

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 94

Der „Rang“  
des Geschiedenenunterhalts

Von

Dr. Michael Schmitt



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**MICHAEL SCHMITT**

**Der „Rang“ des Geschiedenenunterhalts**

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

**Band 94**

# Der „Rang“ des Geschiedenenunterhalts

Von

Dr. Michael Schmitt



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Schmitt, Michael:**

Der „Rang“ des Geschiedenenunterhalts / von  
Michael Schmitt. — Berlin: Duncker und Humblot,  
1985.

(Schriften zum bürgerlichen Recht; Bd. 94)

ISBN 3-428-05831-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot, Berlin 41

Satz: Bert Jordan, Berlin 61. Druck: Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05831-3

*Meinen Eltern  
und  
meiner Frau*



## Vorwort

Die Idee zu der vorliegenden Schrift wurde am 24. Juni 1981 während des mündlichen Teils des Assessorexamens des Verfassers geboren, als der bekannte Familienrechtler des OLG Stuttgart, Dr. Otmar Häberle, die Frage nach der Koordinierbarkeit von § 1582 I BGB und § 1609 II BGB stellte. In hoher Not vertrat ich damals die Auffassung, daß diese Normen nicht zu vereinbaren seien, sondern sich vielmehr logisch widersprächen.

Einmal auf das Problem hingewiesen, keimte der Gedanke, die Gesamtproblematik des Rangs des Geschiedenenunterhalts im Rahmen einer Dissertation zu behandeln. Mein verehrter Doktorvater, Herr Prof. Dr. Karl-Heinz Schindler, Ordinarius für Bürgerliches und Römisches Recht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim, begrüßte den noch vagen Plan und trug durch seinen wohlmeinenden Rat, seine treffsichere Kritik, seine unerschütterliche Geduld und seine jederzeitige Hilfsbereitschaft zum Gelingen des Vorhabens wesentlich bei. Hierfür sei ihm an dieser Stelle herzlich gedankt.

Ende Juni 1984 wurde die Arbeit der juristischen Fakultät als Inauguraldissertation vorgelegt, im Oktober wurde die Druckerlaubnis erteilt. Noch im Sommer 1984 habe ich den erfolglosen Versuch unternommen, meine Gedanken zu einer notwendigen Änderung des starren Vorrangs des Geschiedenenunterhalts den gesetzgebenden Organen nahezubringen, doch wollte man offensichtlich den mühsam hergestellten — bis heute noch nicht Gesetz gewordenen — Kompromiß über die zu ändernden Teile des 1. EheRG nicht durch ein zusätzliches Problem gefährden. Bedauerlicherweise hat auch das Urteil des BVerfG vom Frühjahr 1984 zu einer Lösung der zahlreichen Probleme nur wenig beitragen können. Vielleicht kann die vorliegende Schrift mit der Schilderung der komplexen Rechtslage die familienrechtliche Diskussion ein klein wenig beeinflussen und die Erkenntnis verdeutlichen, daß der starre Vorrang des Geschiedenenunterhalts in vielen Sachverhaltskonstellationen einen eklatanten Widerspruch zum Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit, dem Leitmotiv der heutigen Familienpolitik, darstellt.

Neben meinem Doktorvater möchte ich an dieser Stelle auch dem Zweitgutachter der Dissertation, Herrn Prof. Dr. Egon Lorenz von der juristischen Fakultät der Universität Mannheim, der mich seit den

Tagen des Studiums zur wissenschaftlichen Arbeit ermuntert hat, danken. Dank schulde ich weiter dem verstorbenen Inhaber des Verlages Duncker & Humblot, Herrn Prof. Dr. Johannes Broermann, für die Aufnahme der Dissertation in die Reihe „Schriften zum Bürgerlichen Recht“, meinem Kollegen am Lehrstuhl für Bürgerliches und Römisches Recht, Herrn Assessor Arno Welle, für seine nie ermüdende Geduld bei Diskussionen über das Thema und — nicht zuletzt — Frau Karin Weber, die das Manuskript betreut hat.

