

FamRB-Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

■ Das Ende der Drittelmethode – mit zu heißer Nadel gestrickt ...

von RiOLG Werner Schwamb, Frankfurt a.M.

... oder – wie es ein ehemaliger Kollege des Verfassers ausgedrückt hat – eine paradoxe Intervention des höchsten deutschen Gerichts; auch dieser letzte Zusatz hätte als Überschrift zu einer Analyse des Beschlusses des 1. Senats des BVerfG v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, FamRB 2011, 66 gepasst. Man muss es leider so deutlich feststellen, dass durch diese Entscheidung mit ihrer verbal heftigen, aber nur teilweise berechtigten Kritik an der BGH-Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts auf Grund von „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen“ (s. dazu Münch, Das Ende der Wandelbarkeit, FamRB 2011, 90) nicht nur der BGH, sondern vor allem auch das BVerfG selbst Blessuren erlitten haben. Zurück bleibt ein Vakuum für die Praxis, das Hauß, FamRB 2011, 94 treffend mit „Gehe zurück auf Los“ karikiert hat.

1. Kritik an der Rechtsprechung des BGH zur Auslegung des § 1578 BGB

Nachdem der BGH bei der Bestimmung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen gem. § 1578 Abs. 1 BGB zunächst die damals überfällige Abkehr von der Anrechnungs- zur Differenzmethode vollzogen hatte,¹ nahm er in der Folgezeit eine Vereinheitlichung der Prüfung von Bedarf des Berechtigten und Leistungsfähigkeit des Verpflichteten vor² und gab dabei immer mehr den Bezug auf den Zeitpunkt der Scheidung auf.³ Mit der Einführung des unglücklich gewählten Begriffs der „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“⁴ als Grundlage der Bedarfsbestimmung setzte sich der BGH nach Inkrafttreten der Unterhaltsrechtsreform dann in der Tat der Kritik aus, die Unterscheidung zwischen Bedürftigkeit, Bedarf, Leistungsfähigkeit und Rangfolge aufgehoben zu haben.⁵

Zwar nahm er die Warnungen aus der Einführungsrede beim 18. Deutschen Familiengerichtstag 2009⁶ zum Anlass, den auf der Bedarfsebene weiter entwickelten **Dreiteilungsgrundsatz**, auch Drittelmethode genannt, in der Entscheidung vom 18.11.2009⁷ noch einmal zu präzisieren und klar zu stellen, es handele sich doch nur um eine **Zusammenfassung von Bedarfs- und Leistungsfähigkeitsprüfung** gem. §§ 1578 Abs. 1, 1581 BGB.⁸ Doch der Makel blieb, es werde insoweit systemwidrig bereits auf der Bedarfsebene gekürzt, was erst der Billigkeitsprüfung auf der Leistungsfähigkeitsebene unterliege. Der Verfasser dieses Beitrags drückte es bereits früher so aus,⁹ das BVerfG könne die **verfehlte Begriffsbildung** von den „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen“

zum Anlass nehmen, den Dreiteilungsgrundsatz zu Fall zu bringen, obwohl dieser – jedenfalls in den nach Änderung der §§ 1582, 1609 BGB häufiger gewordenen Fällen des Gleichrangs oder sogar des Vorrangs der zweiten Ehefrau – in der Regel zu zutreffenden Ergebnissen führt.

2. Kritik an der Entscheidung des BVerfG v. 25.1.2011

Das BVerfG hatte nun offenbar den seit der Änderung des § 1582 BGB doch etwas seltener gewordenen Fall mit Ansprüchen einer auch nach dem neuen § 1609 BGB noch **vorrangigen ersten Ehegattin** (nach 24 Jahre Ehe) und einer zweiten nachrangigen Ehegattin (jetzt zwei Jahre verheiratet, Rentnerin) zu entscheiden. Allerdings muss man sich das erst mühsam aus dem Sachverhalt in der Mitte der Entscheidung selbst erschließen. Insoweit hätte sich das BVerfG damit begnügen können (und sollen), **nur für diese ihm vorliegende Fallkonstellation** zu bestimmen, dass es bei der von ihm zum früheren Unterhaltsrecht (noch mit § 1582 BGB a.F.) entwickelten Lösung seiner Entscheidung v. 7.10.2003¹⁰ zu bleiben habe. Damals hatte das BVerfG u.a. ausgeführt, dass der Gesetzgeber trotz Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit

