

**RECHTSPOLITISCHE HERAUSFORDERUNGEN –  
DAS UNTERHALTSRECHT  
UND ANGRENZENDE GEBIETE**



# Geschlechtergerechter und kindeswohlorientierter Kindesunterhalt – Probleme am Beispiel der ›Hausmann-Rechtsprechung‹

Sibylla Flügge

## 1 Kindesunterhalt als komplexes Problemfeld

Die geschlechtergerechte und zugleich kindeswohlorientierte Regelung des Kindesunterhalts stellt sich juristisch als besonders komplexes Problemfeld dar, weil sie in einem Dreiecksverhältnis zwischen den Grundrechten des Kindes, der Mutter und des Vaters angesiedelt ist. Tangiert sind die in Art. 6 Abs. 2 und 3 GG verankerten Rechte der Mutter wie auch des Vaters, ihr Kind selbst zu pflegen und zu erziehen, sowie das Recht des Kindes auf eine seinem Wohl entsprechende Pflege und Erziehung durch die Mutter und durch den Vater. Dieses Recht des Kindes wird ergänzt durch den Anspruch auf Schutz vor Misshandlung und Vernachlässigung. Es geht um die in Art. 6 Abs. 5 GG verbriegte Chancengleichheit von Kindern in Einelternfamilien und Kindern, die mit beiden Eltern zusammenleben. Und es geht nicht zuletzt um die Gleichberechtigung und die Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit zwischen Männer und Frauen nach Art. 3 Abs. 2 GG.

Ein weiterer Faktor verkompliziert die gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten im Bereich des Kindesunterhalts. Dieser Unterhalt besteht aus zwei unterschiedlichen Komponenten: dem Barunterhalt und dem Unterhalt durch das Erbringen von Pflege- und Erziehungsleistungen, also jenen vielfältigen persönlichen Arbeiten und emotionalen Zuwendungen, die in der Forschung unter dem Begriff *care* gefasst werden (vgl. Brückner 2008). Beide Bestandteile sind unverzichtbar. So wenig ein Kind ohne Geld oder geldwerte Sachleistungen (Nahrung, Kleidung, Wohnung etc.) aufwachsen kann, so wenig kann es ohne persönliche Zuwendung leben. Die liebevolle Zuwendung, die sich zum Beispiel im Füttern ausdrückt, hat keinen Marktwert bzw. Warencharakter, aber selbst wenn sie ihn hätte, könnte sie nicht einfach durch eine Geldzahlung ersetzt werden, denn Geld allein macht ein Kind noch nicht satt (vgl. Ketscher 2001: 228). Auch bezahlte Betreuungspersonen, die emotional optimal auf das Kind eingehen, können dem Kind dann keine sichere Bindung ermöglichen, wenn sie ständig wechseln und das Kind deshalb keine Kontinuität in der Betreuung erlebt. Und das Wohl des Kindes wird ebenso wenig gewährleistet, wenn es zwar kontinuierlich von den gleichen Personen, aber auf der emotionalen Ebene unzureichend versorgt wird.

Traditionell wird Männern die Funktion zugeschrieben, durch Erwerbstätigkeit das Geld für den Barunterhalt aufzubringen zu müssen, während Frauen die Haus- und

Pflegearbeit zugewiesen wird. Diese Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern war lange Zeit sogar in § 1356 BGB festgeschrieben. Unter der Geltung des Grundgesetzes entstand die Notwendigkeit, diese Arbeitsteilung mit dem Prinzip der Gleichberechtigung in der Familie zu versöhnen. Deshalb wurde (in Westdeutschland) die Rechtsfigur der Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Hausarbeit in der Familie entwickelt, die 1957 zur Einführung des Zugewinnausgleichs – 1977 ergänzt durch den Versorgungsausgleich – führte und mit Wirkung vom 1. Juli 1970 im Recht des Kindesunterhalts in § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB ausdrücklich geregelt wurde. 1979 stellte das Bundesverfassungsgericht endgültig fest, es gehöre »nicht zu den geschlechtsbedingten Eigenheiten von Frauen, Hausarbeit zu verrichten.«<sup>1</sup>

Wenn die Zahlung von Barunterhalt und Betreuungsunterhalt als gleichwertige Leistung angesehen wird, die Erbringung des Unterhalts durch Betreuungsleistungen aber die Möglichkeit der eigenen Existenzsicherung der Betreuungsperson ausschließt, stellt sich die Frage, wer für den Unterhalt der Betreuungsperson aufzukommen hat. Dies wird primär durch das Unterhaltsrecht geregelt, wonach die erwerbstätige Person den Lebensunterhalt der den Haushalt führenden Person finanzieren muss, gegebenenfalls auch dann noch, wenn der ursprüngliche Anlass, also die Sorge für minderjährige Kinder oder der gemeinsame Haushalt mit dem Erwerbstäti gen, wegfallen ist.

Diese familienrechtlichen Ausgleichssysteme fanden ihre Legitimation und Akzeptanz vorrangig im Kontext einer konservativ-christlich geprägten Weltanschauung und Lebenspraxis, die den Mann zum Familiennährer erklärte und ihm die Verantwortung für die finanzielle Existenzsicherung der ihm zugeordneten Frauen und Kinder übertrug. Unter dem Einfluss der Frauenbewegung reklamierten Frauen für sich zunehmend das Recht auf eigenständige Existenzsicherung, unter anderem deshalb, weil sie nicht länger dazu bereit waren, die Folgekosten dieser Rollenzuweisungen zu tragen. Die aus der Hausfrauentätigkeit resultierenden finanziellen Nachteile im Einkommen, beim beruflichen Aufstieg und in der Altersversorgung<sup>2</sup> sind als Ausdruck einer rechtlichen Diskriminierung vielfach beschrieben worden (zuerst Gerhard u.a. 1988, aktuell Berghahn 2007b, Scheiwe 2007b). Hinzu kommen die Einschränkungen bezogen auf die Freizeit und auf die Möglichkeit, sich politisch, sozial oder künstlerisch zu engagieren (vgl. Flügge 1985).

Darüber hinaus erwiesen sich die genannten familienrechtlichen Ausgleichsmechanismen häufig als illusorisch – der Zugewinn hatte sich nicht selten, wenn es zum Ausgleich kam, in Luft aufgelöst und ein existenzsichernder Unterhaltsanspruch scheiterte in den meisten Fällen an der Tatsache, dass die wenigsten Männer tatsächlich einen Lohn erhalten, der die erhöhten Kosten nach einer Trennung zu decken vermag, erst recht, wenn der Mann eine weitere Familie gründet (vgl. Borgloh 2007). Die Abkehr vom ›Familiennährermodell‹ war und ist daher eine Notwendigkeit.

1 BVerfGE 52, 369, 376; vgl. hierzu Sackofsky 2009: 200.

2 Zur dauerhaften Einkommensschere zwischen gleich qualifizierten Frauen mit und ohne Erwerbsunterbrechung vgl. BMFSFJ 2009: 18–25.

