

Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

Münch

3. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-73865-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nommen hat, die nach hier vertretener Auffassung zweifelsfrei der Erwerbstätigkeit gleichgestellt ist.

Im Rahmen von § 1573 Abs. 2 BGB ist umstritten, ob die Vorschrift die Überschreitung einer **Geringfügigkeitsschwelle** voraussetzt.²³⁶ So wird vertreten, dass der Anspruch auf Aufstockungunterhalt einen Mindestbetrag²³⁷ bzw. das Überschreiten einer prozentualen Grenze²³⁸ voraussetzt. *Brudermüller* steht dem im Grundsatz zustimmend gegenüber: Es kommt auf die Umstände im Einzelfall an.²³⁹ Nach hier vertretener Auffassung kann dem nicht gefolgt werden; eine Geringfügigkeitsschwelle sieht das Gesetz ausweislich des Wortlautes nicht vor. Auch bräuchte eine solche keine praktischen Erleichterungen: Die Prüfung des jeweils unterhaltsrelevanten Einkommens und die entsprechende Gegenüberstellung werden durch eine fiktive Geringfügigkeitsschwelle nicht obsolet. Schlussendlich können gerade im Segment der sozial schwächeren Ehegatten auch „geringfügige“ Beträge tatsächlich viel ausmachen.

Diskutiert wird weiterhin die Frage, ob § 1573 Abs. 2 BGB eine Regelung beinhaltet, nach der die ehelichen Lebensverhältnisse über die Scheidung hinaus unbegrenzt (verschuldensunabhängig) garantiert werden. Eine solche Lebensstandardgarantie hat einst der BGH aus der Ehe als Solidargemeinschaft hergeleitet.²⁴⁰

Vereinzelte folgen dieser Rechtsprechung noch Stimmen in der Literatur;²⁴¹ ganz überwiegend wird aber eine in § 1573 Abs. 2 BGB verortete Lebensstandardgarantie insbesondere mit dem Verweis auf die geänderte Rechtsprechung des BGH und auf das „neue“ Unterhaltsrecht abgelehnt.²⁴²

Nach hier vertretener Auffassung beinhaltet § 1573 Abs. 2 BGB durchaus und grundsätzlich eine solche Garantie. Die in der Ehe erreichte Lebensqualität resultiert in der Regel aus der Arbeit beider Ehegatten sowie aus den Synergieeffekten, welche das Zusammenleben grundsätzlich mit sich bringt. Diese Lebensqualität, dieser Lebensstandard darf durch eine Scheidung nicht abrupt zum Nachteil eines Ehegatten abbrechen. Beide Ehegatten haben vielmehr unter den genannten Entstehensvoraussetzungen das Recht, an diesem Lebensstandard, vermindert um die naturgemäß entfallenden Synergieeffekte, zu partizipieren. Das garantiert § 1573 Abs. 2 BGB, insbesondere auch und gerade für die Doppelverdienerhe.²⁴³ Daran hat auch das „neue“ Unterhaltsrecht nichts geändert.²⁴⁴ Entsprechend dem Wortlaut und der Ratio von § 1573 Abs. 2 BGB beinhaltet Nämliche daher dem Grunde nach eine Lebensstandardgarantie. Diese ist aber natürlich nicht unbegrenzt. § 1573 Abs. 5 BGB aF ist nicht ersatzlos entfallen, sondern auf Grund von § 1578b BGB überflüssig geworden. Ob und in welchem Umfang aber die grundsätzlich im Gesetz festgeschriebene Lebensstandardgarantie eingeschränkt wird, ist keine Frage von § 1573 Abs. 2 BGB, sondern allein nach § 1578b BGB zu beurteilen. Im Rahmen von § 1578b BGB ist sodann die Rechtsprechung des BGH²⁴⁵ und das neue Unterhaltsrecht bzw. die darin zum Ausdruck kommende Wertung, insbesondere der Grundsatz der Eigenverantwortung, angemessen zu berücksichtigen (vgl. insoweit → Rn. 232 ff.).

²³⁶ Zum Problem *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 2024 (den Streit aber offen lassend); Palandt/*Brudermüller* BGB § 1573 Rn. 15 mwN.

²³⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 947: 50 EUR.

²³⁸ OLG München FamRZ 2004, 1208; OLG Koblenz NJW-RR 2006, 151; ausführlich hierzu *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 2024.

²³⁹ Palandt/*Brudermüller* BGB § 1573 Rn. 15.

²⁴⁰ BGH FamRZ 1982, 892.

²⁴¹ *Langenfeld/Milzer* Eheverträge-HdB Rn. 575.

²⁴² BGH FamRZ 2006, 1006; *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 2027; Palandt/*Brudermüller* BGB § 1573 Rn. 13.

²⁴³ Palandt/*Brudermüller* BGB § 1573 Rn. 15.

²⁴⁴ Anders *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 2027.

