

# Peter Derleder

## Die neue Zählung der Widerspenstigen

### Zur Renaissance des Verschuldensprinzips im Scheidungsfolgenrecht\*

#### *1. Das Konfliktpotential*

Für die Hausfrauen schien es ein schwerer Schlag, daß eheliche Treue keine lebenslange Versorgung mehr verbürgen soll. Ihre männlichen Fürsprecher kämpften einen langen Kampf gegen das 1. EheRG, das die Scheidung von den Unerquicklichkeiten und Katastrophen des Eheverlaufs unabhängig machen sollte. Die Ersetzung des Verschuldens- durch das Zerrüttungsprinzip schien im Scheidungsprozeß die vormaligen Rapporte über das Geschehen hinter den Wohnungstüren und unter den Bettdecken zu erübrigen. Deutschland privat drohte ganz in die ausschließliche Kompetenz von Soziologen und Bevölkerungswissenschaftlern zu geraten. Inzwischen ist die Gefahr gebannt. Wer aber angenommen hatte, daß die weiblichen Muster der Hausfrauenehe doch noch nachträglich kleine Breschen in das Zerrüttungskonzept hauen würden, der sieht sich enttäuscht. Es sind ganz andere Kräfte freigeworden, die die Zivilgerichtsbarkeit mit tätiger Unterstützung des BVerfG auf ältere rechtliche Kursbücher zurückgreifen läßt.

Die Hausfrauen sind außer Kontrolle geraten. Viele »brechen« einfach »aus durchschnittlich verlaufenen Ehen« aus. Noch sind sich die Gesetzeshüter nicht darüber im klaren, ob sie es nun mit einzelnen Mänaden und Promiskuitiven, mit Messalina oder Madame Bovary oder mit einer allgemeinen Revolte zu tun haben. So behilft man sich weithin mit einer schwadronierenden patriarchalischen Alltagspsychologie. Gehen wir ins Detail.

#### *Von der Psychologie der Mutwilligkeit zum offenen oder verdeckten Patriarchalismus*

1. Dem erwähnten Begriff des mutwilligen Ausbrechens aus einer durchschnittlich harmonisch verlaufenen Ehe hat das OLG Hamburg<sup>1</sup> zur Prominenz verholfen. 27 Jahre hatte die Ehe der Parteien gedauert, die mit diesem Begriff traktiert wurde. Aus ihr waren zwei inzwischen nicht mehr unterhaltsbedürftige Kinder hervorgegangen. Danach wandte sich die Frau einem anderen Mann zu, mit dem sie

\* Für anregende Diskussion und Mithilfe danke ich Herbert Buchner, Bremen

<sup>1</sup> FamRZ 1978, 118. Die dieser Entscheidung vorausgegangenen Judikate des OLG Celle NdsRpfl 1977, 209 f. und des OLG Schleswig SchlHA 1977, 170 waren rechtlich noch nicht vergleichbar konturiert. Die Entscheidung des OLG Celle betraf eine zwei Jahre zurückliegende ehewidrige Beziehung der Ehefrau zu einem anderen Mann, die für eine Verwirkung als nicht ausreichend angesehen wurde. Die Entscheidung des OLG Schleswig vom 23. 8. 1977 (SchlHA 1977, 170 I. Sp.) hatte es mit der Ausübung der Prostitution durch die Ehefrau zu tun, die ein grober Sittenverstoß sei und einem Ehemann Unterhaltszahlungen schlechthin unzumutbar mache.

schließlich während des laufenden mehrinstanzlichen Scheidungsverfahrens in einer intimen Beziehung zusammenlebte. Ein »durchschnittlich harmonischer Eheverlauf« ist nach dem Gericht bei gemeinsamen Urlaubsreisen, Wochenendtouren und Ausflugsfahrten und intemem Verkehr der Ehepartner anzunehmen. Geschützt wird also ein Minimaltatbestand von Ehe, die Konsum- und Freizeitgemeinschaft mit Geschlechtsverkehr. Vor was sie geschützt wird, bleibt im Dunkeln. Denn es konnte nicht festgestellt werden, »daß der Ehemann seiner Frau einen Grund dafür gegeben hätte, sich ihrerseits von ihm zu trennen und sich einem anderen Mann zuzuwenden«. Das Unbegreifliche wurde vom OLG dann auch als »Mutwilligkeit« der Ehefrau bezeichnet. Der Ehemann könne zudem – das war der zweite Begründungsansatz – nicht verpflichtet sein, eine neue Lebensgemeinschaft seiner getrennt lebenden oder geschiedenen Frau zu finanzieren.

Was muß das für eine Person sein, die sich nach 28 Jahren Ehe und dem Aufziehen zweier inzwischen selbständiger Kinder einem Mann zuwendet, ohne daß ein Grund dafür gerichtlicherseits festgestellt werden kann? Nichts dürfte schlimmer sein als das Fehlen eines erkennbaren Grundes, da damit der abstrakte patriarchalische Horror vor irgendeiner, insbesondere sexueller Überlegenheit der Frau oder eines anderen Mannes auf den Plan gerufen ist, auch wenn noch so wenig über einen jüngeren vitalen oder temperamentvolleren Nebenbuhler bekannt ist. Lange genug hat die Zivilrechtsprechung zu den nichtehelichen Gemeinschaften wie gebannt auf die sexuellen Elemente gestarrt, ohne die anderen Dimensionen intimer Beziehungen ernst nehmen zu können<sup>2</sup>. Konnten sich die hanseatischen Richter nicht vorstellen, daß eine Ehe nach so langer Dauer vielleicht ohne Dramatik und Explosionen, ohne Schläge, Schimpfen oder Schamlosigkeiten inhaltsleer geworden ist und die Ehefrau in einer neuen Beziehung noch einmal mehr Intensität zu finden versucht? Vielleicht ist es gerade ein Zeichen besonderer Reife, wenn ein Ehepartner dem anderen dafür keine Schuldvorwürfe macht, auf die Litanei beiderseitiger Rechtfertigungen verzichtet und auch Gerichte nicht mit den Einzelheiten des Eheverlaufs, gar den psychischen Prozessen der Vergangenheit befaßt. Von solchen Einsichten ist freilich die Psychologie der Mutwilligkeit noch weit entfernt. In ihr sind die patriarchalischen Ängste noch einmal kompakt zusammengefaßt, die Ängste, eine Bindung nicht ohne Rechtsmacht erhalten zu können, die Ängste vor der Weiblichkeit<sup>3</sup>, schließlich dem eigenen Versagen. Was könnte irrationaler sein als die Annahme, daß eine Ehefrau nach 27-jähriger Ehe und dem Aufziehen gemeinsamer Kinder ihren Ehemann *ohne Grund* verläßt? Die möglichen Gründe sind so mannigfaltig wie die Dimensionen ehelicher Beziehungen. Was kennzeichnet den Verdrängungsprozeß der Hamburger Richter besser, als daß sie von ihnen nichts wissen wollten? Die *Durchschnittsehe*, die man nur bei alleroberflächlichster Betrachtung konstatieren kann, wird so – ungeachtet der Ideologie der Neigungsehe – zum *Rechtfertigungsgrund* für den Verlassenen, nicht mehr für seine Frau aufkommen zu müssen, auf was auch immer sie in den 27 Jahren verzichtet haben mag<sup>4</sup>.

Auch die Ergebnisse der Scheidungssoziologie hat Jutta Limbach<sup>5</sup> gegen diese

<sup>2</sup> Vgl. hierzu insbesondere die Geschichte des Mätressentestaments; s. BGH 53, 369 und dazu Siemens, Wandel in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Mätressentestamenten unter Berücksichtigung soziologischer Gesichtspunkte, Diss. München, 1974; Rother AcP 172, 498. Zur Rolle der Sexualität im Scheidungskonflikt s. etwa Epstein, *Divorced in America*, New York 1974, S. 52 ff. (»The bedroom olympiad«).

<sup>3</sup> Zum klassischen männlichen Wunsch nach der Durchschnittsfrau s. schon Margaret Mead, *Mann und Weib (Male and Female)*, 1955, S. 343.

<sup>4</sup> Zudem wird im Mitfinanzierungsargument das vermutete Glück des anderen pointiert. Dieses Argument reichte dem OLG Saarbrücken FamRZ 1979, 1021 beim Geschiedenenunterhalt ohne weiteres für die Unterhaltsversagung aus. Siehe dazu unten III 4.

<sup>5</sup> NJW 1980, 871.

Rechtsprechung bisher vergeblich ins Feld geführt. Daß die »Durchschnittsehe« sich nicht auf Empirie zum menschlichen Verhalten gründen läßt und daß die Dauer von Ehen kein Indiz für Glück und Zufriedenheit ist, das läßt sich nicht bestreiten, sondern allenfalls ignorieren. Daß Frauen schon infolge der in der Vergangenheit weithin dominierenden Erziehung für eine Tätigkeit als Hausfrau und Mutter und für eine Anpassung an die abhängige Rolle neben einem Ehemann nicht ohne weiteres zur selbständigen Herauslösung aus einer unglücklichen Ehe in der Lage sind, das ist ebenso plausibel wie die Erklärung, daß das Streben nach alsbaldiger Wiederheirat weniger der Attraktivität der Ehe als der mangelnden wirtschaftlichen und sozialen Selbständigkeit der Frau geschuldet ist<sup>6</sup>. Die Erhellung eines solchen sozialen Verhaltens sollte man zwar nun nicht gerade zur Aufgabe der Justiz machen. Der Aufrechterhaltung der damit unverträglichen Psychologie der Mutwilligkeit sollte sie aber entgegenstehen.

2. Die Auffassung des OLG Hamburg hat weitgehende Zustimmung gefunden. Das OLG München<sup>7</sup> hatte es ebenfalls mit einer langjährigen Ehe zu tun. Nach 27-jährigem Zusammenleben war die Ehefrau ausgezogen und hatte eine eheähnliche Gemeinschaft mit einem anderen Mann begründet, dessen Haushalt sie führte und mit dem sie gemeinsame Kasse machte. Das einzige noch unterhaltsbedürftige Kind von insgesamt 5 Kindern war beim Vater verblieben, einem zu 60% schwerbehinderten Mann. Die Ehefrau, die keinen Beruf erlernt hatte, war seit der Trennung stundenweise als Reinemachefrau tätig. Als Grund für die Trennung führte sie an, die Ehe sei »nie etwas gewesen«. Ihr Mann habe sie dauernd beschimpft (Hure, Bestie, Fotze, sie könne ja gehen) und habe wegen Impotenz gegen ihren Willen sexuelle Abartigkeiten von ihr verlangt. Das OLG versagte ihr einen Getrenntlebensunterhaltsanspruch mit der Begründung, ein eheähnliches Verhältnis (»fortlaufender Ehebruch«) sei so schwerwiegend, daß es eine Unterhaltsversagung wegen grober Unbilligkeit rechtfertige. Es sei grob unbillig, den verletzten Ehegatten, der die Konsequenz einer Scheidung, aus welchen Gründen auch immer, nicht ziehe, an seiner Unterhaltspflicht für den aus der Ehe »ausgebrochenen« Ehepartner festzuhalten. Wörtlich sagte das OLG:

»Die Klägerin (Ehefrau) hat sich, wie sie einräumt, von ihrem Ehemann und der Familie getrennt, nachdem sie ihren jetzigen Partner kennengelernt hatte. Nach Überzeugung des Senats geschah dies deshalb, weil sie im Zusammenleben mit diesem viel jüngeren Mann sexuelle Befriedigung suchte und fand, die sie in der Ehe vermißt hatte. Daß die im Zusammenhang mit den sexuellen Spannungen zu verstehenden Beleidigungen durch den Beklagten eine erhebliche Rolle gespielt hätten, kann nicht angenommen werden.«

Dem Geheimnis, wie die Münchner Richter die sexuellen Aktivitäten der Ehefrau recherchiert haben, braucht nicht nachgegangen zu werden. Daß der neue Partner der Ehefrau vielleicht weniger grob, verständnisvoller oder sensibler gewesen sein könnte als ihr Ehemann, damit konnten sie sich aufgrund ihres sexualitätszentrierten Bildes vom Zusammenleben der Partner offenbar gar nicht auseinandersetzen. Die sexuellen Schwierigkeiten der Ehe infolge der Impotenz des Mannes entschuldigten nach dem OLG keineswegs irgendetwas am Verhalten der Frau, sondern im Gegenteil die behaupteten verbalen Entgleisungen des Mannes. Unverhohlener kann sich das *Patriarchat im Richterrock* nicht mehr aufführen. Richter Staudigl, der diese Entscheidung der Öffentlichkeit bekannt gemacht hat, und seine Kollegen konnten sich eben nur in die Frustration des Mannes einfühlen, nicht in diejenige einer Frau, die nach dem Aufziehen von vier Kindern im Zweifel auf eine beträchtliche

<sup>6</sup> Siehe zum Trennungsverhalten insbesondere III 2 und 3.

<sup>7</sup> FamRZ 1979, 34.

Lebensleistung zurückblicken kann und sich nunmehr aus einer unglücklichen Ehe lösen möchte. Eine moralische Ungeheuerlichkeit? – Eher die keineswegs auf Richter beschränkte männliche Parteinahme gegenüber der gefürchteten Omnipotenz der Frau.

