

Friederike Wapler

Kinderbetreuung und Erwerbsobliegenheit: Tendenzen in der neueren Rechtsprechung zum nahehelichen Unterhalt

1 Einleitung

Ob das zum 1. Januar 2008 reformierte Unterhaltsrecht gerecht oder ungerecht sei, ob es Frauen, Mütter, unterhaltspflichtige Väter, Kinder, Erst- oder Zweitehen benachteilige oder bevorzuge, ob es die Grenzen zwischen privater und öffentlicher Verantwortung verschiebe – all dies sind Fragen, die seit nunmehr sechs Jahren insbesondere im Familienrecht kontrovers diskutiert werden. Der folgende Beitrag kann und will diese Debatte nicht in ihrer ganzen Breite aufarbeiten. Er beschränkt sich auf eine Teilfrage, die zugleich eine allgemein gesellschaftlich relevante Problematik berührt: Welche Folgen hat es für Eltern nach einer Trennung oder Scheidung, wenn sie während der bestehenden Partnerschaft zugunsten der Kinderbetreuung beruflich zurückgesteckt, also auf Ausbildung oder Berufstätigkeit ganz oder teilweise verzichtet haben?

1.1 Sorgearbeit: ein ungelöstes Problem

Die Betreuung von Kindern in der Familie als „Arbeit“ zu bezeichnen, wird vielfach skeptisch betrachtet, sind Kinder doch in den allermeisten Fällen zuerst und vor allem Personen, mit denen die Eltern gern ihr Leben teilen. Wenn im Folgenden dennoch von „Sorgearbeit“ und von der Verteilung der „Lasten“ der Kinderbetreuung die Rede ist, so soll damit keineswegs die Liebe zu Kindern und die Freude an ihnen ausgeblendet werden. Mit Kindern zu leben, beansprucht jedoch auch Zeit und kostet Geld – Zeit, die nicht für andere Dinge zur Verfügung steht, und Geld, das jemand verdienen muss. In diesem Sinne ist die Betreuung von Kindern eine Leistung, die einen Wert hat und einen Preis kostet. In Abgrenzung zur Erwerbsarbeit, die auf wirtschaftlichen Gewinn auf dem Arbeitsmarkt abzielt, wird sie als „reproduktive Arbeit“ oder „Sorgearbeit“ bezeichnet. Auch der englische Begriff „Care“ wird in der deutschsprachigen Debatte zunehmend verwendet. Neben der Fürsorge für Kinder sind beispielsweise auch die Pflege von Angehörigen und ganz allgemein die Haushaltsführung – Einkaufen, Kochen, Putzen – der Sorgearbeit zuzurechnen.¹

Zu einem gesamtgesellschaftlichen Problem ist die Sorgearbeit in den meisten westlichen Ländern geworden, seit sie nicht mehr eindeutig der privaten Rolle der Hausfrau zugeordnet wird, also in Deutschland etwa seit den 1960er Jahren, als die traditionellen Familienvorstellungen aufzubrechen begannen. Ursprünglich als rein privates Problem in einem Bereich außerhalb des Poli-

1 Vgl. *Wersig, M.*, Der unsichtbare Mehrwert: Unbezahlte Arbeit und ihr Lohn, in: *Foljanty, L./Lembke, U.* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 173–196; *Holzleithner, E.*, Geschlechterrolle und Fürsorge, in: *Kaufmann, M./Renzikowski, J.* (Hrsg.), *Zurechnung und Verantwortung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 22.–24. September 2010 in Halle (Saale)*, Stuttgart 2012, S. 62–77. Siehe zu der Auffassung, Kinderbetreuung sei eine Aufgabe, die in der „Freizeit“ zu erledigen sei, *Maurer, H.-U.*, Der naheheliche Unterhaltsanspruch nach dem UÄndG 2007, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2008, S. 2157–2168 (2158).

tischen verortet, ist die Verteilung der Sorgearbeit heute Gegenstand heftiger öffentlicher Debatten. Ein prominentes Beispiel ist die Diskussion um öffentliche Kinderbetreuung und Betreuungsgeld, deren Vehemenz zeigt, dass ein Nerv der Gesellschaft berührt wird: Während die eine Seite der anderen vorwirft, sie wolle die Frauen wieder an den Herd fesseln („Herdprämie“), zeichnet die andere düstere Zukunftsvisionen einer Gesellschaft von rund um die Uhr fremdbetreuten, der Mutter(!)liebe beraubten Kindern.² Erstaunlicherweise wird die komplexe Frage, wie ein existenzsichernder beruflicher Lebensweg mit privaten Sorgepflichten vereinbart werden kann, bis heute überwiegend als Frauen- und Mütterproblem wahrgenommen und verhandelt, nicht aber als eine Angelegenheit von Männern und Frauen, Müttern und Vätern, öffentlicher Infrastruktur, beharrlichen Geschlechterstereotypen und nicht zuletzt wenig familienkompatiblen Strukturen des Arbeitsmarktes.³

Auch das Unterhaltsrecht kann nur als eine kleine Scherbe innerhalb des gesamtgesellschaftlichen Mosaiks angesehen werden, in dem sich jedoch die großen Fragen anschaulich spiegeln. Zum Problem werden hier nämlich insbesondere die Fälle, in denen Eltern sich gemeinsam dafür entschieden hatten, nach der traditionellen Rollenverteilung zu leben – mit einem Hauptverdiener, der zumeist der Vater ist, und einer allenfalls zuverdienenden Mutter, die sich überwiegend um Haushalt und Kinder kümmert. Genau diese familiäre Rollen- und Aufgabenverteilung wird zum Problem, wenn die Eltern sich trennen. Gilt die Absprache dann noch, sprich: Kann der Elternteil, der das Kind bisher überwiegend betreut hat, dies auch weiterhin tun? Oder ist von ihm zu fordern, dass er alles unternimmt, um finanziell eigenständig zu werden? Probleme ergeben sich auch dann, wenn die Kinder schon volljährig und eigenständig sind und die Ehe der Eltern erst dann in die Brüche geht. Wie ist der finanzielle Ausgleich zwischen den getrennten Eheleuten zu gestalten, wenn einer von ihnen jahrelang Haushalt und Kinderbetreuung übernommen und dafür auf eigene Erwerbs- und Karrierechancen verzichtet hat?

1.2 Zur Rechtslage

Im Februar 2007 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die Regelungen zum Betreuungsgeld (§§ 1570, 16151 BGB) wegen der unterschiedlichen Behandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstießen und daher verfassungswidrig waren.⁴ Mit der Unterhaltsrechtsreform zum 1. Januar 2008⁵ hat der Gesetzgeber darauf reagiert und die Unterhaltsansprüche der Elternteile ehelicher und nichtehelicher Kinder angeglichen. Bei beiden Gruppen besteht nun ein Anspruch auf Betreuungsgeld regelmäßig bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes (§§ 1570 Abs. 1 S. 1, 16151 Abs. 2 S. 3 BGB). In dieser Zeit ist der überwiegend betreuende Elternteil nicht verpflichtet, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Nach dem dritten Geburtstag des Kindes hingegen kann der Unterhaltsanspruch nur dann verlängert werden, wenn es der „Billigkeit“ entspricht (§§ 1570 Abs. 1 S. 2, 16151 Abs. 2 S. 4 BGB).

Unabhängig von der aktuellen Betreuung gemeinsamer Kinder besteht für geschiedene Eheleute und Lebenspartner ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt wegen Alters, Krankheit, Er-

2 Siehe nur exemplarisch das Protokoll der ersten Lesung des Gesetzentwurfs zur Einführung des Betreuungsgeldes (BT-Drucks. 17/9917) im Bundestag, PlPr 17/187, S. 22306 A ff.

3 Vgl. *Feldhoff, K.*, Reform des Ehegattenunterhalts: Brüche und Inkonsistenzen in der Familien- und Sozialpolitik, *Streit* 2012, S. 147–159 (150).

4 BVerfGE 118, 45.

5 Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 21.12.2007, BGBl. I, S. 3189.

werbslosigkeit oder Erwerbsminderung (§§ 1571 ff. BGB, 16 LPartG).⁶ Mit diesem Anspruch soll bedürftigen geschiedenen Ehegatten grundsätzlich der bisherige eheliche Lebensstandard gesichert werden (§ 1578 Abs. 1 S. 1 BGB). Wiederum aus Billigkeitsgründen kann dieser Unterhaltsanspruch auf den angemessenen Lebensstandard herabgesetzt oder zeitlich befristet werden (§ 1578b BGB). Herabsetzung oder Befristung kommen nicht in Frage, wenn der Unterhaltsberechtigte aufgrund „ehebedingter Nachteile“ nicht imstande ist, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Ein solcher ehebedingter Nachteil kann die (gegenwärtige oder vergangene) Erziehung gemeinsamer Kinder sein (§ 1578b Abs. 1 S. 2, 3 BGB).

1.3 Die Frage nach dem Gerechtigkeitsmaßstab

Haben die getrennt lebenden oder geschiedenen Partner gemeinsame Kinder, muss im Unterhaltsrecht also abgewogen werden, in welchem Verhältnis Erwerbs- und Sorgearbeit zu gewichten sind. Im Fall des Betreuungsunterhalts geht es um die *gegenwärtige* Verteilung, im Falle des nahehelichen Unterhalts um die Konsequenzen einer *vergangenen* Arbeitsteilung. Dabei stellt sich von Anfang an das Problem, wo der Maßstab für eine Bewertung der geltenden Rechtslage als „gerecht“ oder „ungerecht“ gefunden werden kann. Zu begrüßen wäre es, wenn sich handhabbare Kriterien im geltenden Recht finden ließen und nicht aus rechtsexternen Überlegungen abgeleitet werden müssten. Die Regelungen des Unterhaltsrechts führen hier bedauerlicherweise nicht weit, da sie an den entscheidenden Stellen mit unbestimmten Rechtsbegriffen wie der „Billigkeit“ oder den „Belangen des Kindes“ arbeiten, die durch Auslegung und Abwägung erst konkretisiert werden müssen.⁷

1.3.1 *Der Ausgangspunkt: „Stärkung der Eigenverantwortung“ als zentrales Regelungsziel der Unterhaltsrechtsreform*

Ebenso wenig hilft es weiter, wenn man schlicht feststellt, dass die Unterhaltsrechtsreform jedenfalls eine Gruppe von Unterhaltsberechtigten *gegenüber der alten Rechtslage* benachteiligt: den überwiegend betreuenden Ehegatten, der vor der Reform auf ein großzügiges Altersphasenmodell vertrauen konnte. Bis zum achten Lebensjahr des Kindes war nach einer in der Rechtsprechung entwickelten Faustformel eine Erwerbstätigkeit neben der Kinderbetreuung nicht zumutbar, bis zum 15. Lebensjahr konnte eine Teilzeittätigkeit eingefordert werden, und erst danach war der betreuende Elternteil verpflichtet, sich um eine Vollzeitbeschäftigung zu bemühen. Für die Eltern nichtehelicher Kinder galten diese Regeln jedoch nicht, und diese Ungleichbehandlung war es, die eine Reform des Unterhaltsrechts so notwendig machte. Die Angleichung der Unterhaltsansprüche für die Betreuung ehelicher und nichtehelicher Kinder fand dann „nach unten“, also zuungunsten der zuvor privilegierten Eheleute statt. Denn zwei Reformziele sollten sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf das Beste ergänzen: der als „Stärkung der Eigenverantwortung“ titulierte Appell insbesondere an verheiratete Frauen, in der eigenen Lebensplanung nicht auf die Versorgung durch einen gutverdienenden Ehemann zu vertrauen, sowie die Entlastung des besser verdienenden Ehegatten – in der Wirklichkeit zumeist des Mannes – von langjährigen Unterhaltspflichten, damit dieser an Freiheit gewönne, eine neue Familie zu gründen und zu versorgen.⁸

6 Soweit sich die folgenden Ausführungen auf Ehen und Eheleute beziehen, gelten sie entsprechend für Lebenspartnerchaften, in denen sich die hier erörterten Probleme bislang jedoch nicht in nennenswertem Umfang stellen.