Mannheim, im März 1985

*Michael Schmitt*

## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorbemerkung</b> .....	23
---------------------------	----

### *Erstes Kapitel*

<b>Die Entstehung des § 1579 BGB in der Fassung vom 18. 8. 1896</b>	26
<b>§ 1 Der Vorschlag Plancks</b> .....	27
1. Die Schaffung eines Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten mit der auch heute gängigen Rechtsnatur durch den Redaktor Planck .....	27
2. Die Regelung des „Rangproblems“ in der Vorlage Plancks .....	29
<b>§ 2 Der „Nachrang“ des Geschiedenenunterhalts in § 1483 III des Entwurfs der ersten Kommission</b> .....	32
1. Der Vorschlag .....	32
2. Die Kritik .....	33
<b>§ 3 Die Änderungen durch die zweite Kommission</b> .....	35
1. Die Änderung des ersten Entwurfs durch die zweite Kommission	35
a) Anpassung und Ergänzung des § 1454 E I für den Fall der Mitelknappheit im Verhältnis Berechtigter—Verpflichteter .....	36
aa) § 1454 E I i. V. m. § 1482 E I .....	36
bb) Verschiedene Änderungsanträge .....	36
b) Die Änderung des § 1483 III E I durch die zweite Kommission	39
aa) § 1483 III E I .....	39
bb) Abänderungsanträge .....	39
c) Das Zusammenspiel von §§ 1473 I 1 und 1504 II 2 E II unrevidiert .....	41

2. Die Revision der §§ 1473 I; 1504 II 2 des zweiten Entwurfs durch die zweite Kommission selbst .....	41
a) Die Abänderungsanträge mit dem Ziel, „klare Verhältnisse zu schaffen“ .....	42
aa) Antrag 1 .....	42
bb) Antrag 2 .....	42
cc) Antrag 3 .....	43
b) Entscheidung der Kommission .....	43
§ 4 Der von Änderungen verschonte Restweg bis zu § 1579 BGB a. F. ..	45
§ 5 Zusammenfassung der Diskussion des/der Gesetzgeber(s) .....	45
1. Schaffung einer offenen Norm für Wissenschaft und Praxis ....	45
2. Lösungsvorschläge während des Gesetzgebungsverfahrens .....	45
3. Entscheidung gegen jede positive Regelung .....	45
4. Keine Erwägung des Vorrangs des Geschiedenenunterhalts .....	46
5. Favorisierung einer Billigkeitslösung .....	46
6. Erwägungen aus dem „sittlich-moralischen“ Kontext .....	46

### *Zweites Kapitel*

<b>Der Mangelfall in Literatur und Rechtsprechung bis zum Jahre 1938</b>	<b>47</b>
§ 6 Das Regelungsprogramm des § 1579 BGB a. F. ....	47
1. Die Grundregel des § 1579 I 1 .....	47
2. § 1579 II als Ausnahme von § 1578 .....	48
3. § 1579 I 2 als Kernvorschrift für Mangelfälle; Voraussetzungen der Anwendbarkeit .....	48
a) Drohende Ansprüche der weiteren Berechtigten .....	49
b) Gefährdung des standesgemäßen Unterhalts des Pflichtigen ..	50

	Inhaltsverzeichnis	11
§ 7	Die typische Situation — die Auflösung des Interessenkonflikts der bedürftigen Beteiligten .....	51
	1. Die typische Situation .....	51
	2. Die Notwendigkeit, diesen Interessenkonflikt aufzulösen .....	51
	3. Kriterien der Billigkeitsentscheidung und ihre möglichen Auswirkungen .....	55
	a) Das Antasten des Vermögensstammes der Beteiligten; die Vermögensverhältnisse .....	57
	b) Die Erwerbsverhältnisse der Beteiligten .....	60
	c) Zwei weitere bekannte Kriterien der Billigkeitsentscheidung — die Situation des § 1617 BGB, — freiwillige Zuwendungen Dritter .....	63
§ 8	Zurückbehaltung des notdürftigen Unterhalts der „neuen Familie“?	64
§ 9	„Mitschuld“ des neuen Ehegatten des Pflichtigen an der Zerstörung der früheren Ehe als Billigkeitskriterium? .....	70
§ 10	Bedürftigkeit des schuldlos Geschiedenen durch dessen sittliches Verschulden .....	73
	1. Der Grundfall des § 1580 III i. V. m. § 1611 I .....	73
	2. Die „Ehe ohne Trauschein“ .....	74
§ 11	Die Konkurrenz der verschiedenen Unterhaltspflichtigen .....	75

### *Drittes Kapitel*

	<b>Die Rangfolgeproblematik im Lichte der Regelungen der Ehegesetze 1938 und 1946</b>	78
§ 12	Die teilweise Neugestaltung des Scheidungsunterhaltsrechts .....	78
	1. § 66 EheG 1938 (§ 58 EheG 1946) .....	79
	2. § 67 EheG 1938 (§ 59 EheG 1946) .....	80
	a) Abschaffung der Zwei-Drittel-Regel .....	80
	b) Relevanz der Ehebrecherehe .....	81