Angesichts der prinzipiellen Nichtvergleichbarkeit des Bar- und Betreuungsunterhalts liegt es auf der Hand, dass eine Gleichstellung hinsichtlich der Lebenschancen und familiären Belastungen nur erreicht werden kann, wenn Vater und Mutter beide Unterhaltsformen gleichermaßen und zu gleichen Teilen leisten. Dann ist zugleich auch das Recht des Kindes auf die Pflege und Erziehung durch Mutter und Vater gewährleistet.<sup>3</sup> Das hätte auch den Vorteil, dass Kinder bestimmte instrumentelle und emotionale Kompetenzen und soziale Rollen nicht mehr als einem Geschlecht zugeordnet erleben würden. Dies entspricht einer von der Frauenbewegung entwickelten sozialen Utopie. So heißt es in einem Flugblatt aus den ersten Jahren der neuen Frauenbewegung: »Kinder haben auch Väter. Teilt die Verantwortlichkeit auf! Erziehung und Hausarbeit übernehmen beide zu gleichen Teilen. Schafft die Doppelbelastung der Frauen ab!«<sup>4</sup>

Dieses für die Frauenbewegung konstitutive und bis heute zentrale Ziel konnte bisher in Deutschland nur ansatzweise erreicht werden. Immerhin wird die Bedeutung der Väter für die Erziehung der Kinder in der Öffentlichkeit nicht mehr in Frage gestellt. Auch hat sich das Engagement der Väter für die Kindererziehung deutlich erhöht. Von einer Gleichverteilung, insbesondere auch der Hausarbeit, sind die meisten Elternpaare allerdings noch weit entfernt (vgl. BMFSFJ 2006: 186).

## 2 Grenzen der Individualisierung

Eine Gleichverteilung der Erziehungs- und Betreuungsarbeit ist als verbreitetes kulturelles Muster in der Zukunft durchaus denkbar, allerdings nur, wenn die Eltern des Kindes auch zusammenleben. Weitgehend illusorisch ist sie hingegen, wenn Elternpaare nie zusammengelebt haben oder sich trennen. In diesen Fällen setzt eine Gleichverteilung nicht nur voraus, dass beide Elternteile damit einverstanden sind und auch nach einer Trennung in unmittelbarer Nähe voneinander wohnen. Vielmehr müssen auch beide Elternteile individuell in der Lage sein, das Kind angemessen zu betreuen. Darüber hinaus ist es unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls erforderlich, dass beide Eltern sich weitgehend konfliktfrei über den Erziehungsstil und ihre konkrete Arbeitsteilung einigen können. Zu einer solchen täglichen intensiven Kooperation sind aber nur wenige getrenntlebende Eltern in der Lage (vgl. Kostka 2004: 184ff., 346ff.). Insofern bleibt die Frage einer gerechten Verteilung der Unterhaltslasten grundsätzlich und auf Dauer bestehen. Sie ist auch nicht vollständig durch eine Individualisierung der Existenzsicherung Erwachsener zu überwinden, wie Sabine Berghahn (2000; 2007a) sie mit guten Argumenten insbesondere für den Ehegattenunterhalt fordert. Vielmehr stellt sich das Problem, dass das Recht jedenfalls dann, wenn es um tatsächliche Abhängigkeiten von persönlicher

3 Laut dem Siebten Familienbericht (BMFSFJ 2006: 233) fühlen sich Kinder dann am wohlstens, wenn beide Eltern sich bei reduzierter Arbeitszeit gleichermaßen um sie kümmern.

4 Flugblatt Münchner, Berliner, Kölner und Nürnberger Frauengruppen zum Muttertag 1973, zit. nach Schäfer/Wilke 2000: 156.

Versorgung geht, die damit notwendigerweise verbundene Beziehungsarbeit weder über den Markt noch durch eine Vergesellschaftung gleichmäßig aufteilen kann (vgl. Scheiwe 2007a: 97).<sup>5</sup>

Selbst wenn also in Zukunft die Mehrheit der Eltern in gleichberechtigten Partnerschaften die Erwerbs- und Betreuungsaufgaben gleichmäßig teilen sollten, würde in der Regel nach einer Trennung weiterhin das Problem bestehen, dass die Betreuungsleistungen und die Barunterhaltpflichten ungleich auf die getrenntlebenden Elternteile verteilt werden müssten. Allerdings würde diese Verteilung nicht mehr an überkommenen Geschlechtsrollenstereotypen orientiert sein. Auch in Zukunft würde ein Elternteil seine Unterhaltsverpflichtung primär durch die kontinuierliche und verlässliche Zuwendung zum Kind erfüllen, die sich in physischer Anwesenheit, psychischer Ansprechbarkeit und zahllosen Handreichungen und Versorgungsleistungen ausdrückt. Der andere Elternteil müsste die Lebenshaltungskosten, also die Kosten für die Wohnung, Kleidung, Nahrung, Spielsachen, für die kulturelle und schulische Bildung, die sozialen Kontakte und das Taschengeld aufbringen.

Fraglich ist, ob Barunterhaltsverpflichtete darüber hinaus auch für die indirekten Kosten der Kinderbetreuung aufkommen sollten, nämlich für den Lebensunterhalt des betreuenden Elternteils, soweit dieser wegen der notwendigen Betreuung des Kindes nicht oder nicht existenzsichernd erwerbstätig sein könnte, sowie für die langfristigen Folgekosten der Erwerbseinschränkung.

Indem das bestehende Unterhaltsrecht durch Betreuungs- und Aufstockungsunterhalt den Kindesunterhalt um den Unterhalt der Betreuungsperson und einen gewissen Nachteilsausgleich für Erwerbsverluste ergänzt,<sup>6</sup> setzt es je nach Alter der Kinder und familiärer Situation unterschiedliche finanzielle Anreize für die Übernahme der Betreuungsarbeit. Abhängig vom Alter des Kindes fallen die finanziellen Folgekosten der Kinderbetreuung mehr oder weniger ins Gewicht. Je kleiner das Kind ist, desto weniger kann der betreuende Elternteil einer Erwerbstätigkeit nachgehen (vgl. Wapler in diesem Band), desto größer ist der Unterhaltsbedarf der Betreuungsperson und desto größer ist auch ihr langfristiger Einkommensverlust. Stellt also die Mutter nach der Geburt des Kindes vorübergehend ihre Erwerbstätigkeit ein, indem sie zum Beispiel das Angebot der Elternzeit wahrt, so hat das für sie langfristig erhebliche Mindereinnahmen zur Folge, während den Vater des Kindes massiv erhöhte Unterhaltpflichten treffen – sofern er genug verdient, um

5 Im Siebten Familienbericht (BMFSFJ 2006: 30) wird darauf hingewiesen, dass in Frankreich, wo die Vergesellschaftung der Kinderbetreuung und damit auch die Müttererwerbstätigkeit eine besonders lange Tradition hat, Männer vergleichsweise besonders wenige Stunden für die Kinderbetreuung aufwenden; auch in Ostdeutschland führte die weitgehende Vergesellschaftung der Kindererziehung nicht zu einer grundlegenden Veränderung der Arbeitsteilung, vgl. Hecht 2007: 191, 193.