²⁴⁵ BGH FamRZ 2006, 1006.

2. Gestaltungsmöglichkeiten

- 135 Ausgangspunkt der Begutachtung von Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Aufstockungsunterhalts ist (erneut) die Kernbereichslehre des BGH, nach welcher dem Aufstockungsunterhalt nur eine marginale Bedeutung zukommt.²⁴⁶ Die Rechtfertigung hierfür liegt allerdings nicht in § 1573 Abs. 4 BGB, sondern vielmehr in den bereits zu § 1573 Abs. 1 BGB ausgeführten Argumenten, insbesondere also darin, dass ein Vertrauensschutz auf die Solidar- und Gefahrengemeinschaft Ehe bei einem antizipativen Verzicht nicht entstehen kann (→ Rn. 125). Daher ist der **Aufstockungsunterhalt grundsätzlich und ohne Ausnahme disponibel**. Dies gilt vor allen Dingen auch dann, wenn der Aufstockungsunterhalt als Folgeunterhalt zu § 1570 BGB gewährt wird.²⁴⁷ *Eickelberg* weist hier darauf hin, dass die Disponibilität möglicherweise dann eingeschränkt ist, wenn der Aufstockungsunterhalt „konkrete ehebedingte Nachteile ausgleichen soll“.²⁴⁸ Entsprechend dem vorstehend erörterten Anwendungsbereich ist § 1573 Abs. 2 BGB jedoch dem Grunde nach zunächst eine Lebensstandardgarantie ausdrücklich losgelöst von der Kompensation ehebedingter Nachteile. Letztere wären ausschließlich iRv § 1570 BGB zu berücksichtigen oder aber könnten auf der Stufe von § 1578b BGB zu einer Einschränkung des dem Grunde nach vorliegenden § 1573 Abs. 2 BGB führen.
- 136 Entsprechend den vorstehend aufgezeigten rechtlichen Problemen und Fragestellungen kommt § 1573 Abs. 2 BGB in der Praxis insbesondere hinsichtlich der Frage nach dem **Umfang der Lebensstandardgarantie** erhebliche Bedeutung zu. Dies in einem zweifachen: Zum einen ist regelmäßig fraglich, wie lange und in welcher Höhe der an § 1578 BGB orientierte Lebensstandard gehalten werden muss. Dies ist eine Frage von § 1578b BGB bzw. dessen vertraglicher Modifikation (dazu → Rn. 232 ff., → Rn. 246 ff.). Zum anderen lässt sich aber individualvertraglich schon auf der Tatbestandsseite eine individualvertragliche Modifikation der Referenzgröße des Aufstockungsunterhalts vereinbaren. Eine solche Vereinbarung ist insbesondere dann gefragt und empfehlenswert, wenn die ehelichen Verhältnisse primär in der Person des potentiell Unterhaltsverpflichteten begründet liegen. Das ist namentlich die **Unternehmerehe**. Die Referenzgröße lässt sich dabei vielschichtig ausgestalten:
- 137 So wird vorgeschlagen, als Referenzgröße nicht die ehelichen Lebensverhältnisse, sondern die jeweiligen persönlichen Verhältnisse des potentiell Unterhaltsberechtigten zu vereinbaren (sog. „**Nerz-Klausel**“).²⁴⁹ Dieser Gestaltungsvorschlag lässt allerdings Fragen offen. So könnte die Definition der persönlichen Verhältnisse insbesondere nach einer längeren Ehedauer fraglich werden, insbesondere dann, wenn der entsprechende Ehegatte unentgeltlich im Unternehmen des anderen Ehegatten mitgearbeitet und nebenbei die Hausarbeit erledigt hat.
- 138 Vorteilhafter erscheint insoweit eine Vereinbarung, wonach die Referenzgröße zahlenmäßig festgelegt wird. Dies kann – ähnlich wie bereits iRv § 1573 Abs. 1 BGB vorgeschlagen – mit einem **Ehephasenmodell** kombiniert werden. Diese Lösung vermeidet zum einen, dass der potentiell Unterhaltsberechtigte an einem Lebensstandard partizipiert, den er nicht erwirtschaftet hat. Zum anderen wird nicht ein unbestimmter Rechtsbegriff („eheliche Lebensverhältnisse“) durch einen anderen („persönliche Verhältnisse“) ersetzt, sondern es werden klare und insoweit Streitvermeidende Rechtspositionen geschaffen.

²⁴⁶ BGH FamRZ 2004, 601; FamRZ 2008, 582.

²⁴⁷ AA *Eickelberg* RNotZ 2009, 1 (27).

²⁴⁸ DNotI-Gutachten Nr. 95486, S. 6 mit Verweis auf *Eickelberg* RNotZ 2009, 1 (27).

²⁴⁹ *Langenfeld/Milzer* Eheverträge-HdB Rn. 575.

