

Prof. Dr. iur. Christian Rumpf

Herdweg 24 – D-70172 Stuttgart
Tel. 0711-997977-0 – Fax 0711-997977-20
e-mail: info@rumpf-legal.com

Prof. Dr. C. Rumpf, Feuerbacher Heide 53 b - 70192 Stuttgart

Forschungsstelle für türkisches Recht
An der Universität 11 - D-96045 Bamberg
Tel. 0951-863-2182 - Fax 0951-863-5182

Amtsgericht Kamen
Poststr. 1
59174 Kamen

Verhandlungsdolmetscher und Urkundenübersetzer für die
türkische Sprache (allgemein beeidigt und öffentlich bestellt für
Baden-Württemberg)

Stuttgart/Bamberg, den 25.04.2008

Betr.: AZ: 11 F 221/06, Yaman/Yaman

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrte Frau Konschak,

in der o.g. Angelegenheit wurde ich mit Schreiben v. 19.07.2007 gebeten, zu folgenden Fragen
gutachtlich Stellung zu nehmen:

1. Ist beim Bedürftigkeitsunterhaltsanspruch nach Art. 175 ZGB die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Voraussetzung bereits für die Entstehung des Anspruchs oder lediglich ein Kriterium für dessen Durchsetzbarkeit?
2. Besteht eine Möglichkeit, der seit fast einem Jahr rechtskräftig geschiedenen Ehefrau bei aktuell bestehender Leistungsunfähigkeit des geschiedenen Ehemannes das Klagerecht bzw. den Unterhaltsanspruch dem Grunde nach zu erhalten, etwa durch ein Feststellungsurteil? Wäre das Klagerecht bei Klage abweisendem Urteil verwirkt?
3. Wie ist derzeit die Tendenz in der türkischen Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf die Anrechnung fiktiver Einkünfte im Geringverdienerbereich?
4. Wie wirkt sich konkret der gesetzliche Vorrang des Kindesunterhalts vor dem Ehegattenunterhalt aus? Reicht die gesetzliche Verpflichtung zur Zahlung von Kindesunterhalt aus, um ihn vorrangig zu berücksichtigen oder muss der Unterhalt tatsächlich ge-

zahlt werden bzw. tituliert sein? Anders ausgedrückt: Wenn der Schuldner durch die Zahlung von Kindesunterhalt nach den einschlägigen Tabellen bereits leistungsunfähig hinsichtlich nachrangiger Ansprüche würde, tatsächlich jedoch nicht oder nur unregelmäßig zahlt, besteht dann noch ein Anspruch auf Bedürftigkeitsunterhalt der geschiedenen Ehefrau?

Inhaltsverzeichnis

A. Vorbemerkung	4
B. Sachverhalt.....	4
C. Internationales Privatrecht	5
D. Türkisches Recht	5
I. Geltendmachung der Ansprüche im Scheidungsverbund?.....	5
II. Verjährung.....	6
III. Bedürftigkeitsunterhalt (<i>yoksulluk nafakası</i>)	6
1. Allgemein	6
2. Allgemeine Voraussetzungen	7
3. Inhalt des Anspruchs.....	7
a) Ausgleichszweck	7
b) Bedürftigkeit.....	7
c) Leistungsfähigkeit	9
d) Erwerbsmöglichkeit	10
e) Interessenausgleich und Zwischenergebnis	11
4. Kausalität	13
5. Unterhaltsverzicht.....	14
6. Verschulden	15
7. Zahlungsweise	16
8. Fälligkeit und Frist.....	17
9. Prozessrechtliche Fragen	17
IV. Kindesunterhalt.....	20
V. Verhältnis von Bedürftigkeitsunterhalt zu Kindesunterhalt	20
E. Zusammenfassung.....	21

Stellungnahme

A. Vorbemerkung¹

Das Gutachten beruht auf einschlägiger türkischer Fachliteratur und den im Zeitpunkt der Klageerhebung geltenden Rechtstexten. Soweit erforderlich, fließen auch eigene Erfahrungen des Gutachters in die Stellungnahme ein, sie werden ggfs. entsprechend gekennzeichnet. Soweit der türkische Kassationshof ohne weiteren Hinweis auf eine Fundstelle zitiert wird, wurden seine Urteile der kostenpflichtigen Datenbank Kazanci entnommen.

B. Sachverhalt

Die Parteien, beide türkische Staatsangehörige, waren 14 Jahre lang miteinander verheiratet und sind seit dem 18.6.2005 rechtskräftig geschieden. Das Scheidungsurteil enthält keinen Schuldausspruch, weil keine der Parteien dies seinerzeit beantragt hat.

Die Klägerin geht keiner Berufstätigkeit nach, sondern betreut die beiden aus der Ehe hervorgegangenen Töchter. Sie bezieht Leistungen nach SGB II. Der Beklagte ist bei einer Leiharbeitsfirma beschäftigt, hat nicht immer in Vollzeit gearbeitet und in der jüngeren Vergangenheit unterhalb seines Selbstbehalts verdient. Er ist im Augenblick nicht leistungsfähig, es sei

¹ **Abkürzungen:** ABD: Ankara Barosu Dergisi (Zeitschrift der RAK Ankara); AD: Adalet Dergisi (Zeitschrift der Justiz); AMKD: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (Entscheidungssammlung des Verfassungsgerichts); E. Esas (Rechtssache); GrZS (Großer Zivilsenat); K. Karar (Entscheidung); OGB (Obligationengesetzbuch); RG (Resmi Gazete – Amtsblatt); YKD: Yargıtay Kararları Dergisi (Entscheidungssammlung des Kassationshofs); ZfRV (Zeitschrift für Rechtsvergleichung); ZS (Zivilsenat des Kassationshofs)

Literatur: *Akıntürk*, Aile Hukuku (Familienrecht), 8. Aufl., Ankara 2003; *Ergün*, Boşanma (Scheidung), Ankara 2001; *Gençcan*, Boşanma Davaları (Scheidungsverfahren), Ankara 2000; *Gençcan*, Boşanma Hukuku (Scheidungsrecht), Ankara 2006; *Gençcan*, Türk Medeni Kanunu (Türk. ZGB – Kommentar), Ankara 2004; *Hablen*, Türkisches Ehegatten- und Geschiedenenunterhaltsrecht, Frankfurt 1996; *Odendabl*, Die Zerrüttungsscheidung nach Art 134 türk ZGB u die dt Familiengerichte, FamRZ 2000, 462 ff.; *Özkan*, Aile Hukuku (Familienrecht), 5. Aufl., Ankara 2004; *Özğür*, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları (Scheidungs-, Trennungs- und Eheanfechtungsverfahren), Ankara 2004; *Özğür*, Nafaka Davaları (Unterhaltsverfahren), Ankara 2002; *Rumpf*, Einführung in das türkische Recht, München 2004; *Rumpf/Odendabl*, Türkei, in: *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Lieferung September 2003; *Saltay-Özcan*, Scheidungsfolgen nach türkischem materiellen Recht, Frankfurt 2002; *Şener*, Boşanma Hukuku (Scheidungsrecht), 2. Aufl. Ankara 1997; *Yalçınkaya/Kaleli*, Yeni Boşanma Hukuku (Das neue Scheidungsrecht), Ankara 1988; *Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla* Medeni Hukuk (Zivilrecht), 3. Aufl., Ankara 1997.

denn, man könnte ihm noch fiktive Einkünfte zurechnen. Er strebt eine Festanstellung an und hat konkrete Aussichten, eine solche zu erlangen.