6 Der Unterhaltsanspruch nach Scheidung einer Ehe kann unter Umständen dazu dienen, sogenannte ehebedingte Nachteile im Erwerbsleben auszugleichen. Die Betonung der Eigenverantwortlichkeit der Unterhaltsbedürftigen durch die Unterhaltsrechtsreform hat umgekehrt auch den Blick auf die Mitverantwortlichkeit des Alleinverdieners für Erwerbseinbußen der Hausfrau geschärf't, vgl. Urteil des OLG Brandenburg v. 22.04.2008, 10 Uf 226/07, Streit 2009, 37–41.

Betreuungsunterhalt zahlen zu können. In diesem Fall schafft das Unterhaltsrecht für ihn einen finanziellen Anreiz, das Kind in seinen Haushalt aufzunehmen, wenn er die eigene Erwerbstätigkeit deswegen nicht einschränken muss, weil er zum Beispiel eine neue Frau hat, die an seiner Stelle als Hausfrau für das Kind sorgt. Er muss dann zwar den Unterhalt für diese Frau aufbringen, aber das geschieht im gemeinsamen Haushalt, und er ist selber auch Nutznießer der Hausarbeit und noch dazu des mit dieser Lebensform verbundenen Steuervorteils. Noch billiger wird es, wenn finanziell anderweitig abgesicherte Mitglieder der Großfamilie sich um das Kind kümmern können. Ist das Kind bereits in einem Alter, in dem es so weit selbstständig ist, dass der betreuende Elternteil seine Erwerbstätigkeit nicht einschränken muss, ist die Betreuung des Kindes nicht mehr mit finanziellen Einbußen verbunden und insofern in finanzieller Hinsicht deutlich attraktiver als im Kleinkindalter. Dementsprechend steigt die Bereitschaft von Vätern, ihre Kinder selbst zu betreuen, mit dem Alter der Kinder.

Reicht das Gehalt des Vaters dagegen nicht aus, den Bar- und Betreuungsunterhalt zu decken, trifft ihn insoweit auch keine Unterhaltpflicht und damit entfällt der finanzielle Anreiz, das Kind selbst zu versorgen. Die von den Unterhaltsleistungen abhängige Mutter und das Kind geraten dann häufig in die Abhängigkeit von Sozialleistungen (in der Regel Arbeitslosengeld II). Die Abhängigkeit von Hartz-IV-Leistungen ist unangenehm, aber auch die Abhängigkeit von Unterhaltsleistungen kann belastend sein, weshalb viele Frauen auf Unterhaltsleistungen verzichten (vgl. Borgloh 2007: 118f.). Auch die Zahlungsverpflichtung ist unangenehm. Niemand mag einer ungeliebten Person einen großen Teil des Einkommens überweisen. Anwältinnen und Anwälte kennen daher verschiedene Tricks von Unterhaltsschuldern, sich arm zu rechen, aber auch eine Vielzahl von Fällen, in denen sie auf Einkommen verzichten, um der Zahlungspflicht zu entgehen. Eine dieser Möglichkeiten ist die Übernahme der Rolle des Hausmanns in einer neuen Beziehung.

### 3 *Der Familienernährer in der ›Hausmann-Rechtsprechung‹*

Die Gerichte akzeptieren eine solche Ausflucht nicht. Vielmehr hat sich der Bundesgerichtshof schon in seiner ersten sogenannten Hausmann-Entscheidung vom November 1979 darauf festgelegt, dass in der Regel auch der Hausmann weiter unterhaltpflichtig ist.<sup>7</sup> In dieser Zeit, kurz nach dem Inkrafttreten der Familienrechtsreform von 1977, mit der die Gleichberechtigung von Frau und Mann im Eherecht umgesetzt wurde, war der Begriff ›Hausmann‹ so neu wie die damit verbundene soziale Praxis des freiwilligen Rollentauschs von Hausfrau und ›Familienernährer‹ – Rollen, die vor der Reform in § 1360 S. 1 BGB noch eindeutig geschlechtsspezifisch festgeschrieben waren. Die Frauenbewegung forderte gleiche Rechte und Pflichten für Frauen und Männer in Ehe und Familie nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch von den individuellen Partnern und Vätern. Immer mehr Paare versuchten, eine

7 Vgl. BGH v. 07.11.1979, IV ZR 96/78, NJW 1980, 340–342.

Gleichverteilung von Haus- und Familienarbeit zu erreichen, und in einigen Fällen übernahmen die Männer die Hausarbeit, während die Frauen voll erwerbstätig waren.

Das damals neuartige Rechtsproblem, das in der Literatur als ›Hausmann-Rechtsprechung‹ diskutiert wird (vgl. Eberl-Borges 2004), stellte sich dann, wenn der Mann diesen Rollentausch in einer neuen Partnerschaft mit der Folge vollzog, dass er die Unterhaltszahlungen für seine Kinder aus erster Ehe und eventuell auch für deren Mutter einstellte. Allerdings führte diese Konstellation nur dann zu einem Rechtsproblem, wenn der Mann in der neuen Beziehung ein gemeinsames Kind betreute, denn ohne eine solche Wahrnehmung seines Elternrechts wäre die Aufgabe der Erwerbsarbeit zu Lasten der alten Familie nach den allgemeinen Grundsätzen des Unterhaltsrechts in jedem Fall illegitim.

Der Bundesgerichtshof behandelt diese Fälle bis heute ausschließlich unter ökonomischen Gesichtspunkten. Kann durch den Rollentausch ein deutlich höheres Einkommen erwirtschaftet werden, so wird nach ständiger Rechtsprechung der neuen Partnerin nicht zugemutet, »auf die Unterhaltspflicht seines Partners außerhalb der Ehe nach § 1356 Abs. 2 S. 2 BGB Rücksicht zu nehmen und zum Nachteil seiner Familie eine Erwerbstätigkeit zu unterlassen und stattdessen die Kindesbetreuung zu übernehmen.«<sup>8</sup> Mit anderen Worten, wenn die neue Partnerin, wie das in der Regel der Fall sein wird, nur gleich viel oder weniger verdienen kann als der Mann und Vater ihres Kindes, ist sie nach dem Wortlaut des Urteils verpflichtet, ihre Erwerbstätigkeit aufzugeben, um ihr Kind selbst zu erziehen und dem Mann die Erwerbstätigkeit wie in der früheren Ehe zu ermöglichen.

