] zutreffend darauf hingewiesen, dass damit auf seine frühere – zuvor dargestellte – Rechtsprechung zur Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes im Rahmen des § 1581 S. 1 BGB zurückgegriffen werden muss. Ausgangspunkt hierfür ist der Rechtssatz des BVerfG in der Entscheidung vom 25.1.2011, dass mit dem „**Begriff der stets wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse"** die Zäsur der Rechtskraft der Scheidung der Ehe in Bezug auf die Bestimmung des Bedarfs nicht aufgehoben werden kann.[25] Da der eigene angemessene Unterhalt i.S.d. § 1581 S. 1 BGB auch durch weitere Unterhaltsansprüche, die während der Ehezeit - als prägende Belastung - entstanden sind, beeinflusst wird, ist insoweit zunächst festzulegen, ob nach der Trennung bzw. Scheidung der Ehe entstehenden Unterhaltsansprüche auf die ehelichen Lebensverhältnisse zu beziehen sind. Hierzu gilt:

> Mit der Aufhebung der Rechtsprechung zur Dreiteilung ist bei Entstehen weiterer Unterhaltspflichten zu klären, ob die Rechtskraft der Scheidung (wieder) als **zeitliche Zäsur zur Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse** heranzuziehen ist oder ob bereits nach bzw. mit der Trennung entstandene Unterhaltsansprüche nicht auf die ehelichen Lebensverhältnisse i.S.d. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB bezogen werden können, weil sie keinen inneren Bezug zur gemeinsamen Gestaltung der Verhältnisse in der Ehe aufweisen.

Insoweit hat der BGH auf der vom BVerfG vorgegebenen Linie die Abgrenzung vorgenommen

---

[23] In diesem Einkommen waren insbesondere die steuerlichen Vorteile aus beiden Ehen und auch die geschiedene Ehe nicht prägende Einkünfte einzubeziehen, ferner die Vorteile aus dem Zusammenleben in der neuen Verbindung.

[24] FamRZ 2012, 281 Tz. 34 ff.; s. hierzu a. *Borth*, FamRZ 2011, 445, 448 – Anm. zu BVerfG vom 25.1.2011, FamRZ 2011, 437.

[25] FamRZ 2011, 437 Tz. 57, 62 ff.

und die **Rechtskraft der Scheidung als zeitliche Zäsur** zur Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse herangezogen.[26] Hierbei konnte sich der BGH auf seine frühere Rechtsprechung beziehen, wonach bis zur Rechtskraft der Scheidung geborene Kinder, deren Eltern nicht verheiratet sind, die ehelichen Lebensverhältnisse prägen.[27] Folgerichtig hat dies der BGH auch auf den Anspruch der Mutter nach § 1615l BGB bezogen. Hieraus folgt auch, dass sowohl der Unterhaltsanspruch eines nach der Rechtskraft der Scheidung geborenen Kindes als auch das Entstehen eines Anspruchs einer neu eingegangenen Ehe aus §§ 1360, 1360 a; 1361 Abs. 1; 1569 ff. BGB oder eines Anspruchs nach § 1615 l BGB nicht als eheprägend angesehen werden kann.

Exkurs zum Begriff – Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse: Auf den ersten Blick erscheint dies überzeugend, zumal der Eintritt der Rechtskraft der Scheidung einen einfach festzustellenden Zeitpunkt darstellt und erst mit Rechtskraft der Scheidung die Ehe endgültig aufgelöst sowie grundsätzlich bis zu diesem Zeitpunkt ferner eine Versöhnung der Ehegatten nicht ausgeschlossen ist. Die Übernahme der früheren Rechtsprechung zur Zäsur der Rechtskraft der Scheidung ist jedoch nicht zwingend. Naheliegender und jedenfalls für den unterhaltsberechtigten Ehegatten auch einsichtiger ist es vielmehr, den **Zeitpunkt der endgültigen Abkehr eines Ehegatten von den ehelichen Bindungen**, jedenfalls aber den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags als Zäsur heranzuziehen, weil jedenfalls zu diesem Zeitpunkt die mit dem Begriff der ehelichen Lebensverhältnisse verbundene gemeinsame Gestaltung der persönlichen und monetären ehelichen Verhältnisse beendet ist. Auch ist der Eintritt der Rechtskraft der Scheidung manipulierbar, was den BGH zB zur Bestimmung der Ehedauer nach § 1579 Nr. 1 BGB bewogen hat, die Dauer der Ehezeit nur bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zu berechnen.[28] Würde man dem folgen, so würden weitere Unterhaltsansprüche nur dann die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmen, falls diese bereits vor der Eheschließung bestanden haben oder während bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft entstanden sind, diese aber nicht zur Trennung der Ehegatten geführt haben, weil sich die Ehegatten über die Fortsetzung der Ehe einig waren.

b. Folgerungen für den Begriff des eigenen angemessenen Unterhalts i.S.d. § 1581 S.1 BGB – relativer und absoluter Mangelfall

→ Wird ein **nichteheliches Kind in der Trennungsphase** geboren, ist dieses entsprechend der vorgenannten Ansicht des BGH bei der Bestimmung des Bedarfs wie ein ehelich geborenes Kind zu behandeln. Der eigene angemessene Unterhalt des Unterhaltspflichtigen wird damit (bereits auf der Bedarfsebene) erst nach Abzug des Kindesunterhalts bestimmt, soweit die hierdurch folgen-

[26] S. FamRZ 2012, 281 Tz. 17; ferner BT-Drucks. 7/650 S. 136.
[27] S. FamRZ 1999, 367, 368 f.
[28] FamRZ 1986, 886, 888.

de Verteilung des Einkommens nicht zu einem Missverhältnis des beiderseitigen Bedarfs der Ehegatten führt.[29]

Beispiel: Einkommen Unterhaltspflichtiger: 3.000 €;[30] Kind 1. Altersstufe; Einstufung 5. Einkommensgruppe Düsseldorfer Tabelle

3.000 € - 289 €[31] = 2.711 € x 6/7 (bzw. – 5 % - 10 %) = 2.324 € : 2 = 1.162 €.

→ Wird ein **nichteheliches Kind nach Rechtskraft der Scheidung** geboren, ist dies auf der Bedarfsebene nicht zu berücksichtigen, so dass je Ehegatte eine Quote von 1.285 € vorliegt (3.000 € x 6/7 [bzw. – 5 % - 10 %] : 2). Das minderjährige Kind ist jedoch nach § 1609 Nr. 1 BGB vorrangig vor dem Ehegatten, so dass der aus der Quote ermittelte Bedarf i.S. des eigenen angemessenen Unterhalts nicht gewahrt werden kann.