Formulierungsbeispiel: Aufstockungsunterhalt nach Ehephasen

139

Der Notar hat den Eheleuten den sog. Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB) erläutert. Die Eheleute modifizieren diese Vorschrift wie folgt:

1. Für den Fall, dass die Ehe bis zum Scheidungsantrag weniger als 5 Jahre angedauert hat, besteht wechselseitig kein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt.
2. Für den Fall, dass die Ehe länger als 5 Jahre dauert, definieren die Ehepartner den vollen Unterhalt iSd § 1578 Abs. 2 BGB wie folgt:
 - a) Bei einer Ehedauer von weniger als 10 Jahren kann Aufstockungsunterhalt bis zur hiermit einvernehmlich festgelegten Grenze von *** [zB: 3.000,00 EUR] gefordert werden.
 - b) Bei einer Ehedauer von weniger als 15 Jahren kann Aufstockungsunterhalt bis zur hiermit einvernehmlich festgelegten Grenze von *** [zB: 4.000,00 EUR] gefordert werden.
 - c) Bei einer Ehedauer von mehr als 15 Jahren kann Aufstockungsunterhalt bis zur hiermit einvernehmlich festgelegten Grenze von *** [zB: 5.000,00 EUR] gefordert werden.
3. [ggf.: Wertsicherungsklausel]
4. Im Übrigen bleibt die Vorschrift des § 1573 BGB unberührt.
5. [ggf.: Belehrung über den Charakter als unterhaltsverstärkender Vereinbarung]

VI. Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung, § 1575 BGB

Nach § 1575 Abs. 1 BGB besteht ein Anspruch auf Unterhalt auch dann, wenn ein geschiedener Ehegatte in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Schul- oder Berufsausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat. Ein nämlicher Anspruch besteht auch bei Fortbildung oder Umschulung (§§ 87, 92 Abs. 3 SGB VIII) zur Kompensation ehebedingter Nachteile, § 1575 Abs. 2 BGB. Voraussetzung des Anspruchs nach § 1575 BGB ist damit, dass **ehebedingte Nachteile hinsichtlich der Aus- oder Fortbildung** entstanden sind.²⁵⁰ Ehebedingt sind diese Ausbildungsnachteile aber schon dann, wenn sie in irgendeinem kausalen Zusammenhang mit der Ehe stehen; die Kausalität muss dabei aber nicht unmittelbar sein.²⁵¹

Die Rechtsprechung zu §§ 1601, 1600 BGB²⁵² wird man insoweit nicht auf § 1575 BGB übertragen können, da es durchaus denkbar (und auch praktisch relevant) ist, dass durch die Ehe auch mehrere Ausbildungen bzw. Fortbildungen unterblieben sind bzw. erschwert wurden und daher auch zu kompensierende ehebedingte Nachteile vorliegen.

Bisher hat § 1575 BGB kaum eine praktische Bedeutung und wird deswegen auch in der Literatur wenig beachtet.²⁵³ Die Abdingbarkeit bzw. die Disponibilität wird grundsätzlich und letztlich schrankenlos angenommen.²⁵⁴ Dies stimmt auch mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH überein, nach welcher der Unterhaltsanspruch des § 1575 BGB auf der letzten Stufe der Kernbereichslehre steht.²⁵⁵

Dies verwundert in einem Zweifachen: Zunächst dürfte es durchaus häufig sein, dass eine Ausbildung oder eine Fortbildung anlässlich der Ehe aufgegeben und nicht fortgeführt wird. Vor allen Dingen aber existiert mit § 1575 Abs. 2 BGB eine Vorschrift, wonach vom unterhaltsverpflichteten Ehegatten auch eine Fortbildung bzw. Umschulung fi-

²⁵⁰ MAH FamR/*Kath-Zurhorst* § 9 Rn. 83; Palandt/*Brudermüller* BGB § 1575 Rn. 1; *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 2030f.

²⁵¹ BGH NJW 1980, 393.

²⁵² OLG Hamm NZFam 2018, 604.

²⁵³ Palandt/*Brudermüller* BGB § 1575 Rn. 1.

²⁵⁴ *Langenfeld/Milzer* Eheverträge-HdB Rn. 575.

²⁵⁵ BGH NJW 2004, 930.