Der dem Rollentausch häufig zugrunde liegende Wunsch nach einer Emanzipation sowohl der Frau als auch des Mannes von überkommenen Rollenmustern wird in dieser Rechtsprechung nicht in gleicher Weise gewichtet wie der Wunsch nach einem höheren Familieneinkommen. Dies wurde vom Bundesgerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 1996 zum Ausdruck gebracht. Dort wird ausgeführt, es reiche nicht aus,

»daß der Kläger [...] aus dem Motiv der Entwicklung intensiver Beziehungen zu seinem Kind und zur Vermeidung der Fehler, die zum Scheitern seiner ersten Ehe geführt hätten, gehandelt habe. [...] Es kommt nicht darauf an, ob der Wunsch des Klägers nach einer intensiveren Kindesbeziehung [...] aus seiner individuellen Sicht heraus verständlich ist; entscheidend ist vielmehr, ob sich seine von ihm abhängigen Unterhaltsberechtigten aus erster Ehe diesem Wunsch unterordnen [...] müssen.«<sup>9</sup>

Dies sei nur der Fall, »wenn die andere Rollenverteilung zu einer wesentlich günstigeren Einkommenssituation der neuen Familie führt.«<sup>10</sup>

In dieser Anerkennung ökonomischer Motive für den Rollentausch einerseits und einer Nichtbeachtung ideeller Motive andererseits liegt eine indirekte Diskriminierung sowohl von Frauen wie auch von Männern mit dem Ergebnis der Verfestigung der hergebrachten Rollenteilung. Da Frauen deutlich seltener als Männer in der Fa-

8 Ebd., 341.

9 BGH v. 13.03.1996, XII ZR 2/95, NJW 1996, 1815, 1816.

10 Ebd.

milie das höhere Einkommen erzielen können – insbesondere, wenn der Mann mit einer jüngeren Partnerin eine neue Familie gründet –, werden Frauen häufiger als Männer auf die Pflicht zur Einschränkung der Erwerbsarbeit verwiesen und Männer werden seltener als Frauen das Recht zur Haus- und Erziehungsarbeit für sich beanspruchen können. Noch 2006 formuliert der Bundesgerichtshof zwar formal geschlechtsneutral, der Sache nach aber eindeutig an der herkömmlichen geschlechtspezifischen Arbeitsteilung orientiert:

»Ein seinen Kindern aus erster Ehe barunterhaltpflichtiger Elternteil darf aus unterhaltsrechtlicher Sicht in einer neuen Ehe nur dann die Haushaltsführung und Kindesbetreuung übernehmen, wenn wirtschaftliche Gesichtspunkte oder sonstige Gründe von gleichem Gewicht, die einen erkennbaren Vorteil für die neue Familie mit sich bringen, im Einzelfall den Rollentausch rechtfertigen.«<sup>11</sup>

Der bisherige ›Familienernährer‹ wird somit verpflichtet, gegenüber der neuen Partnerin in der Verhandlung über die familiäre Arbeitsteilung auf seinem Recht zur Erwerbstätigkeit zu bestehen. Allerdings darf das Gericht ihn nicht verpflichten, seine Partnerin zur Aufgabe ihrer Erwerbstätigkeit zu zwingen.<sup>12</sup> Gegebenenfalls muss er in Kauf nehmen, dass seine Kinder aus zweiter Ehe vollerwerbstätige Eltern haben und fremdbetreut werden. In den seltenen Fällen, in denen einem Mann der Rollentausch zugestanden wird, wird von ihm erwartet, einem Nebenerwerb nachzugehen, um den Unterhalt für die Kinder aufzubringen. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass in dieser Zeit die Kinder von der Partnerin betreut werden.<sup>13</sup>

Die ›Hausmann-Rechtsprechung‹ gilt formal auch für Hausfrauen. Da diese Frauen in den entschiedenen Fällen schon in erster Ehe die Hausarbeit geleistet haben und also keinen Rollentausch vornehmen, dürfen sie weiter Hausfrauen bleiben. Ebenso wie ein Mann, dem die Übernahme der Hausmann-Funktion gestattet wird, sind sie aber gehalten, nach Möglichkeit eine Nebenbeschäftigung aufzunehmen, um für Kinder aus einer früheren Beziehung und gegebenenfalls den betreuenden Vater Unterhalt zahlen zu können. Die jeweilige neue Partnerin bzw. der neue Partner des Hausmannes bzw. der Hausfrau werden verpflichtet, die Nebenbeschäftigung zu ermöglichen – sei es durch Übernahme der notwendigen Betreuungsarbeit oder durch Bezahlung einer Betreuungsperson.<sup>14</sup> Eine solche Inpflichtnahme wird vom Bundesverfassungsgericht für unproblematisch gehalten, da die neuen Partnerinnen bzw. Partner bei Eingehung der Beziehung von der familienrechtlichen Verpflichtung Kenntnis gehabt hätten.<sup>15</sup> Der Bundesgerichtshof begründet sie zudem mit der ehelichen Verpflichtung zur wechselseitigen Rücksichtnahme nach § 1356 BGB. Diese Pflicht bestehe zwar bei nicht verheirateten Eltern in dieser Form nicht, könne aber seit der Kindschaftsrechtsreform von 1998 aus den Pflichten gemeinsamer El-

11 BGH v. 05.10.2006, XII ZR 197/02, NJW 2007, 139–143, Leitsatz.

12 Vgl. BVerfG v. 25.02.2004, BvR 1000/98, FPR 2004, 495 zum Fall eines unterhaltsverpflichteten Pfarrers, der mit seiner Frau eine Pfarrstelle teilte und vom OLG Celle verpflichtet worden war, »die halbe Stelle seiner Ehefrau zu übernehmen«.

13 BGH v. 05.10.2006, XII ZR 197/02, NJW 2007, 139–143, 140.

14 Vgl. ebd., NJW 2007, 140 und BGH v. 07.10.1981, IVb ZR 610/80, FamRZ 1982, 25–27.

15 Vgl. BVerfG v. 14.11.1984, 1 BvR 14/82, 1 BvR 1642/82, BVerfGE 68, 256–272.

ternschaft abgeleitet werden, so dass die ›Hausmann-Rechtsprechung‹ auch auf nichteheliche Partnerschaften Anwendung finde.<sup>16</sup> Bemerkenswert an dieser Argumentation aus dem Jahr 2001 ist die Feststellung des Bundesgerichtshofs, dass durch die gemeinsame Sorge nicht verheirateter Eltern eine dem § 1356 BGB vergleichbare Situation geschaffen werde, die der Partnerin bzw. dem Partner eine Rücksichtnahme auf Unterhaltsverpflichtungen aus vorangegangenen Beziehungen auferlege. Diese Rücksichtnahme sei zwar nicht einklagbar, dies gelte allerdings genauso für die Ehe. Insofern komme es nicht einmal darauf an, ob der Vater des Kindes ein Sorgerecht habe.<sup>17</sup>

Um den unterhaltpflichtigen Hausmännern entgegenzukommen, wurde die Unterhaltpflicht der Höhe nach bis in jüngste Zeit begrenzt durch den Betrag, den der Familiennährer hätte aufbringen können, wenn er pflichtgemäß seine Erwerbstätigkeit beibehalten hätte. Als Begründung wurde angeführt, Kinder aus erster Ehe und deren Mütter sollten nicht von einem verbesserten Lebensstandard profitieren, der im Einzelfall durch die zweite Ehe ermöglicht wird.<sup>18</sup> In dieser Konstruktion wird unterstellt, dass immer nur ein Ehegatte erwerbstätig ist, dass also die neue Ehefrau bzw. der neue Ehemann die Erwerbstätigkeit aufgeben würde, wenn der oder die Unterhaltpflichtige voll erwerbstätig wäre:

»Der den Kindern aus der früheren Ehe Unterhaltpflichtige wäre in diesem Fall bei Fortführung seiner Vollerwerbstätigkeit nicht nur zur Aufbringung des Barunterhalts für diese verpflichtet, sondern er müßte – jedenfalls in der Regel – aus dem dann von ihm allein, wenn auch in einer günstigeren Steuerklasse, erzielten Einkommen auch seine neue Familie unterhalten. Vor einer dadurch bedingten Schmälerung ihres Barunterhalts wären die Kinder aus der früheren Ehe nicht geschützt.«<sup>19</sup>

Verglichen wird die Situation, in der ein Partner nicht erwerbstätig ist, während der andere in Vollzeit arbeitet, mit der gespiegelten Situation, in der die Partner im gleichen Umfang, aber mit vertauschten Rollen tätig sind. Nicht in Betracht gezogen wird das Leitbild einer partnerschaftlichen hälftigen Teilung der Haus- und Erwerbsarbeit.

