

# Neue Zeitschrift für Familienrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Dr. *Barbara Ackermann-Sprenger*, Rechtsanwältin, Stuttgart – Prof. Dr. h.c. *Jutta Allmendinger*, Ph.D., Präsidentin des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung – Prof. Dr. *Christoph Althammer*, Universität Regensburg – *Hartmut Gubling*, Richter am BGH, Karlsruhe – *Beate Kienemund*, Ministerialdirektorin a. D., Berlin – Prof. Dr. *Martin Löhnig*, Universität Regensburg – *Brigitte Meyer-Wehage*, Richterin am OLG, z. Zt. Nordd. Hochschule für Rechtspflege, Hildesheim – Dr. *Johannes Norpoth*, Richter am OLG Hamm – Dr. *Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Rechtsanwältin, Senatorin a. D., Berlin – *Ingeborg Rakete-Dombek*, Rechtsanwältin, Berlin – Dr. *Dr. Joseph Salzgeber*, Diplom-Psychologe, München – *Norbert Schneider*, Rechtsanwalt, Neunkirchen – Dr. *Barbara Schramm*, Rechtsanwältin, München – *Ruth Schröder*, Ministerialdirektorin im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin – *Gerd Uecker*, Rechtsanwalt, Hamburg – *Jutta Wagner*, Rechtsanwältin, Berlin – Prof. Dr. *Marina Wellenhofer*, Universität Frankfurt a. M.

Schriftleitung: *Hans-Otto Burschel*, Direktor des Amtsgerichts Bad Salzungen a. D.  
Kleiststraße 28, 36277 Schenkklengsfeld

NZFam

8 2021

Seite 329–380

8. Jahrgang

13. April 2021

## Aufsätze

Rechtsanwalt Prof. Dr. Winfried Born\*

### Trennungsbedingter Mehrbedarf: „Schnee von gestern“ oder noch relevant?

#### I. Einführung

Das Problem ist alltäglich: Der frisch getrennt lebende Ehegatte kommt zum Anwalt und klagt über neue Kosten, z. B. für Umzug, eigene Wohnung und Waschmaschine.<sup>1</sup> Der schon länger im Familienrecht tätige Anwalt erinnert sich dunkel: Trennungsbedingter Mehrbedarf, da war doch etwas; der jüngere Anwalt hat davon noch nichts gehört. Eine erste Überprüfung im Palandt ergibt: Die Rechtsfigur ist abgeschafft.<sup>2</sup> Speziellere Literatur sagt: Der trennungsbedingte Mehrbedarf spielt keine wesentliche Rolle mehr, er hat seine praktische Bedeutung weitgehend verloren.<sup>3</sup> Was tun, wenn es der Mandantschaft um Trennungs- oder nachehelichen Unterhalt geht? Muss diese "bittere Wahrheit" uneingeschränkt mitgeteilt werden, oder gibt es doch Möglichkeiten der Geltendmachung?

#### II. Rechtslage

Schon aufgrund der Probleme mit „Angelegtsein“ und „Prägung“ erscheint es zweckmäßig, zunächst den Begriff der ehelichen Lebensverhältnisse zu untersuchen (nachfolgend unter Ziff. 1), bevor man sich näher mit dem trennungsbedingten Mehrbedarf befasst (nachfolgend unter Ziff. 2).

##### 1. Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen

###### a) Grundsätze

###### aa) Gesetz

Der Bedarf stellt die Summe aller Mittel dar, die eine Person benötigt, damit sie in ihrer konkreten Situation ein menschenwürdiges Leben führen kann.<sup>4</sup>

Neben Elementarbedürfnissen (Nahrung, Wohnung, Kleidung) sind auch geistige und kulturelle Bedürfnisse (Erho-

lung, Freizeit, Bildung) erfasst; dies gilt auch für gehobene Bedürfnisse, solange sie sich beim Ehegattenunterhalt) im Rahmen des ehelichen Lebenszuschnitts halten.<sup>5</sup> Auch wenn das Gesetz in § 1610 I BGB vom "Maß des zu gewährenden Unterhalts" spricht, ist der *Lebensbedarf* nicht identisch mit dem *Unterhaltsanspruch*; für diesen ist er – neben Anspruchsgrundlage, Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit – nur eine Anspruchsvoraussetzung unter mehreren.<sup>6</sup> Beim *nachehelichen* Unterhalt bestimmt sich dessen Maß gemäß § 1578 I 1 BGB nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Beim *Trennungsunterhalt* kann ein Ehegatte von dem anderen nach § 1361 I 1 BGB den nach den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Eheleute angemessenen Unterhalt verlangen. In Altfällen besteht nach § 58 I EheG ein Anspruch auf den „nach den ehelichen Lebensverhältnissen“ angemessenen Unterhalt. Die genannten Bestimmungen stellen eine *inhaltsgleiche* Regelung der "ehelichen Lebensverhältnisse" dar, die für die Unterhaltsbemessung maßgebend sind.<sup>7</sup> Für die Praxis ist diese Einheitlichkeit zu begrüßen,

\* Der Autor ist Mitglied der *Aderhold* Rechtsanwalts-gesellschaft mbH am Standort Dortmund und Honorarprofessor der Ruhr-Universität Bochum. – Gewidmet ist dieser Beitrag Herrn Rechtsanwalt und Notar a. D. *Heinz F. Hahn*, meinem ältesten Studienfreund, in alter und freundschaftlicher Verbundenheit.

1 Zu sonstigen, als trennungsbedingter Mehrbedarf in Betracht kommenden Positionen s. *Niepmann* in *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 1033; *Born* in *Heiß/Born* UnterhaltsR-HdB Kap. 10 Rn. 29.

2 *Palandt/v. Pückler* BGB § 1361 Rn. 61 unter Verweis auf § 1578 BGB Rn. 42.

3 *Seiler* in *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 447; *Niepmann* in *Niepmann/Seiler* Unterhalt Rn. 1033.

4 *MüKoBGB/Langeheine* vor § 1601 Rn. 22; § 1610 Rn. 9, 11.

5 *Hülsman* in *Hoppenz* § 1578 BGB Rn. 47.

6 *MüKoBGB/Langeheine* vor § 1601 Rn. 20; § 1610 Rn. 10. *Kleinwegener* FuR 2021, 1 (Editorial) bemerkt, dass die unterschiedlichen Begriffe unter jüngeren Juristen nicht mehr so geläufig sind.

7 *BGH* NJW-RR 1989, 1154 = *FamRZ* 1990, 258.

denn die "ehelichen Lebensverhältnisse" sind somit der zentrale Maßstab für die Höhe jedes Anspruchs auf Ehegattenunterhalt. Der Bedarf bestimmt sich hier immer nach den gleichen Maßstäben.

In allen Fällen ist auch der *Zweck* der Bedarfsbestimmung zu berücksichtigen. Durch die Anknüpfung des vollen ehean gemessenen Unterhalts (§ 1578 I 1 BGB) an die ehelichen Lebensverhältnisse wollte der Gesetzgeber einen sozialen Abstieg des bedürftigen Ehegatten vermeiden,<sup>8</sup> und zwar vor dem Hintergrund, dass das erreichte eheliche Lebensniveau regelmäßig als Ergebnis der Leistungen *beider* Ehegatten anzusehen ist.<sup>9</sup>

#### bb) Rechtsprechung

##### (1) Dynamischer Bedarf

Da sich das Maß des nahehelichen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmt (§ 1578 I 1 BGB), könnte man meinen, dass in jedem Fall das Ende der Ehe für die Bedarfsbestimmung maßgebend ist. So einfach war es aber schon früher nicht, daran hat sich bis heute nichts geändert. Das hängt damit zusammen, dass der Bedarf nicht statisch betrachtet, sondern als dynamische Größe angesehen wird, die Veränderungen unterliegen kann.<sup>10</sup> So wird z. B. eine übliche Beförderung des Unterhaltsschuldners als in den ehelichen Verhältnissen "angelegt" angesehen und damit als bedarfsprägend berücksichtigt.<sup>11</sup>

Eine klare Linie lässt sich in diesem Bereich aber nicht feststellen:

– Einerseits wird eine Prägung z. B. durch eine (nach Trennung und vor Scheidung anfallende) Erbschaft bejaht;<sup>12</sup>

– Andererseits wird sie abgelehnt im Falle der Pflegebedürftigkeit der Eltern im Alter mit der Begründung fehlender Vorhersehbarkeit.<sup>13</sup>

##### (2) Zwischenetappe: Wandelbare eheliche Lebensverhältnisse

Ab Anfang 2003 wurde von *BGH* ausgeführt, nach der Scheidung eintretende Einkommensverminderungen seien bei der Bestimmung des Bedarfs der Unterhaltsgläubigerin hinzunehmen, sofern sie nicht auf einer Verletzung der Erwerbsobliegenheit des Schuldners beruhen oder durch freiwillige berufliche oder wirtschaftliche Dispositionen des Schuldners veranlasst seien und von diesem durch zumutbare Vorsorge aufgefangen werden könnten.<sup>14</sup>

