

Scheidung und Scheidungsunterhalt im spanischen Recht

**Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades**

**der Juristischen Fakultät
der Universität Regensburg**

**vorgelegt von
Konrad Brenninger**

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Dieter Henrich
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Tag der mündlichen Prüfung: 11. März 2005

***Meinen geliebten Eltern
und Schwestern***

Vorwort

Die spanische Scheidung und der spanische Scheidungsunterhalt sind in der deutschen Rechtsliteratur nahezu unbehandelt. Mit dieser Publikation soll daher ein fremder und nahezu unbekannter Rechtsbereich dargestellt, aktuelle juristische Probleme herausgearbeitet und eine juristische Grundlage für weitere Arbeiten in diesem Rechtsbereich geschaffen werden.

Bereits in den vergangenen Monaten nahm es sich die im März 2004 neugewählte Regierung Spaniens zu Herzen, das derzeitige Scheidungsrecht zu vereinfachen. Es gilt daher abzuwarten, welche genauen Neuerungen die anvisierte Scheidungsrechtsreform tatsächlich bringen wird. Handlungsbedarf besteht jedenfalls: Die spanischen Gerichte sind vor allem wegen der Duplizität von Trennungs- und Scheidungsverfahren äußerst überlastet, was freilich zu langjährigen Verfahren führt. Bedenkt man auch, dass Trennungs- und Scheidungsunterhalt der gleichen gesetzlichen Vorschrift folgen und dass in Spanien mittlerweile mehr als jede zweite Ehe getrennt oder geschieden wird, so wird die praktische Relevanz des Unterhaltsrechts und seiner Probleme offenbar.

Mein aufrichtiger Dank gilt Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. Dieter Henrich, der mir diese Arbeit nahe legte und mir mit seinem überaus freundlichen Wesen ein menschlich wie fachlich vorbildlicher Doktorvater war. Zu danken habe ich auch Herrn Prof. Dr. Andreas Spickhoff für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiterhin danken möchte ich allen, die mich während der schönen und arbeitsreichen Tätigkeit an meiner Dissertation unterstützt haben. Vielen Freunden und Bekannten, die mit mir nicht selten den geistigen Ausgleich in einem gemütlichen Bier suchen mussten, meinen Lehrstuhlkolleginnen Jutta und Cornelia, die mit mir statt wissenschaftlich zu arbeiten oft leidenschaftlich diskutierten, Bibiano, Loreto und Marian, die mir in Spanien mit fachlichem Rat und herzlicher Tat stets behilflich waren, Ulf und Vroni, die wir gemeinsam die „Leiden“ einer Doktorarbeit genossen, und nicht zu vergessen meinen guten Freund Wulf und unsere zahlreichen Kaffeepäuschen. Danken möchte ich auch herzlich meiner großen Familie, meinen sieben Neffen und meiner einzigen Nichte, die mir bei noch so zähem Vorankommen stets die gute Laune erhielten, meinen drei Schwestern, die drei bezaubernde Mütter sind und mir stets zusprachen, meiner Mutter, die mir die spanische Sprache in die Wiege gelegt hat und mich geistig immens unterstützte, und meinem Vater und seiner Frau Roswitha, die mir in meinem wissenschaftlichen Streben vor allem finanziell mit zur Seite standen.

Mein ganz besonderer Dank richtet sich an meine Blanca, die stets hinter mir stand, die mir in jeglicher Situation zur Hilfe kam und deren lebendiges spanisches Temperament mir des Öfteren die Wirren einer juristischen Doktorarbeit als einfach erschienen ließ. Ohne diesem menschlichen Juwel läge diese Arbeit nicht in der jetzigen Form vor.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Literaturverzeichnis	XX
Einleitung	1
1. Kapitel: Die spanische Scheidung	6
A. Neuzeitliche Entwicklungen bis zur Gegenwart	
B. Das geltende Scheidungsrecht	14
C. Grundzüge zum Scheidungsverfahren.....	92
2. Kapitel: Der Scheidungsunterhalt	138
A. Einordnung des spanischen Scheidungsunterhalts	
B. Die Voraussetzungen der pensión compensatoria gemäß Art. 97	
Absatz 1 CC.....	250
C. Gestaltung der pensión compensatoria.....	300
Schlussbetrachtung	349
Anhang	354

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Literaturverzeichnis.....	XX
Einleitung.....	1
1. Kapitel: Die spanische Scheidung	6
A. Neuzeitliche Entwicklungen bis zur Gegenwart	
I. Gesetz vom 11. Mai 1888 (Leyes de bases) zur Schaffung eines Código Civil	
II. Zweite Republik (1931 – 1939).....	7
III. Das Regime Franco (1936/1939 – 1975).....	9
IV. Das Reformgesetz 30/1981 vom 07. Juli 1981	11
B. Das geltende Scheidungsrecht	14
I. Gesetzliche Vorschriften	
II. Allgemeines	18
1. Aufbau	
2. Prämissen der Scheidung.....	19
a. Gesetzgeberischer Zweck	
b. Maßgeblichkeit des Zerrüttungsprinzips	21
c. Das Antragsrecht auf Scheidung (Acción de divorcio)	23
d. Berücksichtigung der „modernen“ europäischen Entwicklung	24

3.	Abgrenzung zur Trennung	25
a.	Die gerichtliche Trennung	26
b.	Die faktische Trennung	28
4.	Abgrenzung zur Nichtigkeit	29
III.	Die Scheidungsgründe, Art. 86 CC	31
1.	Der zentrale Begriff: Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (El cese efectivo de la convivencia conyugal)	
a.	Innere und äußere Komponente des Begriffs	
b.	Einbeziehung des Art. 87 CC	32
aa.	Art. 87 Absatz 1 CC unter besonderer Betrachtung des Wiederversöhnungsversuches	33
bb.	Art. 87 Absatz 2 CC: Unterscheidung zwischen Beendigung und Unterbrechung...	35
2.	Die einzelnen Tatbestände des Art. 86 CC	37
a.	Gründe, resultierend aus einer vorhergehenden gerichtlichen Trennung: Art. 86 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 a), 2. Var. CC	38
aa.	Art. 86 Nr. 1 CC	
(1)	Allgemeines	
(2)	Zu Art. 86 Nr. 1 CC im Besonderen	
(a)	Maßgebliche Bedeutung des Trennungsantrags zur Berechnung der Wartefrist	
(aa)	Mindermeinung: Zulässigkeits- bzw. Begründetheitserfordernis an den Trennungsantrag	39
(bb)	Herrschende Lehre: Bloßes Abstellen auf Einreichung des Trennungsantrags (dies a quo)	
(cc)	Schlüssigkeit der Ansicht der herrschenden Lehre	40

(b)	Übereinstimmender Scheidungsantrag oder streitige Scheidungsklage während des einverständlichen Trennungsverfahrens	43
(aa)	Fall 1: Einverständliche Einreichung des Trennungsantrags, Einverständliche Einreichung des Scheidungsantrags	44
(bb)	Fall 2: Einverständliche Einreichung des Trennungsantrags, einseitige (streitige) Einreichung der Scheidungsklage	
(c)	Prozessuales Erfordernis einer erneuten Folgenvereinbarung bei einverständlicher Scheidung	46
(3)	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 1 CC	
bb.	Art. 86 Nr. 2 CC	48
(1)	Allgemeines	
(2)	Zu Art. 86 Nr. 2 CC im Besonderen	49
(a)	Aktivlegitimation durch beiderseitige Vereinbarung	
(b)	Einschränkung der Aktivlegitimation	50
(c)	Maßgeblichkeit der Verfahrensfrist von einem Jahr	51
(aa)	Zeitpunkt für den Scheidungsantrag: Ein Jahr nach Einreichung der Trennungsklage	52
(bb)	Trennungsurteil nach Ablauf der Verfahrensfrist	53
(cc)	Trennungsurteil vor Ablauf der Verfahrensfrist	54
(dd)	Keine Besserstellung gegenüber Art. 86 Nr. 1 CC	57
(3)	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 2 CC	58
cc.	Art. 86 Nr. 3 a), 2.Var. CC	60
(1)	Allgemeines	
(2)	Zu Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC im Besonderen	
(a)	Rechtskraft des Trennungsurteils	
(b)	Abgrenzung zu Art. 86 Nr. 2 CC	61
(3)	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 a), 2.Var. CC	62

b.	Gründe, resultierend aus einer vorhergehenden tatsächlichen Trennung: Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var., Nr. 3 b), Nr. 4 CC	63
aa.	Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC	
(1)	Allgemeines	
(2)	Zu Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC im Besonderen	64
(a)	Zum Begriff: separación de hecho	
(b)	Beweisbarkeit des Fristbeginns der zweijährigen Wartefrist	65
(aa)	Inquisitorische Beweiserhebung	
(bb)	Grundsätzliche Analogie zur Vermutungsregel des Art. 82 Nr. 5 CC	66
(3)	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC	68
bb.	Art. 86 Nr. 3 b) CC	69
(1)	Allgemeines	
(2)	Zu Art. 86 Nr. 3 b) CC im Besonderen	71
(a)	Problematik der Einbeziehung des Verschuldensprinzips	
(aa)	Durchbrechung des maßgeblichen Zerrüttungsprinzips	
(bb)	Intime Beweisführung: „Schmutziger Prozess“	
(b)	Vorteilhaftigkeit des Art. 86 Nr. 3 b) CC	72
(c)	Zeitpunkt des Vorliegens des Trennungsgrundes	73
(3)	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 b) CC	75
cc.	Art. 86 Nr. 4 CC	76
(1)	Allgemeines	
(2)	Zu Art. 86 Nr. 4 CC im Besonderen	77
(a)	Alleiniges Erwähnen des cese efectivo und Beginn desselbigen	
(b)	Problem der Beweisbarkeit	78
(3)	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 4 CC	79
c.	Feststellung der Verschollenheit eines Ehegatten: Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC	81
aa.	Allgemeines	
bb.	Zu Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC im Besonderen	82
(1)	Berechnung der Wartefrist	

(2)	Aktivlegitimation	83
(a)	Normalfall: Verschollenheit eines Ehegatten	
(b)	Problemfall: Wiedererscheinen des verschollenen Ehegatten	
cc.	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC	84
d.	Rechtskräftige Verurteilung wegen Anschlags auf das Leben: Art. 86 Nr. 5 CC.....	85
aa.	Allgemeines	
bb.	Zu Art. 86 Nr. 5 CC im Besonderen	86
(1)	Notwendige nichterwähnte Voraussetzung: cese efectivo	
(2)	Straftat gegen das menschliche Leben des Ehegatten oder seiner Vor- und Nachfahren	87
cc.	Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 5 CC	89
	Übersicht zur Scheidung	90
C.	Grundzüge zum Scheidungsverfahren	92
I.	Änderung der Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil) durch das Gesetz vom 07. Januar 2000	
II.	Allgemeines	94
1.	Zuständigkeit	
a.	International	
b.	Örtlich	96
c.	Sachlich; Funktionale Besonderheit: Juzgado de Familia	97
aa.	Gerichte Erster Instanz	
bb.	Besonderheit der Familiengerichte	
(1)	Königliches Dekret 1322/1981	
(2)	Verfassungsrechtliche Bedenklichkeit der geltenden Regelung	98

d.	Besonderheiten des Art. 769 LEC	99
2.	Anwaltpflicht, Art. 750 LEC	100
3.	Beteiligung der Staatsanwaltschaft (Ministerio Fiscal)	101
4.	Prozesskostenhilfe	102
5.	Nichtöffentlichkeit	
6.	Mitteilung an die Zivilregister	103
7.	Vorzeitige Verfahrensbeendigung	104
a.	Tod eines Ehegatten, Art. 85, 88 CC	
b.	Wiederversöhnung der Ehegatten, Art. 88 CC	105
c.	Beschränkte Verfügbarkeit über den Prozessgegenstand, Art. 751 LEC	106
III.	Das streitige Verfahren (Proceso Contencioso)	108
1.	Antrag zur Scheidungsklage (demanda)	
2.	Klageerwiderung (contestación) und Widerklage (reconvención)	109
3.	Persönliche Anwesenheitspflicht zum Gerichtstermin	110
4.	Beweisverfahren	111
5.	Übergang zum einverständlichen Verfahren	113
IV.	Das einverständliche Verfahren (Proceso de mutuo acuerdo)	114
1.	Antrag zum Scheidungsverfahren (petición)	
2.	Getrenntes Unterschreiben bei Gericht	115
3.	Beweisverfahren	116
4.	Urteil und Ausspruch über die Folgen	118
5.	Änderungen des convenio regulador	119
V.	Das Scheidungsurteil	121
1.	Primat des Staates	
2.	Konstitutive Wirkung des Scheidungsurteils	

VI.	Einstweilige gerichtliche Maßnahmen	123
1.	Einstweilige Maßnahmen vor Einreichung der Scheidungsklage, Art. 771 LEC	
2.	Einstweilige Maßnahmen iSv Art. 771 LEC nach eingereichtem Scheidungsantrag, Art. 772 LEC	125
3.	Einstweilige Maßnahmen in Abhängigkeit der zugelassenen Scheidungsklage.....	126
VII.	Exkurs: Duplizität von gerichtlichem Trennungs- und Scheidungsverfahren	128
1.	Gerichtliche Entscheidung über die pensión compensatoria im Trennungsverfahren	
a.	Einbeziehung des Trennungsverfahrens in das Scheidungsverfahren	129
b.	Strikte Exklusivität von Trennungs- und Scheidungsverfahren	130
c.	Ergebnis	131
2.	Gerichtliche Entscheidung über die pensión compensatoria erstmalig im Scheidungsverfahren	132
a.	Keine materiellrechtliche Auswirkung: Beantragungsmöglichkeit der pensión compensatoria	133
b.	Materiellrechtliche Auswirkung: Keine Beantragungsmöglichkeit der pensión compensatoria	134
c.	Ergebnis	135

2. Kapitel: Der Scheidungsunterhalt	138
A. Einordnung des spanischen Scheidungsunterhalts	
I. Gesetzliche Vorschriften	
II. Allgemeines	147
1. Der Scheidungsunterhalt als gemeinsame Folge iSv Art. 90 ff CC	
2. Klärung der Begrifflichkeiten	148
3. Regelungsmöglichkeiten	149
a. Die Scheidungsvereinbarung (convenio regulador)	150
b. Gerichtliche Maßnahmen	152
4. Überblick über die gemeinsamen Folgen	154
a. Nichtvermögensrechtliche Folgen	
aa. Sorge und Obhut der Kinder (guardia y custodia)	
bb. Die elterliche Gewalt (patria potestad)	156
cc. Der persönliche Umgang mit den Kindern	159
dd. Nutzung der Ehewohnung und des Hausrats	161
b. Vermögensrechtliche Scheidungsfolgen	165
aa. Der Kindesunterhalt als eheliche Last iSv Art. 93 CC	
(1) Unterschiedliche Leistungsbeiträge der Elternteile	167
(2) Schutz auch für sog. emanzipierte Kinder	168
(a) Geringere Schutzbedürftigkeit gegenüber Art. 93 Abs. 1 CC	169
(b) Eintritt der Volljährigkeit und Scheidungsprozess	170
bb. Liquidierung des ehelichen Güterstandes	172
(1) Abgrenzungsfragen	173

(a)	Unterscheidung zwischen „Ob“ und „Wie“ der Auflösung des ehelichen Güterstandes	
(b)	Unterscheidung zur gerichtlichen Trennung	174
(2)	Errungenschaftsgemeinschaft (sociedad de ganaciales)	176
(3)	Zugewinn- bzw. Teilhabegemeinschaft (régimen de participación)	178
(4)	Gütertrennung (régimen de separación)	179
cc.	Der Unterhalt aufgrund Trennung oder Scheidung gem. Art. 97 CC (pension compensatoria)	180
III.	Grundkonzeption des Scheidungsunterhalts	181
1.	Parlamentarischer Rückblick	
2.	Juristische Legitimation	183
a.	Scheidungsunterhalt als Entschädigung	
b.	Die nacheheliche Solidarität	186
c.	Sonstige	189
aa.	Billigkeitsgedanke	
bb.	Ungerechtfertigte Bereicherung	191
d.	Ergebnis	
3.	Die Rechtsnatur des Scheidungsunterhalts	193
a.	Objektive Rechtsnatur	
b.	Entschädigende bzw. ausgleichende Rechtsnatur	194
c.	Negative Bestimmung: Keine Rechtsnatur im Sinne der alimentos	196
aa.	Grundsätzlicher Unterschied beider Rechtsnaturen	
bb.	Unterscheidung von den alimentos im Código Civil	197
cc.	Sonderfall nach einer gerichtlichen Trennung	200

(1)	Identität der Rechtsnatur zwischen Trennungs- und Scheidungsunterhalt	201
(2)	Problematik einer Koexistenz im Trennungsfall	202
(3)	Ergebnis zum Sonderfall der gerichtlichen Trennung: Wahlrecht des Unterhaltsbedürftigen	205
d.	Ergebnis zur Rechtsnatur	206
4.	Rechtswert der pensión compensatoria	208
a.	Herbeiführung eines wirtschaftlichen Ausgleichs	
b.	Bereitstellung verlorener Entfaltungsmöglichkeiten	
c.	Die emanzipatorische Hilfe (sog. Hilfe zur Selbsthilfe)	209
d.	Ergebnis	211
5.	Sonstige Charakteristika der pensión compensatoria	212
a.	Höchstpersönliches Forderungsrecht	
b.	Beachtung der Dispositionsmaxime	213
aa.	Antragsgrundsatz	
bb.	Verzichtbarkeit	214
(1)	Grenzen der Verzichtbarkeit	215
(2)	Stillschweigender Verzicht	216
cc.	Öffentliches Interesse	218
dd.	Übertragbarkeit auf Dritte	219
c.	Entgeltlichkeit	220
IV.	Keine Absolutheit des Rechts auf pensión compensatoria	221
1.	Rechtshinderung bzw. Vernichtung aufgrund verschuldeter Verhaltensverstöße	
a.	Problemstellung	

b.	Betrachtung der nachehelichen Solidarität	222
aa.	Zweiseitigkeit der nachehelichen Solidarität	
bb.	Konsequenz: Nacheheliche Verwirkungsmöglichkeit	223
(1)	Analogie zu Verwirkungsgründe des Art. 152 Nr. 4 CC bei alimentos	225
(a)	Analoge Anwendbarkeit	
(b)	Verwirkungsgründe analog Art. 152 Nr. 4 CC	227
(2)	Arbeitspflicht zur Entlastung des Unterhaltsschuldners	229
c.	Ergebnis	232
2.	Zeitliche Beschränkung (limitación temporal) der pensión compensatoria	234
a.	Rechtsfortbildung hin zur zeitlichen Beschränkung	
aa.	Jüngere Rechtsprechung und überwiegende Ansicht	
bb.	Frühere Rechtsprechung und Mindermeinung	236
cc.	Stellungnahme pro zeitlicher Beschränkung.....	237
b.	Ausnahmen vom Grundsatz: Zeitliche Unbeschränktheit	238
aa.	Vertragliche Vereinbarungen	
bb.	Besondere und billige Umstände des Einzelfalls	239
c.	Art der konkreten Bemessung des Zeitraums	241
aa.	Befristung	
(1)	Hauptkriterien: Ehedauer, Lebensalter und Zugangsmöglichkeit zu Arbeitsmarkt	
(2)	Stellungnahme zur Bemessung der Frist.....	245
bb.	Weitere Bemessungsarten	247
(1)	Ereignis als auflösende Bedingung	
(2)	Kombination von Befristung und aufschiebender Bedingung	
cc.	Stellungnahme zur Bemessungsart der zeitlichen Beschränkung	

B.	Die Voraussetzungen der pensión compensatoria gemäß Art. 97	
	Absatz 1 CC	250
I.	Grundlegende Voraussetzungen aus dem Scheidungsverfahren	
1.	Beantragung der pensión compensatoria	
2.	Das Scheidungsurteil als Grundvoraussetzung	
II.	Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts (desequilibrio económico)...	252
1.	Wesenselement des desequilibrio económico: Doppelte Vergleichssituation	
2.	Unterschiedliche Heranziehung von Vergleichskriterien	253
a.	Objektive Betrachtungsweise	254
b.	Subjektive Betrachtungsweise	
c.	Würdigung der unterschiedlichen Betrachtungsweisen	256
aa.	Widerlegung der subjektiven Betrachtungsweise	
(1)	Verkennung der Realitätsverhältnisse	
(2)	Arithmetischer Ausgleich	258
(3)	Fehlender Bezug zum Selbstverständnis der Ehe	259
(4)	Zwischenergebnis	261
bb.	Positive Würdigung für die objektive Betrachtungsweise	
(1)	Eindeutigkeit der objektiven Betrachtungsweise	
(2)	Wegfall einer zusätzlichen Beschwer für den Anspruchsteller	262
(3)	Ziel des Reformgesetzgebers: Weitgehende Vermeidung subjektiver Komponenten	264
cc.	Ergebnis	265
3.	Wirtschaftliche Benachteiligung gegenüber dem Ehegatten	267
a.	Der Vermögensbegriff	

aa.	Mögliche Prägung durch den ehelichen Lebensstandard beim horizontalen Vergleich	269
bb.	Die Liquidierung des ehelichen Güterstandes	271
cc.	Maßgebliche Bedeutung der beruflichen Einkünfte	273
dd.	Fiktive Einkünfte.....	275
ee.	Armut und soziales Elend beider Ehegatten	277
b.	Der Vergleichszeitpunkt	278
aa.	Vorverlegung des Zeitpunktes	
(1)	A priori – Betrachtung des Scheidungszeitpunktes	280
(2)	Maßgeblichkeit des Beginns des cese efectivo	
bb.	Einbeziehung der dem Vergleichszeitpunkt nachträglichen Umstände.....	282
4.	Wirtschaftliche Verschlechterung gegenüber der früheren Lage in der Ehe	285
a.	Begrifflichkeiten	
b.	Betrachtung zweier Vermögenssituationen	286
aa.	Die eheliche Vermögenssituation	287
(1)	Der Vermögensbegriff	
(2)	Der Bezugszeitpunkt	
bb.	Die Vermögenssituation nach dem Bruch der Ehe	290
(1)	Der Vermögensbegriff	
(2)	Der Vergleichszeitpunkt	291
cc.	Gegenüberstellung der beiden Vermögenssituationen.....	292
III.	Kausalität	293
1.	Das verursachende Ereignis	
2.	Faktische Trennung von langer Dauer	294
a.	Autonome wirtschaftliche Stellung der Ehegatten	
b.	Abhängige wirtschaftliche Stellung des Ehegatten.....	297

IV. Zusammenfassung zu den Voraussetzungen der pensión compensatoria	298
C. Gestaltung der pensión compensatoria	300
I. Der quantitative Umfang (cuantía)	
1. Allgemeines	
2. Die Umfangskriterien des Art. 97 CC im Einzelnen	304
a. Vereinbarungen zwischen den Ehegatten, Art. 97 Nr. 1 CC	
aa. Art der Vereinbarung	
bb. Ermessensfreiheit contra Privatautonomie	306
b. Lebensalter und Gesundheitszustand, Art. 97 Nr. 2 CC	307
c. Berufliche Qualifikation und Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt, Art. 97 Nr. 3 CC	309
d. Vergangene und zukünftige Widmung für die Familie, Art. 97 Nr. 4 CC	312
e. Mitwirkung bei der Handels-, Gewerbe- oder Berufstätigkeit des anderen Ehegatten, Art. 97 Nr. 5 CC	314
f. Dauer der Ehe und des ehelichen Zusammenlebens, Art. 97 Nr. 6 CC	316
g. Verlust eines etwaigen Rentenanspruchs, Art. 97 Nr. 7 CC	317
h. Vermögen, wirtschaftliche Mittel und Bedürfnisse der Ehegatten, Art. 97 Nr. 8 CC	320
i. Betrachtung der nicht in Art. 97 CC katalogisierten Umfangskriterien	322
3. Konkrete Festlegung der pensión compensatoria	325
II. Der zeitliche Umfang (limitación temporal)	329
III. Ersetzung, Änderung und Beendigung der pensión compensatoria	330
1. Ersetzung gem. Art. 99 CC (sustitución)	

2.	Änderung gem. Art. 100 CC (modificación)	335
a.	Abgrenzung von unterschiedlichen Streitgegenständen	
b.	Mangelnde Rechtskraftwirkung des Scheidungsurteils auf nachträgliche Umstände eines anderen Streitgegenstands	337
c.	Unterscheidung zwischen Aktualisierung iSv Art. 97 a. E. CC und modificación...	338
d.	Zum Norminhalt des Art. 100 CC	339
3.	Beendigung gem. Art. 101 Abs. 1 CC (extinción)	343
	Schlussbetrachtung	349
	Anhang	354
	Verfassungsrechtliche Anmerkung zum Familiengesetzbuch Kataloniens (Codi de Família de Catalunya)	
	Auszüge weiterer Gesetzesvorschriften	356

Abkürzungsverzeichnis

AAP	Auto de Audiencia Provincial
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
ACAud.	Actualidad Civil Audiencias
ACDoc.	Actualidad Civil Doctrina
ACJur.	Actualidad Civil Jurisprudencia
a. E.	am Ende
AEAFA	Asociación Española de Abogados de Familia
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
ArC	Aranzadi Civil
ArC-Data	Base de datos de la Editorial Aranzadi.Legislación y jurisprudencia
ArLM	Aranzadi Legislación Matrimonial
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BOE	Boletín Oficial del Estado
bzw.	beziehungsweise
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CF	Codi de Família de Catalunya
CP	Código Penal
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
EGPT	Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España
EG-VO	Verordnung des Rates
EheVO	Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten
EOMF	Estatuto Organico del Ministerio Fiscal
etc.	et cetera
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f	folgend
ff	folgende
gem.	gemäß
Hs.	Halbsatz
INE	Instituto Nacional de Estadística
IPC	Indice de Precios al Consumo
iSv	im Sinne von
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCAT	Legislación de Cataluña Aranzadi
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LH	Ley Hipotecaria
LL	La Ley
LL-Data	Base de datos informatizada: Jurisley, perteneciente a “La Ley”

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley de Registro Civil
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Nr.	Nummer
o. ä.	oder ähnliches
RDF	Revista de Derecho de Familia
RGD	Revista General de Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi
RJAnd	Revista Jurídica de Andalucía
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
S.	Seite
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de Audiencia Territorial
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
sog.	sogenannt
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
v. a.	vor allem
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus/Frühbeck, Guillermo, Einführung in das spanische Recht, 2. Auflage, München 2001 (zit.: Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht)

Albaledejo, Manuel, Comentarios Al Código Civil Y Compilaciones Forales, Tomo II, Artículos 42 a 107 del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1982 (zit.: *Verfasser*, in: Albaledejo, Comentarios al Código Civil)

Alonso Pérez, Mariano, Artículo 86, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1994 (zit.: Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

ders., Artículo 88, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Primera Edición, Madrid 1982 (zit.: Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

ders., El divorcio y la reforma del derecho matrimonial español, Salamanca 1981 (zit.: Alonso Pérez, El divorcio)

Ángel del Arco Torres, Miguel/Pons González, Manuel, Separación, Divorcio Y Nulidad Matrimonial: Regimen juridico, 4. edición, Granada 1995 (zit.: Pons/Ángel del Arco, Divorcio)

Aparicio Auñón, Eusebio, La pensión compensatoria, RDF1999/Nr. 5, 25 ff

Aranzadi, Código De Legislación Matrimonial, Elcano 2002 (zit.: ArLM)

Arias Ramos, Jose, Derecho Romano, II, Duodecima Edición, Madrid 1972 (zit.: Arias Ramos, Derecho Romano II)

Arroyo Amayuelos, Esther/González Beilfuss, Cristina, Die katalanische Rechtsordnung und das Zivilrecht Kataloniens, ZEuP 1995, 564 ff

Asúa, Clara/Langner, Dirk, Unterhalt nach Ehescheidung in Spanien, ZVglRWiss 87 (1988), 204 ff

Aubin, Peter, Die spanische Eherechtsnovelle vom 07. Juli 1981, ZVglRWiss 84 (1985), 154 ff

Becher, Herbert J., Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil I, Spanisch-Deutsch, 5. Auflage, München 1999 (zit.: Becher, Wörterbuch, Teil I)

Belo González, Ramón, Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores, ACDoc. 1991-1, S. 21 ff

Bergmann/FeridHenrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Spanien, Frankfurt am Main, Stand: 31.07.1998

ders., Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankreich, Frankfurt am Main, Stand: 30.09.1995

Bonet Navarro, Ángel, Artículo 89 CC, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1994 (zit.: Bonet Navarro, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

Brini, Guiseppe, Matrimonio e Divorzio nel Diritto Romano, Parte Terza, Roma 1975 (Bologna 1889)

Caballero Gea, José-Alfredo, La Ley Del Divorcio 1981, Pamplona 1982 (zit.: Caballero Gea, La ley del divorcio)

ders., Proceso matrimoniales: Causas, hijos, vivienda, pensiones, Colección de Códigos y leyes, problemática judicial, Madrid 1991 (zit.: Caballero Gea, Procesos matrimoniales)

Cabezuelo Arenas, Ana Laura, La pensión compensatoria del art. 97 CC. Carácter indefinido o limitación en el tiempo?, in: ArC 2002, 2307 ff

Campuzano Tomé, Herminia, La Pension Por Desequilibrio Economico En Los Casos De Separación Y Divorcio, Segunda edición, Barcelona 1989 (zit.: Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio)

Castan Tobeñas, Jose, Derecho Civil Español, Comun Y Foral, Tomo V, Vol. I, Undécima edición, Madrid 1987 (zit.: Castan Tobeñas, Derecho civil)

Castan Vazquez, Jose, Juzgados de Familia, in: Espín Cánovas/Cámara Alvarez/Prada González/Garrido de Palma/Vega Sala/Castán Vázquez, El nuevo derecho de familia español, Madrid 1982 (zit.: Castan Vazquez, Juzgados de familia)

Clemente Meoro, Mario, in: Montés/Roca, Derecho De Familia, Segunda edición, Valencia 1995 (zit.: Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia)

Damián Moreno, Juan, Artículos 216 y 217 , in: Lorca Navarrete, Antonio María/Guilarte Gutiérrez, Vicente, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo I, Valladolid 2000 (zit.: Damián Moreno, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC)

Der Spiegel – Jahrbuch 2004, Die Welt in Zahlen Daten Analysen, München 2003 (zit.: Spiegel-Jahrbuch 2004)

Díez-Picazo, Luis, Derecho de daños, Madrid 1999 (zit.: Díez-Picazo, Derecho de daños)

Díez-Picazo, Luis/Gullón, Antonio, Instituciones De Derecho Civil, Volumen II, Derecho reales, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid 1995 (zit.: Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil II)

ders./ders., Sistema de Derecho civil, Volumen IV, Séptima edición, Madrid 2001 (zit.: Díez Picazo/Gullón, Sistema IV)

Dollinger-Richter, Magdalena, Vom Unauflöslichkeitsprinzip zur Ehescheidung, Die jüngste Entwicklung des Eherechts in Spanien, Portugal, Kolumbien und Brasilien, Berlin 1990 (zit.: Dollinger-Richter, Unauflöslichkeitsprinzip)

Dulckeit, Gerhard/Schwarz, Fritz/Waldstein, Wolfgang, Römische Rechtsgeschichte, 9. Auflage, München 1995 (zit.: Dulckeit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte)

Entrena Klett, Carlos Maria, Matrimonio, Separación Y Divorcio, Tercera edición, Elcano (Navarra) 1990 (zit.: Entrena Klett, Separacion y divorcio)

Espín Cánovas, Diego, Manual De Derecho Civil Español, Vol. IV, Familia, Séptima edición, Madrid 1982 (zit.: Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV)

Farré Alemán, Josep, Código Civil comentado y concordado, Barcelona 2000 (zit.: Farré Alemán, Código Civil)

Fosar Benlloch, Enrique, Estudios de Derecho de Familia, La separación y el divorcio en el Derecho español vigente, Tomo II, Vol. 1, Barcelona 1982 (zit.: Fosar Benlloch, Estudios de Derecho)

Frühbeck, Guillermo/Adomeit, Klaus, Einführung in das spanische Recht, 2. Auflage, München 2001 (zit.: Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht)

Fuenteseca, Pablo, Derecho Privado Romano, Fuenlabrada (Madrid) 1978 (zit.: Fuenteseca, Derecho privado romano)

Gavidia Sánchez, Julio, Competencia estatal y autonómica sobre legislación civil matrimonial, in: ArC 2000, 2463 ff

García Cantero, Gabriel, in: Albaledejo, Manuel, Comentarios Al Código Civil Y Compilaciones Forales, Tomo II, Artículos 42 a 107 del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1982 (zit.: García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil)

ders., in: Castan Tobeñas, Derecho Civil Español, Comun Y Foral, Tomo 5, Vol. I, Undecima edición, Madrid 1987 (zit.: García Cantero, in: Castan Tobeñas, Derecho Civil Español)

ders., in: Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Art. 97 – 101, Vol. I, Madrid 1984 (zit.: García Cantero, in: Derecho de familia)

García y García, Antonio, Historia del Derecho Canonico, 1, El Primer Milenio, Salamanca 1967 (zit.: García y García, Historia del derecho canonico 1)

García Gil, F. Javier, La Separación Y El Divorcio En La Jurisprudencia, Zaragoza 1989 (zit.: García Gil, Jurisprudencia)

García Mancebo, Manuel/Llerandi González, Natalia, La pensión compensatoria entre cónyuges: su limitación temporal. Estudio de Jurisprudencia, Cuadernos de Jurisprudencia, Oviedo 1995 (zit.: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria)

García Varela, Roman, La disolución del matrimonio, in: La Ley Del Divorcio, Quarta Edición, Madrid 1992 (zit.: García Varela, Disolución)

Gómez Luis, El fin del matrimonio, in: EL PAIS Domingo v. 06. Juni 2004, 1 ff

González Beilfuss, Cristina/ Arroyo Amayuelos, Esther, Die katalanische Rechtsordnung und das Zivilrecht Kataloniens, ZEuP 1995, 564 ff

González del Pozo, Juan Pablo, Problemas procesales planteadas por el nuevo párrafo 2 del artículo 93 CC, ACDoc. 1991-1, S. 163 ff

González Poveda, Pedro, De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, in: La Ley Del Divorcio, Cuarta Edición, Madrid 1992 (zit.: González Poveda, Efectos comunes)

ders., Las disposiciones generales de capítulo I, título I, libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su aplicación a los procesos matrimoniales, in: Asociación Española de abogados de Familia, Los Procesos Matrimoniales (En la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil), Madrid 2000 (zit.: González Poveda, Procesos matrimoniales)

Gullón, Antonio/Díez-Picazo, Luis, Instituciones De Derecho Civil, Volumen II, Derecho reales, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid 1995 (zit.: Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil II)

ders./ders., Sistema de Derecho civil, Volumen IV, 3. edición, Madrid 1985 (zit.: Díez Picazo/Gullón, Sistema IV)

Hau, Wolfgang, Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht, FamRZ 2000, 1333 ff

Haza Díaz, Pilar, La pensión de separación y divorcio, Madrid 1989 (zit.: Haza Díaz, Pensión de divorcio)

Hijas Fernández, Eduardo, Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid, Valladolid 1999 (zit.: Hijas, Derecho de familia)

Honsell, Heinrich, Römisches Recht, 5. Auflage, Berlin Heidelberg 2002 (zit.: Honsell, Römisches Recht)

Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 11. Auflage, München 2002

Kneip, Andreas, Die Ehescheidung im neuen spanischen Recht, FamRZ 1982, 445 ff

Kunkel, Wolfgang/Schermaier, Martin, Römische Rechtsgeschichte, 13. Auflage, Köln 2001 (zit.: Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte)

Lamarca i Marquès, Albert, Das neue Familiengesetzbuch Kataloniens, ZEuP 2002, 557 ff

Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1994 (zit.: *Verfasser*, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

Lacruz Berdejo, José Luis/ Sancho Rebullida, Francisco, Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo IV, 4. edición, Barcelona 1997 (zit.: Lacruz/Sancho, Derecho de familia)

Langner, Dirk/ Asúa, Clara, Unterhalt nach Ehescheidung in Spanien, ZVglRWiss 87 (1988), 204 ff

Langner, Dirk, Eheschließung und Ehescheidung nach spanischem Recht, Frankfurt a. M. 1984 (zit.: Langner, Ehescheidung)

Lasarte Alvarez, Carlos, in: Alzaga Villaamil, Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo XI, Artículos 143 a 158, Madrid 1999 (zit.: Lasarte Alvarez, in: Comentarios a la Constitución)

Lasarte Alvarez, Carlos/Valpuesta Fernandez, Rosario, Artículo 97, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1994 (zit.: Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

Lete del Rio, José Manuel, Artículo 87, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1994 (zit.: Lete del Rio, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

Llerandi González, Natalia/García Mancebo, Manuel, La pensión compensatoria entre cónyuges: su limitación temporal. Estudio de Jurisprudencia, Cuadernos de Jurisprudencia, Oviedo 1995 (zit.: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria)

López Alarcón, Mariano, El nuevo sistema matrimonial español, Madrid 1983 (zit.: López Alarcón, El nuevo sistema)

López, Angel, Perfil sistemático de las instituciones de la crisis matrimonial, in: Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Beltrán de Heredia y Castaño, Salamanca 1984 (zit.: López, Perfil sistemático de la crisis matrimonial)

López Guerra, Luis, in: López Guerra/Espin/García Morillo/Pérez Tremps/Satrústegui, Derecho Constitucional, Volumen II, Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado, 6. edición, Valencia 2003 (zit.: López Guerra, Los poderes del Estado)

López y López, Angel, Artículo 90, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1994 (zit.: López, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

López-Muñiz Criado, Carlos, El Proceso De Separación Y Divorcio, in: O'Callaghan Muñoz/García Carreres/u. a., Matrimonio: Nulidad Canónica Y Civil, Separación Y Divorcio, Madrid 2001 (zit.: López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio)

Luna Serrano, Agustín, El nuevo régimen de la familia, Tomo I, Matrimonio y divorcio, Madrid 1982 (zit.: Luna Serrano, Matrimonio y divorcio)

Marín García de Leonardo, Teresa, La temporalidad de la pensión compensatoria, Valencia 1997 (zit.: Marín García, Temporalidad de la pensión)

ders., Los Acuerdos De Los Conyuges En La Pensión Por Separación Y Divorcio, Valencia 1995 (zit.: Marín García, Acuerdos de los conyuges)

Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 22: Sn-Sud, 9. Auflage, Mannheim/Wien/Zürich 1978 (zit.: Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 22)

Ministerio de Justicia, Comentario del Codigo Civil, Tomo I, Madrid 1991 (zit.: *Verfasser*, in: Comentario del Codigo Civil)

Montero Aroca, Juan, La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil), Valencia 2002 (zit.: Montero Aroca, La pensión compensatoria)

ders., Separación, Divorcio Y Nulidad Matrimonial, Tomo III, Arts. 96 a 107 CC, Valencia 2003 (zit.: Montero Aroca, Divorcio, Tomo III)

Montés Penadés, Vicente, in: Montés/Roca, Derecho De Familia, Secunda edicion, Valencia 1995 (zit.: Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia)

ders., in: Ministerio de Justicia, Comentario del Codigo Civil, Tomo I, Madrid 1991 (zit.: Montés Penadés, in: Comentario del Codigo Civil)

Moreno Gil, Oscar, Codigo Civil y Jurisprudencia Concordada, Boletin Oficial del Estado, Madrid 1996 (zit.: Moreno Gil, Jurisprudencia)

Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, §§ 803 – 1066, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozeßrecht, Band 3, 2. Auflage, München 2001 (zit.: Münchener Kommentar-*Verfasser*, EheGVO, 2. Aufl.)

Navarro Belmonte, Antonio, La resolución judicial firme en procesos de separación como causa de divorcio. Comentario al art. 86.3 a) segundo inciso del Código Civil, LL 1987/2, 473 ff

Olís Robleda, S. J., El matrimonio en derecho romano, Roma 1970 (zit.: Olís Robleda, El matrimonio en el derecho romano)

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004 (zit.: Palandt-*Verfasser*, 63. Aufl.)

Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, Derecho de Familia, Madrid 1989 (zit.: Peña Bernaldo, Derecho de familia)

Pérez Martín, Antonio Javier, Derecho de Familia. El procedimiento contencioso de separación y divorcio, Tercera edicion, Valladolid 1999 (zit.: Pérez Martín, Separación y divorcio)

ders., Derecho de Familia, Doctrina sistematizada de la audiencia provincial de Barcelona, Valldolid 2000 (zit.: Pérez Martín, Doctrina sistematizada)

ders., Artículos 753 – 777, in: Lorca Navarrete, Antonio María/Guilarte Gutiérrez, Vicente, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo IV, Valladolid 2000 (zit.: Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC)

Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Novena edición, Madrid 2003 (zit.: Pérez Royo, Derecho constitucional)

Pérez Vallejo, Ana Maria/Sainz-Cantero Caparrós, Maria Belen, El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Granada 2001 (zit.: Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales)

Plöchl, Willibald M., Geschichte des Kirchenrechts, Band I, 2. Auflage, Wien 1960 (zit.: Plöchl, Geschichte des Kirchenrechts I)

Plöchl, Willibald M., Geschichte des Kirchenrechts, Band II, 2. Auflage, Wien 1962 (zit.: Plöchl, Geschichte des Kirchenrechts II)

Plöchl, Willibald M., Geschichte des Kirchenrechts, Band IV, Wien 1966 (zit.: Plöchl, Geschichte des Kirchenrechts IV)

Pons González, Manuel/Ángel del Arco Torres, Miguel, Separación, Divorcio Y Nulidad Matrimonial: Regimen juridico, 4. Auflage, Granada 1995 (zit.: Pons/Ángel del Arco, Divorcio)

Puig Brutau, José, Compendio De Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Barcelona 1991 (zit.: Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV)

Puza, Richard, Katholisches Kirchenrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1993 (zit.: Puza, Katholisches Kirchenrecht)

Rau, Hans, Die Reform des Familienrechts in Spanien, FamRZ 1982, 334 f

Reinhard, Hans-Joachim, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich im Sinne des Art. 17 Abs. 3 EGBGB, Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des kanadischen, niederländischen, belgischen und spanischen Rechts, Baden-Baden 1995 (zit.: Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich)

Rinne, Thomas, Das spanische Ehegüterrecht unter besonderer Berücksichtigung der Schuldenhaftung und des Gläubigerschutzes, Frankfurt am Main 1994 (zit.: Rinne, Ehegüterrecht in Spanien)

Rivero Hernandez, Francisco, Artículo 93, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición, Madrid 1994 (zit.: Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

Roca Trías, Encarna, in: Comentarios A Las Reformas Del Derecho De Familia, Vol. I, Madrid 1984 (zit.: Roca Trías, in: Comentarios a las reformas)

ders., in: Ministerio de Justicia, Comentario del Código Civil, Tomo I, Madrid 1991 (zit.: Roca Trías, in: Comentario del Codigo Civil)

ders., El Convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad, Pamplona 1984 (zit.: Roca Trías, Convenio regulador y conceptos)

ders., Familia y cambio social (De la casa a la persona), Madrid 1999 (zit.: Roca Trías, Cambio social)

Rodríguez de Vicente Tutor, Miguel, Criterios judiciales en orden a la determinación de los alimentos, cargas del matrimonio, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad, Pamplona 1984 (zit.: Rodríguez de Vicente, Criterios judiciales)

Rovira Mola de, Alberto, in: Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VIII, Barcelona 1956 (zit.: Rovira Mola, in: Enciclopedia jurídica)

Rudolph, Kornelia, Grundzüge des spanischen Ehe- und Erbrechts unter Berücksichtigung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts im Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland, MittRhNotK 1990, 93 ff

Sagrario Bermúdez Ballesteros del, Maria, Praxis jurisprudencial sobre la atribución y cuantía de la pensión por separación y divorcio, in: ArC 1998, 131 ff

Sainz-Cantero Caparrós, Maria Belen/ Pérez Vallejo, Ana Maria, El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Granada 2001 (zit.: Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales)

Sancho Rebullida, Francisco/ Lacruz Berdejo, José Luis, Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo IV, 4. edición, Barcelona 1997 (zit.: Lacruz/Sancho, Derecho de familia)

Santos Briz, Jaime, La responsabilidad civil en los accidentes de circulación, Colección Doctrina y Jurisprudencia, LL (Actualidad), Madrid 1996

Schermaier, Martin/Kunkel, Wolfgang, Römische Rechtsgeschichte, 13. Auflage, Köln 2001 (zit.: Kunkel/Schermaier, Römische Rechtsgeschichte)

Schwarz, Fritz/Waldstein, Wolfgang/Dulckeit, Gerhard, Römische Rechtsgeschichte, 9. Auflage, München 1995 (zit.: Dulckeit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte)

Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2001, Für das Ausland, Wiesbaden 2001

Thomas/Putzo, ZPO, Kommentar, 22. Auflage, München 1999 (zit.: Thomas/Putzo, 22. Aufl.)

Treggiari, Susan, Roman marriage, Oxford 1991 (zit.: Treggiari, Roman marriage)

Valladares Rascón, Etelvina, Nulidad, Separación, Divorcio, Madrid 1982 (zit.: Valladares Rascón, Divorcio)

Valpuesta Fernández, Maria Rosario, in: Montés/Roca, Derecho De Familia, Segunda edición, Valencia 1995 (zit.: Valpuesta Fernández, in: Montés/Roca, Derecho de familia)

ders./Lasarte Alvarez, Carlos, Artículo 97, in: Lacruz Berdejo, José Luis, Matrimonio y divorcio, Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil, Segunda Edición,

Madrid 1994 (zit.: Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio)

Vázquez Iruzubieta, Carlos, Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio, Madrid 1981 (zit.: Vázquez Iruzubieta, Disolución del matrimonio)

Vega Sala, Francisco, El nuevo derecho del matrimonio, in: Espín Cánovas/Cámara Alvarez/Prada González/Garrido de Palma/Vega Sala/Castán Vázquez, El nuevo derecho de familia español, Madrid 1982 (zit.: Vega Sala, in: El nuevo derecho)

Vega Sala, Francisco, Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España, Segunda edición, Barcelona 1982 (zit.: Vega Sala, Síntesis práctica)

Waldstein, Wolfgang/Dulkeit, Gerhard/Schwarz, Fritz, Römische Rechtsgeschichte, 9. Auflage, München 1995 (zit.: Dulkeit/Schwarz/Waldstein, Römische Rechtsgeschichte)

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, Valladolid 2001 (zit.: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria)

ders., Comentarios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los procesos familiares, in: Asociación Española de Abogados de Familia, Los Procesos Matrimoniales (En la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil), Madrid 2000 (zit.: Zarraluqui Sánchez, Comentarios sobre la LEC)

Zanón Masdeu, Luis, El divorcio en España, Ley de 7 de Julio de 1981, Barcelona 1981 (zit.: Zanón Masdeu, El divorcio en España)

Einleitung

Das spanische Ehe- und Familienrecht wurde mit Gesetz 11/1981 v. 13. Mai 1981¹, das vor allem das Kindschaftsrecht, das Recht der elterlichen Gewalt und das Ehegüterrecht novellierte, und Gesetz 30/1981 v. 07. Juli 1981², das die Eheschließung, -nichtigkeit und -trennung novellierte und die Ehescheidung einführte, grundlegend reformiert.

Hintergrund war der verfassungsrechtliche Auftrag der im Jahre 1978 neu in Kraft getretenen spanischen Verfassung. Mit der Ehescheidung wurde ein mit den bisherigen Gesellschaftsstrukturen brechendes und sehr umstrittenes Rechtsinstitut in das spanische Zivilgesetzbuch (*Código Civil*) eingeführt³, das nunmehr auf eine über 20-jährige Entwicklung in der Gesellschaft⁴ und in der juristischen Wissenschaft und Praxis zurückblicken kann.

Bedauerlicherweise erfuhr in der deutschen Rechtsliteratur sowohl die Einführung des Scheidungsrechts durch das Reformgesetz 30/1981 als auch die bisherige Rechtsentwicklung kaum vertiefte Aufmerksamkeit.

Neben den Voraussetzungen für eine Scheidung ist insbesondere das enorm weite Feld des Scheidungsfolgenrechts von gesteigertem Interesse, zumal in Spanien das Rechtsinstitut der gerichtlichen Trennung existiert, dessen Folgen nach den gleichen Rechtsvorschriften behandelt werden. Die Betrachtung der Scheidungsfolgen bedeutet daher grundsätzlich zugleich die Betrachtung der Trennungsfolgen.

Des Weiteren ist zu beachten, dass die Rechtsmaterie des Reformgesetzes 30/1981, anders als die des Reformgesetzes 11/1981, grundsätzlich von nationaler Geltung ist und somit einen sehr großen Anwendungsbereich umfasst.

¹ *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, potestad y régimen económico del matrimonio* (BOE v. 19. Mai 1981)

² *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio* (BOE v. 20. Juli 1981)

³ Während der sog. Zweiten Republik (1931 – 1939) bestand bereits für kurze Zeit die Möglichkeit zur Ehescheidung (siehe unten: 1.Kap., A.II., S. 7)

⁴ Im Jahr der Einführung gab es in Spanien rund 9000, im Jahr 1998 bereits rund 36000 Ehescheidungen (vgl. Statistisches Jahrbuch 2001 für das Ausland, Statistisches Bundesamt, S. 46).

Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Nationalstaat und den in Spanien autonomen Regionen ist für die Zivilgesetzgebung zwar in Art. 149 Nr. 8 der spanischen Verfassung (*Constitución Española*) und Art. 13 Abs. 1 und 2 des *Código Civil* geregelt, jedoch auch ein ständiger, historisch bedingter Konfliktstoff⁵. Erschwerend kommt hier ein bis heute verstärktes Unabhängigkeitstreben von Regionen wie Katalonien oder dem Baskenland hinzu, die vom zentralistischen Franco-Regime besonders unterdrückt worden waren. Vor diesem Hintergrund wird die Trennung der Ehe- und Familienrechtsreform in zwei Reformgesetze verständlich, denn das Reformgesetz 11/1981 behandelt Rechtsmaterien, die in den autonomen Regionen mit eigenem Foralrecht bereits geregelt waren und somit nur subsidiär dem nationalen Recht zufallen⁶.

Hauptgegenstand dieser Arbeit bildet der durch Reformgesetz 30/1981 in den *Código Civil* eingeführte Scheidungsunterhalt.

Mangels einschlägiger deutscher Rechtsliteratur ist es für eine schlüssige und umfassende Erörterung des Scheidungsunterhaltes unausweichlich, dessen fundamentale Voraussetzung, die Auflösung der Ehe durch Scheidung, besonders zu berücksichtigen. Die in den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts zu beobachtende Objektivierung des Scheidungsrechts und Hinwendung zum Zerrüttungsprinzip⁷ wurde auch in Spanien institutionalisiert. Erörterungsbedürftig sind hierbei die unterschiedlichen und sehr komplexen Scheidungsgründe, die mitunter danach unterschieden werden, ob vorher ein gerichtliches Trennungsverfahren stattfand oder nicht.

Der spanische Scheidungsunterhalt ist neben der Sorge und Obhut über die Kinder die gesellschaftlich bedeutendste Scheidungsfolge. Diese finanzielle Verpflichtung der Ehegatten nach Auflösung der Ehe hat in den vergangenen mehr als zwanzig Jahren vor allem die Rechtspraxis

⁵ Zur strittigen Kompetenzproblematik zwischen Nationalstaat und autonomen Regionen, siehe unten im Anhang: S. 354

⁶ Rau, FamRZ 1982, 334; vgl. Arroyo Amayuelos/González Beilfuss, ZEuP 1995, 571 f; siehe unten im Anhang: S. 354 f

⁷ Ehereformgesetze in Italien (v. 01.12.1970), Frankreich (v. 07.07.1975) und (West-)Deutschland (v. 14.06.1976)

beschäftigt. Bei der Rechtsliteratur war zu beobachten, dass sie sich kurz nach Einführung der Familienrechtsreform intensiv mit der Scheidung, deren Voraussetzungen und deren Abgrenzung zur gerichtlichen Trennung befasste, jedoch die Folge des Scheidungsunterhalts zunächst nur oberflächlich behandelte. Dies hat sich erst in den vergangenen Jahren geändert.

Vieles im Scheidungsunterhaltsrecht ist vom Reformgesetzgeber unzureichend oder überhaupt nicht gelöst worden, mit der Folge, dass die Gerichte einerseits derartige Rechtsprobleme zu lösen hatten und es aber andererseits zu einer erschreckend hohen Vielzahl unterschiedlicher Lösungen kommen musste. Diese Rechtsunsicherheit wird durch die unterschiedlichen Meinungen der Wissenschaft verstärkt. Beispielsweise sind grundlegende Fragen des Scheidungsunterhalts wie die Auslegung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts⁸, der Zeitpunkt der Berechnung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts, die Bestimmung des Umfangs oder die zeitliche Beschränkung des Scheidungsunterhalts im Gesetz nicht bzw. nicht eindeutig geklärt und somit ständiger Konflikt- und Interpretationsstoff für die Praxis und Wissenschaft⁹. Auch stellen sich zahlreiche Abgrenzungsfragen bezüglich des Rechtscharakters des Scheidungsunterhalts, insbesondere in Abgrenzung zum alimentarischen Unterhalt.

In der vorliegenden Arbeit wird der Schwerpunkt auf den im erstinstanzlichen Scheidungsurteil festzusetzenden Scheidungsunterhalt gelegt, folglich insbesondere der Verlauf bis zum Zustandekommen dieses Unterhalts behandelt.

Ausführungen zur grundlegenden Rechtskonzeption des Scheidungsunterhalts, die Erörterung der Voraussetzungen und der Umfangskriterien sind daher besonders berücksichtigt.

Für das Zustandekommen des Scheidungsunterhalts ist neben der Erörterung der Scheidungsgründe des Weiteren ein profunder Einblick in die anderen Scheidungsfolgen notwendig (z. B. güterrechtliche Auseinandersetzung,

⁸ Das wirtschaftliche Ungleichgewicht (*desequilibrio económico*) ist die maßgebliche Voraussetzung für den Scheidungsunterhalt (siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.II., S. 252 ff).

⁹ Sagrario Ballesteros, ArC 1998, 132

Sorge- und Umgangsrecht über die Kinder), die nicht selten mit der Folge des Scheidungsunterhalts inhaltlich verknüpft sind und ohne deren Beachtung eine konkrete Festsetzung des Scheidungsunterhalts nicht erfolgen kann.

Da der Scheidungsunterhalt im Scheidungsurteil festzulegen ist, erscheint es zudem angebracht, das Scheidungsverfahren in Grundzügen zu erläutern, zumal das Scheidungsverfahren erst seit der am 08. Januar 2001 in Kraft getretenen Zivilprozessreform in der spanischen Zivilprozessordnung (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) explizite Erwähnung findet. Deutsche Rechtsliteratur besteht hierzu kaum.

Hintergründlich dieser Schwerpunktsetzung können die nachträglichen Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere die nachträgliche Änderung des Scheidungsunterhalts, nicht die adäquate Beachtung finden.

Ziel dieser Arbeit ist es, dem deutschen Juristen in Praxis und Wissenschaft einen fremden und nahezu unbekannten Rechtsbereich wesentlich und profund zu veranschaulichen, aktuelle juristische Probleme herauszuarbeiten und hierfür Lösungswege aufzuzeigen. Ferner soll eine juristische Grundlage für weitere Arbeiten in diesem Rechtsbereich geschaffen werden. Verfolgt wird auch ein Gewinn an Klarheit in der durch die Versäumnisse des Reformgesetzgebers provozierten Unterschiedlichkeit der Ansichten in Praxis und Wissenschaft.

Angesichts der enorm dürftigen Behandlung des spanischen Scheidungs- und Scheidungsunterhaltsrechts in der deutschen Rechtsliteratur wird auf eine rechtsvergleichende Untersuchung auserwählter Problemfelder zugunsten einer möglichst umfassenden Darstellung verzichtet.

Die zugrunde liegende Arbeit ist in ihrer Darstellung in zwei Kapitel aufgeteilt, wobei das erste Kapitel die Scheidung der Ehe, das zweite Kapitel den Scheidungsunterhalt behandelt.

Im Rahmen des ersten Kapitels wird nach einem kurzen geschichtlichen Rückblick (A.) schwerpunktmäßig auf das geltende Scheidungsrecht (B.) eingegangen, bevor abschließend in Grundzügen das Scheidungsverfahren (C.) erläutert wird.

Im Rahmen des zweiten Kapitels werden zunächst die übrigen Scheidungsfolgen inhaltlich erörtert (A.II), bevor dann umfangreich zu Rechtscharakter und –dogmatik des Scheidungsunterhaltes Stellung bezogen wird (A.III). Ferner werden hieraus wichtige Schlüsse zur Verwirkungsmöglichkeit und zeitlichen Beschränkung gezogen (A.IV). Teil B. befasst sich mit den Voraussetzungen des Scheidungsunterhalts. Teil C. erörtert die Gestaltungsmöglichkeiten, wobei jedoch die richterliche Gestaltung der Umfangshöhe (C.I) vorrangig bearbeitet wird.

1. Kapitel: Die spanische Scheidung

A. Neuzeitliche Entwicklungen bis zur Gegenwart¹⁰

I. Gesetz vom 11. Mai 1888 (Ley de bases) zur Schaffung eines Código Civil

Die Entwicklung in Spanien wurde im 19. Jahrhundert noch sehr stark von der Katholischen Kirche geprägt. Wie in vielen christlichen Ländern wurde die Auffassung der Kirche von der Unauflösbarkeit der Ehe in die Zivilgesetzgebung übernommen. Danach konnte die Ehe nur bei Tod eines Ehegatten gelöst werden, ferner wurde der Kirche in Trennungsfragen Entscheidungsgewalt gegeben¹¹.

Die Ereignisse des späten Mittelalters hinterließen jedoch auch in Spanien ihre Spuren.

Im Königlichen Dekret vom 9. Februar 1875 wurden der kirchlichen Ehe zahlreiche zivile Wirkungen zugesprochen und die zivile Ehe als subsidiäre Form der Eheschließung anerkannt¹². Unter Regentschaft der Königin Maria Cristina (1885 - 1902)¹³ wurde am 11. Mai 1888 ein grundlegendes Gesetz zur Schaffung eines - und des in Teilen noch heute gültigen - *Código Civil* erlassen, das zwei ebenbürtige Formen der Eheschließung festlegte: die kirchlich und die zivil geschlossene Ehe, wobei aber die kirchliche Ehe für alle katholischen Gläubigen verpflichtend war¹⁴. Dies fand sich schließlich im Artikel 42 der überarbeiteten Fassung des *Código Civil* vom 24. Juli 1889 wieder¹⁵.

¹⁰ Zur Geschichte der Ehescheidung können im Rahmen der Arbeit nur oberflächliche Ausführungen gemacht werden. Sehr gute weitergehende Erläuterungen zum Römischen Recht stellt das Werk von Treggiari, Roman marriage, S. 433 ff oder von Olís Robleda, El matrimonio en derecho romano, S. 255 ff dar. Umfassend hierzu auch das Werk von Brini, Matrimonio e divorzio nel diritto romano. Zur Entwicklung im kanonischen Recht und zur allgemeinen Rechtsgeschichte sind besonders sämtliche Bände von Plöchl, Geschichte des Kirchenrechts, zu empfehlen. Hinsichtlich der spanischen Eherechtsgeschichte verweise ich auf Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 37 ff und hinsichtlich der Debatten zum Familienrechtsreformgesetz vom 07. Juli 1981 auf denselben, S. 117 ff. Lesenwert zur neueren spanischen Eherechtsgeschichte ist Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 67 ff.

¹¹ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 147

¹² Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 73

¹³ Maria Cristina war Erzherzogin von Österreich und Ehefrau des 1885 verstorbenen Königs Alfonso XII.

¹⁴ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 74; Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 74

¹⁵ La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos lo que profesen la religión

Dennoch war in Spanien der kirchliche Einfluss derart maßgebend, dass im Artikel 52 des damaligen *Código Civil* nochmals deutlich die Unauflösbarkeit der ehelichen Bindung bestätigt wurde: Im besagten Artikel wurde einzig und allein der Tod eines Ehegatten als Auflösungsgrund der Ehe bezeichnet¹⁶. Auch wenn es nunmehr zusätzlich die Möglichkeit einer Zivilehe gab, war zum damaligen Zeitpunkt die Katholizität und demzufolge die kirchliche Ehe eindeutig der Grundsatz. Die Ausnahme der Akatholizität musste bewiesen werden¹⁷. Mit der königlichen Verordnung vom 28. Dezember 1900 und vom 28. Februar 1907 wurde für die Eingehung einer Zivilehe die Erklärung der Ehegatten vor behördlicher Stelle mit dem Inhalt verlangt, dass sie sich nicht zur Katholischen Kirche bekennen würden. Dieser Standpunkt wurde von der königlichen Verordnung vom 28. Juni 1913 gleichfalls eingenommen, die für die Eingehung einer Zivilehe eine derartige Erklärung zumindest eines Ehegatten vorsah¹⁸.

II. Zweite Republik (1931 - 1939)

In der Zweiten Republik^{19 20} wurden mit Anordnung vom 10. Februar 1932 die alten königlichen Verordnungen aufgehoben, die von den Ehegatten zusätzliche Erklärungen für die Eingehung einer Zivilehe verlangten. Es wurden keinerlei Erklärungen mehr verlangt, so dass die Zivilehe nunmehr als echte Alternative und nicht nur als „zweite Wahl“ angeboten werden

católica; y segundo el civil, que se celebrarán del modo que determine este Código (vgl. in: Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 75)

¹⁶ *El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges* (vgl. in: Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 74; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 149)

¹⁷ Diese Beweisbarkeit war letztlich juristischer und sozialpolitischer Streitpunkt eines fast ganzen Jahrhunderts in der spanischen Eherechtsgeschichte (vgl. Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 75)

¹⁸ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 75

¹⁹ Nach der Flucht Isabellas II. im Jahre 1868 nach Paris wurde nach einem König gesucht. Nachdem der 1870 von den Cortes gewählte König Amadeus im Jahr 1873 letztlich auf den Thron verzichtete, wurde die Erste Republik Spaniens proklamiert. Diese scheiterte jedoch in ihrer Umsetzung an den regionalistischen Gegensätzen und den zahlreichen Massenunruhen in den Städten, so dass bereits wieder im Dezember 1874 der Sohn Isabellas II., Alfonso XII., zum König proklamiert wurde und die Erste Republik ihr Ende nahm (vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 22, S. 220).

²⁰ Nachdem bei Gemeindewahlen im April 1931 die Republikaner in den großen Städten triumphierten, verließ Alfonso XIII. ohne förmliche Abdankung das Land und es wurde die Zweite Republik am 14. April 1931 ausgerufen (vgl. in: Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 22, S. 221; Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 79)

konnte²¹.

In der Verfassung vom 09. Dezember 1931 wurde in deren Artikel 43 festgelegt, dass bei gegenseitigem Zerwürfnis oder auf Bitten eines Ehegatten bei Vorliegen eines rechtmäßigen Grundes die Ehe aufgelöst werden kann²². Der damalige Regierungschef Manuel Azaña beauftragte den Justizminister Alvaro de Albornoz mit der Ausarbeitung eines Scheidungsgesetzes. Es entstand das Scheidungsgesetz vom 02. März 1932. In diesem wurde erstmals die rechtsverbindliche Scheidung geregelt, ob bei gegenseitigem Zerwürfnis oder auf Antrag eines Ehegatten. Weiterhin aufrechterhalten wurde daneben die schlichte persönliche Trennung, bei der die ehelichen Bindungen bestehen blieben und dem unschuldigen Ehegatten ein Wahlrecht zwischen Trennung und Scheidung gegeben wurde²³.

Am 28. Juni 1932 wurde das Zweite Gesetz über die Zivilehe verkündet, das erstmals die Zivilehe zur Pflicht machte und die kirchliche Ehe ignorierte. Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes gab es nun nur eine gültige Form der Ehe, die Zivilehe. Auch wurden mit diesem Gesetz einzig die zivilen Gerichte für zuständig befunden, die Rechtsfragen der Anwendung dieses Gesetzes, aber auch die bezüglich der Gültigkeit bzw. Nichtigkeit der zuvor kirchlich geschlossenen Ehen zu lösen²⁴.

In dieser Zeit der Zweiten Republik erfolgte eine bewusste Abkehr vom kirchlichen Einfluss, was natürlich auf heftige Kritik der Katholischen Kirche stieß. Die Verfassung vom 09. Dezember 1931 und das Scheidungsgesetz wurden von den Bischöfen einheitlich als aggressiver Akt, gezielte Beleidigung und juristisches Attentat gegen die Kirche bezeichnet. Selbstredend für diese Zeit war die Reaktion der Regierung hierauf mit Repressionen wie der Entfernung religiöser Symbole aus den Schulen, dem Abriss von Trennmauern zwischen religiösen und zivilen Grabstätten und dem Verbot der kritischen katholischen Zeitung „*El Debate*“²⁵.

²¹ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 81/82

²² Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 149; Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 80

²³ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 75 und 76; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 150

²⁴ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 82/83; Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 77 und 78

²⁵ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 82

Mit Dekret der Generalität Kataloniens vom 18. September 1936 wurden Modifizierungen zum Scheidungsgesetz vom 02. März 1932 erlassen. Trotz der erkannten Allgemeinverbindlichkeit des Scheidungsgesetzes für die gesamte Republik wurden Modifizierungen hierzu mit verfassungsrechtlichen Argumentationen für möglich gehalten²⁶.

III. Das Regime Franco (1936/39 - 1975)

Der spanische Bürgerkrieg²⁷ entschied sich zugunsten von General Franco²⁸, der mit Militärverbündeten gegen die linksgerichtete Regierung ankämpfte. Bereits im Jahr 1938 hatte General Franco die politische Macht in Spanien übernommen. Mit dem Sieg der militärischen Truppen endete der Bürgerkrieg am 01. April 1939²⁹.

Mit der endgültigen Machtübernahme General Francos 1939 veränderte sich die politische und gesellschaftliche Situation grundlegend. Die spanische Nachkriegszeit (*La postguerra*) war geprägt von erhöhter Depression und Repression durch das neue Regime. Politisch Andersdenkende wurden nicht geduldet und systematisch verfolgt. General Franco stellte sich vehement gegen Kommunisten, Freimaurer und Liberale, er war starker Verfechter des katholischen Glaubens und verteidigte über alles die Werte des spanischen Reiches (*España una, grande y libre*)³⁰.

Mit Gesetz vom 12. März 1938 wurde das Ehegesetz vom 28. Juni 1932 aufgehoben und wieder die vorherige Gesetzeslage geschaffen³¹. Die

²⁶ Zanon Masdeu, *El divorcio en España*, S. 78

²⁷ 17./18. Juli 1936 - 01. April 1939: Am 17./18. Juli 1936 kam es in Marokko zu einer Militärrevolte, die sofort auf das Mutterland übergriff und zum Bürgerkrieg führte.

²⁸ General Francisco Hermenegildo Paulino Teódulo Franco Bahamonde (geb. 04.12.1892, gest. 20.11.1975) wurde von der im Juli 1936 gegründeten Militärjunta zum Chef der nationalspanischen Regierung und des spanischen Staates ausgerufen. Im Oktober 1936 wurde ihm der Oberbefehl über das Heer, die Marine und die Luftwaffe gegeben. Bereits im November 1936 wurde seine Regierung von Deutschland und Italien anerkannt. Die Mehrheit der spanischen Bischöfe bezogen im Juli 1937 zugunsten General Francos Stellung und der Vatikan erkannte dessen Regierung im Oktober 1937 diplomatisch an. Anfang 1939 folgte die Anerkennung durch England, Frankreich und die USA (vgl. Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Band 22, S. 221).

²⁹ Caballero Gea, *La ley del divorcio*, S. 86

³⁰ <http://www.bbc.co.uk/spanish/especiales/franco/franco.shtml> (Stand: 02.09.2004, 16:23)

³¹ Siehe hierzu oben, Artikel 42: 1. Kap., A.I., S. 6/7

kirchliche Ehe wurde folglich wieder eingeführt³².

Ebenso wurde mit Gesetz vom 23. September 1939 das Scheidungsgesetz vom 02. März 1932 aufgehoben und das vorherige Recht des *Código Civil* wieder eingeführt³³. Ferner wurden mit diesem Gesetz Übergangsregeln geschaffen, die all jene Scheidungsfälle regelten, die durch Anwendung des Scheidungsgesetzes von 1932 entstanden waren³⁴.

Einen weitaus radikaleren Einschnitt brachte die Anordnung vom 10. März 1941, die für die Eingehung einer Zivilehe iSv Art. 42 CC den urkundlichen Nachweis der Akatholizität der Ehegatten oder, falls dies nicht möglich war, eine eidesstattliche Erklärung über die fehlende Taufe verlangte³⁵. Hierdurch wurde faktisch die katholische Ehe als Pflichtehe geschaffen, denn dadurch, dass nahezu alle Spanier katholisch getauft waren, war es äußerst schwierig, eine Zivilehe einzugehen. Die Ehegatten hätten demnach aktiv aus der Katholischen Kirche austreten müssen, was zu damaliger Zeit undenkbar war.

Im Konkordat vom 27. August 1953 zwischen dem Heiligen Stuhl und Spanien wurden der kirchlichen Ehe sämtliche zivilrechtlichen Auswirkungen zuerkannt. Der Katholischen Kirche wurde in Fragen der Nichtigkeit und Trennung der Ehe alleinige Zuständigkeit zugebilligt³⁶.

Folge des Konkordats war auch die Notwendigkeit, die Zivilgesetzgebung und das kanonische Recht in Ehefragen anzugleichen. Hieraus entwickelte sich letztlich eine Lockerung der strengen Auslegung des Art. 42 CC wie in der Anordnung vom 10. März 1941. So wurde mit Dekret vom 26. Oktober 1956 der Art. 42 CC dahingehend erweitert, dass jeder, der nach kanonischem Recht nur kirchlich heiraten könnte, Zugang zur zivilen Ehe haben solle³⁷.

³² Zanon Masdeu, *El divorcio en España*, S. 82/83; Caballero Gea, *La ley del divorcio*, S. 87/88

³³ Siehe hierzu oben, Artikel 52: 1. Kap., A.I., S. 7. - Bereits mit Dekret vom 02. März 1938 wurden das Ehegesetz von 1932 und das Scheidungsgesetz von 1932 zunächst suspendiert

³⁴ Espín Cánovas, *Manual de derecho civil IV*, S. 150; Zanon Masdeu, *El divorcio en España*, S. 83; Caballero Gea, *La ley del divorcio*, S. 86

³⁵ Zanon Masdeu, *El divorcio en España*, S. 84; Caballero Gea, *La ley del divorcio*, S. 92

³⁶ Caballero Gea, *La ley del divorcio*, S. 93; Zanon Masdeu, *El divorcio en España*, S. 88

³⁷ Zanon Masdeu, *El divorcio en España*, S. 89

IV. Das Reformgesetz 30/1981 vom 07. Juli 1981

Durch das Reformgesetz 30/1981 vom 07. Juli 1981 wurde das derzeit gültige Scheidungsrecht geformt. Dieses Reformgesetz brachte fundamentale Veränderungen mit sich und unterlag daher erbitterten gesellschaftspolitischen Auseinandersetzungen der unterschiedlichen Interessensgruppierungen³⁸.

Dem Reformgesetz 30/1981 ging nach dem Tod General Francos am 20. November 1975 zunächst ein gesellschaftlicher Umbruch voraus, der schließlich in einer neuen Verfassungsgebung endete. In der Verfassung vom 31. Oktober 1978 (*Constitución Española*) wurden mit den Artikeln 14 und 32 Abs. 1 (Recht auf Gleichbehandlung), Artikel 16 (Religionsfreiheit), Artikel 32 Abs. 2 (Verzicht auf Unauflösbarkeit der Ehe) und Artikel 39 (Schutz der Familie) zunächst die Voraussetzungen für eine grundlegende Novellierung des Familien- und Eherechts geschaffen³⁹. Noch vor Umsetzung dieser Verfassungsregeln erfolgte am 26. Dezember 1978 die generelle Anweisung, dass die bisherigen Art. 42 - 86 CC im Lichte der geltenden Verfassung zu betrachten seien⁴⁰.

Hinzu kam ein neues Konkordat vom 03. Januar 1979 zwischen dem Heiligen Stuhl und Spanien über juristische Angelegenheiten, in dem die zivilrechtliche Wirkung der kirchlich geschlossenen Ehe bestätigt und in dem aber weder die kirchliche noch die zivile Ehe bevorzugt wurde⁴¹. Der Ehescheidung standen nunmehr keine Vereinbarungen mit dem Heiligen Stuhl mehr entgegen. In dem Konkordat vom 03. Januar 1979 wurde lediglich der päpstliche Appell an die gläubigen Katholiken festgehalten, sich den Kirchengesetzen über die Ehe moralisch verpflichtet zu fühlen, jedoch wurde darin nichts explizit über die Unauflösbarkeit der Ehe bzw. Auflösbarkeit der Ehe durch Scheidung festgelegt. Dies

³⁸ Hierzu ausführlich: Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 117 - 464; Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 99 - 249

³⁹ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 103 ff und 108; Kneip, FamRZ 1982, 445

⁴⁰ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 108/109

⁴¹ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 95 mit 97; Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 109/110; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 151

verdeutlicht nochmals die durch die Verfassung bedingte konfessionelle Neutralität des Staates (Art. 16 CE), indem auch im Konkordat zwischen Zivilgesetzlichkeit und katholischer Glaubenslehre eine Trennung vollzogen wurde⁴².

Folge obiger Entwicklung waren die Familien- und Eherechtsreformgesetze 11/1981 vom 13. Mai 1981 und 30/1981 vom 07. Juli 1981, durch die der *Código Civil* vom 24. Juli 1889⁴³ zum Teil grundlegend novelliert wurde.

Während das Gesetz 11/1981 vor allem das Kindschaftsrecht, das Recht der elterlichen Gewalt und das Ehegüterrecht behandelt, befasst sich das Gesetz 30/1981 mit der vollständigen Novellierung des IV. Titels des I. Buches des *Código Civil*⁴⁴. Dieser regelt die Eheschließung einschließlich der Nichtigkeit, Trennung und nunmehr auch Scheidung der Ehe. Der IV. Titel des I. Buches des *Código Civil* ist sog. gemeinspanisches Recht (Art. 13 Abs. 1 CC). Dies gilt es deshalb zu erwähnen, da in Spanien Teile des Familien- und Eherechts von sog. Foralrechten⁴⁵ verdrängt werden⁴⁶.

Das Reformgesetz 30/1981 vom 07. Juli 1981 ist von allgemeiner Gültigkeit, unabhängig davon in welcher Form die Ehe geschlossen wurde. Zweifellos stellt nunmehr das spanische Eherecht auf das System der Zivilehe als Pflichtehe ab, auch wenn die Eheschließung entweder zivil oder kirchlich erfolgen kann. Die kirchlich geschlossene Ehe erweist sich nur deshalb als fakultativ, da deren zivile Wirkungen in einem Konkordat geregelt wurden⁴⁷. Gemäß dem reformierten Artikel 85 des *Código Civil* wird die Ehe ohne Rücksicht darauf, in welcher Form und zu welcher Zeit sie geschlossen wurde, entweder durch Tod, Todeserklärung oder Scheidung aufgelöst.

⁴² Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 151

⁴³ In der Fassung vom 31. Mai 1974

⁴⁴ Rau, FamRZ 1982, 334

⁴⁵ Foralrechte Spaniens sind Sonderrechte für bestimmte (Rechts-)gebiete, die in den aus den Jahren 1959 - 1973 stammenden sechs Kompilationen für Vizcaya und Alava, Cataluña, Baleares, Aragon und Navarra abschließend geregelt sind (Rau, FamRZ 1982, 334). Darüber, ob gemeinspanisches oder eines der Foralrechte im Einzelfall zur Anwendung kommt, entscheidet das spanische interregionale Privatrecht, einheitlich geregelt in Art. 14 - 16 CC.

⁴⁶ So gilt beispielsweise das Gesetz 11/1981 unmittelbar nur außerhalb des Anwendungsbereiches der Foralrechte. Nur soweit die Kompilationen der Foralgebiete dieses zulassen, gilt es auch innerhalb der Foralrechte (vgl. Art. 13 Nr. 2 CC). Zur Kompetenzproblematik, siehe unten: Anhang, S. 354 f

⁴⁷ Siehe oben, Konkordat vom 03. Januar 1979, S. 11/12; Vega Sala, in: El nuevo derecho, S. 246; Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 95/96

Erkennbar werden die zwei wichtigsten Neuerungen dieses Reformgesetzes: die Säkularisierung des Eheschließungsrechts und die Einführung der Ehescheidung.

Somit sind die Scheidungsregelungen des heute gültigen *Código Civil* ebenso auf kirchlich geschlossene Ehen anzuwenden, anderenfalls würde gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 14 CE) und Art. 85 CC verstoßen werden. Es gilt, zwei verschiedene Rechtszustände bezüglich der Auflösung ehelicher Bindungen zu vermeiden⁴⁸.

⁴⁸ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 150 und 151

B. Das geltende Scheidungsrecht

I. Gesetzliche Vorschriften

Artículo 85 CC

El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Artikel 85 CC

Die Ehe wird ohne Rücksicht darauf, in welcher Form und zu welcher Zeit sie geschlossen worden ist, durch den Tod eines der Ehegatten oder dadurch, dass dieser für tot erklärt wird, sowie durch Scheidung aufgelöst.

Artículo 86 CC

Son causas de divorcio:

1. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no

Artikel 86 CC

Scheidungsgründe sind:

1. die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens zumindest während eines ununterbrochenen Zeitraums von einem Jahr seit Einreichung der Trennungsklage durch beide Ehegatten oder durch einen von ihnen mit Zustimmung des anderen, wenn diese eingereicht worden ist, nachdem ein Jahr seit Eingehung der Ehe verstrichen ist.

2. die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens zumindest während eines ununterbrochenen Zeitraums von einem Jahr seit Einreichung der Klage auf persönliche Trennung, und zwar auf Antrag des Klägers oder desjenigen, der gemäß den Bestimmungen des Art. 82 Widerklage erhoben hat, vorausgesetzt, dass die der Trennungsklage stattgebende

hubiera recaído resolución en la primera instancia.

Entscheidung rechtskräftig ist oder dass nach Verstreichen der angegebenen Frist keine Entscheidung in der 1. Instanz ergangen ist.

3. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

3. die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens zumindest während eines ununterbrochenen Zeitraums von 2 Jahren:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

a) gerechnet seit dem Zeitpunkt, zu dem durch beide Ehegatten die tatsächliche Trennung frei gebilligt wird oder zu dem die gerichtliche Entscheidung rechtskräftig geworden ist oder zu dem die Verschollenheit eines Ehegatten rechtmäßig festgestellt worden ist, und zwar auf Antrag eines Ehegatten,

b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

b) wenn derjenige, welcher die Scheidung beantragt, nachweist, dass zu Beginn der tatsächlichen Trennung bei dem anderen ein Trennungsgrund vorlag;

4. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

4. die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens zumindest während eines Zeitraums von 5 Jahren, und zwar auf Antrag eines Ehegatten;

5. La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

5. die rechtskräftige Verurteilung wegen Anschlags auf das Leben des Ehegatten, dessen Verwandte in aufsteigender Linie oder dessen Nachkommen.

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y

Wenn die Scheidung von beiden oder von einem mit Zustimmung des anderen beantragt wird, so muß unabdingbar mit der Klage oder mit dem einleitenden Schriftsatz der Vorschlag einer ihre Wirkungen regelnden Vereinbarung gemäß Art. 90 und 103 dieses

103 de este Código.

Gesetzbuches eingereicht werden.

Artículo 87 CC

El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Artículo 88 CC

La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los dos cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí

Artikel 87 CC

Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens, auf die sich die Art. 82 und 86 dieses Gesetzbuches beziehen, ist mit der befristeten Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Lebens am selben Wohnsitz vereinbar, wenn dies bei einem oder bei beiden Ehegatten auf eine Notlage, auf den Versuch der Wiederversöhnung oder auf das Interesse der Kinder zurückzuführen ist und wenn dies so in dem betreffenden Trennungs- oder Scheidungsverfahren durch irgendein rechtlich zugelassenes Mittel glaubhaft gemacht wird.

Die Unterbrechung des Zusammenlebens hat nicht seine tatsächliche Beendigung zur Folge, wenn sie auf Gründe zurückzuführen ist, die in der Arbeit, im Beruf oder ähnlichen Umständen liegen.

Artikel 88 CC

Der Anspruch auf Scheidung erlischt durch den Tod jedes Ehegatten und durch Wiederversöhnung; diese muss ausdrücklich sein, wenn sie erfolgt, nachdem die Klage eingereicht ist.

Die auf die Scheidung folgende Wiederversöhnung hat keine rechtlichen Wirkungen; allerdings können die

nuevo matrimonio.

Geschiedenen miteinander eine neue
Ehe eingehen.

Artículo 89 CC

La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

Artikel 89 CC

Die Auflösung der Ehe durch Scheidung kann nur durch ein Urteil erfolgen, das diese Feststellung trifft. Es hat Wirkungen vom Zeitpunkt der Rechtskraft an. Nachteile für gutgläubige Dritte treten erst von seiner Eintragung im Zivilregister an ein.

(aus: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Spanien, Stand: 30.05.2004)

II. Allgemeines

1. Aufbau

Das spanische Scheidungsrecht ist gemeinspanisches, allgemeingültiges Recht, das heißt, es gilt auch für die autonomen Gemeinschaften (*comunidades autónomas*) *Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla - La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco* und *Comunidad Valenciana* ⁴⁹.

Das Scheidungsrecht wurde nicht wie 1932 in einem eigenen Gesetz zusammengefasst, sondern nach der Reform im Jahre 1981 sinnvollerweise in den *Código Civil* komplett eingearbeitet. Im *Código Civil* gibt es keinen Allgemeinen Teil im Sinne des deutschen Zivilrechts. Er ist in vier Bücher gegliedert:

- Erstes Buch: Von den Personen (*De las personas*)
- Zweites Buch: Vom Vermögen, vom Eigentum und seinen Modifizierungen (*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*)⁵⁰
- Drittes Buch: Von den verschiedenen Arten des Eigentumserwerbs (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*)⁵¹ und
- Viertes Buch: Von den Verpflichtungen und Verträgen (*De las obligaciones y contratos*)

⁴⁹ Zu erwähnen ist hier, dass sich das katalonische Parlament ein eigenes Familienrechtsgesetzbuch gegeben hat, das im Dritten Titel Regelungen zu den Folgen der Nichtigkeit, Scheidung und Trennung der Ehe trifft (*Los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial*). Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen erscheint jedoch mehr als fraglich, da der Reformgesetzgeber mit dem Gesetz 30/1981 gerade eine einheitliche Regelung im Eherecht schaffen wollte. Der katalonische Gesetzgeber begründet seine Abweichung damit, dass Art. 149 Abs. 1 Nr. 8 CE das (Scheidungs-)folgenrecht nicht als ausschließliche Materie des Staates betrachte. Außerdem wurde diese Materie vom katalonischen Gesetzgeber in die Statuten Kataloniens iSv Art. 149 Abs. 3 CE aufgenommen, ohne dass hiergegen Stimmen geltend gemacht wurden (vgl. Präambel zum katalonischen Familienrechtsgesetz 9/1998 v. 15. Juli 1998, DOGC Nr. 2687 v. 23. Juli 1998). – Zu dieser Problematik näher, siehe unten im Anhang: S. 354 f

⁵⁰ Entspricht weitgehend unserem Sachenrecht, wobei hier aber nicht die Übertragung von Rechten geregelt ist.

⁵¹ Hier werden nun sämtliche Übertragungsmöglichkeiten geregelt. (Zu bemerken ist, dass dem spanischen Recht das „deutsche“ Abstraktionsprinzip fremd ist.)

Wie erwähnt gibt es zwar keinen Allgemeinen Teil im *Código Civil*, jedoch wird das Erste Buch so umfassend verstanden, dass hier das Eherecht, das Scheidungsrecht, das Kindschaftsrecht, der Unterhalt, u. a. geregelt sind⁵².

Das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht sind Teile des Eherechts und stehen demnach im Ersten Buch (*De las personas*), Vierter Titel (*Del matrimonio*). Kapitel Acht (Art. 85 - 89 CC) befasst sich mit der Auflösung der Ehe (*De la disolución del matrimonio*), Kapitel Neun (Art. 90 - 101 CC) mit den gemeinsamen Wirkungen bei Nichtigkeit, Trennung und Scheidung der Ehe (*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*) und Kapitel Zehn (Art. 102 -106 CC) mit den einstweiligen Maßnahmen bei einer Klage auf Nichtigkeit, Trennung oder Scheidung der Ehe (*De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio*).

2. Prämissen der Scheidung

a. Gesetzgeberischer Zweck

Art. 85 CC entwickelt Art. 32 Abs. 2 der spanischen Verfassung fort, der besagt, dass das Gesetz die Gründe der Eheauflösung zu regeln hat⁵³. Seit der Reform des Eherechts im Jahre 1981 werden daher nun unabhängig von der Form der Eheschließung ausdrücklich drei Auflösungsgründe genannt: der Tod, die Todeserklärung und die Scheidung. Die Scheidung ist demnach diejenige Rechtsfigur, die zu *Lebzeiten* beider Ehegatten die Auflösung der ehelichen Bindungen (*disolución*) zulässt.

Notwendig wird hierbei ein gerichtliches Scheidungsverfahren, das die nach der Eheschließung eingetretenen Umstände zu beachten hat⁵⁴. Juristisch betrachtet unterzieht der Gesetzgeber die Scheidung insoweit einer Sonderbehandlung, denn jede Ehe bedarf zu ihrer wirksamen Scheidung

⁵² Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, S. 48

⁵³ Vgl. Wortlaut des Art. 32 Absatz 2 CE im Anhang, S. 356 ff

⁵⁴ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 47; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 101

eines rechtskräftigen Urteils (Art. 89 CC)^{55 56}, und drückt damit zugleich die dem Institut der Scheidung beigemessene besondere Bedeutung aus.

Die Scheidung ist somit als Rechtsfigur und Mittel zur Auflösung einer geschlossenen Ehe zu verstehen, die mit dem Reformgesetz 30/1981 (wieder) neu eingeführt wurde.

Ferner bezweckt man auch die Beseitigung des kirchlichen Einflusses auf das zivilrechtliche Institut der Scheidung bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen der Gleichheit (Art. 14 CE) und religiösen Freiheit (Art. 16 Abs. 3 CE)^{57 58} und die Möglichkeit für die geschiedenen Ehegatten, nunmehr neue Ehen einzugehen⁵⁹. Es war eine bedeutende Neuerung des Reformgesetzgebers, dass nunmehr auch kirchlich geschlossene Ehen zivilrechtlich gelöst bzw. geschieden werden können⁶⁰.

Exkurs

Für kirchlich geschlossene Ehen ergeben sich eigentlich vier Auflösungsgründe, denn neben den drei zivilrechtlichen des Art. 85 CC wird basierend auf dem Konkordat zwischen Spanien und dem Heiligen Stuhl vom 03. Januar 1979 (Art. VI, Abs. 2) der kirchlichen Auflösung einer kirchlich geschlossenen, jedoch nicht vollzogenen Ehe (*matrimonio rato y no consumado*) zivilrechtliche

⁵⁵ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 102; Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 145. - Die geschlossene Ehe kann nicht wie bei einem zivilrechtlichen Vertrag gemäß dem Willen der Parteien ohne weiteres aufgehoben und derart vom Standesamt registriert werden.

⁵⁶ Dem kann auch nicht entgegengesetzt werden, dass gemäß Art. 777 LEC bei einer übereinstimmenden Scheidung (Fall des Art. 86 Nr. 1 CC, siehe unten: I.Kap., B.III.2.a.aa., S. 38 ff) ein Streitiges, kontradiktorisches Scheidungsverfahren nicht notwendig ist, sondern eine richterliche Genehmigung ausreicht. Auch die richterliche Genehmigung ergeht mittels Urteil, Art. 777 Nr. 6 LEC. Hiermit wird deutlich, dass der Gesetzgeber eine Scheidung, und läuft sie auch noch so friedlich ab, richterlich abgesegnet wissen will. (Vgl. hierzu: Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 49; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 130/131)

⁵⁷ Vgl. Wortlaut der Art. 14 CE und 16 CE im Anhang, S. 356

⁵⁸ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 150/151; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 101

⁵⁹ Vgl. zum gesellschaftlichen Wandel in Spanien und den diesbezüglichen schwierigen Auseinandersetzungen wegen der Einführung der Scheidung Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 130 ff

⁶⁰ Vgl. hierzu: SAP Barcelona v. 26. März 1999, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 130/131

Wirkung zuerkannt, vgl. Art. 85 iVm Art. 80 CC⁶¹.

Auf den ersten Blick mag man hierin eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus Art. 14 CE sehen, da kirchlich geschlossenen Ehen somit ein weiterer Auflösungsgrund mit zivilrechtlicher Wirkung zugestanden wird. Andererseits ist dies als bloße Anwendung des Art. 16 Abs. 3 CE zu verstehen, wodurch die öffentliche Gewalt den religiösen Glauben des spanischen Volkes zu beachten hat⁶². Bei dem mit dem Heiligen Stuhl geschlossenen Konkordat geht es in diesem Zusammenhang nur darum, den Bürgern die Ausübung ihres, in diesem Fall katholischen Glaubens zu ermöglichen. Eine Diskriminierung der zivilrechtlich geschlossenen Ehe scheidet daher aus. Auch existieren gegenüber anderen Religionsgemeinschaften keine Benachteiligungen, da möglichen Vereinbarungen Spaniens mit diesen nichts im Wege stünde⁶³.

Die kirchenrechtliche Entscheidung, eine nicht vollzogene Ehe aufzulösen, ist vom zivilen Richter nicht weiter zu überprüfen und in ähnlicher Weise wie ein ausländisches Urteil zu verstehen und anzuerkennen⁶⁴.

Exkurs Ende

b. Maßgeblichkeit des Zerrüttungsprinzips

Anhand des Art. 86 CC wird deutlich, dass der spanische Gesetzgeber im Grundsatz die Scheidungsgründe nach dem *Zerrüttungsprinzip*⁶⁵ typisiert

⁶¹ García Cantero, in: Castan Tobeñas, *Derecho Civil Español*, S. 895 und 897; Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 271; Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 98

⁶² Im Jahr 2003 waren 94 % der spanischen Bevölkerung katholischen Glaubens (aus: Spiegel-Jahrbuch 2004, S. 397)

⁶³ Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 271; Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 99

⁶⁴ Díez-Picazo/Gullón, *Instituciones de derecho civil II*, S. 471

⁶⁵ Hierfür werden gerne unterschiedliche *Termini* verwendet: *divorcio-constatación de la ruptura definitiva de la convivencia* oder *divorcio-remedio* oder *divorcio-quiebra*. Das gegenläufige Verschuldensprinzip bezeichnet man entweder als *divorcio-culpa* oder *divorcio-sancion* (vgl. Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 272; Puig Brutau, *Compendio de derecho civil IV*, S. 48; García Cantero, in: Albaladejo, *Comentarios al Código Civil*, Art. 86 y 87, S. 325)

hat, das heißt, dass die Auflösungsgründe für die eheliche Bindung objektiv anhand von bestimmten Umständen beurteilt werden, die für den tatsächlichen Bruch der Ehe bezeichnend sind⁶⁶.

In den Scheidungsgründen des Art. 86 Nr. 1 bis Nr. 4 CC ist dies zweifelsohne dadurch ersichtlich, dass maßgebliches Kriterium jeweils die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo de la convivencia conyugal*) ist. Eine solche basiert nach dem spanischen Gesetzgeber auf dem Ablauf von Zeit, variierend von eins, zwei oder fünf Jahren, und dem Vorliegen weiterer *begleitender* Umstände⁶⁷. Allgemeine und wesentliche Grundannahme, die der Scheidung zugrunde liegt, ist somit die Beendigung des ehelichen Zusammenlebens.

Der Gesetzgeber wollte den Bruch der ehelichen Bindungen durch das Erfordernis einer beständigen Beendigung des ehelichen Zusammenlebens bestätigt sehen. Für die Feststellung der Zerrüttung ist der bloße Ablauf der Zeit maßgeblich: Die Zeitkomponente in Verbindung mit anderen Gegebenheiten wird als *der* Anhaltspunkt und Beleg für das Vorliegen oder Nichtvorliegen des *cese efectivo* herangezogen⁶⁸. Durch dieses zentrale und objektive Erfordernis stellt sich das spanische Scheidungssystem als ein System der Abhilfe einer zerrütteten Ehe dar, und gerade nicht als eines der Bestrafung⁶⁹.

Ausnahmecharakter hat demzufolge der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 5 CC, der offensichtlicher Ausfluss des das Scheidungsrecht noch anderweitig typisierenden *Verschuldensprinzips* ist⁷⁰. Dieses Prinzip rechtfertigt die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft mit dem Verschulden eines Ehegatten bei der Verletzung ehelicher Pflichten⁷¹. In der richterlichen Praxis ist dieser Scheidungsgrund jedoch von nur geringer Bedeutung.

Zwar tragen Art. 86 Nr. 2 und Nr. 3 b) CC ebenso subjektive

⁶⁶ Marín García, *Acuerdos de los conyuges*, S. 14

⁶⁷ Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 272; Puig Brutau, *Compendio de derecho civil IV*, S. 49; Espín Cánovas, *Manual de derecho civil IV*, S. 152

⁶⁸ Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 272; ders., *Síntesis práctica*, S. 28

⁶⁹ Espín Cánovas, *Manual de derecho civil IV*, S. 151

⁷⁰ Puig Brutau, *Compendio de derecho civil IV*, S. 51; García Varela, *Disolución*, Art. 87, S. 68

⁷¹ Puig Brutau, *Compendio de derecho civil IV*, S. 48

Verschuldenselemente in sich, diese orientieren sich jedoch hauptsächlich und maßgeblich am *cese efectivo*⁷².

Es besteht eine Mischung aus Zerrüttungsprinzip und Verschuldensprinzip, wobei das Zerrüttungsprinzip als das zentrale Prinzip eindeutig überwiegt⁷³.

*c. Das Antragsrecht auf Scheidung (Acción de divorcio)*⁷⁴

In Art. 88 CC wird ein sog. Anspruch auf Scheidung (*acción de divorcio*) erwähnt. Zunächst ist zu bemerken, dass ein „Anspruch auf Scheidung“ im wörtlichen Sinne nicht existiert und daher die Wortwahl des Art. 88 CC als missglückt zu betrachten ist. Es besteht kein persönliches Recht eines Ehegatten, nach einer Heirat wieder in die uneheliche Freiheit entlassen zu werden, vielmehr besteht lediglich das Recht, dies bzw. die Scheidung vor Gericht zu beantragen. Die letztliche Entscheidung über die Auflösung der ehelichen Bindung behält der Gesetzgeber bewusst dem Gericht vor⁷⁵. Es ist daher korrekter von einem *Antragsrecht auf Scheidung* zu sprechen.

Diese *acción de divorcio* stellt ein höchstpersönliches, unverjährbares und unabdingbares Recht der Ehegatten dar. Es ist nicht vererbbar und kann nur durch die Ehegatten selbst ausgeübt werden⁷⁶.

Bezüglich der Unabdingbarkeit ist zu beachten, dass hiermit nicht der Verzicht auf einen bestimmten, bereits gestellten Antrag gemeint sein kann,

⁷² Zu diesen Scheidungsgründen näher, siehe unten: 1.Kap.,B.III.2., S. 37 ff

⁷³ Marín García, *Acuerdos de los conyuges*, S. 14; Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 272; Puig Brutau, *Compendio de derecho civil IV*, S. 48; García Cantero, in: *Albaladejo, Comentarios al Código Civil*, Art. 86 y 87, S. 330; Montés Penadés, in: *Montés/Roca, Derecho de familia*, S. 105; SAT Zaragoza v. 04. März 1988, RGD 1989, 4238; SAT Barcelona v. 23. April 1986, LL 1986/4, 413; SAT Cáceres v. 20. Juni 1984, RGD 1985, 2441; SAT La Coruña vom 28. April 1983, RGD 1984 871; SAT Palma de Mallorca v. 17. Mai 1982, RGD 1984, 922

⁷⁴ Die *Acción de divorcio* wird ausgeübt durch Stellung eines Antrags vor Gericht. Je nach Art des Scheidungsverfahrens wird dieser als *petición* (zu deutsch: Antrag; vgl. Art. 777 LEC im Fall der einverständlichen Scheidung) oder als *demanda* (zu deutsch: Klage; vgl. Art. 770 LEC im Fall der streitigen Scheidung) eingereicht. Siehe hierzu näher unten: 1.Kap.,C.III., S. 108 und IV., S. 114

⁷⁵ Marín García, *Acuerdos de los conyuges*, S. 18; Lacruz/Sancho, *Derecho de familia*, S. 145; Montés Penadés, in: *Montés/Roca, Derecho de familia*, S. 102; Montés Penadés, in: *Montés/Roca, Derecho de familia*, S. 130; ders., in: *Comentario del Código Civil*, Art. 89, S. 379

⁷⁶ Lacruz/Sancho, *Derecho de familia*, S. 155; Montés Penadés, in: *Montés/Roca, Derecho de familia*, S. 126; ders., in: *Comentario del Código Civil*, Art. 88, S. 376; López Muñoz-Criado, *Procesos de separación y divorcio*,

denn dieser ist in der Tat problemlos zulässig. Vielmehr zielt die Unabdingbarkeit auf einen generell vorweggenommenen Verzicht eines Ehegatten auf sein Antragsrecht⁷⁷. Ein derartiger Verzicht ist vom Gesetzgeber nicht gewollt, würde er doch zu dem Konstrukt einer unauflösbaren Ehe führen. Eine derartig unauflösbare Ehe ist gerade nach der Familienrechtsreform von 1981 dem spanischen Recht fremd und widerspricht dem Prinzip der Auflösbarkeit der Ehe in Art. 85 CC. Der auch im Familienrecht existierende Typenzwang der Institute verbietet es zudem, dem Institut der (auflösbaren) Ehe, wie es sich im Gesetz wieder findet, ein verändertes Institut der unauflösbaren Ehe zur Seite zu stellen. Ein generell vorweggenommener Verzicht auf das Antragsrecht überschreitet daher den Rahmen der Privatautonomie^{78, 79}.

d. Berücksichtigung der „modernen“ europäischen Entwicklung

Nicht nur aus juristischer Betrachtung erscheint der durch das Reformgesetz 30/1981 erfolgte Übergang von der Unauflösbarkeit der Ehe hin zur Scheidung basierend auf der objektiven Zerrüttung ungewöhnlich und abrupt.

Diese Entwicklung ist wohl weniger mit der bereits 1932 eingeführten Scheidung in der Zweiten Republik zu erklären⁸⁰, die vor allem von subjektiven, schuldhaften Scheidungsgründen geprägt war⁸¹, sondern vielmehr mit der offensichtlichen Übernahme durch den spanischen Reformgesetzgeber von anderen europäischen Scheidungssystemen und den in diesen Ländern zuvor ergangenen Reformen. In diesen wurde das Verschuldensprinzip vor allem aufgrund seiner schwierigen Beweisführung

S. 558; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 88, S. 927

⁷⁷ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 127; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 376

⁷⁸ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 127; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 376; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 261

⁷⁹ Verfahrensrechtlich findet sich dieser gesetzgeberische Wille in Art. 751 Nr. 1, Nr. 3 LEC wieder (vgl. Perez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 235).

⁸⁰ Siehe oben: I.Kap., A.II., S. 7

⁸¹ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 330

und aufgrund seiner schwierigen („schmutzigen“) Prozesse zugunsten des Zerrüttungsprinzips aufgehoben bzw. wesentlich eingeschränkt⁸². So finden sich im gültigen spanischen Scheidungsrecht französische, italienische und deutsche Einflüsse wieder⁸³. Konkret ist hierbei an die Modernisierungen des Scheidungsrechts in (West-)Deutschland mit dem Ehereformgesetz vom 14.06.1976, in Italien mit Reformgesetz vom 01.12.1970 und in Frankreich mit Reformgesetz vom 07.07.1975 zu denken. Beispielsweise ist der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 4 CC dem deutschen Scheidungsrecht entnommen, wenn auch mit verlängerter Frist⁸⁴.

3. Abgrenzung zur Trennung

Ausgehend von Art. 32 Abs. 2 CE, der den Gesetzgeber dazu verpflichtet, Gründe und Wirkungen der Trennung und der Scheidung der Ehe (als eine der Auflösungsformen der Ehe) zu regeln, sind beide Institute voneinander abzugrenzen.

Die Trennung (*separación*) beschreibt eine Situation, in der die eheliche Bindung nach wie vor besteht, jedoch das gemeinsame Leben der Ehegatten geendet hat und hieraus sich ergebende Änderungen der respektiven Rechte und Pflichten folgen. Die Trennung ist ein vom Gesetzgeber offeriertes Mittel zur Behebung einer ehelichen Krise, die durch den Bruch des ehelichen Zusammenlebens gekennzeichnet ist⁸⁵. Wie auch im deutschen Recht wird hier der grundsätzlich nur vorübergehende Charakter einer Trennung und die gesetzgeberische Intention einer Wiederversöhnung deutlich.

Im spanischen Recht ist seit der Familienrechtsreform von 1981 zwischen

⁸² Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 104; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 330/331

⁸³ Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 11; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 318 ff

⁸⁴ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 332

⁸⁵ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 39

der gerichtlichen Trennung (*separación legal* oder *separación judicial*) und der faktischen Trennung (*separación de hecho*) zu unterscheiden.

a. Die gerichtliche Trennung

Die gerichtliche Trennung ist in den Art. 81 - 84 CC geregelt und somit den Scheidungsregeln unmittelbar vorgeschaltet.

Art. 81 CC unterscheidet zwischen *übereinstimmend* (oder: *einverständlich*) verlangter (Art. 81 Nr. 1 CC) und nur *einseitig* (oder: *streitig*) von einem Ehegatten verlangter Trennung (Art. 81 Nr. 2 CC).

Sollte ein Fall des einseitigen Trennungsverlangens gegeben sein - und nur dann -, so muss in der Person des anderen Ehegatten ein gesetzlicher Trennungsgrund des Art. 82 CC vorgelegen haben⁸⁶. Die Trennungsgründe sind selbst in Gründe aus Verschulden (Art. 82 Nr. 1 bis 4 CC und Art. 82 Nr. 7 iVm Art. 86 Nr. 3 b), Nr. 5 CC) und objektive Gründe (Art. 82 Nr. 5, Nr. 6 CC und Art. 82 Nr. 7 iVm Art. 86 Nr. 3 a), Nr. 4 CC) einzuteilen.

Während verschuldete Trennungsgründe auf die Verletzung ehelicher Pflichten (Nr. 1), Verletzung von Pflichten gegenüber den Kindern (Nr. 2), strafrechtliche Verurteilung mit Freiheitsstrafe (Nr. 3) und psychisch-anormale Situationen (Nr. 4) zurückzuführen sind⁸⁷, basieren die objektiven Trennungsgründe schlichtweg in dem bestimmten Ablauf der ununterbrochen getrennt gelebten Zeit⁸⁸. Letztlich handelt es sich hierbei um die Transformation einer faktischen Trennung in eine gerichtliche. Zu differenzieren sind der Ablauf von 6 Monaten (Nr. 5), zwei Jahren (Nr. 7 iVm Art. 86 Nr. 3 a) CC) und drei Jahren (Nr. 6). Der vom Gesetzgeber theoretisch zu beachtende Zeitrahmen von fünf Jahren (Nr. 7 iVm Art. 86 Nr. 4 CC) ist in der Praxis zu vernachlässigen, denn Art. 82 Nr. 6 CC

⁸⁶ Offensichtlich wird hier der große Vorteil einer übereinstimmenden Trennung der Ehe: Sie bedarf keiner weiteren Überprüfung irgendwelcher Trennungsgründe und ist daher schneller und kostengünstiger durchführbar. Bezeichnend hierfür auch die vergleichsweise hohe Zahl an übereinstimmenden Trennungen: Im Jahr 2001 wurden 49285 und im Jahr 2002 54560 Ehen gerichtlich getrennt. Hiervon erfolgten im Jahr 2001 38121 und im Jahr 2002 43753 übereinstimmend, im Jahr 2001 nur 11164 und im Jahr 2002 nur 10807 streitig (aus: Estadísticas judiciales, <http://www.ine.es/inebase/cgi/axi>, Stand: 02.09.2004)

⁸⁷ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 40 ff; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 127

⁸⁸ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 128

erlaubt bereits eine gerichtliche Trennung bei ununterbrochener Beendigung des ehelichen Zusammenlebens von nur drei Jahren, ohne dies an weitere Bedingungen zu knüpfen.

Auch hier stehen sich die zwei Prinzipien gegenüber: das Prinzip der *separación-sanción* (Verschuldensprinzip) und das der *separación-remedio* (Zerrüttungsprinzip)⁸⁹. Weit weniger zentral als bei der Scheidung ist der Begriff des *cese efectivo del la convivencia conyugal* und es fällt schon beim Lesen des Art. 82 CC auf, dass die Verschuldensgründe wenigstens gleichwertig behandelt werden sollen.⁹⁰

Abgesehen von den gemeinsamen Wirkungen von Trennung, Scheidung und Nichtigkeit der Ehe⁹¹ sind die typischen Folgen einer gerichtlichen Trennung in Art. 83 CC formuliert: Das Trennungsurteil bewirkt die Aufhebung des gemeinsamen Lebens der Verheirateten, und es entfällt die Möglichkeit, Vermögensstücke des anderen Ehegatten in Ausübung der häuslichen Gewalt rechtlich zu binden.⁹²

Zunächst sei nochmals festgehalten, dass mit dem Trennungsurteil im Gegensatz zum Scheidungsurteil oder zur Nichtigkeitserklärung der Ehe die eheliche Bindung, also die Ehe als solche, bestehen bleibt⁹³. Auch die Pflicht zur Treue und zu gegenseitigem Respekt (Art. 67 CC) bleibt bestehen⁹⁴.

Art. 83 CC stellt jedoch klar, dass bei gerichtlicher Trennung die explizit aufgeführte Pflicht zum Zusammenleben aus Art. 68 CC aufgehoben bzw. suspendiert ist. Ebenso entfällt die dem Ehegatten im Rahmen der häuslichen Gewalt (Art. 1319 CC) zugeteilte Legitimation, Vermögensstücke des anderen rechtlich zu binden, denn wie man dem Begriff *häusliche Gewalt* selbst entnehmen kann, erklärt sich dieser aus den

⁸⁹ Valpuesta Fernández, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 84

⁹⁰ Diese Berücksichtigung des Verschuldensprinzips hat durch Art. 82 Nr. 7 CC iVm Art. 86 Nr. 3 b) CC sogar Eingang ins Scheidungsrecht gefunden; siehe hierzu näher: 1.Kap.,B.III.2.b.bb.(2)(a), S. 71

⁹¹ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,A.II.4., S. 154 ff

⁹² Art. 83 CC: *La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.*

⁹³ Valpuesta Fernández, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 89

⁹⁴ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 44/45

gemeinsamen Interessen, die sich gerade beim ehelichen Zusammenleben ergeben⁹⁵.

Zudem erzeugt die gerichtliche Trennung der Ehe Wirkungen in anderen ehelichen Angelegenheiten, wie z. B. Bestimmung der ehelichen Abstammung (Art. 116 CC), im Erbrecht (Art. 945 CC), als Pflichtteilberechtigter (Art. 834 CC) oder bei Geschenken aus Anlass der Heirat (Art. 1343 CC).

b. Die faktische Trennung

Vertraut ist aus dem deutschen Recht die faktische (oder tatsächliche) Trennung. Diese, als rechtliche Figur, trägt schlichtweg dem Gedanken Rechnung, dass auch der ohne gerichtliche Entscheidung vollzogene *cese efectivo de la convivencia conyugal* (tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens) - ob nun übereinstimmend oder einseitig - rechtlicher Würdigung bedarf, denn es ergeben sich ähnlich der Situation einer gerichtlichen Trennung der Ehe zu klärende Fragen wie die der Vermögensverwaltung oder auch des Sorgerechts⁹⁶.

Die faktische Trennung (*separación de hecho*) und der *cese efectivo* sind als inhaltsgleiche Begriffe zu verstehen⁹⁷.