16 Vgl. BGH v. 21.02.2001, XII ZR 308/98, NJW 2001, 1488–1490; im Beschluss des BGH v. 21.12.1994, XII ZR 209/94, FamRZ 1995, 598 war noch entschieden worden, die Mutter eines Kindes in nachehelicher nichtehelicher Partnerschaft könne nicht zur Nebenerwerbstätigkeit verpflichtet werden, da sie ihrerseits den Partner nicht zur Betreuung seines Kindes verpflichten könne.

17 Vgl. BGH v. 21.02.2001, XII ZR 308/98, NJW 2001, 1488–1490. Wörtlich heißt es: »Dieses Ergebnis gilt unabhängig davon, ob im Einzelfall Sorgeerklärungen nach § 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben worden sind. Denn die tatsächliche Situation in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebender Eltern wird davon in der Regel nicht berührt« (ebd., NJW 2001, 1488, 1489). Eine Feststellung, die angesichts der Glaubenskriege um die Notwendigkeit des gemeinsamen Sorgerechts für das Kindeswohl einigermaßen erstaunlich wirkt. Offenbar soll hier lediglich verhindert werden, dass auf eine Sorgeerklärung verzichtet wird, um eine Unterhaltpflicht zu vermeiden.

18 Vgl. BGH v. 31.03.1982, IVB ZR 667/80, NJW 1982, 1590–1592.

19 Ebd., NJW 1982, 1592.

Ausdrücklich abgelehnt wurde die Verpflichtung zur beiderseitigen Erwerbstätigkeit in einem Verfahren, über das der Bundesgerichtshof 1984<sup>20</sup> zu entscheiden hatte. Eine Frau hatte die Unterhaltszahlungen für ihr Kind aus erster Ehe eingestellt, nachdem sie in zweiter Ehe ein weiteres Kind bekommen und ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben hatte. Das Oberlandesgericht hatte argumentiert, sie sei zur Unterhaltszahlung verpflichtet, da sie ihre Erwerbstätigkeit nicht hätte aufgeben dürfen. Das ihr fiktiv zuzurechnende Einkommen sei auch für den Unterhalt für sie selbst und ihre Kinder ausreichend, denn der zweite Ehemann sei verpflichtet, für seinen Unterhalt wenigstens einer Teilzeittätigkeit nachzugehen. »Notfalls hätten die Beklagte und er eine Hilfskraft einstellen müssen, die während der berufsbedingten Abwesenheit beider Eltern das Kind betreute.«<sup>21</sup> Der Bundesgerichtshof hielt dem entgegen, das Gericht »hätte ermitteln müssen, wie deren Unterhalt in dem gedachten Fall einer umgekehrten Aufgabenverteilung in der neuen Ehe der Beklagten zu bemessen gewesen wäre«,<sup>22</sup> also im Fall der Aufgabe der Erwerbstätigkeit durch den Ehemann.

Die sogenannte Kontrollrechnung zur Begrenzung der Unterhaltsverpflichtung wollte der Bundesgerichtshof bis in jüngste Zeit nur vornehmen, wenn ein Mann aufgrund eines Rollentauschs mit einer deutlich besser verdienenden Frau in die günstige Situation geriet, finanziell voll abgesichert zu sein, so dass er mit dem erzielbaren Nebenerwerb einen höheren Betrag leisten konnte, als es ihm im Falle fortgesetzter Erwerbstätigkeit möglich gewesen wäre.<sup>23</sup> Zur Begründung wurde darauf verwiesen, die Kinder aus der früheren Beziehung hätten keinen Anspruch darauf, von dem in der aktuellen Partnerschaft möglichen Rollentausch zu profitieren. Heiratete dagegen eine Hausfrau in zweiter Ehe einen besser verdienenden Mann, so sollte diese ökonomisch günstigere Situation den Kindern aus erster Ehe zugutekommen, wenn die Mutter auch schon in dieser Partnerschaft die Hausfrauenfunktion übernommen hatte. Da mithin kein Rollentausch vorliege, so das Argument, würden die Kinder aus erster Ehe am verbesserten Lebensstandard der Mutter teilnehmen. Es könne nicht darauf ankommen, dass sie im Falle einer Vollerwerbstätigkeit keinen Unterhalt zahlen könnte.<sup>24</sup> 2006 hat der Bundesgerichtshof hier eine Gleichbehandlung eingeführt: Nun muss auch der wiederverheiratete unterhaltpflichtige Hausmann entsprechend seinen tatsächlich in neuer Ehe oder Partnerschaft vorhandenen Möglichkeiten Unterhalt zahlen.<sup>25</sup>

20 BGH v. 26.09.1984, IVb ZR 32/83, NJW 1985, 318–319.

21 Ebd., NJW 1985, 318.

22 Ebd., NJW 1985, 318, 319.

23 Vgl. BGH v. 31.03.1982, IVb ZR 667/80, NJW 1982, 1590–1592.

24 Vgl. BGH v. 18.10.2000, XII ZR 191/98, FamRZ 2001, 1065–1068.

25 Vgl. BGH v. 05.10.2006, XII ZR 197/02, NJW 2007, 139–143.

#### *4 Gleichberechtigte Arbeitsteilung als Leitbild*

Das Argument, ein unterhaltpflichtiger Mann dürfe die Erwerbstätigkeit nur dann aufgeben, wenn seine neue Partnerin wesentlich mehr verdienen könne als er, würde seine Überzeugungskraft verlieren, wenn man davon ausgehe, dass grundsätzlich beide Partner gleichermaßen berufstätig sein sollten. In vielen Fällen werden die Eltern, wenn sie zum Beispiel beide mehr als halbtags erwerbstätig sind, gemeinsam mehr verdienen können als in einer Alleinverdienerhe.<sup>26</sup> Eine solche gleichberechtigte Partnerschaft zur Zielvorgabe zu machen, stellt keinen größeren Eingriff in die Gestaltungsfreiheit der Beteiligten dar als die bisherige Praxis, die Alleinverdienerhe als Normalfall zu unterstellen. Ersteres wäre aber eher mit dem Gleichberechtigungsgebot vereinbar.