nanziert werden muss, die nicht anlässlich der Ehe aufgegeben wurde, sondern die eingetretenen ehebedingten Nachteile kompensiert. § 1575 Abs. 2 BGB greift also den häufigen Fall auf, dass ein Ehepartner durch die Ehe Nachteile in seinem beruflichen Fortkommen erlitten hat, zB indem Fortbildungsseminare nicht wahrgenommen wurden, berufliche Auszeiten genommen worden sind, teilweise nur halbtags gearbeitet wurde etc. Damit beinhaltet § 1575 BGB eines der zentralen Leitmotive des neuen Unterhaltsrechts, namentlich die Kompensation ehebedingter Nachteile. Zweitens kommt § 1575 BGB eine große rechtspolitische und ggf. sozialrechtliche Komponente zu: Dem Ehegatten, dem ehebedingte Ausbildungsnachteile entstanden sind und der ggf. deswegen eine schlechtere oder gar keine berufliche Tätigkeit ausübt, muss der berufliche Wiedereinstieg vereinfacht und damit ermöglicht werden. Vergewärtigt man sich die beiden genannten Aspekte – Kompensation ehebedingter Nachteile und sozialrechtlich wie rechtspolitische Wiedereingliederungshilfe – so erscheint es durchaus überdenkenswert, ob § 1575 BGB auf die letzte Stufe der Kernbereichslehre gesetzt werden kann (zu deren neuen Grenzen → Rn. 148 ff.).

- 143 Fraglich ist ebenfalls, ob der Unterhaltsanspruch nach § 1575 BGB, bei dem der unterhaltsverpflichtete Ehegatte verhältnismäßig gering belastet wird (§ 1575 Abs. 1 S. 2 BGB), dabei aber der unterhaltsberechtigten Ehegatte eine erhebliche und zudem rechtspolitische wünschenswerte Unterstützung erfährt, ohne weiteres abdingbar ist. Bei konsequenter Anwendung der bisherigen Kernbereichslehre des BGH muss nach hier vertretener Auffassung daher der Unterhaltsanspruch des § 1575 BGB mindestens gleichrangig zum Alters- und Krankheitsunterhalt sein, wenn er nicht sogar auf Grund der rechtspolitisch gewünschten Wiedereingliederungshilfe des Ehepartners davor einzuordnen ist.
- 144 Entsprechend den Ausführungen zu den Unterhaltstatbeständen der §§ 1570–1572 BGB ist im Ergebnis § 1575 BGB auch vollumfänglich disponibel. Dennoch wird der vorsichtige Vertragsgestalter die Vorschrift auf Grund der dargestellten, nicht zu unterschätzenden Bedeutung idealerweise dergestalt berücksichtigen, dass § 1575 von einem unterhaltsrechtlichen Totalverzicht ausgenommen ist. Dies hat mehrere Vorteile: Entsprechend dem Vorgesagten könnte § 1575 BGB zukünftig eine große Bedeutung beigemessen werden, insbesondere deswegen, weil hier das Aufwand–Ertrag–Verhältnis wie gezeigt durchaus ökonomisch ist. Durch das Aussparen von § 1575 BGB von einem Totalverzicht könnte insoweit dem Vorwurf einer unausgewogenen Vertragsgestaltung begegnet werden. Weiterhin kann in dem nicht ausgeschlossenen § 1575 BGB aber zusätzlich eine Kompensation für den Ausschluss der anderen Unterhaltstatbestände (§§ 1570 ff. BGB) gesehen werden: Als Ausgleich für den gänzlichen Unterhaltsverzicht finanziert der unterhaltsverpflichtete Ehepartner dem unterhaltsberechtigten Ehepartner den Wiedereinstieg in den Beruf. Eine durchaus angemessene und faire Lösung, bei der die Konditionen der Finanzierung des Wiedereinstiegs idealerweise auch noch vertraglich sowohl dem zeitlichen als auch dem finanziellen Umfang festgelegt werden.

VII. Unterhalt aus Billigkeitsgründen, § 1576 BGB

- 145 § 1576 BGB gewährt als im Verhältnis zu den anderen unterhaltsbegründenden Tatbeständen der §§ 1570 ff. BGB subsidiärer²⁵⁶ Auffangtatbestand²⁵⁷ dann einen Unterhaltsanspruch, wenn dem Unterhaltsberechtigten aus schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann und die Versagung bei Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre (sog. „**positive Generalklausel**“).²⁵⁸ § 1576 BGB muss insoweit in engem Zusammenhang zu § 1578b BGB gesehen wer-

²⁵⁶ BGH NJW 2003, 3481.

²⁵⁷ Palandt/Brudermüller BGB § 1576 Rn. 1.

²⁵⁸ MAH FamR./Kath-Zurhorst § 9 Rn. 92.

den: Während § 1578b BGB bei Unbilligkeit einen eigentlich dem Grunde nach gegebenen Unterhaltsanspruch einschränkt, begründet § 1576 BGB einen eigentlich nach dem Gesetz nicht vorgesehenen Unterhaltsanspruch bei sonst grober Unbilligkeit. Dabei sind die in § 1578b BGB Gesetz gewordenen Kriterien der Billigkeit im Sinne einer einheitlichen Gesetzesanwendung auch iRv § 1576 BGB zu berücksichtigen; dies gilt insbesondere für das Kriterium der **Kompensation ehebedingter Nachteile**, welches bis zur Unterhaltsrechtsreform für den Tatbestand von § 1576 BGB keine Bedeutung hatte.²⁵⁹ Allerdings ist die **Ehebedingtheit der groben Unbilligkeit** nicht notwendige Voraussetzung von § 1576 BGB.²⁶⁰ Dafür bietet der Wortlaut keine Anhaltspunkte. Im Übrigen ist die Kompensation ehebedingter Nachteile auch iRv § 1578b BGB nur ein (wichtiges) Kriterium neben anderen.