3. §§ 68 EheG 1938 (§ 60 EheG 1946) und 69 EheG 1938 (§ 61 EheG 1946) .....	82
a) § 68 EheG 1938 (§ 60 EheG 1946) .....	82
b) § 69 II EheG 1938 (§ 61 II EheG 1946) .....	83
c) § 68 EheG 1938 (§ 60 EheG 1946) und § 69 II EheG 1938 (§ 61 II EheG 1946) sind ähnlich strukturiert .....	83
aa) Die Berücksichtigung der Verhältnisse der Verwandten; der Rang der Unterhaltspflichten .....	84
bb) Die Berücksichtigung der Verhältnisse der minderjährigen unverheirateten Kinder und des neuen Ehegatten des Pflichtigen; der Rang der Unterhaltsansprüche .....	87
α) § 68 EheG 1938 (§ 60 EheG 1946) .....	88
β) § 69 II EheG 1938 (§ 61 II EheG 1946) .....	93
§ 13 Die Beschränkung und Verwirkung des Geschiedenenunterhalts ...	96
1. § 73 I und II EheG 1938 (§ 65 I und II EheG 1946) .....	96
2. § 74 EheG 1938 (§ 66 EheG 1946); die „Ehe ohne Trauschein“ ....	98
§ 14 Ansätze zur Lösung des Problems der Konkurrenz von Unterhaltsansprüchen bei Mittelknappheit im Rahmen von § 67 I 2 EheG 1938	101
1. Der einzige Befürworter eines Gleichrangs: Palandt / Lauterbach	101
2. Praktische Bevorzugung des neuen Ehegatten und der minderjährigen unverheirateten Kinder trotz prinzipieller Anerkennung des Gleichrangsprinzips .....	102
a) Furler .....	102
b) von Scanzoni .....	102
c) Volkmar / Rexroth .....	103
3. Die Annahme eines Vorrangs der „neuen Familie“ ohne fundiertere Begründung .....	103
a) Auert: Der Schutz des wirtschaftlichen Bestands der neuen Ehe .....	103
b) Rilk: Ein nur scheinbar zwingender Schluß aus § 67 I 2 .....	103
c) Maßfeller: Der Schluß von der vermuteten Praxis auf die rechtliche Regelung .....	104
d) Volkmar / Ficker: Eine Entscheidung des LG Berlin als argumentative Stütze .....	104

§ 15 Die nach dem zweiten Weltkrieg im Rahmen der §§ 58; 59 EheG 1946 heftig auflebende Diskussion um die Rangfolge; der Rechtszustand bis zum 1. Juli 1977 .....	105
1. Der Vorrang des Unterhaltsanspruchs des neuen Ehegatten des Pflichtigen. Die Tendenz zur Begünstigung der neuen Familie ..	106
a) Argument: Lebensfähigkeit der neuen Familie .....	109
aa) Der Mann muß die neue Familie aus eigener Kraft erhalten .....	110
bb) Die neue Ehefrau darf nicht zum Sozialhilfeempfänger werden .....	110
cc) Die Arbeitskraft des Pflichtigen muß erhalten bleiben ..	110
dd) Die Alltagspraxis spricht für die neue Ehe .....	110
ee) Die zweite Ehe ist keine Ehe minderen Rechts .....	111
b) „Rechtliche“ Argumente .....	111
aa) Die Möglichkeit der Scheidung ist eröffnet .....	111
bb) Die „Mitschuld“ darf keine Rolle spielen .....	112
cc) Die Argumentation gem. §§ 59 II EheG; 1360; 1361; 1601 ff. BGB .....	113
dd) Art. 6 GG .....	114
2. Der Vorrang des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten des Pflichtigen. Die heftigen Reaktionen auf die unterhaltsrechtliche Begünstigung der neuen Ehe und Familie .....	114
a) Das „Hypothekenargument“ .....	115
b) Der Schutz der „Ehebrecherehe“ widerspricht der Billigkeit ..	116
c) Der Rechtsbegriff Billigkeit bedingt sittliche Wertung .....	117
d) Strenges Unterhaltsrecht als Scheidungsschutz .....	119
aa) Bosch und Gschnitzer .....	119
bb) Vorschlag Boschs zur Einführung eines Eheverbots für den Fall, daß der Unterhaltsanspruch der schuldlos geschiedenen Frau nicht abgesichert ist; die alte Ehe ist wertvoll, die neue (Ehebrecher)Ehe mißbilligenswert ....	121
e) Boschs Argumentation mit Art. 6 GG .....	122
f) Schwinds Aufforderung zur Revision der Auslegung des Begriffs „angemessener Unterhalt“ .....	125
aa) Schwinds Ausgangspunkt: Die unterhaltsrechtliche Lage des geschiedenen Gatten ist schlecht .....	125
bb) Schwinds Verständnis von § 67 EheG .....	126
cc) Schwinds Lösungsvorschlag .....	126