Ob solche von den Gerichten gesetzten Vorgaben auch mit dem Kindeswohl vereinbar sind, wäre jeweils gesondert zu prüfen. So setzt ein auf Gleichverteilung der Haus- und Erwerbsarbeit ausgerichtetes Arrangement nicht nur voraus, dass Teilzeitarbeit in den jeweiligen Berufen möglich ist, sondern auch, dass eine Kinderbetreuung, die dem Kindeswohl gerecht wird, sichergestellt werden kann. Diese Anforderungen gelten aber genauso für die bisherige gleichheitswidrige Rechtsprechung. Wenn die Gerichte in der ›Hausmann-Rechtsprechung‹ darauf setzen, den neuen Partnern bzw. Partnerinnen der Unterhaltsverpflichteten die Kinderbetreuung aufzuerlegen, um den Unterhaltsverpflichteten eine Erhöhung der Arbeitszeit oder eine Nebenbeschäftigung zu ermöglichen, sollte zum Wohle des Kindes in jedem Einzelfall geprüft werden, ob der Partner oder die Partnerin zur Betreuung der Kinder nicht nur bereit, sondern auch tatsächlich in der Lage ist. Wird unterstellt, dass ein zur Betreuung nicht bereiter Partner stattdessen die Kosten einer Betreuungsperson zu übernehmen habe,<sup>27</sup> so wäre zu fragen, ob es eine solche Betreuungsperson gibt und ob das so gefundene Betreuungsarrangement mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

Nicht nur für die gemeinsamen Kinder in der neuen Partnerschaft, sondern auch im Hinblick auf die Kinder aus erster Ehe stellt sich infolge der Unterhaltsrechtsreform neu und verschärft die Frage, wie viele außerfamiliäre Betreuungsstunden Kindern in den verschiedenen Altersstufen zumutbar sind, wie viele Betreuungswechsel – z.B. zwischen Schule, Hort, Großeltern und Babysitter – von den Kindern verkraftet werden können und ab welchem Alter und in welchem Umfang ein Kind sich selbst überlassen werden kann (vgl. Ahnert 2008). Besonders heikel sind unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls die Fragen, die sich aus der wechselnden Betreuung im Rahmen des gemeinsamen Sorgerechts und des Umgangsrechts durch Mutter und Vater nach einer Trennung ergeben, weil hier auch die Kooperationsfä-

26 Allerdings geht bei Verheirateten in diesen Fällen der – in seiner derzeitigen Ausgestaltung gleichheitswidrige – Steuervorteil des Ehegattensplittings verloren, was Gleichberechtigung dieser Art zum Verlustgeschäft macht (vgl. Spangenberg 2008).

27 Vgl. BGH v. 05.10.2006, XII ZR 197/02, NJW 2007, 139–143, 142.

higkeit der getrennten Eltern und das Ausmaß möglicher Konflikte zwischen ihnen zu berücksichtigen ist (vgl. Kostka 2004: 174ff.).

Es gibt keine Veranlassung, die Nebenerwerbspflicht der Unterhaltsverpflichteten anderen Kriterien zu unterwerfen als die Erwerbspflichten derer, die Betreuungsunterhalt beanspruchen. Da Betreuungsunterhalt in der Regel nur noch in den ersten drei Lebensjahren des Kindes gefordert werden kann, liegt es nahe, auch Unterhaltsverpflichtete einer erhöhten Erwerbspflicht auszusetzen, wenn sie ein Kind betreuen, das älter als drei Jahre ist. In diesen ersten Lebensjahren des Kindes aus der neuen Partnerschaft kann das Gericht davon ausgehen, dass die neue Partnerin bzw. der neue Partner sich mit den bestehenden Unterhaltspflichten aus der vorangegangenen Beziehung auseinandergesetzt hat und also die Erfüllung der Unterhaltspflichten im Rahmen der Möglichkeiten unterstützen wird. Das spräche für die Akzeptanz einer partnerschaftlichen Teilung der Erwerbs- und Erziehungsarbeit, die es dem unterhaltsverpflichteten Elternteil ermöglicht, seine Pflichten aus der früheren Beziehung zu erfüllen. Unter Bezugnahme auf die in der ›Hausmann-Rechtsprechung‹ bemühte Pflicht zur ehelichen bzw. elterlichen Rücksichtnahme könnte eine solche gleichberechtigte Arbeitsteilung eingefordert werden.

Leider hat der Gesetzgeber mit der Unterhaltsrechtsreform von 2008 einen gegenläufigen Anreiz geschaffen. Die neu eingeführte Gleichrangigkeit der Ansprüche auf Betreuungsunterhalt aller früheren und aktuellen Partnerinnen bzw. Partner verstärkt – ähnlich wie das Ehegattensplitting – die Motivation, aus ökonomischen Gründen in einer neuen Ehe oder Partnerschaft auf die traditionelle Arbeitsteilung zu setzen. Wenn nämlich das Einkommen des Unterhaltsverpflichteten nicht nur für die Kinder ausreicht, sondern auch die Zahlung eines Betreuungsunterhalts ermöglicht, steht sich der Unterhaltsverpflichtete deutlich besser, wenn auch seine neue Partnerin als Hausfrau einen Betreuungsunterhalt beanspruchen kann. Daraus wird erkennbar, dass es dem Gesetzgeber nicht primär um die Gleichberechtigung der Erziehenden ging, sondern um die finanzielle Entlastung der Unterhaltsverpflichteten, insbesondere im Falle einer weiteren Familiengründung. Hier könnten Gerichte gegensteuern, indem sie eine gerechte Verteilung der Erwerbsarbeitspflichten einfordern und dabei wie schon in der bisherigen ›Hausmann-Rechtsprechung‹ berücksichtigen, dass Alleinerziehende und ihre Kinder weniger belastbar sind als Eltern und Kinder in vollständigen Familien.<sup>28</sup>

## 5 Ausblick

Die ›Hausmann-Rechtsprechung‹ geht von der Fiktion einer in Paarbeziehungen mit Kind frei verhandelbaren Arbeitsteilung aus. In der dazu ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heißt es: »Zu der selbstverantwortlichen Lebensführung von Ehegatten, die Kinder haben, gehört der Entschluß, daß ein Ehepartner allein das Familieneinkommen erwirtschaftet und der andere sich der Kinderbetreu-

28 Vgl. BGH v. 13.03.1996, XII ZR 2/95, NJW 1996, 1815, 1817.

ung widmet«.<sup>29</sup> Der Freiheit stehen im realen Leben aber nicht nur gleichheitswidrige Rahmenbedingungen, sondern auch die Tatsache entgegen, dass eine nicht gelingende Einigung der Eltern existenzielle Auswirkungen auf das Leben des Kindes haben kann.

In der Literatur wird zum Teil in den Raum gestellt, im Falle der Nichteinigung könnten die Beteiligten nach § 1356 oder § 1628 BGB das Gericht anrufen (vgl. Rauscher 2008: Rn. 242 m.w.N.). Doch selbst wenn man dies für realistisch halten sollte, scheitert dieser Lösungsversuch spätestens an der Nichtvollstreckbarkeit des Beschlusses. Wenn schon ein Umgangsverpflichteter nicht einmal zur sporadischen Kontaktaufnahme mit seinem Kind gezwungen werden kann,<sup>30</sup> um wie viel weniger wird man dann einen Elternteil zwingen können, tatsächliche Verantwortung für sein Kind zu übernehmen – sei es auch nur für wenige Stunden wöchentlich?