- 1 BGH v. 13.6.2001 – XII ZR 343/99, FamRZ 2001, 986 = FamRB 2002, 3.
- 2 BGH v. 29.1.2003 – XII ZR 92/01, FamRZ 2003, 590 = FamRB 2003, 207; v. 15.3.2006 – XII ZR 30/04, FamRZ 2006, 683 = FamRB 2006, 198 unter ausdrücklicher Abgrenzung zu der früheren Grundsatzentscheidung BGH v. 18.10.1989 – IVb ZR 89/88, FamRZ 1990, 260.
- 3 Zu Einzelheiten der Entwicklung vgl. auch Münch, FamRB 2011, 90.
- 4 BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 14/06, FamRZ 2008, 968 (973) = FamRB 2008, 171, grundlegend unter Tz. 43 ff.
- 5 Maurer, FamRZ 2009, 204 m.w.N.; Überblick zum Meinungsstand auch in Büttner/Niepmann/Schwamb, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl., Rz. 52.
- 6 Hohmann-Dennhardt, Brühler Schriften zum Familienrecht, Bd. 16 (18. DFGT 2009), 22 (34 f.).
- 7 BGH v. 18.11.2009 – XII ZR 65/09, FamRZ 2010, 111 = FamRB 2010, 33.
- 8 Siehe auch Klinkhammer, FF 2009, 140 und FamRZ 2010, 1777.
- 9 Büttner/Niepmann/Schwamb, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 11. Aufl., Rz. 52 mit einem Überblick über die bisherige Entwicklung.
- 10 BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, BVerfGE 108, 351, insb. Rz. 31 ff. = FamRZ 2003, 1821 (1823) = FamRB 2003, 382.

geschiedener und bestehender Ehen im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG durchaus berechtigt ist, dem geschiedenen Ehepartner einen Vorrang einzuräumen, weil der Anspruch des geschiedenen Ehegatten schon bestanden hat, ehe die neue Ehe geschlossen worden ist.¹¹ Ebenso könne der Gesetzgeber aber auch einer neuen Ehe Vorteile einräumen, die er der geschiedenen Ehe vorenthält.¹² Obwohl der Gesetzgeber nun mit der **Änderung der §§ 1582, 1609 BGB** genau von dieser ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht und deutlich zum Ausdruck gebracht hat, in welcher Konstellation er eine Ehe vorrangig oder jetzt häufiger auch gleichrangig behandelt wissen will, hat das BVerfG zur Begründung seiner neuen Entscheidung v. 25.1.2011 auf diese Wertentscheidung des Gesetzgebers nicht abgestellt, sondern eher beiläufig darauf hingewiesen, dass es auf die Rangfolge nur im Mangelfall ankomme.¹³ Dabei hätte es gerade jetzt, wenn man auf die Trennung zwischen Bedarfsbestimmung und Prüfung der Leistungsfähigkeit wieder besonderen Wert legt, auch einer Auseinandersetzung mit der früheren Rechtsprechung des BGH¹⁴ bedurft, wonach der eheangemessene Unterhalt nach § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB (quasi spiegelbildlich) gleichzusetzen war mit dem eigenen angemessenen Unterhalt i.S.v. § 1581 BGB, dessen Gefährdung bereits den Einstieg in die Billigkeitsprüfung eröffnete. Bei dieser Billigkeitsprüfung kann der Rang durchaus bereits Berücksichtigung finden. Das BVerfG verwirft nun aber die Drittmethode unabhängig von der ihm vorliegenden Fallkonstellation als **generell nicht vereinbar mit der gesetzlichen Regelung der §§ 1578 Abs. 1, 1581 BGB**, ohne näher zu erörtern, ob die Frage der Anwendung dieser Methode nicht einfach nur auf die Leistungsfähigkeitsebene zu verlagern ist und damit nur die vom BGH aufgegebenen getrennte Prüfung von Bedarf und Leistungsfähigkeit wieder in den Vordergrund zu rücken wäre.