dd) Kritik an Schwind	128
g) Ausländische Befürworter des Vorrangs des schuldlos Geschiedenen	129
aa) Das Schweizerische Bundesgericht	130
bb) Großbritannien; Lord Merriman	130
h) Erläuterung einzelner den schuldlos Geschiedenen bevorzugen- genden Entscheidungen	130
aa) Das OLG München	131
bb) Der BGH	131
cc) Das Verwaltungsgericht Berlin	132
3. Die herrschende Meinung: unterhaltsrechtlicher Gleichrang der in § 59 I 2 EheG Genannten als Ausgangspunkt der in jedem Ein- zelfall zu treffenden Billigkeitsentscheidung	134
a) Die „unechten“ Vertreter der h. M.	134
aa) Diederichsen, Gerold und das LG Braunschweig	134
bb) Wüstenberg	135
b) Die Einbeziehung der Argumente aus dem „sittlich-moralischen Kontext“ in die Diskussion auf der Rangebene	135
aa) Gernhuber	135
bb) Ronke	136
c) Gleichrang auf der Rangebene; aber Einbeziehung der „sittlich- moralischen“ Erwägungen auf der Billigkeitsebene	137
aa) Wüstenberg	137
α) Die Argumentation auf der Rangebene	137
β) Die Billigkeitsabwägung anhand materieller Kriterien	138
γ) Die Einbeziehung der Argumente aus dem „sittlich- moralischen Kontext“ auf der Billigkeitsebene	139
bb) Müller-Freienfels	140
cc) Donau	142
d) Die „Verfechter der Linie materieller Billigkeit“	142
aa) Die Hauptvertreter dieser Linie: Brühl / Göppinger / Mutschler	143
α) Die Suche nach dem abstrakten Rang des Unterhalts- anspruchs des geschiedenen Gatten	143
β) Die Technik der Interessenabwägung nach rein mate- riellen Gesichtspunkten der Billigkeit	145
bb) Gotthardt	145
cc) Hoffmann / Stephan	146
4. Eine bedenkliche Entscheidung des OLG Düsseldorf; das Prinzip der gleichmäßigen Kürzung und das „Hypothekenargument“	147

*Viertes Kapitel*

<b>Die Entstehung des § 1582 BGB i. d. F. vom 14. Juni 1976</b>	<b>151</b>
§ 16 Die Rangregel als Teil des 1. EheRG vom 14. Juni 1976	151
1. Chronologie der Vorgeschichte der Reform	151
2. Chronologie der Reform	152
§ 17 Der Stellenwert der Rangdiskussion innerhalb der Reformdiskussion	154
1. Der Streit um die Voraussetzungen der Scheidung	155
2. Die Auseinandersetzung um das unterhaltsrechtliche Konzept	156
§ 18 Die Entstehung der Rangregelung im einzelnen	160
1. Die Vorschläge der Eherechtskommission	160
a) Vorschlag und Begründung	160
b) Die generelle Linie der Kommission und die Rangregel	161
c) Ausnahmen vom prinzipiellen Vorrang	163
d) Quintessenz	163
2. Der Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums	164
a) Vorschlag und Begründung	164
b) Die generelle Linie des Justizministeriums und die Rangregel	166
c) Kein Vorrang des neuen Ehegatten	169
d) Quintessenz	169
3. Der Regierungsentwurf	169
a) Vorschlag und Begründung	169
aa) Billigkeitsargumente für den Vorrang nach § 1583 S. 2 E	171
bb) Das „Hypothekenargument“	172
cc) Billigkeitsargumente für den Vorrang nach § 1583 S. 3 E; Folgen dieser Regel	173
dd) Verfassungsrechtliche „Unbedenklichkeitserklärung“	174
b) Die Rangregel und das Gesamtkonzept des RegE	174
c) Quintessenz	176