Im Frühjahr 2006 wurde vom *BGH* entschieden, ein Hinzutreten vorrangiger oder gleichrangiger weiterer Unterhaltspflichten nach Scheidung müsse sich schon auf den Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten auswirken.<sup>15</sup> Anfang 2007 wurde festgestellt, dass eine Einkommenserhöhung aufgrund "Karrieresprungs" nicht als eheprägend zu berücksichtigen sei, während etwas Anderes für eine *Verringerung* des Einkommens aufgrund des Eintritts des Schuldners in eine Religionsgemeinschaft gelte.<sup>16</sup> Ein vorläufiger Schlusspunkt wurde im Februar 2008 gesetzt. Der *BGH* nahm – entgegen seiner früheren Rechtsprechung – eine bedarfsprägende Wirkung durch die Unterhaltspflicht des Schuldners auch für ein *erst nach Rechtskraft der Scheidung geborenes Kind* an.<sup>17</sup> Trotz erheblicher Kritik,<sup>18</sup> auch unter Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber den Maßstab der "ehelichen Lebensverhältnisse" nicht durch denjenigen der "jeweils aktuellen Verhältnisse" ersetzt habe,<sup>19</sup> blieb der *BGH* bei seiner Auffassung zu den "wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen", was den *Verfasser* zu dem Hinweis veranlasste,

eine Korrektur kommen wohl nur noch durch das *Bundesverfassungsgericht* in Betracht.<sup>20</sup>

Dazu kam es dann auch in Gestalt des Beschlusses des *BVerfG* vom 25.1.2011.<sup>21</sup> Die vom *BGH* entwickelte Rechtsprechung zu den "wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen" wurde wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 2 I GG iVm Art. 20 III GG für verfassungswidrig erklärt. Die gegen diese Rechtsprechung des *BGH* geäußerte Kritik wurde vom *BVerfG* dahin bestätigt, dass mit der Berücksichtigung des Unterhalts des *neuen* Ehegatten bereits beim Bedarf jeglicher Bezug zu den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 I BGB) verloren gehe und die – vom Gesetzgeber normierte – Unterscheidung zwischen Bedarf und Leistungsfähigkeit aufgehoben würde.

##### (3) Rückkehr zum Stichtagsprinzip

Aufgrund dieser Entscheidung des *BVerfG* nahm der *BGH* eine Rückkehr zum Stichtagsprinzip vor.<sup>22</sup> Damit gelten im Wesentlichen folgende Regeln:

- Im *Grundsatz* ist die Rechtskraft der Scheidung der entscheidende Stichtag für die Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse mit der Folge, dass nachträgliche Änderungen der Verhältnisse grundsätzlich ohne Auswirkung bleiben.<sup>23</sup>
- Eine *Ausnahme* bilden die Fälle, in denen zum Zeitpunkt der Scheidung eine spätere Veränderung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten war und diese Erwartung die ehelichen Lebensverhältnisse bereits mitgeprägt hat.<sup>24</sup>

Dies wird mit dem Gedanken der nahehelichen Solidarität begründet. Der Bedürftige soll auch an solchen späteren Einkommensverbesserungen teilhaben, deren Grund in der Ehe gelegt worden ist und die sich im Zeitpunkt der Scheidung schon abgezeichnet haben. Für eine *Prägung* ist ausreichend, dass die Ehegatten ihren Lebenszuschnitt im Hinblick auf

8 BT-Drs. 7/650, 136.

9 BGHZ 179, 196 = NJW 2009, 588 mAnm Born = FamRZ 2009, 411 mAnm Borth.

10 BGH NJW 1992, 2477 = FamRZ 1992, 2477; BGHZ 109, 211 = NJW-RR 1990, 323 = FamRZ 1990, 283.

11 BGH NJW 1982, 1982 = FamRZ 1982, 684; OLG Köln FamRZ 1993, 711.

12 BGH NJW-RR 1988, 1282 = FamRZ 1988, 1145; OLG Hamm NJW-RR 1998, 6 = FamRZ 1998, 620; OLG Hamm FamRZ 1992, 1184 (1186) = BeckRS 2006, 08500.

13 OLG Hamm NJWE-FER 1998, 25 = FamRZ 1998, 621 (Ls.).

14 BGHZ 153, 358 = NJW 2003, 1518 = FamRZ 2003, 590 mAnm Büttner.

15 BGHZ 166, 351 = NJW 2006, 1654 = FamRZ 2006, 765 mAnm Büttner.

16 BGHZ 171, 206 = NJW 2007, 1961 mAnm Graba = FamRZ 2007, 793 mAnm Büttner.

17 BGH NJW 2008, 1663 mAnm Born = FPR 2008, 303 mAnm Graba = FamRZ 2008, 968 mAnm Maurer.

18 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Graba FamRZ 2008, 1217 (1222); Büttner/Niepmann NJW 2008, 2391 (2394); Born NJW 2008, 3089.

19 Palandt/Brudermüller Nachtrag zur 67. Aufl. 2008 § 1578 BGB Rn. 8.

20 Born NJW 2008, 3089 (3095 unter V. 4); Born NJW 2009, 594. S. auch Norpoth FamRZ 2009, 26, der einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip annimmt.

21 BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, 836 = FamRZ 2011, 437 mAnm Borth. S. dazu Götz/Brudermüller NJW 2011, 801; Maurer FamRZ 2011, 849; Born FF 2011, 136. Kritisch gegen das *BVerfG* Siebert in Wend/Dose UnterhaltsR, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn. 428, die davon ausgeht, das *BVerfG* habe das vom *BGH* zugrunde gelegte "Rechenwerk vom Grundsatz her nicht verstanden".

22 BGHZ 192, 45 = NJW 2012, 384 = FamRZ 2012, 281 = FF 2012, 118 mAnm Born; vgl. Dose FF 2012, 227. Für eine völlige Abkehr vom Stichtagsprinzip dagegen Obermann NZFam 2014, 577.

23 BGH NJW-RR 1989, 1154 = FamRZ 1990, 258.

24 BGHZ 166, 351 = NJW 2006, 1654 = FamRZ 2006, 683; NJW-RR 1989, 1154 = FamRZ 1990, 258; NJW 1987, 1555 = FamRZ 1987, 459.

die bevorstehende Entwicklung gestalten konnten.<sup>25</sup> Bei einem späteren Wegfall von Unterhaltsverpflichtungen wird ein *enger zeitlicher Zusammenhang* als wichtiges Indiz für die Beurteilung der Frage angesehen, ob die ehelichen Lebensverhältnisse durch die unerwartete Änderungen bereits geprägt worden sind;<sup>26</sup> Sofern die Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind wegfällt, wird das im Regelfall als eheprägend angesehen.<sup>27</sup> In Bezug auf das "Seitensprungskind" hat der BGH die Rechtskraft der Scheidung als maßgeblichen Stichtag erst vor kurzem bestätigt.<sup>28</sup> Von entsprechenden Abzügen für Kindes- und Betreuungsunterhalt profitiert der Schuldner in diesem Fall also nur dann, wenn das Kind *vor* Rechtskraft der Scheidung geboren wird.

Dass dies Zufallsentscheidungen begünstigt, liegt auf der Hand; andererseits wird auch in anderen Bereichen (z. B. beim Zugewinnausgleich) aus Gründen der Praktikabilität ebenfalls mit einem festen Stichtag gearbeitet. Da der Eintritt der Rechtskraft durch verfahrensbezogene Maßnahmen verzögert werden kann, könnte es sich anbieten, als Stichtag nicht auf die Rechtskraft der Scheidung abzustellen, sondern bereits auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags.<sup>29</sup>

Auch wenn damit in dogmatischer Hinsicht eine begrüßenswerte Kurskorrektur vorliegt, ist die praktische Handhabung erneut komplizierter geworden, weil Doppelberechnungen vorgenommen werden müssen und die Notwendigkeit besteht, den – zunächst ermittelten – Bedarf im Rahmen der Leistungsfähigkeit (außer bei zusätzlich vorhandenen Einkünften auf Seiten des Schuldners) zu korrigieren.<sup>30</sup> Das steht im Widerspruch zum erklärten Ziel der Unterhaltsrechtsreform, durch die neue Rangordnung Doppelberechnungen nach Möglichkeit zu vermeiden.<sup>31</sup>

#### (4) Wegfall der Lebensstandardgarantie

Die vorstehend dargestellten Grundsätze passen dazu, dass sich die Unterhaltsgläubigerin – anders als früher – nicht mehr auf eine dauerhafte Lebensstandardgarantie verlassen kann. Bei hohen Unterhaltsansprüchen musste sie Einschränkungen bereits aufgrund der Entscheidung des BGH vom 12.4.2006<sup>32</sup> hinnehmen, weil schon hier die *Abschaffung der Lebensstandardgarantie* vorgenommen wurde. Das wurde anschließend durch die Gesetzesreform zum 1.1.2008<sup>33</sup> verstärkt. Seitdem ist entscheidend, ob die Bedürftigkeit der Ehefrau auf ehebedingte Nachteile<sup>34</sup> zurückzuführen ist oder ob sich ihr Anspruch auf Ehegattenunterhalt aus dem Gesichtspunkt der nahehelichen Solidarität rechtfertigt.<sup>35</sup>