7 Kritisch dazu *Schwab, D.*, Unterhaltsrecht 2014, Forum Familienrecht 2012, S. 138–154 (142).

8 BT-Drs. 16/1830, S. 13.

Dem reformierten Unterhaltsrecht wohnt also eine Tendenz zur Individualisierung gemeinschaftlicher Lebensweisen inne: Das Leitbild der Ehe war lange das einer wechselseitigen Versorgungsgemeinschaft, die gegenseitige finanzielle und soziale Abhängigkeiten notwendig generiert. Heute geht die Tendenz eher dahin, die Ehe als Zusammenschluss aus zwei eigenverantwortlichen Individuen anzusehen, die ihre Lebensläufe mit der Eheschließung zwar für den Moment verflechten, diese Verbindung aber jederzeit wieder auflösen können, und dies nach Möglichkeit rückstandsfrei. In einer Gesellschaft, in der die individuelle Selbstentfaltung im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Ordnung steht (vgl. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) und die Selbsterhaltung zuerst und vor allem durch eigene Erwerbsarbeit zu leisten ist (vgl. § 2 SGB II), ist dieser Schritt nur konsequent. Aber auch aus gleichheitsrechtlicher Sicht müssen erhebliche finanzielle Abhängigkeiten zwischen Erwachsenen ein Stein des Anstoßes bleiben, umso mehr dann, wenn sie sich mit bemerkenswerter Permanenz entlang der traditionellen Geschlechterrollen stabilisieren.⁹ Der Gedanke, dass finanzielle Unabhängigkeit ein wichtiger Faktor dafür ist, sein Leben nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten, ist nicht neu, sondern gehört zu den frühesten Postulaten der Frauenbewegung.¹⁰ Die Unterhaltsrechtsreform kann insofern auch als ein soziales Experiment verstanden werden, in dem es zu überprüfen gilt, ob traditionelle Lebensweisen, die einer klar zu benennenden Bevölkerungsgruppe objektiv zum (finanziellen) Nachteil gereichen, durch das Recht verändert werden können, wie weit also dessen Steuerungswirkung reicht. Zu fragen ist dann allerdings auch, ob es genügt, Eigenverantwortung durch Verknappung der Mittel zu stimulieren, wenn andere Bedingungen, die für veränderte Lebensmodelle notwendig wären, strukturell nicht vorhanden sind, etwa gleiche Karrierechancen für Menschen jeglichen Geschlechts, zureichende und qualitativ überzeugende Kinderbetreuungsmodelle, flexible Arbeitszeitgestaltungen sowie allgemein ein Arbeitsmarkt, der Lebensläufe jenseits der durchgehenden Vollzeitberufstätigkeit als gleichwertig akzeptiert.

1.3.2 Die geschlechtsspezifische Komponente

Bedauerlicherweise kann die Frage, ob und wie weit die Unterhaltsrechtsreform steuernde Wirkung entfaltet hat – und wenn ja, in welche Richtung – rechtstatsächlich nicht überzeugend beantwortet werden, weil es an den erforderlichen empirischen Daten fehlt. Die Situation getrennter Partner, ihre finanzielle Ausstattung, die tatsächliche Verbreitung und Höhe von Unterhaltszahlungen, ihre berufliche Einbindung und ihr Engagement in der Kinderbetreuung werden nicht systematisch empirisch untersucht. Das Bild bleibt daher zumindest lückenhaft. Eines jedoch kann nicht bezweifelt werden: die nach wie vor stark geschlechtsspezifisch ausdifferenzierte Lastenverteilung. Bis heute sind es überwiegend Frauen, die während einer Ehe oder einer (gegengeschlechtlichen) nichtehelichen Lebensgemeinschaft ihre Berufstätigkeit reduzieren oder ganz einstellen, eine Ausbildung abbrechen oder gar nicht erst beginnen.¹¹ Etwa 60 % aller Frauen mit Kindern sind

9 Vgl. *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (Hrsg.), *Neue Wege – Gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Erster Gleichstellungsbericht, 2011*, BT-Drucks. 17/6240, S. 174. Die geschlechtsspezifische Rollenaufteilung nimmt zu, wenn (gegengeschlechtliche) Paare Kinder bekommen. Dieses Phänomen wird als „Retraditionalisierung“ bezeichnet, vgl. ebd., S. 188 f.

10 Vgl. zu den Forderungen der Frauenbewegung nach uneingeschränkter Berufstätigkeit von Ehefrauen *Wapler, F.*, *Die Geschichte der Frauen im Recht*, in: *Lembke, U./Foljanty, L.* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 33–51 (38 ff.).

11 *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (Hrsg.), *Zeit für Familie. Familienzeitpolitik als Chance einer nachhaltigen Familienpolitik. Achter Familienbericht, 2012*, BT-Drucks. 17/9000, S. 23; *Erster Gleichstellungsbericht* (Anm. 9), S. 174 ff.; *Scheiwe, K./Wersig, M.*, *Cash and Care – Kindesunterhaltsrecht und Geschlechterun-*

erwerbstätig.¹² Davon arbeiten fast 70 % in unterschiedlichen Teilzeitmodellen. Noch geringer ist die Erwerbsbeteiligung von Frauen mit Kindern zwischen drei und zehn Jahren, also genau in der unterhaltsrechtlich am stärksten umstrittenen Altersgruppe. Hier arbeiteten im Jahr 2011 lediglich zwischen 26 und 27 % in Vollzeit.¹³ Bei Männern hingegen ist die Erwerbsquote vollkommen unabhängig davon, wie alt ihre Kinder sind: Durchgehend sind von ihnen fast 95 % vollschichtig erwerbstätig.¹⁴ Auch nach einer Trennung der Eltern liegt der überwiegende Teil der Kinderbetreuung bei den Müttern: Im Jahr 2009 waren 90 % aller alleinerziehenden Eltern Frauen, von denen die Hälfte Kinder unter zehn Jahren betreute,¹⁵ und nahezu 100 % der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zum nachehelichen Unterhalt betreffen die Unterhaltsberechtigung von Müttern und die Unterhaltspflicht von Vätern. Diese Umstände sind ebenso hinlänglich bekannt wie der Umstand, dass Alleinerziehende überdurchschnittlich hoch von Armut gefährdet sind: Während die Armutsgefährdungsquote bei Alleinlebenden ohne Kinder im Jahr 2010 bei 32,3 % lag, betrug sie bei Alleinlebenden mit Kindern 37,1 %.¹⁶ Die Armutsgefährdungsquote in Familien mit zwei Erwachsenen und zwei Kindern beträgt demgegenüber lediglich 8,7 %.¹⁷

Angesichts dieser empirischen Befunde gesellt sich im Unterhaltsrecht zur allgemeinen Frage der Verteilungsgerechtigkeit die Diskussion um die Geschlechtergerechtigkeit, die verfassungsrechtlich mit dem Gebot, die gesellschaftliche Benachteiligung von Frauen abzubauen, in Art. 3 Abs. 2 GG besonderes Gewicht erhält. Doch sollte man sich hüten, das Bild der „armen Alleinerziehenden“ allzu stereotyp zu verwenden.¹⁸ Zwei Klarstellungen mögen vorab zu einem etwas differenzierteren Bild verhelfen:

1.3.3 *Betreuungsarrangements nach Trennung und Scheidung*

Das deutsche Unterhaltsrecht geht nach wie vor davon aus, dass ein Kind nach der Trennung oder Scheidung seiner Eltern in der Regel von einem Elternteil betreut wird, während der andere für den Lebensbedarf des Kindes zahlt (§ 1603 BGB). Die tatsächliche Betreuung und Versorgung wird als *Naturalunterhalt*, die finanzielle Leistung als *Barunterhalt* bezeichnet. Beide Unterhaltsbeiträge gelten trotz ihrer realen Verschiedenheit als *gleichwertig*. Aus diesem Grund ist der Elternteil, der das Kind betreut, nicht verpflichtet, ihm auch noch Barunterhalt zu leisten. Sein Unterhaltsbeitrag ist mit der tatsächlichen Betreuung des Kindes abgegolten. Die Realität sieht allerdings häufig anders aus: Auf der Betreuungsebene haben sich die Arrangements erheblich ausdifferenziert. In vielen Fällen bleiben beide Elternteile nach der Trennung mit mehr oder weniger großen An-

gleichheit, Göttingen 2011, S. 37 ff.; *Kraus, C.*, Grundlagen des Unterhaltsrechts. Überlegungen für eine Harmonisierung des Verwandten-, Betreuungs- und Geschiedenenunterhalts, Baden-Baden 2011, S. 33 ff.

12 *Keller, M./Haustein, T.*, Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Ergebnisse des Mikrozensus 2011, in: Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, 2012, S. 1079–1101 (1081).

13 *Keller/Haustein* (Anm. 12), S. 1083 f. Siehe zur Teilzeiterwerbsquote bei Frauen und den damit verbundenen Folgen auch *Erster Gleichstellungsbericht* (Anm. 9), S. 115 ff.; *Achter Familienbericht* (Anm. 11), S. 31.

14 *Keller/Haustein* (Anm. 12), S. 1083 f.

15 *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend* (Hrsg.), *Alleinerziehende in Deutschland – Lebenssituation und Lebenswirklichkeiten von Müttern und Kindern*, 2012, S. 7; *Statistisches Bundesamt*, *Alleinerziehende in Deutschland*. Ergebnisse des Mikrozensus 2009, Wiesbaden 2010, S. 14 f.

16 *Statistisches Bundesamt*, *Statistisches Jahrbuch 2013*, S. 174.

17 *Statistisches Bundesamt*, *Statistisches Jahrbuch 2013*, S. 174.

18 Kritisch dazu *Schutter, S.*, *Arme Alleinerziehende: Strukturen, Ursachen, Folgen und Mythen*, BZgA Forum 2011, S. 24–27 (26 f.).

teilen an der Betreuung des Kindes beteiligt.¹⁹ Die reine Zahlvaterschaft ist nicht mehr das vorherrschende Modell und auch normativ nicht gewollt: Seit 1998 ist die gemeinsame Sorge der Eltern nach der Scheidung der gesetzliche Regelfall (§ 1671 BGB), und das Kind hat ein Recht auf Umgang mit beiden Elternteilen (§ 1684 BGB). Die Aufgabenteilung, die derzeit am weitesten verbreitet ist, kann mit der *überwiegenden Betreuung* des Kindes durch ein Elternteil am besten beschrieben werden: Das Kind lebt den größten Teil der Zeit bei einem Elternteil, hält sich aber regelmäßig und zu festgelegten Zeiten auch bei dem anderen auf. Zunehmend werden auch Arrangements vereinbart, in denen die Eltern sich die Betreuung mehr oder weniger hälftig teilen. Zumeist sind es die Kinder, die tage- oder wochenweise ihren Lebensmittelpunkt von der einen in die andere Wohnung verlagern. Praktiziert werden aber auch „Nestmodelle“, in denen das Kind in der früheren gemeinsamen Wohnung verbleibt und die Eltern sich dort mit der Betreuung abwechseln.²⁰ Die Situation ist also komplexer geworden, und die Frage, wie die unterschiedlichen Betreuungsanteile bei der Bemessung der Barunterhaltspflicht für das Kind zu berücksichtigen sind, muss derzeit als ungeklärt gelten.²¹

Nicht hinreichend differenziert ist häufig auch die Darstellung der finanziellen Versorgung des Kindes. Zwar ist der ganz oder überwiegend betreuende Elternteil dem Kind gegenüber nicht barunterhaltspflichtig, müsste also theoretisch nur für seinen eigenen Lebensbedarf sorgen. Jedoch reichen die tatsächlich geleisteten Barunterhaltsbeträge in den meisten Fällen nicht aus, um das Existenzminimum des Kindes zu decken. Hier muss der Staat mit ergänzenden Sozialleistungen einspringen, wenn der andere Elternteil auch nicht leistungsfähig ist. Der Anteil der Alleinerziehenden, die Leistungen der Grundsicherung und Sozialhilfe beziehen, liegt seit Jahren bei etwa 40%.²² Bemerkenswert ist jedoch auch die Erwerbsquote der alleinerziehenden Mütter, die bei mehr als 60% liegt.²³ Ist der überwiegend betreuende Elternteil erwerbstätig, so leistet er neben dem Natural- auch einen Teil des Barunterhalts des Kindes.²⁴ Auch in dieser Hinsicht franst das normative Modell der Trennung von Betreuungs- und Geldleistungen an den Rändern erheblich aus.

Der Kindesunterhalt ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags, sondern die Unterhaltspflichten, die zwischen Erwachsenen bestehen, nämlich gegenüber dem früheren Ehe- oder Lebenspartner oder dem nichtehelichen Elternteil eines gemeinsamen Kindes. Jede dieser Unterhaltspflichten ist in einer individualisierten Gesellschaft rechtfertigungsbedürftig: Der Unterhaltspflichtige finanziert mit seinem Erwerbseinkommen ganz oder teilweise die Lebenshaltung einer anderen Person, mit der er bewusst *nicht* mehr in einer Verantwortungs- und Einstehensgemeinschaft lebt. Dafür kann er, wie andernorts pointiert formuliert, „wenigstens eine Begründung verlangen“²⁵.

19 Vgl. Marten, C., Väterliches Sorgehandeln in Trennungsfamilien im internationalen Vergleich, in: Scheiwe, K./Wersig, M. (Hrsg.), *Einer zahlt und eine betreut? Kindesunterhaltsrecht im Wandel*, Baden-Baden 2010, S. 95–121.

20 Zu den Begrifflichkeiten siehe Wersig, M., *Getrennt leben, gemeinsam betreuen – das Wechselmodell im Steuer- und Sozialrecht*, in: Scheiwe, K./Wersig, M. (Hrsg.), *Einer zahlt und eine betreut? Kindesunterhaltsrecht im Wandel*, Baden-Baden 2010, S. 273–287 (273 f.).

21 Siehe dazu instruktiv Scheiwe, K./Wersig, M., *Cash and Care – Kindesunterhaltsrecht und Geschlechterungleichheit*, Göttingen 2011, S. 59 ff.