Auf Grund drohender Verjährung hat die Klägerin Unterhaltsklage erhoben und rechnet dem Beklagten fiktive Einkünfte zu. Ihr primäres Rechtsschutzziel ist die Erhaltung ihres Klagerechts (Art. 178 ZGB).

Das Gericht ist nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Klägerin jedenfalls kein höheres Verschulden am Scheitern der Ehe trifft und sie durch die Scheidung bedürftig geworden ist.

Hinsichtlich der übrigen Anspruchsvoraussetzungen und Möglichkeiten der Rechtsgestaltung besteht hier keine Klarheit.

C. Internationales Privatrecht²

Ausführungen zum internationalen Privatrecht sind hier nicht erforderlich. Der Gutachter geht davon aus, dass das Gericht solche Fragen geprüft hat.

Das Gutachten wird daher ausschließlich aus der Sicht des türkischen Rechts erstattet.

D. Türkisches Recht

I. Geltendmachung der Ansprüche im Scheidungsverbund?

Ein Unterhaltsanspruch ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass er nicht im Verbund geltend gemacht worden ist. Die Rechtslage, welche die Geltendmachung im Scheidungsverbund verlangte, ist spätestens seit Beginn der neunziger Jahre nicht mehr gültig. Mit Urteil vom 22.1.1988 hatte das Plenum des Kassationshofs³ die Klage auf immateriellen Schadensersatz aus dem Scheidungsverfahren ausgekoppelt und ausdrücklich festgestellt, dass eine solche Klage nach Art. 143 Abs. 2 ZGB a.F. auch nach Rechtskraft der Scheidung erhoben werden

² Ausführlicher *Rumpf* Einführung § 9 Rdn 7 ff. mwN.; *Nomer/Şanlı* S. 289 ff.

darf. Diese Rechtsprechung wurde dann vor allem vom 2. Zivilsenat aufgegriffen und auf die beiden Unterhaltsansprüche nach Art. 143 Abs. 1 ZGB a.F. (materielle Entschädigung) und Art. 144 ZGB a.F. (Bedürftigkeitsunterhalt) ausgedehnt.⁴ Schließlich wurde diese Rechtslage mit der ZGB-Reform mit Wirkung ab dem 1.1.2002 zementiert.

II. Verjährung

Vor der Reform war die Frage der Verjährung von Unterhaltsansprüchen nicht gesetzlich geregelt, so dass es zu unterschiedlichen Sichtweisen in Rechtsprechung und Lehre kam. Mit Art. 178 hat das reformierte ZGB⁵ eine klare Regelung getroffen und verfügt, dass beide Ansprüche auf Schadensersatz wie auch der Bedürftigkeitsunterhalt nach einem Jahr ab Rechtskraft der Scheidung verjähren. Auf die zuvor geführten Diskussionen in Rechtsprechung und Lehre braucht hier daher nicht eingegangen zu werden.

Im vorliegenden Fall geht das Gericht davon aus, dass die Klage auf Unterhalt innerhalb dieser Frist erhoben worden ist.

III. Bedürftigkeitsunterhalt (*yoksulluk nafakası*)

1. Allgemein

Das Gericht geht im vorliegenden Fall von der Anwendbarkeit der Regelungen zum Bedürftigkeitsunterhalt aus. Diese Regelungen gibt es seit Aufnahme des schweizerischen ZGB in die türkische Rechtsordnung im Jahre 1926. Sie haben seither wichtige Änderungen erfahren, blieben im Grundsatz jedoch auch nach der Reform 2001 erhalten.

³ RG Nr.19843 v. 15.6.1988

⁴ Vgl. OLG Hamm FamRZ 1994, S.582 f. (mit Anmerkung *Henrich*). *Zevkâiler/ Acabey/ Gökyayla*, Medeni Hukuk (Zivilrecht), 5. Aufl., Izmir 1995, S. 982 f.; 2. ZS, 23.2.1993, E.878, K.1721; GrZS, 31.10.1990, E.2-452, K.549 (zit. ebenda). Siehe auch Nachweise bei *Gençcan*, Boşanma Davaları S. 208. Vgl. *Özkan*, FamRZ 1994, 1574, und *Krüger*, FamRZ 2000, 1135 ff.

⁵ Art. 178 ZGB n.F.: Die Ansprüche, die anlässlich der Beendigung der Ehe durch Scheidung entstehen, verjähren ein Jahr nach Rechtskraft des Scheidungsurteils.

2. Allgemeine Voraussetzungen

Hier der Gesetzestext:

„Art. 175 - Der Ehegatte, der durch die Scheidung bedürftig wird, und den kein höheres Verschulden trifft, kann vom anderen Ehegatten nach dessen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit für seine Lebensführung unbefristet Unterhalt verlangen.

Auf ein Verschulden des Unterhaltspflichtigen kommt es nicht an.“

3. Inhalt des Anspruchs

a) Ausgleichszweck

Anspruch auf Bedürftigkeitsunterhalt nach Scheidung hat jeder Ehegatte⁶, der *durch* die Scheidung bedürftig wird. Sinn dieser Unterhaltsform ist der soziale Ausgleich⁷ nach dem Zusammenbruch der wirtschaftlichen und sozialen Gemeinschaft in der Ehe, wonach der verdienende Teil keinen wirtschaftlichen Schaden erleidet oder gar wirtschaftlich gestärkt wird, während dem nicht verdienenden Teil der Boden für seine wirtschaftliche Existenz entzogen wird. Den einzigen vom Kassationshof formulierten Maßstab bieten dabei die „Lebensverhältnisse der Beteiligten“⁸, d.h. die „soziale und wirtschaftliche Situation der Beteiligten, die aktuellen wirtschaftlichen Gegebenheiten und der Grundsatz der Billigkeit gem. Art. 4 ZGB“⁹. Irgendwelche Tabellen kennt die türkische Rechtspraxis nicht.¹⁰

b) Bedürftigkeit

Ein begrenzendes Kriterium stellt beim Armutsunterhalt die „Bedürftigkeit“ des Anspruchstellers dar, die zur Überzeugung des Gerichts aufgrund objektiver Tatsachen festgestellt wer-

⁶ Wenn nachfolgend regelmäßig von der anspruchsberechtigten „Ehefrau“ die Rede ist, dann zu Zwecken der Vereinfachung und im Hinblick auf den vorliegenden Fall. Eine Ungleichbehandlung der Ehegatten sieht das Gesetz nicht vor.

⁷ *Özkan Aile Hukuku* S. 497.

⁸ 3. ZS, 4.3.2003, E. 2003/1941, K. 2003/2097.

⁹ 2. ZS, 8.11.1999, E. 1999/9909, K. 1999/11956; 3. ZS, 21.5.2002, E. 2002/5198, K. 2002/5774.

