

Der Unterhaltsverzicht

Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld

Geertje Tutschka

Prof. Dr. Jost, Erstgutachter
Prof. Dr. Staudinger, Zweitgutachter

Tag der mündlichen Prüfung: 28.08.2007

Meinem Mann Steffen,
meinen drei Mädchen Blanca, Tessa und Mina
sowie meinen lieben Eltern

Vorwort

Als ich im Mai 2000 mit der Erarbeitung der Dissertation begann, wurde das Thema - der Verzicht auf nachehelichen Ehegattenunterhalt – in der Rechtsprechung, im Schrifttum und in der Praxis viel diskutiert. Die damalige höchstrichterliche Rechtsprechung war von den gesellschaftspolitischen Veränderungen und dem Wandel der Geschlechterrollen längst überholt worden, so dass nach neuen Wegen und Lösungsmöglichkeiten im Konflikt des nachehelichen Unterhaltsrechtes gesucht werden musste. Allerdings fehlte es diesen neuen Lösungsansätzen an Systematik und Struktur. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu diesem Thema kam deshalb am Vorabend der Unterhaltsrechtreform gerade zum richtigen Zeitpunkt.

Das von meinem Doktorvater vorgeschlagene Thema blieb so über Jahre nicht nur spannend und interessant, sondern auch immer wieder aktuell – Jahre, in denen ich selbst nacheinander drei Mädchen bekam. Die Dissertation überarbeitete ich mit jeder neuen Entscheidung, so dass ich das Thema langsam und zeitnah entwickeln konnte.

Ich möchte deshalb an dieser Stelle nicht nur meinem Doktorvater, Herrn Professor Doktor Jost, für seine Weitsicht danken.

Mein Dank gilt vor allem auch meinen drei Mädchen für ihre ausgedehnten Mittagsschläfchen sowie meinem lieben Mann, ohne dessen Hilfe und Unterstützung ich diese sieben Jahre sicherlich nicht durchgehalten hätte. Wir haben uns im Übrigen bewusst gegen eine Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt entschieden.

Danken möchte ich aber auch meinen Eltern, die mir beigebracht haben, dass es sich lohnt, nach den Ster-

nen zu greifen. In ihrem Scheidungsverfahren musste ich keine Unterhaltsansprüche geltend machen.

Am Ende kann ich sagen, dass es weniger darauf ankommt, ob die Ehepartner sich für oder gegen einen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt entscheiden, sondern vielmehr darauf, dass ein partnerschaftliches, faires Miteinander die Beziehung und das danach bestimmt.

Bielefeld, im Oktober 2007

Dr. Geertje Tutschka

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Das System der kautelarjuristischen Ehetypen....	9
I. Ehetypen nach Rollenverteilung.....	12
1. Hausfrauenehe oder Einverdienerenehe.....	13
2. Doppelverdienerenehe.....	14
3. Zuverdienstehe.....	16
4. Ergebnis.....	17
II. Ehetypen unabhängig von der Rollenverteilung.....	18
1. Wiederverheiratung im vorgerückten Alter.....	18
2. Diskrepanzen.....	19
III. Einzelne Korrekturen.....	20
IV. Ergebnis: Ehetypenfreiheit.....	22
C. Unterhaltsverzicht.....	23
I. Verzicht auf Ehegattenunterhalt.....	23
1. Ehegattenunterhalt.....	23
2. Geschichtlicher Abriss.....	26
a) Deutschland / alte Bundesländer.....	26
b) DDR / neue Bundesländer.....	29
c) Gesamtdeutschland ab 03.10.1990.....	31
3. Die gesetzliche Regelung des Verzichtes.....	33
4. Ehevertragsfreiheit und erw. Ehevertragsbegriff.....	34
5. Vertrag.....	36
a) Abgrenzung zur bloßen Ausgestaltung.....	36
b) Unterhaltsvertrag.....	36
c) Zustandekommen des Vertrages.....	37

d) Rechtliche Möglichkeiten.....	38
e) Vertragsart.....	38
6. Inhalt.....	41
a) Totalverzicht.....	41
b) Verzicht für den Fall der Not.....	42
c) Weitere Modifikationen.....	43
d) AGB.....	44
7. Abgrenzung.....	44
a) Unterhaltsverzicht gegen Kapitalabfindung.....	44
b) Konkludente Verzichtserklärung durch Nichtstun.....	47
c) Freistellung von Kindesunterhalt.....	49
8. Zeitpunkt.....	50
9. Form.....	51
10. Abänderungsmöglichkeiten.....	52
11. Gesetzliche Nichtigkeitsgründe.....	53
II. Verzicht auf Unterhalt in der Eingetragenen Lebenspartnerschaft.....	54
III. Verzicht auf Kindes- und Verwandtenunterhalt.....	56
D. Richterliche Kontrolle der Unterhaltsverein- barung.....	57
I. Allgemeine richterliche Inhaltskontrolle.....	59
1. Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB.....	59
2. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.....	63
3. Ergebnis.....	67
II. Besondere richterliche Inhaltskontrolle, §§ 138, 242 BGB.....	67
1. Unterhaltsverzicht zu Lasten eines Dritten.....	72

a) Objektiv zu Lasten Dritter.....	72
b) Subjektiv zu Lasten Dritter.....	74
c) Vorsorgende Unterhaltsvereinbarungen.....	78
2. Unterhaltsverzichte nach altem Recht.....	79
a) Altes westdeutsches Recht.....	79
b) Altes ostdeutsches Recht.....	82
3. Gestörte Vertragsparität und Beeinträchtigung des Kindeswohls.....	84
a) Alte Rechtsprechung und Schrifttum (vor dem 06.02.2001).....	85
(1) Gestörte Vertragsparität, Art. 2 I, 6 IV GG.....	85
(a) Alte BGH-Rechtsprechung.....	85
(b) Meinungen im Schrifttum.....	88
(aa) Zustimmung zur BGH-Lösung.....	89
(bb) Lösung über Formvorschriften.....	90
(cc) Lösung über allgemeine richterliche Inhaltskontrolle.....	92
(c) Alte Rechtsprechung der Instanzgerichte: Gesamtschau.....	97
(aa) Globalverzicht.....	98
(bb) Missbrauch des Vertrauens in den Rechtsanwalt.....	104
(2) Kindeswohl, Art. 6 II GG.....	106
(a) Alte BGH-Rechtsprechung.....	107
(b) Alte Rechtsprechung der Instanzgerichte...	110
(c) Meinungen im Schrifttum.....	112
(3) Ergebnis.....	116
b) Neue Rechtsprechung (nach dem 06.02.2001)..	117
(1) Die Entscheidungen des BVerfG.....	117
(a) Gestörte Vertragsparität.....	118
(b) Kindeswohl.....	125
(c) Ausblick.....	128
(2) BGH-Rechtsprechung.....	136

(a) Die Kernbereichslehre.....	137
(b) Meinungen im Schrifttum.....	143
c) Auswirkungen der Änderung der Rechts- sprechung.....	146
4. Ergebnis.....	150
III. Prozessuale Möglichkeiten.....	151
1. Leistungsklage.....	152
2. Feststellungsklage.....	153
E. Konsequenzen der richterlichen Kontrolle von Unterhaltsverzichten.....	154

I. Die Wirkung der richterlichen Kontrolle auf Unterhaltsvereinbarungen.....	155
1. Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 I BGB.....	156
a) Beurteilungszeitpunkt.....	157
b) Rechtsfolge.....	157
c) Beispiele.....	157
d) Auswirkung der Nichtigkeit des Unterhaltsver- zichts auf weitere vertragl. Vereinbarungen.....	159
(1) Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB.....	159
(2) Salvatorische Klausel.....	164
2. Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB.....	167
a) Beurteilungszeitpunkt.....	167
b) Nur wesentliche Änderungen führen zur Unzumutbarkeit.....	168
c) Rechtsfolge.....	169
d) Beispiele.....	169
e) Modifizierte Ausübungskontrolle: Vertragsanpassung.....	170
f) Auswirkung der Ausübungskontrolle auf weitere vertragliche Regelungen.....	172
3. Ergebnis.....	172