Damit liegt ein **relativer Mangelfall** vor, weil der eigene angemessene Unterhalt des Unterhaltspflichtigen „gefährdet" ist. Grundsätzlich ist der Anspruch der geschiedenen Ehefrau in diesem Fall gemäß § 1581 S. 1 BGB nach Abzug des Kindesunterhalts zu bestimmen.

Allerdings hat der BGH[32] mit dem Eintritt der Voraussetzungen einer eingeschränkten Leistungsfähigkeit im Rahmen der Prüfung des § 1581 S. 1 den **Abzug eines Erwerbstätigenbonus** abgelehnt. Damit ergäbe sich:

3.000 € - 289 € = 2.711 € : 2 = 1.356 €.

Dieser allgemein und knapp gehaltene Rechtssatz des BGH wirkt, wie das Ergebnis zeigt, zunächst irreführend. Richtig ist zwar, dass eine mangelnde Leistungsfähigkeit einen gesteigerten Einsatz aller Einkünfte auslöst; hierzu gehört grundsätzlich auch der Einsatz des Einkommensteils, der bei der Bestimmung des Bedarfs als **Erwerbstätigenbonus unterhaltsneutral** behandelt wird. Da nach dem gebildeten (und durchaus realistischen) Beispiel der Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnisse jedoch geringer ist (aufgrund des Erwerbstätigenbonus), als im Rahmen der Bestimmung des Unterhalts nach den Grundsätzen der Leistungsfähigkeit, muss dieser Rechtssatz entsprechend relativiert werden. Der Unterhalt der Ehefrau ist generell auf die Höhe des Bedarfs begrenzt, was selbstverständlich auch im Rahmen des § 1581 S. 1 BGB zu beachten ist.

→ Wird bei vorrangiger Berücksichtigung eines nachehelich geborenen Kindes gemäß § 1609 Nr. 1 BGB die Untergrenze des angemessenen Selbstbehalts des Unterhaltspflichtigen unterschritten (Mindestbetrag i.H.v. mon. 1.100 €), tritt in Bezug auf den unterhaltsberechtigten Ehegatten ein **absoluter Mangelfall** ein, der zu einer **Minderung des Unterhalts des Ehegatten** führt. In diesem Fall wirkt sich die begrenzte Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen allein auf den unterhaltsberechtigten Ehegatten aus.[33]

---

[29] S. hierzu etwa BGH FamRZ 1987, 456, 458.
[30] Einkommen netto; kein Vorwegabzug berufsbedingter Aufwendungen.
[31] 381 € - 92 € hälftiges Kindergeld.
[32] BGH FamRZ 2013, 1366 Tz. 87; so a. *Kleffmann* in *Scholz/Kleffmann/Motzer*, Praxishandbuch Familienrecht 2013 H. 132 f.; aA *Eschenbruch/Schürmann* Unterhaltsprozess, 5. Auflage Rz. 1104, 1106.
[33] S. a. BGH FamRZ 2012, 281 Tz. 35.

Beispiel: Einkommen Unterhaltspflichtiger: 2.200 €; Kind 1. Altersstufe; Einstufung 2. Einkommensgruppe Düsseldorfer Tabelle

- Bedarf: 2.200 € x 6/7 (- 5 % - 10 %) = 1.886 € : 2 = 943 €
- Leistungsfähigkeit: 2.200 € - 241 €[34] = 1.959 € - 1.100 € = 859 €. Der Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen i.H.v. 943 € wird damit nicht gedeckt.

→ Nicht zwingend ist es, den Bedarf des vorrangigen (minderjährigen bzw. volljährigen privilegierten) Kindes **unabhängig von der Anzahl der Unterhaltsberechtigten** nach der entsprechenden Einkommensgruppe zu bestimmen. Dies schließt auch der BGH[35] nicht aus, überlässt aber die konkrete Eingruppierung einer Ergebnisprüfung im Einzelfall, die von der Anzahl der Unterhaltsberechtigten abhängig ist.

→ In der **Begründung des Regierungsentwurfs**[36] zu § 1609 BGB wird dieses Problem etwas blumig mit dem Satz umschrieben, dass „*zur Wahrung eines angemessenen Ergebnisses im Rahmen einer Gesamtschau eine Korrektur des rechnerischen Ergebnisses nach vorheriger Festsetzung anhand des Tabellenunterhalts*“ in Betracht komme. Konkreter kann dies regelmäßig anhand des Bedarfskontrollbetrags der Düsseldorfer Tabelle erreicht werden.[37]

VI. Auswirkungen der Neuordnung des Rangfolgensystems auf den Begriff der Leistungsfähigkeit i.S.d. § 1581 S. 1 BGB

1. Erfordernis einer Neuinterpretation des Begriffs der Leistungsfähigkeit gemäß § 1581 S. 1 BGB ?

Der Schwerpunkt der nach Wegfall der Rechtsprechung des BGH zur Dreiteilung auftretenden Rechtsfragen ergibt sich aus der Vorschrift des § 1581 S. 1 BGB, was sich auch in der Begründung der Entscheidung des BGH vom 7.11.2011[38] niederschlägt. Der BGH hat zur Auslegung des Tatbestandmerkmals der „Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts“ schon vor Einführung der Rechtsprechung zur Dreiteilung Stellung genommen.[39] Jedoch hat der in § 1581 S. 1 BGB enthaltene Begriff „unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen“ aufgrund der Änderung des Rangfolgesystems nach § 1609 Nr. 1 – 3 BGB sowie § 1582 BGB nF eine andere Gewichtung erfahren. Nach der Struktur des § 1609 Abs. 2 S. 1 BGB aF i.V.m. § 1582 Abs. 1 BGB aF war die Mangelfallberechnung insoweit unproblematisch, als bei der Bestimmung des Bedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen bei mehreren unterhaltsberechtigten Ehegatten der dort geltende Grundsatz des Vorrangs der zuerst geschlossenen Ehe sich auch im Bereich der Leistungsfähigkeit nach § 1581 S. 1 BGB wiederfand. Soweit zwischen Kindern und einem Ehegatten nach § 1609 Abs. 2 S. 1 BGB aF Gleichrang bestand, wurde bei bestehendem absolutem Mangelfall der Unterhalt nach den

---

[34] 333 € - 92 € - hälftiges Kindergeld.
[35] FamRZ 2000, 1492, 1493 m. Anm. *Scholz*.
[36] BT-Drucks. 16/1830 S. 24.
[37] Eingehend hierzu *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl. Teil IV Rz. 1328 f.
[38] FamRZ 2012, 281 = NJW 2012, 384
[39] S. hierzu Ziffer IV.