Weil das so ist, finden sich viele Frauen, die von einer gleichberechtigten Partnerschaft geträumt haben, nach der Geburt eines Kindes wider Erwarten in der Position der Hausfrau oder der Alleinerziehenden (vgl. Rüling 2008: 241). Unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung ist es nicht sinnvoll, in diesen Fällen den Vater des Kindes auch noch von der finanziellen Verantwortung zu entlasten. Vielmehr erscheint es angemessen, vorrangig den Kindesunterhalt so zu berechnen, dass der tatsächliche finanzielle Bedarf des Kindes gedeckt ist (vgl. Breithaupt 2008 und in diesem Band). Um den Alleinerziehenden die Inanspruchnahme von Unterhalt zu erleichtern und um den Unterhaltsschuldner das öffentliche Interesse an der Unterhaltszahlung zu verdeutlichen, sollte auf Antrag eine Unterhaltsvorschusskasse den Unterhalt zunächst vorfinanzieren, ihn bei entsprechender Leistungsfähigkeit aber nachdrücklich eintreiben. Dies würde auch Kinder entlasten, die unter dem mit Unterhaltsleistungen verbundenen Konfliktpotenzial besonders leiden. Schließlich würde die bedarfsgerechte Unterhaltszahlung durch Unterhaltsvorschusskassen auch zu einer größeren Gerechtigkeit in der Lastenverteilung zwischen betreuenden und zahlenden Eltern beitragen – insbesondere in den vielen Fällen, in denen die Zahlungspflichtigen mangels ausreichender Einkommen von der Zahlungspflicht ganz oder teilweise befreit sind, während die Betreuungspflichten nicht reduziert werden können (vgl. Flügge 2007).

Weitgehend ungelöst ist das Problem, wie die durch Kinderbetreuung in der Regel entstehenden kurzfristigen wie auch langfristigen Einkommenseinbußen gerecht zwischen den Eltern aufgeteilt werden können. Ein Ausgleich über Unterhalt oder vergleichbare Leistungen (wie z.B. Einzahlungen in ein Versorgungssystem oder Kapitalabfindungen) kommt nur in den vergleichsweise seltenen Fällen in Betracht, in denen auf Seiten des Verpflichteten eine ausreichende Leistungsfähigkeit vorliegt. Umso wichtiger sind alle Strukturveränderungen, die darauf abzielen, insbesondere

29 BVerfG v. 14.11.1984, 1 BvR 14/82, 1 BvR 1642/82, NJW 1985, 1211–1212, 1211; kritisch dazu: Wersig 2006: 125ff.

30 Laut Beschluss des BVerfG v. 01.04.2008, 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287–1292 entspricht die zwangsweise Durchsetzung der Umgangspflicht nach § 1684 BGB nicht dem Kindeswohl und stellt daher einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Umgangspflichtigen dar.

die langfristigen Folgekosten der Kindererziehung zu verringern oder zu vermeiden, und die generell zu einer ausgeglicheneren Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern führen (vgl. Scheiwe 1999).

Solange es Unterhaltsansprüche gibt, müssen Gerichte fiktive Einkommensberechnungen vornehmen, um Manipulationen der Bedarfe oder Leistungsfähigkeiten entgegenzuwirken. Die Leitbilder, die den gesetzten Erwerbsobligationen zugrunde gelegt werden, sollten anders als bisher streng am Ideal einer Gleichverteilung der Zahlungs- und Betreuungslasten orientiert werden. Es ist zu erwarten, dass die Verpflichteten ihr Verhalten wie schon bisher mehr oder weniger den Vorgaben anpassen.

Allerdings sollte es in jedem Fall möglich sein, individuelle Abweichungen von der Regel vorzutragen und zu berücksichtigen. Dies ist bei der Zurechnung nicht vollstreckbarer Betreuungsleistungen im Unterhaltsrecht ebenso notwendig wie bei der Zurechnung von Einkommen nicht unterhaltpflichtiger Mitbewohnerinnen und Mitbewohner im Sozialrecht (vgl. Berghahn 2006: 56; Wersig 2007: 279f.). Insbesondere sollten bei der Bewertung möglicher Betreuungsarrangements immer auch die individuelle Situation der Kinder und ihr Wohlbefinden im Vordergrund stehen. Gegebenenfalls müssen pädagogische oder psychologische Gutachten eingeholt werden, und die Kinder müssen in geeigneten Fällen selbst angehört werden. Schließlich sollte es beim Kindesunterhalt letztlich nicht um die Feststellung und Durchsetzung des theoretisch Machbaren gehen, sondern um die bestmögliche Verwirklichung des individuell zu definierenden Kindeswohls durch Sicherstellung der notwendigen Barmittel und einer angemessenen Betreuung in einem von Gleichberechtigung geprägten Umfeld.

## Literatur

- Ahnert, Liselotte, 2008: »Bindungsbeziehungen außerhalb der Familie: Tagesbetreuung und Erzieherinnen-Kind-Bindung«, in: Ahnert, Liselotte (Hg.): *Friihe Bindung. Entstehung und Entwicklung*, 2. Aufl., München 2008, S. 256–280.
- Berghahn, Sabine, 2000: Ehegattensubsidiarität und Gleichberechtigung, *Streit* 2000, S. 152–159.
- Berghahn, Sabine, 2006: Von der Familienpolitik zur Frauenpolitik und zurück ..., *Streit* 2006, S. 51–56.
- Berghahn, Sabine, 2007a: »Das System des Ehegattenunterhalts – ein Konzept für das 21. Jahrhundert«, in: Berghahn, Sabine (Hg.): *Unterhalt und Existenzsicherung. Recht und Wirklichkeit in Deutschland*, Baden-Baden 2007, S. 27–54.
- Berghahn, Sabine (Hg.), 2007b: *Unterhalt und Existenzsicherung. Recht und Wirklichkeit in Deutschland*, Baden-Baden 2007.
- BMFSFJ [Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend] (Hg.), 2006: *Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit. Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik. Siebter Familienbericht*, im Internet abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de> > Publikationen (letzter Zugriff: 27.11.2009).
- BMFSFJ [Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend] (Hg.), 2009: *Entgeltungleichheit zwischen Frauen und Männern in Deutschland*, Dossier, Berlin 2009.