22 Schutter (Anm. 18), S. 24; *Erster Gleichstellungsbericht* (Anm. 9), S. 145; siehe dort auch den Hinweis, dass alleinerziehende Männer nicht überdurchschnittlich häufig staatliche Transferleistungen beziehen, was u. a. damit zusammenhängen mag, dass sie überwiegend ältere Kinder betreuen (ebd.).

23 Statistisches Bundesamt 2010 (Anm. 15), S. 17 f.; Schutter (Anm. 18), S. 24.

24 Scheiwe/Wersig (Anm. 21), S. 11 f.

25 Kähler, L., *Nachwirkende Verantwortung statt Nachteilsausgleich – zur Rechtfertigung des Scheidungsunterhalts*, Archiv für die civilistische Praxis 211 (2011), S. 262–286 (264).

2 Unterhaltsleistungen wegen der Betreuung eines gemeinsamen Kindes

Der Betreuungsunterhalt (§§ 1570, 1615I BGB) ist kein Unterhaltsbeitrag *an das Kind*, auch wenn er primär *den Interessen des Kindes* dient.²⁶ Er muss von dem Kindesunterhalt (§ 1603 BGB) abgegrenzt werden: Während dieser eine Bar- oder Naturalleistung an das Kind selbst umfasst, erhält Betreuungsunterhalt ein Elternteil, der wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes über kein oder kein ausreichendes *eigenes* Einkommen verfügt. Anspruchsinhaber ist also der Elternteil, der das Kind nach der Trennung überwiegend betreut. Seit der Unterhaltsrechtsreform besteht ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt unter folgenden – für eheliche wie nichteheliche Kinder nahezu gleichlautenden – Voraussetzungen: Ein sogenannter „Basisunterhalt“ kann regelmäßig bis zum vollendeten dritten Lebensjahr des Kindes verlangt werden. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der überwiegend betreuende Elternteil nicht verpflichtet, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.²⁷ Trotzdem erzieltes Einkommen wird nicht ganz widerspruchsfrei einerseits als *überobligatorisch* bewertet, andererseits aber regelmäßig anteilig auf den Unterhaltsanspruch angerechnet.²⁸

Ist das Kind älter als drei Jahre, besteht ein Unterhaltsanspruch nur dann, wenn es der Billigkeit entspricht. Der dritte Geburtstag des Kindes markiert also für Eltern ehelicher wie nichtehelicher Kinder eine deutliche Zäsur. Begründet wird dies u. a. mit dem Anspruch auf einen Kindergartenplatz für Kinder ab drei Jahren (§ 24 SGB VIII).²⁹

Zu den Kriterien für die Billigkeit bleibt das Gesetz recht allgemein: Die Belange des Kindes sind zu berücksichtigen. Als ein solcher *kindbezogener Grund* werden die Möglichkeiten einer (außerhäuslichen) Kinderbetreuung besonders hervorgehoben (§§ 1570 Abs. 1 S. 3, 1615I Abs. 2 S. 5 BGB). Nur in der Regelung für *eheliche Kinder* werden ausdrücklich auch *elternbezogene Gründe* erwähnt: Der Unterhaltsanspruch besteht gem. § 1570 Abs. 2 BGB auch dann fort, „wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht.“ Mittlerweile wird dieser Grundsatz auch auf nicht verheiratete Eltern angewendet, sofern sie über eine längere Zeit zusammengelebt und ihre Rollenverteilung einvernehmlich entsprechend dem traditionellen Ernährer-/Hausfrauenmodell ausgestaltet hatten. Angeknüpft wird dabei daran, dass nach § 1615I BGB „insbesondere“ die kindbezogenen Gründe berücksichtigt werden sollen, was nach dem Wortlaut Raum für weitere Gesichtspunkte lässt.³⁰ Diese Interpretation lässt sich auch den Gesetzesmaterialien entnehmen.³¹

26 BGH FamRZ 2011, 791, Ziff. 18.

27 St. Rspr., vgl. BGHZ 175, 182; BGH FamRZ 2009, 1213; BGH FamRZ 2009, 1391; OLG Frankfurt/Main FamFR 2012, 322; OLG Brandenburg, 13.11.2012, Az. 10 UF 226/11.

28 St. Rspr. seit BGH FamRZ 2009, 770; vgl. aus der neueren Rechtspraxis OLG Hamm, 08.08.2013, Az. 6 UF 25/13 (häufige Anrechnung).

29 Vgl. BT-Drucks. 16/1830, S. 31. Seit 01.08.2013 besteht ein Anspruch auf einen Betreuungsplatz bereits für einjährige Kinder. Wie sich dieser Umstand unterhalts- und sozialrechtlich auswirken wird, bleibt abzuwarten. Siehe zu dieser Problematik Wapler, F., Was kommt nach dem Altersphasenmodell? Die Erwerbsverpflichtung des alleinerziehenden Elternteils im Unterhaltsrecht und im Recht der Grundsicherung (SGB II), in: Scheiwe, K./Wersig, M. (Hrsg.), Einer zahlt und eine betreut? Kindesunterhaltsrecht im Wandel, Baden-Baden 2010, S. 251–272 (269 ff.).

30 BGHZ 177, 272; BGH FamRZ 2010, 1422, Ziff. 26; Maurer (Anm. 1), S. 2159; Zimmermann, M., Die Verlängerung des Anspruchs nach § 1615I BGB – Diskussionsstand und Rechtsprechung, Familie-Partnerschaft-Recht 2009, S. 97–100 (100); Dose, H.-J., Erste Rechtsprechung des BGH zum Unterhaltsrechtsreformgesetz, Teil 2, Das Jugendamt 2009, S. 1–9 (3).

31 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/6980, S. 10.

2.1 Rechtfertigung des Betreuungsunterhalts

Die Begründung, die der Unterhaltspflichtige nach dem oben Gesagten für seine Unterhaltspflicht erwarten darf, ergibt sich beim Betreuungsunterhalt ganz unproblematisch aus der fortbestehenden gemeinsamen Verantwortung beider Elternteile für das Kind, die von der Paarkonstellation vollkommen unabhängig ist.³² Die Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu pflegen und zu erziehen, ergibt sich verfassungsrechtlich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Das dort gewährleistete elterliche Erziehungsrecht ist untrennbar mit der Pflicht zur Sorge für das Kind verbunden.³³ Einfachrechtlich findet sich diese Pflichtenstellung der Eltern in § 1626 Abs. 1 BGB. Wie sich die Eltern die Aufgabe der Kindererziehung untereinander aufteilen, ob sie zusammenleben oder nicht, ob sie verheiratet oder verpartnert sind oder in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, ist Teil ihrer autonomen Lebensgestaltung und fällt unter den Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG. Grundsätzlich müssen die Eltern eines Kindes also die Betreuungsaufgaben während ihres Zusammenlebens, aber auch nach Trennung oder Scheidung miteinander aushandeln – notfalls mit der Hilfe des Familiengerichts – und tragen dann für die Durchführung des Arrangements gemeinsam die Verantwortung. Übernimmt einer der Elternteile den überwiegenden Teil der Kinderbetreuung, so muss der andere ihn finanziell so unterstützen, dass er diese Aufgabe auch tatsächlich erledigen kann. Diese Unterhaltspflicht besteht aber nur dann, wenn derjenige, der das Kind überwiegend betreut, finanziell bedürftig ist. Dies führt zu der seit Jahren umstrittenen Frage, in welchem Umfang der überwiegend betreuende Elternteil verpflichtet ist, selbst einer Erwerbsarbeit nachzugehen, wenn die gemeinsamen Kinder älter als drei Jahre sind.

2.2 Das Prinzip der Eigenverantwortung

Mit der Voraussetzung, dass eine Fortzahlung des Betreuungsunterhalts für Kinder über drei Jahren der Billigkeit entsprechen muss, fordert das Gesetz die Rechtsanwendung auf, nach gerechten Lösungen im Einzelfall zu suchen. Es bleibt Rechtsprechung und Rechtswissenschaft überlassen, praktikable und überzeugende Kriterien für die Billigkeitsprüfung zu finden. Dabei sind die Belange beider Elternteile sowie des Kindes abzuwägen. Im Verhältnis der Elternteile untereinander ist zu berücksichtigen, dass Bar- und Naturalunterhalt gleichwertige Unterhaltsbeiträge sind.³⁴ Zwischen diesen substantiell ungleichen Leistungen muss folglich ein angemessener Ausgleich gefunden werden, was naturgemäß nicht einfach ist, da die Sorge für ein Kind nicht eins zu eins in wirtschaftlichen Wert umgerechnet werden kann. Der Gesetzgeber hat zudem mit der Unterhaltsrechtsreform eine wertende Entscheidung getroffen, indem er das „Prinzip der Eigenverantwortung“ in § 1569 BGB als übergeordnetes Prinzip des Unterhaltsrechts ausdrücklich hervorgehoben hat. Das komplexe Problem des *gerechten Ausgleichs* der unterschiedlichen Beiträge zur Erziehung der Kinder reduziert sich seitdem mehr und mehr auf die Frage, wie viel Erwerbsarbeit neben der Kinderbetreuung noch zu schaffen ist.

32 Vgl. BVerfGE 118, 45 (68); Kraus (Anm. 11), S. 170 ff.

33 St. Rspr. des Bundesverfassungsgerichts seit BVerfGE 24, 119 (144); Brosius-Gersdorf, F., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 6 GG Rn. 142.

34 Vgl. Kraus (Anm. 11), S. 175.

2.3 Regelvermutung: Vollzeitwerbstätigkeit ist möglich und zumutbar

Die unterhaltsrechtliche Rechtsprechung ist schon bald nach der Unterhaltsrechtsreform von den früheren Altersphasenmodellen, nach denen die betreuenden Elternteile *ehelicher* Kinder großzügig von Erwerbsverpflichtungen freigestellt waren (siehe oben 1.3.1), zu einer radikalen Regelvermutung umgeschwenkt.³⁵ Nunmehr gilt es als ausgemacht, dass dem betreuenden Elternteil nach dem dritten Geburtstag des Kindes eine Vollzeitwerbstätigkeit regelmäßig möglich ist. Das Gegenteil ist darzulegen und zu beweisen.³⁶ Allerdings wird dem Elternteil und, so wird man wohl sagen müssen, auch dem Kind zugebilligt, dass der Übergang von einer Vollzeitbetreuung im Elternhaus in eine Ganztagsbetreuung in einer Einrichtung oder in Tagespflege schrittweise geschehen darf.³⁷ Grundsätzlich aber ist die Betreuung außer Haus für Kinder aus Trennungs- und Scheidungsfamilien nach dieser Interpretation der §§ 1570, 1615I BGB ein Muss, wenn nicht Gründe vorgetragen werden, die dies im Einzelfall als unzumutbar erscheinen lassen. Ein Vorrang der elterlichen Erziehung besteht für Kinder über drei Jahren ausdrücklich nicht.³⁸

2.3.1 Normative Vermutung und tatsächliche Lebensverhältnisse

Dass die Rechtsprechung sich so schnell darauf einigen konnte, die Vollzeitwerbstätigkeit des alleinerziehenden Elternteils als Regelfall zu unterstellen, muss angesichts der Lebensrealitäten verwundern. Der Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz besteht zwar für jedes Kind über drei Jahren, doch richtet er sich nicht ausdrücklich auf eine Ganztagesbetreuung. In der Praxis wird er daher vielfach schon als erfüllt angesehen, wenn ein *Halbtagsplatz* von bis zu sechs Stunden Betreuungszeit zur Verfügung gestellt wird.³⁹ Nicht einmal die Hälfte aller Drei- bis Sechsjährigen in Tageseinrichtungen und Tagespflege hat einen Ganztagsplatz mit Betreuungszeiten von mehr als sieben Stunden täglich.⁴⁰ Wie ein Achtstunden-Arbeitstag mit An- und Abfahrt mit derartigen Betreuungszeiten vereinbart werden soll, wird daher in vielen Fällen schon rein rechnerisch zum Problem. Hinzu kommt, dass die wenigsten Arbeitsplätze eine Arbeitszeitgestaltung erlauben, die passgenau mit den Betreuungszeiten übereinstimmt. Dies gilt auch und gerade für Berufe, die typischerweise von Frauen ausgeübt werden: Krankenschwestern und Altenpflegerinnen arbeiten im Schichtdienst, Verkäuferinnen müssen häufig schon vor 8:00 Uhr und abends bis 20:00 oder gar 22:00 Uhr zur Verfügung stehen. Flexibler geht es in den akademischen Berufen zu, doch besteht hier das Problem, dass eine hohe Bereitschaft zu Überstunden und Dienstreisen erwartet wird. Zwar sind in vielen Branchen Bewegungen in Richtung einer familienfreundlicheren Arbeitszeitgestaltung zu beobachten. Für das Gros der Arbeitnehmer bleibt die Vereinbarkeit von Arbeits- und Betreuungszeiten jedoch ein tägliches organisatorisches Problem.⁴¹ Die Inkongruenz von Betreu-

35 Vgl. zu den Suchbewegungen unmittelbar nach der Unterhaltsrechtsreform Wapler (Anm. 29), S. 259 ff.

36 St. Rspr., vgl. nur BGH FamRZ 2012, 1624.

37 St. Rspr., vgl. BGHZ 193, 78, Ziff. 23; BGH FamRZ 2009, 1213; KG Berlin FamRZ 2008, 1942; OLG Celle FamRB 2009, 302. Vgl. auch BT-Drucks. 16/6980, S. 9.