4. Die Stellungnahme des Bundesrates zum RegE .....	177
a) Vorschlag und Begründung .....	177
b) Die Rangregel und das Gesamtkonzept des Bundesrates .....	179
c) Die Praktikabilität der Vorrangregel .....	180
d) Quintessenz .....	180
5. Die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates .....	181
a) Zur Rangregel im besonderen .....	181
b) Zur Unterhaltskonzeption im allgemeinen .....	181
aa) Der Generalunterhaltsanspruch nach der Bundesratsvorlage .....	181
bb) Der subsidiäre Vorschlag einer positiven Härteklausele nach der Bundesratsvorlage .....	182
cc) Die negative Härteklausele nach der Bundesratsvorlage ..	182
6. Die Beschlüsse des Rechtsausschusses des Bundestages .....	182
a) Vorschlag und Begründung .....	182
aa) „Redaktionelle“ Umformulierung der Rangregel; Fixierung des Rangs des Geschiedenenunterhalts durch das Gesetz .....	183
bb) Einfügung des § 1577 a .....	184
cc) Streichung des § 1582 I 2 RegE; Einfügung des Abs. 2 — das Berechnungsproblem .....	185
b) Die Rangregel und die übrigen Festlegungen durch den RA-BT, das Gesamtkonzept des RA-BT .....	185
c) Quintessenz .....	188
7. Der Abschluß des Gesetzgebungsverfahrens .....	189
§ 19 Zusammenfassung .....	189

### *Fünftes Kapitel*

#### **Anwendungsprobleme der Rangregel, Manipulationsmöglichkeiten und Manipulationen** 192

§ 20 Der logische Widerspruch zwischen §§ 1582 I und 1609 II BGB; die beiden angebotenen Lösungsmöglichkeiten .....	192
---	-----

## Inhaltsverzeichnis

17

1. Schilderung des Problems .....	192
a) Die Gleichrangrechnung .....	192
b) Der logische Widerspruch .....	194
c) Die beiden Lösungsmöglichkeiten .....	194
2. Der Lösungsweg des RA-BT und die (nur) modifizierende Kritik	195
a) Methode und Beispiel .....	195
b) Die (nur) modifizierende Kritik .....	197
aa) Die Nachberechnung nach Dieckmann und anderen .....	197
bb) Die Vereinfachung der zweiten Berechnungsstufe nach Bastian und anderen .....	198
$\alpha$ ) Rechnung nach der Methode des RA-BT .....	199
$\beta$ ) Rechnung nach der Methode Bastians .....	199
c) Die Praxis .....	200
aa) OLG Hamm .....	200
bb) OLG Frankfurt (Weyhardt) .....	200
3. Die radikale Kritik am Lösungsvorschlag des RA-BT; die Lösung über die Teilhabe der minderjährigen unverheirateten Kinder am Vorrang des Geschiedenenunterhalts .....	201
a) Hauptpunkt der Kritik .....	201
b) Die Rechenmethode nach Göppinger / Wenz und anderen ...	202
aa) Methode, Beispiel und Modifikation .....	202
$\alpha$ ) Methode .....	202
$\beta$ ) Beispiel .....	203
c) Die Reaktion der Praxis .....	203
aa) Das OLG Stuttgart .....	203
bb) Das OLG Hamm .....	203
cc) Andere Oberlandesgerichte .....	204
4. Stellungnahme .....	205
§ 21 Der Einfluß der Rahmenbedingungen der Kürzungsrechnung auf ihr Ergebnis .....	206
1. Der Selbstbehalt .....	207
a) Die Höhe des Selbstbehalts .....	208
aa) Weyhardt und das OLG Frankfurt .....	208
bb) Zwischenlösung .....	209