¹⁰ Der Gutachter hat vor einigen Jahren mit dem damaligen Vorsitzenden des 2. Zivilsenats, Tahir Alp, über die Frage der Einführung einer Tabelle gesprochen. Das Ergebnis war, dass *Alp* die Einführung einer solchen Tabelle im Hinblick auf die großen sozialen Unterschiede und das Erfordernis der Einzelfallbeurteilung ablehnte.

den muss.¹¹ Allerdings ist auch dieser Begriff dehnbar und wird vom Kassationshof letztlich an den beiderseitigen Lebensverhältnissen gemessen. Wer während der Ehe in Saus und Braus gelebt hat, muss nach der Ehe nicht auf alles verzichten; der Bedarf wird also durchaus auch an die subjektiven Bedürfnisse geknüpft, die bei der Ehefrau des reichen Großindustriellen anders aussehen können als bei der Ehefrau des auf Mindestlohniveau arbeitenden Mannes. Bedürftigkeit ist also nicht gleichzusetzen mit einem „Mindestbedarf“ für das Überleben oder nach Maßgabe der Bestimmungen über die Gewährung von Sozialhilfe, vielmehr kann im Einzelfall auch der Bedürftigkeitsunterhalt der Sicherung des erreichten Lebensstandards dienen¹². So hat es in der Tat Urteile gegeben, in welchen dem „bedürftigen“ Rentner neben einer teuren Wohnung und seiner Rente noch Armutsunterhalt zugestanden wurde.¹³ Selbst Immobilienbesitz kann, muss aber nicht dem Unterhaltsanspruch entgegenstehen.¹⁴ Entscheidend ist auch hier wieder die richtige Einordnung der Immobilie in die wirtschaftliche Situation, wobei dem Berechtigten in jedem Falle ein „angemessenes Heim“ zugestanden wird.¹⁵ Auch schließt der Umstand, dass der Berechtigte arbeitet, die Zusprechung von Bedürftigkeitsunterhalt nicht aus, solange das erzielte Einkommen die Bedürfnisse des Berechtigten nicht abzudecken in der Lage ist.¹⁶ Wenn also der Kassationshof in einzelnen Fällen urteilt, dass der Erwerb des Mindestlohns den Bedürftigkeitsunterhalt ausschließt¹⁷, so dürfte dies an der häufig im Urteil nicht näher erläuterten Leistungsfähigkeit des anderen zu messen gewesen sein. Mitbestimmend für die Beurteilung kann auch sein, ob der Anspruchsteller die elterliche Sorge über gemeinsame Kinder hat. Reicht der Kindesunterhalt nicht aus, die durch die Zusprechung der elterlichen Sorge eingetretene Verschärfung der sozialen Situation auszugleichen und entsteht dadurch „Bedürftigkeit“, dann dient der Bedürftigkeitsunterhalt insoweit dem Ausgleich.¹⁸

¹¹ Kassationshof GrZS, 10.6.1998, E. 1998/2-481, K. 1998/423.

¹² *Öztan Aile Hukuku* S. 501.

¹³ Vgl. die bei *Odendahl FamRZ* 2000, S. 465 zitierten Entscheidungen.

¹⁴ Kassationshof 2. ZS, 3.11.2003, E. 2003/13539, K. 14642, zit bei *Özğür Boşanma* S. 1031.

¹⁵ Kassationshof 2. ZS, 1.3.2002, E. 2002/1051, K. 2002/2605; GrZS, 7.7.1993, E. 1993/2-165, K. 1993/503, beide zit bei *Özğür Boşanma* S. 1018.

¹⁶ Kassationshof GrZS, 1.5.2002, E. 2002/2-397, K. 2002/339.

¹⁷ Kassationshof 2. ZS, 5.3.2003, E. 2003/1901, K. 2003/2929, zit. bei *Gençvan Türk Medeni* Bd. 1 S. 966.

¹⁸ Vgl. *Öztan Aile Hukuku* S. 499.

Zu berücksichtigen ist auch das Ergebnis der güterrechtlichen Scheidungsfolgenregelungen.¹⁹ Auch der Anfall oder konkret zu erwartende Anfall einer Erbschaft wirkt sich auf den Unterhaltsanspruch aus.²⁰ Hat der Bedürftige andere Unterhaltsansprüche, z.B. auf Familienunterhalt gegenüber Geschwistern, so räumt der Kassationshof insoweit dem Bedürftigkeitsunterhalt den Vorrang ein.²¹

Die Bedürftigkeit kann entfallen, wenn der bedürftige Ehegatte eine neue Versorgungsgemeinschaft eingeht, insbesondere durch Wiederheirat. Mit der Reform von 2001 wurde sogar die nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche anerkannt mit der Folge, dass Bedürftigkeit entfallen kann (Art. 176 ZGB n.F.). Nach *Özkan* und dem Kassationshof entfällt der Unterhaltsanspruch sogar ohne Prüfung der Bedürftigkeit.²²

c) Leistungsfähigkeit

Auf der Gegenseite werden Inhalt und Umfang des Unterhaltsanspruchs durch die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen begrenzt. Der Begriff der „wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ ist nicht weniger dehnbar als der der Bedürftigkeit.

Nach *Özkan* ist die Leistungsfähigkeit letztlich der entscheidende Maßstab, den sie in folgende Stufen aufteilt, die allerdings keine absolute Entsprechung in der Rechtsprechung haben:²³

- Variante 1: Der Pflichtige hat ein Einkommen, das ihm das Überleben sichert, aber nicht mehr. In diesem Fall entfällt ein Unterhaltsanspruch mangels Leistungsfähigkeit.
- Variante 2: Der Pflichtige hat ein Einkommen, das ihm ein sorgenfreies Leben beschert mit einem Standard über dem Mindestbedarf beschert. Hieraus ist der Mindestbedarf des Anspruchstellers zu decken. Bleibt dann noch beim Pflichtigen ein Betrag übrig, wird dieser zur Erhaltung des sozialen Standards beim Anspruchsteller mit verwendet, ohne dass es hier zu einer gleichen Verteilung des Überschusses kommen muss.

¹⁹ *Özkan* Aile Hukuku S. 503.

²⁰ *Özkan* Aile Hukuku S. 503.

²¹ Kassationshof 2. ZS, 19.2.1990, E. 1989/10680, K. 1990/199, zit. bei *Özğür* Boşanma S. 1019.

²² *Özkan* Aile Hukuku S. 508; Kassationshof 2. ZS, 7.5.2003, E. 2003/5719, K. 2003/6728, zit. bei *Özğür* Boşanma S. 1049.

²³ *Özkan* Aile Hukuku S. 501.

Tatsächlich hat aber der Kassationshof z.B. den Mindestlohn als solchen nicht als untere Grenze der Leistungsfähigkeit angesehen, sondern auch hier wieder eine Einzelfallbetrachtung verlangt, ohne allerdings konkrete Anhaltspunkte dafür zu geben, wo es noch unterhalb des ohnehin sehr knapp bemessenen Mindestlohns eine Grenze der Leistungsfähigkeit geben soll.²⁴ Die eigene Bedürftigkeit des Pflichtigen schließt aber jedenfalls einen Unterhaltsanspruch des anderen aus.²⁵

Insgesamt ähneln die Kriterien zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit denjenigen für die Bedürftigkeit.²⁶

d) Erwerbsmöglichkeit

Bei der Frage der Bedeutung des fiktiven Einkommens auf Anspruchstellerseite wird in der Literatur die Auffassung vertreten, ein solches könne ohne weiteres zugrunde gelegt werden²⁷, die „konkrete“ Möglichkeit zu arbeiten schließe den Unterhaltsanspruch aus. Im Falle einer in Deutschland lebenden Innenarchitektin hat der Kassationshof dies auch so gesehen²⁸, nicht aber im Falle einer in der Türkei lebenden Frau ohne berufliche Qualifikation, bei der er wohl die Aussichtslosigkeit einer Arbeitssuche vermutet.²⁹ Hier wäre es Sache des Unterhaltspflichtigen, die Arbeitsmöglichkeiten des Berechtigten konkret darzulegen.