Noch drastischer ist das Urteil des OLG Zweibrücken vom 17. Januar 1980<sup>8</sup>. Das Gericht beschränkte hier den Anspruch der Ehefrau auf den notwendigen Unterhalt, weil sie ohne ersichtlichen Anlaß aus der über 20 Jahre bestehenden Ehe, aus der vier inzwischen berufstätige Kinder hervorgegangen waren, ausgebrochen sei. Allerdings hatte sie der Ehemann aus der ehelichen Wohnung »verwiesen«. Darauf könne sich die Ehefrau aber nicht berufen, da sie häufig erst spät nachts nach Hause gekommen und sich mit einer Bekannten in einem amerikanischen Soldatenclub aufgehalten habe. Sie habe auch alsbald nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ein »ehebrecherisches Verhältnis« mit einem anderen Mann, den sie schon vorher, wenn auch »nicht näher« kennengelernt habe. Darf eine Ehefrau in Zweibrücken nicht mit ihrer Freundin ausgehen? Entscheidet der Mann, wann sie zu Hause sein muß? Darf sie in einem amerikanischen Soldatenclub zum Tanzen gehen oder wird dort nur gehurt? Darauf konnte das Gericht natürlich keine überzeugende, von Unterstellungen freie Antwort geben. Stattdessen arbeitete es mit unterschwelligem Insinuationen. Die »Verweisung« aus der Wohnung stellt schließlich die offene Ausübung patriarchalischer Herrschaft dar und war somit gewiß eine Eheverfehlung des Mannes. Daß die wohnungslose Ehefrau sich schließlich auf ein intimes Verhältnis mit einem anderen Mann, einem Bekannten, eingelassen hat, wer kann darüber ein Unwerturteil fällen, ohne ihre soziale Situation im einzelnen zu kennen? Das OLG macht's auch ohne das. Sein Urteil ist ein Akt der Aggression<sup>9</sup>.

Etwas *weniger patriarchalisch* geprägt war die Argumentation des OLG Bremen. Es schloß zwar gleichfalls Getrenntlebensunterhalt für eine Ehefrau aus, die zusammen mit den beiden ehelichen Kindern in einem eheähnlichen Verhältnis lebte. Es stützte dies jedoch schlicht auf mangelnde Bedürftigkeit<sup>10</sup>, da bis zum Beweis des Gegenteils davon auszugehen sei, daß der neue Partner ihren angemessenen Bedarf sicherstelle. Darüber hinaus verneinte das OLG Bremen im Fall einer über 17-jährigen kinderlosen Ehe<sup>11</sup> die Bedürftigkeit der Ehefrau ohne die Möglichkeit eines Gegenbeweises, wenn sie sich »nach einer durchschnittlich verlaufenen Ehe« von ihrem Mann getrennt, ihre bisherige Halbtagsbeschäftigung als Hauspflegerin aufgegeben habe und an einem anderen Ort gemeinsam mit einem Wirter in eine Wohnung gezogen sei, wo sie nicht vermittlungsfähig sei. Das OLG bezeichnete es dabei als mutwillig, daß die Ehefrau ihren Bedarf nicht mehr durch die Halbtagsstätigkeit und die Führung des ehelichen Haushalts abdecken könne. Damit legte es – ohne jede Feststellung zum Eheverlauf – stillschweigend den Rechtssatz zugrunde,

8 FamRZ 1980, 246. Vom OLG Zweibrücken sei noch eine weitere Entscheidung (FamRZ 1980, 1010) wegen ihres Begründungsstils vermerkt, die einer Ehefrau den Geschiedenenunterhalt versagte. Nach Scheidung einer mehrjährigen kinderlos gebliebenen Ehe hatte die Ehefrau ihren Ehemann, einen Zollbeamten, bei seiner vorgesetzten Behörde wegen eines zwei Jahre zurückliegenden Diebstahls von vier Biergläsern angeschwärzt. Das OLG führte hier aus, es nehme der Ehefrau ihre sittliche Entrüstung nicht ab, weil sie nichts getan habe, um die Gläser zurückzubringen, obwohl sie damals noch mit ihrem Ehemann zusammengelebt habe. Ihr (vergeblicher) Versuch, die wirtschaftliche Existenz ihres geschiedenen Ehemanns zu untergraben, sei eine grobe Unbilligkeit, die Ehegattenunterhaltsleistungen ausschließe. Demgegenüber dürfte dem Urteil des OLG Düsseldorf (FamRZ 1979, 800) zu entnehmen sein, daß es herabsetzende Äußerungen nur berücksichtigen will, wenn sie zum Verlust der wirtschaftlichen Existenzgrundlage geführt haben.

9 Wenn auch möglicherweise in der Form nicht bewußter Aggression mit Selbstbehauptungscharakter, s. dazu Fromm, Anatomie der menschlichen Destruktivität, 1974, S. 168 ff.

10 NJW 1978, 1331 (Nr. 15); ebenso OLG Hamm FamRZ 1979, 133 und 819.

11 NJW 1978, 1331 (Nr. 16).

daß der in einem eheähnlichen Verhältnis lebende Ehegatte im Zweifel aus einer durchschnittlich verlaufenen Ehe ausgebrochen sei<sup>12</sup>, ein Rechtssatz, der sich auf die unhaltbare Psychologie der Mutwilligkeit stützt. Nur vereinzelt tauchten in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auch Gegenakzente auf, sei es, daß ein besonders schweres Verschulden auf Seiten des Unterhaltsberechtigten vorausgesetzt wurde<sup>13</sup>, sei es, daß exakte Ermittlungen der Eheverfehlungen und ihrer Ursachen für unmöglich erklärt<sup>14</sup> oder hohe Anforderungen an sie gestellt wurden<sup>15</sup>.

4. Die in der Psychologie der Mutwilligkeit steckende Wiederbelebung des Verschuldensprinzips läßt nach einer bislang ohne Widerspruch gebliebenen Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>16</sup> auch für *Vergebung keinen Raum* mehr. Hier hatten die Eheleute wiederum 27 Jahre zusammengelebt und mehrere Kinder großgezogen, die bis auf ein Kind nicht mehr unterhaltsbedürftig waren. Dann trennte sich die Ehefrau von ihrem Ehemann und lebte mit einem anderen Mann in einem eheähnlichen Verhältnis. Ein halbes Jahr später wollte sie zu ihrem Ehemann zurückkehren, nachdem das eheähnliche Verhältnis zerbrochen war. Obwohl das Gericht dem Antrag des Ehemannes, ihm die Ehewohnung allein zuzuweisen, nicht stattgegeben hatte, ließ der Ehemann ihre Rückkehr nicht zu. Das OLG erklärte dann auch noch den Getrenntlebensunterhalt der Ehefrau für verwirkt, da sie ein »eherecherisches Verhältnis« aufgenommen und aufrechterhalten habe. Dies gelte auch dann, heißt es lapidar, »wenn das eherecherische Verhältnis später beendet wird.« Der »Fehltritt« einer 45-jährigen, die als ganz junges Mädchen geheiratet und mehrere Kinder großgezogen hatte, kann nicht mehr rückgängig gemacht werden, auch wenn sie um Verzeihung bittet<sup>17</sup>. Gegenüber einer solchen rigiden Haltung der Gerichte mag für manche Frauen nur die Flucht in die Schuldunfähigkeit als Ausweg erscheinen<sup>18</sup>.

5. Neben dieser Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, die es auch mit Sonderkonstellationen wie der Alimentation nach der Geburt eines Kindes aus der eheähnlichen Verbindung<sup>19</sup> zu tun hatte<sup>20</sup>, ist noch die *offene Sprache* einiger

12 Dies ergibt sich daraus, daß keinerlei Erwägung zum durchschnittlichen Verlauf der Ehe angestellt ist (s. auch den vollständigen Abdruck in FamRZ 1978, 410).

13 So das KG FamRZ 1978, 685 im Fall einer kinderlosen Ehe nach Auszug des Ehemanns und bei behauptetem Alkoholisismus der Ehefrau.

14 So das OLG Köln NJW 1979, 768, das ein eheähnliches Verhältnis noch nicht als »Ausbrechen« aus einer durchschnittlich verlaufenen Ehe qualifizieren wollte.

15 So das OLG Celle FamRZ 1980, 256, das zwar eine unterlassene Heirat als mutwillige Herbeiführung der Unterhaltsbedürftigkeit wertete, die Äußerung einer Ehefrau, »sie wäre ja dumm, wenn sie heirate, er habe erst einmal zu zahlen, da er sie krank gemacht habe«, jedoch nicht als ernsthafteste Bekundung eines unterhaltsbedingten Meiratsverzichts verstand.

16 FamRZ 1980, 779.

17 Zustimmung Palandt-Diederichsen, BGB 40. Aufl., § 1579 Anm. 2 c.

18 So beneht sich in einem vom OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 1011 entschiedenen Fall offenbar die geschiedene Ehefrau auf Unzurechnungsfähigkeit, nachdem sie zeitweilig ein eheähnliches Verhältnis unterhalten hatte. Der psychiatrische Sachverständige bescheinigte ihr dann auch eine schwer abnorme Persönlichkeit, so daß sie für Eheverfehlungen nicht verantwortlich gemacht werden könne. Das OLG Karlsruhe gab ihrem Armenrechtsgesuch dann auf dieser Basis statt, da eine Verwirkung des Geschiedenenunterhalts ein schuldhaftes Verhalten voraussetze. Das mag gut gemeint sein. War etwa die Aufnahme eines eheähnlichen Verhältnisses mit einem anderen Mann für das OLG Ausdruck einer schweren psychischen Abnormalität? Von anderen Eheverfehlungen und Abnormalitäten ist jedenfalls nicht die Rede. Hoffentlich führt dies nicht zu einer Art Hexenteplik, d. h. dem Nachweis abnormer psychischer Struktur der untreuen Frau als unterhaltsverhaltender Erwiderung.

19 Hierzu führte das OLG Celle (FamRZ 1979, 119) aus, die Schwangerschaft sei einer »mutwilligen Herbeiführung der Bedürftigkeit« gleichzusetzen. Wenn kein Kindeswunsch vorhanden gewesen sein sollte, so erhält wenigstens der vorausgegangene sexuelle Akt den schädigenden dolus eventualis.

20 Zu erwähnen sind auch die beiden obergerichtlichen Entscheidungen zu Kurzehen. Das OLG Hamm (FamRZ 1980, 247) bejahte eine Unterhaltsverwirkung, weil die jungverheiratete Ehefrau und Mutter nicht aus der elterlichen Wohnung, in der die Eheleute zunächst wohnten, in die vom Ehemann

unterinstanzlicher Entscheidungen berichtswürdig. Das AG Pinneberg<sup>21</sup> bezeichnete das nach dem Auszug des Ehemannes bestehende eheähnliche Verhältnis einer Ehefrau, die noch drei der insgesamt sechs ehelichen Kinder zu betreuen hatte, als »schwere Kränkung«; er brauche die »Erniedrigung«, den ungetreuen Partner zu unterhalten, nicht auf sich zu nehmen. Darum sei es der Ehefrau, die ihr Verhalten nicht habe rechtfertigen oder entschuldigen können, eher zuzumuten, Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen. Die Kinder seien durch die Sozialhilfe genügend geschützt. Den behaupteten weiteren Eheverfehlungen beider Seiten ging das Gericht nicht mehr nach. Sie hatten offenbar gegenüber dem machistischen Schutzgut des gekränkten Männerstolzes kein Gewicht. – Daß auch im Süden Deutschlands zum Teil nicht anders gedacht wird, bewies das AG Lörrach<sup>22</sup>. Hier wurde einer ehemaligen Sekretärin, der Ehefrau eines viel ortsabwesenden Schiffskaufmanns und Mutter eines gemeinsamen achtjährigen Kindes, ein »ehewidriges und zuletzt ehebrecherisches Verhältnis« zu einem verheirateten Nachbarn zum Verhängnis, nachdem die Eheleute zuvor noch versucht hatten, die Ehe durch die Adoption eines dreijährigen Kindes zu festigen. Mag auch die Entscheidung im Ergebnis hinzunehmen sein, ihre Begründung ist es mitnichten: »Wenn auch die staatlichen Organe ehewidriges oder ehebrecherisches Verhalten nicht werden verhindern können, so haben sie durch die Schaffung von Gesetzen darauf hinzuwirken, daß derartige Verhaltensweisen nicht gefördert oder angeregt werden«. Die »Belohnung« eines ehebrecherischen Verhältnisses mit einem Unterhaltsanspruch müsse verhindert werden, da sie von der Allgemeinheit als »demütigend und entwürdigend« empfunden werde. Die Mitfinanzierung der Beziehung zu einem Dritten wäre ein »Freibrief« für ehebrecherische Frauen mit Kindern, meinte der Amtsrichter. Aber auch die gesammelte sittliche Entrüstung im Lörracher Gerichtsbezirk, auf die sich der Amtsrichter bei der Einsendung berief, kann nicht vergessen lassen, daß in der Entscheidung jedes vernünftige Wort zu objektiven Schwierigkeiten der Ehe und den Konsolidierungsbemühungen der Eheleute fehlt. Glaubte der Amtsrichter ernsthaft, daß auch die Mütter mit Kindern jeden Ehegattenunterhalt für die Kindesbetreuung durch eine »ausgebrochene« Ehefrau als »demütigend« empfinden? Sein Appell an das Empfinden der Allgemeinheit richtete sich in Wahrheit lediglich auf männliche Akzeptanz<sup>23</sup>.

gefundenen Wohnung zog. Zu den Schwierigkeiten, die für die Kindesbetreuung durch die Eltern der Ehefrau mit dem Umzug entstanden wären, weil beide Eheleute berufstätig waren, bemerkte das OLG schlicht, solche Schwierigkeiten seien »bei gutem Willen zu meistern« und zum Zwecke der Eheerhaltung in Kauf zu nehmen, eine Äußerung, die sicher besonders leicht fällt, je weniger man sich mit derartigen Problemen befaßt. Im Hinblick auf eine Ehe, in der die 19jährige Ehefrau und ihr 16jähriger Ehemann nur drei oder vier Monate zusammengelebt hatten, genügte dem OLG Hamm (FamRZ 1979, 508) schon ein Minimum, um Trennungunterhalt auszuschließen. Die Häufung von Bagatelstreitigkeiten konnte es keinem Partner allein zur Last legen und behalf sich damit, daß die Ehefrau keine ernsthaften Versuche zur Bewältigung der Anfangsschwierigkeiten ihrer jungen Ehe unternommen, sondern sich nach wenigen Wochen von ihrem Mann getrennt habe; daß sie sich »bei nächster Gelegenheit« einem anderen Mann zugewandt habe, wird als »verantwortungsloses Verhalten« geißelt, obwohl weder Ehebruch noch ein eheähnliches Verhältnis bewiesen waren. Einem Fehlverhalten des Mannes wurde nicht nachgegangen.

<sup>21</sup> FamRZ 1978, 119.

<sup>22</sup> FamRZ 1978, 412.