II. Formelle Vorkehrungen gegen die Unwirksamkeit bzw. die Korrektur von Unterhaltsverzichten.....	172
1. Ermittlung und Prognose.....	174
2. Belehrungs- und Hinweispflicht, § 17 BeurkG.....	175
3. Vertragsgestaltung nach Ehetypen.....	181
4. Beurkundungspflicht, § 4 BeurkG.....	185
a) Problemfall: Beurkundung eines sitten- widrigen Vertrages.....	186
b) Die Schutzwirkung der notariellen Beur- kundung bei der Inhaltskontrolle.....	186
5. Ergebnis.....	188
F. Haftungsprobleme.....	189
I. Verletzungshandlung.....	190
1. Durch den Rechtsanwalt.....	190
2. Durch den Notar.....	191
3. Ergebnis.....	193
II. Schaden.....	194
G. Schlussbetrachtung.....	195

A. Einleitung

Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt unter Ehegatten ist eines der am meisten diskutierten Themen des Familienrechtes der letzten sechs Jahre: Die nicht ganz widerspruchsfreie frühere Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wurde in vielerlei Hinsicht kritisiert und schließlich in bestimmten Bereichen durch das Bundesverfassungsgericht revidiert. Diese Arbeit wird versuchen, den Wandel der Rechtsprechung deutlich zu machen und anhand von ausgewählten Beiträgen aus dem Schrifttum, Lösungsansätze für die noch offenen Fragen bei der rechtlichen Beurteilung von Unterhaltsverzicht zu entwickeln.

Bei einem genaueren Blick in die Publikationen fällt auf, dass das Problem des Unterhaltsverzichtes wie kaum ein anderes Thema der familienrechtlichen Praxis einerseits in der Lage war und ist, sehr konträre und kontroverse Meinungen hervor zurufen und andererseits dazu verführte, diese Meinungen all zu oft polemisch und mit mangelnder Objektivität vorzutragen.

Dies ist keineswegs nur darauf zurückzuführen, dass die rechtliche Problematik des Verzichtes auf nachehelichen Unterhalt juristisch sehr interessant und speziell ist. Eine größere Rolle dürfte spielen, dass das nacheheliche Unterhaltsrecht stark vom Wandel der Geschlechterrollen in der Gesellschaft und den damit verbundenen widersprüchlichen Entwicklungen und persönlichen Erfahrungen jedes Einzelnen beeinflusst wird. Nicht selten führt dies zu einer unterschiedlichen Bewertung von Recht und Gerechtigkeit, wenn es im Streitfall zur Anwendbarkeit eines solchen Unterhaltsverzichtes kommen soll. So verwundert es nicht, dass die meisten obergerichtlichen Entscheidungen im Bereich des Unterhaltsrechtes gefällt

werden. Dies hat aber auch noch andere Ursachen: Durch die Abkehr vom Schuldprinzip im früheren Scheidungsrecht haben sich viele Konflikte von der Scheidung in den Unterhalt verlagert¹. Das unerbittliche Aushandeln von Vertragspositionen in und außerhalb des Scheidungsrechtes verbunden mit wirtschaftlicher Not lässt das Unterhaltsrecht und insbesondere den Unterhaltsverzicht zum Schauplatz des Kräftemessens werden. Der Unterhalt, der in Anbetracht wachsender Arbeitslosigkeit und Armut von Alleinerziehenden und Kindern verbunden mit fehlenden Kinderbetreuungsmöglichkeiten oft Existenzgrundlage ist, wird dabei als Druckmittel für andere Bereiche des Familienrechtes eingesetzt, wie beispielsweise beim Umgangs- und Sorgerecht oder bei der Verteilung von Hausrat oder der Zuweisung der Wohnung.

In Zeiten, in denen die Ehe nur noch in seltenen Ausnahmen ein Leben lang hält und der gesellschaftliche Trend deutlich zur Zweit- und Drittfamilie oder aber zur Alleinerziehung geht, hat das Unterhaltsrecht mehr denn je Bedeutung.

Zwar werden normativ heute wie vor 100 Jahren Ehen auf Lebenszeit geschlossen (§ 1353 I 1 BGB). Dies mag für den Zeitpunkt der Eheschließung auch heute noch gelten. Die Realität sieht jedoch anders aus: während noch vor gut 50 Jahren Ehen ein Leben lang hielten, hat sich dieses Bild zum Ende des 20. Jahrhunderts deutlich geändert. Bereits 1979 gaben lediglich noch die Hälfte aller Heiratswilligen - nämlich 54 % der Männer und 51 % der Frauen – an, die Ehe auf Lebenszeit schließen zu

¹ Dauner-Lieb, JZ 2004, 1027, 1028.

wollen. 1987 gingen hiervon nur noch 14 % der Befragten aus².

Unabhängig davon gestalten sich die Arbeitsmarktsituation sowie die Vereinbarung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit nach wie vor schwierig.

Staatlich garantiert wird den Eltern lediglich eine Betreuung der über 3-6 jährigen Kinder und zwar von 9.00 Uhr-12.00 Uhr ohne Mahlzeit (sogenannter Kindergarten), wobei die Versorgungsquote dabei bislang erst bei 81 %³ liegt. Die Ganztagsbetreuung der über 3-6 jährigen wird lediglich für 29 %⁴ gewährleistet, der unter 3-jährigen mit 4 %⁵. Dies stellt sich nicht nur im Hinblick auf die Möglichkeit der Erwerbstätigkeit der Eltern als katastrophal dar, sondern erscheint auch im europäischen Vergleich der Bildungsniveaus bedenklich.

Hinzu kommt, dass in Deutschland die Erwerbstätigkeit von kindererziehenden Eltern noch längst nicht von allen Teilen der Bevölkerung anerkannt ist⁶.

Dies gilt bemerkenswerterweise immer mehr sowohl für Frauen als auch für Männer als Anspruchsberechtigte. Während noch vor ca. 15 Jahren das männliche Verhalten zu Familienarbeit und Erziehung mit dem Satz „verbale Aufgeschlossenheit bei weitgehender Verhaltensstarre“ beschrieben worden ist⁷, haben heute 20 % aller

² Diederichsen, NJW 1993, 2265, 2275.

³ In Bielefeld/NRW; Kindergartenbedarfsplan 2002/2003-2006/2007 der Stadt Bielefeld.

⁴ In Bielefeld/NRW; Kindergartenbedarfsplan 2002/2003-2006/2007 der Stadt Bielefeld.

⁵ In Bielefeld/NRW; Informationsvorlage der Verwaltung der Stadt Bielefeld für die Tagesbetreuung von Kindern unter 3 Jahren von 12/2004; Allerdings soll die Betreuung der unter 3-jährigen bis 2010 auf 20% aufgestockt werden: Schulministerium NRW in NW vom 13.04.2005, S.2.

⁶ Die „kühle Distanz zur Aufgabe der Berufstätigkeit zugunsten der Familienarbeit“ durch den BGH in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2004 hält *Dauner-Lieb* dann auch für eine rechtspolitische Sensation: *Dauner-Lieb*, JZ 2004, 1027.

⁷ Beck, Risikogesellschaft, S.169.