Auch wer den Arbeitsplatz aus eigenem Verschulden verloren hat, muss sich das auf diese Weise verlorene Arbeitseinkommen anrechnen lassen.³⁰

Die konkrete Erwerbsmöglichkeit schließt aber einen Unterhaltsanspruch so wenig grundsätzlich aus wie Arbeitseinkünfte. Auch hier kommt es letztlich darauf an, ob diese Einkünfte ausreichen, den festgestellten Bedarf zu befriedigen.³¹

²⁴ Kassationshof GrZS, 1.5.2002, E. 2002/2-397, K. 2002/339, nach dortigen Angaben “ständige Rechtsprechung”.

²⁵ Kassationshof, 25.2.2004, E. 2004/968, K. 2004/2219, zit. bei Özüğür Boşanma S. 1040.

²⁶ OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 919: Einschränkung der Leistungsfähigkeit durch Wiederverheiratung; Kassationshof 10.6.1993, zit. bei Gençcan, Boşanma Davaları S. 1099: Fiktives Einkommen anrechenbar.

²⁷ Saltaş-Özcan S. 135 unter Verweis auf *Hahlen*, jeweils mit Nachweisen; Öztan Aile Hukuku S. 499.

²⁸ Kassationshof 2. ZS, 25.9.2000, zit. bei Ergün S. 684.

²⁹ Kassationshof 2. ZS, 11.2.1998, zit. bei Gençcan, Boşanma Davaları S. 1040; 31.5. 2000, zit. bei Ergün S. 677; 18.11.1998, zit. bei Özüğür Boşanma (alte Auflage 2000), S. 916.

Auch die Möglichkeit der Erzielung anderer Einkünfte ist zu berücksichtigen. Wer Renten- oder sonstige Ansprüche gegen den Staat oder einen Dritten hat, muss diese auch geltend machen, sie werden auf den Anspruch auf Bedürftigkeitsunterhalt angerechnet.³²

Auch auf der Seite des Pflichtigen, der gegen einen Anspruch die eigene Einkommenslosigkeit einwendet, ist zu prüfen, ob er den Unterhaltsanspruch bei Aufnahme einer Tätigkeit befriedigen könnte, ohne selbst in Armut zu verfallen.

e) Interessenausgleich und Zwischenergebnis

Letztlich hat die Dehnbarkeit des Begriffs der Bedürftigkeit sowohl in der Türkei³³ als auch in Deutschland³⁴ zu einer uneinheitlichen Rechtsprechung geführt. Auch die Literatur zeigt sich bei der Entwicklung von Kriterien wenig konsequent. Dem Gericht steht hier ein Ermessens- wie auch Beurteilungsspielraum zu, innerhalb dessen es einen möglichst sozial angemessenen Weg zwischen den Interessen der streitenden Parteien zu suchen hat. Die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers, einen „Notunterhalt“ zu gewähren, wird in Literatur und Rechtsprechung immer mehr verwischt. Festhalten dürfen wir, dass dem Unterhaltsberechtigten nicht zugemutet wird, an der Untergrenze des sozial und wirtschaftlich „Machbaren“ zu bleiben, sondern eben doch „Bedürftigkeit“ mit „Zumutbarkeit“ verknüpft wird. Wenn auch nicht verbindlich, so doch im Rahmen des richterlichen Ermessens berücksichtigungsfähig ist die bei *Özkan* zu findende Aufstellung der Kriterien für die Bemessung des Bedürftigkeitsunterhalts³⁵, die jedoch nicht abschließend ist:

- Die allgemeinen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedingungen als Grundlage für die Bestimmung des Mindestbedarfs. So darf der Berechtigte keinesfalls unter das Mindestlohniveau fallen.³⁶

³⁰ Kassationshof 2. ZS, 22.9.2003, E. 2003/10497, K. 2003/11847.

³¹ *Özkan Aile Hukuku* S. 501.

³² *Özkan Aile Hukuku* S. 503.

³³ Kassationshof 16.4.1998, zit. bei *Gençcan, Boşanma Davaları* S. 1085; 1.12.1998, zit. bei *Özçuğur Boşanma* (alte Auflage 2000), S. 913.

³⁴ Unterhalt deckt nur Mindestbedarf ab: KG FamRZ 1993, S. 979; OLG Hamm FamRZ 1995, S. 881; mehr als Mindestbedarf: OLG Köln FamRZ 1992, S. 948; OLG Stuttgart FamRZ 1993, S. 974.

³⁵ *Özkan Aile Hukuku* S. 503

³⁶ In der Türkei wird durch Ministerratsbeschluss jährlich ein Mindestlohn festgelegt.

- Es ist das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen.
- Es ist zu prüfen, ob der Berechtigte in naher Zukunft mit einem konkreten Vermögenszuwachs, z.B. durch Erbschaft, rechnen kann. Hier wäre allerdings gegen *Öztan* einzuwenden, dass solche Erwartungen regelmäßig spekulativ sind und Überraschungen ausgesetzt sein können. Der Vermögenszuwachs wäre dann ggf. in einer Änderungsklage zu berücksichtigen.
- Es ist zu prüfen, ob der Berechtigte in naher Zukunft mit einer Rente oder sonstigen Zahlungen seitens des Staates rechnen kann.
- Fiktives Arbeitseinkommen ist dann zu berücksichtigen, wenn die *konkrete* Aussicht bestünde, ein solches zu erzielen.³⁷ Auf die Zumutbarkeitsfrage ist die Rechtsprechung nicht eingegangen, es wird jedoch auch zu berücksichtigen sein, ob dem Berechtigten die Arbeit zumutbar ist. Maßstab wäre dann wieder der bisherige soziale Status. Eine Rolle spielen auch die Karriereaussichten (Steigerungsfähigkeit des Einkommens).
- Die Bedürftigkeit sollte ohne eigenes Verschulden eingetreten sein.
- Verwertbarkeit von Vermögen. Dem Bedürftigen ist zuzumuten, sowohl die Früchte des Vermögens als auch das Vermögen in seiner Substanz zur Befriedigung seiner Bedürfnisse einzusetzen. In diesem Falle ist zu prüfen, ob eine langfristige Befriedigung möglich ist oder ob der Verbrauch in kurzer Zeit zu befürchten ist.
- Es ist nicht erforderlich, dass die Bedürftigkeit sofort eintritt. Es ist daher zu prüfen, ob der Eintritt der Bedürftigkeit konkret zu befürchten ist. In diesem Falle will *Öztan* einen „bedingten Unterhaltsanspruch“ zuerkennen. Dagegen ist einzuwenden, dass ein solcher Unterhaltsanspruch vielleicht titulierbar, aber nicht vollstreckbar ist. Wenn damit gemeint sein soll, dass das Feststellungsurteil möglich sein soll, so ist das eine prozessrechtliche Frage.
- Zu ergänzen wäre noch, dass regelmäßig auch die Zuspreehung einer Entschädigung in Betracht kommt. Auch diese wäre bei der Bemessung eines Bedürftigkeitsunterhalts zu berücksichtigen.