So betrachtet erzeugt die faktische Trennung der Ehe vor allem die Möglichkeit, eine gerichtliche Trennung oder sogar die Scheidung der Ehe zu beantragen (vgl. Art. 82 und 86 CC). Andere weitere Wirkungen sind der etwaige Verlust, sich auf Art. 82 Nr. 1 CC berufen zu können (vgl. Art. 82 Nr. 1, Satz 2 CC), die Aufhebung der gesetzlichen Errungenschaftsgemeinschaft (Art. 1393 Abs. 1 Nr. 3 CC) oder auch nur die Widerlegung gesetzlicher Vermutungen (z. B. Art. 1442 Satz 2 CC: Keine Vermutung zugunsten der Gläubiger bei der Gütertrennung).

⁹⁵ Valpuesta Fernández, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 89/90

⁹⁶ Valpuesta Fernández, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 91

⁹⁷ Siehe hierzu näher unten: 1.Kap.,B.III.2.b.aa.(2)(a), S. 64/65

4. Abgrenzung zur Nichtigkeit

Betrachtet man wiederum Art. 32 Abs. 2 CE, so fällt auf, dass in diesem die Nichtigkeit (*nulidad*) der Ehe nicht aufgeführt ist. Wie gesehen ist lediglich die Trennung und die Auflösung der Ehe (kraft Todeserklärung bzw. kraft Scheidung) erwähnt; Rechtsfiguren, denen die Gültigkeit einer zuvor bestehenden Ehe zugrunde liegt.

Anders die Nichtigkeit der Ehe, die schlichtweg von einer von Anfang an ungültigen oder unwirksamen Ehe ausgeht⁹⁸. Es könnte daher gefragt werden, ob eine solche Regelung vom Verfassungsgeber überhaupt gewollt war. Nichtsdestotrotz ist zweifellos anerkannt, dass die Gerichte die anfängliche Nichtigkeit der Ehe feststellen können. Das Gesetz 30/1981 vom 07. Juli 1981 weist unzweideutig in diese Richtung, nachdem in diesem gerichtliche Verfahren für die Fälle der Nichtigkeit, Trennung *und* Scheidung der Ehe festgelegt wurden⁹⁹.

Die Nichtigkeit der Ehe ist dann gegeben, wenn ein zuständiges Gericht feststellt, dass eine zunächst scheinbar gültig geschlossene Ehe in Wirklichkeit nie wirksam bestand, weil es im Zeitpunkt der Eheschließung an Voraussetzungen mangelte, die für eine wirksame Ehe unabdingbar sind¹⁰⁰.

Geregelt ist die Nichtigkeit der Ehe in Art. 73 - 80 CC¹⁰¹. Besonders ist Art. 79 Abs. 1 CC zu erwähnen, der zugleich die inhaltlichen Grenzen der Erklärung der Nichtigkeit der Ehe aufzeigt: Die Feststellung der Nichtigkeit der Ehe macht die bereits eingetretenen Wirkungen hinsichtlich der Kinder und hinsichtlich des gutgläubigen oder der beiden gutgläubigen Eheschließenden nicht ungültig.¹⁰²

Abgesehen von den gemeinsamen Wirkungen im Falle der Nichtigkeit,

⁹⁸ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 97

⁹⁹ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 31/32; López, Perfil sistemático de la crisis matrimonial, S. 429

¹⁰⁰ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 33

¹⁰¹ Art. 73 CC zählt fünf Nichtigkeitsgründe auf, wobei umstritten ist, ob diese Aufzählung abschließend oder ob Art. 73 CC noch auf weitere Gründe anzuwenden ist (vgl. Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 33)

¹⁰² Art. 79 Abs. 1 CC: *La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe*

Trennung und Scheidung der Ehe¹⁰³ bezieht sich Art. 95 Abs. 2 CC speziell auf die Nichtigkeit der Ehe: Der gutgläubige Ehegatte kann sich trotz Auflösung des ehelichen Güterstandes (Art. 95 Abs. 1 CC) bei der Liquidierung des ehelichen Güterstands auf die Regeln der Zugewinn- bzw. Teilhabegemeinschaft (*régimen de participación*, Art. 1411 ff CC) berufen. Ebenso wird bei Nichtigkeit der Ehe nur dem gutgläubigen Ehegatten gem. Art. 1395 CC bei Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft (*sociedad de gananciales*) die Anwendung der Regeln zur Liquidierung der Errungenschaftsgemeinschaft (Art. 1392 ff CC) zugesprochen^{104 105}.

¹⁰³ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,A.II.4., S. 154 ff

¹⁰⁴ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 39

¹⁰⁵ Unsystematisch ist hier eine ähnliche Regelung zugunsten des gutgläubigen Ehegatten an zwei völlig verschiedenen Standorten getroffen worden: Art. 95 Abs. 2 CC ist lediglich allgemeiner gefasst als Art. 1395 CC. Art. 1395 CC bezieht sich nur auf den Fall der Auflösung einer Errungenschaftsgemeinschaft (siehe hierzu unten: 2.Kap.,A.II.4.b.bb., S. 172 ff). Da Art. 1395 CC jedoch auch auf die Vorschriften der Zugewinnsgemeinschaft Anwendung findet (Art. 1395 CC iVm Art. 1415 CC), ist dem gutgläubigen Ehegatten einer Errungenschaftsgemeinschaft innerhalb des Art. 95 Abs. 2 CC ein Wahlrecht zwischen einer Liquidierung gem. Art. 1392 ff CC oder Art. 1411 ff CC zu gewähren.

III. Die Scheidungsgründe, Art. 86 CC

1. Der zentrale Begriff: Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*El cese efectivo de la convivencia conyugal*)

Wie bereits erwähnt ist die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens, der *cese efectivo de la convivencia conyugal*¹⁰⁶, das wesentliche und zentrale Kriterium und der Schlüsselpunkt des spanischen Scheidungsrechts¹⁰⁷. Sämtliche Scheidungsgründe des Art. 86 CC stützen sich hierauf, ob als alleinigen Grund (Art. 86 Nr. 4 CC) oder als grundlegendes Erfordernis eines Grundes (Art. 86 Nr. 1 - 3 CC). Obwohl in Art. 86 Nr. 5 CC nicht ausdrücklich erwähnt, wird bei diesem Scheidungsgrund die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens gleichermaßen vorausgesetzt¹⁰⁸.

a. Äußere und innere Komponente des Begriffs

Der Wortlaut trägt in sich bereits endgültigen Charakter. *Beenden (cesar)* bedeutet *mit etwas aufhören*, etwas *Getanes sein lassen*. *Tatsächlich (efectivo)* bedeutet in diesem Zusammenhang es *echt, wirklich, wahrhaftig* zu beenden. Dem spanischen Gesetzgeber war es sehr wichtig, die Echtheit und Wahrhaftigkeit der Beendigung des ehelichen Zusammenlebens hervorzuheben, denn nur so ist das Einfügen des Wortes *tatsächlich* im Gesetzestext des *Código Civil* zu verstehen. Auch mit der bloßen Formulierung der *Beendigung des ehelichen Zusammenlebens* wäre klar gewesen, dass die Ehegatten in diesem Fall nicht mehr gemeinsam im Sinne der Verpflichtung des Art. 68 CC leben, dass sie sich bewusst voneinander trennen und ihr Zusammenleben wahrhaftig aufgeben haben¹⁰⁹. *Efectivo*

¹⁰⁶ Dieser zusammenhängende Begriff wird im folgenden Text mit dem Begriff *cese efectivo* (m.) weitergeführt.

¹⁰⁷ Marín García, *Acuerdos de los conyuges*, S. 14; Farré Alemán, *Código Civil*, Art. 86, S. 173; Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 273; Díez-Picazo/Gullón, *Instituciones de derecho civil II*, S. 466; Montés Penadés, in: *Montés/Roca, Derecho de familia*, S. 105; SAP Segovia v. 31. März 1999, ArLM, Art. 86, S. 231; siehe auch oben: 1.Kap.,B.II.2.b., S. 22

¹⁰⁸ Siehe hierzu unten: 1.Kap.,B.III.2.d.bb.(1), S. 86 f

¹⁰⁹ Vega Sala, in: *El nuevo derecho*, S. 273

hat demnach nur deklaratorischen, jedoch bewusst klarstellenden Charakter. Dem *cese efectivo* steht demnach eine fingierte, illusorische, zweifelhafte und nur äußerliche Beendigung konträr entgegen.

Inhaltlich ausgefüllt wird der Begriff vor allem durch das innere Bewusstsein der Ehegatten, dass ihr voriges Zusammenleben einen definitiven Bruch erlitten hat¹¹⁰. Die Entscheidung auseinander zu gehen bzw. das Zusammenleben aufzugeben, mag zwar in vielen Fällen von nur einem Ehegatten forciert worden sein, jedoch geschieht dies nicht außerhalb der Kenntnis des anderen Ehegatten, der dies - ob mit Freud oder Leid - toleriert oder zu tolerieren hat. Dieses beiderseitige Bewusstsein manifestiert sich dann zumeist im Auszug eines Ehegatten, jedoch muss klar sein, dass die rein physische Abwesenheit eines Ehegatten nicht für den *cese efectivo* ausreicht¹¹¹. Es handelt sich um einen Bruch der materiellen und emotionalen Gemeinschaft¹¹².

Kurz gefasst lässt sich also feststellen, dass die innere Entscheidung der Ehegatten, nicht mehr zusammenzuleben, vorweg getroffen werden muss, mit der Folge, dass sie sich im Sinne einer diesbezüglichen Bestätigung physisch voneinander entfernen¹¹³.

b. Einbeziehung des Art. 87 CC

Berücksichtigt man, dass der *cese efectivo* eben nicht von der physischen Entfernung abhängig ist, wird klar, dass dieser unter Umständen auch dann vorliegen kann, wenn die Ehegatten noch (physisch) in einem Haushalt wohnen. Zumindest muss dies kein Widerspruch sein.

¹¹⁰ Lete del Rio, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 87, S. 919; Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil II, S. 458; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 335/336

¹¹¹ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 379

¹¹² Lete del Rio, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 87, S. 919; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 105; SAP La Rioja v. 18. Oktober 2002, ArC 2002, Nr. 1846; SAP Córdoba v. 24. Juni 1999, ArLM, Art. 86, S. 236; SAP Tarragona v. 16. Dezember 1994, ArLM, Art. 86, S. 219

¹¹³ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 336; Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 141 und 149/150

In diesen Kontext spielt nun der vom Reformgesetzgeber geschaffene Art. 87 CC hinein. Art. 87 CC versucht den tragenden Begriff des *cese efectivo* in dieser Hinsicht zu konkretisieren, indem er gezielt auf soziale Aspekte eingeht und sozial wenig begünstigten Ehepaaren oder Familien der heutigen Gesellschaft den Weg zur Scheidung nicht verbauen will¹¹⁴.

*aa. Art. 87 Abs. 1 CC unter besonderer Betrachtung des
Wiederversöhnungsversuches*

Art. 87 Abs. 1 CC nennt explizit die Fälle, in denen ein *cese efectivo* und ein Zusammenleben in einem Haushalt miteinander korrespondieren, folglich kein „Ende der Beendigung“ vorliegt. In Fällen, die - dem Gericht glaubhaft¹¹⁵ - auf eine Notlage, auf das Kindeswohl oder auf einen Wiederversöhnungsversuch zurückzuführen sind, ist die befristete Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Lebens am selben Wohnsitz nicht hinderlich (Art. 87 Abs. 1 CC). Hiermit wird lediglich obige Annahme bestätigt, dass der Begriff des *cese efectivo* und das physische, rein äußerliche Zusammenleben sich begrifflich nicht ausschließen müssen, sofern die Ehegatten innerlich weiterhin davon ausgehen, dass ihre Ehe einen definitiven Bruch erlitt¹¹⁶. Jedoch werden mit Art. 87 Abs. 1 CC Fallgrenzen gesetzt.

Problematisch an der Regelung des Art. 87 Abs. 1 CC erscheint, dass auch ein Wiederversöhnungsversuch den *cese efectivo* nicht aufheben kann. Hinter einer Wiederversöhnung steht gerade der Sinn sich wieder aufeinander zu bewegen, also das Bewusstsein, die bewusste Beendigung zu lösen¹¹⁷. Dies spricht aber eigentlich gegen obige Grundsätze, da die Aufrechterhaltung des Beendigungszustandes in diesem Fall künstlich und fingiert erscheint.

Diese Ungereimtheit lässt sich durchaus mit der Intention des Gesetzgebers

¹¹⁴ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 381

¹¹⁵ Vgl. SAP La Rioja v. 18. Oktober 2002, ArC 2002, Nr. 1846

¹¹⁶ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 160

¹¹⁷ Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil II, S. 458; Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 380

erklären, der mit Art. 87 CC verhindern wollte, dass sich ein bösgläubiger Ehegatte mittels des Gesetzes Vorteile verschafft. So könnte sich dieser zwar zunächst auf einen Wiederversöhnungsversuch einlassen, dies aber nur deswegen, weil er dem Bestand eines *cese efectivo* entgegenwirken möchte, um eine Scheidung so bewusst in die Länge zu ziehen¹¹⁸. Dies hätte eine negative, hemmende Signalwirkung für andere getrennt lebende Paare. Ebenso könnten getrennt lebende Ehepaare deswegen von einem Wiederversöhnungsversuch abgehalten werden, weil sie bei dessen Scheitern erneut einer neu anlaufenden Wartefrist entgegensehen müssten¹¹⁹.

Zwar ist es nachvollziehbar, der Blockierung und unnötigen Verlängerung des *cese efectivo* entgegenzuwirken, bedenkt man vor allem dessen Schlüsselstellung im Scheidungsrecht. Dies würde jedoch im Fall des Wiederversöhnungsversuches zu Lasten obig erläuteter innerer Komponenten des *cese efectivo* gehen.

Folgerichtiger ist es daher, bei einem *echten, wirklichen und wahrhaftigen* Wiederversöhnungsversuch den *cese efectivo* als beendet anzusehen¹²⁰. Nur der *unechte* (listige!) Wiederversöhnungsversuch soll den *cese efectivo* unberührt lassen. Konsequenter weiter gedacht hieße dies aber, dass der ernst gemeinte Versuch bei Scheitern desselbigen den *cese efectivo* von neuem zu laufen beginnen ließe. Hiervor müssten die Ehegatten aber auch nicht geschützt werden, vielmehr führt die Kenntnis eines möglichen Neubeginns der Wartefrist zu einer innerlich authentischeren und überzeugteren Entscheidung zur Wiederversöhnung. Dieser Ansatz geht auch mit dem gesetzgeberischen Willen konform, der gerade den *unechten* und *bösgläubigen* Wiederversöhnungsversuchen entgegenwirken möchte.

Abgesehen davon sind, anders als bei einer Notlage oder bei Kindeswohlinteressen, ein Wiederversöhnungsversuch als solcher und dessen *Echtheit* gerichtlich nur sehr schwer überprüfbar¹²¹. Das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt ist allein noch kein

¹¹⁸ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 334; Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 380/381; vgl. hierzu: SAP Barcelona v. 13. September 1999, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 131/132

¹¹⁹ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 380/381

¹²⁰ Díez-Picazo/Gullón, Instituciones de derecho civil II, S. 458

¹²¹ Vgl. z. B. SAP Salamanca v. 22. April 1994, LL-Data 16879/1994

ausreichender Anhaltspunkt. Vielmehr wird der Schwerpunkt der richterlichen Erkenntnis im Verfahren und in der jeweiligen Einlassung der Ehegatten liegen¹²². Folglich dürften es diese in der Praxis maßgeblich in der Hand haben, eine *unechte* (bzw. *echte*) Wiederversöhnung erkennen zu lassen (auch wenn diese tatsächlich nicht vorgelegen haben sollte).¹²³

bb. Art. 87 Abs. 2 CC: Unterscheidung zwischen Beendigung und Unterbrechung

Art. 87 Abs. 2 CC konkretisiert vor allem die wichtige und schwierige Abgrenzungsfrage zwischen Beendigung (*cese*) und Unterbrechung (*interrupción*). Wie oben geschildert stellt der Begriff des *cese efectivo* auf die Beendigung und nicht auf Unterbrechung des ehelichen Zusammenlebens ab. *Beendigung* und *Unterbrechung* gilt es streng zu unterscheiden. Das Ende des Zusammenlebens muss endgültigen Charakter haben¹²⁴.

Eine Unterbrechung des ehelichen Zusammenlebens impliziert folglich noch nicht eine Beendigung. Dies wird in Art. 87 Abs. 2 CC für eine Unterbrechung aus Gründen der Arbeit, des Berufs oder ähnlicher Umstände klar gestellt. Ähnliche Umstände sind z. B. Krankheitsaufenthalte, Entführungen, politische Exile, usw.¹²⁵.

Entscheidend ist hier wiederum nicht die physische Entfernung, sondern vielmehr deren Intention. Die in Art. 87 Abs. 2 CC aufgeführten Fälle sind deswegen nur von vorübergehender Natur, weil sie nicht auf ein bewusstes Auseinanderleben tendieren, sondern von äußeren Faktoren bedingt werden, die nicht erwarten lassen, dass das eheliche Zusammenleben beendet

¹²² Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 387/388; SAP Barcelona v. 13. September 1999, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 131/132; SAP Tarragona v. 16. Dezember 1994, ArLM, Art. 86, S. 219

¹²³ Diese Unterscheidung zwischen unechter bzw. echter Wiederversöhnung besticht durch die konsequente Verfolgung der inneren Bewusstseinskomponente, jedoch ist zu bemerken, dass diese Unterscheidung in der Praxis nur selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würde. Denn es ist als wahrscheinlich anzunehmen, dass eine ursprünglich ernst gemeinte Wiederversöhnung bei Scheitern von den Ehegatten als nicht ernsthaft dargestellt werden würde, um eben keine erneute Wartefrist hervorzurufen.

¹²⁴ Vega Sala, in: El nuevo derecho, S. 273/274; SAP Salamanca v. 22. April 1994, LL-Data 16879/1994

¹²⁵ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 334

werden soll. Der Wille des Gesetzgebers soll auch hier den gutgläubigen, aufrichtigen Ehegatten schützen. Der bösgläubige Ehegatte soll den gutgläubigen nicht mit der Unbill eines plötzlichen Scheidungsantrages konfrontieren, der zwar den Fristen der Art. 82 und 86 CC gerecht werden würde, jedoch nicht dem Bewusstsein eines *cese efectivo*, und somit lediglich als *interrupción* zu betrachten wäre¹²⁶.

Der Problemfall, wie eine längere Gefängnisstrafe eines Ehegatten zu behandeln sei¹²⁷, ist nach obig Geschildertem einfach zu lösen: Entweder es liegt ein Scheidungsgrund gem. Art. 86 Nr. 5 CC¹²⁸ oder ein Scheidungsgrund gem. Art. 86 Nr. 3 b) CC iVm Art. 82 Nr. 3 CC oder die bloße Berufung der/des Ehegatten auf den Zeitablauf gem. Art. 86 Nr. 4 CC¹²⁹ vor. In letzteren beiden Fällen ist jedoch wiederum auf das Bewusstsein der Ehegatten abzustellen, das heißt es wird danach zu fragen sein, ob sich neben der physischen Trennung aufgrund der Freiheitsstrafe auch eine psychische Trennung aufgrund der Erkenntnis, dass nunmehr ein definitiver, über die Freiheitsstrafe hinaus wirkender Bruch des ehelichen Zusammenlebens besteht, ergibt. Dies kann sich äußerlich z. B. durch die Wahl eines neuen Partners manifestieren.

Problematisch erwiese es sich auch, falls die Ehegatten noch gar nicht gemeinsam zusammengelebt hätten. Denn die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens ist nur dann einsichtig, wenn vorher ein Zusammenleben stattgefunden hat. Bei einer derartigen Konstellation ist es nicht möglich, sich auf die Scheidungsgründe des Art. 86 CC zu berufen.

Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen käme jedoch entweder Nichtigkeit der Ehe gem. Art. 73 Nr. 4 CC oder der Trennungsgrund des Art. 82 Nr. 1 CC iVm Art. 68 CC in Betracht. Für eine wirksame Scheidung besteht hier jedoch eine Gesetzeslücke.

¹²⁶ Vgl. hierzu SAP Segovia v. 31. März 1999, ArLM, Art. 86, S. 232; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 334

¹²⁷ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 334

¹²⁸ Siehe hierzu unten: 1.Kap.,B.III.2.d., S. 85

¹²⁹ Siehe hierzu unten: 1.Kap.,B.III.2.b.bb., S. 69 bzw. cc., S. 76

2. Die einzelnen Tatbestände des Art. 86 CC

Art. 86 CC führt enumerativ fünf Scheidungsgründe auf, wobei Art. 86 Nr. 3 CC wiederum in zwei Scheidungsgründe aufgeteilt ist. Tatsächlich kann man daher von sechs Scheidungsgründen sprechen, die bis auf die Gründe des Art. 86 Nr. 4 und Nr. 5 CC nicht von wenigen einfachen Voraussetzungen, sondern von mehrfachen, komplexen Voraussetzungen abhängen.

Die einzelnen Gründe des Art. 86 CC sind demnach folgend zu detaillieren:

- Nr. 1: Scheidung nach einverständlicher gerichtlicher Trennung
- Nr. 2: Scheidung nach
 - streitigem rechtskräftigen Trennungsurteil bzw.
 - binnen eines Jahres nicht entschiedener streitiger Trennungsklage
- Nr. 3 a): streitige Scheidung nach
 - frei gebilligter tatsächlicher Trennung oder
 - rechtskräftigem Trennungsurteil oder
 - rechtmäßiger Feststellung der Verschollenheit
- Nr. 3 b): Scheidung nach Vorliegen von gesetzlichen Trennungsgründen zu Beginn der tatsächlichen Trennung
- Nr. 4: Scheidung nach bloßem Ablauf von fünf Jahren im Zustand der tatsächlichen Beendigung des ehelichen Zusammenlebens
- Nr. 5: Scheidung nach rechtskräftiger Verurteilung aufgrund Anschlags auf das Leben

Anhand der materiellen Voraussetzungen der einzelnen Scheidungsgründe erscheint es zweckmäßig, diese in folgende vier Bereiche einzuteilen¹³⁰:

- a) Gründe, resultierend aus einer vorhergehenden gerichtlichen Trennung
 - b) Gründe, resultierend aus einer vorhergehenden tatsächlichen Trennung
 - c) Feststellung der Verschollenheit eines Ehegatten
 - d) rechtskräftige Verurteilung wegen Anschlags auf das Leben
- a. Gründe, resultierend aus einer vorhergehenden gerichtlichen Trennung:*

Art. 86 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 a), 2. Var. CC

aa. Art. 86 Nr. 1 CC

(1) Allgemeines

Die Voraussetzungen sind:

1. Einreichung des Trennungsantrags durch beide Ehegatten oder durch einen von ihnen mit Zustimmung des anderen (siehe Art. 81 Nr. 1 CC)
2. Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) von mindestens einem Jahr frühestens gerechnet seit Einreichung des Trennungsantrags
3. Einreichung der Trennungsklage erst nach einer ein Jahr zuvor eingegangenen Ehe

Art. 86 Nr. 1 CC korrespondiert und nimmt offensichtlichen Bezug zu Art. 81 Nr. 1 CC, der die einverständliche, beidseitig gewollte Trennung beschreibt. Der Antrag auf Trennung gem. Art. 81 Nr. 1 CC, verbunden mit einem einjährigen *cese efectivo* seit Einreichung der Trennungsklage, ergibt den Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 1 CC¹³¹.

(Zum *cese efectivo*, siehe oben: B.III.1., S. 31)

(2) Zu Art. 86 Nr. 1 CC im Besonderen

*(a) Maßgebliche Bedeutung des Trennungsantrags zur Berechnung der
Wartefrist*

¹³⁰ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 295; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 152

¹³¹ SAP La Coruña v. 07. April 1998, ArLM, Art. 86, S. 228

(aa) Mindermeinung: Zulässigkeits- bzw. Begründetheitserfordernis an den Trennungsantrag

Eine Mindermeinung verlangt eine begonnene Durchführung des Trennungsverfahrens, sprich zumindest einen bereits zugelassenen Trennungsantrag, teilweise sogar die Beendigung des Verfahrens durch ein stattgebendes Trennungsurteil¹³². Begründet wird dies vor allem damit, dass der Trennungsantrag seine rechtliche Wirkung verliert, falls er nicht zulässig ist oder von den Ehegatten zurückgenommen wird. Bei einem unzulässigem Trennungsantrag müsse es eigentlich zur Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens kommen (Art. 68 CC), wodurch dann schon kein *cese efectivo* mehr gegeben wäre¹³³. Sollte es in diesem Fall dennoch nicht zum ehelichen Zusammenleben kommen, wäre der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 3a, 1.Var. CC einschlägig, denn dieser behandle gerade explizit die Scheidungssituation nach frei gebilligter tatsächlicher Trennung und verlange mindestens einen *cese efectivo* von mindestens zwei Jahren. Folglich könne Art. 86 Nr. 1 CC nur wenigstens zulässige Trennungsanträge erfassen¹³⁴.

(bb) Herrschende Lehre: Bloßes Abstellen auf Einreichung des Trennungsantrags (dies a quo)

Wichtig und maßgeblich für die Berechnung der Frist des *cese efectivo* ist nach der herrschenden Lehre lediglich der Tag der Einreichung des Trennungsantrags¹³⁵. Weitere Anforderungen werden nicht gestellt.

¹³² Vgl. Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 107

¹³³ Vega Sala, Síntesis práctica, S. 73 und 75; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 204; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 339

¹³⁴ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 339/340; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 108; Vega Sala, in: El nuevo derecho, S. 279/280

¹³⁵ SAP La Coruña v. 07. April 1998, ArLM, Art. 86, S. 228; SAP Tenerife v. 15. Mai 1984, RGD 1985, 315; SAT Bilbao v. 31. Dezember 1983, LL 1984, 620; SAT Palma de Mallorca v. 15. Juli 1983, RGD 1984, 927; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 106; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 154; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 358; García Varela, Disolución, S. 63/64; ders., in: La ley del divorcio, Art. 86, S. 66; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 899 und 901; Valladares Rascón, Divorcio, S. 329

(cc) Schlüssigkeit der Ansicht der herrschenden Lehre

Für die Ansicht der überwiegenden Literatur sprechen die parlamentarische Vorgeschichte des Art. 86 Nr. 1 CC, der Wortlaut der Vorschrift und systematische Gesichtspunkte¹³⁶:

Zunächst sah der Regierungsentwurf zum Art. 86 Nr. 1 CC vor, die einjährige Wartefrist nur mit zugelassenem Trennungsantrag laufen zu lassen. Scheidungsvoraussetzung war zudem ein rechtskräftiges Trennungsurteil. Die berichterstattende Kommission änderte den Wortlaut in der Weise ab, dass nunmehr die einjährige Frist mit der Antragstellung zu laufen begann, wobei weiterhin aber die Durchführung eines Verfahrens als Scheidungsvoraussetzung verlangt wurde. Der Senat brachte daraufhin einen Änderungsvorschlag ein, der schließlich nur auf die Antragstellung abstellte und letztlich als endgültiger Gesetzestext angenommen wurde (vgl. heutigen Wortlaut)¹³⁷. Argument für die Annahme dieses Änderungsvorschlages war, dass damit dem Trennungsverfahren keine konstitutive Bedeutung mehr zukam, wodurch letztlich eine gewünschte Erleichterung der Scheidung erreicht wurde. Die bloße Antragstellung sei als Scheidungsvoraussetzung ausreichend¹³⁸.

Zudem unterscheidet sich der Wortlaut des Art. 86 Nr. 1 CC bewusst von dem des Art. 86 Nr. 2 CC. Der Reformgesetzgeber setzt bei letzterem, der ebenso wie Art. 86 Nr. 1 CC der Einjahresfrist unterliegt, ausdrücklich ein rechtskräftiges Trennungsurteil (*resolución firme*) voraus bzw. erwartet zumindest die Durchführung eines Trennungsverfahrens¹³⁹.

Die Mindermeinung, die auch bei Art. 86 Nr. 1 CC einen stattgebenden Trennungsantrag zur Voraussetzung macht, erblickt demnach als einzigen Unterschied zwischen Art. 86 Nr. 1 CC und Art. 86 Nr. 2 CC, dass die

¹³⁶ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 358; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 107; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 154

¹³⁷ Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 899 und 901; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 75; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 357/358

¹³⁸ Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 899 und 901; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 75

¹³⁹ Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 151

Einreichung des Trennungsantrags entweder übereinstimmend oder einseitig erfolgt. Dies allein macht jedoch noch nicht die explizite Redaktion eines eigenen Scheidungsgrundes (Art. 86 Nr. 1 CC) notwendig¹⁴⁰.

Die für Art. 86 Nr. 1 CC früher zuständige Prozessnorm¹⁴¹ der *Disposición Adicional Sexta*, Absatz 3, Nr. 2 zum Reformgesetz 30/1981 betrachtete ein Scheidungsverfahren zu einem Trennungsverfahren nur additiv und begleitend, verlangte daher folgerichtig für das Scheidungsverfahren nur die Beglaubigung der *Einreichung* der Trennungsklage, und nicht eines Zulassungsbeschlusses oder Trennungsurteils¹⁴².

Auch macht die Anfügung des letzten Halbsatzes des Art. 86 Nr. 1 CC erst dann Sinn, wenn man gerade *nicht* von der Notwendigkeit eines zulässigen Trennungsantrags ausgeht. Auf den ersten Blick mag es sich nur um eine deklaratorische Wiederholung dessen handeln, was bereits in Art. 81 Nr. 1 CC verlangt wird und in Art. 86 Nr. 1 CC von denknotwendiger Selbstverständlichkeit ist: Ein *cese efectivo* von einem Jahr kann nur dann gegeben sein, wenn zuvor zumindest die Ehe für ein Jahr bestanden hat.

Jedoch ist Art. 86 Nr. 1, letzter Hs. CC genauer zu betrachten. Art. 86 Nr. 1, letzter Hs. CC besagt ebenso wie schon Art. 81 Nr. 1 CC, dass der Trennungsantrag erst wirksam eingereicht werden kann, nachdem bereits ein Jahr seit Eingehung der Ehe verstrichen ist. Diese wiederholte Voraussetzung in Art. 86 Nr. 1 CC wäre nach der oben geschilderten Mindermeinung eigentlich völlig überflüssig¹⁴³, denn sollte sie nicht erfüllt sein, so käme es schon gemäß Art. 81 Nr. 1 CC zu keinem zulässigen Trennungsverfahren. Sollte sie aber erfüllt sein, so käme es schon gemäß Art. 81 Nr. 1 CC zur Durchführung eines Trennungsverfahrens, so dass die Wiederholung in Art. 86 Nr. 1 CC aus Sicht der Mindermeinung wenig Sinn machen würde. Dennoch wurde Art. 86 Nr. 1, letzter Hs. CC bewusst vom

¹⁴⁰ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 107

¹⁴¹ Bis zur Reform des spanischen Zivilprozessrechts im Jahr 2000, siehe hierzu unten: 1.Kap., C.I., S. 92 f - Die *Disposición Adicional Sexta* ist nun in reformierter Verfassung in Art. 777 LEC zusammengefasst.

¹⁴² Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 107; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 358

¹⁴³ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 901; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 108 und 109

Reformgesetzgeber verfasst.

Die Bedeutung von Art. 86 Nr. 1, letzter Hs. CC geht erheblich weiter: Gerade und nur unter der Annahme, dass es lediglich auf die Einreichung und nicht auch auf die Zulässigkeit des Trennungsantrags ankommt, bestünde die Möglichkeit, dass bei einer noch nicht ein Jahr bestehenden Ehe die Ehegatten sich darauf übereinstimmend einigen, sich trennen zu lassen (Art. 81 Nr. 1 CC), jedoch in dem Bewusstsein, dass ihr Trennungsantrag aufgrund der nicht eingehaltenen Ehezeit abgewiesen wird. Ohne Art. 86 Nr. 1, letzter Hs. CC könnte sich nun dieses Ehepaar früher scheiden lassen als dasjenige Ehepaar, dessen Trennungsantrag aufgrund des eingehaltenen Ehejahres zulässig ist. Folglich und deshalb besteht der eigenständige Sinn des Art. 86 Nr. 1, letzter Hs. CC vor allem darin, bei jungen Ehen unter einem Jahr eine „schnellere“ Scheidung als vom Gesetzgeber gewollt zu vermeiden¹⁴⁴ und gerade deshalb unzulässige Trennungsanträge zeitlich anzugleichen. Der Wille des Gesetzgebers geht dahin, die Trennung zumindest als geistige Vorstufe der Scheidung zu betrachten, bei der die ehelichen Bindungen und die Möglichkeit der Wiederversöhnung noch vorhanden sind. Im Falle der einverständlichen Scheidung soll diese Möglichkeit jedoch nicht vor Ablauf einer zweijährigen Ehedauer (mindestens ein Jahr Ehe, mindestens ein Jahr *cese efectivo*) erfolgen können - unabhängig von der Zulässigkeit eines Trennungsantrages¹⁴⁵.

Weiter bleibt bei der Mindermeinung auch unbeachtet, dass Trennungs- und Scheidungsverfahren unterschiedlich sind und parallel verlaufen¹⁴⁶.

Die Vertreter der Mindermeinung wollen den Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 1 CC in materieller Abhängigkeit der Zulässigkeit bzw. Begründetheit des Trennungsverfahrens, folglich die gerichtliche Trennung in eine spätere

¹⁴⁴ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 359; Valladares Rascón, Divorcio, S. 333; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 901

¹⁴⁵ Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 50; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 899 und 901

¹⁴⁶ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 365; SAT Las Palmas v. 23. Juli 1985, RGD 1986, S. 2190

Scheidung umgewandelt sehen¹⁴⁷. Dies widerspricht jedoch klar dem gesetzlichen Wortlaut, der schlichtweg auf die prozessuale Tatsache des Einreichens des Trennungsantrages abstellt. Aufgrund der prozessualen Parallelität bzw. Exklusivität¹⁴⁸ der Verfahren ist daher auch nicht gewährleistet, dass das Trennungsverfahren schneller als das Scheidungsverfahren durchgeführt bzw. entschieden wird. Es besteht durchaus der in der Praxis zwar äußerst seltene, dennoch mögliche Fall, dass das Scheidungsurteil vor dem Trennungsurteil ergeht. Ein Trennungsurteil, das nur zur Suspendierung der Ehe führt (Art. 83 CC), wäre in diesem Fall überflüssig und unsinnig, denn das Scheidungsurteil bewirkt ja bereits die Auflösung der ehelichen Bindungen (Art. 85). Auch dies spricht für die herrschende Lehre¹⁴⁹.

Aus alledem ist der herrschenden Lehre beizupflichten. Maßgeblich ist nur die Einreichung des Trennungsantrags, weder jedoch die Zulässigkeit noch die Begründetheit desselbigen. Vom *dies a quo* an ist die Wartefrist zu berechnen.

*(b) Übereinstimmender Scheidungsantrag oder streitige Scheidungsklage
während des einverständlichen Trennungsverfahrens*

Art. 86 Nr. 1 CC spricht zwar ausdrücklich von der einverständlichen Trennung iSv Art. 81 Nr. 1 CC, jedoch nicht von einer einverständlichen Scheidung. Es bleibt unerwähnt, ob auch die eingereichte Scheidungsklage durch beide Ehegatten bzw. mit Zustimmung eines Ehegatten zu erfolgen hat¹⁵⁰. Auch wenn der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 1 CC sich „aus der Norm des Art. 81 Nr. 1 CC“ ergibt¹⁵¹, bezieht sich die Übereinstimmung der Ehegatten nur auf den Trennungsantrag. Wie erwähnt verlaufen das

¹⁴⁷ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 901; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 360

¹⁴⁸ Siehe hierzu unten: 1.Kap., C.VII.1.b., S. 130

¹⁴⁹ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 901/902; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 360

¹⁵⁰ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 154; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 108/109

¹⁵¹ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 358

Trennungsverfahren und das Scheidungsverfahren parallel, das heißt, dass das Trennungsverfahren durch die Einreichung des Scheidungsantrages grundsätzlich weder gehemmt noch gestört wird, auch wenn es jedoch zu inhaltlichen Überschneidungen und Kollisionen beider Verfahren kommen kann¹⁵².

Deshalb sind in Art. 86 Nr. 1 CC zwei verschiedene Verfahrenssituationen denkbar und zu unterscheiden:

*(aa) Fall 1: Einverständliche Einreichung des Trennungsantrags,
Einverständliche Einreichung des Scheidungsantrags*

In dieser Fallvariante ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten, denn es ist in diesem Fall anzunehmen, dass die Ehegatten bei Aufrechterhaltung des Scheidungsverfahrens dem Trennungsverfahren fernbleiben oder den Trennungsantrag zurücknehmen werden¹⁵³.

*(bb) Fall 2: Einverständliche Einreichung des Trennungsantrags, einseitige
(streitige) Einreichung der Scheidungsklage*

Es gilt zwischen verschiedenen Fallvarianten abzugrenzen:

a) *Variante 1:* Es ergeht ein stattgebendes Trennungsurteil vor dem Scheidungsurteil

Dies ist unproblematisch. Das Trennungsverfahren endet, der *cese efectivo* bleibt bestehen, so dass das Scheidungsverfahren normal weiterlaufen kann.

¹⁵² Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 108; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 359; siehe hierzu auch unten: 1.Kap., C.VII.1.b., S. 130

¹⁵³ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 902; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 334; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 359; ders., in: Montés/Roca, Derecho de

b) *Variante 2*: Es ergeht ein zurückweisendes/abweisendes Trennungsurteil vor dem Scheidungsurteil

Bei dieser Variante ist obig geschilderter Meinungsstreit zu berücksichtigen. Bei der hier nicht vertretenen Gegenmeinung, die ein stattgebendes Trennungsurteil verlangt, können die Ehegatten nunmehr die Scheidung nicht auf Art. 86 Nr. 1 CC stützen. Ebenso bei jenen Stimmen der Gegenmeinung, die nur auf einen zulässigen Trennungsantrag abstellen, wenn der Antrag im Urteil als unzulässig zurückgewiesen wurde. Das Trennungsverfahren endet, das Scheidungsverfahren ist auf andere Gründe zu stützen¹⁵⁴.

Die herrschende Lehre führt hier wie in Variante 1 zu keinerlei Problemen, denn maßgeblich ist nur der eingereichte Trennungsantrag. Das Trennungsverfahren endet und das Scheidungsverfahren kann, soweit *cese efectivo* fortbesteht, normal weiterlaufen¹⁵⁵.

c) *Variante 3*: Es ergeht das Scheidungsurteil vor dem Trennungsurteil

In dieser Konstellation schließen sich Trennung und Scheidung begrifflich aus, denn mit dem rechtskräftigen Scheidungsurteil ist die Ehe bereits aufgelöst. Folglich kann kein Trennungsurteil über eine Ehe ergehen, die gar nicht mehr existiert. Das Trennungsverfahren kann nicht weitergeführt werden, denn es fehlt eine wesentliche Voraussetzung: eine noch bestehende Ehe¹⁵⁶. Da somit das Rechtsschutzbedürfnis und auch die Aktivlegitimation entfallen¹⁵⁷, ist das Trennungsverfahren einzustellen.

familia, S. 108

¹⁵⁴ Siehe zur Gegenmeinung oben: 1.Kap.,B.III.2.a.aa.(2)(a)(aa), S. 39

¹⁵⁵ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.a.aa.(2)(a)(bb), S. 39 ff

¹⁵⁶ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 360

¹⁵⁷ Espin, Separación, S. 102; García Varela, Disolución, S. 64; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 902; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 360

(c) Prozessuales Erfordernis einer erneuten Folgenvereinbarung bei einverständlicher Scheidung

Im Fall einer einverständlichen Scheidung ist Art. 86 a. E., 90, 103 CC und Art. 777 Nr. 2 LEC zu entnehmen, dass mit dem Antragsschriftsatz ein die Wirkungen gem. Art. 90 und 103 CC regelnde neue Vereinbarung über die Folgen (*convenio regulador*) zu erfolgen hat¹⁵⁸. Auch wenn bereits für das Trennungsverfahren eine derartige Vereinbarung vorzulegen war¹⁵⁹, so hat bei einer einverständlichen Scheidung eine neue Vereinbarung nicht nur aus normativen Gründen zu erfolgen, sondern sie ist auch die logische Schlussfolgerung der neuen Lebenssituation einer dann geschiedenen und nicht nur getrennten Ehe¹⁶⁰. Die neue Situation durch die Scheidung kann mitunter Änderungen des bereits getroffenen *convenio regulador* iSv Art. 81 Nr. 1 CC mit sich bringen. Man wird durch diese neue Situation durchaus veranlasst sein, Änderungen bei den Folgen zu überdenken bzw. auch umzusetzen, bedenkt man gerade, dass die Trennungssituation nach wie vor eine Wiederversöhnung in Aussicht stellt, während eine Scheidungssituation gerade auf die Auflösung der ehelichen Bindungen abstellt¹⁶¹.

(3) Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 1 CC

Die Wartefrist des *cese efectivo* berechnet sich ab dem *dies a quo*, also dem Tag der Einreichung des Trennungsantrags bei Gericht.

Es ist nicht davon auszugehen, dass sich ein einverständliches Trennungsverfahren „automatisch“ in ein einverständliches Scheidungsverfahren umdeuten lässt¹⁶². Grundsätzlich laufen beide

¹⁵⁸ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 360; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 109

¹⁵⁹ Vgl. Art. 81 Nr. 1 CC: *convenio regulador de la separación*

¹⁶⁰ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 154

¹⁶¹ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 155

¹⁶² Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 902

Verfahren parallel und bedingen sich nicht. Das Scheidungsverfahren kann, muss jedoch nicht auch einverständlich erfolgen.

Bei einverständlicher Einreichung des Trennungsantrags und nach Ablauf eines Jahres des *cese efectivo* ist die Scheidung auch bei einseitiger Einreichung des Scheidungsantrags unabhängig vom Ausgang der Trennungsklage möglich¹⁶³. Der *convenio regulador de la separación* bei Einreichung des Trennungsantrags (Art. 81 Nr. 1, 90, 103 CC) hat jedoch auch erläuternde Bedeutung für die Scheidungsfolgen aus Art. 86 Nr. 1 CC¹⁶⁴.

Falls der Scheidungsantrag übereinstimmend erfolgt, bedarf es eines neuen *convenio regulador*.

Die Aktivlegitimation, eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 1 CC zu beantragen, steht beiden Ehegatten einzeln bzw. gemeinsam zu.

¹⁶³ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 109

¹⁶⁴ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 154; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 902; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 109

bb. Art. 86 Nr. 2 CC

(1) Allgemeines

Die Voraussetzungen sind:

1. Die *einseitige* Einreichung der Trennungsklage, basierend auf den Trennungsgründen des Art. 82 CC (siehe Art. 81 Nr. 2 CC)
2. Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) von mindestens einem Jahr, frühestens gerechnet seit Einreichung der Trennungsklage
3. Die stattgebende Entscheidung über die Trennungsklage und/oder über die Widerklage muss rechtskräftig sein, oder es erging nach Verstreichen eines Jahres seit Einreichung der Trennungsklage keine Entscheidung in der 1. Instanz (Verfahrensfrist)
4. Die Beantragung der Scheidung durch den Kläger oder den Widerkläger des Trennungsverfahrens.

Wichtigster Unterschied zu Art. 86 Nr. 1 CC ist zunächst, dass keine einverständliche Trennung (Art. 81 Nr. 1 CC), sondern eine einseitige (streitige) Trennung iSv Art. 81 Nr. 2, 82 CC vorausgesetzt wird. Ferner verlangt Art. 86 Nr. 2 CC im Gegensatz zu Art. 86 Nr. 1 CC Rechtskraft und Stattgabe der Entscheidung über die Trennung¹⁶⁵.

Dem Wortlaut des Art. 86 Nr. 2 CC ist zwar zu entnehmen, dass lediglich die der Trennungsklage stattgebende Entscheidung rechtskräftig sein muss. Jedoch hat nach einhelliger Ansicht auch die der Widerklage stattgebende Entscheidung rechtskräftig zu sein. Diese im Gesetzestext fehlende Ausdrücklichkeit bei der Widerklage ist rein redaktionelles Versagen¹⁶⁶.

(Zum *cese efectivo*, siehe oben: B.III.1., S. 31). Des Weiteren ist zu

¹⁶⁵ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 110; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 155; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 902/903; SAP Alicante v. 04. Februar 1999, ArLM, Art. 86, S. 230

¹⁶⁶ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 904; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 362; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 110; SAP Cádiz v. 13. Juli 1999, Art. 86, S. 237

erwähnen, dass zwischen der einjährigen Wartefrist des *cese efectivo* und der einjährigen Verfahrensfrist zu unterscheiden ist, auch wenn deren Ablauf zusammenfällt.

(2) Zu Art. 86 Nr. 2 CC im Besonderen

(a) Aktivlegitimation durch beiderseitige Vereinbarung

Wie in Voraussetzung 4. ersichtlich haben im Grundsatz entweder der Kläger oder der Widerkläger des Trennungsverfahrens das Antragsrecht für die Scheidung.

Jedoch kann dieses Antragsrecht beiden auch zusammen mittels beidseitiger Vereinbarung (*mutuo acuerdo*) zustehen. Dies geht einerseits aus Art. 770 Nr. 5 LEC¹⁶⁷ hervor, wonach die Ehegatten unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des Art. 777 LEC¹⁶⁸ das Prozessverfahren als einverständliches Verfahren mit den entsprechenden Formalitäten weiterführen können.

Des Weiteren ist dieser Gedanke dem Absatz 3, Nr. 3 der früher gültigen *Disposición Adicional Sexta* zum Reformgesetz 30/1981 zu entnehmen, der auch nach der Reform im Zivilprozessrecht noch Bedeutung hat und von zwei Überlegungen getragen wurde¹⁶⁹:

a) Falls das Trennungsverfahren für ein gerichtliches Urteil entscheidungsreif ist, dann dient die beiderseitige Vereinbarung ausschließlich dazu, das Verfahren im Sinne der *Disposición Adicional Sexta* zum Reformgesetz 30/1981 (jetzt: Art. 777 LEC) weiterzuführen;

¹⁶⁷ Früher: *Disposición Adicional Quinta*, Buchst. k; zur Reform im Zivilprozessrecht, siehe unten: 1.Kap.,C.I., S. 92 f

¹⁶⁸ Früher: *Disposición Adicional Sexta*; zur Reform im Zivilprozessrecht, siehe unten: 1.Kap.,C.III.5., S. 113 und IV., S. 114 ff

¹⁶⁹ Abs. 3, Nr.3 der *Disposición Adicional Sexta* zum Reformgesetz 30/1981 verlangte entweder, dass beim Scheidungsantrag die stattgegebene Trennungsklage bzw. der *testimonio acreditativo* über die Einreichung der (später stattgegebenen !) Trennungsklage vorgelegt werden, oder, dass bei Fehlen einer derartigen stattgegebenen Trennungsklage zumindest ein *certificado acreditativo* über die Einreichung der Trennungsklage vorhanden sein muss (vgl. Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 111)

Scheidungsgrund bleibt aber Art. 86 Nr. 2 CC.

b) Falls noch keine Entscheidungsreife vorliegt und keine stattgebende Entscheidung über die Trennung ergangen ist, so ist zu vermuten, dass sich der andere Ehegatte durch die beiderseitige Vereinbarung dem Trennungsbegehren anschließt. In diesem Moment läge dann die Situation des Art. 86 Nr.1 CC vor, also ein einverständlicher Trennungsantrag¹⁷⁰.

Demzufolge kann die Scheidung jedenfalls auch von beiden Ehegatten beantragt werden, wobei im Einzelnen zu prüfen sein wird, ob es sich hierbei um eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC oder um eine gem. Art. 86 Nr. 1 CC handelt.

(b) Einschränkung der Aktivlegitimation

Gemäß dem Wortlaut fallen als Anspruchsberechtigte lediglich der Kläger und der Widerkläger des Trennungsverfahrens unter den Schutz des Art. 86 Nr. 2 CC. Hierbei muss eine rechtskräftige, stattgebende Entscheidung entweder über die Trennungsklage oder über die Trennungswiderklage oder über beide Klagen vorliegen.

Nicht ausdrücklich wird in Art. 86 Nr. 2 CC erwähnt, ob nur derjenige Ehegatte aktivlegitimiert sein soll, dessen Trennungs(wider)klage auch stattgegeben wurde. Es wird jedoch aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber explizit auch den Widerkläger erwähnt, deutlich, dass nur derjenige, der sein Recht auf Trennung gem. Art. 82 CC beansprucht und erstreitet, für die Scheidung geschützt sein soll¹⁷¹. Sollte es daher zu keiner Widerklage gekommen sein, ist für eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC nur der Kläger und eben nicht auch der Beklagte aktivlegitimiert¹⁷².

¹⁷⁰ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 111; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 337; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 281; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 362; vgl. in diese Richtung: SAP Barcelona v. 01. Dezember 1998, ArLM, Art. 86, S. 228/229

¹⁷¹ Vega Sala, in: El nuevo derecho, S. 281/282; ders., Síntesis práctica, S. 79; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 904; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 340; Díez Picazo/Gullón, Sistema IV, S. 117; SAP Cádiz v. 13. Juli 1999, ArLM, Art. 86, S. 237; SAP Tarragona v. 06. April 1999, ArLM, Art. 86, S. 233

¹⁷² Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 156; vgl. SAP Navarra v. 17. Juli 1992, ArLM, Art. 86, S.

Diese Voraussetzung resultiert aus dem Verschuldensprinzip, das sich insbesondere in den gesetzlichen Trennungsgründen des Art. 82 Nr. 1 - 4 CC wieder findet. Der Wille des Gesetzgebers basiert auf dem Gedanken, dass nur der unschuldige Ehegatte auch die Scheidung beantragen können soll¹⁷³. Art. 86 Nr. 2 CC kommt nur dem Kläger bzw. Widerkläger zugute, der im Falle der Art. 82 Nr. 1 – 4 CC auf die Verurteilung des schuldigen Beklagten bzw. Widerbeklagten zielt. Zwar reduziert sich Art. 86 Nr. 2 CC nicht nur auf die Art. 82 Nr. 1 - 4 CC, denn auch die Trennung nach den objektiven Trennungsgründen (Art. 82 Nr. 5, Nr. 6 CC) kann hier zur Scheidung führen. Jedoch wird dem Gedanken des Gesetzgebers dadurch Rechnung getragen, dass der unschuldige Ehegatte sofort den Trennungsantrag stellen kann, während einem schuldhaft handelnden Ehegatten nur der Weg über die Art. 82 Nr. 5 oder Nr. 6 CC nach den entsprechenden Wartefristen bliebe. Somit entsteht für den unschuldigen Ehegatten auch für die Beantragung der Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC ein zeitlicher Vorteil¹⁷⁴.

In diesem Zusammenhang erschiene es daher zumindest vertretbar, dass bei einer Trennungsklage, die auf nicht schuldhafte, objektive Gründe zurückzuführen ist (Art. 82 Nr. 5 und Nr. 6 CC), beide Ehegatten unabhängig von ihrem Tätigwerden im Trennungsverfahren zur Scheidung aktivlegitimiert sein sollen, da weder den Kläger noch den Beklagten ein Schuldvorwurf trifft¹⁷⁵.

(c) Maßgeblichkeit der Verfahrensfrist von einem Jahr

Art. 86 Nr. 2 CC berechtigt erst ab dem Zeitpunkt zur Scheidung, zu dem das stattgebende Trennungsurteil rechtskräftig wurde bzw. nach dem binnen eines Jahres nach Einreichung der Trennungsklage (Verfahrensfrist) keine Entscheidung in der 1. Instanz getroffen wurde.

215

¹⁷³ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 363

¹⁷⁴ In diesem Sinne: Valladeres Rascón, Divorcio, S. 349

¹⁷⁵ Vgl. Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 363; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 349

(aa) Zeitpunkt für den Scheidungsantrag: Ein Jahr nach Einreichung der Trennungsklage

Folge des Art. 86 Nr. 2, letzter Hs. CC ist eine eventuelle Schlechterstellung desjenigen, der (kurz) vor Ablauf der Jahresfrist ein Trennungsurteil erhält, das nicht rechtskräftig ist bzw. das die Trennungsklage abweist, gegenüber demjenigen, der eine ebenso wenig rechtskräftige bzw. ebenso wenig erfolgreiche Trennungsklage einreicht, über die das („langsamere“) Gericht jedoch nicht binnen eines Jahres entschieden hat. Ersterem wird ausdrücklich die Berufung auf den Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 2 CC verwehrt, letzterem eben nicht¹⁷⁶. Dies bedeutet, dass z. B. eine eigentlich nicht zulässige Trennungsklage, über die nur einen Tag nach Ablauf eines Jahres seit Einreichung derselbigen entschieden wurde, ausreichende Grundlage für den Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 2 CC ist.

Es wäre unsinnig und unklug, auf eine Entscheidung des Gerichts in der Annahme zu warten, diese werde positiv ausfallen, wenn der Gesetzgeber gerade die Möglichkeit schafft, bereits vorher - das heißt nach einem Jahr, aber *vor* Zugang des abweisenden Trennungsurteils - einen Scheidungsantrag stellen zu können¹⁷⁷.

Diese mögliche Schlechterstellung findet jedoch ihre Grundlage und Rechtfertigung im Grundsatz der Prozessökonomie. Wille des Gesetzgebers ist es gerade, dass die Gerichte vor Ablauf eines Jahres seit Einreichung der Trennungsklage entscheiden. Sollte dies nicht der Fall sein, so dürfe dies nicht zu Lasten des Antragstellers auf Scheidung gehen. Maßgeblich für die Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC ist der Gedanke, dass dessen *inhaltliche Grundlage* nicht das stattgebende Trennungsurteil ist, sondern vielmehr der *cese efectivo* während eines Jahres nach dem Trennungsverlangen durch einen Kläger oder Widerkläger¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 112; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 363; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 343

¹⁷⁷ Vgl. SAP Barcelona v. 07. Juli 1999, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 133; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 363

¹⁷⁸ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 366 und 363

Etwaige Ungereimtheiten, die dadurch entstehen, dass ein Gericht schneller entscheidet als das andere, sind zugunsten der Prozessökonomie hinzunehmen¹⁷⁹.

Maßgeblicher Fixpunkt für den Scheidungsantrag ist demnach der Zeitpunkt nach Ablauf eines Jahres seit Einreichung der Trennungsklage¹⁸⁰.

(bb) Trennungsurteil nach Ablauf der Verfahrensfrist

Sollte das erstinstanzliche Trennungsurteil *nach* diesem Zeitpunkt ergehen und wurde der Scheidungsantrag iSv Art. 86 Nr. 2, letzter Hs. CC bereits gestellt, so hat es - ob nun als stattgebendes oder abweisendes Urteil - auf das Scheidungsverfahren keinen Einfluss mehr¹⁸¹. Denn die Voraussetzungen des Art. 86 Nr. 2 CC sind gemäß obigen Ausführungen erfüllt.

Anders und strittig ist aber die Rechtslage, falls das erstinstanzliche Trennungsurteil *nach* diesem Zeitpunkt erfolgt und ein Scheidungsantrag noch nicht gestellt wurde.

Manche verstehen hier Art. 86 Nr. 2 CC in der Weise, dass es maßgeblich nur auf den Ablauf eines Jahres nach Einreichung der Trennungsklage ankommt, unabhängig davon wann der Scheidungsantrag gestellt wurde¹⁸². Die andere Ansicht in der Literatur beugt sich hier dem Erfordernis eines stattgebenden Urteils und verlangt daher bei einem zunächst abweisenden Trennungsurteil, das dem Scheidungsantrag vorausging, zumindest das Ergebnis der Berufung abzuwarten¹⁸³.

¹⁷⁹ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 298; Vázquez Iruzubieta, Disolución del matrimonio, S. 368

¹⁸⁰ SAP Barcelona v. 22. Januar 1998, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 126; dass. v. 02. Juni 1993, ArLM, Art. 86, S. 217; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 364

¹⁸¹ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 113; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 364

¹⁸² Valladeres Rascón, Divorcio, S. 341; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 207 und 208; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 364 und 366; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 905; SAT Oviedo v. 01. Juni 1983, RGD 1984, 276

¹⁸³ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 364/365; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 114; Espín Cánovas, La separación y el divorcio, S. 103; Fosar Benlloch, Estudios de Derecho, S. 237; in diesem Sinne wohl auch die Rechtsprechung, die auf das Erfordernis einer stattgebenden

Die klareren Argumente sprechen jedoch für erstere Ansicht. Der Gesetzgeber verlangt in Art. 86 Nr. 2, letzter Hs. CC lediglich den Ablauf von einem Jahr ohne Trennungsurteil, nicht jedoch, dass dieses ohne vorherigen Scheidungsantrag nicht ausgesprochen werden kann¹⁸⁴.

Scheidungsantrag und Scheidungsgrund sind zudem zu unterscheiden. Das Trennungsurteil bzw. der Ablauf der Verfahrensfrist ist maßgebliches Kriterium des Scheidungsgrundes, nicht jedoch des Scheidungsantrags. Ohne gesetzlichen Anhalt ist daher die Tatsache des fehlenden Scheidungsantrags nicht unbedingt dahin zu deuten, dass dieser vor dem Trennungsurteil zu erfolgen hat, zumal dessen konstitutive Bedeutung für die Scheidung nach Ablauf der Verfahrensfrist nicht mehr vorhanden ist¹⁸⁵. Eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Fall, bei dem der Antrag bereits gestellt war, erscheint deshalb nicht gerechtfertigt.

(cc) Trennungsurteil vor Ablauf der Verfahrensfrist

Sollte jedoch das Trennungsurteil *vor* diesem Zeitpunkt ergangen sein, so gilt es zu differenzieren:

Fall a: Bei einem stattgebenden und rechtskräftigen Trennungsurteil sind keine Probleme ersichtlich, denn die Gesetzeslage ist ohne weiteres erfüllt. Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC ist möglich.

Fall b: Bei einem abweisenden und rechtskräftigen Trennungsurteil sind ebenso keine Probleme ersichtlich, denn die Gesetzeslage ist nicht erfüllt. Eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC daher nicht möglich.

Fall c: Problematisch ist jedoch der Fall, in dem ein Trennungsurteil noch nicht rechtskräftig ist, insbesondere wenn dagegen Berufung eingelegt

Trennungsklage beharren ohne näher auf Art. 86 Nr. 2, letzter Hs. CC einzugehen, wie z. B.: SAT Sevilla v. 09. Februar 1988, RGD 1989, S. 5297; SAT Burgos v. 22. Mai 1987, RGD 1988, S. 6289; SAT Barcelona v. 23. April 1986, LL 1986, S. 413; SAT Las Palmas v. 23. Juli 1985, RGD 1986, S. 2190

¹⁸⁴ Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 905

wurde.

Für diese Fallvariante ist grundsätzlich zu beachten, dass der Gesetzgeber zwar ausdrücklich ein stattgebendes und rechtskräftiges Urteil verlangt, was jedoch nicht bedeuten muss, dass nur bei einem abgeschlossenen, positiven Trennungsverfahren ein wirksamer Scheidungsantrag gestellt werden kann. Letzteres geht auch nicht aus dem Gesetz hervor. Sicherlich ist für eine zulässige Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC ein stattgebendes und rechtskräftiges Trennungsurteil notwendig, unabhängig davon ist aber die Zulässigkeit bzw. die Wirksamkeit der Antragstellung der Scheidung zu betrachten. Wirksamer Scheidungsantrag bedeutet nicht zugleich wirksame Scheidung. Diese Unterscheidung von formellen und materiellen Scheidungskriterien führt dazu, dass die *vorerst* entschiedene Zurück-/Abweisung der Trennungsklage oder die aufgrund eingelegter Rechtsmittel fehlende Rechtskraft des Trennungsurteils der Stellung eines Scheidungsantrags nicht hinderlich ist¹⁸⁶. Ob der Scheidungsantrag erfolgreich sein wird, ist eine andere Frage, die sich auch erst zeitlich später (z. B. nach einem rechtskräftigen Berufungsurteil) ergeben kann.

Falls der Gesetzgeber in Art. 86 Nr. 2 CC bereits für die Einreichung der Scheidung, also die bloße Antragstellung, auf alle Fälle ein stattgebendes und rechtskräftiges Trennungsurteil verlangen würde, hätte zudem Art. 86 Nr. 2, letzter Hs. CC wenig Sinn. Letzterer stellt *alternativ* gerade nicht auf Rechtskraft ab. Anderenfalls müsste man ständig auf den Ausgang eines mitunter langwierigen Verfahrens warten und die einjährige Frist seit Einreichung der Trennungsklage wäre insoweit gewagt und wohl sehr kurz bemessen, als dass sie als Frist zur Einleitung des Scheidungsverfahrens verstanden werden könnte.

Richtigerweise ist die Frist ab Einreichung der Trennungsklage als Zeitrahmen zu betrachten, dessen Zeitablauf vereint mit dem *cese efectivo* sich zu einem Scheidungsgrund konstituiert¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Vgl. obige Ausführungen unter (aa), S. 52 f

¹⁸⁶ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 112

Folgende zwei Ausgangssituationen sind im *Fall c* zu beachten:

a) Zunächst abweisendes Trennungsurteil, daraufhin Berufung

Hier ist die Rechtskraft der Berufungsentscheidung abzuwarten. Falls dieses Berufungsurteil der Trennungsklage doch stattgibt, so ist eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC möglich. Falls das Berufungsurteil dem erstinstanzlichen Urteil jedoch beipflichtet, so ist eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC nicht möglich und dem Antragsteller bliebe nur noch die Möglichkeit, eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC oder gem. Art. 86 Nr. 4 CC zu beantragen, sofern die entsprechenden Fristen vorliegen¹⁸⁸.

b) Zunächst stattgebendes Trennungsurteil, daraufhin Berufung

Hier ist ebenso das Berufungsurteil abzuwarten. Falls das stattgebende Urteil bestätigt wird, so ist eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC möglich. Falls es abgewiesen wird, ist eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC nicht möglich. Eine gerichtliche Trennung läge nicht vor und es empfehle sich für den Antragssteller, eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 4 CC zu beantragen, sofern die fünfjährige Frist erfüllt ist. Eine Scheidung in diesem Falle gem. Art. 86 Nr. 3 b) CC erwiese sich insofern unvorteilhafter, als dass dies ein neues (Nachweis-)Verfahren und weitere Kosten verursachen würde¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 113/114

¹⁸⁸ Siehe hierzu unten: 1.Kap.,B.III.2.a.cc., S. 60 bzw. B.III.2.b.cc., S. 76

¹⁸⁹ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 113; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 364

(d) Keine Besserstellung gegenüber Art. 86 Nr. 1 CC

Ein merklicher Vorteil gegenüber Art. 86 Nr. 1 CC könnte darin bestehen, dass eine „schnellere“ Scheidung möglich erscheint, indem Art. 86 Nr. 2 CC auf das Erfordernis der Mindestdauer der Ehe von einem Jahr verzichtet. Es könnte die Trennungsklage nur wenige Tage nach der Eheschließung eingereicht werden, mit der Folge, dass bereits nur wenige Tage nach einem Jahr Ehedauer Scheidungsklage iSv Art. 86 Nr. 2 CC erhoben werden könnte¹⁹⁰.

Anbetrachts obiger Erläuterungen zur Intention des Gesetzgebers¹⁹¹ ist es jedoch nicht nachvollziehbar, wenn der Gesetzgeber die Scheidung mit vorheriger streitiger Trennung gegenüber der Scheidung mit vorheriger einverständlicher Trennung günstiger stellen wollte.

Auch ist es (bei mangelnder Entscheidungsreife des Trennungsverfahrens¹⁹²) möglich, vom Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 2 CC auf den des Art. 86 Nr. 1 CC überzugehen. Dies wird vom Gesetzgeber sogar ausdrücklich gewollt¹⁹³. Es widerspricht sich jedoch, einerseits diese Möglichkeit zu offerieren, wenn sie andererseits im ersten Ehejahr aus Sicht des Art. 86 Nr. 1 CC nicht zum Zuge kommt und zur Abweisung des Scheidungsantrages führen müsste. In dieser Zeit könnte folglich keinem Ehegatten der materielle Übergang von einer streitigen Trennung zu einer einverständlichen Trennung juristisch empfohlen werden.

Aus diesen Gründen ist auch die Trennungsklage iSv Art. 86 Nr. 2 CC im ersten Ehejahr nicht möglich, anderenfalls käme eine rechtswidrige Gesetzesumgehung iSv Art. 6 Nr. 4 CC in Betracht¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 151

¹⁹¹ Siehe hierzu oben: Möglichkeit der Wiederversöhnung, 1.Kap.,B.III.2.a.aa.(2)(a)(cc), S. 42

¹⁹² Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.a.bb.(2)(a), S. 49

¹⁹³ Vgl. Art. 770 Nr. 5 LEC im Anhang, S. 356 ff

¹⁹⁴ In diesem Sinne: Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 905

(3) Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 2 CC

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 2 CC gerade auch dem Verschuldensprinzip Rechnung trägt. Im Sinne des Reformgesetzgebers ist zwar vor allem das Zerrüttungsprinzip durch das Abstellen auf den *cese efectivo* und die Verknüpfung mit zugrunde gelegten objektiven Trennungsgründen wie in Art. 82 Nr. 5, Nr. 6 CC berücksichtigt, jedoch bietet gerade eine vorgehende Trennungsklage basierend auf Art. 82 Nr. 1 – Nr. 4 CC Raum für das subjektive Verschuldensprinzip¹⁹⁵.

In Abgrenzung zu Art. 86 Nr. 1 CC ist darauf zu achten, dass kein gemeinsamer, sondern ein einseitiger (streitiger) Antrag auf Trennung vorliegen muss. Ob inhaltliches Einvernehmen zwischen den Ehegatten besteht, ist für die Anwendbarkeit des einen oder anderen Scheidungsgrundes nur bei mangelnder Entscheidungsreife maßgeblich. Ein etwaiger Übergang vom streitigen zum einverständlichen Trennungsverfahren ist jederzeit möglich.

Ferner verlangt Art. 86 Nr. 2 CC im Gegensatz zu Art. 86 Nr. 1 CC Rechtskraft und Stattgabe der Trennungsklage.

Falls das stattgebende Trennungsurteil rechtskräftig ist, ist eine Scheidung möglich. Falls der Trennungsklage stattgegeben wurde, jedoch ein Berufungsverfahren läuft, ist eine Scheidung noch nicht möglich.

Bei einem zurück-/abgewiesenen rechtskräftigen Trennungsurteil kann es zu keiner Scheidung gem. Art. 86 Nr. 2 CC kommen. Falls die Trennungsklage abgewiesen wurde, jedoch ein Berufungsverfahren läuft, ist die Scheidung noch nicht möglich.

Falls in der ersten Instanz binnen eines Jahres nach Einreichung der Trennungsklage (Verfahrensfrist) kein Urteil ergeht, so ist eine Scheidung jedenfalls möglich.

Falls in letzterem Fall ein abweisendes Trennungsurteil nach der

¹⁹⁵ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 155/156; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 365; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 114

Verfahrensfrist ergeht und ein Scheidungsantrag noch nicht gestellt worden war, kommt es zu unterschiedlichen Rechtsanschauungen. Nach der auch hier vertretenen Auffassung ist dies jedoch einer wirksamen Scheidung nicht hinderlich.

Die Trennungsklage kann nicht bereits im ersten Ehejahr eingereicht werden.

cc. Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC

(1) Allgemeines

Die Voraussetzungen sind:

1. Rechtskraft des Trennungsurteils
2. Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) von mindestens zwei Jahren, frühestens gerechnet seit Rechtskraft der Trennungsklage

Dieser Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC setzt nunmehr ein rechtskräftiges Trennungsurteil voraus.

(Zum *cese efectivo*, siehe oben: B.III.1., S. 31)

(2) Zu Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC im Besonderen

(a) Rechtskraft des Trennungsurteils

Strittig zeigt sich hier die Betrachtung der im Gesetz verlangten Rechtskraft des Trennungsurteils.

Überwiegend wird in Rechtsprechung und Literatur befunden, dass gleich wie die Entscheidung aussehen mag, ob stattgebend oder abweisend, sie jedenfalls dem Trennungsverfahren ein Ende setzen muss^{196 197}.

Die Gegenansicht verlangt hier ein *stattgebendes* rechtskräftiges Trennungsurteil. Begründet wird dies mitunter mit der Entstehungsgeschichte dieses Scheidungsgrundes und der unbilligen Folge

¹⁹⁶ Vega Sala, Síntesis práctica, S. 81; Kneip, FamRZ 1982, S. 446; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 369; Navarro Belmonte, LL 1987/2, 473

¹⁹⁷ Dies kann auch ein kirchliches Trennungsurteil sein, dessen zivile Wirkungen anzunehmen sind (so SAT Valladolid v. 23. Januar 1984, RGD 1985, 3597). Teilweise wird jedoch hierfür die zivile Anerkennung des

ersterer Ansicht, dass bei Zulassung eines die Trennung abweisenden Urteils der prozessführende Ehegatte die Scheidung ohne Nachweis schuldhafter Trennungsgründe erreichen könnte. Dies sei vom Gesetzgeber aber nicht gewollt gewesen¹⁹⁸.

Die Gegenansicht argumentiert jedoch zu sehr aus dem Verschuldensprinzip heraus, das jedoch von dem das Zerrüttungsprinzip verfolgenden Reformgesetzgeber in Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC bei der Scheidung bewusst herausgehalten wurde. Gerade in Abgrenzung zu Art. 86 Nr. 2 CC kann es hier nicht auf den Nachweis von schuldhaften Trennungsgründen ankommen.

(b) Abgrenzung zu Art. 86 Nr. 2 CC

In Abgrenzung zu Art. 86 Nr. 2 CC ist hier zu beachten, dass die Frist erstens zwei Jahre beträgt und zweitens vor allem erst seit der Rechtskraft des Trennungsurteils und nicht schon seit Einreichung der Trennungsklage gerechnet wird. Ferner wird nur die Rechtskraft des Trennungsurteils verlangt und nicht auch die Stattgabe der Trennungsklage.

Die Aktivlegitimation steht jedem der Ehegatten zu, unabhängig ob Kläger oder Widerkläger der Trennungsklage, ob hinsichtlich der Trennung schuldig oder unschuldig¹⁹⁹. Des Weiteren kann dieser Scheidungsgrund auch von beiden gemeinsam durch beiderseitige Vereinbarung beantragt werden²⁰⁰.

Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC unterscheidet sich weiter von Art. 86 Nr. 2 CC dadurch, dass er rein objektiv bestimmt wird. Während Art. 86 Nr. 2 CC

kirchlichen Urteils verlangt. (Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 369)

¹⁹⁸ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 302; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 355; Lacruz/Sancho, Derecho de familia, S. 239

¹⁹⁹ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 156; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 908; SAT Oviedo v. 08. Oktober 1983, RGD 1984, S. 280

²⁰⁰ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 369; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 208; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 355 und 356; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 244; Fosar Benlloch, Estudios de Derecho, S. 238

auch Verschuldenselemente in sich trägt, ist Art. 86 Nr. 3 a), 2.Var. CC von solch subjektiven Elementen frei, da er unabhängig von den Gründen des Trennungsverfahrens und wem dieses zugute kommt zur Scheidung berechtigt²⁰¹.

(3) Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC

Art. 86 Nr. 3 a), 2. Var. CC setzt zunächst ein rechtskräftiges Urteil, ob nun stattgebend oder abweisend, voraus. Die Wartefrist des *cese efectivo* berechnet sich, anders als bei Art. 86 Nr. 2 CC erst ab Rechtskraft des Trennungsurteils. Ferner ist dieser Scheidungsgrund rein objektiv bestimmbar.

²⁰¹ Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 152; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 156/157

b. Gründe, resultierend aus einer vorhergehenden tatsächlichen Trennung:

Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var., Nr. 3 b), Nr. 4 CC

aa. Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var. CC

(1) Allgemeines

Die Voraussetzungen sind:

1. Das Vorliegen einer durch beide Ehegatten frei gebilligten tatsächlichen Trennung (*separación de hecho*)
2. Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) von mindestens zwei Jahren, seit dem Zeitpunkt, zu dem sich die frei gebilligte tatsächliche Trennung ergeben hat.

Der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC ist der seit Inkrafttreten des Reformgesetzes 30/1981 (am 01. September 1981²⁰²) von den Ehegatten am häufigsten beantragte Scheidungsgrund. Basierend auf diesen werden eine Vielzahl von Ehen geschieden²⁰³.

Unschwer ist zu erkennen, dass durch den Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var. CC eine frei gebilligte *separación de hecho* in eine Scheidung umgewandelt werden kann. Dieses Vorliegen einer durch beide Ehegatten gebilligten tatsächlichen Trennung ist die tragende Grundvoraussetzung für die Scheidung²⁰⁴. Dieser Gedanke findet sich bereits im gesetzlichen Trennungsgrund des Art. 82 Nr. 5 CC wieder²⁰⁵, nur dass für die gerichtliche Trennung bereits eine Frist von sechs Monaten ausreicht, während im Falle der Scheidung eine *separación de hecho* von zwei Jahren notwendig ist.

²⁰² Verabschiedet wurde es bereits am 07. Juli 1981

²⁰³ García Varela, Disolución, Art. 86, S. 67/68

²⁰⁴ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 116; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 337; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 354; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 157

²⁰⁵ Vgl. Wortlaut des Art. 82 Nr. 5 CC im Anhang, S. 356 ff

Entsprechend des reformgesetzgeberischen Willens stellt sich Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var. CC als rein objektiver Scheidungsgrund dar, der ungeachtet der ursprünglichen Beweggründe der *separación de hecho* vorliegen kann oder nicht²⁰⁶.

(Zum *cese efectivo*, siehe oben: B.III.1., S. 31)

(2) Zu Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC im Besonderen

(a) Zum Begriff: *separación de hecho*

Art. 87 CC steht mit Art. 86 CC stets in Wechselbeziehung und darf bei dessen Prüfung nicht unberücksichtigt bleiben. Art. 87 CC ist bei Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var. CC insofern von besonderer Bedeutung, als in Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var. CC sowohl der Begriff des *cese efectivo* (tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens) als auch der der *separación de hecho* (tatsächliche Trennung) vorkommen, Art. 87 CC jedoch nur auf den Begriff des *cese efectivo* eingeht.

Nach ganz einhelliger Ansicht bestehen zwischen den Begriffen keine substanziellen Unterschiede. Art. 87 ist daher auch auf den Begriff der *separación de hecho* anzuwenden²⁰⁷.

Durch die Verwendung des Begriffes der *separación de hecho* wird bekräftigt, dass keine gerichtliche Trennung erforderlich ist²⁰⁸.

Auch wurde mit beiden inhaltsgleichen Begriffen eine sprachliche Differenzierung getroffen, um im Gleichklang mit den anderen Scheidungsgründen die bedeutendste Voraussetzung für die Scheidung, den das Zerrüttungsprinzip darstellenden *cese efectivo*, zu exponieren und

²⁰⁶ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 157

²⁰⁷ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 367; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 115/116; SAT Barcelona v. 12. Juli 1986, LL 1986, 915; dass. v. 28. April 1986, LL 1986, 894; SAT Cáceres v. 02 Juli 1983, RGD, S. 1523; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 905

²⁰⁸ Vega Sala, in: El nuevo derecho, S. 287

generell die anderen *zusätzlichen* Anforderungen in den Scheidungsgründen davon abzugrenzen. Dies kann bei der unterschiedslosen zusätzlichen Voraussetzung der frei gebilligten tatsächlichen Trennung in Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC nur durch den sprachlich anderen Begriff der *separación de hecho* bewirkt werden.

(b) Beweisbarkeit des Fristbeginns der zweijährigen Wartefrist

Die zweijährige Frist des *cese efectivo* berechnet sich ab dem Zeitpunkt, in welchem sowohl die *separación de hecho* als auch der dazu übereinstimmende Wille hierzu zusammentreffen²⁰⁹. Die Frist kann folglich bei einer zunächst nicht einvernehmlichen *separación de hecho* erst dann zu laufen beginnen, wenn die Ehegatten im Nachhinein diese billigen.

Zu klärende Schlüsselfrage im Scheidungsverfahren ist daher, ob im jeweils konkreten Fall eine frei gebilligte tatsächliche Trennung vorliegt²¹⁰. Die Beweisbarkeit dieser Schlüsselfrage hat durch die jeweilige Partei zu erfolgen²¹¹. Die freie Billigung der *separación de hecho* muss sich jedenfalls auch nach außen hin manifestiert haben²¹².

(aa) Inquisitorische Beweiserhebung

Teilweise werden in der Rechtsprechung hierfür sämtliche Beweismöglichkeiten herangezogen und ausgeschöpft. Hierbei wird von dem Gedanken ausgegangen, dass der Scheidungsprozess über die geltenden formellen Beweisanforderungen hinaus inquisitorischen Charakter hat, um der inhaltlichen Wahrheit gerecht zu werden²¹³, und dass in diesen Fällen

²⁰⁹ Lacruz/Sancho, *Derecho de Familia*, S. 141; Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 116

²¹⁰ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, *Matrimonio y divorcio*, Art. 86, S. 906; Montés Penadés, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 86, S. 368

²¹¹ Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 116; Espín Cánovas, *Manual de derecho civil IV*, S. 157

²¹² Vgl. SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2004, Nr. 1481; SAP Barcelona v. 25. Mai. 1998, in: Pérez Martín, *Doctrina sistematizada*, S. 127; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, *Matrimonio y divorcio*, Art. 86, S. 906

²¹³ Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 116; ders., in: *Comentario del Código Civil*, Art.

von den sonst in Eheprozessen üblichen Verfahrensgrundsätzen abgewichen werden kann²¹⁴.

(bb) Grundsätzliche Analogie zur Vermutungsregel des Art. 82 Nr. 5 CC

Mehrheitlich wird jedoch für die Beweisbarkeit der freien Billigung durch beide Ehegatten auf eine entsprechende Anwendung des Art. 82 Nr. 5 CC zurückgegriffen²¹⁵. Es versteht sich, dass diese Anwendung des Art. 82 Nr. 5, Satz 2 CC herangezogen werden kann, jedoch nicht muss²¹⁶. Offensichtlich ist aber der praktische und prozessökonomische Vorteil dieser Regelung: Danach wird eine freie Billigung gesetzlich vermutet, wenn ein Ehegatte den anderen hierzu beweiskräftig auffordert, indem er ihn ausdrücklich auf die sich aus einer solchen Billigung ergebenden Folgen hinweist, und wenn dieser binnen sechs Monate nach der Aufforderung nicht seinen entgegenstehenden Willen rechtlich zu erkennen gibt (vgl. Art. 82 Nr. 5, Satz 2 CC).

Primär wird daher die Existenz einer freien Billigung iSv Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC dann angenommen, wenn eine entsprechende Trennungs(folgen)vereinbarung in öffentlicher oder privater Urkunde vorliegt²¹⁷.

Die erforderliche Billigung der *separación de hecho* kann ausdrücklich oder

86, S. 368; SAT Barcelona v. 18. Juli 1984, RGD 1985, S. 581; dass. v. 11. Dezember 1985, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 401; SAT Palma de Mallorca v. 11. Mai 1982, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 378

²¹⁴ Vgl. SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2004, Nr. 1481; SAT Barcelona v. 18. Juli 1984, RGD 1985, S. 581; dass. v. 11. Dezember 1985, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 401; SAT Palma de Mallorca v. 11. Mai 1982, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 378

²¹⁵ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 157; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 117; SAT Oviedo v. 16. August 1987, RGD 1988, 2352; SAT Zaragoza v. 19. September 1986, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 408; SAP Tenerife v. 23. April 1985, RGD 1986, 513; v. 11. Oktober 1983, RGD 1984, 219

²¹⁶ SAP Orense v. 01. Februar 1999, ArLM, Art. 86, S. 229; SAP Tenerife v. 11. Oktober 1983, RGD 1984, 219; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 368

²¹⁷ SAP Barcelona v. 16. September 1998, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 128; SAP Salamanca v. 22. April 1994, LL-Data 16879/1994; SAT Pamplona v. 06. Mai 1987, LL 1987, 443; SAT Cáceres v. 16. Februar 1987, RGD 1988, 6530; SAT Barcelona v. 23. April 1986, LL 1986, 894; SAT Zaragoza v. 07. März 1986, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 403; dass. v. 26. Dezember 1985, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 402

auch stillschweigend erfolgen²¹⁸, so dass dem aufgeforderten Ehegatten die Wahlmöglichkeit bleibt, entweder aktiv durch Reaktion auf die Aufforderung eine Billigung zu versagen oder die gesetzliche Vermutung zu akzeptieren²¹⁹. Die freie Billigung der Ehegatten lässt sich zum Beispiel aus den eigenen Prozesshandlungen und Prozessprotokollen entnehmen²²⁰. Jedoch ist weder die bloße Passivität des anderen Ehegatten und noch weniger das völlige Unterlassen eines Widerstandes ausreichend, um auf eine billigende einvernehmliche *separación de hecho* zu schließen²²¹. Bloßes Schweigen als Reaktion auf die Aufforderung erfüllt somit diese Voraussetzung noch nicht, außer es lägen zusätzliche eindeutige Tatsachen hierfür vor²²². Weiter sprechen gewisse Anhaltspunkte wie die Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens unter einem Dach oder die vorherige Anzeige des Verlassens durch den anderen Ehegatten gegen die Annahme einer freien Billigung²²³.

Der prozessökonomische Vorteil der herrschenden Meinung ist evident und schafft letztlich Rechtssicherheit. Die gegnerische Ansicht hält legitimerweise den Wahrheitsgrundsatz vor Augen, übersieht hierbei jedoch die praktischen Schwierigkeiten einer genauen Beweiserhebung und die Gefahr einer enormen Prozessverzögerung.

²¹⁸ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 368; SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2004, Nr. 1481; SAP Alicante v. 16. November 1987, RGD 1988, 7176; SAT La Coruña v. 16. Juli 1982, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 380

²¹⁹ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 158; SAP Barcelona v. 20. November 1999, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 127

²²⁰ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 117; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 368; SAP Alicante v. 16. November 1987, RGD 1988, 7176; SAT Valladolid v. 04. Mai 1987, LL 1987, 762; SAT Bilbao v. 29. November 1986, LL 1987, 818; dass. v. 16. Mai 1983, RGD 1984, 1233; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 906

²²¹ SAP Sevilla v. 20. Juli 1993, ArLM, Art. 86, S. 217; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 117/118; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 368/369; SAT Oviedo v. 16. Juli 1987, RGD 1988, 2352; SAT Zaragoza v. 06. März 1987, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 412; dass. v. 27. Februar 1987, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 411; SAT Palma de Mallorca v. 07. Februar 1985, RGD 1988, 2352; SAP Tenerife v. 11. Oktober 1983, RGD 1984, 219

²²² SAP Sevilla v. 20. Juli 1993, ArLM, Art. 86, S. 217

²²³ SAP Barcelona v. 20. November 1999, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 127; SAT Palma de Mallorca v. 07. Februar 1985, RGD 1986, 352; SAT Oviedo v. 15. Februar 1983, RGD 1984, 274; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 369

(3) Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC

Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC erweist sich in der Praxis als der häufigste angeführte Scheidungsgrund. Er ist rein objektiver Natur. Der enorme Vorteil besteht darin, dass kein vorheriges gerichtliches Urteil benötigt wird, denn nach Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC führt eine bloße tatsächliche Trennung zur Scheidung²²⁴.

Die Begriffe *cese efectivo de la convivencia conyugal* und *separación de hecho* sind inhaltsgleich. Art. 87 CC findet auf letzteren ebenso Anwendung.

Fristbeginn für die Wartezeit ist der Zeitpunkt, an dem die *separación de hecho* und der gemeinsame Wille hierzu zusammenfallen. Diesen Zeitpunkt hat die antragsstellende Partei zu beweisen. Hierzu kann aus praktischen und prozessökonomischen Gründen die Vermutungsregel des Art. 82 Nr. 5 CC analog angewandt werden.

²²⁴ Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 153

bb. Art. 86 Nr. 3 b) CC

(1) Allgemeines

Die Voraussetzungen sind:

1. Das Vorliegen einer einseitig gewollten tatsächlichen Trennung
2. Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) von mindestens zwei Jahren seit Beginn der tatsächlichen Trennung (*separación de hecho*)
3. Der Nachweis, dass zu Beginn der *separación de hecho* bei dem anderen Ehegatten ein Trennungsgrund iSv Art. 82 CC vorlag
4. Die Beantragung der Scheidung nur durch den den Trennungsgrund nachweisenden Ehegatten

Auch wenn nicht ausdrücklich im Gesetz vermerkt, handelt es sich bei der zugrunde liegenden *separación de hecho* um eine nur einseitig gewollte. Anderenfalls, d. h. bei einer freien Billigung durch beide Ehegatten läge gerade der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var. CC vor, bei dem jeder Ehegatte ohne die Hürde des Nachweises eines Trennungsgrundes beim anderen Ehegatten schon zur Scheidung gelangen würde. Die Anwendung des Art. 86 Nr. 3 b) CC macht folglich nur für eine einseitig gewollte *separación de hecho* Sinn²²⁵.

In Abgrenzung zu Art. 86 Nr. 2 CC kann hier nur eine vorherige tatsächliche Trennung (*separación de hecho*) und keine gerichtliche Trennung (*separación judicial*) vorliegen. Dies bedeutet, dass keine Trennungsklage eingereicht sein darf. Somit ist auch ein Abstellen auf Art. 86 Nr. 3 b) CC und die daraus folgende Fristberechnung nicht möglich, wenn bereits gerichtliche Trennungsklage (*separación judicial*) eingereicht und ein etwaiges Vorliegen von Trennungsgründen im Zeitpunkt der *separación de hecho* erst im Nachhinein bzw. im Laufe des

²²⁵ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 158; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 120; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y

Trennungsverfahrens ersichtlich wurde.

Aktivlegitimiert für die Scheidung ist hiernach nur derjenige Ehegatte, der den geforderten Nachweis erbringt, also derjenige, der glaubt, „unschuldiges Opfer“ einer der Trennungsgründe des Art. 82 CC zu sein²²⁶. Dem ist nicht hinderlich, wenn beide Ehegatten die Scheidung in einer gemeinsamen Vereinbarung beantragen²²⁷.

(Zum *cese efectivo*, siehe oben: B.III.1., S. 31)

(Zu den Begriffen *separación de hecho* und *cese efectivo*, siehe oben: B.III.2.aa.(2)(a), S. 64)

Ohne es gesondert zu erwähnen wird in Rechtsprechung und Literatur als Zeitpunkt für den Fristbeginn der Wartezeit des *cese efectivo* (*dies a quo*) der Beginn der *separación de hecho* angenommen. Diese selbstverständliche Festlegung auf den Beginn der *separación de hecho* verwundert einerseits, da der *dies a quo* in dieser Vorschrift vom Gesetzgeber nicht explizit erwähnt wurde. Entweder wurde dies als überflüssig angesehen oder schlichtweg vergessen²²⁸. Andererseits lässt sich dieser Zeitpunkt ohne weiteres dadurch erklären, dass - wie erläutert - bei inhaltsgleicher Betrachtung der *separación de hecho* und des *cese efectivo* gemäß dem Wortlaut die Wartefrist mit der tatsächlichen Trennung bzw. Beendigung des Ehelebens beginnen muss. Anzunehmen ist daher, dass der Gesetzgeber die Erwähnung des *dies a quo* für überflüssig befand.

divorcio, Art. 86, S. 911

²²⁶ Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 152; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 158

²²⁷ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 120; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 366; Fosar Benlloch, Estudios de Derecho, S. 252

²²⁸ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 342

(2) Zu Art. 86 Nr. 3 b) CC im Besonderen

(a) Problematik der Einbeziehung des Verschuldensprinzips

(aa) Durchbrechung des maßgeblichen Zerrüttungsprinzips

Ersichtlich wird auch der direkte Bezug zu den gesetzlichen Trennungsgründen des Art. 82 CC und damit auch die Abhängigkeit der Scheidung von den subjektiven Verschuldenselementen dieses Artikels (Art. 82 Nr. 1 – Nr. 4 CC)²²⁹. Auch hier verbindet der Reformgesetzgeber das im Scheidungsrecht herrschende Zerrüttungsprinzip mit dem Verschuldensprinzip²³⁰. Art. 86 Nr. 2 CC und Art. 86 Nr. 3 b) CC machen deshalb besonders deutlich, wie das Zerrüttungsprinzip auf indirekte Weise durchbrochen wird: Zwar gibt es keine eigentlichen schuldhaften Scheidungsgründe, jedoch wird der Weg über die schuldhaften Trennungsgründe gegangen²³¹.

(bb) Intime Beweisführung: „Schmutziger Prozess“

Art. 86 Nr. 3 b) CC verlangt von der die Scheidung beantragenden Partei den Nachweis, dass der andere Ehegatte einen Trennungstatbestand des Art. 82 CC verwirklicht.

Folge der Einbeziehung der Verschuldenselemente des Art. 82 CC ist der notwendigerweise zu führende Beweis über intime Tatsachen des anderen Ehegatten, die diesen in die Situation des Schuldigen überführen. Hiermit wird dem Verfahren über „schmutzige Wäsche“ Tür und Tor geöffnet²³², was jedoch gerade nicht im Sinne des das objektive Zerrüttungsprinzip

²²⁹ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 158; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 120

²³⁰ Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 152; siehe hierzu auch oben (zu Art. 86 Nr. 2 CC): I.Kap., B.III.2.a.bb.(2)(b), S. 51 und (3), S. 58

²³¹ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 302/303; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 910

²³² Insbesondere auch, weil der Antragsgegner mit gleichen Beschuldigungen die Aktivlegitimation des Antragsstellers in Frage stellen wird (vgl. Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 152)

verfolgenden Gesetzgebers war²³³. Eine ordentliche Beweisführung wird nämlich die Ehebruchhandlungen des Ehegatten, an den Kindern begangene Gewalttaten und eventuell deren Zeugenaussagen, die einzelnen untragbaren Auswirkungen des Alkoholkonsums, etc., im Detail ausführen müssen, um das Gericht zu überzeugen.

(b) Vorteilhaftigkeit des Art. 86 Nr. 3 b) CC

Unübersehbarer Vorteil dieses Scheidungsgrundes ist, dass ein vorhergehender, aufreibender und leidvoller Trennungsprozess vermieden bzw. unterlassen werden kann und ein Scheidungsverfahren direkt möglich ist.

Zweck der Vorschrift war gerade, demjenigen, der aus Gründen der Diskretion einen Trennungsprozess nicht führen mag, die Möglichkeit der Scheidung über den Umweg der *separación de hecho* zu geben²³⁴. Im Gegensatz zur Scheidung nach einseitiger gerichtlicher Trennung (*separación judicial*) gem. Art. 86 Nr. 2 CC hat der Ehegatte jedoch hier eine Frist von zwei Jahren des *cese efectivo* abzuwarten. Diese längere Frist erscheint jedoch insofern als wesentlich geringeres Übel, als man sich einen kostspieligen und nervenaufreibenden Trennungsprozess, dessen Ausgang im Zweifelsfalle länger abgewartet werden muss²³⁵, erspart²³⁶.

Auch ist zu bedenken, dass in den seltensten Fällen der *cese efectivo* mit der Einreichung der Trennungsklage zusammenfällt. Meistens wird das eheliche Zusammenleben zum Zeitpunkt der Einreichung der Trennungsklage schon für einige Zeit beendet sein. Folge dieser Tatsache ist, dass der zeitliche Vorteil für die Scheidung nach einer *separación judicial* gegenüber der Scheidung nach einer *separación de hecho* in der Praxis geringer zu

²³³ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 910

²³⁴ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 911

²³⁵ Siehe hierzu oben (zu Art. 86 Nr. 2 CC): 1.Kap.,B.III.2.a.bb.(2)(c)(cc),Fall c, S. 55

²³⁶ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 158; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 120; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 367

bewerten ist als aus dem bloßen Gesetzwortlaut ersichtlich.

(c) Zeitpunkt des Vorliegens des Trennungsgrundes

Bei diesem Scheidungsgrund bedarf das Erfordernis des Vorliegens eines Trennungsgrundes zu Beginn der *separación de hecho* näherer Betrachtung. Dabei dreht es sich vor allem um die Frage, ob das Vorliegen des Trennungsgrundes dem *cese efectivo* zeitlich vorzugehen hat²³⁷.

Schon dem Wortlaut der Vorschrift ist diese Antizipation des Trennungsgrundes zu entnehmen. Danach berechnet sich die zweijährige Dauer des *cese efectivo* (Wartefrist) mit Beginn der *separación de hecho*²³⁸, sofern zu letzterem Zeitpunkt ein Trennungsgrund des Art. 82 CC in der Person eines Ehegatten *vorgelegen hat*. Der Gesetzgeber geht folglich bereits von einem verwirklichten Trennungsgrund aus²³⁹. Diese Ansicht wird einhellig von der Rechtsprechung getragen²⁴⁰.

Weiter wird deutlich, dass der *cese efectivo* als Antwort bzw. Reaktion auf das Vorliegen eines Trennungsgrundes zu verstehen ist²⁴¹. Der Gesetzgeber drückt diesen Gedanken dadurch aus, indem er in Art. 86 Nr. 3 b) CC zwischen den inhaltsgleichen Begriffen des *cese efectivo* und der *separación de hecho* differenziert. Es wird gerade nicht formuliert, dass der Trennungsgrund zu Beginn des *cese efectivo* vorliegen müsste, auch wenn dies inhaltlich keinen Unterschied machen würde, sondern es wird eben bewusst auf den Beginn der *separación de hecho* formuliert.

Hierdurch ist freilich nicht ausgeschlossen, dass der *cese efectivo* zeitgleich mit dem Trennungsgrund erfolgen kann (z. B.: Verlassen des Heims iSv

²³⁷ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370/371; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 120

²³⁸ Siehe hierzu oben bei (1), S. 70

²³⁹ Die deutsche Übersetzung des *estaba incurso* mit dem deutschen Imperfekt („... vorlag“) ist nicht falsch, jedoch kommt hierdurch nicht der Zustandscharakter des spanischen *imperfecto* zum Ausdruck, der eben auf einen zurückliegenden Zeitraum und nicht Zeitpunkt (dann *indefinido*) hinweist.

²⁴⁰ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370/371; SAT Zaragoza v. 25. Juni 1986, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 405; dass. v. 16. Januar 1984, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 392; dass. v. 11. Mai 1983, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 386

²⁴¹ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 120/121; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 371

Art. 82 Nr. 1 CC). Jedenfalls muss folglich vor oder zumindest mit der *separación de hecho* ein Trennungsgrund vorhanden gewesen sein^{242 243}.

Schließlich bleibt festzuhalten, dass die Erörterung der Frage, wann der Trennungsgrund vorliegt, ihre Bedeutung unter dem abgrenzenden Aspekt zu führen hat, dass sich ein nachträglich ergebender Trennungsgrund nicht für die Heranziehung des Art. 86 Nr. 3 b) CC eignet²⁴⁴. Nachträglich bedeutet in diesem Zusammenhang nach dem Beginn des *cese efectivo* bzw. aufgrund der Inhaltsgleichheit nach der *separación de hecho*.

Abgesehen vom Wortlaut ist diese Abgrenzung auf eine restriktive Auslegung der Vorschrift zurückzuführen, da diese mit ihrem starken Verschuldenscharakter als Ausnahme zum Grundsatz der objektiven Scheidung zu verstehen ist.

Der *cese efectivo* ist ein den Scheidungsregeln der Art. 86 ff CC zu entnehmender Begriff, der insbesondere den Zweck einer objektiven Scheidung nach dem Zerrüttungsprinzip verfolgt. Anders die Trennungsregeln der Art. 82 ff CC, die den Begriff des *cese efectivo* nur nebenläufig berücksichtigen (Art. 82 Nr. 5 und Nr. 6 CC). Demzufolge ist die Verknüpfung der objektiven Scheidung mit den zumeist subjektiven Trennungsgründen des Art. 82 CC in Art. 86 Nr. 3 b) CC dergestalt zu verstehen, dass bei Fehlen eines Trennungsgrundes zum Zeitpunkt der einseitigen *separación de hecho* eine Scheidung lediglich noch gem. Art. 86 Nr. 3 a), 1.Var. CC, also bei freier Billigung der *separación de hecho*, oder gem. Art. 86 Nr. 4 CC bei einem *cese efectivo* von mindestens fünf Jahren möglich sein soll²⁴⁵.

²⁴² Vega Sala, *Síntesis práctica*, S. 89; Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 120/121

²⁴³ *García Cantero* darf hier nicht falsch verstanden werden. Ihm kommt es in seiner Kritik maßgeblich darauf an, dass der Beginn der *separación de hecho* allein nicht für den Beginn der zweijährigen Wartefrist des *cese efectivo* ausreichen dürfe. Stellt man nur auf diesen objektiven Zeitpunkt ab, so bestehe die Gefahr, dass die Notwendigkeit des Nachweises des Trennungsgrundes übergangen wird (*García Cantero*, in: *Albaladejo, Comentarios al Código Civil*, Art. 86 y 87, S. 342/343). Somit spricht er sich eigentlich - ohne dies gesondert darzustellen - für die hier dargestellte und von der Rechtsprechung getragene Ansicht aus, denn hier wird gerade einerseits der nachzuweisende Trennungsgrund und andererseits dieser vor bzw. spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der *cese efectivo* (= *separación de hecho*) verlangt. Das Anliegen *García Canteros* wird folglich auch zum Zeitpunkt des Beginns der *separación de hecho* erfüllt.

²⁴⁴ Montés Penadés, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 86, S. 371

²⁴⁵ Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 121; ders., in: *Comentario del Código Civil*, Art.

(3) Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 b) CC

Beim Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 3 b) CC müssen zwei Situationen vorliegen: Das bloße Vorliegen einer *einseitigen separación de hecho* (und keiner *separación judicial*), und das Vorliegen eines Trennungsgrundes spätestens zu Beginn der *separación de hecho*. Der Trennungstatbestand iSv Art. 82 CC darf also nicht erst danach erfüllt worden sein.

Die Wartezeit des *cese efectivo* berechnet sich mit dem Beginn der *separación de hecho*, was inhaltlich auch der Beginn des *cese efectivo* ist. Konsequenterweise kann bei mangelndem Trennungsgrund zu diesem Zeitpunkt auch keine Wartefrist anlaufen.

Eine *einseitige separación de hecho* führt nur über Art. 86 Nr. 3 b) CC iVm Art. 82 CC oder bei Abwarten von fünf Jahren über Art. 86 Nr. 4 CC zur Scheidung.

Will man folglich letztere längere Frist nicht abwarten, ist offensichtlich, dass man sich in einen die Trennungsgründe nachweisenden, zumeist „schmutzigen Verschuldensprozess“ begeben muss, denn mit Einbeziehung des Art. 82 CC gewährt Art. 86 Nr. 3 b) CC dem Verschuldensprinzip enormen Einfluss und durchbricht den grundsätzlich maßgeblichen objektiven Zerrüttungsgrundsatz der Scheidung.

Vorteil dieses Scheidungsgrundes ist die Ersparnis eines vorhergehenden, aufgrund der hier zugrunde gelegten Einseitigkeit wohl meist sehr streitigen Trennungsverfahrens.

cc. Art. 86 Nr. 4 CC

(1) Allgemeines

Voraussetzung ist:

- Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) für mindestens fünf Jahre

Dieser Scheidungsgrund hat nur ein wesentliches Erfordernis - den *cese efectivo*. Damit „entschlackt“ Art. 86 Nr. 4 CC die bisherigen Scheidungsgründe um ihre zusätzlichen Voraussetzungen und stellt somit in Reinform auf das Zerrüttungsprinzip ab. Er ist somit rein objektiver Natur.

Im Unterschied zu den anderen Scheidungsgründen beträgt hier die notwendige Dauer des *cese efectivo* fünf Jahre. Der Bruch der Ehe, ohne Aussicht auf Wiederversöhnung, wird schlichtweg nach Ablauf von fünf Jahren als gegeben betrachtet. Art. 86 Nr. 4 CC stellt *nur* auf diesen Zeitablauf des *cese efectivo* ab^{246, 247}.

Die vergleichsweise lange Dauer des beendeten Zusammenlebens und unversuchter Wiederversöhnung bewirkt eine Objektivierung der ehelichen Krise, die möglichen Berücksichtigungen von schuldhaftem Verhalten keinerlei Raum lässt und sie überflüssig macht²⁴⁸.

Deutlich wird jedenfalls die Intention des Gesetzgebers im Scheidungsrecht:

²⁴⁶ SAP Segovia v. 31. März 1999, ArLM, Art. 86, S. 231; Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 158; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 121; Begründet wird dies teilweise unterschiedlich: Richtigerweise stellen *Díez-Picazo/Gullón* auf den Bruch der Ehe ab (*Díez Picazo/Gullón*, Sistema IV, S. 118), während *García Cantero* hier eine Form des modernen, in Gesetzesform gefassten *repudium* (das *repudium* nach dem *Lex Romulus* behandelte die Verstoßung der Frau durch den Ehemann) erkennt (vgl. *García Cantero*, in: *Albaladejo*, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 342) und *Montés Penadés* damit argumentiert, dass es keinen Sinn mache eine Ehe formal aufrecht zu erhalten, wenn der materielle Bestand einer Ehe definitiv nicht mehr besteht (*Montés Penadés*, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 86, S. 371).

²⁴⁷ Zu ergänzen ist hierbei, dass trotz der Unabhängigkeit von der Tatsache einer übereinstimmenden oder nur einseitigen Trennung dieser Scheidungsgrund mehr auf die Fälle konzipiert ist, in denen sich Widerstand gegen das beendete Zusammenleben zeigt, denn anderenfalls (bei Übereinstimmung!) wäre Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC als „schnellere Scheidungsmöglichkeit“ vorzuziehen (vgl. *García Varela*, Disolución, Art. 86, S. 68).

²⁴⁸ *Alonso Perez*, in: *Lacruz Berdejo*, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 912; *Montés Penadés*, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 86, S. 371; *Díez Picazo/Gullón*, Sistema IV, S. 155; *López Alarcón*, El nuevo sistema, S. 214; *Fosar Benlloch*, Estudios de Derecho, S. 254; *García Cantero*, in: *Albaladejo*, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 343

Je länger der *cese efectivo*, desto leichter die Scheidung, folglich desto weniger zusätzliche Voraussetzungen²⁴⁹.

Folge dieses hier absolut verfolgten Zerrüttungsprinzips ist die Aktivlegitimation beider Ehegatten. Jeder der Ehegatten, ob hinsichtlich der Trennung schuldig oder nicht, kann die Scheidung beantragen²⁵⁰.

(2) Zu Art. 86 Nr. 4 CC im Besonderen

(a) Alleiniges Erwähnen des cese efectivo und Beginn desselbigen

Anders als noch in Art. 86. Nr. 3 a), 1. Var. CC und Art. 86 Nr. 3 b) CC erwähnt der Wortlaut des Art. 86 Nr. 4 CC nicht mehr den Begriff der *separación de hecho*, auch wenn diese diesem Scheidungsgrund ebenso zugrunde liegt. Die bloße Erwähnung des Begriffs des *cese efectivo* ist aus der oben geschilderten Intention des Gesetzgebers zu erklären²⁵¹ und daher in Art. 86 Nr. 4 CC nur folgerichtig: In Anbetracht des Verständnisses, dass beide Begriffe inhaltsgleich sind, erübrigt sich bei Art. 86 Nr. 4 CC eine begriffliche Unterscheidung, denn es wird lediglich auf *ein* Kriterium abgestellt, das der Tatsächlichkeit der Trennung bzw. Beendigung des ehelichen Zusammenlebens. Eine im Zusammenhang mit weiteren Kriterien begriffliche Unterscheidung erschien dem Gesetzgeber daher nicht notwendig.

In Art. 86 Nr. 4 CC bestätigt sich auch die schon in Art. 86 Nr. 3 b) CC²⁵² untersuchte Annahme, dass ohne besondere Erwähnung des *dies a quo* für den Beginn der Wartefrist der Gesetzgeber vom Zeitpunkt des Beginns des *cese efectivo* bzw. aufgrund der Inhaltsgleichheit vom Zeitpunkt des Beginns der *separación de hecho* ausgeht. Einziger Unterschied zu Art. 86 Nr. 3 b) CC ist hier, dass zu diesem Zeitpunkt kein Trennungsgrund iSv Art.

²⁴⁹ Vega Sala, *Síntesis práctica*, S. 86; ders., in: *El nuevo derecho*, S. 290

²⁵⁰ Espín Cánovas, *Manual de derecho civil IV*, S. 158; Alonso Perez, in: *Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio*, Art. 86, S. 912

²⁵¹ Siehe hierzu oben: I.Kap.,B.III.2.b.aa.(2)(a), S. 64 f; Fn. 241

82 CC vorliegen muss.

(b) Problem der Beweisbarkeit

Ähnlich wie bereits bei Art. 86 Nr. 3 b) CC, ergibt sich auch hier die Frage der Beweisbarkeit des *cese efectivo*²⁵³.

Zunächst ist festzuhalten, dass für die Anwendbarkeit des Art. 86 Nr. 4 CC der *cese efectivo* ununterbrochen bestanden haben muss - freilich unter Vorbehalt der Regelung des Art. 87 Abs. 1 CC - und dass die materielle Trennung die geistige Trennung voraussetzt, wie sich aus Art. 87 Abs. 2 CC entnehmen lässt²⁵⁴.

Teilweise wird in der Rechtsprechung darauf bestanden, dass von den Parteien ein vollumfänglicher Beweis über das Erfordernis des *cese efectivo* und/oder der Einhaltung der Wartefrist geführt wird. Begründet wird dies vor allem mit Art. 87 CC, der gerade deutlich macht, dass das Zusammenleben unter einem Dach nicht unvereinbar ist mit dem Zerwürfnis/Bruch der Ehe. Folglich bestehe Beweislast, um diesbezüglich volle Aufklärung zu schaffen²⁵⁵.

Es versteht sich, dass diese volle Beweislast extrem schwierig zu erfüllen sein wird und dementsprechend stark von der jeweiligen richterlichen Beurteilung abhängig ist, denn gerade in den unter Art. 86 Nr. 4 CC häufig anzutreffenden streitigen Fällen²⁵⁶ ist nicht mit der Mitwirkung des anderen Ehegatten zu rechnen. Das Gericht ist in diesen Tatsachenfragen eheinterner Art besonders auf deren Aussagen angewiesen²⁵⁷.

²⁵² Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.b.bb.(1), S. 70

²⁵³ Siehe hierzu oben (zu Art. 86 Nr. 3 b) CC): 1.Kap.,B.III.2.b.bb.(2)(a)(bb), S. 71 f. Ähnlichkeit zu Art. 86 Nr. 3 b) CC ergibt sich vor allem daraus, dass Art. 86 Nr. 4 CC hauptsächlich bei *streitiger* tatsächlicher Trennung Anwendung findet.

²⁵⁴ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.1.a., S. 31 f

²⁵⁵ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 122; SAP La Rioja v. 18. Oktober 2002, ArC 2002, Nr. 1846; SAT Cáceres v. 09. August 1986, RGD 1987, 6121; SAT Zaragoza v. 13. Juni 1983, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 424; SAT Palma de Mallorca v. 08. November 1982, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 421

²⁵⁶ Da sonst Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC Anwendung finden würde, siehe hierzu oben: Fn. 247

²⁵⁷ Siehe hierzu auch oben: 1.Kap.,B.III.1.b.aa., S. 34

Mehrheitlich wird jedoch von der Rechtsprechung vertreten, dass eine derartige Nachweispflicht nicht notwendig ist. Vielmehr reichen für die Beweisbarkeit des *cese efectivo* und deren Beginn diverse Tatsachen mit Indizwirkung aus, wie z. B. Parteierklärungen über verschiedene Wohnungen, öffentliche oder private Urkunden, Zeugenvernehmungen und ähnliches²⁵⁸. Der vollumfängliche Beweis des *cese efectivo* ist im Bestreitensfalle schon aufgrund obiger Erläuterungen nahezu unmöglich²⁵⁹, so dass vielmehr aufgrund von Aussagen und Indizien von einer ernsthaften Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit des *cese efectivo* auszugehen ist, die jedoch durch bestreitende Aussagen und widersprechende Indizien entkräftet werden kann.

(3) Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 4 CC

Art. 86 Nr. 4 CC basiert einzig auf der objektiven Zerrüttungsvermutung und stellt daher auf den Ablauf des *cese efectivo* ab.

Anders als bei den beiden anderen Scheidungsgründen, denen eine vorherige tatsächliche Trennung vorhergeht, erweist sich hier folgerichtig die Anführung des Begriffs *separación de hecho* als überflüssig.