Männer nicht mehr nur die Berufswelt als alleinigen Bezugspunkt, sondern wollen „aktive Väter“ sein⁸. Diese „neuen Männer“ werden gesellschaftlich zwar auch weitgehend akzeptiert⁹; der sogenannte „Hausmann“ allerdings wird heute weder von der Gesellschaft noch der Rechtsprechung vollständig anerkannt¹⁰. So hat das Kind selbstverständlich ein Anrecht auf Betreuung durch die Mutter und deren Erwerbstätigkeit kann zurückstehen¹¹, dem Vater obliegt hingegen in erster Linie die Erwerbstätigkeit. Immerhin könne er „sein Kind in seiner Freizeit betreuen, erziehen und eine Beziehung zu ihm entwickeln“¹².

Der langsame aber stetige Wandel der klassischen Geschlechterrollen – der sich nicht ohne widersprüchliche und gegensätzliche Entwicklungen vollzieht - bleibt aber nicht ohne Einfluss auf das Unterhaltsrecht. Es ist deshalb nicht abwegig, das Unterhaltsrecht als Spiegel unserer Zeit zu betrachten. Deutlich wird dies dadurch, dass die gesetzlichen Regelungen zum Unterhaltsrecht durch eine Fülle von konträren, zum Teil äußerst konservativen, zum Teil aber auch bahnbrechenden gerichtlichen Entscheidungen modifiziert bzw. fortgebildet worden sind¹³, um das Familienrecht so der veränderten gesellschaftlichen Situation anzupassen.

Der Wandel der klassischen Geschlechterrollen zeigt sich aber auch darin, dass der Lebensform der Ehe im klassischen Sinne immer mehr alternative Formen des Zusammenlebens entgegengestellt werden.

⁸ Grottian, Geschlechterdemokratie..., S.4 f..

⁹ Eberl-Borges, FamRZ 2004, 1521; Grottian, Geschlechterdemokratie..., S.4 f..

¹⁰ Eberl-Borges, FamRZ 2004, 1521.

¹¹ OLG Hamm, FamRZ 1980, 73, 74.

¹² BGH, FamRZ 1996, 796.

So wird die Ehe heute nicht mehr selbstverständlich zur Familiengründung geschlossen. So lebten im Jahr 2005 nur in 31 % aller Haushalte in Deutschland minderjährige Kinder; 1991 war dies noch in 38 % der Fall¹⁴. Auch das ehemalige Leitbild der Hausfrauenehe wird längst nicht mehr von allen Ehegatten von vornherein angestrebt – auch wenn gesellschaftliche Zwänge die Ehegatten dann oft doch in diesen Ehetyp zwingen. Alternativ wird denn auch immer mehr die Form der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gewählt. Im März 2004 lebten 25 % aller Familien mit Kindern ohne Trauschein zusammen als nichteheliche Lebensgemeinschaft oder allein erziehend; 1996 lag dieser Anteil erst bei 19 %¹⁵. Aber auch die Möglichkeiten einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft (auch Lebenspartnerschaft nach dem LPartG) – ob mit oder ohne Trauschein; mit oder ohne Kinder – sind heute gegeben.

Hierauf wird in den Teilen B und C im Besonderen einzugehen sein.

Leider führt diese Entwicklung aber auch zu gegenläufigen Tendenzen: So gibt es heute in Deutschland mehr Singles, aber weniger Kinder als jemals zuvor. Rund ein Fünftel der Bevölkerung lebte 2005 allein (ledig, verwitwet, geschieden, getrennt)¹⁶. Der überwiegende Teil der Kinder im Vorschulalter, die heute in Deutschland leben, kommen aus Migrationsfamilien¹⁷.

Um diesem Wandel der klassischen Geschlechterrollen eine juristische Grundlage zu geben, besitzen Unterhaltsvereinbarungen große praktische Bedeutung.

¹³ Maier, FamRZ 2002, 3360.

¹⁴ Der deutsche Mikrozenus 2005, NW vom 07.06.2006, S. 3.

¹⁵ Das statistische Bundesamt, NW vom 14.05.2006, S.1.

¹⁶ Menne, FamRZ 2007, 173, 174; Der deutsche Mikrozenus 2005, NW vom 07.06.2006, S. 3.

¹⁷ Der deutsche Mikrozenus 2005, NW vom 07.06.2006, S. 3.

Dennoch finden sie sich ebenso wie Eheverträge im weiteren Sinne in der Praxis relativ selten, d.h. bei unter 10% der geschlossenen Ehen, wobei die Zahlen zwischen den einzelnen Bundesländern sehr variieren, insbesondere im Vergleich der neuen und der alten Bundesländer. So gibt es in den neuen Bundesländern ebenso wie zu DDR-Zeiten erstaunlich wenig Eheverträge¹⁸.

Bemerkenswert ist dabei, dass Eheverträge vor oder während einer intakten Ehe nach wie vor sehr selten abgeschlossen werden. Dagegen steigt die Zahl im Trennungsfall sprunghaft an, so dass die meisten Eheverträge als Scheidungsfolgenvereinbarungen bezeichnet werden müssen¹⁹.

Ähnlich unterschiedlich zeigen sich die Inhalte der Vereinbarungen:

Während bei Eheverträgen die Vereinbarung von Gütertrennung (bei 90 % der Verträge) und der Ausschluss des Versorgungsausgleichs (bei 50 % der Verträge) dominieren, werden in Scheidungsfolgenvereinbarungen hauptsächlich Regelungen zum Ehegattenunterhalt (in 75 % der Verträge) und zum Zugewinnausgleich (in 66 % der Verträge) getroffen²⁰.

Interessant dürfte auch sein, dass zwar bei 2 % aller Ehen auf nachehelichen Unterhalt im Zusammenhang mit der Eheschließung verzichtet wird, bei weniger als 2 % aller Ehen ein Unterhaltsverzicht aber erst während einer intakten Ehe oder als Scheidungsfolgenvereinbarung abgeschlossen wird²¹, obwohl zu diesem Zeitpunkt die Realisierung des nachehelichen Unterhaltsan-

¹⁸ Schwenger, AcP 196, 88, 91; BVerfG, FamRZ 2001, 343, 344..

¹⁹ Schwenger, AcP 196, 88, 92.

²⁰ Müller/Alten, Ehescheidung und Scheidungsverträge, S. 69.

²¹ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 344.

spruchs viel aktueller sein müsste als vor der Eheschließung. Die Bedeutung des nahehelichen Unterhaltes und damit der nahehelichen Solidarität scheint also mit fortschreitender Zerrüttung der Ehe abzunehmen.

Gemeinsam haben Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen aber, dass die Verzichtregelungen mit ca. 90 % in den Eheverträgen und 85 % in den Scheidungsfolgenvereinbarungen im Vergleich mit den positiven Regelungen zum Ehegattenunterhalt diese bei weitem überwiegen²². Differenzierte Regelungen, wie sie vom Gesetz her möglich wären, von der Literatur vorgeschlagen und der Jurisprudenz immer wieder empfohlen werden, sind sowohl in Eheverträgen als auch in Scheidungsfolgenvereinbarungen so gut wie nie anzutreffen²³.

Insgesamt zeigt sich damit, dass die Dispositionsfreiheit, die der Gesetzgeber den Ehegatten zur Verfügung stellt, sowohl im Rahmen von Ehevereinbarungen und Eheverträgen als auch von Scheidungsfolgenvereinbarungen von den Parteien überwiegend dafür genutzt wird, die gesetzlich vorgesehenen Ausgleichmechanismen auszuschließen. Dies verblüfft umso mehr, da sich der Wandel der Geschlechterrollen zwar im Bewusstsein der Eheleute offenbar vollzogen hat, die gesellschaftliche Akzeptanz und Realität – und wohl auch die meisten Eheverträge - dieser Entwicklung wie oben gezeigt aber noch lange nicht gerecht werden. Andererseits scheitern leider immer noch allzu oft die angestrebten, kühnen und von Verliebtheit geprägten Lebensentwürfe von Eheleuten an der Realität, die sie in die klassische Ein-

²² Stach, Eheverträge, S.13.