Wenn das BVerfG jedoch unbedingt meinte, über die Lösung seines Falls für eine vorrangige erste Ehefrau hinaus noch allgemeine Belehrungen über den Zusammenhang

von § 1578 BGB mit § 1581 BGB erteilen zu sollen, hätte es sich dann auch zwingend damit befassen müssen, wie **bei zwei gleichrangigen Ehegatten**, deren Bedarf zunächst jeweils nach dem Halbteilungsgrundsatz zu ermitteln ist, die anschließende **Konkurrenz auf der Leistungsfähigkeitsebene aufzulösen** ist.¹⁵ Es erscheint doch naheliegend, dass nicht beide Ehefrauen ihren vollen Bedarf durchsetzen können, weil dann dem Pflichtigen nicht mehr der oben definierte eigene angemessene Unterhalt i.S.v. § 1581 BGB verbliebe. Man kommt deswegen in diesen Fällen nicht umhin, auf der Leistungsfähigkeitsebene den jeweils errechneten (vollen) Unterhaltsbedarf für eine Ehegattin als Verbindlichkeit des Pflichtigen in die Berechnung für die andere Ehegattin wieder einzustellen. Hier trifft die Auffassung des BGH zu, dass es sich bei der Dreiteilung, zu der diese Berechnungsform nach mehreren Annäherungsrechnungen automatisch führt, nur um eine **Vereinfachung der Berechnung von Bedarf und Leistungsfähigkeit** handelt. Nach allem verstärkt sich der Eindruck, dass sich das BVerfG die Konsequenzen seiner neuen Entscheidung für die Prüfung auf der Leistungsfähigkeitsebene jedenfalls in Fällen des Gleichrangs oder sogar des Vorrangs der zweiten Ehefrau mit Kind gem. §§ 1570, 1609 BGB gegenüber einer ersten Ehefrau (keine lange Ehe, ohne Kind) nicht ausreichend bewusst gemacht hat, sondern – entgegen seiner eigenen Vorgaben zum **Verhältnis zwischen § 1578 BGB und § 1581 BGB** – letztlich doch nur § 1578 BGB im Blick behalten hat. Speziell in diesem Zusammenhang sind auch die wiederholten Hinweise auf den **anderen Zielen dienenden neuen § 1578b BGB** wenig hilfreich.

Dem BVerfG sind außerdem kaum nachvollziehbare handwerkliche **Fehler unterlaufen**. So trifft sein Vorwurf einfach nicht zu, der BGH habe den Erstehegatten dadurch benachteiligt, dass er seinen Anspruch „einseitig“ auf das Maß der ehelichen Lebensverhältnisse nach oben begrenzt hat. Der BGH hat nämlich auch nie vertreten, dass der zweite Ehegatte mehr als das Ergebnis der Halbteilung nach seinen ehelichen Lebensverhältnissen bekommen soll. Bringt die zweite Ehefrau so viel ein, dass sie keinen Restbedarf mehr hat, ist es doch völlig klar, dass die erste Ehefrau genau ihren Bedarf aus der ersten Ehe (aber eben auch nicht mehr) erhält. Umgekehrt verhält es sich aber nicht anders. Kaum noch verzeihlich sind die Ausführungen des BVerfG in Rz. 71 des Beschlusses vom 25.1.2011, wenn dort steht, dem unterhaltsberechtigten (Erst-)Ehegatten bleibe die richterliche Prüfung versagt, ob der Unterhaltspflichtige ... „beispielsweise infolge nicht prägender nahehelicher Einkünfte, in der Lage ist, ihm Unterhalt in Höhe des ermittelten Bedarfs zu gewähren.“ Genau das Gegenteil hat der BGH – wenn auch insoweit in gewissem Widerspruch zu seiner Theorie¹⁶ – wiederholt entschieden.¹⁷ Das BVerfG, das in Rz. 31 seines Beschlusses vom 25.1.2011 beim Einkommen des Pflichtigen von 2.934 € wohl Steuerklasse III statt Steuerklasse I meint, kommt dann in Rz. 80 wieder zum „Rechenwerk“ zurück. Dabei will es nun für seinen Fall zur Berechnungsweise seiner früheren Entscheidung vom 7.10.2003¹⁸ zurückkehren, der ebenfalls ein Vorrang des Erstehegatten zugrunde