<sup>23</sup> Nicht überall kam in der Unterinstanz solche Erregung auf. Das AG Mainz (FamRZ 1978, 499) war gegenüber einer Ehefrau, die nach fast 20 Jahren und der Geburt von drei Kindern ihren Ehemann und die Kinder verlassen und zu einem freischaffenden, arbeitsunfähigen erkrankten Kunstmaler gezogen war, ein Kind aus dieser Verbindung auf die Welt brachte und selbst zu malen anfang, schon vorsichtiger. Das AG unterstellte bei der Ehefrau keineswegs den Willen, die Kinder zu verlassen, sondern bezeichnete das Zurücklassen der Kinder als eine Konsequenz der Trennung von ihrem Ehemann, zu der es sich moralischer Urteile enthielt. Die Finanzierung der neuen Gemeinschaft durch den verlassenen Ehemann erklärte es jedoch – vor allem im Hinblick auf dessen fehlendes Einkommen – für grob unbillig.

6. So unverstellt die noch immer vorherrschenden unreflektiert patriarchalischen Bewertungsmuster bei einer ins Detail gehenden Analyse der Konfliktsachverhalte der Tatsacheninstanzen sichtbar werden, so wenig haben sie in der zwischenzeitlichen Rechtsprechung des BGH und des BVerfG erklärten Widerspruch gefunden. Der BGH hatte es zunächst in zwei Entscheidungen<sup>24</sup> mit verbalen Kränkungen zu tun. Einmal<sup>25</sup> wollte ein Bergmann, der nach sechs Ehemonaten aus der Ehe Wohnung ausgezogen war, der Ehefrau, die vier Kinder im Alter zwischen sieben und sechzehn Jahren aus früheren Ehen zu betreuen hatte, keinen Getrenntlebensunterhalt bezahlen, weil er mit Schimpfworten und Formelbeleidigungen belegt worden war. Der BGH erklärte, die Berücksichtigung ehelichen Fehlverhaltens, das zur Trennung geführt habe, sei nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Es müsse sich aber um *schwerwiegendes, klar bei einem Ehegatten liegendes evidenties Fehlverhalten* handeln. Dies verneinte er, ohne den Zusammenhang von Trennung und verbalem Verhalten aufklären zu lassen. Zum anderen<sup>26</sup> machte ein auf Trennungunterhalt in Anspruch genommener Rentner geltend, seine Ehefrau habe gesagt, sie habe ihn nur geheiratet, »um sein Geld zu holen, ansonsten könne er verrecken«. Seine deutlich jüngere Ehefrau war in zweiter Ehe mit ihm verheiratet und hatte zwei Kinder aus erster Ehe zu versorgen. Die Ehegatten hatten nur wenige Monate zusammengelebt. Eine Beweiserhebung über die Äußerung erklärte der BGH für überflüssig, da solche Äußerungen noch kein für einen Unterhaltsausschluß genügendes schwerwiegendes Fehlverhalten darstellten. Aus einer solchen Äußerung könne nicht ohne weiteres gefolgert werden, der Ehefrau habe von vornherein die eheliche Gesinnung gefehlt oder sie habe die Ehe nur um finanzieller Vorteile willen geschlossen.

Gaben diese beiden Entscheidungen Hoffnung, daß der Männerstolz sich letztlich in einer aufgeklärteren Haltung der Justiz auflösen würde, so wurde man durch die erste Entscheidung des BGH, die sich mit einem eheähnlichen Verhältnis zu befassen hatte, eines Besseren belehrt<sup>27</sup>. Hier wertete der BGH es als schwerwiegendes Fehlverhalten, daß eine Ehefrau nach etwa 10-jähriger Ehe mit den beiden Kindern die eheliche Wohnung verlassen, »in unmittelbarem Anschluß« daran zu ihrem Freund in eine von diesem gemietete Wohnung gezogen war und ein eheähnliches Verhältnis mit diesem aufgenommen hatte. Auch das Mitfinanzierungsargument rezipierte der BGH. Nähere Feststellungen zur ehelichen Zerrüttung, zur Verursachung durch die Ehegatten, insbesondere zu einem behaupteten vorherigen ehefeindlichen Verhalten des Mannes erklärte er für rechtlich irrelevant. Die borniertesten Begriffe der erörterten Rechtsprechung, die durchschnittlich verlaufene Ehe, der mutwillige Ausbruch, der in seinem allgemeinen Ansehen herabgesetzte Mann, sie tauchten in der Entscheidung zwar nicht auf<sup>28</sup>. Der Sache nach schnitt der BGH der nicht erwerbstätigen Ehefrau, die ihren Mann verläßt, aber jedes Verständnis ab. Der erwerbstätige Mann kann selbst eine Wohnung besorgen, ist auf Freundschaftshilfe nicht angewiesen und unterfällt dann nicht dem Verdikt des BGH, der mit seiner Konzentration auf den Trennungsvorgang zunächst jede Analyse männlichen Fehlverhaltens ausschloß.

24 NJW 1979, 1349 und 1453.

25 NJW 1979, 1349.

26 NJW 1979, 1453.

27 BGH NJW 1980, 1686 (dazu Diederichsen NJW 1980, 1672) = JZ 1980, 573 (mit Anmerkung Derleder).

28 Sie wurden aber durch das vorbehaltlose Zitieren von OLG Hamburg FamRZ 1978, 118, OLG München FamRZ 1979, 34 und OLG Saarbrücken FamRZ 1979, 1021 zum Teil indirekt abgeseget.

Gelegenheit zur Korrektur gab ein Trennungsunterhaltsanspruch, den – in der Kollektion der entschiedenen Verwirkungsfälle zum einzigen Mal – ein Ehemann, ein ehemaliger Berufsoffizier und Student der Zahnmedizin, gegen seine Ehefrau, eine hochverdienende Zahnärztin, geltend machte, um das bisher von seiner Ehefrau finanzierte Studium auch abschließen zu können. Er hatte während der Ehe ungefähr ein Jahr lang an seinem Studienort ein intimes Verhältnis zu einer anderen Frau unterhalten, jedoch ohne ehelichen Charakter. Hier meinte nun der BGH<sup>29</sup>, bereits die Aufnahme eines nachhaltigen, auf längere Dauer angelegten intimen Verhältnisses mit einem anderen Partner unter Trennung vom Ehegatten sei eine so schwerwiegende Distanzierung von den eigenen ehelichen Bindungen, daß nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, der dem ehelichen Unterhaltsrecht zugrundeliege, die Inanspruchnahme des gegen seinen Willen verlassenen Ehegatten grob unbillig sein könne. Dies gelte insbesondere, wenn dieser besondere finanzielle Aufwendungen erbracht habe, zu denen er ursprünglich rechtlich nicht verpflichtet gewesen sei. Anders sei dies nur bei vorheriger Abkehr der Ehefrau von dem Ehemann. Dafür reiche es allerdings nicht aus, daß sich die Ehegatten vorher weitgehend auseinandergelebt hätten. Maßgeblich sei, ob die Ehefrau schon zuvor aus der Ehe »fortgestrebt« sei. Der BGH hat damit wohl eingesehen, daß eine Konzentration auf den Trennungsvorgang unhaltbar ist. Es muß demnach geklärt werden, wer zuerst aus der Ehe herauswollte. Die Chance, daß im Scheidungsprozeß die Geschichte der wechselseitigen Seitensprünge und hinterlistigen Affären geschrieben wird, hat sich beträchtlich vergrößert. Die Fernglas-Marlows und Stoppuhr-Spades können einer Erweiterung ihres trüben Aufgabenkreises entgegensehen. Bleibt nur noch das kleine Rechtsproblem, daß die Männer – wie auch der Student der Zahnmedizin – wohl immer noch viel häufiger trotz anderen intimen Verkehrs nicht aus ihrer Ehe streben.

Das vorerst letzte Wort des BGH<sup>30</sup> setzt die Verstrickung in das eheliche Geschehen fort. Hier ging es wiederum um den Trennungsunterhalt einer Ehefrau nach langjähriger kinderloser Ehe. Als sie während der Ehe ihre Berufstätigkeit aufgab, nahmen die Eheleute 1974 eine elfjährige Pflege Tochter auf. 1976 erhob die Ehefrau Scheidungsklage, nachdem der Ehemann seinerseits zuerst Scheidungsabsichten geäußert hatte. Ende Januar 1977 verließ die Ehefrau mit der Pflege Tochter die Ehemwohnung. Seit Mitte 1977 unterhielt sie Beziehungen zu dem Vermieter ihrer neuen Wohnung, die jedoch in einem anderen Ort lag. Im Prozeß berief sie sich auf frühere anwaltliche Schreiben, in denen sie ihren Ehemann aufgefordert hatte, sie mit Achtung und Anstand zu behandeln. Der Ehemann habe daraufhin vorher geäußerte Scheidungsabsichten bekräftigt. Er habe dementsprechend eine Wohnung in seinem Hause, in der sie hätte getrennt leben können, verschlossen gehalten. Er habe sie daran gehindert, die von ihr als zu kalt empfundene Wohnung stärker zu heizen. In einem jahrelang geheimgehaltenen Testament habe er sie, die Ehefrau, bei der Erbeinsetzung zugunsten eines Neffen übergangen. Er habe nach einer Fehlgeburt behauptet, sie habe das Kind umgebracht.

Nun ist es also soweit. Die Rechtsprechung bringt die Frauen aus gescheiterten Ehen zu detaillierten Apologien. Die Geschichte einer solchen Ehe ist aber in aller Regel nicht beweisbar, es sei denn, daß ein misanthropischer Ehegatte von vornherein Beweise sammelt. Es kommt dann normalerweise zu einer Parteivernehmung, bei der das meiste streitig bleibt, wie es im Rechtsstreit vor dem OLG Düsseldorf als Vorinstanz auch der Fall war. Das OLG erlegte dann dem Ehemann die Beweislast

<sup>29</sup> NJW 1981, 1214.

<sup>30</sup> NJW 1981, 1732.

auf und ging dementsprechend davon aus, daß die Ehefrau nicht die Alleinschuld oder die überwiegende Schuld an dem eheähnlichen Verhältnis treffe und daß sie Unterhalt verlangen könne. Der BGH meinte nun auch, das Verhalten des anderen Ehegatten könne nicht außer Betracht bleiben. Bei einem eheähnlichen Verhältnis könne man deswegen nicht regelmäßig eine grobe Unbilligkeit annehmen und dem daran beteiligten Ehegatten nicht die Entschuldigungslast auferlegen. Auf der Basis dieser Beweislastverteilung stimmte der BGH dem OLG zu. Dabei stellte er heraus, daß der Ehemann als erster eine Scheidungsabsicht geäußert und das Getrenntleben in seinem Haus nicht ermöglicht habe, sowie daß die Aufnahme des eheähnlichen Verhältnisses erst für die Zeit einige Monate nach der Trennung festgestellt sei. Die Rechtfertigung einer »ausgebrochenen« Ehefrau hat danach Erfolgsaussicht, wenn sie sich vor der Äußerung einer Scheidungsabsicht, solange der andere Ehegatte sie nicht erklärt hat, hütet, möglichst rechtzeitig Material gegen ihren Ehemann sammelt und ein eheähnliches Verhältnis erst einige Zeit nach der Trennung aufnimmt. Dabei ist über die Beweislastregelung hinaus das Bemühen des BGH ersichtlich, nicht die Gesamtkataloge der Eheverfehlungen zu würdigen. Nachdem er die Ursachen des Scheiterns aber für relevant erklärt hat, wird es schwer sein, dem Wust der Anklagen und Selbstrechtfertigungen zu steuern. Die bisherige Ausweitung des Prozeßstoffes im Verlaufe der BGH-Rechtsprechung ist hierfür ein eindeutiger Beleg.

7. Seit Einsetzen der BGH-Rechtsprechung benutzt die unterinstanzliche Rechtsprechung weitgehend die ihr vom BGH angebotenen Begründungsformeln, ohne jedoch ihre bisherige Richtung grundsätzlich zu ändern<sup>31</sup>. Das OLG Köln<sup>32</sup> neigt jedoch auch bei einer erst einige Zeit nach der Trennung begonnenen eheähnlichen Beziehung zur Unterhaltsversagung<sup>33</sup>. Zwischen den Oberlandesgerichten streitig ist vor allem noch die Bewertung des unmittelbaren Wegziehens der Ehefrau zu einem Freund. Dieses wird zum Teil besonders pointiert<sup>34</sup>, zum Teil mit Rücksicht auf vorherige Entfremdung relativiert<sup>35</sup>. Auch der »väterliche Freund« taucht als zuverlässige Zwischenlösung auf<sup>36</sup>. Zur Verschuldensprüfung äußerte sich das OLG Düsseldorf am dezidiertesten<sup>37</sup>. Bei der Prüfung eines Getrenntlebensunterhaltsan-

31 So inkriminierte das OLG Hamm FamRZ 1981, 163, daß eine Ehefrau nach 23jähriger Ehe mit Kindern unmittelbar vor der Trennung einen Urlaub mit einem Bekannten verbringt und danach eine Wohngemeinschaft mit ihm begründet habe. Das Gericht unterstellte dabei sogar, daß mit dem anderen Mann keine geschlechtlichen Kontakte bestanden (möglicherweise aufgrund des Alters der Parteien), und versagte Geschiedenenunterhalt.

32 FamRZ 1981, 554.

33 Dagegen soll es nach dem OLG Hamburg FamRZ 1981, 161, nicht genügen, wenn eine Ehefrau ihrem Mann nur sagt, sie wunsche Kontakte zu anderen Männern.

34 So sieht das OLG Hamm NJW 1981, 60 darin ein schwerwiegendes evidentes Fehlverhalten, wenn zuvor noch »Formen der Kommunikation und Fürsorge« zwischen den Eheleuten existierten, und will nach Verwirkung des Trennungunterhalts auch im Falle der Scheidung keinen Geschiedenenunterhalt mehr gewähren. Die »unterhaltsrechtliche Unschuld« werde durch die Scheidung nicht wiedergewonnen. Das OLG betonte, ihm sei die Gefahr einer Wiedereinführung des Verschuldensprinzips bei »Ausdehnung dieser Rechtsprechung« bewußt. Bei der Abkehr eines Ehegatten vom anderen wegen der Bindung zu einem Dritten, die offenbar aus dem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang gefolgert wurde, sei jedoch eine Unterhaltsverwirkung notwendig.