Diese Fragen werden besonders relevant im Rahmen der – zum 1.1.2008 eingeführten – Vorschrift des § 1578 b BGB.<sup>36</sup> In denjenigen Fällen, in denen eine auf Dauer angelegte unbeschränkte Unterhaltspflicht unbillig wäre, ermöglicht die Vorschrift eine Begrenzung der Anspruchshöhe oder (ggf. nach einer Übergangsfrist) einen vollständigen Wegfall des Anspruchs. Der *Zweck* liegt in einer stärkeren Betonung der wirtschaftlichen Eigenverantwortung des geschiedenen unterhaltsbedürftigen Ehegatten. Andererseits soll sichergestellt werden, dass der Berechtigte einen Ausgleich für solche *Nachteile* erhält, die bei ihm dadurch entstanden sind, dass er wegen der Rollenverteilung in der Ehe (insbesondere der Kinderbetreuung) nach der Scheidung seinen eigenen Unterhalt nicht oder nicht in ausreichendem Umfang sicherstellen kann.<sup>37</sup>

#### b) Begriff der Prägung

##### aa) Kriterien

"Prägung" findet sich als Begriff nicht im Gesetz. Nach der Rechtsprechung sind damit diejenigen Verhältnisse gemeint,

die für den Lebenszuschnitt in der Ehe – und damit für den ehelichen Lebensstandard – bestimmend waren,<sup>38</sup> auch wenn sie sich nach der Scheidung verändert haben.<sup>39</sup> Der – aus der Rechtsprechung vor der Eherechtsreform 1977 übernommene – Begriff der Prägung beruhte auf dem damaligen Leitbild der Haushaltsführungsehe, welches inzwischen aufgrund veränderter gesellschaftlicher Verhältnisse überholt ist.<sup>40</sup> Ursprünglich bezog sich der Begriff nur auf Einkommenserhöhungen nach Trennung/Scheidung und die Frage, ob der Bedürftige daran teilhaben darf. Das *BVerfG* verwendet den Begriff auch weiterhin.<sup>41</sup> Bei Einkommensverringerungen (und insbesondere bei Ausgaben) passt der Begriff aber nicht, denn diese späteren Veränderungen können ja die früheren Verhältnisse nicht im Sinne einer "Prägung" bestimmt haben.<sup>42</sup> Auch im Bereich der *Einnahmen* ist der Begriff jedenfalls bei Surrogaten (z. B. Familienarbeit, Zugewinn) problematisch, wenn diese allein auf der Scheidung beruhen; gleiches gilt bei nicht vorhersehbaren und nicht vorwerfbaren Einkommensenkungen (z. B. durch unverschuldete Arbeitslosigkeit oder Kurzarbeit).<sup>43</sup> Sachgerechter – weil Erhöhungen wie Reduzierungen erfassend – ist der Begriff der *Berücksichtigungswürdigkeit* späterer Veränderungen. Danach sind

- Einkommenserhöhungen (unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung) zu berücksichtigen, wenn sie in der Ehe *angelegt* sind;
- Einkommensverringerungen (einschließlich höherer Ausgaben) dann, wenn ihnen kein unterhaltsbezogen leichtfertiges Verhalten zugrunde liegt und sie auch ohne Scheidung entstanden wären.<sup>44</sup>

Sofern die Einkünfte *nicht angelegt* sind, haben sie keinen bedarfsprägenden Charakter<sup>45</sup> und sind nicht bedarfserhöhend zu berücksichtigen; denn der geschiedene Ehegatte soll durch das Unterhaltsrecht nicht bessergestellt werden, als er

- 25 BGH NJW 1987, 1555 = FamRZ 1987, 459 (461).  
 26 BGH NJW 1988, 2034 = FamRZ 1988, 701 mAnm Ewers; NJW 1988, 2101 = FamRZ 1988, 817.  
 27 BGH NJW 1990, 2886 = FamRZ 1998, 1085 (1087).  
 28 BGHZ 223, 203 = NJW 2019, 3570 Rn. 32, bespr. von Born NJW 2019, 3555 = NZFam 2019, 1087 mAnm Niepmann = FamRZ 2020, 21 mAnm Lies-Benachib = FF 2020, 78 (Ls.) mAnm Grandel.  
 29 Borth in Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB § 8 Rn. 1087 aE; Born NJW 2019, 3555 (3556).  
 30 Deshalb kritisch Siebert in Wendl/Dose UnterhaltsR, § 4 Rn. 128.  
 31 BT-Drs. 16/1830, 24.  
 32 BGH NJW 2006, 2401 = FamRZ 2006, 1006 mAnm Born.  
 33 S. dazu Born NJW 2008, 1.  
 34 BGH NJW 2010, 1598 mAnm Born = FamRZ 2010, 629.  
 35 BGH NJW 2011, 1284 mAnm Born = FamRZ 2011, 795 (Ls.) mAnm Holzwarth. Zu Ehe und nahehelicher Solidarität s. Dose FamRZ 2011, 1341 sowie aktuell Schürmann NZFam 2020, 837.  
 36 Ausführlich dazu Born NJW 2018, 497; Bömelburg in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 1000 ff.  
 37 BT-Drs. 1/1830, 18.  
 38 Vgl. BGH NJW 1984, 292 = FamRZ 1984, 149; NJW 1982, 1870 = FamRZ 1982, 576.  
 39 BGHZ 183, 197 = NJW 2010, 365 = FamRZ 2010, 111 mAnm Herrler; BGHZ 179, 196 = NJW 2009, 588 mAnm Born = FamRZ 2009, 411 mAnm Borth = FPR 2009, 118 mAnm Gutdeusch; NJW 2008, 3213 mAnm Mleczo = FamRZ 2008, 1911 mAnm Maurer = FF 2008, 453 mAnm Born; BGHZ 175, 182 = NJW 2008, 1663 mAnm Born = FPR 2008, 303 mAnm Graba = FamRZ 2008, 968 mAnm Maurer.  
 40 BT-Drs. 16/1830, 2.  
 41 BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, 836 = FamRZ 2011, 437 mAnm Borth. S. zu dieser Entscheidung auch Götz/Brudermüller NJW 2011, 801; Rieble NJW 2011, 819.  
 42 Gerhardt in Wendl/Dose UnterhaltsR § 1 Rn. 1005; Siebert in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 413.  
 43 Siebert in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 413.  
 44 BGHZ 192, 45 = NJW 2012, 384 = FamRZ 2012, 281 = FF 2012, 118, bespr. von Born in LMK 2012, 332179.  
 45 BGH NJW 2010, 2056 mAnm Born = FamRZ 2010, 869 mAnm Maier.



während der Ehezeit stand oder – aufgrund schon absehbarer Entwicklung – künftig gestanden hätte.<sup>46</sup>

## bb) Praktische Auswirkungen

### (1) Grundsätze

Als *zugehörig* zu den ehelichen Lebensverhältnissen können alle den Lebensstandard bestimmenden wirtschaftlichen Verhältnisse angesehen werden, soweit sie in die Bedarfsdeckung eingeflossen sind (z. B. Einkommen und Vermögen einschließlich Surrogate), des Weiteren alle Belastungen, die nicht unterhaltsbezogen leichtfertig entstanden sind.<sup>47</sup> Des Weiteren sind alle sonstigen beruflichen, familiären, gesundheitlichen und sonstigen Faktoren zu berücksichtigen, die für den Lebenszuschnitt von Bedeutung waren, insbesondere Haushaltsführung und Kindesbetreuung des in der Ehe nicht berufstätigen Ehegatten.<sup>48</sup> Dagegen sind *der Ehe nicht zugehörig* (weil dort nicht angelegt) solche Einkünfte, die auf einer unerwarteten Entwicklung beruhen; denn hier steht einer Berücksichtigung das Besserstellungsverbot entgegen.<sup>49</sup> Gleiches gilt für erst nach Scheidung entstandene Verbindlichkeiten, die ohne Scheidung nicht entstanden wären.<sup>50</sup>

### (2) Sonderfall: Karrieresprung

Dieser Bereich ist von erheblicher praktischer Bedeutung in Fällen, in denen nach Trennung<sup>51</sup> oder Scheidung beim Unterhaltsschuldner oder – spiegelbildlich – beim Unterhaltsgläubiger<sup>52</sup> eine Einkommenserhöhung eintritt. In diesem Bereich ist zu unterscheiden:

- Kam die Erhöhung unerwartet, dann ist sie nicht den ehelichen Lebensverhältnissen zuzurechnen und bleibt ohne Einfluss auf den Bedarf;
- war sie dagegen in den ehelichen Lebensverhältnissen "angelegt", dann erhöht sie den Bedarf.