Mit der Forderung nach **schwerwiegenden Gründen** und **grober Unbilligkeit** 146 schreibt der Gesetzgeber im unmittelbaren Vergleich mit § 1578b BGB erhöhte Anforderungen fest. Daher verbleibt § 1578b BGB neben § 1576 BGB auch naturgemäß kein eigener Anwendungsbereich mehr. Das Gesetz macht mehr als deutlich, dass es sich bei § 1576 BGB um einen absoluten **Ausnahmetatbestand** handelt, der äußerst restriktiv zu handhaben ist. Es müssen Gründe vorliegen, die denen der in den §§ 1570 ff. BGB festgeschriebenen in ihrer Schwere in etwa vergleichbar sind; daher sind erneut die eingangs der Bearbeitung dargestellten (neuen) Leit motive des Unterhaltsrechts zu beachten. Als solche schwerwiegenden Gründe kommen beispielsweise in Betracht: Betreuung und Versorgung von nicht gemeinschaftlichen Kindern²⁶¹ sowie der praktisch immer mehr Bedeutung erlangende Fall der Pflege von Angehörigen des Verpflichteten.²⁶²

Für kautelarjuristische Tätigkeit von Bedeutung ist die **Frage nach der Abdingbarkeit des Billigkeitsunterhalts nach § 1576 BGB.** 147 Der BGH hat den Billigkeitsunterhalt (ebenso wie den Unterhaltsanspruch nach § 1575 BGB) auf die letzte Stufe seiner Kernbereichslehre gestellt²⁶⁴ und ihm damit eine nur untergeordnete Bedeutung im System des Scheidungsfolgenrechts beigemessen. Auch deswegen nimmt die ganz überwiegende Literatur eine unproblematische Abdingbarkeit von § 1576 BGB an.²⁶⁵ Eine dezidierte Begründung ist überwiegend nicht vorhanden; neben der Bezugnahme auf die vorgenannte BGH-Rechtsprechung wird insoweit vereinzelt auf § 1585c BGB verwiesen, der Unterhaltsverzichte grundsätzlich ermöglicht.²⁶⁶ Nach hier vertretener Auffassung wird sich ein vorsichtiger Vertragsgestalter dieser – wenn auch absolut herrschenden Meinung – nicht zwingend anschließen. Intention von § 1576 BGB ist es, Fälle grober Unbilligkeit, also Fälle absoluter Härte, zu vermeiden. Insoweit handelt es sich bei § 1576 BGB letztlich um eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bzw. des Sittenwidrigkeitsgedanken (§ 138 BGB), also genau der beiden Säulen der höchstrichterlichen Grundsätze zur Inhalts- und Ausübungskontrolle betreffend Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen. Es wird schwerlich möglich sein, den Ausschluss eines Tatbestandes, der Fälle absoluter Härte gerade vermeiden will, bei Vorliegen derselben dann nicht seinerseits als absolute Härte, genannt Sittenwidrigkeit, zu sehen. Daher empfiehlt es sich nach hier vertretener Auffassung durchaus, den Unterhaltstatbestand des **§ 1576 BGB bei einem Totalverzicht ausdrücklich auszunehmen oder** aber eine entsprechende **Kompensation einzuarbeiten.**

²⁵⁹ BGH FamRZ 1983, 800.

²⁶⁰ So aber Paldandt/*Brudermüller* BGB § 1576 Rn. 3; wie hier MAH FamR/*Kath-Zurhorst* § 9 Rn. 94.

²⁶¹ Zu Pflegekindern *Maier* FPR 2004, 440.

²⁶² MAH FamR/*Kath-Zurhorst* § 9 Rn. 94 mit weiteren Beispielen und mwN. Zur Anwendung von § 1576 BGB, wenn § 1572 BGB lediglich am Einsatzzeitpunkt scheitert: BGH NJW 2003, 3481.

²⁶³ Zu diesem Thema DNotI-Gutachten Nr. 95413.

²⁶⁴ Zuletzt BGH NJW 2008, 1080.

²⁶⁵ *Langenfeld/Milzer* Eheverträge-HdB Rn. 576; *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 2032 ff.; DNotI-Gutachten Nr. 95413 mwN, welches auch relativ problemlos zur Bejahung der kompensationslosen Abdingbarkeit kommt.

²⁶⁶ DNotI-Gutachten Nr. 95413.