35 Das OLG Karlsruhe FamRZ 1981, 551 nahm den Standpunkt ein, das Verlassen des Ehegatten um eines anderen Partners willen reiche bei zerrütteter Ehe nicht für eine Unterhaltsversagung aus. Das betraf eine zum Zeitpunkt der Trennung 73jährige Ehefrau, die nach 27jähriger Ehe ihren vier Jahre jüngeren neuen Partner schon vor der Ehetrennung in die eheliche Wohnung aufgenommen hatte und dann zu ihm gezogen war. Das OLG, das geschlechtliche Beziehungen dahingestellt ließ, stellte eine vorausgegangene Entfremdung der Ehegatten fest, die trotz gemeinsamen Haushalts in verschiedenen Zimmern getrennt geschlafen, getrennt gegessen und kaum noch miteinander gesprochen hätten.

36 Im Fall des OLG Frankfurt FamRZ 1981, 455. Hier hielt das Gericht der Ehefrau zugute, daß sie aus Angst vor weiteren Handgreiflichkeiten (er hatte zugegeben, sie an den Haaren gezogen zu haben, aber bestritten, daß er mit dem Zerschneiden ihres Gesichts gedroht habe) zu einem ihr seit langem bekannten 77jährigen väterlichen Freund geflohen sei und der Ehemann dann das Türschloß der Ehwohnung ausgewechselt habe.

37 FamRZ 1980, 1118. Hier ging es um die dritte Ehe einer 33jährigen Ehefrau, die aus erster Ehe und aus

spruchs erklärte das OLG eine Verschuldensanalyse des vorhergegangenen Ehekonflikts für unerlässlich, da bei einer gescheiterten oder im Scheitern befindlichen Ehe ein do ut des zwischen Unterhaltszahlung und Treue nicht mehr in Betracht komme. Im konkreten Fall verneinte es eine Verwirkung, nachdem die Ehefrau ohne Widerspruch des Ehemanns dargelegt hatte, der Ehemann habe nach Dienstschluß nur gegessen, gelesen und geschlafen, ein Gespräch sei aber nicht mehr möglich gewesen. Maßgeblich war aber vor allem der Auszug des Ehemanns<sup>38</sup>.

27

### *Die Konstellationen bei der Korrektur der Partnerwahl*

8. Das aus der Rechtsprechung ersichtliche Konfliktpotential ist somit überaus reichhaltig. Die aus der Ehe strebende Frau ist ganz offensichtlich eines der Zentralprobleme des neuen Scheidungsrechts. Zu Statements drängen sich insoweit geradezu die Gerichte. Das Schrifttum liefert praktisch nur eine kollatorische Begleitmusik<sup>39</sup>. Es sind nach der Analyse der Rechtsprechung nicht nur junge Frauen, deren Partnerwahl durch übergroße Unerfahrenheit und den stillen Zwang der sozialen und ökonomischen Verhältnisse gekennzeichnet war<sup>40</sup>. Es sind nicht nur Frauen, die den Schwierigkeiten des gemeinsamen Aufbaus einer Existenz, des Kindererziehens und der immer noch bestehenden Doppelbelastung nicht gewachsen waren und deren eheliche Beziehungen daran nach einiger Zeit zerbrochen sind. Es sind nicht nur kinderlose Frauen, die mit ihren Ehemännern zu keiner Synthese finden und die ihr Leben – etwa mangels hinreichender beruflicher Selbstverwirklichung – irgendwann als inhaltsleer empfinden. Es sind nicht nur Frauen, die bis zur Selbständigkeit der Kinder an ihrer Ehe festgehalten haben, oft bis zu drei Jahrzehnte, und die nun eine von den Kämpfen und Zermürbungen dieser Phase freie neue Beziehung begründen wollen. Es sind gerade auch ältere Frauen bis weit ins Rentenalter hinein, die die Chance neuer Partnerschaft noch einmal suchen. Dabei ist das Irrtumsrisiko oft nur wenig geringer als bei der vorausgegangenen Partnerwahl<sup>41</sup>. Die mit zunehmendem Alter im Durchschnitt bislang eher abneh-

zweiter Ehe ein Kind zu betreuen hatte und nach dreijährigem Zusammenleben mit ihrem dritten, neun Jahre jüngeren Ehemann wieder mit ihrem früheren zweiten Ehemann lebte, nachdem der dritte Ehemann aus der Ehewohnung ausgezogen war.

- 38 Das aus der Verbindung mit einem anderen Partner hervorgegangene Kind macht der Rechtsprechung schließlich besondere Mühe. Kann das während der Ehe geborene von einem anderen Mann stammende Kind entsprechend der Ehelichkeitsvermutung des § 1593 BGB als gemeinsames Kind Ehegattenunterhalt rechtfertigen? Die OLG Hamm und Celle verneinen das, das OLG Hamm mit der Begründung, es sei nach dem unstreitigen Vortrag kein gemeinsames Kind vorhanden (FamRZ 1981, 257). Unter Heranziehung des § 242 BGB kann das OLG Celle (FamRZ 1981, 268) zum selben Ergebnis für ein „unstreitig“ von einem anderen Mann stammendes Kind, nach dessen Geburt die Eheleute beschlossen hatten, es als ihr gemeinsames Kind großzuziehen, ein Beschluß, der sich erst nach weiteren acht Jahren infolge Scheiterns der Ehe und Scheidung als nicht mehr durchführbar erwies. Der Unterhaltsanspruch des Kindes selbst wurde davon jeweils nicht berührt. Der Versagung des Ehegattenunterhalts widersprach jedoch zu Recht das OLG Köln (FamRZ 1981, 553) im Hinblick auf ein nach der Trennung der Eheleute geborenes Kind, da in Abstammungsfragen die Einigung der Eheleute über die Nichtehelichkeit nicht genügt.
- 39 Siehe nur die Kommentierung bei Palandt-Diederichsen, § 1579 Anm. 1 c; Jauernig-Schlechtriem, BGB, § 1579 Anm. 1 (wo von Korrektur des Gesetzgebers gesprochen wird!); ansatzweise differenzierend dagegen Richter, in: MünchKomm, Erg. zu § 1579 Rdnr. 19.
- 40 Bei der Statistik der Ehescheidungen nach der Ehedauer fällt die Erhöhung des Prozentsatzes der Geschiedenen, die weniger als vier Jahre verheiratet waren (von etwa 20% 1976 auf etwa 24% 1978), ebenso auf wie die relative Zunahme der Scheidungen bei einer Ehedauer über zwanzig Jahre (von etwa 11% 1976 auf fast 18% 1978); zur Entwicklung der Ehescheidungen insgesamt s. Hohn, Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft 1980, 335 ff., zur Ehedauer speziell S. 346. Zu der Problematik der Jungenhen s. insbesondere Farber-Wilson (Hrsg.), Teen-age Marriage and Divorce, Berkeley 1967.
- 41 Siehe nur Angela Reed, The Challenge of Second Marriage, London 1973, S. 55 ff.

menden ökonomischen Probleme sprechen zwar für eine Erhöhung der Chance zu glücklicheren Partnerbeziehungen. Dem stehen jedoch die stärker fortgeschrittene Persönlichkeitsdifferenzierung, geringere Anpassungsbereitschaft und festliegende Identitätsbeschädigungen gegenüber. Hierauf zielt Oscar Wildes Aphorismus: *Second marriage is the victory of hope over experience.*

Von der sozialen Gesamtproblematik scheint in den einzelnen Entscheidungen der Gerichte nur wenig auf. Zunächst stürzte sich der größere Teil der Rechtsprechung mit einem patriarchalischen Begriffsapparat und nicht ohne Zeichen von Erregung auf die »ungerreuen« Ehefrauen, die auch noch Rechte für sich in Anspruch nehmen wollten. Diesen Begriffsapparat hat der BGH ein wenig gereinigt. Nur allmählich läßt jedoch die Konzentration auf den Trennungsvorgang, auf die sexuellen Beziehungen, die einseitige Einfühlung in den »gedemütigten« Mann nach. Statt dessen breitet sich eine Verschuldensanalyse aus, der kaum feste Grenzen zu ziehen sind und die doch notwendig von Oberflächlichkeiten und Unbeweisbarem geprägt ist. Zwischen der Situation des erwerbstätigen Mannes und der nicht erwerbstätigen Frau bestehen im Falle der Untreue nach wie vor gravierende Unterschiede. Bei einer Untreue des Ehemanns verbleiben der nicht erwerbstätigen Frau oft kaum vernünftige ökonomische Alternativen, so insbesondere, wenn sie nicht ohne weiteres einen Arbeitsplatz erlangen kann und wenn sein Einkommen nicht für zwei Haushalte reicht. Der erwerbstätige Ehemann braucht auch meist nicht unbedingt eine neue Partnerin, wenn er sich aus der Ehe lösen will, und ist auf deren Einkommen regelmäßig weniger angewiesen. Er kann letztlich seine Verhältnisse selbständig und flexibler gestalten, auch wenn ihn eine Unterhaltsverbindlichkeit trifft. Die ungetreue Ehefrau muß dagegen mit dem Schlimmsten rechnen, wenn ihre Untreue zur Trennung und Scheidung führt, nämlich mit Unterhaltsverlust oder gar – im Falle des Scheiterns der neuen Beziehung – mit dem Ausfall jeder privaten Alimentation. Das alles ist bekannt und macht die soziale Dynamik plausibel, in der Frauen stehen, die sich dennoch auf solche Risiken einlassen. Umso unerläßlicher ist eine klare und gleichheitliche Regelung. Statt dessen hat das BVerfG die Rechtslage verworrener gemacht.

## *II. Die Entwicklung der Rechtslage bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*

### *1. Die Entstehung der negativen Härteklausele*

Schon lange vor dem 1. EheRG war die Erosion des Verschuldensprinzips in Gang gekommen. Die meisten Gerichte hatten die Verschuldensprüfung minimiert, die insbesondere durch § 43 EheG, die maßgebliche Norm für die Masse der Scheidungen<sup>42</sup>, vorausgesetzt war, akzeptierten auch die von der Schuldfrage gelösten einverständlichen Unterhaltsregelungen und versuchten deren Zustandekommen, soweit es Dissens gab, zu fördern<sup>43</sup>. Bei der Unterhaltsregelung mußten die Ehegatten allerdings von dem Prinzip des § 58 EheG ausgehen, daß der allein oder überwiegend für schuldig erklärte Mann der geschiedenen unterhaltsbedürfti-

<sup>42</sup> Der Anteil der Ehescheidungen nach § 43 EheG stieg von 74,2% im Jahre 1950 auf über 95% im Jahre 1962, s. die Nachweise bei Höhn a. a. O. S. 345.

<sup>43</sup> Tendenzen zu mehr Gemeinsamkeit im Scheidungswillen zeichneten sich schon nach altem Recht bei der Zahl der Zustimmungen zum Scheidungsantrag des Ehegatten und bei der Zahl der gemeinsamen Anträge ab, s. Höhn a. a. O. S. 345.

gen Frau Unterhalt zu gewähren hatte<sup>44</sup>. Da sich in fast jeder Ehe über das Maß des Verschuldens der beiden Ehegatten streiten ließ, war ohne einverständliche Scheidungsabsicht und Unterhaltsregelung die Prozeßaussicht außerordentlich schwer einzuschätzen, da das Gesetz denjenigen zu honorieren verhiess, der am meisten Schmutz auf seinen Ehepartner zu laden verstand. Theoretisch war aber klar, daß eine ungetreue Frau keinen Unterhalt zu beanspruchen hatte, falls sie ihren Ehemann nicht noch stärker belasten konnte. War eine Ehefrau aber andererseits erst einmal geschieden und ihre Unterhaltsberechtigung anerkannt, so verwirkte sie diesen Anspruch nach § 65 EheG, der im Fall sittlichen Verschuldens nur nordürftigen Unterhalt vorsah, und nach § 66 EheG nicht ohne weiteres. Das Zusammenleben mit einem anderen Mann sollte nach herrschender Auffassung dafür nicht ausreichen<sup>45</sup>, solange nicht eine Heirat gerade wegen der Unterhaltszahlungen unterlassen wurde<sup>46</sup>.

Die Divergenz zwischen den gesetzlichen Anforderungen an eine Prüfung des Zerrüttungsverschuldens vor der Scheidung und der Zuerkennung von Unterhalt einerseits und der Praxis einer immer mehr verschuldensunabhängigen Unterhaltsregelung der Parteien andererseits erschien schon der Eherechtskommission unerträglich, die 1968 vom Bundesjustizminister gegründet worden war. Sie plädierte explizit für eine Verschuldensunabhängigkeit des Ehegattenunterhalts und meinte, nur ganz ausnahmsweise könne es gerechtfertigt sein, auch auf die Gründe der Ehezerüttung abzustellen<sup>47</sup>. Daran knüpften die Regierungsentwürfe<sup>48</sup> mit ihrem System besonderer Unterhaltsgründe an.

Der zweite Regierungsentwurf<sup>49</sup> lehnte in seiner Begründung eine Härteklausele des Inhalts ausdrücklich ab, daß aus »besonders schwerwiegenden Gründen« oder aufgrund der »besonderen persönlichen Verhältnisse der Ehegatten« die Unterhaltspflicht zu beschränken sei, da sie zu einer Prüfung der Scheidungsschuld führen müsse. Der Regierungsentwurf nannte dementsprechend enumerativ vier Gründe, die kurze Dauer der Ehe (s. jetzt § 1579 Abs. 1 Nr. 1 BGB, der durch die Gleichstellung der Kinderbetreuungszeit mit der Ehedauer in Halbsatz 2 ergänzt wurde), eine schwere Straftat des Berechtigten gegen den Verpflichteten oder dessen nahe Angehörige (s. jetzt § 1579 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der ein Verbrechen oder schweres vorsätzliches Vergehen voraussetzt), die mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit (s. jetzt § 1579 Abs. 1 Nr. 3 BGB) und die vorhergegangene Unterhaltspflichtverletzung des Berechtigten (aufgegangen in § 1579 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Der Regierungsentwurf sah ferner vor, daß die negative Härteklausele nicht gelte, wenn (in § 1579 Abs. 2 BGB dann: »solange und soweit«) von dem Berechtigten wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine

44 § 58 EheG war kein zwingendes Recht, so daß gem. § 72 EheG verschuldensunabhängige Unterhaltsvereinbarungen möglich waren.