Eine einfache, angesichts der großen Bandbreite aber nicht unbedingt sachgerechte Lösung dieser Fragestellung besteht darin, schlicht auf den *Umfang der Einkommenserhöhung* abzustellen und ab einer bestimmten Grenze einen Karrieresprung – mit der Folge fehlender Auswirkung auf den Bedarf – anzunehmen.<sup>53</sup>

Mehrheitlich wird auf den Einzelfall abgestellt. Die Untersuchung einschlägiger Fälle<sup>54</sup> ergibt ein "buntes Bild". Eine *ungewöhnliche* und vom Normalverlauf erheblich abweichende Entwicklung (i. S. d. Bejahung eines Karrieresprungs) wurde seinerzeit vom BGH schon im Pelzhändler-Fall unter Hinweis auf die erst nach Trennung eingetretene besondere unternehmerische Leistung bejaht,<sup>55</sup> ebenso das Erreichen einer Chefarzt-Position erst fünf Jahre nach Trennung,<sup>56</sup> bei der Entwicklung vom Oberarzt zum Chefarzt<sup>57</sup> oder beim Wechsel vom Oberarzt in eine selbstständige Praxis mit deutlich höheren Einkünften.<sup>58</sup>

Dagegen wurde – um zunächst im ärztlichen Bereich zu bleiben – eine *normale Entwicklung* (mit dem Ergebnis der Ablehnung eines Karrieresprungs) angenommen bei wesentlichem Abschluss der medizinischen Ausbildung vor Trennung/Scheidung und anschließender Position als Assistenzarzt<sup>59</sup> oder bei Status als Assistenzarzt zum Zeitpunkt der Trennung, Oberarzt bei Scheidung und späterem Wechsel in eigene Praxis als Frauenarzt, weil dies der Planung in der Ehe entsprach.<sup>60</sup>

Fälle der sogenannten Leistungsbeförderung wurden ebenso als *Abweichung vom Normalfall* angesehen<sup>61</sup> wie ein Aufstieg im politischen Bereich<sup>62</sup> oder in der Wirtschaft.<sup>63</sup> Gleiches gilt für den Fall, dass die *Freizeit* nach Trennung erstmals zur Fortbildung eingesetzt wird und daraus eine Ein-

kommenssteigerung resultiert.<sup>64</sup> Als *Normalfall* angesehen wurden dagegen Einkommensentwicklungen beim bisherigen Arbeitgeber,<sup>65</sup> im Falle einer Regelbeförderung im öffentlichen Dienst<sup>66</sup> oder bei einer Beförderung im Rahmen der üblichen Hierarchie.<sup>67</sup>

Es erscheint sachgerecht, auch *zeitliche Faktoren* zu berücksichtigen und zusätzlich den Aspekt der *Bandbreite* in der jeweiligen Ausbildung und beruflichen Position zu prüfen. Zur Unterscheidung einer ungewöhnlichen Entwicklung vom Normalfall sollten regelmäßig folgende Bereiche beachtet werden:

- Verlauf der bisherigen beruflichen Entwicklung in der Ehe;
- Tätigkeit nach Trennung/Scheidung in anderer Funktion oder mit anderem Tätigkeitsbereich;
- Veränderungen der Einkommensstruktur (von fester Vergütung zu erfolgsabhängiger Vergütung, Boni, Tantiemen, Sonderzahlungen);
- zeitlicher Abstand zwischen Trennung/Scheidung und späterer Veränderung.

46 BGH NJW 2014, 2109 = FamRZ 2014, 1183 mAnm Schürmann 1281 = FF 2014, 449 mAnm v. Pückler.

47 BGHZ 192, 45 = NJW 2012, 384 = FamRZ 2012, 281, bespr. von Born LMK 2012, 332179; BGHZ 183, 197 = NJW 2010, 365 = FamRZ 2010, 111 mAnm Herrler = FF 2010, 64 mAnm Bömelburg; bespr. von Born LMK 2010, 297041.

48 BGHZ 148, 105 = NJW 2001, 2254 = FamRZ 2001, 986 (989) = MDR 2001, 991 mAnm Niepmann.

49 BGH NJW 2014, 2109 mAnm Graba = FamRZ 2014, 1183 mAnm Schürmann 1281 = FF 2014, 449 mAnm v. Pückler.

50 BGH NJW 2014, 2109; BGHZ 192, 45 = NJW 2012, 384 = FF 2012, 118 (Ls.) mAnm Born, bespr. von Wellenhofer in JuS 2012, 1129.

51 Die Thematik des Karrieresprungs kann schon beim Trennungsunterhalt relevant werden, vgl. BGH NJW-RR 1990, 1091 = FamRZ 1990, 1219; OLG Brandenburg BeckRS 2019, 11260.

52 Klinkhammer in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 569 aE.

53 So OLG Köln NJW-RR 2004, 297 = FamRZ 2004, 1114 (Grenze bei 20 %).

54 Übersichten bei Siebert in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 572 f.; NK-BGB/Schürmann § 1578 Rn. 43; Palandt/v. Pückler BGB § 1578 Rn. 22 ff.; Bömelburg FF 2020, 98 (100).

55 BGH NJW 1982, 1870 = FamRZ 1982, 576 (578).

56 OLG Celle FamRZ 2008, 1853 = BeckRS 2008, 16053; bespr. von Born FD-FamR 2008, 167802.

57 BGH NJW 2007, 2628 mAnm Ehinger = FamRZ 2007, 1232 mAnm Maurer; bespr. von Born in FD-FamR 2007, 233296.

58 OLG Hamm FamRZ 2017, 38 (Ls.) = BeckRS 2015, 116149.

59 BGH NJW 1986, 720 = FamRZ 1986, 148.

60 BGH NJW-RR 1988, 514 = FamRZ 1988, 145; vgl. BGH NJW-RR 1988, 1218 = FamRZ 1988, 927.

61 Wechsel vom gehobenen in den höheren Dienst (OLG Koblenz FamRZ 1997, 1079); vom Oberstudienrat der Gehaltsstufe A 14 zum Studiendirektor mit A 15 (BGHZ 171, 206 = NJW 2007, 1961 mAnm Graba = FamRZ 2007, 793 mAnm Büttner); vom Lehrer mit A 13 zum Konrektor mit A 14 (OLG Nürnberg FamRZ 2004, 1212); vom Richter R 2 zum Richter R 3 (OLG Celle FamRZ 1999, 858).

62 Vom ersten Beigeordneten zum Kreisdirektor (BGHZ 179, 196 = NJW 2009, 588 mAnm Born = FamRZ 2009, 411 mAnm Borth).

63 Vertriebs-Ing. wird Geschäftsführer einer GmbH (BGH FamRZ 1998, 1085); Geschäftsführer eines mittelständischen Unternehmens wird "Senior Manager" eines international operierenden Konzerns (OLG Hamm NJW-RR 1994, 1029 = FamRZ 1994, 515).

64 OLG Koblenz FamRZ 2003, 1109 = BeckRS 9998, 04991.

65 Aufstieg vom Außendienstmitarbeiter zum Bezirksleiter (BGH NJW 2000, 3140 = FamRZ 2000, 1492); vom Betriebsratsvorsitzenden zum Gewerkschaftssekretär (BGH NJW-RR 1991, 130 = FamRZ 1991, 307) und bei Besoldungsverbesserungen, die sich schon in der Ehe abzeichnet haben (BGH NJW 1990, 1477 = FamRZ 1990, 499; NJW 1987, 1555 = FamRZ 1987, 459; OLG Celle NJW-RR 2006, 153 = FamRZ 2006, 704).

66 Vom Hauptmann zum Major und anschließend zum Oberstleutnant (BGH FamRZ 1982, 684, s. dazu LM Nr. 7 zu § 1578 BGB); vom Beamten von A 8 nach A 9 oder von A 9 nach A 10 (BGH NJW 2010, 2056 mAnm Born = FamRZ 2010, 869 mAnm Maier; BGH NJW 2016, 322 = NZFam 2016 mAnm Graba = FamRZ 2016, 199 mAnm Witt).