VIII. Fortbestand der Kernbereichslehre?

- 148 Im Rahmen der Darstellung der Unterhaltstatbestände und ihrer Disponibilität wurde die vom BGH entwickelte Kernbereichslehre²⁶⁷ ausführlich dargestellt. In Kürze: Auf der ersten Stufe steht der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als absolut geschützter Kernbereich des Ehegattenunterhalts. Auf der zweiten Stufe²⁶⁸ stehen der Alters- und ihm gleichgeordnet der Krankheitsunterhalt.²⁶⁹ Nachrangig sind sodann der Erwerbslosen- und Aufstockungsunterhalt sowie (sodann) der Ausbildungs- und Billigkeitsunterhalt.²⁷⁰
- 149 Das Unterhaltsrechtsreformgesetz mit den eingangs dargestellten neuen, jedenfalls neu fokussierten Leitmotiven gibt Anlass zu der Überlegung, ob die tradierte Kernbereichslehre in dieser Form beibehalten werden kann.²⁷¹ Dabei geht die Bandbreite der Denkansätze von einer völligen Nichtbeachtung der Kernbereichslehre über eine bloße ggf. vereinfachende Modifikation derselben bis hin zur schlichten Beibehaltung. So geht *Langenfeld* davon aus, dass die „Neustrukturierung des § 1570 BGB Einfluss auf die Kernbereichsleiter des BGH hat“.²⁷² *Langenfeld* nimmt insoweit an, dass § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB zum unabänderbaren Kern des Scheidungsfolgenrechts zählt, dicht gefolgt, aber schon einer Konkretisierung zugänglich, von § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB; § 1570 Abs. 2 BGB gehört demgegenüber wohl schon nicht mehr zum Kernbereich.²⁷³ In eine ähnliche Richtung argumentieren auch *Münch* und *Berringer/Menzel*, wenn sie davon ausgehen, dass der unantastbare Kernbereich der Ehwirkungen auf ein Minimum reduziert ist.²⁷⁴
- 149a Unlängst hat sich auch *Milzer* mit der Thematik befasst: Er kommt zu dem Ergebnis, dass die sog. Kernbereichslehre nunmehr lediglich ein „Disparitätsindiz“ darstellt.²⁷⁵ *Milzer* folgert daraus, dass zukünftig „das „Wie“ mehr zählt als das „Was“, also insbesondere dem Zustandekommen eines Ehevertrages besondere Bedeutung beigemessen werden muss.
- 150 Diesen Ansätzen ist im Ausgangspunkt zuzustimmen. Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz stellt als zentrales Leitmotiv den Grundsatz der Eigenverantwortung (§ 1569 BGB) voran. Damit schwächt der Gesetzgeber den Gedanken der nachehelichen Solidarität erheblich, wenn er ihn auch (noch) nicht vollständig aufgibt. Wenn aber zentrales Leitmotiv die Eigenverantwortung ist, kann es einen unantastbaren Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts als Ausdruck nachehelicher Solidarität eigentlich überhaupt nicht mehr geben. Ein absoluter und damit besonders geschützter Kernbereich des Ehescheidungsrechts lässt sich angesichts der deutlichen gesetzgeberischen Entscheidung (und der insoweit auch schon ergangenen, dies umsetzenden Rechtsprechung)²⁷⁶ nicht mehr rechtfertigen. Insbesondere bedarf es dieses Schutzes iRV § 1570 Abs. 1 BGB auch gar nicht, da sich die ggf. eingeschränkte Disponibilität bereits aus dem zweiten zentralen Leitmotiv des Unterhaltsrechts, namentlich dem des Kindeswohles, ergibt.
- 151 Daher vermag die hier vertretene Auffassung keine Rechtfertigung dafür zu erkennen, warum § 1570 Abs. 1 BGB noch zum absoluten Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehören und damit besonderen Schutz erfahren soll. Das Gesetz misst dem Betreuungsunterhalt gerade keine exponierte Stellung bei, steht also der Festschreibung eines Kernbereiches entgegen und trägt daher die Forderung der Abschaffung der Kernbereichslehre in sich. Dies ergibt sich auch noch aus Folgendem: Zentrales Leitmotiv des neuen Unter-

²⁶⁷ Grundlegend und ausführlich BGH NJW 2004, 930.

²⁶⁸ Vgl. BGH DNotZ 2004, 550.

²⁶⁹ BGH FamRZ 2005, 1449.

²⁷⁰ Grundlegend *Langenfeld* ZEV 2004, 311.

²⁷¹ In diese Richtung *Dauner-Lieb* FF 2010, 343; *Milzer* NZFam 2014, 773.

²⁷² *Langenfeld/Milzer* Eheverträge-HdB Rn. 610–614.

²⁷³ *Langenfeld/Milzer* Eheverträge-HdB Rn. 610–614. In eine ähnliche Richtung argumentiert auch *Münch* Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 719, vorsichtig: Rn. 818.

²⁷⁴ *Münch* FamRZ 2009, 171; *Berringer/Menzel* MittBayNot 2008, 165 (172).