11 BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, BVerfGE 108, 351 ff., Rz. 33 = FamRZ 2003, 1821 (1823 unter C I 2 a) = FamRB 2003, 382.

12 BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, BVerfGE 108, 351, Rz. 34 = FamRZ 2003, 1821 (1823 unter C I 2 b) = FamRB 2003, 382.

13 BVerfG v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, Rz. 72 = FamRB 2011, 66.

14 BGH v. 18.10.1989 – IVb ZR 89/88, FamRZ 1990, 260 (264), erst aufgegeben in BGH v. 15.3.2006 – XII ZR 30/04, FamRZ 2006, 683 = FamRB 2006, 198, weil es dieser differenzierten Betrachtung „nicht mehr“ bedürfe und beide Prüfungsschritte zusammen gefasst werden könnten. Siehe auch BGH v. 18.3.1987 – IVb ZR 31/86, FamRZ 1987, 916.

15 Siehe das Rechenbeispiel bei Büttner/Niepmann/Schwamb, 11. Aufl., Rz. 52, ferner bei www.hefam.de unter Arbeitspapier Nr. 15.5 (i.d.F. v. 1.1.2011).

16 Vgl. dazu Büttner/Niepmann/Schwamb, 11. Aufl., Rz. 52, S. 29.

17 BGH v. 17.12.2008 – XII ZR 9/07, FamRZ 2009, 411, Tz. 33, 34 = FamRB 2009, 101 und v. 28.1.2009 – XII ZR 119/07, FamRZ 2009, 579 = FamRB 2009, 138.

18 BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, BVerfGE 108, 351 = FamRZ 2003, 1821 = FamRB 2003, 382.

lag. Allerdings unterläuft dem 1. Senat auch hier wieder ein Versehen, wenn er nun den allein aus der zweiten Ehe herrührenden Synergieeffekt des Zusammenlebens in zweiter Ehe auch noch bedarfserhöhend für die Berechnung des Unterhalts der geschiedenen Ehe heranzieht¹⁹ und damit ein Element aus der gerade verworfenen Dreiteilungsmethode für die weitere Entscheidung – insoweit tatsächlich „einseitig“ – wieder zugrunde gelegt wissen will. Vor diesem Hintergrund mutet es schon fast tragikkomisch an, wenn das BVerfG in Rz. 75 zur Begründung seiner Entscheidung, weshalb die – tatsächlich in vielen Fallkonstellationen der Vereinfachung dienende – bisherige Rechenweise des BGH gegen den Geist des Reformgesetzes verstoße, schließlich auch noch anführt, die Dreiteilungsmethode des BGH widerspreche dem Gebot der Vereinfachung des Unterhaltsrechts als einem der Ziele der Reform.