Insgesamt ist hier jedoch zu bemerken, dass die begriffliche Unterscheidung zwischen den inhaltsgleichen Begriffen *separación de hecho* und *cese efectivo* in Art. 86 Nr. 3 a), 1. Var. CC und Art. 86 Nr. 3 b) CC und die bloße Erwähnung des *cese efectivo* in Art. 86 Nr. 4 CC eher für Verwirrung statt für dogmatische Sicherheit und Klarheit sorgen. Letzteres wäre auch ohne eine Erwähnung des Begriffs *separación de hecho* in Art. 86 CC und mit Ersetzung desselbigen durch den Begriff des *cese efectivo* gegeben.

²⁵⁸ SAP Segovia v. 31. März 1999, ArLM, Art. 86, S. 231; SAP Barcelona v. 25. Mai 1998, in: Pérez Martín, Doctrina sistematizada, S. 127; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 913; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 122; SAT Madrid v. 28. Januar 1988, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 434; SAT Cáceres v. 25. November 1986, RGD 1987, 6129; SAT Barcelona v. 24. Mai 1985, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 432; dass. v. 11. Mai 1985, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 431; SAT Oviedo v. 29. März 1984, RGD 1985, 716; SAT Cáceres v. 15. März 1983, RGD 1984, 1522; SAP Tenerife v. 24. Februar 1983, RGD 1984, 168

²⁵⁹ Vgl. SAT Barcelona v. 30. Januar 1987, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 433, S. 191

Überwiegend und richtigerweise erblickt man praktische Schwierigkeiten bei der Beweislast der Parteien über den *cese efectivo*. Daher reichen für die Beweisbarkeit des *cese efectivo* grundsätzlich schon Tatsachen mit Indizwirkung aus.²⁶⁰

²⁶⁰ Der spanische Gesetzgeber übernimmt in Art. 86 Nr. 4 CC den Gedanken des deutschen Scheidungsrechts, auf dem dieses einzig und allein fußt. § 1565 BGB stellt ohne zusätzliche Anforderungen auf das Zerrüttungsprinzip ab. Im Gegensatz zum deutschen Recht (unwiderlegbare Zerrüttungsvermutung bereits nach drei Jahren, Art. 1566 Abs. 2 BGB) erschwert der spanische Gesetzgeber die allein objektiv begründete Scheidung durch das Erfordernis eines fünfjährigen Zeitablaufs.

c. Feststellung der Verschollenheit eines Ehegatten: Art. 86 Nr.3 a), 3. Var.

CC

aa. Allgemeines

Die Voraussetzungen sind:

1. Rechtmäßige Feststellung der Verschollenheit eines Ehegatten auf Antrag des anderen Ehegatten
2. Die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) von mindestens zwei Jahren, frühestens gerechnet seit der rechtmäßigen Feststellung

Zu beachten sind für das Feststellungsverfahren die Art. 2038 - 2041 LEC iVm Art. 181 ff CC, wonach der beantragende Ehegatte je nach Umständen ein Jahr (Art. 183 Abs. 1 Nr. 1 CC²⁶¹) bzw. drei Jahre (Art. 183 Absatz 1 Nr. 2 CC²⁶²) für die Antragstellung zu warten hat. Rechnet man den *cese efectivo* noch hinzu, benötigt man hiernach für eine rechtskräftige Scheidung mindestens drei bzw. fünf Jahre.

Auch dieser Scheidungsgrund ist rein objektiver Natur, denn er ist lediglich von einer rechtmäßigen Feststellungserklärung und dem Ablauf des *cese efectivo* abhängig²⁶³.

(Zum *cese efectivo*, siehe oben: B.III.1., S. 31)

²⁶¹ Vgl. Wortlaut des Art. 183 Abs. 1 Nr. 1 CC im Anhang, S. 356 ff

²⁶² Vgl. Wortlaut des Art. 183 Abs. 1 Nr. 2 CC im Anhang, S. 356 ff

²⁶³ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 909; Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 154

bb. Zu Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC im Besonderen

(1) Berechnung der Wartefrist

Zu fragen ist, ob es ausreicht, dass der *cese efectivo* vor Einreichung des Scheidungsantrags mindestens zwei Jahre bestanden haben muss, oder ob davon auszugehen ist, dass erst mit Antrag auf Feststellung der Verschollenheit das eheliche Zusammenleben endet und sich die Frist von diesem Zeitpunkt aus berechnet²⁶⁴.

Diesbezüglich lässt der *Código Civil* wenig Auslegungsmöglichkeiten, auch wenn es an solchen nicht mangelt²⁶⁵.

Folgt man dem genauen Wortlaut des Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC, so ist die Dauer des *cese efectivo* von zwei Jahren ab der rechtmäßigen Feststellungserklärung (*dies a quo*) zu berechnen. Der *tatsächliche* Zeitpunkt der Verschollenheit und aber auch der Zeitpunkt der Beantragung des Feststellungsantrages sind folglich für den Fristbeginn weder ausreichend noch nützlich. Die *tatsächliche* Feststellung der Verschollenheit ist juristisch belanglos²⁶⁶. Entscheidend ist einzig und allein die gerichtliche rechtmäßige Erklärung. Die Frist beginnt somit nicht mit der Abwesenheit, sondern mit der richterlichen Erklärung zu laufen²⁶⁷.

(2) Aktivlegitimation

(a) Normalfall: Verschollenheit eines Ehegatten

Es versteht sich, dass der nicht verschollene Ehegatte als Antragsteller der

²⁶⁴ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 119; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 369

²⁶⁵ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 291; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 361

²⁶⁶ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370

²⁶⁷ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 159; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 119; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 291; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 909; Díez Picazo/Gullón, Sistema IV, S. 118; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 342

Feststellungserklärung die Scheidung beantragen kann. Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC war vom Gesetzgeber gerade für die nicht verschollenen Ehegatten gedacht, um ihnen ein Mittel zu geben, die Ehe aufzulösen²⁶⁸.

Im Normalfall erübrigt sich für den verschollenen Ehegatten jeglicher Gedanke einer Aktivlegitimation.

(b) Problemfall: Wiedererscheinen des verschollenen Ehegatten

Fraglich ist, was geschieht, wenn der als verschollen festgestellte Ehegatte wieder in Erscheinung tritt.

Sollte er vor Ablauf der Zweijahresfrist erscheinen und sich in das eheliche Zusammenleben wieder einfinden, so ist eine Scheidung gem. Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC unabhängig von der Frage der Aktivlegitimation nicht möglich, denn die Voraussetzungen sind schon nicht erfüllt²⁶⁹.

Sollte er jedoch nach Ablauf der Zweijahresfrist erscheinen, so behält Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC seine volle Wirksamkeit.

Dies bedeutet, dass dem bisher nicht verschollenen Ehegatten nach wie vor die Möglichkeit bleibt, Scheidung hiernach zu beantragen, um eventuell eine neue Ehe eingehen zu können²⁷⁰.

Fraglich könnte dies jedoch für den Ehegatten sein, der nach seiner Verschollenheit wieder in Erscheinung tritt. Auch in diesem Fall ist der Gesetzgeber deutlich: Am Ende des Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC besagt der Wortlaut, dass die Scheidung von *jedem*²⁷¹ der Ehegatten beantragt werden kann. Somit ist auch der wiedererschienene Verschollene aktivlegitimiert²⁷².

²⁶⁸ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 909

²⁶⁹ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 342

²⁷⁰ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 159; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 342; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 119; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 909

²⁷¹ ... a petición de cualquiera de ellos...

²⁷² Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 909; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 213; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 362 und 363; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 342; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 370

cc. Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC

Art. 86 Nr. 3 a), 3. Var. CC ist ein objektiv bestimmbarer Scheidungsgrund. Maßgeblich ist die rechtmäßige Feststellungserklärung der Verschollenheit und nicht die tatsächliche Verschollenheit. Die Wartefrist von zwei Jahren beginnt mit dem Tag der Feststellungserklärung.

Aktivlegitimiert sind beide Ehegatten, sofern mit dem wiedererschienenen Ehegatten der *cese efectivo* nicht aufgehoben wurde.

*d. Rechtskräftige Verurteilung wegen Anschlags auf das Leben: Art. 86 Nr.
5 CC*

aa. Allgemeines

Die Voraussetzungen sind:

1. Vorliegen eines Anschlages auf das Leben des Ehegatten oder seiner Vor- und Nachfahren
2. Ein aufgrund des Anschlages ergangenes rechtskräftiges Strafurteil
3. Das Vorliegen der tatsächlichen Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) spätestens mit Einreichen der Scheidungsklage
4. Beantragung der Scheidung durch den unschuldigen Ehegatten oder durch beide Ehegatten mittels beidseitiger Vereinbarung

Art. 86 Nr. 5 CC unterscheidet sich deutlich von den anderen Scheidungsgründen. Er ist der Prototyp des reinen Verschuldensprinzips²⁷³.

Der Wortlaut der Vorschrift äußert sich nicht darüber, welcher Ehegatte aktivlegitimiert ist, wobei es selbstverständlich erscheint, dass nur der unschuldige Ehegatte auf das Mittel der Scheidung zurückgreifen dürfen soll²⁷⁴. In diese Richtung lässt sich gut mit dem Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 3 b) CC argumentieren, der im Zusammenhang mit der Verletzung ehelicher Pflichten (Art. 82 Nr. 1 CC) auch nur vom unschuldigen Ehegatten angeführt werden kann. Erst recht muss dies dann für Art. 86 Nr. 5 CC gelten, da das diesem zugrunde gelegte Verhalten zu den schwersten ehelichen Verfehlungen zu zählen ist.

Wie auch bei Art. 86 Nr. 3 b) CC kann die Scheidung gem. Art. 86 Nr. 5 CC von beiden Ehegatten mittels *mutuo acuerdo* beantragt werden²⁷⁵.

²⁷³ Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 154; García Varela, Disolución, Art. 86, S. 68

²⁷⁴ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 915; Lacruz/Sancho, Derecho de Familia, S. 154

²⁷⁵ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 915; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 370

Wichtig ist, dass es zu einer rechtskräftigen Verurteilung gekommen sein muss. Nur dies berechtigt direkt zur Scheidung. Nicht ausreichend ist die bloße Beschuldigung oder der bloße Verdacht²⁷⁶. Bis zur Rechtskraft des Urteils bliebe dem Ehegatten lediglich die Möglichkeit einer gerichtlichen Trennung wegen schwerer Verletzung der ehelichen Pflichten, Art. 82 Nr. 1 CC²⁷⁷.

bb. Zu Art. 86 Nr. 5 CC im Besonderen

(1) Notwendige nichterwähnte Voraussetzung: cese efectivo

Gemessen am Wortlaut steht Art. 86 Nr. 5 CC in keinerlei konstitutiver Abhängigkeit zu einem vorherigen *cese efectivo*²⁷⁸. Die Scheidung erfolgt hiernach nur aufgrund des fehler- und schuldhaften Verhaltens des Ehegatten und hat folglich absoluten Sanktionscharakter. Das Fehlen einer objektiven Komponente ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber bei einer derartig schweren Verfehlung eines Ehegatten die Ehe als zerrüttet ansieht²⁷⁹.

Das Abstellen allein auf das schuldhafte Verhalten eines Ehegatten und ein daraus resultierendes Strafurteil wird jedoch zu Recht kritisiert. Dies stehe in dieser Absolutheit dem Scheidungssystem des Reformgesetzgebers von 1981 entgegen. Demzufolge wird als Voraussetzung ebenso das Vorliegen eines *cese efectivo* gefordert²⁸⁰.

Abgesehen davon, dass sich in den meisten Fällen des Art. 86 Nr. 5 CC ein tatsächlicher Bruch der Ehe ergeben wird, ist dieser Ansicht jedenfalls zu folgen. Der *ratio* des Reformgesetzes 30/1981 ist zu entnehmen, dass das

²⁷⁶ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 914

²⁷⁷ Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 159

²⁷⁸ Caballero Gea, La ley del divorcio, S. 377

²⁷⁹ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 307; Alonso Pérez, Divorcio, S. 45

²⁸⁰ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 372; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 123; in diesem Sinne auch: Puig Brutau, Compendio de derecho civil IV, S. 49

reine Verschuldensprinzip nicht zur Geltung kommen soll. Nur in diesem Kontext kann auch der Art. 87 CC (*cese efectivo*) verstanden werden, der sich auf den gesamten Art. 86 CC bezieht²⁸¹.

Dass der *cese efectivo* in Art. 86 Nr. 5 CC nicht explizit erwähnt wurde, erklärt sich nur aus der selbstverständlichen Zugrundelegung dieser Tatsache, denn der Reformgesetzgeber ging davon aus, dass bei einem derartig schweren Fehlverhalten die eheliche Gemeinschaft endet²⁸².

Die sich aus dem Gesetz ergebende Schutzrichtung des Art. 86 Nr. 5 CC betrifft nicht jene Ehegatten, die sich aufgrund eines Anschlags auf diesen Scheidungsgrund berufen wollen, jedoch nicht bereit sind, das bisherige eheliche Zusammenleben beenden zu wollen. Ein derartiger Scheidungsantrag wäre als Gesetzesumgehung iSv Art. 6 Nr. 3 CC zu qualifizieren.

Folglich muss spätestens zum Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsantrages ein *cese efectivo* vorliegen.

(2) Straftat gegen das Leben des Ehegatten oder seiner Vor- und Nachfahren

Art. 86 Nr. 5 CC umfasst strafrechtlich einen weiten Anwendungsbereich, denn der beschuldigte Ehegatte kann sowohl als Täter, Gehilfe oder Anstifter verurteilt werden. Der Anschlag auf das Leben kann zudem durch Tun oder Unterlassen, als versuchte oder fehlgeschlagene Straftat, und für den Fall, dass das Opfer nicht der Ehegatte ist, in vollendeter Form vorgelegen haben²⁸³.

Bei dem zugrunde liegenden Anschlag muss es sich um eine Straftat handeln, der der Schutz des Lebens²⁸⁴ und nicht nur der Schutz der

²⁸¹ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.1.b., S. 32 ff

²⁸² Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 307

²⁸³ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 123; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 344; Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 914; García Varela, Disolución, Art. 86, S. 68

²⁸⁴ Art. 138 - 143 CP

körperlichen Integrität gegenübersteht. Körperverletzungsdelikte²⁸⁵ sind daher ausgeschlossen²⁸⁶. Die überwiegende Literaturansicht verlangt eine vorsätzlich begangene Straftat²⁸⁷, während vereinzelt auch die fahrlässige Begehungsweise ausreichen sollte²⁸⁸.

Jedoch ist mit der überwiegenden Ansicht der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 5 CC für eine fahrlässig begangene Straftat auszuschließen, denn der Wortlaut der Vorschrift (*atentar*) trägt in sich schon *Intentions*charakter und lässt daher nicht auf Fahrlässigkeit schließen. Außerdem ist die dem Art. 86 Nr. 5 CC aufgrund des schweren Fehlverhaltens inhärente Zerrüttungsvermutung²⁸⁹ nur bei vorsätzlichem Verhalten denkbar und insofern auch die Konsequenz einer Scheidung verhältnismäßig.

Neben den Personen iSv Art. 30 CC zählt auch der *nasciturus* zu den Nachfahren iSv Art. 86 Nr. 5 CC²⁹⁰. Das werdende menschliche Leben verdient vom ersten Moment der Empfängnis an besonderen Schutz und Respekt²⁹¹ und demzufolge ist in Spanien die Abtreibung (*aborto*) gem. Art. 144 - 146 CP strafbar. Der die Abtreibung veranlassende Ehegatte begeht daher eine Straftat iSv Art. 86 Nr. 5 CC.

Ferner ist es unerheblich, ob es sich bei den Nachfahren um gemeinsame Nachfahren oder nur um solche des geschädigten Ehegatten handelt, ob sie sich unter gemeinsamer Obhut befinden oder im gemeinsamen Haushalt leben²⁹². Der Wortlaut des Art. 86 Nr. 5 CC gibt auch den Grad der Verwandtschaft nicht an, umfasst werden somit beispielsweise der Urgroßvater wie auch der Urenkel²⁹³.

²⁸⁵ Art. 147, 148 CP

²⁸⁶ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 123

²⁸⁷ García Varela, Disolución, S. 68; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 370 und 371; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 372; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 86, S. 372; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 293 und 294

²⁸⁸ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 914

²⁸⁹ Siehe hierzu oben bei (1), S. 87

²⁹⁰ Alonso Pérez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 86, S. 914

²⁹¹ STC 53/1985 v. 11. April 1985, LL-Data 9898-JF/0000

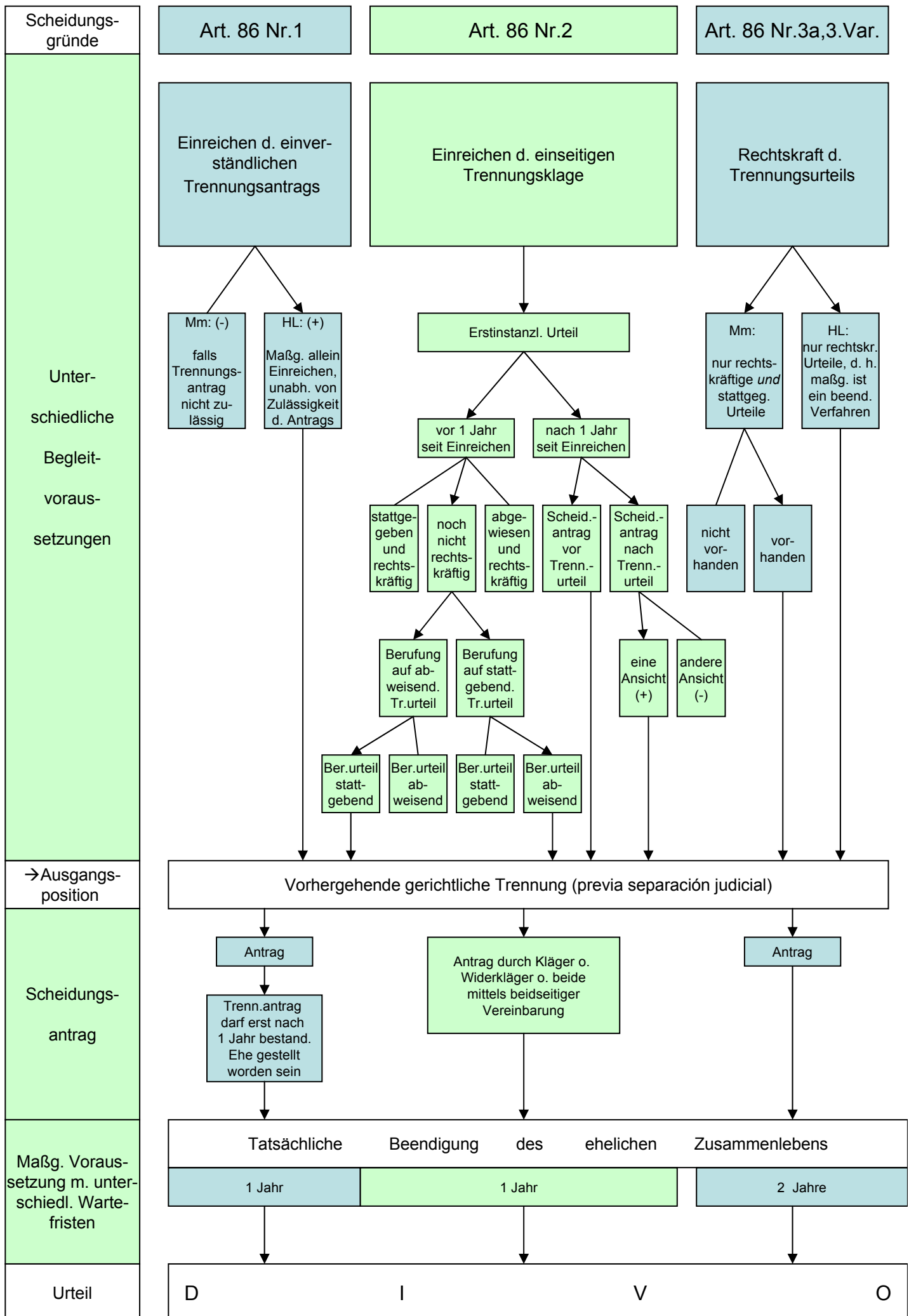
²⁹² Espín Cánovas, Manual de derecho civil IV, S. 159

²⁹³ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 86 y 87, S. 343

cc. Zusammenfassung zu Art. 86 Nr. 5 CC

Der Scheidungsgrund des Art. 86 Nr. 5 CC hebt sich vor allem deshalb von den anderen Scheidungsgründen ab, weil er allein auf das schuldhafte Verhalten des Ehegatten abstellt. Eine Zerrüttung der Ehe wird aus dem Verschuldensprinzip heraus begründet. Entgegen des expliziten Wortlautes ist jedoch nach der hier vertretenen Ansicht das Vorliegen des *cese efectivo* als Voraussetzung zu ergänzen.

Notwendig ist eine vorsätzliche Straftat gegen das Leben, aufgrund derer der schuldige Ehegatte rechtskräftig verurteilt wird. Hierbei sind auch Straftaten gegen den *nasciturus* zu berücksichtigen.



Art. 86 Nr.3a,1.Var.

Art. 86 Nr.3b

Art. 86 Nr.4

Art. 86 Nr.3a,3.Var.

Art. 86 Nr.5

Freie Billigung der
tatsächlichen
Trennung

Einseitig gewollte
tatsächliche
Trennung

Rechtmäßige
Feststellung der
Verschollenheit

Anschlag
auf
Leben

eine An-
sicht:
Konkreter
Nachweis

überwieg.
Ansicht:
Bew.regel
analog
Art. 82 Nr.5

Trenn.grund
gem. Art. 82
spätestens
bei Beginn d.
tatsächlichen
Trennung

(P) Wiedererscheinen

rechtskräftiges
Strafurteil

nicht
vorhand.

vorhand.

nicht
vorhand.

vorhand.

vor 2-Jahres-
Frist

nach 2-Jahres-
Frist

Kein
Zus.
leben

Zus.
leben

Vorhergehende tatsächliche Trennung (previa separación de hecho)

Festgest. Verschollenheit
(ausencia legal)

Strafurteil
(condena)

Antrag

Antrag nur durch
Trenn.grund
nachweisenden
Ehegatten

Antrag

Antrag durch nicht für
verschollen fest-
gestellten Ehegatten

Antrag d. Opfers
bzw. d. mit dem
Opfer verwandten
Ehegatten

(cese efectivo de la convivencia conyugal)

2 Jahre

2 Jahre

5 Jahre

2 Jahre

R

C

I

O

C. Grundzüge des Scheidungsverfahrens

I. Änderung der Zivilprozessordnung (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) durch das Gesetz vom 07. Januar 2000²⁹⁴

Seit der Änderung der Zivilprozessordnung mit Gesetz vom 07. Januar 2000 wird das Trennungs- und Scheidungsverfahren einheitlich in der Zivilprozessordnung geregelt. Die einschlägigen Vorschriften befinden sich im Vierten Buch - über Besondere Verfahren (*De los procesos especiales*) - und Ersten Titel - über Verfahren über die Geschäftsfähigkeit, Vaterschaft, Ehe und Minderjährige (*De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*). Art. 748 - 755 LEC behandeln im Ersten Kapitel die allgemeinen Vorschriften (*De las disposiciones generales*), Art. 769 - 778 LEC im Vierten Kapitel die im Eherecht und diesbezüglich im Minderjährigenrecht besonderen Vorschriften (*De los procesos matrimoniales y de menores*).

Ein spezielles und eigens geregeltes Familienrechtsverfahren kennt das Gesetz jedoch nicht.

Vor Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung im Jahr 2001 wurde das Verfahren durch die frühere Zivilprozessordnung geregelt, jedoch bestanden Zusatzbestimmungen zum Reformgesetz 30/1981, die das Trennungs- und Scheidungsverfahren näher bestimmten und der Zivilprozessordnung als *lex specialis* vorgingen. Diese *Disposiciones Adicionales* hatten zwar lediglich provisorischen Charakter, galten jedoch bis zu einer Änderung der Zivilprozessordnung²⁹⁵, die – eben erst - im Jahre 2001 erfolgte. Mit diesem Reformgesetz der Zivilprozessordnung wurden somit die *Disposiciones Adicionales* Nr. 1 bis Nr. 9 aufgehoben.

Die bisherigen *Disposiciones Adicionales* wurden in die Zivilprozessordnung größtenteils übernommen, manches wurde jedoch

²⁹⁴ In Kraft seit 08. Januar 2001

²⁹⁵ Vgl. die einleitenden Worte zu den Zusatzbestimmungen zum Reformgesetz 30/1981: *En tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se observarán las siguientes normas procesales (...)*

inhaltlich und redaktionell vereinfacht²⁹⁶. Insbesondere wurden unnütze und überflüssige Verfahrensvorschriften entfernt und dem Mündlichkeitsgrundsatz im Verfahren mehr Bedeutung beigemessen²⁹⁷. Allgemein kann festgestellt werden, dass der spanische Gesetzgeber bereits nach der Familienrechtsreform im Jahr 1981 zwischen dem *streitigen* Scheidungsverfahren und dem *einverständlichen* Scheidungsverfahren unterschied, was nunmehr in dem reformierten Zivilprozessrecht weiter beibehalten und sauber in das Verfahrensrecht strukturiert wurde.

²⁹⁶ Perez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 231; López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 449/450

²⁹⁷ López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 465/466; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 748, S. 3916/3917

II. Allgemeines

1. Zuständigkeit

a. International

Bei grenzüberschreitendem Bezug ist zunächst nach der internationalen Zuständigkeit der spanischen Gerichte zu fragen. Sie bezieht sich darauf, inwieweit die Gerichte eines Staates dessen Gerichtsbarkeit ausüben und wie dies im Verhältnis zu den Gerichten anderer Staaten begrenzt wird²⁹⁸.

Für Spanien als Mitglied der Europäischen Union hat demzufolge die seit 01. August 2004 in Kraft getretene *Verordnung Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung Nr. 1347/2000*²⁹⁹ vorrangige Anwendung.

Hiernach bestimmt Art. 3 Abs. 1 EG-VO Nr. 2201/2003, dass für Entscheidungen über die Ehescheidung³⁰⁰ die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig sind,

a) in dessen Hoheitsgebiet

- beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder
- die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
- der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder
- im Falle eines gemeinsamen Antrags einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder

²⁹⁸ Thomas/Putzo, ZPO, Vor § 1, Rn. 5

²⁹⁹ Diese sog. „Brüssel IIa“- Verordnung (abgedruckt in FamRZ 2004, 1443) tritt an die Stelle der bisherigen sog. „EheVO“ oder „Brüssel II-VO“ v. 29. Mai 2000 (Nr. 161 bei Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 11. Aufl.; FamRZ 2000, 1140). Zwar ist die „Brüssel IIa-VO“ bereits seit 01. August 2004 in Kraft, gilt jedoch in ihren wesentlichen Teilen erst ab 01. März 2005 (vgl. Art. 72 EG-VO Nr. 2201/2003). Zu beachten ist auch die Übergangsvorschrift gem. Art. 64 EG-VO Nr. 2201/2003. – Inhaltlich übernimmt „Brüssel IIa“ die bisherigen Regelungen über Ehesachen, lediglich in Bezug auf Sorgerechtsachen ergibt sich wesentlich Neues.

³⁰⁰ Ebenso für Entscheidungen über die Trennung oder die Ungültigkeit einer Ehe.

- der Antragssteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn er sich dort seit mindestens einem Jahr unmittelbar vor der Antragsstellung aufgehalten hat, oder
 - der Antragssteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn er sich dort seit mindestens sechs Monaten unmittelbar vor der Antragsstellung aufgehalten hat und Staatsangehöriger des betreffenden Mitgliedsstaats ist
- b) dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten besitzen.³⁰¹

Besondere Bedeutung hat Art. 5 EG-VO Nr. 2201/2003 für Spanien, denn dieser besagt, dass unbeschadet des Art. 3 dieser Verordnung das Gericht eines Mitgliedsstaats, das eine Entscheidung über eine Trennung ohne Auflösung des Ehebandes erlassen hat, auch für die Umwandlung dieser Entscheidung in eine Ehescheidung zuständig ist, sofern dies im Recht dieses Mitgliedstaates vorgesehen ist.

Diese Vorschrift erfasst gerade die Fälle, in denen einer Ehescheidung eine Entscheidung über die Trennung der Eheleute von Tisch und Bett vorauszugehen hat³⁰². Wie oben gesehen, trifft dies mitunter auf das spanische Recht zu³⁰³.

Art. 7 EG-VO Nr. 2201/2003 befasst sich mit der internationalen Zuständigkeit *außerhalb* des Anwendungsbereichs dieser Verordnung, wonach jeder Mitgliedstaat, insbesondere gegenüber Drittstaaten, seine internationale Zuständigkeit nach autonomem Recht zu bestimmen hat.³⁰⁴

Im autonomen spanischen Recht ist auf Art. 36 LEC iVm Art. 22 Abs. 2 und 3 LOPJ zurückzugreifen. Durch Art. 22 Abs. 2 und 3 LOPJ wurde die *Disposición Adicional Primera* zum Reformgesetz 30/1981 aufgehoben.

Art. 22 Abs. 2 LOPJ führt zu internationaler Zuständigkeit der spanischen Gerichte, sofern sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend der spanischen Gerichtsbarkeit unterworfen haben.

Art. 22 Abs. 3 LOPJ bestimmt in Scheidungsangelegenheiten die spanische

³⁰¹ Zu Besonderheiten für das Vereinigte Königreich und Irland, siehe Art. 2 EheVO.

³⁰² Münchener Kommentar-Gottwald, Art. 6 EheGVO, Rn. 1

³⁰³ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.a., S. 38 ff

³⁰⁴ Zur sog. Drittstaatenproblematik: Hau, FamRZ 2000, 1340 und 1341

internationale Zuständigkeit primär nach dem gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten in Spanien zum Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage. Sekundär danach, ob der Kläger die spanische Staatsangehörigkeit besitzt oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien hat. Tertiär danach, ob beide Ehegatten die spanische Staatsangehörigkeit besitzen, und nur für den Fall, dass die Ehegatten die Scheidung einverständlich beantragten.³⁰⁵

b. Örtlich

Die örtliche Zuständigkeit ist in Art. 769 LEC geregelt. Dieser löst die frühere *Disposición Adicional Tercera* zum Reformgesetz 30/1981 ab und ist insbesondere *lex specialis* zu den Art. 50 ff LEC.

In erster Line ist das Gericht des Wohnsitzes der Ehegatten örtlich zuständig, Art. 769 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 LEC. Der Begriff des Wohnsitzes ist in Art. 40 CC näher erläutert.

Falls die Ehegatten in verschiedenen Gerichtsbezirken jeweils ihren Wohnsitz haben, hat der klagende Ehegatte (oder haben im Falle der einverständlichen Scheidung die Ehegatten³⁰⁶) die Wahl zwischen dem Gericht am Wohnsitz des Beklagten oder dem am letzten ehelichen Wohnort, Art. 769 Nr. 1, Abs. 1 Satz 2 LEC. Falls die Ehegatten erst nach dem Scheidungsantrag verschiedene Wohnorte haben, so hat dies keinen Einfluss auf den bereits gesetzlich festgelegten Gerichtsort des letzten ehelichen Wohnsitzes³⁰⁷.

Haben die Ehegatten keinen festen Wohnsitz, so hat der klagende Ehegatte die Wahl zwischen dem Gericht des Aufenthaltsortes des Beklagten oder dem des letzten Wohnsitzes des Beklagten, Art. 769 Nr. 1, Abs. 2 LEC.

³⁰⁵ Vgl. hierzu: SAP Madrid v. 27. Februar 1998, ArC 1998, 448; Perez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 233; López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 454 ff; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 769, S. 4080; González Poveda, Procesos matrimoniales, S. 67 und 68

³⁰⁶ Zur Kritik dieser unnötigen Alternative in Art. 769 Nr. 1, Abs. 1 Satz 2 LEC, siehe unten: 1. Kap., C.II.1.d., S. 99/100

³⁰⁷ Perez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 234

Für den Sonderfall, dass der letzte eheliche Wohnsitz im Ausland gelegen war und der beklagte Ehegatte weiterhin seinen Wohnsitz außerhalb Spaniens innehat, kann über die allgemeine Vorschrift des Art. 50 Nr. 2 LEC das Gericht des letzten spanischen Aufenthaltsortes des Beklagten angerufen werden. Sollte auch dies nicht möglich sein, so ist das Gericht des in Spanien verbliebenen Klägers *örtlich* zuständig³⁰⁸.

c. Sachlich; Funktionale Besonderheit: Juzgado de Familia

aa. Gerichte Erster Instanz

Sachlich zuständig sind die sog. Gerichte Erster Instanz (*Juzgados de Primera Instancia*), Art. 769 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 LEC.

bb. Besonderheit der Familiengerichte

(1) Königliches Dekret 1322/1981

Von besonderer Betrachtung sind in diesem Zusammenhang die Familiengerichte (*Juzgados de Familia*). Auch diese sind letztlich nur Gerichte Erster Instanz, jedoch mit besonderer Fachkompetenz in Familiensachen³⁰⁹.

Der Reformgesetzgeber von 1981 sah vor allem in den großen Städten die Notwendigkeit, dass die besonders sensiblen, delikaten und diffizilen Fragen des Familienrechts besonderen Familiengerichten zugeteilt werden müssen³¹⁰. Demnach schuf er mit dem Königlichen Dekret 1322/1981³¹¹ die Rechtsgrundlage für die Einführung von sog. *neuen* Gerichten Erster Instanz. Gemäß Art. 1 Nr. 1 des Königlichen Dekrets 1322/1981 waren

³⁰⁸ Vgl. Pérez Martín, Lorca/Guilarte, Comentarios al la nueva LEC, Art. 769, S. 4082

³⁰⁹ López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 457

³¹⁰ Präambel zum Königlichen Dekret 1322/1981, BOE v. 08. Juli 1981

³¹¹ BOE v. 08. Juli 1981

diese besonderen Familiengerichte in folgenden Hauptstädten der Provinzen und Autonomen einzurichten: Jeweils vier in Barcelona und Madrid, jeweils zwei in Bilbao, Sevilla, Valencia und Zaragoza und jeweils eines in Córdoba, La Coruña, Granada, Málaga, Murcia, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Pamplona, San Sebastian und Valladolid. Nach geltender Rechtslage sind diese *Juzgados de Familia* gem. Art. 45, 46 LEC iVm Art. 98 LOPJ iVm BOE v. 08. Juli 1981 (Königliches Dekret 1322/1981) für Familienrechtsstreitigkeiten ausschließlich zuständig.

Wie erläutert handelt es sich hierbei um sachlich zuständige Gerichte Erster Instanz, jedoch mit besonderer fachlicher Zuweisung. Ähnlich dem deutschen Recht sind diese Familiengerichte daher funktional zu verstehen, das heißt, ihre interne Zuständigkeit entnehmen sie einer Art Geschäftsverteilung³¹². Es handelt sich hier definitiv nicht um eine eigene besondere Gerichtsbarkeit wie beispielsweise die Strafgerichts-, Sozialgerichts- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. Art. 9 LOPJ).

(2) Verfassungsrechtliche Bedenklichkeit der geltenden Regelung

Festzuhalten bleibt hier jedoch, dass es nicht in jedem Gerichtsbezirk derartige *Juzgados de Familia* gibt. Die Zuständigkeit von Familiengerichten durch den Gesetzgeber besteht derzeit nur auf der Ebene gewisser einzelner Gerichtsbezirke, zumeist Großstädte. Eine funktionale Zuständigkeit in *allen* Gerichtsbezirken oder ein eigenständiger Sonderrechtsweg für Familiensachen existiert nicht.

Das durch die Familienrechtsreform von 1981 ursprünglich bezweckte Ansinnen, diffizile Streitigkeiten wie die elterliche Sorge oder Scheidungsfolgen Fachgerichten zu überlassen³¹³, ist daher äußerst problematisch und wurde bedauerlicherweise auch nicht im Rahmen der Zivilprozessreform von 2000 gelöst. Bereits vor der Zivilprozessreform

³¹² Vega Sala, *Síntesis práctica*, S. 117/118; Castan Vazquez, *Juzgados de familia*, S. 305

³¹³ Castan Vazquez, *Juzgados de familia*, S. 304/305; Präambel zum Königlichen Dekret 1322/1981, BOE v. 08. Juli 1981

wurde es als eine der dringendsten Notwendigkeiten empfunden, die zuständigen Gerichte einheitlich mit mehr Fachkompetenz zu versehen, da die Fülle an Bearbeitungsfällen, die Komplexität der familiären Sachverhalte und die besonderen Abwägungsentscheidungen im Familienrecht dies erfordern. Als Lösungsmöglichkeit wurde dabei die Einführung einer neuen Sondergerichtsbarkeit ähnlich den Straf- oder Sozialgerichten gesehen³¹⁴, Art. 9 LOPJ führt jedoch eine Familiengerichtsbarkeit explizit nicht auf.

Die gegenwärtige Situation pervertiert folglich den Zugang zu den Fachgerichten in ein Zwei-Klassen-System, das den Verfassungsprinzipien zuwider läuft: Je nach örtlicher Befundenheit kommt den einen der Schutz von Fachgerichten für Familienangelegenheiten zugute, den anderen eben nicht. Allein mit der Schaffung von sog. *Juzgados de Familia* machte der Reformgesetzgeber gerade deutlich, dass diese in Familienrechtsstreitigkeiten die herkömmlichen *Juzgados de Primera Instancia* entlasten sollen und somit verwaltungstechnisch vorteilhafter, wirksamer und rationeller als letztere sind³¹⁵. Diese Effektivität der Familiengerichte geht natürlich einher mit der fachlichen Qualifikation der Familienrichter, die sich im Berufsalltag ausschließlich auf Familienverfahren konzentrieren können. Es widerspricht daher dem verfassungsrechtlich garantierten Gleichheitssatz gem. Art. 14 CE und dem effektiven Rechtsschutz gem. Art. 24 Nr. 1 CE, wenn nicht jeder Rechtssuchende den gleichen Zugang zu derartigen Fachgerichten erhält³¹⁶.

d. Besonderheiten des Art. 769 LEC

Gemäß Art. 769 Nr. 2 LEC ist beim einverständlichen Scheidungsverfahren im Sinne von Art. 777 LEC das Gericht am letzten ehelichen Wohnsitz oder

³¹⁴ López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 449/450; vgl.: <http://www.aeafa.es/noprivado/docu17091.html> (Stand: 10.03.2003)

³¹⁵ Castan Vazquez, *Juzgados de familia*, S. 304/305; vgl.: <http://www.aeafa.es/noprivado/docu17091.html> (Stand: 10.03.2003)

³¹⁶ Daher auch die Forderung der AEAFA in den Art. 9 LOPJ zusätzlich eine besondere Familiengerichtsbarkeit und in einem Art. 97 bis LOPJ für jede Provinz ein Familiengericht einzuführen. (vgl.: <http://www.aeafa.es/noprivado/docu17091.html> (Stand: 10.03.2003))

am Wohnsitz von einem der beiden Antragsteller örtlich zuständig. Diese für das einverständliche Scheidungsverfahren explizit erwähnte Vorschrift ist als *lex specialis* zu verstehen und geht weiter als die Regelung des Art. 769 Nr. 1 LEC. Überflüssig und wohl redaktionelles Versagen ist daher die in Art. 769 Nr. 1 LEC gefundene Alternative für das einverständliche Scheidungsverfahren³¹⁷.

In Fällen, in denen es sich ausschließlich um die Fürsorge und Obhut minderjähriger Kinder oder um den in gesetzlicher Vertretung für minderjährige Kinder geforderten Unterhalt handelt, ist das erstinstanzliche Gericht am letzten gemeinsamen Wohnort der Eltern zuständig. Sollten diese in unterschiedlichen Gerichtsbezirken wohnen, so ist nach Wahl des Klägers der Wohnsitz des Beklagten oder der gewöhnliche Aufenthaltsort des Minderjährigen der maßgebliche Gerichtsort (Art. 769 Nr. 3 LEC).

Das Gericht überprüft seine Zuständigkeit von Amts wegen, Art. 769 Nr. 4 iVm Art. 58 LEC.

Hierbei ist zu beachten, dass die grundsätzlich mögliche Prorogation gem. Art. 54 ff LEC vorliegend gerade nicht möglich ist. Vereinbarungen der Parteien, die den Regelungen des Art. 769 LEC entgegenstehen, sind nichtig, Art. 54 Nr. 1 iVm 769 a. E. LEC. Die konkludente Anerkennung der Zuständigkeit des Gerichts, z. B. durch Klageerwiderung ohne Rüge der Unzuständigkeit, ist daher zu verneinen, sofern sie dem Inhalt des Art. 769 LEC widerspricht.

2. Anwaltpflicht, Art. 750 LEC

Vorbehaltlich der Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft die Verteidigung übernimmt, haben sich die Parteien in Prozessen dieses Titels (Art. 748 - 781 LEC), folglich auch in Familien- und Eheverfahren, durch einen Anwalt (*abogado*) und durch einen sog. *procurador* beistehen und vertreten zu lassen, Art. 750 Nr. 1 LEC iVm Art. 23 Nr. 1 LEC iVm Art. 3, 4 EGPT

³¹⁷ Zu Art. 769 Nr. 1, siehe oben: I.Kap., C.II.1.b., S. 96; vgl. in diesem Sinne: González Poveda, *Procesos matrimoniales*, S. 69/70

bzw. Art. 31 Nr. 1 LEC.³¹⁸

Aus dem prozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatz ergibt sich auch die Unwirksamkeit all jener Prozesshandlungen, die dem Anwalt gesetzlich obliegen, jedoch ohne ihn getätigt werden (vgl. Art. 225 Abs. 4 LEC)³¹⁹.

Im Falle einer einverständlichen Scheidung (Art. 777 LEC) können sich die Ehegatten gemeinsam von *einem* Anwalt bzw. *einem* procurador vertreten lassen, Art. 750 Nr. 2 LEC. Dies ist jedoch nicht verpflichtend.

Sollte eine von den Ehegatten vorgeschlagene Scheidungsfolgenvereinbarung (*convenio regulador*) nicht genehmigt werden, haben diese sich binnen fünf Tage zu erklären, ob sie an einer gemeinsamen Vertretung festhalten wollen oder nicht. In gleicher Weise hat sich derjenige Ehegatte zu erklären, gegen den aus dem *convenio regulador* ein Vollstreckungsantrag gestellt wurde, Art. 750 Nr. 2, Abs. 2 LEC, da sich erfahrungsgemäß in diesen Fällen der Wille, sich gemeinsam vertreten zu lassen, sehr oft ändert³²⁰.

3. Beteiligung der Staatsanwaltschaft

Gemäß Art. 749 Abs.1 LEC ist stets in den Verfahren über Geschäftsunfähigkeit, Nichtigkeit der Ehe und Bestimmung bzw. Anfechtung der Vaterschaft die Staatsanwaltschaft (*Ministerio Fiscal*) zu beteiligen, auch wenn die Verfahren nicht von ihr ausgingen und sie nicht die gesetzliche Pflicht zur Übernahme der Verteidigung hat³²¹.

Für das Scheidungsverfahren ist eine Beteiligung der Staatsanwaltschaft nur

³¹⁸ In Spanien wird zwischen dem Anwalt (*abogado*; gelegentlich auch als *letrado* bezeichnet) und einer in der Rechtssache bevollmächtigten Person (*procurador*) unterschieden. Der *procurador* ist ein Jurist, dessen Aufgabe sich auf die bürokratische Abwicklung des Prozesses beschränkt. Er ist Bindeglied zwischen Gericht und *abogado*. Dem *abogado* obliegt die Beratung, die Abfassung der Klage und das Plädoyer. Mandantenkontakt hat in der Praxis grundsätzlich nur der *abogado*; letzterer wendet sich dann selbst an einen *procurador*. Die Klage bedarf somit zweier Unterschriften. (vgl. Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, S. 83); allgemein zum *abogado* und *procurador*, siehe Art. 436 ff LOPJ.

³¹⁹ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 235

³²⁰ Pérez Martín, Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 750, S. 3929

³²¹ Beachte hierbei auch: Art. 3 Nr. 6 EOMF und Art. 6 Nr. 1, Nr. 6 LEC

dann zwingend, falls dies im Interesse von Minderjährigen, Unmündigen und für verschollen Erklärten ist, Art. 749 Abs. 2 LEC. Diese Fürsorge der Staatsanwaltschaft kann auch auf weitere ähnlich schutzbedürftige Personen erweitert werden³²².

Die Rolle der Staatsanwaltschaft ist hierbei neutral, ähnlich der des Gerichts. Sie ist keine weitere Partei, sondern nimmt lediglich die Interessen der schutzbedürftigen Personen wahr und ist aufgrund ihrer Fachkompetenz und Objektivität für das Gericht von besonderem Interesse³²³.

4. Prozesskostenhilfe

Die Prozesskostenhilfe ist eigens und allgemein im *Ley de asistencia jurídica gratuita* vom 10. Januar 1996 geregelt.

Die Prozesskostenhilfe ist Ausfluss des sog. Armenrechts, das aus Art. 119 der spanischen Verfassung resultiert. Im Gesetz wird insbesondere die Anerkennung und Durchsetzung der Prozesskostenhilfe geregelt, Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 3 LAJG. Art. 3 Abs. 1 LAJG spricht natürlichen Personen Prozesskostenhilfe zu, sofern ihr Jahresgehalt oder das der familiären Gemeinschaft (Eltern und Kinder) nicht das Zweifache des jährlichen beruflichen Mindesteinkommens³²⁴ übersteigt. Je nach wirtschaftlichen Verhältnissen sind hierbei Abstufungen der Hilfe zu unterscheiden, die von der Erstattung der Registrierungsgebühren bis zur vollständigen Übernahme aller Prozesskosten reichen können.

Das *Ley de asistencia jurídica gratuita* ist auf sämtliche Verfahren anwendbar, Art. 1 Abs. 2 LAJG.

³²² SAP Murcia v. 03. Februar 1998, ArC 1998, 271; SAP Madrid v. 13. Januar 1998, ArC 1998, 46; Perez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 236 ff

³²³ López Muñoz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 452

³²⁴ Das jährliche berufliche Mindesteinkommen betrug für das Jahr 2003 6316,80 EUR (vgl. Art. 3 Nr. 1 Abs. 2 iVm Art. 1 Abs. 3 des Königlichen Dekrets 1426/2002, BOE Nr. 311 v. 28. Dezember 2002)

5. Nichtöffentlichkeit

Auch der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit war bis zur Änderung der Zivilprozessordnung in einer Zusatzbestimmung zum Reformgesetz 30/1981 (*Disposición Adicional Octava*, Abs. 2) geregelt. Die Nichtöffentlichkeit für Familiensachen findet sich nunmehr in Art. 754 LEC wieder.

Sie ist in Ergänzung zu Art. 138 Nr. 2 LEC eine Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip gem. Art. 232, Art. 186 LOPJ, Art. 138 Nr. 1 LEC. Ihre Anordnung erfolgt von Amts wegen oder auf Ersuchen der Parteien.

Die Entscheidung über die Nichtöffentlichkeit der Verhandlung liegt im Ermessen des Gerichtes, vgl. Art. 138 Nr. 3 iVm Art. 754 LEC.

6. Mitteilung an die Zivilregister

Rechtskräftige Scheidungsurteile und weitere protokollierte Entscheidungen sind von Amts wegen dem in der Praxis zuständigen Zivilregister (*Registro Civil*) mitzuteilen, Art. 755 Abs. 1 LEC iVm Art. 325 CC.

Erst mit dieser Eintragung wird der Gutgläubensschutz für Dritte beseitigt, vgl. Art. 89 Satz 2 CC. Der Wegfall des Gutgläubensschutzes mit Eintragung gem. Art. 89 Satz 2 CC gilt nicht nur für rechtskräftige Scheidungsurteile, sondern ist auf sämtliche rechtskräftigen Entscheidungen in Ehesachen anzuwenden³²⁵.

Abgrenzend zu beachten ist, dass einstweilige Maßnahmen iSv Art. 102 CC³²⁶ nicht von Amts wegen, sondern erst auf Ersuchen der berechtigten Partei in das *Registro Civil* eingetragen werden müssen.

Auf Antrag einer Partei können auch in andere öffentliche Zivilregister, wie z. B. das Eigentumsregister (*Registro de la Propiedad*) oder das Handelsregister (*Registro Mercantil*), diese Einträge erfolgen, Art. 755 Abs. 2 iVm Art. 40 ff, 69 ff LRC, Art. 2 Nr. 4 LH.

³²⁵ Perez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 299

³²⁶ Siehe hierzu unten: 1.Kap., C.VI., S. 123 ff

7. Vorzeitige Verfahrensbeendigung

a. Tod eines Ehegatten, Art. 85, 88 CC

Mit dem Tod eines Ehegatten (bzw. auch bei rechtmäßiger Feststellung der Verschollenheit³²⁷) endet die Ehe (Art. 85 CC). Das Antragsrecht³²⁸ erlischt, Art. 88 CC.

Sollte zum Todeszeitpunkt jedoch das Scheidungsverfahren bereits im Gange sein, so verliert der überlebende Ehegatte allein deshalb noch nicht die ihm als Ehegatte zustehenden Rechte. In diesem Fall bleiben jedoch Ausnahmen in einschlägigen Vorschriften vorbehalten³²⁹.

Zudem macht der Tod eines Ehegatten während eines Berufungsverfahrens über ein ergangenes Scheidungsurteil letzteres nicht null und nichtig, und beendet nicht das gesamte Verfahren. Das ergangene Scheidungsurteil bleibt weiter zu berücksichtigen³³⁰. Art. 88 und Art. 89 CC sind nicht derart auszulegen, dass der Tod eines Ehegatten den vorhandenen und bereits in einem Urteil bestätigten Scheidungswillen rückgängig macht. Anders als im Falle des Art. 835 CC ist nicht auf den Ausgang des Berufungsverfahrens abzustellen³³¹.

Das Erlöschen des Antragsrechts gem. Art. 88 CC ist zunächst nur von materiellrechtlicher Betrachtung. Jedoch resultiert hieraus eine prozessuale und verfahrensbeendigende Bedeutung, denn mit dem Tod eines Ehegatten erübrigt sich der Prozessgegenstand. Die Ausübung des Antragsrechts und eine Weiterverfolgung des Verfahrens wären sinnentleert³³².

³²⁷ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.c., S. 81

³²⁸ Zum Antragsrecht bzw. „Anspruch auf Scheidung“ allgemein, siehe oben: 1.Kap.,B.II.2.c., S. 23

³²⁹ Einschränkungen gibt es z. B. beim Nießbrauchsrecht über das Erbschaftsvermögen, Art. 834 CC. Art. 855 CC kann im Zusammenhang mit Art. 82 Nr. 1 CC (iVm Art. 86 Nr. 3 b) CC) zur Enterbung führen, und im Falle des Art. 945 CC wird die Erbeinsetzung des getrennten Ehegatten verhindert (vgl. Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 128; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 376)

³³⁰ López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 558

³³¹ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 377; SAT Barcelona v. 20. Juni 1985, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 440

³³² López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 558; Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 376

b. Wiederversöhnung der Ehegatten, Art. 88 CC

Ebenso erlischt gem. Art. 88 CC bei Wiederversöhnung das Antragsrecht der Ehegatten. Die verfahrensbeendende Wirkung besteht ebenfalls in der Sinnlosigkeit der Aufrechterhaltung eines Verfahrens, das aufgrund des nicht mehr bestehenden Antragsrechts seinen Prozessgegenstand verloren hat.

Wie dem Gesetzestext des Art. 88 CC zu entnehmen ist, kann die Wiederversöhnung *vor* Einreichen des Scheidungsantrags stillschweigend oder ausdrücklich vorliegen.

Nach Einreichen des Scheidungsantrags muss die Wiederversöhnung ausdrücklich vorliegen (Art. 88 CC). Dies bedeutet jedoch nicht eine für die Wiederversöhnung spezielle Beurkundung³³³. Für eine ausdrückliche Wiederversöhnung ist jedenfalls eine öffentlich oder eine privat erklärte Urkunde ausreichend. Auch reicht für die Ausdrücklichkeit eine mündlich erklärte Wiederversöhnung, die vor dem Richter nochmals protokolliert wird³³⁴. Jedenfalls muss die Wiederversöhnung von beiden Ehegatten erklärt worden sein, denn diese ist als ein zweiseitiges familienrechtliches Rechtsgeschäft zu betrachten³³⁵.

Problematisch abzugrenzen könnten derartige Fälle sein, die ohne eine schriftliche Erklärung und nur aufgrund eines Verhaltens ausdrücklichen Charakter besitzen können. Zu denken ist hierbei an die Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens unter einem Dach, die einer Wiederversöhnung gleichkommen kann³³⁶. Ein derartig schlüssiges und ausdrückliches Verhalten kann jedoch nicht ausreichend iSv Art. 88 CC sein. Wie schon aus Art. 87 Abs. 1 CC ersichtlich, kann die Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens auch aus anderen Gründen

³³³ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 378; Díez-Picazo/Gullón, Sistema IV, S. 159; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 262; Fosar Benlloch, Estudios de Derecho, S. 284

³³⁴ López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 559; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 128; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 378; García Varela, Disolución, Art. 86, S. 70

³³⁵ Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 88, S. 377; ders., in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 128; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 262; Alonso Perez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 88, S. 573

³³⁶ Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 128

erfolgen³³⁷. Daher ist, wenn auch in Art. 88 CC nicht ausdrücklich erwähnt, der Wille zur Wiederversöhnung oder die private Urkunde in jedem Falle vom Gericht bestätigen zu lassen³³⁸.

In diesem Zusammenhang ist die Präklusion gem. Art. 237 LEC zu beachten, die sich ergeben kann, falls dem Richter die Wiederversöhnung nicht mitgeteilt wird und die Parteien den laufenden Prozess aufgrund ihrer Passivität nicht weiter verfolgen³³⁹.

c. Beschränkte Verfügbarkeit über den Prozessgegenstand, Art. 751 LEC

Gemäß Art. 751 Abs. 1 LEC haben der Klageverzicht, das Anerkenntnis und der Prozessvergleich innerhalb des Scheidungsverfahrens keine Rechtswirkung und können daher auch das Verfahren nicht beenden. Der Prozessgegenstand soll den Parteien eben nicht zur Verfügung stehen³⁴⁰.

Hiermit werden diejenigen Vorschriften des *Código Civil* prozessrechtlich umgesetzt, die den freiwilligen Ausschluss oder Verzicht dann ausschließen, falls diese das öffentliche Interesse oder Rechte Dritter beeinträchtigen (Art. 6 Nr. 2 CC), oder einen Vergleich bei Fragen des Personenstandes, der Ehe oder des notwendigen Lebensunterhaltes ausschließen (Art. 1814 CC). Insbesondere soll der Richter nicht durch die Möglichkeit eines Anerkenntnisses dazu gezwungen werden, ein Scheidungsurteil ohne ein substantiiertes Verfahren zu fällen³⁴¹. Die Möglichkeit eines Teilanerkennnisses iSv Art. 21 Abs. 2 LEC über Verfahrensgegenstände, die nicht das öffentliche Interesse oder Rechte Dritter beeinträchtigen, wie z. B. der Scheidungsunterhalt, bleibt jedoch gewahrt.

Art. 751 Abs. 2 LEC iVm Art. 20 Nr. 2, Nr. 3 LEC erlaubt grundsätzlich die Möglichkeit der Klagerücknahme, wobei gem. Art. 751 Abs. 2 Nr. 4 LEC beim Scheidungsverfahren die Zustimmung der Staatsanwaltschaft

³³⁷ Zur Wiederversöhnung und Art. 87 CC (*cese efectivo*), siehe schon oben: 1.Kap., B.III.1.b.aa., S. 33

³³⁸ López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 559

³³⁹ Vgl. Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 129

³⁴⁰ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 235; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 751, S. 3933

³⁴¹ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 751, S. 3934; López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 559

ausnahmsweise nicht nötig ist. Hierbei ist zwischen einseitiger und beidseitiger Klagerücknahme zu unterscheiden. Einseitige Klagerücknahme ist möglich, falls der Beklagte noch nicht zur Klageerwiderung aufgefordert wurde, noch nicht geladen wurde oder falls sich der Beklagte in Säumnis des Gerichtstermins befindet, Art. 20 Nr. 2 LEC. Beidseitige Klagerücknahme ist einschlägig, falls der Beklagte bereits zum Gerichtstermin geladen wurde. In einer Frist von zehn Tagen hat er sich zu dem Rücknahmebegehren des Klägers zu äußern, wobei bei Zustimmung zur Rücknahme bzw. Verstreichenlassen der Frist ein Einstellungsbeschluss des Gerichts erfolgt, vgl. Art. 20 Nr. 3 LEC. Sollte der Beklagte nicht einverstanden sein, entscheidet das Gericht nach Zweckmäßigkeitserwägungen, Art. 20 Nr. 3 a. E. LEC.

III. Das streitige Verfahren (*Proceso contencioso*)

Das streitige Verfahren beruht auf den Art. 770 iVm 748 ff LEC. Bis zur Änderung der Zivilprozessordnung wurden die diesbezüglichen Verfahrensregeln der Zivilprozessordnung durch die damals gültigen spezielleren Regeln in der *Disposición Adicional Quinta* zum Reformgesetz 30/1981 ergänzt.

Art. 770 LEC konkretisiert ergänzend die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen der spanischen Zivilprozessordnung. Mangels besonderer Vorschriften (wie eben Art. 770 LEC) gelten für die Scheidungsklage neben den Art. 748 ff LEC die Regeln des mündlichen Verfahrens, vgl. Art. 770 iVm 437 ff LEC (iVm Art. 753 ff LEC), und die allgemeinen Regeln für Zivilverfahren.

1. Antrag zur Scheidungsklage (*demanda*)³⁴²

Gemäß Art. 770 Nr. 1 LEC sind mit dem Scheidungsantrag folgende Urkunden beizulegen³⁴³:

- a) Bescheinigung über die Eintragung der Eheschließung und, gegebenenfalls, der Geburt der Kinder
- b) Urkunden, die den einzelnen gesetzlichen Scheidungsgrund begründen
- c) Für die Regelung von Vermögensfragen hat der Kläger im Antrag diejenigen Dokumente anzuführen, die eine Bewertung der wirtschaftlichen Situation der Ehegatten und gegebenenfalls der Kinder erlauben, wie auch Steuererklärungen, Lohn- und Gehaltszettel, Bescheinigungen der Banken, Eigentumstitel, einschlägige Registereinzüge oder ähnliches.

³⁴² Wie bereits unter Fn. 74 erwähnt, unterscheidet der spanische Gesetzgeber bei den Scheidungsverfahren begrifflich. Im streitigen Verfahren wird der Scheidungsantrag mit *demanda* bezeichnet, im einverständlichen Verfahren mit *petición*. Diese begriffliche Unterscheidung ist im Deutschen angemessen mit Antrag zur Scheidungsklage (*demanda*) bzw. Antrag zum Scheidungsverfahren (*petición*) wieder zu geben.

³⁴³ Art. 770 Nr. 1 LEC konkretisiert hierbei den allgemeineren Art. 265 LEC.

Des Weiteren sind noch Dokumente allgemeiner Art wie z. B. die notarielle Bevollmächtigung des *procurador* (Art. 264 LEC), etwaige Sachverständigengutachten (Art. 265 Nr. 4 LEC) und Kopien des Antrags und der Anlagen (Art. 273 LEC) beizufügen.

Der Inhalt des Scheidungsantrags bestimmt sich nach Art. 437 Nr. 1 iVm Art. 149 ff, 155 LEC. Der Scheidungsantrag hat die persönlichen Daten der Parteien zur Identifizierung, den für die Ladung entsprechenden Wohnsitz und das genaue Anspruchsbegehren anzuführen, Art. 437 Nr. 1 LEC.

Zwar verweist der Wortlaut des Art. 770 LEC deutlich auf das mündliche Verfahren (*juicio verbal*) gem. Art. 437 ff, dennoch ist ein Scheidungsantrag gemäß dem ordentlichen Verfahren (*juicio ordinario*) gem. Art. 399 LEC ebenso zulässig, denn letzterer ist inhaltlich weitergehend³⁴⁴.

Gemäß Art. 440 Nr. 1 LEC hat das Gericht innerhalb von fünf Tagen nach Einreichung des Scheidungsantrags hinsichtlich seiner Zuständigkeit einen Zulassungsbeschluss zu fällen, in dem es, gegebenenfalls, die Zulassung der Scheidungsklage ausspricht, dem Beklagten eine Abschrift der Klage zustellt und zur Erwiderung auffordert.

2. Klageerwiderung (contestación) und Widerklage (reconvención)

Nach Zustellung der Klage hat der Beklagte eine Frist von zwanzig Tagen, um iSv Art. 405 LEC zu erwidern, Art. 753 a. E. LEC. Die Anwendung des Art. 405 LEC und die Fristsetzung sind eigens in Art. 753 LEC geregelt und stellen somit eine Ausnahme zur grundsätzlichen Anwendung der Regeln über das mündliche Verfahren (Art. 770 iVm Art. 437 ff LEC) dar³⁴⁵.

Der Beklagte hat vollumfänglich zur Klage Stellung zu nehmen und seine gegenteiligen Ansichten darzulegen, Art. 405 Nr. 1 LEC. Vom Kläger behauptete Tatsachen sind vom Beklagten zu bestreiten, ansonsten kann das Schweigen oder unzureichende Einlassen des Beklagten vom Gericht als

³⁴⁴ López-Muñoz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 492

³⁴⁵ Vgl Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 263/264; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 770, S. 4092

Unstreitigstellen gewertet werden, Art. 405 Nr. 2 LEC. Weiter hat der Beklagte in der Klageerwiderung sämtliche Prozesseinreden und etwaige Prozesshindernisse vorzubringen, Art. 405 Nr. 3 LEC. Ebenso wie der Kläger hat er allgemeine Dokumente gem. Art. 264, 265 LEC beizulegen.

Die Widerklage wird speziell in Art. 770 Nr. 2 LEC geregelt. Sie ist nur zulässig, falls sie auf Nichtigkeitsgründen, gesetzlichen Trennungs- oder Scheidungsgründen basiert oder wenn der beklagte Ehegatte darin endgültige Scheidungsfolmaßnahmen, wie z. B. den Scheidungsunterhalt, fordert, die in der Klageschrift nicht beantragt worden waren. Diese Regelung fordert somit eine inhaltliche Konnexität der Streitgegenstände.

Die Frist für die Klageerwiderung und gegebenenfalls Widerklage beträgt ebenso zwanzig Tage, Art. 770 Nr. 2, Abs. 2 iVm Art. 753 LEC. Auf eine Widerklage hin hat der Kläger/Widerbeklagte innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung der Abschriften zu erwidern, Art. 770 Nr. 2, Abs. 2 iVm Art. 278 LEC.

3. Persönliche Anwesenheitspflicht zum Gerichtstermin

Nach der Klageerwiderung bzw. Erwiderung auf die Widerklage ergeht seitens des Gerichts ein Ladungsbeschluss für eine mündliche Verhandlung, deren genaue Terminierung in einen Zeitraum von frühestens zehn und spätestens zwanzig Tagen, gerechnet vom auf die Ladungszustellung folgenden Tag, vorliegen muss, Art. 440 Nr. 1 LEC.

Gemäß Art. 770 Nr. 3 LEC haben die Parteien zum Gerichtstermin persönlich zu erscheinen. Ebenso hat auch der jeweilige *abogado* anwesend zu sein³⁴⁶. Letzteres ist ebenso bereits aus Art. 750 LEC ersichtlich³⁴⁷.

Mit dieser Einführung der persönlichen Anwesenheitspflicht unterstreicht

³⁴⁶ López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 510; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 267; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 770, S. 4096. – Sollte eine Partei nicht anwesend sein, so müsste jedoch der bevollmächtigte *procurador* anwesend sein, denn ansonsten könnte der *abogado* in der Verhandlung nicht agieren (vgl. Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 770, S. 4096, Fn. 6; siehe auch oben: Fn. 318).

³⁴⁷ Siehe hierzu oben: I.Kap., C.II.2., S. 100

der Reformgesetzgeber der spanischen Zivilprozessordnung unter anderem die Betonung des bei der Reform verfolgten Mündlichkeitsgrundsatzes³⁴⁸.

Unentschuldigtes Fernbleiben einer Partei führt grundsätzlich nicht zur Vertagung des Gerichtstermins³⁴⁹, vielmehr kann dies dazu führen, dass behauptete Tatsachen der erschienenen Partei in Vermögensfragen als wahr unterstellt werden, vgl. Art. 770 Nr. 3 LEC.

4. Beweisverfahren

Für den Fall, dass in der Gerichtsverhandlung Tatsachen strittig bleiben und es zu keiner Einigkeit kommt, sind hierüber Beweise vorzubringen, vgl. Art. 443 Nr. 4, 443 a. E. iVm Art. 429 Nr. 1 iVm Art. 770 Nr. 4 LEC. Die maßgeblichen Beweismittel sind Parteivernehmung, Urkundenbeweis, Sachverständigengutachten, gerichtlicher Augenschein und Zeugenvernehmung, Art. 299 Nr. 1 LEC³⁵⁰. Nach Zulassung der Beweisanträge durch das Gericht (Art. 429 Nr. 2 LEC) sind die Beweise grundsätzlich in dem Gerichtstermin³⁵¹ und unter Einhaltung einer festen Reihenfolge vorzubringen, Art. 443 Nr. 4 iVm Art. 300 Nr. 1 LEC.

Für den Fall, dass Beweise *in* der Gerichtsverhandlung nicht erhoben werden können, erfährt das Scheidungsverfahren gegenüber dem üblichen mündlichen Gerichtsverfahren eine Besonderheit. Gemäß Art. 770 Nr. 4, Abs. 1 LEC steht beiden Parteien eine vom Gericht vorgegebene Beweiserhebungsfrist zu, die jedoch 30 Tage nicht überschreiten darf.

Neue Beweisanträge über neue Tatsachen sind in dieser Zeit jedoch nicht mehr möglich^{352, 353}.

³⁴⁸ López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 509 und 510; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 267; siehe auch oben: Fn. 297

³⁴⁹ Eine Vertagung bzw. Anberaumung eines neuen Gerichtstermins sieht Art. 183 LEC nur für entschuldigtes Fernbleiben vor.

³⁵⁰ Zu weiteren Beweismitteln im Sinne der spanischen Zivilprozessordnung Art. 299 Nr. 2 und Nr. 3 LEC.

³⁵¹ López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 513; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 268/269; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 770, S. 4099/4100

³⁵² Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, *Comentarios a la nueva LEC*, Art. 770, S. 4099

³⁵³ Im Vergleich zur früher gültigen *Disposición Adicional Quinta* zum Reformgesetzes 30/1981 ist damit die

Gemäß Art. 770 Nr. 4, Abs. 2 LEC kann das Gericht in diesem Zeitraum von Amts wegen sämtliche Beweise erheben, die es für notwendig hält, um die im *Código Civil* für die Scheidung verlangten Voraussetzungen zu prüfen, wie auch über diejenigen Tatsachen, die zu Urteilsaussprüchen über Maßnahmen bezüglich der minderjährigen oder geistig behinderten Kinder führen. Dies ist eine Ausnahme vom Grundsatz, dass eigentlich nur auf Antrag der Parteien Beweis erhoben werden könne³⁵⁴ und bestätigt den Willen des Gesetzgebers, im Bereich der gerichtlichen Trennung bzw. Scheidung dem Richter eine tragende Rolle zukommen zu lassen, insbesondere zum Wohle der Kinder³⁵⁵.

Dennoch wird hiermit auch eines deutlich: Diese oben beschriebene Nachprüfungsmöglichkeit ist beschränkt und stößt auf Grenzen. Im streitigen Verfahren macht der Gesetzgeber mit dem Wortlaut des Art. 770 Nr. 4, Abs. 2 LEC deutlich, dass im Hinblick auf Scheidungsfolgen ohne Bezugnahme auf minderjährige Kinder (wie z. B. unterhaltsrechtliche Fragen zwischen den Ehegatten) diese Überprüfungspflicht gerade nicht besteht. Diesbezüglich kommt folglich das erhöhte richterliche Fürsorgeprinzip nicht zum Tragen; es sollen vielmehr die allgemeinen Beweislastregeln gem. Art. 217 ff LEC gelten.

Das Gericht hat minderjährige oder geistig behinderte Kinder anzuhören, sofern sie ein ausreichendes Beurteilungsvermögen besitzen, und auf jeden Fall, sofern sie älter als zwölf Jahre sind, Art. 770 Nr. 4, Abs. 2 a. E. LEC. In diesem Sinne vgl. bereits die Vorschrift des Art. 92 Abs. 2 CC, die weiter besagt, dass die Anhörung zum Wohle der Kinder zu erfolgen hat.

Fristenregelung für das Beweisverfahren erheblich vereinfacht worden, denn die Sonderregelungen und -fristen bei Beweisanträgen einer Partei in den letzten beiden Tagen der einzuhaltenden 30-Tages-Frist wurden weggelassen (vgl. *Disposición Adicional Quinta*, Buchst. g).

³⁵⁴ Vgl. Art. 216 LEC

³⁵⁵ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 269; López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 514

5. Übergang zum einverständlichen Verfahren

Art. 770 Nr. 5 LEC gibt den Parteien die Möglichkeit, zu jedem beliebigen Zeitpunkt des streitigen Scheidungsverfahrens in ein einverständliches Scheidungsverfahren überzugehen. Hierbei gilt es lediglich die Voraussetzungen des Art. 777 CC zu erfüllen, insbesondere muss eine Scheidungs(folgen)vereinbarung gem. Art. 90 CC (*convenio regulador*) vorliegen³⁵⁶. Der Gesetzgeber möchte hiermit einerseits den Willen zum einverständlichen und prozessökonomischeren Scheidungsverfahren iSv Art. 777 LEC honorieren, andererseits diesen Übergang selbst prozessökonomisch gestalten.

Dieser Übergang wird sogar im streitigen Berufungsverfahren für möglich gehalten, mit dem Argument, dass dies gem. Art. 770 Nr. 5 LEC jederzeit³⁵⁷ möglich sein müsse³⁵⁸. Berechtigterweise ist dies jedoch zu kritisieren, denn sollte das Berufungsgericht den Übergang zum einverständlichen Scheidungsverfahren vollziehen und ein Scheidungsurteil aussprechen, so könnte hiergegen keine Berufung mehr eingelegt werden. Faktisch wäre den Parteien dadurch eine gerichtliche Instanz genommen. In derartigen Fällen müsste daher das Berufungsgericht an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen, damit der gesetzlich garantierte Instanzenzug gewahrt bleibt³⁵⁹.

³⁵⁶ Zum einverständlichen Scheidungsverfahren gem. Art. 777 LEC näher, siehe gleich unten: 1.Kap.,C.IV., S. 114 ff

³⁵⁷ *En cualquier momento ...*

³⁵⁸ SAP Sevilla v. 25. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5801; SAP Guipúzcoa v. 09. März 1999, ArC 1999, Nr. 590; dass. v. 05. März 1999, ArC 1999, Nr. 589

³⁵⁹ Zarraluqui Sánchez, Comentarios sobre la LEC, Art. 770, S. 27; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 273

IV. Das einverständliche Verfahren (*Proceso de mutuo acuerdo*)

Das einverständliche Scheidungsverfahren ist speziell im Art. 777 LEC und war bis zur Änderung des Zivilprozessrechts in der *Disposición Adicional Sexta* zum Reformgesetz 30/1981 geregelt. Nunmehr ist es vollständig in die Zivilprozessordnung eingearbeitet. Ähnlich wie Art. 770 LEC ist Art. 777 LEC *lex specialis* für die allgemeineren Verfahrensvorschriften der spanischen Zivilrechtsordnung.

Das einverständliche Scheidungsverfahren ist nur dann einschlägig, wenn der Scheidungsantrag von beiden Ehegatten gemeinsam oder von einem Ehegatten mit Zustimmung des anderen gestellt wird, Art. 777 Nr. 1 LEC. Beide Ehegatten können sich zudem in diesem Verfahren nur durch einen *procurador* und *abogado* vertreten lassen³⁶⁰.

1. Antrag zum Scheidungsverfahren (*petición*)³⁶¹

Gemäß Art. 777 Nr. 2 LEC sind mit dem Scheidungsantrag folgende Urkunden beizulegen:

- a) Bescheinigung über die Eintragung der Eheschließung und, gegebenenfalls, der Geburt der Kinder
- b) Vereinbarung über die Scheidungsfolgen iSv Art. 90 CC (*convenio regulador*)
- c) Urkunden, die den einzelnen gesetzlichen Scheidungsgrund begründen
Falls der Beweis nicht mittels Urkunden geführt werden kann, so muss in der Antragsschrift das von den Ehegatten als geeignet betrachtete Beweismittel vorgeschlagen werden, Art. 777 Nr. 2 Satz 2 LEC.

Im Gegensatz zum streitigen Scheidungsverfahren sind hier keine

³⁶⁰ Siehe hierzu oben: 1.Kap., C.II.2., S. 100 f

³⁶¹ Siehe hierzu oben: Fn. 342

Dokumente wie Steuererklärungen, Lohn- und Gehaltszettel, etc. vorzulegen, die zur Bewertung der wirtschaftlichen Situation der Ehegatten notwendig sind.

Auch wenn Art. 777 LEC die Form und den Inhalt des einverständlichen Scheidungsantrags nicht näher konkretisiert, ist der des Antrags für das mündliche Streitverfahren gem. Art. 437 iVm Art. 753 LEC heran zu ziehen³⁶². Im Übrigen ist ebenso wie beim streitigen Verfahren die notarielle Bevollmächtigung des *procurador* beizufügen, Art. 264 LEC.

Ein Zulassungsbeschluss wie im streitigen Scheidungsverfahren oder wie noch früher in der *Disposición Adicional Sexta* kommt nicht mehr in Betracht³⁶³.

2. Getrenntes Unterschreiben bei Gericht

Gemäß Art. 777 Nr. 3 LEC fordert das Gericht nach Überprüfung des Scheidungsantrages die Ehegatten auf, innerhalb von drei Tagen getrennt und einzeln vor Gericht zu erscheinen, um den Scheidungsantrag unabhängig voneinander zu unterschreiben. Die Unterzeichnung hat persönlich zu erfolgen, da es sich hierbei um einen höchstpersönlichen Rechtsakt handelt³⁶⁴. Auch der prozessbevollmächtigte *procurador* ist hierzu nicht befugt, vgl. Art. 25 Nr. 3 LEC, dennoch werden in gravierenden Fällen in der Praxis Ausnahmen von dieser Höchstpersönlichkeit zugelassen³⁶⁵.

Zweck des Art. 777 Nr. 3 LEC ist hierbei, dass der Scheidungsantrag und der *convenio regulador* auf einen bei jedem einzelnen Ehegatten frei gebilligten Entschluss zurückzuführen sein sollen³⁶⁶.

³⁶² Siehe hierzu oben: 1.Kap., C.III.1, S. 108 f; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 777, S. 4162; López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 468

³⁶³ López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 480 und 497

³⁶⁴ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 777, S. 4163

³⁶⁵ López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 481; Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 777, S. 4164

³⁶⁶ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 257; Valladeres Rascón, Divorcio, S. 453; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 151

Zu beachten ist letztlich Art. 777 Nr. 3, Satz 2 LEC, der bei unterbliebener Unterschrift das Recht der Ehegatten bestimmt, auf das streitige Scheidungsverfahren gem. Art. 770 LEC überzugehen.

3. Beweisverfahren

Sollten nach Unterzeichnung des Scheidungsantrags die Ehegatten die notwendigen Urkunden nicht bzw. nicht umfänglich beigebracht haben, so bestimmt das Gericht mittels Verfügung, dass die Antragssteller innerhalb einer zehntägigen Frist die Möglichkeit haben, ihre Beweisdefizite zu beheben, Art. 777 Nr. 4, Satz 1 LEC. In dieser zehntägigen Frist befindet das Gericht über bereits vorgelegte Beweise. Gemäß Art. 777 Nr. 4, Satz 2 LEC behält das Gericht des Weiteren die Möglichkeit, die von ihm für nötig befundenen Beweise zu erheben, um das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu belegen und um die Zulässigkeit des vorgeschlagenen *convenio regulador* bewerten zu können.

Der *convenio regulador* ist das entscheidende Kriterium für die einverständliche Scheidung. Demzufolge kommt der inhaltlichen Kontrolle durch den Richter hierbei besondere Bedeutung zu.

Ob jedoch eine gerichtliche Überprüfung stattfinden kann, ist wiederum davon abhängig, inwieweit der Gesetzgeber die Privatautonomie der Ehegatten und damit die Dispositionsmaxime oder die Fürsorgepflicht des Staates und damit den Untersuchungsgrundsatz in den Vordergrund stellt.

Entgegen der früheren Regelung in der *Disposición Adicional Sexta*, Nr. 6, in der Beweise lediglich zu den Vereinbarungen über minderjährige Kinder gefordert wurden, macht nunmehr Art. 777 Nr. 4, Satz 2 LEC hinsichtlich der Beweisanforderungen keine thematischen Einschränkungen. Der Gesetzgeber bestätigte damit diejenige Ansicht, die die allgemeine Überprüfungspflicht des Richters in Art. 90 Abs. 2 CC konstitutiv betrachtete und ihm in Analogie zu *Disposición Adicional Sexta*, Nr. 6 bzw. zu *Disposición Adicional Quinta*, Buchst. i) die Möglichkeit gaben, mittels

weiterer Beweise Anzeichen einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Ehegatten in dem *convenio regulador* zu verifizieren³⁶⁷. Der Richter soll nicht gegen seine Überzeugung entscheiden müssen, die Wahrheitsfindung verdient gegenüber der Prozessökonomie Vorrang.

Nichtsdestotrotz ist die Überprüfungspflicht des Richters durch die Privatautonomie der Ehegatten eingeschränkt³⁶⁸. Hierbei unterscheidet der Gesetzgeber zwischen zwei Fallgruppen: Einerseits Ehegatten, die keine oder volljährige Kinder haben, und andererseits Ehegatten mit minderjährigen bzw. geistig behinderten Kindern. Deutlich wird diese Unterscheidung durch die Vorschriften des Art. 90 CC und des Art. 777 LEC, wonach den minderjährigen und geistig behinderten Kindern ein besonderer Schutz zu zukommen hat (vgl. z. B. Art. Art. 777 Nr. 5, Nr. 8, Nr. 9 iVm 775 LEC).

Bei ersterer Fallgruppe ist eine inhaltliche Überprüfung des *convenio regulador* durch das Gericht daher nur auf Fälle beschränkt, die der Dispositionsmaxime entzogen sind, gegen die öffentliche Ordnung oder das Sittenverständnis verstoßen oder zu Lasten Dritter gehen³⁶⁹.

Bei zweiterer Fallgruppe hat das Gericht zunächst weitere Verfahrensvorschriften zu beachten. Es hat der Staatsanwaltschaft den *convenio regulador* vorzulegen und deren Bericht über dessen Inhalt anzufordern. Zudem besagt Art. 777 Nr. 5 LEC, dass diese Kinder vom Gericht anzuhören sind, sofern ihr Beurteilungsvermögen ausreicht, und auf jeden Fall, sofern sie älter als zwölf Jahre sind. Die Anhörung hat zum Wohle des Kindes zu erfolgen, Art. 92 Abs. 2 CC. Dies alles hat ebenso in der in Art. 777 Nr. 4 LEC erwähnten Frist von zehn Tagen zu erfolgen³⁷⁰.³⁷¹ Ferner hat das Gericht in seinem Ermessen bezüglich des *convenio regulador* die Privatautonomie der Ehegatten hinsichtlich des Kinderwohls

³⁶⁷ Vgl. Langner, Ehescheidung, S. 181

³⁶⁸ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 777, S. 4165

³⁶⁹ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 777, S. 4165

³⁷⁰ Falls Art. 777 Nr. 4 LEC jedoch nicht einschlägig sein sollte, so beläuft sich diese Frist nur auf fünf Tage, vgl. Art. 777 Nr. 5 a. E.

³⁷¹ Im Vergleich zur früheren Vorschrift der *Disposición Adicional Sexta*, Nr. 6 ist hier das Verfahren weiter vereinfacht worden. Früher stand den Ehegatten nach Anhörung der Staatsanwaltschaft eine weitere fünftägige Frist zu, um gegebenenfalls einen neuen verbesserten Text und die hierfür notwendigen Beweise vorzuschlagen. Auch dem Gericht stand diesbezüglich eine weitere Nachprüfungspflicht von nicht mehr als zehn Tagen zu. Die jetzige Vereinfachung liegt vor allem darin, dass die Fristen des früheren Beweisverfahrens und des früheren Anhörungsverfahrens zusammengelegt wurden.

zu überprüfen. Hierbei steht insbesondere der Untersuchungsgrundsatz im Vordergrund.

In beiden Fällen hat das Gericht stets darauf zu achten, den gesetzlichen Mindestgehalt eines *convenio regulador* iSv Art. 90 CC zu gewährleisten³⁷².

4. Urteil und Ausspruch über die Folgen

Unverzüglich nach Erfüllung des obigen Beweis- und Anhörungsverfahrens bzw., falls dies nicht notwendig gewesen sein sollte, unverzüglich nach Unterschreibung des Scheidungsantrags durch die Ehegatten spricht das Gericht das stattgebende oder ablehnende Scheidungsurteil aus und befindet darin über den *convenio regulador*, Art. 777 Nr. 6 CC.

Genehmigt das Gericht im Falle einer stattgegebenen Scheidung jedoch den *convenio regulador* nicht bzw. nicht vollständig, so wird den Ehegatten die Möglichkeit gegeben, dem Gericht innerhalb einer zehntägigen Frist eine neue verbesserte Vereinbarung vorzulegen, die sich auf die nicht genehmigten Punkte zu beschränken hat, Art. 777 Nr. 7 Satz 1 LEC. Drei Tage nach Vorlage bzw. nach Ablauf dieser zehntägigen Frist entscheidet dann das Gericht über den verbesserten *convenio regulador* durch Beschluss (Art. 777 Nr. 7, Satz 2 LEC), wobei es bei wiederholter fehlender Genehmigung der Vereinbarung die Maßnahmen der Art. 91 ff anzuordnen hat³⁷³.

Gegen das stattgebende Urteil mit genehmigtem *convenio regulador* bzw. gegen das stattgebende Urteil mit späterem Beschluss, der vollumfänglich dem neu vorgeschlagenen *convenio regulador* der Ehegatten zustimmt, sind keine Rechtsmittel zulässig. Lediglich die Staatsanwaltschaft kann gegen diese Entscheidungen im Interesse der minderjährigen und geistig behinderten Kinder Rechtsmittel einlegen, Art. 777 Nr. 8, Abs. 2 LEC.

Gegen einen Beschluss über den *convenio regulador*, der vom Vorschlag der Ehegatten abweicht, kann gem. Art. 777 Nr. 8 iVm Art. 455 ff LEC

³⁷² Siehe hierzu näher unten: 2.Kap.,A.II.3.a., S. 151

³⁷³ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,A.II.3.b., S. 152

Beschwerde³⁷⁴ eingelegt werden. Eine Berufung gegen das gesamte Urteil kommt nicht in Betracht, da nur der Beschluss belastende Wirkung hat³⁷⁵. Dieser Rechtsbehelf suspendiert weder die Wirksamkeit der letztlich vom Gericht getroffenen Folgemaßnahmen (vgl. oben: Art. 777 Nr. 7, Satz 2 LEC) noch hindert er den Eintritt der Rechtskraft des Urteils über die Scheidung, Art. 777 Nr. 8, Satz 2 LEC.

Gegen das ablehnende Scheidungsurteil kann gem. Art. 777 Nr. 8 iVm Art. 455 ff LEC Berufung eingelegt werden.

Zu bemängeln ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 777 Nr. 6 und Nr. 7 LEC nicht die Fälle berücksichtigt, in denen sich die Ehegatten punktuell uneinig sind. Bei gemeinsamen Scheidungswillen und sonstigen Übereinstimmungen erweisen sich Ehegatten in der Praxis häufig bezüglich des Scheidungsunterhalts als uneinig, so dass auch keine entsprechende Regelung in einen *convenio regulador* aufgenommen werden kann. Auch das Schicksal der Scheidungsfolgen allein dem Gericht iSv Art. 777 Nr. 7 Satz 2 LEC zu überlassen, scheint allein schon aufgrund des Antragsgrundsatzes beim Scheidungsunterhalt³⁷⁶ wenig hilfreich. Der Ausweg bliebe allein das teurere und weniger prozessökonomische streitige Scheidungsverfahren gem. Art. 770 LEC. Ratsamer wäre es hier jedoch, den Ehegatten im Rahmen des einverständlichen Verfahrens eine punktuelle zusätzliche Frist von zehn Tagen zu gewähren, um die wenigen strittigen Tatsachen unter Beweis stellen zu können.

5. Änderungen des *convenio regulador*

Zukünftige Änderungsvorschläge des *convenio regulador* oder über die gerichtlich getroffenen Maßnahmen haben das beschriebene Verfahren des Art. 777 LEC zu durchlaufen, sofern die Änderungen einverständlicher Art sind und innerhalb eines neuen *convenio regulador* bereits vorliegen, Art.

³⁷⁴ Art. 777 Nr. 8 LEC spricht allgemein von *apelación*, wobei hierunter sowohl Berufung als auch Beschwerde zu verstehen ist.

³⁷⁵ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 777, S. 4166

³⁷⁶ Siehe hierzu näher unten: 2.Kap., A.III.5.b.aa., S. 213

777 Nr. 9, Satz 1 LEC.

Sollte hingegen eine Änderung des *convenio regulador* streitig sein, so ist gem. Art. 777 Nr. 9, Satz 2 LEC das Verfahren gem. Art. 775 LEC einzuhalten. Art. 775 LEC befasst sich mit der Änderung von endgültigen Folgemaßnahmen.

V. Das Scheidungsurteil

1. Primat des Staates

Der *Código Civil* begründet kein beliebiges Wahlrecht der Ehegatten auf Scheidung, sondern stellt vielmehr nur eine Reihe von Scheidungsgründen auf, bei deren Verwirklichung sich die Ehegatten an den Richter wenden und eine Scheidung beantragen können³⁷⁷. Die Scheidung der Ehe ist eine Entscheidung, die bewusst dem Staat vorbehalten ist (vgl. Art. 89 CC) und derer sich die Rechtsprechungsorgane anzunehmen haben³⁷⁸. Dem Gesetzgeber kam es darauf an, dass die Ehe nur durch ein staatliches Organ und kraft des diesem zugeteilten Ermessen gelöst werden könne und dies nicht kraft einer schlichten Umsetzung eines Individualrechtes geschehe³⁷⁹.

Das Scheidungsverfahren erhebt für sich den Anspruch einer erhöhten staatlichen Fürsorge und somit vermehrt auch eines untersuchenden Charakters³⁸⁰. Demzufolge ist das Scheidungsurteil abhängig von der im Ermessen des Richters liegenden Bewertung über die tatsächliche Unmöglichkeit der Ehegatten, eine materielle und geistige Ehegemeinschaft aufrechtzuerhalten oder wiederaufzunehmen³⁸¹.

2. Konstitutive Wirkung des Scheidungsurteils

Das Scheidungsurteil bestimmt sich nach Art. 447, 206 ff iVm Art. 770 LEC bzw. iVm Art. 777 Nr. 6 LEC.

Es ist konstitutiver Natur, begründet einen neuen Rechtszustand und ändert folglich die bisherigen Rechtsverhältnisse³⁸². Die Wirksamkeit des

³⁷⁷ Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 130; ders., in: *Comentario del Código Civil*, Art. 89, S. 379; siehe hierzu auch oben: 1.Kap.,B.II.2.c., S. 23

³⁷⁸ Vgl. Marín García, *Acuerdos de los conyuges*, S. 18; Lacruz/Sancho, *Derecho de familia*, S. 145; Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 102

³⁷⁹ Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 131

³⁸⁰ García Cantero, in: Albaladejo, *Comentarios al Código Civil*, Art. 88 y 89, S. 349

³⁸¹ Montés Penadés, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 89, S. 379

³⁸² López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 557; Roca Trías, in: *Comentarios del Código Civil*, Art. 97, S. 403; Montero Aroca, *La pensión compensatoria*, S. 110; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 160/161; Montés Penadés, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 131, 379; ders., in:

Scheidungsurteils ergibt sich vom Zeitpunkt der Rechtskraft an (*ex nunc*), vgl. Art. 89 CC, also nachdem es mit Rechtsmitteln nicht mehr angreifbar ist.

Es ist beim Urteil zwischen dem Ausspruch über die Scheidung als solcher und dem Ausspruch über die Folgen zu unterscheiden. Werden nur die Scheidungsfolgen rechtlich angegriffen, ändert sich nichts an der Rechtskraft des Scheidungsurteils, vgl. Art. 774 Nr. 5 bzw. Art. 777 Nr. 8 LEC.

VI. Einstweilige gerichtliche Maßnahmen

Offensichtlich ist, dass es bis zu einem rechtskräftigen und konstitutiven Scheidungsurteil einer gewissen Verfahrensdauer bedarf. Dennoch ist es ein nicht seltenes Verlangen der Ehegatten, bereits im Vorfeld oder während des Scheidungsverfahrens rechtliche Maßnahmen getroffen zu haben, die Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Schutz vor unbilligen Härten in der Phase des rechtlichen Scheidungsstreites schaffen. Dies betrifft die Fälle, in denen kein *convenio regulador* besteht bzw. in denen die Ehegatten streitig miteinander verhandeln.

Hierfür hat der spanische Gesetzgeber sog. einstweilige gerichtliche Maßnahmen (*medidas provisionales*) in Art. 771 – 773 LEC iVm Art. 102 ff CC geregelt, die in der Praxis zahlreichen auf Scheidungsurteil beruhenden Maßnahmen vorausgehen³⁸³.

Diese Maßnahmen entsprechen im Wesentlichen den gesetzlichen Scheidungsfolgen gem. Art. 91 ff CC³⁸⁴, auch wenn sie materiellrechtlich explizit in Art. 103, 102 CC und Art. 104 iVm Art. Art. 103, 102 CC geregelt sind. Bei diesen einstweiligen Maßnahmen ist zwischen diesen vor Einreichung des Scheidungsantrags (Art. 771 LEC) bzw. nach eingereichtem bzw. zugelassenem Scheidungsantrag (Art. 772 LEC) und jenen nach eingereichtem bzw. zugelassenem Scheidungsantrag (Art. 773 LEC) zu unterscheiden.

1. Einstweilige Maßnahmen vor Einreichung der Scheidungsklage, Art. 771 LEC

Derjenige Ehegatte, der beabsichtigt sich scheiden zu lassen, kann bereits vor Beantragung der Scheidung die in Art. 102 und 103 CC erwähnten Folgen und Maßnahmen beantragen, Art. 771 Nr. 1 LEC, Art. 104 Abs. 1 CC.

³⁸³ López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 558

³⁸⁴ Siehe hierzu näher unten: 2.Kap., A.II.3.b., S. 147 f

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 771 Nr. 1 LEC die Besonderheit, dass das Gericht am Wohnsitz (vgl. Art. 40 CC) des antragstellenden Ehegatten zuständig ist.

Zwar ist allein für die Stellung des Antrags kein *abogado* oder *procurador* notwendig, jedoch werden diese für den sämtlichen weiteren Schriftverkehr und Prozesshandlungen benötigt, Art. 771 Nr. 1 Satz 2 LEC iVm Art. 750 Nr. 2 LEC. Im Antrag können ausschließlich nur die Maßnahmen der Art. 102 und Art. 103 LEC beantragt werden, wodurch z. B. die Beantragung des Scheidungsunterhalts gem. Art. 97 CC (*pensión compensatoria*)³⁸⁵ ausgeschlossen bleibt³⁸⁶.

Nach Antragseingang hat das Gericht die Ehegatten und bei Vorliegen von minderjährigen oder geistig behinderten Kindern auch die Staatsanwaltschaft zu einem Termin zu laden, der innerhalb der nächsten zehn Tage stattzufinden hat, Art. 771 Nr. 2, Abs. 1, Satz 1 LEC. An diesem Termin hat der beklagte Ehegatte mit seinem Rechtsanwalt bzw. Prozessbevollmächtigten teilzunehmen, Art. 771 Nr. 2, Abs. 1, Satz 2 LEC. Sofern es keine Einigung der Ehegatten bezüglich der Maßnahmen gibt oder sofern eine Einigung unter etwaiger Anhörung³⁸⁷ der Staatsanwaltschaft nicht oder nicht ganz vom Gericht genehmigt wird, sind gem. Art. 771 Nr. 3, Abs. 1, Satz 1 LEC im oben bezeichneten Termin die gegensätzlichen Ansichten zu hören und die entsprechenden geeigneten und einschlägigen Beweise zu erbringen. Falls ein Beweis im Termin nicht erbracht werden kann, ist im selbigen ein weiterer Termin innerhalb der nächsten zehn Tage anzuzeigen, an dem dessen Erbringung stattzufinden hat, Art. 771 Nr. 3, Abs. 1, Satz 2 LEC. Das unentschuldigte Fernbleiben eines der Ehegatten an diesem Termin kann dazu führen, dass vom Gericht die vom anwesenden Ehegatten zu Vermögenssachen behaupteten Tatsachen als wahr unterstellt werden, Art. 771 Nr. 3, Abs. 2 LEC.³⁸⁸

Nach Ablauf dieses Verhandlungstermins bzw. nach Ablauf des Beweistermins iSv Art. 771 Nr. 3, Abs. 1, Satz 2 LEC entscheidet das

³⁸⁵ Zum Begriff des Scheidungsunterhalts als *pensión compensatoria*, siehe unten: 2.Kap.,A.II.2., S. 148

³⁸⁶ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 771, S. 4109

³⁸⁷ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,C.III.4., S. 112; C.IV.3., S. 117

³⁸⁸ Siehe ähnlich beim streitigen Scheidungsverfahren oben: 1.Kap.,C.III.3., S. 111

Gericht innerhalb von drei Tagen durch Beschluss. Gegen diesen gibt es keine Rechtsbehelfe.

Die hiernach vom Gericht beschlossenen Wirkungen und Maßnahmen bleiben nur dann bestehen, wenn der antragstellende Ehegatte innerhalb von dreißig Tagen nach dem Beschluss Scheidungsklage einreicht, Art. 771 Nr. 5 LEC, Art. 104 Abs. 2 CC.

Sofern es die Dringlichkeit des Falles nahe legt, kann das Gericht gem. Art. 771 Nr. 2, Abs. 2 LEC mit der Ladung der Parteien zugleich die Maßnahmen des Art. 102 CC und all das, was für die Obhut der Kinder, die Wohnungsnutzung und den Hausrat angebracht erscheint, beschließen. Gegen diesen Beschluss gibt es ebenso keine Rechtsbehelfe. Zu bedenken ist, dass der Antragsgegner ohne rechtliches Gehör mit diesem Dringlichkeitsbeschluss konfrontiert wird. Darum ist der Begriff der Dringlichkeit restriktiv auszulegen und nur auf die Fälle familiärer Gewalt gegenüber dem Antragssteller oder den Kindern zu erstrecken³⁸⁹.

2. Einstweilige Maßnahmen iSv Art. 771 LEC nach eingereichtem Scheidungsantrag, Art. 772 LEC

Gemäß Art. 772 Nr. 1 LEC werden die vor dem eingereichten Scheidungsbegehren getroffenen Maßnahmen (vgl. Art. 771 LEC) und die diesbezügliche Prozessführung im Zulassungsbeschluss gem. Art 440 Nr. 1 LEC³⁹⁰ als Beschlüsse des Scheidungsverfahrens mit übernommen.

Sollte das Scheidungsverfahren vor einem anderen Gericht stattfinden als in dem vorhergehenden Verfahren über den einstweiligen Rechtsschutz, so ist die Übernahme der Maßnahmen von den Parteien zu beantragen.

Nur für den Fall, dass das Gericht eine Ergänzung oder Änderung der vorher getroffenen Maßnahmen für angebracht hält, beruft es die Parteien zu einem Gerichtstermin ein, der sich wiederum auf das Verfahren in Art. 771 LEC stützt, Art. 772 Nr. 2 LEC.

³⁸⁹ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 771, S. 4110

³⁹⁰ Siehe hierzu oben: I.Kap., C.III.1., S. 108

Beschlüsse gem. Art. 772 LEC sind nicht mit Rechtsbehelfen anfechtbar, Art. 772 a. E. LEC.

*3. Einstweilige Maßnahmen in Abhängigkeit von der zugelassenen
Scheidungsklage, Art. 773 LEC*

Immer dann, wenn noch keine vorherigen Maßnahmen getroffen wurden, kann der antragstellende Ehegatte in seinem Scheidungsantrag diejenigen einstweiligen Maßnahmen beantragen, die er für angemessen hält, Art. 773 Nr. 1, Satz 1 LEC. Wichtig ist hierbei, dass dieser Antrag auf einstweilige Maßnahmen zugleich mit dem Scheidungsantrag zu erfolgen hat. Eine Nachreichung des Antrags auf einstweilige Maßnahmen ist grundsätzlich nicht möglich³⁹¹.

Ebenso können die Ehegatten gem. Art. 773 Nr. 1, Satz 2 LEC dem Gericht eine gemeinsame Vereinbarung zur Überprüfung übergeben, die jedoch weder hinsichtlich der einschlägigen gegenseitigen Ansprüche der Ehegatten noch hinsichtlich der Entscheidungsfindung des Gerichts über die endgültigen Maßnahmen bindende Wirkung hat, Art. 773 Nr. 1, Satz 3 LEC.

Nach Zulassung der Scheidungsklage entscheidet das Gericht über die Anträge des Art. 773 Nr. 1 LEC. Sollten diese nur unzureichend vorliegen, trifft das Gericht die iSv Art. 103 CC angezeigten Maßnahmen, Art. 773 Nr. 2 LEC.

Vor der Entscheidung des Gerichts über die Anträge hat dieses einen Termin iSv Art. 771 LEC einzuberufen. Gegen den entscheidenden Beschluss des Gerichts sind keine Rechtsbehelfe möglich.

Ebenso wie der klagende Ehegatte kann auch der beklagte Ehegatte einstweilige Maßnahmen beantragen, Art. 773 Nr. 4, Abs. 1 LEC, sofern diese nicht bereits vorher getroffen oder bereits vom klagenden Ehegatten beantragt worden waren.

³⁹¹ Pérez Martín, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 773, S. 4125

Dieser Antrag ist in der Klageerwiderung zu stellen und im Haupttermin zu behandeln, sofern dieser innerhalb von zehn Tagen nach Eingang der Klageerwiderung stattfindet. Das Gericht entscheidet hierüber im Haupttermin durch nicht anfechtbaren Beschluss, wenn absehbar ist, dass nicht sofort nach dem Haupttermin ein Urteil gefällt werden kann. Sollte der Haupttermin in diesem Zeitraum nicht ersichtlich sein, bestimmt Art. 773 Nr. 4, Abs. 2 LEC, dass ein Termin iSv Art. 771 LEC festzusetzen ist.

Bedeutsam ist die Vorschrift des Art. 773 Nr. 5 LEC. Dieser besagt, dass die einstweiligen Maßnahmen unwirksam sind, sobald sie durch entsprechende Maßnahmen des Scheidungsurteils endgültig ersetzt werden oder wenn das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anderweitig endet. Letzteres ist z. B. bei einer Wiederversöhnung der Fall, Art. 88 CC iVm Art. 106 CC.

VII. Exkurs: Duplizität von gerichtlichem Trennungs- und Scheidungsverfahren

Gemäß obigen Erläuterungen zur Scheidung³⁹² kann ein Scheidungsverfahren direkt, das heißt ohne vorheriges Trennungsverfahren, angestrebt werden. Ein Blick auf den Art. 86 CC genügt jedoch, um zu erkennen, dass der Reformgesetzgeber die gerichtliche Trennung als eine Art Vorstufe oder Zwischenakt vor einer Scheidung der Ehe betrachten wollte.

Die Problematik einer Duplizität von Trennungs- und Scheidungsverfahren besteht in der Frage, inwieweit das Gericht im streitigen Scheidungsverfahren an Vorgänge des Trennungsverfahrens rechtlich gebunden bzw. durch sie beeinflusst sein könnte. Zwei wesentliche Verfahrenskonstellationen sind im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt näher zu betrachten: das vorhergehende streitige oder einverständliche Trennungsverfahren unter Mitbehandlung und Entscheidung über den Trennungsunterhalt (*pensión compensatoria*)³⁹³ einerseits und das vorhergehende streitige oder einverständliche Trennungsverfahren jeweils ohne Behandlung der *pensión compensatoria*.

1. Gerichtliche Entscheidung über die pensión compensatoria im Trennungsverfahren

Sollte über die *pensión compensatoria* im Trennungsverfahren bereits entschieden worden sein, ist vor allem fraglich, ob diese Regelung des Unterhalts im Scheidungsverfahren bindend zu übernehmen ist.

³⁹² Siehe hierzu oben: Übersicht zur Scheidung, S. 90 f

³⁹³ Zum Begriff der *pensión compensatoria* und seine Bedeutung als gemeinsame Folge iSv Art. 90 ff CC, siehe unten: 2.Kap., A.II.1 und 2., S. 147 ff

a. Einbeziehung des Trennungsverfahrens in das Scheidungsverfahren

Gelegentlich wird vertreten, dass das nachfolgende Scheidungsverfahren die Fortführung des Trennungsverfahrens sei. Insoweit ist es überflüssig und unnötig, bereits beantragte und behandelte Verfahrensgegenstände nochmals in einem Scheidungsverfahren zu erörtern. Die explizite Beantragung der *pensión compensatoria* im Scheidungsverfahren ist nicht erforderlich, sondern bereits als im Trennungsverfahren erfolgt zu betrachten³⁹⁴. Begründet wird dies mit der Maßgeblichkeit des tatsächlichen Bruchs der ehelichen Beziehung, der im Falle der Trennung und Scheidung jeweils unverändert bestünde und daher zu gleichen Ergebnissen führe³⁹⁵.

Gemäßiger sind diejenigen Ansichten, die zwar zwischen Trennungs- und Scheidungsverfahren grundsätzlich unterscheiden, jedoch eine nochmalige Behandlung bereits im Trennungsverfahren gefundener Ergebnisse bei unveränderten Vermögensverhältnissen für unnötig befinden. Es genügt hierbei die Wiederholung des Antrags aus dem Trennungsverfahren³⁹⁶. Falls jedoch Änderungen in den Vermögensverhältnissen vorliegen, die zu einer Änderung der bereits entschiedenen *pensión compensatoria* führen sollten, so sind diese nur bei Darlegung einer wesentlichen Veränderung gem. Art. 100 CC oder der Voraussetzungen des Art. 101 CC im Scheidungsverfahren zu berücksichtigen³⁹⁷. Argumentiert wird hierbei mit Art. 91 a. E. CC bzw. Art. 100 CC, die an einer bereits gerichtlich entschiedenen *pensión compensatoria* nur noch wesentliche Veränderungen zulassen. Eine grundsätzliche und von neuem zu erfolgende Überprüfung der bereits im Trennungsverfahren entschiedenen Maßnahmen wird jedoch verneint³⁹⁸.

Den Vertretern dieser Ansichten ist aber jedenfalls gemein, dass bei

³⁹⁴ SAP Cádiz v. 07. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3900; SAP Valladolid v. 10. Juli 1998, ArC-Data 1998, Nr. 6218; SAP Asturias v. 21. Dezember 1994, RGD 1996, 1433; vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 165/166; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 120

³⁹⁵ SAP Cádiz v. 07. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3900; SAP Valladolid v. 10. Juli 1998, ArC-Data 1998, Nr. 6218

³⁹⁶ SAP Segovia v. 27. Juni 1995, ArC 1995, Nr. 1168

³⁹⁷ SAP Bilbao v. 14. Dezember 1998, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 166, Fn. 210; SAP Valencia v. 24. Dezember 1992, RGD 1993, 5360. – Zu Art. 100 und 101, siehe unten: 2.Kap., C.III.2., S. 335 und 3., S. 343

³⁹⁸ SAP Bilbao v. 14. Dezember 1998, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 166, Fn. 210

rechtskräftiger Versagung der *pensión compensatoria* im Trennungsverfahren ein Zuspruch der *pensión compensatoria* im Scheidungsverfahren keineswegs möglich ist³⁹⁹.

b. Strikte Exklusivität von Trennungs- und Scheidungsverfahren

Die mehrheitliche Rechtsprechung geht im Gegensatz dazu von einer strikten Trennung beider Verfahren aus. Trennungs- und Scheidungsverfahren sind völlig unabhängig voneinander und beschreiben unterschiedliche Verfahrensgegenstände. Demzufolge ist im Scheidungsverfahren die *pensión compensatoria* von neuem hinsichtlich der Voraussetzungen und des Umfangs zu überprüfen⁴⁰⁰. Die *pensión compensatoria* ist im nachfolgenden Scheidungsverfahren so zu behandeln, als ob ein vorhergehendes Trennungsverfahren nicht stattgefunden hätte⁴⁰¹. Der im Scheidungsverfahren zuständige Richter ist folglich nicht an irgendwelche Vorgaben des Trennungsprozesses gebunden⁴⁰². Es handelt sich somit gerade nicht um eine Änderung der zuvor entschiedenen *pensión compensatoria*, sondern um eine eigenständige Neubegründung derselbigen. Ob diese Neubegründung letztlich einer Beibehaltung oder Änderung der im Trennungsverfahren entschiedenen *pensión compensatoria* entspricht, ist belanglos⁴⁰³.

Begründet wird diese Eigenständigkeit des Scheidungsverfahrens insbesondere mit den aus der Scheidung resultierenden zivilrechtlichen Folgen. Durch die Scheidung wird ein neuer zivilrechtlicher Status geschaffen. Anders als bei der Trennung ist die Ehe nicht nur suspendiert, sondern aufgelöst. Ansprüche wegen *alimentos* gem. Art. 142 ff CC oder etwaige Erbschaftsrechte entfallen beispielsweise mit der Scheidung, jedoch

³⁹⁹ SAP Orense v. 18. April 1998, ArC 1998, Nr. 775; SAP Oviedo v. 21. Dezember 1994, RGD 1996, 1433; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 28. Februar 1994, ACAud. 1994, 1085

⁴⁰⁰ SAP Segovia v. 18. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3860; SAP Palencia v. 24. Februar 1997, ACAud. 1997, 1035; SAP Madrid v. 14. Juni 1996, ACAud. 1996, 2603; SAP Segovia v. 27. Juni 1995, ArC 1995, Nr. 1168; SAP Valencia v. 10. April 1995, ArC 1995, Nr. 675; SAP Vizcaya v. 23. Februar 1994, ACAud. 1994, 717; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 162

⁴⁰¹ SAP Toledo v. 05. Juli 1995, ArC 1995, Nr. 1567

⁴⁰² Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 118; SAP Segovia v. 18. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3860; SAP Málaga v. 03. November 1998, ArC-Data 1998, Nr. 8932

⁴⁰³ SAP Málaga v. 03. November 1998, ArC-Data 1998, Nr. 8932; SAP Madrid v. 14. Juni 1996, ACAud. 1996, 2603; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 114

nicht mit der gerichtlichen Trennung⁴⁰⁴.

c. Ergebnis

Aufgrund der uneinheitlichen Rechtsanschauungen der *Audiencias Provinciales* in dieser Frage unterliegen die streitenden Parteien einer enormen Rechtsunsicherheit mit bedeutender Tragweite, denn je nach *Audiencia Provincial* ist die Feststellung einer *pensión compensatoria* im Scheidungsfall möglich bzw. leichter zugänglich oder eben nicht.

Unzweifelhaft schwebt in der Rechtspraxis über einem gegenwärtigen Scheidungsverfahren ein zuvor ergangenes Trennungsverfahren. Trennung und Scheidung sind in tatsächlicher Hinsicht ähnlich, insofern wäre es außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, das Trennungsverfahren insgesamt zu ignorieren. Jedoch führen rechtliche Aspekte zu einer differenzierenden Betrachtung:

Mit erstgenannter Rechtsansicht ist zwar grundsätzlich der Gedanke der Prozessökonomie nachzuvollziehen, der zur Einbeziehung des Trennungsverfahrens führt und eine erneute Beweiserhebung entbehrlich machen soll. Dennoch ist diesem Argument insofern wenig abzugewinnen, als dass auch bei strikter Unterscheidung der Verfahren Tatsachen des Trennungsverfahrens aufgrund ihrer prozessualen Vorbereitung in einem späteren Scheidungsverfahren synergetisch und daher ökonomisch eingeführt werden können.