²³ Langenfeld in Langenfeld, Münch. Vertragshandbuch, Bd. 4, 2. Halbbd., S. 1071 ff.

verdienerehe mit kinderbetreuender Hausfrau zwingt²⁴. Das Vermögensrisiko dieser biographischen Katastrophe trägt die Unterhaltsverzichtende²⁵.

Davon sind praktisch ausschließlich Frauen und Mütter betroffen²⁶, denn ihnen würden diese Ausgleichsmechanismen in den meisten Fällen aufgrund der durch gesellschaftlichen Zwang gelebten Hausfrauenehe zugute kommen: Unterhaltsberechtigte sind überwiegend Frauen, Männer stellen mit lediglich 0,06 % singuläre Ausnahmen dar²⁷.

Da Unterhaltsverzichte aber zumeist dazu führen, nunmehr auf staatliche Unterstützung angewiesen zu sein, ist die Wirksamkeit von Unterhaltsverzichten auch angesichts des Sparkurses der öffentlichen Hand ein viel diskutiertes Thema.

Über diese gesellschaftspolitische Brisanz hinaus berührt es aber zugleich auch immer die Grundfragen menschlicher Existenz, wie Vertrauen, Verantwortung und Verrat und das Machtverhältnis zwischen Frau und Mann²⁸.

Am Ende steht das Zivilrecht deshalb hier vor der Aufgabe, die Rolle der Frau und Mutter in Familie und Gesellschaft grundlegend neu zu definieren.

Das Werkzeug des beratenden Juristen ist dabei die Bildung von Ehetypen:

²⁴ Keddi / Seidenspinner, in Bertram: Die Familie..., S. 163; Peuckert, Familienreformen..., S. 244.

²⁵ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1514.

²⁶ Dauner-Lieb, AcP (201), 295, 297.

²⁷ Müller/Alten, Ehescheidung und Scheidungsverträge, S. 145.

²⁸ Dauner-Lieb, AcP (202), 295, 297.

B. Der Unterhaltsverzicht im kautelarjuristischen Ehetypenrecht

Die Vielzahl der möglichen Lebensformen führt dazu, dass es für den gerechten Interessenausgleich im Einzelfall auch einer Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten, aber auch -notwendigkeiten bedarf.

Der Gesetzgeber konnte nicht jeden heute bestehenden Einzelfall regeln.

Bei der Entstehung der familienrechtlichen Normen im BGB bedurfte es in der Tat lediglich der Regelung der Hausfrauenehe, da dies die einzige gesellschaftlich und moralisch anerkannte und praktizierte Eheform war. Er hat deshalb den Ehetyp der Hausfrauenehe als Leitbild in das Gesetz aufgenommen.

Im Laufe der Zeit vollzog sich allerdings ein Wandel der traditionellen Geschlechterrollen sowie der gesellschaftlichen und moralischen Werte. Dies fand sich einerseits in den sich immer stärker etablierenden Abwandlungen und Modifikationen des gesetzlichen Ehetyps wieder. Andererseits entwickelte sich auch in der Judikatur ein verändertes Verständnis von Ehe und Familie sowie der Rolle der Frau und Mutter. Die Ehe sollte nicht nur als Institution im Allgemeinen und mit der Institutsgarantie unter Verfassungsschutz stehen, Art. 6 GG²⁹. Vielmehr sollten auch die Grundrechte, insbesondere Art. 2 I, 3 II, 6 I, II, IV GG, in die ehelichen Beziehungen ausstrahlen und die familiengesetzlichen Regelungen prägen³⁰.

²⁹ Papier, NJW 2002, 2129.

³⁰ BVerfG, MDR 2001, 392; FamRZ 2001, 343, 345.

Der Gesetzgeber gab deshalb mit dem 1. EheRG das Leitbild der Hausfrauenehe aus § 1353 I BGB a.F. auf³¹. Nach § 1356 I 1 BGB n.F. regeln die Eheleute die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen, ohne dass der Gesetzgeber eine zwingende Rollenverteilung vorgibt.

Dementsprechend hat der Gesetzgeber in der Folgezeit immer mehr arbeitsteilige Konzepte der Ehegatten unterstützt: So können inzwischen Mütter und Väter in den ersten drei Lebensjahren ihres Kindes Elternzeit nach Maßgabe des Bundeserziehungsgeldgesetzes nehmen. Das Elterngeld (früher: Erziehungsgeld) steht dabei dem jeweils betreuenden Elternteil zu. Bei Erkrankung eines Kindes haben Männer wie Frauen nach Maßgabe des § 45 SGB V einen Anspruch auf Krankengeld und auf unbezahlte Freistellung von der Arbeit.

Sinn, Inhalt und Organisation ihrer Partnerschaft definieren demnach die Eheleute, nicht der Gesetzgeber.

Damit war der Weg frei für andere Ehetypen, deren Individualität jedoch auf eine ebenso individuelle vertragliche Grundlage zu stellen war, was durch die Ehevertragsfreiheit garantiert wurde.

Ausgehend vom sogenannten erweiterten Ehevertragsbegriff – auf den im Abschnitt C näher einzugehen sein wird - hat der beratende Jurist also zunächst die Individualität der jeweiligen Ehe, d.h. die gewählte Rollenverteilung und die weitere Lebensplanung der Verlobten bzw. Eheleute zu erforschen. Stellt sich dabei heraus, dass sich die Vorstellungen der Eheleute ganz erheblich von dem durch den Gesetzgeber geregelten „Norm-Fall“ der Hausfrauenehe oder Einverdienernehe unterschei-

³¹ 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechtes vom 14.06.1976,

den, sollte eine entsprechende vertragliche Anpassung erfolgen. Diese ist als Korrekturmöglichkeit vom Gesetzgeber nicht nur vorgesehen, sondern geradezu erwünscht³².

Aber gerade im Ehevertragsrecht gilt, dass nicht alles sachgerecht und erlaubt ist, was vordergründig legal ist³³. Der Kautelarjurist hat deshalb unter Berücksichtigung der gewählten Rollenverteilung sämtliche finanziellen Aspekte der Ehescheidung, d.h. neben dem nachehelichen Unterhalt auch das eheliche Güterrecht und den Versorgungsausgleich, unter Umständen sogar das Erbrecht bei einer längeren Trennungsphase oder als Gegengewicht zum ehelichen Güterrecht, in die Vertragsgestaltung einzubeziehen. Zu Recht sah sich der Notar hier also mehr und deutlicher als in seiner übrigen vertragsgestaltenden Tätigkeit in der Rolle des Gesetzgebers³⁴.

Dadurch bestand jedoch die Gefahr, dass der einzelne Notar bewusst oder unbewusst seine persönlichen Anschauungen, Vorlieben und Abneigungen in den Vertrag einfließen lässt. Erforderlich waren deshalb objektivierbare Kriterien, die dem Notar quasi als Richtschnur bei der täglichen Vertragsgestaltung an die Hand gegeben werden konnten.

Da der Kautelarjurist gern mit Fallgruppen arbeitet, um mit dieser Typisierung Struktur und Klarheit in eine unübersichtliche Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten zu bringen, entwickelten bereits Mitte der 80er Jahre insbesondere die Notare das Konzept der Eheverträge nach Ehetypen³⁵.

BGBI. I, S. 1421.

³² Langenfeld, FamRZ 1987, 9, 11.

³³ Langenfeld, FamRZ 1994, 201.

³⁴ Raukes, DNotZ 1963, 141, 146.

³⁵ Langenfeld, FamRZ 1994, 201; Langenfeld, DNotZ-Sonderheft 1985, 167.