cc) Heute gängige Praxis .....	209
b) Die Verteilung der Differenz bei unterschiedlich hohen Selbst- behalten .....	210
aa) Weychardt: Begünstigung der gesamten Familie .....	211
α) Verteilung bei Gleichrang der Berechtigten .....	211
β) Verteilung bei relativem Vorrang nach § 1582 I .....	212
αα) Vorrangrechnung nach der Methode des RA-BT ..	212
ββ) Die Korrektur nach Weychardt .....	213
bb) Die Vertreter der Zwischenlösung; wie Weychardt .....	214
cc) Verteilung nur an die Kinder .....	214
2. Die Einsatzbeträge .....	215
a) Die Einsatzbeträge bei (echten) Mangelfällen .....	215
b) Die Einsatzbeträge bei den sonstigen Fällen mangelnder Lei- stungsfähigkeit gem. § 1581 .....	217
§ 22 Sind Korrekturen der aufgrund der Vorrangregel durchgeführten Unterhaltsberechnung möglich? .....	219
1. Die Korrektur aus Gründen materieller Billigkeit im Rahmen der §§ 1581, 1582 selbst .....	219
a) Die Problemlage .....	219
b) Die dogmatische Einordnung des Vorrangs gem. § 1582 I nach herrschender Meinung .....	222
c) Auffassungen in Literatur und Praxis .....	223
aa) Ablehnende Auffassungen .....	223
α) Richter .....	223
β) Häberle .....	224
γ) OLG Düsseldorf .....	224
bb) Zustimmungde Auffassungen .....	225
α) Weychardt .....	225
β) Billigkeitskorrekturen nach Hampel und aufgrund der Hammer Leitlinien .....	226
αα) Hampel .....	226
ββ) Die Hammer Leitlinien .....	226
γ) OLG Schleswig .....	227
d) Existiert eine dogmatisch mögliche Begründung für eine Bil- ligkeitskorrektur im Rahmen der §§ 1581, 1582? .....	228
aa) Wörtlich-grammatikalische Analyse .....	229
bb) Sinn und Zweck der Rangregel .....	229
α) Die reinen Berechnungsfragen werden durch die unter- schiedlichen Auslegungen nicht tangiert .....	229
β) Muß das Rechenergebnis fix bleiben? .....	229

c) Analyse der Entstehungsgeschichte .....	229
α) Der Diskussionsentwurf .....	229
β) Der Regierungsentwurf .....	231
γ) Die Fassung des Rechtsausschusses des Bundestages ..	231
2. Andere Korrekturmöglichkeiten .....	231
a) Korrekturen über die restriktive Auslegung des Tatbestands- merkmals „lange Ehedauer“ i. S. d. § 1582 I 2 3. Fall .....	232
b) Korrekturen über die „verfassungskonforme Auslegung“ des § 1582 .....	233
c) Korrekturen über § 1576 .....	234
3. Ergebnis .....	236

*Sechstes Kapitel*

**Einwände gegen die starre Vorrangregel  
des § 1582 und Schlußfolgerung** 237

§ 23 Die rechtspolitische Fragwürdigkeit des Vorrangs bei einzelnen Fall- gestaltungen .....	237
1. Der „prinzipielle“ Vorrang nach § 1582 I 1 .....	237
2. Der Vorrang nach §§ 1582 I 2 i. V. m. 1570 .....	238
3. Der Vorrang nach §§ 1582 I 2 i. V. m. 1576 .....	240
4. Der Vorrang wegen langer Dauer der Ehe, ergänzt um die Zeit der Kindererziehung, gem. § 1582 I S. 2 3. Fall und S. 3 .....	240
a) Der Anspruch des alten geschiedenen Gatten .....	241
b) Der Anspruch des kranken geschiedenen Gatten .....	241
c) Der Anspruch des geschiedenen Gatten auf Ausbildungsunter- halt, der Anspruch nach §§ 1573 I, 1574 und der Anspruch auf Aufstockungsunterhalt .....	241
aa) Ausbildungsunterhalt .....	241
bb) Unterhalt nach §§ 1573 I; 1574 bei Nichtfinden einer ange- messenen Erwerbstätigkeit .....	242
cc) Aufstockungsunterhalt .....	242
5. Zusammenfassung .....	243