aus dem Bedarf der Unterhaltsberechtigten abgeleiteten Einsatzbeträgen in Form einer entsprechenden Quote der Verteilungsmasse bestimmt.[40] Diese Berechnungsweise lief mit der – durch das UÄndG nicht veränderten - Struktur des § 1581 S. 1 BGB konform, weil dieser bei der danach vorzunehmenden Abwägung allein auf die geschiedenen Ehegatten abstellt (s. Wortlaut: … als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten …). Zwar ermöglicht § 1581 S. 1 BGB aufgrund des Tatbestandselements „unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen" die Einbeziehung weiterer Unterhaltsverpflichtungen, also unterhaltsberechtigte Kinder, Ehegatten und Mütter mit Anspruch nach § 1615 l BGB. Aus § 1581 S. 1 BGB können jedoch **keine Maßstäbe** dafür abgeleitet werden, mit welchen Unterhaltsbeträgen zB ein nach § 1609 Nr. 2, 3 BGB **gleich- oder vorrangiger zweiter Ehegatte** oder die einen Anspruch nach § 1615 l BGB geltend machende Mutter zu berücksichtigen sind, da die Überleitung der im Rahmen des Bedarfs bestimmten Beträge in die Leistungsfähigkeit jedenfalls bei Gleichrang oder Vorrang des zweiten Unterhaltsberechtigten zu einem **Wertungswiderspruch zu den die Rangfolgeregelungen nach § 1609 Nr. 1 – 3 BGB bestimmenden Grundsätzen** führt.[41] Damit stellen sich bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit dieselben Fragen, die der BGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Dreiteilung gelöst hat. Ob der Gesetzgeber des UÄndG diesen Wertungswiderspruch erkannt hat, ist nicht eindeutig;[42] jedenfalls blieb § 1581 S. 1 BGB unverändert.

2. Fehlende Aussagen zu § 1581 S. 1 BGB in der Entscheidung des BVerfG vom 25.1.2011

Auch das BVerfG hat in der Entscheidung vom 25.1.2011[43] die sich aus § 1581 S. 1 BGB ergebende Problematik nicht angesprochen und die Lösung des Spannungsverhältnisses wohl darin gesehen, dass die Konkurrenz der Unterhaltsansprüche aus erster und zweiter Ehe bzw. mit dem Anspruch nach § 1615 l BGB **durch die Begrenzung des Unterhalts des geschiedenen Ehegatten** nach § 1578b BGB sowie eine **Verschärfung der Erwerbsobliegenheiten** gemäß den §§ 1569, 1570, 1574 Abs. 1, 2 BGB gelöst werde.[44] Insbesondere ist der Entscheidung des BVerfG nicht zu entnehmen, in welcher Weise der in der Entscheidung ausdrücklich angesprochene **gleichwertige und gleichrangige Schutz der zweiten Ehe** (s. Tz. 46, 49) im Mangelfall sichergestellt wird.

3. Gleichwertigkeit und Gleichrangigkeit der zweiten Ehe und Billigkeitsprüfung gemäß § 1581 BGB

Angesichts der in § 1609 Nr. 2, 3 BGB enthaltenen Wertung, den Rang des Unterhalts nicht von der zeitlichen Priorität der Eheschließung abhängig zu machen,[45] stellt sich die Frage, ob nicht lediglich der Rang zweier auf gleicher Stufe konkurrierender Ansprüche, sondern **auch die monetäre**

---

[40] S. zB BGH FamRZ 2003, 363.
[41] S. hierzu unten Zi. VI 3; eingehend *Borth* UÄndG 2. Aufl. Rz 496 c.
[42] S. BT-Drucks. 16/1830 S. 24 – dort zum Verhältnis Erstfamilie – Zweitfamilie, zur Kritik hierzu s. *Schwab* FamRZ 2005, 1417, 1423.
[43] FamRZ 2011, 437.
[44] S. FamRZ 2011, 437 Tz. 46, 49, 58 – 61.

Wirkung des Gleichrangs bei der Bestimmung der Einsatzbeträge beachtet werden muss. Hierfür könnte der Hinweis in der Entscheidung des BVerfG sprechen, dass nach Art. 6 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG auch die **zweite Ehe gleichwertig und gleichrangig zu schützen** ist.

Da nach den Vorgaben des BVerfG bei der Bestimmung des Bedarfs die **Gleichwertigkeit in monetärer Hinsicht** nicht erreicht werden kann, stellt sich die Frage, ob die unterschiedlichen Bedarfsbeträge der unterhaltsberechtigten Ehegatten als **Einsatzbetrag** zur Bestimmung der Quote an der Verteilungsmasse heranzuziehen sind. § 1581 S. 1 BGB regelt lediglich das Verhältnis des geschiedenen Unterhaltsberechtigten und des Unterhaltspflichtigen, nicht aber unmittelbar auch eines weiteren unterhaltsberechtigten Ehegatten, dessen Anspruch nach § 1581 S. 1 BGB jedoch als Verbindlichkeit zu berücksichtigen ist; § 1581 S. 1 BGB bestimmt insoweit: >>unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen<<. Will man den verfassungsrechtlich gewährleisteten **Grundsatz der Gleichwertigkeit der zweiten Ehe** im Bereich der Leistungsfähigkeit umsetzen, so fragt sich, aus welcher Norm des einfachen Rechts dies abgeleitet werden kann. Wie bereits angesprochen, regelt § 1609 BGB lediglich das Rangverhältnis mehrerer Unterhaltsberechtigter zueinander, besagt aber nichts zur **Bestimmung der Einsatzbeträge** zur Ermittlung des jeweiligen Anteils bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit. § 1581 S. 1 BGB regelt unmittelbar nur – unter Einbeziehung des Halbteilungsgrundsatzes - die unterhaltsrechtlichen Beziehungen im einzelnen Unterhaltsverhältnis, nicht aber in Bezug auf einen weiteren Unterhaltsberechtigten. Dem geltenden(einfachen) Recht fehlt deshalb bei Zusammentreffen mehrerer Unterhaltsberechtigter eine hinreichend eindeutige Regelung, in welcher Weise die Gleichwertigkeit im Rang bei monetär unterschiedlichen ehelichen Lebensverhältnisse zu ermitteln ist.

Zu erwägen ist, im Wege einer **verfassungskonformen Auslegung** des § 1581 S. 1 BGB unter **Berücksichtigung der Gleichwertigkeit und Gleichrangigkeit der zweiten Ehe** den Einsatzbetrag unabhängig von den ehelichen Lebensverhältnissen anzusetzen. Insoweit stellt der in § 1581 S. 1 BGB enthaltene Billigkeitsbegriff eine „Öffnungsklausel“ dar. Dies würde die unmittelbare Anwendung der bekannten Dreiteilungsmethode rechtfertigen.