Obgleich diese Eheverträge nach Ehetypen Gesamtvereinbarungen sind, die naturgemäß das gesamte Ehe- und Scheidungsfolgenrecht umfassen, sollen diese Ehetypen im Folgenden vornehmlich im Hinblick auf die Zulässigkeit von Unterhaltsvereinbarungen untersucht werden. Bereits jetzt sei deshalb darauf hingewiesen, dass lediglich bei jedem zweiten Ehetyp die jeweiligen Umstände, wie Rollenverteilung der Ehepartner oder Vermögen, unterhaltsrelevant sind. Es werden deshalb nicht sämtliche Ehetypen dargestellt.

I. Ehetypen nach Rollenverteilung

Das Gesetz selbst orientiert sich bei der Beschreibung seiner Ehetypen an der Rollenverteilung der Ehegatten. Bei der Rollenverteilung sind dann mindestens zwei Kriterien maßgebend: die Berufstätigkeit und die Kinderbetreuung und/oder Haushaltsführung.

Die eheliche Rollenverteilung regeln die Eheleute im gegenseitigen Einvernehmen.

Dieses Einvernehmen ist mit einem Organisationsakt vergleichbar³⁶ und im Verlauf einer Ehe vielfältigen Änderungen unterworfen.

Im Ehealltag erfährt die vorgenommene Rollenverteilung zwar zunächst nur bei der Frage, in welcher Art und Weise der jeweilige Ehegatte gem. §§ 1360, 1606 III 1 BGB zum Familienunterhalt beiträgt, rechtliche Relevanz. Im Falle einer Ehescheidung beeinflusst die gewählte Rollenverteilung jedoch ganz entscheidend auch

³⁶ Gernhuber, FamRZ 1979, 193; Langenfeld, FamRZ 1987, 9.

die nahehelichen – finanziellen - Rechte und Pflichten³⁷.

1. Hausfrauenehe oder Einverdienerenehe

Der gesetzliche Eheypus ist die Einverdienerenehe. Das Gesetz stellt dieses ehemalige Leitbild in § 1356 I 2 BGB vor. Dabei kann es sich sowohl um eine Hausfrauenehe als auch um eine Hausmannehe handeln³⁸.

Sie ist durch eine strenge Trennung der Partnerfunktionen bzgl. Berufstätigkeit auf der einen Seite und Kinderbetreuung und/oder Haushaltsführung auf der anderen Seite gekennzeichnet.

Der Gesetzgeber sieht für diesen Eheyp einen einheitlichen Unterhaltsanspruch aus § 1569 BGB vor, der sich aus insgesamt sechs Unterhaltstatbeständen gemäß den §§ 1570-1573 BGB, §§ 1575, 1575 BGB zusammensetzt.

Für den wohl wichtigsten Tatbestand, den Betreuungsunterhalt aus § 1570 BGB unterstellt der Gesetzgeber, dass in der Regel-Ehe Kinder geboren werden und die Eheleute sich lieber selbst um die Kinderbetreuung kümmern, als die Kinder in entsprechenden Einrichtungen betreuen zu lassen. Der Gesetzgeber geht deshalb von dem Ehe-Regelfall aus, dass im gegenseitigen Einvernehmen ein Ehegatte erwerbstätig ist und der andere nicht, weil er sich um Haushalt und Kinder kümmert. Letzterer Aufgabenbereich wird nach wie vor gesellschaftlich hauptsächlich der Frau zugewiesen.

In dieser Situation erscheint es nur billig und gerecht, den nicht erwerbstätigen Teil – der sich um den Fortbe-

³⁷ Diederichsen, NJW 1993, 2265, 2272.

stand der Familie bemüht - für den Fall der Scheidung und andauernden Kinderbetreuung sowohl am monatlichen Einkommen als auch am Vermögenszuwachs und den Rentenanwartschaften partizipieren zu lassen, wie dies die gesetzliche Regelung vorsieht.

Ist die Einverdiener Ehe kinderlos, haben sich die Ehegatten darauf verständigt, dass der eine Ehegatte erwerbstätig sein soll und dem anderen Ehegatten (nur) die Haushaltsführung obliegen soll.

Für den Scheidungsfall soll dieser Ehegatte – ebenso wie der kinderbetreuende Ehegatte, dessen Kinder keiner Betreuung mehr bedürfen – mit dem Altersunterhalt aus § 1571 BGB, dem Krankenunterhalt aus § 1572 BGB, dem Teilerwerbslosen- und Aufstockungsunterhalt aus § 1573 BGB, dem Ausbildungsunterhalt aus § 1575 BGB und nicht zuletzt mit dem Billigkeitsunterhalt aus § 1576 BGB abgesichert werden.

2. Doppelverdiener Ehe

Das Gegenstück zum gesetzlichen Ehetypus der Einverdiener- oder Hausfrauenehe ist die Doppelverdiener Ehe, in der beide Ehegatten voll erwerbstätig sind³⁹. Auszeiten wegen Kinderbetreuung sind nicht erwünscht bzw. geplant, d.h. das Paar hat sich entweder gegen Kinder oder aber lediglich gegen die eigenhändige Kinderbetreuung entschieden. Das Gesetz stellt die beiderseitige Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in § 1356 II BGB ausdrücklich klar.

Hier können sich beide Ehegatten beruflich voll verwirklichen. Beide haben im Idealfall ein etwa gleich hohes Einkommen und bilden etwa gleich hohe Vermögens-

³⁸ Wacke in Münch.-Komm., § 1556 BGB Rn. 5.

werte sowie Rentenanwartschaften. Die gesetzlichen finanziellen Folgen der Scheidung würden deshalb im Ergebnis nicht bzw. kaum zu Buche schlagen, weil der jeweilige Einkommens- bzw. Vermögensausgleich rechnerisch gleich Null ist.

Die gesetzlichen Unterhaltstatbestände helfen hier nur dann, wenn die gemeinsame Lebensplanung wider Erwarten nicht funktioniert, etwa weil ein Ehegatte seine Berufstätigkeit ungewollt oder ungeplant aufgeben muß wegen einer ungeplanten Schwangerschaft, Arbeitslosigkeit oder Krankheit. Wird diese vom Gesetz abweichende Rollenverteilung aber erfolgreich gelebt, sollten die Ehegatten ihre vom Gesetz abweichende Rollenverteilung auf eine dieser entsprechenden vertragliche Grundlage stellen, um diesbezügliche Ungerechtigkeiten auszugleichen. Ebenso gegensätzlich wie hier die Rollenverteilung zum gesetzlichen Ehemodell ist, ist auch die sachgerechte vertragliche Lösung: Ausschluss des gesamten Scheidungsfolgenrechtes sowie der Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB.

Allerdings sollte im Bereich des Güterstandes für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod ausnahmsweise die Zugewinnngemeinschaft beibehalten werden. Gleichzeitig sollte die gegenseitige Erbeinsetzung verfügt werden. Dadurch bleibt dem überlebenden Ehegatten die erbrechtliche Zugewinnausgleichslösung des § 1371 BGB mit den Folgen der Herabsetzung des Pflichtteils von Eltern und Abkömmlingen des Erblassers und der Erbschaftssteuerfreiheit des Zugewinnausgleichs nach § 5 I ErbStG erhalten.

³⁹ Wacke in Münch.-Komm., § 1356 BGB Rn.5.

Hiervon zu unterscheiden ist allerdings der Fall der jungen Doppelverdiener Ehe, in der Kinder in absehbarer Zeit geplant sind, jedoch noch auf sich warten lassen.