§ 24	Der starre Vorrang und die Rechtsnatur des Anspruchs auf Geschiedenenunterhalt .....	244
1.	Die heute herrschende Meinung .....	244
2.	Die Entstehung des Anspruchs auf Geschiedenenunterhalt als eines familienrechtlichen Anspruchs .....	244
a)	Der gemeinrechtliche Streit .....	244
aa)	Die Auffassung der Obergerichte .....	245
bb)	Die ablehnende Haltung des Reichsgerichts .....	246
b)	Der Unterhaltsanspruch in der Entstehungsgeschichte des BGB .....	247
3.	Vorrang und Rechtsnatur des Geschiedenenunterhalts im preußischen ALR und dogmatische Folgerungen .....	248
§ 25	Der starre Vorrang und das Prinzip des Entstehenmüssens für die Folgen eigenen Verhaltens .....	251
1.	Präzisierung des Problems .....	252
2.	Die Korrektur des starren Vorrangs über die Berücksichtigung von Verschuldensmomenten .....	253
a)	Unterhaltsausschluß oder -herabsetzung gem. § 1579 I Nr. 4 ..	254
b)	Möglichkeiten einer Rangkorrektur wegen Scheidungsschuld .....	256
aa)	Keine Möglichkeiten de lege lata .....	257
α)	Unanwendbarkeit der Billigkeitsnorm .....	257
β)	Kriterien aus dem „sittlich-moralischen“ Kontext ....	258
bb)	Notwendige Änderung des Gesetzes .....	258
α)	Transponierung des Verteilungsproblems auf die Rechtsfolgenrechtsseite der Billigkeitsnorm .....	258
β)	Die Berücksichtigung „grober Ehewidrigkeiten“ .....	258
αα)	Der Begriff „grobe Ehewidrigkeiten“ und die gerichtliche Praxis .....	259
ββ)	Präzisierung des Begriffs .....	259
γγ)	„Große Ehewidrigkeiten“ als eines der vielen Billigkeitskriterien .....	260
§ 26	Die Verfassungsmäßigkeit des Vorrangs .....	260
1.	Die verfassungsrechtliche Prüfung des Vorrangs unter Außerachtlassung des „Verschuldensaspekts“ .....	261
a)	Der Vorlagebeschluß des OLG Schleswig .....	261
b)	Die Entscheidung des BVerfG .....	265

Inhaltsverzeichnis	21
2. Die verfassungsrechtliche Prüfung des Vorrangs unter Mitberücksichtigung des „Verschuldensaspekts“	270
<b>§ 27 Zusammenfassung</b>	<b>272</b>
1. Die durch die dogmatische Einordnung der Vorrangregel bewirkte Starrheit des Vorrangs	272
2. Die rechtspolitischen Bedenken bei einzelnen Fallkonstellationen	272
3. Der dogmatische Rückfall	273
4. Der starre Vorrang „in der Hand des nach früherem Recht an der Scheidung Schuldigen“	273
5. Die verfassungsrechtlichen Bedenken	274
6. Regelungsvorschlag	274
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>276</b>



## Vorbemerkung

Das 1. EheRG hatte die Reform sowohl des Rechts der Scheidungsvoraussetzungen als auch des Scheidungsfolgenrechts zum Ziel.

Die Voraussetzungen für die Scheidung selbst sind heute gering. Nach Verstreichen einer bestimmten Frist gilt die Ehe unwiderleglich als gescheitert. Dieses „Gescheitertsein“ der Ehe ist dann (einziger) Scheidungsgrund. Das Reformziel der Scheidungserleichterung ist damit verwirklicht.

Allerdings hat die Änderung des Scheidungsfolgenrechts erhebliche finanzielle Belastungen für den wirtschaftlich stärkeren Ehegatten mit sich gebracht und die Erleichterung der Scheidung selbst zum Teil kompensiert. Neben dem neuen Institut des Versorgungsausgleichs ist hier vor allem das naheheliche Unterhaltsrecht zu nennen. Der Geschiedenenunterhalt war nach ursprünglichen Plänen der sozial-liberalen Koalition zwar als Ausnahme vom Grundsatz der auch finanziellen Eigenverantwortlichkeit nach der Scheidung konzipiert gewesen. Hier- von zeugt noch das kasuistische System einzelner Unterhaltsanspruchs- grundlagen gem. §§ 1571 ff. In praxi ist der Geschiedenenunterhalt aber nicht die Ausnahme, sondern die Regel.

Dieser Anspruch auf Geschiedenenunterhalt geht bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners gem. § 1582 I dem Unterhaltsanspruch eines eventuellen neuen Ehegatten des unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten in zahlreichen Fällen vor.

Diese ausdrückliche Regelung eines unterhaltsrechtlichen „relativen“ Vorrangs des geschiedenen Gatten zu Lasten des neuen Gatten des Pflichtigen ist Anlaß dieser Untersuchung. Von mangelnder Leistungs- fähigkeit des Pflichtigen sind aber nicht nur er selbst, sein geschiedener und eventuell sein neuer Ehegatte betroffen, sondern gegebenenfalls auch seine minderjährigen unverheirateten Kinder. Häufig wird der neuen Kleinfamilie des Verpflichteten die „Halbkleinfamilie“ seines unterhaltsberechtigten ehemaligen Ehegatten gegenüberstehen. Gegenstand dieser Arbeit ist also auch die Analyse des zivilrechtlichen Systems der Verteilung zu knapper Mittel des Unterhaltspflichtigen an die Mitglie- der seiner ehemaligen und jetzigen Kleinfamilie.