Diesem grundlegenden Ansatz folgt der BGH in der Entscheidung vom 7.12.2011.[46] Er führt insoweit zunächst aus, dass die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen auch durch vor- oder gleichrangige Unterhaltspflichten beeinflusst wird und erkennt ferner an, dass aus der Grundsatz der Gleichwertigkeit und Gleichrangigkeit der zweiten Ehe im Rahmen der Billigkeitsprüfung gemäß § 1581 S. 1 BGB eine Abkoppelung der Bedarfsbestimmung auf der Grundlage der Reihenfolge der Eheschließung zur Festsetzung des Unterhalts nach § 1581 BGB abgeleitet werden könne. Zutreffend bezieht er sich insoweit auf die Änderung der Wertigkeit von Unterhaltsansprüchen durch die Rangfolgenregelung des § 1609 Nr. 2, 3 BGB.[47]

Angesichts der strengen Grenzziehung der richterlichen Rechtsfortbildung durch das BVerfG in

---

[45] S. hierzu BT-Drucks. 16/1830 S. 23.
[46] FamRZ 2012, 281 Tz. 40, 43.
[47] BT-Drucks. 16/1830 S. 23.

der Entscheidung vom 25.1.2011 könnte dieser Ansatz aber daran scheitern, dass keine Maßstäbe für eine von den jeweiligen ehelichen Lebensverhältnissen losgelöste Grundlage des Einsatzbetrages bestehen. Diese Erwägungen sollten den Gesetzgeber veranlassen, den regelungstechnisch unklaren Rechtszustand zu beseitigen.[48]

4. Berücksichtigung sämtlicher Einkünfte im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 1581 BGB

Aus § 1581 S. 1 Hs. 2 BGB folgt, dass sich der billige Selbstbehalt (auch) nach den beiderseitigen Bedürfnissen der geschiedenen Ehegatten richtet, in die auch die **beiderseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse** einzubeziehen sind; zu diesen gehören auch Einkünfte, die nicht die ehelichen Lebensverhältnisse der geschiedenen Ehe bestimmt haben, vor allem also der Splittingvorteil nach § 26b EStG aus der neuen Ehe und familienbezogene Bestandteile des Einkommens aus beruflicher Tätigkeit, die allein durch das Eingehen einer neuen Ehe entstanden sind. Ferner tritt bei eingetretener eingeschränkter Leistungsfähigkeit eine gesteigerte Verpflichtung zum Einsatz aller zumutbarer Einkünfte ein,[49] die nach § 1581 S. 2 BGB auch den Einsatz des Stamms des Vermögens erfassen kann, soweit dessen Verwertung nicht unzumutbar ist (zB das selbst bewohnte Eigenheim).

Einkünfte, die aufgrund der gesteigerten Einstandspflicht einzubeziehen sind:

- Nichtprägende Einkünfte aus Erbschaft (Zinsertrag aus Kapital, Mieteinkünfte);
- Vorteil aus dem Zusammenleben;[50] diese werden auch nicht durch die Absenkung des angemessenen Selbstbehalts berücksichtigt, weil diese nur den (beiden) Unterhaltsberechtigten in gleicher Weise zugutekämen;
- Einkünfte aus nicht prägendem Karrieresprung;[51]
- familienbezogene Bestandteile eines Einkommens, soweit nicht bedarfsprägend;
- Splittingvorteil, soweit nicht bedarfsprägend; außergewöhnliche Belastungen nach § 33a Abs. 1 EStG (vor allem bei § 1615 l Abs. 1, 2 BGB);
- Realsplitting des geschiedenen Ehegatten, soweit nicht bedarfsprägend.

Schuldet der Unterhaltspflichtige gegenüber mehreren Unterhaltsberechtigten Unterhalt, nimmt dieser Aspekt auf die Höhe des Selbstbehalts des Unterhaltspflichtigen Einfluss, da mit steigender Anzahl an Unterhaltsberechtigten auch die Einstandspflicht steigt.[52]

5. Praktische Folgen der Gleichstellung gleichrangig konkurrierender Ansprüche

Das grundlegende Dilemma der Bestimmung des Unterhalts zweier gleichrangig konkurrierender Ansprüche bei Berücksichtigung der Vorgaben des BVerfG in der Entscheidung vom 25.1.2011,

---

[48] S. hierzu *Borth* FamRZ 2011, 445,449 – Anm. zu BVerfG vom 25.1.2011, FamRZ 2011, 437.
[49] S. a. BGH FamRZ 2012, 281 Tz. 47 – dort allerdings nicht unmittelbar aus der gesteigerten Obliegenheit aus § 1581 BGB abgeleitet.
[50] BGH FamRZ 2012, 281 Tz. 46 – Synergieeffekte.
[51] BGH FamRZ 2012, 281 Tz. 47.
[52] Bestätigt in FamRZ 2012, 281; aA *Maurer* FamRZ 2011, 849, 859, der den Selbstbehalt nicht von der Anzahl

wonach der Bedarf zweier Ehegatten sich nach der zeitlichen Reihenfolge der Eheschließung richtet, ergibt sich aus dem folgenden Beispiel:

Einkommen Unterhaltspflichtiger: 2.700 € nach Abzug des Kindesunterhalts und bei Grundtabelle bzw. Steuerklasse I; bei Steuerklasse III bzw. Splittingtarif. 3.000 €. Die gleichrangigen Ehegatten verfügen über keine Einkünfte.

Bedarf des geschiedenen Ehegatten:

nach Düsseldorfer LL: 2.700 € x 3/7 = 1.157 €

nach Südd. Leitlinien: 2.700 € - 135 € (5 %) – 257 € (10 %) = 2.308 € : 2 = 1.154 €

Bedarf des zweiten Ehegatten:

nach Düsseldorfer LL: 3.000 € - 1.157 € = 1.843 € x 3/7 = 790 €;

nach Südd. Leitlinien: 3.000 € - 1.154 € = 1.846 € - 92 € (5 %) – 175 € (10 %)

= 1.579 € : 2 = 790 €

Kontrollberechnung nach § 1581 S. 1 BGB: 3.000 € - 1.157 € - 790 € = **1.053 €**.

Da der billige Unterhalt des geschiedenen Ehegatten und der „billige Selbstbehalt" des Unterhaltspflichtigen gleich hoch sein müssen (→ Halbteilungsgrundsatz auf bei § 1581 S. 1 BGB), hat zwischen beiden ein Ausgleich nach Billigkeitsgesichtspunkten zu erfolgen.[53] Dies kann durch eine „Vermittlung" der beiden Beträge (1.154 € + 1.053 € = 2.207 €) erfolgen, so dass auf jeden Ehegatten 1.103, 50 € entfallen. Dem gleichrangigen 2. Ehegatten verbleibt damit ein Betrag von 797 € (3.000 € - 2.207 €).