Der Kassationshof lässt hier die Grenzen nur bis zu dem Punkt fließen, wo der Bedürftige Einkommen erzielt, das über dem Mindestlohnstandard liegt. In letzterem Falle bereits entfällt überhaupt die Bedürftigkeit.³⁸ Dies wurde von *Gençcan* zu Recht scharf kritisiert.³⁹ Der Große

³⁷ In diesem Punkt war ein vom Gutachter befragtes Mitglied des zuständigen 2. Zivilsenats des Kassationshofs sehr vorsichtig und verwies hier auf Unterschiede in der deutschen und türkischen Praxis. An die „konkrete Aussicht“ ist also ein enger Maßstab anzulegen.

³⁸ *Gençcan* Boşanma Hukuku S. 768 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

³⁹ *Gençcan* Boşanma Hukuku S. 772.

Senat hat allerdings – möglicherweise auf diese Kritik hin – 2007 klargestellt, dass die ständige Rechtsprechung des Kassationshofs nicht dahin zu verstehen sei, dass Einkommen über dem Mindestlohn den Bedürftigkeitsunterhalt ausschließe.⁴⁰ So bleibt also die Vermutung, dass wer ein Einkommen unter dem Mindestlohn hat, immer bedürftig sei. Im übrigen verknüpfen einige Urteile den Mindestlohn mit dem Satz, dass der Berechtigte in der Lage sein müsse, seine Grundbedürfnisse zu befriedigen, zu welchen „Kultur, Gesundheit, Verkehr, Unterkunft, Kleidung und Nahrung auf Dauer“ gehören.⁴¹ Zu Recht meint *Gençcan*, dass der Mindestlohn zur Befriedigung der durch den Kassationshof aufgeführten Grundbedürfnisse nicht ausreiche. Und schließlich verweist er noch auf Art. 17 Abs. 1 der Verfassung, wo es heißt:

„Jedermann hat das Recht auf den Schutz und die Entfaltung seines Lebens und seiner materiellen und ideellen Existenz.“

So ist also die Mindestlohngrenze allenfalls als Orientierungshilfe in der Weise zu sehen, dass Einkommen unter dieser Grenze in jedem Falle Bedürftigkeit indiziert. Das deutsche Gericht ist hier noch flexibler, weil es in Deutschland – noch – keinen Mindestlohn gibt.

Nicht erst aus dieser Auflistung, sondern bereits aus der Rechtsprechung und dem weiten Ermessen des Gerichts ergibt sich die Notwendigkeit einer Prognose der Vermögensentwicklung, um den gegenwärtig gültigen Unterhaltsbetrag so bestimmen zu können, dass die Änderungsklagen nicht in Monatsabständen erhoben werden. Dies wurde mit der Reform in Art. 176 Abs. 5 ZGB n.F. ausdrücklich festgehalten, stellt aber letztlich keine echte Neuerung dar.

4. Kausalität

Die Bedürftigkeit muss durch die Scheidung *verursacht* sein.⁴² Ist der Anspruchsteller im Moment der Scheidung erwerbstätig, wird er später aber arbeitslos, so fehlt es an der Kausalität.⁴³ Dies wird vor allem relevant, seit die Unterhaltsklage auch nach Rechtskraft des Scheidungsur-

⁴⁰ 28.2.2007, E. 2007/3-84, K. 2007/95.

⁴¹ *Gençcan* Boşanma Hukuku S. 772; Kassationshof GrZS, 17.2.1998, E. 1998/2-616, K. 1998/1736, zit. bei *Gençcan* aaO.; Kassationshof GrZS, 28.2.2007, E. 2007/3-84, K. 2007/95.

⁴² Kassationshof GrZS, 10.6.1998, E. 1998/2-481, K. 423.

⁴³ Kassationshof 2. ZS, 14.3.1997, zit. bei *Özdoğan* Nafaka S. 498.

teils erhoben werden kann.⁴⁴ Der typische Fall ist derjenige der Hausfrauenehe, wo die Ehefrau über das Arbeitseinkommen des Ehemannes mitversorgt wurde und ihre eigenen Beiträge in der Führung des Haushaltes und der Betreuung der Kinder bestanden. Ein anderer Fall wäre der, in dem beide Ehepartner in einem gemeinschaftlichen Betrieb arbeiten und mit der Scheidung der dann bedürftige Ehepartner aus dem Betrieb ausscheidet. Schließlich ist noch an denjenigen Fall zu denken, in dem während der Ehe zwar beide Ehegatten gearbeitet haben, aber mit der Scheidung die Möglichkeiten arbeitsteiliger – womöglich unter Einbeziehung von Großeltern – Aufsicht über die Kinder durch den sorgeberechtigten Anspruchsteller entfallen und damit die Möglichkeiten der Arbeitsaufnahme oder Fortsetzung einer beruflichen Tätigkeit begrenzt oder ausgeschaltet werden.

5. Unterhaltsverzicht

Wer Bedürftigkeitsunterhalt wünscht, muss dies auch beantragen. Unterhalt von Amts wegen gibt es nicht.⁴⁵ Diese an sich wenig spektakuläre Feststellung ist dann von Bedeutung, wenn die Parteien eine einverständliche Scheidung im Sinne von Art. 166 Abs. 3 ZGB n.F. haben protokollieren lassen; hier könnte dem Kassationshof zufolge das Fehlen einer Unterhaltsregelung oder eines diesbezüglichen Vorbehalts als für die Parteien verbindliche Feststellung gesehen werden, dass Bedürftigkeit nicht gegeben sei.⁴⁶ Diese Rechtsprechung des Kassationshofs ist allerdings bedenklich, weil hier ohne gesetzliche Grundlage eine Vermutung geschaffen wird, die eine einseitige Benachteiligung des potenziell Unterhaltsberechtigten bewirkt. Bedürftigkeit ist ein objektiver Zustand, der dem freien Beweis zugänglich ist und im Zeitpunkt der Scheidung für die Beteiligten möglicherweise noch nicht erkennbar ist.⁴⁷ Anders ist es, wenn die Parteien im Rahmen der einverständlichen Scheidung ausdrücklich oder zumindest

⁴⁴ Kassationshof 2. ZS, 8.11.1993, zit. bei Şener Boşanma S. 592.

⁴⁵ Özkan Aile Hukuku S. 497 f.

⁴⁶ Kassationshof 2. ZS, 7.3.1997, E. 1997/1032, K. 1997/2584, zit. bei Özkan aaO.

⁴⁷ Zu Recht ablehnend daher Özkan aaO.

erkennbar konkludent⁴⁸ auf Unterhalt verzichtet haben bzw. sich aus dem Scheidungsurteil ergibt, dass die Parteien keinen Unterhalt beanspruchen wollten.⁴⁹

Das Problem braucht hier indessen nicht vertieft zu werden, da keine der Parteien laut vorliegendem Scheidungsurteil auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen verzichtet hat.