67 Vom Betriebsarzt zum Arbeitsmediziner (BGH NJW-RR 1987, 1029 = FamRZ 1988, 156).

Aktuelle Fälle machen deutlich, dass regelmäßig die Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend sind:

- Ein Karrieresprung wurde *bejaht* beim Wechsel des Schuldners in eine deutlich verantwortungsvolle Tätigkeit bei veränderter Einkommenstruktur;<sup>68</sup>
- Dagegen wurde – trotz deutlicher Einkommenssteigerung wegen neuen Verantwortungsbereichs und Wechsels ins Ausland – ein Karrieresprung *verneint* aufgrund eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Trennung und Beförderung.<sup>69</sup>

Schwierigkeiten der Abgrenzung bleiben in jedem Fall, auch wenn man auf "Angelegtsein" und absehbare Entwicklung abstellt. Das hängt schon damit zusammen, dass der *Grad der Wahrscheinlichkeit*, mit dem die spätere Entwicklung abzusehen sein soll, nur sehr schwer bestimmt werden kann. Wer kann schon hinreichend sicher vorher sagen, ob und wann eine Richter-Beförderung von R 2 nach R 3, vom angestellten Anwalt zum Partner oder ein Aufstieg vom Assistenzarzt zum Oberarzt zu erwarten ist? Die Rechtsprechung arbeitet hier zum Teil mit etwas ungesicherten Annahmen. Aufstiege sind weder in der freien Wirtschaft noch bei Beförderungen im öffentlichen Dienst hinreichend sicher vorhersehbar.<sup>70</sup> Dazu passt im Übrigen die Darlegungs- und Beweislast des Bedürftigen im Rahmen von § 1578 b BGB, wenn bei der Frage des ehebedingten Nachteils ein beruflicher Aufstieg behauptet werden soll.<sup>71</sup>

Einen "Rettungsanker" für den Schuldner kann der Umstand darstellen, dass – neben der hohen Wahrscheinlichkeit der späteren Einkommenssteigerung bei Trennung/Scheidung – zusätzlich die Möglichkeit gefordert wird, dass sich die Beteiligten auf die zukünftige Steigerung bereits (im Sinne einer Prägung) einstellen konnten.<sup>72</sup> Ist das nicht der Fall, dann bleiben die erhöhten Einkünfte beim Bedarf grundsätzlich unberücksichtigt. Eine Ausnahme kommt dann in Betracht, wenn *neue Unterhaltungspflichten* aufgefangen werden müssen.<sup>73</sup> Für den Gläubiger günstig ist die Annahme einer Prägung dann, wenn eine Tätigkeit aufgenommen oder ausgeweitet wird, zu der es *auch ohne Trennung gekommen wäre*. Allerdings zeigen die untersuchten Fälle, dass eine Verwirklichung in einem *engen zeitlichen Bezug* zur Scheidung vorliegen muss. Das leuchtet ein; denn auch wenn die "Papierform" für den beruflichen Aufstieg schon bei Trennung/Scheidung erreicht ist, dieser Aufstieg dann aber – z. B. aufgrund der Marktverhältnisse oder des Stellenkegels – erst viele Jahre später kommt, dürfte es schwerfallen, eine hohe Wahrscheinlichkeit und ein "Einstellenkönnen" im Sinne einer Prägung zu bejahen.

## 2. Trennungsbedingter Mehrbedarf

### a) Gesetzeslage

Beim Mehrbedarf handelt es sich um denjenigen Teil des Lebensbedarfs, der regelmäßig (jedenfalls während eines längeren Zeitraums) anfällt und das Übliche derart übersteigt, dass er mit Regelsätzen nicht erfasst werden kann, andererseits aber berechenbar ist und deshalb im Rahmen des laufenden Unterhalts berücksichtigt werden kann.<sup>74</sup> Der Begriff des *trennungsbedingten* Mehrbedarfs findet sich im Gesetz nicht. Dort genannt sind für den nahehelichen Unterhalt allerdings bestimmte andere Formen von Mehrbedarf, und zwar Mehrbedarf für

- einen angemessenen Krankenversicherungsschutz (§ 1578 II BGB) inkl. Pflegeversicherung

- eine angemessene Vorsorge für Alter und Invalidität (§ 1578 III BGB),
- eine Ausbildung, wenn dafür zusätzliche Kosten anfallen (§ 1578 II BGB).

Vom Mehrbedarf zu unterscheiden ist der Sonderbedarf. Dabei handelt es sich nach der Legaldefinition in § 1613 II Nr. 1 BGB um einen unregelmäßig auftretenden *und* außerordentlich hohen Bedarf, der nach *BGH* überraschend auftritt und nicht abschätzbar ist (zu Einzelheiten s. unter Ziff. III. 2 b)).<sup>75</sup> Unregelmäßig ist er dann, wenn er nicht mit Wahrscheinlichkeit vorhergesehen und deshalb bei der laufenden Unterhaltsrente nicht berücksichtigt werden kann.<sup>76</sup> Diese Grundsätze gelten auch für Trennungsunterhalt und Unterhalt nach altem Recht;<sup>77</sup> das entspricht der Einheitlichkeit bei der Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse (s. o. unter Ziffer II. 1) a) aa)).

### b) Rechtsprechung

#### aa) Frühere Rechtsprechung

Auch nach der Gesetzesänderung 1977<sup>78</sup> bildete die Hausfrauenehe weiterhin das Leitbild mit der Folge, dass der Bedarf der Ehefrau allein nach den Einkünften des Ehemannes bemessen wurde.<sup>79</sup> Dies hatte zur Folge, dass die von der Ehefrau nach Scheidung erzielten Einkünfte im Wege der *Anrechnungsmethode* berücksichtigt wurden, woraus sich erhebliche Nachteile ergaben, wie ein Vergleich der beiden Methoden deutlich macht.<sup>80</sup>

#### Differenzmethode:

Prägendes Einkommen des Mannes 2.000,00 EUR, prägendes Einkommen der Frau 1.000,00 EUR, Differenz der Einkünfte damit 1.000,00 EUR; Unterhaltsanspruch (: 2 =) 500,00 EUR.

#### Anrechnungsmethode:

Prägendes Einkommen des Mannes 2.000,00 EUR, nicht prägendes Einkommen der Frau 1.000,00 EUR, Bedarf (2000: 2 =) 1.000,00 EUR; darauf anzurechnen nicht prägendes Einkommen der Frau 1.000,00 EUR; Unterhaltsanspruch damit 0,00 EUR.

Der von *Hampel*<sup>81</sup> entwickelte Begriff des trennungsbedingten Mehrbedarfs wurde von der Rechtsprechung verwendet, um die Härten der Anrechnungsmethode für die Hausfrau abzumildern;<sup>82</sup> dogmatisch war der Begriff aber immer um-

68 OLG Brandenburg NJW 2019, 2482 = FamRZ 2020, 1257.

69 OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 34914 = FamRZ 2020, 93.

70 Zu Recht kritisch deshalb *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 558.

71 BGH NJW 2010, 3653 Rn. 33, mAnm *Born* = FamRZ 2010, 2059 mAnm *Borth*.

72 BGH NJW 1987, 1555 = FamRZ 1987, 459.

73 BGHZ 179, 196 = NJW 2009, 588 mAnm *Born* = FamRZ 2009, 411 mAnm *Borth*.

74 *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 2 Rn. 232.

75 BGH NJW 2006, 1509 = FamRZ 2006, 612.

76 BGH NJW 1982, 328 = FamRZ 1982, 145.

77 *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 505.

78 Vgl. dazu *Hahne* FamRZ 2002, 921; *Biittner* FF 2002, 78; *Luthin* FF 2002, 80; *Diederichsen* FF 2002, 149; *Daumer-Lieb* FF 2002, 151.

79 Vgl. dazu *Gerhardt* FamRZ 2000, 134; *Biittner* FamRZ 1999, 893; *Graba* FamRZ 1999, 1115 (1116); *Borth* FamRZ 2001, 193.

80 Dabei sind die Einkünfte der Einfachheit halber bereits um berufsbedingten Aufwand und Erwerbstätigenbonus bereinigt, sodass von einer hälftigen Aufteilung ausgegangen werden kann. Aktuell zur "Ablösung" des 1/7-Bonus durch den Abzug von 10 % s. BGHZ 224, 54 = NJW 2020, 238 mAnm *Graba* = NZFam 2020, 109 mAnm *Schürmann* = FamRZ 2020, 171 = FF 2020, 115 mAnm *Reinken*; bespr. von *Born* LMK 2019, 424170.

81 FamRZ 1981, 851; 1984, 621; 1989, 113.

82 *Luthin* FamRZ 1996, 128; *Graba* FamRZ 2002, 857.

stritten.<sup>83</sup> Die Rechtsprechung zur Anrechnungsmethode begünstigte Zufallsergebnisse je nach dem Zeitpunkt der Aufnahme einer Berufstätigkeit durch die Ehefrau. Das war besonders nachteilig dann, wenn die Kinder bei Trennung noch so klein waren, dass keine Erwerbstätigkeit in Betracht kam. Nach der Devise "einmal Anrechnungsmethode – immer Anrechnungsmethode" wirkte sich die volle Härte der Anrechnungsmethode dauerhaft aus, die Unterhaltsgläubigerin stand damit auf Dauer deutlich schlechter als der Unterhaltsschuldner. Waren die Kinder dagegen schon älter und wurde die Erwerbstätigkeit jedenfalls bis zur Scheidung<sup>84</sup> aufgenommen, kam die Ehefrau – ebenfalls dauerhaft – in den Genuss der Differenzmethode.