²⁷⁵ *Milzer* NZFam 2014, 773 (774).

²⁷⁶ BGH NJW 2008, 3125; OLG München FamRZ 2008, 1945; OLG Köln NJW 2008, 2659; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1254.

haltsrechts ist erklärtermaßen die Kompensation ehebedingter Nachteile (vor allen Dingen: §§ 1570 Abs. 2, 1578b BGB).²⁷⁷ Neben dem Grundsatz der Eigenverantwortung und der besonderen Bedeutung des Kindeswohles ist dieser Kompensationsgedanke die dritte zentrale Säule des Unterhaltsrechts. Gerade dieses Motiv wird aber durch den nach der tradierten Kernbereichslehre auf letzter Stufe stehenden Ausbildungsunterhalt (§ 1575 BGB) verwirklicht. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diesem wichtigen Unterhaltstatbestand (insbes. § 1575 Abs. 2 BGB) eine nur untergeordnete Bedeutung hat beimessen wollen. Schlussendlich darf noch auf § 1576 BGB verwiesen werden: Die Kernbereichslehre des BGH verweist diese Vorschrift auf den letzten Platz, obschon diese gerade Fälle besonderer, „grober“ Unbilligkeit erfassen möchte. Wie bereits erörtert, ist es nicht zu rechtfertigen, auf der einen Seite trotz angeordneter primärer Eigenverantwortung den Betreuungsunterhalt dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zuzuordnen, auf der anderen Seite aber besonders krasse und vom Gesetzgeber gerade durch § 1576 BGB kompensierte Unbilligkeitskonstellationen von diesem Kernbereich auszunehmen.

Im Ergebnis vermag die hier vertretene Auffassung daher **keine Rechtfertigung für den Fortbestand der Kernbereichslehre** zu erkennen; die vom BGH und vom BVerfG entwickelten Grundsätze zur Inhalts- und Ausübungskontrolle²⁷⁸ von Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen sind im Lichte des neuen Unterhaltsrechts²⁷⁹ vollständig neu zu überdenken.²⁸⁰ Maßgebend darf hier nicht mehr die tradierte Kernbereichslehre sein; es muss vielmehr von den gesetzgeberischen Leitmotiven ausgegangen werden. In diesem Sinne hat sich der BGH inzwischen auch geäußert, wenn er feststellt, dass „mit der Anpassung von Eheverträgen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbrauchskontrolle (§ 242 BGB) allein ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden sollen“.²⁸¹

In der Praxis sollte aber nicht vergessen werden, dass die vorstehenden Ausführungen zurzeit nur eine – wenn auch im Vordringen befindliche²⁸² – Mindermeinung darstellen. Der vorsichtige Vertragsgestalter wird daher die vom BGH entwickelte Kernbereichslehre weiterhin anwenden. Dies muss in der Kautelarpraxis jedenfalls dazu führen, dass bei jedwedem Unterhaltsverzicht die Vorschrift des § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB, besser sogar zusätzlich § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB, individualvertraglich ausgenommen wird. Aus den genannten Gründen besteht nach hier vertretener Auffassung eine erhebliche Tendenz, ebenfalls die Vorschrift des § 1576 BGB von einem Unterhaltsverzicht im Übrigen auszunehmen oder aber auf geeignete Weise zu kompensieren (vgl. insoweit das Gesamtmuster zum Totalverzicht → § 22 Rn. 13).

IX. Angemessene Erwerbstätigkeit – § 1574 BGB

§ 1574 BGB ist in einem Zusammenhang zu § 1569 BGB zu sehen: Letzterer formuliert den Grundsatz der Eigenverantwortung, während § 1574 BGB insoweit konkretisierend²⁸³ die Obliegenheit des geschiedenen Ehegatten festschreibt, eine angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben. Dabei definiert § 1574 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB jede Erwerbs-

²⁷⁷ Insoweit vergleichbarer Ansatz *Dauner-Lieb* FF 2010, 343.

²⁷⁸ Unlängst: BGH NJW 2018, 2871.

²⁷⁹ Vgl. zu den Auswirkungen des neuen Unterhaltsrechts auf die Grundsätze zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von (vorsorgenden) Eheverträgen *Vieflues* ZNotP 2008, 17; DNotl-Gutachten Nr. 95486, wonach sich iErg „auch im sensiblen sog. Kernbereich der Scheidungsfolgen der Gestaltungsspielraum erweitert hat und damit die Eingriffsschwelle für eine Inhalts- und Ausübungskontrolle angehoben worden ist.“

²⁸⁰ In diesem Sinne auch auch *Milzer* NZFam 2014, 773, nach dem die Kernbereichslehre nunmehr nur noch eine Disparitätslehre darstellt.

²⁸¹ BGH NJW 2018, 2871 Rn. 31.

²⁸² *Kleffmann/Kleffmann* FuR 2014, 72 (76); *Milzer* NZFam 2014, 773.