In diesen Fällen ist der Totalausschluss nur dann angezeigt, wenn gleichzeitig eine auflösende Bedingung, eine Befristung oder aber ein Rücktrittsrecht für denjenigen Ehegatten vorbehalten bleibt, der nach der Geburt des gemeinsamen Kindes die Kinderbetreuung und Haushaltsführung übernehmen soll.

Zwar sind sowohl die Bedingung, als auch die Befristung und der Rücktritt in Eheverträgen zulässig⁴⁰. Sachgerecht und praktikabel dürfte jedoch lediglich die Automatik der auflösenden Bedingung durch die Geburt eines gemeinsamen Kindes und die damit verbundene Aufgabe der Berufstätigkeit sein. Die vereinbarte Möglichkeit des Rücktritts in notarieller Form gem. § 2296 II 2 BGB dürfte für die durch die Geburt und Berufsaufgabe emotional belastete Frau eine zu große Hemmschwelle in sich bergen und auch die Befristung dürfte nur schwerlich direkt mit der Geburt eines Kindes verknüpfbar sein.

Eine weitere auflösende Befristung der Unterhaltsvereinbarung bietet sich für den Fall an, dass die gesetzlichen Scheidungsfolgen bei einer verhältnismäßig kurzen Ehedauer, beispielsweise bei einer Ehe bis zu 5 Jahren, ausgeschlossen werden sollen; bei Fortbestehen der Ehe über die 5 Jahresgrenze hinaus es aber bei den gesetzlichen Unterhaltsansprüchen bleiben soll⁴¹.

3. Zuverdienstehe

Eine Stellung zwischen der Einverdiener Ehe und der Doppelverdiener Ehe nimmt die sogenannte Zuver-

⁴⁰ Diederichsen in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm. § 1408 Rn. 1.

dienstehe ein, deren Modell sich ebenfalls aus § 1356 II BGB ergibt.

Zwar haben sich die Ehegatten auch hier grundsätzlich für eine Aufteilung von Berufstätigkeit für den einen Ehegatten und Kinderbetreuung für den anderen Ehegatten entschieden. Allerdings kann bei dieser Mischform der kinderbetreuende und haushaltsführende Ehegatten eine Nebenerwerbstätigkeit in Teilzeit oder Heimarbeit ausüben und damit etwas zum Familieneinkommen hinzuverdienen⁴².

Bei dieser Rollenverteilung kommen dem Hauhaltsführenden im Scheidungsfall zwar grundsätzlich die gesetzlichen Unterhaltstatbestände zu Gute. Je nach Höhe und Verwendungszweck des Hinzuverdienten sollte jedoch über einzelne ehevertragliche Korrekturen (wie bei der Doppelverdiener Ehe) nachgedacht werden, um dem Mischformcharakter dieser Rollenverteilung gerecht zu werden.

4. Ergebnis

Trotz Aufgabe des gesetzlichen Leitbildes der Einverdiener Ehe konnte sich in Anbetracht der steigenden Arbeitslosenzahlen und der abflauenden Wirtschaftskonjunktur die Doppelverdiener Ehe als zeitgerechtes Modell nicht durchsetzen⁴³. Zwar stieg der Prozentsatz der Berufstätigkeit bei den verheirateten Frauen in Deutschland von 25 % (1950) auf 55 % (2005)⁴⁴. Damit ist aber keineswegs eine vollzeitige Berufstätigkeit gemeint – wie dies beispielsweise in Frankreich, Österreich oder Großbritannien die Regel ist⁴⁵. In Deutschland reibe der

⁴¹ Langenfeld, FamRZ 1994, 201,202.

⁴² Wacke in Münch.-Komm., § 1356 BGB Rn.5.

⁴³ Wacke in Münch.-Komm., § 1356 BGB Rn. 4.

⁴⁴ Statist. Jahrbuch 2005, S. 101.

⁴⁵ Statist. Jahrbuch 2005, S. 101.

gesellschaftliche Anspruch, die Mutter solle sich idealerweise rund um die Uhr um die Kinder kümmern, die berufstätigen Mütter auf, die gleichzeitig als „Rabemütter“ gelten – ein Wort, welches es in dieser Bedeutung nur in Deutschland gibt⁴⁶. Zwar haben Elterngeld, die absehbare Vergrößerung der Gesellschaft und der drohende Fachkräftemangel den Blick auf die berufstätige Mutter gelenkt⁴⁷. Der staatlich garantierte Kindergartenplatz (Betreuung bis mittags) für Kinder ab 3 Jahren, die Einführung der Ganztagschule sowie der Anspruch auf Teilzeitarbeit haben die Voraussetzungen für die Möglichkeit des Zuverdienstes von Müttern geschaffen. So ist denn auch aus arbeitsmarkt- und familienpolitischer Sicht die Zuverdienstehe der Ehefrau mit Zukunft⁴⁸.

II. Eheformen unabhängig von der Rollenverteilung

Neben diesen Eheformen nach Rollenverteilung wurden auch Eheformen entwickelt, bei denen die Rollenverteilung völlig nebensächlich war und stattdessen andere besondere Umstände Berücksichtigung fanden, wie das Alter der Ehegatten oder das große Vermögen eines Ehegatten.

1. Wiederverheiratung im vorgerückten Alter

Dieser Ehevertragstyp steht für den Fall zweier Partner, die in der Nähe des Rentenalters heiraten, verwitwet oder geschieden sind und jeweils eigene Kinder haben. Berufstätigkeit und Kinderbetreuung sind keine relevanten Themen mehr; eine Rollenverteilung im herkömmlichen

⁴⁶ Grünewald, NW vom 13./14.05.2006, 1.

⁴⁷ Jurczyk, NW vom 13./14.05.2006, 1.

⁴⁸ Körner-Damann, NJW 1994, 2056, 2057.

chen Sinne zur Organisation des Alltags ist nicht mehr erforderlich.

Wollen ältere Menschen trotz oder gerade wegen des vorgerückten Alters eine Ehe schließen, obgleich jeder bereits seine eigenen Kinder und seine eigene Familie sowie finanzielle Unabhängigkeit und Absicherung besitzt, kann das gesetzliche Ehescheidungsfolgenrecht unangemessen sein. Zwar kommen hier allenfalls die Unterhaltstatbestände wegen Alter, Krankheit oder Unbilligkeit aus §§ 1571, 1572, 1576 BGB in Betracht⁴⁹, die ohnehin aufgrund der kurzen Ehedauer aus Billigkeitsgründen gem. § 1579 Nr.1 BGB begrenzt sein dürften⁵⁰. Aus diesen Gründen dürfte aber auch ausnahmsweise ein Globalverzicht zulässig sein.

Die Eheleute sollten aber gerade deshalb – auch um des Friedens mit der eigenen Familie Willen, die um ihr Erbe bangt - Gütertrennung unter Ausschluss des Versorgungsausgleichs, gegenseitigen Unterhaltsverzicht und einen gegenseitigen Erb- und Pflichtteilsverzicht vereinbaren⁵¹.

Zur eigenen Absicherung empfiehlt sich darüber hinaus ein Übereignungs- oder Nutzungsvermächtnis hinsichtlich der Ehwohnung und des Hausrates⁵².

2. Diskrepanzehen

Eine Diskrepanz zwischen den Ehegatten kann in den Vermögensverhältnissen und/oder der beruflichen Stellung bestehen. So klassischerweise, wenn die vermögenslose Sekretärin den Manager oder gar den Chef des Familienunternehmens heiratet, die Studentin den

⁴⁹ OLG Saarbrücken, FamRZ 2004, 1293.

⁵⁰ OLG Hamm, FamRZ 1989, 336.

⁵¹ Langenfeld, FamRZ 1987, 9, 12.

⁵² Langenfeld, FamRZ 1987, 9, 12.

Professor, der vermögenslose Krankenpfleger die Chefärztin, das Starlet den Millionär.