38 Ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. BGH FamRZ 2009, 1391; BGH NJW 2011, 1582; BGH FamRZ 2011, 1209; BGH FamRZ 2011, 791; aus der oberlandesgerichtlichen Praxis siehe OLG Düsseldorf FamFR 2012, 10.

39 Vgl. Struck, J., in: Wiesner (Hrsg.), SGB VIII. Kommentar, 4. Aufl., München 2011, § 24 SGB VIII Rn. 15.

40 Am 1. März 2013 waren in Deutschland insgesamt 1.940.184 Kinder im Alter zwischen drei und sechs Jahren in Tageseinrichtungen und Tagespflege untergebracht, von denen 813.789 mehr als sieben Stunden täglich betreut wurden, vgl. Statistisches Bundesamt, Kinder in Kindertagesbetreuung nach ausgewählten Merkmalen 2012 und 2013, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/KitaBetreuungNachMerkmale2012.html> (Zugriff am 03.01.2014).

41 Vgl. Erster Gleichstellungsbericht (Anm. 9); Schwab (Anm. 7), S. 145.

ungsmöglichkeiten und Vollzeitwerbstätigkeit ist daher nach wie vor der Normalfall – unterhaltsrechtlich aber wird sie als begründungsbedürftige Ausnahme behandelt.⁴²

2.3.2 Wertungswidersprüche: Normative Anreize für die Reduzierung von Erwerbstätigkeit

Wertungswidersprüche ergeben sich zudem im Hinblick auf gesetzliche Regelungen, die dem Prinzip der Eigenverantwortung zuwiderlaufen, weil sie insbesondere in Ehen und Lebenspartnerschaften dem traditionellen Ernährer-/Hausfrauenmodell Vorschub leisten. In der Kritik steht in diesem Zusammenhang schon seit langer Zeit das Ehegattensplitting, mit dem Ehepaare, die ungleich viel verdienen, im Vergleich zu anderen internen Einkommensverteilungen besser gestellt werden.⁴³ Aus der neueren Rechtsentwicklung lässt sich ein Wertungswiderspruch auch zwischen dem nahehelichen/nachpartnerschaftlichen Unterhaltsrecht und dem Anspruch auf Betreuungsgeld beobachten, der seit dem 01.08.2013 für Eltern zwischen dem 15. und dem 36. Lebensmonat des Kindes besteht (§ 4a BEEG).⁴⁴ Mit dieser neuen Familienleistung wird bewusst eine Lebensform rechtlich und finanziell gefördert, die auf Betreuung in öffentlichen Einrichtungen verzichtet, was in der Regel nicht zu leisten ist, wenn nicht wenigstens einer der Elternteile seine Erwerbsarbeit deutlich reduziert. In der kontroversen Diskussion um das Betreuungsgeld wurde von den Befürwortern hervorgehoben, dass Eltern *Wahlfreiheit* haben sollten, wie sie ihre Kinder aufziehen.⁴⁵ Die Gesetzesbegründung zum Betreuungsgeld weist ausdrücklich darauf hin, dass Eltern die Möglichkeit haben sollen, verantwortliche Entscheidungen im Sinne ihres Kindes zu treffen – und dass es für die richtige Form der Kinderbetreuung keine allgemeinen Regeln geben kann.⁴⁶ Die faktische Obliegenheit alleinerziehender Elternteile, öffentliche Kinderbetreuung bis zur Grenze der Verfügbarkeit zu nutzen, steht dazu in eklatantem Gegensatz. Es besteht die Gefahr, dass über das Betreuungsgeld insbesondere Frauen motiviert werden, in einer bestehenden Ehe, nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder Lebenspartnerschaft staatlich gefördert das traditionelle Modell zu leben, also Erwerbstätigkeit zugunsten der Kinderbetreuung zu reduzieren, um dann nach einer Trennung oder Scheidung auf das gegenläufige Prinzip der Eigenverantwortung des § 1569 BGB verwiesen zu werden.⁴⁷

42 Vgl. die Kritik bei Heiderhoff, B., Verlängerung des Betreuungsunterhalts über das dritte Lebensjahr hinaus in der aktuellen Rechtsprechung des BGH – lässt die Unterhaltsrechtsreform wirklich so wenig Spielraum?, FamRZ 2012, 1604–1610, und ihren Vorschlag, die *Unbilligkeit einer Vollzeitstätigkeit unmittelbar nach dem dritten Geburtstag des Kindes* im Wege des Anscheinsbeweises zu unterstellen (S. 1610).

43 Siehe dazu umfassend Spangenberg, U./Wersig, M. (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit steuern. Perspektivenwechsel im Steuerrecht, Berlin 2013; siehe auch die Aufzählung fortbestehender Anreize für die Hausfrauenehe im *Ersten Gleichstellungsbericht* (Anm. 9), S. 72.

44 Gesetz zur Einführung eines Betreuungsgeldes v. 15.02.2013, BGBl. 2013, S. 254; vgl. Feldhoff (Anm. 3), S. 148.

45 Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/9917, S. 1, 7. Zu verfassungsrechtlichen Zweifeln am Betreuungsgeld siehe Brosius-Gersdorf, F., Das neue Betreuungsgeldgesetz – Familienförderung wider das Grundgesetz, Neue Juristische Wochenschrift 2013, S. 2316 (2318 ff.); Sacksosky, U., Verfassungsmäßigkeit des geplanten Betreuungsgeldes, Streit 2010, 167 (170).

46 Vgl. BT-Drucks. 17/9917, S. 7: „Eltern treffen verantwortungsvolle Entscheidungen mit Blick auf die Betreuung ihrer Kinder. Mütter und Väter wählen die Betreuung, die für ihr Kind am besten ist. Auf die Frage nach dem richtigen Bildungs-, Erziehungs- und Betreuungsangebot gibt es keine einheitliche Antwort für jedes Kind. Ob externe oder familieninterne Betreuung, ob Tageseinrichtung, Kindertagespflege, Elterninitiative, Betreuung bei Vater oder Mutter, durch Großeltern oder Au pair, ob Ganztagsangebot oder stundenweise Inanspruchnahme, alle diese Optionen sollen sich im Interesse von Vielfalt und Wahlfreiheit idealerweise ergänzen. Deshalb ist es die Aufgabe staatlicher Familienförderung, alle Formen der Kleinkindbetreuung zu unterstützen, Barrieren abzubauen und Übergänge zu ermöglichen.“

47 Das Problem der widersprüchlichen Anreize besteht schon seit Längerem auch im Verhältnis von Unterhalts- und Sozialrecht, vgl. Wersig, M., Die Schnittstellen des Ehegattenunterhalts zum Arbeits-, Steuer- und Sozialrecht: Ehezent-

2.3.3 Fragwürdige methodische Einführung: Das Alter des Kindes als verbotenes Kriterium

Vollständig aus dem Blick der Rechtsprechung geraten sind die früheren Altersphasenmodelle (s. o. 1.3.1) mit ihren typisierten Annahmen, wie viel Erwerbstätigkeit in bestimmten Lebensaltern des Kindes neben der Kinderbetreuung zu bewältigen ist. Versuche der unteren familiengerichtlichen Instanzen, nach der Unterhaltsrechtsreform neue, den heutigen Kinderbetreuungsmöglichkeiten besser entsprechende Stufenmodelle dieser Art zu entwickeln, wurden vom BGH konsequent verworfen – immer mit dem Hinweis, der Gesetzgeber habe derartige Pauschalierungen ausdrücklich nicht mehr gewollt.⁴⁸ Methodisch ist dieses Vorgehen aus mehreren Gründen fragwürdig. Zum einen ist die *Nichtberücksichtigung* des Lebensalters des Kindes weder nach dem Gesetzeswortlaut noch nach der Gesetzesbegründung zwingend. Nach dem Gesetzeswortlaut sind die „Belange des Kindes“ zu beachten, die durchaus alterstypische Unterschiede aufweisen können. Die Gesetzesbegründung richtet sich vorrangig gegen das konkrete Altersphasenmodell, das seinerzeit praktiziert wurde. Die Kritik ging dahin, dass mit den verbesserten Kinderbetreuungsmöglichkeiten und der allgemein gestiegenen Erwerbsbeteiligung von Frauen eine pauschale Freistellung im bisherigen Umfang nicht mehr gerechtfertigt werden könne. Es sollten daher stärker die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.⁴⁹

Genau dies aber tut die Rechtsprechung nicht, wenn sie pauschal unterstellt, dass neben der Betreuung von Kindergarten- und Grundschulkindern die Vollzeitwerbstätigkeit grundsätzlich zumutbar sei, wenn nicht das Gegenteil dargelegt und bewiesen werde. Diese Annahme ist nicht lediglich eine Beweislastverteilung, sondern unterstellt einen Regelfall, der jedes gegenteilige Vorbringen zwangsläufig zu einer Ausnahme macht.⁵⁰ Die betreuenden Elternteile sind gezwungen, den *Normalfall* der Inkompatibilität von Vollzeitwerbstätigkeit und Betreuung jüngerer Kinder als *Ausnahme von der Regel* darzulegen und zu rechtfertigen.

Ebenfalls weder vom Gesetzeswortlaut noch von der Gesetzesbegründung gefordert ist die kategorische Weigerung der Rechtsprechung, das Alter der betroffenen Kinder als Kriterium für die Erwerbspflicht des betreuenden Elternteils heranzuziehen. Die Billigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der in der Rechtsanwendung in nachvollziehbarer Weise mit Inhalt gefüllt werden muss, um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen. Eine verbreitete und durchaus sinnvolle Strategie, Inhalt und Umfang unbestimmter Rechtsbegriffe zu konkretisieren, ist die Fallgruppenbildung.⁵¹ Zur Abgrenzung solcher Fallgruppen können *typisierte Lebenssachverhalte* herangezogen werden, von denen man nach allgemeiner Lebenserfahrung und wissenschaftlicher Erkenntnis vermuten kann, dass sie die Mehrheit der betroffenen Personen erfassen. Geht es um die Belange von Kindern, drängt sich das Lebensalter als Differenzierungskriterium geradezu auf. Die Entwicklung von Kindern verläuft *im Regelfall* so, dass die Selbständigkeit mit

rierung als Grundlage des starken deutschen männlichen Ernährermodells, in: Berghahn, Sabine (Hrsg.), *Unterhalt und Existenzsicherung. Recht und Wirklichkeit in Deutschland*, Baden-Baden 2007, S. 275–288 (287 f.).

48 BGHZ 180, 170; BGH FamRZ 2011, 791, Ziff. 22; BGHZ 193, 78.

49 BT-Drucks. 16/1830, S. 17: „Die Möglichkeiten der Fremdbetreuung von Kindern haben – ungeachtet regionaler Unterschiede und einzelner, bestehender Angebotslücken – insgesamt stark zugenommen; die Ausübung insbesondere einer Teilzeittätigkeit neben der Kindererziehung ist heute vielfach Realität. Diese Entwicklung ist bei der Beurteilung der Frage, inwieweit dem geschiedenen Elternteil neben der Betreuung eines Kindes eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist, angemessen zu berücksichtigen. Anstelle der bisherigen, häufig sehr schematisierenden Betrachtungsweise anhand des tradierten ‚Altersphasenmodells‘ ist stärker auf den konkreten Einzelfall und tatsächlich bestehende, verlässliche Möglichkeiten der Kinderbetreuung abzustellen.“

50 Vgl. *Schwab* (Anm. 7), S. 144; *Heiderhoff* (Anm. 42), S. 1605.

51 Vgl. grundlegend *Papier, H.-J./Möller, J.*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, *Archiv des Öffentlichen Rechts* 122 (1997), 177–211; speziell für den Betreuungsunterhalt *Schwab* (Anm. 7), S. 145 f.

dem Alter zu- und das Bedürfnis nach elterlicher Zuwendung und Aufmerksamkeit entsprechend abnimmt. Die familienrechtliche Rechtsprechung aber bemüht sich derzeit nach Kräften, diesen allgemein bekannten und im Recht vielfach berücksichtigten Umstand zu ignorieren – mit einer Ausnahme: Durchaus nach Altersstufen typisierend gehen die Gerichte vor, wenn es darum geht, ob und für wie lange ein Kind *allein gelassen* werden kann.⁵² Hierbei orientieren sie sich hauptsächlich an den zivilrechtlichen Aufsichtspflichten: Ein siebenjähriges Kind kann demnach nicht allein zu Hause sein, wenn der betreuende Elternteil bei der Arbeit ist,⁵³ einem Fünftklässler ist dies hingegen stundenweise zuzumuten.⁵⁴ Bei näherem Hinsehen verzichtet der BGH folglich nicht auf Typisierungen, sondern arbeitet mit einem *reduktionistischen Modell des Kindeswohls*, das sich gegen das Prinzip der Eigenverantwortung letztlich nicht durchzusetzen vermag.