Die dagegen schon frühzeitig erhobene Kritik<sup>85</sup> nahm mit den Jahren weiter zu, und zwar von richterlicher<sup>86</sup> wie von anwaltlicher Seite.<sup>87</sup>

#### bb) Änderung der Rechtsprechung

Durch die Surrogat-Entscheidung des BGH vom 13.6.2001<sup>88</sup>, die vielfach besprochen wurde,<sup>89</sup> änderte sich die Situation grundlegend. Der BGH sieht nunmehr die ehelichen Lebensverhältnisse als nicht nur durch die Bareinkünfte des erwerbstätigen Ehegatten, sondern auch durch die haushaltlichen Leistungen des anderen Ehegatten als mitbestimmt an. Dessen spätere (ausgeübte oder mögliche) Erwerbstätigkeit wird als *Surrogat* des wirtschaftlichen Wertes der bisherigen Tätigkeit im Haushalt angesehen und im Wege der Differenzmethode bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt.

Der entsprechenden Methodenwechsel wurde kurz danach vom BVerfG gebilligt, die Anrechnungsmethode wurde für verfassungswidrig erklärt.<sup>90</sup>

### III. Auswirkungen

Was bedeutet die dargestellte Änderung der Rechtsprechung nun für den trennungsbedingten Mehrbedarf? Das wird nachfolgend untersucht zunächst für den Bereich der ehelichen Lebensverhältnisse (unter Ziff. 1) sowie allgemein auf der Ebene des Bedarfs (unter Ziff. 2.), aber auch im Rahmen der Auswirkungen auf Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit (unter Ziff. 3) und der Berechnung (unter Ziff. 4).

#### 1. Trennungsbedingter Mehrbedarf und eheliche Lebensverhältnisse

Angesichts der dargestellten Rechtsprechungsänderung zur Bedarfsbestimmung durch die Surrogat-Entscheidung (s. o. unter Ziff. II. 2 b) bb)) erscheint es etwas erstaunlich, dass nach wie vor teilweise vertreten wird, der trennungsbedingte Mehrbedarf sei Teil der ehelichen Lebensverhältnisse,<sup>91</sup> und zwar sowohl beim Trennungsunterhalt als auch beim nachehelichen Unterhalt.<sup>92</sup>

Das begegnet durchgreifenden Bedenken. Bereits vor knapp 20 Jahren hat *Graba*<sup>93</sup> überzeugend ausgeführt, dass die Rechtsfigur des trennungsbedingten Mehrbedarfs nur entwickelt wurde, um die Härten der Anrechnungsmethode für die Hausfrau zu mildern, dogmatisch aber nicht den ehelichen Lebensverhältnissen zugerechnet werden konnte (s. o. unter Ziffer II. 2 b) aa)). Auch nach geänderter Rechtsprechung können *trennungsbedingte* Mehrkosten schon begrifflich nicht unter „eheliche Lebensverhältnisse“ subsumiert werden, denn eine Trennung kann wohl kaum als Bestandteil des ehelichen Status angesehen werden, weil Ehe auf Dauerhaftigkeit angelegt ist. Vielmehr sind Mehrkosten im Zusammenhang mit einer Trennung allein deren Folge, habe

also nichts mit der Ehe zu tun und bestimmen deshalb nicht den ehelichen Bedarf.<sup>94</sup>

Die gesetzliche Erwähnung von bestimmten *anderen* Positionen des Mehrbedarfs, z. B. für Kranken- und Pflegeversicherung sowie Altersvorsorge (s. o. unter Ziffer II. 1 a) aa)), steht nicht entgegen, denn ein Mehrbedarf wegen Trennung wird in § 1361, 1578 BGB gerade nicht aufgeführt; von daher ist der Umkehrschluss gerechtfertigt.<sup>95</sup> Auch das Argument, die zusätzlich zur Abdeckung der trennungsbedingt entstehenden Kosten erforderlichen Mittel seien notwendig, um den *ehelichen Lebensstandard* zu erhalten<sup>96</sup>, überzeugt nicht. Abgesehen davon, dass rein trennungsbedingt entstehende Kosten nicht in der Ehe "angelegt" sein können und in tatsächlicher Hinsicht zwei Haushalte nun einmal teurer sind als einer, ist daran zu erinnern, dass die frühere "Lebensstandardgarantie" abgeschafft wurde, zunächst durch eine Grundsatzentscheidung des BGH,<sup>97</sup> sodann durch die Gesetzesänderung zum 1.1.2008.<sup>98</sup> Auch die Rechtsprechung zur Dynamik des Bedarfs und zur Berücksichtigung späterer Änderungen (s. o. unter Ziffer II. 1 b) aa)) steht nicht entgegen, denn trennungsbedingt entstehende Kosten sind nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, und die Eheleute können sich darauf auch nicht einstellen.

### 2. Bedarfsfragen

#### a) Trennungsbedingter Mehrbedarf

Die eingangs (s. o. unter Ziff. I.) genannten Positionen (Umsatzkosten, Kosten für eigene Wohnung, Waschmaschine) sind rein trennungsbedingt; sie können deshalb den Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen nicht prägen und sind von daher beim Bedarf nicht berücksichtigungswürdig.

#### b) Sonderbedarf

Die genannten Positionen könnten aber als Sonderbedarf geltend zu machen sein.<sup>99</sup>

83 *Dieckmann* FamRZ 1984, 946 (951); *Spangenberg* FamRZ 1991, 269; *Mayer* FamRZ 1992, 138 (140); *Graba* FamRZ 2002, 857; *Gerhard* FamRZ 2003, 272 (275).

84 Zur Maßgeblichkeit dieses Gesichtspunktes s. *Born* FamRZ 1999, 541 (544 unter b).

85 *Hampel* FamRZ 1981, 851; 1984, 621 (625); 1989, 113 (122 f.); *Büttner* FamRZ 1984, 534; *Ewers* FamRZ 1987, 704; *Luthin* FamRZ 1988, 1109; *Graba* NJW 1989, 2786 (2789); *Laier* FamRZ 1993, 393.

86 *Büttner* FamRZ 1999, 893; *Gerhard* FamRZ 2000, 134; *Graba* FamRZ 1999, 1115; *Luthin* FamRZ 1996, 329; *Miesen* FF 2000, 47 (51).

87 *Born* FamRZ 1999, 541 (545); MDR 2000, 981.

88 BGH NJW 2001, 2254 = FamRZ 2001, 986 = FF 2001, 135.

89 Statt vieler: *Büttner* NJW 2001, 3244; *Scholz* FamRZ 2001, 1061; FamRZ 2003, 265; *Luthin* FamRZ 2001, 1065; *Graba* FPR 2002, 48; *Born* FF 2001, 183.

90 BVerfG NJW 2002, 1185 = FamRZ 2002, 527 mAnm *Scholz* = JZ 2002, 658 mAnm *Muscheler*. S. dazu *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 423.

91 So *Koch* UnterhaltsR-HdB § 2 Rn. 34.

92 *Hammermann* in Johannsen/Henrich/Althammer BGB § 1361 BGB Rn. 41; § 1578 BGB Rn. 131 f.

93 FamRZ 2002, 857.

94 *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 406 aE; *Gutdeutsch* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 836.

95 *Gutdeutsch* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 836.

96 So *Hammermann* in Johannsen/Henrich/Althammer BGB § 1578 BGB Rn. 131.

97 BGH NJW 2006, 2401 = FamRZ 2006, 1006 mAnm *Born*.

98 Dazu *Born* NJW 2008, 1.

99 Ausführlich zum Sonderbedarf *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 1 ff. Übersichten bei *Seiler* in Niepmann/Seiler Unterhalt Rn. 335; NK-BGB/*Menne* § 1613 Rn. 22 f.; *Grandke* in Scholz/Kleffmann, FamR-HdB Teil K Rn. 210; Palandt/v.*Pückler* BGB § 1613 Rn. 11.



## aa) Definition

Nach der – Kindesunterhalt und sonstigen Verwandtenunterhalt regelnden – Vorschrift des § 1613 II Nr. 1 BGB ist Sonderbedarf ein unregelmäßiger außergewöhnlich hoher Bedarf. Auf die Vorschrift wird beim Trennungsunterhalt (§ 1361 IV 4 BGB), beim nachehelichen Unterhalt (§ 1585 b I BGB), beim Unterhalt der nichtehelichen Mutter bzw. des nichtehelichen Vaters (§ 1615 I III 1,3, IV BGB), beim Unterhalt zwischen getrenntlebenden Lebenspartnern (§ 12 S. 2 LPartG, § 1361 IV 4, 1360 a III BGB) und beim nachpartnerschaftlichen Unterhalt (§ 16 S. 2 LPartG, § 1585 b I BGB) verwiesen. Von daher kommt bei allen Unterhaltsarten neben dem laufenden Unterhalt auch Sonderbedarf in Betracht.