45 S. nur RG 165, 29 und Palandt-Diederichsen, BGB 34. Aufl., § 66 EheG Anm. 2.

46 Siehe nur LG Krefeld FamRZ 1962, 27.

47 Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, 1970, S. 109 ff. Noch weitergehend die Entschliebung des 48. DJT Bd. 2, M 181 ff., der die Gründe der Zerrüttung bei der Unterhaltsregelung nicht berücksichtigen wollte.

48 Der RegE 1971 (BT-Drucks. VI/2577) wurde wegen der vorzeitigen Auflösung des 6. Deutschen Bundestages durch den RegE 1973 ersetzt (BT-Drucks. 7/650). Nach den Regierungsentwürfen sollte grundsätzlich jeder Ehegatte nach der Scheidung wirtschaftlich selbstverantwortlich sein. Der Katalog der vorgeschlagenen Unterhaltsgründe, die an Kinderbetreuung, Alter, Krankheit, Erwerbslosigkeit und Ausbildungsbedürfnisse anknüpften und dann in den §§ 1570 bis 1576 BGB normiert wurden, wurde im Gesetzgebungsverfahren auf Betreiben der CDU/CSU aber erweitert. Umstritten war auch gerade die negative Härteklausele des § 1579 BGB, die bei einem an sich gegebenen Unterhaltsgrund eine Unterhaltsversagung rechtfertigen sollte.

49 BT-Drucks. 7/650 S. 137.

Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden könne. Die Christdemokraten verlangten demgegenüber eine umfassendere Verwirkungsnorm, nach der bei grober Unbilligkeit Unterhalt auszuschließen sei<sup>50</sup>. Aufgrund dessen kann es im Rechtsausschuß des Bundestages zu einem Kompromiß durch Einfügung des heutigen § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB. Es könne nicht verkannt werden, daß eine abschließende Enumeration der Härtefälle nicht möglich sei, meinte der Ausschuß. Deshalb entschied er sich für eine „Generalklausel“, die deutlicher machen sollte, daß eine grobe Unbilligkeit nur vorliegt, wenn den anderen Nummern entsprechende gleichgewichtige Sachverhalte gegeben sind. Der Wortlaut des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB erfordert dementsprechend für die Unterhaltsregelung einen Grund, „der ebenso schwer wiegt“. Für den Trennungsunterhalt war die Gesetzgebungsgeschichte entsprechend: es wurde zur Beseitigung des Verschuldensprinzips in dem neu formulierten § 1361 BGB auf § 1579 BGB (mit Ausnahme von dessen Abs. 1 Nr. 1) verwiesen. Die Gesetzgebungsgeschichte ergibt danach, daß eine Prüfung der Scheidungsschuld ausgeschlossen sein und – abgesehen von der Ehedauer – nur besonders herausgehobene Verhaltenstatbestände (Nr. 2 und 3) und eine durch äquivalente Gewichtung eingeschränkte Generalklausel einen an sich gegebenen Unterhaltsanspruch in Wegfall geraten lassen sollten. Selbst wenn man daraus keine restlose Ausklammerung der Zerrüttungsschuld entnehmen kann, so ist doch deutlich, daß die üblichen Ehwidrigkeiten einschließlich der Abkehr vom anderen Ehegatten und der Beziehung zu einem anderen Partner normalerweise nicht das Gewicht eines schweren vorsätzlichen Vergehens oder Verbrechens oder einer mutwilligen Herbeiführung der Bedürftigkeit haben und nach dem historischen Willen des Gesetzgebers keine Unterhaltsverwirkung auslösen konnten.

## 2. Der Widerstand der Gerichte

Der Widerstand gegen die gesetzliche Lösung erlahmte aber auch nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG nicht. Die meisten Gerichte einschließlich des BGH erklärten zwar die Unterhaltstatbestände für verfassungsgemäß, weiteten aber den Anwendungsbereich der negativen Härteklausele in der beschriebenen Weise aus, ohne sich um ihren Ausnahmecharakter zu kümmern oder sich methodologische Skrupel zu machen. Darüber hinaus wurde die Verfassungsmäßigkeit des § 1579 Abs. 2 BGB in den erwähnten Entscheidungen der Amtsgerichte Pinneberg und Lörrach<sup>51</sup>, aber auch durch das AG Darmstadt<sup>52</sup> in Abrede gestellt. Die verfassungsrechtlichen Begründungen der Amtsgerichte waren so grob gestriekt, daß sie kaum über die Rüge eines Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip hinauskamen. Die Argumentation, der Gesetzgeber habe in § 1579 Abs. 2 BGB offen eine grobe Unbilligkeit angeordnet, ging von vornherein daran vorbei, daß der Gesetzgeber bei einer Billigkeitsbestimmung an sich nicht gehindert ist, unter den zahllosen Billigkeitsgesichtspunkten dem der Kinderbetreuung eines Ehegatten entscheidendes Gewicht beizumessen. Andere Gerichte<sup>53</sup> schränkten § 1579 Abs. 2 BGB unter Heranziehung des § 242 BGB ein, ohne ihn grundsätzlich verfassungsrechtlich

<sup>50</sup> BT-Drucks. 7/4448 S. 3.

<sup>51</sup> FamRZ 1978, 119 und 412.

<sup>52</sup> FamRZ 1979, 507. Seine Entscheidung hatte geschäftsschädigende Aktivitäten der Ehefrau eines selbständigen Kaufmanns zum Gegenstand. Dabei ging es darum, daß die Ehefrau einen Geschäftspartner des Ehemanns, eine ausländische Firma, aufgesucht und für diese eigenhändig ein Kündigungsschreiben entworfen hatte.

<sup>53</sup> Siehe etwa OLG Celle FamRZ 1981, 268.

anzuzweifeln. Auch im Schrifttum wurde die Bestimmung energisch attackiert<sup>54</sup>. Ferner wurde eine umfangmäßige Reduzierung des Ehegattenunterhalts zu Lasten der ungetreuen Frau empfohlen<sup>55</sup>. Der BGH<sup>56</sup> versuchte dann auch, einen neuen Kompromiß mit den schon in der Gesetzgebungsgeschichte aktiv gewordenen Gegnern der Regelung zu finden. Er legte zu diesem Behuf § 1579 Abs. 2 BGB schon für den Getrenntlebensunterhalt »verfassungskonform« dahin aus, daß er einen die Kinder betreuenden Ehegatten, der noch keine Sorgerechtsregelung zu seinen Gunsten erwirkt habe, nicht schütze, solange der andere Ehegatte Anspruch auf die Betreuung des Kindes erhebe und zu ihr auch ohne Gefährdung des Kindeswohls in der Lage sei.

Diese Entscheidung ist gegen die »eigenmächtige Herausnahme des Kindes aus seinem bisherigen Lebensbereich« gerichtet. Dabei hat sich der BGH jedoch bemerkenswert wenig Mühe gemacht, sich in die Situation einer Ehefrau mit Kindern in zerrütteten Familienverhältnissen hineinzudenken. Sie kann meist, wenn mit dem Ehemann keinerlei Konsens mehr herzustellen ist, kaum prognostizieren, ob ein Gericht auch ihrem Ehemann Erziehungsbereitschaft und -fähigkeit nachträglich zugestehen wird. Das ist in Haushalten, bei denen wegen der Erwerbstätigkeit des Haushaltsvorstandes nur mittels Großeltern oder Aushilfskräften die Betreuung sichergestellt werden kann, auch schwer zu sagen. Völlig unklar hat der BGH auch gelassen, ob auch ein bisher erwerbstätiger Ehegatte, also praktisch meist der Ehemann, seine Betreuungsfähigkeit durch die Bereitschaft zur Aufgabe seines bisherigen Arbeitsplatzes dokumentieren muß. Die Ehefrau muß aber, um entsprechende Risiken auszuschließen, eine gerichtliche Sorgerechtsregelung erwirken. Kann eine Frau vor gerichtlichen Schritten ihre Kinder aber nicht aus dem »bisherigen Lebensbereich« herausnehmen, dann muß sie also bis zu der Sorgerechtsentscheidung mit dem Ehemann in einer Wohnung leben. Damit wird indirekt eine Phase des Getrenntlebens in einer Wohnung erzwungen, eine Phase, die in zerrütteten Familien von einer verhängnisvollen sozialen Dynamik sein und auch zu einer schweren Belastung der Kinder führen kann. Insofern ermöglicht die BGH-Entscheidung ihrerseits schon eine schwere Zurücksetzung von Kindeswohl und Interesse der betreuenden Mutter. Die Kategorie der »Eigenmächtigkeit« enthält also zumindest Restelemente patriarchalischer Gesinnung, weil sie Veränderungen des bisherigen Lebens mit den Kindern gegen den Willen eines Ehegatten – und das war in der Praxis bisher ausnahmslos der verlassene Ehemann – als »rechtswidrig«<sup>57</sup> versteht. Eine Veränderung kann aber durchaus der Not einer für Ehefrau und Kinder unerträglichen Situation geschuldet sein.

Aber auch dieser Versuch des BGH, durch Ausweitung des § 1579 Abs. 2 BGB die gesetzgeberische Lösung jedenfalls teilweise zu retten, ist fruchtlos geblieben. Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung vom 14. Juli 1981<sup>58</sup> zum Unterhaltsrecht § 1579 Abs. 2 BGB für verfassungswidrig erklärt. Der 1. Senat, unter dessen acht Köpfen der ehemaligen Finanzrichterin Dr. Niemeyer der seit den Anfängen des Bundesverfassungsgerichts unverändert geringe weibliche Ehrenpart zukommt, bündelte

54 Siehe vor allem Bosch FamRZ 1978, 119. Nur einem Juristenhirn entsprungen sein kann das von Diederichsen auch in einer Fernsehsendung propagierte Argument, nach § 1579 Abs. 2 BGB könne sogar ein die Kinder betreuender Ehegatte nach einem Mordversuch am anderen noch Ehegattenunterhalt verlangen. Statt die soziale Problematik der reichhaltigen Rechtsprechung aufzuarbeiten, werden Fälle jenseits der Realität konstruiert und Phantasiegestalten (die straflose und betreuungsgeeignete Mörderin) ersonnen, um dem Gesetz eine Absurdität zu unterlegen.

55 Diederichsen NJW 1980, 1673 f.

56 NJW 1980, 1686.

57 So ausdrücklich BGH a. a. O. unter 2 b bb.

58 NJW 1981, 1771.

die verfassungsrechtlichen Verfahren zum Unterhaltsrecht und entschied gleichzeitig über die Beseitigung des Verschuldensprinzips, den Aufstockungsunterhalt und die Geltung des neuen Scheidungsrechts für Altehen. In sozialliberalen Kreisen war man darum wohl froh, daß nur der § 1579 Abs. 2 BGB in Karlsruhe verramscht wurde. Die These des Gerichts war, § 1579 Abs. 2 BGB sei nur mit dem Grundgesetz vereinbar, »wenn und soweit« seine Auslegung und Anwendung auch tatsächlich zu Entscheidungen führe, die allein am Kindeswohl orientiert seien, keine ehebeeinträchtigenden Wirkungen zeitigten und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung trügen.

Diese Voraussetzungen sind nach der Meinung des BVerfG nur erfüllt, wenn man für den betreuungsbedingten Geschiedenenunterhalt eines Ehegatten eine Sorgerechtsregelung zu seinen Gunsten erfordert, wie sie durch den obligatorischen Verbund des § 623 ZPO ja auch gewährleistet ist, und für den Getrenntlebensunterhalt mit dem BGH ausschließt, daß ein Ehegatte, der ein gemeinsames Kind »eigenmächtig« mit sich nimmt, Unterhalt vom verlassenen Ehegatten beanspruchen kann. Die Begründung des BVerfG hierfür ist durch ein beklagenswertes Reflexionsniveau ausgezeichnet. Es sei »zweifelhaft«, ob die »spontane« Herausnahme des Kindes aus seinem bisherigen Lebenskreis dem Kindeswohl entspreche. »Wahrscheinlicher« sei die alte Umgebung in der ersten Phase der räumlichen Trennung besser. Es könne »nicht ausgeschlossen werden«, daß der andere Ehegatte eventuell trotz ganztägiger Erwerbstätigkeit eine stärkere innere Beziehung zu einem Kind habe. Nimmt man die von der Bundesregierung übernommene Auffassung hinzu, daß krasses Fehlverhalten gegenüber einem Partner in der Regel eine Erziehungseignung ausschließe, dann ist ersichtlich, daß man es mit einem Musterbeispiel juristischer Spekulationen ohne jede sozialwissenschaftliche Fundierung zu tun hat. Die grundlegende Einsicht<sup>59</sup>, daß jeder der beiden Elternteile seine Kinder lieben und erziehungsgerecht sein kann, daß aber die Eltern untereinander dennoch zu keiner erträglichen Form des Zusammenlebens mehr finden und unter Umständen sogar explosive Situationen zwischen ihnen entstehen können, geht dem 1. Senat offenbar ab. Der Versuch, eine Konkordanz von Elternbedürfnis und Kindeswohl festzuschreiben, ist eine überwunden geglaubte Naivität. Die Möglichkeit des Auszugs einer Ehefrau aus einer Ehwohnung wegen der völligen Zerrüttung der ehelichen Beziehung ist nicht einmal als theoretischer Fall genannt. Die Bemerkungen zur Wahrung der Kontinuität des kindlichen Lebenskreises gehen daran vorbei, daß bei einem bestimmten Maß ehelicher Auseinandersetzungen diese Kontinuität *cura posterior* werden kann. Das Gericht verfehlt den auch für eine verfassungsgerichtliche Entscheidung notwendigen Minimalbestand an gesellschaftlichem Wissen so eklatant, daß man nachträglich trotz aller Einwände die Kompetenz des BGH wesentlich höher einzustufen bereit ist.