Ein umfassenderes und lebensnäheres Modell des Kindeswohls müsste über Fragen der Alltagsorganisation hinausgehen und *typische Belange des Kindes* in die Betrachtung einbeziehen, etwa ihr Bedürfnis, sich vertrauten Personen mitzuteilen, in ihrer Freizeit zu Freunden, Vereinen oder anderen Orten gebracht und abgeholt oder mit ihren schulischen Angelegenheiten nicht allein gelassen zu werden. Diese Belange können nach der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus an Altersstufen orientiert werden: Bei Grundschul- und auch noch bei Mittelschulkindern wird in den meisten Schulen erwartet, dass die Eltern sich um die Hausaufgaben ihrer Kinder kümmern und allgemein ein Auge darauf haben, dass die Kinder den Lernstoff bewältigen. Kinder im Grundschulalter können sich ihre Mahlzeiten überwiegend nicht selbst zubereiten, während man dies von Jugendlichen eher erwarten kann. Je nach Wohnsituation und Alter können Kinder bis zum Ende des Grundschulalters oder sogar noch darüber hinaus nicht alle Wege selbständig bewältigen und, wenn sie krank sind, nicht allein zu Hause gelassen werden. Diese Entwicklungsstufen des Kindes, sein veränderlicher Bedarf an elterlicher Zeit, Pflege und Zuwendung können typisierend in die Bewertung der Billigkeit einer Unterhaltsregelung einbezogen werden.⁵⁵ Mit derartigen modifizierten Altersphasenmodellen, die mehr Raum für eine flexible Berücksichtigung der vorhandenen Erwerbs- und Kinderbetreuungsmöglichkeiten lassen müssten als früher, könnte man vermeiden, dass das Prinzip der Eigenverantwortung unangemessenes Gewicht erhält. Sie könnten zudem einen Raum für die inhaltliche Diskussion eröffnen, wie viel persönliche Betreuung und Zuwendung Kinder brauchen: Können Zwölfjährige tatsächlich schon ihre Hausaufgaben selbständig erledigen, während die Mutter arbeitet, wie das OLG Schleswig meint,⁵⁶ oder sind sie hiermit eher überfordert, wie *Wellenhofer* mit beachtlichen Gründen annimmt?⁵⁷ Kann man davon ausgehen, dass mit der Hausaufgabenbetreuung im Hort alle schulischen Angelegenheiten aus dem Elternhaus ausgelagert wurden, wie die Rechtsprechung postuliert,⁵⁸ oder muss man damit rechnen, dass Hausaufgaben, Klassenarbeiten und Referate weiterhin auch am Familientisch Aufmerksamkeit verlangen? Wie viel Alleinsein möchte man Fünftklässlern täglich zumuten, wenn sie schon bis 16 Uhr in der Ganztagschule oder im Hort gewesen sind?⁵⁹ In der aktuellen Rechtsprechungs-

52 BGHZ FamRZ 2009, 770; BGHZ 193, 78, Ziff. 19.

53 BGH FamRZ 2009, 1051 und FamRZ 2009, 1391.

54 OLG Düsseldorf FamFR 2012, 10, Ziff. 24.

55 So noch OLG München Streit 2009, 42. Aus der Literatur vgl. *Heiderhoff* (Anm. 42), S. 1607 f.; *Kemper, R.*, Der Anspruch auf Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes nach § 1570 BGB, Familie und Recht 2008, S. 169–176 (173); *Kraus* (Anm. 11), S. 161.

56 OLG Schleswig, 31.03.2010, Az. 15 UF 110/09. Der BGH erkennt einen derartigen Erfahrungssatz nicht an: BGHZ 193, 78, Ziff. 29.

57 *Wellenhofer, M.*, Zur aktuellen Entwicklung des Ehegattenunterhaltsrechts, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2011, S. 685–692 (687).

58 BGH FamRZ 2009, 1393; BGH FamRZ 2010, 1050.

59 Siehe Ansätze zu derartigen Überlegungen bei KG Berlin FamRZ 2012, 1947: „Abgesehen davon, dass sich die beiden jüngeren Kinder der Parteien noch in einem Alter befinden, in dem Kinder ohne jede Aufsicht – zu der die schlichte

praxis fehlt es, wenn über die Zumutbarkeit bestimmter Lebensumstände für den betreuenden Elternteil und das Kind zu urteilen ist, häufig an einer substantiierten und in sich konsistenten Auseinandersetzung mit den Belangen des Kindes und den Realitäten des Erziehungsalltags.

2.3.4 Die Belange des Kindes als Gegengewicht zum Prinzip der Eigenverantwortung

Das Prinzip der Eigenverantwortung und die tatsächlichen Betreuungsmöglichkeiten sind nicht die einzigen Kriterien, die bei der Billigkeitsprüfung herangezogen werden müssen. An erster Stelle nennen die §§ 1570 Abs. 1 S. 3, 1615I Abs. 2 S. 5 vielmehr die „Belange des Kindes“. Gemessen an der Bedeutung, die ihre tatsächliche Betreuungssituation gerade für Kinder im Kindergarten- und Grundschulalter hat, wird diesem Gesichtspunkt in der Rechtsprechung erstaunlich wenig Gewicht beigemessen.⁶⁰ Ein Grund dafür dürfte darin liegen, dass die Betreuung außer Haus in Tageseinrichtungen oder Tagespflege grundsätzlich als vereinbar mit dem Kindeswohl angesehen wird.⁶¹ Dass die sogenannte „Fremdbetreuung“ Kindern in aller Regel nicht schadet, soll hier nicht in Frage gestellt werden. Auch verfassungsrechtliche Bedenken greifen nicht durch: Zwar schränkt es das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein, wenn der getrennt lebende Elternteil verpflichtet wird, den Rechtsanspruch auf einen Betreuungsplatz auch tatsächlich zu nutzen. Grundsätzlich jedoch kann dies damit gerechtfertigt werden, dass im Unterhaltsrecht ein gerechter Ausgleich zwischen den Belangen des Kindes sowie des betreuenden und des unterhaltspflichtigen Elternteils gesucht werden muss. Wenn im Rahmen dieser Abwägung die bestehenden öffentlichen Betreuungseinrichtungen als Kindern grundsätzlich zumutbar bewertet werden, ist dies aus verfassungsrechtlicher Sicht jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn das Gesetz einen Spielraum für eine individuelle Bewertung der Situation des Kindes ermöglicht.⁶² Der Tatbestand der Billigkeit erlaubt eine derartige Abwägung im Einzelfall und gibt auch Raum dafür, die Erziehungsvorstellungen der Eltern bei der Ausgestaltung der Unterhaltsregelung zu berücksichtigen. Nicht argumentiert werden kann in diesem Zusammenhang mit einem verfassungsrechtlichen „Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern“,⁶³ da ein solches Recht des Kindes auf der verfassungsrechtlichen Ebene *gegen seine Eltern* nicht besteht. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet Eltern dazu, ihre Kinder zu pflegen und zu erziehen. Dem korrespondiert aber kein *Grundrecht* des Kindes auf Pflege und Erziehung *gegen seine Eltern*. Denn die Grundrechte begründen subjektive Ansprüche gegen den Staat, nicht aber gegen Privatpersonen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht nach missverständlichen Äußerungen im Jahr 2008⁶⁴ in seiner 2013 veröffentlichten Entscheidung zur Sukzessivadoption in Lebenspartnerschaften klargestellt: Das Kind hat demnach einen Anspruch *gegen den Staat* darauf, dass dieser die Pflege und Erziehung durch die Eltern ermöglicht und absichert.⁶⁵ Dieser Anspruch geht jedoch lediglich auf die Möglichkeit elterlicher Betreuung als solcher. Eine weitergehende Forderung dahingehend, dass etwa nach einer

Anwesenheit der Betreuungsperson oft genügt, eine solche aber auch erforderlich ist – leicht auf Abwege geraten, haben die Kinder des durchaus als gut situiert zu bezeichnenden Antragstellers einen Anspruch darauf, nicht wie Schlüsselkinder behandelt zu werden.“ Vgl. auch *Wellenhofer* (Anm. 57), S. 687.

60 Kritisch dazu *Feldhoff* (Anm. 3), S. 149; *Wellenhofer* (Anm. 57), S. 686; *Kraus* (Anm. 11), S. 159; *Schwab* (Anm. 7), S. 144.

61 BGHZ 193, 78, Ziff. 18; st. Rspr.

62 Vgl. BVerfGE 118, 45 (76 ff.) und dazu *Dose, H.-J.*, Der Versorgungsunterhalt nach §§ 1570, 1615I BGB, Familie – Partnerschaft – Recht 2012, S. 129–134 (131 f.).

63 So aber *Hütter, M.*, Der Anspruch des Kindes auf persönliche Betreuung durch einen Elternteil – nur bis zum dritten Lebensjahr?, Familie – Partnerschaft – Recht 2012, S. 134–136 (135).

64 BVerfGE 121, 69 (93).

65 BVerfG FamRZ 2013, 521.

Trennung der Eltern gerade die persönliche Betreuung durch einen Elternteil in einem bestimmten Umfang gewährleistet sein muss, lässt sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht ableiten. Allenfalls könnte das Grundrecht des Kindes auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Person (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt sein, wenn die gesetzlichen Regelungen so gestaltet wären, dass sie eine soziale Bindung des Kindes zu seinen Eltern unmöglich machen. Eine derartige Vergesellschaftung des Kindes droht jedoch allein durch die Obliegenheit, öffentliche Kinderbetreuungseinrichtungen zu nutzen, noch nicht.

Auch wenn aber keine *grundsätzlichen* Zweifel daran bestehen, dass Kinder sich in Einrichtungen der öffentlichen Kinderbetreuung wohl fühlen und gut entwickeln können, ist noch nicht schon nachgewiesen, dass das *konkrete* Betreuungsangebot für das *betreffende Kind im Einzelfall* geeignet ist. Diesen Schluss scheint aber die Rechtsprechung zu ziehen, wenn sie ohne argumentativen Zwischenschritt unterstellt, dass *jede vorhandene Betreuungsmöglichkeit* im Einzelfall mit dem Kindeswohl vereinbar sei. Sie arbeitet also auch hier mit einer pauschalen Vermutung, die mit der von ihr selbst eingeforderten Einzelfallbetrachtung wenig kompatibel ist. Wollte man tatsächlich ernsthaft ermitteln, welches Kinderbetreuungsangebot mit den Belangen des betroffenen Kindes, den Erwerbsmöglichkeiten des betreuenden Elternteils und den Interessen des Unterhaltspflichtigen am besten zu vereinbaren ist, so müssten neben den *Betreuungszeiten* auch die *Qualität* der Kinderbetreuung und das tatsächliche *Wohlbefinden* des Kindes in der konkreten Betreuungssituation Faktoren der Billigkeitsprüfung sein.⁶⁶ Streng genommen müsste man auch die betroffenen Kinder zu diesen Fragen anhören (Art. 12 Abs. 1 UN-KRK). Stattdessen wird der betreuende Elternteil auch hier wieder gezwungen, eine *Ausnahmesituation* geltend zu machen, wenn er der Auffassung ist, dass die theoretisch mögliche Vollzeitbetreuung des Kindes dessen Bedürfnissen widerspricht. In der Rechtsprechung schlägt sich dies in zahlreichen Entscheidungen nieder, in denen die überwiegend betreuenden Elternteile mit Lernstörungen, Aufmerksamkeitsdefizitsyndromen oder anderen psychischen Problemen ihrer Kinder argumentieren, um glaubhaft zu machen, dass sie nicht *vollschichtig* erwerbstätig sein können.⁶⁷ Die Annahme, dass neben der Betreuung eines dreijährigen, sechsjährigen oder elfjährigen Kindes eine Vollzeittätigkeit im Regelfall möglich und zumutbar ist, führt also auf einer sekundären Ebene zu einer Pathologisierung derjenigen Kinder, die sich nicht wie normativ geboten weorganisieren lassen.⁶⁸ Aber auch Ausreißer in die andere Richtung müssen als Sonderfall markiert werden: Die Rechtsprechung berücksichtigt auch besondere musische oder sportliche Aktivitäten des Kindes, die intensive Betreuung und elterliche Fahrdienste erfordern.⁶⁹ Derartige Entscheidungen sind vom Ergebnis her zu begrüßen, da sie die individuellen Belange des Kindes über eine Notversorgung hinaus sichtbar machen und wertschätzen. Sie ändern jedoch nichts daran, dass das allgemeine Bedürfnis des Kindes nach sozialem Miteinander mit seinen Eltern als *übermäßiges* Verlangen im Ver-

66 Ähnlich *Kerscher, H.*, Die Rolle des Kindeswohls in der Rechtsprechung des BGH zum Betreuungsunterhalt, Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 1910–1915 (2014).

67 BGHZ 193, 78 (psychische Erkrankung mit Haarausfall); OLG Düsseldorf FamFR 2012, 10 (Leiden an der Trennung der Eltern); OLG Hamm FamRZ 2013, 959 (ADHS); KG Berlin FamRZ 2012, 1947 („schwierige“ Kinder, Ansätze zu dissozialem Verhalten); OLG München FamRZ 2012, 558 (Störungen des Sozialverhaltens); siehe auch BT-Drucks. 16/6890, S. 9. Erstaunlich in diesem Zusammenhang das Argument, dass das *typische* Leiden von Kindern an der Trennung kein gesteigertes Maß an persönlicher Betreuung durch die Eltern rechtfertigt, sondern nur *außergewöhnliche Probleme* die Erwerbsobliegenheit reduzieren können, vgl. BGHZ 193, 78, Ziff. 18. Sollte man nicht davon ausgehen, dass ein *typisches* Problem auch *regelmäßig* eine Entlastung des betreuenden Elternteils erfordert? Ähnlich zu den *regelmäßig* vorhandenen Belastungen eines alleinerziehenden Elternteils OLG München FamRZ 2012, 558.