Jedoch trägt allein die zweitgenannte Rechtsansicht, die das Trennungs- und Scheidungsverfahren exklusiv betrachtet, der Unterschiedlichkeit beider Verfahren in ausreichendem Umfang Rechnung.

Von entscheidender Relevanz ist hierbei, dass beide Institute unterschiedliche zivilrechtliche Wirkungen haben, insbesondere hebt nur die Scheidung das eheliche Band auf, vgl. Art. 83, 85 CC. Durch sie wird ein

⁴⁰⁴ Siehe hierzu auch: 1.Kap.,B.II.3., S. 25 ff und 2.Kap.,A.III.3.c.cc, S. 199 ff; vgl. SAP Madrid v. 14. Juni 1996, ACAud. 1996, 2603; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 164

neuer zivilrechtlicher Status geschaffen, Ehegatten sind nunmehr *Ex-Ehegatten*.

Die gerichtliche Trennung ist zudem rechtlich betrachtet keineswegs unweigerliche Voraussetzung für die Scheidung, lediglich unter Einbeziehung eines vorherigen gerichtlichen Trennungsverfahrens können die Wartezeiten des *cese efectivo* für eine Scheidung verkürzt werden⁴⁰⁵, vgl. Art. 86 CC. Gesetzessystematisch lässt bereits der *Código Civil* erkennen, dass Trennung (Art. 81 ff CC) und Scheidung (Art. 85 ff CC) zwei unterschiedliche Rechtsinstitute sind.

Zu bedenken ist weiterhin die konstitutive Wirkung des Trennungs- bzw. Scheidungsurteils für die resultierende Folge der *pensión compensatoria*. Aus rechtsdogmatischen Gründen erscheint es schwer vertretbar, die in einem Scheidungsverfahren zu erörternde *pensión compensatoria* von Ergebnissen eines *Trennungsurteils* abhängig zu machen, dessen konstitutive Wirkung für die *Scheidungsfolgen* gar nicht bestehen kann.

Der Reformgesetzgeber hat bewusst zwischen dem Institut der Trennung und der Scheidung unterschieden. Ersteres hat sich an der Folge der Suspendierung der ehelichen Beziehung, letzteres an der Folge der Auflösung der ehelichen Beziehung zu orientieren. Hieraus ergibt sich letztlich, dass Trennungs- und Scheidungsverfahren gegenständlich in einem Exklusivitätsverhältnis zu stehen haben, so dass im Scheidungsverfahren keinerlei Bindungswirkungen der rechtskräftigen Entscheidung des Trennungsverfahrens über die *pensión compensatoria* bestehen können.

2. Gerichtliche Entscheidung über die *pensión compensatoria* erstmalig im Scheidungsverfahren

Während obig geschilderte Situation davon ausgeht, dass im vorhergehenden Trennungsverfahren eine *pensión compensatoria* bereits beantragt und entschieden wurde und aufgrund der Rechtskraft des

⁴⁰⁵ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.a., S. 38 ff

Trennungsurteils verfahrensrechtliche Überlegungen bezüglich des Scheidungsverfahrens anzustellen sind, ist die vorliegende Situation von gänzlich anderer Betrachtung: Sollte *erstmalig* im nachfolgenden Scheidungsverfahren die *pensión compensatoria* beantragt worden sein, sei es, weil ein entsprechender Antrag im streitigen Trennungsverfahren oder im *convenio regulador* nicht gestellt worden war, so kommt das Problem einer etwaigen Bindungswirkung durch das vorhergehende Verfahren gar nicht in Betracht, denn mangels Entscheidung über eine *pensión compensatoria* kann sich auch keine diesbezügliche Rechtskraft erstrecken⁴⁰⁶. Vorliegende Situation wird vielmehr von der Frage bestimmt, wie sich die Nichtbeantragung im Trennungsverfahren materiellrechtlich auf das Scheidungsverfahren auswirken kann.

*a. Keine materiellrechtliche Auswirkung: Beantragungsmöglichkeit der
pensión compensatoria*

Teilweise wird in der Rechtsprechung vertreten, dass die Nichtbefassung der *pensión compensatoria* im Trennungsverfahren zu keinerlei Auswirkungen im Scheidungsverfahren führe. Hiernach kann die *pensión compensatoria* ohne weiteres erstmalig im Scheidungsverfahren beantragt werden⁴⁰⁷. Ebenso wird verfahren, falls bei einer einverständlichen Trennung in der gemeinsamen Trennungsvereinbarung iSv Art. 81 Nr. 1 CC (*convenio regulador*) auf die *pensión compensatoria* verzichtet bzw. diese nicht vereinbart wird⁴⁰⁸.

Hierunter fallen auch jene Ansichten, die eine wirksame Beantragung der *pensión compensatoria* erst im Scheidungsverfahren bejahen, sofern im Trennungsverfahren zumindest der notwendige Lebensunterhalt

⁴⁰⁶ Dies wird von vielen Gerichten verkannt bzw. durcheinander gebracht. - Anschaulich hierzu: SAP León v. 04. Dezember 1997, ArC 1997, Nr. 2435

⁴⁰⁷ SAP Santa Cruz de Tenerife v. 13. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4110; SAP Barcelona v. 21. Dezember 1998, ArC-Data 1998, Nr. 8627; SAP León v. 04. Dezember 1997, ArC 1997, Nr. 2435; SAP Albacete v. 05. Mai 1993, ACAud. 1993, 1717; SAP Madrid v. 12. November 1992, in: Hijas, Derecho de familia, S. 285; SAT Santa Cruz de Tenerife v. 23. März 1987, in: Zarraluqui Sánchez La pensión compensatoria, S. 163, Fn. 198

⁴⁰⁸ SAP Lleida v. 14. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7130; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 13. Februar 1998, ArC 1998, Nr. 421; SAP Almería v. 11. März 1992, RJAnd 1993, 202; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 131; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 167

(*alimentos*)⁴⁰⁹ iSv Art. 142 ff CC zugesprochen worden war und nunmehr durch die *pensión compensatoria* ersetzt werden soll⁴¹⁰.

Diese Rechtsprechung argumentiert mit der Unterschiedlichkeit zwischen Trennungs- und Scheidungsverfahren und einer fehlenden Möglichkeit der Rechtskrafterstreckung⁴¹¹. Ferner sei zu beachten, dass der anspruchstellende Ehegatte mit der Scheidung die Berechtigung auf die *alimentos* iSv Art. 142 ff CC verliert, was zu einer *pensión compensatoria* iSv Art. 97 Abs. 1 Nr. 7 CC führen könnte, die ihm nicht verwehrt werden dürfe⁴¹².

b. Materiellrechtliche Auswirkung: Keine Beantragungsmöglichkeit der pensión compensatoria

Eine sich in den vergangenen Jahren beständig entwickelte Rechtsprechung kommt darin überein, dass bei Nichtbeantragung der *pensión compensatoria* im vorhergehenden streitigen Trennungsverfahren bzw. bei Nichtfestsetzung im *convenio regulador* eine spätere erstmalige Beantragung im Scheidungsverfahren nicht möglich sei. Dies unabhängig davon, ob sich in der Zwischenzeit Vermögensverhältnisse verändert haben oder nicht⁴¹³.

Begründet wird dies einerseits mit der schlichten Annahme, dass bei Nichtbeantragung im Trennungsverfahren der tatsächliche Bruch der Ehe mit Beginn des *cese efectivo* nicht zu einem *desequilibrio económico* geführt haben kann, sonst hätte man die *pensión compensatoria* eben beantragt. Aus dem Bruch der Ehe nachträglich resultierende

⁴⁰⁹ Zur Unterscheidung zwischen *alimentos* und *pensión compensatoria*, siehe unten: 2. Kap., A.III.3.c., S. 196 ff

⁴¹⁰ SAP Cádiz v. 07. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3900; SAP Salamanca v. 23. Juni 1998, LL 1998, 9712

⁴¹¹ Siehe hierzu oben: 1.Kap., C.VII.1.b., S. 130; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 164; SAP Lleida v. 14. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7130; SAP León v. 04. Dezember 1997, ArC 1997, Nr. 2435

⁴¹² SAP Salamanca v. 23. Juni 1998, ArC 1998, Nr. 1196; SAP Lleida v. 14. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7130; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 13. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4110

⁴¹³ SAT Barcelona v. 01. Dezember 2001, ArC-Data 2002, Nr. 520; SAP Cantabria v. 11. Oktober 1999, ArC 1999, Nr. 2129; SAP Álava v. 07. Juli 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5604; SAP Barcelona v. 01. Dezember 1998, RJC 1999/II, 345; SAP Las Palmas v. 23. März 1998, LL 1999, 259; SAP La Rioja v. 02. März 1998, ArC 1998, Nr. 682; SAP Salamanca v. 23. Januar 1998, LL 1998, 9712; SAP Cádiz v. 14. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 2893; SAP León v. 04. Dezember 1994, ArC 1997, Nr. 2435; SAP Toledo v. 07. Juli 1995, ArC 1995, Nr. 1661; SAP Oviedo v. 07. Februar 1989, RGD 1990, 3843

Vermögensumstände brauchen schließlich auch nicht berücksichtigt zu werden⁴¹⁴ ⁴¹⁵. Daher sei eine erstmaligen Beantragung im Scheidungsverfahren abzulehnen.

Andererseits wird als maßgebliche Begründung angeführt, dass der anspruchstellende Ehegatte mit der Nichtbeantragung bzw. Nichtfestsetzung der *pensión compensatoria* konkludent auf diese verzichte⁴¹⁶.

c. Ergebnis

Erstgenannter Ansicht (a.) kann nicht gefolgt werden. Die Unterschiedlichkeit des Trennungs- und Scheidungsverfahrens als Argument dafür anzuführen, dass die *pensión compensatoria* auch erstmalig im Scheidungsverfahren beantragt werden kann, erweist sich wenig brauchbar, denn vorliegend handelt es sich schlichtweg um die Auslegung eines (passiven) Verhaltens des anspruchstellenden Ehegatten und letztlich um dessen materiellrechtliche Auswirkungen. Dies ist unabhängig davon, ob beide Verfahren fortführend oder exklusiv verstanden werden.⁴¹⁷

Auch der Wegfall des Anspruchs auf *alimentos* vermag wenig für eine Beantragungsmöglichkeit der *pensión compensatoria* im Scheidungsverfahren zu sprechen. Bereits im Trennungsverfahren besteht die Möglichkeit, die *pensión compensatoria* zu beantragen, mit der Folge, dass die *alimentos* dann in der *pensión compensatoria* aufgingen⁴¹⁸. Sollte dies jedoch versäumt worden sein, so ist nicht einsichtig, warum der Verlust der auf das Notwendige reduzierten *alimentos* durch die wirtschaftlich umfassendere *pensión compensatoria* im Nachhinein ersetzt werden soll.

Ferner widerspricht es der Prozessökonomie und der Sauberkeit des

⁴¹⁴ SAP Cantabria v. 11. Oktober 1999, ArC 1999, Nr. 2129; SAP Álava v. 07. Juli 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5604; SAP Cádiz v. 14. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 2893; SAP Toledo v. 07. Juli 1995, ArC 1995, Nr. 1661; SAP Oviedo v. 07. Februar 1989, RGD 1990, 3843; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 128

⁴¹⁵ Zu nachträglichen Umständen näher, siehe unten: 2.Kap.,B.II.3.b.bb., S. 282 ff

⁴¹⁶ SAP Las Palmas v. 23. März 1998, ACAud. 1998, 1081; SAP Salamanca v. 23. Januar 1998, LL 1998, 9712; vgl. Zaraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 165

⁴¹⁷ Jedoch wird die notwendige Unterscheidung eines verfahrensrechtlichen Problems von dem eines materiellrechtlichen Problems von beiden dargelegten Ansichten nicht konkret angesprochen. Vielmehr vermengt insbesondere die Rechtsprechung (vgl. oben: 1.Kap.,C.VII.1.a., S. 129), die eine Beantragungsmöglichkeit im Scheidungsverfahren noch für möglich erachtet, diese Problematiken. - Vgl. auch Fn. 406

⁴¹⁸ Siehe hierzu näher unten: 2.Kap.,A.III.3.c.aa., S. 197

Rechtsverkehrs, Anwälten eine günstige Option in Aussicht zu stellen, eventuell versäumte Anträge oder Tatsachen in einem späteren Verfahren nachzuholen und zu korrigieren.

Maßgeblich muss daher im Sinne der zweitgenannten Ansicht (b.) darauf abzustellen sein, wie die Nichtbeantragung bzw. -festsetzung ausgelegt werden kann.

Die Nichtbeantragung bzw. -festsetzung der *pensión compensatoria* im Trennungsverfahren kann aus juristischer Sicht zwei Gründe haben: Entweder die Voraussetzung des kausalen wirtschaftlichen Ungleichgewichts (*desequilibrio económico*)⁴¹⁹ liegt nicht vor, oder sie liegt vor, jedoch verzichtet der benachteiligte Ehegatte auf die Beantragung dieses der Dispositionsmaxime unterliegenden Rechts.

Sollte ein *desequilibrio económico* nicht vorliegen, so ist die Nichtbeantragung nur allzu konsequent. Zu bedenken ist hierbei, dass die Ehegatten jedenfalls anwaltlich vertreten sein müssen und dementsprechend beraten sein werden⁴²⁰. Da sowohl die gerichtliche Trennung als auch die Scheidung den tatsächlichen Bruch der ehelichen Beziehung als das für das *desequilibrio económico* kausale Ereignis betrachten (Beginn des *cese efectivo*)⁴²¹, sind grundsätzlich nachfolgende Vermögensveränderungen auch im etwaigen Scheidungsverfahren unerheblich und können nicht für die Bestimmung des *desequilibrio económico* herangezogen werden. Nur für den Ausnahmefall, dass sich Umstände wirtschaftlich erst nach dem Bruch der Ehe auswirken, jedoch ihren Ursprung in der intakten Ehezeit haben, kann sich im Nachhinein noch das kausal verursachte *desequilibrio económico* verändern⁴²².

Sollte ein *desequilibrio económico* vorliegen, so ist die Nichtbeantragung nur dahingehend zu deuten, dass der benachteiligte Ehegatte den anderen Ehegatten nicht zusätzlich belasten will und auf eine etwaige *pensión compensatoria* verzichten möchte. Angesichts einer anwaltlichen Vertretung

⁴¹⁹ Zum *desequilibrio económico* als maßgebliche Voraussetzung, siehe unten: 2.Kap.,B.II., S. 252

⁴²⁰ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,C.II.2., S. 100. - Zum Fall einer fahrlässigen Nichtbeantragung der *pensión compensatoria* im Trennungsverfahren und Anwaltshaftung des Anwalts, vgl. SAT Barcelona v. 01. Dezember 2001, ArC-Data 2002, Nr. 520

⁴²¹ Siehe hierzu näher unten: 2.Kap.,B.III.1., S. 293 iVm B.II.3.b., S. 278

⁴²² Siehe hierzu oben: Fn. 415; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 128

ist dieses passive Verhalten nicht anders plausibel. Dieser Wille manifestiert sich äußerlich durch das rechtskräftige, die *pensión compensatoria* gerade nicht mitberücksichtigende Trennungsurteil.

Die Nichtbeantragung bzw. -festsetzung im vorhergehenden Trennungsverfahren rechtlich unberücksichtigt zu lassen, erscheint daher nicht einsichtig. Diese Außerachtlassung der *pensión compensatoria* ist somit entweder als ein materiellrechtliches Anerkenntnis oder als ein materiellrechtlicher Verzicht bezüglich des *desequilibrio económico* zu deuten.

Der zweitgenannten Ansicht ist daher im Ergebnis zuzustimmen, jedoch mit der Maßgabe, dass dem anspruchstellenden Ehegatten eine Beantragungsmöglichkeit der *pensión compensatoria* erstmalig im Scheidungsverfahren gewährt werden muss, falls er in diesem die dem Scheitern der Ehe nachfolgenden Umstände, die jedoch ihren Ursprung in der intakten Ehezeit haben, darlegen kann.

2. Kapitel: Der Scheidungsunterhalt

A. Einordnung des spanischen Scheidungsunterhalts

I. Gesetzliche Vorschriften

Artículo 90 CC

El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

Artikel 90 CC

Die Vereinbarung, auf die sich die Art. 81 und 86 dieses Gesetzbuches beziehen, muss sich zumindest auf folgende Punkte erstrecken:

A) die Bestimmung der Person, in deren Obhut die der elterlichen Gewalt beider Ehegatten unterworfenen Kinder verbleiben, die Ausübung dieser Gewalt sowie die Regelung der Besuche, des Verkehrs und des Aufenthalts der Kinder hinsichtlich desjenigen Elternteils, welcher nicht mit ihnen zusammenlebt;

B) falls für notwendig erachtet, die Regelung des Besuchsrechts der Großeltern und des Umgangs der Großeltern mit den Enkeln, wobei stets das Interesse der letzten zu berücksichtigen ist;

C) die Gebrauchsüberlassung der Wohnung und des Familienhausrats;

D) den Beitrag zu den Lasten der Ehe und den Unterhalt, sowie die Grundlagen für deren Aktualisierung und gegebenenfalls Sicherheiten;

E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

E) gegebenenfalls die Liquidierung der güterrechtlichen Verhältnisse;

F) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

F) die Rente, welche gegebenenfalls einem der Ehegatten gemäß Art. 97 zu zahlen ist.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Die zur Regelung der Folgen der Nichtigkeit, Trennung oder Scheidung von den Ehegatten getroffenen Vereinbarungen werden vom Richter gebilligt, es sei denn, sie wären schädlich für die Kinder oder in schwerwiegender Weise nachteilig für einen der Ehegatten. Legen die Beteiligten eine Regelung des Besuchsrechts der Großeltern und des Umgangs der Großeltern mit den Enkeln vor, so kann der Richter sie billigen, nachdem er die Großeltern angehört hat und diese ihr Einverständnis erklärt haben. Die Ablehnung hat durch eine mit Gründen versehene Entscheidung zu erfolgen; in diesem Fall müssen die Ehegatten dem Richter einen neuen Vorschlag zwecks Billigung durch ihn, falls anhängig, unterbreiten. Von der richterlichen Billigung an können die Vereinbarungen im Weg der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden.

Las medidas que el Juez adopte en defecto acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Die Maßnahmen, welche der Richter mangels Vereinbarung ergreift, können ebenso wie die von den Ehegatten vereinbarten gerichtlich oder durch eine neue Vereinbarung geändert werden, wenn sich die Umstände wesentlich verändern.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Artículo 91 CC

En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Artículo 92 CC

La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas

Der Richter kann diejenigen dinglichen oder persönlichen Sicherheiten festsetzen, welche die Erfüllung der Vereinbarung erfordert.

Artikel 91 CC

In den Nichtigkeits-, Trennungs- oder Scheidungsurteilen oder bei deren Vollstreckung legt der Richter mangels Vereinbarung zwischen den Ehegatten oder im Fall, dass er diese nicht billigt, entsprechend den Vorschriften in den folgenden Artikeln die Maßnahmen fest, welche die bereits früher in bezug auf die Kinder, die Familienwohnung, die Lasten der Ehe, die Liquidierung des Güterstands und die entsprechenden Sicherheiten und Garantien getroffenen Maßnahmen und Garantien ersetzen, wobei er, falls, geboten, in den Fällen, in denen keine Maßnahmen getroffen worden sind, entsprechende Maßnahmen trifft. Diese Maßnahmen können geändert werden, wenn sich die Umstände wesentlich verändern.

Artikel 92 CC

Die Trennung, die Nichtigkeit und die Scheidung entbinden die Eltern nicht von ihren Verpflichtungen gegenüber ihren Kindern.

Die gerichtlichen Maßnahmen betreffend die Sorge für die und die

en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos.

El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.

Artículo 93 CC

El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el

Erziehung der Kinder werden zu deren Wohl getroffen, nachdem sie angehört worden sind, wenn sie über genügend Urteilsfähigkeit verfügen oder älter als 12 Jahre sind.

In dem Urteil wird die Entziehung der elterlichen Gewalt immer dann ausgesprochen, wenn in dem Verfahren hierfür ein Grund zutage getreten ist.

Wenn dies den Kindern frommt, kann auch beschlossen werden, dass die elterliche Gewalt ganz oder teilweise von einem der Ehegatten ausgeübt wird oder dass die Sorge für sie dem einen oder anderen zusteht, wobei darauf bedacht zu nehmen ist, die Geschwister nicht zu trennen.

Der Richter kann von Amts wegen oder auf Antrag der Beteiligten Sachverständigengutachten einholen.

Artikel 93 CC

Der Richter setzt in jedem Fall den Beitrag jedes Elternteils zur Leistung des Unterhalts fest und trifft die geeigneten Maßnahmen, um die Effektivität und die Anpassung der Leistungen an die wirtschaftlichen Verhältnisse und an die Bedürfnisse der Kinder jederzeit zu sichern.

Falls im Haushalt der Familie auch volljährige oder emancipierte Kinder ohne eigenes Einkommen leben, setzt

Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

Artículo 94 CC

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme el artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

Artículo 95 CC

La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

der Richter in derselben Entscheidung auch den Unterhalt fest, der gemäß Art. 142 ff dieses Gesetzes geschuldet wird.

Artikel 94 CC

Derjenige Elternteil, welcher die minderjährigen oder geschäftsunfähigen Kinder nicht bei sich hat, hat das Recht, sie zu besuchen, mit ihnen zu verkehren und mit ihnen zusammen zu sein. Der Richter setzt den Zeitpunkt, die Art und Weise und den Ort der Ausübung dieses Rechts fest; er kann es beschränken oder aussetzen, falls schwerwiegende Umstände vorliegen, die dies angezeigt sein lassen oder falls in schwerwiegender Weise oder wiederholt die Pflichten verletzt werden, die durch die gerichtliche Entscheidung auferlegt worden sind.

Er kann ferner nach Anhörung der Eltern und der Großeltern, deren Einverständnis erforderlich ist, das Besuchsrecht der Großeltern und ihren Umgang mit den Enkeln gemäß Art. 160 dieses Gesetzes regeln, wobei er stets das Interesse des Kindes zu berücksichtigen hat.

Artikel 95 CC

Das rechtskräftige Urteil führt hinsichtlich des Vermögens des Ehepaares zur Auflösung des ehelichen Güterstandes.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

Artículo 96 CC

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos a al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tal bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes

Stellt das Nichtigkeitsurteil den bösen Glauben nur eines der Ehegatten fest, so kann derjenige, welcher gutgläubig gehandelt hat, dafür optieren, bei der Liquidierung des ehelichen Güterstands die sich auf den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beziehenden Vorschriften zur Anwendung zu bringen, und der Bösgläubige hat kein Recht, an dem durch seinen Partner erzielten Zugewinn teilzuhaben.

Artikel 96 CC

Mangels einer vom Richter gebilligten Vereinbarung der Parteien steht die Benutzung der Familienwohnung und der in ihr befindlichen Gegenstände des gewöhnlichen Gebrauchs den Kindern und demjenigen Ehegatten zu, bei dem sie verbleiben.

Verbleiben einige Kinder bei dem einen und die übrigen bei dem anderen, so trifft der Richter die angemessene Entscheidung.

Sind keine Kinder vorhanden, so kann vereinbart werden, dass die Benutzung der genannten Vermögensgegenstände für einen vorsichtig festgelegten Zeitraum demjenigen Ehegatten gebührt, der keine Rechte hieran hat, vorausgesetzt, dass nach Lage der Verhältnisse dies angezeigt erscheint und sein Interesse schutzwürdiger ist.

Zur Verfügung über die Wohnung und

indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

die genannten Vermögensgegenstände, deren Benutzung dem Ehegatten gebührt, der keine Rechte daran hat, bedarf es der Zustimmung beider Parteien oder gegebenenfalls gerichtlicher Ermächtigung.

Artículo 97 CC

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

1. Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
2. La edad y estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

Artikel 97 CC

Derjenige Ehegatte, dem die Trennung oder Scheidung einen wirtschaftlichen Nachteil in Bezug auf die Stellung des anderen verursacht, der eine Verschlechterung seiner früheren Lage in der Ehe bedeutet, hat Anspruch auf eine Rente, die in der gerichtlichen Entscheidung festgesetzt wird, wobei unter anderem folgende Umstände in Betracht zu ziehen sind:

1. die Vereinbarungen, zu denen die Ehegatten gelangt sind.
2. das Alter und der Gesundheitszustand.
3. die berufliche Qualifikation und die Möglichkeit, eine Anstellung zu finden.
4. die in der Vergangenheit und in der Zukunft auf die Familie verwandte Zeit.
5. die Mitwirkung bei der Handels-, Gewerbe- oder Berufstätigkeit des anderen Ehegatten.
6. die Dauer der Ehe und des ehelichen Zusammenlebens.

7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Artículo 98 CC

El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

Artículo 99 CC

En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Artículo 100 CC

7. der etwaige Verlust eines Rentenanspruchs.

8. das Geldvermögen und die wirtschaftlichen Mittel und Bedürfnisse des einen und des anderen Ehegatten.

In der gerichtlichen Entscheidung werden die Grundlagen für die Aktualisierung der Rente und die Sicherheiten für ihre effektive Leistung festgesetzt.

Artikel 98 CC

Der gutgläubige Ehegatte, dessen Ehe für nichtig erklärt worden ist, hat Anspruch auf eine Entschädigung, wenn eheliches Zusammenleben vorgelegen hat, wobei auf die in Art. 97 vorgesehenen Umstände Bedacht zu nehmen ist.

Artikel 99 CC

Es kann jederzeit vereinbart werden, dass die gemäß Art. 97 gerichtlich festgesetzte Rente durch die Begründung einer lebenslangen Rente, eines Nießbrauchs an bestimmten Vermögensgegenständen oder durch die Übergabe eines Kapitalbetrages ersetzt wird.

Artikel 100 CC

Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuges.

Sind die Rente und die Grundlagen für deren Aktualisierung in dem Trennungs- oder Scheidungsurteil festgesetzt, so kann dies nur bei wesentlichen Veränderungen im Vermögen des einen oder des anderen Ehegatten geändert werden.

Artículo 101 CC

El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar el Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

Artikel 101 CC

Der Anspruch auf die Rente erlischt bei Wegfall des Rechtsgrundes, der Veranlassung für sie war, wenn der Gläubiger eine neue Ehe eingeht oder wenn er mit einer anderen Person in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebt.

Der Anspruch auf die Rente erlischt nicht durch die bloße Tatsache des Todes des Schuldners. Trotzdem können dessen Erben beim Richter deren Herabsetzung oder Wegfall beantragen, wenn das Nachlaßvermögen zur Erfüllung der Schuld nicht ausreicht oder ihre Noterbrechte beeinträchtigt würden.

(aus: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Spanien, Stand: 30.05.2004)

II. Allgemeines

1. Der Scheidungsunterhalt als gemeinsame Folge iSv Art. 90 ff CC

Der spanische Gesetzgeber hat in den Vorschriften des Ersten Buches (*De las personas*), Vierter Titel (*Del matrimonio*), Neuntes Kapitel (*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*) des *Código Civil* die gemeinsamen Folgen und Wirkungen bei Nichtigkeit, Trennung und Scheidung der Ehe gesetzlich geregelt, Art. 90 bis 101 CC.

Auch wenn sie selbst unterschiedliche Rechtssituationen beschreiben, werden alle drei Institute in ihren Folgen im Grundsatz gleich behandelt.

Bei Nichtigkeit der Ehe bestand zu keinem Zeitpunkt eine wirksame Ehe, bei gerichtlicher Trennung bleiben die ehelichen Bindungen bestehen, nur das eheliche Zusammenleben ist suspendiert, und bei der Scheidung wird die Ehe aufgelöst.

Dennoch führen sie zu gemeinsamen Problemen und haben gemeinsame Auswirkungen, die sich dadurch ergeben, dass in der gemeinsam gelebten Zeit der nichtigen (vermeintlich wirksamen) bzw. wirksamen Ehe vollendete Tatsachen geschaffen werden, die nicht einfach rückgängig gemacht werden können. Zum Beispiel können in allen drei Rechtssituationen Kinder hervorgegangen sein, deren Wohl und Interesse auch in einer Zeit danach im Vordergrund stehen muss. Ebenso können die Ehegatten zugunsten des anderen oder zugunsten der Kindererziehung ihre Arbeit niedergelegt haben, was gegebenenfalls zu vermögensrechtlichen Ausgleichsforderungen zwischen den Ehegatten führen kann. Auch ist oft zu klären, wem die gemeinsam genutzte Wohnung zusteht.

Bei den vermögensrechtlichen Folgen zwischen den Ehegatten ist jedoch zwischen Trennung und Scheidung der Ehe einerseits und Nichtigkeit der Ehe andererseits zu unterscheiden. In diesem Zusammenhang ist die gesetzliche Überschrift des Neunten Kapitels⁴²³ nicht vollends korrekt, denn

⁴²³ *De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*. Zu deutsch: Von den gemeinsamen Wirkungen bei Nichtigkeit, Trennung und Scheidung

nicht alle Regelungen sind auf alle drei Institute anwendbar. Art. 97 CC bezieht sich zum Beispiel nur auf das Institut der Trennung bzw. Scheidung, während bei der Nichtigkeit der Ehe es gesondert zu einer Entschädigung gem. Art. 98 CC kommen kann⁴²⁴.

2. Klärung der Begrifflichkeiten

Ähnlich dem italienischen oder französischen Recht ist im spanischen Recht bei vermögensrechtlichen Leistungen unter Ehegatten zwischen der sog. *pensión alimenticia* (oder *alimentos*) und der sog. *pensión compensatoria* zu unterscheiden⁴²⁵. *Alimentos* sind die aufgrund der notwendigen Bedürfnisse zu erhaltenden Leistungen iSv Art. 142 CC ff und werden allgemein ins Deutsche mit *Alimente* oder *Unterhalt* übersetzt⁴²⁶. Die *pensión compensatoria*⁴²⁷ beschreibt Leistungen eines Ehegatten aufgrund Trennung bzw. Scheidung iSv Art. 97 CC und wird (undifferenziert) ins Deutsche mit *Versorgungsausgleich* übersetzt⁴²⁸.

Der deutsche Jurist, dessen Recht den nachehelichen Unterhalt eigens in den §§ 1569 ff BGB und den gesetzlichen Versorgungsausgleich eigens in §§ 1587 ff BGB regelt, wird nun aufgrund obiger Übersetzungen allzu leicht geneigt sein, den spanischen Trennungs- oder Scheidungsunterhalt als Unterhalt iSv Art. 142 ff CC zu betrachten⁴²⁹ und für die Regelungen eines Versorgungsausgleich den Art. 97 CC heranzuziehen. Zunächst mag es dem deutschen Juristen daher verwirrend erscheinen, sollte Art. 97 CC sowohl den nach deutschem Verständnis zu behandelnden Scheidungsunterhalt als auch den nach deutschem Verständnis zu behandelnden Versorgungsausgleich behandeln. Dennoch ist es so zu verstehen.

⁴²⁴ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 603, 626; Campuzano Tomé, La pensión por desequilibrio económico, S. 17

⁴²⁵ Zur Unterscheidung, siehe unten: 2.Kap., A.III.3.c., S. 196 ff

⁴²⁶ Vgl. Becher, Wörterbuch, Teil I, S. 71

⁴²⁷ Umgangssprachlich wird auch nur der Begriff *pensiones* (= Renten) verwendet, jedoch ist dies nicht exakt, denn auch im Bereich der *alimentos* kommt es zu der Form der Rentenzahlung. Daher auch der Begriff *pensión alimenticia*.

⁴²⁸ Vgl. Becher, Wörterbuch, Teil I, S. 996

⁴²⁹ Z. B.: Kneip, Andreas, Die Ehescheidung im neuen spanischen Recht, FamRZ 1982, 449

Verständlicher wird dies, wenn man bedenkt, dass es in Spanien keine dem gesetzlichen Versorgungsausgleich gem. §§ 1587 ff BGB entsprechende Vorschriften gibt⁴³⁰, dass Art. 97 CC eigens für auszugleichende Fälle aufgrund der Trennung bzw. Scheidung geschaffen wurde und dass dessen Tatbestand – was unten näher ausgeführt wird⁴³¹ – den der Art. 142 ff CC mitumfasst. Eine funktionale Äquivalenz der Ansprüche aus Art. 97 CC zum deutschen Versorgungsausgleich ist zudem zu verneinen, vielmehr kommt Art. 97 CC eine erweiterte Unterhaltsfunktion zu⁴³².

Entgegen der wohl verbreiteten Auffassung, die *pensión compensatoria* als *Versorgungsausgleich* zu deklarieren, ist es daher bei weitem treffender, richtiger und weniger verwirrend, sie als den eigentlichen spanischen *Trennungs- bzw. Scheidungsunterhalt* zu bezeichnen.

3. Regelungsmöglichkeiten

Wie oben bereits ersichtlich⁴³³ können die gemeinsamen Folgen⁴³⁴ durch Scheidungsfolgenvereinbarung iSv Art. 90 CC oder durch gesetzliche Maßnahmen des Richters iSv Art. 91 ff CC festgelegt werden - so auch die *pensión compensatoria*⁴³⁵.

Eine gerichtliche Entscheidung ist jedoch nur dann notwendig, wenn die Scheidungsfolgenvereinbarung unwirksam ist bzw. vom Gericht nicht genehmigt wird⁴³⁶. Dies ist Ausfluss des gesetzgeberischen Zieles nach der Familienrechtsreform von 1981, bei dem der Grundsatz der Privatautonomie

⁴³⁰ Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich, S. 45

⁴³¹ Siehe hierzu unten: 2.Kap., A.III.3.c.aa., S. 197

⁴³² Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich, S. 397, 399

⁴³³ Siehe hierzu oben: 1.Kap., B.III.2.a.aa.(2)(c), S. 46; 1.Kap., C.IV., S. 114

⁴³⁴ In Anbetracht des zugrundeliegenden Themas werden im Folgenden nur noch die Scheidungsfolgen genannt, auch wenn grundsätzlich damit gemeinsame Folgen iSv Art.90 ff CC gemeint sind. Unterschiede innerhalb dieser gemeinsamen Folgen werden explizit erwähnt.

⁴³⁵ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 626; Aubin, ZVglRWiss 84 (1985), 168 ff

⁴³⁶ Beachte und unterscheide zwischen den Scheidungsfolgen und der Scheidung. Die Scheidung selbst richtet sich ausnahmslos nach den gesetzlichen Vorgaben.

auch im Eherecht vorrangig gelten soll⁴³⁷. Gerichtliche Maßnahmen, ob nun von vorübergehendem oder endgültigem Charakter, sind daher gegenüber einer wirksamen Scheidungsfolgenvereinbarung subsidiär⁴³⁸.

a. Die Scheidungsfolgenvereinbarung (Convenio Regulador)

Das Institut des *convenio regulador* wurde mit dem Reformgesetz 30/1981 neu eingeführt⁴³⁹, war jedoch ansatzweise schon in Art. 16 des Scheidungsgesetzes von 1932 geregelt, auch wenn sich letzterer nur auf das Sorgerecht der Kinder bezog⁴⁴⁰. Dem ging eine ähnliche Regelung im Ehegesetz von 1870 voraus⁴⁴¹.

Gemäß dem verfolgten Grundsatz der Privatautonomie können die Ehegatten durch Art. 90 CC nunmehr umfassend die Folgen bei Nichtigkeit, Trennung oder Scheidung der Ehe selbst regeln⁴⁴². Art. 90 CC macht zudem das Ansinnen des Gesetzgebers deutlich, die Ehe als Vertrag bzw. vertragsähnlich zu betrachten⁴⁴³. Neben der selbstständigen Gestaltungsmöglichkeit im Sinne der Privatautonomie ist der *convenio regulador* zudem von enormer prozessökonomischer Bedeutung⁴⁴⁴, denn durch diese gemeinsame Scheidungsfolgenvereinbarung kann das Scheidungsverfahren erheblich vereinfacht werden⁴⁴⁵. Die Privatautonomie

⁴³⁷ Roca Trias, in: Comentarios a las reformas, Art. 90, S. 541

⁴³⁸ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 149, 154; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 626

⁴³⁹ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 604; López, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 90, S. 970

⁴⁴⁰ Art. 16 des Scheidungsgesetzes von 1932 regelte, dass die Ehegatten bei einer nicht mehr bestehenden Ehe vereinbaren konnten, wer die Fürsorge über die gemeinsamen minderjährigen Kinder bekommen soll. Diese Vereinbarung bedurfte der richterlichen Genehmigung (Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 604, Fn. 1)

⁴⁴¹ Art. 87 Nr. 2 des Ehegesetzes vom 18. Juni 1870 besagte unter anderem, dass die Eltern die Fürsorge und Erziehung ihrer Kinder vereinbaren können. (Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 604, Fn. 2)

⁴⁴² Diese Möglichkeit der gemeinsamen Selbstregelung wurde vom französischen Reformgesetzgeber von 1975 übernommen. Mit der Reform von 1975 wurde der *divorce par consentement mutuel* eingeführt. Art. 230 des französischen *Code Civil* besagt, dass eine Scheidungsvereinbarung nur noch der Genehmigung des Richters bedürfe (Roca Trias, in: Comentarios a las reformas, Art. 90, S. 545)

⁴⁴³ STS v. 21. Dezember 1998, ArLM, Art. 90, S. 250; STS v. 22. April 1997, ArLM, Art. 90, S. 248; Roca Trias, in: Comentario a las reformas, Art. 90, S. 545; vgl. Langner, Ehescheidung, S. 138; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 43, S. 43

⁴⁴⁴ Aubin, ZVglRWiss 84 (1985), 167

⁴⁴⁵ Siehe hierzu oben: I.Kap., C.III.5., S. 113 und C.IV., S. 114 ff

der Ehegatten ist jedoch insoweit eingeschränkt, als dass der *convenio regulador* vom Richter genehmigt werden muss, vgl. Art. 90 Abs. 2 CC⁴⁴⁶.

Wie bereits erläutert ist der *convenio regulador* eine Vereinbarung, die im Falle der einverständlichen Trennung (Art. 81 Nr. 1 CC) und der einverständlichen Scheidung (Art. 86 a. E. CC) gesetzlich vorgeschrieben ist⁴⁴⁷. Im Gegenzug besteht der Vorteil bei der einverständlichen Trennung in der Möglichkeit einer schnelleren Scheidung (durch verkürzte Wartefristen), bei der einverständlichen Scheidung in der rein prozessualen Möglichkeit eines verkürzten Verfahrens.

Art. 90 Abs. 1 CC bestimmt in diesem Zusammenhang den Mindestgehalt eines derart vorteilhaften *convenio regulador*, der in dieser Ausgestaltung verpflichtend und üblich ist⁴⁴⁸.

Zu unterscheiden ist hiervon eine weitere Form und Ausgestaltung des *convenio regulador*, die sich nicht im Sinne der Vorschriften der Art. 81 Nr. 1 CC, 86 a. E. CC, 90 Abs. 1 CC versteht, sondern Vereinbarungen der Ehegatten über die übrigen Trennungs- bzw. Scheidungsgründe regelt, die losgelöst von einem inhaltlichem Mindestgehalt oder von einer für die Scheidungsklage notwendigen Zulässigkeitsvoraussetzung zu betrachten sind⁴⁴⁹. Diese freiwillige Vereinbarung basiert auf Art. 90 Abs. 2 CC. Den Ehegatten wird hier die Möglichkeit gegeben, Scheidungsfolgen zu regeln, auch wenn man sich über die Scheidung als solche vor Gericht streitet. Der Dissens über die Scheidung schließt eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, z. B. im Laufe des Prozesses, nicht aus^{450 451}.

Auffallend ist, dass in Art. 90 Abs. 2 CC im Gegensatz zum Art. 90 Abs. 1 CC explizit die Nichtigkeit der Ehe angeführt wurde. Dies kann aber nicht

⁴⁴⁶ López, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 90, S. 971 und 985 ff

⁴⁴⁷ Siehe hierzu oben zu Art. 86 Nr. 1 CC: 1.Kap.,B.III.2.a.aa.(2)(b), S. 43 und (c), S. 46; Aubin, ZVglRWiss 84 (1985), 167

⁴⁴⁸ STS v. 21. Dezember 1998, ArLM, Art. 90, S. 251; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 47; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 149/150

⁴⁴⁹ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 149/150; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 606; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 90, S. 547

⁴⁵⁰ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 606

⁴⁵¹ Zu der Möglichkeit von einem streitigen Verfahren zum einverständlichen Verfahren zu wechseln, siehe oben: 1.Kap.,C.III.5., S. 113

zu dem Schluss führen, es läge in der Vereinbarung iSv Art. 90 Abs. 2 CC eine andere Art des *convenio regulador* vor, der sich auch inhaltlich von den Anforderungen des Art. 90 Abs. 1 CC zu unterscheiden habe. Vielmehr beschreibt Art. 90 Abs. 2 CC die grundsätzliche Möglichkeit, in den Fällen der Trennung, Scheidung und aber auch Nichtigkeit der Ehe etwaige Folgen mittels eines *convenio regulador* frei zu gestalten (unter dem Vorbehalt der richterlichen Genehmigung).

Art. 90 Abs. 1 CC soll lediglich für die Fälle der einverständlichen Trennung bzw. Scheidung einen genauen Inhalt festlegen⁴⁵².

b. Gerichtliche Maßnahmen

Gerichtliche Maßnahmen kommen nur dann in Betracht, wenn ein *convenio regulador* nicht existiert bzw. vom Richter nicht genehmigt wird, Art. 91 CC. Das Gericht hat Maßnahmen in Bezug auf die Kinder, die Familienwohnung, die ehelichen Lasten, die Liquidierung des Güterstands und die entsprechenden Sicherheiten und Garantien in Übereinstimmung mit den Vorschriften der Art. 91, 92 ff CC anzuordnen. Grundsätzlich entscheidet das Gericht auf Antrag, hat jedoch stets über Fragen des Kindesunterhalts (Art. 93 CC) zu entscheiden⁴⁵³.

Dem Grundsatz der Privatautonomie folgend und aufgrund der Tatsache, dass der *convenio regulador* bereits mit dem Scheidungsantrag darzulegen ist⁴⁵⁴, versteht es sich von selbst, dass bei einer derartigen Vereinbarung kein Anwendungsbereich für gesetzliche einstweilige Maßnahmen gem. Art. 103 CC gegeben ist. Auch diese sind gerichtlich festgesetzte Maßnahmen, deren Anwendung ebenso subsidiär ist⁴⁵⁵.

Die Tatsache, dass bei fehlendem *convenio regulador* vom Gericht in der Praxis häufig zunächst einstweilige Maßnahmen gem. Art. 103 CC

⁴⁵² In diesem Sinne: López, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 90, S. 973 und 974; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 90, S. 546; García Cantero, in: Albaledejo, Comentarios al Código Civil, S. 374 ff

⁴⁵³ Aubin, ZVglRWiss 84 (1985), 169; Langner, Ehescheidung, S. 146

⁴⁵⁴ Siehe hierzu oben: I.Kap., C.IV.1., S. 114. - Vgl. Art. 86 a. E. CC.

⁴⁵⁵ Aubin, ZVglRWiss 84 (1985), 168

angeordnet werden⁴⁵⁶, berücksichtigt der Wortlaut des Art. 91 CC, indem dieser davon spricht, dass *getroffene* Maßnahmen zu ersetzen bzw., falls keine Maßnahmen getroffen wurden, dass dann Maßnahmen zu treffen sind.

⁴⁵⁶ López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 558

4. Überblick über die gemeinsamen Folgen

Die wichtigsten Scheidungsfolgen sind bereits im Gesetz, ob als Mindestinhalt iSv Art. 90 CC oder als gesetzliche Maßnahmen iSv Art. 91 ff CC, erwähnt. Hierbei sind nichtvermögensrechtliche von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen zu unterscheiden, sowie Scheidungsfolgen im Verhältnis zu Dritten (vor allem Kindern) von jenen im Verhältnis zwischen den Ehegatten.

a. Nichtvermögensrechtliche Scheidungsfolgen

aa. Sorge und Obhut der Kinder (guardia⁴⁵⁷ y custodia)

Diesbezügliche Vorschriften finden sich in Art. 90 Abs. 1 Buchst. a), 1. Var., Art. 92 Abs. 2 und 4, Art. 103 Nr. 1 CC wieder⁴⁵⁸.

Danach muss festgelegt werden, wer die Obhut und Sorge der Kinder übernehmen soll, die sich in der *elterlichen Gewalt*⁴⁵⁹ befinden. Der *Código Civil* spricht hinsichtlich des Sorgerechts nicht ausdrücklich von der Bestimmung eines Elternteils, sondern allgemeiner von der Bestimmung einer Person, in deren Obhut die Kinder bleiben, vgl. Art. 90 Abs. 1 Buchst. a) CC. In Ausnahmefällen können dies daher auch Dritte, wie z. B. Großeltern, Onkeln und Tanten, Paten, etc. sein⁴⁶⁰. Dem steht auch nicht entgegen, das Kind einer Institution zu überlassen, denn letztlich wird sie auch dort einer Person, zumindest dem Institutionsleiter, zur Obhut

⁴⁵⁷ Auch oft als *cuidado* bezeichnet.

⁴⁵⁸ Die Regelungen betreffend die elterlichen Beziehungen zu den Kindern gem. Art. 92, 93, 94 CC sind mit den hierfür auch einschlägigen Vorschriften der Art. 154 ff CC zu betrachten. Diese teilweise Duplizität der Vorschriften ist als Ergänzung und Auslegungshilfe der umfassenderen Vorschriften der Art. 92 ff CC zu betrachten (González Poveda, *Efectos comunes*, Art. 92, S. 84; Roca Trías, in: *Comentarios a las reformas*, Art. 92, S. 576 und 577).

⁴⁵⁹ Zum Begriff, siehe unten: 2.Kap., A.II.4.a.bb., S. 157

⁴⁶⁰ Roca Trías, in: *Comentarios a las reformas*, Art. 90, S. 553; Art. 92, S. 583; Vega Sala, *Síntesis práctica*, S. 51; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, *Derecho de familia*, S. 150; Entrena Klett, *Separación y divorcio*, S. 607; González Poveda, *Efectos comunes*, Art. 92, S. 86

überlassen⁴⁶¹. Jedenfalls kann aber eine derartige Zuteilung des Sorgerechts nicht die elterlichen Verpflichtungen aus der elterlichen Gewalt verdrängen⁴⁶².

Im Vordergrund hat stets das Wohl und Interesse der Kinder zu stehen (Art. 90 Abs. 2, 92 Abs. 2, 103 Nr. 1 CC)⁴⁶³. In diesem Sinne besagt Art. 92 Abs. 4 CC, dass das Sorgerecht einem Elternteil zugesprochen werden kann, wobei aber Geschwister grundsätzlich nicht getrennt werden sollen. Auch Art. 103 Nr. 1 CC beruft sich primär auf das Kindeswohl und sieht demzufolge die Übertragung des Sorgerechts an Dritte als Ausnahme an⁴⁶⁴. Neben dem Kindeswohl und dem Grundsatz, dass Geschwister grundsätzlich nicht zu trennen sind, ist in diesem Zusammenhang Art. 159 CC zu beachten, der bei Kindern unter sieben Jahren im Grundsatz der Mutter das Sorgerecht zuspricht.⁴⁶⁵

Bei der Bestimmung des Sorgerechts werden von den Gerichten verschiedene Kriterien berücksichtigt, wie z. B. das Alter, das beständige Zusammenleben mit einem Elternteil, Vereinbarungen zwischen den Ehegatten, die Bewahrung des sozialen Umfelds, Beeinträchtigung der Ausbildung, gesundheitliche Risiken oder auch der Beleg für Sicherheiten zur Erfüllung der elterlichen Pflichten⁴⁶⁶. Maßgabe des Richters ist jedenfalls das Kindeswohl und -interesse.

Die Frage, ob eine religiöse Erziehung notwendig für das Wohl des Kindes ist, hat der Richter im Sinne der Verfassung zu bewerten. Danach ergibt sich unweigerlich aus Art. 14 CE (Gleichheitsprinzip), Art. 16 CE (Religionsfreiheit) und aus Art. 27 Abs. 3 CE, dass allein die Religionslosigkeit eines Elternteils nicht zur Bestimmung des Sorgerechts

⁴⁶¹ Vega Sala, *Síntesis práctica*, S. 52; vgl. auch Langner, *Ehescheidung*, S. 147; González Poveda, *Efectos comunes*, Art. 92, S. 86

⁴⁶² González Poveda, *Efectos comunes*, Art. 90, S. 77; Roca Trías, in: *Comentarios a las reformas*, Art. 90, S. 552/553

⁴⁶³ Roca Trías, in: *Comentario a las reformas*, Art. 90, S. 554; Entrena Klett, *Separación y divorcio*, S. 607

⁴⁶⁴ Art. 103 Nr. 1 CC wird als allgemeine Auslegungsregel verstanden.

⁴⁶⁵ Langner, *Ehescheidung*, S. 147, 148; Entrena Klett, *Separación y divorcio*, S. 608; Roca Trías, in: *Comentarios a las reformas*, Art. 90, S. 584; González Poveda, *Efectos comunes*, Art. 92, S. 85

⁴⁶⁶ SAT Pamplona v. 03. November 1988, LL 1989-3, 720; dass. v. 24. November 1987, LL 1988-1, 466; SAT Valencia v. 29. April 1988, LL 1988-3, 374; SAP Bilbao v. 04. März 1988, LL 1988-3, 707; SAT Barcelona v. 28. April 1986, LL 1986-4, 894; Roca Trías, in: *Comentarios a las reformas*, Art. 92, S. 578

an den anderen Elternteil führen kann⁴⁶⁷. Art. 27 Abs. 3 CE erkennt das Recht der Eltern an, ihre Kinder nach ihren religiösen und moralischen Überzeugungen zu erziehen⁴⁶⁸. Sollten diese differieren, kann aus Art. 14 CE und Art. 16 CE gerade kein Nachteil für den nichtreligiösen Elternteil entstehen.

Die Festsetzungen über das Sorgerecht betreffen ausschließlich die Kinder, die der elterlichen Gewalt unterliegen, das heißt die gemeinsamen minderjährigen oder geistig behinderten Kinder (vgl. Art. 154, 171 CC) und nicht diejenigen Kinder aus anderen Beziehungen, die auch mit den Ehegatten leben.

Es versteht sich von selbst, dass bei entzogener elterlicher Gewalt gem. Art. 170 CC keine Festsetzungen über das Sorgerecht notwendig sind⁴⁶⁹.

bb. Die elterliche Gewalt (patria potestad)

Diesbezügliche Vorschriften finden sich in Art. 90 Abs. 1 Buchst. a), 2. Var., Art. 92 Abs. 3 und 4 CC wieder⁴⁷⁰.

Grundsätzlich steht die elterliche Gewalt als unabänderliches und unabdingbares Recht⁴⁷¹ bei Nichtigkeit, Trennung oder Scheidung der Ehe beiden Ehegatten zu, Art. 92 Abs. 1 CC. Eine Vereinbarung, die einem Ehegatten die *patria potestad* entzieht, ist somit nichtig⁴⁷². Der *convenio regulador* kann aufgrund der funktionalen Natur der *patria potestad* nur Vereinbarungen hinsichtlich der *Ausübung* gewähren⁴⁷³.

⁴⁶⁷ So auch: Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 92, S. 579

⁴⁶⁸ Vgl. Wortlaut des Art. 27 Abs. 3 CE im Anhang, S. 356 ff

⁴⁶⁹ Vega Sala, Síntesis práctica, S. 52/53; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 150

⁴⁷⁰ Siehe hierzu ebenso: Fn. 458

⁴⁷¹ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 90, S. 552; Art. 92, S. 578

⁴⁷² González Poveda, Efectos comunes, Art. 90, S. 76

⁴⁷³ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 90, S. 384; ders., in: Comentarios a las reformas, Art. 92, S. 583

Diese *von den Ehegatten* nicht änderbare Rechtsstellung kann jedoch durch gerichtliche Maßnahme bei Vorliegen eines Grundes gem. Art. 170 CC entzogen werden, Art. 92 Abs. 3 CC⁴⁷⁴.

Jedenfalls ist notwendige Scheidungsfolge die Regelung über die *Ausübung* der elterlichen Gewalt, nicht jedoch über die Inhaberschaft. Inhaberschaft und Ausübung der elterlichen Gewalt sind daher strikt voneinander zu trennen⁴⁷⁵.

Der Begriff der *elterlichen Gewalt* ist weiter als der der *elterlichen Sorge und Obhut*. Dies ergibt sich aus den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere aus Art. 154 CC in Verbindung mit den Art. 90 Abs. 1 Buchst. a), 1. Var., Art. 92 Abs. 2 und 4, Art. 103 Nr. 1 CC. Die elterliche Sorge und Obhut umfasst danach nur einen Teil der Rechte, die den Eltern im Rahmen ihrer elterlichen Gewalt zukommen. Für das Sorgerecht charakteristisch sind die Aufsicht, Anleitung, allgemeine Erziehung und Pflege des Kindes⁴⁷⁶. Wichtige Entscheidungen über Fragen der Erziehung und Ausbildung, die Vertretung des Kindes und die Verwaltung seines Vermögens werden aber vom Sorgerecht nicht umfasst und verbleiben dem/den Träger/n der elterlichen Gewalt. Der Inhaber des Sorgerechts muss also nicht zugleich der Inhaber der elterlichen Gewalt sein. Begrifflich sind daher zu unterscheiden die *elterliche Gewalt* als solche (Inhaberschaft), die *Ausübung der elterlichen Gewalt* und die *Inhaberschaft des Sorgerechts*.

Bei der notwendigen Bestimmung, wer die elterliche Gewalt ausüben solle, ist Art. 156 CC zu beachten. Gemäß Art. 156 Abs. 1 CC steht auch die Ausübung der elterlichen Gewalt im Grundsatz beiden Elternteilen bzw. einem mit Zustimmung des anderen zu, wobei aber gem. Art. 156 Abs. 5 CC bei Getrenntleben der Eltern grundsätzlich derjenige Ehegatte die elterliche Gewalt ausübt, mit dem das Kind zusammenlebt und der das Sorgerecht innehat⁴⁷⁷. Eine gemeinsame Ausübung bzw. Aufteilung muss

⁴⁷⁴ Vgl. Langner, Ehescheidung, S. 149

⁴⁷⁵ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 90, S. 552; Art. 92, S. 576, 578 und 580

⁴⁷⁶ Langner, Ehescheidung, S. 140

⁴⁷⁷ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 92, S. 582; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 92,

dann beantragt werden. In diesem Sinne kann das Gericht gem. Art. 92 Abs. 4 CC die Ausübung der elterlichen Gewalt beiden Ehegatten oder nur einem Ehegatten zusprechen oder sie sogar unter den Ehegatten aufteilen⁴⁷⁸. Jedoch ist für die Übertragung der Ausübung der elterlichen Gewalt auf nur einen Ehegatten iSv Art. 156 Abs. 5 CC jedenfalls eine Anordnung iSv Art. 92 Abs. 3 und 4 CC notwendig, die jedoch regelmäßig erfolgt⁴⁷⁹.

Nicht möglich ist es, dem nicht mit den Kindern lebenden Ehegatten die Ausübung allein zuzusprechen, denn dem mit den Kindern lebenden Sorgerechtsinhaber hat zumindest ein Minimum an Ausübung der elterlichen Gewalt zu verbleiben. Eine Entkoppelung der Ausübung der elterlichen Gewalt und des Sorgerechts ist höchst widersprüchlich⁴⁸⁰.

Ebenso wie bei der Regelung des Sorgerechts hat der Richter gerade auch bei der Entscheidung über die Ausübung der elterlichen Gewalt auf das Kindeswohl maßgeblich zu achten⁴⁸¹.

Anzumerken ist, dass der Elternteil, der nicht die Ausübung innehat bzw. dem sogar die elterliche Gewalt entzogen wurde, jedenfalls weiterhin die Verpflichtung hat, über das Kind zu wachen, was zumeist eine Kontrolle des Verhaltens des anderen Elternteils in Bezug auf die Kinder bedeutet, Art. 110, 111 a. E. CC. Gegebenenfalls hat dieser Ehegatte entsprechende gesetzliche Maßnahmen zu beantragen, vgl. Art. 156 Abs. 5, 158, 160 Abs. 3, 163 Abs. 3 und 167 CC⁴⁸². Diese Vorschriften des *Código Civil* entspringen dem verfassungsmäßigen Gebot des Schutzes der Eltern über ihre Kinder, Art. 39 Abs. 2 und Abs. 3 CE⁴⁸³.

S. 390

⁴⁷⁸ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 150; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 53; Langner, Ehescheidung, S. 141

⁴⁷⁹ Vgl. Langner, Ehescheidung, S. 149

⁴⁸⁰ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 150; so letztlich auch: González Poveda, Efectos comunes, Art. 90, S. 76

⁴⁸¹ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 92, S. 389

⁴⁸² Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 157; González Poveda, Efectos comunes, Art. 90, S. 77

⁴⁸³ González Poveda, Efectos comunes, Art. 92, S. 84; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 92, S. 577

cc. Der persönliche Umgang mit den Kindern (Umgangsrecht)

Diesbezügliche Vorschriften finden sich in Art. 90 Abs. 1 Buchst. a), 3. Var., Art. 94, Art. 103 Nr. 1 CC⁴⁸⁴.

Die Regelung dieses Umgangsrechts beinhaltet die Möglichkeiten

- des Besuches,
- der Kommunikation (mündlich und schriftlich) und
- der Aufenthalte für den Elternteil, der nicht mit den (minderjährigen) Kindern zusammenlebt.

Es handelt sich hierbei um ein elterliches Recht iSv Art. 94 iVm Art. 160 Abs. 1 CC, das nur in extremen Ausnahmesituationen beschränkbar und aussetzbar ist, vgl. Art. 94 a. E., und nicht auf der elterlichen Gewalt, sondern auf Art. 39 Abs. 3 CE basiert⁴⁸⁵. Der Umgang eines Elternteils mit seinen Kindern ist aber auch Mittel zur Erfüllung seiner verfassungsmäßigen Beistandspflicht aus Art. 39 CE. Das Umgangsrecht ist somit auch Umgangsverpflichtung zugunsten des Kindes, als solches nicht dispositiv, aufgrund seiner Höchstpersönlichkeit nicht übertragbar und berechtigt bzw. verpflichtet grundsätzlich auch jenen Elternteil, dem die elterliche Gewalt sogar entzogen wurde⁴⁸⁶.

Fraglich ist, ob im *convenio regulador* gem. Art. 90 CC hinsichtlich der drei Umgangsmöglichkeiten eine explizite Vereinbarung getroffen werden muss oder ob eine allgemeine Formulierung hinsichtlich des Verhältnisses des Kindes mit dem nicht mit ihm lebenden Elternteil ausreicht⁴⁸⁷. Grundsätzlich wird in diesem Zusammenhang verlangt, dass eine Umgangsmöglichkeit überhaupt vereinbart wird. Nicht zulässig ist eine Vereinbarung, die den Umgang mit dem Kind gänzlich verbietet. Dies wäre ein Verstoß gegen Art. 160 CC⁴⁸⁸. Dennoch empfiehlt es sich zur Streitvermeidung bereits im

⁴⁸⁴ Siehe hierzu ebenso: Fn. 458

⁴⁸⁵ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 94, S. 394

⁴⁸⁶ González Poveda, Efectos comunes, Art. 94, S. 95/96; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 94, S. 394

⁴⁸⁷ Hierzu ausführlich: Vega Sala, Síntesis práctica, S. 54; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 609 ff

⁴⁸⁸ Vgl. Langner, Ehescheidung, S. 142; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 94, S. 395

convenio regulador genaueste Regelungen über die Besuchszeiten, die Kommunikationsmöglichkeiten (Telefon, Post, Internet) und längere (Ferien-)Aufenthalte zu vereinbaren⁴⁸⁹.

Bei gerichtlichen Maßnahmen hat das Gericht den Zeitpunkt, die Art und Weise und den Ort der Ausübung dieses Rechts festzusetzen, Art. 94 CC. Vom Gericht werden detaillierte Festlegungen verlangt, um Konflikte zu vermeiden⁴⁹⁰. Bei Vorliegen schwerwiegender Umstände (z. B. schwere psychische Krankheiten, Gefahren für die psychische und moralische Entwicklung des Kindes, etc.) oder schwerwiegender Pflichtverletzungen (z. B. wiederholte Nichtzahlung des Kindesunterhalts) kann das Gericht das Umgangsrecht beschränken oder sogar aussetzen⁴⁹¹, Art. 94 a. E. CC. Die Aussetzung ist nur von vorübergehender Natur und das Umgangsrecht kann wieder ausgeübt werden, sobald die Gründe für die Aussetzung entfallen sind⁴⁹².

Je nach den Umständen des umgangsberechtigten Elternteils und des Kindes können die bisherigen Festsetzungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht modifiziert werden. Wie schon auch beim Sorgerecht und bei der Ausübung der elterlichen Gewalt ist auch bei den Regelungen des Umgangsrechts das Kindeswohl das maßgeblich zu berücksichtigende Prinzip für die konkrete Einzelfallgestaltung⁴⁹³.

Da dem Kindeswohl oberste Priorität gebührt, muss es dem Gericht aber auch möglich sein, bei einschlägigen schwerwiegenden Gründen das Umgangsrecht gänzlich zu entziehen, jedenfalls für den Zeitraum, in dem die Gründe noch gegeben sind⁴⁹⁴.

⁴⁸⁹ Vgl. Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 609

⁴⁹⁰ García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, S. 402; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 169

⁴⁹¹ González Poveda, Efectos comunes, Art. 94, S. 96; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 610; SAT Valencia v. 29. Mai 1987 und SAT Oviedo v. 12. Juli 1983 und dass. v. 01. Juni 1983, in: Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 611 und 612

⁴⁹² Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 94, S. 395

⁴⁹³ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 94, S. 395; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 92 a 94, S. 402; González Poveda, Efectos comunes, Art. 94, S. 95/96

⁴⁹⁴ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 94, S. 395. - Dagegen: García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 92 a 94, S. 402 unten; González Poveda, Efectos comunes, Art. 94, S. 96 unten; SAT Valencia v. 29. Mai 1987, in: Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 611/612; Entrena Klett,

Das Umgangsrecht bezieht sich ebenso nur auf die gemeinsamen minderjährigen oder geistig behinderten Kinder (vgl. Art. 154, 171 CC), und nicht auf die Kinder aus anderen Beziehungen des Ehegatten.

*dd. Nutzung der Ehewohnung und des Hausrats*⁴⁹⁵

Diesbezügliche Vorschriften finden sich in Art. 90 Abs. 1 Buchst. b), Art. 96, Art. 103 Nr. 2 CC wieder.

Die im *convenio regulador* gewährte Freiheit, die Nutzung zu regeln, geht erheblich weiter als die Regelungsmöglichkeiten des Gerichts bei der Bestimmung der vorübergehenden (Art. 103 Nr. 2 CC) oder endgültigen (Art. 96 CC) gerichtlichen Maßnahmen⁴⁹⁶. Es ist nicht schädlich, wenn der *convenio regulador* einerseits nichts über die Nutzung aussagt, jedoch andererseits die Übertragung des Eigentums oder des Nießbrauchs o. ä. regelt. Hiervon wird die Nutzung mitgeregelt. Auch muss der Hausrat nicht in einer Inventarliste aufgezeigt werden, wie dies z. B. Art. 103 Nr. 2 CC verlangt⁴⁹⁷.

Die gerichtlichen Maßnahmen enthalten detaillierte Bestimmungen über die Überlassung der ehelichen Wohnung und des Hausrats, insbesondere lässt Art. 96 CC wiederum den Willen des Gesetzgebers erkennen, primär das Wohl und Interesse der Kinder zu schützen. Diese Maßstäbe des Art. 96 CC sind folglich - da auch die Regelungen im *convenio regulador* der richterlichen Genehmigung bedürfen - als allgemeine gesetzliche Wertung und Auslegungsregel zu verstehen⁴⁹⁸.

Separación y divorcio, S. 612

⁴⁹⁵ Die Nutzung der Ehewohnung (*vivienda familiar*) und des Hausrats ist auch vermögensrechtliche Scheidungsfolge, denn der Nutzung entspricht ein Gegenwert, der jedenfalls dem jeweiligen Vermögen der Ehegatten anzurechnen ist. Jedoch ist vom Gesetzgeber mit dem Reformgesetz 30/1981 die *vivienda familiar* weniger vermögensrechtlich betrachtet worden, sondern vielmehr als bloßer Sitz dieser mehrköpfigen (familiären) Gemeinschaft, der als Lebensmittelpunkt zu ihren Diensten steht und unabhängig von der Frage der Rechtsinhaberschaft ist. Aufgrund dieser gesetzgeberischen Auffassung kommt es gerade aus Sicht des Rechtsinhabers zu unbilligen Ergebnissen wie eben die Überlassung der Wohnung an den nichtberechtigten Ehegatten. (Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 614)

⁴⁹⁶ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 150/151

⁴⁹⁷ Vega Sala, Síntesis práctica, S. 56

Die Familienwohnung ist der Ort des Familiensitzes, an dem sich das familiäre Leben bis zu seinem Bruch fortentwickelte und gestaltete. Art. 96 erfasst daher nicht etwaige Zweitwohnungen, die diesem Erfordernis nicht gerecht werden (z. B. Ferienunterkünfte) und deren Zuweisung ausschließlich im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu erfolgen hat⁴⁹⁹.

Mit Gegenständen des gewöhnlichen Gebrauchs (*objetos de uso ordinario*) ist der Hausrat gemeint, der für den konkreten familiären Lebensstandard und Sozialstatus notwendig ist⁵⁰⁰. Zur näheren Bestimmung dient hierbei auch die güterrechtliche Vorschrift des Art. 1321 CC über den Hausrat. In Art. 1321 Abs. 2 CC wird gesetzlich vermutet, dass Schmuckstücke, Kunstgegenstände, historische Objekte und andere Güter von außerordentlichem Wert nicht zum Hausrat zu zählen sind.

Vorbehaltlich wirksamer Regelungen im *convenio regulador* steht in erster Linie die Familienwohnung und der Hausrat den Kindern und dem Ehegatten zu, bei dem diese verbleiben (Art. 96 Abs. 1 CC), d. h. in diesem Fall wird dem sorgeberechtigten Ehegatten die Wohnungsnutzung überlassen⁵⁰¹. Jedoch kann hierüber bei Eintritt der Volljährigkeit der Kinder neu entschieden werden⁵⁰². Verbleiben bei mehreren minderjährigen Kindern ein Teil bei dem einen, der andere Teil bei dem anderen Ehegatten (Aufteilung des Sorgerechts über die Kinder), so hat gem. Art. 96 Abs. 2 CC das Gericht eine angemessene Entscheidung zu treffen und sämtliche schützenswerte Interessen mit einzubeziehen⁵⁰³.

⁴⁹⁸ López, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 90, S. 988

⁴⁹⁹ González Poveda, Efectos comunes, Art. 96, S. 98/99

⁵⁰⁰ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 618 und 619; González Poveda, Efectos comunes, Art. 96, S. 99

⁵⁰¹ In diesem klassischen Fall macht sich vor allem die vermögensrechtliche Auswirkung dieser Scheidungsfolge bemerkbar. Sollte der nicht sorgeberechtigte Ehegatte Eigentümer der Wohnung sein, so ist der entsprechende Nutzungswert zumindest auf den Umfang seines Kindesunterhalts gem. 142 Abs. 1 CC anzurechnen, denn die Bereitstellung einer Wohnung gehört zu den Notwendigkeiten des ihn verpflichtenden Unterhalts. Durch die Überlassung bzw. Zuweisung an den anderen sorgeberechtigten Ehegatten und den Kindern erfüllte er somit einen Teil seiner Unterhaltungspflichten (González Poveda, Efectos comunes, Art. 96, S. 98; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 96, S. 399). – Zur Auswirkung auf den Scheidungsunterhalt, siehe unten: 2.Kap., B.II.3.a., S. 267 ff; Fn. 935; Fn. 1136

⁵⁰² García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 92 a 94, S. 410; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 176

⁵⁰³ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 160/161

Sollten keine gemeinsamen minderjährigen Kinder vorhanden sein, so ist im Grundsatz die Nutzung der Ehewohnung und des Hausrats demjenigen Ehegatten zuzusprechen, der hieran ein Nutzungsrecht hat, also dem Eigentümer, Inhaber eines Nießbrauchrechtes, Mieter⁵⁰⁴, o. ä.. Zu beachten ist hier die Ausnahmeregelung in Art. 96 Abs. 3 CC, die dem nichtberechtigten Ehegatten die Nutzung überlässt, wenn dies nach Lage der Verhältnisse (z. B. bei Krankheit, Alter, Behinderung) angezeigt erscheint und dessen Interesse schutzwürdiger ist. Der Verschuldensbeitrag eines Ehegatten hinsichtlich der Scheidung ist dabei unberücksichtigt zu lassen⁵⁰⁵. Im Fall des Art. 96 Abs. 3 CC ist die Nutzung jedoch zeitlich zu beschränken⁵⁰⁶.

Sollte dem nichtberechtigten Ehegatten die Wohnungsnutzung gebühren, so bestimmt Art. 96 Abs. 4 CC eine Verfügungsbeschränkung. Es kann über die Wohnung und den Hausrat nur mit Zustimmung beider Ehegatten oder mit gerichtlicher Ermächtigung verfügt werden. Eine Mietwohnung kann zum Beispiel von dem Ehegatten, der alleiniger Mieter ist, nicht allein gekündigt werden⁵⁰⁷. Art. 96 Abs. 4 CC ist die Parallelvorschrift zur güterrechtlichen Vorschrift des Art. 1320 CC. Damit wird sinnvollerweise die schon im Ehegüterrecht bestehende beidseitige Zustimmung bzw. gerichtliche Ermächtigung für Verfügungen über die Ehewohnung oder über bewegliche Gegenstände des gewöhnlichen Gebrauchs, über die nur ein Ehegatte verfügen könnte, übernommen. Diese Vorschrift dient vor allem der Sicherheit des sorgeberechtigten Ehegatten und der Kinder, deren Recht auf den Verbleib in der Familienwohnung nicht durch einseitige Verfügungen des anderen, normalerweise allein verfügbungsberechtigten Ehegatten zunichte gemacht werden soll⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 617; González Poveda, Efectos comunes, Art. 96, S. 98; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 177

⁵⁰⁵ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 161 und 162; González Poveda, Efectos comunes, Art. 96, S. 98; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 96, S. 399, Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 617

⁵⁰⁶ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 96, S. 399

⁵⁰⁷ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 163; González Poveda, Efectos comunes, Art. 96, S. 99

⁵⁰⁸ González Poveda, Efectos comunes, Art. 96, S. 99

Sollten beide Ehegatten Verfügungsberechtigt sein, bedarf es schon nicht der gesetzlichen Hilfe des Art. 96 Abs. 4 CC.

Von besonderer Problematik sind die Fälle, in denen die Ehewohnung lediglich gemietet worden war und vom Nichtberechtigten weiter bewohnt wird⁵⁰⁹. Hierbei ist zu unterscheiden, ob die Ehewohnung von einem der Ehegatten noch im ledigen Zustand angemietet wurde oder ob dies erst während der Ehe geschah. Im ersteren Fall sind die Vorschriften des *Ley de Arrendamientos Urbanos* mit zu berücksichtigen⁵¹⁰. Art. 24 LAU erfordert in diesem Zusammenhang die schriftliche Anzeige an den Vermieter über die nach dem Bruch der Ehe geänderte Nutzung der Wohnung, im Zweifel auch durch den nichtberechtigten Ehegatten⁵¹¹. Im zweiten Fall sind beide Ehegatten aus dem Mietvertrag berechtigt bzw. zumindest in dessen Schutzbereich, so dass eine Anzeige gem. Art. 24 LAU an den Vermieter zwar zweckmäßig, jedoch nicht für die Regelungen des *convenio regulador* notwendig erscheint⁵¹².

Die nunmehrige Nutzungsberechtigung des bisherigen, nichtberechtigten Ehegatten bei mangelndem *convenio regulador* zwischen den Ehegatten wird unterschiedlich - ob mit einem Okkupationsrecht oder aus dem gemeinsamen Besitzrecht oder mit einer temporären Annahme einer Rechtsübertragung - begründet⁵¹³.

⁵⁰⁹ Hierzu ausführlicher: Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 613 ff; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 96, S. 400

⁵¹⁰ Hierbei ist im Einzelnen das Verhältnis des *Ley de Arrendamientos Urbanos* zu den Art. 90 ff CC fraglich, insbesondere ob letztere nicht als Sondervorschriften im Scheidungsfälle spezieller als erstere sind (vgl. Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 614 ff). Für eine Berücksichtigung im *convenio regulador*: Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 96, S. 400

⁵¹¹ STC 126/1989 v. 12. Juli 1989, BOE Nr. 198 v. 09. August 1989, LL 1989-4, 183

⁵¹² Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 616

⁵¹³ Vgl. Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 96, S. 400

b. Vermögensrechtliche Scheidungsfolgen

aa. Der Kindesunterhalt als eheliche Last iSv Art. 93 CC

Diesbezügliche Vorschriften finden sich in Art. 90 Abs. 1 Buchst. c), Art. 93, 103 Nr. 3 CC wieder.

Die in den Art. 90 - 101 CC gefundenen Formulierungen über die ehelichen Lasten (*cargas matrimoniales*) bzw. die ehelichen Lasten und den Unterhalt (*cargas matrimoniales y alimentos*) werden einhellig als verwirrend und deplaziert empfunden⁵¹⁴.

Zunächst verwundert es, dass die Regelungen über die ehelichen Lasten und Unterhaltsleistungen iSv Art. 142 ff CC auch als gemeinsame Wirkungen (*efectos comunes*) einer Nichtigkeit, Trennung und Scheidung der Ehe dargestellt werden, wo doch die Art. 142 ff CC niemals bei einer Nichtigkeit der Ehe zum Tragen kommen können. Ebenso ist es missverständlich, bei einer geschiedenen Ehe, bei der keine ehelichen Bindungen mehr existieren, noch von *ehelichen* Lasten zu sprechen. Auch bei einer Ehetrennung wird man schlecht von ehelichen Lasten ausgehen können, denn Voraussetzung für diese ist gerade das eheliche Zusammenleben⁵¹⁵.

Die *cargas matrimoniales* sind ein Allgemeinbegriff für Verpflichtungen aus der gemeinsamen Ehe heraus⁵¹⁶, der die besonderen Unterhaltsverpflichtungen gem. Art. 142 ff CC umfasst⁵¹⁷. Im Zusammenhang mit Art. 90 Abs. 1 Buchst. c) und Art. 93 CC ist letztlich eine Regelung hinsichtlich der Unterhaltsverpflichtungen gegenüber den Kindern (*alimentos* iSv Art. 142 ff CC) im Falle der Trennung bzw. Scheidung gemeint⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 620

⁵¹⁵ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 152

⁵¹⁶ Beispiele sind Zinszahlungen für gemeinsame Kredite, Zahlungen auf die Ehewohnung, Mietschulden, Kosten für Strom, Wasser, Gas, Telefon, etc. (vgl. Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 620).

⁵¹⁷ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 620

⁵¹⁸ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 152; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 620; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 44

Diese Verpflichtung resultiert nicht nur aus der elterlichen Gewalt (*patria potestad*), sondern ist bereits und vor allem als Ausfluss der Eltern-Kind-Beziehung zu verstehen⁵¹⁹. Diese knüpft an die bloße Eigenschaft als Eltern schon verfassungsrechtlich (Art. 39 Abs. 3 CE) gewisse Beistandspflichten und ist nicht nur auf die minderjährigen Kinder beschränkt, sondern ebenso unabhängig von der Ausübung bzw. Inhaberschaft der elterlichen Gewalt (vgl. Art. 110, 111 a. E. CC) und von der Ehelichkeit der Kinder⁵²⁰. Insoweit betrifft diese Verpflichtung gegenüber den gemeinsamen Kindern auch beide Elternteile und kann für einen von ihnen auch nicht vertraglich ausgeschlossen werden⁵²¹.

Sollte der Unterhaltsschuldner seine Pflichten nicht erfüllen, so kann der Sorgerechtsinhaber und Stellvertreter des minderjährigen Kindes die Erfüllung gemäß dem titulierten Scheidungsurteil verlangen, gegebenenfalls die im *convenio regulador* oder gerichtlich festgesetzten Sicherheiten vollstrecken lassen⁵²². Zu denken ist hierbei an die direkte Einziehung von Löhnen und Gehältern (vgl. Art. 103 Nr. 3 CC iVm Art. 571 ff LEC), dinglichen Sicherheiten (vgl. Art. 1857 – 1886 CC), (Bank-)Bürgschaften (vgl. Art. 1822 ff CC), Einrichtung von Bankdepots oder Aktienfonds (vgl. Art. 1758 iVm Art. 1863 CC), etc.⁵²³.

Nicht erlaubt ist es, auf die nichterfüllten Unterhaltszahlungen mit der eigenen Nichterfüllung der Pflicht, die persönlichen Beziehungen (Umgang) des anderen Elternteils mit den Kindern zu ermöglichen, zu reagieren, denn die Unterhaltspflicht des anderen Elternteils und die eigene Pflicht zur

⁵¹⁹ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1070; González Poveda, Efectos comunes, Art. 93, S. 87; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 93, S. 391

⁵²⁰ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1048, 1056/1057, 1070; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 93, S. 392; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 620; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 158

⁵²¹ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 93, S. 392; Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1047 und 1048

⁵²² Problematisch erweisen sich Regelungen über Sicherheiten, die laut Gesetzestext nicht unbedingt notwendig sind (vgl. in Art. 90 Abs. 1 Buchst. c) CC: „gegebenenfalls“) oder letztlich im Ermessen des Gerichts liegen (vgl. Art. 93 Abs. 1 CC: „geeignete Maßnahmen“), und die oftmals nur schwer zu bestimmen sein werden (Vega Sala, Síntesis práctica, S. 56; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 622)

⁵²³ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 159; González Poveda, Efectos comunes, Art. 93, S. 93 ff; García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, Art. 92 a 94, S. 395; Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 319; Vega Sala, Síntesis práctica, S. 172

Ermöglichung des persönlichen Umgangs stehen nicht in einem synallagmatischen Gegenseitigkeitsverhältnis⁵²⁴.

(1) Unterschiedliche Leistungsbeiträge der Elternteile

Bei den Leistungsbeiträgen der Elternteile ist zwischen jenen personeller (*prestación personal*) und denen wirtschaftlicher Hingabe (*prestación económico-dineraria*) zu unterscheiden.

Die *prestación personal* beschreibt die persönliche, körperliche Hingabe und Zuwendung als einen Teil der Unterhaltspflicht, der zumeist und insbesondere dem Sorgerechtsberechtigten obliegt. Diese Form der Unterhaltsleistung ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, jedoch indirekt den Art. 103 Nr. 3 Abs. 2 CC und Art. 97 Nr. 4 CC zu entnehmen und allein schon aus denknotwendigen Billigkeitsgründen anzurechnen⁵²⁵. Problematisch erweist sich dabei für den Richter die genaue Berechnung bzw. Bewertung dieser sehr relativierbaren Unterhaltsbeiträge.

Die *prestación económico-dineraria* beschreibt die eigentliche Unterhaltsleistung, die *alimentos* iSv Art. 142 ff CC. Es sind die Beiträge zum Kindesunterhalt, sowie dessen Grundlagen für die Aktualisierung und etwaige Sicherheiten für die Erfüllung dieser Verpflichtungen festzulegen. Auch sind Anpassungsregeln für die Inflationsrate festzusetzen⁵²⁶. Umfasst wird von Art. 142 CC all das, was zu Lebensbedarf, Wohnung, Kleidung und ärztlicher Betreuung notwendig ist. Jedoch ist der Kindesunterhalt durchaus allgemeiner zu verstehen und deckt sämtliche Kosten, die der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes entspringen und familiären Versorgungsverpflichtungen entsprechen (vgl. Art. 10, 39 CE, Art. 154 Abs. 2 CC, Art. 1362 Abs. 1 CC)⁵²⁷. Der Umfang des Unterhalts ist

⁵²⁴ Roca Trias, in: Comentario del Código Civil, Art. 93, S. 394; Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1058

⁵²⁵ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1048 und 1049

⁵²⁶ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 621

⁵²⁷ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 158

verhältnismäßig zum Einkommen und den Mitteln der jeweiligen Elternteile zu bestimmen, vgl. Art. 145 Abs. 1, 146, 1319 Abs. 3, 1413, 1438 CC⁵²⁸. Es ist hierbei nicht nur das geregelte Einkommen, sondern gegebenenfalls auch vorhandenes Vermögen heranzuziehen, insbesondere wenn das Vermögen im Verhältnis zum Einkommen verhältnismäßig hoch ist⁵²⁹. Mangels konkret vereinbarter Berechnungsfaktoren (im *convenio regulador*) sind diverse Umstände wie die Benutzung der Ehewohnung, etwaige Einkünfte der Kinder⁵³⁰, eigene Lebenshaltungskosten der Elternteile, problematische Gesundheitszustände, Wahrnehmung sozialer Familienbeihilfen, etc. jedenfalls zu berücksichtigen⁵³¹. Ferner ist obig erwähnter Arbeitsanteil (*prestación personal*) anzurechnen, den einer der Ehegatten den der elterlichen Gewalt unterworfenen gemeinsamen Kindern zuwendet.

(2) Schutz auch für sog. emanzipierte Kinder

Art. 93 Abs. 2 CC ist gesetzgeberischer Ausdruck dessen, dass auch volljährigen Kindern Unterhalt zukommen kann⁵³².

Während Art. 93 Abs. 1 CC iVm Art. 142 ff CC sich auf die Kinder unter elterlicher Gewalt, also minderjährige oder geistig behinderte Kinder (vgl. Art. 169, 171 CC)⁵³³, oder auf die in Ausbildung befindlichen Kinder⁵³⁴ (vgl. Art. 142 Abs. 2 CC) beschränkt, bezieht sich Art. 93 Abs. 2 CC iVm Art. 142 ff CC explizit auf die volljährigen und sog. emanzipierten Kinder (vgl. Art. 314, 315 CC).

⁵²⁸ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1050; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 93, S. 587; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 158

⁵²⁹ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1051

⁵³⁰ Vgl. Art. 165 Abs. 2 CC iVm Art. 155 Nr. 2 CC: Auch die Kinder haben ihren Anteil an den familiären Pflichten zu tragen.

⁵³¹ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 158; Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1050/1051; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 93, S. 589

⁵³² Dies war in der Familienrechtsreform von 1981 noch nicht so vorgesehen und führte zu zahlreichen Problemen und Ungerechtigkeiten. Daher wurde Art. 93 Abs. 2 CC mit Reformgesetz 11/1990 vom 15. Oktober 1990 in den *Código Civil* eingefügt. (Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1046 und 1065/1066)

⁵³³ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1045; siehe hierzu auch oben: 2.Kap., A.II.4.a.aa., S. 156

⁵³⁴ Zanon Masdeu, El divorcio en España, S. 340

(a) Geringere Schutzbedürftigkeit gegenüber Art. 93 Abs. 1 CC

Die Verpflichtungen der Eltern gem. Art. 93 Abs. 1 CC hat der Richter in jedem Falle (*en todo caso*) zu bestimmen bzw. im *convenio regulador* zu überprüfen, denn die von Art. 93 Abs. 1 CC iVm Art. 142 ff, 169, 171 CC erfassten Kinder sind aus Sicht des Gesetzgebers besonders schutzwürdig⁵³⁵.

Weniger schützenswert ist jedoch das Kindesinteresse bei normalen volljährigen Kindern. Obschon auch diese bei fehlendem Einkommen eines Schutzes bedürfen, ist dieser von der Schutzbedürftigkeit der unter Art. 93 Abs. 1 CC fallenden Kinder deutlich zu unterscheiden. Dies hat der Gesetzgeber dadurch ausgedrückt, dass er die Berücksichtigung der Volljährigen in einem eigenen Absatz mit expliziter Verweisung auf die Art. 142 ff CC geregelt hat und nicht etwa in den schon bestehenden Art. 93 CC (jetzt Art. 93 Abs. 1 CC) integriert wissen wollte. Insoweit ist die Nennung der Art. 142 ff CC in Art. 93 Abs. 2 CC lediglich als Rechtsfolgenverweis zu verstehen⁵³⁶. Art. 93 Abs. 2 CC ist daher anderer Rechtsnatur als Art. 93 Abs. 1 CC, er betrifft nur voll geschäftsfähige und allein aktivlegitimierte Gläubiger⁵³⁷. Anders als bei Art. 93 Abs. 1 CC hat der Richter die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber volljährigen Kindern nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, vielmehr unterliegen diese den normalen zivilprozessualen Grundsätzen, insbesondere dem Antragsprinzip. Erst nach Beantragung des Unterhalts entsteht dem volljährigen Kind ein entsprechender Anspruch, den es sogleich selbst im Scheidungsverfahren zur Entscheidung bringen kann⁵³⁸.

⁵³⁵ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 158; Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1067

⁵³⁶ So auch: SAP Zamora v. 17. März 2000, ArLM, Art. 93, S. 609

⁵³⁷ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1048, 1067. - Anderer Ansicht ein Teil der Literatur, der die Schutzbedürftigkeit und das Kindeswohl der Volljährigen vergleichbar mit den Minderjährigen sieht.

⁵³⁸ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1048, 1067; González Poveda, Efectos comunes, Art. 93, S. 92/93

(b) Eintritt der Volljährigkeit und Scheidungsprozess

Art. 93 Abs. 2 CC hat vor allem den Sinn, den emanzipierten Kindern die Möglichkeit zu geben, ihre Unterhaltsforderungen noch im zugrunde liegenden Scheidungsprozess geltend machen zu können⁵³⁹. Aktivlegitimiert sind hier nunmehr die volljährigen und emanzipierten Kinder, passivlegitimiert *beide* Elternteile⁵⁴⁰. Fraglich und abzugrenzen ist, wie sich Art. 93 Abs. 2 CC im laufenden Scheidungsprozess auswirkt.

Sollte das Kind bereits im Zeitpunkt des Scheidungsantrags bzw. der Scheidungsklage volljährig oder emanzipiert sein, so kann es die Unterhaltsansprüche entweder im *convenio regulador* zusammen mit seinen Eltern festsetzen und unterzeichnen oder diese im streitigen Falle neben dem mit ihm lebenden Elternteil als zusätzlicher (Wider-)kläger geltend machen.

Fraglich ist in diesem Fall, ob auch der mit dem Kind lebende Elternteil den Unterhalt des Kindes in dem von ihm geführten Scheidungsprozess einklagen kann oder ob dies nur dem Kind selbst zusteht. Die Ansicht, dass Art. 93 Abs. 2 CC gerade keine Befugnis der Eltern mehr vorsieht, im Wege der notwendigen Streitgenossenschaft (wie in Art. 93 Abs. 1 CC) die Ansprüche des Kindes vor Gericht geltend zu machen, hat sich in der Praxis nicht durchgesetzt⁵⁴¹. Überwiegend wird dem mit dem volljährigen oder emanzipierten Kind lebenden Elternteil das prozessuale Recht zugesprochen, entsprechende Unterhaltsansprüche der Kinder im Scheidungsprozess selbst einzufordern⁵⁴². Begründet wird dies mit der vielfach tatsächlichen Situation, dass die Kinder mit Eintritt der Volljährigkeit zumeist nicht finanziell unabhängig sind, dass es gerade Sinn des Art. 93 Abs. 2 CC ist, aus prozessökonomischen Gründen den

⁵³⁹ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1077

⁵⁴⁰ González Poveda, Efectos comunes, Art. 93, S. 91; Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1076 und 1077

⁵⁴¹ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1076; González del Pozo, ACDoc. 1991-1, 169 f; vgl. SAP Zamora v. 17. März 2000, ArLM, Art. 93, S. 608; SAT Bilbao v. 22. Juli 1986 und v. 24. Dezember 1985, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1065

⁵⁴² SAP Murcia v. 22. Mai 2000, Ar. § 93, S. 612; dass. v. 02. Juli 1997, AC 1997, 1280; dass. v. 23. April 1996, AC 1996, 797; SAP Zamora v. 17. März 2000, ArLM, Art. 93, S. 608/609; González Poveda, Efectos comunes, Art. 93, S. 91/92

Kindesunterhalt im Scheidungsprozess noch festzusetzen und dass die Festlegung des Kindesunterhalts nur Folge des eigentlichen Streitgegenstandes, nämlich der Scheidung der Eltern, ist. Mit der Folge, dass dann auch die Eltern als Scheidungsprozessführer über die prozessuale Geltendmachung des Kindesunterhalts, ob nun minderjähriger oder volljähriger Kinder, dispositionsbefugt sein müssen⁵⁴³.

Sollte das Kind im Laufe des bereits beantragten Scheidungsverfahrens volljährig oder emanzipiert werden, so hat es als Partei vor Gericht aufzutreten und sich den bisher von einem Elternteil beantragten Unterhaltsanspruch selbst zu eigen zu machen, denn mit Eintritt der Volljährigkeit bzw. Emanzipation verlieren die bisherigen Unterhaltsfestsetzungen für den Minderjährigen ihre prozessuale Wirkung⁵⁴⁴. Eine Änderung der Unterhaltsfestsetzung ist nur möglich, falls das Kind den Anspruch vor Gericht noch in der Beweisaufnahme erklärt. Danach ist eine Änderung bzw. auch eine erstmalige Beanspruchung im laufenden Scheidungsprozess nicht mehr möglich. In diesem Falle bleibt dem Kind jedoch die Möglichkeit eines vom Scheidungsprozess getrennten Unterhaltsprozesses⁵⁴⁵.

Sollte das Kind nach dem rechtskräftigen Scheidungsurteil volljährig oder emanzipiert geworden sein, wird ihm nunmehr aus prozessökonomischen Gründen zugestanden, den etwaig im Scheidungsverfahren festgelegten Unterhaltsanspruch selbst beizutreiben, wobei das Kind jedoch mit dem Unterhaltsumfang einverstanden sein müsste. Sollte dies nicht der Fall sein oder sollte das Kind diesen Unterhalt nicht für sich einfordern, dann ist nur noch ein getrennter Unterhaltsprozess möglich⁵⁴⁶.

⁵⁴³ González Poveda, Efectos comunes, Art. 93, S. 92; SAP Zamora v. 17. März 2000, ArLM, Art. 93, S. 608/609

⁵⁴⁴ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1075

⁵⁴⁵ Belo González, ACDoc. 1991-1, 21 f; Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1078

⁵⁴⁶ Rivero Hernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 93, S. 1078

bb. Liquidierung des ehelichen Güterstandes

Diesbezügliche Vorschriften finden sich in Art. 90 Abs. 1 Buchst. d), 95 Abs. 1, (103 Nr. 4 und Nr. 5) CC wieder.

Das spanische Recht unterscheidet drei Formen des gesetzlichen ehelichen Güterstandes:

- a) Die sog. Errungenschaftsgemeinschaft⁵⁴⁷ (*régimen de sociedad de gananciales*), Art. 1316, 1344 ff CC
- b) Die Zugewinn- bzw. Teilhabegemeinschaft (*régimen de participación*), Art. 1411 ff CC
- c) Die Gütertrennung (*régimen de separación*), Art. 1435 ff CC

Der *Código Civil* geht im Ehegüterrecht grundsätzlich von der Vertragsfreiheit der Ehegatten aus. Dies ist bereits an der systematischen Stellung des Ehegüterrechts im Vierten Buch (*De las obligaciones y contratos*⁵⁴⁸) ersichtlich. Dort bildet das Ehegüterrecht einen eigenen Titel. Gemäß Art. 1315 CC können die Ehegatten im Rahmen der Beschränkungen des *Código Civil* jede Vereinbarung über den ehelichen Güterstand treffen, vgl. hierfür insbesondere Art. 1325 - 1335 CC (*De las capitulaciones matrimoniales*⁵⁴⁹). Den Ehegatten ist es zu jeder Zeit vorbehalten, ihren Güterstand aufzuheben, Art. 1323, 1392 Nr. 4 CC⁵⁵⁰. Jedoch muss stets ein gesetzlicher Güterstand bestehen, vgl. Art. 1392 Nr. 4, 1315 CC.

Unabhängig vom konkreten Güterstand ist jeder Ehegatte berechtigt, die zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs erforderlichen Geschäfte vorzunehmen, Art. 1319 Abs. 1 CC. Ebenso ist es eine für alle Güterstände geltende Regelung⁵⁵¹, dass es zur Verfügung über die Familienwohnung und

⁵⁴⁷ Adomeit/Frühbeck vergleichen hier irreführend mit der Zugewinnngemeinschaft. (vgl. Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, S. 51)

⁵⁴⁸ Zu deutsch: Von den Verpflichtungen und Verträgen

⁵⁴⁹ Zu deutsch: Von den ehelichen Verträgen

⁵⁵⁰ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 623

⁵⁵¹ Die Art. 1315 bis 1324 CC sind für die Güterstände allgemein gültige Vorschriften (*disposiciones generales*)

über das gewöhnlich von der Familie benutzte Mobiliar ohne Rücksicht auf die entsprechenden Eigentumsverhältnisse der Zustimmung *beider* Ehegatten (bzw. gegebenenfalls einer richterlichen Ermächtigung) bedarf, vgl. Art. 1320 Abs. 1 CC.

(1) Abgrenzungsfragen

Die Rechtskraft des Scheidungsurteils⁵⁵² bewirkt konstitutiv und *ex nunc* die Auflösung des ehelichen Güterstandes, Art. 95 Abs. 1 iVm Art. 89 CC iVm Art. 1392 Nr. 1, Art. 1415 CC⁵⁵³. Diese Auflösung kann daher weder vorher vertraglich noch im *convenio regulador* konstitutiv erklärt werden⁵⁵⁴.

(a) Unterscheidung zwischen „Ob“ und „Wie“ der Auflösung des ehelichen Güterstandes

Im *convenio regulador* gem. Art. 90 CC kann daher eine Vereinbarung nur in der Weise erfolgen, dass die Grundsätze der Auseinandersetzung und nicht die Auflösung als solche festgelegt werden können⁵⁵⁵. Entscheidend ist daher zwischen dem die Ehe und den gesetzlichen Güterstand auflösenden Scheidungsurteil einerseits und der *Umsetzung der Auflösung* andererseits zu unterscheiden. Letzteres kann durchaus entweder vorweg vertraglich (vgl. Art. 1323, 1325 ff iVm Art. 1255 CC)⁵⁵⁶ oder erst im *convenio regulador*⁵⁵⁷ oder mittels der gesetzlichen Vorschrift des Art. 95 CC geschehen, ersteres dagegen steht keineswegs zur Disposition.

⁵⁵² Ebenso die Rechtskraft der Nichtigkeitsfeststellung gem. Art. 79 CC iVm Art. 1392 Nr. 2, Art. 1415 CC bzw. die Rechtskraft des Trennungsurteils gem. Art. 83 CC iVm Art. 1392 Nr. 3, Art. 1415 CC

⁵⁵³ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 95, S. 396; siehe hierzu oben: 1.Kap., C.V.2., S. 121/122

⁵⁵⁴ STS v. 02. April 1992, ArLM, Art. 90, S. 244; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 164; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 95, S. 396

⁵⁵⁵ Vgl. STS v. 22. April 1997, ArLM, Art. 90, S. 248

⁵⁵⁶ López-Muñoz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 478; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 95, S. 396

⁵⁵⁷ Sollten etwaige Vereinbarungen der Ehegatten über ihr Vermögen über das in den gesetzlichen Vorschriften Geforderte hinausgehen, so ist dies im Zweifel derart zu verstehen, dass hiermit eine Reduzierung des wirtschaftlichen Ungleichgewichts (*desequilibrio económico*) zur Vermeidung von Zahlungen gem. Art. 97 CC bewirkt werden soll (vgl. Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 90, S. 383, Art. 95, S. 397). Zu den Voraussetzungen des Art. 97 CC näher, siehe unten: 2.Kap., B., S. 250 ff

Der Vorbehalt im Gesetzestext des Art. 90 Abs. 1 Buchst. d) CC (*cuando proceda*⁵⁵⁸) vermag zunächst zu verwirren, sind doch die einzelnen Punkte des Art. 90 CC als gesetzlicher Mindestinhalt aufgeführt⁵⁵⁹. Insofern wäre es widersprüchlich, das „Ob“ der Liquidierung wiederum zur Wahl der Ehegatten zu stellen. Vielmehr kann der Vorbehalt daher grundsätzlich nur Einfluss auf das „Wie“ einer entsprechenden Regelung im *convenio regulador* nehmen, was hier jedoch lediglich zeitlich zu verstehen ist. Nicht notwendig ist daher, dass diesbezügliche vertragliche Vereinbarungen der Ehegatten dem Scheidungsurteil zeitlich vorgehen müssen, ausreichend ist auch eine nachträgliche Regelung über die Auflösung des ehelichen Güterstandes⁵⁶⁰.

Ausnahmsweise nimmt dieser Vorbehalt aber auch Einfluss auf das „Ob“. Gemeint ist der Fall einer Scheidung, der eine gerichtliche Trennung vorausgegangen war. Denn mit dem vorausgegangenen Trennungsurteil war die Auflösung der güterrechtlichen Verhältnisse bereits umzusetzen gewesen (vgl. Art. 81 iVm Art. 90 Abs. 1 Buchst. d) CC), so dass dann in einem nachfolgenden Scheidungsverfahren eine explizite Regelung zur Umsetzung der Auflösung des ehelichen Güterstandes nicht mehr erwähnt sein müsste⁵⁶¹.⁵⁶²

(b) Unterscheidung zur gerichtlichen Trennung

Weiter ist zu bedenken, dass sich die gerichtliche Trennung von der Nichtigkeit oder Scheidung der Ehe hinsichtlich der Urteilstwirkungen dadurch unterscheidet, dass erstere die Ehe lediglich suspendiert (vgl. Art.

⁵⁵⁸ Zu deutsch: Gegebenenfalls

⁵⁵⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.3.a, S. 151; STS v. 21. Dezember 1998, ArLM, Art. 90, S. 251

⁵⁶⁰ Vgl. Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 623; López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 478

⁵⁶¹ Vgl. Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 153

⁵⁶² Im Zusammenhang einer derartigen Konstellation eines Scheidungsurteils nach einem vorausgegangenen Trennungsurteil ist auch zu erwähnen, dass es nur folgerichtig ist, die konstitutive Wirkung des Scheidungsurteils für die Auflösung des ehelichen Güterstandes auch auf den Zeitpunkt des Trennungsurteils zurück zu beziehen (Roca Trías, Comentario del Código Civil, Art. 95, S. 397).

83 CC) und im Vergleich zu beiden anderen Instituten gerade nicht auflöst (vgl. Art. 85 CC).

Die Tatsache einer bestehenden, lediglich suspendierten Ehe führt zu einer differenzierenden Betrachtung: Eine *absolute* Auflösung des ehelichen Güterstands in dem Sinne, dass danach überhaupt kein ehelicher Güterstand mehr bestünde, erscheint nicht möglich, denn die Ehe ist gerade nicht aufgelöst und bietet daher dennotwendig nicht die geeignete konstitutive Grundlage für eine derartige absolute Schaffung klarer Tatsachen⁵⁶³. Gemäß Art. 90 Abs. 1 Buchst. d) bzw. 95 CC iVm Art. 1392 Nr. 3, 1415 CC ist auch bei der gerichtlichen Trennung der bestehende eheliche Güterstand aufzulösen, jedoch ist es dem Rechtsgedanken des Art. 1392 Nr. 4 CC und dem Wortlaut des Art. 1435 Nr. 3 CC deutlich zu entnehmen, dass in diesem Fall auch weiterhin ein gesetzlicher Güterstand zu bestehen hat. Weder Art. 1392 Nr. 3 CC noch Art. 95 CC schließen aus, dass nach der Auflösung des bestehenden Güterstands ein anderer nicht folgen könne⁵⁶⁴. Das Argument, dass Art. 1435 CC als *lex anterior* zu vernachlässigen sei und daher auch nach einem Trennungsurteil kein ehelicher Güterstand mehr zu bestehen habe⁵⁶⁵, erscheint wenig überzeugend, zumal der Reformgesetzgeber Art. 1435 CC als durchaus einschlägigen Artikel hätte ändern können, was jedoch nicht geschehen ist.

Entscheidender Unterschied der gerichtlichen Trennung zur Scheidung der Ehe ist im Zusammenhang mit der Auflösung des ehelichen Güterstands gem. Art. 90 ff CC folglich, dass nach einem Trennungsurteil ein gesetzlicher Güterstand zwischen den Ehegatten weiterhin bestehen muss. Diese vom Gesetzgeber angelegte Unterscheidung ist aufgrund der unterschiedlichen Wirkungen der jeweiligen Urteile schlüssig und sachgerecht. Mangels näherer Vereinbarung wird hierbei die Gütertrennung vermutet, Art. 1435 Nr. 3 CC. Vereinbarungen in einem *convenio regulador*

⁵⁶³ Äußerst problematisch erwies sich bei anderer Betrachtung der Fall einer Wiederversöhnung: Eine „Neuauflage“ des gesetzlichen Güterstands, nachdem dieser bereits aufgelöst wurde, erschien unsystematisch und unbillig, eine Rückabwicklung des aufgelösten Güterstands wäre praktisch extrem schwierig.

⁵⁶⁴ Roca Trias, in: Comentario del Código Civil, Art. 95, S. 396

⁵⁶⁵ Vgl. bei Roca Trias, in: Comentario del Código Civil, Art. 95, S. 396

des gerichtlichen Trennungsverfahrens, die die Umstellung auf die Gütertrennung festlegen, verstoßen daher nicht gegen den Rechtsgedanken des Art. 95 Abs. 1 CC⁵⁶⁶.

(2) *Errungenschaftsgemeinschaft (sociedad de gananciales)*

Mangels vertraglicher Vereinbarung ist die *sociedad de gananciales* der gesetzliche eheliche Güterstand, Art. 1316, 1345 CC⁵⁶⁷.

Hierbei handelt es sich um eine Gütergemeinschaft, die zwischen dem Vermögen aus dem Rechtskreis *vor* bzw. *nach* der Eheschließung unterscheidet. Den Ehegatten gehört persönlich nur das Vermögen, das bereits vor der Eheschließung vorhanden war und ferner noch Vermögen, das nach der Eheschließung durch Schenkung, Erbschaft oder als persönliche Zuwendung erworben wurde, Art. 1346 CC. Hingegen ist das Vermögen, das *in* der Ehe (also nach Eheschließung) von einem oder beiden erworben („errungen“) wird, gemeinsames Vermögen (die sog. *gananciales*). Insbesondere fallen hierunter Arbeitslöhne, Gewerbeerträge oder auch Einkünfte und Früchte des eigenen Vermögens, vgl. Art. 1347 CC. Bezüglich dieser *gananciales* besteht zwischen den Ehegatten eine echte Gütergemeinschaft mit Gesamthandseigentum⁵⁶⁸. Vorhandenes Ehevermögen wird als Gesamthandseigentum zunächst gesetzlich vermutet, Art. 1361 CC.

⁵⁶⁶ STS v. 02. April 1992, in: Moreno Gil, Jurisprudencia, Art. 95, S. 189/190

⁵⁶⁷ In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass das Ehegüterrecht des *Código Civil* nicht für ganz Spanien gilt, sondern dass dieses durch diverse Foralrechte der Autonomiegebiete (diesbezüglich einschlägige Foralrechte gibt es in Aragonien, Katalonien, Navarra, Galicien, Biscaya, Alava, Balearen) eigens geregelt wird. Mehrheitlich wird in diesen bei mangelnder Vereinbarung die Errungenschaftsgemeinschaft bzw. eine Art Errungenschaftsgemeinschaft als der gesetzliche Güterstand angesehen. Hiervon sind die Autonomiegebiete Katalonien und Balearen ausgenommen, deren gesetzlicher Güterstand die Gütertrennung ist. Ferner Biscaya und Alava, deren gesetzlicher Güterstand eine Art Gütergemeinschaft ist (sog. foralrechtliche Güterbindung), zu dem das gesamte Vermögen beider Ehegatten gehört, einschließlich dessen, was sie während der Ehe erwerben (vgl. Rudolph, MittRhNotK 1990, 103 ff).

⁵⁶⁸ Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, S. 51

Mangels näherer vertraglicher Vereinbarungen obliegt die Verwaltung der *gananciales* beiden Ehegatten, demzufolge können sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Verfügungen nur gemeinsam vorgenommen werden, Art. 1375, 1377, 1378 CC. Ohne Zustimmung, jedoch mit Kenntnis des anderen Ehegatten, kann ein Ehegatte entsprechend des familiären Lebensstandards die *gananciales* zur Ausübung seines Berufes oder zur Verwaltung seines Vermögens in Anspruch nehmen, Art. 1382 CC. Für dringende Notmaßnahmen reicht ausnahmsweise nur das Einverständnis eines Ehegatten aus, Art. 1386 CC.

Die Auseinandersetzung bei der Auflösung des Güterstandes gem. Art. 1392, 1396 ff CC bezieht sich lediglich auf die *gananciales*. Wie oben erläutert endet die *sociedad de gananciales*, wenn die Ehe für aufgelöst erklärt wird, im Falle der Scheidung folglich mit dem rechtskräftigen Scheidungsurteil. Nach Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva der *sociedad de gananciales* sind zunächst die Gläubiger zu befriedigen, verbleibendes Vermögen ist letztlich jeweils hälftig auf die Ehegatten zu verteilen Art. 1399, 1404 CC.

Zu beachten ist insbesondere Art. 1406 CC, der jedem Ehegatten ein bevorzugtes Aussonderungsrecht für persönliche Gegenstände, für Ausstattungsgegenstände seines Betriebes, für Räumlichkeiten, in denen er seinem Beruf nachgegangen ist, und im Falle des Todes des anderen Ehegatten für die eheliche Wohnung gibt. Ein etwaig zu hoher Wert der Aussonderungsgegenstände ist gegebenenfalls gem. Art 1407 CC in Geld zu erstatten.

(3) Zugewinn- bzw. Teilhabegemeinschaft (*régimen de participación*)

Als weiteren gesetzlichen Güterstand regelt das Gesetz die sog. Zugewinn- bzw. Teilhabegemeinschaft, Art. 1411 ff CC. Gemäß dem *Código Civil* ist dies vertraglich zu vereinbaren, Art. 1315 iVm 1325 ff CC. Verträge über den Güterstand bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung, Art. 1327 CC.

Das *régimen de participación* geht von dem Gedanken aus, dass die Ehegatten ähnlich der Zugewinnsgemeinschaft des BGB am jeweiligen in der Ehe bzw. während des Bestehens dieses Güterstandes erworbenen Vermögen des anderen Ehegatten partizipieren⁵⁶⁹, vgl. Art. 1411 CC. Über von einem Ehegatten erworbene Vermögensgüter bleibt jedoch allein dieser dispositionsbefugt, Art. 1412 CC. Gemeinsames Vermögen gibt es bei diesem Güterstand demnach grundsätzlich nicht⁵⁷⁰, lediglich *gemeinsam* erworbene Vermögensgüter gehören beiden Ehegatten ungeteilt, Art. 1414 CC⁵⁷¹.

Für die Auseinandersetzung bei Auflösung dieses Güterstandes hat ein Ausgleich der jeweiligen Differenz zwischen Anfangs- und Endvermögen (Zugewinn) der Ehegatten zu erfolgen, Art. 1417 CC. Das Anfangsvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten zu Beginn dieses Güterstandes bereits gehörte, ferner wird auch dasjenige dazu gerechnet, welches einem Ehegatten durch Erbschaft, Schenkung und Vermächtnis später zukommt, Art. 1418 CC. Der Ehegatte mit dem größeren Zugewinn hat die Hälfte der Differenz der Zugewinne in Geld an den anderen Ehegatten auszusahlen, Art. 1427, 1431 CC. Das Teilhabeverhältnis kann in der Güterstandsvereinbarung auch an den jeweiligen Vermögensverhältnissen der Ehegatten ausgerichtet werden, Art. 1429 CC.

⁵⁶⁹ Rudolph, MittRhNotK 1990, 98

⁵⁷⁰ Falsch liegt daher Adomeit/Frühbeck, der bezüglich des *régimen de participación* auf den Zeitpunkt der Eheschließung abstellt und besagt, dass nach der Eheschließung erworbenes Vermögen beiden Ehegatten gemeinschaftlich gehört. Hiermit beschreibt er eigentlich die *sociedad de gananciales* (vgl. Adomeit/Frühbeck, Einführung in das spanische Recht, S. 52).