²⁸³ BT-Drs. 16/1830, 17.

tätigkeit als angemessen, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, nunmehr auch einer früheren Erwerbstätigkeit, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand des geschiedenen Ehepartners entspricht. Dies gilt aber nur, soweit sich nicht aus den ehelichen Lebensverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Dauer der Ehe und der Erziehung der gemeinschaftlichen Kinder etwas anderes ergibt, § 1574 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 und S. 2 BGB.

1. Anwendungsbereich

- 155 Die Qualifikation einer Erwerbstätigkeit als angemessen hat in einer **Gesamtabwägung** sämtlicher hierfür relevanter Umstände zu erfolgen, wobei die in § 1574 Abs. 2 BGB genannten Kriterien besonders berücksichtigt werden müssen.²⁸⁴
- 156 Im Zuge der Unterhaltsrechtsreform neu in § 1574 Abs. 2 BGB aufgenommen ist das Tatbestandsmerkmal des **vorehelich ausgeübten Berufes**. Hierdurch wird einmal mehr betont, dass die Ehe nach hM keine Lebensstandardgarantie begründet.²⁸⁵ Im Gegenteil: Die Angemessenheit der Erwerbstätigkeit beurteilt sich im Grundsatz ausschließlich aus der Sphäre des geschiedenen Ehepartners, losgelöst von den ehelichen (ggf. wirtschaftlich besseren) Lebensverhältnissen. So ist die (geschiedene) Unternehmergattin im Grundsatz auf die vorehelich erworbene Qualifikation als Sekretärin zu verweisen, auch wenn damit ein erheblicher wirtschaftlicher Abstieg verbunden ist.
- 157 Problematisch ist die Konstellation dann, wenn der geschiedene Ehepartner **während der Ehe eine Tätigkeit ausgeübt hat, die seinem vorehelich erworbenen Ausbildungsstand gerade nicht entspricht**.²⁸⁶ Diese Tätigkeit wäre ausweislich des Wortlautes ebenfalls eine frühere, so dass sich der geschiedene Ehepartner auch auf diese Tätigkeit verweisen lassen muss. Nach hier vertretener Auffassung muss der Wortlaut aber insoweit teleologisch eingeschränkt werden: Der geschiedene Ehegatte kann nur dann auf eine während der Ehe ausgeübte und seiner vorehelich erworbenen Qualifikation eigentlich nicht entsprechende Tätigkeit (zB die Mitarbeit einer approbierten Ärztin als Aushilfskraft in der Praxis des Ehemannes) verwiesen werden, wenn die Aufnahme dieser Tätigkeit **nicht ehebedingt** gewesen ist. Eine iSd ehelichen Gemeinschaft aufgenommene Tätigkeit darf sich für den geschiedenen Ehegatten nicht nachteilig auswirken. Sonst läge auch wiederum durch die Aufnahme dieser Tätigkeit und anschließender Berücksichtigung iRv § 1574 Abs. 2 BGB ein (zu kompensierender) ehebedingter Nachteil. War die Aufnahme der eigenen Qualifikation jedoch nicht ehebedingt (zB weil der Ehepartner in seinem alten Beruf nicht mehr arbeiten möchte oder kann), so erfasst § 1574 Abs. 2 BGB auch diese Tätigkeit.

2. Gestaltungsoptionen

- 158 Die Gestaltungsvarianten iRv § 1574 BGB sind vielfältig.²⁸⁷ So hat die individualvertragliche Vereinbarung, was die Ehepartner unter einer angemessenen Erwerbstätigkeit verstehen, erhebliche praktische Relevanz. So kann etwa vereinbart werden, dass die voreheliche Tätigkeit (zB als Rechtsanwaltsgehilfin) nach einer bestimmten Ehedauer als nicht mehr angemessen iSv § 1574 BGB anzusehen ist.²⁸⁸ Die Angemessenheit einer Tätigkeit kann auch durch die Definition eines entsprechenden Minimalentgeltes erfolgen. So kann etwa vereinbart werden, dass jede Tätigkeit angemessen ist, solange der entsprechende Ehegatte ein Entgelt in Höhe von mindestens 2.500 EUR brutto/monatlich erhält.

²⁸⁴ Palandt/Brudermüller BGB § 1574 Rn. 5.

²⁸⁵ Borth FamRZ 2008, 2 (10).

²⁸⁶ Vgl. Dorsel, Grundzüge des Ehevertragsrechts, Skript zum 43. Fortbildungskurs für Notarassessoren der Rheinischen Notarkammer, S. 67f.

²⁸⁷ Bsp. auch bei Langenfeld/Milzer Eheverträge-HdB Rn. 629, 630 mit Formulierungsvorschlägen.

²⁸⁸ Formulierungsvorschlag bei Schmitz, Auswirkungen des Unterhaltsänderungsgesetzes auf die notarielle Praxis, S. 52.