68 Vgl. *Wellenhofer* (Anm. 57), S. 687; *Kraus* (Anm. 11), S. 161.

69 BGHZ 193, 78; KG Berlin FamRZ 2012, 1947.

gleich zu einer nicht näher definierten Normlage, in der persönliche Betreuung zweitrangig zu sein scheint, dargelegt werden muss.⁷⁰

Befragungen von Kindern lassen deutlich erkennen, dass sie Wert auf aktiv verbrachte Zeit mit ihren Eltern legen, dass es ihnen wichtig ist, dass ihre Eltern Anteil an ihrem Leben nehmen und dass die Anwesenheit der Eltern *im Hintergrund* als stabilisierend empfunden wird.⁷¹ Diese Bedürfnisse lassen sich mit vielen Varianten einer Berufstätigkeit vereinbaren. Schwerlich aber lassen sie sich in einem straff durchorganisierten Tagesablauf mit nicht mehr gemeinsamer Zeit als dem Frühstück und Abendessen verwirklichen. Um eine derartig eng getaktete Lebensführung geht es aber in vielen Gerichtsentscheidungen: Häufig werden die betroffenen Kinder schon von acht bis 16 Uhr im Kindergarten oder in der Schule betreut und sind die betreuenden Elternteile bereits mit Zeiten um die 30 Stunden im Monat beschäftigt. Diskutiert wird dann vor Gericht, ob noch längere Betreuungs- und Arbeitszeiten möglich sind, etwa indem das Kind länger in der Hausaufgabenbetreuung oder stundenweise allein bleibt, indem es einen wohnortnäheren Sportverein besucht oder Großeltern oder Nachbarn Teile der Betreuung übernehmen.⁷² Dass eine derartige Maximierung von Erwerbstätigkeit und Fremdbetreuung nach dem Gesetz gefordert wäre, lässt sich weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte entnehmen. In ihnen erscheinen das Prinzip der Eigenverantwortung, die Belange des Kindes und die unten noch zu diskutierenden elternbezogenen Gründe für einen verlängerten Betreuungsunterhalt als gleichrangige Abwägungsgesichtspunkte. Demgegenüber zeigt sich in der gegenwärtigen Praxis eine Verabsolutierung des Prinzips der Eigenverantwortung, während die Belange des Kindes marginalisiert werden. Letztere ließen sich erheblich besser berücksichtigen, wenn man das Dogma der Vollzeitberufstätigkeit ab dem dritten Geburtstag des Kindes zumindest aufbräche. Dann könnte man Eltern und Kindern in altersangemessenem Maße gemeinsame unverplante Zeit zubilligen anstatt von Eltern zu fordern, ihre Fürsorgeleistung in quantifizierbare Elemente wie Fahrten zur Klavierstunde, Hausaufgabenbetreuung und die Bearbeitung von Trennungsschmerz aufzusplittern und sich darüber zu streiten, ob sie als „üblich“ oder „überobligatorisch“ zu qualifizieren sind.

2.3.5 Gerechter Lastenausgleich zwischen den Eltern

Erstaunlicherweise aber wird die Frage, wie viel Zeit Kinder im Allgemeinen und bestimmte Kinder im Einzelfall mit ihren Eltern benötigen, im Familienrecht seit der Unterhaltsrechtsreform nicht mehr als *kindbezogener* Grund für eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts diskutiert, sondern in den Bereich der *elternbezogenen Gründe* verlagert.⁷³ Der auch bei bester öffentlicher Betreuungssituation stets verbleibende – und für das Kindeswohl auch unerlässliche – Anteil an persönlicher Pflege und Zuwendung für das Kind darf demnach *den betreuenden Elternteil* nicht „überobligationsmäßig“ belasten.⁷⁴ Die kindeswohlverträgliche Ausgestaltung des Alltags wird auf diese Weise als ein Problem des gerechten Lastenausgleichs zwischen den Eltern dargestellt: Der betreuende Elternteil soll Erwerbs- und Sorgearbeit in einer Weise austarieren können, die ihm nicht die volle Doppelbelastung aus Kinderbetreuung und Berufstätigkeit aufbürdet.

70 Vgl. OLG Schleswig, 31.02.2010, Az. 15 UF 110/09, wo der Umstand, dass eine Mutter ihre Söhne nachmittags zum Sportverein fährt, als „über das Normalmaß hinausgehende“ Anforderung beschrieben wird.

71 Achter Familienbericht (Anm. 11), S. 70.

72 Vgl. z. B. OLG Hamm FamRZ 2013, 959; BGHZ 193, 78; BGH FamRZ 2011, 791.

73 Kritisch dazu Schwab (Anm. 7), S. 146; Kraus (Anm. 11), S. 149; wohl auch Kerscher (Anm. 66), S. 1913; siehe aber Heiderhoff (Anm. 42), S. 1608.

74 BGHZ 177, 272, BGHZ 193, 78, Ziff. 24; BGHZ 180, 170; st. Rspr.

Diese Einordnung führt zu dem Problem, dass *übliche* Kinderbetreuungsleistungen nicht als unterhaltsrelevant berücksichtigt werden können, da sie keine *überobligatorische* Belastung des betreuenden Elternteils begründen.⁷⁵ Auch aus diesem Grund ist es mehr als eine Petitesse, ob man die persönliche Betreuung als originäres Bedürfnis des Kindes oder als Teil des Lastenausgleichs zwischen den Eltern einordnet.⁷⁶ Wäre die gemeinsam – wie auch immer – verbrachte Zeit mit dem überwiegend betreuenden Elternteil als regelmäßig bestehendes, wenn auch mit dem Alter des Kindes typischerweise abnehmendes Bedürfnis des Kindes anerkannt, so wäre die Erwerbsobliegenheit des überwiegend betreuenden Elternteils schon aus diesem Grund jedenfalls bei Kindern im Kindergarten- und Grundschulalter *im Regelfall* zu reduzieren.⁷⁷

2.3.6 Fortbestehende gemeinsame Verantwortung für das Wohl des Kindes

Der Aspekt der gerechten Lastenverteilung erhält erst dann eine eigenständige Bedeutung, wenn man ihn vom Zweck des Betreuungsunterhalts her betrachtet: Der Betreuungsunterhalt ist kein Unterhaltsanspruch zugunsten des betreuenden Elternteils, sondern soll dem Kind zugute kommen.⁷⁸ Er hilft dem betreuenden Elternteil, die zuvor gemeinschaftliche Betreuungsaufgabe der Eltern auch nach der Trennung in kindgerechter Weise und in Übereinstimmung mit den elterlichen Erziehungsvorstellungen zu erfüllen. In diesem Sinne ist er Ausdruck einer „elterlichen Solidarität zum Wohle des Kindes“⁷⁹, die ohne Frage auch nach dem Ende der Partnerschaft oder Ehe nach dem Maßstab des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG von den Eltern eingefordert werden kann. Nach einer Trennung oder Scheidung müssen die Aufgaben der Erwerbs- und Sorgearbeit mit der neuen Lebenssituation neu zwischen den Eltern aufgeteilt werden. Es erscheint ungerecht, wenn dabei einer von beiden den Löwenanteil der praktischen Bewältigung schultern muss, während der andere in seiner Arbeits- und Freizeitgestaltung keine Rücksicht auf die Belange des Kindes zu nehmen braucht.⁸⁰ Dass Alleinerziehende keine leichte Aufgabe zu meistern haben, wird in Zeitbudgetstudien sichtbar: Nach den Angaben im achten Familienbericht der Bundesregierung leiden 61 % aller alleinerziehenden erwerbstätigen Frauen (bedauerlicherweise lässt sich die Lebenssituation alleinerziehender Väter aus dem Bericht nicht rekonstruieren) oft oder immer unter Zeitdruck.⁸¹

Die fortbestehende gemeinsame Verantwortung beider Eltern für das Kind macht einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Unterhalts- und dem Sozialrecht aus: Ein Anspruch auf Sozialleistungen besteht nur dann, wenn der Betroffene alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, seinen Lebensunterhalt selbst zu bestreiten (§ 2 SGB II). Diese Subsidiarität der Sozialhilfe rechtfertigt strenge Regelungen der Erwerbsobliegenheit, wie sie für Eltern mit Kindern über drei Jahren im SGB II und SGB XII vorgesehen sind. Dazu gehört dann auch, alle vorhandenen und zumutbaren Möglichkeiten der öffentlichen Kinderbetreuung auszuschöpfen. Die öffentlichen Sozialleistungen verfolgen jedoch einen anderen Zweck als das Unterhaltsrecht: Der Zweck der Sozialhilfe ist die Vermeidung existenzieller Armut. Demgegenüber soll der Betreuungsunterhalt eine den Kindesbelangen entsprechende Pflege und Erziehung eines Kindes sicherstellen, das auch

75 OLG Hamm FamRZ 2013, 959.

76 Siehe dazu *Borth, H.*, Anmerkung zu OLG Hamm, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2013, S. 961.

77 Ähnlich für Schulkinder zwischen sechs und zwölf Jahren *Wellenhofer* (Anm. 57), S. 687.

78 BGH FamRZ 2011, 791, Ziff. 18.

79 *Schumann, E.*, Einführende Überlegungen zur Unterhaltsrechtsreform, in: dies./Lipp, V./Veit, B. (Hrsg.), Reform des Unterhaltsrechts. 5. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2006, Göttingen 2007, S. 1–5 (4).

80 OLG München Streit 2009, 42; *Schwab* (Anm. 7), S. 152; *Feldhoff* (Anm. 3), S. 150; *Kraus* (Anm. 11), S. 161 ff.; *Schumann* (Anm. 79), S. 4.

81 *Achter Familienbericht* (Anm. 11), S. 41.

nach Trennung oder Scheidung immer noch das gemeinsame Kind beider Elternteile ist. Der Elternteil, der das Kind nicht überwiegend betreut, hat weiterhin die hälftige Verantwortung für das Wohlergehen des Kindes, und ihm ist genau wie dem betreuenden Elternteil zur verfassungsrechtlichen Pflicht gemacht, die Entwicklung des Kindes nach Kräften zu unterstützen und zu fördern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Diese fortbestehende gemeinsame Verantwortung rechtfertigt die normative Pflicht, die Lasten der Kinderbetreuung so aufzuteilen, keiner der beiden Elternteile übermäßig belastet wird.

Nach welchen Kriterien aber die Belastungen des unterhaltspflichtigen und des betreuenden Elternteils gegeneinander abzuwägen sind, ist keineswegs klar. In der Rechtsprechung wird mit der Formel operiert, dass die Belastung des betreuenden Elternteils – etwa, um ein Beispiel aus einer Entscheidung des BGH zu zitieren, die Auslastung einer Mutter von drei Kindern mit einem Arbeitsvolumen von 30 Wochenstunden – ein solches Ausmaß erreicht, dass es von der Barunterhaltspflicht ihres früheren Ehemannes nicht mehr vollständig abgedeckt wird.⁸² Hier stellt sich das oben (1.3.3) bereits erwähnte Problem, wie Bar- und Naturalleistungen sinnvoll gegeneinander verrechnet werden können. Im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt erwecken die knappen Ausführungen der Gerichte den Eindruck, dass sie immer dann mit der „überobligatorischen Belastung“ argumentieren, wenn das Gericht den betreuenden Elternteil für hinreichend belastet hält, obwohl er nicht vollschichtig arbeitet.⁸³ Das Argument wird folglich weniger aus einem Vergleich der wechselseitigen Leistungen beider Elternteile gewonnen denn aus *Zumutbarkeits-erwägungen*, die letzten Endes allein die Lebenssituation des betreuenden Elternteils betreffen.⁸⁴

2.3.7 Vertrauen in die Absprachen während Ehe und Partnerschaft

Als elternbezogen wird darüber hinaus ein weiterer Gesichtspunkt der Billigkeit bezeichnet, der auf die gemeinsam getroffenen Entscheidungen der Eltern des Kindes *während der Partnerschaft* abstellt: Nach § 1570 Abs. 2 BGB besteht der Unterhaltsanspruch bei Über-Dreijährigen auch dann fort, „wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht“.⁸⁵ Im Kern enthält dieses Kriterium einen Vertrauensschutztatbestand: Wenn sich die Eltern in der Ehe darauf geeinigt hatten, dass ein Partner seine beruflichen Pläne zugunsten der Kinderbetreuung aufgibt oder zurückstellt,⁸⁶ so muss der berufstätige Partner sich auch nach dem Scheitern der Ehe bis zu einem gewissen Grad daran festhalten lassen.⁸⁷ In der Gerichtspraxis spielt der nacheheliche bzw. nachpartnerschaftliche Vertrauensschutz im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt eine gegenüber den kindbezogenen Gründen eher nachrangige Rolle.⁸⁸ Häufig werden Vertrauensschutzgesichtspunkte lediglich herangezogen, um einen stufenweisen Übergang in die vollschichtige Erwerbstätigkeit zu rechtfertigen.⁸⁹ Ob und wie weit sich aus den Absprachen während der gemeinsam verlebten Zeit

82 BGHZ 193, 78, Ziff. 33.

83 Vgl. z. B. BGHZ 193, 78, Ziff. 33; BGH FamRZ 2011, 1375.

84 Ähnlich das methodische Vorgehen bei *Heiderhoff* (Anm. 42), S. 1608 f.