6. Verschulden

Nicht erforderlich für die Zahlungspflichtigkeit ist ein *Verschulden* des Pflichtigen (Art. 175 Abs. 2 ZGB). Dagegen gilt die negative Voraussetzung, dass den Berechtigten kein höheres Verschulden treffen darf.⁵⁰ Insofern spricht Art. 175 ZGB eine deutliche Sprache: Bedürftigkeitsunterhalt kann solange verlangt werden, als der Anspruchsteller ein Verschulden trifft, das den Gleichstand mit dem Anspruchsgegner nicht überschreitet.⁵¹

Das Verschulden ist nach einer Entscheidung der Vereinigten Senate ein Begriff, dessen Auslegung das konkrete Umfeld der beteiligten Personen berücksichtigen muss.⁵² Liegt wie hier bereits ein Scheidungsurteil vor, so sind dessen Feststellungen zum Verschulden bindend, die Verschuldensfeststellung im Scheidungsurteil ist „res iudicata“ und einer erneuten Erörterung nicht mehr zugänglich.⁵³ Würden, wie in der Praxis häufig zu beobachten, solche Feststellungen allerdings unterlassen, so können sie nachgeholt werden.⁵⁴ Das Problem ist dann allerdings für den Beweispflichtigen unter Umständen die Erschwernis des Nachweises infolge Zeitablaufs.

⁴⁸ So, wenn auch nicht unbedenklich, Kassationshof 2. ZS, 18.2.1993, E. 1993/1051, K. 1993/1518; 30.10.2000, E. 2000/11193, K. 2000/13239, beide zit. bei *Özgülür Boşanma* S. 1020.

⁴⁹ Kassationshof 2. ZS, 15.12.1997, E. 1997/13591, K. 1997/13691, zit. bei *Özkan* aaO.; Kassationshof 2. ZS, 24.3.2003, E. 2003/3100, K. 2003/4059, zit. bei *Özgülür Boşanma* S. 1052; Hier hatte die Vorinstanz festgestellt, dass die Parteien auf Unterhalt verzichtet hätten und daher insoweit eine Entscheidung nicht zu treffen sei.

⁵⁰ Kassationshof 2. ZS, 16.10.2003, E. 2003/12303, K. 2003/13715, zit. bei *Özgülür Boşanma* S. 1036.

⁵¹ *Gençcan Boşanma Hukuku* S. 754.

⁵² Kassationshof 2. ZS, 3.7.1978, zit. bei *Yalçınkaya/Kaleli* S. 1362.

⁵³ *Gençcan Boşanma Hukuku* S. 755.

⁵⁴ Kassationshof GrZS, 11.11.1992, zit. bei *Gençcan, Boşanma Davaları* S. 1059.

Özkan problematisiert die Frage, was geschehe, wenn beide Seiten gleiches Verschulden trifft.⁵⁵ Die Frage ergibt sich aus dem neuem Gesetz und ist einfach zu beantworten: Bei gleichem Verschulden ist, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, ein Unterhaltsanspruch gegeben. Denn in diesem Falle ist das Verschulden des Anspruchstellers „nicht höher“ (Art. 175 Abs. 1 ZGB n.F).⁵⁶

Vor allem in Fällen, in welchen wegen Zerrüttung gemäß Art. 166 Abs. 1 ZGB geschieden wird, kann es zu Feststellungen bezüglich des Verschuldens kommen, die für die Beurteilung, ob Unterhalt zu gewähren oder ausgeschlossen ist, nicht ausreichen. Denn die Scheidung wegen Zerrüttung knüpft an den objektiven Tatbestand der unheilbaren Störung der ehelichen Gemeinschaft an. Allein im Bereich der Zulässigkeit kann das Verschulden eine Rolle spielen, nämlich dann, wenn die Beklagtenseite überhaupt kein Verschulden an der Zerrüttung trifft.⁵⁷

7. Zahlungsweise

Hierzu der Gesetzestext in Art. 176 ZGB:

„Der materielle Schadensersatz und der Bedürftigkeitsunterhalt können in einer Pauschalsumme oder, falls nach den Umständen erforderlich, als Rente zugesprochen werden.

Der immaterielle Schadensersatz kann nicht als Rente zugesprochen werden.

Die Rentenzahlung von Schadensersatz oder Unterhalt entfällt von selbst, wenn der Ehegatte, dem sie durch Urteil zugesprochen worden ist, wieder heiratet, oder wenn einer der Ehegatten stirbt; sie wird durch Gerichtsurteil aufgehoben, wenn die Gläubigerseite ohne Eheschließung wie Mann und Frau mit einer anderen Person zusammenlebt, nicht mehr bedürftig ist, oder einen unehrenhaften Lebenswandel führt.

Ändern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien oder erfordert es die Billigkeit, so kann entschieden werden, dass die Rentenzahlung erhöht oder vermindert wird.“

⁵⁵ Özkan Aile Hukuku S. 499.

⁵⁶ Kassationshof 2. ZS, 4.11.1998, E. 1998/10182, E. 1998/11805, zit. bei Özüğür (Boşanma alte Auflage 2000) S. 917; 2. ZS, 30.10.2003, E. 2003/13539, K. 2003/14542, zit. bei Özüğür Boşanma S. 1031 f.; 2. ZS, 16.12.2002, E. 2002/13071, K. 2002/13937, zit. bei Gençcan Türk Medeni Bd. 1 S. 964.

⁵⁷ Akentürk, S. 232.

Der Unterhalt wird in der Regel als Verpflichtung zur monatlichen Leistung ausgeurteilt, obwohl vom Gesetz her auch die einmalige Abfindung möglich ist. Bei Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist die Änderungsklage möglich. Gemäß Art. 176 Abs. 1 ZGB n.F. kann der Bedürftigkeitsunterhalt auch in einer einmaligen Summe ausgeurteilt werden. Dies stößt allerdings schon aus praktischen Gründen auf Bedenken. Die Zahlungsweise ist im Klageantrag anzugeben. Das Gericht wird also nicht auf monatliche Zahlungen erkennen, wenn ein Pauschalbetrag verlangt wird, und umgekehrt.⁵⁸

8. Fälligkeit und Frist

Fällig wird der Unterhaltsanspruch frühestens ab Rechtskraft des Scheidungsurteils⁵⁹. Nicht ganz klar ist, ob bei späterer Antragstellung ab Rechtskraft des Scheidungsurteils zu zahlen ist⁶⁰ oder ab Antragstellung.⁶¹ Richtig ist, von der Fälligkeit ab Rechtskraft der Scheidung auszugehen. Denn die Klageerhebung ist nicht gleichzusetzen mit der Entstehung des Anspruchs.⁶²

Eine früher bestehende Befristung des Bedürftigkeitsunterhalts auf ein Jahr existiert nicht mehr. Art. 175 ZGB geht ausdrücklich davon aus, dass die Unterhaltsrente unbefristet zugesprochen werden kann. Was jedoch immer bleibt ist der Vorbehalt der Änderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse, die zu einem Herab- oder Heraufsetzungsanspruch führen können bis hin zum gänzlichen Entfall des Unterhalts, etwas wegen Wiederheirat oder vollständigem Entfall der Bedürftigkeit bzw. Leistungsfähigkeit.

9. Prozessrechtliche Fragen

In der Regel ergehen Unterhaltsurteile in der Weise, dass dem Kläger ein Betrag zugesprochen wird, der in einer einmaligen Zahlung bestehen kann (Entschädigung) oder in einer Rente (Entschädigung, Bedürftigkeitsunterhalt). Während bei der einmaligen Entschädigung nach

⁵⁸ Kassationshof 2. ZS, 23.1.2003, E. 2002/14900, K. 2003/869.