⁵⁷¹ Adomeit/Frühbeck ist mit Fn. 570 daher wohl auf den Ausnahmefall des Art. 1414 CC zu verstehen. Falsch aber auch Rudolph mit der generellen Aussage, dass es bei diesem Güterstand kein gemeinsames Vermögen gibt

(4) Gütertrennung (*régimen de separación*)

Der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung gem. Art. 1435 ff CC muss ebenso vertraglich vereinbart werden, Art. 1315 iVm 1325 ff, 1435 Nr. 1 CC. Des Weiteren kommt er dann in Betracht, wenn die Ehegatten die *sociedad de gananciales* vertraglich ausschließen, ohne explizit einen anderen Güterstand zu bestimmen, oder wenn während der Ehe die Güterstände der *sociedad de gananciales* bzw. des *régimen de participación* enden, ohne dass explizit ein anderer Güterstand bestimmt wurde, Art. 1435 Nr. 2 und Nr. 3 CC⁵⁷².

Das *régimen de separación* kennt kein gemeinschaftliches Vermögen. Die Vermögensbereiche sind zwischen den Ehegatten getrennt, Art. 1437 CC.

Eine Auflösung dieses Güterstandes bewirkt daher keine vermögensrechtliche Auseinandersetzung.

(vgl. Rudolph, MittRhNotK 1990, 98).

⁵⁷² Dies ist z. B. recht häufig nach einer gerichtlichen Trennung der Fall; siehe hierzu oben: 2.Kap., A.II.4.b.bb.(1)(b), S. 176

*cc. Der Unterhalt⁵⁷³ aufgrund Trennung oder Scheidung gem. Art. 97 CC
(pensión compensatoria)*

Diesbezügliche Vorschriften finden sich in Art. 90 Abs. 1 Buchst. e), Art. 97 CC wieder.

Der Verweis in Art. 90 Abs. 1 Buchst. e) CC auf Art. 97 CC im Sinne einer Rechtsgrundverweisung bedeutet, dass der Tatbestand des Art. 97 CC zunächst erfüllt sein muss, damit überhaupt eine derartige Regelung im *convenio regulador* zu erwähnen ist⁵⁷⁴.

Einschlägige Normen für die *pensión compensatoria* sind ferner die Art. 99, 100 und 101 CC. Jedoch ist Art. 97 CC die maßgebliche Vorschrift und das Rückgrat dieser Unterhaltsleistung, denn er behandelt die Voraussetzungen des Anspruchs und die Kriterien seines Umfangs.

Der spanische Scheidungsunterhalt ist vermögensrechtliche Folge eines Scheidungsurteils, die sich nach Art. 97 CC zu bestimmen hat. Wie auch bei den anderen gemeinsamen Folgen iSv Art. 90 ff CC ist Grundfundament die rechtskräftige Scheidung (Art. 89 CC), auf die sich dann diese unterhaltsrechtliche Folge aufbauen lässt⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Zum Begriff in diesem Zusammenhang, siehe hierzu oben: 2.Kap., A.II.2., S. 148

⁵⁷⁴ Vgl. Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 153

⁵⁷⁵ Wie der den Trennungsunterhalt als vermögensrechtliche Folge eines rechtskräftigen Trennungsurteils.

III. Grundkonzeption des Scheidungsunterhalts

1. Parlamentarischer Rückblick

Wie bereits geschildert machte die neue spanische Verfassung eine Reformierung des Familienrechts notwendig⁵⁷⁶.

Die Regelungen über die *pensión compensatoria* wurden dem Parlament zunächst in einem Regierungsentwurf zur Familienrechtsreform vom 01. März 1980 vorgestellt⁵⁷⁷. Der vorläufige Entwurf des Art. 97 CC erfuhr im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wichtige und kontrovers diskutierte Änderungen durch die einberufene Kommission, die letztlich vom Plenum des Parlaments angenommen wurden. Dabei handelte es sich vor allem um konzeptionelle Klärungen zu den streitigen Punkten über den Rechtscharakter der *pensión compensatoria* und über die Einbeziehung eines etwaigen Verursachungsbeitrags an der Trennung bzw. Scheidung⁵⁷⁸. Letztlich wurde die im Art. 97 CC des Regierungsentwurfs enthaltene Bezugnahme auf die Beweggründe der Trennung bzw. Scheidung und der Anteil der Ehegatten hieran nicht übernommen und die Auflistung der in Art. 97 CC des Regierungsentwurfs aufgeführten Umstände abgeändert⁵⁷⁹. Der derart überarbeitete Gesetzestext wurde vom Parlament am 07. Juli 1981 verabschiedet und am 20. Juli 1981 im spanischen Nationalgesetzblatt (*Boletín Oficial del Estado*)⁵⁸⁰ veröffentlicht.

Geprägt und beeinflusst wurde dabei der spanische Gesetzgeber von ausländischen Rechtsordnungen. Insbesondere das französische Scheidungsrecht und Ehegattenunterhaltsrecht (Art. 270 ff *Code Civil*) erhielt maßgeblichen Einfluss. Hervorzuheben ist hierbei Art. 272 *Code Civil*, der bis auf wenige Ausnahmen dem Art. 97 CC gleicht. Übernommen

⁵⁷⁶ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,A.IV., S. 11

⁵⁷⁷ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1160; BOE v. 13. März 1980

⁵⁷⁸ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 47

⁵⁷⁹ Vgl. Roca Trias, in: Comentario a las reformas, Art. 97, S. 616; Zum parlamentarischen Ablauf lesenswert: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 47 ff

⁵⁸⁰ BOE v. 20. Juli 1981

wurde grundlegend der im französischen Recht gemachte Unterschied zwischen *pensión alimenticia* (Art. 270 iVm 212 *Code Civil*) und *prestation compensatoire* (Art. 271, 272 *Code Civil*)⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1160 f; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 30/31, 41 und 42. - Zu dieser Unterscheidung im spanischen Recht, siehe unten: 2.Kap., A.III.3.c., S. 196 ff

2. Juristische Legitimation

Rechtspositiv betrachtet führte der Verfassungsauftrag des Art. 32 CE zu der fundamentalen Vorschrift des Art. 97 CC über den Trennungs- bzw. Scheidungsunterhalt.

Für das umfassende Verständnis des Scheidungsunterhalts ist jedoch darüber hinaus nach den dem geschriebenen Gesetz zugrunde liegenden rechtsdogmatischen Denkansätzen und der *ratio legis* zu fragen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem konkreten Eheverständnis einer Gesellschaft stehen und daher auch dem Zeitwandel unterfallen. Nach außen wird in Spanien ein derartiger Zeitwandel schon durch die reformierte Verfassung und das reformierte Familienrecht manifestiert, in dem die Pflicht zur kirchlichen Trauung abgeschafft und das Institut der Scheidung eingeführt wurde⁵⁸². Das Familienrecht wurde kurzum „säkularisiert“.

Des Weiteren ist auch zu beachten, dass die in der katholischen Glaubenslehre tief verwurzelte spanische Gesellschaft sich seit Einführung des Scheidungsrechts im Jahre 1981 stark gewandelt hat, insbesondere was die Rolle der Frau betrifft⁵⁸³.

In Anbetracht dieser Erwägungen ist daher zunächst und grundsätzlich nach der juristischen Legitimation eines Unterhaltsrechts zu fragen, das seine rechtlichen Wirkungen für die Zeit nach Auflösung der Ehe entfaltet, in der das eheliche Band nicht mehr besteht. Folglich: Warum gibt es Unterhalt zugunsten eines Ehegatten als Folge der Scheidung?

a. Scheidungsunterhalt als Entschädigung

Grundsätzlich und ausgehend vom Selbstverständnis der Ehe wird diese im Vertrauen auf Lebenszeit geschlossen. Hieran knüpfen sich wiederum für die Ehegatten bestimmte Konsequenzen für die Lebensplanung, deren

⁵⁸² Siehe hierzu oben: I.Kap., A.IV., S. 12 ff

⁵⁸³ Dollinger-Richter, Unauflöslichkeitsprinzip, S. 7 ff und 149; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2313; Zarraluqui

Zweck sich jedoch oft mit der Scheidung der Ehe (teilweise) erübrigt und deren immateriell und materiell nachteilige Wirkungen jedoch dann als geschaffene Tatsachen hingenommen werden müssen. Dies kann durch finanzielle Entschädigungen in Form des Scheidungsunterhalts korrigiert werden.

Es ist ein dem Schadensrecht entnommener Gedanke, dass grundsätzlich von einer Haftung desjenigen Ehegatten ausgegangen werden kann, der einen Schaden bei dem anderen verursacht hat⁵⁸⁴. Wenn schon nicht das soziale Netz des Staates hierfür aufkommen kann (bzw. soll!), dann bleibt nur der für die Nachteile verantwortliche Ehegatte als Schuldner der Entschädigung übrig⁵⁸⁵. Jedoch vermag ein Entschädigungsgedanke als Legitimation für den Scheidungsunterhalt nur dann plausibel zu erscheinen, wenn ein Schaden bei einem Ehegatten von dem anderen schuldhaft verursacht wurde⁵⁸⁶.

Weniger Probleme bereitet hierbei dem geltenden Scheidungsunterhaltsrecht der Schadensbegriff. Der Schaden bei dem benachteiligten Ehegatten ist in dem objektiv bestimmbaren Unterschied der Lebensumstände der Ehegatten bezogen auf die ehelichen Lebensverhältnisse zu betrachten. Somit kann durchaus der objektive Schaden in dem wirtschaftlichen Ungleichgewicht (*desequilibrio económico*)⁵⁸⁷ gesehen werden⁵⁸⁸. Allgemeiner wird für die Legitimation der *pensión compensatoria* der objektive Schaden auch nur in dem Verlust jeglicher wirtschaftlicher Erwartungen gesehen, von denen die Ehegatten im Vertrauen auf eine beständige Ehe ausgehen durften⁵⁸⁹.

Sánchez, La pensión compensatoria, S. 23

⁵⁸⁴ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 82

⁵⁸⁵ Díez-Picazo, Derecho de daños, S. 26

⁵⁸⁶ Vgl. bei SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Córdoba v. 26. Juni 2000, ArC 2000, Nr. 1280

⁵⁸⁷ Zum *desequilibrio económico*, siehe unten: 2.Kap.,B.II., S. 252

⁵⁸⁸ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 552

⁵⁸⁹ SAP Murcia v. 05. Oktober 1993, ArC-Data 1993, Nr. 2048; SAP Oviedo v. 03. April 1990, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 95

Weitaus problematischer ist es, die dem Schadensrecht inhärente schuldhafte Zurechnung eines Verhaltens zu erfassen, denn die Haftung für einen Schaden hängt grundsätzlich mit dem Grad des Verschuldens zusammen⁵⁹⁰.

Im Gegensatz zum Scheidungsfolgenrecht der Zweiten Republik von 1932⁵⁹¹ und im Sinne einer gezielten Objektivierung des gesamten spanischen Scheidungsrechts wurde vom Reformgesetzgeber bewusst eine tatbestandliche Verbindung zum Verantwortungs- bzw. Verschuldensbeitrag der Ehegatten am Scheitern der Ehe vermieden⁵⁹². Das spanische Scheidungsunterhaltsrecht erweist sich völlig unabhängig vom Verschulden der Ehegatten. Es ist daher nicht möglich, für das geltende Scheidungsunterhaltsrecht den Entschädigungsgedanken im herkömmlichen Sinne heranzuziehen⁵⁹³. Wenn man folglich den Entschädigungsgedanken aufrechterhalten möchte, so kann dies nur unabhängig von einem Verschulden und kraft einer Verantwortlichkeit für einen lediglich objektiv zurechenbaren Schaden geschehen⁵⁹⁴. Dies führt aber dann zu einem Entschädigungsanspruch *eigener* oder *besonderer* Art.

Dieser Weg eines Entschädigungsgedankens ohne Berücksichtigung eines schuldhaften Verhaltens eines Ehegatten lässt sich des Weiteren dadurch begründen, dass das wirtschaftliche Ungleichgewicht (*desequilibrio económico*) nicht durch eine konkrete Schädigungshandlung verursacht wird, sondern vielmehr durch die Situation einer Scheidung als solche. In diesem Zusammenhang ist es auch nicht schlüssig, die Einreichung der Scheidungsklage als schädigende Handlung zu verstehen, da es für die

⁵⁹⁰ Santos Briz, La responsabilidad civil, S. 93; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 86

⁵⁹¹ Vgl. Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 604, Fn. 4; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 551/552

⁵⁹² Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.1., S. 181

⁵⁹³ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 18; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 525; SAP Córdoba 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Murcia v. 05. Oktober 1993, ArC-Data 1993, Nr. 2048; SAT Oviedo v. 10. Oktober 1985, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 96/97

⁵⁹⁴ Roca Trias, Cambio social, S. 190; Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 16; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 90 und 95; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 551; Aparicio Auñón, RDF 1999/Nr. 5, 37; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 526; SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; vgl. dass. v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Almería v. 28. April 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3542

Folgen der Scheidung völlig unerheblich ist, wer das Scheidungsverfahren veranlasst hat⁵⁹⁵.

Festzuhalten bleibt daher, dass der Entschädigungsgedanke nach wie vor der Legitimation des geltenden Scheidungsunterhalts gem. Art. 97 CC dient, jedoch nicht in einem aus dem Verschuldensprinzip zu erklärenden Verständnis. Die maßgebliche Orientierung des Gesetzgebers und dessen Bemühen um ein objektiv bestimmbares Scheidungsunterhaltsrecht können systematisch einen Entschädigungsanspruch im herkömmlichen Sinne nicht begründen.

Vielmehr rechtfertigt sich der Scheidungsunterhalt als Entschädigung eigener Art für den durch die Scheidung erlittenen Verlust vermögenswirksamer Erwartungen, die im Vertrauen auf eine beständige Ehe erfolgten bzw. wegen der Situation eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts, das kausale Folge der Scheidung ist. Es geht folglich um eine wirtschaftliche Entschädigung für ein objektives Übel, das *desequilibrio económico*⁵⁹⁶.

b. Die naheheliche Solidarität

In Literatur und jüngerer Rechtsprechung mehren sich die Stimmen, dem Entschädigungsgedanken abzusagen und in der nahehelichen Solidarität (*solidaridad postconyugal*) die Legitimation für Unterhaltsansprüche zu sehen⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 96

⁵⁹⁶ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 617; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 402 f; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 23; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 167; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 50; SAP Córdoba v. 13. Mai 1995, Nr. 962. - Zum *desequilibrio económico*, siehe unten: 2.Kap.,B.II., S. 252

⁵⁹⁷ Roca Trías, Cambio social, S. 190; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 625; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 16; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 27 ff; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2311; Peña Bernaldo, Derecho de familia, S. 127; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 551 und 552; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 76/77; vgl. SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; dass. v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Soria v. 04. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 734; SAP Córdoba v. 26. Juni 2000, ArC 2000, Nr. 1280; SAP Barcelona v. 13. Mai 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 525

Die nacheheliche Solidarität beschreibt auch nach der Ehe bestehende gegenseitige Rechte und Pflichten finanzieller Art, die ihren Ursprung in der Ehe als familienrechtliches Institut haben⁵⁹⁸. Die Ehe bringt Verbindlichkeiten hervor, die über den Bestand der Ehegemeinschaft hinausgehen und sich nicht nur in der Sorge um gemeinsame Kinder erschöpfen⁵⁹⁹. Die Verpflichtung zur *pensión compensatoria* resultiert demnach aus der besonderen und komplexen Rechtsnatur der Ehe, die gekennzeichnet ist von einer Vielzahl persönlicher, sozialer und wirtschaftlicher Beziehungen und Interessen, die sich im Laufe der bestehenden Ehe fortentwickeln und manifestieren und aber auch entsprechende Wirkungen auf die Zeit nach der Ehe projizieren⁶⁰⁰. Der Solidaritätsgedanke als eheliches Prinzip besteht auch als nacheheliches Prinzip fort. Er wird nicht dadurch beseitigt, dass es zur Auflösung der ehelichen Bindung (durch Scheidung) oder rechtlichen Suspendierung des ehelichen Zusammenlebens (durch gerichtliche Trennung) kommt⁶⁰¹.

Somit sieht sich das Scheidungs- bzw. Trennungsunterhaltsrecht als rechtliche Antwort auf diesen Solidaritätsgedanken⁶⁰².

Vereinzelt wird dem Prinzip der nachehelichen Solidarität entgegengesetzt und es für befremdlich gehalten, dass Wirkungen aus der Ehe in die Zeit nach der Ehe hineinreichen können. Begründet wird dies vor allem damit, dass die durch die Ehegemeinschaft hervorgerufene Solidarität ihre Wirkungen nicht in eine Phase projizieren könne, in der diese Gemeinschaft nicht mehr bestünde. Ferner dürfe man nacheheliche Solidarität nicht mit den Aufgaben und Pflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern verwechseln, die auch nach der Ehe fortbestehen⁶⁰³.

Eine derartige Ansicht ist jedoch verfehlt. Hiermit würde die Ehe auf einen Vertrag schuldrechtlicher Art reduziert werden. Es ist gerade die besondere

⁵⁹⁸ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 76

⁵⁹⁹ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 625

⁶⁰⁰ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 16/17; SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAT Palma de Mallorca v. 27. Oktober 1983, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 77

⁶⁰¹ SAP Las Palmas v. 09. Dezember 1998, LL 1998, 2871; SAP Barcelona v. 16. März 1998, LL 1998, 7745; SAT Bilbao v. 23. Oktober 1986 und SAT Palma de Mallorca v. 13. Januar 1983, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 78

⁶⁰² SAT Palma de Mallorca v. 18. Februar 1984, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 78

⁶⁰³ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 79

und komplexe Eigenart der Ehe, die den Gesetzgeber aufgrund seiner staatlichen Verantwortung zu der Kodifizierung expliziter Eherechtsvorschriften veranlasste, wie aus der Rechtsgeschichte auch stets ersichtlich. Das Eherecht wurde seit jeher vom Vertragsrecht nicht nur durch seine exponierte Lage in den zivilrechtlichen Kodifikationen vom (übrigen) Obligationenrecht unterschieden. Insbesondere das aktuelle und eben nicht veraltete Selbstverständnis der Ehe macht diese zu einem herausragenden Institut. Es ist das einer Ehe zugrunde liegende zwischenmenschliche und gegenseitige Vertrauen auf die Beständigkeit der Ehe und der zugrunde liegende Wille auf eine lebenslange Gemeinschaft, die zu einer nachehelichen Solidarität führen müssen. Dass sich dieses Vertrauen in unserer heutigen Zeit des Öfteren als falsch herausstellt und viele Ehegatten sich (trennen oder) scheiden lassen, ändert nichts daran, dass dieses Vertrauen *ex ante* bestand. Jedenfalls ist dieses Vertrauen auch dadurch zu unterstellen, dass sich die Eheleute vor dem Priester bzw. Standesbeamten das „Ja-Wort“ geben und somit ein derartiges Eheversprechen auch nach außen hin manifestieren.

Es ist daher nur folgerichtig, das Scheidungsfolgenrecht mit der nachehelichen Solidarität zu begründen. Die Negierung einer derartigen Solidarität würde das Selbstverständnis und die Besonderheit des Instituts Ehe verkennen.

Letztlich ist eine Abgrenzung zu betonen, die eigentlich völlig selbstverständlich erscheint: *Nacheheliche* Solidarität bedeutet nicht eheliche Solidarität, auch wenn der Solidaritätsgedanke allgemein allein aus der Ehe entspringt. Denknotwendig muss sich an der Qualität der Solidarität etwas ändern, wenn die ehelichen Bindungen nicht mehr bestehen. In diesem Fall kommt für die *Ex-Ehegatten* insbesondere das Prinzip der Eigenverantwortung als Gegenpol zur nachehelichen Solidarität zum Tragen⁶⁰⁴.⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ Zur Eigenverantwortung, siehe unten: 2.Kap.,A.III.4.c., S. 209 f

⁶⁰⁵ Eine derartige Abgrenzung muss auch im Falle der (tatsächlichen oder gerichtlichen) Trennung getroffen werden. Zwar ist es zunächst einsichtig anzunehmen, dass in der Ehephase die Anforderungen an die Solidarität am größten sind und in der Trennungsphase nur noch verminderter, bzw. grundsätzlich stärker als in der nachehelichen Scheidungsphase, zu bestehen haben. Insofern können qualitative Unterschiede auftreten.

c. Sonstige

aa. Billigkeitsgedanke

Als maßgebliche Legitimation der Existenzberechtigung der *pensión compensatoria* wird auch sog. Billigkeitsrecht herangezogen⁶⁰⁶. Der Billigkeitsgedanke wird hierbei als die sauberste Lösung angesehen, um auch unabhängig vom Verschulden nach der Ehe noch Unterhalt verlangen zu können. Es handelt sich dabei um eine Art soziale Gerechtigkeit, um Berücksichtigungen der Besonnenheit, des guten Willens und der Vernunft, um Menschlichkeit und Güte⁶⁰⁷. Die *pensión compensatoria* entspringt somit dem Bestreben, Härtefällen zu begegnen⁶⁰⁸.

Die Billigkeit verfolgt zudem einen duplizitären Gedanken: Einerseits dient sie als Grundlage für den Scheidungsunterhalt, andererseits rechtfertigt sie zugleich die Verwirkung des Unterhaltsrechtes in bestimmten Fällen. Bei der angestrebten objektiven Verantwortlichkeit durch den spanischen Gesetzgeber sind daher als wesentliche Punkte zu beachten, dass die Ehegatten eine Schadensreduzierungspflicht haben und dass eine Befreiung von der Unterhaltsverpflichtung bestehen kann, sofern der wirtschaftlich Benachteiligte den Schaden selbst schuldhaft verursacht hat⁶⁰⁹.

Dieser Ansatz eines Billigkeitsgedankens ist überflüssig. Abgesehen davon, dass er aufgrund seiner Unbestimmtheit und Weite zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führt, ist seine Heranziehung nicht notwendig.

Nicht zuzustimmen ist der Begründung, dass es nur Billigkeitsrecht legitimieren könne, wenn ein früherer Ehegatte keinen Unterhalt mehr

Dennoch veranschaulicht gerade Art. 97 CC durch die gemeinsame Behandlung des Trennungs- und Scheidungsunterhalts, dass bei einem Bruch der Ehe beide Unterhaltsarten gleichsam vom Prinzip der Solidarität bzw. vom Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit geprägt sein sollen. Wenn bereits in der nachehelichen Phase der Solidaritätsgedanke für die Legitimation des Scheidungsunterhalts ausreicht, dann muss dies *erst-recht* auch für die Trennungsphase gelten. Da aber im Übrigen zwischen Trennungs- und Scheidungsphase zu unterscheiden ist, ist hier begrifflich und sachlich treffender zwischen *Solidarität nach gerichtlicher Trennung* und der ehelichen Solidarität abzugrenzen.

⁶⁰⁶ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 17; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 102; Aparicio Auñón, RDF 1999/Nr. 5, 25; Cabellero Gea, Procesos Matrimoniales, S. 389

⁶⁰⁷ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 102 und 103

⁶⁰⁸ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 17

bekomme, sobald dieser eine neue Ehe eingegangen sei⁶¹⁰. Dies ist ohne weiteres auch mit der nahehelichen Solidarität unter den Ehegatten zu rechtfertigen.

Gerade und wegen der Verkenning der Existenz einer nahehelichen Solidarität kommt man erst in die Verlegenheit, auf Billigkeitsrecht zurückgreifen zu müssen. Die naheheliche Solidarität involviert ebenso die Berücksichtigung von Billigkeitsgedanken wie soziale Gerechtigkeit, Vernunft, Zumutbarkeit und insbesondere dem Gleichheitssatz, jedoch mit dem entscheidenden Vorteil, dass sie sich aus der Ehe heraus definiert und normativ über die gegebenen Ehrechtsvorschriften ausgelegt werden kann. Dieser Gedanke wird gerade auch von Art. 3 Nr. 2 CC ausgeführt, der besagt, dass der Billigkeitsgedanke in der Anwendung der Vorschriften mit abzuwägen ist. Diese Billigkeit in Anwendung der eherechtlichen Vorschriften ist für die Scheidungsphase lediglich eine andere Umschreibung für die naheheliche Solidarität, die aus obigen Gründen zu überzeugen weiß⁶¹¹.

Des Weiteren spricht gegen eine bloße Rechtfertigung über die Billigkeit, dass diese mehr als bei bewusster Berücksichtigung der ehelichen Vorschriften den temporären Schwankungen in der Gesellschaft unterliegt. Während die naheheliche Solidarität den parlamentarisch und demokratisch verabschiedeten Vorschriften normativ begegnen muss, hat das alleinige Abstellen auf die Billigkeit nicht diese Selbstverständlichkeit und könnte daher ohne weiteres mit außereherechtlichen Vorschriften, z. B. des Obligationenrechts, interpretiert werden.

⁶⁰⁹ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 104 und 105

⁶¹⁰ Vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 104

⁶¹¹ Vgl. Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2313. - Zur nahehelichen Solidarität, siehe oben: 2.Kap., A.III.2.b., S. 186 ff

bb. Ungerechtfertigte Bereicherung

Anzudenken ist auch eine Legitimation über eine ungerechtfertigte Bereicherung bzw. ungerechtfertigte „Verarmung“. Hierbei handelt es sich letztlich um Fälle des Rechtsmissbrauchs eines Ehegatten, den es in Form des Unterhalts rückabzuwickeln gilt⁶¹². Ausgehend von dem Gedanken, dass es sich moralisch verbietet, auf Kosten anderer sich ungerechtfertigt zu bereichern, und dass es sozial erforderlich ist, seine Vermögensverhältnisse zu sichern⁶¹³, versucht man hier rechtsgrundlos Erlangtes herauszufordern.

Abgesehen von extremen Missbrauchsfällen erscheint diese Ansicht wenig nachvollziehbar, denn mit der gültigen Ehe war evident ein Rechtsgrund gegeben. In Anlehnung an diverse Rückabwicklungsschwierigkeiten bei Dauerschuldverhältnissen nach dem Wegfall des Rechtsgrundes ist bei einer komplexen Ehe nach deren Scheidung erst recht eine Rückabwicklung *ex tunc* nicht einsichtig bzw. nicht möglich.

Die *pensión compensatoria* demnach im Lichte einer Rückabwicklung eines nichtigen Vertrages zu betrachten, vermag wenig zu überzeugen.

d. Ergebnis

Gemäß obiger Erläuterungen ist dem objektiven Entschädigungsgedanken und der nahehelichen Solidarität die tragende Bedeutung zuzusprechen, um den Scheidungsunterhalt juristisch zu legitimieren. Beide Aspekte sind zu berücksichtigen und ergänzen sich gegenseitig, es wäre verfehlt, den Scheidungsunterhalt nur mit dem Entschädigungsgedanken oder nur mit der Solidarität zu begründen.

Bildlich dargestellt, kann man sich die juristische Legitimation der *pensión compensatoria* als einen Zeitstrahl vorstellen, wobei der Entschädigungsgedanke die Zeit von Beginn bis zum Ende der Ehe

⁶¹² Aparicio Auñón, RDF 1999/Nr. 5, 46

⁶¹³ Rovira Mola, in: Enciclopedia jurídica, S. 573

legitimiert, während die nacheheliche Solidarität mit dem Ende der Ehe die in die Zukunft weisende, individuelle Verlängerungsgerade legitimiert.

Dennoch ist der gesetzgeberischen Tendenz, dem gesellschaftlichen Wandel und Billigkeitsgründen insofern Rechnung zu tragen, indem man die nacheheliche Solidarität als den vordergründigen Rechtsgedanken behandelt, der insgesamt die Scheidungsfolgen zu bestimmen hat.

Innerhalb der besonderen Scheidungsfolge der *pensión compensatoria* liefert der Entschädigungsgedanke vor allem den „zeitlichen“ Hintergrund für nicht erfüllte finanzielle Erwartungen der Ehegatten im Vertrauen auf die Beständigkeit der Ehe. Insofern kann dies durchaus als additiver Teilaspekt der nachehelichen Solidarität verstanden werden, die in umfassender und aufgrund ihres Verständnisses aus der Ehe heraus in nachvollziehbarer Weise nach einer sachgerechten und billigen Aufarbeitung des Komplexes Ehe strebt.

3. Die Rechtsnatur des Scheidungsunterhalts

a. Objektive Rechtsnatur

Die objektive Rechtsnatur der *pensión compensatoria* korreliert und erklärt sich aus oben erwähnter Legitimation mit dem objektiven Entschädigungsgedanken eigener Art⁶¹⁴.

Wie geschildert hat sich der spanische Gesetzgeber im Recht der *pensión compensatoria* für ein objektives System entschieden. Die Entfernung des Gesetzgebers vom Verschuldensprinzip ist für das geltende Scheidungsfolgenrecht und somit auch für den Scheidungsunterhalt von entscheidender Bedeutung und Tragweite. Hiermit verwirklichte man den reformgesetzlichen Grundgedanken, den unschuldigen Ehegatten nicht allein aufgrund seiner Unschuld zu bevorzugen, sondern vielmehr eine Wiedergutmachung der durch die Scheidung erfolgten wirtschaftlichen Nachteile zu versuchen⁶¹⁵. Missliebige, schmerzvolle und peinliche Untersuchungen über etwaige Verschuldensbeiträge sollen somit erspart bleiben⁶¹⁶.

Der Reformgesetzgeber wurde einer gesellschaftlichen Entwicklung und Realität gerecht, die innerhalb der Ehe nicht mehr von einem reinen Fürsorgecharakter ausging, sondern vielmehr um finanzielle Gleichberechtigung bemüht ist⁶¹⁷. Dadurch, dass allein das *desequilibrio económico* maßgeblich ist, folgt auch, dass auch derjenige Ehegatte, der die Scheidung verschuldet hat, gegebenenfalls zur *pensión compensatoria* berechtigt sein muss⁶¹⁸.

⁶¹⁴ SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 526; siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.2.a., S. 183 ff

⁶¹⁵ Siehe hierzu oben: Fn. 592 und 2.Kap., A.III.2.a., S. 183 ff

⁶¹⁶ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 617; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 23

⁶¹⁷ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 23; siehe auch oben: 2.Kap., A.III.2., S. 181 f

⁶¹⁸ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 167; Cabezero Arenas, ArC 2002, 2320, Fn. 23

b. Entschädigende bzw. ausgleichende Rechtsnatur

Das Leitmotiv der *pensión compensatoria* ist, den durch den Bruch der Ehe entstandenen *desequilibrio económico* im Lebensniveau eines Ehegatten möglichst wieder auszugleichen⁶¹⁹. Es soll ein Vermögensgleichgewicht herbeigeführt werden, das die Position der Ehegatten *nach* dem Bruch der ehelichen Beziehung in der Weise, *wie sie während* des ehelichen Zusammenlebens bestand, darstellt⁶²⁰. Konsequenterweise braucht die Kompensation nicht darüber hinaus zu gehen⁶²¹.

Es gilt hierbei – weniger mathematisch – weder Verluste exakt zu entschädigen noch Vermögensverhältnisse nominal anzugleichen, sondern vielmehr eine etwaige Vermögensgleichheit bzw. – ungleichheit der Ehegatten dem Verhältnis entsprechend in der neuen und ungleichen (Lebens)Situation zu bewahren⁶²².

Diese Rechtsnatur leitet sich ebenso unmittelbar von dem objektiven Entschädigungsgedanken eigener Art ab⁶²³. Da es sich vorliegend jedoch nicht um eine reine und herkömmliche Entschädigung handeln kann, der Kontext des Art. 97 CC das Verschuldensprinzip verbannt und eine Hinwendung zum Prinzip der nahehelichen Solidarität⁶²⁴ ersichtlich ist, erscheint es angebrachter, von einer abgeschwächten Entschädigungs- natur

⁶¹⁹ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 28; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 90; Roca Trías, Cambio social, S. 190; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 122 und 123; SAP Barcelona v. 01. Oktober 1998, RJC 1999/I, 263; SAP Barcelona v. 13. Mai 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 525

⁶²⁰ SAP Valencia v. 18. März 1991, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 524/525; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 167; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 617; ders., Cambio social, S. 191

⁶²¹ SAP Bilbao v. 15. September 1982, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 121; SAP Santander v. 28. Oktober 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 634

⁶²² Vgl. in diesem Sinne: SAP Las Palmas v. 09. Juli 1998, ArC-Data 1998, Nr. 6858; SAP Madrid v. 25. Februar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5002; dass. v. 27. Januar 1998, ArC 1998, Nr. 3711; dass. v. 03. Oktober 1995, ArC 1995, Nr. 2101; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 125; Aparicio Auñón, RDF 1999/Nr. 5, 40 und 42; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 552; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 26 und 27

⁶²³ SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; vgl. dass. v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Almería v. 28. April 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3542; SAP Tarragona v. 25. Oktober 1994 und SAP Vitoria v. 08. Februar 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 619; SAP Córdoba v. 25. Oktober 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 618; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 123.

Anschaulich: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 556 ff

⁶²⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.1., S. 181 und 2.a., S. 185 und b., S. 186 ff

(im herkömmlichen Sinne) oder, besser, schlichtweg von einer ausgleichenden Rechtsnatur der *pensión compensatoria* zu sprechen.

Diese entschädigende bzw. ausgleichende Rechtsnatur der *pensión compensatoria* wird des Öfteren und bedauerlicherweise unterschiedlich interpretiert und bezeichnet, ob mit *naturaleza reparadora*⁶²⁵, *naturaleza indemnizatoria*⁶²⁶ und/oder *naturaleza compensatoria*⁶²⁷. Die diesbezügliche Bestimmung der Rechtsnatur der *pensión compensatoria* erweist sich in der spanischen Rechtsprechung und –literatur demnach äußerst konfus und verwirrend und hat vordergründig den Anschein unterschiedlicher Bewertungen⁶²⁸. Näher betrachtet liegt diesen unterschiedlichen Begriffsverwendungen jedoch jeweils obig geschildertes, korrigiertes Verständnis der Rechtsnatur zugrunde. Aufgrund dieser grundlegenden Gemeinsamkeit können all diese unterschiedlichen Sichtweisen letztlich zusammengefasst werden, da sie der reformgesetzgeberischen Intention gerecht werden. Sekundär ist hierbei eine genaue Begriffsbezeichnung⁶²⁹.

Während *reparar* oder *indemnizar* ins Deutsche treffend mit *entschädigen*, im Sinne von *Schaden beheben*, zu übersetzen ist⁶³⁰ und somit stärker das für einen zurechenbaren Schaden notwendige schuldhafte Verhalten zu betonen vermag, bedeutet *compensar* in erster Linie *ausgleichen*⁶³¹. Zwar mag diesbezüglich eine inhaltliche Differenzierung schwierig, marginal

⁶²⁵ Vgl. unter vielen: SAP Barcelona v. 01. Oktober 1998, RJC 1999/I, 263; SAP Tarragona v. 25. Oktober 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 619; Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 16, 27/28; ders., Temporalidad de la pensión, S. 51; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 121

⁶²⁶ Vgl. unter vielen: SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Sevilla v. 13. September 2002, ArC 2003, Nr. 214; SAP Salamanca v. 07. Februar 1995, ArC 1995, Nr. 268; STS v. 06. März 1995, LL-Data 14365/1995; SAP Vitoria v. 08. Februar 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 619; SAP Barcelona v. 13. Mai 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 525; STS v. 29. Juli 1988, RJ 1988, Nr. 5138; Montés Penadés, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 167; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 47 ff; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 35; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 28

⁶²⁷ Vgl. unter vielen: SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Cádiz v. 15. Juni 1996, ArC 1996, Nr. 1106; SAP Tarragona v. 25. Oktober 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 619; SAP Córdoba v. 25. Oktober 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 618; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 52

⁶²⁸ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 560; Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 35; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 115; vgl. SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Córdoba v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 597

⁶²⁹ In diese Richtung auch: Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 35; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 128 f; vgl. SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481

⁶³⁰ Vgl. Becher, Wörterbuch, Teil 1, S. 732 und S. 1183

⁶³¹ Vgl. Becher, Wörterbuch, Teil 1, S. 269

bzw. überflüssig sein, denn einen Verlust auszugleichen bedeutet vordergründig zugleich auch dessen Folgen zu entschädigen⁶³². Dennoch drückt der Begriff der *naturaleza compensatoria* deutlicher die Irrelevanz des schuldhaften Verhaltens aus.

*c. Negative Bestimmung: Keine Rechtsnatur im Sinne der alimentos*⁶³³

aa. Grundsätzlicher Unterschied beider Rechtsnaturen

Nach nahezu einhelliger Ansicht ist die *pensión compensatoria* iSv Art. 97 CC von grundlegend anderer Rechtsnatur als die *alimentos* iSv Art. 142 ff CC⁶³⁴.

Wie aus obigem Verständnis der *pensión compensatoria* ersichtlich, besteht der Selbstzweck dieses Unterhalts in einer Art Entschädigung bzw. in einem Ausgleich der durch die Scheidung bewirkten Zustände.

Ganz anders die sog. *alimentos*, der Unterhalt iSv Art. 142 ff CC. Dessen Selbstzweck besteht darin, das Unerlässliche für Verpflegung und Lebenshaltung abzudecken, vgl. Art. 142 Abs. 1 CC. Dieser Unterhalt erwächst aus der Notwendigkeit des Ehegatten oder Verwandten (vgl. Art. 143 CC) mit den Bedürfnissen des Lebens versorgt zu sein⁶³⁵. Er ist damit erstens nicht von entschädigender bzw. ausgleichender Rechtsnatur und zweitens steht diese Art von Unterhalt in keinerlei kausaler Verbindung zur

⁶³² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 125; vgl. auch: SAP Almería v. 28. April 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3542; SAP Córdoba v. 12. April 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3607

⁶³³ *Alimentos* kann auch als *pensión alimenticia* bezeichnet werden.- Zum Begriff, siehe oben: 2.Kap., A.II.2., S. 148

⁶³⁴ SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; dass. v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Girona v. 26. Oktober 1999, AC 1999, 2015; SAP Sevilla v. 07. April 1999, ArC-Data 1999, Nr. 6944; SAP Córdoba v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 597; SAP Las Palmas v. 09. Dezember 1998, LL 1999, 2871; SAP Tarragona v. 15. Dezember 1993, ACAud. Juli 1994, 1387; SAP Barcelona v. 13. Mai 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 526; SAP Bilbao v. 24. Januar 1992, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 528; STS v. 29. Juni 1988, RJ 1988, Nr. 5138; Cabezuero Arenas, ArC 2002, 2313; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 166; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 18; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 617; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 403; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 554 f; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 36 ff; anders: Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, Matrimonio y divorcio, S. 750, 765 und 766

Trennung bzw. Scheidung. Vielmehr schützen die *alimentos* in allen Lebenssituationen und gewähren somit einen sozialadäquat versorgenden Standard der Lebensbedürfnisse.

Die Reichweite des Unterhalts der *pensión compensatoria* ist demzufolge auch weiter zu verstehen als die der *alimentos*. Er beschränkt sich gerade nicht nur auf alles Notwendige für Lebensbedarf, Wohnung, Kleidung, ärztliche Betreuung, Erziehung und Ausbildung (vgl. Art 142 Abs. 1 und 2 CC), sondern zielt insgesamt auf den oben beschriebenen Ausgleich⁶³⁶. Dass diese in Art. 142 CC beschriebenen Notwendigkeiten auch im Scheidungsunterhaltsrecht mitberücksichtigt sind, zeigt Art. 97 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 8 CC⁶³⁷. Jedoch spricht diese Mitberücksichtigung in keinsten Weise für den fürsorglichen Charakter der Art. 142 ff CC auch im Scheidungsunterhaltsrecht, vielmehr macht dies deutlich, dass die *alimentos* bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 97 CC in der *pensión compensatoria* aufgehen und von dieser ersetzt werden⁶³⁸.

bb. Unterscheidung von den alimentos im Código Civil

Die Unterschiede zwischen beiden unterhaltsrechtlichen Institutionen sind anhand des Gesetzes klar nachvollziehbar:

- *Alimentos* orientieren sich maßgeblich an den notwendigen Lebensbedürfnissen, Art. 142 Abs. 1 CC, die *pensión compensatoria* an dem durch die Trennung bzw. Scheidung verursachten wirtschaftlichen Ungleichgewicht (*desequilibrio económico*), Art. 97 CC.

⁶³⁵ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 554; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 19; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 403; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 166; vgl. unter vielen: SAP Salamanca v. 15. Januar 2001, ArC 2001, Nr. 677

⁶³⁶ SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 166; SAP Salamanca v. 23. Juni 1998, ArC 1998, Nr. 1196; SAP Segovia v. 01. Juli 1997, ACAud. September 1997, 2092; SAP Las Palmas v. 19. Februar 1996, ArC-Data 1996, Nr. 1599

⁶³⁷ Vgl. Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 617

⁶³⁸ SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; SAT La Coruña v. 06. Oktober 1986, RGD 1987, 2095; Lasarte Álvarez/Valpuesta Fernández, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1162/1163; Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 26; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2311

- *Alimentos* sind dann fällig, wenn der Unterhaltsberechtigte die Klage hierzu eingereicht hat, Art. 148 Abs. 1, 2. Hs. CC, die *pensión compensatoria* erst ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Trennungs- bzw. Scheidungsurteils, Art. 89 CC.
- Gemäß Art. 150 CC entfallen die *alimentos* mit dem Tod des Verpflichteten, während bei der *pensión compensatoria* die Unterhaltsverpflichtung im Grundsatz auf die Erben übergeht, Art. 101 Abs. 2 CC.
- Im Gegensatz zu den *alimentos* ist die *pensión compensatoria* dispositiv⁶³⁹. Auf sie kann verzichtet werden, vgl. Art. 6 Nr. 2 CC⁶⁴⁰, während die *alimentos* bis auf rückständigen Unterhalt weder verzichtbar noch übertragbar sind, Art. 151 CC.
- Eine Wiederheirat oder ein Zusammenleben in eheähnlicher Gemeinschaft beendet den Anspruch aus den *alimentos* nicht, jedoch den aus *pensión compensatoria*, Art. 101 Abs. 1 CC.
- Die *alimentos* sind unverjährbar, während die *pensión compensatoria* verjähren kann. Immer, wenn Notwendigkeit iSv Art. 142 Abs. 1 CC besteht, können *alimentos* gefordert werden. Bei der *pensión compensatoria* handelt es sich jedoch um einen Anspruch vermögensrechtlicher Art, der nach 5 oder 15 Jahren verjährt, vgl. Art. 1964, 1966 Nr. 3 CC⁶⁴¹.
- Im Trennungs- bzw. Scheidungsurteil ist zugleich die *pensión compensatoria* notwendigerweise festzusetzen, ohne dass eine

⁶³⁹ Vgl. unter vielen: STS v. 02. Dezember 1987, RJ 1987, Nr. 9174. – Zur Disponibilität näher, siehe unten: 2.Kap., A.III.5.b., S. 213

⁶⁴⁰ Roca Trias, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 618. – Zur Verzichtbarkeit und mangelnden Übertragbarkeit näher, siehe unten: 2.Kap., A.III.5.b.bb., S. 214 und dd., S. 219

⁶⁴¹ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 256/257; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 119, 395/396; vgl. auch Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 555. – Siehe hierzu unten: 2.Kap., C.III.3., S. 344

Möglichkeit bestünde, diesen Unterhalt erst später zu beantragen (vgl. Art. 91, 100 CC)⁶⁴², während (im Fall der Trennung) die *alimentos* jederzeit beantragt werden können⁶⁴³.

- Während die *pensión compensatoria* auch vertraglich bestimmt werden kann⁶⁴⁴, werden die *alimentos* immer gerichtlich entschieden.
- Auch wenn bei der *pensión compensatoria* im Regelfall eine monatliche Rentenzahlung erfolgt, kann dieser Unterhalt auch anders, z. B. durch Einräumung eines Nießbrauchs, erfüllt werden (vgl. Art. 99 CC), was für die *alimentos* nicht zulässig ist, vgl. Art. 148, 149 CC. Hingegen ist für den Fall der Trennung die Unterhaltsleistung der *alimentos* durch die Aufnahme in die Wohnung des Verpflichteten möglich, während dies bei der *pensión compensatoria* aus offensichtlichen Gründen nicht in Frage käme bzw. zum Ende des *cese efectivo* führen könnte.
- Die *alimentos* werden entsprechend den Bedürfnissen des Berechtigten oder entsprechend dem Vermögen des Verpflichteten vergrößert oder verringert, Art. 147, 146 CC. Im Gegensatz dazu steht die *pensión compensatoria*, die im Urteil zunächst festzulegen ist und danach nur noch bei wesentlichen Veränderungen, folglich mit Ausnahmecharakter, in der Höhe geändert werden kann, Art. 100 CC⁶⁴⁵.

⁶⁴² Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 555; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 119; SAP Toledo v. 04. Mai 1998, ArC 1998, Nr. 850; SAP Cantabria v. 27. Oktober 1994, ACAud. Januar 1995, 41. – Siehe hierzu auch unten: 2.Kap.,B.II.3.b.bb., S. 282 ff

⁶⁴³ Beachte: Nur im Fall der Trennung sind die Art. 142 ff noch anwendbar, eben falls Art. 97 CC *nicht* einschlägig sein sollte.

⁶⁴⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.3.a., S. 150

⁶⁴⁵ Vgl. Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 20 f; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 618 f; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 120

cc. Sonderfall nach einer gerichtlichen Trennung

Die fehlende Anwendbarkeit der Art. 142 ff CC im Falle der Scheidung ist allein schon aus dogmatischen Gründen mehr als offensichtlich. Gemäß Art. 143 Abs. 1 Nr. 1 CC bezieht sich die Unterhaltsverpflichtung der *alimentos* nur auf Ehegatten. Mit Rechtskraft der Scheidung besteht jedoch keine Ehe mehr, so dass ein derartiger Unterhalt von geschiedenen Eheleuten nicht mehr verlangt werden kann⁶⁴⁶.

Anders ist es jedoch bei der gerichtlichen Trennung, die hier einer besonderen Betrachtung bedarf.

Obige, dogmatisch klare Abgrenzung im Falle der Scheidung kann nicht herangezogen werden, denn die gerichtliche Trennung suspendiert lediglich die eheliche Pflicht des Zusammenlebens (Art. 68, 1. Var. CC), lässt aber grundsätzlich die eheliche Bindung bestehen. *Getrennte* Ehegatten bleiben auch weiterhin Ehegatten und unterliegen noch im Gegensatz zur Scheidung der ehelichen Pflicht zur gegenseitigen Hilfe (Art. 68, 3. Var. CC)⁶⁴⁷. Gemäß Art. 143 Abs. 1 Nr. 1 CC sind die Art. 142 ff CC folglich auch bei getrennten Ehepaaren grundsätzlich anwendbar. Erkennbar wird eine gesetzliche Besonderheit der Trennungsphase. Einerseits besteht das Prinzip der ehelichen Solidarität fort, wenn auch geringer als in der Ehephase. Andererseits tritt das Prinzip der Eigenverantwortung aufgrund der Suspendierung der Pflicht des ehelichen Zusammenlebens stärker in den Vordergrund, wenn auch geringer als in der Scheidungsphase⁶⁴⁸.

Fraglich ist zunächst, ob sich hierdurch an der Rechtsnatur der *pensión compensatoria* etwas ändert und ob die Art. 142 ff CC neben Art. 97 CC koexistent angewendet werden können.

⁶⁴⁶ Vgl. SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; SAP Córdoba v. 13. Mai 1995, ArC 1995, Nr. 962

⁶⁴⁷ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97. S. 617

⁶⁴⁸ Vgl. Fn. 604 und insbesondere Fn. 605

(1) Identität der Rechtsnatur zwischen Trennungs- und Scheidungsunterhalt

Der spanische Gesetzgeber gibt mit den Art. 90 – 101 CC zu erkennen, dass er es für sinnvoll erachtet, die Folgen einer Trennung bzw. einer Scheidung einheitlich und gemeinsam zu regeln. Trennungs- und Scheidungsunterhalt werden in Art. 97 CC als *pensión compensatoria* gemeinsam behandelt, wobei Art. 97 CC in vermögensrechtlicher Hinsicht innerhalb der gemeinsamen Wirkungen (Art. 90 ff CC) ausschließlich und abschließend verstanden wird⁶⁴⁹. Weder Art. 90 CC (*convenio regulador*) noch die Art. 91 ff CC sehen hierfür die Art. 142 ff CC als maßgebliche Normen an⁶⁵⁰.

Des Weiteren ist bereits darauf zurückzugreifen, dass der Tatbestand des Art. 142 CC von Art. 97 CC mitumfasst wird⁶⁵¹. Letzterer deckt mit seiner entschädigenden bzw. ausgleichenden Rechtsnatur auch die notwendigen Lebensbedürfnisse ab und schließt somit die weitere Anwendbarkeit der Art. 142 ff CC aus⁶⁵². Bestätigt wird dies von Art. 97 Abs. 1 CC selbst, der als maßgebliche Voraussetzung das *desequilibrio económico* erwähnt⁶⁵³ und folglich nicht unbedingt auf den Zustand notwendiger Lebensbedürfnisse abstellt, sondern dies vielmehr in Art. 97 Nr. 8 CC innerhalb des Umfangs mitberücksichtigt. In Art. 97 CC werden konzeptionell und systematisch die Art. 142 ff CC inkorporiert⁶⁵⁴.

Die im Gesetz erfolgte Unterscheidung der *pensión compensatoria* von den *alimentos* iSv Art. 142 ff CC zeugt daher von einer mangelnden Rechtsnatur

⁶⁴⁹ SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Madrid v. 24. März 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5178; SAP Barcelona v. 30. November 1989, RJC 1990/III, 309

⁶⁵⁰ SAP Barcelona v. 23. Februar 1999, ArC-Data 1999, 4421; SAP Madrid v. 16. Juli 1992, in: Hijas, Derecho de familia, S. 232; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 153; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 33

⁶⁵¹ SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; SAP Cuenca v. 10. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5885; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 17. Oktober 1998, ArC 1998, Nr. 1902; SAP Barcelona v. 30. November 1989, RJC 1990/III, 309; SAT La Coruña v. 06. Oktober 1986, RGD 1987, 2095; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1162/1163; Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 26. - Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.3.c.aa., S. 197

⁶⁵² SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP León v. 21. September 1998, ArC 1998, Nr. 1832; SAP Soria v. 23. Oktober 1997, LL 1998, 1161

⁶⁵³ Zum *desequilibrio económico* näher, siehe unten: 2.Kap., B.II., S. 252 ff

⁶⁵⁴ SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; SAP Barcelona v. 23. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4421; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 17. Oktober 1998, ArC 1998, Nr. 1902; SAT La Coruña v. 06. Oktober 1986, RGD 1987, 2095; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1162/1163; Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 26

in letzterem Sinne⁶⁵⁵, wobei dem Trennungsunterhalt hierbei keine Sonderrolle zugesprochen wird.

Dies betrachtet ist es widersprüchlich und entgegen der vom Gesetzgeber verfolgten Systematik, der *pensión compensatoria* im Falle der Trennung eine erhöhte fürsorgliche Rechtsnatur iSv Art. 142 ff CC zuzusprechen. Die Tatsache der noch bestehenden, lediglich suspendierten Ehe vermag nichts an der für Trennungs- und Scheidungsunterhalt einheitlichen Rechtsnatur der *pensión compensatoria* zu ändern. Verändert wird dadurch auch nicht die unterschiedliche Rechtsnatur zum Rechtsinstitut der *alimentos*⁶⁵⁶.

(2) Problematik einer Koexistenz im Trennungsfall

Betrachtet man nun die identische Rechtsnatur des Trennungs- und Scheidungsunterhalts bzw. die unveränderte Rechtsnatur der *pensión compensatoria* im Trennungs- oder Scheidungsfalle auf der einen Seite und die unterschiedliche Rechtsnatur der *pensión compensatoria* zu der der *alimentos* auf der anderen Seite, so stellt sich die in der spanischen Literatur und Rechtsprechung strittige Frage der Koexistenz oder Kompatibilität beider Unterhaltsarten im Fall der Trennung. Denn nur im Trennungsfall könnten gem. Art. 143 Abs. 1 Nr. 1 CC den Ehegatten auch *alimentos* zuzusprechen sein⁶⁵⁷.

Die sich seit Inkrafttreten des Scheidungsrechts im Jahre 1981 entwickelte und heute überwiegende Meinung und Rechtsprechung verneint entschieden eine Koexistenz beider Unterhaltsarten. Sie seien miteinander inkompatibel, so dass sie nur *entweder-oder* bestehen könnten. Begründet wird dies mit der bereits oben erwähnten Exklusivität des Art. 97 CC für die Ehegatten im Trennungs- und Scheidungsfolgenrecht und damit, dass Art. 97 CC etwaige

⁶⁵⁵ Roca Trias, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 618. - Siehe hierzu oben: aa. und bb., S. 196 ff

⁶⁵⁶ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1161; Roca Trias, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 617

⁶⁵⁷ Vgl. auch SAP Santa Cruz de Tenerife v. 17. Oktober 1998, ArC 1998, Nr. 1902

Ansprüche aufgrund notwendiger Lebensbedürfnisse eben im Rahmen des Umfangs mit berücksichtigt⁶⁵⁸.

Mindermeinungen in Literatur und Rechtsprechung befürworten hingegen die grundsätzliche Möglichkeit einer Koexistenz der *pensión compensatoria* und der *alimentos*. Gerade die unterschiedliche Rechtsnatur und die unterschiedliche gesetzliche Umsetzung beider Unterhaltsarten⁶⁵⁹ erlaube deren Kompatibilität, denn es handele sich um zwei voneinander unabhängige und selbstständige Rechtsinstitute⁶⁶⁰. Das gleichzeitige Bestehen sei nur dadurch bedingt, ob die *pensión compensatoria* tatsächlich beantragt und wie hoch deren Umfang festgelegt wurde, denn der Umfang des Trennungsunterhalts führt häufig zum Verlust einer Notwendigkeit iSv Art. 142 CC⁶⁶¹. Unter anderem wird das neue katalanische Familiengesetzbuch⁶⁶² herangezogen, das für den Fall der Trennung in Art. 76 Nr. 3 a) CF explizit die Koexistenz beider Unterhaltsarten festlegt⁶⁶³.

Dieser Mindermeinung ist nicht zuzustimmen. Eine Koexistenz der *pensión compensatoria* und der *alimentos* erweist sich systemwidrig, denn die Identität der Rechtsnatur zwischen Trennungs- und Scheidungsunterhalt erfordert deren Gleichbehandlung.

Dem ist auch die grundsätzliche Anwendbarkeit gem. Art 143 Abs. 1 Nr. 1 CC nicht hinderlich, denn Art. 97 CC ist aufgrund seiner alleinigen Erwähnung im Kontext der Art. 90 ff CC und aufgrund der Berücksichtigung der notwendigen Lebensbedürfnisse in Art. 97 Nr. 8 CC gerade im Trennungsfall als *lex specialis* zu verstehen. Überflüssig und

⁶⁵⁸ SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Cuenca v. 10. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5885; SAP Barcelona v. 23. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4421; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 17. Oktober 1998, ArC 1998, Nr. 1902; SAP León v. 21. September 1998, ArC 1998, Nr. 1832; SAP Madrid v. 24. März 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5178; SAP Soria v. 23. Oktober 1997, LL 1998, 1161; SAP Madrid v. 25. März 1992, RGD 1992, 8819; SAP Barcelona v. 30. November 1989, RJC 1990/III, 309; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 33; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 153 und 154. – Vgl. hierzu auch vorhergehenden Gliederungspunkt (1).

⁶⁵⁹ Siehe hierzu oben 2.Kap., A.III.3.c.aa. und bb., S. 196 ff

⁶⁶⁰ SAP Barcelona v. 23. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4421; SAP Murcia v. 05. Februar 1996, ACAud. 1996, 1566; SAP Valencia v. 09. Mai 1995, RGD 1995, 14098; vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 153/154

⁶⁶¹ SAP Barcelona v. 23. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4421

⁶⁶² Das neue katalanische Familiengesetzbuch trat im Oktober 1998 in Kraft (mit Gesetz v. 15. Juli 1998). - Siehe hierzu unten: Anhang, S. 354 f

sinnentleert ist es daher aufgrund dieser expliziten Berücksichtigung im Wortlaut des Art. 97 CC die Art. 142 ff CC trotzdem zur Geltung zu bringen. Vielmehr verschafft die Koexistenz in diesem Bereich enorme Unsicherheiten, denn einerseits ist dogmatisch nach dem Sinn der Nr. 8 des Art. 97 CC zu fragen und andererseits müssten, um der Koexistenz gerecht zu werden, die notwendigen Lebensbedürfnisse quantitativ aus der *pensión compensatoria* herausgerechnet bzw. angerechnet werden. Diese Verkomplizierung der Umstände, die der Gesetzgeber mit der einheitlichen Vorschrift des Art. 97 CC eben vermeiden wollte, gipfelt zudem in der Ironie, dass nicht selten nach einem Trennungsverfahren in ein Scheidungsverfahren übergeleitet wird, nach dem aber (unbestritten) eine Koexistenz nicht mehr bestehen kann.

Richtig (und auch von der Mindermeinung unbestritten) ist es aufgrund des Rechtscharakters der *pensión compensatoria*, auch im Trennungsunterhalt keinen fürsorglichen Unterhalt zu sehen, vielmehr hier ebenso die Unterschiedlichkeit zu den *alimentos* zu ziehen. Falsch ist jedoch die Schlussfolgerung, dass es aufgrund der unterschiedlichen Rechtsnaturen zu einer Koexistenzberechtigung führen muss. Diese Schlussfolgerung ist keineswegs notwendig, denn die entschädigende bzw. ausgleichende Rechtsnatur des Art. 97 CC muss ob ihrer Andersartigkeit der fürsorglichen Rechtsnatur nicht widersprechen. Im Gegenteil, es ist naheliegend, die ausgleichende Rechtsnatur des Art. 97 CC als eine die Fürsorge umfassende und integrierende Rechtsnatur zu verstehen, denn im Falle einer Notwendigkeit iSv Art. 142 CC auf der einen und des Vorhandenseins finanzieller Mittel auf der anderen Seite kann zugleich von einem *desequilibrio económico* ausgegangen werden⁶⁶³. Die obigen Argumente der überwiegenden Ansicht gegen eine Koexistenz basieren letztlich auf diesem Gedanken und Verständnis der entschädigenden bzw. ausgleichenden Rechtsnatur.

Wenig überzeugend erscheint es zudem, mit dem katalonischen Familiengesetzbuch, insbesondere mit dessen Art. 76 Nr. 3 a) CF zugunsten einer Koexistenz zu argumentieren. Erstens ist die Verfassungsmäßigkeit

⁶⁶³ SAP Barcelona v. 23. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4421

⁶⁶⁴ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 153. - Zum *desequilibrio económico*, siehe unten:

dieser Vorschrift höchst zweifelhaft, wenn nicht sogar zu verneinen⁶⁶⁵. Zweitens betrifft diese Vorschrift nur das Foralrechtsgebiet Katalonien, eine Heranziehung zur Auslegung des national geltenden Art. 97 CC ist daher wenig brauchbar.

(3) Ergebnis zum Sonderfall der gerichtlichen Trennung: Wahlrecht des Unterhaltsbedürftigen

Die gerichtliche Trennung einer Ehe unterscheidet sich von der Scheidung einer Ehe gerade darin, dass bei ersterer die ehelichen Bindungen noch bestehen. Dennoch ändert dies nichts an der gemeinsamen Rechtsnatur der *pensión compensatoria* für den Trennungs- und Scheidungsunterhalt. Diese ist deutlich von der Rechtsnatur der *alimentos* zu unterscheiden und bedingt auch nicht zugleich eine Koexistenz der unterschiedlichen Unterhaltsarten.

Die Besonderheit der Trennungsphase, eine aufgrund des noch bestehenden ehelichen Solidaritätsgedankens noch geringere Eigenverantwortlichkeit als in der Scheidungsphase, besteht in der grundsätzlichen Möglichkeit der Anwendbarkeit der Art. 142 ff CC. Jedoch muss sich der bedürftige Ehegatte entweder für die *alimentos* oder die *pensión compensatoria* entscheiden. Der Gesetzgeber berücksichtigt somit die Besonderheit der Trennung, indem er dem getrennten Ehegatten ein Wahlrecht einräumt, das mit Beantragung⁶⁶⁶ der *pensión compensatoria* ausgeübt werden kann. Dabei werden die aufgrund eines gerichtlichen Trennungsurteils bestehenden Folgen vermögensrechtlich ausschließlich und abschließend von Art. 97 CC behandelt, wobei die Tatbestandsmäßigkeit der verdrängten *alimentos* im Rahmen des Umfangs (Art. 97 Nr. 8 CC) ihre Berücksichtigung finden können.

Diese Betrachtung einer nicht möglichen Koexistenz zwischen Art. 142 ff CC und Art. 97 CC führt zu angemessenen und ausgewogenen Ergebnissen

2.Kap.,B.II., S. 252 ff

⁶⁶⁵ Vgl. hierzu Ausführungen im Anhang, S. 354 f

unter Berücksichtigung der in der Trennungsphase bestehenden schwierigen Wechselbeziehung und Mittelstellung zwischen ehelicher Fürsorge und nichtehelicher Eigenverantwortung: Der getrennte Ehegatte hat somit jedenfalls einen Anspruch auf einen versorgenden Unterhalt seiner lebensnotwendigen Bedürfnisse. Sollte er darüber hinaus Unterhalt beanspruchen, so muss er die für den Trennungsfall spezielle *pensión compensatoria* beantragen, die dann die von einer Trennung unabhängigen *alimentos* verdrängt.

d. Ergebnis zur Rechtsnatur

Die *pensión compensatoria* zeigt sich ausgehend vom Entschädigungsgedanken und vom Prinzip der nahehelichen Solidarität von objektiver und ausgleichender Rechtsnatur.

Statt von entschädigendem Rechtscharakter ist es treffender, systematischer und daher richtiger von ausgleichendem Rechtscharakter zu sprechen, denn dieser zunächst nur begriffliche Unterschied bringt den reformgesetzgeberischen Willen besser zum Ausdruck. *Ausgleichend* legt im Gegensatz zu *entschädigend* keine Verschuldensabhängigkeit nahe, ist weniger vergangenheitsorientiert und daher auch nachvollziehbarer für Aspekte der nahehelichen Solidarität.

Grundlegend ist die Rechtsnatur der *pensión compensatoria* von der der *alimentos* zu unterscheiden. Erstere ist ausgleichend, standardbezogen und Folge der Scheidung bzw. Trennung, letztere ist lediglich fürsorglich, existenzbezogen und steht in keiner Kausalität zur Scheidung oder Trennung. Für den Fall der Scheidung oder der gerichtlichen Trennung ist die *pensión compensatoria* die maßgebliche Unterhaltsart. Eine Koexistenz mit den *alimentos* ist nicht möglich.

⁶⁶⁶ Zum Erfordernis des Antrags, siehe unten: 2.Kap., A.III.5.b.aa., S. 213

In diesem objektiven Kontext sind folglich die Vorschriften des Scheidungsunterhaltsrechts zu legitimieren und zu interpretieren⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 403; ders., in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 619; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6

4. Rechtszweck der pensión compensatoria

a. Herbeiführung eines wirtschaftlichen Ausgleichs

In erster Linie und unbestritten besteht der gesetzgeberische Zweck der *pensión compensatoria* in der Schaffung eines wirtschaftlichen Ausgleichs beim durch die Scheidung benachteiligten Ehegatten zur Aufrechterhaltung des Lebensstandards, der vor dem Bruch der Ehe bestanden hatte. Maßgeblich ist es demnach, die ehelichen Lebensverhältnisse beizubehalten⁶⁶⁸.

Hierbei ist nochmals zu betonen, dass nicht eine Angleichung der unterschiedlichen Verhältnisse der Ehegatten auf ein gleiches Niveau oder eine quantitative Nivellierung der unterschiedlichen Vermögen angestrebt wird, vielmehr ist den ehelichen Lebensverhältnissen Rechnung zu tragen⁶⁶⁹.

b. Bereitstellung verlorener Entfaltungsmöglichkeiten

Des Weiteren wird neuerdings und vereinzelt als Zweck der *pensión compensatoria* die Bereitstellung finanzieller Mittel gesehen, um die Möglichkeiten zu schaffen, die ein Ehegatte zugunsten der Ehe nicht für sich genutzt hat und von wirtschaftlicher Bedeutung waren. Hierunter fallen die Möglichkeiten, einen sicheren Arbeitsplatz zu bewahren, eine berufliche Karriere anzustreben, eine Aus- bzw. Weiterbildung zu betreiben, eine Promotion zu vollenden oder ähnliches⁶⁷⁰. Der Unterhaltsberechtigte soll demnach diese Möglichkeiten erhalten, die sich ihm ohne Eingehung der

⁶⁶⁸ SAP Las Palmas v. 09. Dezember 1999, LL 1999, 2871; SAP Barcelona v. 08. Januar 1999, RJC 1999, 614; SAP Barcelona v. 01. Oktober 1998, RJC 1999/I, 263; SAP Barcelona v. 13. Mai 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 525; SAP Salamanca v. 23. Januar 1998, LL 1998, 9712; SAP Cáceres v. 30. April 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 527; SAP Valencia v. 18. März 1991, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 524/525; STS v. 02. Dezember 1987, RJ 1987, Nr. 9174; vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 71 und 72; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 167; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 617; ders., Cambio social, S. 191

⁶⁶⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.3.b., S. 194 und insbesondere Fn. 622; vgl. Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2313 f; SAT Barcelona v. 02. Dezember 1988, RJC 1989/IV, 1142

⁶⁷⁰ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 72; Díez-Picazo/Gullón, Sistema IV, S. 161; Caballero Gea, Procesos matrimoniales, S. 388

Ehe angeboten und finanziell ausgewirkt hätten⁶⁷¹. Hiermit soll die Unverhältnismäßigkeit negativer Scheidungsfolgen und der Widerspruch mit Billigkeitskriterien vermieden werden⁶⁷².

Diese Sichtweise wird bestimmt von dem grundsätzlich zu befürwortenden Ansinnen, demjenigen Ehegatten, der zugunsten der Ehe und Familie seine beruflichen und persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten in den Hintergrund stellt, die persönliche Aufopferung zu kompensieren.

Dennoch ist diese Sichtweise als Rechtszweck für die *pensión compensatoria* zweifelhaft. Wie erläutert ist die *pensión compensatoria* die einschlägige Unterhaltsart für eine finanzielle Verschlechterung *aufgrund* Scheidung. Die Verschlechterung bezieht sich demnach auf die Zeit vor dem Bruch der Ehe, folglich der intakten Ehezeit⁶⁷³. Sie behandelt demnach gerade *nicht* Verschlechterungen *aufgrund* der Ehe, so dass mögliche voreheliche Perspektiven für die *pensión compensatoria* außer Betracht zu bleiben hätten. Ein dies berücksichtigender Rechtszweck steht der gegenwärtigen Dogmatik entgegen⁶⁷⁴.

c. Die emanzipatorische Hilfe (sog. Hilfe zur Selbsthilfe)

In neueren gerichtlichen Entscheidungen und bereits mehrheitlich in der Literatur wird der Gedanke der emanzipatorischen Hilfe als Rechtszweck der *pensión compensatoria* mit herangezogen. Ziel ist es, mit dem Ausgleich durch die *pensión compensatoria* dem benachteiligten Ehegatten Konditionen zu ermöglichen, sein Leben von neuem wirtschaftlich aufzubauen, finanzielle Unabhängigkeit und Eigenverantwortung zu erreichen und neue finanzielle Mittel für sein Leben zu schaffen⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ SAP Zaragoza v. 05. Oktober 1998, ACAud. 1998, 2126; SAP Girona v. 29. Januar 1998, ACAud. 1998, 679

⁶⁷² Caballero Gea, Procesos matrimoniales, S. 388; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 72

⁶⁷³ Siehe hierzu näher unten: 2.Kap.,B.II.3.b.aa.(2), S. 280 und III.1., S. 293

⁶⁷⁴ Vgl. hierzu näher unten: 2.Kap.,B.III.1., S. 293

⁶⁷⁵ SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6, Fundamentos 23; SAP Las Palmas v. 23. November 1998, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 73; SAP León v. 04. Dezember 1997, ArC 1997, Nr. 2435; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 73 und 74; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 18; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 15; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2324

Dieser Rechtszweck lässt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 97 CC ableiten, steht dessen Dogmatik aber nicht entgegen, da im Gegensatz zu oben erwähnter Ansicht (b.) nicht auf Benachteiligungen aufgrund der Ehe abgestellt wird. Die Kausalität des *desequilibrio económico* aufgrund der Scheidung bzw. Trennung bleibt bestehen. Gedanklicher Ansatzpunkt ist auch hier das *desequilibrio económico*, das aufgrund und seit dem Bruch der Ehe besteht.

Die emanzipatorische Hilfe betrachtet insbesondere die Phase nach dem Bruch der Ehe und lässt sich aus Billigkeitserwägungen und der nachehelichen Solidarität erklären⁶⁷⁶. Zur Entlastung des Unterhaltsschuldners soll sich der bedürftige Ehegatte nicht in die bequeme finanzielle Abhängigkeit von jenem zurückziehen können, sondern hat mit Hilfe der *pensión compensatoria* die Umstände herbeizuführen, die ihm eine eigenständige Vermögensautonomie sichern⁶⁷⁷. Denn die Beseitigung des *desequilibrio económico* ist nicht nur die gemäß Art. 97 CC dem Unterhaltsschuldner gesetzte Pflicht, sondern ist ebenso vom Unterhaltsgläubiger im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten aus der nachehelichen Solidarität und aufgrund des Prinzips der Eigenverantwortung anzustreben⁶⁷⁸. Sie ist Aufgabe *beider* Ehegatten.

Diese emanzipatorische Hilfe ist zukunftsorientiert, da sie die zum Zeitpunkt der Festlegung der *pensión compensatoria* noch nicht vorhandene finanzielle Eigenständigkeit des bedürftigen Ehegatten zur Bewahrung des ehelichen Lebensstandards anvisiert. Unter Zugrundelegung dieses Rechtszweckes wird verständlich, warum die *pensión compensatoria* grundsätzlich nicht lebenslang zu bestehen braucht, denn es ist eines Tages von der finanziellen Eigenständigkeit des bedürftigen Ehegatten auszugehen^{679 680}.

⁶⁷⁶ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 74. - Zur nachehelichen Solidarität, siehe oben: 2.Kap., A.III.2.b., S. 196 ff

⁶⁷⁷ SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6, Fundamentos 23; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2319 und 2320

⁶⁷⁸ SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; vgl. Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 18; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 15

⁶⁷⁹ Abwegig und wenig praxisbezogen ist es von einer Initiative zur finanziellen Unabhängigkeit, z. B. durch

d. Ergebnis

Der Rechtszweck der *pensión compensatoria* besteht in erster Linie in der Herbeiführung eines wirtschaftlichen Ausgleichs für den durch die Scheidung benachteiligten Ehegatten. Maßgeblich ist hierbei die Bewahrung der ehelichen Lebensverhältnisse.

Des Weiteren bezweckt die *pensión compensatoria* aus Gründen der nahehelichen Solidarität die emanzipatorische Hilfe, die auf die Entlastung des Unterhaltsschuldners und die finanzielle Autonomie des Unterhaltsgläubigers zielt.

Arbeitssuche, beim Unterhaltsgläubiger auszugehen, wenn sich dieser in der Gewissheit einer unbefristeten *pensión compensatoria* befindet, die ihm den notwendigen finanziellen Ausgleich verschafft. Der Zweck einer emanzipatorischen Hilfe würde sich auf eine hohle Phrase reduzieren.

⁶⁸⁰ Zur zeitlichen Beschränkung der *pensión compensatoria*, siehe ausführlich unten: 2.Kap.,A.IV.2., S. 234

5. Sonstige Charakteristika der *pensión compensatoria*

a. Höchstpersönliches Forderungsrecht

Bei der *pensión compensatoria* handelt es sich um ein Forderungsrecht des Unterhaltsberechtigten gegen den Unterhaltsverpflichteten⁶⁸¹. Sie beschreibt eine vermögensrechtliche Forderung zwischen den Ehegatten resultierend aus dem Scheitern der Ehe. Dieses Forderungsrecht ist zudem höchstpersönlich, das heißt, Rechtsinhaber kann nur der unterhaltsberechtigte Ehegatte sein. Dritte, wie Gläubiger oder Erben dieses Ehegatten, können grundsätzlich nicht anspruchsberechtigt sein⁶⁸². Somit ist es auch eine Ausnahme zur Vorschrift des Art. 1112 CC, wonach jedes Forderungsrecht grundsätzlich übertragbar ist.

Die Höchstpersönlichkeit ergibt sich primär als direkte Folge einer streng persönlichen Beziehung, der Ehe, und deren negative Folgen persönlicher Art bei Beendigung bzw. Zerrüttung⁶⁸³. Des Weiteren sind die in Art. 97 CC beschriebenen Kriterien rein persönlicher Art. Ferner ist aus Art. 101 Abs. 2 CC zu schließen, dass der Anspruch gem. Art. 97 CC mit dem Tod des Unterhaltsberechtigten erlischt. Erben sollen keine weiteren Zahlungen beanspruchen dürfen⁶⁸⁴. Die *pensión compensatoria* entsteht, endet und ändert sich daher aufgrund von Tatsachen und Umständen mit rein persönlichem Bezug auf die betreffenden Ehegatten.

⁶⁸¹ SAP Las Palmas v. 09. Dezember 1999, LL 1999, 2871; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 166

⁶⁸² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 130; SAP Barcelona v. 14. Oktober 1998, ArLM, Art. 97, S. 780. - Zur sog. Drittschuldnerklage, siehe unten: 2. Kap., A.III.5.b.dd., S. 219

⁶⁸³ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 130; Peña Bernaldo, Derecho de familia, S. 126; Roca Trías, Cambio social, S. 143; ders., in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 404; ders., in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 621; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 168

⁶⁸⁴ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 404; ders., in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 621; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 168

b. Beachtung der Dispositionsmaxime

Allgemein ist zunächst festzuhalten, dass sich im spanischen Familienrecht zwingendes Recht (sog. *ius cogens*) und dispositives Recht wiederfinden. Für rein wirtschaftliche Aspekte unter den Ehegatten befand der spanische Oberste Gerichtshof bereits im Jahr 1987, dass diese dem dispositiven Recht unterfallen⁶⁸⁵. Auch wird in der Literaturansicht Art. 97 CC ganz überwiegend als dispositive Vorschrift behandelt⁶⁸⁶.

aa. Antragsgrundsatz

Es gibt kein automatisiertes Recht auf die *pensión compensatoria*⁶⁸⁷, vielmehr existiert nach dem Scheitern der Ehe verstärkt der Grundsatz der Eigenverantwortung⁶⁸⁸. Folgerichtig ergibt sich die *pensión compensatoria* nicht von selbst⁶⁸⁹, sondern die Vorschriften über die *pensión compensatoria* unterliegen der Dispositionsmaxime⁶⁹⁰. Das heißt, das *desequilibrio económico* ist von demjenigen, der die Anerkennung des Unterhalts gem. Art. 97 CC für sich beansprucht, zunächst darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen⁶⁹¹.

⁶⁸⁵ STS v. 02. Dezember 1987, RJ 1987, Nr. 9174; in diesem Sinne unter vielen: SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; dass. v. 11. Februar 2003, ArC 2003, Nr. 326; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; SAP Barcelona v. 08. Januar 1999, RJC 1999/II, 344; SAP Barcelona v. 14. Oktober 1998, ArLM, Art. 97, S. 780; SAP Salamanca v. 23. Juni 1998, ACAud. 1998, 1420; SAP Las Palmas v. 23. März 1998, ACAud. 1998, 1081; SAP La Rioja v. 02. März 1998, ArC 1998, Nr. 682

⁶⁸⁶ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 135; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 40; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 41 und 43; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 163; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 619; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 562; anders noch: García Cantero, in: Albaladejo, Comentarios al Código Civil, S. 433, 438, der die STS aus dem Jahre 1987 unberücksichtigt lässt und in Art. 97 CC zwingendes Recht sieht.

⁶⁸⁷ Peña Bernaldo, Derecho de familia, S. 126

⁶⁸⁸ Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 15/16; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 131; siehe auch oben: 2.Kap., A.III.4.c., S. 210

⁶⁸⁹ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 131; SAP Toledo v. 15. Februar 1993, ACAud. 1993, 1689

⁶⁹⁰ Vgl. schon STS v. 02. Dezember 1987, RJ 1987, Nr. 9174; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 112

⁶⁹¹ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 616; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 42

Die *pensión compensatoria* wird daher auch nur auf ausdrücklichen Antrag und nicht schon von Amts wegen bewilligt⁶⁹².

Eine Entscheidung über die *pensión compensatoria* durch den Richter von Amts wegen widerspräche dem der Dispositionsmaxime immanenten Antragsgrundsatz, der den Richter bei dispositivem Recht an das Beantragte bindet⁶⁹³, denn der Antragsgrundsatz und der prozessuale Grundsatz, dass über das Beantragte hinaus nicht entschieden werden darf (*ne ultra petita*), sind bei der *pensión compensatoria* ebenso zu beachten⁶⁹⁴.⁶⁹⁵

Ob es daher zu einer richterlichen Überprüfung der *pensión compensatoria* gem. Art. 97 CC kommt, liegt einzig und allein in der entsprechenden Option der Antragsfreiheit der Ehegatten.

bb. Verzichtbarkeit

Mit der Disponibilität der Ehegatten über Art. 97 CC stellt sich vor allem auch die Frage, ob auf das Recht auf die *pensión compensatoria* verzichtet werden kann.

Dies wird von der Rechtsprechung und von der heutigen Literatur einhellig bejaht. Ein Verzicht ist gemäß dem Grundsatz der Privatautonomie durchaus möglich⁶⁹⁶. Auch ist ein Vorausverzicht, folglich noch bevor einem

⁶⁹² SAP Córdoba v. 11. Februar 2003, ArC 2003, Nr. 326; SAP Barcelona v. 14. Oktober 1998, ArLM, Art. 97, S. 780; SAP Barcelona v. 28. Mai 1993, RJC 1994/I, 285; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 167/168; Moreno Gil, Jurisprudencia, S. 193, Rn. 498; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 616; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 40/41; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 41 und 43

⁶⁹³ Moreno Gil, Jurisprudencia, S. 193, Rn. 498; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 132

⁶⁹⁴ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 562 und 563; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 112; vgl. STC v. 17. Januar 1994, ACJur. 1994, 1165

⁶⁹⁵ Zum prozessualen Antrag, siehe oben: I.Kap., C.III.1. S. 108 und IV.1., S. 114

⁶⁹⁶ SAP Córdoba v. 11. Februar 2003, ArC 2003, Nr. 326; SAP Barcelona v. 08. Januar 1999, RJC 1999/II, 344; SAP Barcelona v. 02. November 1998, ArC 1998, Nr. 2033; dass. v. 14. Oktober 1998, ArLM, Art. 97, S. 780; SAP Salamanca v. 23. Juni 1998, ACAud. 1998, 1420; SAP Las Palmas v. 23. März 1998, ACAud. 1998, 1081; SAP La Rioja v. 02. März 1998, ArC 1998, Nr. 682; insb. STS v. 02. Dezember 1987, RJ 1987, Nr. 9174; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 135; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 42 und 43; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 47; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 163; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 619

Ehegatten die *pensión compensatoria* zugesprochen wurde, zu bejahen⁶⁹⁷. Der Verzicht muss jedoch durch den verzichtenden Ehegatten selbst, klar, unzweifelhaft, ausdrücklich und bedingungslos erklärt werden⁶⁹⁸. Demzufolge sind vertragliche Vereinbarungen im bewilligten *convenio regulador* oder in Eheverträgen, die eine Verzichtserklärung beinhalten oder den Ausschluss der Zahlung einer *pensión compensatoria* regeln, grundsätzlich gültig⁶⁹⁹.

(1) Grenzen der Verzichtbarkeit

Dennoch sind für diese vertraglichen Vereinbarungen die Vorgaben des Art. 90 CC für den *convenio regulador* zu beachten⁷⁰⁰: Danach dürfen die Vereinbarungen, folglich auch ein Verzicht auf die *pensión compensatoria*, nicht schädlich für die Kinder oder in schwerwiegender Weise nachteilig für einen der Ehegatten sein, vgl. Art. 90 Abs. 2 CC. Dem Richter bietet sich somit durchaus die Möglichkeit, eine Verichtsvereinbarung abzulehnen.

Fraglich ist hierbei, was den Tatbestand eines *schwerwiegenden* Nachteils erfüllt. Insbesondere ist die Vorgabe des Obersten Gerichtshofes zu beachten, die klar und grundsätzlich die Bewilligung von Verzichtserklärungen aufzeigt⁷⁰¹.

Daher ist es auch verständlich, dass nicht schon jedweder Nachteil dazu reichen kann, die Verichtsvereinbarung zu verwerfen. Der schwerwiegende Nachteil für den verzichtenden Ehegatten kann sich ebenso wenig nur auf das gegebene *desequilibrio económico* reduzieren. Allein der Verlust des Ausgleiches dieses wirtschaftlichen Ungleichgewichts kann nicht ausreichend sein, denn ein Verzicht, der dieses

⁶⁹⁷ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 135/136; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 619

⁶⁹⁸ SAP Barcelona v. 02. November 1998, ArC 1998, Nr. 2033; SAP Las Palmas v. 23. November 1998, ArC 1998, Nr. 2224; SAP Barcelona v. 11. Oktober 1989, RGD 1990, 2676

⁶⁹⁹ SAP Barcelona v. 02. November 1998, ArC 1998, Nr. 2033; SAP Las Palmas v. 23. März 1998, ACAud. 1998, 1081; SAP Barcelona v. 09. Januar 1997, ACAud. 1997, 2546; SAP Palma de Mallorca v. 08. Februar 1989, RGD 1990, 748

⁷⁰⁰ Siehe hierzu bereits oben: 2.Kap., A.II.3.a., S. 150 f

⁷⁰¹ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 138; vgl. STS v. 02. Dezember 1987, RJ 1987, Nr. 9174

beinhaltet, aber eben deswegen nicht gebilligt wird, wäre sinnentleert und würde außerdem der grundsätzlichen Verzichtsmöglichkeit der *pensión compensatoria* widersprechen.

Somit hat der schwerwiegende Nachteil jedenfalls über diesen objektiven wirtschaftlichen Verlust hinauszugehen, wobei objektive und subjektive Kriterien herangezogen werden können. Art. 90 Abs. 2 CC bezeichnet nicht nur objektive Nachteile. Hiernach darf sich ein Verzicht nicht als zu einseitige Belastung darstellen, die sich bei Gesamtbetrachtung der objektiven und subjektiven Umstände in keinsten Weise mit vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Pflichten des/der Verzichtenden rechtfertigen lässt⁷⁰².

(2) Stillschweigender Verzicht

Weitaus problematischer erweist sich die Wirksamkeit stillschweigender Verzichtserklärungen. Die grundsätzliche Wirksamkeit auch solcher Verzichtes auf eine *pensión compensatoria* ist zwar allgemein und höchstgerichtlich anerkannt⁷⁰³, Uneinigkeit besteht jedoch zu der Frage, wann genau von einem derartigen stillschweigenden Verzicht ausgegangen werden könne.

Teilweise wird in verschiedenen Ausprägungen ein stillschweigender Verzicht eines Ehegatten angenommen, wenn dieser von seiner Möglichkeit, die *pensión compensatoria* einzufordern, nicht Gebrauch macht. Beispielsweise ist von einem stillschweigenden Verzicht auszugehen, wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte nach der faktischen Trennung und nach dem gestellten Trennungs- bzw. Scheidungsantrag keine *pensión compensatoria* verlangte⁷⁰⁴ oder wenn er diese erst 17 Jahre nach

⁷⁰² Haza Díaz, *Pensión de divorcio*, S. 74; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 137

⁷⁰³ Vgl. STS v. 24. Juli 1989, ACJur. 1989, 3933; SAP La Rioja v. 02. März 1998, ArC 1998, Nr. 682; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 137

⁷⁰⁴ SAP Granada v. 10. Dezember 1998, LL 1999, 5402

dem Prozessverfahren verlangt⁷⁰⁵ oder wenn diese im *convenio regulador* gar nicht berücksichtigt worden war⁷⁰⁶. Ferner wurde ein stillschweigender Verzicht angenommen, wenn die *pensión compensatoria* nicht schon bei Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) eingefordert wurde⁷⁰⁷.

Demgegenüber wird vertreten, dass das bloße Schweigen bzw. die bloße Passivität des berechtigten Ehegatten nicht schon für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts ausreiche, vielmehr müssten zusätzliche Aspekte hinzutreten⁷⁰⁸. Der Wille zum Verzicht müsse deutlich in Erscheinung treten, damit ein stillschweigender Verzicht angenommen werden könne⁷⁰⁹. Aus den Umständen müsse sich der stillschweigende Verzicht konkludent ableiten lassen können, die bloße Nichterwähnung der *pensión compensatoria* im *convenio regulador* sei hierfür jedenfalls nicht ausreichend⁷¹⁰.

Letztere Ansicht erscheint vorzugswürdig. Auch wenn Art. 97 CC zur Disposition der Ehegatten steht und der Grundsatz der Privatautonomie von großer Bedeutung ist, so darf die Verwehrung des Rechtes auf die *pensión compensatoria* nicht zu leicht gemacht werden. Immerhin handelt es sich bei Art. 97 CC um wirtschaftliche Ausgleichszahlungen, die hinsichtlich einer sozialen Absicherung des benachteiligten Ehegatten nicht unbedeutend sein können. Die pauschalisierte Annahme eines Verzichts allein wegen des Schweigens oder der Nichterwähnung der *pensión compensatoria* erscheint daher unbillig. Dies, zumal die Verzichtserklärung, ob stillschweigend oder ausdrücklich, klar und unzweifelhaft vorliegen

⁷⁰⁵ SAP Cáceres v. 28. Februar 1997, ACAud. 1997, 1457; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 25. September 1990, ACAud. 1991, 6

⁷⁰⁶ SAP León v. 15. Januar 1997, ACAud. 1997, 2730

⁷⁰⁷ SAP Barcelona v. 08. Januar 1999, RJC 1999/II, 344

⁷⁰⁸ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 139; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 101, S. 644; SAP Pontevedra v. 11. November 1997, LL 1998, 2329; SAP Murcia v. 24. September 1996, Juni 1997, 1381; SAP Ávila v. 04. April 1994, ACAud. Oktober 1994, 2172; SAP Cáceres v. 02. November 1988, RGD 1989, 6149

⁷⁰⁹ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 101, S. 644

⁷¹⁰ SAP Pontevedra v. 11. November 1997, LL 1998, 2329; SAP Murcia v. 24. September 1996, ACAud. 1997, 1381

muss⁷¹¹. Diese Klarheit läge bei erstgenannter Ansicht nicht vor, denn eine genaue Abgrenzung, ob nun ein Verzicht oder Anerkenntnis oder Widerruf gewollt ist, wäre nicht gegeben. Eine diesbezügliche Abgrenzung ist jedoch gerade aus prozessualen Gründen nahe zu legen, vgl. Art. 751 Abs. 3 LEC iVm Art. 20 Abs. 1 LEC bzw. iVm Art. 21 LEC bzw. iVm Art. 20 Abs. 2 und 3⁷¹².

Hiervon streng zu unterscheiden ist obiger Sonderfall bei einer vorhandenen Duplizität von Trennungs- und Scheidungsverfahren. Dem passiven Verhalten in einem vorhergehenden Trennungsverfahren ist weniger Schutzbedürftigkeit einzuräumen⁷¹³.

cc. Öffentliches Interesse

Die Disponibilität wird auch nicht dadurch etwa eingeschränkt, dass es im Interesse der öffentlichen Ordnung wäre, etwaige Zahlungsleistungen dem familiären Lebensbedarf, der Erziehung und Ausbildung der gemeinsamen Kinder oder den weiteren ehelichen Belastungen iSv Art. 93 CC zuzuführen.

Das öffentliche Interesse wird bereits dadurch, dass die ehelichen Lasten eigens geregelt sind, ausreichend geschützt⁷¹⁴, vgl. Art. 93 CC. Auch wird der notwendige Lebensunterhalt eigens durch die Vorschriften der *alimentos* gem. Art. 142 ff CC gesichert.

Die *pensión compensatoria* mit ihrer anderen und eigenen Rechtsnatur berührt weder den Familienunterhalt noch Erziehung und Ausbildung der gemeinsamen Kinder noch sonstige ehelichen Lasten und tritt somit mit öffentlichen Interessen nicht in Konflikt⁷¹⁵. Eine derartige Einschränkung widerspräche zudem obig ausgeführtem Grundsatz, dass auf die *pensión*

⁷¹¹ Siehe Fn. 698

⁷¹² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 139; SAP Vizcaya v. 14. Oktober 1993, ACAud. 1994, 234

⁷¹³ Siehe hierzu näher oben: 1.Kap., C.VII.2., S. 132 ff

⁷¹⁴ Moreno Gil, Jurisprudencia, S. 194, Rn. 498

⁷¹⁵ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 135; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de

compensatoria verzichtet werden kann. Ferner spricht die Tatsache, dass die *pensión compensatoria* grundsätzlich auch der Pfändung unterliegt⁷¹⁶ (vgl. Art. 607 LEC), gegen ein Interesse der öffentlichen Ordnung.

dd. Übertragbarkeit auf Dritte

Letztlich stellt sich auch die praktisch relevante Frage, ob etwaige Gläubiger des unterhaltsberechtigten Ehegatten vom unterhaltsverpflichteten Ehegatten, z. B. mittels Drittschuldnerklage, Zahlung des Unterhalts an sich verlangen bzw. von ihrem Schuldner die Beitreibung seines Unterhaltsanspruches verlangen können.

Dieser Frage der Disponibilität der Unterhaltsforderung steht jedoch klar der höchstpersönliche Charakter der *pensión compensatoria* entgegen, wonach solche Drittschuldnerklagen nicht erfolgen können⁷¹⁷.

Eine Übertragung der Forderung auf Dritte erschiene nur dann vorstellbar, wenn sie mit Einverständnis des berechtigten Ehegatten geschähe und dieser über die Forderung disponieren könnte. Eine derartige Dispositionsbefugnis zugunsten des Gläubigers des unterhaltsberechtigten Ehegatten ist anzunehmen, denn sollte der berechtigte Ehegatte sogar auf die *pensión compensatoria* verzichten können, so muss er seinem Gläubiger *erst-recht* die günstigere Alternative einer Schuldübernahme durch den unterhaltsverpflichteten Ehegatten anbieten können^{718 719}.

Vom Willen des berechtigten Ehegatten sind auch diejenigen Fälle zu beurteilen, in denen zu *alimentos* gem. Art. 142 ff CC verpflichtete Verwandte sich dieser Forderung mit dem Argument entgegensetzen, dass der iSv Art. 142 ff CC Unterhaltsberechtigte zunächst einen möglichen

familia, S. 163; STS v. 02. Dezember 1987, RJ 1987, Nr. 9174

⁷¹⁶ Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 168

⁷¹⁷ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 621/622; Clemente Meoro, in: Montés/Roca, Derecho de familia, S. 168

⁷¹⁸ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 140

⁷¹⁹ Der Ansicht, wonach die Nichtübertragbarkeit der *pensión compensatoria* nur für den lebensnotwendigen Teilbetrag gelten soll (vgl. Haza Díaz, Pensión de divorcio, S. 78), ist nicht beizupflichten. Diese Unterscheidung ist willkürlich, da sie die unterschiedliche Rechtsnatur zwischen *pensión compensatoria* und *alimentos* verkennt, und außerdem bezieht sich die Höchstpersönlichkeit nicht auf einzelne Teilbeträge der

Scheidungsunterhaltsanspruch gegen einen geschiedenen Ehegatten geltend zu machen habe und ihnen zu übertragen hätte⁷²⁰.

Anders als die Übertragungsmöglichkeit der Forderung aus Art. 97 CC auf Dritte ist die Disponibilität über die Verbindlichkeit aus Art. 97 CC zu betrachten. Letztere ist in Art. 101 Abs. 2 CC unter Beachtung der Höchstpersönlichkeit klar begrenzt: Unterhaltsschuldner ist nur der verpflichtete Ehegatte. Im Falle seines Todes können seine Erben zur Unterhaltsschuld herangezogen werden⁷²¹.

c. Entgeltlichkeit

Die Leistung der *pensión compensatoria* ist kausal mit der gesetzlichen Verpflichtung aus Art. 97 CC verknüpft. Sie erfolgt als Leistung auf eine rechtswirksame Schuld und ist somit entgeltlich.

Hieran vermögen auch nicht frühere Leistungen und Zuwendungen etwas zu ändern, denn diese erfolgen grundsätzlich nicht hinsichtlich etwaiger zukünftiger, hypothetischer und ungewisser Unterhaltsansprüche⁷²².

pensión compensatoria, sondern auf sie insgesamt.

⁷²⁰ Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 622

⁷²¹ Siehe hierzu auch unten: Fn. 1248

⁷²² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 131; Peña Bernaldo, Derecho de familia, S. 126

IV. Keine Absolutheit des Rechts auf *pensión compensatoria*

1. Rechtshinderung bzw. -vernichtung aufgrund verschuldeter

Verhaltensverstöße

a. Problemstellung

Aufgrund der objektiven Rechtsnatur der *pensión compensatoria*⁷²³ und dem alleinigen Abstellen auf das *desequilibrio económico* ist es konsequent und verständlich, dass der spanische Gesetzgeber einschränkende Änderungen oder Ausschlüsse der *pensión compensatoria* restriktiv behandelt⁷²⁴. Objektive Kriterien wie wesentliche Änderungen im Vermögen, Wegfall des *desequilibrio económico*, die Eingehung einer neuen Ehe oder das Zusammenleben in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft können zu Einschränkungen bzw. zum Erlöschen des Anspruchs auf die *pensión compensatoria* führen (vgl. Art. 100, 101 CC)⁷²⁵.

Insbesondere subjektive Verhaltenskriterien des bedürftigen Ehegatten können danach den Anspruch auf *pensión compensatoria* grundsätzlich nicht zerstören. Auch der die Scheidung verschuldende Ehegatte hat gegebenenfalls Anspruch auf eine *pensión compensatoria*. Dies war klar vom Reformgesetzgeber gewollt⁷²⁶. Betrachtet man den Wortlaut des Art. 97 CC, so lässt dieser im Gegensatz zum Wortlaut des Art. 86 CC bei der Scheidung⁷²⁷ für das Verschuldensprinzip keinen Raum. Auch gibt es im spanischen Recht keine dem § 1579 BGB vergleichbare Vorschrift, die dem Verschuldensprinzip letztlich Zugang gewährt und dem „Ob“ der *pensión compensatoria* entgegenstünde.⁷²⁸

⁷²³ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3.a., S. 193

⁷²⁴ Zur objektiven Feststellung des *desequilibrio económico* näher, siehe unten: 2. Kap.,B.II.2., S. 253

⁷²⁵ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,C.III.2., S. 335 und 3., S. 343

⁷²⁶ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3.a., S. 193

⁷²⁷ Vgl. Art. 86 Nr. 3b CC, Art. 86 Nr. 5 CC

⁷²⁸ Lediglich im Rahmen der Kriterien des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC betreffend den Umfang (*cúantía*) der *pensión compensatoria* können subjektive und eheliche Umstände berücksichtigt werden, wobei auch hier nicht nach einem Verschulden gefragt ist. - Zur Einbeziehung der Kriterien des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC, siehe unten: 2.Kap.,C.I., S. 300 ff

Zu fragen ist daher, ob im spanischen Scheidungsunterhaltsrecht *der Zugang zur pensión compensatoria* völlig losgelöst von Verschuldenselementen zu betrachten ist oder ob er nicht doch durch solche begrenzt ist⁷²⁹. Oder anschaulicher: Soll der wegen des Mordversuchs an seinem Ehegatten verurteilte Ehegatte von ersterem *pensión compensatoria* verlangen können bzw. dürfen? Die Antwort auf diese Frage wurde vom spanischen Reformgesetzgeber nicht bzw. nicht ausdrücklich geregelt.

b. Betrachtung der nachehelichen Solidarität

In diesem Zusammenhang muss dem Prinzip der nachehelichen Solidarität besondere Beachtung zukommen, denn dieses schließt die Einbeziehung von Billigkeitserwägungen, subjektiven Aspekten oder widerstreitenden Interessen der Ehegatten grundsätzlich nicht aus. Wichtiger Bestandteil der nachehelichen Solidarität ist gerade die Gewichtung wechselbezüglicher Kriterien⁷³⁰.

aa. Zweiseitigkeit der nachehelichen Solidarität

Bezogen auf die *pensión compensatoria* führt die nacheheliche Solidarität somit zu einer Betrachtung zweier Seiten: Die eine, die dem bedürftigen Ehegatten nach dem Scheitern der Ehe den Anspruch auf Unterhalt gewährt. Die andere, die eben auch aus Gründen der nachehelichen Solidarität dem bedürftigen Ehegatten in bestimmten Fällen den Anspruch auf Unterhalt verwehren bzw. einschränken können muss⁷³¹.

Diese Zweiseitigkeit des Prinzips der nachehelichen Solidarität im Zusammenhang mit der *pensión compensatoria* formuliert jedenfalls eine

⁷²⁹ Zur strittigen Frage, ob subjektive und eheliche Kriterien iSv Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC den Zugang zur *pensión compensatoria* begrenzen, siehe unten: 2.Kap.,B.II.2., S. 253 ff

⁷³⁰ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.2.b., S. 187 f und c., S. 189; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 16/17 und 28; SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAT Palma de Mallorca v. 27. Oktober 1983, in: Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 77

⁷³¹ In diesem Sinne: Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 27 und 31; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 28; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 103 und 104/105

gewisse Verhaltenspflicht des Unterhaltsgläubigers⁷³². Die nacheheliche Solidarität schützt sowohl Unterhaltsgläubiger *als auch* Unterhaltsschuldner.

Im Sinne der Systematik des spanischen Scheidungsfolgenrechts und bei richtigem Verständnis des Prinzips der *nachehelichen* Solidarität⁷³³ ist es denknotwendig, dass eine Berücksichtigung dieses Prinzips nicht für die Ehephase, also den Zeitraum der intakten Ehe, erfolgen kann. Die Berücksichtigung subjektiver Kriterien im Rahmen der nachehelichen Solidarität kann nur für den Zeitraum *nach* dem Scheitern der Ehe herangezogen werden.

Ein anderes Ergebnis träte mit der oben erläuterten geltenden Systematik und Dogmatik der *pensión compensatoria* in eklatanten Widerspruch. Systematisch wollte der Reformgesetzgeber von 1981 beim Scheitern der Ehe⁷³⁴ einen Strich ziehen, wonach fehlerhaftes Verhalten in welcher Form auch immer, keine Auswirkung auf das „Ob“ und „Wie“ der *pensión compensatoria* haben soll. Schuldhafte Verstöße aus der intakten Ehezeit können keinesfalls, sozusagen im Nachhinein, für eine Nichtentstehung, Verwirkung oder Einschränkung der *pensión compensatoria* angeführt werden. Solche Verstöße eines Ehegatten betrachten einen für die *pensión compensatoria* irrelevanten Zeitraum.

bb. Konsequenz: Nacheheliche Verwirkungsmöglichkeit

Die überwiegenden Literaturmeinungen und Gerichtsentscheidungen, die eine Absolutheit des Anspruchs auf die *pensión compensatoria* verneinen und diesen aufgrund der nachehelichen Solidarität bzw. des besonderen Rechtscharakters relativieren⁷³⁵, müssen daher dergestalt verstanden werden,

⁷³² Vgl. Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 31

⁷³³ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.2.b., S. 188

⁷³⁴ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.II.3.b., S. 278 ff

⁷³⁵ Unter vielen: SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Córdoba v. 11. Februar 2003, ArC 2003, Nr. 326; SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; SAP Cuenca v. 17. Februar 1998, LL 1998, 8878; SAP Cádiz v. 30. Januar 1995, RGD 1995, 6011; vgl. auch: SAP Córdoba v. 13. Mai 1998, ArC-Data

dass die schuldhafte Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten des Unterhaltsgläubigers oder unsolidarisches Verhalten *nach dem Scheitern der Ehe* je nach konkreter Art und Beschwer der Umstände zum Verlust der *pensión compensatoria* führen kann.

Insoweit wäre es aber aufgrund obiger Erläuterungen falsch, von einer Durchbrechung oder Aufweichung des objektiven Prinzips im Rahmen des Art. 97 CC zu sprechen, denn dieses bleibt jedenfalls bis zum Scheitern der Ehe⁷³⁶ ausschließlich bestimmend. Jedoch erfordert aber die nacheheliche Solidarität auch die Einbeziehung des Verschuldensprinzips für Verhalten, das zeitlich nicht mehr kausal für die Scheidung gewesen sein kann. Dies widerspricht in keinster Weise der reformgesetzgeberischen Dogmatik.

Es ist dem Begriffsverständnis der Nachehelichkeit, der dem Scheidungsunterhaltsrecht zugrunde liegenden Dogmatik und der rechtshindernden bzw. –vernichtenden Tatsache der Verwehrung eines Anspruches zu entnehmen, dass es sich bei den hier zu beachtenden Verhaltenskriterien des Unterhaltsgläubigers nicht um übliche Verhaltensmängel des ehelichen Alltags handeln kann. Vielmehr hat der Bruch solidarischer Verhaltenspflichten nach der Ehe von besonderer Schwere zu sein. Dieser Verstoß gegen nacheheliche Verhaltenspflichten ist qualitativ und/oder quantitativ konkretisierbar, wenn auch nur innerhalb des Ermessens des Richters. Als qualitativ ausreichend könnten folglich schwere Straftaten des Unterhaltsgläubigers gegenüber dem Unterhaltsschuldner angesehen werden (Tötungsversuch⁷³⁷, schwerer Betrug), als quantitativ ausreichend häufige und regelmäßig wiederkehrende Verstöße zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Art (ständiges Vorenthalten der gemeinsamen Kinder trotz Umgangsrecht des anderen Ehegatten, wiederholte Beleidigungen, Hausfriedensbrüche und ähnliches).

1998, 5680; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 99 und 100; Luna Serrano, Matrimonio y divorcio, S. 368; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 16 und 31; ders., Acuerdos de los conyuges, S. 28 und 29. – Siehe insbesondere auch zur zeitlichen Einschränkung unten: 2.Kap.,A.IV.2.a.aa., S. 234

⁷³⁶ Siehe hierzu und zu dessen konkretem Zeitpunkt unten: 2.Kap.,B.II.3.b., S. 278 ff

⁷³⁷ Vgl. ähnlich Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 98

(1) Analogie zu Verwirkungsgründe des Art. 152 Nr. 4 CC bei alimentos

Ein griffiger und für die Praxis bedeutsamer Maßstab ergibt sich in einer intakten Ehe durch die Vorschriften der *alimentos* gem. Art. 142 ff, 143 Nr. 1 CC. Art. 152 Nr. 4 CC iVm Art. 855, 756 CC beschreibt den Wegfall von *alimentos*, falls der berechtigte Ehegatte Handlungen begeht, die zur Enterbung berechtigen.

Naheliegend und aus praktischen Gründen sinnvoll ist daher zu fragen, ob dieser Maßstab des Art. 152 Nr. 4 CC hinsichtlich nahehegender Verhaltensverstöße analog auf die *pensión compensatoria* anzuwenden ist.

(a) Analoge Anwendbarkeit

Die klar zu unterscheidende Rechtsnatur der *alimentos* und der *pensión compensatoria*⁷³⁸ und die unterschiedliche Tatbestandlichkeit einer Ehephase bzw. Trennungs- oder Scheidungsphase bedeuten nicht, dass diese Unterhaltsarten nicht miteinander vergleichbar wären. Es handelt sich in beiden Fällen um gesetzliche Unterhaltszahlungen bzw. -leistungen unter (Ex-)Ehegatten. Beide Unterhaltsinstitute werden objektiv begründet und werden gleichermaßen mit einem Verhalten des Unterhaltsgläubigers konfrontiert. Insbesondere in familienrechtlichen Streitigkeiten bleiben Verhaltensmängel nicht auf die Ehephase beschränkt, sondern machen sich gerade auch in der Trennungs- oder Scheidungsphase bemerkbar.

Die Vergleichbarkeit der *alimentos* und der *pensión compensatoria* liegt folglich in der tatsächlichen Konfrontation subjektiver Verhaltenspflichtverletzungen des einen Ehegatten mit der objektiv begründeten Unterhaltspflicht des anderen Ehegatten.

Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor. Der spanische Gesetzgeber hat in Art. 100, 101 CC lediglich objektive Änderungs- bzw. Beendigungsgründe festgelegt. Subjektive Tatbestände, die aufgrund

fehlerhaften Verhaltens den Anspruch auf *pensión compensatoria* beeinträchtigen bzw. verwirken, sind in den Art. 90 ff CC nicht erwähnt.

Zwar könnte zunächst fraglich sein, ob dies planwidrig besteht, denn der Reformgesetzgeber von 1981 hat gezielt das Verschuldensprinzip aus dem Scheidungsfolgenrecht herausgehalten⁷³⁹. Jedoch galt es dabei, Verhaltensmängel, die aus der noch nicht zerrütteten Ehezeit stammen, bei der Beurteilung über die *pensión compensatoria* völlig unberücksichtigt zu lassen⁷⁴⁰. Maßgeblich sollte allein das *desequilibrio económico* zum Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe sein. Die Verbannung des Verschuldensprinzips und die objektive Feststellung eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts beziehen sich somit nur auf die Betrachtung der Ehezeit. Verhaltensmängel *danach* unterliegen demnach diesem Ausschlussprinzip des Verschuldens nicht unbedingt.

Auch würde die völlige Nichteinbeziehung derartiger nachehelicher Verhaltenspflichten dem allgemeinen Rechtsempfinden widersprechen, insbesondere in besonders extremen Fällen wie dem eines Mordversuchs gegen den unterhaltsschuldenden Ehegatten⁷⁴¹.

Letztlich ist ein sog. *erst-recht*- Schluss als Darlegung der Planwidrigkeit anzuführen: Wenn ein bestimmtes Verhalten ausreicht, um einem Ehegatten den Anspruch auf notwendigen Lebensunterhalt (*alimentos*) in einer noch intakten Ehe zu nehmen, dann muss dieses Verhalten *erst-recht* ausreichen, um die *pensión compensatoria* auszuschließen. Denn im nachehelichen Zustand (bzw. zerrütteten Zustand einer Trennung) kann an das Verhalten der Ehegatten kein strengerer Maßstab angelegt werden als in der Ehe. Anderenfalls käme es beispielsweise zu dem absurden Ergebnis, dass ein Ehegatte aufgrund eines mangelhaften Verhaltens nicht zu dem lebensnotwendigen Mindestbedarf an Unterhalt berechtigt wäre, jedoch aufgrund des gleichen Verhaltens als geschiedener Ehegatte an dem umfassenderen Ausgleichsunterhalt festhalten könnte⁷⁴².

⁷³⁸ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3.c., S. 196

⁷³⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3.a., S. 193

⁷⁴⁰ Siehe hierzu bereits oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.aa., S. 223

⁷⁴¹ Vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 100

⁷⁴² Vgl. Luna Serrano, Matrimonio y divorcio, S. 368

Eine planwidrige Regelungslücke liegt demnach vor. Die Verwirkungsgründe im Zusammenhang mit den *alimentos* können analog auf das Scheidungsunterhaltsrecht herangezogen werden.

(b) Verwirkungsgründe analog Art. 152 Nr. 4 CC

Als Verwirkungsgründe kommen demnach gem. Art. 152 Nr. 4 CC iVm Art. 855 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 4 iVm Art. 756 Nr. 2, Nr. 3, Nr. 5, Nr. 6 CC folgende in Betracht:

1. Die schwerwiegende oder wiederholte Nichterfüllung ehelicher Pflichten iSv Art. 66 – 68 CC wie Gleichberechtigung, gegenseitiger Respekt und Beistand, Handeln im Interesse der Familie, Zusammenleben, Treue und gegenseitige Nothilfe (vgl. Art. 855 Abs. 1 Nr. 1 CC)

Denknotwendig können aus dem Selbstverständnis der Scheidungssituation gewisse Verstöße nicht analog angewendet werden. Analoge Anwendung können daher nur Verstöße finden, die im Zusammenhang mit der nachehelichen Solidarität einhergehen. So sind Verstöße gegen das eheliche Zusammenleben oder die eheliche Treue vorliegend unerheblich, während Verstöße gegen Handeln im Interesse der Familie aufgrund deren Beachtung innerhalb der nachehelichen Solidarität jedenfalls zu berücksichtigen wären.