3. Konsequenzen für die Praxis

a) Vorrang des geschiedenen ersten Ehegatten

Nur wenn der geschiedene erste Ehegatte – wie meistens nach § 1582 BGB a.F. – **auch nach neuem Recht noch vorrangig** ist, wirkte es sich letztendlich zu seinem Nachteil aus, dass der nachrangige zweite Ehegatte nach der Drittelmethode des BGH bereits auf der Bedarfsebene in die Dreiteilung einbezogen wurde. In diesen nach Änderung der §§ 1582, 1609 BGB zwar seltener gewordenen Fällen ist die **Kritik an der Drittelmethode** deswegen **nicht ganz unberechtigt**, weil der BGH eben nicht nur vereinfachend Bedarf und Leistungsfähigkeit bei der Berechnung vereinheitlichte, sondern tatsächlich auch das Ergebnis zum **Nachteil des Vorrangigen** etwas veränderte. Allerdings sind die Ergebnisse – bei richtiger Berechnung – nicht so unterschiedlich, wie es das BVerfG in seinem Fall angenommen hat. Ob dieser im Wesentlichen die systematische Auslegung des § 1578 BGB betreffende Problematik wirklich eine **verfassungsrechtliche Relevanz** zukommt, darf deshalb mit *Münch*²⁰ (und wohl auch drei der acht entscheidenden Richter des 1. Senats des BVerfG) **bezweifelt** werden.

Wird man hiernach künftig die Fälle des Vorrangs der geschiedenen Ehefrau vor der zweiten Ehefrau wieder **nach den Grundsätzen der Entscheidung des BVerfG v. 7.10.2003** – jedoch ohne die Fehler des Beschlusses v. 25.1.2011 – lösen können und müssen, so bleiben für die Fälle des Gleichrangs beider Ehefrauen oder gar des Vorrangs der zweiten Ehefrau viele Fragezeichen.

b) Gleichrang der Ehegatten (bzw. eines Anspruchs aus § 1615/ BGB)

Einiges spricht doch dafür, jedenfalls bei Gleichrang der ersten und zweiten Ehegattin die **Dreiteilung auf der Ebene der Leistungsfähigkeit weiterhin beizubehalten**, weil sie bei der Billigkeitsabwägung im Rahmen des § 1581 BGB, sofern keine Besonderheiten im Einzelfall vorliegen, eine angemessene Verteilung der vorhandenen Mittel gewährleistet. Das bereits erwähnte Rechenbeispiel²¹ zeigt, dass sich, ausgehend vom Bedarf beider Ehefrauen nach § 1578 Abs. 1 BGB, durch die wechselseitig einzustellenden Unterhaltsverpflichtungen im

Wege von Annäherungsberechnungen auf der Leistungsebene letztlich die Dreiteilung ergibt.²² Das hat das BVerfG vermutlich gar nicht gesehen; jedenfalls fehlt jede Auseinandersetzung damit. Es verbietet sich auch, im Fall des Gleich- oder sogar Vorrangs der zweiten Ehefrau allein deren Bedarf schon vorab zu kürzen, nur wegen der zeitlich bereits früher bestehenden Unterhaltspflicht gegenüber der gleich- oder sogar nachrangigen geschiedenen ersten Ehefrau.