Da jedenfalls bei Gleichrang der Unterhaltsberechtigten auch die Unterhaltspflicht gegenüber dem 2. Ehegatten zu berücksichtigen ist (s. Tatbestandsmerkmal: *unter Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen*) kann der „billige Selbstbehalt" des Unterhaltspflichtigen nicht auf der Grundlage der Bestimmung des Unterhaltsbedarfs des geschiedenen Ehegatten erfolgen, weil dann bei einem Gesamteinkommen von 3.000 €[54] dem gleichrangigen 2. Ehegatten lediglich der Betrag von 797 € (3.000 € - 1.103, 50 € - 1.103, 50 €) verbliebe. Insoweit ist zu beachten, dass der Unterhaltspflichtige den ihm verbleibenden Betrag von 1.103, 50 € in der neuen Ehe aufgrund des auch dort geltenden Halbteilungsgrundsatzes mit dem neuen Ehegatten teilen muss. Dieser bringt in die ehelichen Lebensverhältnisse lediglich den auf ihn entfallenden Betrag von 797 € ein, so dass der auf den Unterhaltspflichtigen entfallende (hälftige) Anteil auf 950 € sinkt (1.103, 50 € + 797 € = 1.900, 50 €).[55]

Setzt man dagegen im Fall eines Gleichrangs nach § 1609 Nr. 2 BGB oder § 1609 Nr. 3 BGB den Rechtssatz des BVerfG der **Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit** konsequent um,[56] so gelangt man erneut zur Dreiteilung des insgesamt zur Verfügung stehenden Einkommens. Konkret bedeutet dies, dass auf jeden Ehegatten 1.000 € entfallen. In diesem Fall kann die dem Unterhaltspflichtigen feh-

---

der Unterhaltsberechtigten abhängig macht.

[53] Zudem wird der Mindestselbstbehalt von 1.100 € (2013) nicht erreicht.

[54] Synergieeffekte werden aus Gründen einer übersichtlichen Darstellung vernachlässigt.

[55] Auch bei Berücksichtigung eines Synergieeffekts von 10 % erfolgt keine Angleichung, weil dieser Betrag nach BGH dem geschiedenen Ehegatten zugutekommt.

[56] So a. BGH FamRZ 2012, 281 Tz. 43.

lende Differenz von 100 € (billiger Selbstbehalt = 1.100 €) aufgrund der Synergieeffekte aus dem Zusammenleben in der neuen Ehe gedeckt werden.

Berechnung des Unterhalts nach Einsatzbeträgen:

Dieselbe Problematik tritt auf, wenn eine Berechnung des Unterhalts nach Einsatzbeträgen erfolgt. Erreicht der Bedarf des 2. Ehegatten nach den ehelichen Lebensverhältnissen nicht das Existenzminimum, ist dieser bei der Berechnung nach Einsatzbeträgen zur Vermeidung eines Ungleichgewichts grundsätzlich auf dessen Niveau anzuheben.[57]

→ Verteilungsmasse: 3.000 € - 1.100 € = 1.900 €

→ Gesamtbetrag aller Unterhaltsberechtigter: 1.157 € + 800 € = 1.957 €

→ Anteil geschiedener Ehegatte: 1.900 € x 1.157 € : 1.957 € = 1.123 €

→ Anteil 2. Ehegatte: 1.900 € x 800 € : 1.957 € = 777 €

Soweit man aus der Entscheidung des BVerfG entnimmt,[58] dass im Fall des Eintritts der Voraussetzungen einer eingeschränkten Leistungsfähigkeit auf der Grundlage von Einsatzbeträgen der Unterhalt zu ermitteln ist, muss die Berechnung des Unterhalts mit dem vorstehenden Ergebnis enden.

VII. Verstoß der Gleichstellung gleichrangiger Unterhaltsansprüche gegen Entscheidung des BVerfG vom 25.1.2011?

Die Bemessung konkurrierender Unterhaltsansprüche bei Gleichrang im Wege der Dreiteilung ist nur dann mit den Grundsätzen der Entscheidung des BVerfG in Einklang zu bringen, wenn aus dem Gleichrang dieser Ansprüche nicht nur eine gleichmäßige Herabsetzung der aus dem jeweiligen Bedarf der Unterhaltsberechtigten ermittelten Einsatzbeträge, sondern auch eine **monetäre Gleichsetzung der konkurrierenden Ansprüche** abgeleitet werden kann. Ob dies vom Gesetzgeber des UÄndG 2007 bei Änderung des Rangfolgesystems mit dieser Konsequenz erkannt wurde, lässt sich aus der Gesetzesbegründung nicht entnehmen.[59] Der BGH leitet dies aus dem verfassungsrechtlichen Gebot des gleichwertigen und gleichrangigen Schutzes der nachfolgenden Ehe ab.[60]

Das BVerfG ist in der Entscheidung vom 25.1.2011 zwar auf das verfassungsrechtliche Gebot des gleichwertigen und gleichrangigen Schutzes der weiteren Ehe eingegangen, hat diesen Grundsatz aber nicht im Rahmen des § 1581 BGB erörtert.[61] Es geht wohl davon aus, dass die Mangelfallprüfung auf der **Grundlage der Bedarfsbeträge** zu erfolgen hat und begrenzt vielmehr die Wirkung der geänderten Rangfolge auf das „*Ausmaß der Realisierung des Anspruchs im Verhältnis zu Unterhaltsansprüchen Anderer gegenüber dem Unterhaltspflichtigen, wobei die Anspruchshöhe je nach Rang mit ausschlaggebend dafür ist, ob und in welcher Höhe der Anspruch vom Unterhaltspflichtigen zu bedienen ist*“. Danach übernimmt das BVerfG im Rahmen der Mangelfallberechnung die Bedarfsbeträge

---

[57] S. hierzu BGH FamRZ 2003, 363.
[58] S. hierzu die folgende Ziffer VII.
[59] S. hierzu BT-Drucks. 16/1830 S. 24 – dort wird lediglich zu den Auswirkungen bei bestehendem Vor- bzw. Nachrang Stellung genommen.
[60] S. FamRZ 2012, 281 Tz. 43; so a. *Gutdeutsch/Gerhardt* FamRZ 2011, 597, 598; *Maurer* FamRZ 2011, 849, 851; *Borth* FamRZ 2011, 445, 449 – Anm. zu BVerfG FamRZ 2011, 437.