In einem ersten Kapitel wird gezeigt, daß der Gesetzgeber des BGB vom 18. August 1896 dem Geschiedenenunterhalt absichtlich keinen eige-

nen Rang zuwies. Er vertraute vielmehr auf die Weisheit des Richters im Einzelfall. Gem. § 1579 I 2 sollte dieser bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit des Pflichtigen unter Abwägung der Bedürfnisse und wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflichtigen, des ehemaligen und des jetzigen Ehegatten und der minderjährigen unterverheirateten Kinder das Maß des Geschiedenenunterhalts festsetzen.

Daß diese Billigkeitsnorm durchaus praktikabel gewesen ist, wird im zweiten Kapitel nachgewiesen. Die Rechtsprechung hat nämlich Billigkeitskriterien erarbeitet, die ein beachtliches Maß an Rechtssicherheit bewirkten. So wurde z. B. der noch heute gültige Grundsatz entwickelt, daß alle Beteiligten vermehrte Anstrengungen zu unternehmen und größere Opfer hinzunehmen haben, um sich gegenseitig zu entlasten. Eine Rangregel erschien jedenfalls nicht notwendig.

Die Ehegesetze haben die Billigkeitsnorm des § 1579 I 2 in §§ 67 I 2 EheG 1938 und 59 I 2 EheG 1946 zwar übernommen. Dennoch ist im Rahmen dieser Normen und auch im Rahmen der neugeschaffenen Unterhaltsansprüche des Geschiedenen nach §§ 68; 69 II EheG 1938 (§§ 60; 61 II EheG 1946) zunehmend über einen „Rang“ des Geschiedenenunterhalts bzw. des Unterhaltsanspruchs des neuen Ehegatten diskutiert worden. Besonders heftig ist dieser Streit nach dem zweiten Weltkrieg im Rahmen des § 59 I 2 EheG 1946 entbrannt. Bereits in dieser Auseinandersetzung sind alle Gründe, die für einen Vorrang des geschiedenen oder des neuen Ehegatten oder aber für einen Gleichrang der Unterhaltsansprüche beider Ehegatten des Pflichtigen sprechen mögen, genannt worden. Das dritte Kapitel enthält deshalb u. a. eine genaue Analyse der verschiedenen Argumente.

Das vierte Kapitel beschreibt detailliert die Entstehung der Rangregel des 1. EheRG. Es kann gezeigt werden, daß § 1582 I weniger eine Folge aus Erkenntnissen der Rangdiskussion als vielmehr Ergebnis eines politischen Kompromisses ist.

Die gefundene Rangregel ist schon deshalb als mißlungen zu bezeichnen, weil sie erhebliche Anwendungsprobleme mit sich bringt. Es genießen sowohl der geschiedene als auch der neue Ehegatte des Pflichtigen gem. § 1609 II 1 denselben unterhaltsrechtlichen Rang wie dessen minderjährige unverheiratete Kinder. Untereinander sollen sie aber gem. § 1582 I häufig gerade nicht gleichrangig sein. Diese verwirrenden Anordnungen des Gesetzes müssen zu erheblichen rechnerischen Schwierigkeiten führen. Zudem ist der neue Vorrang zugunsten des geschiedenen Gatten so starr und unflexibel, daß sich das Prinzip der Ausdehnung der Opfergrenze in Mangelfällen zu Lasten des geschiedenen Berechtigten kaum noch auswirken kann. Das fünfte Kapitel beschäftigt sich hauptsächlich mit diesen beiden Problemkreisen.

Im sechsten Kapitel wird die Rangregel, soweit dies nicht bereits geschehen ist, kritisch gewürdigt. Der starre Vorrang ist in etlichen Fallkonstellationen rechtspolitisch unbefriedigend. Dogmatisch paßt solch ein starrer Vorrang kaum zur Rechtsnatur des Geschiedenenunterhalts. Das Ergebnis, daß auch derjenige Ehegatte, der das Scheitern der Ehe verursacht hat, einen sogar vorrangigen Unterhaltsanspruch hat, befremdet. Die Summe der angedeuteten Bedenken kulminiert nicht zuletzt in verfassungsrechtlichen Zweifeln an der Rangregel. Die Kritik mündet am Ende in einen Regelungsvorschlag, der mehr der Mangel-fallnotordnung des bisherigen Rechts als der des 1. EheRG ähnelt.