- Borgloh, Barbara, 2007: »Hat der Gatte auch nach der Ehe noch *Unterhalt(-ung)swert?* Empirische Ergebnisse über die Funktionstüchtigkeit von Ehegattenunterhalt in Deutschland mit Blick auf europäische Vergleichsländer«, in: Berghahn, Sabine (Hg.): *Unterhalt und Existenzsicherung. Recht und Wirklichkeit in Deutschland*, Baden-Baden 2007, S. 111–132.
- Breithaupt, Marianne, 2008: Das Prokrustesbett der Kinderbedarfssätze der Düsseldorfer Tabelle – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. März 2008 – XII ZR 150/05, *Streit* 2008, S. 147–156.
- Brückner, Margrit, 2008: »Wer sorgt für wen? Auswirkungen sich wandelnder Geschlechter- und Generationenverhältnisse auf die gesellschaftliche Organisation des Sorgens (care)«, in: Bauer, Annemarie/Gröning, Katharina (Hg.): *Gerechtigkeit, Geschlecht und demografischer Wandel*, Frankfurt am Main 2008, S. 45–62.
- Eberl-Borges, Christina, 2004: Festlegung der Geschlechterrollen durch Unterhaltpflichten – Die Hausmann-Rechtsprechung im Lichte soziologischer Untersuchungen, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ) 2004, S. 1521–1526.
- Flügge, Sibylla, 1985: Ehegattenunterhalt – eine Fehlkonstruktion. Zur Geschichte eines umstrittenen Rechtsinstituts, *Streit* 1985, S. 75–85.
- Flügge, Sibylla, 2007: »Die ungelöste Frauenfrage – was wird aus dem Familienernährer?«, in: Scheiwe, Kirsten (Hg.): *Soziale Sicherungsmodelle revisited. Existenzsicherung durch Sozial- und Familienrecht und ihre Geschlechterdimensionen*, Baden-Baden 2007, S. 185–196.
- Gerhard, Ute/Schwarzer, Alice/Slupik, Vera (Hg.), 1988: *Auf Kosten der Frauen. Frauenrechte im Sozialstaat*, Weinheim u.a.. 1988.
- Hecht, Dorothea, 2007: »Unter-halt-ungen. Ehegattenunterhalt in den neuen Bundesländern aus praktischer Sicht«, in: Berghahn, Sabine (Hg.): *Unterhalt und Existenzsicherung. Recht und Wirklichkeit in Deutschland*, Baden-Baden 2007, S. 187–198.
- Ketscher, Kirsten, 2001: The Legal Position of Women in Scandinavian Law. Some Trends within Family Law, Labour Law and Social Welfare Law, in: *Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft*, hg. vom Verein Pro Fri – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut, Lachen 2001, S. 225–238.
- Kostka, Kerima, 2004: Im Interesse des Kindes? Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Großbritannien und den USA, Frankfurt am Main 2004.
- Rauscher, Thomas, 2008: *Familienrecht*, 2. Auflage, Heidelberg 2008.
- Rüling, Anneli, 2008: »Vereinbarkeitsmodelle im europäischen Vergleich – jenseits des traditionellen Ernährermodells?«, in: Ministerium für Generationen, Familie, Frauen und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen (Hg.): *Frauen verändern EUROPA verändert Frauen*, Düsseldorf 2008, S. 237–246.
- Sacksofsky, Ute, 2009: »Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts«, in: Rudolf, Beate (Hg.): *Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung*, Göttingen 2009, S. 191–215.
- Schäfer, Christine/Wilke, Christiane, 2000: *Die neue Frauenbewegung in München 1968–1985*, hg. von der Frauenakademie München e.V., München 2000.
- Scheiwe, Kirsten, 1999: *Kinderkosten und Sorgearbeit im Recht. Eine rechtsvergleichende Studie*, Frankfurt am Main 1999.
- Scheiwe, Kirsten, 2007a: »Existenzsicherung zwischen Sozial- und Familienrecht in der BRD – individualisiert, ehebezogen, familialistisch, care-orientiert? Ein Beitrag mit rechtsvergleichenden Anmerkungen«, in: Scheiwe, Kirsten (Hg.): *Soziale Sicherungsmodelle revisited. Existenzsicherung durch Sozial- und Familienrecht und ihre Geschlechterdimensionen*, Baden-Baden 2007, S. 95–112.
- Scheiwe, Kirsten (Hg.), 2007b: *Soziale Sicherungsmodelle revisited. Existenzsicherung durch Sozial- und Familienrecht und ihre Geschlechterdimensionen*, Baden-Baden 2007.

- Spangenberg, Ulrike, 2008: 50 Jahre Ehegattensplitting! Gute Gründe für eine Reform der Besteuerung der Ehe, *Streit* 2008, S. 161–167.
- Wersig, Maria, 2006: »Der unsichtbare Mehrwert: Unbezahlte Arbeit und ihr Lohn«, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hg.): *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, Baden-Baden 2006, S. 122–142.
- Wersig, Maria, 2007: »Die Schnittstellen des Ehegattenunterhalts zum Arbeits-, Steuer- und Sozialrecht«, in: Berghahn, Sabine (Hg.): *Unterhalt und Existenzsicherung. Recht und Wirklichkeit in Deutschland*, Baden-Baden 2007, S. 275–288.



# Unterm Strich: Die Auswirkungen der Rangfolgenänderung im neuen Unterhaltsrecht

*Lisa Haller*

Der Beitrag untersucht, wie sich die Rangfolge im Mangelfall, die durch die Reform des Unterhaltsrechts mit Wirkung vom 1. Januar 2008 modifiziert wurde, auf die Einkommenssituation von Kindern und der sie betreuenden Elternteile auswirkt.

Die Rangordnung unter mehreren Unterhaltsberechtigten spielt in der Rechtspraxis stets dann eine entscheidende Rolle, wenn das zur Verfügung stehende Einkommen des Unterhaltpflichtigen nicht ausreicht, um alle bestehenden Unterhaltsansprüche zu befriedigen. Da die Unterhaltsansprüche von der Leistungsfähigkeit des Barunterhaltpflichtigen abhängen, begrenzen sich die Ansprüche bei nur partieller Leistungsfähigkeit wechselseitig (vgl. Schürmann 2008: 314). Im sogenannten Mangelfall muss daher die Frage geklärt werden, welcher Unterhaltsberechtigte zuerst zum Zuge kommt und wer zurückstehen muss. Entsprechend ist zu bestimmen, welcher Unterhaltsschuldner primär herangezogen wird, d.h. wer vorrangig haftet (vgl. Martiny 2000: 1).

Das deutsche Unterhaltsrecht orientiert sich in derartigen Fällen an einer festgelegten Rangfolge, innerhalb derer die Priorität von Unterhaltsleistungen an der familienrechtlichen Bindung zwischen Unterhaltpflichtigem und Unterhaltsberechtigten festgemacht wird und letzteren entsprechend gestufte Rechtspositionen zugewiesen werden. In dieser Zuweisung von Unterhaltsrängen nach inhaltlichen Gesichtspunkten behauptet sich der vorrangige Unterhaltsanspruch uneingeschränkt gegenüber den nachrangigen Unterhaltsansprüchen.<sup>1</sup> Nachrangige Unterhaltsansprüche werden infolgedessen nur dann bedient, wenn nach Prüfung des Selbstbehalts und der Befriedigung des vollen, ungeteilten Bedarfs der vorrangig Berechtigten noch ein Verteilungsfähiges Einkommen verbleibt (vgl. Schürmann 2008: 320ff.).

Eine Änderung der Unterhaltsrangfolge, wie sie durch die zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Reform des Unterhaltsrechts vorgenommen wurde, bewirkt folglich eine Umverteilung bei der Zuordnung von Unterhaltsleistungen, die sich auf die Einkommenssituation von Kindern und betreuenden Elternteilen auswirkt. Obgleich

1 Im Mangelfall kommt es zu der auch im Allgemeinen Schuldrecht bekannten Forderungskollision. Um sie aufzulösen, bieten sich zwei Möglichkeiten an: Entweder werden die Berechtigten nach dem Prioritätsgrundsatz in der zeitlichen Reihenfolge befriedigt, in der sie einen Rang für ihre Forderung erworben haben, oder aber es wird – wie im deutschen Unterhaltsrecht – eine Rangfolge nach inhaltlichen Gesichtspunkten festgelegt (vgl. Martiny 2000: 5).