Zwar helfen im Hinblick auf die gelebte Rollenverteilung bis zur Scheidung auch hier die gesetzlichen Unterhaltsansprüche: wie etwa der gesetzliche Betreuungsunterhalt, falls sich der unvermögende, nicht erwerbstätige Ehegatte um minderjährige Kinder kümmern muss, oder die gesetzliche Grenze des § 1579 BGB für den Unterhaltsanspruch z.B. bei kurzer Ehedauer.

Gleichwohl werden hier die gesetzlichen Regularien – zumeist von den vermögenden Ehegatten - für den Fall der Scheidung als zu weitgehend erachtet. Eben solches ergibt sich auch aus diversen Unternehmensverträgen, wenn diese zur Verhinderung der Aufspaltung von Familienunternehmen für den Scheidungsfall den Unternehmer verpflichten, einen Ehevertrag abzuschließen, wenn auch vornehmlich auf den Ausschluss des Zugewinnausgleichs beschränkt.

Deshalb werden in diesen Fällen fast ausschließlich vor der Eheschließung (vorsorgende) Eheverträge abgeschlossen, die den unvermögenden Ehegatten für den Fall der Scheidung von vornherein nicht vollständig am Vermögen und Einkommen des anderen Ehegatten partizipieren lassen; dessen Ansprüche sollen sich stattdessen an seinem vorherigen und nicht dem ehelichen Lebensstandard orientieren⁵³.

Für derartige Vereinbarungen empfiehlt es sich, den Ausgleichsanspruch im Rahmen des gesetzlichen Güterstandes und des Versorgungsausgleichs herabzusetzen oder auszuschließen – unter Umständen gegen angemessenen Gegenwert, wie beispielsweise eine private Lebensversicherung. Beim nahehelichen Unterhalt soll-

⁵³ Langenfeld, HB der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen Rn.

te über eine Modifikation des Unterhaltsmaßstabes oder eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nachgedacht werden⁵⁴.

III. Einzelne Korrekturen

Unabhängig von den soeben beschriebenen Eheverträgen nach Ehetypen können einzelne Korrekturen den jeweiligen Besonderheiten der Ehe Rechnung tragen.

In Betracht kommen hier zunächst die Fälle, in denen ein Ehegatte den anderen über seinen Beitrag zum Familienunterhalt hinaus finanziell oder mit seiner Arbeitskraft unterstützt. Es bietet sich an, für diese Sonderleistungen spezielle Verträge unabhängig vom ehelichen Güterrecht, Unterhaltsrecht etc. abzuschließen, die die jeweilige Anrechnung oder Rückzahlung regeln.

Ähnlich gelagert ist der Fall, in welchem ein Ehepartner für eine gewisse Zeit allein den Lebensunterhalt der Familie bestreitet und es so dem anderen ermöglicht, beispielsweise eine Ausbildung oder ein Studium zu absolvieren. Während der Ehezeit hofft der Zuwendende regelmäßig einen Ausgleich dafür zu erhalten. Für den Scheidungsfall sollten jedoch die Rückzahlung dieser Sonderzuwendungen (wie z.B. der Ausbildungskosten) vereinbart werden. Hier bietet sich der Abschluss eines Darlehensvertrages an.

Arbeitet ein Ehegatte im Betrieb des anderen mit, geht dies regelmäßig über die Verpflichtung der Ehegatten zur gegenseitigen Unterstützung aus § 1353 I 2 BGB⁵⁵

446.

⁵⁴ Langenfeld, FamRZ 1987, 9, 12.

⁵⁵ Wacke in Münch.-Komm., § 1353 BGB Rn. 22.

und zum Familienunterhalt beizutragen aus § 1356 II BGB⁵⁶ und § 1360 BGB hinaus⁵⁷. Schon aus steuerlichen Gründen wird heute regelmäßig ein Arbeitsvertrag abgeschlossen.

Letztlich kann auch das gesetzliche Unterhaltsrecht an der konkreten Situation der Ehe orientiert werden, d.h. der nacheheliche Unterhaltsanspruch zeitlich oder der Höhe nach befristet werden oder in Abhängigkeit zur Ehedauer oder auf bestimmte Unterhaltstatbestände beschränkt werden.

IV. Ergebnis: Ehetypenfreiheit

Im Ergebnis ist festzustellen, dass im System der Ehetypen lediglich im gesetzlich normierten Typ der Hausfrauen- oder Einverdienerehe Unterhaltsvereinbarungen nicht angezeigt sind und statt dessen ein umfangreicher Unterhaltsanspruch bestehend aus sechs Unterhaltstatbeständen normiert ist.

Unterhaltsvereinbarungen, also auch Unterhaltsverzichte, sind hingegen in den Fällen zulässig und erwünscht, in denen beide Ehepartner finanziell unabhängig und abgesichert sind, sei es durch eigene Erwerbstätigkeit, Rente, reduzierte Unterhaltsleistungen oder Vermögen. Die unterhaltsrechtlichen Vereinbarungen werden flankiert von Regelungen zum Güterstand, Versorgungsausgleich oder gar von der Erbeinsetzung, wobei es hier und insbesondere beim gesetzlichen Güterstand überwiegend lediglich zu einzelnen gezielten Abänderungen

⁵⁶ Burckhardt, Der Ausgleich für Mitarbeit..., S. 72.

⁵⁷ BGH FamRZ 1969, 595, 598; Lange in Soergel, § 1360 BGB Rn. 16.

der ansonsten beibehaltenen gesetzlichen Regelung kommt.

Der Abschluss eines Ehevertrages bzw. einer vom Gesetz abweichenden Regelung zum Unterhalt ist deshalb immer dann erforderlich, wenn nicht die klassische Hausfrauenehe gelebt wird, weil der Gesetzgeber dem Scheidungsfolgenrecht nach wie vor allein die Spezifikation der Hausfrauenehe zugrunde legt. Er stellt dabei der Freiheit der Rollenverteilung in der Ehe im Scheidungsfolgenrecht ganz bewusst „einen gesetzlichen Ehetypus mit Anpassungsfreiheit“ gegenüber⁵⁸.

Obgleich systematisch nicht konsequent dürfte dies nach ganz überwiegender Meinung die einzig praktikable Lösung sein. Der Vorschlag von *Gernhuber*, die einzelnen Ehetypen jeweils explizit gesetzlich zu regeln⁵⁹, würde nicht nur zu einer Bevormundung der Eheleute führen. Eine derart starre Regelung wäre auch wenig praktikabel und erschwert die Abgrenzung der einzelnen Typen⁶⁰.

C. Unterhaltsverzicht

Liegt ein Ehetyp vor, für den der Abschluss eines Unterhaltsverzichtes empfohlen wird, sind jedoch die gesetzlichen Voraussetzungen für den Abschluss eines Verzichtes auf nahehelichen Unterhalt zu beachten.

I. Verzicht auf Ehegattenunterhalt

⁵⁸ Langenfeld, FamRZ 1987, 9,11.

⁵⁹ Gernhuber, Eherecht und Ehetypen, 1981; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 461; Gernhuber, FamRZ 1979, 193.

⁶⁰ Langenfeld, FamRZ 1987, 9,11.

Im Folgenden soll deshalb zunächst ein Überblick über die Unterhaltstatbestände und die jeweiligen gesetzlichen Regelungen zum Verzicht gegeben werden.

1. Ehegattenunterhalt

Das Zivilrecht kennt die unterhaltsrechtliche Verantwortung unter Ehepartnern (§ 1360 ff. BGB) und diesen Gleichgestellten (§ 5 LPartG) sowie unter Verwandten in gerader Linie (§§ 1601 ff. BGB).