als Einsatzbetrag.[62] Damit treten aber in Bezug auf die tatbestandliche Umsetzung der Voraussetzungen des § 1581 S. 1 BGB Wertungswidersprüche auf, wie zu Ziffer VI 5 ausgeführt. Auch der BGH geht in der Entscheidung vom 7.12.2011 nicht von Einsatzbeträgen aus.[63]

Im Rahmen der Prüfung des Begriffs „sonstige Verpflichtungen" ist schließlich auch der zwischen dem **Unterhaltspflichtigen und dessen zweitem Ehegatten geltende Halbteilungsgrundsatz** zu berücksichtigen. Hieraus folgt, dass die tatbestandliche Bewältigung der Bestimmung des Unterhalts bei konkurrierenden Unterhaltsansprüchen auf der Grundlage von Einsatzbeträgen erhebliche Schwierigkeiten bereitet, weil – wie bereits ausgeführt – der Tatbestand des § 1581 S. 1 BGB keine hinreichenden Maßstäbe beinhaltet, in welchem Umfang die Berücksichtigung des gleichrangigen Ehegatten erfolgen soll. Dies gilt gleichermaßen, wenn der geschiedene Ehegatte über Einkünfte (aufgrund einer teilweise Erwerbsobliegenheit nach § 1570 I BGB) verfügt und dadurch der Unterhaltspflichtige teilweise entlastet wird.[64]

Die Lösung des tatbestandlichen „Dilemmas" des § 1581 S. 1 BGB, der die Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes zwischen den geschiedenen und dem unterhaltspflichtigen Ehegatten, die Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen sowie eine nach Billigkeitsgesichtspunkten zu treffende Bestimmung des Unterhalts verlangt, im Wege der Berechnung des Unterhalts nach der Dreiteilungsmethode vorzunehmen, ist jedenfalls dann kein „alter Wein in neuem Schläuchen", wenn man den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichwertigkeit und Gleichrangigkeit über die Vorschriften des § 1609 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BGB in § 1581 S. 1 BGB hineininterpretiert, wie auch vom BGH in der Entscheidung vom 7.12.2011 vorgenommen.

Die von Billigkeitselementen geprägte Vorschrift des § 1581 S. 1 BGB lässt insoweit auch **hinreichenden Spielraum für eine Abweichung vom Grundsatz der Dreiteilung**, so etwa, wenn bei Gleichrang der Ehegatten eine besondere Schutzbedürftigkeit des geschiedenen Ehegatten besteht (vor allem bei langer Ehedauer und wegen gesundheitlicher bzw. altersbedingter fehlender Erwerbsmöglichkeit), während beim 2. Ehegatten solche Einschränkungen nicht bestehen. In diesem Sinn sind auch die Ausführungen in der Entscheidung des BGH vom 7.12.2011 zu Rz. 50 zu verstehen.

Der Einwand einer unzulässigen Rechtsfortbildung ist jedenfalls im Hinblick auf die Normsituation des § 1581 S. 1 BGB nicht gerechtfertigt, weil die Entscheidung des Gesetzgebers zur Änderung der Rangfolge nicht zwingend bei der Festlegung des Gleichrangs endet, sondern auch einen **monetären Gleichrang** (i.S. eines gleich hohen Anspruchs i.S.d. § 1581 S. 1 BGB) einschließen kann. Hierfür könnten auch die Ausführungen in der Gesetzesbegründung sprechen, wonach selbst im Falle eines Nachrangs ein Ausgleich geschaffen werden kann.[65]

---

[61] S. hierzu FamRZ 2011, 437 Rz. 71 f.
[62] Das BVerfG hatte allerdings die Sachlage eines Nachrangs des zweiten Ehegatten zu beurteilen; gleichwohl ist dieser Rechtssatz wohl allgemein zu verstehen.
[63] S. hierzu Borth FamRZ 2012, 253, 255 – Besprechung der Entscheidung des BGH in FamRZ 2012, 281.
[64] Eingehend hierzu *Borth* UÄndG 2. Aufl. Rz. 496 i.
[65] BT-Drucks. 16/1830 S. 24.

VIII. Konkurrenz eines Anspruchs nach § 1615 l BGB zu gleichrangigen Ansprüchen §§ 1361, 1569 ff. BGB

Besonderheiten ergeben sich im Fall einer Konkurrenz des Anspruchs der Mutter gegen den Vater ihres Kindes, mit dem sie nicht verheiratet ist mit einem Unterhaltsanspruch gemäß §§ 1361 Abs. 1, 1569 ff. BGB. Insoweit liegt noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor.

1. Anspruch nach § 1615 l Abs. 2 BGB bedarfsprägend

Geht man davon aus, dass ein in der Trennungszeit der Ehegatten entstandener Anspruch nach der Mutter nach § 1615 l BGB bedarfsprägend ist,[66] kann der Unterhaltsanspruch nach § 1615 l BGB nicht im Wege der (reinen) Dreiteilungsmethode bestimmt werden, weil sich dieser Anspruch auch im Falle des Zusammenlebens des Unterhaltspflichtigen mit der Mutter nicht nach den Einkünften des Vaters bzw. den gemeinsamen Einkünften der Lebenspartnerschaft richtet, sondern nach § 1615 l Abs. 3 BGB i.V.m. § 1610 Abs. 1 BGB nach der Lebensstellung der Mutter zu bestimmen ist.[67] Da aber der Unterhaltsanspruch der getrennt lebenden Ehefrau auch durch den Anspruch nach § 1615 l BGB beeinflusst wird, stellt sich zunächst die Frage, ob - wie beim Unterhalt eines außerehelichen Kindes - der Anspruch nach § 1615 l BGB vorweg abzuziehen ist und erst danach der Bedarf der getrennt lebenden Ehefrau bestimmt wird. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn während der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft ein solcher Anspruch entsteht, die eheliche Lebensgemeinschaft aber dennoch fortgesetzt wird, weil dann von den die ehelichen Lebensgemeinschaft prägenden Einkünften der Unterhalt nach § 1615 l BGB als zu berücksichtigende Verbindlichkeit abfließt. Entsteht eine Unterhaltspflicht nach § 1615 l BGB in der Trennungszeit oder führt dieser Anspruch zur Trennung der Ehegatten, ist der Bedarf nach § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB nach einer **modifizierten Dreiteilung** zu bestimmen, indem zunächst das gesamte Einkommen aller am Unterhaltsrechtsverhältnis Beteiligten durch drei geteilt und danach geprüft wird, ob der Anspruch nach § 1615 l BGB über der Quote von 1/3 oder darunter liegt.