2. Die Nichterfüllung der mit der elterlichen Gewalt einhergehenden Pflichten (vgl. Art. 855 Abs. 1 Nr. 2 iVm Art. 170 CC)

3. Die Zahlung von *alimentos* an die Kinder verweigert zu haben (vgl. Art. 855 Abs. 1 Nr. 3 CC)

Der eigentliche Gesetzestext des Art. 855 Abs. 1 Nr. 3 CC beinhaltet die frühere Verweigerung der Zahlung von *alimentos* an die Kinder *und/oder* an den anderen Ehegatten. Hierbei ist vorliegend jedoch zu differenzieren.

Hinsichtlich der Kinder bleibt es bei diesem Verstoß der Verweigerung von *alimentos* iSv Art. 142 ff CC.

Hinsichtlich des anderen Ehegatten müsste in der Scheidungssituation jedoch auf die *pensión compensatoria* abzustellen sein, denn die Leistung von *alimentos* käme nicht mehr in Betracht⁷⁴³. Jedoch ist die analoge Anwendung dieser Alternative in diesem Sinne rechtlich nicht möglich, was auf den unterschiedlichen Zeitbezug der *alimentos* und der *pensión compensatoria* zurückzuführen ist. Während erstere auf die gesamte Ehephase bezogen werden und somit auch mehrmals hinsichtlich Unterhaltsberechtigung und –verpflichtung wechseln können⁷⁴⁴, betrachtet letztere lediglich den Zeitpunkt am Ende dieser Ehephase. Zu einem bestimmten Zeitpunkt wird daher bei der *pensión compensatoria* das *desequilibrio económico* festgestellt⁷⁴⁵, so dass es zu keinem erneuten Wechsel der einmal festgestellten Verpflichtung oder Berechtigung kommen kann. Insoweit kann es rechtlich nicht zu einer zuvor verweigerten Leistung der *pensión compensatoria* durch einen früheren Unterhaltsschuldner und nunmehrigen Unterhaltsgläubiger kommen.

Letztlich erweist sich daher dieser analoge Verwirkungstatbestand als Konkretisierung von Art. 855 Abs. 1 Nr. 2 CC.

4. Dem anderen Ehegatten nach dem Leben getrachtet zu haben, sofern es nicht zu einer Wiederversöhnung gekommen sein sollte (vgl. Art. 855 Abs. 1 Nr. 4 iVm Art. 856 CC)

5. Die strafrechtliche Verurteilung wegen eines Tötungsdelikts gegen den unterhaltsverpflichteten Ehegatten, seinen Ehegatten, seine Nach- oder Vorfahren (vgl. Art. 756 Nr. 2 CC)

⁷⁴³ Siehe hierzu näher oben und insbesondere im Falle der Trennungssituation, vgl. 2.Kap.A.III.3.c.cc., S. 199 f

⁷⁴⁴ Man nehme nur einmal an, dass die Ehegatten jeweils abwechselnd berufstätig sind und somit jeweils abwechselnd die finanzielle Versorgung übernehmen.

⁷⁴⁵ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.II.3.b.aa.(2), S. 279

6. Die Anschuldigung des Unterhaltsschuldners eines Verbrechens mit einer Mindeststrafe von sechs Jahren, wenn sich diese Anschuldigung als falsch herausstellt (vgl. Art. 756 Nr. 3 CC)

7. Die Drohung, Täuschung und Gewaltanwendung mit dem Zweck den Unterhaltsschuldner zu einer Errichtung oder einer Änderung eines Testaments zu verpflichten oder ihn an der Änderung oder dem Widerruf eines bestehenden Testaments zu hindern, oder die Fälschung, Unterdrückung oder Änderung eines späteren Testaments (vgl. Art. 756 Nr. 5 und Nr. 6 CC)

Die Verwirkung der *pensión compensatoria* erscheint hierbei jedoch nur dann gerechtfertigt, sofern der Unterhaltsgläubiger obigen Tatbestand zu *seinen Gunsten* verwirklicht.

(2) Arbeitspflicht zur Entlastung des Unterhaltsschuldners

Wie bereits oben zur emanzipatorischen Hilfe erwähnt⁷⁴⁶ ist auch von Seiten des Unterhaltsgläubigers auf seine finanzielle Eigenständigkeit hinzuarbeiten, folglich sich um entgeltliche Arbeit zu bemühen. Dies geht einher mit dem verfassungsrechtlichen Auftrag des Art. 35 Abs. 1 CE⁷⁴⁷ an die spanischen Staatsbürger, der neben dem Recht auf Arbeit auch die Pflicht zur Arbeit festlegt.

Eine Arbeitspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten ergibt sich im Rahmen der nachehelichen Solidarität, denn die wirtschaftliche Schlechterstellung des einen Ehegatten bedeutet nicht, dass dieser nunmehr auf Kosten des anderen Ehegatten leben kann, ohne zu dessen Entlastung selbst beizutragen⁷⁴⁸. Eheliche oder nacheheliche Unterhaltspflichten, ob

⁷⁴⁶ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.4.c., S. 209

⁷⁴⁷ Vgl. Gesetzestext des Art. 35 Abs. 1 CE im Anhang, S. 356 ff

⁷⁴⁸ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 30 und 31; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 106; SAP Almería v. 15. Juli 2003, Nr. 1402; SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Córdoba v. 13. Mai 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5680; SAP Cádiz v. 30. Januar 1995, RGD 1995, 6011

nun *alimentos* oder *pensión compensatoria*, sind letztlich und mehrheitlich nur deswegen praktikabel, weil sie auf die Arbeitskraft bzw. die höhere Arbeitskraft und das entsprechende Entgelt eines Ehegatten zurückgreifen können. Dieser Bezug zu einer möglichen Arbeitskraft geht nach der Festlegung einer *pensión compensatoria* nicht verloren. Im Gegenteil, faktisch und rechtlich können sich dem aufgrund der Scheidung finanziell benachteiligten Ehegatten neue Wege auftun, um zumindest Anteil an dieser Arbeitskraft zu haben⁷⁴⁹.

Hierbei lohnt wiederum ein vergleichender Blick in das Recht der *alimentos*⁷⁵⁰. Art. 152 Nr. 3 und Nr. 5 CC lassen erkennen, dass der Gesetzgeber nicht auch jenen Empfänger von *alimentos* weiterhin alimentieren möchte, der trotz der Möglichkeit der Ausübung eines Handwerks, Berufs oder Gewerbes diese mangels Eifers nicht ausübt. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, nicht auch diesen Rechtsgedanken im Rahmen der nahehelichen Solidarität auf die *pensión compensatoria* zu übertragen und einer Passivität des Unterhaltsgläubigers entgegen zu treten⁷⁵¹. Wie bereits oben erläutert⁷⁵² erlaubt der sog. *erst-recht*- Schluss für die Scheidungsphase keine wirtschaftliche Besserstellung des unterhaltsberechtigten Ex-Ehegatten durch den Gesetzgeber.

Ein ernsthaftes Bemühen um Arbeit ist daher erforderlich, um nicht gegen naheheliche Verhaltenspflichten schuldhaft zu verstoßen, mit der Folge einer etwaigen Verwirkung.

Eine Pflicht zur Arbeit kann sich jedoch nur dann ergeben, wenn sie möglich und zumutbar ist. Ein Verstoß gegen die naheheliche Arbeitspflicht gegenüber dem Unterhaltsschuldner bedarf daher grundsätzlich einer diesbezüglichen Einzelfallbetrachtung. Diese hat wiederum eine Vielzahl von Faktoren zu berücksichtigen, wie geeignete

⁷⁴⁹ Siehe hierzu auch unten: 2.Kap.,A.IV.2.a.cc., S. 237 f

⁷⁵⁰ Zur Vergleichbarkeit, siehe bereits oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(1)(a), S. 225

⁷⁵¹ Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 231; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 107

⁷⁵² Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(1)(a), S. 226

Ausbildung, Lebensalter, soziale Strukturen, gesellschaftliche Weltanschauungen der Bevölkerung, etc.⁷⁵³.

Maßgebliche Bedeutung kommt dabei auch der ehelichen/familiären Entscheidungsfreiheit aus Art. 32 CE und Art. 39 CE⁷⁵⁴ zu. Bereits in der Ehezeit ist der familiären Entscheidungsfreiheit insoweit Vorrang zu gewähren, als dass es den Ehegatten freisteht zu entscheiden, wie die finanzielle Versorgung der Ehe und Familie gestaltet werden soll: Im neuzeitlicheren Sinne, indem beide Ehegatten mit ihrer Berufstätigkeit beitragen, oder im traditionellen Sinne, indem ein Ehegatte bzw. der Ehemann zur Arbeit geht und der andere Ehegatte bzw. die Ehefrau sich um Haushalt und etwaige Kinderpflege kümmert. Erstere Variante ist weniger problematisch, denn sollte durch die Scheidung ein *desequilibrio económico* vorliegen, so wird der benachteiligte Ehegatte seiner Arbeitspflicht bereits gerecht.

In zweiter Variante zeigt sich die nach wie vor patriarchalisch und katholisch geprägte Gesellschaft Spaniens⁷⁵⁵. Die sog. traditionelle Ehe erweist sich insofern als problematisch, als dass durch die in der intakten Ehe getroffene Entscheidung der nicht berufstätig beitragende Ehegatte (zumeist die Frau) nach dem Scheitern der Ehe regelmäßig vor ein finanzielles Dilemma gestellt ist: über längere Zeit unentgeltlich gearbeitet zu haben, für vorehelich erlernte Berufstätigkeiten oder allgemein mangels Praxiserfahrung oder aufgrund des Alters auf dem aktuellen Arbeitsmarkt unattraktiv zu sein, geschweige denn aufgrund der Obhut über kleinere Kinder diesem nicht zur Verfügung zu stehen. Beispielsweise wird eine nunmehr allein erziehende Mutter faktisch und rechtlich⁷⁵⁶ nicht oder kaum in der Lage sein, neben der Erziehung von Kleinkindern einer Arbeit nachzugehen. Andererseits ist von einer Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Arbeit dann nicht mehr auszugehen, wenn

⁷⁵³ Siehe hierzu auch unten: 2.Kap.,A.IV.2.a.aa., S. 234 f und b.bb., S. 239 f

⁷⁵⁴ Vgl. Gesetzestext im Anhang, S. 356 ff

⁷⁵⁵ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 107; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 28; siehe oben: Fn. 62

⁷⁵⁶ Sorgfaltspflichten zum Wohle des Kindes gem. Art. 154 ff CC

Kleinkinder in der vorübergehenden Obhut Dritter verbleiben oder wenn die Kinder bereits größer oder erwachsen geworden sind⁷⁵⁷.

c. Ergebnis

Für die Zeit nach dem Scheitern der Ehe ergeben sich aus dem nahehelichen Solidaritätsverhältnis subjektive Verhaltenspflichten, deren schuldhafter Verstoß zur Verwirkung des Anspruchs auf die *pensión compensatoria* führen kann. Der Unterhaltsgläubiger der *pensión compensatoria* kann demnach aufgrund seines Verhaltens diese wiederum verlieren (Zweiseitigkeit der nahehelichen Solidarität). Die gesetzliche Nichterwähnung derartige Verstöße und der vom Gesetzgeber verfolgte Ausschluss des Verschuldensprinzips aus Art. 97 CC ist nicht auf die naheheliche Zeit nach Scheitern der Ehe⁷⁵⁸ zu beziehen.

Mangels gesetzlicher Fallgruppen, literarischer Einigkeit und bereits entwickelter Rechtsprechung zu diesem Problembereich besteht insbesondere für den entscheidenden Richter die Schwierigkeit darin, diverse einschlägige Sachverhalte als erheblich einzustufen oder nicht. Für eine konkretere Einstufung fehlerhaften Verhaltens können jedoch in rechtsanaloger Weise die Verwirkungstatbestände des Art. 152 Nr. 4 CC iVm Art. 855 CC, Art. 756 CC aus dem Recht der *alimentos* herangezogen werden.

Von großer praktischer Relevanz ist die grundsätzliche Pflicht des unterhaltsberechtigten Ehegatten, den die *pensión compensatoria* leistenden Ehegatten zu entlasten, folglich sich um mögliche und zumutbare Arbeit zu bemühen. Inwieweit ein diesbezüglicher Verstoß zu einer Verwirkung der *pensión compensatoria* führt, ist vom Richter im Einzelfall zu betrachten, jedoch wird bereits aus vergleichender Sicht mit Art. 100, 101 CC, aber

⁷⁵⁷ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 106

⁷⁵⁸ Zum Zeitpunkt des Bruchs der Ehe, siehe unten: 2.Kap.,B.II.3.b.aa.(2), S. 280 ff

auch mit den analog anwendbaren Vorschriften gem. Art. 152 Nr. 4 CC deutlich, dass es hierzu zumindest eines *wesentlichen*⁷⁵⁹ Verstoßes bedarf.

⁷⁵⁹ Zum Begriff bei Art. 100 CC, siehe unten: 2.Kap.,C.III.2.d., S. 341

2. Zeitliche Beschränkung (*limitación temporal*) der *pensión compensatoria*

Wie bereits aus obigen Erläuterungen ersichtlich wurde, ist es unter anderem Ziel der *pensión compensatoria*, dass der wirtschaftlich benachteiligte Ehegatte wieder eine wirtschaftlich unabhängige Stellung erreicht (vgl. emanzipatorische Hilfe⁷⁶⁰). In Anbetracht der bestehenden Arbeitspflicht gegenüber dem Unterhaltsschuldner⁷⁶¹ ist somit zu fragen, welche Möglichkeiten dem Unterhaltsgläubiger in beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht gegeben sind und bis wann diese erfolgreich umgesetzt werden könnten.

Hieraus ergibt sich denknotwendig die Frage nach der zeitlichen Beschränkung der *pensión compensatoria*. Eine solche ist im spanischen Gesetz jedoch nicht explizit aufgeführt.

a. Rechtsfortbildung hin zur zeitlichen Beschränkung

aa. Jüngere Rechtsprechung und überwiegende Ansicht

Die mittlerweile weit überwiegende Rechtsprechung und herrschende Lehre befindet, dass die *pensión compensatoria* zeitlich zu beschränken sei und nur im Ausnahmefall unbeschränkt gelte⁷⁶². Diese Rechtsansicht fand Ende der achtziger Jahre in der Rechtsprechung ihre Anfänge und konnte sich Mitte bis Ende der neunziger Jahre durchsetzen und entwickeln⁷⁶³.

⁷⁶⁰ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.4.c., S. 209

⁷⁶¹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(2), S. 229

⁷⁶² Unter vielen: SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Córdoba v. 11. Februar 2003, ArC 2003, Nr. 326; SAP Sevilla v. 13. September 2002, ArC 2003, Nr. 214; SAP La Rioja v. 18. Februar 2002, ArC 2002, Nr. 1846; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; dass. v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Valencia v. 17. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 743; SAP Zamora v. 14. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 328; SAP Córdoba v. 19. November 1998, ArC 1998, Nr. 2156; dass. v. 13. Mai 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5680; SAP Cuenca v. 17. Februar 1998, LL 1998, 8878; SAP Las Palmas v. 18. November 1995 und SAP Madrid v. 25. September 1995, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 681; SAP Cádiz v. 30. Januar 1995, RGD 1995, 6011; SAP Oviedo v. 16. Januar 1992 und v. 19. Dezember 1991, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 17; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 170 ff; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 71 ff; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 605 ff; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 140 ff; Cabezuero Arenas, ArC 2002, S. 2315

⁷⁶³ Vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 605; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 170; SAP Zamora v. 14. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 328; SAP Santander v. 28. November 1990, in: Pons/Ángel del Arco,

Hiermit wird der besonderen und eigenen Rechtsnatur der *pensión compensatoria* Rechnung getragen, die diese als ein nicht absolutes und nicht auf Lebenszeit zu gewährendes Recht betrachtet⁷⁶⁴. Anderenfalls käme die *pensión compensatoria* der *Police* einer Lebensversicherung gleich, was eine unverhältnismäßige Belastung für den unterhaltspflichtigen Ehegatten und einen unverhältnismäßigen Vorteil des empfangenden Ehegatten bedeuten würde⁷⁶⁵. Wie oben erläutert erfordert die nacheheliche Solidarität gewisse Mitwirkungspflichten des empfangenden Ehegatten, seine wirtschaftliche Situation selbst zu verbessern, daher auch der Zweck der *pensión compensatoria* als sog. emanzipatorische Hilfe. Der wirtschaftlich benachteiligte Ehegatte hat sich um einen wirtschaftlich autonomen Zustand zu bemühen bzw. auf diesen im wörtlichen Sinne hinzuarbeiten, wobei ihm hierfür unter Berücksichtigung tatsächlicher und sozialer Umstände wie Lebensalter, Dauer der Ehe, berufliche Qualifikationen, u. a. ein mit der *pensión compensatoria* gesicherter Zeitraum gewährt wird⁷⁶⁶. Mit dieser zeitlichen Beschränkung soll zudem der Missbrauch der *pensión compensatoria* in dem Sinne vermieden werden, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte im Vertrauen auf die Zahlungen des anderen Ehegatten in Passivität verfällt und bereits keine Motivation sieht, sich selbst um eine autonome wirtschaftliche Stellung zu bemühen⁷⁶⁷.

Divorcio, S. 524; SAP San Sebastián v. 03. November 1989, in: Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 170/171

⁷⁶⁴ SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Córdoba v. 11. Februar 2003, ArC 2003, Nr. 326; SAP Sevilla v. 13. September 2002, ArC 2003, Nr. 214; SAP La Rioja v. 18. Februar 2002, ArC 2002, Nr. 1846; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; dass. v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; SAP Valencia v. 17. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 743; SAP Zamora v. 14. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 328; SAP Córdoba v. 19. November 1998, ArC 1998, Nr. 2156; SAP Córdoba v. 13. Mai 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5680; SAP Cuenca v. 17. Februar 1998, LL 1998, 8878; SAP Cádiz v. 30. Januar 1995, RGD 1995, 6011; SAP Las Palmas v. 18. November 1995 und SAP Madrid v. 25. September 1995, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 681; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 71

⁷⁶⁵ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 31; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 606/607; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2323; SAP Córdoba v. 13. Mai 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5680; SAP Cádiz v. 30. Januar 1995, RGD 1995, 6011

⁷⁶⁶ SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP Sevilla v. 13. September 2002, ArC 2003, Nr. 214; SAP Valencia v. 17. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 743; SAP Zamora v. 14. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 328; SAP Granada v. 04. Februar 1995, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 679/680; SAP Cádiz v. 30. Januar 1995, RGD 1995, 6011; SAP Oviedo v. 16. Januar 1992 und v. 19. Dezember 1991, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 17; SAP San Sebastián v. 03. November 1989, in: Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 170/171

⁷⁶⁷ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 146; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 30; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 606; SAP Almería v. 09. November 1994, ACAud. 1995, 8; SAP León

Eine zeitlich unbeschränkte Leistung der *pensión compensatoria* ergibt sich hiernach nur im Ausnahmefall⁷⁶⁸.

bb. Vereinzelte Rechtsprechung und Mindermeinung

Die Gegenansicht stellt die mittlerweile nur noch selten vertretene Mindermeinung dar. Hiernach wird eine zeitliche Beschränkung der *pensión compensatoria* verneint.

Die zeitlich beschränkte *pensión compensatoria* sei nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen, ferner besäßen Unterhaltsansprüche einen natürlichen Bezug zur Dauerhaftigkeit⁷⁶⁹. Hauptargument dieser Mindermeinung ist, dass die zeitliche Beschränkung der *pensión compensatoria* im Gesetz weder erwähnt noch vorgesehen sei⁷⁷⁰. Im Gesetz seien Änderungen der *pensión compensatoria* nur durch Art. 100 CC, Beendigungstatbestände nur durch Art. 101 CC möglich. Insbesondere Art. 101 CC beinhalte nicht die Beendigung durch Zeitablauf, woraus man eben auf die Unbeschränktheit schließen könne⁷⁷¹. Des Weiteren sei es für den Richter nahezu unmöglich, *ex ante* den Zeitraum genau zu bestimmen, den der Unterhaltsgläubiger zur Wiederherstellung der wirtschaftlichen Autonomie benötigt⁷⁷².

v. 27. Mai 1992, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 19; SAP San Sebastián v. 03. November 1989, in: Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 170/171

⁷⁶⁸ Siehe hierzu näher unten: 2.Kap., A.IV.2.b., S. 238 ff

⁷⁶⁹ SAP Barcelona v. 21. März 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4243; dass. v. 02. Juli 1999, ArC 1999, Nr. 1339, dass. v. 01. März 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4423; SAP Cantabria v. 12. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3858; SAP Valencia v. 10. Mai 1995, RGD 1995, 14101; SAP Granada v. 04. Februar 1995, ArC 1995, Nr. 270; vgl. bei Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 145; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 97; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 607 ff

⁷⁷⁰ SAP Granada v. 10. Februar 2001, ArC 2001, Nr. 165; SAP Valencia v. 17. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 743; SAP Badajoz v. 15. Dezember 1999, ArC 1999, Nr. 2334; dass. v. 23. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3178; SAP Baleares v. 11. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3286; SAP Pamplona v. 27. November 1993, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 25; SAT Palma de Mallorca v. 17. Januar 1986, in: García Gil, Jurisprudencia, Nr. 824; vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 607

⁷⁷¹ SAP Badajoz v. 13. September 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4873; dass. v. 15. Dezember 1999, ArC 1999, Nr. 2334; SAP Barcelona v. 02. Juli 1999, ArC 1999, Nr. 1339; SAP Baleares v. 11. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3286; vgl. Cabezuelo Arenas, ArC 2002, S. 2321 und 2322

⁷⁷² SAP Baleares v. 11. Februar 1999, ArC 1999, Nr. 3286; SAP Cantabria v. 12. Februar 1999, ACAud. 1999, 1462; SAP Santander v. 19. November 1997, LL 1998, 1338; SAP Granada v. 04. Februar 1995, in: García

cc. Stellungnahme pro zeitlicher Beschränkung

Allein die Tatsache, dass eine zeitliche Beschränkung nicht in den Art. 101 CC und Art. 100 CC aufgeführt ist, kann noch nicht zu der Annahme einer zeitlichen Unbeschränktheit führen. Vielmehr ist anzuerkennen, dass eine zeitliche Beschränkung durch den *Código Civil* nicht ausdrücklich verboten wird⁷⁷³ und dass es der Gesetzgeber in Art. 101 CC gerade vorsieht, die *pensión compensatoria* für die Fälle, in denen kein *desequilibrio económico* mehr existiert, zu beenden. Sollte daher für den Richter das Ende des *desequilibrio económico* anhand konkreter Umstände des Einzelfalls im Rahmen seines Ermessens absehbar sein, ist es *erst-recht* folgerichtig, die *pensión compensatoria* zeitlich auf die absehbare Dauer des *desequilibrio económico* zu beschränken⁷⁷⁴.

Die zeitliche Beschränkung beschreibt die Absehbarkeit der Zeit, die der unterhaltsberechtigte Ehegatte benötigt, um auf dem Arbeitsmarkt selbst zu bestehen bzw. um sich selbst zu versorgen⁷⁷⁵. Diese gerichtliche „Nötigung“ zu einer einschlägigen Aktivität des Unterhaltsgläubigers ist gerechtfertigt, denn die erhöhte Eigenverantwortung und auch die Berücksichtigung der nahehelichen Solidarität erfordern die Beachtung des Gleichheitssatzes aus Art. 14 CE, der Arbeitspflicht⁷⁷⁶ eines jeden gem. Art. 35 CE⁷⁷⁷ und des Prinzips von Treu und Glauben gem. Art. 7 Abs. 1 CC⁷⁷⁸.

Ausschlaggebendes Argument für die zeitliche Beschränkung der *pensión compensatoria* ist schlichtweg deren besondere Legitimation, Rechtsnatur und Zwecksetzung⁷⁷⁹. Aus diesem Rechtscharakter resultiert, dass eine

Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 32

⁷⁷³ SAP Guipúzcoa v. 04. Oktober 1997, ArC 1997, Nr. 2015; SAP Oviedo v. 08. Juli 1994 und dass. v. 28. Januar 1993, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 21 und 27; SAP Asturias v. 19. Dezember 1991, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 676; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 142; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 71; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2324

⁷⁷⁴ SAP Sevilla v. 06. Juli 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4713; SAP Córdoba v. 13. Mai 1995, ACAud. 1995, 2495; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2329

⁷⁷⁵ Vgl. SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Las Palmas v. 01. Juli 1993, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 24; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2317; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 609

⁷⁷⁶ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(2), S. 229

⁷⁷⁷ Vgl. SAP Madrid v. 14. Juni 1996, ACAud. 1996, 2603

⁷⁷⁸ Vgl. SAP Valencia v. 21. Juli 1994, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 28

⁷⁷⁹ SAP Córdoba v. 26. Juni 2000, ArC 2000, Nr. 1280; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 145. - Zum Rechtscharakter der *pensión compensatoria*, siehe ausführlich oben: 2.Kap.,A.III.2., S. 183 und 3., S. 193 und 4., S. 208

zeitlich unbeschränkte Leistung der *pensión compensatoria* den Unterhaltsschuldner zu sehr belasten und den Unterhaltsgläubiger zu sehr bevorteilen würde⁷⁸⁰. Dies käme meist einer sehr verfrühten *quasi*-Altersrente gleich. Es ist nicht einsichtig, warum der zum Ausgleich gem. Art. 97 CC verpflichtete Ehegatte weiterhin an den Unterhaltsberechtigten leisten soll, wenn dieser es bereits selbst in der Hand gehabt hätte, sich selbst zu unterhalten. Das Prinzip der Eigenverantwortung, das sich unweigerlich nach dem Bruch der Ehe ergibt, kann nicht zu einer leeren Phrase verkommen, was jedoch anderenfalls der Fall wäre, denn der die *pensión compensatoria* empfangende Ehegatte sähe im Normalfall keine Veranlassung, sich dieser angenehmen Leistung des unterhaltsschuldenden Ehegatten zu entledigen⁷⁸¹.

Richtigerweise ist mit der herrschenden Meinung hierbei auch der emanzipatorische Zweck („Hilfe zur Selbsthilfe“)⁷⁸² der *pensión compensatoria* hervorzuheben, der in sich selbst schon ein temporäres Element beinhaltet, denn die *Selbsthilfe* findet erst dann Anwendung, wenn die vorhergehende *Hilfe* beendet ist.

b. Ausnahmen vom Grundsatz: Zeitliche Unbeschränktheit

Wie erläutert ist die *pensión compensatoria* zeitlich beschränkbar und beinhaltet keinen Anspruch auf Lebenszeit. Hierbei gelten jedoch Ausnahmen.

aa. Vertragliche Vereinbarungen

Vorbehalten sind zunächst vertragliche Vereinbarungen der Ehegatten, die ohne weiteres die Leistung der *pensión compensatoria* auf unbestimmte Dauer festlegen können⁷⁸³.

⁷⁸⁰ Siehe oben: Fn 765; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 606/607; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2319

⁷⁸¹ Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2321

⁷⁸² Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.4.c., S. 209

⁷⁸³ Vgl. SAP Guadalajara v. 16. November 1998, ArC-Data 1998, Nr. 8404

bb. Besondere und billige Umstände des Einzelfalls

Des Weiteren werden Einzelfälle vom Grundsatz der zeitlichen Beschränkung ausgenommen, die anhand der Berücksichtigung der konkreten Umstände zu einem zeitlich unbeschränkten Anspruch zu führen haben. Ausgehend von der besonderen Rechtsnatur der *pensión compensatoria* und dem Zweck der emanzipatorischen Hilfe wird die Grenze zur zeitlichen Unbeschränktheit von der Frage geprägt, ob von einer Selbsthilfe und dem Erreichen einer wirtschaftlich autonomen Stellung noch ausgegangen werden kann⁷⁸⁴.

Die fehlende Möglichkeit zur Entwicklung einer wirtschaftlichen Autonomie des Unterhaltsgläubigers wird hauptsächlich auf zwei Aspekte bezogen: Das Lebensalter und die Ehedauer. Denn je älter und vom Arbeitsleben entfernt der wirtschaftlich benachteiligte Ehegatte ist, desto schwieriger ist es auch, wieder Einzug ins Arbeitsleben zu finden und eine wirtschaftlich autonome Stellung zu erreichen. Zeitlich unbeschränkt wurde die *pensión compensatoria* demnach beispielsweise beschieden bei einem Lebensalter (LA) von 50 Jahren und einer Ehedauer (ED) von 25 Jahren⁷⁸⁵, von 59 (LA) und 27 (ED) Jahren⁷⁸⁶, von 61 (LA) und 35 (ED) Jahren⁷⁸⁷, von 48 (LA) und 22 (ED) Jahren⁷⁸⁸, von 67 (LA) und 40 (ED) Jahren⁷⁸⁹, von 49 (LA) und 28 (ED) Jahren⁷⁹⁰ und von 54 (LA) und 33 (ED) Jahren⁷⁹¹.

Des Weiteren sind jene Umstände beim unterhaltsberechtigten Ehegatten zu involvieren, wie sie sich häufig bei einer traditionellen Ehe ergeben, in der sich meist die Ehefrau ganz dem Familienhaushalt und der Kindererziehung widmete, somit völlig und über Jahre hinweg aus dem Arbeitsleben ausschied, von den Aufopferungen dieses Lebens gezeichnet ist und ohne ausreichende berufliche Qualifikation einer schwierigen Zukunftslage

⁷⁸⁴ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 176; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 147; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 609

⁷⁸⁵ SAP Valencia v. 17. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 743

⁷⁸⁶ SAP Valencia v. 28. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5396

⁷⁸⁷ SAP Valencia v. 04. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5497

⁷⁸⁸ SAP Cádiz v. 09. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4236

⁷⁸⁹ SAP Valencia v. 04. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4020

⁷⁹⁰ SAP León v. 29. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3028

⁷⁹¹ SAP Guipúzcoa v. 06. März 1998, ArC-Data 1998, Nr. 6896

entgegensteht⁷⁹². Auch bei der Sorge für behinderte Kinder, was grundsätzlich eine lebenszeitige Aufgabe ist, erweist sich der zeitlich unbeschränkte Anspruch auf die *pensión compensatoria* für den benachteiligten Ehegatten als gerechtfertigt⁷⁹³. Zu bemerken ist ferner, dass die bloße Erwartung einer Erbschaft des Unterhaltsgläubigers an der Einschätzung der Unbeschränktheit noch nichts zu ändern vermag⁷⁹⁴.

Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang auch der Umstand eines zukünftigen Prozesses, wie es in Spanien häufig das Scheidungsverfahren nach einer gerichtlichen Trennung darstellt oder auch ein nachfolgender Prozess mit dem Antrag auf Änderung der *pensión compensatoria* darstellen kann. Sofern der künftige Prozess bereits anhängig ist, kann demnach im Trennungsverfahren selbst die *pensión compensatoria* zeitlich unbeschränkt zugesprochen werden, denn im nachfolgenden Verfahren kann je nach Lage der konkreten Umstände dies wieder rückgängig gemacht werden⁷⁹⁵.

Ersichtlich wird, dass die Ausnahme der zeitlichen Unbeschränktheit jedenfalls besondere Umstände oder Härten zu ihrer Rechtfertigung verlangt. Der Grundsatz der zeitlichen Beschränkung der *pensión compensatoria* hat demnach Grenzen, die sich wiederum aus der besonderen Rechtsnatur und dem Rechtszweck und der darauffolgenden Abwägung zugunsten des Unterhaltsgläubigers ergeben. Maßgeblich ist im Einzelfall, ob der Richter aufgrund der konkreten Umstände die Erreichung einer wirtschaftlich autonomen Stellung für unmöglich oder prozessual für irrelevant halten darf.

⁷⁹² SAP Almería v. 15. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1402; SAP La Rioja v. 18. Oktober 2002, ArC 2002, Nr. 1846; SAP Sevilla v. 13. September 2002, ArC 2003, Nr. 214; SAP Guipúzcoa v. 18. November 1999, ArC 1999, Nr. 2106; SAP Zaragoza v. 02. Mai 1996, ArC 1996, Nr. 894; vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 149; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 28; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 100/101

⁷⁹³ SAP Bardajoz v. 12. Januar 2001, ArC 2001, Nr. 70; vgl. auch SAP Cádiz v. 14. März 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4902

⁷⁹⁴ SAP Madrid v. 03. Juni 1993, in: Hijas, Derecho de familia, S. 493

⁷⁹⁵ SAP Madrid v. 25. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4313

c. Art der konkreten Bemessung des Zeitraums

aa. Befristung

In der mehrheitlichen Rechtsprechung wird mit dem Scheidungsurteil ein gewisser Zeitraum, meist für einige Jahre, festgesetzt. Es handelt sich demnach um eine Befristung des Anspruchs aus Art. 97 CC.

Hinsichtlich einer genauen einzelfallbezogenen Befristung werden einschlägige Kriterien wie die Ehedauer, das Lebensalter des Unterhaltsgläubigers, die Existenz bzw. Nichtexistenz von zu versorgenden Kindern, die Übernahme der Obhut über die Kinder, Zugangsmöglichkeiten zum Arbeitsmarkt für den Unterhaltsgläubiger, dessen berufliche Qualifikation und Fähigkeit, eine Beschäftigung zu finden, eine verweigernde Arbeitshaltung des Unterhaltsgläubigers, und ähnliche Kriterien herangezogen⁷⁹⁶.

(1) Hauptkriterien: Ehedauer, Lebensalter und Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt

Hierbei sind in der Praxis als wesentliche Kriterien zur Bemessung der Frist die Ehedauer, das Lebensalter des Unterhaltsgläubigers und die Zugangsmöglichkeit zu einer Arbeit zu erkennen und hervorzuheben.

Eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen bringt die Bestimmung der Frist über die *pensión compensatoria* in maßgeblichen Bezug mit der Dauer der Ehe und dem Lebensalter des durch die Trennung bzw. Scheidung

⁷⁹⁶ SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; dass. v. 11. Februar 2003, ArC 2003, Nr. 326; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; SAP Zamora v. 14. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 328; SAP Córdoba v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 597; SAP Zaragoza v. 05. Oktober 1998, ACAud. 1998, 2126; SAP Alicante v. 04. Juni 1998, ArC 1998, Nr. 1186; SAP Girona v. 29. Januar 1998, ArC 1998, Nr. 34; SAP Vizcaya v. 07. November 1997, ArC 1997, Nr. 2239; SAP Asturias v. 25. Januar 1997, ACAud. 1997, 1918; SAP Madrid v. 14. Juni 1996, ACAud. 1996, 2603; SAP León v. 28. April 1995, ACAud. 1995, 2522; SAP Girona v. 16. Mai 1994, ACAud. 1994, 2070; SAP Vizcaya v. 23. Februar 1994, ACAud. 1994, 717; SAP Madrid v. 16. November 1992, in: Hijas, Derecho de familia, S. 221

wirtschaftlich benachteiligten Ehegatten. Vorbehaltlich der im Einzelfall zu berücksichtigenden Begleitumstände zeigt sich beispielsweise, dass

- ein Lebensalter von 30 Jahren nach einer Ehe von 5 Jahren zu einer Befristung von 3 Jahren⁷⁹⁷ bzw. einem Jahr führt⁷⁹⁸,
- ein Lebensalter von 33 Jahren nach 6 Jahren ehelichem Zusammenleben zu einer Befristung von 6 Jahren führt⁷⁹⁹,
- ein Lebensalter von 34 Jahren nach 15 Jahren ehelichem Zusammenleben zu einer Befristung von 5 Jahren führt, die Unterhaltsgläubigerin ohne spezielle berufliche Qualifikation und mit der Sorge über das fünfjährige Kind betraut⁸⁰⁰,
- ein Lebensalter von 36 Jahren nach einer Ehe von 8 Jahren zu einer Befristung von 5 Jahren führt, ohne dass Kinder existieren⁸⁰¹,
- ein Lebensalter von 37 Jahren nach einer Ehe von 6 Jahren zu einer Befristung von 5 Jahren führt⁸⁰²,
- ein Lebensalter von 38 Jahren nach einer Ehe von 9 Jahren zu einer Befristung von 5 Jahren führt, die Unterhaltsgläubigerin mit einer beruflichen Ausbildung zur Schneiderin und mit zwei Kindern im Alter von neun und drei Jahren⁸⁰³,
- ein Lebensalter von 40 Jahren nach 14 Jahren ehelichem Zusammenleben zu einer Befristung von 5 Jahren führt⁸⁰⁴,
- ein Lebensalter von 40 Jahren nach 20 Jahren ehelichem Zusammenleben zu einer Befristung von 3 Jahren führt, die Unterhaltsgläubigerin mit fachlicher Berufsqualifikation⁸⁰⁵,
- ein Lebensalter von 41 Jahren nach einer Ehe von 7 Jahren zu einer Befristung von 5 Jahren führt, die Unterhaltsgläubigern ebenso mit fachlicher Berufsqualifikation⁸⁰⁶,

⁷⁹⁷ SAP León v. 21. September 1998, ArC 1998, Nr. 1832

⁷⁹⁸ SAP Burgos v. 17. September 1999, ArC-Data 1999, Nr. 6221

⁷⁹⁹ AAP Palencia v. 23. März 1998, ArC-Data 1998, Nr. 3928; vgl. Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2325, Fn. 33

⁸⁰⁰ SAP Barcelona v. 09. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4031

⁸⁰¹ AAP Barcelona v. 27. März 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4630

⁸⁰² SAP Madrid v. 21. Juli 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7576

⁸⁰³ SAP Jaén v. 05. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 6646

⁸⁰⁴ SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481

⁸⁰⁵ SAP Valencia v. 21. April 1999, ArC 1999, Nr. 4933

⁸⁰⁶ SAP Zaragoza v. 05. Oktober 1998, ArC 1998, Nr. 1972

- ein Lebensalter von 43 Jahren nach 20 Jahren ehelichem Zusammenleben zu einer Befristung von 5 Jahren führt⁸⁰⁷.
- ein Lebensalter von 44 Jahren nach 20 Jahren ehelichem Zusammenleben zu einer Befristung von 8 Jahren führt⁸⁰⁸.

Diese grobe Darstellungen einzelner Entscheidungen können für sich betrachtet nur als Exempel aus der Rechtspraxis dienen, jedoch nicht zu einer allgemeinen Regel oder klar lesbaren Statistik reichen. In der Rechtspraxis haben sich jedoch letztlich Befristungen von zwei⁸⁰⁹ oder drei⁸¹⁰ und fünf⁸¹¹ Jahren mehrheitlich durchgesetzt. Jedenfalls ist an obigen Entscheidungen bereits erkennbar, dass es in einem Lebensalter des Unterhaltsgläubigers von 30 bis 45 Jahren und einer nicht zu geringen Ehedauer von mehr als fünf Jahren nicht ungewöhnlich erscheint, die *pensión compensatoria* auf 5 Jahre zu befristen.

Weniger häufig sind die Fälle, die die *pensión compensatoria* nur auf ein Jahr beschränken⁸¹². Hierbei handelt es sich zumeist um noch sehr junge Unterhaltsgläubiger oder um Ehen von nur sehr geringer Dauer⁸¹³. Ebenso wenig zeigen sich Befristungen von mehr als 10 Jahren⁸¹⁴. Bei hohen Befristungen, die zumeist in einem hohen Lebensalter auftreten werden, ist ferner zu beachten, dass dies nicht in eine Absurdität abgeleitet, die mit der Realität wenig gemein hat. Eine Befristung von 20 Jahren bei einem 70-jährigen Unterhaltsgläubiger ist jedenfalls hierunter zu fassen⁸¹⁵.

⁸⁰⁷ SAP Barcelona v. 21. September 1999, ArC 1999, Nr. 2061

⁸⁰⁸ SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863

⁸⁰⁹ Vgl. unter vielen: SAP Madrid v. 14. Mai 1999, ArC 1999, Nr. 1397; SAP Cuenca v. 10. November 1998, LL 1999, 5019; SAP Barcelona v. 14. Oktober 1998, RJC 1999/II, 262; SAP Palencia v. 09. Dezember 1997, ACAud. 1998, 594

⁸¹⁰ Vgl. unter vielen: SAP Córdoba v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 597; SAP Castellón v. 14. Juli 1998, ArC 1998, Nr. 1429; SAP Alicante v. 04. Juni 1998, ArC 1998, Nr. 1186; SAP Zamora v. 10. Juni 1996, ACAud. 1996, 1987

⁸¹¹ Vgl. unter vielen: SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1481; SAP Zaragoza v. 05. Oktober 1998, LL 1998, 10528; SAP León v. 24. September 1998, ArC 1998, Nr. 1768; SAP Madrid v. 14. Juni 1996, ACAud. 1996, 2603; SAP Pontevedra v. 14. Oktober 1994, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 30

⁸¹² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 151/152

⁸¹³ Vgl. SAP Las Palmas v. 25. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5485 (wo erstinstanzlich einem 23-jährigen Ehegatten nach einjähriger Ehe vier Monate *pensión compensatoria* zugesprochen wurde!); SAP Girona v. 29. Januar 1998, ArC 1998, Nr. 34

⁸¹⁴ Vgl. SAP Zaragoza v. 04. Dezember 2000, ArC 2001, Nr. 79; SAP Las Palmas v. 01. Juli 1993, in: García Mancebo/Llerandi González, La pensión compensatoria, S. 24

Von besonderer Bedeutung für die Befristung zeigt sich zudem in der Rechtspraxis die Beurteilung der Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt⁸¹⁶. Insbesondere aufgrund des emanzipatorischen Zwecks, der nachhehlichen Solidarität und damit einhergehenden Arbeitspflicht bedarf dieser Aspekt besonderer Beachtung⁸¹⁷.

Das richterliche Ermessen hat hierbei weitere Kriterien und Umstände im Zusammenhang zu berücksichtigen, denn hohes Lebensalter, Existenz minderjähriger Kinder oder keine bzw. geringe berufliche Qualifikation erschweren jeweils den Zugang zum Arbeitsmarkt⁸¹⁸. Sofern der Unterhaltsgläubiger sein berufliches Fortkommen in der Ehezeit zugunsten von Ehe, Familie und Haushalt zurückstellte, ist auch die Ehedauer wesentliches Kriterium für eine längere Frist, wenn nicht sogar Indiz für eine zeitliche Unbeschränktheit der *pensión compensatoria*⁸¹⁹. Beispielsweise wurde bei einer 45-jährigen Unterhaltsgläubigerin, die während der 10-jährigen Ehe nur anfangs zwei Jahre arbeitete, danach sich der Ehe und dem Haushalt widmete und nunmehr gesundheitliche Probleme aufwies, bei einer regionalen Arbeitslosenquote iHv 15 % kein sinnvoller Zugang zum Arbeitsmarkt mehr gesehen und ihr die *pensión compensatoria* unbeschränkt zugesprochen⁸²⁰.

Bei gleichwertiger beruflicher Qualifikation des Unterhaltsgläubigers mit dem Unterhaltsschuldner ist bei der Bemessung der Frist besonders danach zu fragen, ob auch eine gleichwertige Berufsausübung vorlag. Sollte zum Beispiel eine Architektin zwar ihren Beruf ausüben, dies jedoch im Vergleich zur gleichen Berufstätigkeit ihres Ehemannes aufgrund der von ihr übernommenen familiären Tätigkeiten nur im deutlich geringeren Maße, so kann eine Befristung der *pensión compensatoria* auf 3 Jahre als gerechtfertigt erscheinen⁸²¹.

⁸¹⁵ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 176

⁸¹⁶ Cabezeroles Arenas, ArC 2002, 2317; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 151; SAP Zaragoza v. 04. Dezember 2000, ArC 2001, Nr. 79; SAP Castellón v. 14. Juli 1998, ArC 1998, Nr. 1429

⁸¹⁷ Siehe hierzu insbesondere bereits oben: 2.Kap., A.IV.1.b.bb.(2), S. 229

⁸¹⁸ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 75 und 76

⁸¹⁹ SAP Asturias v. 26. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 45; SAP Guipúzcoa v. 18. November 1999, ArC 1999, Nr. 2106

⁸²⁰ SAP Asturias v. 26. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 45. - Siehe hierzu auch oben: 2.Kap., A.IV.2.b., S. 238 ff

⁸²¹ SAP Castellón v. 14. Juli 1998, ArC 1998, Nr. 1429

(2) Stellungnahme zur Bemessung der Frist

Aus der Vielzahl der zur zeitlichen Befristung der *pensión compensatoria* ergangenen Entscheidungen eine klare und einheitliche Regelung zur zeitlichen Bemessung zu finden, erweist sich aufgrund des jeweiligen Einzelfallbezugs äußerst schwierig, wenn nicht sogar unmöglich.

Die vor allem durch die jüngere Rechtsprechung hervorgebrachte und in der Rechtspraxis einhellig vertretene Ansicht der grundsätzlichen Befristung der *pensión compensatoria* legt die Besonderheit der Legitimation, Rechtsnatur und Zwecksetzung derselben zugrunde. Die diesbezügliche Schwerpunktsetzung auf die nahehelichen Solidarität, auf die erhöhte Eigenverantwortung der geschiedenen Ehegatten und auf den emanzipatorischen Zweck verwundert daher auch nicht darüber, dass in der Rechtsprechung und Rechtsliteratur als Bemessungskriterien vor allem der Ehedauer, dem Lebensalter des Unterhaltsgläubigers und dessen berufliche Zugangsmöglichkeiten maßgebliche Bedeutung beigemessen wird. Die Beachtung dieser wesentlichen Hauptkriterien ist logische Konsequenz besagten Rechtscharakters der *pensión compensatoria*.

Die Ehedauer veranschaulicht je nach konkretem Einzelfall die Intensität der Aufopferung des wirtschaftlich benachteiligten Ehegatten zugunsten von Ehe, Familie und Haushalt, beschreibt die Distanz zum arbeitsmarktlichen Alltag und ist positiver Beleg für den Willen zu einer besonderen zwischenmenschlichen Einheit. Je länger die Ehe, desto intensiver die Aufopferung, desto distanzierter ist der Arbeitsmarkt, desto gefestigter die zwischenmenschliche Einheit und desto härter das Scheitern der Ehe.

Das Lebensalter indiziert vor allem Aussagekraft zur Flexibilität in beruflicher, zur Anfälligkeit in gesundheitlicher und zur Anpassungsfähigkeit in sozialer Hinsicht. Je älter der Unterhaltsgläubiger, desto schwieriger werden die Möglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt, desto höher die gesundheitliche Bedürftigkeit und desto gravierender soziale Härten.

Die berufliche Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt ist in einer marktwirtschaftlich orientierten Leistungsgesellschaft das Einstiegstor zur Erreichung von wirtschaftlicher Autonomie. Dieser Zugang ist abgesehen von Ehedauer und Lebensalter von vielen weiteren Faktoren abhängig, die dem Unterhaltsgläubiger nicht angelastet werden können, wie beispielsweise Art der beruflichen Qualifikation, Existenz minderjähriger oder behinderter Kinder oder auch Höhe der Arbeitslosenquote. Je geringer die berufliche Qualifikation, desto geringer ist die Vermittelbarkeit und Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung. Je mehr minderjährige oder behinderte Kinder, desto mehr Zeit nimmt die Fürsorge und Obhut in Anspruch. Je höher die Arbeitslosenquote, desto mehr Konkurrenz um eine freie Arbeitsstelle.

Demzufolge ist auf dem Boden des besonderen Rechtscharakters der *pensión compensatoria* eine systematische Vorgehensweise bei der zeitlichen Befristung in dem Sinne denkbar, dass sich der Richter anhand dieser drei Hauptkriterien orientieren und je nach tatbestandlicher Gewichtung und zusätzlicher Einzelfallkriterien (wie beispielsweise auch dem Ergebnis der güterrechtlichen Liquidation⁸²²) entscheiden kann.

⁸²² SAP Teruel v. 12. Mai 1997, ACAud. 1997, 1998; SAP Madrid v. 14. Juni 1992, in: Hijas, Derecho de familia, S. 221

bb. Weitere Bemessungsarten

(1) Ereignis als auflösende Bedingung

Eine andere Bemessungsart für die Dauer des Anspruchs aus Art. 97 CC besteht in der Festlegung einer *auflösenden* Bedingung.

Demnach kann die *pensión compensatoria* bis zum Eintritt des Rentenalters der Unterhaltsgläubigerin⁸²³, bis zum Eintritt der Altersrente des Unterhaltsschuldners⁸²⁴, bis zur Volljährigkeit des zu versorgenden Kindes⁸²⁵, bis zur Auflösung des ehelichen Güterstandes⁸²⁶ oder bis zur fristgemäßen Zahlung noch offener Darlehen⁸²⁷ zugesprochen werden.

(2) Kombination von Befristung und aufschiebender Bedingung

Eine Kombination aus Befristung und aufschiebender Bedingung scheinen die Fälle zu sein, die eine Fortgeltung bzw. Verlängerung der zunächst zeitlich befristeten *pensión compensatoria* von einem weiteren zukünftigen Ereignis abhängig machen.

In diesem Sinne wurde einer Ehefrau die *pensión compensatoria* für drei Jahre zugesprochen, jedoch eine darüber hinausgehende Leistung von dem Nachweis der Meldung als Arbeitslose und dem Nachweis keiner Zurückweisung einer angebotenen Arbeit abhängig gemacht⁸²⁸. Ähnlich auch das Erfordernis für eine Antragsmöglichkeit auf Verlängerung einer auf drei Jahre befristeten *pensión compensatoria* den Nachweis zu erbringen, sämtliche Möglichkeiten zur Arbeitssuche ausgeschöpft zu haben⁸²⁹.

⁸²³ SAP Teruel v. 23. Juli 1996, ArC 1996, Nr. 1429

⁸²⁴ SAP Las Palmas v. 07. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5243

⁸²⁵ SAP Zaragoza v. 25. Mai 1998, ArC 1998, Nr. 867

⁸²⁶ SAP Navarra v. 06. November 1998, ArC 1998, Nr. 2536

⁸²⁷ SAP Guadalajara v. 28. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3252

⁸²⁸ SAP Albacete v. 10. Februar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 3462

⁸²⁹ SAP Huelva v. 09. Juni 1999, ArC 1999, Nr. 1364; vgl. ähnlich SAP Pontevedra v. 14. Oktober 1994, ArC

Wäre die *pensión compensatoria* nur durch das zukünftige Ereignis aufschiebend bedingt worden, so wäre dies schon rechtswidrig, weil damit faktisch eine weitere Voraussetzung über den gesetzlichen Wortlaut des Art. 97 CC hinaus geschaffen worden wäre⁸³⁰. Das Besondere ist vorliegend die Vorausstellung einer zeitlichen Befristung, wonach eine derartige Bemessung rechtswirksam erscheinen mag. Jedoch ist hieran stark zu zweifeln.

Die Festlegung der *pensión compensatoria* hat mit dem Scheidungsurteil zu erfolgen, Art. 91, 97 Abs. 2 CC. Zu diesem Zeitpunkt liegen die maßgeblichen Tatsachen zur Beurteilung bereits vor⁸³¹. Daher kann auch eine Prognose und Absehbarkeit in die Zukunft auf der Basis *bereits bestehender* Umstände getroffen werden, jedoch kann keine konstitutive Fortführung durch ein zum obigen Zeitpunkt noch nicht bestehendes Ereignis festgelegt werden. Auch ist schon fraglich, inwieweit hiermit in ausreichend bestimmter Weise der objektiven Rechtsnatur der *pensión compensatoria* Rechnung getragen wird, wenn der wirtschaftliche Ausgleich in Abhängigkeit von zukünftigem Verhalten steht. Aus Bestimmtheits- und Rechtssicherheitsgründen⁸³² muss der Richter die *pensión compensatoria* aus bestehenden Tatsachen so konkret wie möglich festlegen können. Das heißt, entweder die Umstände erlauben eine bestimmte Befristung oder sie erlauben sie eben nicht. Sollte das zukünftige Ereignis letztlich zu einer faktischen Befristung von mehreren, zusätzlichen Jahren führen, wäre zudem einer Aushöhlung des Art. 100 CC Tür und Tor geöffnet⁸³³, denn die ursprünglich festgelegte Befristung würde unter (etwaiger) Umgehung des Wesentlichkeitserfordernisses verlängert werden.

1994, Nr. 2431

⁸³⁰ In diesem Sinne auch: SAP Zaragoza v. 02. Mai 1996, ArC 1996, Nr. 894

⁸³¹ Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung des *desequilibrio económico*, siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.II.3.b., S. 278 ff

⁸³² Vgl. hierzu SAP Guipúzcoa v. 04. Oktober 1997, ArC 1997, Nr. 2015; SAP Baleares v. 11. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3286; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2327; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 104

⁸³³ Zu Art. 100 CC näher, siehe unten: 2.Kap.,C.III.2., S. 335

cc. Stellungnahme zur Bemessungsart der zeitlichen Beschränkung

Beide hier vertretene Bemessungsarten, ob mittels Befristung oder mittels auflösender Bedingung, tragen dem Grundsatz der zeitlichen Beschränkung der *pensión compensatoria* praktikabel Rechnung, wenn auch in der Rechtspraxis die Befristung eindeutig überwiegt.

Als Vorteil der Befristung ist zu erkennen, dass sie aufgrund einer Prognosebewertung im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung umfassend alle Umstände gesamt zu betrachten hat und nicht in die Gefahr kommt, nur einzelne Aspekte wie den Eintritt des Rentenalters oder die Volljährigkeit heraus zu greifen. Eine Bemessung mittels Befristung kann zudem über das obige Drei-Kriterien-Modell und einer entsprechenden Ergänzung mit weiteren Umständen des Einzelfalls praktikabel angewendet werden.

Den Bemessungsarten liegt jedenfalls ein Leitgedanke zugrunde: Ob und wann ist der Unterhaltsgläubiger wieder imstande, seine wirtschaftliche Autonomie zu erreichen und zu bewahren⁸³⁴.

⁸³⁴ Marín García, Temporalidad de los conyuges, S. 121; SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118; dass. v. 05. Oktober 1998, ArC 1998, Nr. 1972

B. Die Voraussetzungen der *pensión compensatoria* gemäß

Art. 97 CC

I. Grundlegende Voraussetzungen aus dem Scheidungsverfahren

*1. Beantragung der *pensión compensatoria**

Zunächst hat einer der „Noch-Ehegatten“ im entsprechenden Scheidungsverfahren einen Antrag auf die *pensión compensatoria* zu stellen. Die *pensión compensatoria* unterliegt der Dispositionsmaxime der Parteien und kann daher vom zuständigen Gericht nicht von Amts wegen festgesetzt werden.

Diesbezüglich ist auf obige Ausführungen zu verweisen⁸³⁵.

2. Das Scheidungsurteil⁸³⁶ als Grundvoraussetzung

Das Scheidungsurteil ist für die *pensión compensatoria* von konstitutiver Wirkung. Ohne diese gerichtliche Entscheidung kann es nicht zu einem Anspruch aus Art. 97 CC kommen (vgl. Art. 89, 90 Abs. 2 CC)⁸³⁷. Mit dem Urteil wird eine veränderte rechtliche Lage konstituiert, so dass sich etwaige Folgen hieraus erst ab Rechtskraft der den Streitgegenstand der *pensión compensatoria* betreffenden Entscheidung ergeben können⁸³⁸.

Hinsichtlich der materiellen Scheidungsgründe und dem Scheidungsverfahren ist auf obige Ausführungen zu verweisen⁸³⁹.

⁸³⁵ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.5.b.aa., S. 208 f

⁸³⁶ Bzw. Trennungsurteil, für eine *pensión compensatoria* im Trennungsverfahren.

⁸³⁷ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 403; ders., in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 620; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 110; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 160/161; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 528

⁸³⁸ Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 110; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 89, S. 380

⁸³⁹ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III., S. 31 ff und Übersicht, S. 90 f; 1.Kap.,C.III., S. 108 ff bzw. IV., S. 114 ff und V., S. 121 f

In dem Urteil ist sowohl die *pensión compensatoria* festzusetzen⁸⁴⁰, als auch deren Grundlagen für die Aktualisierung und deren Sicherheiten zur effektiven Leistung, vgl. Art. 97 Abs. 2 CC.

Für den Fall einer nur faktischen Trennung, in der die Ehegatten Unterhaltszahlungen vereinbart haben, handelt es sich bei diesen eigentlich nicht um eine *pensión compensatoria* im Sinne des Art. 97 CC, denn es mangelt gerade an einem zugrunde liegenden Trennungs- bzw. Scheidungsurteil.

Teilweise geht man bei derartig vereinbarten Zahlungen von vertraglichen Unterhaltszahlungen iSv Art. 142 ff CC aus (*alimentos convencionales*)⁸⁴¹. Doch scheint dies eine ungenaue und fehlbare Einordnung zu sein, denn bereits bei der faktischen Trennung kommt es zu einem wirtschaftlichen Ungleichgewicht⁸⁴², der die Ehegatten dann zu Unterhaltszahlungen veranlasst, die über die notwendigen Bedürfnisse im Sinne der *alimentos* hinausgehen und vielmehr einen ausgleichenden Rechtscharakter haben sollen. Dadurch, dass keine gerichtliche Entscheidung vorliegt, ändert sich keineswegs die Rechtsnatur eines bestimmten Unterhalts, so dass in diesen Fällen einer faktischen Trennung auf den konkreten Vertragsinhalt der Ehegatten zu achten und je nach Rechtsnatur und -zweck der Unterhaltsleistungen⁸⁴³ von vertraglichen *alimentos* oder einer vertraglichen *pensión compensatoria eigener Art* auszugehen ist.

⁸⁴⁰ Lacruz/Sancho, Derecho de familia, S. 177; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 572; López-Muñiz Criado, Procesos de separación y divorcio, S. 557

⁸⁴¹ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 97, S. 403; ders., in: Comentarios a las reformas, Art. 97, S. 620

⁸⁴² Vgl. hierzu unten: 2.Kap.,B.II.3.b.aa.(2), S. 280 ff

⁸⁴³ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3., S. 193 und 4., S. 208

II. Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts (*desequilibrio económico*)

*1. Wesenselement des *desequilibrio económico*: Doppelte Vergleichssituation*

Das *desequilibrio económico* ist die für die Bewilligung der *pensión compensatoria* maßgebende Voraussetzung. Sie nimmt für den Zugang zum Forderungsrecht des Art. 97, das heißt für die Frage des „Ob“ der *pensión compensatoria*, die inhaltliche Schlüsselstellung ein.

Obwohl der unbestimmte Rechtsbegriff des *desequilibrio económico* im Gesetz nicht explizit definiert wird, ist er gemäß dem Wortlaut des Art. 97 CC von zwei Wesenselementen geprägt, die es zu beachten gilt:

- a) Eine wirtschaftliche Schlechterstellung im Vergleich zum anderen Ehegatten *und*
- b) eine wirtschaftliche Verschlechterung im Vergleich zu der früheren Lage in der Ehe.

Diese zwei Wesenselemente müssen kumulativ vorliegen und sind für den Begriff des *desequilibrio económico* bestimmend⁸⁴⁴. Ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber einen Vergleich zu zwei Vermögensbereichen sucht. Das *desequilibrio económico* muss einerseits in personeller Hinsicht zum Vermögen des anderen Ehegatten, andererseits in zeitlicher Hinsicht zum eigenen zu einem früheren Zeitpunkt bestehenden Vermögen vorliegen. Das *desequilibrio económico* ist daher mittels eines doppelten Vergleichs zu bestimmen, wobei Vergleichsobjekt einmal die Vermögenssituation des anderen Ehegatten (horizontaler Vergleich) und das andere Mal die vormalige eheliche Vermögenssituation des anspruchstellenden Ehegatten (vertikaler Vergleich) ist.

⁸⁴⁴ Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2308; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 76; Campuzano Tomé, Pensión por *desequilibrio*, S. 75/76; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 172

Mit Einführung des Reformgesetzes 30/1981 vom 07. Juli 1981 unterlag das (neue) Scheidungsrecht freilich einer besonderen Betrachtung und Behandlung durch Literatur und Rechtsprechung. Neben der juristischen Behandlung des Rechtscharakters der *pensión compensatoria*⁸⁴⁵ fand in der Rechtsprechung der *Audiencias Provinciales* insbesondere auch der doppelte Vergleich im Zusammenhang mit dem *desequilibrio económico* einen besonderen Schwerpunkt⁸⁴⁶. Da der Wortlaut des Art. 97 CC aufgrund seiner Unbestimmtheit vielerlei Freiraum für Auslegungsmöglichkeiten bietet und da dem Richter im Scheidungsfolgenrecht ein breites Ermessen zukommt⁸⁴⁷, fanden sich zahlreiche gerichtliche Entscheidungen, die hinsichtlich der juristischen Interpretation und näheren Bestimmung des *desequilibrio económico* höchst unterschiedlich ausfielen.

Insbesondere besteht Unklarheit über die für den Vergleich heranzuziehenden Kriterien und über den richtigen Zeitpunkt des Vergleichs⁸⁴⁸.

2. Unterschiedliche Heranziehung von Vergleichskriterien

Für den doppelten Vergleich zwischen den Ehegatten fordert Art. 97 CC die wirtschaftliche Schlechterstellung des anspruchstellenden Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten und die Verschlechterung gegenüber der früheren ehelichen Situation. Hinsichtlich der genauen Bestimmung des Vergleichs der jeweiligen Vermögen und der daraus resultierenden Feststellung des *desequilibrio económico* herrscht jedoch große Uneinigkeit⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.2., S. 183 und 3., S. 193 und 4., S. 208

⁸⁴⁶ Vgl. SAP Las Palmas v. 18. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3121

⁸⁴⁷ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 269, Fn. 5;

Montés Penadés, in: Comentario del Código Civil, Art. 89, S. 379; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 581

⁸⁴⁸ Zum richtigen Zeitpunkt dieses Vergleichs, siehe insbesondere unten: 2.Kap.,B.II.3.b., S. 278 und 4.b.bb.(2), S. 291

⁸⁴⁹ Vgl. hierzu sehr anschaulich: SAP Las Palmas v. 18. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3121; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 572 ff

a. Objektive Betrachtungsweise

Die objektive Betrachtung des *desequilibrio económico* geht von einem reinen Vermögensvergleich aus⁸⁵⁰.

Der Vergleich ist derart zu verstehen, dass bei dem anspruchstellenden Ehegatten nach der Scheidung das Vermögen in Bezug auf die Situation des anderen Ehegatten geringer ist und sich in Bezug auf die Verhältnisse in der Ehe verringert hat. Es besteht ein quantitativer Unterschied, der sich in bloßen Zahlen ausdrücken lässt⁸⁵¹. Folglich hat nach dieser Ansicht derjenige Anspruch auf die *pensión compensatoria*, der nach dem bloßen Vermögensvergleich, das heißt insbesondere ohne weitere Berücksichtigung von Umständen wie die des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC, als der wirtschaftlich Benachteiligte gilt⁸⁵². Die Kriterien des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC dienen lediglich der Konkretisierung des Umfangs der *pensión compensatoria*, jedoch nicht der Bestimmung des *desequilibrio económico*⁸⁵³.

b. Subjektive Betrachtungsweise

Des Weiteren wird in Literatur und Rechtsprechung vermehrt eine subjektive Auslegung des *desequilibrio económico* verlangt⁸⁵⁴. Hiermit erhält die Auslegung des Begriffs einen weiteren Rahmen.

⁸⁵⁰ SAP Castellón v. 09. Februar 2001, ArC 2001, Nr. 498; SAP Las Palmas v. 18. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3121; SAP Orense v. 01. Juli 1998, ArC 1998, Nr. 1415; SAP Valencia v. 04. Februar 1995, RGD 1995, 3986; vgl. bei Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2310; Marín García, Acuerdos de los conyuges, S. 35, Fn. 52; ders., Temporalidad de la pensión, S. 55; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 31; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 573/574; Lacruz/Sancho, Derecho de familia, S. 262; Zanón Masdeu, El divorcio en España, S. 314; González Poveda, Efectos comunes, S. 94 ff.; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 237

⁸⁵¹ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 30, 31/32 und 77

⁸⁵² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 170; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 30, 31/32

⁸⁵³ SAP Castellón v. 09. Februar 2001, ArC 2001, Nr. 498; SAP Las Palmas v. 18. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3121; SAP Orense v. 01. Juli 1998, ArC 1998, Nr. 1415; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 170; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 30, 31/32; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, 2310

⁸⁵⁴ SAP Córdoba v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 597; SAP Oviedo v. 02. April 1998, LL 1998, 10665; SAP Alicante v. 08. Februar 1994, ACAud. 1994, 638; SAP Pontevedra v. 26. April 1993, ACAud. 1993, 1777; Cabezuelo Arenas, ArC 2002, S. 2309; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 79; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 57; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 575

Nicht nur, dass die quantitativen Vergleichskriterien der objektiven Betrachtungsweise herangezogen werden, sondern es werden gerade auch subjektive und persönliche Umstände wie die des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC berücksichtigt⁸⁵⁵. Diese Umstände dienen folglich nicht nur der näheren Bestimmung des Umfangs⁸⁵⁶ der *pensión compensatoria*, vielmehr sind sie auch für die Bestimmung der Existenz eines *desequilibrio económico* heranzuziehen⁸⁵⁷. Die Nichtberücksichtigung ehelicher Umstände iSv Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC würde eine Entwertung des Instituts Ehe darstellen⁸⁵⁸. Diese sind es aber, die als Maßstabsregel bei der Bestimmung des *desequilibrio económico* gelten. Zusätzliche Kriterien wie z. B. das Alter der Ehegatten, Ehedauer, berufliche Qualifikationen, Verlust von Zukunftsperspektiven, Gesundheitszustand, Grad der Zuwendung zur Familie oder ähnliche sind daher in die Bestimmung dieser Voraussetzung des Art. 97 CC mit einzubeziehen⁸⁵⁹. Die objektive Komponente des *desequilibrio económico* unterliegt somit einem subjektiven Korrektiv durch die ehelichen Umstände iSv Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC.

Hiernach ist für den Zugang („ob“) zu der *pensión compensatoria* ein reiner Vermögensvergleich im Sinne der objektiven Betrachtungsweise nicht ausreichend. Vielmehr ist *zudem* festzustellen, ob der antragstellende Ehegatte auch aus Sicht subjektiver und persönlicher Umstände wirtschaftlich benachteiligt ist. Nicht jeder objektiv feststellbare Vermögensunterschied bedeutet daher ein wirtschaftliches Ungleichgewicht in horizontaler bzw. vertikaler Hinsicht (= Verschlechterung)⁸⁶⁰. Demzufolge ist die subjektive Betrachtungsweise für den anspruchstellenden Ehegatten strenger⁸⁶¹.

⁸⁵⁵ Richtiger wäre es daher von einer subjektiv-objektiven Betrachtungsweise zu sprechen.

⁸⁵⁶ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,C.I., S. 300 ff

⁸⁵⁷ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 170; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 575; SAP Córdoba v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 597

⁸⁵⁸ Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 57 und 58; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 170; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 82

⁸⁵⁹ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 81; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 30 und 77; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 170; SAP Oviedo v. 02. April 1998, LL 1998, 10665; SAP Alicante v. 03. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5666

⁸⁶⁰ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 31

⁸⁶¹ Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 133

c. Würdigung der unterschiedlichen Betrachtungsweisen

Für die Würdigung der unterschiedlichen Ansichten ist es zweckmäßig den gemeinsamen Problemgegenstand nochmals hervorzuheben: Es geht schlichtweg um die Frage, wie der Begriff des *desequilibrio económico* und damit die beiden Vergleichselemente zu interpretieren sind bzw. welche Kriterien für die Entstehung („ob“) des Unterhaltsanspruchs aus Art. 97 CC notwendig sind. Betrachtet wird folglich *nicht* die Ausfüllung oder inhaltliche Gestaltung des Anspruchs aus Art. 97 CC („wie“).

aa. Widerlegung der subjektiven Betrachtungsweise

(1) Verkenning der Realitätsverhältnisse

Für die subjektive Betrachtungsweise wird angeführt, dass der bloße Vermögensvergleich ohne Berücksichtigung subjektiver Faktoren, die sich konkret in der Ehe gestalteten und entwickelten, in einer Vielzahl von Fällen an der eigentlichen Realität vorbeigehen würde⁸⁶².

So mache es beispielsweise einen tatsächlichen Unterschied, ob man nur kurz oder länger verheiratet war. Bei nur sehr kurzen Ehen könne es zu keinem *desequilibrio económico* kommen, denn hierfür bedürfe es einer gewissen Stabilität und Dauer des ehelichen Zusammenlebens. Daher könnten insbesondere sehr kurze Ehen bei der Bestimmung des *desequilibrio económico* nicht außer Betracht bleiben⁸⁶³. Die Existenz eines *desequilibrio económico* wurde demnach bei einer Ehedauer bzw. einem ehelichen Zusammenleben von wenigen Tagen⁸⁶⁴, mehreren Monaten⁸⁶⁵ oder auch wenigen Jahren⁸⁶⁶ verneint, insbesondere da es bei zu kurzer Zeit gar

⁸⁶² Vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 575; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 82

⁸⁶³ SAP Navarra v. 18. Januar 1995, ArC 1995, Nr. 70; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 81; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 82; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 171; SAP Huesca v. 07. Oktober 1993, ACAud. 1994, 60

⁸⁶⁴ 21 Tage; vgl. SAP Almería v. 09. Februar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 3361

⁸⁶⁵ SAP Lleida v. 11. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3470; SAP Navarra v. 18. Januar 1995, ArC 1995, Nr. 70; SAP Barcelona v. 30. Mai 1992, RJC 1993/I, 278; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 171

⁸⁶⁶ SAP Almería v. 05. Juli 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7300; dass. v. 23. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3563; SAP Navarra v. 12. Juni 1992, ArC 1992, Nr. 906

nicht zu einem wirtschaftlichen Ungleichgewicht kommen könne bzw. da es unverhältnismäßig wäre, eine *pensión compensatoria* zu zusprechen⁸⁶⁷.

Des Weiteren können bei einer Ehe von wenigen Jahren Umstände wie junges Alter des Anspruchstellers, Gesundheit und das Bestehen eines Arbeitsplatzes mit guten Zukunftsaussichten zur Verneinung des *desequilibrio económico* führen⁸⁶⁸. Noch weitergehend ist die Annahme, die bereits bei guten Berufsaussichten und keinen weiteren familiären Verpflichtungen das *desequilibrio económico* als nicht gegeben betrachtet⁸⁶⁹.

Der Berücksichtigung derartiger Kriterien ist grundsätzlich zuzustimmen. Bereits der Rechtscharakter der *pensión compensatoria*⁸⁷⁰ und der Wortlaut der Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC verlangen verpflichtend eine diesbezügliche Berücksichtigung. Falsch läge die objektive Betrachtungsweise, falls die erwähnten ehelichen Umstände gar keinen Einfluss im Zusammenhang mit der *pensión compensatoria* hätten.

Dem ist aber nicht so. Der reine Vermögensvergleich bezieht sich lediglich auf das *desequilibrio económico*, nicht jedoch auf die Bestimmung des Umfangs (*cuantía*) oder anderer Modalitäten⁸⁷¹. Subjektive eheliche und persönliche Umstände werden demnach auch nach der objektiven Betrachtungsweise berücksichtigt, jedoch nicht zur Bestimmung des *desequilibrio económico*. Die Tatsache allein, dass man dies nicht schon im Rahmen der Anspruchsentstehung für richtig betrachtet, stellt an sich keine Ignorierung von ehelichen Realitäten dar.

Des Weiteren ist zu bemerken, dass das jeweils zum objektiven Vergleich heranzuziehende Vermögen nicht absolut betrachtet werden kann, sondern meist ein Produkt dessen ist, was man im ehelichen Leben verloren, bewahrt und geschaffen hat. Die Ungleichheit der objektiven Vermögenszustände zwischen den Ehegatten nach der Scheidung basiert mitunter auf einer Reihe von Faktoren und Umständen, die der Ehe zugrunde gelegt wurden. Eine

⁸⁶⁷ SAP Huesca v. 07. Oktober 1993, ACAud. 1994, 60; SAP Navarra v. 18. Januar 1995, ArC 1995, Nr. 70; SAP Navarra v. 12. Juni 1992, ArC 1992, Nr. 906

⁸⁶⁸ SAP Navarra v. 12. Juni 1992, ArC 1992, Nr. 906

⁸⁶⁹ SAP Alicante v. 03. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5666

⁸⁷⁰ Siehe einschlägige Ausführungen oben: 2.Kap.,A.III.2., S. 183 und 3., S. 193 und 4., S. 208

⁸⁷¹ Z. B. zur zeitlichen Beschränkung, siehe oben: 2.Kap.,A.IV.2., S. 234

inhärente Einbeziehung ehelicher Umstände liegt somit bereits und zumindest teilweise vor.

(2) Arithmetischer Ausgleich

Weiter wird von der subjektiven Betrachtungsweise argumentiert, es sei schlicht widersinnig an Ausgleichszahlungen mit dem Ziel festzuhalten, den ehelichen Vermögensstatus zu bewahren, denn ein solches Niveau kann nach dem Bruch der Ehe in quantitativer Hinsicht in den meisten Fällen nicht gehalten werden⁸⁷². Der eheliche Lebensstandard wird sich bis auf sehr wohlhabende Ehepaare in den seltensten Fällen quantitativ bewahren lassen, so dass ein hieran orientierter Vermögensvergleich realitätsfremd wäre⁸⁷³.

Abgesehen davon, dass sich diese Argumentation gegen den Vermögensvergleich als solchen wendet und damit letztlich der Systematik des Art. 97 CC (doppelter Vergleich als wesentliches Element) im Grundsatz entgegentritt, wird hiermit der objektiven Betrachtungsweise zu Unrecht und ohne sachliche Grundlage unterstellt, sie zielle allein auf einen arithmetischen Ausgleich. Unabhängig davon, welche einzelne Vermögenswerte dem Vermögensvergleich zugrunde gelegt werden⁸⁷⁴, sucht die objektive Betrachtung mit dem arithmetischen Vergleich nicht auch den arithmetischen Ausgleich. Anderenfalls wäre die Nennung der in Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC erwähnten Umstände völlig sinnentleert. Die gesetzgeberische Intention des Art. 97 CC, möglichst den ehelichen Status zu bewahren, verfolgt die objektive Betrachtung methodisch umzusetzen, indem sie zunächst objektiv vergleicht, um danach auszugleichen. Bei differenzierender Betrachtung stellt sich daher die objektive Betrachtungsweise dahingehend dar, dass diese aufbauend auf dem arithmetischen Vergleich auf einer weiteren Stufe unter Berücksichtigung

⁸⁷² Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 96; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 83

⁸⁷³ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio S. 83; López Alarcón, El nuevo sistema, S. 361; vgl. auch Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 169, der auf den Vergleich von Möglichkeiten der Lebensstandards abzielt.

⁸⁷⁴ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.II.3.a., S. 267 ff; 2.Kap.,B.II.4.b.aa.(1), S. 286/287; 2.Kap.,B.II.4.b.bb.(1), S. 290/291

subjektiver Merkmale wie die des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 - 8 CC zu einem angemessenen Ausgleich (der *pensión compensatoria*) zu finden sucht. Diese Argumentation der subjektiven Betrachtungsweise erkennt daher den Unterschied zwischen einer Methodik zur Erreichung des angestrebten Zwecks und dem angestrebten Zweck als solchen.

Demnach ist es auch für die objektive Betrachtungsweise keineswegs unstimmig, dass es sich bei dem in Art. 97 CC angestrebten Ausgleich nicht um einen arithmetischen Ausgleich handeln kann⁸⁷⁵.

(3) Fehlender Bezug zum Selbstverständnis der Ehe

Maßgeblich wird von der subjektiven Betrachtungsweise erwähnt, dass der rein objektive Vermögensvergleich dem Selbstverständnis der Institution Ehe entgegenstünde und nicht gerecht werden würde⁸⁷⁶. Die Ehe schaffe gerade wegen ihrer komplexen Eigenart zwischen den Ehegatten gewisse Rechte, die auch nach Auflösung der Ehe noch fortbestehen können, so dass Umstände aus der intakten Ehe als unbestrittene Quellen für den künftigen Rechtserwerb heranzuziehen seien⁸⁷⁷. Hierbei führt die subjektive Betrachtungsweise das allgemein anerkannte Verständnis des Instituts Ehe für sich an⁸⁷⁸: Die Ehe als eigenständige und komplexe juristische Institution ist charakterisiert durch den Verbund persönlicher, sozialer und wirtschaftlicher Interessen, die sich während ihres Bestehens fortentwickeln, und sie projiziert ihre Folgen über den Zeitraum ihrer Gültigkeit hinaus. Im Falle ihrer Auflösung verlangt die Institution Ehe eine angemessene Regelung der früheren Zustände. Es ist daher offensichtlich, dass die auf die Auflösung der Ehe folgende Situation stark von dem abhängig ist, was sich während des gültigen Ehezustandes ereignete, und dass folglich dies alles

⁸⁷⁵ SAP Barcelona v. 13. September 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7368; SAP Madrid v. 03. Oktober 1995, ArC 1995, Nr. 2101

⁸⁷⁶ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 170; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 82

⁸⁷⁷ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 82; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 575

⁸⁷⁸ Zum Verständnis des Instituts Ehe, siehe oben: 2.Kap.,A.III.2.b., S. 187 und 188

sich entscheidend auf die Gestaltung der künftigen Situation auswirken muss⁸⁷⁹.

Inwiefern dies jedoch nur für die subjektive Betrachtungsweise und die Einbeziehung subjektiver ehelicher Umstände zur Bestimmung des *desequilibrio económico* sprechen soll, bleibt fraglich. Vielmehr wird hierin das eigentliche Dilemma der subjektiven Betrachtung ersichtlich, das auch obig erwähnten Argumentationen bedauerlicherweise zugrunde liegt.

Die irrtümliche Behauptung, die objektive Betrachtungsweise werde der komplexen Eigenart der Ehe nicht gerecht und daher seien die Umstände aus der Ehe als Quelle für den Rechtserwerb heranzuziehen, entspringen einzig und allein einer ungenügenden Unterscheidung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ einer *pensión compensatoria*. Wie oben erläutert, gewährt die objektive Betrachtung durchaus die Berücksichtigung der komplexen Eigenart der Ehe im „Wie“ der *pensión compensatoria*. Einseitig, irreführend und fehlerhaft ist es daher, bei der objektiven Betrachtungsweise nur allein die Behandlung des *desequilibrio económico* für die Reflektierung der komplexen Eigenart der Ehe heranzuziehen.

Es entbehrt des Weiteren sachlich fundierter Grundlage zu meinen, die Reflektierung der Eigenart der Ehe könne nur durch Einbeziehung der ehelichen Umstände in den Rechtszugang („ob“) erfolgen. Die Frage, an welcher Stelle diese Umstände zu berücksichtigen sind, ob bereits beim *desequilibrio económico* oder erst beim Unterhaltsumfang (*cuantía*) der *pensión compensatoria*, ist insoweit von sekundärer Betrachtung, als dass für die Rechtsnatur und Zwecksetzung des Art. 97 CC nur notwendig ist, dass sie überhaupt berücksichtigt werden.

Aus der von der subjektiven Betrachtungsweise zitierten Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Komplexität und Eigenart der Ehe innerhalb des Art. 97 CC ist ferner eine Festlegung auf eine Berücksichtigung innerhalb des *desequilibrio económico* oder innerhalb der *cuantía* oftmals nicht zu entnehmen⁸⁸⁰. Wichtig war es dieser Ansicht vielmehr, das Prinzip der

⁸⁷⁹ Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 79; SAP Alicante v. 08. Februar 1994, ACAud. 1994, 638; SAP Pontevedra v. 26. April 1993, ACAud. 1993, 1777; SAP Navarra v. 12. Juni 1992, ArC 1992, Nr. 906

⁸⁸⁰ Vgl. Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 79

nachehelichen Solidarität in den Vordergrund zu stellen⁸⁸¹. Naheliegend ist daher die Annahme, dass diese allgemeine Wertung hinsichtlich einer nachehelichen Solidarität von den Vertretern der subjektiven Betrachtungsweise fälschlicherweise in eine notwendige Einflussnahme auf das *desequilibrio económico* interpretiert wird.

(4) Zwischenergebnis

Die subjektive Betrachtungsweise vermag zwar argumentativ ihre Intention zu veranschaulichen, im Sinne einer realitätsnahen Einzelfallgerechtigkeit die besonderen Umstände des ehelichen Lebens zu berücksichtigen und somit dem Prinzip der nachehelichen Solidarität Rechnung zu tragen, dennoch vermag sie es nicht, die objektive Betrachtungsweise zu entkräften, denn derartige Umstände werden bei dieser ebenso, jedoch im Rahmen der Anspruchsgestaltung („wie“) berücksichtigt.

bb. Positive Würdigung zugunsten der objektiven Betrachtungsweise

(1) Eindeutigkeit der objektiven Betrachtungsweise

In der Praxis nicht zu unterschätzen ist die klare, übersichtliche und abgrenzbare Regelung durch die objektive Betrachtungsweise. Dies führt zu erhöhter Rechtssicherheit und dient der Verfahrens- und Prozessökonomie. Die Entstehung des Anspruchs („ob“) auf die *pensión compensatoria* wird durch reine Vermögensgegenüberstellungen in Bezug auf den anderen Ehegatten und in Bezug auf die vorherige Situation vorgenommen. Die Schwierigkeiten einer „gerechten“ Beurteilung und die Gefahren der Willkür oder Befangenheit bei der Ermessensprüfung subjektiver, insbesondere ehelicher Umstände⁸⁸² ergeben sich im Zusammenhang mit der Rechtsentstehung daher nicht. Erst bei der Bestimmung des quantitativen

⁸⁸¹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.2.b., S. 255

⁸⁸² Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 172

Umfangs⁸⁸³, der zeitlichen Beschränkung⁸⁸⁴ oder eines Rechtsausschlusses⁸⁸⁵ ist auf die Fehlerfreiheit derartiger Ermessungserwägungen zu achten.

Vordergründig mag man meinen, dass dem Richter bei beiden Betrachtungsweisen keine Arbeit erspart bleibe, denn bei der subjektiven Betrachtungsweise wird die Überprüfung der einschlägigen Umstände zeitlich lediglich nach vorne verlagert. So könnte die subjektive Betrachtung als prozessökonomisch nicht nachteilhaft angesehen werden⁸⁸⁶, zumal die Ergebnisse des Richters danach ebenso für die Bestimmung des Umfangs gebraucht werden könnten.

Einer derartigen Argumentation kann aber nur schwerlich gefolgt werden. Zunächst ist zu beachten, dass die Bestimmung des *desequilibrio económico* und die Festsetzung des konkreten Umfangs in Höhe und Zeit zwei voneinander getrennte Prüfungsgegenstände mit unterschiedlicher Finalität sind. Die Bewertung der Ermittlungsergebnisse über die subjektiven und ehelichen Umstände kann daher durchaus unterschiedlich gewichtet sein, so dass gewisse Synergieeffekte mit Vorsicht zu betrachten sind. Des Weiteren ist evident, dass mit der objektiven Betrachtungsweise die Frage des Zugangs zur *pensión compensatoria* und damit die Frage, ob im Verfahren der Anspruch noch weiter zu verfolgen ist, schneller geklärt werden kann, denn die Beweisaufnahme bezüglich ehelicher Umstände nimmt weitere Verfahrenszeit in Anspruch.

(2) Wegfall einer zusätzlichen Beschwer für den Anspruchsteller

Ein gewichtiges Argument für die objektive Betrachtungsweise ergibt sich aus der Schutzrichtung des Art. 97 CC für den benachteiligten Ehegatten und der Beweislast der Ehegatten innerhalb des Art. 97 CC. Letztere ist nunmehr in Art. 217 LEC geregelt (früher: Art. 1214 CC) und besagt, dass grundsätzlich der Anspruchsteller die begründenden Tatsachen zu beweisen

⁸⁸³ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,C.I., S. 300 ff

⁸⁸⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.2., S. 234 ff bzw. C.II., S. 329

⁸⁸⁵ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.1., S. 221 ff

⁸⁸⁶ Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 86

hat, während dem Anspruchsgegner die Beweislast über die Rechtshindernisse, -befreiungen und -ausschlüsse obliegt⁸⁸⁷.

Bei Zugrundelegung der objektiven Betrachtungsweise entfele eine zusätzliche Beweislast, deren Gegenstand sich zudem hauptsächlich nur auf die Aussagen der Parteien stützen könnte. Denn problematisch ist insbesondere, dass die subjektiven ehelichen Umstände durch deren Eigenart mehr als die Wahrnehmbarkeit von Bilanzurkunden, Gehaltsabrechnungen, o. ä., subjektiven Anschauungen der Ehegatten unterliegen, bei weitem umstrittener sind und durch den Richter mangels äußerer Manifestation oft schwerer auf den tatsächlichen Wahrheitsgehalt überprüft werden können.

Hinzu kommt vor allem, dass ersichtliche Folge der subjektiven Betrachtungsweise an sich die Versagung des Unterhaltsanspruchs für den objektiv wirtschaftlich benachteiligten Ehegatten ist und eben gerade nicht die Eröffnung des Unterhaltsanspruches für den objektiv wirtschaftlich gleichwertigen Ehegatten. Daher ist diese Ansicht gerade auch strenger, denn die Einbeziehung subjektiver und ehelicher Umstände führt gegebenenfalls zur Versagung der *pensión compensatoria*⁸⁸⁸. Diese mögliche Folge zuungunsten des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten führt denknotwendig in streitigen Verfahren dazu, dass der wirtschaftlich besser gestellte und anwaltlich beratene Ehegatte als Anspruchsgegner subjektive und eheliche Umstände gegen den Anspruchsteller ins Feld führen wird, die von diesem wiederum widerlegt werden müssten. Denn, wie oben erläutert, die Existenz des *desequilibrio económico* ist vom Anspruchsteller zu belegen⁸⁸⁹. *Faktisch* wird somit dem Art. 97 CC eine weitere Zugangsvoraussetzung hinzugefügt, nämlich das Nichtvorliegen subjektiver und ehelicher Umstände, die den Anspruchsteller belasten könnten.

⁸⁸⁷ Damián Moreno, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 217, S. 1423; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 79; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 532

⁸⁸⁸ Vgl. SAP Córdoba v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 597; SAP Oviedo v. 02. April 1998, LL 1998, 10665; SAP Alicante v. 08. Februar 1994, ACAud. 1994, 638; SAP Pontevedra v. 26. April 1993, ACAud. 1993, 1777. - Siehe oben: Fn. 861

⁸⁸⁹ SAP Barcelona v. 01. März 2000, ArC 2000, Nr. 1030; SAP Pontevedra v. 20. November 1995, ArC 1995, Nr. 2218; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 77/78

Offensichtlich wird hiermit die Erschwernis für den im Lichte des Art. 97 CC schutzbedürftigen Ehegatten, überhaupt zu seinem Recht zu gelangen. Die objektive Betrachtungsweise wird daher dem Schutzobjekt des Art. 97 CC insofern gerechter, als dass der Zugang zur *pensión compensatoria* nicht etwa rechtlich gehindert wird und nur hinsichtlich der Konkretisierungen des Umfangs weitere Darlegungen gegen rechtseinschränkende Darlegungen erforderlich werden.

(3) Ziel des Reformgesetzgebers: Weitgehende Vermeidung subjektiver Komponenten

Bereits aus letzterem Argument ist erkennbar, dass die objektive Betrachtungsweise dem gesetzgeberischen Willen bezüglich des Art. 97 CC gerechter wird.

Wie erörtert hat der Reformgesetzgeber von 1981 das Zerrüttungsprinzip als tragendes Prinzip im Scheidungsrecht eingeführt. Es galt vor allem, das Verschuldensprinzip und die Maßgeblichkeit von subjektiven Kriterien zurückzudrängen, denn eine vorwurfsvolle und emotionale Auseinandersetzung mit dem persönlichen Verhalten eines Ehegatten und den subjektiven ehelichen Verhältnissen sollte möglichst vermieden werden (Verhinderung eines „Schlachtfeldes“ in den Verhandlungen vor Gericht)⁸⁹⁰. Dies wird vor allem auch mit dem Wortlaut des Art. 97 CC deutlich gemacht, der für den Rechtszugang ohne Erwähnung jeglicher subjektiver Merkmale und Verhaltensweisen nur auf das *desequilibrio económico* abstellt, wobei auch die ehelichen Umstände des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 8 CC nicht subjektive Verhaltensverstöße, sondern subjektiv-eheliche Umstände benennen und lediglich bei der konkreten Festsetzung der *pensión compensatoria* und nicht schon bei der Festsetzung des *desequilibrio económico* in Betracht zu ziehen sind⁸⁹¹.

⁸⁹⁰ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.b.bb.(2)(a)(bb), S. 71/72

⁸⁹¹ Vgl. genauen Wortlaut des Art. 97 CC; zur dogmatischen Frage in diesem Zusammenhang bei Art. 97 CC, siehe unmittelbar unten: 2.Kap.,B.II.2.c.cc., S. 266 und insbesondere Fn. 896 - 898

Richtig ist es daher, Scheidung und Scheidungsfolgen an objektiven Maßstäben auszurichten, wie dies mit den Schlüsselbegriffen des *cese efectivo* und des *desequilibrio económico* versucht wurde. Es gilt zu vermeiden, dass dem Verschuldensprinzip versteckte Hintertüren geöffnet werden.

Dies bedeutet nicht, dass subjektiven Kriterien und Verschuldenselementen nicht Rechnung getragen werden soll, denn unzweifelhaft entnimmt die *pensión compensatoria* ihren Charakter und ihre Legitimierung aus der in der Ehe gelebten Situation⁸⁹² und das Prinzip der nachehelichen Solidarität bedingt daher auch die Berücksichtigung derartiger Kriterien. Jedoch bedeutet es allemal, dass eine klare Schwerpunktsetzung auf objektive Kriterien zu setzen ist.

Insoweit ist es im Sinne des Gesetzgebers und konsequent, wenn im Rahmen des Scheidungsrechts dem objektiv bestimmbaren *cese efectivo* die Schlüsselstellung beigemessen wird, wobei es aber weiterhin kleinere Einfallstore für subjektive Kriterien gibt⁸⁹³. Ebenso konsequent ist es dann auch, im Rahmen des Scheidungsunterhalts einem objektiv bestimmbaren *desequilibrio económico* die Schlüsselstellung einzuräumen, wobei etwaige subjektive oder eheliche Kriterien im Rahmen des Umfangs oder der näheren Ausgestaltung zu berücksichtigen sind.

cc. Ergebnis

Zusammenfassend wird deutlich, dass es bei dem Meinungsstreit der Betrachtungsweisen vor allem darum geht, inwieweit die Schwerpunktsetzung zugunsten objektiver bzw. zugunsten subjektiver Maßstäbe erfolgt.

Dabei stellt sich bei Art. 97 CC die praktische Frage, ob man dem Richter bereits bei der Anspruchsentstehung über die objektiven Kriterien hinaus Ermessensgewalt über subjektive und eheliche Kriterien geben soll oder erst beim Anspruchsumfang. Anders formuliert: Ist nicht die Frage nach dem

⁸⁹² Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 85; siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.2., S. 183 und 3., S. 193

⁸⁹³ Siehe hierzu oben: 1.Kap., B.III.2.b.bb.(2)(a)(aa), S. 71; B.III.2.a.bb.(2)(b), S. 50 und (3), S. 58 ff

„Ob“ von entscheidenderer Bedeutung als die Frage nach dem „Wie“, so dass sich die richterliche Bewertung subjektiver Zugangskriterien verbietet?

Mit obig erwähnten Ausführungen zugunsten der objektiven Betrachtungsweise ist diese Frage zu bejahen.

Rechtssicherheit und Verfahrensökonomie, Schutzbedürftigkeit des wirtschaftlich Schwächeren, Rechtsnatur und -zweck des Art. 97 CC werden bei der objektiven Betrachtungsweise angemessener in Einklang gebracht. Eine dem Prinzip der nahehelichen Solidarität Rechnung tragende Harmonisierung mit ehelichen und subjektiven Umständen oder Verhaltensweisen erfolgt im Rahmen des Umfangs, der zeitlichen Beschränkung oder von Ausschlussstatbeständen. Zudem sind von der subjektiven Betrachtungsweise keine gerechteren und realitätsnäheren Ergebnisse zu erwarten.

Unbefriedigend und schon überflüssig sind daher auch jene Lösungsansätze, die über die äußerst dehnbare Grundregel der Gesetzesauslegung (Art. 3 CC) eine Auslegung des Art. 97 CC befürworten⁸⁹⁴, was letztlich jedoch nur die Bestätigung und Förderung einer höchst unterschiedlichen und individuellen Rechtsprechung nach Gutdünken des einzelnen Richters bedeuten würde.

In diesem Zusammenhang klärt sich vor allem auch die Frage, ob der Tatbestand des Art. 97 Abs. 1 CC einheitlich oder zweigeteilt zu betrachten ist⁸⁹⁵. Mit der objektiven Betrachtungsweise ist von der Zweiteilung des Art. 97 CC auszugehen, denn das *desequilibrio económico* ist eine von den in Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – 8 CC aufgeführten Kriterien unabhängige Voraussetzung. Der erste Teil des Tatbestandes behandelt die Entstehung des Anspruchs auf *pensión compensatoria*, der zweite Teil ausschließlich die Umstände und Kriterien zur Bestimmung deren *cuantía*^{896 897 898}.

⁸⁹⁴ Vgl. SAP Las Palmas v. 18. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3121

⁸⁹⁵ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 32

⁸⁹⁶ Lacruz/Sancho, Derecho de familia, S. 262; Zanón Masdeu, El divorcio en España, S. 314; González Poveda, Efectos comunes, S. 94 ff; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 237; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 31/32, 77

⁸⁹⁷ Im Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC ist daher zwischen *que se fijará en la resolución judicial* und *teniendo en cuenta* ein gedanklicher Strich zu ziehen.

3. Wirtschaftliche Benachteiligung gegenüber dem Ehegatten

Der erste Vergleich erfolgt interpersonell zwischen den Ehegatten⁸⁹⁹. Die benötigte wirtschaftliche Schlechterstellung im Vergleich zum anderen Ehegatten wird, gemäß der hier vertretenen objektiven Betrachtungsweise, durch eine Differenz der jeweiligen Vermögen ermittelt.

Nur wenn dieses interpersonelle Vermögen voneinander abweicht, ist der Anspruch aus Art. 97 CC gerechtfertigt, denn es macht bereits keinen Sinn einem Ehegatten die *pensión compensatoria* zukommen zu lassen, wenn der andere Ehegatte sich ebenso in einer ähnlich schlechten bzw. schlechteren wirtschaftlichen Position befindet. Für einen Ausgleich zwischen den Ehegatten iSv Art. 97 CC bedarf es denknotwendig eines Gefälles bzw. eines Ungleichgewichts der Vermögen, wobei das des anspruchstellenden Ehegatten die schwerere wirtschaftliche Belastung innehaben muss⁹⁰⁰.

Für diese Ermittlung sind zwei Begriffe von tragender Bedeutung. Der des Vermögens und der des Vergleichszeitpunktes.

a. Der Vermögensbegriff

Es stellt sich hierbei die Frage, ob in den Vergleich jeweils das gesamte Vermögen der Ehegatten oder einschränkend nur bestimmte Vermögensgegenstände einzubeziehen sind.

Durchaus pragmatisch mag es erscheinen, sämtliche Vermögensgegenstände bzw. all jene Vermögensgegenstände, die die Parteien darlegen, gegenüberzustellen. Inbegriffen sind hier insbesondere der Grundbesitz und aber auch ertragslose Güter⁹⁰¹. Insbesondere jene Gerichtsentscheidungen,

⁸⁹⁸ Vertreter der subjektiven Auslegung können einer derartigen strikten Zweiteilung des Art. 97 Abs. 1 CC nicht folgen. Konsequenterweise wird Art. 97 Abs. 1 CC aufgrund der Relevanz der Kriterien des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – 8 CC für das *desequilibrio económico* als einheitlicher Tatbestand betrachtet.

⁸⁹⁹ *Horizontaler Vergleich*, siehe oben: 2.Kap.,B.II.1., S. 252

⁹⁰⁰ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1163; Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 94

⁹⁰¹ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1163; vgl. Pérez

die aufgrund der sonstigen Vermögensgegenstände des anspruchstellenden Ehegatten letztlich ein *desequilibrio económico* nicht anerkennen, gehen von diesem umfassenden Vermögensbegriff aus⁹⁰².

Diesbezügliche Kritik konkretisierender und einschränkender Art betrachtet einerseits die Berücksichtigung von Tilgungsleistungen bezüglich des familiären und persönlichen Vermögens. In Betracht kommen hierbei insbesondere Verbindlichkeiten wegen Mobiliar, elektrischen Haushaltsgeräten, Kraftfahrzeugen, etc. und laufenden Kosten für die familiäre Wohnung⁹⁰³.

Andererseits ist auch fraglich, ob private Ersparnisse in die Vermögensaufstellung mit aufzunehmen sind oder ob, im Gegenteil, in jedem Falle individuelle Betragsdeckungsgrenzen zu beachten sind, die sich an den eheblichen Ausgaben zu orientieren und darüber hinaus keinerlei weiteres Vermögen zu berücksichtigen haben⁹⁰⁴.

Jedenfalls zu berücksichtigen sind die Tilgungsleistungen des familiären und persönlichen Vermögens, denn das einem Ehegatten zur Verfügung stehende Vermögen besteht aus der individuellen Gegenüberstellung bzw. Differenz seiner Aktiva und Passiva⁹⁰⁵. Eine Nichtberücksichtigung kann daher nicht in Betracht kommen. Des Weiteren ist jedoch eine klare und einheitliche Betrachtung über den Vermögensbegriff nur sehr schwer möglich⁹⁰⁶.

Martín, Separación y divorcio, S. 577

⁹⁰² Vgl. SAP Barcelona v. 20. September 1999, ArC 1999, Nr. 2060; SAP Ávila v. 17. Mai 1995, ArC 1995, Nr. 1568

⁹⁰³ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 173

⁹⁰⁴ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 173/174

⁹⁰⁵ Zur Berücksichtigung des Vermögens innerhalb des Art. 97 Nr. 8 CC, siehe unten: 2.Kap., C.I.2.h., S. 320 ff

⁹⁰⁶ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 174

*aa. Mögliche Prägung durch den ehelichen Lebensstandard beim
horizontalen Vergleich*

Abhilfe schaffen könnte hierbei der leitende Gedanke, dass die *pensión compensatoria* darauf abzielt, den ehelichen Lebensstandard zu erhalten⁹⁰⁷.

Von maßgeblicher Bedeutung ist daher die durch die Ehe geprägte Zeit.

Es ist daher durchaus sinnvoll, nur solche Vermögensgegenstände der Ehegatten in den Vergleich aufzunehmen, die diesen tatsächlich wirtschaftlich zur Verfügung stehen, deren Kaufkraft tatsächlich hervorheben, und die stets zum ehelichen Lebensstandard beigetragen haben⁹⁰⁸. Diese Konkretisierung auf solche Vermögensgegenstände ist angebracht, denn die Vermögenssituation des anderen Ehegatten kann nicht absolut und unabhängig von der Ehe und der Ehekrise gesehen werden, sondern ist gerade durch diese zu bewerten. Die ehelichen Lebensumstände sind in diesem Zusammenhang sehr wohl zu berücksichtigen⁹⁰⁹.

Hierin liegt kein Widerspruch zur oben erläuterten und für richtig befundenen objektiven Betrachtungsweise: Der Vermögensvergleich zur Ermittlung des *desequilibrio económico* erfolgt nach wie vor objektiv, jedoch werden nur solche Vermögensgegenstände in den objektiven Vergleich einbezogen, die für den ehelichen Lebensstandard prägend waren. Subjektive oder eheliche Kriterien werden damit nicht zur Ermittlung hinzugezogen, vielmehr erfahren die objektiven Vermögenskriterien eine zeitlich orientierte Rahmenbeschränkung⁹¹⁰. Dieser Eheprägende Vermögensbegriff stellt somit die rahmenbedingte objektive Auslegung des *desequilibrio económico* dar. Daher kann die Bewertung der wirtschaftlich benachteiligten Stellung nur in dem Maß, in dem sich die Vermögensverhältnisse der Ehegatten auf den ehelichen Lebensstandard in der Ehekrise auswirken *konnten*, herangezogen werden.

⁹⁰⁷ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.4.a., S. 208; Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 80, Fn. 102; SAP Barcelona v. 19. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 2983; SAP Madrid v. 03. Oktober 1995, ArC 1995, Nr. 2101

⁹⁰⁸ Pérez Martín, *Separación y divorcio*, S. 577 und 579; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, *Matrimonio y divorcio*, Art. 97, S. 1163 (ähnlich den prägenden Eheehinkünften im deutschen Recht).

⁹⁰⁹ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, *Matrimonio y divorcio*, Art. 97, S. 1163/1164

⁹¹⁰ Die subjektive Betrachtungsweise käme hier zu keinem anderen Ergebnis, denn ihre subjektive Betrachtung erfolgt additiv. Zunächst wird auch bei dieser objektiv gegenübergestellt (vgl. oben 2.Kap.,B.II.2.b., S. 255), so dass die Eheprägung der Vermögensgegenstände im objektiven Teil ebenso zugrunde läge.

Für diese Auslegung des Vermögensbegriffes beim Vermögensvergleich zwischen den Ehegatten spricht letztlich auch der Gedanke, dass es dem Gesetzgeber mit Einführung der *pensión compensatoria* nicht darum ging, die unterschiedlichen Vermögen wirtschaftlich gleich zu machen⁹¹¹. Verfolgt wird vielmehr die Möglichkeit, den weiteren Lebensweg möglichst eigenständig im Sinne des ehelichen Lebensstandards wirtschaftlich beschreiten zu können⁹¹². Wenn folglich nicht die arithmetische Angleichung, sondern die Möglichkeit der Beibehaltung des ehelichen Standards im Vordergrund steht, wird verständlich, dass zur Konkretisierung des *desequilibrio económico* vor allem zwischen der vorehelichen (oft schon sehr unterschiedlichen) Vermögenssituation, der ehelichen Situation unter Berücksichtigung des jeweiligen Güterstandes und der hierin produzierten Vermögensgewinne, und der vermutlichen Vermögenssituation nach Trennung bzw. Scheidung der Ehe abzugrenzen ist⁹¹³.

Zur Bestimmung des *desequilibrio económico* iSv Art. 97 CC ist daher nicht unbedingt das ganze Vermögen des wirtschaftlich besser stehenden Ehegatten zu beachten, sondern nur jenes, das Einfluss auf die Ehe nahm und folglich in der Ehekrise bzw. nach Beendigung des ehelichen Zusammenlebens sich dem anderen Ehegatten nachteilig entzog⁹¹⁴. Die etwaige Einbeziehung von eigenen Ersparnissen oder in der Ehe üblichen Ausgaben lässt sich somit praktikabel umsetzen.

Letztlich kann aber ein abschließendes und klares Meinungsbild nicht wiedergegeben werden⁹¹⁵.

Die nur dürftige Behandlung dieser Problematik in Literatur und Rechtsprechung ist insoweit verständlich, als es unabhängig von der jeweilig gefundenen Betrachtung der Reichweite des Vermögensbegriffes zumeist zu dem Ergebnis einer Vermögensdifferenz zwischen den Ehegatten kommt, was eben allein zur Ermittlung des *desequilibrio económico*

⁹¹¹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3.b., S. 194

⁹¹² SAP Madrid v. 03. Oktober 1995, ArC 1995, Nr. 2101; siehe hierzu: Fn. 907

⁹¹³ In diesem Sinne auch: Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 86

⁹¹⁴ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1164

⁹¹⁵ So auch: Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 174

ausreicht. Zudem reduziert sich in der Praxis in den meisten Fällen das *desequilibrio económico* auf den Vergleich etwaiger beruflicher Einkünfte, denn der Erhalt bzw. Nichterhalt dieses auf Dauer angelegten Entgeltes stellt meistens die eigentliche wirtschaftliche Größe bzw. Schwäche nach dem Scheitern der Ehe dar⁹¹⁶, zumal weiter zu beachten ist, dass die vorherige Liquidierung des ehelichen Güterstandes zu weiteren sonstigen Vermögensangleichungen führen kann. Diese beruflichen Einkunftsverhältnisse sind zumeist schon in der Ehe prägend, so dass sich oft, gleichgültig wie weit man den Vermögensbegriff fassen mag, die gleichen Resultate ergeben.

Dennoch ist aus obig erwähnten Gründen der eheprägende Vermögensbegriff zu befürworten.

bb. Die Liquidierung des ehelichen Güterstandes

In der Ehe wird einem wirtschaftlichen Gefälle zwischen den Ehegatten durch den ehelichen Güterstand abgeholfen: Im Normalfall einer Errungenschaftsgemeinschaft werden wesentliche Vermögenswerte wie Arbeitsentgelte oder Miet- und Zinseinnahmen (vgl. Art. 1347 CC) der Ehegatten gemeinschaftliches Vermögen, das den ehelichen Pflichten und insbesondere den jeweiligen Bedürfnissen der Ehegatten zukommt. Bei der Zugewinnngemeinschaft wird die finanzielle Verantwortung eines jeden Ehegatten dadurch gewährleistet, dass er an den Einkünften des anderen Ehegatten Anteil hat (vgl. Art. 1411 CC). Bei der Gütertrennung werden die Ehegatten gem. Art. 1438 CC verpflichtet (gemäß ihrer Vermögensverhältnisse), sich an den ehelichen Pflichten zu beteiligen⁹¹⁷.

Mit dem (Trennungs- bzw.) Scheidungsurteil und der Beendigung des ehelichen Güterstandes ist nunmehr der einzelne Ehegatte auf sich selbst gestellt (Prinzip der Eigenverantwortung) und kann zur Befriedigung seiner Bedürfnisse nur mit seinem eigenen Vermögen, dem ihm nach Liquidierung

⁹¹⁶ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 90. - Siehe hierzu unmittelbar unten: 2.Kap.,B.II.3.a.cc., S. 273

⁹¹⁷ Siehe auch oben: 2.Kap.,A.II.4.b.bb.(2) und (3) und (4), S. 176 ff; González Poveda, Efectos comunes, S. 100

des Güterstands zugewiesenen „gemeinsamen“ Vermögen und seinen Berufseinkünften rechnen⁹¹⁸.

Insofern kann die Liquidierung des ehelichen Güterstandes an der Ermittlung eines *desequilibrio económico* maßgeblichen Einfluss haben, indem ein liquidierter ehelicher Güterstand die Vermögensmasse der Ehegatten im Vergleich zum nicht liquidierten Güterstand (in der Ehe) erhöhen bzw. mindern kann.

Beim ehelichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft (*régimen de gananciales*) oder der Zugewinnngemeinschaft (*régimen de participación*) bedingt deren Liquidierung die Aufteilung der Vermögensgegenstände zwischen den Ehegatten⁹¹⁹. Häufige Folge dieser Vermögensabwicklung ist daher, dass sich das zunächst ersichtliche *desequilibrio económico* zugunsten des wirtschaftlich benachteiligten Ehegatten reduziert bzw. nicht mehr besteht, sofern die Liquidierung bereits erfolgte⁹²⁰. Ist beispielsweise die Errungenschaftsgemeinschaft liquidiert worden, so erfolgt eine gleichmäßige Aufteilung der *gananciales*⁹²¹. Dies muss aber nicht sogleich den Wegfall des *desequilibrio económico* bedeuten, vielmehr beruht dieses dann auf den unterschiedlichen Positionen hinsichtlich der beruflichen Einkünfte oder etwaigem Privatvermögen iSv Art. 1346 CC⁹²². Sollte sich jedoch das eheliche Vermögen ausschließlich aus dem gemeinsamen Immobilien- und Mobiliarvermögen ergeben, so kann auch nach der Liquidierung des Güterstandes das *desequilibrio económico* entfallen⁹²³.

Anders natürlich die Betrachtung beim Güterstand der Gütertrennung (*separación de bienes*), denn eine Vermögensabwicklung erfolgt in diesem Falle nicht⁹²⁴. Insoweit sind beim Vermögensvergleich der Ehegatten im Rahmen des *desequilibrio económico* einfach die unterschiedlichen Vermögensgegenstände gegenüberzustellen.