Die »ehebeeinträchtigenden Anreize« des § 1579 Abs. 2 BGB, die das BVerfG mit dem BGH durch die Verknüpfung von Sorgerechtsregelung und Ehegattenunterhalt ausschalten oder mindern will, sind gleichfalls nicht durchdacht. Zunächst einmal ist ein möglicher Ehegattenunterhalt für die nicht erwerbstätigen Ehefrauen mit Kindern überhaupt die Basis für einen Haushalt von Frau und Kindern und damit für deren Motivbildung in jedem Fall von Belang. Das wird auch durch die Vorschaltung einer Sorgerechtsentscheidung nicht anders. Durch sie wird zusätzlich nur eine (u. U. dramatische) Zwangslage für diejenigen begründet, die mangels

<sup>59</sup> Aus der neueren scheidungssoziologischen Literatur besonders pointiert dazu Gittleman-Markowitz, *The Courage of Divorce*, New York 1974, S. 79 ff., 90 ff.; vgl. ferner Lempp, *Die Ehescheidung und das Kind*, 1976.

Einkommen nur in der ehelichen Wohnung getrennt leben können und gleichzeitig gerichtliche Schritte tun müssen.

Der Leser wird sich bei all dem wundern, warum das BVerfG zuerst eine bestimmte Auslegung des § 1579 Abs. 2 BGB (nämlich die des BGH) als verfassungsrechtlich geboten<sup>60</sup> bezeichnet und anschließend diese Norm für verfassungswidrig erklärt. So wenig dies methodische Stringenz ausweist, so sicher ist doch, daß durch diese Auslegung der Gesetzgeber für die vorzulegende neue Lösung gebunden werden sollte. Die alte Fassung des § 1579 Abs. 2 BGB soll wegen möglicher unverhältnismäßiger Ergebnisse nämlich verfassungswidrig sein, die auch bei der Auslegung des BGH und einer Heranziehung des § 242 BGB nicht zu vermeiden seien. Auch der Reduzierung des Unterhaltsanspruchs (etwa auf den notdürftigen Unterhalt) stehe der eindeutige Wortlaut entgegen. Das alles wird nicht weiter begründet. Verfassungswidrig soll jedenfalls eine »unverhältnismäßige Belastung des einen Ehegatten zugunsten des anderen« sein. Eine Konkretisierung auf bestimmte Sachverhalte oder Sachverhaltsgruppen oder die Vorlagefälle fehlt gänzlich. Dem Gesetzgeber wird es anheimgegeben, durch Umgestaltung des § 1579 Abs. 2 BGB oder durch eine ergänzende Regelung solche »unverhältnismäßigen Belastungen« zu verhindern. Ein wahrhaft sibyllinisches Diktum!

Der Gesetzgeber hat danach die Unterhaltsregelung mit der Sorgerechtsregelung nach dem Vorbild des BGH zu verknüpfen<sup>61</sup>. Was ansonsten zu ändern ist, konnte das BVerfG – wenigstens das eine weise Selbstbeschränkung – mangels hinreichender Analyse des Konfliktpotentials und der vorliegenden Rechtsprechung nicht sagen. Offenbar soll aber die neue Gesetzeslösung in den Vorlagefällen zur besseren Abwehr von betreuungsbedingtem Ehegattenunterhalt beitragen können. Im Tenor der Entscheidung wird dies nebulös auf »besonders gelagerte Härtefälle« bezogen<sup>61</sup>. Ob eine Korrektur des § 1579 Abs. 2 BGB in dem Fall des AG Darmstadt (im Hinblick auf geschäftsschädigende Aktivitäten der Ehefrau) überhaupt relevant war oder ob sich das möglicherweise unerwünschte Ergebnis schon durch eine Unterhaltskürzung in dem Maße, als der Ehemann Einkommensverluste erlitten hatte, vermeiden läßt, das ist nicht einen Augenblick erwogen. Der mangelnde Respekt vor dem demokratischen Gesetzgeber läßt sich nicht deutlicher zeigen als an einem so drastischen Sorgfaltsmangel wie dem, daß ein eventuell gewünschtes anderes Ergebnis im Fall des AG Darmstadt auch ohne Nichtigerklärung der angegriffenen Norm unschwer mittels einer anderen Norm, nämlich des die Bedürftigkeit betreffenden § 1577 BGB, hätte erreicht werden können. Das AG Pinneberg und das AG Darmstadt können nunmehr aufgrund der Nichtigerklärung des § 1579 Abs. 2 BGB den klagenden Ehefrauen trotz ihrer Kinderbetreuung den Ehegattenunterhalt versagen, weil der Gesetzgeber einen Reparaturauftrag mit ungefährender Richtungsangabe (»für besonders gelagerte Härtefälle«) erhalten hat. Die Richtungsangabe verweist auf die Anträge der CDU/CSU-Vertreter im Gesetzgebungsverfahren, die bei »besonders schwerwiegenden Gründen« eine Unterhaltsverwirkung wollten. Sollten die von der SPD und FDP benannten Richter vordem eine der parlamentarischen Willensbildung ihrer Parteien entsprechende Meinung vertreten haben, so haben sie sie offenbar an der Garderobe des BVerfG abgegeben.

60 Nicht völlig eindeutig ist, ob das BVerfG den Ehegattenunterhalt bei fehlendem Konsens der Eltern stets an eine gerichtliche Sorgerechtsentscheidung bindet oder nur in dem bisher allein vom BGH in dieser Weise entschiedenen Fall des Zusammenlebens mit einem neuen Partner und ob das BVerfG mit dem BGH dem verlassenen Ehegatten im Falle des Fehlens einer Sorgerechtsentscheidung jedenfalls dann die Zahlung von Unterhalt aufzugeben erlaubt, wenn er zur Betreuung der Kinder nicht bereit oder nicht in der Lage ist. Der Urteilstext enthält dazu keinen Hinweis.

61 Jedenfalls darf seine Formulierung einer entsprechenden Auslegung nicht entgegenstehen.

62 Siehe die Urteilsformel unter II (abgedruckt in FamRZ 1981, 745).

## 1. Die Konzeption des Ehegattenunterhaltsrechts

Die Neuregelung des Ehegattenunterhalts in den §§ 1361, 1369 ff. BGB ist ein widersprüchliches Übergangsrecht. Auf der einen Seite setzt es auf die ökonomische Selbstbehauptung der Frau. Eine Generalklausel zugunsten des bedürftigen Ehegatten fehlt<sup>63</sup>. Damit wird der ökonomischen Realität der Durchschnittsverdienerfamilien Rechnung getragen, in denen das Arbeitseinkommen eines Verdieners seit je nicht für die Finanzierung zweier Haushalte (gar jeweils mit Kindern) ausreichte und, wo überhaupt möglich, ein Zwang zur (Wieder-)Eingliederung in das Erwerbsleben für beide Partner bestand. Die Verallgemeinerung auch für Familien mit höherem Einkommen hat die Defizite stärker ins öffentliche Bewußtsein treten lassen, die sich wechselseitig für Kinderaufziehen und Hausarbeit einerseits, die Erwerbstätigkeit (vor allem der Frauen) andererseits ergeben. Demgegenüber sollen die Unterhaltstatbestände bei kinderbetreuungs- (§ 1370), alters- (§ 1371), krankheits- (§ 1372), arbeitsmarkt- (§ 1373), ausbildungs- oder fortbildungsbedingter (§ 1375) sowie härtebedingter (§ 1376) Erwerbslosigkeit eines geschiedenen Ehegatten vor allem den Frauen den Ausgleich nicht nur ehebedingter (wie in den §§ 1370, 1375), sondern vor allem auch schicksalsbedingter Fortkommensrisiken sichern, so daß die Ehe jedenfalls bei einem für zwei Haushalte annähernd ausreichenden Einkommen eines Ehegatten ihre Rolle als privates Versorgungsinstitut noch nicht ausgespielt hat. Dieser Widerspruch läßt konträren Auslegungstendenzen Raum: Weder die Verknüpfung der Tatbestände zu einem Netz privater Alimentation ist von vornherein ausgeschlossen noch die Zumutung einer für das Aufziehen der Kinder oder den ehelichen Zusammenhalt bedrohlichen Erwerbstätigkeit<sup>64</sup>.

Die Neuregelung entspricht dem politischen Kompromiß zwischen den sozialliberalen Kräften, nach deren Diskussionsentwurf ursprünglich jeder Ehegatte grundsätzlich selbst für seinen Unterhalt sorgen sollte, und der CDU/CSU, zum Teil auch den Kirchen, die den Zerfall des rechtlichen Leitbilds der Hausfrauenehe mit dem Unterhaltsanspruch der schuldlos geschiedenen Ehefrau aufzuhalten bzw. zu mildern versuchten. Barg die unterhaltsbeschränkende Position unüberbrückbare Härten für die unter ganz anderen Erwartungen geschlossene Masse der älteren Ehen, so leugnete die Gegenposition die ökonomische Realität eines Großteils der geschiedenen Frauen, die selbst beträchtliche Kinderbetreuungsaufgaben unter dem Zwang zur Erwerbstätigkeit hintan setzen müssen und vom Leitbild der Hausfrauenehe lange genug betrogen worden sind. Der rechtliche Kompromiß seinerseits wird die Verhaltenserwartungen für die künftigen Ehen kaum stabilisieren können. Daß – dem aus der Arbeiterbewegung<sup>65</sup> hervorgegangenen Gedanken entsprechend – die ökonomische Unabhängigkeit der Frau vom Mann die grundlegende Perspektive langfristiger Entwicklung bleibt, mag für die Gestaltung neuer Ehen an Gewicht gewinnen. Ein entsprechendes Leitbild von Berufstätigenehe auch nur unterhaltsrechtlich festzuschreiben, kann jedoch nicht die Konsequenz sein, solange Arbeitsplatzdefizite in der Krise vor allem zu Lasten der Frauen gehen, das

63 Die positive Härteklausel des § 1376 ersetzt sie bei ihrer bisherigen Auslegung nicht (s. dazu z. B. OLG Düsseldorf FamRZ 1982, 16).

64 Für die nach altem Eherecht geschiedenen Ehen bleibt es ohnehin bei dessen Geltung (Art. 12 Nr. 3 Abs. 2 des 1. EheRG).

65 Siehe insbesondere Clara Zetkin, Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung Deutschlands, Ostberlin 1978 (Erstveröffentlichung 1905).

Arbeitsplatzangebot für Frauen ohnehin unzulänglich ist, insbesondere eine dem Kinderaufziehen gerecht werdende Teilzeitarbeit am ungebundenen Kalkül privater Wirtschaft scheitert, die Frauen als konjunktureller arbeitsmarktpolitischer Puffer willkommen sind und das im Konfliktfall relevante Netz sozialer Sicherung nicht genügend Hilfen für eine befriedigende berufliche und soziale Eingliederung der Frauen hergibt. Der Versorgungsausgleich, der durch Teilung der Anwartschaften einen Verweis auf das sekundäre Verteilungssystem der Sozialversicherung enthält, ist nur für einzelne Risiken und bei hinreichenden Aufstockungsressourcen und -zeiten eine spürbare Entlastung. In diese gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ist daher auch die begrenzte nacheheliche ökonomische Solidarität der Ehepartner als Teil des Übergangsrechts einzuordnen.

Ein vorwärtstreibendes Element in diesem Übergangsrecht ist die Beseitigung des Verschuldensprinzips, die in § 1579 BGB ihren konsequenten Abschluß finden sollte. Das Verschuldensprinzip stellte insbesondere die eheliche Treue der nicht-erwerbstätigen Ehefrau in ein Tauschverhältnis zur nachehelichen Versorgung. Von der ehelichen Treue des erwerbstätigen Mannes, unter patriarchalischen Rahmenbedingungen ohnehin geringer gewertet als die der Frau, hing demgegenüber nicht seine Versorgung ab, da er allenfalls eine Schmälerung seines Einkommens durch die Unterhaltslast im Falle einer von seiner Frau betriebenen Scheidung hinzunehmen hatte<sup>66</sup>. Eine Scheidung kann jedoch bekanntlich auch die treue nicht-erwerbstätige Frau, soweit das Einkommen des Ehemanns für zwei Haushalte nicht ausreicht, nicht ohne Inkaufnahme erheblicher ökonomischer Schlechterstellung betreiben. Das Verschuldensprinzip war somit eine wirksame *Kandare vor allem für die Frauen*.

Das ist auch in den Verlautbarungen bürgerlicher Formationen der Frauenbewegung deutlich greifbar. So hat etwa der Deutsche Juristinnenbund<sup>67</sup> im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht konsequent die Auffassung vertreten, es sei verfassungsrechtlich geboten, die unterhaltsrechtlichen Beziehungen getrenntlebender und geschiedener Ehegatten unabhängig von Trennungs- bzw. Zerrüttungsver schulden zu gestalten. Auch daß die Gewährleistung der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder getrenntlebender oder geschiedener Eheleute gegenüber dem durch die negative Härteklausele des § 1579 Abs. 1 BGB geschützten Ehegatten gem. § 1579 Abs. 2 BGB den Vorrang hatte, hielt der Juristinnenbund für verfassungsrechtlich notwendig<sup>68</sup>. Vor allem aber verwiesen die Juristinnen darauf, daß ein Ehemann auch nach jahrelanger Ehe seine Ehefrau ohne Verlust der Existenzgrundlage verlassen kann, die nicht-erwerbstätige Ehefrau aber umgekehrt nicht ihren Ehemann<sup>69</sup>. Zu ihren Gunsten betonten sie auch die unter Umständen beträchtliche und langwährende Lebensleistung durch Erziehung von Kindern und Versorgung des Mannes.

66 Nach § 58 Abs. 2 EheG schuldete die allein oder überwiegend schuldig geschiedene Frau zwar auch ihrem geschiedenen Ehemann angemessenen Unterhalt, was jedoch wegen der geschlechtsrollenspezifischen Erwerbstätigkeitsobliegenheit des Mannes kaum jemals praktisch wurde. Zur historischen Funktion des Verschuldensprinzips beim Scheidungsunterhalt s. Heinsohn-Knieper, *Theorie des Familienrechts*, 1974, S. 131 ff.