⁵⁹ Kassationshof 2. ZS, 11.3.2003, E. 2003/2198, K. 2003/3338, zit. bei Özüğür Boşanma S. 1053.

⁶⁰ Kassationshof 2. ZS, 11.3.2003, E. 2003/2198, K. 2003/3338, zit. bei Özüğür Boşanma S. 1053.

⁶¹ Kassationshof 2. ZS, 2.2.1993, E. 1992/11937, K. 1993/689, zit. bei Özüğür Boşanma S. 1017.

⁶² Vgl. auch Öztan Aile Hukuku S. 497.

dem Grundsatz der *res iudicata* jeder spätere Anspruch ausgeschlossen wird, bleibt bei Zusprechung einer Rente für beide Seiten die Möglichkeit bestehen, im Wege der Änderungsklage auf eine Änderung des Unterhaltsbetrages hinzuwirken (Art. 176 Abs. 4 ZGB):

„Ändern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien oder erfordert es die Billigkeit, so kann entschieden werden, dass die Rentenzahlung erhöht oder vermindert wird.“

Darüber hinaus kann jedoch auch das Problem entstehen, dass der Anspruch rechtzeitig eingeklagt wurde, dem Grunde nach auch dem Anspruch nichts entgegensteht, dem Betrage nach jedoch infolge der schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflichtigen nichts zugesprochen werden kann. Die Frage ist nun, ob der Anspruch dem Grunde nach zugesprochen und dann gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt nach Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Wege der Änderungsklage die Zusprechung eines Unterhaltsbetrages erwirkt werden kann. Ein obiter dictum bei *Gençcan*⁶³, wonach die „Geltendmachung von materieller und immaterieller Entschädigung sowohl die **erstmalige** Geltendmachung von Bedürftigkeitsunterhalt innerhalb eines Jahres nach dem rechtskräftigen Scheidungsurteil möglich ist“⁶⁴, deutet darauf hin, dass dieser Autor die „zweimalige“ Geltendmachung für möglich hält. Gemeint sein kann damit eigentlich nur der Fall, in welchem durch einen ersten erfolglosen Versuch die Verjährung unterbrochen wurde und dem Berechtigten die erneute Geltendmachung erhalten bleibt.

Grundsätzlich kennt das türkische Prozessrecht allerdings die Feststellungsklage nur für den Fall, dass ein Feststellungsinteresse besteht. Kann eine Leistungsklage erhoben werden, so entfällt das Feststellungsinteresse. Diese Regelung wird in der Türkei strikt gesehen. So ist etwa im Schadensrecht das in Deutschland übliche zweistufige System, nämlich den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach zuzuerkennen und die Wirkung der Verjährungshemmung dann auch für später geltend zu machende Schäden zu erzielen, in der Türkei nicht bekannt. Wer innerhalb der Jahresfrist – im Recht der unerlaubten Handlungen gilt in der Türkei ebenfalls eine Verjährungsfrist von einem Jahr seit Kenntnis des Schadens – nicht den Schaden beziffert und einklagt, wird bei Eintritt der Verjährung ausgeschlossen, sofern der Beklagte es nicht versäumt, in der ersten Klageerwiderung die Einrede der Verjährung zu erheben.

⁶³ Boşanma Hukuku S. 841.

Dies bedeutet gleichzeitig, dass die Feststellungswirkung eines Leistungsurteils nur in dem Maße anerkannt wird, in welchem auch eine Leistung zugesprochen wird. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Kassationshofs, wonach Verjährungsfristen eine Friedensfunktion haben. Wem es innerhalb einer Verjährungsfrist nicht gelingt, seinen Anspruch rechtshängig zu machen und dann auch durchzusetzen, der wird des Anspruchs verlustig.

Wenn dies richtig ist, dann hätte dies zur Konsequenz, dass, wenn die Unterhaltsklage in vollem Umfang abgewiesen wird, das abweisende Urteil Rechtskraft gegenüber dem Anspruch insgesamt entfaltet. War der Beklagte während des Laufs der Verjährungsfrist und des Gerichtsverfahrens nicht leistungsfähig, kommt er „aus dem Schneider“, seine Unterhaltspflicht entfällt vollständig.

Andererseits muss bedacht werden, dass dieses Ergebnis sich mit dem Sinn und Zweck des Bedürftigkeitsunterhalts und auch seiner Struktur nicht vereinbaren lässt. Bedürftigkeitsunterhalt ist etwas grundlegend Anderes als die „Entschädigung“. Bei der Entschädigung drängt sich die Parallele zum Schadensrecht und seinen strikten Verjährungsbestimmungen – ebenfalls ein Jahr – buchstäblich auf. Dagegen dient der Bedürftigkeitsunterhalt dazu, humanitäre Katastrophen zu vermeiden, die infolge einer Scheidung eintreten können. Die Parallele zum Schadensrecht würde hier nur so weit funktionieren, als es um die Bedürftigkeit selbst geht, also um einen schadensähnlichen Zustand auf Seiten des Berechtigten. Es geht beim Bedürftigkeitsunterhalt aber auch um den Verpflichteten, also um Umstände, die nicht im Risikobereich des „Geschädigten“ bzw. Bedürftigen liegen. Aus diesem Grunde spricht viel dafür, dass man vom Bedürftigen zwar – auf der Grundlage eigener Bedürftigkeit – rechtzeitige Klageerhebung verlangt, den Pflichtigen aber nicht aus der Verantwortlichkeit entlässt, nur weil er im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht leistungsfähig war.

Türkische Rechtsprechung und Literatur lösen das Problem, so weit für den Gutachter ersichtlich, nicht, und zwar weder pro noch contra. Aus diesem Grunde wird dem anfragenden Gericht anheim gestellt, hier im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auf der Grundlage von Art. 1 ZGB eine angemessene Lösung zu entwickeln. Als angemessen erscheint im Hinblick auf das vorstehend Gesagte, insbesondere im Hinblick auf *Gençcan*, dem Gutachter die

⁶⁴ Hervorhebung von *Gençcan*.

Lösung, bei Klagabweisung wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Pflichtigen im Falle der Verbesserung seiner Lebensumstände dem Bedürftigen ein erneutes Klagerecht zu geben, wobei sämtliche Voraussetzungen zu prüfen sind. Hat der Bedürftige zwischenzeitlich selbst ein die Bedürftigkeitsgrenze überschreitendes Einkommen erzielt oder hätte er ein solches erzielen können (Beweislast beim Pflichtigen), dann entfällt ein weiteres Klagerecht.

IV. Kindesunterhalt

Art. 329 II ZGB bestimmt, dass derjenige Teil, der nicht das Sorgerecht ausübt, zum Unterhalt des Kindes einen Beitrag (*ıstirak nafakası*) zu leisten hat. Dieser Beitrag ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Möglichkeiten des Beitragspflichtigen und des Sorgeberechtigten sowie der Erfordernisse eines angemessenen Unterhalts und einer angemessenen Wohnung sowie einer angemessenen Erziehung des Kindes festzusetzen. Dabei ist auch der Lebensstandard zu berücksichtigen, an den das Kind sich während der Ehe gewöhnt hat. Einzu-klagen ist der Beitrag vom Sorgeberechtigten, gegebenenfalls vom Vormund (Art. 329 I ZGB). Bei der Bemessung kann das Gericht eine Zukunftsprognose anstellen (Art. 330 III ZGB).