Beispiel:		
	Einkommen Unterhaltspflichtiger (bereinigt):	2.600 €
	Einkommen getrennt lebende Ehefrau (bereinigt):	700 €
	Einkommen Mutter:	0 €
	Gesamtbetrag:	3.300 €
	Anteil jedes Beteiligten:	1.100 €
	Anspruch der Ehefrau: 1.100 € - 700 € =	400 €

Übersteigt die Lebensstellung der Mutter den Betrag von 1.100 €,[68] ist deren Anspruch grundsätzlich auf den Halbteilungsgrundsatz beschränkt.[69] Dies bedeutet, dass bei einer Konkurrenz mit einem weiteren Unterhaltsanspruch die Begrenzung auf 1/3 des - gesamten - maßgeblichen Einkommens er-

[66] S. hierzu Ziffer V 2.
[67] S. hierzu grundlegend BGH FamRZ 2008, 1739, 1742.
[68] Bei beruflicher Tätigkeit bis zur Beendigung wegen Schwangerschaft s. BGH FamRZ 2010, 357, 359.
[69] S. BGH FamRZ 2005, 442.

folgt, nach unten begrenzt auf das Existenzminimum.[70] Liegt die Lebensstellung unterhalb des Betrages von 1.100 €, ist der >>Überschuss<< auf die Bedarfsgemeinschaft zwischen den beiden Ehegatten aufzuteilen.

Beispiel: Lebensstellung der Mutter 900 €. Damit 2.600 € - 900 = 1.700 € + 700 € = 2.400 € : 2 = 1.200 €. Der getrennt lebenden Ehefrau steht danach ein Anspruch von 500 € zu (1.200 € - 700 €). Der Unterhaltspflichtige verfügt ebenfalls über 1.200 € (2.600 € – 900 € - 500 €), so dass der Halbteilungsgrundsatz gewahrt bleibt.

b) Unterhaltsanspruch nach § 1615 l BGB nicht bedarfsprägend

Entsteht der Anspruch nach § 1615 l BGB erst nach Rechtskraft der Scheidung, werden die ehelichen Lebensverhältnisse nicht durch den Anspruch nach § 1615 l BGB bestimmt.[71] Insoweit entsteht jedoch in Bezug auf die Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen im Grundsatz dieselbe Sach- und Rechtslage wie bei dem Zusammentreffen von Unterhaltsansprüchen bei mehreren Ehen. Allerdings ist § 1581 S. 1 BGB auf die eingeschränkte Leistungsfähigkeit in Bezug auf einen (geschiedenen) Ehegatten abgestellt, so dass – anders als bei einer Unterhaltspflicht aus zwei Ehen – das Prinzip der Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes zu modifizieren ist.[72] Insoweit stellt sich ebenfalls die Frage, ob in Bezug auf das Tatbestandselement >>**unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen**<< der Unterhalt des geschiedenen Unterhaltsberechtigten ebenfalls nicht mit den jeweiligen Einsatzbeträgen, wie sie sich bei der Bedarfsbestimmung ergeben, einzusetzen sind, sondern auch im Bereich des unechtem Mangelfalls der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Unterhaltsberechtigten zur Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes herabgesetzt wird. Dies ist im Grundsatz zu bejahen, weil aufgrund des in Art. 6 Abs. 5 GG enthaltenen Schutzes des Kindes, der auch auf den Unterhaltsanspruch der betreuenden Mutter ausstrahlt,[73] ansonsten ins Leere liefe. Ferner findet diese Wertung in der Rangfolgenregelung des § 1609 Nr. 2 BGB ihren Niederschlag. Sie wird zudem durch einen Hinweis im RegE[74] zum UÄndG gestützt, wonach bereits bei der Prüfung des Unterhalts des vorrangigen Unterhaltsberechtigten ein nachrangiger Unterhalt zu berücksichtigen sei, um ein >>**gerechtes Ergebnis**<< zu erreichen.

Beispiel: Unterhaltspflichtiger: Einkommen 2.600 €; geschiedener Unterhaltsberechtigter: 600 €; Lebensstellung der Mutter: 1.000 €, ohne Einkommen.

Bedarf des geschiedenen Unterhaltsberechtigten:	2.600 € x 6/7	=	2.229 €
	600 € x 6/7	=	515 €
			2.744 €
Süddeutsche Leitlinien:	2.600 € - 130 € - 247 €	=	2.223 €
	600 € - 30 € - 57 €	=	513 €

[70] BGH FamRZ 2010, 357, 359; FamRZ 2010, 444; Rz. 803.
[71] Eingehend hierzu Ziffer I 3.
[72] Grundlegend hierzu Ziffer I 4 d.
[73] S. BVerfG FamRZ 2007, 965.
[74] BT-Drucks. 16/1830 S. 24; zur Kritik s. *Schwab* FamRZ 2005, 1417, 1423.

2.736 €

Anspruch des geschiedenen Unterhaltsberechtigten: 2.744 € : 2 = 1.372 € - 515 € = 857 €

Anspruch nach Süddeutsche Leitlinien: 2.736 € : 2 = 1.368 €- 513 € = 855 €

Angemessenheitskontrolle nach § 1581 S. 1 BGB: 2.600 € - 1.000 €[75] - 857 € = 743 €

Selbst wenn der Unterhaltspflichtige mit der Mutter zusammenleben würde und ersparte Aufwendungen berücksichtigt werden könnten, wäre der **Halbteilungsgrundsatz i.S.d. § 1581 S. 1 BGB im Verhältnis zum geschiedenen Unterhaltsberechtigten** verfehlt. Damit ist zur Wahrung des Halbteilungsgrundsatzes eine Angleichung geboten.

1.457 € (857 € + 600 €) + 743 € (2.600 € - 1.000 € - 857 €) = 2.200 € : 2 = 1.100 €

Anspruch des geschiedenen Unterhaltsberechtigten: 1.100 € - 600 € = 500 €[76]

Einkommensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen: 2.600 € - 1.000 € - 500 € = 1.100 €

Danach ist im Verhältnis der Ehegatten der Halbteilungsgrundsatz gewahrt; ferner wird der Unterhalt der Mutter (voll) erfüllt. Läge die Lebensstellung der Mutter nach § 1615 l Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 1610 Abs. 1 BGB höher als der jeweilige Anteil der Ehegatten, so wäre dieser Anspruch durch die Quote von 1/3 begrenzt.

Dieses Ergebnis geht jedoch voll zulasten des geschiedenen Unterhaltsberechtigten. Im Hinblick auf die Auswirkungen der Rangfolge nach § 1609 Nr. 2, 3 BGB auf die Billigkeitsabwägung nach § 1581 S. 1 BGB ist dieses Ergebnis jedenfalls im Fall des **Vorrangs des Anspruchs nach § 1615 l BGB** gerechtfertigt.