67 Stellungnahme durch die 1. Vorsitzende Lore Maria Peschel-Gutzeit in der mündlichen Verhandlung vom 26. Mai 1981, unveröffentlichtes Manuskript.

68 Im Falle der Mitnahme der Kinder durch die Ehefrau allerdings forderten die Juristinnen im Anschluß an den BGH für den Ehegattenunterhaltsanspruch ebenfalls eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten der Ehefrau, ohne auf die Schwierigkeiten gerichtlicher Schritte unter den Ehegatten bei Beibehaltung der bisherigen Familienwohnung einzugehen.

69 Peschel-Gutzeit 1. a. O. S. 6. Daneben finden sich z. T. allerdings sehr defensive Ausführungen über Frauen, die sich nicht „anständig“ verhalten haben, obwohl die Vorlagefälle nach Beseitigung des Verschuldensprinzips dazu wenig Anlaß boten. Vielleicht waren hier Reste weiblicher Selbstdiskriminierung wirksam.

## 2. Zur sozialen Situation der geschiedenen Frau

Auch die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes kann freilich nicht als Politik der Betroffenen gewertet werden, zumal es an einer genauen Aufarbeitung der Situation der geschiedenen und getrenntlebenden Frauen darin fehlte. Reiche Forschungsergebnisse liegen für die Bundesrepublik dazu allerdings noch nicht vor. Zur speziellen Situation der getrennt oder in einem Ehekonflikt lebenden Frauen gilt dies noch in besonderem Maße. Dieses Defizit fällt auch umso mehr ins Gewicht, als bei statistischer Hochrechnung 22,5% der 1970 geschlossenen Ehen und fast ein Viertel der 1976 geschlossenen Ehen durch Scheidung enden werden<sup>70</sup>. Die Scheidungssoziologie in der Bundesrepublik Deutschland kann sich heute abgesehen von der amtlichen Statistik vor allem auf einen Tabellenband<sup>71</sup> stützen, der eine Befragung geschiedener Frauen zur Grundlage hatte und damit vorzüglich geeignet ist, den Einstellungswandel und die Problemverarbeitung durch die vom Verschuldensprinzip betroffenen Ehefrauen deutlich zu machen<sup>72</sup>.

61% der befragten Frauen glaubten, daß es Fälle gibt, in denen eine Ehe zerrütet ist, ohne daß die Ehepartner persönlich daran schuld sind<sup>73</sup>. Wenn die Betroffenen zum größten Teil trotz ihrer weitgehend sicher sehr leidvollen Erfahrungen eine solch souveräne Verarbeitung der Zerrüttungsursachen zeigen, dann müßte dies auch doch der Justiz wenigstens ansatzweise gelingen.

63% der geschiedenen Frauen haben bei einer früheren Ehekrise schon einmal an Scheidung gedacht, wobei 40% dieser Krisen in den ersten beiden Ehejahren lagen<sup>74</sup>. Weithin sind wohl die Gründe für so frühe Krisen in der fortschreitenden Verschränkung der ökonomischen und sozialen Interessen durch Existenzaufbau und Kinder zurückgedrängt und weniger bedeutsam geworden, ohne gänzlich in Wegfall geraten zu sein. Drei Viertel der Frauen gaben an, als erste zur Scheidung entschlossen gewesen zu sein. In einem Drittel der Fälle kam es vor der endgültigen Krise ein- oder mehrmals pro Woche zu Auseinandersetzungen. Noch häufiger als unterschiedliche Ansichten über eheliche Treue des Mannes und der Frau (41%) wurde die Einstellung zum Geld und der Art, damit umzugehen (44%), als Konfliktgrund genannt; aber auch Alkoholismus und andere Konsumprobleme (für ein Drittel der Ehen), körperliche Gewalt und Aggression (bis in den sexuellen Bereich) und andere Formen der Freiheitseinschränkung wurden in erheblichem Umfang genannt. Drei von zehn Frauen, die länger als 15 Jahre verheiratet waren, wurden geschlagen, was die hohe geschlechtsspezifische Frustrationstoleranz der Frauen unterstreicht<sup>75</sup>. Insgesamt ist es danach plausibel, daß für die Mehrheit der geschiedenen Frauen der Zusammenbruch der Ehe nicht unerwartet kam. Diese

70 Höhn, *Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft* 1980, 360.

71 Forschungsinstitut für Soziologie der Universität Köln und Arbeitskreis für Rechtssoziologie e. V., Hannover (Hrsg.), *Die Situation der geschiedenen Frau in der Bundesrepublik Deutschland, 1975*, erstellt von Renate Künzel. Zum ungleich weiter entwickelten Forschungsstand der USA s. vor allem Carter-Glick, *Marriage and Divorce: a Social and Economic Study*, Cambridge/Mass., 1970, S. 310 ff.

72 Die Auswertung der Untersuchungsergebnisse von Barbara Waller-Döhner, Annegret Kulms und Ruth Höh findet sich bei Kühn-Tourneau (Hrsg.), *Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit?*, 1980, S. 81 ff.

73 Waller-Döhner-Kulms-Höh in: Kühn-Tourneau 2. a. O. S. 83. Zur Erklärung des Ehezusammenbruchs s. Hart, *When Marriage Ends*, London 1976, insbes. S. 58 ff. Zu den Wirkungen eines verschuldens-unabhängigen Scheidungsrechts und dem Einfluß der Geschlechterrollen auf das Scheidungsverhalten s. auch Gunter-Johnson, *Journal of Marriage and the Family* 1978, 571.

74 Siehe dazu und zu den weiteren Angaben Waller-Döhner-Kulms-Höh 2. a. O. S. 87 f. Zu den Scheidungsgründen in den USA s. etwa Udry, *The Social Context of Marriage*, 3. Aufl. Philadelphia 1974, S. 390 ff.

75 Siehe dazu den 2. Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/3562 S. 39. Zur alltäglichen Gewalt gegen Frauen s. jetzt Frauenhaus Köln, *Nachrichten aus dem Ghetto Liebe*, 1980.

Angaben müssen die richterliche Rede vom »spontanen Ausbruch« der Ehefrauen als parteinehmende Unterstellung<sup>76</sup>, die Rede von der »durchschnittlichen Ehe« als dem zu ertragenden Schutzgut als gleichgültige Ausblendung erscheinen lassen. Eine Rechtsvermutung gar, daß Ehegatten im Zweifel aus einer durchschnittlichen Ehe mutwillig ausgebrochen sind, müßte sich als normatives Konstrukt realitätsleugnender Juristen entlarven.

Nur rund ein Drittel der Frauen (31%) hat nach der Befragung schon vor der Scheidungsklage von dem Ehemann getrennt gelebt, ein weiteres Fünftel hat sich während des Prozesses räumlich getrennt<sup>77</sup>. Damit ist einmal belegt, daß die räumliche Trennung zwar ein Indikator für den Entschluß zur Ehescheidung, jedoch nicht für die Zerrüttung ist<sup>78</sup>. Umgekehrt dürften hieraus auch die Schwierigkeiten einer beträchtlichen Zahl von Ehefrauen bei gerichtlichen Kontroversen während des Zusammenlebens bestätigt sein. Nicht zuletzt deswegen erfolgt bei einem relevanten Teil schon während des Scheidungsverfahrens und damit vor der endgültigen Klärung der verschiedenen Regelungspunkte bereits eine Trennung mit all ihren präjudizierenden Weichenstellungen in punkto Wohnung, Kinderbetreuung und Finanzierung.

Mit der ökonomischen Abhängigkeit der nicht erwerbstätigen Ehefrauen geht meist eine psychisch-kommunikative einher. So hatte auch die Hälfte der befragten geschiedenen Ehefrauen während der Ehe nie etwas ohne den Ehemann unternommen und nur ein Fünftel ein- oder mehrmals pro Jahr<sup>79</sup>. Auch die Abhängigkeit in den sozialen Beziehungen macht darum verständlich, warum schwer erträgliche oder fast vollständig entleerte Ehen, empty shells<sup>80</sup>, über Jahre hinweg aufrecht erhalten werden. Nimmt man hinzu, daß in der Regel der Mann allein oder ganz überwiegend für das Familieneinkommen sorgt<sup>81</sup> und daß 64% der Befragten vor ihrer Heirat nie selbständig gelebt hatten<sup>82</sup>, dann wird begreiflich, daß aus ökonomischen und sozialen Gründen die Herauslösung einer Frau aus einer zerrütteten Ehe oft nur mittels eines halt gebenden anderen Partners gelingt. Die befragten Ehefrauen erklärten zwar nur zu 4%, daß sie »jemand anderes hatten«<sup>83</sup>. Diese Aussage wird jedoch dadurch relativiert, daß wohl nur ganz feste Bindungen mit einem anderen Partner gemeint waren und daß das traditionelle Leitbild der lebenslänglichen Ehe noch sehr stark nachwirkte<sup>84</sup>. Da 35% der befragten geschiedenen Ehefrauen ihren späteren festen Freund oder Ehemann schon vor ihrer Scheidung gekannt hatten, von den bis zu 34 Jahre alten sogar 41%<sup>85</sup>, ist anzunehmen, daß die Scheidungsprobleme wohl auch zu einem guten Teil mit diesem Partner bewältigt worden sind und der Lösungsprozeß mit dem Prozeß der Annäherung an den späteren Partner mehr oder weniger synchron einhergegangen ist<sup>86</sup>. Die in der Rechtsprechung zum Teil

76 Die implizite Verharmlosung männlicher Aggression bei der »Verweisung« der Ehefrau aus der Ehwohnung (OLG Zweibrücken FamRZ 1980, 246) erscheint danach vollends unerträglich.

77 Waller-Döhner-Kulms-Höh a. a. O. S. 77.

78 So die Folgerung von Waller-Döhner-Kulms-Höh a. a. O. S. 89.

79 A. a. O. S. 90. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß die Hausfrauenquote bei der Befragtengruppe (1/3) unter der Hausfrauenquote bei der Gesamtheit der Frauen lag.

80 So unter Bezug auf Goode Waller-Döhner-Kulms-Höh a. a. O.

81 Globale Zahlen sagen wenig aus. Brandwein-Brown-Fox, Journal of Marriage and the Family 1974, 500 kommen für die USA 1970 auf 27% Anteil der Frauen am Familieneinkommen. Siehe ferner Carter-Glick a. a. O. S. 210 ff.

82 Siehe Künzel a. a. O. (Fn. 71) S. 6.

83 Künzel a. a. O. S. 14. Die Parallelangabe zu den Männern ging bei der Gruppe der befragten Frauen dahin, daß sie zu 15% jemand anderes hatten.

84 So auch Waller-Döhner-Kulms-Höh a. a. O. S. 84 f.; Limbach NJW 1980, 873 f.

85 Künzel a. a. O.

86 Der Korrelation, wieviele von den 44% der befragten Frauen, die ihre Scheidung als Befreiung

artikulierten Unwerturteile gegenüber »ausgebrochenen« Frauen betreffen somit einen ganz wesentlichen Teil der weiblichen Bevölkerung, über die der Stab ohne jede Vertiefung in ihre ökonomischen und sozialen Verhältnisse gebrochen worden ist. Von daher läßt sich erst die Relevanz der Wiedereinführung einer Verschuldensprüfung für die Frauen dimensionieren.

### 3. Muster des Trennungsverhaltens

Es ist möglich, daß die Rechtsprechung bestimmte Standards für das Trennungsverhalten festschreiben und damit neue soziale Verhaltensmuster für die scheidungs-freundlichere Periode seit 1977 fixieren will. In der Tat fehlt es weithin an solchen Mustern, so hinsichtlich der Offenheit der Partner zueinander, auch hinsichtlich verletzender innerer und äußerer Vorgänge, oder hinsichtlich des Verständnisses für tiefer liegende Verhaltensdefekte oder Artikulationsschwierigkeiten des anderen Teils. Kommunikationstheorie wie Familientherapie liefern hier keineswegs verallgemeinerbare Rezepte. So ermöglicht etwa die Typologie familiärer Charakterneu-rosen, mit der H. E. Richter eine breite Öffentlichkeit befaßt hat<sup>87</sup>, Ansätze von Verständnis für Kommunikationsstörungen und den Abbau gewöhnlicher Verschuldenstereotype. Die auch von Richter betonten<sup>88</sup> restriktiven äußeren Bedingungen familientherapeutischer Verfahren und die bisher eher fragmentarischen Forschungsergebnisse schließen indessen eine judizielle Umsetzung in Verhaltensmuster bei den einzelnen Scheidungsfällen völlig aus. Dennoch entwickelt hier die Justiz offenbar partiell Ambitionen insbesondere hinsichtlich der Steuerung eheerhaltender Bemühungen und des Trennungsverhaltens. Wenn das BVerfG von einem Ehepartner eheerhaltende Bemühungen »beim Auftreten ehelicher Schwierigkeiten« erwartet, dann ist dies gewiß nur in der höheren Sphäre abstrakter Lebensweisen richtig. Ein bestimmtes Maß etwa an psychischen Verletzungen und Mißachtungen aushalten zu müssen, das kann kein Gericht vertretbarerweise für einen Ehegatten bei Strafe des Unterhaltsverlusts anordnen, da eine hinreichende Rekonstruktion des Eheablaufs und der Entwicklung ehelicher Kommunikationsstörungen im Scheidungsverfahren ausgeschlossen ist. Wenn stattdessen grösste Symptome herausgegriffen werden, z. B. langwährendes Schweigen der Ehegatten, das Fehlen sexueller Kontakte bei jüngeren Ehepartnern, verbale und physische Aggressionen, dann zeigt dies die Hilflosigkeit eines entsprechenden Steuerungsversuchs. So mag nachhaltige Wortkargheit eines Partners ebenso Ausdruck tiefer Gleichgültigkeit wie einer seit je geringen verbalen Artikulationsfähigkeit (bei evtl. durchaus vorhandener Zuwendung, etwa durch handwerkliche Tätigkeit) sein. So kann die Verringerung sexueller Kontakte durchaus auch auf der Erkenntnis geringerer sexueller Bedürfnisse des anderen Teils, also einer gewissen Sensibilisierung beruhen. Selbst physische Aggressionen können Symptome einer mißbrauchten Unterlegenheit des Angreifers auf anderen Gebieten sein. Auch die in der Rechtsprechung gelegentlich erkennbare soziale Norm, bei relativ kurzer Ehe müsse es ein Ehegatte auf jeden Fall erst einmal länger versuchen, ist äußerst problematisch. Den leichtfertigen Umgang mit der Ehe

empfundene haben (gegenüber 17%, die sie als Katastrophe erlebten), eine Dauerpartnerschaft mit einem vorher bekannten Partner begründet haben, sollten künftig Untersuchungen nachgehen, um eine genauere Analyse des Trennungsprozesses zu ermöglichen. Zur Diskussion der befreienden Elemente der Scheidung s. auch Gettleman-Markowicz (Fn. 59).