⁹¹⁸ González Poveda, Efectos comunes, S. 100

⁹¹⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.4.b.bb.(2), S. 176 und (3), S. 178

⁹²⁰ SAP Vizcaya v. 17. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4198; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 577

⁹²¹ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 85

⁹²² SAP Navarra v. 14. Mai 1998, ArC 1998, Nr. 1170; SAP Gerona v. 07. Mai 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 641; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 577

⁹²³ SAP Madrid v. 05. März 1998, ArC 1998, Nr. 5151; vgl. SAP Vizcaya v. 06. März 1995, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 649/650

⁹²⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.4.b.bb.(4), S. 179

Bei Vereinbarung des Güterstands der Gütertrennung und bei Bewahrung einer eigenen wirtschaftlichen Unabhängigkeit durch eigene berufliche Einkünfte kann es vielmehr sogar zum gänzlichen Wegfall des *desequilibrio económico* kommen⁹²⁵. Hieran ist vom Ergebnis betrachtet nichts entgegen zu setzen, wobei es aber aus systematischer Betrachtung zu ergänzen gilt: Dieser Wegfall des *desequilibrio económico* in derartig autonomen Verhältnissen beruht einerseits auf der mangelnden Kausalität⁹²⁶ der Scheidung an dem bestehenden Gefälle getrennter Vermögenslagen und andererseits auf mangelnder Verschlechterung der eigenen wirtschaftlichen Lage beim Anspruchsteller selbst⁹²⁷.

Einflussnahme auf diesen personellen Vermögensvergleich zur Ermittlung des *desequilibrio económico* kann jedoch nur die bereits liquidierte Güterstandsgemeinschaft ausüben. Eine nicht bzw. noch nicht liquidierte Güterstandsgemeinschaft kann das bisher bestehende *desequilibrio económico* daher nicht beseitigen oder minimieren, auch wenn der wirtschaftlich schwächere Ehegatte durch die Liquidierung eine Verbesserung seiner Vermögenslage zu erwarten hätte oder ihm sogar im Rahmen einer vorweggenommenen Liquidierung gewisse Vermögensgegenstände zur freien Verfügbarkeit überlassen wurden⁹²⁸.

cc. Maßgebliche Bedeutung der beruflichen Einkünfte

Bei vorhandenen beruflichen Einkünften ist von einer gewissen Dauerhaftigkeit auszugehen. Fließen beispielsweise einem Ehegatten eigene Mieteinkünfte nicht regelmäßig zu und fehlen ihm zusätzlich Berufseinkünfte, so kann ein *desequilibrio económico* gegenüber dem anderen verdienenden Ehegatten bestehen⁹²⁹.

⁹²⁵ SAP Guipúzcoa v. 27. April 1998, ArC-Data 1998, Nr. 7940; SAP Badajoz v. 19. Februar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 3550

⁹²⁶ Zur Kausalität, siehe unten: 2.Kap.,B.III.1, S. 293

⁹²⁷ Zum vertikalen Vergleich, siehe hierzu näher unten: 2.Kap.,B.II.4., S. 285 ff

⁹²⁸ Vgl. SAP Alicante v. 14. April 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4596

⁹²⁹ SAP Valencia v. 08. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3876

Ferner ist bei einem bereits liquidierten Güterstand und bei reichlich eigenem Vermögen ein *desequilibrio económico* insofern denkbar, als eben nur der eine Ehegatte berufliche Einkünfte bezog und weiterhin bezieht und der andere nicht⁹³⁰. Auch lassen nur gering entlohnte Gelegenheitstätigkeiten der sonst für Familie und Haushalt zuständigen Ehefrau nicht bereits das *desequilibrio económico* entfallen⁹³¹. Diese Aspekte gewinnen zudem an Bedeutung, je länger diese Zustände in der Ehe vorherrschten⁹³². Somit ist unabhängig von der eigenen Vermögenssituation maßgeblich zu beachten, dass der nicht verdienende Ehegatte von diesen regelmäßigen Einkünften des anderen Ehegatten in der Ehezeit profitierte, an ihnen partizipierte und den daraus resultierenden ehelichen Lebensstandard innehatte. Dieser geldwerte Vorteil entfällt nach der Scheidung und ist daher beim horizontalen Vermögensvergleich von Belang.

Auch wenn gering entlohnte Gelegenheitstätigkeiten ein *desequilibrio económico* weiterhin aufrechterhalten, so ist es andererseits aber durchaus möglich, dass dieses der geringer als der Ehemann verdienenden Ehefrau versagt wird, wenn ihr zumal die eheliche Wohnung zugesprochen wurde⁹³³. Maßgeblich betrachtet wird auch hier der in der Ehe gelebte Zustand, wobei nunmehr der geldwerte Vorteil der Ehefrau am höheren Einkommen des Mannes durch den geldwerten Nachteil des Ehemannes aufgrund der gänzlichen Überlassung der Wohnung an die Frau kompensiert wird⁹³⁴.⁹³⁵

⁹³⁰ SAP Vizcaya v. 07. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4198; vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 577/578

⁹³¹ SAP Pontevedra v. 01. Juli 1999, ArC 1999, Nr. 1857

⁹³² Vgl. SAP Vizcaya v. 07. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4198. - Siehe hierzu die Ausführungen zur Befürwortung des eheprägenden Vermögensbegriffes (siehe oben: 2.Kap.,B.II.3.a.aa., S. 269) und zum Vergleichszeitpunkt (siehe unten: 2.Kap.,B.II.3.b., S. 282).

⁹³³ SAP Navarra v. 09. Juni 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5979

⁹³⁴ Vgl. SAP Navarra v. 09. Juni 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5979

⁹³⁵ Hier wird der Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Betrachtungsweise deutlich: Die AP Navarra lässt in diesem Fall das *desequilibrio económico* ohne nähere Begründung entfallen. Es wird schlichtweg festgestellt, dass aufgrund Zuteilung der Wohnung an die Ehefrau es nicht zu einem wirtschaftlichen Ungleichgewicht kommt. Ob dies daran liegt, dass schon der horizontale Vermögensvergleich oder erst der vertikale Vermögensvergleich sich zugunsten des Anspruchsgegners erweist, wird nicht deutlich gemacht. Zu vermuten ist daher, dass sich das AP Navarra für die subjektive Betrachtungsweise (ob bewusst oder nicht) ausspricht, denn die objektive Betrachtungsweise hätte hier dogmatisch genauer zu unterscheiden. Der arithmetisch zu erfolgende Vergleich in horizontaler und vertikaler Ebene müsste zu einer wirtschaftlichen Besserstellung der anspruchstellenden Ehefrau führen, damit das *desequilibrio económico* bei der objektiven Betrachtungsweise entfällt. Der geldwerte Vor- bzw. Nachteil der Wohnungsnutzung ist schlichtweg zu beziffern und in den Vermögensvergleich einzustellen. Dies ist in der SAP Navarra v. 09. Juni 1998 nicht erfolgt, so dass nicht mit Klarheit und Eindeutigkeit festgestellt ist, ob nicht doch unter Summierung sämtlicher Vermögensposten eine wirtschaftliche Schlechterstellung der anspruchstellenden Ehefrau das Resultat ist. In

Wie bereits obig erwähnt kann sich zudem auch ein *desequilibrio económico* im Falle einer Gütertrennung nicht ergeben, wenn die Ehegatten sich ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit durch eigene berufliche Einkünfte bewahrten⁹³⁶.

Den beruflichen Einkünften kommt folglich beim horizontalen Vermögensvergleich zwischen den Ehegatten eine besondere Bedeutung zu. In der Rechtspraxis sind es auch oft nur die durch die beruflichen Einkünfte hervorgebrachten wirtschaftlichen Unterschiede, die es durch die *pensión compensatoria* auszugleichen gilt⁹³⁷.

dd. Fiktive Einkünfte

Fraglich ist, ob das etwaige Ausbleiben von den Ehegatten möglichen Einkünften (sog. fiktive Einkünfte) auch zur Bestimmung des *desequilibrio económico* mit herangezogen und in den horizontalen Vergleich eingestellt werden können.

Dies ist zumindest im Grundsatz zu verneinen.

Einerseits schon deshalb, weil der horizontale Vermögensvergleich zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt (zum Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe⁹³⁸). Der Gesetzgeber geht gemäß Art. 97 CC von der Gegenüberstellung tatsächlicher Vermögenswerte zu diesem Zeitpunkt aus.

Andererseits korreliert eine Anrechnung fiktiver Einkünfte mit einem schuldhaften Unterlassen möglicher Einkünfte durch einen Ehegatten. Eine derartige Anrechnung widerspricht daher der hier verfolgten objektiven Betrachtungsweise des Vermögensbegriffes, abgesehen davon, dass auch bei Verfolgung der subjektiven Betrachtungsweise ein einschlägig

diesem letzteren Falle eröffnet jedoch die objektive Betrachtung der Ehefrau den Anspruch auf die *pensión compensatoria*. Die Frage des Wertunterschiedes beider Vermögenslager, ob nahezu identisch oder doch von größerem Ausmaß, ist danach im Rahmen des Umfangs (Art. 97 Nr. 8 CC) zu stellen.

⁹³⁶ SAP Guipúzcoa v. 27. April 1998, ArC-Data 1998, Nr. 7940; SAP Badajoz v. 19. Februar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 3550

⁹³⁷ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.a.bb., S. 271; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 90, 92; SAP Vizcaya v. 07. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4198

⁹³⁸ Siehe hierzu unmittelbar unten: 2.Kap.,B.II.3.b.aa., S. 278 ff

schuldhaftes Unterlassen zum Vergleichszeitpunkt nicht denkbar wäre, denn eine im Scheidungsrecht relevante Schuldhaftigkeit kann sich erst nach dem Scheitern der Ehe ergeben⁹³⁹ und daher nicht schon zum Vergleichszeitpunkt existent sein.

Eine Anrechnung fiktiver Einkunftsmöglichkeiten des Unterhaltsgläubigers ist daher, im Ausnahmefall, für eine etwaige Reduzierung des *desequilibrio económico* im Rahmen eines Änderungsverfahrens denkbar⁹⁴⁰, beispielsweise falls aufgrund des aktuellen Alters der Kinder eine Erhöhung der Arbeitsstundenzahl möglich ist und dies vom Unterhaltsgläubiger nicht wahrgenommen wird⁹⁴¹. Ebenso kann es aufgrund des Unterlassens möglicher Berufstätigkeiten zur Verwirkung des geltenden Anspruchs auf eine *pensión compensatoria* kommen⁹⁴².

Deutlich wird jedoch, dass diese Anrechnung nur im Nachhinein, d. h. nach der erstmaligen Festlegung der *pensión compensatoria* und im Rahmen eines Änderungsverfahrens möglich sein kann.

Jedoch sei nochmals betont, dass die Einbeziehung von Zugangsmöglichkeiten zum Arbeitsmarkt innerhalb der *pensión compensatoria* nach der hier verfolgten objektiven Betrachtungsweise nicht im Rahmen des *desequilibrio económico* erfolgen kann. Obige Sachverhalte betreffen - sofern überhaupt ein *desequilibrio económico* objektiv festgestellt werden kann⁹⁴³ - zu berücksichtigende Fragen des zeitlichen oder quantitativen Umfangs der *pensión compensatoria*, folglich im Bereich der zeitlichen Beschränkung (*limitación temporal*)⁹⁴⁴ und der konkreten Höhe (*cuantía*)⁹⁴⁵.

⁹³⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb, S. 224

⁹⁴⁰ Zu Art. 100, 101 CC, siehe unten: 2.Kap.,C.III.2., S. 335 und 3., S. 343

⁹⁴¹ SAP Zaragoza v. 29. September 1998, ArC-Data 1998, Nr. 6572

⁹⁴² Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(2), S. 230/231)

⁹⁴³ Wie bereits aus Fn. 935 entnehmbar, wird in vielen Entscheidungen ein wirtschaftliches Gefälle allein aus dem arithmetischen Vermögensvergleich gar nicht mehr näher diskutiert, da man sich wohl der Einfachheit halber nur noch auf die das *desequilibrio económico* ausschließenden subjektiven ehelichen Kriterien konzentriert. Dies ist aber insofern problematisch, als die subjektive Betrachtung sich zur objektiven Betrachtung additiv verstehen muss (siehe oben: 2.Kap.,B.II.2.b., S. 255). Die Feststellung des objektiven wirtschaftlichen Gefälles führt erst zur Erörterung weiterer subjektiver und ehelicher Kriterien, denn anderenfalls wäre diese Erörterung und die Gefahr einer damit einhergehenden emotionalen Aufarbeitung der Scheidung schon hinsichtlich des gesetzgeberischen Zweckes nicht gerechtfertigt.

⁹⁴⁴ Siehe hierzu näher oben: 2.Kap.,A.IV.2., S. 234 bzw. C.II., S. 329

⁹⁴⁵ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,C.I.2.c., S. 309

ee. Armut und soziales Elend beider Ehegatten

Der horizontale Vergleich zwischen den Vermögenslagen der Ehegatten dient zwar dazu, ein wirtschaftliches Gefälle festzustellen, jedoch ist damit noch nichts über die tatsächliche Leistungsfähigkeit des wirtschaftlich besser gestellten Ehegatten ausgesagt.

In Fällen, in denen beispielsweise der objektiv besser gestellte Ehegatte als Kellner tätig ist, monatlich gerade mal soviel verdient, um davon ca. 40 % seinen beiden Kindern an Unterhalt zu zahlen und den Rest für seinen notwendigen Lebensunterhalt, wie Ernährung, Kleidung und Unterkunft benötigt, wurde ein *desequilibrio económico* des anderen Ehegatten verneint⁹⁴⁶. In derartigen Verhältnissen, in denen beide Parteien von Armut und sozialem Elend gezeichnet sind, wird demnach das Öfteren ein *desequilibrio económico* nicht anerkannt, da man hier nicht von jedweder wirtschaftlichen Benachteiligung sprechen könne⁹⁴⁷.

Ähnlich wie oben bei den fiktiven Einkünften ist jedoch nach der hier vertretenen objektiven Betrachtungsweise die Berücksichtigung von beidseitig ärmlichen Verhältnissen nicht schon bei der Bestimmung des *desequilibrio económico* einzustellen, sondern erst bei der Bestimmung des Umfangs (*cuantía* und *limitación temporal*)⁹⁴⁸. Armut und soziales Elend können demnach im Rahmen des Umfangs angemessen berücksichtigt werden, wobei auch bei einer entsprechenden Schwere und Härte der ärmlichen Verhältnisse des objektiv wirtschaftlich besser gestellten Ehegatten im Rahmen des richterlichen Ermessens einem Ausschluss der *pensión compensatoria* nichts im Wege stünde, zumal ein finanzieller Ausgleich sich im minimalen Bereich befände und oftmals absurd wäre⁹⁴⁹.

⁹⁴⁶ SAP Segovia v. 06. März 1990, in: Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 89

⁹⁴⁷ SAP Madrid v. 22. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4952; SAP Tarragona v. 25. März 1996, ArC 1996, Nr. 688; SAP Segovia v. 06. März 1990, ArC 1990, Nr. 424

⁹⁴⁸ Siehe hierzu unmittelbar oben: Fn. 944 und 945

⁹⁴⁹ Siehe hierzu unten: 2.Kap., C.I.2.h., S. 321/322

Richtiger ist es danach, in diesen Fällen vom Wegfall der *pensión compensatoria* zu sprechen statt vom Wegfall des *desequilibrio económico*⁹⁵⁰.

b. Der Vergleichszeitpunkt

Beim horizontalen Vergleich zwischen den Ehegatten sind die jeweiligen Vermögenslagen zu einem bestimmten Zeitpunkt einander gegenüber zu stellen. Der Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC bedingt lediglich für den vertikalen (intrapersonalen) Vergleich beim wirtschaftlich benachteiligten Ehegatten die Gegenüberstellung seiner Vermögenssituation zu zwei verschiedenen Zeitpunkten⁹⁵¹.

aa. Vorverlegung des Zeitpunktes

Gemäß Art. 97 Abs. 1 CC muss das *desequilibrio económico* zwischen den Ehegatten durch die Scheidung hervorgerufen worden sein, so dass als Vergleichszeitpunkt der interpersonalen Vermögenszustände grundsätzlich der Zeitpunkt *nach* der Scheidung in Frage käme⁹⁵².

Es muss jedoch bedacht werden, dass im spanischen Scheidungsrecht maßgeblich auf den Zeitpunkt des *cese efectivo* abgestellt wird. An diesen werden sodann in den Scheidungsgründen unterschiedliche Fristen geknüpft. Folglich weicht der Zeitpunkt des *cese efectivo* von dem der endgültigen rechtskräftigen Scheidung je nach Scheidungsgrund unterschiedlich lange ab^{953 954}.

Zu bedenken ist weiterhin, dass die rechtliche Scheidung erst am Ende von etwaigen Scheidungsverhandlungen oder eines Scheidungsprozesses steht. Es liegt in der praktisch belegbaren Natur des Scheidungsstreites, dass das

⁹⁵⁰ Vgl. SAP Badajoz v. 31. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 108

⁹⁵¹ Siehe hierzu näher unten: 2.Kap.,B.II.4.b.aa.(2), S. 287 bzw. bb.(2), S. 291

⁹⁵² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 172

⁹⁵³ Siehe hierzu näher oben: Übersicht S. 90 f

⁹⁵⁴ Dies ist unter Umständen auch bei der gerichtlichen Trennung der Fall, vgl. Art. 82 Nr. 5 – 7 CC.

Scheidungsurteil am Ende der konkreten Auseinandersetzungen über die Folgen liegt und es daher unnatürlich, unökonomisch und sinnentleert wäre, den Scheidungsspruch erst abzuwarten, um dann zu diesem Zeitpunkt den Vermögensvergleich anstellen zu können.

Zudem widerspräche dies der gesetzgeberischen Intention, die Scheidungsfolgen in dem Scheidungsurteil mit zu behandeln⁹⁵⁵. Der Wortlaut des Art. 97 CC spricht von einer Festsetzung *in* der gerichtlichen Entscheidung. Es mag zwar richtig sein, dass hier nicht eindeutig hervorgeht, welche gerichtliche Entscheidung gemeint ist, jedoch ist Art. 97 CC im Kontext mit Art. 91 CC zu verstehen, wo explizit auf das Scheidungsurteil abgestellt wird. Es wäre ein systematischer Bruch, die Scheidungsfolge des Art. 97 CC nicht wie die anderen im Art. 91 CC erwähnten Scheidungsfolgen zu behandeln. Auch ist auf den genauen Wortlaut des Art. 97 CC zu achten, der nicht von *einer*, sondern von *der* gerichtlichen Entscheidung spricht.

Insoweit unterliegt der Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC in diesem Zusammenhang gewissen Bedenken. Das Problem, das sich hierbei stellt, ist offenkundig. Zu fragen ist nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung des *desequilibrio económico*: Ist es der des Endes des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*) und des Beginns der Fristen des Art. 86 CC oder ist es der der wirksamen Einreichung des Scheidungsantrages eben nach Ablauf der erwähnten Fristen oder sogar der des rechtskräftigen Urteils⁹⁵⁶?

Hierbei sind innerhalb der sehr unterschiedlichen Literatur und Rechtsprechung schließlich zwei Lösungsansätze erkennbar:

⁹⁵⁵ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 572; siehe hierzu auch oben: 2.Kap.,B.I.2., S. 251 - Dies gilt ebenso für die gerichtliche Trennung und deren Folgen.

⁹⁵⁶ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 88; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 581 ff; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 59 ff

(1) A priori – Betrachtung des Scheidungszeitpunktes

Der horizontale Vergleich zwischen den Ehegatten hat ausgehend von der gescheiterten Ehe bereits im Scheidungsprozess bzw. in den Scheidungsverhandlungen *a priori* zu erfolgen, denn eigentlich werden die Vermögenslagen für eine in der Zukunft liegende Rechtssituation vorweg betrachtet⁹⁵⁷. Die Schwierigkeit, Vermögenszustände exakt und genauestens zu antizipieren, wird durch die Einbeziehung der tatsächlichen Vermögenssituation bewerkstelligt⁹⁵⁸, wobei aber aus der Rechtsprechung nicht klar hervorgeht, auf welchen Zeitpunkt sich diese tatsächliche Vermögenslage bezieht⁹⁵⁹.

In vielen Entscheidungen wird lediglich auf den Zeitpunkt der „Scheidung“ abgestellt, jedoch ohne dies genauer zu differenzieren⁹⁶⁰. Zu unterstellen ist in diesen Fällen wohl die Bewertung der tatsächlichen Vermögenslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung. Andererseits wird aber auch auf den Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsantrags abgestellt⁹⁶¹.

Gemeinsamer Bezugspunkt dieser *a priori*-Betrachtungen ist jedoch der im Wortlaut des Art. 97 CC angelegte Zeitpunkt der eigentlichen juristischen Scheidung, den es letztlich *einzuschätzen* gilt.

(2) Maßgeblichkeit des Beginns des cese efectivo

Wie oben erläutert kann jedoch daran gezweifelt werden, ob der Reformgesetzgeber mit dem Wortlaut des Art. 97 CC den

⁹⁵⁷ Vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 582; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 172

⁹⁵⁸ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 172/173; SAP Las Palmas v. 09. Dezember 1999, LL 1999, 2871

⁹⁵⁹ Eine dem § 1384 BGB vergleichbare Regelung, die den Berechnungszeitpunkt klar auf die Rechtshängigkeit vorverlegt, gibt es im spanischen Scheidungsrecht nicht.

⁹⁶⁰ Vgl. SAP Navarra v. 09. Juni 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5979; SAP Toledo v. 04. Mai 1998, LL 1999, 1058; SAP Las Palmas v. 23. März 1998, LL 1999, 259; SAP La Rioja v. 02. März 1998, ArC 1998, Nr. 682; SAP Cuenca v. 23. Mai 1997, ACAud. 1997, 1948; SAP La Coruña v. 09. Juli 1994, LL-Data 16900/1994; SAP Madrid v. 18. Juni 1992, in: Hijas, Derecho de familia, S. 258; SAP Baleares v. 08. Februar 1989, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 631; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 178/179

⁹⁶¹ SAP Pontevedra v. 01. Juli 1999, ArC 1999, Nr. 1857; SAP Madrid v. 30. Juni 1992 und SAP Pamplona v. 29. Mai 1987, in: Hijas, Derecho de familia, S. 250; vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 582/583

Vergleichszeitpunkt tatsächlich auf die Trennung bzw. Scheidung legen wollte⁹⁶².

Die im Art. 86 CC gefundenen Regelungen des spanischen Gesetzgebers zielen letztlich darauf ab, mit der rechtskräftigen Scheidung einem vorherigen anormalen Verlauf der Ehe (die Dauer des *cese efectivo*) ein Ende zu setzen. Nicht die rechtskräftige Scheidung als solche ändert in den meisten Fällen etwas an der tatsächlichen Situation der Ehe, sondern der *cese efectivo* ist der eigentliche innere und äußere geistige Bruch mit der bis dahin normalen, intakten Ehe⁹⁶³. Die rechtskräftige Trennung bzw. Scheidung bestätigt lediglich diese anormale Entwicklung der Ehe und hat juristische Bedeutung, tatsächlich und geistig sind die meisten Ehegatten jedoch bereits „geschieden“, so dass sich auch mit der rechtskräftigen Trennung bzw. Scheidung oftmals nach außen hin wenig ändert.

Der Zeitpunkt, der daher an den tatsächlichen Verhältnissen im Vergleich zur normalen Ehe etwas ändert, ist der des Beginns des *cese efectivo*. Hieran lassen sich dann die tatsächlich geänderten Verhältnisse messen, in denen beispielsweise die Kinder unter Nutzung der ehelichen Wohnung bei der Mutter verbleiben, der Vater sich um eine andere Wohnung zu kümmern hat, sich als Allein- bzw. Besserverdiener finanziellen Ansprüchen der Kinder und Ehefrau direkt ausgesetzt sieht, oder auch nur sämtliche Vorteile des alltäglichen Miteinanders, wie gemeinschaftsbezogene Hauswirtschaft, Reparaturen oder ähnliches, durch die räumliche Trennung entfallen und nur mit finanziellen Aufwand aufrecht erhalten werden können.

⁹⁶² Siehe hierzu unmittelbar oben: 2.Kap.,B.II.3.b.aa., S. 278. - Der ungenaue Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC wird zudem im Zusammenhang mit der Prüfung der Kausalität der Scheidung für das *desequilibrio económico* deutlich, wonach eben auch fraglich ist, ob schon der Bruch der ehelichen Beziehung mit dem Beginn des *cese efectivo* oder erst das rechtskräftige Trennungs- bzw. Scheidungsurteil das *desequilibrio económico* verursacht. Kausalität und Vergleichszeitpunkt sind hier insofern gemeinsam zu betrachten, als mit dem kausalen Ereignis die Vermögenssituation des anspruchstellenden Ehegatten eine wirtschaftliche Benachteiligung erleiden muss und sich daher nach diesem Ereignis der Vermögensvergleich anbietet. (siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.III.1., S. 293)

⁹⁶³ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 89; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 60; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 581; Fosar Benlloch, Estudios de derecho, S. 410. - Siehe hierzu auch oben: 1.Kap.,B.III.1.a, S. 31 f

So betrachtet erscheint es sinnvoll, die Würdigung des *desequilibrio económico* zum Zeitpunkt des Beginns des *cese efectivo* auszurichten⁹⁶⁴.

Die maßgebliche Orientierung am ehelichen Lebensstandard im Falle der *pensión compensatoria*⁹⁶⁵ spricht neben dem eheprägenden Vermögensbegriff⁹⁶⁶ auch für den Beginn des *cese efectivo* als den für den Vermögensvergleich entscheidenden Zeitpunkt, denn eheliche Lebensverhältnisse entspringen gerade aus dem gemeinsamen ehelichen Zusammenleben.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass in der für ein Ehepaar kritischen und von Emotionalitäten geprägten Phase nach Beginn des *cese efectivo* Manipulationen am Vermögen getätigt werden können, die zu Lasten des zu schützenden wirtschaftlich Benachteiligten erfolgen, die tatsächliche Vermögenslage verbergen und letztlich zur faktischen Aushöhlung der Zwecksetzung des Art. 97 CC führen. Dem gilt es vorzubeugen.

bb. Einbeziehung der dem Vergleichszeitpunkt nachfolgenden Umstände

Unabhängig von der jeweiligen konkreten Betrachtung und Befürwortung des Vergleichszeitpunktes stellt sich die Frage, inwieweit nach diesem Zeitpunkt eintretende Umstände noch in den Vermögensvergleich mit einzubeziehen sind⁹⁶⁷. Die Festlegung auf einen Vergleichszeitpunkt, hier der Beginn des *cese efectivo*, bedingt denotwendig, dass danach

⁹⁶⁴ SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863; SAP Guipúzcoa v. 03. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 6; SAP Barcelona v. 08. Januar 1999, RJC 1999/II, 344; SAP Barcelona v. 02. November 1998, ArC 1998, Nr. 2033; SAP Guadalajara v. 31. Oktober 1998, LL 1999, 973; SAP Barcelona v. 14. September 1998, ArC 1998, Nr. 1561; SAP Las Palmas v. 23. März 1998, LL 1999, 259; SAP León v. 15. Januar 1997, ACAud. 1997, 2730; SAP Barcelona v. 09. Januar 1997, ArC 1997, Nr. 164; SAP Asturias v. 21. Dezember 1994, LL-Data 17034/1995; SAP Álava v. 05. Oktober 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 635; SAP Girona v. 16. Mai 1994, ACAud. 1994, 2068; SAP Santander v. 28. Oktober 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 634; SAP Baleares v. 08. Februar 1989, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 631; SAT Barcelona v. 10. April 1987, RGD 1988, 1369; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 90; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 110

⁹⁶⁵ Siehe hierzu oben: Fn. 668, 879; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 60

⁹⁶⁶ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.a.aa., S. 269

⁹⁶⁷ Zu beachten sind hierbei wiederum die Unterschiede zwischen der objektiven und subjektiven Betrachtungsweise des Vermögensbegriffes (siehe hierzu näher oben: 2.Kap.,B.II.2., S. 253 ff)

eintretende Umstände für die Beurteilung des *desequilibrio económico* grundsätzlich nicht mehr beachtet werden dürfen⁹⁶⁸.

Billigkeitshalber darf dies jedoch nicht absolut betrachtet werden, denn nachträglich bemerkbare Umstände entspringen oft der vorherigen Zeit und beschreiben lediglich reale Lebenssituationen. Das Leben zeigt sich vor, in und nach der Ehe in seinen komplexesten Formen, die oft von juristischen Normen gar nicht voll erfasst werden können. Der Wille nach gerechten Ergebnissen verbietet folglich eine starre und unflexible Fixierung auf den Vergleichszeitpunkt⁹⁶⁹.

Gerade bei der Annahme des richtigen Vergleichszeitpunktes mit Beginn des *cese efectivo* sind, aufgrund der oft langen Zeitspannen bis zum Scheidungsurteil, später eintretende Umstände von großer praktischer Relevanz. Ausnahmsweise sind nachträgliche Umstände daher zu berücksichtigen, wenn sie im unmittelbar kausalen Zusammenhang zu der vorherigen (ehelichen) und maßgeblichen Situation stehen⁹⁷⁰.⁹⁷¹

Im Sinne der objektiven Betrachtungsweise sind hier beispielsweise übliche Einkommenserhöhungen und Beförderungen, der Wegfall von in der Ehe angelegten (Kredit-)Verbindlichkeiten, der Wegfall des Kindesunterhalts oder ähnliches zu beachten. Ähnlich der im deutschen Scheidungsrecht vom Bundesgerichtshof getroffenen Unterscheidung in prägendes und nichtprägendes Einkommen von nach der faktischen Trennung erfolgten Veränderungen⁹⁷², kann hier eine Einbeziehung derartiger Umstände erfolgen, die nach dem Beginn des *cese efectivo* innerhalb des Rahmens der ehelichen Normalentwicklung und des gemeinsamen Lebensplanes wieder zu finden sind. In diesem Zusammenhang sind Zahlungen von *alimentos* an einen Ehegatten in der Zeit des *cese efectivo* zu berücksichtigen, denn sie

⁹⁶⁸ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 581; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 90/91; Roca Trias, Convenio regulador y conceptos, S. 239; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 180; SAP Murcia v. 23. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 729; SAP Barcelona v. 30. Juli 1999, LL-Data 420895/1999

⁹⁶⁹ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 93; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 583/584; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 61/62

⁹⁷⁰ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 581/582; Marín García, Temporalidad de la pensión, S. 61; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 91; vgl. SAP Gerona v. 29. September 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 635; SAT La Coruña v. 03. Juni 1988, in: Pons/Ángel de Arco, Divorcio, S. 533/534

⁹⁷¹ Nachträgliche gesundheitliche Beeinträchtigungen, verursacht durch die intensive Pflege des anderen Ehegatten, können jedoch nur von der subjektiven Betrachtungsweise herangezogen werden (vgl. Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 91).

⁹⁷² BGH v. 20. Oktober 1993, FamRZ 1994, 87 f; BGH v. 23. November 1983, FamRZ 1984, 149 ff

werden nur durch das Scheitern Bruch der Ehe notwendig und haben folglich ihre Ursache in dem vorherigen Eheleben⁹⁷³.

Andererseits ist jedoch nochmals klarzustellen, dass mit Veränderungen nach Beginn des *cese efectivo* sehr restriktiv umzugehen ist. Umstände, die einer Situation außerhalb der ehelichen Lebenssphäre entspringen und die die wirtschaftliche Situation der Ehegatten nachträglich ändern, können daher keinesfalls bei der Bestimmung des *desequilibrio económico* berücksichtigt werden⁹⁷⁴.

Beispielsweise kann das von einem Ehegatten in der Zeit des *cese efectivo* falsch investierte und verlorene Geld keinen Einfluss auf die Beurteilung des *desequilibrio económico* nehmen. Diese nachteilige Situation für diesen Ehegatten hat nichts mit dem vorherigen Eheleben zu tun, kann folglich auch nicht zu Lasten des anderen „unschuldigen“ Ehegatten durch Zahlung einer *pensión compensatoria* korrigiert werden⁹⁷⁵. Ebenso bleibt das nachträgliche, günstigere Wohnen im Haus der Eltern unberücksichtigt⁹⁷⁶.

Derartige nachträgliche Umstände sind demnach nur hinsichtlich Änderungen des Unterhaltsumfangs zu beachten (vgl. Art. 100, 101 CC)⁹⁷⁷, jedenfalls nicht zur Bestimmung des *desequilibrio económico*.

Auch ist bei nachträglich eintretenden Umständen eine verfahrensrechtliche Grenze zu beachten. Derartige Umstände, die ihren Ursprung in der intakten Ehezeit haben, können nach dem abgeschlossenen Scheidungsverfahren und rechtskräftigen Urteil nicht mehr zur *erstmaligen* Beantragung der *pensión compensatoria* führen, denn die Scheidungsfolgen sind im Scheidungsurteil mit zu entscheiden⁹⁷⁸. Folglich ist eine nachträgliche Beantragung nach dessen Rechtskraft nicht mehr möglich.⁹⁷⁹

⁹⁷³ Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 91; in diese Richtung: Pérez Martín, *Separación y divorcio*, S. 598

⁹⁷⁴ Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 180

⁹⁷⁵ Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 92/93

⁹⁷⁶ SAP Palma de Mallorca v. 21. Oktober 1991, in: Pérez Martín, *Separación y divorcio*, S. 631

⁹⁷⁷ Zu Art. 100, 101 CC, siehe unten: 2.Kap., C.III.2., S. 335 ff und 3., S. 343 ff

⁹⁷⁸ Siehe hierzu oben: 2.Kap., B.II.3.b.aa, S. 279

⁹⁷⁹ Hiervon zu unterscheiden sind die Möglichkeiten gegen eine bereits *entschiedene pensión compensatoria* mit Rechtsmitteln vorzugehen oder diese aufgrund wesentlicher Veränderungen zu ändern. Die hier gegenständliche Frage behandelt aber nicht diesen, sondern jenen Fall, ob das Recht auf die *pensión compensatoria* *erstmalig* nach dem rechtskräftigen Scheidungsurteil mit nachträglich eingetretenen Umständen geltend gemacht werden kann (vgl. Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 97). – Siehe auch unten: 2.Kap., C.III.2.b., S. 337

4. Wirtschaftliche Verschlechterung gegenüber der früheren Lage in der Ehe

Für die Inanspruchnahme der *pensión compensatoria* reicht es nicht aus, dass ein bloßes wirtschaftliches Gefälle von einem zum anderen Ehegatten besteht (horizontaler Vergleich). Die Voraussetzungen für die *pensión compensatoria* unterliegen einem doppelten Vermögensvergleich⁹⁸⁰.

Der zweite Vermögensvergleich erfolgt nur in der Person eines Ehegatten (vertikal). Es handelt sich um einen zeitlichen Vergleich. Voraussetzung ist, dass das *desequilibrio económico* beim anspruchstellenden Ehegatten selbst eine Verschlechterung seiner wirtschaftlichen Stellung im Vergleich zu seiner früheren Situation in der Ehe bedeutet⁹⁸¹.

a. Begrifflichkeiten

Im Kontext des Art. 97 Abs. 1 CC sind das wirtschaftliche Ungleichgewicht (*desequilibrio económico*) und die Verschlechterung (*empeoramiento*) trotz eigenständiger Erwähnung nicht als unterschiedliche Begriffe zu betrachten, vielmehr benutzt der Gesetzgeber den Begriff des *empeoramiento* als *desequilibrio económico* im vertikalen Sinne, also nur beim zeitlichen Vergleich innerhalb eines Vermögens.

Auch wenn der Gesetzestext des Art. 97 Abs. 1 CC bezüglich des Bezugszeitpunktes genauer hätte formuliert werden können⁹⁸², ist ein zeitlicher Vergleich mit der früheren Lage *in der Ehe* gemeint⁹⁸³. Die vorliegende deutsche Übersetzung des Art. 97 CC⁹⁸⁴ ist von seinem Kontext her völlig richtig wiedergegeben worden. Man könnte geneigt sein als

⁹⁸⁰ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.1., S. 252

⁹⁸¹ González Poveda, Efectos comunes, Art. 97 CC, S. 100; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97 CC, S. 1164

⁹⁸² ... *que implique un empeoramiento respecto a su situación matrimonial anterior* ... statt ... *un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*, ... (vgl. Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 94)

⁹⁸³ González Poveda, Efectos comunes, Art. 97, S. 100; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 175/176; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 94

⁹⁸⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.I., S. 143

vergleichenden Bezugszeitpunkt die Vermögenssituation *vor* der Ehe heranzuziehen. Abgesehen davon, dass dies dem Willen des Gesetzgebers widerspricht, der die Situation in der Ehe betrachtete⁹⁸⁵, ist dies des Weiteren dem Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC nicht zu entnehmen⁹⁸⁶.

b. Betrachtung zweier Vermögenssituationen

Maßgeblicher Bezugspunkt des vertikalen Vermögensvergleichs ist die wirtschaftliche Stellung des benachteiligten Ehegatten, so wie sie in der zuvor gelebten ehelichen Situation vorherrschte. Nur eine Verringerung dieser wirtschaftlichen Position bei diesem Ehegatten führt zu dem Anspruch auf *pensión compensatoria*, anderenfalls wäre es schon widersinnig und nicht gerechtfertigt, dem anspruchstellenden Ehegatten mehr zu geben als es der wirtschaftlichen Situation in der Ehe entsprach. Folglich kommt eine *pensión compensatoria* nicht in Betracht, wenn der zunächst gegenüber dem anderen benachteiligte Ehegatte durch seine eigenen Mittel und Einnahmen den wirtschaftlichen Status der Ehe aufrechterhalten kann. Daher ist in letzterem Fall die Versagung der *pensión compensatoria* auch dann möglich, wenn der andere Ehegatte ein weit größeres Vermögen besitzt⁹⁸⁷.

Wichtig ist es zwei Vermögenssituationen des anspruchstellenden Ehegatten gegenüberzustellen: Die eheliche Vermögenssituation und die Vermögenssituation nach dem Scheitern der Ehe⁹⁸⁸.

⁹⁸⁵ Siehe hierzu oben: Fn. 907 und 912

⁹⁸⁶ Für eine derartige Interpretation hätte der Gesetzgeber klar eine andere Präposition setzen können: ... *en su situación anterior al matrimonio*,... statt ... *en su situación anterior en el matrimonio*,...

⁹⁸⁷ González Poveda, Efectos comunes, Art. 97, S. 100

⁹⁸⁸ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97 CC, S. 1164

aa. Die eheliche Vermögenssituation

(1) Der Vermögensbegriff

In Anlehnung an obige Erläuterungen zum Vermögensbegriff beim horizontalen Vermögensvergleich sind bei Betrachtung der vorherigen ehelichen Vermögenssituation (vgl. Art. 97 Abs. 1 CC) *erst recht* und denknotwendig die Orientierung am ehelichen Lebensstandard zu berücksichtigen.

Nach der hier vertretenen Ansicht werden demnach der sachliche Anwendungsbereich des horizontalen Vergleiches und der des vertikalen Vergleiches bezüglich der früheren Ehesituation einheitlich vom eheprägenden Vermögensbegriff bestimmt. Insoweit ist nach oben zu verweisen⁹⁸⁹.

(2) Der Bezugszeitpunkt

Der Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC bezieht sich auf die frühere Vermögenssituation *in* der Ehe. Fraglich ist, wie diese frühere Situation zeitlich zu begrenzen ist, damit sie konkret in den vertikalen Vergleich einbezogen werden kann.

Ähnlich wie bei der Bestimmung des Vergleichszeitpunktes beim horizontalen Vergleich zwischen den Ehegatten⁹⁹⁰ kommen für den richtigen Bezugszeitpunkt des vertikalen Vergleichs zwei mögliche Lösungen in Betracht:

Einerseits ist unter der *situación anterior en el matrimonio* die Zeit der intakten normalen Ehe, also die Zeit zwischen Eheschließung und Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo*), zu verstehen.

⁹⁸⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.a.aa., S. 269 ff. - Weiterhin bleibt der weite Vermögensbegriff (siehe oben: 2.Kap.,B.II.3.a, S. 267/268) zwar denkbar, wenn auch der wörtliche Bezug des Art. 97 CC auf die frühere Lage in der Ehe diesen zumindest im vertikalen Vergleich nicht nahe legt. (Praktischer) Vorteil des eheprägenden Vermögensbegriffes ist hierbei, dass - bezogen auf die eheliche Situation - im horizontalen wie im vertikalen Vergleich nicht von unterschiedlichen Vermögensgegenständen ausgegangen werden muss.

⁹⁹⁰ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.b.aa., S. 278 ff

Andererseits könnte hierunter auch die gesamte Ehezeit, also auch die, in der man nicht miteinander gelebt hat, zu verstehen sein. Bezugszeitpunkt wäre demnach die rechtskräftige Scheidung⁹⁹¹.

Ersichtlich wird die parallele Problematik zum Vergleichszeitpunkt des horizontalen Vermögensvergleichs zwischen den Ehegatten, denn in konsequenter Anlehnung an das oben Erläuterte⁹⁹² ist hier ebenso entscheidend, dass der *cese efectivo* den eigentlichen Bruch in der ehelichen Beziehung darstellt⁹⁹³. Betrachtet wird somit ebenfalls der Zeitraum zwischen Eheschließung und *cese efectivo*, jedoch endet diese Betrachtung einen unmittelbaren Moment vor dem Bruch der ehelichen Beziehung, folglich unmittelbar vor dem Beginn des *cese efectivo*. Genau betrachtet wird also der Zeitraum zwischen Eheschließung und Ende der intakten Ehezeit, denn beim vertikalen Vergleich wird nur auf die vorherige Lage der Ehe in ihrer intakten Normalität abgestellt wird, so dass nach ganz überwiegender Rechtsprechung der letztmögliche Zeitpunkt dieser intakten Ehephase bestimmend und folgerichtig unmittelbar vor dem Beginn des *cese efectivo* festzusetzen ist⁹⁹⁴.

Ende der intakten Ehezeit und Beginn des *cese efectivo* können durchaus zusammenfallen, jedoch ist auch dann zumindest für eine juristische logische Sekunde das Ende der intakten Ehezeit vorweg zu nehmen.

Zwar ist sowohl für den Vergleichszeitpunkt des horizontalen Vergleichs als auch für den Bezugszeitpunkt der Betrachtung der früheren Ehephase des vertikalen Vergleichs der *cese efectivo* maßgeblich, jedoch mit unterschiedlicher Intention:

Der Vergleichszeitpunkt des horizontalen Vergleichs stellt auf den ersten Moment des *cese efectivo* ab, um hiermit die kausal durch das Scheitern der Ehe verursachten Folgen zu betrachten. Die intakten ehelichen

⁹⁹¹ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 95

⁹⁹² Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.b., S. 278 ff

⁹⁹³ Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 95; Fosal Benlloch, Estudios de derecho, S. 410; siehe hierzu auch oben: 2.Kap.,B.II.3.b.aa., S. 280 ff

⁹⁹⁴ Unter vielen: SAP Las Palmas v. 23. März 1998, LL 1999, 259; SAP Barcelona v. 10. März 1998, ArC 1998, Nr. 588; SAP Santander v. 28. Oktober 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 634; SAP Cantabria v. 28. Oktober 1993, ACAud. 1994, 466; SAP Valencia v. 28. Juni 1990, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 631

Lebensverhältnisse sind insoweit maßgebend, als mit deren Bruch und mit Beginn des *cese efectivo* das Ausmaß des kausalen wirtschaftlichen Ungleichgewichts realitätsnah wiedergegeben wird. Nachträgliche Umstände sind zu berücksichtigen, sofern sie ihre Kausalität aus den intakten ehelichen Verhältnissen beziehen⁹⁹⁵. Beim horizontalen Vermögensvergleich stehen die Folgen des Bruchs im Mittelpunkt.

Anders die Betrachtung der früheren Ehelage innerhalb des vertikalen Vergleichs. Diese Betrachtung unterliegt gerade nicht etwaigen Kausalitätserfordernissen, sondern beschreibt nur eine Vermögenslage für sich. Auf diese Vermögenslage soll das Scheitern der Ehe denknotwendig unberücksichtigt bleiben, denn er hat eben noch nicht stattgefunden. Nur die spätere Vermögenslage⁹⁹⁶ innerhalb des vertikalen Vergleichs muss sich kausal wegen des Scheiterns der Ehe verschlechtert haben. Daher steht im Mittelpunkt der Betrachtung der früheren Ehelage die eheliche Entwicklung der Vermögensverhältnisse bis zum Ende der intakten Ehezeit.

Diese punktgenaue Differenzierung zwischen Ende der intakten Ehezeit und Beginn des *cese efectivo* mag zwar zeitlich oft sehr unbedeutend sein, ist aber rechtlich erforderlich, weil gerade mit dem Moment des Beginns des *cese efectivo* sich tatsächlich die Vermögensverhältnisse verschieben. Mit der räumlichen Distanz entsteht schlichtweg auch eine faktische Distanz der bisherigen Vermögensverhältnisse⁹⁹⁷. Im Zusammenhang mit Art. 97 CC ist daher die *situación anterior en el matrimonio* in zeitlicher Hinsicht restriktiv, das heißt nicht juristisch, sondern tatsächlich auszulegen⁹⁹⁸.

Maßgeblicher Bezugszeitpunkt für die Betrachtung der früheren Ehelage ist somit der Moment unmittelbar vor dem Beginn des *cese efectivo*, sprich der Zeitpunkt des Endes der intakten Ehezeit. Eine andere Betrachtung würde zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, denn - unabhängig von einem Vergleich zwischen den Ehegatten oder nur bei einem Ehegatten - an der Tatsache, dass bis zur Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft die ehelichen Lebensverhältnisse zu bemessen sind und nur bis dahin die Ehe

⁹⁹⁵ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.b.bb., S. 282 ff

⁹⁹⁶ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.II.4.b.bb., S. 290 f

⁹⁹⁷ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.b.aa.(2), S. 281

⁹⁹⁸ Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 96

sowohl nach innen als nach außen als normal zu betrachten ist, ändert sich nichts. Insbesondere das eheliche Zusammenleben ist die maßgebliche Größe für das Selbstverständnis der Ehe.

bb. Die Vermögenssituation nach dem Scheitern der Ehe

(1) Der Vermögensbegriff

Der Vermögensbegriff beim horizontalen Vergleich und bei Betrachtung der früheren Ehesituation im Rahmen des vertikalen Vergleichs ist vor allem wegen der tatsächlichen Auswirkungen durch das *cese efectivo* sachlich an den die Ehe prägenden Vermögensverhältnissen orientiert⁹⁹⁹. Insbesondere ist das etwa schon liquidierte Vermögen der Ehegatten zu berücksichtigen¹⁰⁰⁰.

Fraglich ist, ob bei Betrachtung der Vermögenssituation nach dem Scheitern der Ehe innerhalb des vertikalen Vergleichs dieser Vermögensbegriff entsprechend brauchbar und sinnvoll ist.

Beim *empeoramiento* wird gemäß dem Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC auf einen Zeitraum abgestellt, der die Entwicklung der Vermögensverhältnisse vom Ende des ehelichen Zusammenlebens (Bezugszeitpunkt¹⁰⁰¹) bis zum gegenwärtigen Stand nach dem Scheitern der Ehe (Vergleichszeitpunkt¹⁰⁰²) darstellt. Diese zeitliche Entwicklung zielt gerade nicht auf die ehelichen Verhältnisse der Ehegatten, sondern auf die Verhältnisse danach ab. Das Selbstverständnis des vertikalen Vergleichs zwischen den verschiedenen Vermögensverhältnissen beim anspruchstellenden Ehegatten bedingt daher nicht die bloße Orientierung an den ehelichen Vermögensverhältnissen, sondern die Orientierung an den ehelichen *und* nachehelichen Vermögensverhältnissen. Eine Einschränkung des Vermögensbegriffes auf

⁹⁹⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.a.aa., S. 280 ff und 4.b.aa.(1), S. 286/287

¹⁰⁰⁰ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 580

¹⁰⁰¹ Siehe hierzu unmittelbar oben: 2.Kap.,B.II.4.b.aa.(2), S. 287

¹⁰⁰² Siehe hierzu unten: 2.Kap.,B.II.4.b.bb.(2), S. 291

die Ehe prägende Vermögensgegenstände ist bei Betrachtung der späteren Vermögenssituation schon deswegen sachlich nicht geboten¹⁰⁰³.

Insbesondere die zeitliche Betrachtung nach dem Scheitern der Ehe bedingt auch die besondere Beachtung des Prinzips der Eigenverantwortung, das es bereits im *cese efectivo* zu berücksichtigen gilt. Dies spricht gegen eine Reduzierung auf eheprägende Vermögensgegenstände.

Hinter dem vertikalen Vermögensvergleich steht des Weiteren der mit der solidarischen Rechtsnatur des Art. 97 CC einhergehende Gedanke, dass der wirtschaftlich benachteiligte Ehegatten auch eine gewisse Bedürftigkeit innehaben müsse¹⁰⁰⁴. Würde bei Betrachtung der späteren Vermögenssituation nicht ein weiter, umfassender Vermögensbegriff herangezogen, käme es unter Umständen zu dem Zweck des Art. 97 CC¹⁰⁰⁵ widersprechenden Ergebnissen, wie zum Beispiel dem Unterhaltsanspruch eines Ehegatten trotz Millionengewinn während des *cese efectivo* oder einer mittlerweile erlangten Erbschaft.

Anders als beim horizontalen Vermögensvergleich zwischen den Ehegatten oder bei der Betrachtung der früheren Ehesituation innerhalb des vertikalen Vergleichs ist vorliegend nicht lediglich auf das eheprägende Vermögen des anspruchstellenden Ehegatten zurückzugreifen. Vielmehr sind für die spätere Vermögenssituation des anspruchstellenden Ehegatten sämtliche von der intakten Ehezeit unabhängige Vermögensgegenstände zu berücksichtigen.

(2) Der Vergleichszeitpunkt

Ebenso wie der eheprägende Vermögensbegriff mit dem Vergleichszeitpunkt des horizontalen Vergleichs bzw. mit dem Bezugszeitpunkt des vertikalen Vergleichs in sachlich-zeitlichem Zusammenhang steht¹⁰⁰⁶, darf der Zusammenhang zwischen

¹⁰⁰³ Zur sachlichen Gebotenheit des eheprägenden Vermögensbegriffes beim horizontalen Vergleich und beim vertikalen Vergleich im Zusammenhang mit der früheren Ehesituation, siehe oben: Fn. 999

¹⁰⁰⁴ Zur nahehelichen Solidarität, siehe oben: 2.Kap.,A.III.2.b., S. 186 ff

¹⁰⁰⁵ Vgl. hierzu oben: 2.Kap.,A.III.4., S. 208 ff

¹⁰⁰⁶ Siehe hierzu unmittelbar oben: 2.Kap.,B.II.4.b.bb.(1), S. 290; Fn. 999

Vergleichszeitpunkt des vertikalen Vermögensvergleichs und obig erläuterten weit gefassten Vermögensbegriff nicht verkannt werden.

Hiernach ist auf einen Zeitpunkt am Ende der nach dem Bezugszeitpunkt eingeleiteten Vermögensentwicklung abzustellen, von dem aus rückbetrachtet die gegenwärtige Vermögenslage mit der Vermögenslage des Bezugszeitpunktes verglichen werden kann.

Als solcher Vergleichszeitpunkt kommt letztlich nur der Moment der Einreichung des Scheidungsantrags in Betracht, in dem im Verbund der Antrag auf *pensión compensatoria* gestellt werden muss¹⁰⁰⁷ und der anspruchstellende Ehegatte spätestens die Voraussetzungen des Art. 97 CC schlüssig darzulegen hat, unter anderem auch seine tatsächlich verschlechterte Vermögenslage (vgl. Art. 217 iVm Art. 770 Nr. 1 bzw. 777 Nr. 2 LEC)¹⁰⁰⁸.

cc. Gegenüberstellung der beiden Vermögenssituationen

Beide Vermögenssituationen sind nach deren Erfassung einander gegenüber zu stellen, wobei für den Anspruch auf *pensión compensatoria* die Vermögenssituation zum Vergleichszeitpunkt geringer sein muss als die Vermögenssituation zum Bezugszeitpunkt. Nur dann kann von einem *empeoramiento* gesprochen werden.

Dieser vertikale Vermögensvergleich erfolgt im Sinne der hier vertretenen objektiven Betrachtungsweise des Vermögensbegriffes¹⁰⁰⁹. Keine Befürwortung können somit die Einbeziehung von Kriterien in der Art und Weise finden, dass zum Beispiel aufgrund der notwendigen Anmietung neuer Räumlichkeiten zwar arithmetisch ein *empeoramiento* besteht, jedoch nur für diejenigen Ehegatten, die sich in der Ehe voll und ganz der Familie und dem Haushalt gewidmet haben¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ López-Muñiz Criado, *Procesos de separación y divorcio*, S. 471 und 494

¹⁰⁰⁸ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,C.III.1., S. 108 bzw. IV.1., S. 114

¹⁰⁰⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.2., S. 254 ff

¹⁰¹⁰ So jedoch: SAP Ciudad Real v. 06. Februar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5979

III. Kausalität

Neben dem Bestehen des rechtskräftigen Scheidungsurteils und dem Vorliegen des *desequilibrio económico* ist als dritte Voraussetzung für die *pensión compensatoria* das Kausalitätserfordernis zu beachten: Das *desequilibrio económico* gegenüber dem anderen Ehegatten und gegenüber der eigenen früheren Vermögenslage muss durch die Scheidung unmittelbar verursacht worden sein¹⁰¹¹.

1. Das verursachende Ereignis

Parallel zur Problematik um den Vergleichs- und Bezugszeitpunkt beim *desequilibrio económico* im Zusammenhang mit dem *cese efectivo*¹⁰¹², ist auch hier fraglich, wie der Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC zu verstehen ist.

Als verursachendes Ereignis kann zum einen das tatsächliche Scheitern der Ehe mit dem Beginn des *cese efectivo* betrachtet werden, zum anderen aber auch erst das rechtskräftige Scheidungsurteil.

In konsequenter Anlehnung an diese Ausführungen ist beim Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 CC ebenso an die tatsächliche und nicht an die juristische Scheidung anzuknüpfen¹⁰¹³. Der Beginn des *cese efectivo* bzw. der faktischen Trennung, der zu den tatsächlichen Auswirkungen auf das Vermögen der Ehegatten führt, ist daher als kausales Ereignis für die nachteilige horizontale und vertikale Vermögenslage des anspruchstellenden Ehegatten zu betrachten¹⁰¹⁴.

Finanzielle Veränderungen, die ihren Ursprung in Umständen nach diesem Ereignis haben, vermögen daher auch nicht für das *desequilibrio económico* des Art. 97 Abs. 1 CC kausal zu sein¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ González Poveda, Efectos comunes, S. 101; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 180/181; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 100

¹⁰¹² Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.b.aa, S. 278 und 4.b.aa.(2), S. 287

¹⁰¹³ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.b.aa.(2), S. 281 und 4.b.aa.(2), S. 289

¹⁰¹⁴ SAP Ciudad Real v. 25. März 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3804; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 110

¹⁰¹⁵ SAP Jaén v. 21. April 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4837. - Vgl. hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.b.bb, S. 282 ff

2. Faktische Trennung von langer Dauer

Geht man von der Kausalität des Beginns des *cese efectivo* als Scheitern der Ehe aus, so ist offensichtlich, dass bis zum Zeitpunkt des Scheidungsantrags für längere Zeit eine faktische Trennung zwischen den Ehegatten bestehen kann. Mag dies rechtliche Gründe haben, weil man gewisse Wartefristen des *cese efectivo* zu erfüllen hat¹⁰¹⁶, oder tatsächliche, weil man schlichtweg den Scheidungsantrag nicht gestellt hat.

Jedenfalls bleibt aber fraglich, inwieweit die Dauer der faktischen Trennungszeit sich auf die Kausalität für das *desequilibrio económico* auswirken kann. Denn, je länger die faktische Trennung fortschreitet, desto schwieriger wird die Einschätzung der ehelichen Vermögensverhältnisse und desto schwieriger die Einschätzung der Folgen durch das Scheitern der Ehe im Zeitpunkt des Scheidungsantrags¹⁰¹⁷.

Zu fragen ist konkret danach, ob die gegenwärtigen wirtschaftlichen Folgen nach längerer faktischer Trennung überhaupt noch auf das Scheitern der Ehe zurückgeführt werden können.

a. Autonome wirtschaftliche Stellung der Ehegatten

Nach ganz überwiegender Rechtsprechung kann eine faktische Trennung der Ehegatten von langer Dauer, in der diese wirtschaftlich unabhängig und autonom leben, nicht zur Beanspruchung der *pensión compensatoria* führen, falls es letztlich noch zu einer gerichtlichen Trennung bzw. Scheidung kommen sollte¹⁰¹⁸. In diesen Fällen wird die Annahme zugrunde gelegt, dass wegen der langen wirtschaftlichen Unabhängigkeit eine gegenwärtige

¹⁰¹⁶ Siehe hierzu oben: Übersicht S. 90 f

¹⁰¹⁷ SAP Murcia v. 22. November 1999, ArC-Data 1999, Nr. 2428

¹⁰¹⁸ SAP Girona v. 02. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 182; SAP Asturias v. 13. November 1999, ArC 1999, Nr. 2247; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 12. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7496; SAP Girona v. 29. April 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4231; SAP Ciudad Real v. 25. März 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3804; SAP Navarra v. 28. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3022; SAP Cuenca v. 25. März 1996, ArC 1996, Nr. 589; SAP Zaragoza v. 11. Juli 1995, ArC 1995, Nr. 1469; SAP Madrid v. 09. Juli 1992, RGD 1992, 11246; SAP Barcelona v. 17. Juni 1987, RJC 1988/I, 266; SAT Barcelona v. 10. April 1987, RGD 1988, 1367

finanzielle Verschlechterung des anspruchstellenden Ehegatten nicht auf das Scheitern der Ehe zurückzuführen ist¹⁰¹⁹.

Die Dauer derartig faktischer Trennungen ist aus jeweiligen Einzelfällen ersichtlich. In der Rechtspraxis zeigen sich faktische Trennungen, die letztlich nicht zum Anspruch auf *pensión compensatoria* reichen, in einer diesbezüglich anschaulichen Dauer von 12 bis zu sogar 23 Jahren¹⁰²⁰. Jedoch sind auch schon faktische Trennungszeiten von 7 oder 5 Jahren ausreichend, um die *pensión compensatoria* am Erfordernis eines kausal verursachten *desequilibrio económico* scheitern zu lassen¹⁰²¹. Die neuere Rechtsprechung hält vermehrt bereits eine fünfjährige faktische Trennungszeit vor Einreichung des Antrags auf *pensión compensatoria* für angemessen, um letztere auszuschließen¹⁰²².

Zu beachten ist aber, dass es sich vordergründig nicht um die Frage eines Zeitraumes handelt, nach dessen Ablauf unweigerlich eine *pensión compensatoria* ausgeschlossen werden müsste. Entscheidend bleibt die Frage der Kausalität zwischen dem Scheitern der Ehe und dem *desequilibrio económico*, die jedoch dann nach Ablauf einer langen faktischen Trennungszeit besonderer Darlegung vor Gericht bedarf und daher nur schwer möglich sein wird. Es gilt somit für den anspruchstellenden Ehegatten, bei einer faktischen Trennung von mehr als fünf Jahren eine sich durch Rechtsfortbildung entwickelte Vermutung für die mangelnde Kausalität zu widerlegen¹⁰²³.

¹⁰¹⁹ Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 103. - In vielen Entscheidungen wird darauf abgestellt, dass das vom Gesetz verlangte *desequilibrio económico* nicht existiere (vgl. beispielsweise SAP Ciudad Real v. 25. März 1999, ArC 1999, Nr. 3804). Genauer und richtiger ist es aber darauf abzustellen, dass ein etwaig bestehendes wirtschaftliches Ungleichgewicht (= *desequilibrio económico*) nicht kausal durch den Bruch der Ehe verursacht wurde.

¹⁰²⁰ SAP Girona v. 02. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 182; SAP Asturias v. 13. November 1999, ArC 1999, Nr. 2247; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 12. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7496; SAP Navarra v. 28. Januar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3022; SAP Guipúzcoa v. 01. Juni 1998, ArC-Data 1998, Nr. 7988; SAP Santa Cruz de Tenerife v. 26. Dezember 1995, ArC-Data 1995, Nr. 2448

¹⁰²¹ SAP Girona v. 29. April 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4231; SAP Jaén v. 21. April 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4837; SAP Ciudad Real v. 25. März 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3804

¹⁰²² SAP Jaén v. 21. April 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4837; SAP Ciudad Real v. 25. März 1999, ArC-Data 1999, Nr. 3804; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 101, 102; Marín García, Temporalidad de la *pensión*, S. 62 und 63

¹⁰²³ Insoweit finden sich auch in der Rechtspraxis immer wieder Entscheidungen, die auch nach einer langen faktischen Trennung eine *pensión compensatoria* gewähren. Beispielsweise nach elf oder sogar vierzig (!) Jahren (vgl. SAP Salamanca v. 24. Januar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3014; SAP Valencia v. 14. Mai 1999, ArC-Data

Von dieser Vermutung wird jedoch bei einer faktischen Trennungszeit von weniger als fünf Jahren nicht mehr ausgegangen. Eine vierjährige faktische Trennungszeit wird zeitlich noch nicht derart bedeutend betrachtet, dass an einer Kausalität vorweg gezweifelt werden müsste¹⁰²⁴.

Die Relevanz der faktischen Trennungszeit von mehr als 5 Jahren ist zudem auch mit dem *Código Civil* zu untermauern: Gemäß Art. 86 Nr. 4 CC wird mindestens das Bestehen eines fünfjährigen *cese efectivo* verlangt, damit einer der Ehegatten wirksam die Scheidung beantragen kann¹⁰²⁵. Diese im Art. 86 CC längstmögliche Wartefrist des Gesetzgebers legt den Schluss nahe, dass zumindest binnen eines Zeitraums von 5 Jahren die durch das Scheidungsurteil konstituierten Scheidungsfolgen zweifelsohne noch möglich sein sollen. Schlicht unsinnig wäre es nämlich, vor der Möglichkeit eines wirksamen Antrags auf *pensión compensatoria* eine faktische Trennungszeit in Form des *cese efectivo* zu verlangen, wenn am Ende derselbigen der nunmehr wirksam mögliche Antrag durch die Vermutung einer mangelnden Kausalität enorm erschwert werden würde. Dies wäre angesichts des Gleichheitsgebotes gem. Art. 14 CE im Vergleich zu den Ehegatten, die sich auf Tatbestände des Art. 86 CC mit kürzeren Wartefristen des *cese efectivo* berufen können, zudem nicht zu rechtfertigen.

Demnach kann bei faktischen Trennungszeiten, in denen die Ehegatten mehr als 5 Jahre wirtschaftlich autonom waren und die finanzielle Hilfe des anderen Ehegatten nicht beanspruchten, grundsätzlich nicht auf ein *desequilibrio económico* als kausale Folge des Scheiterns der Ehe geschlossen werden, es sei denn, der anspruchstellende Ehegatte vermag dies glaubhaft zu widerlegen.

1999, Nr. 5371)

¹⁰²⁴ SAP Asturias v. 30. September 1999, ArC-Data 1999, Nr. 6404; SAP Jaén v. 15. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 3139

¹⁰²⁵ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.2.b.cc, S. 76 ff; Übersicht S. 90 f

b. Abhängige wirtschaftliche Stellung des Ehegatten

Anders sind diejenigen langjährigen faktischen Trennungen zu betrachten, in denen der wirtschaftlich benachteiligte Ehegatte vom anderen Ehegatten regelmäßigen, freiwilligen Unterhalt gezahlt bekommt¹⁰²⁶.

Bei einem etwa noch bestehenden *desequilibrio económico* kann die bloße Tatsache einer langen faktischen Trennung und die Versorgung mit einem gewissen Unterhaltsbetrag nicht dazu führen, die mangelnde Kausalität für das *desequilibrio económico* zu vermuten, denn im Unterschied zu obigen Erläuterungen mangelt es dem anspruchstellenden Ehegatten evident an der finanziellen Unabhängigkeit vom anderen Ehegatten¹⁰²⁷.

Die freiwilligen Unterhaltszahlungen und die finanzielle Abhängigkeit des benachteiligten Ehegatten nach dem Scheitern der Ehe können vielmehr dessen Kausalität für die wirtschaftlich schlechtere Situation indizieren.

¹⁰²⁶ Es läge schon tatbestandlich kein *desequilibrio económico* vor, wenn sich aufgrund der entsprechend hohen Zahlungen die Vermögenslage des anspruchstellenden Ehegatten im Vergleich zur früheren Vermögenslage gebessert hätte.

¹⁰²⁷ SAP Córdoba v. 12. April 2000, ArC 2000, Nr. 1090; SAP Zaragoza v. 22. November 1999, ArC 1999, Nr. 2017; SAP Madrid v. 27. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 3712

IV. Zusammenfassung zu den Voraussetzungen der *pensión compensatoria*

Die *pensión compensatoria* gem. Art. 97 CC hat vier Grundvoraussetzungen:

- Das Vorliegen eines Antrages auf *pensión compensatoria*
- Das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils über die Scheidung
- Das Bestehen eines *desequilibrio económico*
- Die Kausalität der Scheidung für das *desequilibrio económico*

Das Scheidungsurteil ist konstitutiver Natur für die *pensión compensatoria*. Einer der Scheidungsgründe des Art. 86 CC muss vorgelegen haben¹⁰²⁸.

Maßgeblich für das *desequilibrio económico* ist ein doppelter Vermögensvergleich.

Zunächst ist das Vermögen des einen Ehegatten mit dem Vermögen des anderen Ehegatten zu vergleichen (horizontaler Vergleich). Das *desequilibrio económico* verlangt eine wirtschaftliche Schlechterstellung des einen Ehegatten im Vergleich zum anderen im Zeitpunkt des Beginns des *cese efectivo*. Nachträgliche Änderungen in den Vermögenslagen müssen kausal mit der ehelichen Vermögenssituation in Zusammenhang stehen. Eine Beschränkung des Vermögens auf Gegenstände, die durch die ehelichen Verhältnisse geprägt wurden, ist sinnvoll und geboten.

Des Weiteren ist das Vermögen des Anspruchstellers mit seinem Vermögen in der intakten Ehe zu vergleichen (vertikaler Vergleich). Erforderlich ist die wirtschaftliche Verschlechterung im Zeitpunkt des Antrags auf *pensión compensatoria* verglichen mit der früheren Lage in der Ehe zum Zeitpunkt des Endes des ehelichen Zusammenlebens. Diese Verschlechterung wird als *empeoramiento* bezeichnet, ist aber begrifflich auch unter das *desequilibrio económico* zu fassen. Während wegen der Maßgeblichkeit der ehelichen Verhältnisse das Vermögen in der früheren Lage ebenso eheprägend

¹⁰²⁸ Die konstitutive Wirkung ist ebenso bei einem Trennungsurteil gegeben. Für die wirksame Beantragung der *pensión compensatoria* im Trennungsverfahren müsste ein Trennungsgrund gem. Art. 82 CC festgestellt worden sein.

betrachtet werden sollte, ist das spätere Vermögen auf sämtliche Vermögensgegenstände zu beziehen.

Hinsichtlich des Vermögensbegriffs im Allgemeinen stehen sich zwei Betrachtungsweisen gegenüber, die objektive und die subjektive. Die objektive Betrachtungsweise lässt für die Feststellung eines *desequilibrio económico* nur reine Vermögensvergleiche zu, ohne die Kriterien des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1- 8 CC oder (weitere) subjektive Umstände mit einzubeziehen. Die subjektive Betrachtungsweise bezieht solche Kriterien mit ein. Die klareren Argumente sprechen für die objektive Betrachtungsweise, wonach subjektive Kriterien und solche des Art. 97 Abs. 1 Nr. 1 – 8 CC nicht schon beim Zugang zu der *pensión compensatoria*, sondern erst bei deren Umfang und Gestaltung zu berücksichtigen sind. Hieraus ist auch eine gedankliche Zweiteilung des Art. 97 Abs. 1 CC in einen objektiven Teil bezüglich des *desequilibrio económico* und in einen subjektiven Teil bezüglich des quantitativen Umfangs (*cuantía*) zu folgern.

Gemäß dem Wortlaut des Art. 97 CC muss die Scheidung das *desequilibrio económico* hervorgerufen haben. Scheidung ist hier jedoch nicht juristisch im Sinne des rechtskräftigen Urteils zu verstehen, vielmehr ist die Kausalität von dem tatsächlichen Scheitern der Ehe, dem Beginn des *cese efectivo*, aus zu betrachten.

Lange faktische Trennungszeiten legen bei gleichzeitiger wirtschaftlicher Unabhängigkeit der Ehegatten die Vermutung nahe, dass nicht die Scheidung für ein etwaiges *desequilibrio económico* ursächlich ist.

C. Gestaltung der *pensión compensatoria*

Bei der Gestaltung der *pensión compensatoria* ist verfahrenstechnisch danach zu unterscheiden, ob sie im laufenden Scheidungsverfahren noch festgesetzt werden soll oder ob sie bereits durch Scheidungsurteil festgesetzt wurde.

Im laufenden Scheidungsverfahren hat das Gericht nach Feststellung des *desequilibrio económico* in einem zweiten Schritt den konkreten Umfang der *pensión compensatoria* zu bestimmen. Hierfür dienen in quantitativer Hinsicht (*cuantía*) die in Art. 97 CC erwähnten Kriterien Nr. 1 - Nr. 8. Auch wenn gesetzlich nicht erwähnt, ist hierbei auch der zeitliche Umfang (*limitación temporal*) zu beachten¹⁰²⁹. Der Umfang der *pensión compensatoria* bestimmt sich demnach quantitativ und zeitlich.

Ist jedoch über die *pensión compensatoria* bereits entschieden worden, sind Gestaltungsmöglichkeiten nur noch durch die Ersetzung der Zahlungsweise (Art. 99 CC), Änderungen gem. Art. 100 CC oder Beendigungstatbestände des Art. 101 Abs. 1 CC möglich.

I. Der quantitative Umfang (*cuantía*)

1. Allgemeines

Für die Bestimmung der *cuantía* werden in Art. 97 CC Nr. 1 – Nr. 8 CC explizit Kriterien genannt, die vom Gericht zu berücksichtigen sind. Hierbei handelt es sich nicht um eine abschließende, sondern um eine beispielhafte Aufzählung¹⁰³⁰. Innerhalb der Kriterien besteht kein Rangverhältnis in dem Sinne, dass grundsätzlich ein Kriterium schwerer zu gewichten sei als ein anderes. Alle Kriterien sind gleichrangig zu berücksichtigen¹⁰³¹. Dem

¹⁰²⁹ Siehe hierzu bereits ausführlich oben: 2.Kap., A.IV.2., S. 234 ff

¹⁰³⁰ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 588; Montero Aroca, Divorcio, S. 2314; ders., La pensión compensatoria, S. 147/148; Lacruz/Sancho, Derecho de familia, S. 177/178; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1165; vgl. schon den Wortlaut des Art. 97 CC: ... *entre otras* ...

¹⁰³¹ Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 136; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 588; Montero Aroca, Divorcio, S. 2314; ders., La pensión compensatoria, S. 148

erstgenannten Kriterium (Art. 97 Nr. 1 CC¹⁰³²) ist jedoch insoweit eine Sonderstellung einzuräumen, als im Scheidungsunterhaltsrecht im Besonderen der Grundsatz der Privatautonomie zu beachten ist und das Gericht erst dann tätig wird, wenn es an solchen Vereinbarungen mangelt bzw. falls solche grob gegen die Interessen von Kindern oder eines Ehegatten verstoßen¹⁰³³.

Der entscheidende Richter ist in der Bewertung der einzelnen Kriterien frei, er genießt ein breites Ermessen und ist gerade nicht an automatisierte Bestimmungen über die Höhe der *pensión compensatoria* gebunden. Er hat sämtliche einschlägigen Kriterien gesamt betrachtet abzuwägen¹⁰³⁴. Er ist im Rahmen seines Ermessens nur seinem Gewissen und der Maßgabe des Art. 3 CC unterworfen, das bedeutet vor allem, dass er bei Berücksichtigung der Kriterien der gesellschaftlichen Realität, der *ratio legis* und dem Zweck der Vorschrift Rechnung zu tragen hat¹⁰³⁵.

In diesem Zusammenhang erscheint es wichtig, nochmals auf die relevante Differenz zwischen objektiver und subjektiver Betrachtungsweise des *desequilibrio económico* hinzuweisen¹⁰³⁶. Gemäß der hier vertretenen objektiven Betrachtungsweise sind die Kriterien des Art. 97 Nr. 1 – Nr. 8 CC lediglich innerhalb des Umfangs der *pensión compensatoria* zu beachten. Sachverhalte, die entsprechend der subjektiven Betrachtungsweise z. B. aufgrund zu kurzer Ehe, guter Ausbildung und jungem Lebensalter des anspruchstellenden Ehegatten zu keinem *desequilibrio económico* führen¹⁰³⁷, können bei der objektiven Betrachtungsweise lediglich die *cuantía* oder *limitación temporal* beeinflussen. Jedoch kann auch mit dieser objektiven Ansicht ein mit der subjektiven Ansicht im Ergebnis gleicher Effekt erzielt

¹⁰³² Art. 97 Nr. 1 CC betrifft die Berücksichtigung von Vereinbarungen zwischen den Ehegatten; siehe hierzu unmittelbar unten: 2.Kap., C.I.2.a., S. 304

¹⁰³³ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 588; Farré Alemán, Código Civil, Art. 97, S. 197; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 189. – Siehe hierzu auch oben: 2.Kap., A.III.5.b., S. 213 ff und A.II.3.a., S. 150 f

¹⁰³⁴ Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 136; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 588; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 187; Lacruz/Sancho, Derecho de familia, S. 177/178; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 634

¹⁰³⁵ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 588. – Bezeichnend für die richterliche Ermessensfreiheit sind z. B. Formulierungen, nach denen eine bestimmte Umfangshöhe als „billig und recht erscheint“ (...*parece prudente y acertado*...; vgl. SAP Navarra v. 11. Mai 1998, ArLM, Art. 97 CC, S. 775).

¹⁰³⁶ Siehe hierzu oben: 2.Kap., B.II.2, S. 253 ff

¹⁰³⁷ Siehe hierzu oben: 2.Kap., B.II.2.c.aa.(1), S. 256/257; vgl. anschaulich: Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 140 ff

werden, indem das Gericht im Rahmen seines Ermessens eine sog. Ermessensnullreduzierung vornimmt. Zwar bliebe ein *desequilibrio económico* bestehen, jedoch könnte sich der Umfang desselbigen auf Null reduzieren, z. B. falls die Ehe zu kurz bestand oder aber auch, falls sich zwar objektiv ein sehr geringes *desequilibrio económico* ergeben hat, jedoch die Bestimmung einer *cuantía* aufgrund der Geringfügigkeit zwecklos erschiene, da auch ohne die *pensión compensatoria* der eheliche Lebensstandard gewährleistet wäre¹⁰³⁸.

Die Bewertung der Umfangskriterien und die letztlich genaue Bestimmung erweisen sich für den Richter als äußerst schwierig, da er aus der Vielzahl der im Einzelfall zu berücksichtigenden unterschiedlichen Umstände und der sich natürlich ergebenden Komplexität einer Scheidungssituation möglichst ermessensfehlerfrei zu entscheiden hat¹⁰³⁹. Aus der Vielfalt und Unterschiedlichkeit der einzelnen Ermessensbegründungen wird auch verständlich, warum sich in Spanien bis zum heutigen Tage keine Orientierung der *pensión compensatoria* an Tabellen ergeben konnte, auch wenn dies in der spanischen Rechtsliteratur vereinzelt angedacht wird¹⁰⁴⁰.

Der anspruchstellende Ehegatte trägt grundsätzlich die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, während dem anderen Ehegatten die Beweislast für die rechtshindernden bzw. –vernichtenden Tatsachen obliegt (Art. 217 LEC)¹⁰⁴¹. Dies jedoch erst dann, falls den Behauptungen und Darlegungen widersprochen wurde. Anderenfalls kann das Gericht die unstrittig gebliebenen Behauptungen der Parteien zugrunde legen¹⁰⁴². Nicht selten hat das Gericht jedoch subsidiär mit Vermutungen und Indizien zu arbeiten, da die Angaben der Parteien teilweise widersprüchlich oder nebulös sind und die herkömmlichen Beweismöglichkeiten nicht

¹⁰³⁸ Vgl. SAP Madrid v. 03. Oktober 1995, ArC 1995, Nr. 2101

¹⁰³⁹ Montero Aroca, Divorcio, S. 2316; ders., La *pensión compensatoria*, S. 149; Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 137

¹⁰⁴⁰ Vgl. Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 249

¹⁰⁴¹ Damián Moreno, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 217, S. 1423; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 79; Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 532. – Zum Beweisverfahren, siehe oben: I.Kap., C.III.4., S. 111 f und IV.3., S. 116 ff

¹⁰⁴² Damián Moreno, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 217, S. 1422; SAP Asturias v. 15. Januar 1998, ArC-Data 1998, Nr. 2975

weiterführen¹⁰⁴³. Vermutungen und Indizienbeweise haben sich aber aus bewiesenen Tatsachen logisch herleiten zu lassen, damit sie vom Gericht zugrunde gelegt werden können¹⁰⁴⁴.

Eine inhaltliche Nähe der Bestimmung der *cuantía* zur Bestimmung der *limitación temporal* ergibt sich bereits daraus, dass letztere sich maßgeblich an Lebensalter, Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt und Ehedauer orientiert¹⁰⁴⁵, Kriterien, die auch in Art. 97 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 6 CC erwähnt sind.

¹⁰⁴³ Montero Aroca, Divorcio, S. 2316 ff; ders., La pensión compensatoria, S. 150 ff; vgl. SAP Álava v. 06. September 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4627; SAP La Rioja v. 25. Mai 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5997; SAP Valencia v. 19. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4007; SAP Navarra v. 06. November 1998, ArC 1998, Nr. 2536; SAP Alicante v. 06. März 1996, ArC 1996, Nr. 469

¹⁰⁴⁴ SAP Vizcaya v. 17. Mai 2000, in: Montero Aroca, Divorcio, S. 2318/2319; SAP Cantabria v. 14. März 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4650. - Vgl. auch Art. 385 LEC.

¹⁰⁴⁵ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.IV.2.a.cc., S. 237 f und c.aa.(1), S. 241 ff

2. Die Umfangskriterien des Art. 97 CC im Einzelnen

a. Vereinbarungen zwischen den Ehegatten, Art. 97 Nr. 1 CC

Mit Art. 97 Nr. 1 CC sind zunächst etwaige Vereinbarungen zwischen den Ehegatten zu berücksichtigen.

aa. Art der Vereinbarung

Man mag geneigt sein, sogleich an den *convenio regulador* im Rahmen des einverständlichen Scheidungsverfahrens¹⁰⁴⁶ oder an eine spezielle eheliche Vereinbarung zur Regelung der *pensión compensatoria* zu denken.

Dennoch kann eine derartige Vereinbarung nicht einschlägig iSv Art. 97 Nr. 1 CC sein, da deren Existenz und Selbstverständnis gerade darin besteht, das Gericht nicht über die Höhe der *pensión compensatoria* entscheiden zu lassen, sondern sowohl Anspruchsentstehung und –umfang selbst im gegenseitigen Einvernehmen zu regeln. Letzteres hat das Gericht lediglich zu billigen, eine Festsetzung über die *cuantía* soll nach dem Willen der Ehegatten daher nicht erfolgen¹⁰⁴⁷. Dem bedeutenden Grundsatz der Privatautonomie und der Dispositionsmaxime hat sich hier das Gericht zu beugen¹⁰⁴⁸, vgl. Art. 91 CC iVm Art. 90 CC bzw. 1325 ff CC.

Auch legen die explizite Erwähnung weiterer Kriterien innerhalb des Art. 97 CC, der Grundsatz der Gleichrangigkeit und der Gesamtabwägung den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber in Art. 97 Nr. 1 CC nicht von einer die *pensión compensatoria* konkret regelnden Vereinbarung ausging¹⁰⁴⁹.

Ferner ist bereits festzuhalten, dass Art. 97 CC nur direkt zur Anwendung gelangt, sollte es zu einem streitigen Verfahren oder innerhalb eines einverständlichen Verfahrens zu keiner Billigung des *convenio regulador*

¹⁰⁴⁶ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.3.a, S. 150

¹⁰⁴⁷ Montero Aroca, Divorcio, S. 2320/2321; ders., La pensión compensatoria, S. 155; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 191; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1167

¹⁰⁴⁸ Vgl. Damián Moreno, in: Lorca/Guilarte, Comentarios a la nueva LEC, Art. 216, S. 1417

¹⁰⁴⁹ Vgl. in diesem Sinne: García Cantero, Derecho de familia, Art. 97 a 101, S. 433

gekommen sein¹⁰⁵⁰. In einem einverständlichen Verfahren hat das Gericht den *convenio regulador* zwar zu billigen, jedoch ist dies von einer aktiven Festsetzung der *pensión compensatoria* durch das Gericht, wie in Art. 97 CC verlangt, zu unterscheiden¹⁰⁵¹.

In Betracht kommen vorliegend daher einerseits Vereinbarungen, die die Feststellung eines *desequilibrio económico* und sich hieraus ergebende Zahlungen an einen Ehegatten anlässlich der *tatsächlichen* Trennung betreffen, jedoch ohne einer gerichtlichen Trennung oder Scheidung vorbereitend zu dienen, und andererseits Vereinbarungen, die andere wirtschaftliche Aspekte der Scheidung betreffen als eben die *pensión compensatoria*¹⁰⁵².

Demzufolge gelangen beispielsweise private oder notarielle Urkunden über entsprechende eheliche Vereinbarungen, nicht unterschriebene oder nicht gebilligte *convenios reguladores*¹⁰⁵³, aber auch stillschweigende und konkludent geschlossene Vereinbarungen in den Anwendungsbereich des Art. 97 CC. Letztere betreffen insbesondere jene Fälle, in denen einem Ehegatten über einen längeren Zeitraum unausgesprochen ein bestimmter Betrag zugewiesen wurde¹⁰⁵⁴. Abzugrenzen ist hier jedoch von sog. konkludenten Verichtsvereinbarungen¹⁰⁵⁵, da diese bereits das „Ob“ der *pensión compensatoria* betreffen und nicht erst den Umfang. Des Weiteren und gerade im Scheidungsverfahren sind auch Vereinbarungen in Befolgung eines Trennungsurteils und der *convenio regulador* des *Trennungsverfahrens* mit zu berücksichtigen¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵⁰ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.3., S. 149/150

¹⁰⁵¹ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 192 und 193. – Vgl. schon den unterschiedlichen Wortlaut des Art. 90 CC (... *serán aprobados* ...) und des Art. 97 CC (... *que se fijará* ...).

¹⁰⁵² Montero Aroca, Divorcio, S. 2321; ders., La *pensión compensatoria*, S. 155/156; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1167

¹⁰⁵³ SAP Barcelona v. 31. Juli 1998, ArLM, Art. 97, S. 779

¹⁰⁵⁴ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 589; SAP Alava v. 20. September 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 653; SAP Madrid v. 01. Dezember 1992, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 652

¹⁰⁵⁵ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,C.VII.2.b., S. 134 ff und 2.Kap.,A.III.5.b.bb., S. 214

¹⁰⁵⁶ Vgl. SAP Albacete v. 19. Oktober 1992, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 652

bb. Ermessensfreiheit contra Privatautonomie

Wie erläutert dienen dem Richter die Kriterien dazu, um diese im Rahmen seines Ermessens fehlerfrei abzuwägen. Fraglich ist, ob er hierbei bezüglich des Art. 97 Nr. 1 CC an die Vereinbarung der Ehegatten gebunden ist, diese also mit ihrem konkreten Inhalt zu beachten hat. Hierbei gilt es letztlich zwischen dem freien Ermessen des Gerichts und der Privatautonomie der Ehegatten abzuwägen.

Einerseits ist für die Ermessensfreiheit anzuführen, das Gericht sei nicht an derartige Vereinbarungen gebunden. Die ehelichen Vereinbarungen dienen nur der Orientierung für den Richter, als weiteren Aspekt zur Beurteilung¹⁰⁵⁷. Andererseits spricht für die Bindung des Gerichts an einen in der Vereinbarung konkret genannten Umfang die größere Bedeutung der Privatautonomie und Dispositionsfreiheit, die der Reformgesetzgeber den Parteien im Rahmen des Scheidungsunterhaltsrechts zuspricht¹⁰⁵⁸. Eine Grenze wird gemessen an Art. 90 Abs. 2 CC lediglich für die Fälle gezogen, in denen die Vereinbarungen schädlich für die Kinder oder in schwerwiegender Weise nachteilig für die Ehegatten sind.

Grundlegend ist hier jedoch zu bemerken, dass gemäß obigen Erläuterungen Art. 97 Nr. 1 CC nicht für jene Fälle eines *convenio regulador* oder einer speziellen Scheidungsunterhaltsvereinbarung konzipiert ist, in denen der Grundsatz der Privatautonomie bereits bedingungslos und vorrangig zu betrachten ist. Sondern es kommen gegenständlich Vereinbarungen in Betracht, die entweder

- einen konkreten Zahlungsumfang zur Regelung der tatsächlichen Trennung oder
- die andere wirtschaftliche Aspekte bezüglich der Ehegatten oder Kinder

regeln (siehe unmittelbar oben).

Für den ersten Vereinbarungstyp erscheint eine konkrete Bindung an die dort erwähnte Höhe nicht angebracht, erstens weil damit letztlich dem

¹⁰⁵⁷ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 590; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 110; Asúa/Langner, ZVglRWiss 1988, 207

¹⁰⁵⁸ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.3., 149 ff; Roca Trías, in: Comentarios a las reformas, Art. 90, S. 541

Prinzip der Gleichrangigkeit innerhalb des Art. 97 CC widersprochen wird, zweitens weil im Falle des nunmehr gerichtlichen und streitigen Scheidungsverfahrens¹⁰⁵⁹ eine völlig andere Ausgangssituation vorliegt, von der man bei dieser Vereinbarung gerade nicht ausgegangen war.

Für den zweiten Vereinbarungstyp ergibt sich mangels Gegenständlichkeit gar nicht die Möglichkeit, bezüglich der *pensión compensatoria* an eine bestimmte Höhe gebunden sein zu können. Ob mit oder ohne Bindungsverpflichtung kann der Richter diese Vereinbarungen mit ihren Inhalten nur in seine Ermessensabwägungen mit einbeziehen.

Folglich erscheint eine Bindung des Richters an Vereinbarungen iSv Art. 97 Nr. 1 CC sachlich nicht gerechtfertigt, womit in diesen Fällen der Ermessenfreiheit gegenüber der Privatautonomie Vorrang zu gewähren ist.

b. Lebensalter und Gesundheitszustand, Art. 97 Nr. 2 CC

Von großer Bedeutung ist die Berücksichtigung des Lebensalters gem. Art. 97 Nr. 2, 1. Alt. CC. Das Lebensalter ist das maßgebliche Indiz für die Möglichkeit oder Unmöglichkeit, Arbeit zu finden bzw. Arbeit zu bewahren¹⁰⁶⁰. Das Lebensalter ist für sich und unabhängig von der Ehedauer zu betrachten¹⁰⁶¹.

Auch der Gesundheitszustand gem. Art. 97 Nr. 2, 2. Alt. CC ist letztlich für die Möglichkeit oder Unmöglichkeit zur Arbeit maßgeblich. Mehr jedoch als bei Betrachtung des Lebensalters hat ein erkrankter Ehegatte - je nach Art und Schwere der Krankheit - Kosten zu tragen, die überdurchschnittliche Ausgaben darstellen und das Vermögen dieses Ehegatten dementsprechend mehr belasten¹⁰⁶². Wichtig ist daher, auch

¹⁰⁵⁹ Sonst wäre Art. 97 CC schon nicht anwendbar!

¹⁰⁶⁰ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1169; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 200; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 590. – Vgl. in diesem Zusammenhang schon die Ausführungen zur *limitación temporal*, siehe oben: 2.Kap., A.IV.2.c.aa.(1), S. 241 ff

¹⁰⁶¹ SAP Soria v. 04. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 734; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 200

¹⁰⁶² Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 590; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1169; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 200

zwischen chronischen und nur vorübergehenden Krankheiten zu unterscheiden¹⁰⁶³.

Mit beiden Kriterien werden eine gegenwärtige und aber auch eine zukünftige Situation betrachtet. Hierbei hat das Gericht im Wege einer Prognose im Zeitpunkt der Entscheidung vor allem abzuschätzen, welche notwendigen Bedürfnisse wirtschaftlicher Art auf den betreffenden Ehegatten zukommen¹⁰⁶⁴. Als Beispiele seien genannt die Notwendigkeit einer Unterbringung im Alters- bzw. Pflegeheim oder ständige Betreuung und Versorgung durch Fachpersonal¹⁰⁶⁵.

Maßgeblich sind in diesem Zusammenhang vom Gericht einschlägige Renten- und Versicherungsleistungen mit einzubeziehen, die die durch Alter bzw. Krankheit verursachte wirtschaftliche Bedürftigkeit mindern bzw. sogar aufheben können¹⁰⁶⁶. Zu denken ist vor allem an Betriebsrenten von Unternehmen für deren Angestellte, private Pensionspläne, Berufsunfähigkeitsversicherungen und die Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenrente der öffentlichen Sozialversicherung¹⁰⁶⁷.¹⁰⁶⁸

Letztlich ist zu fragen, ob Art. 97 Nr. 2 CC lediglich auf den anspruchstellenden Ehegatten anzuwenden ist. Immerhin sind die Kriterien des Art. 97 Nr. 1 – Nr. 8 CC dafür bestimmt, allein den Umfang der ihm zustehenden *pensión compensatoria* festzusetzen.

Abgesehen davon, dass die französische Vorbildvorschrift des Art. 272 *Code Civil* sich auf das Alter und den Gesundheitszustand beider Ehegatten bezieht¹⁰⁶⁹, ist allein schon aus Gründen einer ordentlichen Abwägung Art. 97 Nr. 2 CC auf beide Ehegatten anzuwenden, denn eine dauerhafte Leistungsfähigkeit eines jungen und gesunden Schuldners ist

¹⁰⁶³ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 591; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 200

¹⁰⁶⁴ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1169; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 200 und 201; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 112/113

¹⁰⁶⁵ SAP Valencia v. 09. Februar 1995, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 653

¹⁰⁶⁶ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 591; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1169; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 201 und 202

¹⁰⁶⁷ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 201 und 202; vgl. sehr anschaulich: Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich, S. 387 ff

¹⁰⁶⁸ Hier wird auch die Verwobenheit der Kriterien des Art. 97 CC ersichtlich, denn die Berücksichtigung etwaiger Renten- oder Versicherungsleistungen betreffen zudem Kriterien wie Art. 97 Nr. 7 oder Nr. 8 CC.

¹⁰⁶⁹ Vgl. Gesetzestext des Art. 272 *Code Civil* im Anhang, S. 356 ff

wahrscheinlicher als die eines alten und kranken Schuldners. Die Absehbarkeit einer dauerhaften Leistungsfähigkeit kann die Festsetzung des Umfangs durchaus beeinflussen¹⁰⁷⁰. Des Weiteren ist zu beachten, dass durch Art. 97 Nr. 8, 2. Var. CC¹⁰⁷¹, der explizit auf beide Ehegatten anzuwenden ist, auf jeden Fall das Lebensalter und ein etwaiger Krankheitszustand des Schuldners mit zu berücksichtigen ist¹⁰⁷². Folglich ist Art. 97 Nr. 2 CC auf beide Ehegatten zu beziehen.

c. Berufliche Qualifikation und Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt, Art. 97 Nr. 3 CC

Art. 97 Nr. 3 CC überschneidet sich mit Art. 97 Nr. 2 CC insoweit, als beide Tatbestände die Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit des Zugangs zum Arbeitsmarkt zum Gegenstand haben. Die Betrachtung der beruflichen Qualifikation und der Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt erfolgt ebenso nicht nur gegenwärtig, sondern vielmehr auch zukunftsorientiert und betrifft beide Ehegatten¹⁰⁷³. Art. 97 Nr. 3 CC erwähnt entgegen dem französischen Vorbild die zu berücksichtigenden Kriterien der beruflichen Qualifikation und der Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt nebeneinander, hebt somit hervor, dass sich beide bedingen. Art. 97 Nr. 3, 1. Alt. CC ist wichtiges Indiz für Art. 97 Nr. 3, 2. Alt. CC, insbesondere für die Qualität und Entlohnung einer möglichen Berufstätigkeit¹⁰⁷⁴.

Unter beruflicher Qualifikation ist nicht nur die bloße Existenz etwaiger akademischer Abschlüsse oder sonstiger Berufsabschlüsse zu verstehen; entscheidend zu beachten ist, dass auch die wirkliche und tatsächliche Fähigkeit zur Ausübung bestehen muss. Letztlich wird diese nur auf dem Arbeitsmarkt honoriert¹⁰⁷⁵. Eine praktizierende Ärztin ist daher von jener zu

¹⁰⁷⁰ Vgl. im Ansatz: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 591

¹⁰⁷¹ Siehe hierzu unten: 2.Kap., C.I.2.h., S. 321

¹⁰⁷² Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1169

¹⁰⁷³ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 203

¹⁰⁷⁴ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1170; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 202

¹⁰⁷⁵ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 592; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 203; González Poveda, Efectos comunes, S. 102

unterscheiden, die mehrere Jahre am Berufsleben nicht mehr teilgenommen hat und sich den aktuellen Wissens- und Technikstand erst wieder aneignen müsste. Andererseits ist aber auch von einer beruflichen Qualifizierung auszugehen, falls man sich diese ohne einschlägigen Berufsabschluss autodidaktisch oder durch jahrelange Erfahrung angeeignet hat¹⁰⁷⁶.

Faktoren wie berufliche Qualifizierung, Lebensalter, Gesundheitszustand, Ehedauer können, wie erläutert, die Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt beeinflussen¹⁰⁷⁷. Neben diesen dem Ehegatten anhaftenden Eigenschaften ist jedoch beim Zugang zum Arbeitsmarkt vor allem die aktuelle volkswirtschaftliche Arbeitsmarktsituation zu berücksichtigen. Trotz gut geeigneter Berufseigenschaften eines Ehegatten ist es gerade die schlechte Arbeitsmarktsituation, die oft den Eintritt ins Arbeitsleben versperrt bzw. den zwangsweisen Austritt wahrscheinlich macht¹⁰⁷⁸. Demnach hat das Gericht bei seiner Abwägung stets einschlägige Arbeitslosenquoten der Berufssparten in den jeweiligen Regionen mit zu berücksichtigen¹⁰⁷⁹.

Der Zugang bezieht sich nicht allein auf weisungsgebundene Arbeitsverhältnisse, vielmehr fallen hierunter selbstständige wie unselbstständige Tätigkeiten, die industrieller, handelsgewerblicher, dienstlicher, handwerklicher oder künstlerischer Art sind und zu Einkünften führen¹⁰⁸⁰.

In Anbetracht des Zwecks der *pensión compensatoria*, möglichst die ehelichen Lebensverhältnisse beizubehalten¹⁰⁸¹, ist verständlich, dass unter Art. 97 Nr. 3, 2. Alt. CC nicht jede berufliche Tätigkeit fallen kann, sondern nur eine solche, die auch eheangemessen erscheint. Das Gericht hat diesbezüglich den ehelichen Lebensstandard zu betrachten, mit der Folge,

¹⁰⁷⁶ SAP Valencia v. 15. April 1992, RGD 1992, 5992

¹⁰⁷⁷ Siehe hierzu unmittelbar oben: 2.Kap.,C.I.2.b, S. 307; vgl. insbesondere zur *limitación temporal*, siehe oben: 2.Kap.,A.IV.2.c.aa.(1), S. 244 und (2), S. 245; SAP Santander v. 28. November 1990, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 654; Roca Trías, in: Comentario al Código Civil, Art. 97, S. 404

¹⁰⁷⁸ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1170; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 592; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 200; González Poveda, Efectos comunes, S. 102

¹⁰⁷⁹ Vgl. SAP Asturias v. 26. Januar 2000, ArC 2000, Nr. 45

¹⁰⁸⁰ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 205

¹⁰⁸¹ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.4.a, S. 208

dass gewisse einfache Tätigkeiten, die nicht der Ausbildung oder sozioökonomischen Stellung eines Ehegatten entsprechen, nicht in die Abwägung einbezogen werden können¹⁰⁸². Beispielsweise wäre es im Lichte des Rechtszwecks des Art. 97 CC falsch, in Betracht zu ziehen, dass eine langjährige Ehefrau einer gut verdienenden Führungsperson eines Unternehmers grundsätzlich den Zugang zu beruflichen Reinigungsarbeiten hätte. Die Einschränkung auf eheangemessene Tätigkeiten hat jedoch in dem Sinne restriktiv zu sein, als der anspruchstellende Ehegatte gemessen am Prinzip der Eigenverantwortung und der sog. emanzipatorischen Hilfe¹⁰⁸³ nicht übervorteilt werden darf^{1084 1085}. Das Gericht wird dabei stets abzuwägen haben, welche Tätigkeiten in Bezug auf Eheangemessenheit und Eigenverantwortung zumutbar sind oder nicht¹⁰⁸⁶.

Allein hieran wird ersichtlich, wie schwer für das Gericht eine genaue Abwägung und Bewertung der Kriterien des Art. 97 Nr. 3 CC ist. Der Zugang zu einer Arbeit ist von einer Vielzahl von inneren und äußeren Faktoren abhängig, so dass dessen Einschätzung bestenfalls genau, keineswegs jedoch exakt sein kann. Auch diese Tatsache gilt es zu berücksichtigen.

Brauchbar zeigt sich deshalb lediglich die Obiges zusammenfassende Maßgabe, dass ein Ehegatte jede zu seiner beruflichen Qualifizierung entsprechende Tätigkeit anzunehmen hätte, es sei denn, er wäre zur Nichtannahme gerechtfertigt. Als maßgebliche Rechtfertigungsgründe sind jedenfalls die schlechte Arbeitsmarktsituation für den betreffenden Ehegatten, die Fürsorge für minderjährige Kinder oder unangemessene Tätigkeiten im Sinne des Ehestandards anzuerkennen, die es jedoch darzulegen gilt¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸² Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 592; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 206; González Poveda, Efectos comunes, S. 102; García Cantero, in: Derecho de familia, S. 433; SAP Oviedo v. 23. Januar 1991, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 654

¹⁰⁸³ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.4.c., S. 209 f

¹⁰⁸⁴ Vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 206

¹⁰⁸⁵ Zur Arbeitspflicht, siehe oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(2), S. 230

¹⁰⁸⁶ Vgl. hierzu auch oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(2), S. 231 f

¹⁰⁸⁷ Ähnlich: Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1171

Innerhalb der Abwägung des Gerichts sind jedenfalls Tätigkeiten, die ungerechtfertigt nicht wahrgenommen werden, als sog. fiktive Einkünfte einzubeziehen¹⁰⁸⁸. Zu beobachten ist daher seitens des Gerichts, ob der etwaige Arbeitsplatzverlust oder berufliche Abstieg des schuldenden Ehegatten nach dem Scheitern der Ehe gerechtfertigt bzw. ob die Arbeitslosigkeit oder Teilzeittätigkeit des anspruchstellenden Ehegatten nach dem Scheitern der Ehe noch gerechtfertigt ist.¹⁰⁸⁹

d. Vergangene und zukünftige Widmung für die Familie, Art. 97 Nr. 4 CC

Die Widmung und Hingabe eines Ehegatten für die Familie in der ehelichen Vergangenheit gem. Art. 97 Nr. 4, 1. Alt. CC, ist letztlich der in der Praxis bedeutendste Grund für die Beanspruchung der *pensión compensatoria*. Es ist offensichtlich, dass in einer derartigen Ehe die persönliche und jahrelange Hingabe eines Ehegatten für den berufstätigen Ehegatten, die in der Familie lebenden Kinder und den gemeinsamen Haushalt, zum Wegfall entscheidender Berufs- und Karrieremöglichkeiten führt¹⁰⁹⁰. Vom traditionellen Eheverständnis geprägt, ist es auch in Spanien zumeist die Ehefrau, die ihre persönlichen und beruflichen Möglichkeiten zugunsten einer Berufskarriere des Ehemannes und der Aufrechterhaltung des gemeinsamen Haushaltes schlichtweg aufgibt¹⁰⁹¹.

Die Berücksichtigung dieses Kriteriums erfolgt jedoch weniger, um den Ehegatten für all seine Dienste für die Familie wirtschaftlich zu entschädigen, denn hierfür steht diesem bereits die Liquidierung des ehelichen Güterstandes zur Seite. Zumindest beim Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft (*sociedad de gananciales*) kommt es zur

¹⁰⁸⁸ Vgl. Ausführungen zu fiktiven Einkünften, siehe oben: 2.Kap.,B.II.3.a.dd, S. 276

¹⁰⁸⁹ Sind seitens des Gerichts sog. fiktive Einkünfte festgestellt, so können diese nur im Rahmen des Umfangs der *pensión compensatoria* Berücksichtigung finden, es sei denn, es erfolgt eine Anrechnung auf das *desequilibrio económico* im Rahmen einer Änderung der festgestellten *pensión compensatoria*, Art. 100 CC (siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.a.dd., S. 275 und 276; vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 592; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1171)

¹⁰⁹⁰ Roca Trías, in: Comentario al Código Civil, Art. 97, S. 404; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 593; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1171; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 208; Montero Aroca, Divorcio, S. 2322; ders., La pensión compensatoria, S. 156; vgl. SAP Valencia v. 05 Mai 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 537/538

¹⁰⁹¹ Vgl. hierzu auch oben: 2.Kap.,A.IV.1.b.bb.(2), S. 231; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 633

häftigen Beteiligung an den Einkünften des berufstätigen Ehegatten bzw. bei der Zugewinn- bzw. Teilhabegemeinschaft (*régimen de participación*) zum anteiligen Zugewinn¹⁰⁹². Lediglich bei Liquidierung des Güterstands der Gütertrennung (*régimen de separación*) fehlt eine derartige Beteiligung¹⁰⁹³, jedoch spricht Art. 1438 CC dem den Haushalt führenden Ehegatten ein Entschädigungsrecht zu, das er geltend machen kann. Das Gericht hat in diesem Zusammenhang lediglich zu beachten, welcher eheliche Güterstand der Ehe zugrunde lag, damit der Einfluss der Liquidierung und somit das Gewicht des Art. 97 Nr. 4, 1. Alt. CC richtig eingeschätzt werden kann¹⁰⁹⁴. Die Berücksichtigung der vergangenen Hingabe für die Familie erfolgt vielmehr aufgrund des Verlusts von Möglichkeiten des Ehegatten, insbesondere sich aus- oder weiterzubilden, Arbeit zu finden, zu behaupten und auszubauen¹⁰⁹⁵.

Folgerichtig findet demnach bei neuzeitlicheren Ehen, in denen beide Ehegatten voll ihren beruflichen Vorstellungen nachkommen, ihre Haushaltsführung gemeinsam ausführen bzw. an Dritte abgeben und somit keinerlei Einschränkung ihrer persönlichen und beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten erfahren, Art. 97 Nr. 4, 1. Alt. CC nahezu keine Anwendungsmöglichkeit¹⁰⁹⁶. In derartigen Eheverhältnissen sind jedoch auch etwaige Entscheidungen eines Ehegatten zugunsten des anderen bzw. der Familie einzubeziehen, die ihm seine beruflichen Möglichkeiten erschwert oder gehemmt haben, wie z. B. Versetzungen an einen schlechteren Arbeitsplatz oder Neuanfang bei einem anderen Arbeitgeber¹⁰⁹⁷.

Die Betrachtung der *zukünftigen* Widmung und Hingabe eines Ehegatten für die Familie gem. Art. 97 Nr. 4, 2. Alt. CC ergibt sich zwangsweise aus der Zuweisung der Sorge und Obhut der gemeinsamen Kinder an einen Ehegatten¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹² Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.4.b.bb.(2), S. 177 bzw. (3), S. 178

¹⁰⁹³ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.4.b.bb.(4), S. 178

¹⁰⁹⁴ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 593/594; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1173

¹⁰⁹⁵ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 208; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 594

¹⁰⁹⁶ Vgl. SAP Pamplona v. 06. April 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 655

¹⁰⁹⁷ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 594

¹⁰⁹⁸ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.II.4.a.aa, S. 154 ff; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 633

Verständlich ist, dass der das Sorgerecht innehabende Ehegatte in seinen Möglichkeiten, eine Arbeit zu finden oder sich beruflich zu entfalten, stark eingeschränkt sein wird. Des Weiteren ist zu bedenken, dass die familiäre Hingabe nach Scheidung der Ehe wirtschaftlich nicht mehr durch eine Liquidierung eines ehelichen Güterstandes aufgefangen werden kann¹⁰⁹⁹. Insofern ist die zukünftige familiäre Hingabe und deren Absehbarkeit bei der Abwägung des Gerichts von enormer Bedeutung. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen der vollumfänglichen familiären Hingabe (z. B. bei Kleinkindern oder behinderten Kindern¹¹⁰⁰) und der teilweisen familiären Hingabe (z. B. bei größeren Kindern)¹¹⁰¹.

e. Mitwirkung bei der Handels-, Gewerbe- oder Berufstätigkeit des anderen Ehegatten, Art. 97 Nr. 5 CC

Die Mitwirkung des Art. 97 Nr. 5 CC berücksichtigt den Beitrag an ehelicher Solidarität des anspruchstellenden Ehegatten am Betrieb bzw. Beruf des anderen Ehegatten. Insoweit wird hiermit eine besondere Hingabe iSv Art. 97 Nr. 4 CC beschrieben¹¹⁰².

Es handelt sich um tatsächliche Arbeitsbeiträge von gewisser Dauerhaftigkeit, die ohne ein bestehendes Arbeitsverhältnis und ohne entsprechende Vergütung verrichtet werden, weit über die solidarischen Mitwirkungspflichten einer Ehe gem. Art. 67 CC hinausgehen und der Vermögenssteigerung des anderen Ehegatten dienen sollen¹¹⁰³. Von besonderer Beachtung ist insofern das erhöhte Risiko, dass der mitwirkende Ehegatte diese Arbeitsleistung mitunter ohne arbeits- und sozialrechtlichen Versicherungsschutz vollbringt und dies beim Scheitern der Ehe im

¹⁰⁹⁹ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1173; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 594/595; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 209

¹¹⁰⁰ Vgl. SAP Zaragoza v. 27. Februar 1991, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 654/655

¹¹⁰¹ Vgl. Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1173

¹¹⁰² Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 212; SAP Valencia v. 05. Mai 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 537/538

¹¹⁰³ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 595; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 212 und 213; Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 136; vgl. SAP Vizcaya v. 27. Mai 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5347; SAP Taragona v. 08. Februar 1994 und dass. v. 15. Dezember 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 655 und 656

Vergleich zu einem herkömmlichen Arbeitnehmer letztlich von großem Nachteil ist¹¹⁰⁴.

Ferner ist auch danach zu unterscheiden, ob die Mitwirkung für einen Betrieb nur des anderen Ehegatten oder für einen gemeinsamen Betrieb erfolgt, der schließlich nach der Scheidung von dem anderen Ehegatten allein übernommen wird¹¹⁰⁵. Für die Abwägung des Gerichts kann das Ausmaß des wirtschaftlichen Vorteils daran gemessen werden, was einem vergleichbaren Arbeitnehmer auf dem bestehenden Arbeitsmarkt hätte vergütet werden müssen, wobei aber bei Ehegatten meist noch eine höhere Motivation und Leistungsbereitschaft zu berücksichtigen ist¹¹⁰⁶.