Das BVerfG hat in seinen älteren Entscheidungen²³ zu § 1582 BGB a.F. ein **Abstellen allein auf die zeitlich frühere Unterhaltsverpflichtung** nämlich nur im Zusammenhang mit der dem Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsfreiheit gebilligt, den Vorrang wie im seinerzeitigen § 1582 BGB a.F. gesetzlich zu regeln. Nun hat der **Gesetzgeber aber in § 1609 BGB gerade insoweit neue Grundsätze aufgestellt**, so dass jedenfalls bei den nun vom Gesetzgeber offenbar gewollten Fällen des Gleichrangs nach § 1609 BGB n.F. auch eine Gleichbehandlung beider Ehen im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG nicht mehr zu umgehen sein dürfte. Der **Vergleich mit dem Vorwegabzug des Unterhalts nachrangiger – gemeinsamer – volljähriger Kinder** vor Berechnung des Bedarfs für den vorrangigen Ehegattenunterhalt²⁴ kann im Verhältnis zweier gleichrangiger oder gar zu Lasten eines vorrangigen zweiten Ehegatten **nicht herangezogen** werden. Beim volljährigen gemeinsamen Kind kann nämlich zusätzlich darauf abgestellt werden, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte diesen Vorwegabzug, der die Ehe geprägt hat, im Regelfall selbst akzeptiert hat und er damit einer gemeinsamen Disposition für die Studiendauer des Kindes entspricht.²⁵ Diese Akzeptanz kann für die gleich- oder vorrangige zweite Ehefrau hinsichtlich eines Vorwegabzugs des Unterhalts der ersten Ehefrau aber gerade nicht unterstellt werden. Abgesehen davon ergäben sich bei einer solchen einseitigen Berücksichtigung der zeitlichen Reihenfolge der Ehen auf der Bedarfsebene **sachlich nicht nachvollziehbare Unterschiede zwischen den Ansprüchen von zweiten Ehegatten und Ansprüchen nach § 1615/ BGB**, denn bei letzteren spielt die erste Ehe für die Bedarfsbestimmung jedenfalls keine Rolle.²⁶

19 Siehe dazu BVerfG v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, BVerfGE 108, 351, Rz. 38 = FamRB 2003, 382 wonach für die Berechnung des Unterhalts der geschiedenen Ehefrau die Berücksichtigung von Vorteilen ausdrücklich ausgeschlossen ist, die erst mit dem neuen Eheschluss entstanden sind.

20 *Münch*, Das Ende der Wandelbarkeit, FamRB 2011, 90.

21 Büttner/Niepmann/Schwamb, 11. Aufl., Rz. 52, ferner www.hefam.de „Arbeitspapier“ bei Nr. 15.5.

22 Vgl. hierzu bereits *Gutdeutsch*, FamRZ 1995, 327 (zu den damaligen Hammer Unterhaltsleitlinien); *Hampel*, FamRZ 1995, 1177 (auch zu Mangelfällen); *Gerhardt/Gutdeutsch*, FamRZ 2007, 778.

23 BVerfG v. 10.1.1984 – 1 BvL 5/83, BVerfGE 66, 84 = FamRZ 1984, 346; v. 7.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, BVerfGE 108, 351 = FamRB 2003, 382

24 BGH v. 23.10.1985 – IVb ZR 68/84, FamRZ 1986, 553 (unter 5. b); v. 19.6.1985 – IVb ZR 38/84, FamRZ 1985, 912 (916).

25 BGH v. 23.10.1985 – IVb ZR 68/84, FamRZ 1986, 553 (556).

26 Vgl. deswegen speziell dazu Nr. 15.5 der Frankfurter Unterhaltsgrundsätze i.d.F. v. 1.1.2011.

c) **Vorrangige zweite Ehegattin bzw. Anspruch nach § 1615/ BGB**

Ob man danach auch im Fall einer vorrangigen zweiten Ehegattin bzw. bei vorrangigen Ansprüchen nach § 1615/ BGB – letztlich sogar zum Schutz der ersten Ehegattin – ebenfalls die Dreiteilungsmethode beibehalten kann, bleibt noch zu untersuchen. Für die **Billigkeitsabwägung auf der Leistungsebene** lässt es sich durchaus vertreten, dass unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte auch der **Vertrauensschutz einer nachrangigen ersten Ehefrau** in die Prüfung mit einzufließen hat und somit die zweite Ehefrau bzw. eine Anspruchstellerin nach § 1615/ BGB in Kenntnis einer bereits bestehenden Verpflichtung des Anspruchsgegners trotz des Vorrangs nicht ihren vollen Bedarf durchsetzen kann. Somit könnte die Dreiteilung auch in diesen Fällen weiterhin zu billigen Ergebnissen führen. Da das BVerfG, wie oben dargelegt, die Dreiteilungsmethode nur im Lichte der Auslegung des § 1578 BGB verworfen hat, spricht nichts dagegen, sie auf der Leistungsebene weiterhin zur Anwendung zu bringen, sofern das Ergebnis einer jeweils abschließenden Billigkeitsabwägung standhält.