<sup>87</sup> Siehe auch H. E. Richter, *Patient Familie*, 1970. Siehe ferner etwa Zuk, *Familientherapie*, 1975; Buckley-McCarthy-Norman-Quaranta, *New Directions in Family Therapy*, New York 1977; Dierking (Hrsg.), *Analytische Familientherapie und Gesellschaft*, 1980.

<sup>88</sup> A. a. O. S. 219 ff.

als Institut hat der Gesetzgeber durch die Gewährung des Getrenntlebensunterhalts und die Versagung des Geschiedenenunterhalts bei kurzer Ehedauer<sup>89</sup> zu verhindern versucht. Nunmehr eine zusätzliche an Zumutbarkeitskriterien angeknüpfte Norm für die Unterhaltsversagung während der Ehe zu schaffen, hieße, vor allem junge Ehen und unerfahrene Partner einem für sie besonders inadäquaten Verschuldenstest zu unterwerfen und ihnen gar unter Umständen die weitere Verstrickung in nicht ohne weiteres zu bearbeitende Kommunikationsstörungen zuzumuten. Die richterliche Überprüfung des Trennungsentchlusses einer Ehefrau darauf, ob sie das zumutbare Maß an eheerhaltenden Bemühungen nachweisen kann, und ihre Sanktionierung durch Entzug der unterhaltsrechtlichen Existenzgrundlage müßten darum insgesamt ein symptombefangenes fiktionales Monstrum sein.

Bescheidener wäre schon die Präskription eines bestimmten Trennungsverhaltens etwa dahin, daß eine Frau nicht unmittelbar oder gar ohne jede Vorbereitung ihres Ehegatten zu einem anderen Partner zieht und die Kinder mitnimmt, oder dahin, daß sie eine gewisse Trennungskarenzzeit ohne neuen Partner zum Überdenken ihrer Situation in der bisherigen oder einer neuen Wohnung wahr, oder dahin, daß sie das Selbstbewußtsein ihres Ehegatten durch schonende und sensible Eröffnungen nicht untergräbt. Hierin könnten gewiß zivilisatorische Standards<sup>90</sup> stecken, deren Verallgemeinerung wünschenswert wäre. Sie mit der Sanktion des Verlusts der unterhaltsrechtlichen Existenzgrundlage durchzusetzen, kommt jedoch ebenfalls nicht in Betracht. Einmal ist das Trennungsgeschehen meist nur ein winziger Ausschnitt des ehelichen Kommunikationsprozesses und kann deshalb nicht einfach für sich gesehen und gewertet werden. Zum anderen können Maßstäbe für das Trennungsverhalten – abgesehen vielleicht von wenigen Verhaltensweisen, die bei jeder Art von Vorgeschichte aus dem Rahmen ertragbarer Beschädigungen herausfallen – nicht ohne Berücksichtigung des vorhergegangenen oder zu erwartenden ehelichen Geschehens gewonnen werden. Vor allem ist die bedenkenlose Übertragung schichtspezifischer Standards auf sämtliche Ehen zu vermeiden. Hinter dem Verdikt »unanständiges Verhalten« einer Frau – nach dem Begriff des Deutschen Juristinnenbundes – kann sich die – verständnislose – Projektion von Mittelschichtstandards<sup>91</sup> auf eheliche Situationen verbergen, deren ökonomische Beengtheit ganz andere Verhaltensstandards als adäquat erscheinen läßt. Umgekehrt kann aus dem Horizont einer klassischen bürgerlichen Familie<sup>92</sup> eine besondere Verständnisinnigkeit für mangelnde Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Frau außerhalb des Hauses fließen. Ein allgemeines schichtübergreifendes Steuerungsziel zur Erreichung einer bestimmten Trennungssozialisation muß somit ebenfalls ausscheiden.

#### 4. Die Alternativen der rechtlichen Behandlung

Nach all dem erfordert die rechtliche Behandlung der Unterhalt fordernden Ehefrauen doch einen radikaleren Umbruch, als es sich die Rechtsprechung vorgestellt hat. Es ist nicht nur die Tilgung patriarchalischer Grundmuster über das notwendig, was eine Ehefrau zu tun und zu lassen hat, und die mit einer

<sup>89</sup> Durch § 1579 Abs. 1 Nr. 1 BGB und seinen Ausschluß aus der Verweisung des § 1361 Abs. 3 BGB.

<sup>90</sup> Zu den säkularen historischen Wandlungen zivilisatorischer Standards zwischen Mann und Frau s. Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation*, Bd. 1 (1978), S. 230 ff.

<sup>91</sup> Siehe dazu für die elterliche Sorge Münder, *Familien- und Jugendrecht*, 1980, 102.

<sup>92</sup> Siehe dazu etwa Weber-Kellermann, *Die deutsche Familie*, 1974, S. 102 ff. Zur Persönlichkeitsentfaltung in der bürgerlichen Familie Eli Zaretsky, *Die Zukunft der Familie*, 1978, S. 36 ff.

formell-egalitären Elternteile leicht auszumessen sind, da, was dem Ehemann an Entfaltungsmöglichkeiten, an Sozialkontakten, an Abwesenheiten, an Mißgriffen und Belastungen zugute gehalten oder vorgeworfen wird, auch die Erwartung an die Ehefrau bestimmen muß. Vielmehr ist darüber hinaus die Verschuldensprüfung nach der Konzeption des historischen Gesetzgebers konsequent zurückzudrängen. Die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG vermag dies bisher nicht zu leisten. Die Formel vom »schwerwiegenden, klar bei einem Ehegatten liegenden evidenten Fehlverhalten« zur Auslegung des § 1579 Abs. 1 Nr. 4 BGB führt in immer weitere Eheerkundungen hinein, da das »schwere Gewicht« nur unter Einbeziehung des gesamten Eheverlaufs beurteilt werden kann. Der wirkliche Eheverlauf aber ist im Hinblick auf die fragmentarischen Erkenntnisse über Ursachen und Erscheinungen ehelicher Kommunikationsstörungen und die äußerst dürftigen Beweismöglichkeiten im Scheidungs- und Unterhaltsverfahren kaum jemals zu ergründen. Das faßbarste Ereignis, die Begründung und Aufrechterhaltung einer eheähnlichen Beziehung zu einem anderen Partner, kann sowohl Ursache wie Folge einer Zerrüttung sein. Sie kann demgemäß nicht ausreichen, eine grobe Unbilligkeit von Unterhaltszahlungen anzunehmen oder auch nur dem involvierten Ehegatten die Rechtfertigungslast aufzuerlegen. Dabei sind Differenzierungen zwischen Getrenntlebens- und Geschiedenenunterhalt grundsätzlich unangebracht, da die bloße Versagung von Getrenntlebensunterhalt scheidungsfördernd wirken müßte und das Urteil über das Verhalten eines Partners nicht entscheidend von dem formellen Akt einer Scheidungsklage oder der Scheidung abhängig sein kann. Eine Verwirkung des Ehegattenunterhalts läßt sich auch nicht auf das Mitfinanzierungsargument stützen. Die Alimentation des neuen Partners durch den verlassenen Ehemann läßt sich bei der Ermittlung der Bedürftigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach § 1577 BGB durch die Anrechnung entsprechender Eigenleistungen des neuen Partners vermeiden, sei es, daß diese Leistungen erbracht werden, sei es, daß billigerweise zu erwartende Leistungen errechnet werden, um eine Mitfinanzierung auszuschließen. Die unterlassene Heirat kann ebenso wie unter der Geltung des § 66 EheG nur dann zu einem anderen Ergebnis führen, wenn hinter diesem Verhalten ausschließlich ein Unterhaltsmotiv steht<sup>93</sup>, während die bei solchen Entscheidungen üblichen Ursachenbündel einer Verwirkung entgegenstehen. Die Rechtsprechung zu § 1579 Abs. 1 BGB sollte auch keine Trennungsrituale, Karenzzeiten, Zwischenlösungen mit väterlichen Freunden etc. induzieren, die bei gestörter Kommunikation ohnehin Unehrlichkeiten und Detektivarbeit heraufbeschwören würden. Nur wenn die Verschuldensprüfung in dieser Weise aus der Anwendung des § 1579 Abs. 1 BGB herausgenommen wird, wird man auch die sonst unvermeidlichen Abwägungen zwischen Fehlverhalten eines Ehegatten und seiner bisherigen Lebensleistung vermeiden können<sup>94</sup>.

Das besondere Gewicht, das die Gewährleistung der Kinderbetreuung verdient, ist auch bei der Novellierung des § 1579 Abs. 2 BGB so weit wie möglich zu beachten. Die nach dem BVerfG-Urteil nicht mehr vermeidbare Verknüpfung des Ehegattenunterhalts mit der Sorgerechtsregelung sollte so ausgestaltet sein, daß die Schwierigkeiten gerichtlicher Schritte während des Zusammenlebens in der bisherigen Ehwohnung nicht ignoriert werden. Der Gesetzgeber muß das Dilemma<sup>95</sup> zur

93 So schon die Rechtsprechung zu § 66 EheG, s. o. Fn. 46.

94 In der Rechtsprechung fehlen bisher allerdings solche Abwägungen, wo eine Verschuldensprüfung stattfindet.

95 Zu dem Gesamtdilemma der eine Scheidung anstrebenden Frauen s. insbes. Angela Reed, *The Woman on the Verge of Divorce*, London 1970.

Kenntnis nehmen, in dem eine Frau steht, die entweder nur – angeblich wegen Verstoßes gegen das Elternrecht des anderen »rechtswidrig« – ihre Kinder mit sich nehmen kann, oder sie – unter Verstoß gegen ihre Elternpflicht – zurückläßt. Wenn eine Ehefrau sich gegen ihren Ehemann nicht durchsetzen kann und deswegen im Falle des Trennungs- oder Scheidungsentschlusses aus der bisherigen Ehemwohnung ausziehen will, darf der Gesetzgeber ihr auch nicht die Einholung einer gerichtlichen Sorgerechtsentscheidung zumuten, die nur die bisherigen Wohnverhältnisse, nicht aber die in Aussicht genommene endgültige Lösung zugrunde legt. Die Rechtsprechung läuft bisher vielmehr darauf hinaus, einer nicht erwerbstätigen Ehefrau, die nicht die Hilfe eines Dritten hat, die Lösung solcher Haushaltsgründungs- und Kinderversorgungsprobleme faktisch unmöglich zu machen. Denn wie soll sie eine verbindliche Abrede über eine Wohnung treffen, wenn sie nicht weiß, ob sie die Kinder bekommt und eine unterhaltsrechtliche Basis für die Miete hat? Wie aber soll sie eine Sorgerechtsregelung zu ihren Gunsten erwirken, wenn sie keine Wohnung vorzuweisen hat? Der Zwang der ökonomischen Verhältnisse wird insofern juristisch zugespitzt. Mit Sozialhilfe ist das Wohnungsproblem erst zu lösen, wenn die Ehefrau getrennt lebt<sup>96</sup>. Es ist zu befürchten, daß auch nach der Novellierung des § 1579 Abs. 2 BGB vielen Frauen bei unerträglichen ehelichen Verhältnissen nichts anderes übrig bleibt, als ihre Kinder einfach ohne Sorgerechtsentscheidung an sich zu nehmen, zu einem anderen Mann oder in ein Frauenhaus zu ziehen und zu hoffen, daß der Staat ihnen neben dem Ehegattenunterhalt wenigstens nicht die Kinder wegnimmt.

Mag der unterhaltsrechtliche Druck auf die Ehefrauen aber auch noch groß sein, mag die Rechtsprechung die Verschuldensprüfung immer noch erweitern, mag die Renaissance des Verschuldensprinzips gar das Zugewinnausgleichs- oder Versorgungsausgleichsrecht erreichen<sup>97</sup>, diesem letzten Zähmungsversuch<sup>98</sup> fehlt die Zukunftsperspektive. Der Vorschlag des Prozessualisten Walter, schon bei der Eheschließung oder jedenfalls so früh wie möglich ein ehегütervertragliches Unterhaltsstatut mit der Verpflichtung zur Verschuldensanalyse zu verabreden<sup>99</sup>, hat gar schon verzweifelte Züge. Da nur für die von einem Mann ökonomisch abhängige Frau das Synallagma von Versorgung und Treue zum Rechtswert gemacht worden ist, wird dieser mit der auch durch das 1. EheRG begünstigten ökonomischen Selbstbehauptung der Frauen weiter erodieren.

96 Dabei werden im vorliegenden Zusammenhang die weiteren vielfältigen sozialen Probleme des Getrenntlebens ausgeklammert, s. dazu zuletzt die Untersuchung von Berman und Turk, *Journal of Marriage and the Family* 1981, 179 ff.

97 Das Einfallstor sind hier die §§ 1381 (Mikosch MDR 1978, 886 will hier bereits dem -grundlos ausgebrochenen- Ehegatten den Zugewinnausgleich versagen) und § 1587 c BGB.

98 Hinsichtlich Shakespeares Beitrag zur Frauenemanzipation s. aber Neely-Novy-Greene-Gamer-Erickson-Sundelson-Wilt: *Feminist Criticism of Shakespeare*, in: *Women's Studies*, Bd. 9/1981, S. 3 ff.

99 NJW 1981, 1409.