Im Falle des **Gleichrangs beider Unterhaltsansprüche** gemäß § 1609 Nr. 2 BGB stellt sich die Frage, ob im Hinblick auf die Kürzung des Unterhaltsanspruchs durch die bestehende Erwerbsobliegenheit, die mittelbar der Stärkung der Rechtsstellung des Anspruchs der Mutter nach § 1615 l BGB dient, die **Berechnung der Ansprüche nach Einsatzbeträgen** erfolgt. Danach ergäbe sich folgende Berechnung:

- Verteilungsmasse: 2.600 € - 1.100 € = 1.500 €
- Summe der Ansprüche: 1.000 € + 857 € = 1.857 €
- Quote des geschiedenen Ehegatten: 1.500 € x 857 € : 1.857 € = 692 €
- Quote des Anspruchs nach § 1615 l BGB: 1.500 € x 1.000 € : 1.857 € = 808 €

Nach dieser Berechnung wird der Bedarf des geschiedenen Ehegatten von 1.372 € um die Differenz zwischen 857 € und 692 € = 165 € gemindert, der Anspruch nach § 1615 l BGB um 192 €. Insoweit führt die Bestimmung des Anspruchs nach Einsatzbeträgen zu einer gleichmäßigen Kürzung.

---

[75] Anspruch nach § 1615l BGB.

[76] Dasselbe Ergebnis ergibt sich auch im Fall des **Vorrangs des Anspruchs gemäß § 1615 l BGB**: 2.600 € - 1.000 € (Lebensstellung der Mutter) – 1.100 € (Selbstbehalt Unterhaltspflichtiger) = 500 €.

IX. Unterhaltsbestimmung bei Vor – sowie Nachrang des 2. Ehegatten

1. Nachrang des geschiedenen Ehegatten

Ist der geschiedene Ehegatte nachrangig,[77] stellt sich die Frage, in welcher Weise die nach der zeitlichen Reihenfolge der Eheschließung festzulegenden Bedarfsbeträge bei der Bestimmung des Unterhalts nach § 1581 S. 1 BGB zu berücksichtigen sind. Der auf der Grundlage des Bedarfs i.S.d. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB ermittelte Betrag kann grundsätzlich erst bedient werden, wenn der vorrangige Anspruch des 2. Ehegatten bzw. der Anspruch nach § 1615 l BGB berücksichtigt wurde. Liegen insgesamt beengte wirtschaftliche Verhältnisse vor, die dazu führen, dass der Bedarf des 2. Ehegatten unterhalb dessen Existenzminimums liegt, wird man i.d.R. im Rahmen des § 1581 S. 1 BGB den **Bedarf auf das Existenzminimum anheben** müssen, weil ansonsten der durch den Vorrang gewollte Schutzzweck des 2. Ehegatten aufgrund der Bedarfsbestimmung (zugunsten des nachrangigen geschiedenen Ehegatten nach der zeitlichen Reihenfolge) übergangen würde. In Bezug auf den geschiedenen Ehegatten kann i.d.R. ein Ausgleich durch das Belassen der sog. Synergieeffekte aus dem Zusammenleben der Ehegatten der 2. Ehe erreicht werden.

Beispiel: Einkommen des Unterhaltspflichtigen: 2.600 € - Grundtarif, 2.850 € nach Splittingtarif; geschiedener und zweiter Ehegatte ohne Einkommen.

- Bedarf des geschiedenen Ehegatten:

  Düsseldorfer Leitlinien: 2.600 € x 3/7 = 1.114 €

  Süddeutsche Leitlinien: 2.600 € - 130 € (5 %) – 247 € (10 %) = 2.223 € : 2 = 1.112 €

- Bedarf des zweiten Ehegatten:

  Düsseldorfer Leitlinien: 1.736 € (2.850 € - 1.114 €) x 3/7 = 744 €

  Süddeutsche Leitlinien: 1.738 € (2.850 € - 1.112 €) – 87 € - 165 € = 1.486 € : 2 = 743 €

- Angemessenheitskontrolle:

  Geschiedener Unterhaltsberechtigter: 1.114 €

  Neue Ehe: 2.850 € - 1.114 € = 1.736 € + 174 €[78] = 1.910 €

  je Ehegatte damit: 1.910 € : 2 = 955 €

  Berücksichtigt man in Bezug auf die zweite Ehe nicht die in § 1581 S. 1 BGB enthaltene Billigkeitsprüfung, nach der auch insoweit der § 1581 S. 1 BGB zugrunde liegende Halbteilungsgrundsatz umgesetzt wird, verblieben dem zweiten Ehegatten lediglich 810 € (1.910 € - 1.100 €).

- Der Vorrang des zweiten Unterhaltsberechtigten wird durch die Herabsetzung des Anspruchs des nachrangigen (geschiedenen) Unterhaltsberechtigten auf das Existenzminimum i.H.v. 800 € umgesetzt.[79]

- Ferner könnte dem Vorrang – nach Billigkeitsgesichtspunkten - dergestalt Rechnung getragen werden, dass dem Unterhaltspflichtigen der billige Selbstbehalt i.H.v. 1.100 € belassen, der

---

[77] Hierüber hatte der BGH in FamRZ 2012, 281 nicht zu entscheiden.
[78] Vorteil aus Zusammenleben i.H.v. insgesamt 10 %.
[79] S. Düsseldorfer Tabelle Ziffer V 2; FamRZ 2013, 98.

zweiten Ehefrau ein Mindestselbstbehalt von monatlich 880 €[80] und ferner der zweiten Ehe die Vorteile aus der neuen Ehe ausschließlich zugeordnet werden.

Danach ergibt sich die folgende Berechnung:

1. Schritt:	2.850 € - 1.100 € - 880 €	=	870 €
dieser Betrag verbleibt der nachrangigen (geschiedenen) Ehefrau anstelle			
des nach § 1578 Abs. 1 BGB ermittelten Betrags von			1.114 €

2. Nachrang des 2. Ehegatten

Ist der geschiedene Ehegatte nach § 1609 Nr. 2 BGB vorrangig, wird nach BGH ein nachrangiger Unterhaltsanspruch im Rahmen der Bestimmung der Leistungsfähigkeit nach § 1581 S. 1 BGB nicht berücksichtigt.[81] Wird der Halbteilungsgrundsatz, der sich für den Unterhaltspflichtigen aus der neuen Ehe ergibt, nicht berücksichtigt, kann der Unterhaltspflichtige ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts den Bedarf des geschiedenen Ehegatten erfüllen.

[80] So Düsseldorfer Tabelle Ziffer B VI 2 a, FamRZ 2013, 98.
[81] FamRZ 2012, 281 Tz. 49.