## bb) Anspruchsvoraussetzungen

## (1) Unregelmäßigkeit

Die Unregelmäßigkeit des Sonderbedarfs setzt voraus, dass er überraschend auftritt, nicht mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist und deshalb bei der Bemessung des laufenden Unterhalts nicht berücksichtigt werden kann.<sup>100</sup> Entscheidend ist nicht, ob die Ausgaben tatsächlich vorausgesehen worden und Gegenstand der Erörterung im gerichtlichen Verfahren oder bei Vergleichsabschluss gewesen sind, sondern, ob sie – bei objektiver Betrachtungsweise – hätten einkalkuliert werden können.<sup>101</sup>

Überraschungsmoment und Voraussehbarkeit sind als Kriterien kritisch zu sehen, wie das Beispiel der Kosten für Kommunion oder Konfirmation zeigt. Nach Geburt und Taufe ist relativ sicher irgendwann mit einem der genannten Ereignisse zu rechnen. Wird der Unterhalt längere Zeit vorher festgesetzt, können diese zukünftigen Kosten dort aber nicht berücksichtigt werden.<sup>102</sup> Der Berechtigte würde doppelt benachteiligt, wenn ihm dann bei der aktuellen Geltendmachung von Sonderbedarf entgegengehalten würde, er habe sie schon bei der Bestimmung des laufenden Unterhalts in Ansatz bringen können, dies aber dort abzulehnen mit der Begründung, die Kosten stünden nicht hinreichend sicher fest. Das spricht für eine eher weite Auslegung des Begriffs der Unregelmäßigkeit; unangemessene Ergebnisse können durch die zusätzlichen Kriterien der außergewöhnlichen Höhe (siehe nachstehend unter (2)) und der angemessenen Lastenverteilung (siehe unter cc) (2)) vermieden werden.<sup>103</sup>

## (2) Außergewöhnliche Höhe

Das zusätzlich erforderliche Merkmal des Sonderbedarfs ist seine außergewöhnliche Höhe. Ob eine solche vorliegt, lässt sich nur unter Einbeziehung der Höhe des laufenden Unterhalts, der sonstigen Einkünfte des Berechtigten, des Lebenszuschnitts der Beteiligten sowie Anlass und Umfang der besonderen Aufwendungen beurteilen.<sup>104</sup>

Es ist zu prüfen, inwieweit dem Berechtigten zugemutet werden kann, den Bedarf selbst zu bestreiten<sup>105</sup> oder ihn verlässlich vorauszusehen und mit dem laufenden Unterhalt geltend zu machen.<sup>106</sup> Es liegt auf der Hand, dass eine unvorhergesehene Ausgabe im Falle von *beengten* wirtschaftlichen Verhältnissen eher außergewöhnlich hoch sein wird als bei einem *gehobenen* Lebenszuschnitt. Zu vergleichen sind regelmäßig die fraglichen Aufwendungen mit den Mitteln, die der Berechtigte für seinen laufenden Unterhalt zur Verfügung hat.<sup>107</sup> Ebenfalls von Bedeutung ist die *Häufigkeit* der Ausgabe: Eine einmalige, nicht besonders hohe Ausgabe kann eher vom laufenden Unterhalt bestritten werden als Ausgaben, die relativ kurz hintereinander anfallen.

## cc) Haftung

## (1) Leistungsfähigkeit

Der Pflichtige schuldet Sonderbedarf nur dann, wenn und soweit er leistungsfähig ist. Beim nachehelichen Unterhalt muss ihm nach § 1581 BGB jedenfalls der eheangemessene Selbstbehalt belassen werden, ebenso beim Trennungsunterhalt. In jedem Fall ist der Halbteilungsgrundsatz zu beachten.<sup>108</sup> Vom Schuldner kann man nicht verlangen, dass er in der Lage sein muss, den Sonderbedarf gerade aus dem Einkommen des laufenden Monats aufzubringen. Deshalb trifft den Berechtigten die Obliegenheit, den Schuldner rechtzeitig auf die Entstehung von Sonderbedarf hinzuweisen, damit der Schuldner frühzeitig die erforderlichen Rücklagen bilden und den Anspruch bei Fälligkeit auch erfüllen kann.<sup>109</sup>

## (2) Regelfall: Anteilige Haftung

Unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen verlangtem Betrag und laufendem Bedarf ist regelmäßig die Notwendigkeit einer *Beteiligung des Berechtigten* an der Finanzierung von Sonderbedarf zu prüfen und zur Wahrung einer angemessenen Relation oft zu bejahen.<sup>110</sup> Im Falle *konkreter Bedarfsbestimmung* kann der Berechtigte auch höhere außergewöhnliche Ausgaben in der Regel selbst tragen. Wird der laufende Unterhalt dagegen – wie im Regelfall – nach *Quote* bestimmt, ist beim Schuldner der Halbteilungsgrundsatz zu berücksichtigen. Dann kommt eine alleinige Übernahme des Sonderbedarfs durch ihn nicht in Betracht, weil er diesen Bedarf aus der ihm verbleibenden Quote zahlen müsste, während der Berechtigte ihn zusätzlich zur ungeschmälernten Quote erhalten würde. In diesen Fällen hat der Berechtigte den Sonderbedarf in der Regel selbst zu übernehmen.<sup>111</sup>

## (3) Ausnahmefall: Alleinhaftung

Eine Alleinhaftung des *Schuldners* ist berechtigt, wenn er Teile seines Einkommens zur Vermögensbildung einsetzt. Diese ist dann zunächst einzuschränken, bevor über eine Beteiligung des Berechtigten nachgedacht werden kann. Denn das wäre im Falle von erhöhtem Bedarf bei unterstelltem weiteren Zusammenleben vermutlich auch nicht anders gemacht worden.<sup>112</sup> Eine Alleinhaftung des Schuldners für

100 BGH NJW 2006, 1509 = FamRZ 2006, 612 mAnm Luthin; BGH NJW 1982, 328 = FamRZ 1982, 145.

101 BT-Drs. 5/2370, 42; OLG Köln NJW 1999, 295 = FamRZ 1999, 531 (Ls.); OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 1226.

102 Grandke in Scholz/Kleffmann FamR-HdB Teil K Rn. 202; zu Recht kritisch gegen das Überraschungsmoment Norpöth FamFR 2013, 481; NK-BGB/Menne § 1613 Rn. 20. S. aber BGH NJW 2006, 1509 = FamRZ 2006, 612 mAnm Luthin: Kosten absehbar ab Beginn des Konfirmandenunterrichts, dann nicht mehr überraschend, Sonderbedarf dann abzulehnen.

103 Ausführlich dazu Vogel FamRZ 1991, 1134; MüKoBGB/Langeheine § 1613 Rn. 64.

104 Klinkhammer in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 5.

105 BGH NJW 2006, 1509 = FamRZ 2006, 612 mAnm Luthin (Konfirmation).

106 BGH NJW 2012, 1144 Rn. 43, mAnm Börger = FamRZ 2012, 517 mAnm Born (verneint für Kosten von Schönheitsoperationen); Dose, FS Koch 2019, 427 (432).

107 BGH NJW 1982, 328 = FamRZ 1982, 145 (Krankheitskosten); OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 1226 (Umzugskosten).

108 BGHZ 166, 351 = NJW 2006, 1654 = FamRZ 2006, 683 (685); MüKoBGB/Langeheine § 1613 Rn. 75, 77; Klinkhammer in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 10 f.

109 OLG Hamburg NJW-RR 1992, 4 = FamRZ 1991, 109 mAnm Henrich (Klassenfahrt); vgl. auch OLG Hamm NJW 1994, 2627 = FamRZ 1994, 1281 (Auslandsstudium).

110 BGH NJW 1982, 328 = FamRZ 1982, 145 (147); vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1988, 207; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 202.

111 Schürmann NJW 2006, 2301; Klinkhammer in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 11.

112 Seiler in Niepmann/Seiler Unterhalt Rn. 332.

den Sonderbedarf kommt auch bei Vorhandensein von nichtprägenden Einkünften auf seiner Seite in Betracht, z. B. bei Karrieresprung (s. o. unter Ziffer II 1 b) bb) (2)) oder dann, wenn nichtprägende Einkünfte des Berechtigten ausnahmsweise nach der Anrechnungsmethode zu berücksichtigen sind.<sup>113</sup> In Fällen konkreter Bedarfsbestimmung kommt jedenfalls bei besonders hohen Kosten, z. B. für einen Umzug des Berechtigten, eine Zahlungspflicht des Schuldners neben dem laufenden Unterhalt in Betracht, sofern der Halbteilungsgrundsatz beachtet wird.<sup>114</sup>

Ist beim *Berechtigten* Vermögen vorhanden, kann auch die Verwertung des Stammes zur Finanzierung des Sonderbedarfs erwartet werden, auch wenn das Vermögen ansonsten im Rahmen des laufenden Unterhalts nicht einzusetzen ist.<sup>115</sup> Spiegelbildlich ist die Situation für den Berechtigten günstiger, wenn der Schuldner nennenswertes Vermögen hat oder bei ihm nicht prägende Einkünfte vorhanden sind.<sup>116</sup> In Fällen konkreter Bedarfsbestimmung ist der laufende Unterhalt oft so hoch, dass der Berechtigte auch höhere außergewöhnliche Ausgaben selbst tragen kann.<sup>117</sup>