85 Zur Anwendung auf den Betreuungsunterhalt für Eltern nichtehelicher Kinder gem. § 1615I Abs. 2 S. 5 BGB siehe schon oben 1.2.

86 Unverständlich die Entscheidung des OLG Oldenburg, FuR 2009, 594, in der es heißt, eine Mutter, die während der Ehe in Teilzeit beschäftigt gewesen war, habe „ihre berufliche Tätigkeit nicht im Vertrauen auf eine bestimmte Rollenenteilung aufgegeben, sondern lediglich eingeschränkt“ – als sei dies nicht auch eine Absprache, die im Vertrauen auf eine bestimmte Rollenaufteilung („Ernährer/zuverdienende Ehefrau“) getroffen wurde.

87 Vgl. *Kraus* (Anm. 11), S. 155; *Wellenhofer* (Anm. 57), S. 687.

88 Siehe z. B. KG Berlin FamRZ 2009, 981; OLG Dresden NJW 2009, 2071.

89 Vgl. OLG Hamm FamRZ 2012, 1571, Ziff. 54.

Ansprüche für die Zukunft herleiten lassen, wird für Ehen und Lebenspartnerschaften erheblich kontroverser im Zusammenhang mit dem nahehelichen Unterhalt gem. §§ 1571 ff. BGB diskutiert. Diese Debatte ist Gegenstand des folgenden Abschnitts – sie betrifft aber, anders als beim Betreuungsunterhalt, ausschließlich formalisierte Partnerschaften und kann daher auf nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht übertragen werden.

3 Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt

Geht es um Unterhaltsansprüche zwischen Ehegatten oder Lebenspartnern, die nicht unmittelbar der *aktuellen* Betreuung gemeinsamer Kinder dienen (§§ 1571 ff. BGB), fällt die gemeinsame Elternverantwortung und damit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als Rechtfertigungsgrund aus. In einer Rechtsordnung, die zunehmend auf individuelle Eigenverantwortung setzt, wird es immer schwieriger, naheheliche Unterhaltungspflichten – bzw. die Unterhaltungspflichten nach der Trennung einer Lebenspartnerschaft – zu rechtfertigen.

3.1 Rechtfertigung des nahehelichen Unterhalts

Zu früheren Zeiten gab es zwei gute Gründe, weshalb die Ehefrau darauf vertrauen konnte, beim Scheitern einer Ehe den erworbenen Lebensstandard langfristig über Unterhaltsleistungen halten zu können: Die Ehe galt als potentiell lebenslang geschlossen, mithin als ein ernstzunehmender Vertrauenstatbestand, und die Rolle der Frau war nicht nur gesellschaftlich, sondern auch rechtlich auf die der Hausfrau und Mutter festgelegt. Der Verzicht der Ehegattin auf existenzsichernde Erwerbsarbeit war normativ gewollt, so dass es nur recht und billig war, ihr beim (schuldlosen) Scheitern der Ehe einen angemessenen Ausgleich für diesen Verzicht zuzugestehen. Beide Voraussetzungen können heute allenfalls noch bei langjährigen Ehen gelten, die unter der alten Rechtslage geschlossen wurden. Angesichts der hohen Scheidungsraten kann heute niemand mehr ernsthaft darauf vertrauen, dass seine Ehe ein Leben lang halten wird, und in der Ausgestaltung ihres Zusammenlebens sind die Eheleute frei. Allerdings bleibt es dabei, dass Ehe und Lebenspartnerschaft unbefristet sind und in aller Regel auch von den Partnern als dauerhaft geschlossen angesehen werden.⁹⁰ Hier liegt denn auch der überzeugendste Ansatzpunkt für eine Rechtfertigung des nahehelichen Unterhalts unter den heutigen Lebensverhältnissen: Haben sich die Ehegatten mit der Eheschließung ein potentiell lebenslanges Miteinander versprochen und haben sie im Hinblick auf dieses Eheversprechen ihre Lebensumstände einvernehmlich so gestaltet, dass finanzielle Abhängigkeiten entstanden sind, so dauert ihre *Verantwortung für die gemeinsam getroffenen Entscheidungen* über die Dauer der Ehe hinaus. Dies als *näheheliche Solidarität* zu bezeichnen, ist terminologisch ungenau, weil mit der Scheidung der Ehe die Solidarität zwischen den Ehegatten ja gerade aufgekündigt wird.⁹¹ Treffender ist daher die Charakterisierung der nahehelichen Unterhaltungspflichten als *fortwirkende naheheliche Verantwortung*, deren Grund aber in dem Eheversprechen und in den während der Ehe getroffenen Entscheidungen liegt.⁹²

90 Vgl. Kraus (Anm. 11), S. 230 ff.

91 So instruktiv Kraus (Anm. 11), S. 227. Zu terminologischen Differenzen in der Literatur Kähler (Anm. 25), S. 263 m. N.

92 Vgl. ausführlich Kähler (Anm. 25), S. 75, 79 ff. Für Lebenspartnerschaften gelten diese Überlegungen entsprechend.

Gleichzeitig ist mit der Ehescheidung der Entschluss verbunden, künftig getrennte Wege zu gehen. Diese Entscheidung würde zunichte gemacht, wenn die Ehe in finanzieller Hinsicht unverändert weitergeführt werden müsste. Das Interesse der Ehegatten daran, ihre Lebensverhältnisse vollständig zu entflechten, rechtfertigt es daher, den nachehelichen Unterhalt im Regelfall nur für eine Übergangszeit vorzusehen, den weniger finanzkräftigen Ehegatten also darauf zu verpflichten, sich finanziell so bald wie möglich unabhängig zu machen.

Im geltenden Recht ist das Regel-Ausnahmeverhältnis allerdings unklar formuliert: Nach dem Gesetzeswortlaut scheint der nacheheliche Unterhalt *im Regelfall* lebenslang anzudauern, wenn der unterhaltsberechtigten Ehegatte keine Möglichkeit hat, den gewohnten Lebensstandard durch eigene Erwerbstätigkeit zu erhalten. Als *Ausnahme* ist die Herabsetzung oder Befristung des Unterhalts in § 1578b BGB geregelt.⁹³ In dieser Vorschrift findet sich wiederum eine *Ausnahme von der Ausnahme*, die eine Herabsetzung oder Befristung ihrerseits einschränkt, wenn sogenannte „ehebedingte Nachteile“ bestehen. In der Praxis ist es wie beim Betreuungsunterhalt der finanzschwächere Ehegatte oder Lebenspartner, der die Herabsetzung oder Befristung des Unterhalts durch substantiierten Vortrag abwehren muss – in geschiedenen Ehen faktisch zumeist die Frau. Dies ergibt sich aus der Verteilung der Beweislast: Während der Unterhaltspflichtige lediglich *bestreiten* muss, dass der Herabsetzung oder Befristung des Unterhalts Hindernisse entgegenstehen, trifft den Unterhaltsberechtigten die als *sekundär* bezeichnete Last, eben diese Hindernisse darzulegen und zu beweisen.⁹⁴

Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf den nachehelichen Unterhalt wegen *Erwerbslosigkeit* bzw. auf den *Aufstockungsunterhalt* wegen nicht ausreichenden eigenen Einkommens (§ 1573 BGB), da dieser wie der Betreuungsunterhalt das allgemeine Problem der Gewichtung von Erwerbs- und Sorgearbeit betrifft. Noch konkreter wird die Frage erörtert, unter welchen Umständen die Betreuung eines gemeinsamen Kindes *während der Ehezeit* als *ehebedingter Nachteil* berücksichtigt wird (§ 1578b BGB).

3.2 Die Diskussion um die ehebedingten Nachteile

Auch der Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und der Aufstockungsunterhalt können gem. § 1578b BGB herabgesetzt oder befristet werden. Hat aber der bedürftige Ehegatte im Laufe der Ehezeit „Nachteile“ erlitten, die seine Erwerbsfähigkeiten und/oder -möglichkeiten einschränken, so besteht ein unbefristeter und an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierter Unterhaltsanspruch. Zuallererst ist anzumerken, dass der Gesetzeswortlaut nur als missglückt bezeichnet werden kann. Die nachehelichen Unterhaltsansprüche und -pflichten zwischen Ehegatten und Lebenspartnern als Nachteilsausgleich zu behandeln, scheint schon allein deswegen verfehlt, als Ehe und Lebenspartnerschaften auf diese Weise zu einem *potentiell schädigenden Ereignis* herabgewürdigt werden.⁹⁵ Selbstverständlich kann die Bilanz der gemeinsamen Lebenszeit für die Eheleute im Nachhinein negativ ausfallen, und sie können der Auffassung anhängen, dass ihr Leben ohne die Ehe besser verlaufen wäre. Einen justiziablen Nachweis für diese subjektiven Einschätzungen zu erbringen, dürfte jedoch in aller Regel nicht gelingen, weil es für die Feststellung eines Nachteils eines Vergleichsmaßstabs bedarf. Im Falle einer Ehe oder Lebenspartnerschaft bräuchte man ein

93 BGH FamRZ 2010, 1633.

94 BGH FamRZ 2010, 875, Ziff. 18 ff.; BGH FamRZ 2013, 860, Ziff. 26, st. Rspr. Kritisch *Wellenhofer* (Anm. 57), S. 690; *Schwab* (Anm. 7), S. 147.

95 Vgl. zu dieser Kritik *Kähler* (Anm. 25), S. 273.

Vergleichsleben, in dessen Licht man das tatsächlich Geschehene bewerten könnte. Dass jeder Mensch nur einmal lebt und niemand weiß, wie das eigene Leben verlaufen wäre, hätte man bestimmte Entscheidungen nicht oder anders getroffen, sollte eine Binsenweisheit sein. Nichtsdestotrotz operiert die Rechtsprechung beim nahehelichen Unterhalt mit spekulativen Erörterungen möglicher paralleler Lebensverläufe.⁹⁶ Welche Richtung hätte das Leben einer Frau genommen, die nach der Hochzeit ihre Ausbildung zur Krankenschwester abgebrochen hat? Wäre sie tatsächlich Krankenschwester geworden? Wäre sie zur Stationsleitung aufgestiegen? Hätte sie möglicherweise noch Medizin studiert und wäre heute eine erfolgreiche Ärztin? Oder hätte sie zwei Monate später einen anderen Mann geheiratet und die Ausbildung ebenfalls beendet? Derartige fiktive Lebensläufe heranzuziehen und für die Unterhaltschancen des bedürftigen Ehegatten gerichtlich zu bewerten, kann methodisch nicht überzeugen, weil die Argumentation in den allermeisten Fällen spekulativ bleiben muss. Noch dazu bringt man die geschiedenen Ehepartner in eine wenig angenehme Situation – zwingt man doch den einen, den anderen als Hemmschuh für eine großartige berufliche Karriere darzustellen und den anderen, den einen im Gegenzug als wenig ambitioniert oder geeignet für einen derartigen Lebensweg zu beschreiben.⁹⁷ Nach welchen Kriterien die Gerichte am Ende das eine oder andere Szenario für überzeugender halten, bleibt zudem gänzlich unklar.⁹⁸

Man muss also nach einem anderen rechtfertigenden Grund für den unbefristeten und am ehelichen Lebensstandard orientierten nahehelichen Unterhalt suchen, und dieser kann, wie oben angedeutet, nur in der *gemeinsamen Verantwortung für gemeinsam getroffene Lebensentscheidungen* liegen.⁹⁹ Mit der Heirat oder der Begründung einer Lebenspartnerschaft entscheiden sich die Eheleute dafür, ihre Lebenswege zu verbinden. Wie sie ihr gemeinsames Leben ausgestalten, ist ihre Sache. Sie können finanziell voneinander unabhängig bleiben, ihre Konten trennen und ehevertraglich vereinbaren, einander nach der Trennung nichts zu schulden. Sie können aber auch entscheiden, dass einer der Ehepartner das Geld verdient und der andere den Haushalt führt, und dies ist ihr gutes Recht auch dann, wenn sie keine Kinder haben. In diesem Fall verzichtet ein Ehegatte auf die finanzielle Eigenständigkeit und der andere willigt ein, ihn finanziell zu versorgen. Im Gegenzug wird er von häuslichen Arbeiten entlastet. Das Ernährer-/Hausfrauen-Modell und auch die Zuverdienergemeinschaft sind Lebensformen, die auf Gegenseitigkeit angelegt sind und von denen beide Partner auf die eine oder andere Weise profitieren.¹⁰⁰ Jedoch trifft die Scheidung der Ehe den haushaltführenden Ehegatten ungleich härter: Während der erwerbstätige Partner sein Berufsleben nahezu unverändert fortführen kann, muss er – im Regelfall: sie – sich neu orientieren. Faktisch ist es für Personen, die längere Zeit nicht erwerbstätig waren, schwierig, eine adäquate Stelle zu finden.¹⁰¹ Vor längerer Zeit erworbene Qualifikationen entsprechen häufig nicht mehr dem aktuellen fachlichen Standard, fehlende Berufserfahrung und fortgeschrit-

96 Vgl. BGH FamRZ 2012, 951, Ziff. 25: „Ein ehebedingter Nachteil äußert sich in der Regel darin, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte nahehelich nicht die Einkünfte erzielt, die er ohne die Ehe und Kinderbetreuung erzielen würde.“ Siehe auch die methodisch fragwürdigen Figuren einer „Entwicklung einer hypothetischen Erwerbsbiographie“ (BGH FamRZ 2013, 860, Ziff. 29) bzw. einer „retrospektiven Prognose unter Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten“ (OLG Hamm, 18.12.2009, Az. 13 VF 272/07).