Die Formulierung des Gesetzes geht von einem „Beitragsunterhalt“ aus. Es handelt sich hier also nicht um einen originären Unterhaltsanspruch des Kindes, sondern um einen Anspruch des Sorgeberechtigten gegen den nicht Sorgeberechtigten auf Unterstützung bei der Wahrnehmung des Sorgerechts und der damit verbundenen Unterhaltspflichten.⁶⁵

V. Verhältnis von Bedürftigkeitsunterhalt zu Kindesunterhalt

Es liegt in der Logik der beiden Unterhaltsansprüche mit ihren unterschiedlichen Voraussetzungen, dass, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung des Kindesunterhalts vorliegen, der Bedürftigkeitsunterhalt nur ergänzend hinzu kommt, wenn der Kindesunterhalt nicht ausreicht, die durch die elterliche Sorge verursachten Belastungen auszugleichen und dadurch der sorgeberechtigte Elternteil selbst in wirtschaftliche Not gerät.⁶⁶ Wird die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen durch einen vor dem nahehelichen Unterhalt zugesprochenen Kindesunter-

⁶⁵ Kassationshof 2. ZS., 27.4.1998, E. 1998/3787, K. 1998/4945; 11.6.1998, E. 1998/6412, K. 1998/7398.

halt verbraucht, kann dies dann wieder dazu führen, dass ein Bedürftigkeitsunterhalt nicht mehr zugesprochen kann. Letztlich kommt es auf die Umstände im Einzelfall an. Meist wird der sorgeberechtigte Elternteil beide Unterhaltsansprüche gleichzeitig geltend machen. In diesem Falle wird das Gericht die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen und danach dann die Anzahl der Personen berücksichtigen, welche unterhalten werden müssen. Das Gericht ist hier weitgehend frei in der Bewertung.

Der Kindesunterhaltsanspruch kann aber dann gegen den Bedürftigkeitsunterhalt durchschlagen, wenn der Bedürftigkeitsunterhalt infolge Verjährung nicht mehr geltend gemacht werden kann. Denn für den Kindesunterhalt gibt es keine Ausschlussfrist für das Klagerecht. Dann kann zwar der bedürftige Teil nicht seinen eigenen Bedarf über den Kindesunterhalt abdecken, kann aber doch im Prozess über den Kindesunterhalt verlangen, dass er wirtschaftlich in die Lage versetzt wird, seinen Pflichten als sorgeberechtigter Teil möglichst effizient nachzukommen. Ob dann der Kindesunterhalt auch die eigenen Bedürfnisse des Sorgeberechtigten mit abdeckt, ist eine Frage des Einzelfalls.

E. Zusammenfassung

(1) Ob beim Bedürftigkeitsunterhaltsanspruch nach Art. 175 ZGB die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Voraussetzung bereits für die Entstehung des Anspruchs oder lediglich ein Kriterium für dessen Durchsetzbarkeit ist, lässt sich der türkischen Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig entnehmen. Sinn und Zweck der Regelungen zum Bedürftigkeitsunterhalt, insbesondere die fehlende Vergleichbarkeit zu den Entschädigungsregelungen legen es nahe, dem Bedürftigen ein weiteres Klagerecht zu geben, wenn die innerhalb der Verjährungsfrist erhobene Klage nur wegen mangelnder Leistungsfähigkeit des Pflichtigen abgewiesen wird. Da es im türkischen Recht kein Feststellungsurteil gibt, würde ein türkisches Gericht einen bloßen Feststellungsantrag abweisen. Die Frage ist allerdings, ob der Feststellungsanspruch – anders als ein Auskunftsanspruch – prozessual oder materiell zu beurteilen ist.

Das Gericht könnte somit in drei Richtungen denken:

⁶⁶ *Özkan Aile Hukuku* S. 499.

1. Man geht von einer prozessualen Qualifikation des Feststellungsanspruchs aus und lässt ihn zu.
2. Man spricht eine symbolische Summe zu und erhält damit dem Bedürftigen die Möglichkeit der Änderungsklage.
3. Man geht davon aus, dass die erneute Klageerhebung dann möglich sein soll, wenn die rechtzeitig erhobene Klage ausschließlich wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Pflichtigen abgewiesen wird, im übrigen aber alle anderen Voraussetzungen vorliegen.

(2) Was die Anrechnung fiktiver Einkünfte im Geringverdienerbereich angeht, ist eine Tendenz nicht beschreibbar. Die türkischen Gerichte gehen von einer strikten Einzelfallbetrachtung aus. Erst wird die Bedürftigkeit geprüft, dann die Frage, mit welchem Betrag die Bedürftigkeitsgrenze überschritten werden kann, und schließlich die Frage, ob der Pflichtige in der Lage ist, diesen Betrag zu leisten. Angerechnet wird dem Pflichtigen, was er erwirtschaften könnte, wenn es ihm möglich wäre und er die ihm zumutbaren Anstrengungen dazu unternimmt.

(3) Ein Vorrangverhältnis zwischen Kindesunterhalt und Bedürftigkeitsunterhalt gibt es nicht. Ist Kindesunterhalt tituliert, wird dadurch die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen entsprechend reduziert. Da die Leistungsfähigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise unterliegt, gehört auch – ohne dass der Gutachter hierzu einschlägige Rechtsprechung hätte ausfindig machen können – eine Forderung selbst dann dazu, wenn sie aktuell nicht vollstreckt oder beglichen wird. Hat der sorgeberechtigte Bedürftige lediglich versäumt, Kindesunterhalt zu beantragen, so könnte man hier darüber streiten, ob der gesetzliche Anspruch auf Kindesunterhalt bereits ausreicht, um die Leistungsfähigkeit zu beschränken. Andererseits hat der Pflichtige, der im Augenblick keinen Kindesunterhalt bezahlt und daher für den Bedürftigkeitsunterhalt gerade ausreichende Mittel hat, die Herabsetzung oder Aussetzung von Zahlungen auf den Bedürftigkeitsunterhalt im Klagewege verlangen können, wenn er die Zahlungen auf einen titulierten Kindesunterhalt aufnimmt. Ist der Kindesunterhalt nicht tituliert, kann die Zahlung von Kindesunterhalt beschränkt oder ausgeschlossen sein, wenn bereits titulierter Bedürftigkeitsunterhalt bezahlt wird.

Bei ordentlicher anwaltlicher Vertretung wird der sorgeberechtigte Bedürftige beide Unterhaltsformen einklagen. Das Gericht hat dann die Möglichkeit, zunächst einmal den Kindesunterhalt festzulegen und dann, wenn die Bedingungen noch gegeben sind, einen Bedürftigkeitsunterhalt. Wenn das Gericht der Auffassung ist, dass infolge der größeren Schutzbedürftigkeit und des Vorrangs des Kindeswohls der Kindesunterhalt vorrangig zu gewähren ist, so gehört das in den Bereich seines Zumessungsermessens.

Die Stellungnahme erging nach bestem Wissen und ohne Gewähr.

Prof. Dr. Christian Rumpf