### 3. Abzugsposition

Wenn der trennungsbedingte Mehrbedarf schon nicht beim Bedarf geltend zu machen ist (s. o. unter Ziff. III. 2 a)), dann kommt zumindest ein Abzug bei demjenigen Ehegatten in Betracht, bei dem die Kosten anfallen. Die Abzugsmöglichkeit besteht auf *beiden* Seiten als Ausgabeposition, erhöht also die Bedürftigkeit des Berechtigten und verringert die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen.<sup>118</sup> Das gilt nicht nur für alters- und krankheitsbedingte Mehrkosten bei Trennung,<sup>119</sup> sondern auch für sonstige trennungsbedingte Verbindlichkeiten, sofern sie nicht leichtfertig eingegangen worden sind.<sup>120</sup>

## 4. Berechnung

### a) Differenzmethode

Wird der Unterhalt – wie im Regelfall – nach Quote berechnet, können Positionen für trennungsbedingten Mehrbedarf in der Regel nicht geltend gemacht werden, denn die Ermittlung des Unterhaltsbedarfs umfasst regelmäßig das gesamte verfügbare Einkommen beider Eheleute, deren Interessen durch den Halbteilungsgrundsatz gewahrt werden.<sup>121</sup> Die Einkünfte des Schuldners reichen in der Regel nicht aus, *zusätzlich* entstehenden Bedarf des Berechtigten zu befriedigen, ohne dass sein eigener Bedarf berührt wird.<sup>122</sup> Die Folge ist, dass Unterhalt gemäß § 1581 BGB nur nach *Billigkeit* geschuldet wird. Durch die Trennung sinkt der Lebensstandard auf beiden Seiten; von daher ist es billig, dass jeder seinen Mehrbedarf selbst trägt.<sup>123</sup> Es kann nicht ein Ehegatte bevorzugt werden dadurch, dass sein Mehrbedarf vom anderen bezahlt werden muss. Es ist nicht mehr zu verteilen, als vorhanden ist.

### b) Anrechnungsmethode

Trotz der Abschaffung dieser Berechnungsweise (s. o. unter Ziff. II. 2 b) bb)) ist ein restlicher Anwendungsbereich verblieben, und zwar in Fällen, in denen *nichtprägende* Einkünfte vorhanden sind.<sup>124</sup> Das kann der Fall sein im Falle eines Karrieresprungs nach Trennung oder Scheidung, bei Einkünften aus unerwarteter oder allenfalls erhoffter Erbschaft oder Schenkung nach Trennung oder Scheidung,<sup>125</sup> bei Lottogewinn nach Trennung oder Scheidung,<sup>126</sup> schließlich bei Vermögenseinkommen, welches während des Zusammenlebens nicht zum Konsum verbraucht worden ist<sup>127</sup> und nach durchschnittlichen Maßstäben auch nicht verwendet werden musste.<sup>128</sup> Das gilt generell, wenn *nichtprägende*

Einkünfte vorhanden sind.<sup>129</sup> Dementsprechend wird dieser Fall in Ziffer 15.6 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien mehrerer Gerichte ausdrücklich aufgeführt.<sup>130</sup> Dogmatisch ist festzuhalten, dass die – durch nichtprägende Einkünfte gesteigerte – *Leistungsfähigkeit* nichts mit dem *Bedarf* zu tun hat. Die Berücksichtigungsfähigkeit des trennungsbedingten Mehrbedarfs für diesen Fall ist lediglich Ausfluss einer Billigkeitsentscheidung nach § 1581 BGB.

Die *Berechnungsweise* in diesem Fall ist dann folgende: Schon auf der Bedarfsebene ist nur von einer 3/7-Quote des Berechtigten auszugehen. Trennungsbedingter Mehrbedarf ist – bei Anrechnungsmethode – vor Abzug des hinzutretenden Einkommens dem Bedarf des *Berechtigten* nach den ehelichen Lebensverhältnissen hinzuzurechnen, weil der eheliche Lebensstandard nur dadurch aufrechterhalten werden kann. Trennungsbedingter Mehrbedarf des *Pflichtigen* ist im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Hinzutretendes *nicht prägendes* Einkommen ist von der Unterhaltsquote abzuziehen, aber nur zu 6/7, wenn es sich um hinzutretendes Erwerbseinkommen handelt, weil der Anreizanteil auf beiden Seiten verbleiben muss.<sup>131</sup>

### c) Konkrete Bedarfsbestimmung

Wird der Unterhalt dagegen – ausnahmsweise bei "gehobenen" Lebensverhältnissen<sup>132</sup> – konkret bestimmt, sind beim Schuldner in der Regel ausreichende Einkünfte vorhanden, um auch trennungsbedingten Mehrbedarf (auch als Sonderbedarf) zu befriedigen. Bei ausreichender Höhe des laufenden Unterhalts kommt aber auch eine Übernahme durch den Berechtigten in Betracht.<sup>133</sup>

## IV. Ergebnis

1. Trennungsbedingter Mehrbedarf entsteht allein aufgrund der Trennung und kann deshalb nicht dem Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen zugerechnet werden.

- 113 *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 12; *Gutdeutsch* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 818.
- 114 *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 10.
- 115 *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 11 aE.
- 116 *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 12.
- 117 *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 10.
- 118 *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 406 aE, 407; *Seiler* in Niepmann/Seiler Unterhalt Rn. 56.
- 119 *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 407; *Gerhardt* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 1 Rn. 1064.
- 120 *Gerhardt* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 1 Rn. 1067, 1084.
- 121 BGHZ 183, 197 = NJW 2010, 365 = FamRZ 2010, 111 (114) mAnm *Herrler*, bespr. von *Born* LMK 2010, 297041; BGH NJW 2007, 2409 = FamRZ 2007, 1303 (1305) mAnm *Schilling*, bespr. von *Born* FD-FamR 2007, 238701; *Bömelburg* in Wendl/Dose UnterhaltsR, § 4 Rn. 72; *Gutdeutsch* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 835.
- 122 *Hammermann* in Johannsen/Henrich/Althammer BGB § 1578 BGB Rn. 134.
- 123 *Hammermann* in Johannsen/Henrich/Althammer BGB § 1578 BGB Rn. 134 aE; *Bömelburg* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 72.
- 124 *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 406; *Seiler* in Niepmann/Seiler Unterhalt Rn. 447.
- 125 BGH NJW 2012, 3434; 2006, 1794 = FamRZ 2006, 387 mAnm *Büttner*; OLG Hamm FamRZ 1992, 1184.
- 126 OLG Brandenburg NJW 2009, 1356 = FamRZ 2009, 1837 (1839) = FPR 2009, 247 mAnm *Ehinger*.
- 127 BGH FamRZ 2007, 1532 (1535) mAnm *Maurer*.
- 128 *Seiler* in Niepmann/Seiler Unterhalt Rn. 514.
- 129 *Siebert* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 406.
- 130 Düsseldorf, Frankfurt a.M., Hamburg, Hamm (Beilage zu NJW Heft 8/2021)
- 131 BGH NJW-RR 1988, 519 = FamRZ 1988, 256 (259); BGH NJW 1988, 2034; *Seiler* in Niepmann/Seiler Unterhalt Rn. 515. S. *Gutdeutsch* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 4 Rn. 821 ff. mit Berechnungsbeispielen.
- 132 S. dazu *Born* NJW 2021, 425.
- 133 *Hammermann* in Johannsen/Henrich/Althammer BGB § 1578 BGB Rn. 134; *Klinkhammer* in Wendl/Dose UnterhaltsR § 6 Rn. 10.



2. Beim Quotenunterhalt wird als Bedarf das gesamte verfügbare Einkommen beider Eheleute erfasst. Halbteilungsgrundsatz und Billigkeit (§ 1581 BGB) stehen einer zusätzlichen Übernahme von Mehrbedarf des einen durch den anderen Ehegatten entgegen. Eine geänderte Beurteilung kommt dann in Betracht, wenn nichtprägende Einkünfte vorliegen, aus denen der Mehrbedarf bezahlt werden kann. Gleiches gilt bei konkreter Bedarfsbestimmung, weil dort i. d. R. ausreichende zusätzliche Einkünfte vorhanden sind.

3. Kein Mehrbedarf, sondern Sonderbedarf kann vorliegen, wenn es sich um einmalige Ausgaben handelt. Dann ist – je nach Anspruchshöhe – eine anteilige Kostentragung im Regelfall angemessen.

4. Liegt trennungsbedingter Mehrbedarf vor, kann dieser – beim Pflichtigen und beim Bedürftigen – als Abzugsposition beim anrechenbaren Einkommen zu berücksichtigen sein, z. B. in Form einer Kreditrate für erforderliche Neuanschaffungen. ■