97 Anschaulich BGH FamRZ 2013, 860, Ziff. 27 ff.; OLG Brandenburg, 21.02.2012, Az. 10 UF 253/11. Kritisch *Schwab* (Anm. 7), S. 148; *Feldhoff* (Anm. 3), S. 151 f.; *Wellenhofer* (Anm. 57), S. 689.

98 Vgl. dazu z. B. die Entscheidung BGH FamRZ 2013, 864, in der es um die Frage ging, ob die Ehefrau ohne die Ehe weiter „schwarz“ als Buchhalterin gearbeitet hätte (so der Ehemann) oder ob sie alsbald in eine Beschäftigung auf dem regulären Arbeitsmarkt zurückgekehrt wäre (so die Ehefrau). Siehe auch OLG Düsseldorf NJW 2012, 3382 (potentielle Verdienstmöglichkeiten einer Volljuristin).

99 Vgl. *Kähler* (Anm. 25), S. 75, 79 ff.; ähnlich auch *Schwab* (Anm. 7), S. 152.

100 Vgl. *Kraus* (Anm. 11), S. 237.

101 *Erster Gleichstellungsbericht* (Anm. 9), S. 122 ff.

tenes Alter können Hindernisse für die Einstellung sein. Es wäre unbillig, die Verantwortung für diese Lebenslage dem betroffenen Ehegatten allein zuzuschieben – immerhin haben beide Partner das Modell mehr oder weniger lange miteinander gelebt. Diese gemeinsame Lebensentscheidung für ein Modell, das finanzielle Abhängigkeit und nacheheliche Bedürftigkeit geradezu regelhaft erzeugt, ist der rechtfertigende Grund für den nachehelichen Unterhalt. Möchte man hier von Nachteilen sprechen, wie der Gesetzeswortlaut vorschreibt, so sollte man die *nachteilige* Situation aus einem *Vergleich der aktuellen Lebenslagen* beider Ehegatten ableiten: Wer von ihnen wird durch die Scheidung stärker in seiner bisherigen Lebensführung beeinträchtigt und wer befindet sich finanziell in der schlechteren Position? Das Prinzip der Eigenverantwortung wird damit nicht obsolet: Es verpflichtet den bedürftigen Ehegatten, nach seinen gegebenen Möglichkeiten aus der Abhängigkeit von dem früheren Partner herauszuwachsen.

3.3 Das Verhältnis von privater und öffentlicher Solidarität

Wie lange aber kann ein früherer Ehegatte an der Unterhaltspflicht festgehalten werden, wenn die Bedürftigkeit des anderen nicht zu überwinden ist? Diese Frage berührt nicht nur die Beziehung der geschiedenen Partner untereinander, sondern auch das Verhältnis von privater und öffentlicher Solidarität.¹⁰² Bleibt einer der Partner abhängig von Transferleistungen, so begründet dies unter Umständen eine lebenslange nacheheliche Verpflichtung – ein Umstand, der dem Interesse, die Lebenswege vollständig voneinander zu trennen, massiv zuwiderläuft. Endet aber die private Unterhaltspflicht, wird der bedürftige Partner abhängig von öffentlichen Sozialleistungen. Nun ist es zunächst einmal nicht Aufgabe der öffentlichen Hand, Lebensentscheidungen der Ehepartner, die zur finanziellen Abhängigkeit des einen vom anderen führen, mit Sozialleistungen abzusichern.¹⁰³ In anderen Worten: Wer sich bewusst auf eine Versorgerehe einlässt, muss damit leben, dass die Verantwortung für den bedürftigen Partner über die Ehezeit hinaus fortbesteht. Auf der anderen Seite hat aber auch der Bedürftige diese Entscheidung in dem Wissen getroffen, dass die Ehe enden oder dass der Unterhaltspflichtige aus anderen Gründen – Arbeitslosigkeit, Krankheit – ausfallen kann. Zudem verändert sich das Verhältnis der Ehegatten mit dem Ende der Paarbeziehung, und es ist nicht im Sinne einer freien Familiengestaltung, wenn Eheleute sich ihre Scheidung finanziell nicht leisten können. Dadurch wird die Freiheit der familiären Lebensgestaltung ebenfalls beeinträchtigt – hier in Gestalt des Rechts, eine Ehe zu beenden und sich aus einer sozialen Beziehung vollständig zu lösen.¹⁰⁴ Auch zwischen der privaten Unterhaltspflicht und der Pflicht der öffentlichen Hand zur sozialen Existenzsicherung (Art. 20 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) muss daher ein angemessener Ausgleich gefunden werden. Besser als mit fiktiven Lebensverläufen und der Suche nach ehebedingten Nachteilen zu hantieren, wäre es hier möglicherweise, ähnlich wie bei den modifizierten Altersphasenmodellen mit regelhaften Befristungen zu arbeiten. Ein derartiges Vorgehen schlägt beispielsweise *Kähler* vor, der die Ehedauer zum maßgeblichen Faktor der Dauer des Unterhalts machen möchte.¹⁰⁵ Es könnte sich lohnen, diesen Ansatz weiter zu verfolgen und differenzierter auszuarbeiten, weil er konsequent an die *gemeinsamen Entscheidungen während der Ehezeit* und die *tatsächlichen Umstände zur Zeit der Scheidung* anknüpft. Zwar käme eine rein pauschale Berechnung nach Ehedauer und Einkommensverteilung den individuellen Lebensverhältnissen vermutlich in vielen Fällen nicht nah genug. Man hätte aber immerhin einen

102 Die Frage stellt sich auch für den Betreuungsunterhalt, vgl. OLG Frankfurt/Main FamFR 2012, 322 und ausführlich *Wapler* (Anm. 29), S. 251 ff. Allgemein *Wersig* (Anm. 47), S. 275–288.

103 *Kähler* (Anm. 25), S. 278.

104 *Kähler* (Anm. 25), S. 276.

105 *Kähler* (Anm. 25), S. 276 ff.

Ansatzpunkt, von dem aus man dann die Besonderheiten des Einzelfalls – etwa schwere Krankheiten des Ehegatten, seine tatsächlichen Chancen auf dem Arbeitsmarkt, sein Lebensalter etc. – einbeziehen und gewichten könnte. Und der bedürftige Ehegatte wäre von der problematischen Obliegenheit entlastet, seine Lebensentscheidung, Sorge und Verantwortung für andere zu übernehmen und eigene Karrierechancen zurückzustellen, als „ehebedingten Nachteil“ im Vergleich zu vermeintlich besseren Lebensmöglichkeiten darzustellen und dadurch im Nachhinein gewissermaßen als wiedergutmachungsbedürftige Fehlentscheidung zu qualifizieren.

4 Die Aktualität des Vertrauenstatbestands und die Reform des § 1578 b BGB

Mit der Unterhaltsrechtsreform ging offenkundig die Vorstellung einher, der Gesichtspunkt des Vertrauens in eine einmal getroffene Rollenverteilung betreffe überwiegend Altfälle und sei folglich nur noch für eine Übergangszeit erforderlich. Der Reform wohnt zudem ein gewisser erzieherischer Impetus inne, insbesondere Frauen vor dem Schritt in die finanzielle Abhängigkeit abzuhalten. Die Praxis des Unterhaltsrechts zeigt jedoch, dass der Verzicht auf Karrierechancen zugunsten der Kinderbetreuung keineswegs zu den überwundenen Phänomenen gehört. Das reine Ernährer-/Hausfrauenmodell wird immerhin noch von einem Drittel der Paare mit Kindern gelebt. Hinzu kommt ein erheblicher Anteil sogenannter *Zuverdienerlebensgemeinschaften* mit einem vollschichtig und einem teilschichtig arbeitenden Partner.¹⁰⁶ Dabei setzen sich in der Breite bei heterosexuellen Paaren spätestens mit der Geburt von Kindern die traditionellen geschlechtsspezifischen Rollenverteilungen durch.¹⁰⁷ Aktuell nimmt die Teilzeitquote erwerbstätiger Mütter eher zu als ab.¹⁰⁸ Die Entscheidung für Kinder bleibt damit ein biographisches Risiko insbesondere für Frauen.¹⁰⁹ Die Unterhaltsrechtsreform und die sie umsetzende Rechtsprechung haben dieses Risiko im Vergleich zur alten Rechtslage noch verschärft, indem sie eine *normative* Annahme zugrunde legen, die von den Lebensrealitäten erheblich abweicht. Das Prinzip der individuellen Eigenverantwortung entspricht dem Geist der Zeit. Es hat aus der Sicht einer individualisierten Gesellschaft durchaus etwas für sich, weil es den Menschen ermuntert, Verantwortung für sein eigenes Schicksal zu übernehmen und sich nicht sehenden Auges in existenzielle Abhängigkeiten zu begeben. Zur freien Lebensgestaltung gehört aber auch die Wahl, Verantwortung *für Dritte* zu übernehmen, seien es Kinder, Pflegebedürftige oder eine vollzeitberufstätige Person. Es ist eine Illusion, dass diese Formen der Sorgearbeit ohne Abstriche an Karrierechancen und Verdienstmöglichkeiten zu leisten sind. Im Übrigen ist es auch ein legitimer Lebensentwurf, die Sorge für andere zu seinem primären Lebensinhalt zu machen und Erwerbsarbeit für zweitrangig zu halten. Das Ernährer-/Hausfrauenmodell hat zu Recht als *Leitbild* des Familienrechts ausgedient, aber es zu leben, fällt weiterhin unter die Familiengestaltungsfreiheit gem. Art. 6 Abs. 1 GG.

Im reformierten nachehelichen und nachpartnerschaftlichen Unterhaltsrecht führt die oben dargestellte Verabsolutierung des Prinzips der Eigenverantwortung dazu, dass ausgerechnet diejenigen benachteiligt werden, die ihre individuellen Erwerbs- und Karrierechancen zugunsten der

106 Keller/Haustein (Anm. 12), S. 1086 f.: Im Jahr 2011 war in 30% der Paargemeinschaften mit Kindern der Mann der Alleinverdiener, in 55% waren beide Eltern erwerbstätig. In diesen Lebensgemeinschaften war in 70% der Mann in Vollzeit, die Frau in Teilzeit beschäftigt. In 5% aller Paargemeinschaften ist die Frau die Familienernährerin. Siehe auch *Erster Gleichstellungsbericht* (Anm. 9), S. 117.

107 Vgl. *Erster Gleichstellungsbericht* (Anm. 9), S. 188 f.

108 Keller/Haustein (Anm. 12), S. 1084.

109 *Achter Familienbericht* (Anm. 9), S. 22.

Sorge *für andere* zurückgestellt haben. Der Gesetzgeber hat diese Schieflage mittlerweile erkannt und § 1578b BGB geändert. Nunmehr ist die Dauer der Ehezeit wieder besonders zu berücksichtigen, wenn man über eine Befristung oder Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts entscheidet. Wichtiger und richtiger wäre es jedoch, auf einer sehr viel grundsätzlicheren Ebene darüber zu diskutieren, wo das Prinzip der individuellen Eigenverantwortung seine Grenzen hat: Die Fürsorgebedürftigkeit eines guten Teils der Bevölkerung gehört zu den Lebensrealitäten jeder Gesellschaft. Für diese Menschen müssen andere sorgen, und für diese Sorge bedarf es der notwendigen Ressourcen, allen voran Zeit und Geld. Doch das allein kann nicht genügen: Die Entscheidung dafür, einen Teil seiner Lebenszeit der Sorge für andere zu widmen, sollte nicht als begründungsbedürftiger Ausnahmefall oder bedauerlicher Nachteil gegenüber vermeintlich besseren Lebensmöglichkeiten bewertet werden, sondern als eine legitime und nicht zuletzt auch altruistische Lebensentscheidung, die familiärer und gesellschaftlicher Anerkennung bedarf.

Verf.: PD Dr. Friederike Wapler, Entlastungsprofessur für Öffentliches Recht, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Fachbereich Rechtswissenschaft, Grüneburgplatz 1, Postfach 72, 60323 Frankfurt am Main; E-Mail: wapler@gmx.de.