In jedem Falle ist bei Art. 97 Nr. 5 CC ebenso wie bei Art. 97 Nr. 4 CC der eheliche Güterstand mit zu berücksichtigen, denn dessen Liquidierung ist letztlich auch dafür maßgeblich, inwiefern die solidarische Mitwirkung des Ehegatten schon kompensiert wird oder nicht¹¹⁰⁷. Wie oben erläutert, empfängt der mitwirkende Ehegatte entweder den hälftigen Betrag an den Einkünften des anderen Ehegatten (*sociedad de gananciales*) oder einen Anteil am Zugewinn des anderen Ehegatten (*régimen de participación*)¹¹⁰⁸. Einzig beim *régimen de separación*¹¹⁰⁹ bleibt die Mitwirkung iSv Art. 97 Nr. 5 CC im Fall der Scheidung ohne jegliche wirtschaftliche Entschädigung, da auf diese Art der Mitwirkung auch Art. 1438 CC keine Anwendung mehr findet. Daher hat das Gericht im Fall des *régimen de separación* dem Art. 97 Nr. 5 CC ein erhöhtes Gewicht bei der Bestimmung der *cuantía* beizumessen¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁴ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 213; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 633

¹¹⁰⁵ Montero Aroca, Divorcio, S. 2322; ders., La pensión compensatoria, S. 157; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1174 und 1175; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 215; vgl. SAP Barcelona v. 17 Juni 1992, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 655

¹¹⁰⁶ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 596

¹¹⁰⁷ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1174; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 595/596; Montero Aroca, Divorcio, S. 2322; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 216

¹¹⁰⁸ Siehe hierzu oben: Fn. 1092

¹¹⁰⁹ Siehe hierzu oben: Fn. 1093

¹¹¹⁰ Vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 596

f. Dauer der Ehe und des ehelichen Zusammenlebens, Art. 97 Nr. 6 CC

Wie bereits mehrfach erläutert, ist die Ehedauer bzw. die Dauer des ehelichen Zusammenlebens im Recht der *pensión compensatoria* von großer Bedeutung¹¹¹¹. Diese Dauer ist objektiv nachvollziehbarer Beleg für den geäußerten Willen zu einer zwischenmenschlichen Einheit und korreliert mit dem Lebensalter, der familiären Hingabe und der Distanz zum Arbeitsmarkt. Insofern ist Art. 97 Nr. 6 CC besonders mit den anderen Kriterien des Art. 97 CC verknüpft¹¹¹².

Wie der Wortlaut des Art. 97 Nr. 6 CC nahe legt, sind Ehedauer und Dauer des ehelichen Zusammenlebens zu unterscheiden. Erstens kann beides zwar noch zeitgleich beginnen, muss es aber nicht. Zweitens dauert die Ehe bis zu ihrer rechtskräftigen Auflösung, das heißt, regelmäßig länger als das eheliche Zusammenleben.

Innerhalb des Art. 97 Nr. 6 CC ist jedoch vor allem die Dauer des ehelichen Zusammenlebens (2. Alt.) maßgeblich¹¹¹³, denn im ehelichen Zusammenleben wird letztlich die Ehe, deren Suspendierung bzw. Auflösung dem Art. 97 CC zugrunde liegt, vollzogen und eben nicht in Zeiten der Trennung. Folgerichtig ist daher auch die gesetzgeberische Schwerpunktsetzung im Scheidungsrecht auf die Beendigung des ehelichen Zusammenlebens (*cese efectivo de la convivencia conyugal*) als den entscheidenden Bruch im Eheverhältnis¹¹¹⁴. Demnach sind bei einer ordnungsgemäßen Abwägung der Ehedauer von dieser sämtliche (faktische, gerichtliche) Trennungszeiten abzuziehen¹¹¹⁵.

Anders als die subjektive Betrachtungsweise des *desequilibrio económico* führen nach der hier vertretenen objektiven Ansicht sehr kurze Ehezeiten

¹¹¹¹ Zur *limitación temporal*, siehe oben: 2.Kap.,A.IV.2.c.aa.(1), S. 241 und (2), S. 245/246; zur Verweigerung einer *pensión compensatoria* bei der subjektiven Betrachtungsweise des *desequilibrio económico*, siehe oben: 2.Kap.,B.II.2.c.aa.(1), S. 256

¹¹¹² Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1176; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 596; Montero Aroca, Divorcio, S. 2324; vgl. auch oben: 2.Kap.,A.IV.2.c.aa.(2), S. 245 f

¹¹¹³ Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1176; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 596; Montero Aroca, Divorcio, S. 2323; ders., La pensión compensatoria, S. 159

¹¹¹⁴ Siehe hierzu oben: 1.Kap.,B.III.1., S. 31, Übersicht S. 90 f und 2.Kap.,B.II.3.b.aa, S. 278 ff

¹¹¹⁵ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 596

nicht zu einem Wegfall des *desequilibrio económico*¹¹¹⁶. Vielmehr erscheint in derartigen Fällen eine Ermessensnullreduzierung im Rahmen der Gesamtabwägung durchaus möglich¹¹¹⁷.

g. Verlust eines etwaigen Rentenanspruchs, Art. 97 Nr. 7 CC

Art. 97 Nr. 7 CC ist in seinem Wortlaut sehr allgemein gehalten. Im Zusammenhang mit der *pensión compensatoria* sind hierunter aber nur solche Rentenansprüche zu verstehen, deren Verlust kausale Folge der gerichtlichen Trennung bzw. der Scheidung derjenigen Ehe ist, die der Entstehung dieses Rentenanspruchs zugrunde lag¹¹¹⁸.

Die explizite Erwähnung der Eventualität des Rentenverlusts im Wortlaut des Art. 97 Nr. 7 CC unterstreicht zudem den in die Zukunft weisenden Charakter dieses Kriteriums, denn ob ein Verlust eines Rentenanspruchs vorliegt, ergibt sich erst nach der Scheidung und in Abhängigkeit der einschlägigen Tatbestandsvoraussetzungen der entsprechenden Rentenrechtsvorschriften¹¹¹⁹.

Als Renten iSv Art. 97 Nr. 7 CC kommen sowohl gesetzlich geregelte als auch vertraglich vereinbarte Leistungen regelmäßiger Art in Betracht¹¹²⁰.

Zu denken ist somit an die sog. Witwenrente (*pensión por viudedad*)¹¹²¹ der gesetzlichen Sozialversicherung¹¹²², Art. 174 LGSS. Diese ist durch die Ehe

¹¹¹⁶ Siehe hierzu oben: 2. Kap., B.II.2.c.aa.(1), S. 256

¹¹¹⁷ In diese Richtung d. h. auf die Abwägung des Umfangs abstellend: SAP Pontevedra v. 26. April 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 656

¹¹¹⁸ Montero Aroca, Divorcio, S. 2325; ders., La pensión compensatoria, S. 160; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 597; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 222; Roca Trías, in: Comentario al Código Civil, Art. 97, S. 404/405

¹¹¹⁹ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 222/223; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1177

¹¹²⁰ García Cantero, in: Derecho de familia, S. 435

¹¹²¹ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 597; Montero Aroca, Divorcio, S. 2325; ders., La pensión compensatoria, S. 160/161. – Falsch ist es jedoch wie in einigen Entscheidungen, den Verlust einer Witwenrente aufgrund einer früheren Ehe in den Scheidungsunterhalt der nachfolgend zerrütteten Ehe mit einzubeziehen. Es mangelt hier daran, dass die der Scheidung zugrunde liegende Ehe nicht für die Witwenrente ursächlich war (vgl. aber u. a.: SAP Toledo v. 21. März 1994 und SAP Murcia v. 05. Oktober 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 657)

¹¹²² Anschaulich zum System der sozialen Sicherung in Spanien: Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich, S. 387 ff

bedingt und kommt durch die Auflösung der Ehe nicht mehr voll zur Geltung, denn Art. 174 Nr. 2 LGSS bestimmt für den Scheidungsfall nur eine anteilige Anrechnung. Abgesehen davon, dass für das Erlangen einer Witwenrente keine neue Ehe des geschiedenen Ehegatten erfolgen dürfte (Art. 174 Nr. 2 LGSS), müsste freilich das Vorversterben des anderen Ehegatten vorausgesetzt werden. Daher ist die tatsächliche Auszahlung einer Witwenrente unter normalen Umständen nur sehr unsicher vorweg zu nehmen und deswegen für eine Berücksichtigung im Art. 97 Nr. 7 CC wenig tauglich.

Zu denken ist auch an private Lebensversicherungen (*seguro de vida*), die im Todesfall dem anderen Ehegatten zugute kommen sollten, oder an sonstige vertragliche Rentenvereinbarungen zugunsten des anderen Ehegatten¹¹²³. Folge des rechtskräftigen Scheidungsurteils ist mangels eines bestehenden Ehegattenverhältnisses der Verlust diesbezüglicher Leistungen bzw. aus nachvollziehbaren Gründen eine entsprechende Korrektur der begünstigten Person durch den vertragschließenden Ehegatten.

Von Relevanz sind im Zusammenhang mit Art. 97 Nr. 7 CC vor allem auch die sog. *alimentos* gegenüber dem anderen Ehegatten¹¹²⁴. Wie bereits oben ausführlich erläutert¹¹²⁵, entfällt sowohl nach gerichtlicher Trennung¹¹²⁶ als auch nach Scheidung der Anspruch gem. Art. 142, 143 Nr. 1 CC, der den Ehegatten zuvor grundsätzlich zustand.

Da Prämienzahlungen für private Versicherungen nicht selten über die Berufseinkünfte bzw. über Vermögensnutzungen finanziert werden und diese im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft gem. Art. 1347 Nr. 1, Nr. 2 CC gemeinsame Errungenschaften (*gananciales*) darstellen¹¹²⁷, könnte für eine ordnungsgemäße Abwägung wiederum das Güterstandsrecht der *sociedad de gananciales* und eine etwaige Verrechnung bei der

¹¹²³ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 598; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 224; Montero Aroca, Divorcio, S. 2325; ders., La pensión compensatoria, S. 160/161

¹¹²⁴ Montero Aroca, Divorcio, S. 2325; ders., La pensión compensatoria, S. 161; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 224; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 598

¹¹²⁵ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.3.c, S. 196 ff

¹¹²⁶ Sofern die *pensión compensatoria* beantragt wird. – Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.3.c.cc.(3), S. 205

¹¹²⁷ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.II.4.b.bb.(2), S. 176

Liquidierung zu beachten sein¹¹²⁸. Jedoch sind derartige Prämienzahlungen, die ein Ehegatte auf eine Versicherung zugunsten des anderen Ehegatten tätigt, als Schenkung und somit als Vorbehaltsgut iSv Art. 1346 Nr. 2 CC des *begünstigten* Ehegatten zu betrachten¹¹²⁹. Dies hat zur Folge, dass eine Berücksichtigung bei der Liquidierung gem. Art. 1392 iVm 1396 ff CC nicht erfolgt.

Für die gerichtliche Abwägung im Rahmen des Art. 97 Nr. 7 CC ist diese Nichtberücksichtigung von Bedeutung, denn die Begünstigung in der Versicherung erfolgte aufgrund des Ehegattenverhältnisses und wird - falls nicht schon vertraglich so geregelt – im Scheidungsfall kaum aufrechterhalten bleiben. Folge ist eine Art Widerruf der „geschenkten“ Prämienzahlungen, so dass für den Scheidungsfall die eigentliche Betrachtung der Prämienzahlungen als *gananciales* iSv Art. 1347 Nr. 1, Nr. 2 CC wieder in Betracht zu ziehen wäre. Dies wiederum hätte aber bei der Liquidierung zu einer hälftigen Beteiligung, d. h. Prämienverrechnung, führen müssen. Falls dies folglich nicht schon im Rahmen der Liquidierung der *sociedad de gananciales* berücksichtigt worden ist, ist dies jedenfalls in die Abwägung über die *cuantía der pensión compensatoria* einzubeziehen.

Ein Ausgleich von sonstigen *etwaigen* Renten- oder Versicherungsleistungen bereits im Rahmen der Liquidierung der *sociedad de gananciales* findet nicht statt¹¹³⁰. Anders als im deutschen Scheidungsrecht (vgl. Art. 1587 ff BGB) können in Spanien zudem keine weiteren Anwartschaftsrechte des einen Ehegatten an der Altersrente (*pensión por jubilación*) des anderen Ehegatten verloren gehen, da dem spanischen Recht eine derartige Beteiligung fremd ist¹¹³¹.

¹¹²⁸ Vgl. bereits oben zu den anderen Kriterien: Fn. 1092, 1093; Fn. 1108, 1109

¹¹²⁹ Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich, S. 394

¹¹³⁰ Tatsächliche Renten- oder Versicherungsleistungen bleiben zumal Vorbehaltsgut des betreffenden Ehegatten, vgl. Art. 1349, 1. Hs., Art. 1346 Nr. 5 und Nr. 6 CC. Nur während der Ehe ausbezahlte, vertragliche Rentenzahlungen werden zu *gananciales*, Art. 1349, 2. Hs. CC (vgl. Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich, S. 393/394).

¹¹³¹ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 597; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 224; Reinhard, Rechtsordnungen mit Versorgungsausgleich, S. 394 und 395

h. Vermögen, wirtschaftliche Mittel und Bedürfnisse der Ehegatten, Art. 97

Nr. 8 CC

Art. 97 Nr. 8 CC berücksichtigt die wirtschaftlichen Vermögensverhältnisse (Art. 97 Nr. 8, 1. Var., 2. Var. CC) und die jeweiligen Bedürfnisse (Art. 97 Nr. 8, 3. Var. CC) beider Ehegatten.

Die Berücksichtigung des Vermögens und der Bedürfnisse ist am Niveau der ehelichen Lebensverhältnisse auszurichten¹¹³². Diese Orientierung an den ehelichen Lebensverhältnissen bedingt auch, dass die in Art. 97 Nr. 8 CC erwähnten Bedürfnisse weiter als die lebensnotwendigen Bedürfnisse im Sinne der *alimentos* gem. Art. 142 ff CC zu verstehen sind¹¹³³. Dies geht einher mit der bereits oben erläuterten Feststellung, dass die ausgleichende Rechtsnatur der *pensión compensatoria* die alimentarische Rechtsnatur der *alimentos* mit umfasst¹¹³⁴.

Anders als bei der bloßen Feststellung, ob ein *desequilibrio económico* gegeben ist oder nicht, ist bei Art. 97 Nr. 8 CC im Rahmen der *cuantía* das Ausmaß des *desequilibrio económico* bzw. die Höhe der Unterschiedlichkeit der Vermögenslagen von entscheidendem Interesse¹¹³⁵. Extrem unterschiedliche Vermögensverhältnisse oder nur wenig unterscheidbare Vermögenszustände stellen einen wichtigen Faktor zur Bestimmung des quantitativen Umfangs dar.

Es gilt hierzu jeweils den Saldo der Aktiva und Passiva der Ehegatten zu betrachten¹¹³⁶. Zu bemerken ist, dass Art. 97 Nr. 8 CC nicht nur die

¹¹³² Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 599; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 211; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1179; SAP Zaragoza v. 25. Juni 1991, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 660

¹¹³³ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 226; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 599

¹¹³⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3.c.aa, S. 197

¹¹³⁵ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 211 und 228; vgl. SAP Zaragoza v. 19. Februar 1991 und SAP Madrid v. 13. März 1989, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 657

¹¹³⁶ Der entscheidende Richter muss hierbei lediglich auf die Vermögensdarlegungen der Parteien im Rahmen des horizontalen Vergleichs des *desequilibrio económico* zurückgreifen (vgl. hierzu Ausführungen oben: 2.Kap.,B.II.3, S. 267 ff). – Als Aktiva des schuldenden Ehegatten kommen vor allem eheprägendes Kapitalvermögen und die laufenden beruflichen Einkünfte in Betracht. Als Passiva sind insbesondere Unterhaltszahlungen an Kinder, Krankheits- und Versicherungskosten, Kreditverbindlichkeiten, Wohnungsmiete, etc. zu berücksichtigen. Die Aktiva des anspruchstellenden Ehegatten bestehen zumeist aus dessen Kapitalvermögen, etwaigen beruflichen Einkünften, etwaigen Liquidierungserlösen des ehelichen

gegenwärtigen, sondern auch die zukünftigen Verhältnisse und Bedürfnisse in Betracht zieht¹¹³⁷. Erfasst sind daher jedenfalls – wie schon beim *desequilibrio económico* – z. B. bereits in der Ehe ersichtliche Einkommenserhöhungen, der Wegfall von ehelichen Kreditverbindlichkeiten oder Kindesunterhaltszahlungen¹¹³⁸, der Eintritt der bald anstehenden Pensionierung, etc.¹¹³⁹. In Anlehnung an die Maßgeblichkeit der ehelichen Lebensverhältnisse und in Konsequenz zu obigen Ausführungen dürfen jedoch Umstände, die außerhalb der ehelichen Situation entspringen, nicht in die Abwägung des Art. 97 Nr. 8 CC einbezogen werden¹¹⁴⁰. Folglich können zusätzliche Belastungen durch eine angestrebte neue Familie oder Ehe, Kreditverbindlichkeiten oder Krankheitskosten nach Scheitern der Ehe, etc. nur mittels einer Änderung der *pensión compensatoria* gem. Art. 100 CC Berücksichtigung finden¹¹⁴¹.

Die Betrachtung der Vermögensverhältnisse hat insbesondere für den schuldenden Ehegatten Bedeutung, denn sie ist zudem Maßstab für dessen Leistungsfähigkeit. Das Gericht hat die wirtschaftlichen Verhältnisse auch als Grenze des Möglichen zu bewerten, so dass die Festsetzung der *cuantía* den Schuldner der *pensión compensatoria* nicht finanziell ruinieren darf¹¹⁴². Um daher ein Abrutschen ins soziale Abseits zu verhindern, hat das Gericht konsequenterweise die *cuantía* derart zu bestimmen, dass dem Schuldner letztlich ein Mindestbehalt seines Vermögens oder seiner Einkünfte übrig

Güterstands und auch aus dem ersparten Nutzungsentgelt für den Gebrauch der ehelichen Wohnung. Dem sind insbesondere Passiva wie die durch die Bedürfnisse des Ehelebens hervorgerufenen Kosten, etwaige Krankheits- und Versicherungskosten, etc. gegenüber zu stellen (vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 599 ff; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 230; unter vielen: SAP Alava v. 30. März 1995 und SAP Vizcaya v. 04. Mai 1993, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 660; SAP Alicante v. 25. Januar 1993 und SAP Valencia v. 05. Juli 1992, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 659).

¹¹³⁷ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 601

¹¹³⁸ Kindesunterhalt (*alimentos*) gem. Art. 142 ff CC ist der *pensión compensatoria* gegenüber stets vorrangig (vgl. Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 136).

¹¹³⁹ Siehe hierzu oben: 2.Kap., B.II.3.b.bb., S. 283

¹¹⁴⁰ Vgl. hierzu oben: 2.Kap., B.II.3.b.bb., S. 284

¹¹⁴¹ Anders: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 600 und 601; SAP Bilbao v. 02. November 1989, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 658/659

¹¹⁴² García Cantero, in: Derecho de familia, S. 435; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 599 und 601; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 229; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1178; Roca Trías, in: Comentario al Código Civil, Art. 97, S. 405

bleibt¹¹⁴³. Als Orientierungshilfe hierfür kann der gesetzliche Mindestlohn für Arbeitnehmer (*salario minimo interprofesional*) dienen¹¹⁴⁴.

Demnach kann es gerade bei ärmlichen Verhältnissen beider Ehegatten, bei denen zwar gemäß der objektiven Betrachtungsweise ein *desequilibrio económico* festgestellt werden kann, ein Mindestbehalt für notwendigen Lebensunterhalt für Kleidung, Ernährung und Unterkunft des eigentlich wirtschaftlich besser gestellten Ehegatten jedoch nicht gewährleistet ist, zu einer Ermessennullreduzierung der *cuantía* kommen¹¹⁴⁵.

Bei Betrachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse wird unterschiedlich entweder auf Brutto- oder auf Nettoeinkommen abgestellt¹¹⁴⁶. Dies ist jedoch unerheblich, sofern das Gericht folgerichtig und entsprechend die *pensión compensatoria* brutto bzw. netto berechnet. Jedenfalls ist aber im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob den Ehegatten tatsächlich nur das Nettoeinkommen bzw. der Nettobetrag der *pensión compensatoria* zur Verfügung steht¹¹⁴⁷. Bei Betrachtung der Bruttogehälter sind jedenfalls die Einkommensteuern als Passiva abzuziehen¹¹⁴⁸.

i. Betrachtung der nicht in Art. 97 CC katalogisierten Umfangskriterien

Der jeweilige Einzelfall bedingt es, weitere Kriterien zu beachten, die nicht im Katalog des Art. 97 Nr. 1 – Nr. 8 CC erwähnt und deren Auswahl der Gesetzgeber völlig in die Hand der Gerichte gegeben hat. Wie bereits ausgeführt, trifft dies beispielsweise auf die Berücksichtigung des jeweils einschlägigen ehelichen Güterstands und dessen Liquidierung zu¹¹⁴⁹. Ebenso kann hierunter die Berücksichtigung eines Mindestbehaltes für den

¹¹⁴³ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 601

¹¹⁴⁴ Dieser wurde zuletzt für das Jahr 2004 durch Königliches Dekret 1793/2003 auf 460,50 Euro pro Monat festgesetzt (<http://www.ine.es/inebase/cgi/axi>, Stand: 15.07.2004)

¹¹⁴⁵ Vgl. hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3.a.ee, S. 277

¹¹⁴⁶ Vgl. Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 231 ff

¹¹⁴⁷ Daher wird allgemein das Einkommen in Art. 97 CC auch als Nettoeinkommen angeführt (vgl. Montero Aroca, Divorcio, S. 2327; ders., La pensión compensatoria, S. 162; SAP Málaga v. 09. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4438)

¹¹⁴⁸ Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 137

¹¹⁴⁹ Siehe hierzu oben: 2. Kap.,C.I.2.d., S. 312 und e., S. 315 und g., S. 318. - Siehe auch: Fn. 1128

schuldenden Ehegatten gefasst werden¹¹⁵⁰ oder auch die Erwartung einer Erbschaft¹¹⁵¹.

Der Berücksichtigung von Kriterien wurden in Art. 97 CC vom Gesetzgeber bewusst keine Grenzen gesetzt, in der Absicht, der komplexen Situation einer Ehescheidung flexibel begegnen zu können. Grenzen können sich daher lediglich aus der Vorschrift selbst (insbesondere aus deren Rechtscharakter¹¹⁵²) und dem Billigkeitsgrundsatz ergeben, vgl. Art. 3 CC.

Insofern erscheint jedoch die Berücksichtigung eines Verschuldens am Scheitern der Ehe nicht möglich, da dies evident dem Willen des Gesetzgebers widerspricht¹¹⁵³. Ebenso wäre die rechtsmissbräuchliche Herbeiführung einer wirtschaftlich schlechteren Vermögenslage nach Scheitern der Ehe, zur Vermeidung der Schuldner- und zum Erreichen der Gläubigerstellung einer *pensión compensatoria*¹¹⁵⁴ nur dann als weiteres Kriterium des Art. 97 CC relevant, falls man den Vergleichszeitpunkt nicht schon auf das Scheitern der Ehe (*cese efectivo*) festsetzt, bzw. falls man unter Verletzung des Ursächlichkeitszusammenhangs zur Ehe auch noch nachträglich diese Vermögensvorgänge des eigentlichen Schuldners einbezieht¹¹⁵⁵. Ähnlich ist der bereits oben¹¹⁵⁶ erwähnte Umstand zu betrachten, dass sich ein Ehegatte nach Scheitern der Ehe zusätzlichen Lasten durch eine angestrebte neue Familie oder Ehe ausgesetzt sieht¹¹⁵⁷. Diese Belastungen stehen jedoch in keinem Ursächlichkeitszusammenhang zur hier maßgeblich zu betrachtenden Ehe und deren Verhältnissen, und sind daher innerhalb des Art. 97 CC nicht mit einzustellen.

Erkennbar wird die Gefahr dieser Unbegrenztheit der Kriterien, dadurch erklärbar jedoch die Vielfalt und Unterschiedlichkeit der gerichtlichen Abwägungen. Die Einbeziehung von weiteren Umständen innerhalb des Art.

¹¹⁵⁰ Siehe hierzu unmittelbar oben: 2.Kap.,C.I.2.h., S. 321/322

¹¹⁵¹ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 241

¹¹⁵² Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.2. und 3. und 4., S. 183 ff

¹¹⁵³ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.3.a., S. 193 und B.II.2.c.bb.(3), S. 264. - Anders und insbesondere auf die Unbegrenztheit der Kriterien des Art. 97 CC abstellend: vgl. bei Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 237; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 602/603

¹¹⁵⁴ González Poveda, Efectos comunes, S. 104; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 602

¹¹⁵⁵ Vgl. hierzu Ausführungen oben: 2.Kap.,B.II.3.b.bb., S. 284

¹¹⁵⁶ Siehe hierzu unmittelbar oben: 2.Kap.,C.I.2.h., S. 321

¹¹⁵⁷ Dies aber berücksichtigend: U. a. Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 167; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 600 und 601

97 CC verleitet offenbar zu dem Trugschluss, man könne die *pensión compensatoria* zielorientiert korrigieren. Sollte dies jedoch willkürlich und unsystematisch erfolgen, folglich unter Außerachtlassung des Anwendungsbereichs des Art. 97 und dessen zugrunde liegender Rechtsdogmatik, so liegt in der Abwägung eines derartigen Kriteriums jedenfalls ein Ermessenfehler vor.

3. Konkrete Festlegung der *pensión compensatoria*

Wie erwähnt ist eine exakte wirtschaftliche Bewertung der einzelnen Umfangskriterien äußerst schwierig. Eine standardisierte Form der Berechnung bzw. einheitliche Tabellen oder Leitlinien gibt es im Zusammenhang mit der *pensión compensatoria* nicht¹¹⁵⁸. Die konkrete Umfangshöhe ist letztlich stark vom richterlichen Ermessen geprägt. Das Gericht hat hierbei sämtliche in Betracht kommenden Kriterien gleichrangig zu berücksichtigen und schließlich insgesamt abzuwägen¹¹⁵⁹. Von praktisch besonderer Relevanz sind jedenfalls das finanziell Mögliche des besser gestellten und das finanziell Notwendige des schlechter gestellten Ehegatten (Nr. 8), die Ehedauer (Nr. 6), Alter und Gesundheitszustand (Nr. 2) und das Vorhandensein von Kindern (Nr. 4)¹¹⁶⁰.

In Spanien unterliegt demnach die konkrete Bestimmung einer *pensión compensatoria* einer richterlichen Einzelfallrechtsprechung, die individuell geprägt ist von der Vielfalt, Weite und Unterschiedlichkeit der Umfangskriterien und letztlich zu enormer Rechtsunsicherheit führt¹¹⁶¹. Denn letztlich erscheint im finanziellen Rahmen jeder Betrag möglich, der nicht evident ermessensfehlerhaft ist.

In einer die Jahre 1982 bis 1991 betrachtenden Statistik über die *pensión compensatoria* zeigte sich, dass sich 70 % derselbigen in einem Rahmen von 7500 bis 30000 Peseten pro Monat (ca. 45 bis 180 Euro¹¹⁶²) bewegte und nur 8,5 % über den monatlichen Betrag von 100000 Peseten (ca. 601 Euro) gelangte¹¹⁶³.

Allgemein konnte beobachtet werden, dass bei längerer Ehedauer und fortgeschrittenem Alter der Ehefrau, die sich stets um den familiären

¹¹⁵⁸ Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 137

¹¹⁵⁹ Siehe hierzu oben: 2. Kap., C.I.1., S. 301; Lasarte Alvarez/Valpuesta Fernandez, in: Lacruz Berdejo, Matrimonio y divorcio, Art. 97, S. 1179; Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 136; González Poveda, Efectos comunes, S. 102; vgl. SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2004, Nr. 1481; SAP Zaragoza v. 15. November 2002, ArC 2002, Nr. 1863

¹¹⁶⁰ Vgl. Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 142

¹¹⁶¹ Montero Aroca, Divorcio, S. 2331; ders., La pensión compensatoria, S. 169; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 246/247

¹¹⁶² Der amtliche Umrechnungskurs für 1 Euro beträgt 166,386 Peseten.

¹¹⁶³ Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 603/604

Haushalt kümmerte, ohne besondere berufliche Qualifizierung ist und keinen Zugang zum Arbeitsmarkt findet, eine *pensión compensatoria* um ca. 20 bis 30 % des Einkommens des Schuldners zugesprochen wurde¹¹⁶⁴. Bei ca. 30 % und darüber liegen Entscheidungen, in denen obige Kriterien besonders intensiv vorlagen wie beispielsweise traditionelle Ehen, die sehr lange bestanden (z. B. 30 Jahre), die Ehefrau ein erhöhtes Alter (z. B. ca. 60 Jahre) aufweist und diese sich nur Familie und Haushalt gewidmet hat¹¹⁶⁵. Bei weniger als 20 % liegen oft Entscheidungen, denen eine neuzeitlichere Ehe zugrunde liegt, bei der die Ehefrau einer eigenen Berufstätigkeit (voll oder teilweise) nachgeht bzw. ihr aufgrund Ausbildung oder Alters der Arbeitsmarkt leichter zugänglich ist und keine zu lange Ehedauer gegeben war¹¹⁶⁶. In diesem Rahmen liegen auch Fälle, in denen der Ehefrau in höherem Alter noch eigene Einkünfte zukommen, wie z. B. etwaige Renten- oder Versicherungsleistungen¹¹⁶⁷.

Obige Beobachtungen in der Praxis können jedoch nicht verallgemeinert werden. So wurde in einer jüngeren Entscheidung der anspruchstellenden Ehefrau für fünf Jahre lediglich 8,9 % (900 Euro) des monatlichen Einkommens des Mannes (ca. 10119 Euro) zugesprochen. Dem lag eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Kindern iHv ca. 1800 Euro, eine mehr als 10-jährige Ehedauer, die mehrheitliche Widmung der Anspruchstellerin vor allem für die zwei minderjährigen Kinder, deren unentgeltliche Mitarbeit in der Privatklinik des Ehegatten, das Lebensalter von 42 Jahren zum Zeitpunkt der Entscheidung und eine mehr als 15-jährige Distanz zu ihrem gehobenen Qualifikationsabschluss vor¹¹⁶⁸. Des Weiteren

¹¹⁶⁴ SAP La Rioja v. 18. Oktober 2002, ArC 2002, Nr. 1846 (20,41 %); SAP Valladolid v. 22. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3889; SAP Valencia v. 17. Februar, ArC 2000, Nr. 743 (26,09 %); SAP Cádiz v. 07. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3900 (22,91 %); vgl. Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 137; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 248. – Nach einer statistischen Erhebung betrafen im Zeitraum 1985 bis 1997 58 % der Fälle eine *pensión compensatoria* von weniger als 20 % des Einkommens des Verpflichteten, 19 % im Bereich von 20 – 30 % des Einkommens und 23 % im Bereich von 30 – 50 % des Einkommens (vgl. Sagrario Bermúdez, ArC 1998, 143).

¹¹⁶⁵ SAP Vizcaya v. 15. Januar 2003, ArC 2003, Nr. 141 (30,43 %); SAP Alicante v. 05. März 1996, ArC 1996, Nr. 471 (29,41 %); SAP Murcia v. 04. Juni 1992, ACAud. 1992, 1289 (35,75 %)

¹¹⁶⁶ SAP Zaragoza v. 17. Januar 2001, ArC-Data 2001, Nr. 118 (ca. 18 %); SAP Gerona v. 09. Februar 1998, ArLM, Art. 97, S. 772 (15,75 %); SAP Salamanca v. 01. Juli 1996, ArC 1996, Nr. 1312 (17,14 %); SAP Barcelona v. 17. Januar 1996, ArC 1996, Nr. 56 (12,50 %); SAP Cantabria v. 27. Oktober 1994, ArC 1994, Nr. 1771 (17,13 %); SAP León v. 27. Juli 1992, LL-Data 16667/1995 (12,31 %); Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 248

¹¹⁶⁷ SAP Valladolid v. 06. Februar 1996, ArC 1996, Nr. 364; SAP León v. 11. November 1993, ACAud. 1993, 694

¹¹⁶⁸ SAP Córdoba v. 21. Juli 2003, ArC 2004, Nr. 1481

sind interne Gerichtspraktiken erkennbar, die z. B. grundsätzlich von einer *pensión compensatoria* in Höhe von 31 % der Einkünfte des schuldenden Ehegatten ausgehen, sofern der benachteiligte Ehegatte und etwaige unterhaltsberechtigende Kinder ohne eigenes Einkommen sind. Sollte dies dennoch der Fall sein, so ist die Höhe der *pensión compensatoria* nach unten zu korrigieren¹¹⁶⁹.

Gemäß Art. 97 a. E. CC sind im Scheidungsurteil zudem die Grundlagen für die Aktualisierung der *pensión compensatoria* festzusetzen¹¹⁷⁰. Dies erfolgt regelmäßig durch jährliche Anpassung der *pensión compensatoria* an den Verbraucherpreisindex¹¹⁷¹, der die berücksichtigungswürdigen gestiegenen Lebenshaltungskosten wiedergibt. Der Verbraucherindex wird jährlich vom nationalen Amt für Statistik¹¹⁷² festgelegt. Ferner können vom Gericht Anpassungen an evident *absehbare* Einkommensentwicklungen der Ehegatten, insbesondere bei Beamtengehältern, festgelegt werden¹¹⁷³.

Grundsätzlich und in der Praxis nahezu ausschließlich wird die gesetzlich nicht geregelte Form der Erhebung auf eine monatlich wiederkehrende Geldleistung der *pensión compensatoria* festgelegt¹¹⁷⁴. Charakteristisch ist die (einhellig anerkannte) Periodizität¹¹⁷⁵ der Leistung, die dem Selbstverständnis der *pensión compensatoria* immanent ist, sich auch aus

¹¹⁶⁹ Vgl. SAP Valladolid v. 22. Oktober 1999, ArC 1999, Nr. 2388. – Im konkreten Fall bestand eine 37-jährige Ehe, in der sich die Ehefrau stets um Familie und Haushalt kümmerte. Der in etwa einem Prozentsatz von 31 % beanspruchte Betrag von 30000 Peseten (180,30 Euro) wurde von der AP Valladolid aufgrund von Rentenansprüchen der Ehefrau und des mittlerweile geschäftsunfähigen Kindes (iHv insgesamt 95945 Peseten = 576,64 Euro) auf 20000 Peseten (120,20 Euro; 20,66 %) reduziert.

¹¹⁷⁰ Vgl. näher Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 250 ff; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 198 ff

¹¹⁷¹ *Índice de Precios al Consumo* (= IPC); Lacruz/Sancho, Derecho de familia, S. 178; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 201; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 256; vgl. u. a. SAP Alicante v. 14. Dezember 2000, ArC-Data 2001, Nr. 190; SAP Vizcaya v. 20. April 1995, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 683

¹¹⁷² *Instituto Nacional de Estadística* (= INE). – Der durchschnittliche Verbraucherpreisindex belief sich im Jahr 2003 auf 108,2 Indexpunkte, was einer Steigerung zum Vorjahr um 2,6 % entspricht (vgl.: <http://www.ine.es/inebase/cgi/um?M=/t25/p138&O=inebase>, Stand: 15.07.2004).

¹¹⁷³ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 199; vgl. AAP Madrid v. 05. Oktober 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7385

¹¹⁷⁴ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 185; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 604; Montero Aroca, Divorcio, S. 2328 und 2331; González Poveda, Efectos comunes, S. 106; vgl. SAP Barcelona v. 17. Juni 1992, RGD 1992, 3793

¹¹⁷⁵ Montero Aroca, Divorcio, Tomo III, S. 2328; ders., La *pensión compensatoria*, S. 164 und 190; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 201; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 99, S. 407; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 257

Art. 99 CC ergibt¹¹⁷⁶ und durchaus über den 1-monatlichen Zeitraum hinaus erfolgen kann.

Die Geldleistung erfolgt in der Regel durch Überweisung auf eine entsprechende Bankverbindung des Anspruchstellers zu einem bestimmten Zahltag¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁶ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,C.III.1., S. 330/331

¹¹⁷⁷ Vgl. als gängiges Beispiel bei SAP Alicante v. 14. Dezember 2000, ArC-Data 2001, Nr. 190

II. Der zeitliche Umfang (*limitación temporal*)

Zur zeitlichen Bestimmung des Umfangs der *pensión compensatoria* ist umfassend auf obige Ausführungen zur zeitlichen Beschränkung (*limitación temporal*) zu verweisen¹¹⁷⁸.

Für die Gesamtabwägung des Gerichts im Rahmen der *cuantía* ist lediglich hinzuzufügen, dass die Relation zwischen *limitación temporal* und *cuantía* insoweit zu berücksichtigen ist, als das Produkt aus beiden Komponenten letztlich die nominelle wirtschaftliche Belastung des schuldenden Ehegatten darstellt.

¹¹⁷⁸ Siehe oben: 2.Kap.,A.IV.2., S. 234 ff

III. Ersetzung, Änderung und Beendigung der *pensión compensatoria*

Während die *cuantía* und der *limitación temporal* den Anspruchsumfang für die konkrete Festlegung der *pensión compensatoria* im Scheidungsurteil zum Gegenstand haben, behandeln die Ersetzung gem. Art. 99 CC und die Änderung gem. Art. 100 CC die *nachträgliche* Veränderung der bereits festgelegten *pensión compensatoria* und beschreibt die Beendigung gem. Art. 101 CC die rechtsvernichtenden Einwendungen gegen das Recht auf die *pensión compensatoria*.

1. Ersetzung gem. Art. 99 CC (sustitución)

Art. 99 CC findet in der Praxis wenig Beachtung¹¹⁷⁹. Die Möglichkeit der Ersetzung durch die Begründung einer lebenslangen Rente (Art. 99, 1. Var. CC), durch Einräumung eines Nießbrauchsrechts (Art. 99, 2. Var. CC) oder durch Übergabe eines Kapitalbetrags (Art. 99, 3. Var. CC) bietet der Reformgesetzgeber nur als *nachträglichen Ersatz* für die ursprünglich gem. Art. 97 CC festgelegte *pensión compensatoria* an.

Art. 99 CC ist somit als gesetzlicher Beleg für die Periodizität¹¹⁸⁰ und grundsätzliche zeitliche Beschränkung¹¹⁸¹ der *pensión compensatoria* zu verstehen, denn die dort erwähnten Gestaltungsformen kommen nur als Ausnahme in Betracht, eben wenn eine *pensión compensatoria* bereits festgesetzt worden war¹¹⁸² und wenn sich die geschiedenen Ehegatten *übereinstimmend* auf eine Ersetzung geeinigt haben¹¹⁸³. Die inhaltlich unterschiedliche Betrachtung von Art. 97 und Art. 99 CC und der Ausnahmecharakter des Art. 99 CC werden gerade auch durch dieses Erfordernis der Übereinstimmung verdeutlicht, denn eine solche

¹¹⁷⁹ Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 189

¹¹⁸⁰ Siehe oben: Fn. 1174, 1175

¹¹⁸¹ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.IV.2.a.cc., S. 237 f

¹¹⁸² Nach SAP Girona v. 17. Dezember 1998 (LL 1999, 5393) bedarf es hierzu nicht der rechtskräftigen Festsetzung, sondern bereits im Berufungsverfahren ist eine Ersetzungsvereinbarung möglich.

¹¹⁸³ Vor einer etwaigen gerichtlichen Festsetzung der *pensión compensatoria* bleibt es den Ehegatten bereits unbenommen, eine Vereinbarung im *convenio regulador* oder eine sonstige übereinstimmende Regelung mit dem Inhalt einer besonderen Gestaltungsform (ob Nießbrauch, Kapitalabfindung oder lebenslange Zahlung) vorzunehmen (vgl. Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 604/605).

Vereinbarung über die *pensión compensatoria* ist dem Anwendungsbereich des Art. 97 CC fremd¹¹⁸⁴.

Folglich ist der Inhalt des Art. 99 CC grundsätzlich¹¹⁸⁵ nicht für die in Art. 97 CC streitig zu bestimmende *pensión compensatoria* vorgesehen¹¹⁸⁶.

Art. 99 CC ist Ausdruck des Grundsatzes der Privatautonomie, wonach die Ehegatten jederzeit nach der Feststellung der *pensión compensatoria* im Scheidungsurteil deren Form der Leistungserhebung ändern können sollen¹¹⁸⁷. Hierbei sind die Ehegatten nicht auf die Möglichkeiten des Art. 99 CC beschränkt, sondern können darüber hinaus weitere adäquate Ersetzungsmöglichkeiten der Erhebungsform übereinstimmend vereinbaren¹¹⁸⁸.

Eine richterliche Überprüfung dieser Vereinbarung erscheint entbehrlich, da den Ehegatten die vom Gericht festgelegte *pensión compensatoria* als Maßgabe zugrunde liegt¹¹⁸⁹. Art. 99 CC ist lediglich als Berechtigung zu einer Vereinbarung über die Leistungsmodalitäten der *pensión compensatoria* zu verstehen, jedoch nicht über Veränderungen am Anspruchsgrund oder –umfang¹¹⁹⁰. Hierfür sieht der Gesetzgeber gerade das Änderungsverfahren gem. Art. 100 CC vor. Die vom Gericht in Art. 97 CC konkret bestimmte Unterhaltsleistung dient daher jedenfalls als konkreter Bewertungsmaßstab für die jeweilige Ersetzungsmöglichkeit, anderenfalls läge bereits ein Verstoß gegen die unterhaltsrechtliche Bestimmung im Scheidungsurteil vor.

¹¹⁸⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,C.I.2.a.aa., S. 304 f

¹¹⁸⁵ Eine Ausnahme dieses Grundsatzes ist auch nur bezüglich der *limitación temporal* der *pensión compensatoria* gem. Art. 97 CC ersichtlich, da im Ausnahmefall auch bereits innerhalb des Art. 97 CC auf eine lebenslange Unterhaltszahlung erkannt werden kann (siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.IV.2.b, S. 238)

¹¹⁸⁶ Montero Aroca, Divorcio, S. 2328; Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 604; SAP Barcelona v. 26. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4422; SAP Barcelona v. 14. Oktober 1998, ArC 1998, Nr. 1857; SAP Guadalajara v. 18. Februar 1994, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 682; SAP Palma de Mallorca v. 21. Oktober 1991, in: Pérez Martín, Separación y divorcio, S. 681; SAP Barcelona v. 09. April 1991, in: Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 202; SAT Valencia v. 13. Oktober 1988, RGD 1988, 6974

¹¹⁸⁷ González Poveda, Efectos comunes, S. 106

¹¹⁸⁸ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 263; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 99, S. 408

¹¹⁸⁹ In diese Richtung: Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 636; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 258. – Anders: Campuzano Tomé, Pensión por desequilibrio, S. 186/187; Haza Díaz, Pensión de divorcio, S. 80

¹¹⁹⁰ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 99, S. 407

Unter der Begründung einer lebenslangen Rente sind Verträge gem. Art. 1802 iVm 1803 CC zu verstehen. Im Zusammenhang mit der Verpflichtung aus Art. 97 CC handelt es sich demnach um Verträge des schuldenden Ehegatten mit einem Dritten (z. B. Banken oder Versicherungen) zu Gunsten des anspruchstellenden Ehegatten, Art. 1803, 2. Var. CC. Der Dritte bzw. Vertragspartner des schuldenden Ehegatten hat den anderen Ehegatten als Begünstigten zu befriedigen. Vorteil ist hierbei, dass der anspruchstellende Ehegatte sich zumeist einem solventeren Leistungsträger gegenüber sieht und mit einem festen Betrag dauerhaft kalkulieren kann¹¹⁹¹. Deutlich wird hiermit zudem, dass die Leistung der *pensión compensatoria* nicht höchstpersönlich durch den Schuldner zu erfolgen hat¹¹⁹².

Die Einräumung eines Nießbrauchsrechtes erfolgt gem. Art. 467, 468 CC. Geschuldet wird kein konkreter Geldbetrag, sondern vielmehr die regelmäßige, zeitlich beschränkbare Nutzung eines Vermögensgegenstandes (auch Rechte, vgl. Art. 469, Satz 2 CC)¹¹⁹³. Zu beachten ist, dass der anspruchstellende Ehegatte (ganz oder teilweise) an der Fruchtziehung aus den Vermögensgegenständen (z. B. Mieteinnahmen einer zur Nutzung überlassenen Wohnung) beteiligt sein kann, vgl. Art. 469, Satz 1 CC. Alles, was über die vereinbarte Fruchtziehung hinausgeht, hat er dem schuldenden Ehegatten grundsätzlich zu übergeben. Sollte dies jedoch beim anspruchstellenden Ehegatten verbleiben, ist dem Schuldner kein Schenkungswille zu unterstellen. Letzterer ergibt sich nur bei ausdrücklicher Vereinbarung, dass die überschüssige Fruchtziehung beim Gläubiger verbleiben soll¹¹⁹⁴.

Durch die Ersetzungsvereinbarung einer lebenslangen Rente bzw. eines Nießbrauchs sind folglich die Art. 1802 – 1808 CC bzw. 467 – 529 CC maßgeblich zu betrachten. Hieraus folgt, dass die Beendigungstatbestände des Art. 1804 bzw. 513 CC greifen, die bis auf den Tod des anspruchstellenden Ehegatten (= Begünstigten bzw. Nießbrauchsberechtigten) die inhaltlichen Beendigungsgründe des Art. 101 CC (insbesondere Neuvermählung oder Zusammenleben in eheähnlicher

¹¹⁹¹ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 265

¹¹⁹² Roca Trías, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 99, S. 408

¹¹⁹³ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 266

¹¹⁹⁴ Roca Trías, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 99, S. 408

Gemeinschaft¹¹⁹⁵) jedoch nicht enthalten. Zu fragen ist daher, ob letztere in der Ersetzungsvereinbarung ausdrücklich fixiert werden müssten¹¹⁹⁶, und damit, ob die Ersetzung als Leistung an Erfüllung Statt oder als Novation (Schuldersetzung) zu betrachten ist. Erstere lässt den Anwendungsbereich des Art. 101 CC unberührt, letztere hat diesen aufgrund der Ersetzung mit einem neuen Schuldverhältnis nicht mehr zu beachten.

Bei all der Kontroverse um diese Frage¹¹⁹⁷ kann der Annahme einer Novation nicht im Geringsten gefolgt werden. Dem Art. 99 CC liegt als Fundament das richterliche Urteil über die *pensión compensatoria* zugrunde, dem wiederum liegt der Wille des Gesetzgebers nach wirtschaftlichem Ausgleich innerhalb des nachehelichen Solidaritätsverhältnisses zugrunde¹¹⁹⁸. Demnach soll gem. Art. 101 CC der geschiedene Ehegatte bei Neuvermählung des anderen bzw. Zusammenleben des anderen in eheähnlicher Lebensgemeinschaft nicht mehr für dessen *desequilibrio económico* eintreten müssen. Eine Entbindung von dieser nachehelichen Solidarität, indem man diese nacheheliche Rechtsbeziehung der geschiedenen Ehegatten ausschließlich auf eine neue, andersartige Rechtsbeziehung überträgt, ist somit dogmatisch und systematisch fehlerhaft. Die Beendigungsgründe des Art. 101 CC bräuchten daher nicht zusätzlich vereinbart werden (obschon dies zur Beseitigung sämtlicher Zweifel in der Praxis ratsam erscheint).

Die entsprechende Kapitalabfindung setzt endgültig einen Schlusspunkt unter die nachehelichen Vermögensbeziehungen zwischen den Ehegatten. Der anspruchstellende Ehegatte hat nach Wahl dieser Ersetzungsmöglichkeit keine weiteren Forderungsrechte mehr aus der ursprünglich festgelegten *pensión compensatoria*, denn der Schuldner wurde seiner Verpflichtung gerecht, vgl. Art. 1157 CC. Das *desequilibrio económico* gilt als endgültig beseitigt¹¹⁹⁹. Insoweit ist Art. 99 CC zeitlich im Zusammenhang mit dem

¹¹⁹⁵ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,C.III.2., S. 335 und 3., S. 343

¹¹⁹⁶ Vgl. Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 196

¹¹⁹⁷ Siehe hierzu anschaulich: Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 270 ff

¹¹⁹⁸ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,A.III.2.a. und b., S. 183 ff und 4., S. 208 ff

¹¹⁹⁹ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 99, S. 408

Beendigungstatbestand des Art. 101, 1. Var. CC zu betrachten¹²⁰⁰. Zu bedenken ist das Risiko für den Schuldner, denn ohne einschlägige vertragliche Regelung kann er bei Eintritt von Beendigungsgründen¹²⁰¹ - wie Neuvermählung oder Zusammenleben in eheähnlicher Gemeinschaft - nach Zahlung der Kapitalabfindung diese nicht mehr zurück verlangen, auch wenn er im Normalfall, das heißt ohne diese Ersetzungsvereinbarung, insgesamt viel weniger gezahlt hätte¹²⁰². Im Gegensatz zur Renten- oder Nießbrauchsvereinbarung ist hier eine zusätzliche Vereinbarung nötig, denn die Unterhaltsverpflichtung ist hier bereits erfüllt und der Tatbestand des Art. 101 CC könnte daher mangels Gegenständlichkeit der Schuld gar nicht mehr zum Tragen kommen. Für eine Rückzahlung wegen der Tatbestände wie in Art. 101 CC bedarf es folglich einer entsprechenden vertraglichen Festsetzung.

¹²⁰⁰ Die Vereinbarung über die Kapitalabfindung ist dadurch freilich nicht eine Vereinbarung über den Anspruchsgrund der *pensión compensatoria*. Vielmehr bedingt diese Zahlungsmodalität nur eine zeitliche Vorverlagerung der ursprünglichen periodischen Dauer.

¹²⁰¹ Zu Art. 101 CC, siehe unten: 2.Kap., C.III.3, S. 343

¹²⁰² Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 99, S. 408

2. Änderung gem. 100 CC (*modificación*)

Die entschädigende bzw. ausgleichende Rechtsnatur der *pensión compensatoria* bedingt eigentlich, dass eine Änderung (*modificación*) derselben nicht möglich sein kann¹²⁰³. Denn anders als bei den *alimentos*, die sich jeweils an den lebensnotwendigen Bedürfnissen orientieren¹²⁰⁴, bemisst die *pensión compensatoria* den Ausgleich am *desequilibrio económico* zu einem bestimmten Zeitpunkt (*cese efectivo*) und berücksichtigt grundsätzlich nicht nachfolgende Umstände¹²⁰⁵. Die *modificación* gem. Art. 100 CC stellt somit einen vom Gesetzgeber geschaffenen Ausnahmetatbestand von der Unantastbarkeit der einmal festgelegten *pensión compensatoria* dar, der restriktiv anzuwenden ist¹²⁰⁶.

a. Abgrenzung von unterschiedlichen Streitgegenständen

Art. 100 CC betrachtet gemäß Wortlaut wesentliche Veränderungen *nach* Festsetzung der *pensión compensatoria* im Scheidungsverfahren. Eine Veränderung (*alteración*) ergibt zweifellos nur dann Sinn, wenn ihr vorweg etwas Änderbares zugrunde lag¹²⁰⁷. Zu beachten sind somit zwei unterschiedliche Streitgegenstände.

Bezogen auf die *pensión compensatoria* umfasst der Streitgegenstand des Scheidungsverfahrens den Vermögensvergleich zwischen den Ehegatten zum Zeitpunkt des *cese efectivo* unter Einbeziehung nachträglicher Vermögensumstände, die *kausal* auf die eheliche Situation zurückzuführen sind¹²⁰⁸.

Bezogen auf die *pensión compensatoria* umfasst der dem Änderungsverfahren zugrunde liegende Streitgegenstand nur diejenigen

¹²⁰³ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 203; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 278/279; Montero Aroca, *La pensión compensatoria*, S. 200

¹²⁰⁴ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.III.3.c.aa., S. 196 und bb., S. 199

¹²⁰⁵ Siehe hierzu oben: 2.Kap., B.II.3.b., S. 278 ff

¹²⁰⁶ Roca Trías, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 100, S. 408/409; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 203; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 279 und 283 f; Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 213; Montero Aroca, *La pensión compensatoria*, S. 200 und 222; Entrena Klett, *Separación y divorcio*, S. 636; González Poveda, *Efectos comunes*, S. 106; Lacruz/Sancho, *Derecho de familia*, S. 178

¹²⁰⁷ SAP Barcelona v. 25. November 1996, ArC 1996, Nr. 2196

¹²⁰⁸ Siehe hierzu oben: 2.Kap., B.II.3.b.aa.(2), S. 280 und bb., S. 282 ff

Vermögensstatsachen, die sich *nach* der letzten Möglichkeit der Geltendmachung im Vorprozess¹²⁰⁹ ergeben oder sich *bereits nach* dem *cese efectivo* ergeben, jedoch *nicht* auf die eheliche Situation zurückzuführen sind. Nur diese nachträglichen Umstände werden von Art. 100 CC betrachtet¹²¹⁰, so dass die Tatbestände des Art. 97 CC und Art. 100 CC sich inhaltlich gegenseitig ausschließen.

Diese beiden Streitgegenstände gilt es strikt voneinander zu trennen. Abzugrenzende Überschneidungen können in der Zeit zwischen dem *cese efectivo* und der letzten Geltendmachungsmöglichkeit im Scheidungsverfahren auftreten. Beispielsweise können aus Sicht der Ehe übliche Einkommenserhöhungen, die in diese Zeit fallen, im Änderungsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden, während von einem Ehegatten in dieser Zeit falsch investiertes Geld oder einseitig eingegangene Kreditverbindlichkeiten nur im Änderungsverfahren berücksichtigt werden können¹²¹¹.

Bezüglich der Grundlagen für Aktualisierungen der *pensión compensatoria* ist zu bemerken, dass diese grundsätzlich dem Streitgegenstand des Scheidungsverfahrens unterfallen. Der Gesetzgeber wollte diese aus prozessökonomischen Gründen explizit im Scheidungsurteil geregelt wissen. Die Tatsache des Kaufkraftverlusts bei einer Geldschuld¹²¹² oder die objektive Vorhersehbarkeit von Einkommenserhöhungen bzw. -minderungen für die Zeit nach dem Urteil können daher nicht erst im Änderungsverfahren zur Schaffung von Grundlagen geltend gemacht werden.

Zu unterscheiden ist ferner die Anfechtung des Scheidungsurteils aufgrund etwaiger Tatsachen- oder Rechtsfehler bei der Bestimmung der *pensión compensatoria*. Dieser Streitgegenstand unterliegt dem Berufungs- bzw.

¹²⁰⁹ SAP Barcelona v. 12. Januar 2001, ArC 2001, Nr. 46; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 233/234; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 291

¹²¹⁰ SAP Barcelona v. 10. Oktober 1998, RJC 1999/II, 346; SAP Zamora v. 21. Mai 1998, ACAud. 1998, 964; SAP Castellón v. 05. April 1997, ACAud. 1997, 1360; AAP Pamplona v. 30. August 1990, in: Pons/González, Divorcio, S. 545; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 289 f; Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 214

¹²¹¹ Vgl. Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 290; Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 209; SAP Valencia v. 14. Juli 1994, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 546

¹²¹² Anderer Ansicht: Asúa/Langner, ZVglRWiss 1988, 214

Revisionsverfahren, nicht jedoch dem Änderungsverfahren gem. Art. 775 LEC iVm Art. 100 CC¹²¹³.

b. Mangelnde Rechtskraftwirkung des Scheidungsurteils auf nachträgliche Umstände eines anderen Streitgegenstands

Mit Erwaschen eines Scheidungsurteils in Rechtskraft können die diesem Streitgegenstand zugrunde liegenden Tatsachen in einem anderen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden, da ein identischer Streitgegenstand der materiellen Rechtskraft des Scheidungsurteils entgegensteht, vgl. 222 Nr. 1 und Nr. 2 LEC. Die Geltendmachung dieser Tatsachen in einem Nachfolgeprozess wäre aufgrund der Rechtskraft des Scheidungsurteils präkludiert¹²¹⁴. Zu einem Konflikt mit dem Änderungsverfahren kann es daher grundsätzlich nicht kommen, da dieses gerade nicht die Vermögensumstände eines Scheidungsverfahrens betrachtet.

Fraglich ist jedoch, ob die Rechtskraft des Urteils über die *pensión compensatoria* eine Änderung der *pensión compensatoria* mit nachfolgenden Vermögensstatsachen überhaupt zulässt, denn die materielle Rechtskraft bezieht sich grundsätzlich auch auf neue, nachträglich eingebrachte Umstände, vgl. Art. 222 Nr. 2, Abs. 2 LEC.

Im deutschen Recht wird dies mit § 323 ZPO geregelt, der die Rechtskraft des zugrunde liegenden Urteils über den Scheidungsunterhalt im Nachhinein beseitigt (Abs. 1) und den Anwendungsbereich nur auf nachträgliche Veränderungsgründe reduziert (Abs. 2).

Einen anderen Ansatz wählt hierbei das spanische Recht. Gemäß Art. 222 Nr. 2, Abs. 2 LEC erstreckt sich zwar die Rechtskraft eines Urteils auch auf die ihm neuen, nachträglich eingebrachten Umstände, jedoch nur, sofern sie mit dem zugrunde liegenden Streitgegenstand im Zusammenhang stehen, vgl. Art. 222 Nr. 2, Abs. 2, 2. Hs. LEC. Ist dies – wie im Fall der Änderung gem. Art. 100 CC – nicht der Fall, ist für derartige streitgegenstandsfremde

¹²¹³ SAP Barcelona v. 30. April 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4538

¹²¹⁴ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 232 und 233; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 285

Umstände keine Beseitigung oder Durchbrechung der Rechtskraft des Vorprozesses notwendig, denn es entfaltet sich bereits keine Rechtskraftwirkung des Vorprozesses auf diese Umstände¹²¹⁵.

c. Unterscheidung zwischen Aktualisierung iSv Art. 97 a. E. CC und modificación

Grundsätzlich zu unterscheiden ist die *modificación* von der auf Art. 97 a. E. CC basierenden Aktualisierung der *pensión compensatoria*.

Die Aktualisierung ist primär darauf bedacht, dass die Wertschuld der *pensión compensatoria* bzw. die Kaufkraft des Geldes beibehalten wird¹²¹⁶. Zudem betreffen Aktualisierungen zukünftige Änderungen an der festgelegten *pensión compensatoria*, die aufgrund von *im* Scheidungsurteil festgesetzten Daten vorgenommen werden. Hierzu bedarf es dann keiner erneuten richterlichen Entscheidung mehr¹²¹⁷.

Anders die *modificación*, die nur *wesentliche* Vermögensveränderungen berücksichtigt, worunter jedenfalls nicht übliche Kaufkraftkorrekturen fallen, und die sich nicht auf geschaffene Grundlagen im Scheidungsurteil beziehen können. Für diese Änderung der *pensión compensatoria* wird unbedingt eine erneute richterliche Entscheidung notwendig¹²¹⁸, vgl. Art. 775 Nr. 2 iVm 771 Nr. 4 LEC¹²¹⁹. Demzufolge wird die *modificación* auch nicht *ex-tunc* wirksam, sondern besteht erst ab der richterlichen Entscheidung auf Änderung¹²²⁰.

¹²¹⁵ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 285; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 233

¹²¹⁶ Siehe hierzu oben: 2.Kap., C.I.3., S. 327; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 283; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 100, S. 409

¹²¹⁷ Wie z. B. Anpassungen der *pensión compensatoria* aufgrund bereits im Scheidungsurteil *absehbarer* Einkommensveränderungen des Schuldners.

¹²¹⁸ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 100, S. 409; Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 283; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 199

¹²¹⁹ Das (streitige) Änderungsverfahren bestimmt sich gem. Art. 775 iVm 771 LEC. Bei übereinstimmender Änderung ist Art. 777 LEC einschlägig.

¹²²⁰ Vgl. SAP Huesca v. 06. Oktober 1998, ArC-Data 1998, Nr. 7848

d. Zum Norminhalt des Art. 100 CC

Gemäß Art. 100, 2. Hs. CC kann eine Änderung der *pensión compensatoria* nur dann erfolgen, falls es sich um wesentliche Veränderungen (*alteraciones sustanciales*) im Vermögen (*fortuna*) eines Ehegatten handelt.

Dem Begriff der *modificación* (Änderung) ist immanent, dass er im Zusammenhang mit der *pensión compensatoria* weder deren erstmalige Festsetzung¹²²¹ noch deren Beendigung betreffen kann¹²²². Dennoch sind Fälle denkbar, in denen eine wesentliche Veränderung derart gravierend ist, dass eine angedachte *modificación* nach richterlicher Abwägung zur Aufhebung der *pensión compensatoria* führt, so dass letztlich eine Beendigung (*extinción*)¹²²³ iSv Art. 101 Abs. 1, 1.Var. CC vorlag. Dies kann insbesondere bei enormen Vermögensverbesserungen des anspruchstellenden Ehegatten gegeben sein¹²²⁴.

Mit *fortuna* wurde ein kapitalbezogener Begriff gewählt, der sowohl bewegliches als auch unbewegliches Vermögen erfasst. Hierunter sind auch die Berufseinkünfte der Ehegatten zu fassen, da diese als Kapitalanwartschaften fungieren und letztlich mitunter auch kapitalisiert werden¹²²⁵.

Die *alteración sustancial* hat allein die Vermögensverhältnisse der Ehegatten zum Gegenstand¹²²⁶. Insoweit sind die geänderte Vermögenslagen mit den im Scheidungsverfahren festgestellten Ergebnissen im Rahmen des *desequilibrio económico*¹²²⁷ objektiv¹²²⁸ zu vergleichen.

¹²²¹ Siehe hierzu gleich oben: 2.Kap.,C.III.2., S. 335

¹²²² Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 213

¹²²³ Siehe hierzu unten: 2.Kap.,C.III.3., S. 344 und 345

¹²²⁴ Vgl. Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 637; SAP Valladolid v. 10. September 1996, ArC 1996, Nr. 1534

¹²²⁵ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 303; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 231/232; anders: González Poveda, Efectos comunes, Art. 100, S. 106

¹²²⁶ Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 100, S. 409; Montero Aroca, La *pensión compensatoria*, S. 235

¹²²⁷ Siehe hierzu oben: 2.Kap.,B.II.3., S. 267 ff

¹²²⁸ Auch hier im Rahmen der Änderung gem. Art. 100 CC werden entsprechend obigen Meinungsstandes entweder der objektive oder der subjektive Vermögensbegriff herangezogen (vgl. oben: 2. Kap.,B.II.2., S. 253 ff)

Eine den Umfang¹²²⁹ der *pensión compensatoria* reduzierende *modificación* kommt insbesondere durch vermögensmindernde Veränderungen des schuldenden Ehegatten wie die Verminderung der Berufseinkünfte¹²³⁰, der Eintritt der Altersrente¹²³¹ oder der Verfall in die Arbeitslosigkeit¹²³² bzw. durch vermögenserhöhende Veränderungen des anspruchstellenden Ehegatten wie die Erlangung oder Verbesserung von Berufseinkünften¹²³³ oder die Übernahme einer Erbschaft¹²³⁴ in Betracht. Zu beachten sind jedenfalls auch erhöhte Ausgaben des schuldenden Ehegatten aufgrund neuer Ehe oder weiterer Kinder, denn die hieraus resultierenden Verpflichtungen stehen unter einem besonderen Schutz der Rechtsordnung¹²³⁵. Ebenso sind nachträgliche Krankheitskosten des Schuldners zu berücksichtigen.

Eine den Umfang der *pensión compensatoria* erhöhende *modificación* durch Vermögenserhöhungen des schuldenden Ehegatten oder –minderungen des anspruchstellenden Ehegatten ist grundsätzlich zu verneinen. Eine nachträgliche Erhöhung der *pensión compensatoria* widerspricht der Rechtsnatur derselben, da sich der Ausgleich des *desequilibrio económico* explizit nur auf den konkreten Moment des Bruchs der Ehe bezieht¹²³⁶. Die *modificación* des Art. 100 CC darf demnach nur reduzierend verstanden werden¹²³⁷. Ausnahmsweise und als mit der Rechtsnatur der *pensión compensatoria* vereinbar erscheint eine erhöhende *modificación* nur dann denkbar, falls schon die festgesetzte *pensión compensatoria* aufgrund der tatsächlichen Vermögensverhältnisse des Schuldners nicht an das Niveau

¹²²⁹ Gemeint ist sowohl der quantitative als auch der zeitliche Umfang der *pensión compensatoria*.

¹²³⁰ SAP Almería v. 22. Mai 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5468. – Falls die beruflichen Einkünfte komplett wegfallen (z. B. Geschäftsschließung), kommt sogar eine Beendigung der *pensión compensatoria* gem. Art. 101 CC in Betracht (vgl. SAP Madrid v. 05. März 1999, ArC 1999, Nr. 804).

¹²³¹ SAP Madrid v. 04. Dezember 1998, ArC-Data 1998, Nr. 8715; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 205; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 637

¹²³² SAP Valencia v. 17. April 2000, ArC-Data 1998, Nr. 3798

¹²³³ SAP Bilbao v. 28. Juni 1993, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 548/549. – Die Aufnahme einer Arbeit führt nicht selten zur Beendigung gem. Art. 101 CC (vgl. SAP Barcelona v. 10. September 1996, ArC 1996, Nr. 1534).

¹²³⁴ SAP Navarra v. 19. September 1995, ArC 1995, Nr. 1765

¹²³⁵ SAP Huelva v. 28. April 1999, ArC-Data 1999, Nr. 6105; SAP Cuenca v. 29. April 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4566; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 240 und 241; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 307 ff. – Siehe hierzu auch oben: 2.Kap., C.I.2.h., S. 321

¹²³⁶ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 231; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 637; SAP Cantabria v. 10. Oktober 1996, ArC 1996, Nr. 1892. – Siehe hierzu auch oben: Fn. 1203, 1206

¹²³⁷ SAP Zamora v. 17. März 2000, ArC 2000, Nr. 859; SAP Barcelona v. 15. September 1999, ArC 1999, Nr. 2055; dass. v. 15. September 1998, ArC-Data 1998, Nr. 9019; SAP Cantabria v. 26. Juni 1998, ArC 1998, Nr. 1235; SAP Barcelona v. 30. April 1998, ArC-Data 1998, Nr. 4538; daher fehlerhaft: SAP Murcia v. 12. Januar 1990, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 547

der ehelichen Lebensverhältnisse reichte. Denn maßgeblich für den in Art. 97 CC verfolgten Ausgleich ist die Orientierung an den ehelichen Lebensverhältnissen, nicht jedoch darüber hinaus¹²³⁸.

Ob diese Veränderungen auch als wesentlich (*sustancial*) zu bezeichnen sind, entscheidet letztlich das Gericht¹²³⁹. Insofern ist es wiederum die überaus vielfältige Einzelfallrechtsprechung, die diesen unbestimmten Rechtsbegriff zu konkretisieren versucht. Die Wesentlichkeit iSv Art. 100 CC ist jedenfalls in Relation zu dem im Scheidungsverfahren festgestellten Vermögensstand zu bemessen¹²⁴⁰. Diese Vermögensdifferenz muss von bedeutender Tragweite sein und kann allein schon aus Gründen der restriktiven Anwendung des Art. 100 CC nicht jede geringfügige Veränderung bezeichnen¹²⁴¹.

Neben der bedeutenden Vermögensdifferenz ist für eine *alteración sustancial* iSv Art. 100 CC zudem notwendig, dass diese von dauerhafter Natur ist¹²⁴², in der Entscheidung über die *pensión compensatoria* nicht konkret absehbar war¹²⁴³, unbewusst hinsichtlich der Änderungsfolgen des Art. 100 CC erfolgte und real und nicht fingiert existiert¹²⁴⁴. In die Abwägungsentscheidung des Gerichts über die Wesentlichkeit fließen subjektive Elemente mit ein, insbesondere ob die *alteración* freiwillig verursacht und aus Sicht des betreffenden Ehegatten erforderlich war. So gereichen unter Umständen Vermögenseinbußen des schuldenden Ehegatten aufgrund einer provozierten Kündigung, des überflüssigen Umzugs in eine

¹²³⁸ Vgl. SAP Zaragoza v. 29. März 1995, ArC 1995, Nr. 458; Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 637/638. - Zur Maßgeblichkeit der ehelichen Verhältnisse, siehe oben: 2.Kap., A.III.3.b., S. 194 und 4.a., S. 208

¹²³⁹ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 205

¹²⁴⁰ SAP Oviedo v. 14. Oktober 1998, LL 1999, 1615; SAP Madrid v. 16. September 1992, in: Hijas, Derecho de familia, S. 272. - Z. B. wurde in einer Verringerung des Einkommens auf 78 % des ursprünglich festgestellten Einkommens noch keine Wesentlichkeit gesehen (vgl. SAP Almería v. 22. Mai 1998, ArC-Data 1998, Nr. 5468).

¹²⁴¹ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 292

¹²⁴² SAT Oviedo v. 08. Februar 1988, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 545

¹²⁴³ Diesbezüglich ist die Absehbarkeit von kurz *bevorstehenden* Altersrenten (vgl. SAP León v. 07. Juli 1999, ArC-Data 1999, Nr. 7328) oder anderen Vermögensminderungen (z. B. Darlehensschulden, vgl. SAP v. 16. Februar 1994, in: Pons/Ángel del Arco, Divorcio, S. 546) von Bedeutung. Denn diese werden bereits innerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 97 Nr. 8 CC berücksichtigt (siehe oben: Fn. 1139) bzw. können anderenfalls zumindest ihre Grundlagen im Scheidungsurteil festlegen lassen, vgl. Art. 97 a. E. CC. Derartige absehbare Vermögensveränderungen bedürfen im Änderungsverfahren (falls in dessen Anwendungsbereich!) einer besonderen Glaubhaftmachung (vgl. SAP Córdoba v. 16. Juli 2003, ArC 2003, Nr. 1415).

¹²⁴⁴ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 235 ff; Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 292 ff

teurere Wohnung oder des Zusammenziehens mit einer anderen Frau¹²⁴⁵
nicht zur Reduzierung der *pensión compensatoria*¹²⁴⁶.

¹²⁴⁵ Bei einem Zusammenleben in eheähnlicher Gemeinschaft liegt schon ein Beendigungsgrund gem. Art. 101 CC vor (siehe hierzu unten: 2.Kap., C.III.3., S. 346)

¹²⁴⁶ Vgl. SAP Cádiz v. 01. Februar 1999, ArC-Data 1999, Nr. 4134; SAP Huesca v. 24. Januar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4041; SAP Álava v. 16. Mai 1994, ACAud. 1994, 2155

3. Beendigung gem. Art. 101 Abs. 1 CC (*extinción*)

Der Reformgesetzgeber hat in Art. 101 CC die Beendigungsgründe nicht abschließend geregelt. Neben den in Art. 101 Abs. 1 CC gesetzlich genannten Beendigungsgründen (Wegfall des Rechtsgrundes, der Veranlassung für die *pensión compensatoria* war; Eingehen einer neuen Ehe durch den Gläubiger; Zusammenleben des Gläubigers mit einer anderen Person in eheähnlicher Gemeinschaft), existieren einige nicht genannte Beendigungsgründe.

Zu letzteren zählt zweifellos der Tod des anspruchstellenden Ehegatten, denn der Anspruch auf die *pensión compensatoria* ist ein höchstpersönliches Recht, das auf andere nicht übertragbar ist¹²⁴⁷.¹²⁴⁸ Ebenso endet die *pensión compensatoria* durch bloßen Ablauf der für sie im Scheidungsurteil bestimmten Zeit¹²⁴⁹.

Während sich diese Beendigungsgründe aufgrund von eindeutigen tatsächlichen Ereignissen ergeben (Eintritt des Todes, Fristablauf), gibt es zudem nicht genannte Gründe, die tatsächlich weniger eindeutig und rechtlich erst zu überprüfen sind, und die zu einer Aufhebung bzw. Verwirkung des Rechts auf *pensión compensatoria* führen können:

Zu denken ist an Rechtshandlungen, die der Dispositionsfreiheit unterliegen¹²⁵⁰. In Betracht kommen hierbei zunächst sämtliche übereinstimmende Vereinbarungen der Ehegatten, die die Beendigung der *pensión compensatoria* vorsehen¹²⁵¹. Als einseitiges Gestaltungsrecht

¹²⁴⁷ Entrena Klett, Separación y divorcio, S. 641; Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 101, S. 410; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 215. – Zur Höchstpersönlichkeit, siehe oben: 2.Kap., A.III.5.a., S. 212

¹²⁴⁸ Anders als im deutschen Recht endet die *pensión compensatoria* nicht durch den Tod des Schuldners, Art. 101 Abs. 2, Satz 1 CC. Die Pflicht zur Leistung der *pensión compensatoria* überträgt sich auf die Erben, wobei diese jedoch hierfür nicht mit ihrem eigenen Vermögen dafür einstehen müssen. Vielmehr haben sie die Möglichkeit Minderung oder Beendigung der *pensión compensatoria* zu beantragen, soweit für die Erfüllung der Leistung nicht genügend Erbmasse vorhanden ist bzw. sie sich in ihrem zustehenden Pflichtteil beeinträchtigt sehen, vgl. Art. 101 Abs. 2, Satz 2 iVm Art. 806 ff CC.

¹²⁴⁹ Zur *limitación temporal*, siehe oben: 2.Kap., A.IV.2., S. 234 ff

¹²⁵⁰ Zur Dispositionsfreiheit, siehe oben: 2.Kap., A.III.5.b., S. 213 ff

¹²⁵¹ Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 256. – Bei den Ersetzungsvereinbarungen gem. Art. 99 CC ist jedoch zu beachten, dass allein die Tatsache des Abschlusses einer Ersetzungsvereinbarung den Anspruch auf die *pensión compensatoria* noch nicht beendet (siehe hierzu oben: 2.Kap., C.III.1., S. 331).

beendet der vom Gläubiger ausdrücklich erklärte Verzicht die Beanspruchung einer *pensión compensatoria*¹²⁵².

Des Weiteren unterliegt die *pensión compensatoria* auch der Verjährung¹²⁵³. Gemäß Art. 1930 Abs. 2 CC unterliegen jegliche Ansprüche der Verjährung¹²⁵⁴. Der im Scheidungsurteil festgesetzte und fällige Anspruch auf die *pensión compensatoria* verjährt gem. Art. 1966 Nr. 3 CC in fünf Jahren, da es sich um periodisch wiederkehrende - im Regelfall monatliche - Zahlungen der *pensión compensatoria* handelt¹²⁵⁵. Die weitere Geltendmachung auf eine *pensión compensatoria* verjährt, gerechnet ab Rechtskraft des zugrunde liegenden Scheidungsurteils, nach 15 Jahren, vgl. Art. 1964 iVm Art. 1971 CC¹²⁵⁶. Da die *pensión compensatoria* bereits im Scheidungsurteil rechtskräftig festgestellt wird, ist letztere Verjährungsfrist lediglich für potentielle Änderungen gem. Art. 100 CC einschlägig zu betrachten.

In Anlehnung an obige Ausführungen¹²⁵⁷ ergibt sich eine etwaige Verwirkung und damit Beendigung der *pensión compensatoria* aufgrund nachehelicher Verhaltensverstöße. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die hier vertretene Verwirkungsmöglichkeit, falls der anspruchstellende Ehegatte trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit seiner Arbeitspflicht zur Entlastung des schuldenden Ehegatten nicht nachkommt¹²⁵⁸.

Der in Art. 101 Abs. 1, 1. Var. CC genannte Wegfall des Rechtsgrundes, der Veranlassung für die *pensión compensatoria* war, beschreibt schlichtweg die

¹²⁵² Roca Trías, in: Comentario del Código Civil, Art. 101, S. 410; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 216 und 217. - Zum Verzicht, siehe bereits oben: 2.Kap., A.III.5.b.bb., S. 214 ff

¹²⁵³ Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 395; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 216; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 256

¹²⁵⁴ Art. 1930 Abs. 2 CC spricht in diesem Zusammenhang von der Beendigung des Anspruchs. Anders als im deutschen Recht ist hier daher nicht von einem dauernden Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners auszugehen.

¹²⁵⁵ Art. 1966 Nr. 3 CC betrifft Zahlungen pro Jahr oder in kürzeren Abständen.

¹²⁵⁶ Vgl. Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 216;

Zarraluqui Sánchez, La pensión compensatoria, S. 396; Montero Aroca, La pensión compensatoria, S. 256/257

¹²⁵⁷ Siehe hierzu ausführlich oben: 2.Kap., A.IV.1, S. 221 ff

¹²⁵⁸ Siehe hierzu oben: 2.Kap., A.IV.1.b.bb.(2), S. 229

Situation, in der das im Scheidungsverfahren festgestellte *desequilibrio económico* nicht mehr existiert. Der Gläubiger oder der Schuldner befinden sich nunmehr in einer dem anderen Ehegatten vergleichbaren wirtschaftlichen Position¹²⁵⁹. Es besteht kein wirtschaftliches Ungleichgewicht. Insoweit ergibt sich zwischen den Tatbeständen des Art. 100 CC (*modificación*) und dem des Art. 101 Abs. 1, 1. Var. CC nur ein gradueller Unterschied. Die *modificación* der Vermögensverhältnisse ist derart gravierend, dass letztlich kein *desequilibrio económico* mehr vorhanden ist und sich deshalb eine *extinción* gem. Art. 101 Abs. 1 CC ergibt¹²⁶⁰. Dieser Beendigungsgrund ist somit nur logische Folge aus Art. 97 CC, da er der maßgeblichen Voraussetzung für die betreffende *pensión compensatoria* Rechnung trägt.

Die Beendigung aufgrund einer neu eingegangenen Ehe des Gläubigers der *pensión compensatoria* gem. Art. 101 Abs. 1, 2. Var. CC ist gemessen am Selbstverständnis der *pensión compensatoria* nur konsequent.

Einerseits ist der wirtschaftlich benachteiligte Ex-Ehegatte durch den schuldenden Ex-Ehegatten weniger schutzbedürftig, denn nunmehr hat der neue Ehegatte zumindest die Beistandspflichten gem. Art. 67, 68 CC zu erfüllen und für etwaigen Unterhalt auf *alimentos* gem. Art. 142, 143 Nr. 1 CC Sorge zu tragen¹²⁶¹. Der benachteiligte Ex-Ehegatte kann zudem auch auf emanzipatorische Hilfe seines neuen Ehegatten vertrauen.

Andererseits widerspricht es dem Prinzip der nahehelichen Solidarität, wenn ein neuer Ehegatte, z. B. aufgrund der nunmehrigen Beistandspflichten des bisherigen Gläubigers, in den Genuss der vom schuldenden Ex-Ehegatten gezahlten *pensión compensatoria* käme¹²⁶².

¹²⁵⁹ Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 234; Roca Trías, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 101, S. 410; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 206; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 369 ff; Montero Aroca, *La pensión compensatoria*, S. 281 ff

¹²⁶⁰ Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 206; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 369; Montero Aroca, *La pensión compensatoria*, S. 282; vgl. unter vielen: SAP Madrid v. 15. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 201; SAP Barcelona v. 07. Februar 2000, ArC 2000, Nr. 106; SAP Córdoba v. 24. Januar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 3468; SAP Cantabria v. 02. November 1999, ArC 1999, Nr. 2281; SAP Tarragona v. 04. September 1999, ArC-Data 1999, Nr. 5350; SAP Madrid v. 05. März 1999, Nr. 804; SAP Barcelona v. 25. November 1996, ArC 1996, Nr. 2196.

¹²⁶¹ In diese Richtung: Roca Trías, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 101, S. 410; Campuzano Tomé, *Pensión por desequilibrio*, S. 247 und 248; González Poveda, *Efectos comunes*, Art. 101, S. 107

¹²⁶² Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 378; Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 208

Die *pensión compensatoria* endet mit Eingehung der neuen Ehe, nicht erst mit deren Eintragung in das Zivilregister (Art. 61 Abs. 1 CC).

Entsprechend letzterem Beendigungsgrund ist die Beendigung wegen des Zusammenlebens des Gläubigers mit einer anderen Person in eheähnlicher Gemeinschaft gem. Art. 101 Abs. 1, 3. Var. CC ebenso aus einem Widerspruch zur nahehelichen Solidarität zu verstehen. Auch sind in einer eheähnlichen Gemeinschaft faktisch gegenseitige Unterstützung und Beistand gegeben, so dass oft gar kein *desequilibrio económico* des Gläubigers mehr besteht. Insofern ist mit diesem Beendigungsgrund auch der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der *pensión compensatoria* vorzubeugen¹²⁶³.

Ein offensichtliches Problem liegt in der Darleg- und Beweisbarkeit, ob und ab welchen Zeitpunkt eine derartige eheähnliche Gemeinschaft gegeben ist¹²⁶⁴. Anders als bei einer neuen Ehe besteht die eheähnliche Gemeinschaft nicht durch nachweisbaren Rechtsakt, sondern erschließt sich nur aus faktischen Umständen. Das Erfordernis der Eheähnlichkeit bedingt jedoch, dass es sich hierbei jedenfalls um eine auf Dauer angelegte, ernsthafte und stabile Beziehung handeln muss. Gelegentliche und sporadische eheähnliche Beziehungen bleiben damit außen vor¹²⁶⁵. Den Maßstab des Vergleichs bilden die ehelichen Verhältnisse, so dass körperliche und geistige Intimität, gemeinsamer Vermögensaufbau bzw. -verwaltung, der Wille nach gemeinsamen Kindern, das Bestehen *einer* gemeinsamen Wohnung oder Ähnliches verstärkt für eine eheähnliche Gemeinschaft sprechen¹²⁶⁶.

Der schuldende Ehegatte trägt für diese Umstände grundsätzlich die Beweislast (Art. 217 LEC) und hat diese daher dem Gericht zu dessen Überzeugung zu belegen. Es ist jedoch Sache des Gläubigers, diesen

¹²⁶³ Roca Trías, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 101, S. 410

¹²⁶⁴ Vgl. Montero Aroca, *La pensión compensatoria*, S. 306 ff; Zarraluqui Sánchez, *La pensión compensatoria*, S. 388 ff; Pons/Ángel del Arco, *Divorcio*, S. 549 ff

¹²⁶⁵ Vgl. SAP Granada v. 09. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4528; SAP Tarragona v. 04. Juni 1999, ArC-Data 1999, Nr. 6021; SAP Madrid v. 10. September 1998, ArC 1998, Nr. 1812; SAP Zamora v. 21. Mai 1998, ACAud. 1998, 964; dass. v. 04. November 1996, ACAud. 1997, 369; SAP Salamanca v. 30. Oktober 1995, ACAud. 1996, 1582; SAP Asturias v. 07. Februar 1994, in: Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, *Convenio regulador y los procesos matrimoniales*, S. 210

¹²⁶⁶ Vgl. SAP Toledo v. 10. Februar 2000, ArC 2000-Data, Nr. 2799; SAP Granada v. 09. Februar 2000, ArC-Data 2000, Nr. 4528; SAP Madrid v. 10. September 1998, ArC 1998, Nr. 1812; SAP Zamora v. 21. Mai 1998, ACAud. 1998, 964; SAP Barcelona v. 03. März 1998, LL 1999, 1047; Entrena Klett, *Separación y divorcio*, S. 641

Rechtsschein einer eheähnlichen Gemeinschaft durch Gegenbeweis zu entkräften¹²⁶⁷.

Weiter ist zu fragen, ob sich die eheähnliche Gemeinschaft auch auf homosexuelle Lebenspartnerschaften erstrecken kann, mit der Folge der Beendigung der *pensión compensatoria* auch in diesem Falle.

Wie gesehen orientiert sich die Eheähnlichkeit an den ehelichen Verhältnissen, sucht folglich den Vergleich in den die Ehe prägenden Umständen. Dies betrachtet ist eine homosexuelle Lebensgemeinschaft daher keineswegs mit der eheähnlichen Gemeinschaft vergleichbar, denn die Ehe ist ein Bündnis zwischen Mann und Frau, vgl. Art. 32 Nr. 1 CE, Art. 44 CC. Jedoch besteht auch innerhalb einer stabilen und auf Dauer angelegten homosexuellen Lebensgemeinschaft faktisch gegenseitige Unterstützung und gegenseitiger Beistand, so dass ebenso wie bei der eheähnlichen Gemeinschaft eine enorme Missbrauchsgefahr der *pensión compensatoria* latent vorhanden ist. Eheähnliche Gemeinschaft und homosexuelle Lebenspartnerschaft sind daher hinsichtlich ihrer der nachehelichen Solidarität und dem emanzipatorischen Prinzip entgegenstehenden Folgen vergleichbar, und folglich ist letztere ebenso als Beendigungsgrund zu betrachten¹²⁶⁸.¹²⁶⁹ Insbesondere unter Betrachtung der nachehelichen Solidarität kann es nicht zu dem widersprüchlichen Ergebnis kommen, dass das Interesse des schuldenden Ehegatten auf Beendigung bei einer eheähnlichen Gemeinschaft schutzwürdiger ist als bei einer homosexuellen Lebenspartnerschaft. Eine derartige Ungleichbehandlung ist zudem hinsichtlich des gesetzgeberischen Gleichheitsgebot gem. Art. 14 CE bedenklich.

Für tatsächlich beendigende Ereignisse wie den Tod des Gläubigers, den Zeitablauf der *pensión compensatoria* oder die Eingehung einer neuen Ehe,

¹²⁶⁷ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 390

¹²⁶⁸ Ähnlich: Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 388. - Weniger differenzierend: Pérez Vallejo/Sainz-Cantero Caparrós, Convenio regulador y los procesos matrimoniales, S. 210; Roca Trías, in: *Comentario del Código Civil*, Art. 101, S. 410

¹²⁶⁹ In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das spanische Abgeordnetenhaus (*Congreso de los Diputados*) am 29. Juni 2004 eine Gesetzesinitiative bezüglich der Änderung des *Código Civil* auf den Weg brachte, um auch gleichgeschlechtlichen Paaren eine Heirat zu ermöglichen (*Proposición de Ley relativa a la modificación del Código Civil, para poner fin a la discriminación que supone la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo*). Sollte diese Gesetzesinitiative auch Gesetzeskraft erhalten, so wäre hinsichtlich der Konsequenzen ein Vergleich mit der Ehe anstatt mit der eheähnlichen Gemeinschaft angebracht. Am Ergebnis der dadurch resultierenden Beendigung der *pensión compensatoria* ändert sich somit nichts.

die eindeutig und objektiv klar nachvollziehbar vorliegen, tritt die Beendigung mit dem entsprechenden Ereignis ein. Eine richterliche Entscheidung ist hierfür nicht konstitutiv. Sie ist nur erforderlich, falls die Beendigung der *pensión compensatoria* streitig ist oder der Gläubiger versuchen sollte, wegen der ursprünglich bestehenden *pensión compensatoria* noch zu vollstrecken¹²⁷⁰.

Anders zu bewerten sind jedoch jene Beendigungsgründe, die tatsächlicher oder rechtlicher Erörterung und Bewertung bedürfen, wie dies auf die übereinstimmenden Vereinbarungen, Verzichtserklärungen, Verjährungen, verschuldeten Verwirkungsmöglichkeiten und insbesondere auf den Wegfall des *desequilibrio económico* und das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft zutrifft. Für diese Beendigungsgründe ist zu deren Wirksamkeit eine richterliche Entscheidung notwendig. Mangels expliziter Erwähnung eines Beendigungsverfahrens erfolgt die richterliche Entscheidung im Rahmen des Änderungsverfahrens gem. Art. 775 LEC¹²⁷¹.

¹²⁷⁰ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 402

¹²⁷¹ Zarraluqui Sánchez, La *pensión compensatoria*, S. 402

Schlussbetrachtung

Die spanische Scheidung verfolgt als maßgebliches Kriterium für die Auflösung der Ehe den Zerrüttungsgrundsatz. Sämtlichen sechs Scheidungsgründen des Art. 86 CC hat daher die tatsächliche Beendigung des ehelichen Zusammenlebens zugrunde zu liegen.

Dennoch ist es letztlich nur ein Scheidungsgrund (Art. 86 Nr. 4 CC), der einzig auf diese maßgebliche Voraussetzung abstellt. Eine Relativierung des Zerrüttungsgrundsatzes und bedeutende Verkomplizierung entstehen dadurch, dass die anderen Scheidungsgründe zusätzlichen Voraussetzungen unterliegen, die unter anderem einen übereinstimmenden Willen der Ehegatten verlangen, ein vorhergehendes Verfahren zur gerichtlichen Trennung erfordern und/oder auch das Verschuldensprinzip konkret mit einbeziehen. Folge dieser Fülle an Voraussetzungen sind zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten.

Es ist daher auch kaum verwunderlich, dass aktuell - 23 Jahre nach Einführung der Scheidung - in Politik und Gesellschaft die gesetzgeberischen Hürden für die Scheidung sehr kritisiert werden. Der Ruf nach einer Vereinfachung des Scheidungsrechts und insbesondere der einfacheren Möglichkeit zur Scheidung wird immer lauter¹²⁷².

Zwar ist entgegen einer weit verbreiteten Ansicht in der Bevölkerung die Scheidung bereits auch ohne vorherige gerichtliche Trennung möglich, dennoch wird der Weg über die gerichtliche Trennung vom Gesetzgeber vor allem zeitlich privilegiert¹²⁷³. Mehr als die Beseitigung des Instituts der gerichtlichen Trennung würde es daher der Vereinfachung der Scheidungsmöglichkeit dienen, wenn der reine Zerrüttungstatbestand des Art. 86 Nr. 4 CC hinsichtlich der Dauer der tatsächlichen Beendigung des ehelichen Zusammenlebens großzügig reduziert werden würde. Diese Änderung der Dauer in Art. 86 Nr. 4 CC würde in der überwiegenden

¹²⁷² Gómez, in: EL PAIS Domingo vom 06. Juni 2004, S. 1 ff. - Vgl. insbesondere den jüngsten Gesetzesvorschlag (*proposición de ley*) der katalanischen Fraktion (*Convergència i Unió*) v. 23. April 2004, Serie B, Nr. 24-1 (wurde am 29. Oktober 2004 wieder zurückgezogen!) bzw. den fraktionsübergreifenden Gesetzesvorschlag v. 23. April 2004, Serie B, Nr. 52-1, zur Änderung des *Código Civil* im Bereich der Trennung und Scheidung.

¹²⁷³ Siehe hierzu oben zu den Scheidungsgründen: 1.Kap.,B.III., S. 31 ff; Übersicht, S. 90 f

Mehrzahl der Fälle ein gerichtliches Vorverfahren der Trennung ganz von selbst überflüssig machen, denn dieses wäre zeitlich nicht mehr vorteilhafter und würde im Übrigen nur zusätzliche Prozesskosten verursachen.

Die Vereinfachung kann daher eigentlich nur in der Verkürzung der Wartefrist bestehen, die einzig und allein zur wirksamen Scheidung ausreichen soll. Daher sind wohl aufgrund der momentanen politischen und gesellschaftlichen Diskussion die Tage des Instituts der gerichtlichen Trennung in Spanien gezählt, denn die Aufrechterhaltung dieses Instituts allein wegen jener Ehepaare, die sich noch die Möglichkeit der Wiederheirat versperren bzw. der Wiederversöhnung erhalten wollen, erscheint zwar theoretisch (und vor allem politisch) möglich, ist aber praktisch unrelevant¹²⁷⁴.

Abgesehen davon, dass die Beseitigung der gerichtlichen Trennung als Voraussetzung für die Scheidung auch dem maßgeblichen Zerrüttungsgrundsatz mehr Rechnung tragen würde, steht der Gesetzgeber aber auch unter faktischen Zugzwang, das vorhergehende Trennungsverfahren abzuwerten. Denn bedenkt man, dass Trennungs- und Scheidungsverfahren hinsichtlich ihrer Verfahrensgegenstände strikt voneinander zu unterscheiden sind, das komplexe und oft sehr strittige Folgenrecht gem. Art. 91 ff CC sowohl beim Trennungs- als auch Scheidungsverfahren zu berücksichtigen ist und in Spanien mehr als jede zweite Ehe entweder getrennt oder geschieden wird, so wird mehr als deutlich, dass die spanischen Familiengerichte hoffnungslos überlastet sind¹²⁷⁵.

Offensichtlich wird hiermit auch die praktisch herausragende Bedeutung der *pensión compensatoria*.

¹²⁷⁴ Gómez, in: EL PAIS Domingo vom 06. Juni 2004, S. 2. - Vgl. dahingehend auch oben (Fn. 1273) erwähnte Gesetzesvorschläge, die beide insbesondere auf eine schnellere und direktere Scheidungsmöglichkeit im spanischen Recht abzielen.

¹²⁷⁵ 209065 geschlossenen Ehen, stehen im Jahr 2002 115188 getrennte oder geschiedene Ehen gegenüber. Im Jahr 1982 waren es noch 16334 getrennte oder geschiedene Ehen (vgl. Gómez, in: EL PAIS Domingo vom 06. Juni 2004, S. 2).

Die mehr als 20-jährigen Entwicklung und Erfahrung nach Einführung der Scheidung zeigt jedoch vor allem, dass im Bereich der *pensión compensatoria* noch Vieles im Unklaren liegt. Nach vorliegender Erkenntnis resultiert dies aus unterschiedlichen Auffassungen bezüglich des Verständnisses über den Rechtscharakter der *pensión compensatoria* und aus Ermangelung der Unterscheidung zwischen dem Zugang („Ob“) zur und dem Umfang („Wie“) der *pensión compensatoria*.

Offene Fragen wie unter anderem zu den Voraussetzungen der *pensión compensatoria*, zur zeitlichen Beschränkung, zur Verwirkungs- oder Verzichtsmöglichkeit oder zur Einbeziehung von Verschuldenstatbeständen, können unter konsequenter Betrachtung des Rechtscharakters der durch das Reformgesetz 30/1981 v. 07. Juli 1981 eingeführten *pensión compensatoria* angemessen, systematisch und praktikabel gelöst werden. In diesem Zusammenhang darf nicht verkannt werden, dass die Legitimation für den spanischen Scheidungsunterhalt hauptsächlich in dem nahehelichen Solidaritätsverhältnis besteht, die Rechtsnatur objektiv und ausgleichend (d. h. nicht nur fürsorglich) ist und der Zweck vor allem darin besteht, möglichst unter Beibehaltung des ehelichen Lebensstandards dem benachteiligten Ehegatten die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Autonomie zu verschaffen.

Gemäß dieser Bewertung konnte gezeigt werden, dass der Zugang („Ob“) zur *pensión compensatoria* rein objektiv zu betrachten ist und einem doppelten Vergleich unterliegt, bei dem hinsichtlich des Vermögensbegriffes und der einschlägigen Zeitpunkte genauestens zu differenzieren ist.

Der Umfang („Wie“) der *pensión compensatoria* unterliegt auch subjektiven Kriterien und ist geprägt von einer weiten Ermessenfreiheit des abwägenden Gerichts. Das Ermessen kann dem Rechtscharakter jedoch nicht entgegenstehen, so dass z. B. keineswegs zur konkreten Umfangsbestimmung der *pensión compensatoria* ein schuldhaftes Verhalten am Scheitern der Ehe berücksichtigt werden dürfte. Auch ergibt sich aus obigem Verständnis des Rechtscharakters, dass eine zeitliche Beschränkung

der *pensión compensatoria* trotz Nichterwähnung im Gesetz der Grundsatz sein muss.

Ebenso unerwähnt ist die Verwehrung des Zugangs („Ob“) zur *pensión compensatoria* aufgrund schuldhaften Verhaltens, jedoch sind entsprechende Verwirkungsmöglichkeiten in Analogie zum Recht der *alimentos* für die zeitliche Betrachtung nach dem Scheitern der Ehe durchaus möglich. Eine Betrachtung des schuldhaften Verhaltens *nach* Scheitern der Ehe widerspricht nicht dem Rechtscharakter der *pensión compensatoria*.

Die Systematik des spanischen Scheidungsunterhaltsrechts gleicht stark der Systematik einer Liquidierung des ehelichen Güterstandes bei einer Scheidung¹²⁷⁶, jedoch mit dem Unterschied, dass es statt einer exakten Zuweisung des Vermögens eine gestalterische Ermessensentscheidung des Gericht über den Unterhaltsumfang vorsieht.

Ersichtlich wird aber auch eine dem deutschen Scheidungsunterhaltsrecht gegensätzliche Gesetzessystematik:

Während der Zugang („Ob“) zum Scheidungsunterhalt im spanischen Recht durch einen reinen Vermögensvergleich erfolgt, bestimmt er sich im deutschen Recht nach einzelnen, primär subjektiven Unterhaltstatbeständen (Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes, wegen Alters, wegen Krankheit oder Gebrechen, wegen Erwerbslosigkeit oder wegen Ausbildung, vgl. Art. 1570 ff BGB).

Beim Umfang („Wie“) des Scheidungsunterhalts wird nunmehr im deutschen Recht zwischen das Eheleben prägenden und nicht prägenden Einkommen unterschieden (Art. 1578 Abs. 1 BGB), während im spanischen Recht gerade Kriterien wie Betreuung des Kindes, Lebensalter, Krankheit oder Gebrechen, Erwerbslosigkeit, etc. bestimmend sind.

Diese dem deutschen Scheidungsunterhaltsrecht gegensätzliche Systematik und die weite Ermessensfreiheit des Gerichts bei der Umfangsbestimmung bedingen auch, dass dem spanischen Recht eine gewisse - dem deutschen

¹²⁷⁶ Sowohl im deutschen Recht (§§ 1372 ff BGB) als auch im spanischen Recht (Art. 1392 ff bzw. 1415 ff CC) werden hier unterschiedliche Vermögenslager zu einem bestimmten Zeitpunkt betrachtet.

Juristen fremde - Feindlichkeit gegenüber allgemein gültigen Tabellen oder festen Prozentsätzen immanent ist. Verstärkt wird diese Grundtendenz zudem durch die oben erwähnte vielfältige Uneinigkeit der Wissenschaft und Praxis in zentralen Rechtsfragen der *pensión compensatoria*.

Dies kann jedoch nur dann zu gravierend unterschiedlichen und dem Ruch des Willkürlichen anhaftenden Entscheidungen ähnlich gelagerter Fälle führen, falls die Gerichte zu unterschiedlicher Auffassung über den Rechtscharakter der *pensión compensatoria* gelangen.

Anhang

Verfassungsrechtliche Anmerkung zum Familiengesetzbuch Kataloniens (*Codi de Família de Catalunya*)

Mit Gesetz 9/1998 v. 15. Juli 1998¹²⁷⁷ wurde in der autonomen Region Katalonien ein neues Familiengesetzbuch geschaffen, der *Codi de Família de Catalunya*. In Art. 84 ff CF wird in inhaltlicher Anlehnung an die Vorschriften des *Código Civil* die *pensión compensatoria* explizit geregelt.

Unabhängig von den durchaus sinnvollen Regelungen des katalonischen Familiengesetzbuchs zur *pensión compensatoria* und großer inhaltlicher Übereinstimmung mit dem *Código Civil* stellt sich hier die verfassungsrechtliche Frage, ob der katalonische Gesetzgeber für diese Regelungen überhaupt die notwendige Gesetzgebungskompetenz innehatte. Zu bemerken ist in diesem Zusammenhang, dass der *Codi de Família de Catalunya* zwar in Beachtung der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Nationalstaates keine Vorschriften betreffend die Eheschließung, Trennung, Nichtigkeit und Scheidung der Ehe enthält, jedoch sehr wohl Vorschriften über deren Wirkungen¹²⁷⁸.

Zu überlegen ist aber, ob nicht auch Regelungen über die *pensión compensatoria* im Scheidungsfalle ausschließlich dem nationalen Gesetzgeber zufallen, mit der Folge, dass die Regelung im *Codi de Família de Catalunya* mangels Gesetzgebungskompetenz verfassungswidrig wäre.

Zur Beantwortung dieser Frage ist die hier einschlägige Kompetenzvorschrift des Art. 149 Abs. 1 Nr. 8 CE heranzuziehen. Gemäß Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 1. Var. CE hat der Nationalstaat die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz über die Zivilgesetzgebung, somit auch über das Scheidungsfolgenrecht. Diese ausschließliche Kompetenz ist für die autonomen Regionen jedenfalls bindend und in deren Autonomiestatuten als vorrangig zu beachten¹²⁷⁹.

Jedoch lässt Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 2. Var. CE von diesem Grundsatz dann Ausnahmen zu, falls ein eigenes Zivilrecht der autonomen Region bereits existierte. Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 2. Var. CE ist die verfassungsrechtliche Grundlage zur Bewahrung, Änderung und Entwicklung des *bereits existenten* Zivilrechts der autonomen Regionen. Die Reichweite dieser Ausnahmeregelung ist nicht zuletzt aufgrund Unabhängigkeitsbestrebungen diverser autonomer Regionen in Spanien äußerst umstritten¹²⁸⁰.

Welche Rückschlüsse lässt dies nun für die Regelung der *pensión compensatoria* im Scheidungsfall gem. Art. 84 ff CF zu?

Entscheidend ist nach Ansicht des Verfassers, dass die Ausnahmeregelung in Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 2. Var. CE nur auf diejenigen Zivilgesetze der autonomen Regionen anwendbar ist, die zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Verfassung (31. Oktober 1978) *bereits bestanden haben*, denn diese Ausnahmeregelung erfolgte evident in Anbetracht der historischen, traditionsreichen und charakteristischen Regelungen innerhalb der

¹²⁷⁷ LCAT 1998, 422; siehe auch im Internet: http://www.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-l9-1998.html (Stand: 31.08.2004)

¹²⁷⁸ Lamarca i Marquès, ZEuP 2002, 560

¹²⁷⁹ López Guerra, Los poderes del Estado, S. 337; Pérez Royo, Derecho constitucional, S. 1055

¹²⁸⁰ Hierzu die umfassende Darstellung von Gavidia Sánchez (ArC 2000, S. 2463 ff) bezüglich der strittigen Kompetenzverteilung zwischen Nationalstaat und autonomen Regionen im Ehe recht. – Vgl. auch: Arroyo Amayuelos/González Beilfuss, ZEuP 1995, 567

Foralrechtsgebiete. In Anerkennung an deren Rechtsgeschichte und bisherige Rechtsentwicklung soll somit gewissermaßen ein erweiterter Bestandsschutz individuell autonomen Rechts gewährt werden¹²⁸¹. Es ist daher auch nicht verwunderlich, dass gerade Katalonien als autonome Region und Foralrechtsgebiet ein eigenes Familiengesetzbuch hervorbrachte.

Dennoch ändert dies nichts an der Tatsache, dass das Scheidungs- bzw. Scheidungsfolgenrecht bislang nicht in den Zivilgesetzen Kataloniens existierte. Vielmehr wurde das Scheidungsrecht mit seinen Folgen erst mit Reformgesetz 30/1981 v. 07. Juli 1981 vom nationalen Gesetzgeber eingeführt. Weder Katalonien noch eine andere autonome Region können auf ein eigenes Scheidungsrecht und somit auch Scheidungsfolgenrecht zurückgreifen. Der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands des Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 2. Var. CE beginnt damit schon gar nicht zu greifen. Folglich kann für das Scheidungsrecht samt dessen Folgen nur die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Nationalstaates gelten¹²⁸².

Diese Sichtweise wird unter anderem dadurch bestätigt, dass der Reformgesetzgeber von 1981 das Folgenrecht zusammen mit der Eheschließung, Trennung, Scheidung und Nichtigkeit der Ehe in dem Reformgesetz 30/1981 geregelt wissen wollte, in dem Bewusstsein, dass letztere Institute unzweifelhaft dem ausschließlichen Kompetenzbereich des Nationalstaates zufallen. Jedoch erfolgte dessen Regelung gerade nicht innerhalb des Reformgesetzes 11/1981, das mit dem Ehegüterrecht evident eine Materie behandelte, die in den Foralrechten bereits geregelt¹²⁸³ und folglich gem. Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 2. Var. CE zu beachten war.

Zieht man (vernünftiger Weise) diese bedeutende Ehrechtsreform von 1981 als konkretes Anwendungsbeispiel des drei Jahre zuvor verabschiedeten Art. 149 Abs. 1 Nr. 8 CE heran, so ist bezogen auf das Eherecht aus der Aufteilung der Reformgesetze einzig zu folgern, dass nur das Ehegüterrecht unter die Ausnahmeregelung des Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 2. Var. CE zugunsten der Kompetenz der autonomen Regionen verstanden wurde, während die umfassende Materie des Reformgesetzes 30/1981 unter die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Nationalstaates gefasst wurde (dies entweder aufgrund direkter Subsumtion unter Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 2 CE oder mangels Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes des Art. 149 Abs. 1 Nr. 8, Satz 1, 2. Var. iVm 1. Var. CE). Dies geht zudem einher mit dem aus Art. 149 Abs. 1 Nr. 8 CE iVm Art. 13 Abs. 1 CC erkennbaren Willen, einer Rechtszersplitterung des Zivilrechts entgegen zu treten.

Bleibt festzuhalten, dass nach Auffassung des Verfassers die Regelungen des Art. 84 ff CF zur *pensión compensatoria* im Scheidungsfall verfassungsrechtlich höchst bedenklich, wenn nicht sogar verfassungswidrig sind.

¹²⁸¹ Lasarte Alvarez, in: Comentarios a la Constitución, S. 222; López Guerra, Los poderes del Estado, S. 339; Arroyo Amayuelos/González Beilfuss, ZEuP 1995, 566

¹²⁸² In diese Richtung auch: Lasarte Alvarez, in: Comentarios a la Constitución, S. 222

¹²⁸³ Lamarca i Marquès, ZEuP 2002, 561

Auszüge weiterer Gesetzesvorschriften

Constitución Española (CE)

Artículo 14

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Artículo 27

(...)

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

(...)

Artículo 32

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Artículo 35

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

(...)

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Código Civil (CC)

Artículo 67

El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Artículo 68

Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Artículo 82.

Son causas de separación:

1. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese

fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el [artículo 103](#), en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.

7. Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4. y 5 del [artículo 86](#).

Artículo 142.

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto. en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

Artículo 143.

Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1. Los cónyuges.
2. Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

Artículo 152.

Cesará también la obligación de dar alimentos:

1. Por muerte del alimentista.
2. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.
3. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.
4. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiere cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.
5. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Artículo 183.

Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia:

1. Pasado un año desde las últimas noticias o, a falta de éstas. desde su desaparición, si no

hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes.

2. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes.

La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquellas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el Registro Central la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente.

Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)

Artículo 216. Principio de justicia rogada.

Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los [apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley](#).

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y

causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el [artículo 11 de esta Ley](#). En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacidad y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectaren a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Artículo 770. Procedimiento.

Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el [artículo 777](#), las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

1. A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

2. Sólo se admitirá la reconvencción cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio, a la separación o al divorcio o cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio. La reconvencción se propondrá, en su caso, con la contestación a la demanda y el actor dispondrá de diez días para contestarla.

3. A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos.

4. Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oírán si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años.

5. En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el [artículo 777](#), las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.

6. En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.

Artículo 777. Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

1. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo.
2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.
3. A la vista de la solicitud de separación o divorcio, se mandará citar a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, se acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, sin ulterior recurso, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el [artículo 770](#).
4. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.
5. Si hubiere hijos menores o incapacitados, el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a éstos, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.
6. Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador.
7. Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.
8. La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio. La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.
9. La modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el [artículo 775](#).

Art. 272 Code Civil

(aus: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankreich, Stand: 30.09.1995)

Bei der Festsetzung der Bedürfnisse und der Leistungsfähigkeit berücksichtigt der Richter insbesondere

- Alter und Gesundheitszustand der Eheleute;
- die für die Erziehung der Kinder bereits verwendete oder noch erforderliche Zeit;
- ihre berufliche Fähigkeiten;
- ihre Verwendbarkeit für neue Beschäftigungen;
- die ihnen bereits zustehenden und noch zukommenden Versorgungsrechte;
- den eventuellen Verlust ihrer Rechte aus Witwenpension;
- ihre Vermögenslage nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung, sowohl was das Kapital als auch die Einkünfte anbelangt.

Curriculum vitae

- 09/1980 – 07/1984 Grundschule Offenstetten
- 09/1984 – 07/1993 Werner-von-Siemens-Gymnasium Regensburg und Donau-Gymnasium Kelheim
- 10/1993 – 09/1994 Grundwehrdienst als Sanitätssoldat und Militärkraftfahrer bei der Luftwaffe, FlaRakGrp 34/Rottenburg a. d. Laaber
- 10/1994 – 01/1999 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg
- 01/1999 Erstes Juristisches Staatsexamen
- 10/1999 – 11/2001 Referendariat in Regensburg (OLG-Bezirk Nürnberg)
- 04/2000 – 09/2000 Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl Prof. Dr. Arnold, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht der Europäischen Gemeinschaften und Inhaber des Jean- Monnet- Lehrstuhls für Europarecht
- 06/2001 – 09/2001 Wahlpflichtstation an der Deutsch-Argentinischen Industrie- und Auslandshandelskammer, Buenos Aires
- 11/2001 Zweites Juristisches Staatsexamen
- 02/2002 – 11/2002 Freie Mitarbeit Anwaltskanzlei Graml & Kollegen, Regensburg
- 04/2002 – 03/2005 Promotion bei Prof. Dr. jur. Dr. jur. h. c. mult. Dieter Henrich, Emeritus des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Rechtsvergleichung an der Universität Regensburg
- 10/2003 – 02/2005 Wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Deutsches und Europäisches Sozialrecht und Gesundheitsrecht