d) **Exkurs: Auswirkungen auf den Kindesunterhalt und die Berechnung von Ehegattenunterhalt bei vorrangiger Verpflichtung zum Kindesunterhalt**

Nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH zur Dreiteilung, aber auch beim Kindesunterhalt, spielte der Vorrang eines Berechtigten nur noch an der Grenze des Selbstbehalts eine ausschlaggebende Rolle. Konsequenterweise hat der BGH²⁷ deswegen auch wiederholt entschieden, dass sogar vorrangige minderjährige Kinder regelmäßig nur den Mindestbedarf bekommen, wenn andernfalls für nachrangige Ehegatten ein Mangelfall entsteht. Ob ein

solcher Zusammenhang zwischen Bedarfs- und Leistungsfähigkeitsprüfung vom BVerfG noch länger gebilligt wird, muss jetzt wohl auch wieder hinterfragt werden.

Umgekehrt dürfte es aber keinem Zweifel unterliegen, dass der **vorrangige Unterhalt für minderjährige Kinder**, und zwar auch der nicht die Ehe prägenden **später geborenen oder adoptierten Kinder**,²⁸ jedenfalls in Höhe des Mindestunterhalts, weiterhin – zwar nicht mehr wegen „Wandelbarkeit der ehelichen Lebensverhältnisse“, sondern **erst auf der Ebene der Leistungsfähigkeit** – als eine anzuerkennende Verpflichtung vor der endgültigen Bildung der Unterhaltsquote des geschiedenen Ehegatten in Abzug zu bringen ist.

4. **Fazit**

Die Entscheidung des BVerfG v. 25.1.2011 zwingt **nur bei Ansprüchen vorrangiger Erstehegatten zur Rückkehr zu der früheren Berechnungsweise** gemäß der Entscheidung des BVerfG v. 7.10.2003. **In allen anderen Fallkonstellationen** kann es im Ergebnis regelmäßig bei der **bisherigen Rechtsprechung des BGH** – auch zur Dreiteilung – verbleiben, wenn man sich nur bewusst macht, dass es insoweit um eine Billigkeitslösung auf der Leistungsebene geht.

Allerdings erscheint es ungewiss, ob die Rechtsprechung den hier vorgeschlagenen Weg einschlagen wird, nachdem das BVerfG und der BGH einen Scherbenhaufen hinterlassen haben, der nun eigentlich **nur vom Gesetzgeber** wieder beseitigt werden kann, weil klare Auslegungskriterien in dieser wichtigen Frage praktisch nicht mehr vorhanden sind. Dabei sollte der Gesetzgeber die Gelegenheit nutzen, den ebenso unkalkulierbar gewordenen § 1570 BGB²⁹ gleich mit ins Visier zu nehmen, und ferner überlegen, ob nicht auch die nach wie vor erheblichen Rechtsunsicherheiten im Umgang mit der Befristung nach § 1578b BGB weitere Klarstellungen erfordern, denn drei Jahre nach der Unterhaltsrechtsreform ist nur noch eines gewiss: Auf dem Gebiet des Ehegattenunterhaltsrechts sind die Entscheidungen praktisch nicht mehr vorhersehbar.

27 BGH v. 17.9.2008 – XII ZR 72/06, FamRZ 2008, 2189 = FamRB 2008, 360; v. 2.6.2010 – XII ZR 160/08, FamRZ 2010, 1318 = FamRB 2010, 336 = FamRB 2010, 261.

28 BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 14/06, FamRZ 2008, 968 (971) = FamRB 2008, 171 (173); v. 1.10.2008 – XII ZR 62/07, FamRZ 2009, 23 = FamRB 2009, 34 (35).

29 Vgl. hierzu zuletzt BGH v. 15.9.2010 – XII ZR 20/09, FamRB 2010, 358 (mit abl. Besprechung Schwamb).