Die Unterhaltspflicht der Ehegatten untereinander ist vorrangig gegenüber der Unterhaltslast der Kinder und Verwandten, § 1608, 1 BGB. Der dem Ehegatten nach dem Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft gleichgestellte Lebenspartner haftet ebenfalls vor den Verwandten in gerader Linie, § 1608, 4 BGB.

Die gesetzliche Unterhaltspflicht der Ehegatten unterteilt sich zeitlich gesehen in Familien-, Trennungs- und nachehelichen Unterhalt⁶¹. Diese Unterhaltstatbestände können sich zeitlich nicht überschneiden und sind strikt zu trennen⁶²:

Der Familienunterhalt gem. § 1360 BGB betrifft den Unterhalt bei bestehender häuslicher Gemeinschaft. Der Trennungsunterhalt gem. § 1361 BGB betrifft die Unterhaltsverpflichtung für die Dauer des Getrenntlebens der Eheleute bis zur rechtskräftigen Scheidung. Der nacheheliche Unterhalt gem. §§ 1569 ff. BGB betrifft letztlich die Unterhaltsverpflichtung ab Rechtskraft der Scheidung.

⁶¹ Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, Familienrecht, 6.Kapitel Rn. 2.

⁶² Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, Familienrecht, 6.Kapitel Rn. 202.

Der nacheheliche Unterhalt als am härtesten umkämpfte Scheidungsfolge⁶³ ist sowohl vom Grundsatz der Eigenverantwortung als auch vom Grundsatz der nachehelichen Mitverantwortung getragen⁶⁴. Deshalb ist jeder Ehegatte nach der Scheidung verpflichtet, für sich selbst zu sorgen, § 1569 BGB. Unterhaltsansprüche nach der Scheidung sollen nach dem Gesetz nicht die Regel, sondern die Ausnahme sein⁶⁵. Die Praxis sieht allerdings anders aus, wie sich aus den statistischen Erhebungen unter Abschnitt A gezeigt hat.

Die nacheheliche Unterhaltspflicht bedeutet eine fortwirkende Mitverantwortung der Eheleute füreinander. Gleichzeitig entstehen wechselseitige Unterhaltsobligationen: Der Bedürftige hat die Unterhaltslast soweit wie möglich zu verringern, der Unterhaltspflichtige hat alles zu tun, seine Leistungsfähigkeit zu erhalten⁶⁶.

Begründet wird diese nacheheliche Unterhaltspflicht vielfältig: Herkömmlicherweise reichen die Begründungen der nachehelichen Unterhaltspflicht vom Straf- oder Schadensersatzprinzip zu Zeiten des Verschuldensprinzips im Scheidungsrecht⁶⁷, über den Aufopferungsgedanken⁶⁸, die nachwirkende eheliche Solidarität aufgrund ehebedingter Bedürftigkeit⁶⁹ bis hin zur Billigkeit⁷⁰. Dabei ist jedoch festzustellen, dass die ersten beiden Rechtsprinzipien auf die Besonderheiten ehelicher Verantwortung nicht passen und die nachfolgenden Gedanken noch nicht einmal Rechtsprinzipien sind. Mit

⁶³ Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, Familienrecht, 6.Kapitel Rn. 330.

⁶⁴ Diederichsen, NJW 1993, 2265, 2266.

⁶⁵ BGH, FamRZ 1981, 242, 243.

⁶⁶ BVerfG, FamRZ 1981, 745, 746.

⁶⁷ Huhn, FamRZ 1967, 267.

⁶⁸ Roth, FamRZ 1970, 111; Schuchmann, Das nacheheliche Unterhaltsrecht, S. 160.

⁶⁹ Schwab, HB des Scheidungsrechts, Rn. 236 f.; Beitzke-Lüderitz, Familienrecht, § 20 III.

⁷⁰ Rolland, 1. EheRG § 1569 Rn. 7.

Diederichsen ist deshalb auf die klassischen rechtsethischen Prinzipien zurückzugreifen, da deren Geltung im Familienrecht offensichtlich ist: gegenseitiges Achten, Selbstbestimmung und Selbstbindung, das Gegenseitigkeitsprinzip, das Vertrauensprinzip und das Prinzip der Teilhabe⁷¹.

Der nacheheliche Unterhaltsanspruch aus § 1569 BGB wiederum enthält sechs Unterhaltstatbestände gemäß §§ 1570 ff. BGB. Diese sind der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB), der Altersunterhalt (§ 1571 BGB), der Krankheitsunterhalt (§ 1572 BGB), der Teilerwerbslosen- oder Aufstockungsunterhalt (§ 1573 BGB), der Ausbildungsunterhalt (§ 1575 BGB) und der Billigkeitsunterhalt (§ 1576 BGB). Bis auf den subsidiären Billigkeitsunterhalt stehen die Unterhaltstatbestände gleichberechtigt nebeneinander⁷².

Selbstverständlich wird die Beurteilung der Wirksamkeit eines Verzichtes auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch nicht unerheblich davon abhängen, welcher Unterhaltstatbestand betroffen ist. Dazu unter Abschnitt D.

2. Geschichtlicher Abriss

a) Deutschland / alte Bundesländer

Zunächst besaß das deutsche Recht – abgesehen von einer speziellen Regelung für den Unterhaltsanspruch außerehelicher Kinder in § 1714 BGB a. F⁷³ - keine besondere Norm für Unterhaltsvereinbarungen.

Gleichwohl gewannen Unterhaltsvereinbarungen in der Praxis immer größere Bedeutung, so dass diese Prob-

⁷¹ Diederichsen, NJW 1993, 2265, 2268.

⁷² Maurer in Münch.-Komm., § 1569 BGB Rn. 22.

⁷³ Bosch in FS für Habscheid, S. 24.

ematik schließlich auch im Schrifttum lebhaft diskutiert wurde⁷⁴.

Dies veranlasste den Gesetzgeber erstmals mit Wirkung ab 01.08.1938 eine gesetzliche Regelung für die Unterhaltsvereinbarung, den Verzicht auf Unterhalt für die Zeit nach der Scheidung der Ehe, zu schaffen: nach §§ 58, 61, 80 EheG war ein Unterhaltsverzicht grundsätzlich wirksam, wenn er nicht den guten Sitten widersprach⁷⁵. Später enthielt nach Inkrafttreten des EheG von 1946 § 72 EheG diese Regelung.

In der Bundesrepublik Deutschland wurde mit dem 1. EheRG am 01.07.1977 der § 72 EheG von dem noch heute gültigen § 1585 c BGB abgelöst⁷⁶.

Sein Wortlaut reduziert sich auf einen einzigen Satz:

„Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen.“

Nach überwiegender Meinung brachte diese Verkürzung des Normtextes zwar keine Änderung der Rechtslage hinsichtlich der allgemeinen Zulässigkeit von Unterhaltsvereinbarungen⁷⁷.

Allerdings wurde sowohl das Scheidungsrecht als auch das Unterhaltsrecht selbst seither entscheidend verändert. Diese Veränderungen strahlten nicht unerheblich auf die alten und neuen Unterhaltsvereinbarungen aus: Völlig neu waren beispielsweise der Anspruch auf Alters-, Kranken- und Pflegevorsorgeunterhalt⁷⁸.

⁷⁴ Staudinger/Engelmann, BGB Anm. 10 zu § 1360, Anm. 8 zu § 1361, Anm. 12 zu § 1578 (1926); Dölle, Familienrecht, § 41 III 6 a; Frey, Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, S.3.

⁷⁵ Reinhardt, Die Zulässigkeit des Verzichts auf den nach Scheidung der Ehe gegebenen Unterhaltsanspruch, S. 16-20.

⁷⁶ Bosh in FS für Habscheid, S. 25.

⁷⁷ BGH, FamRZ 1983, 137; Maurer in Münch.-Komm., 3 1585 c Rn. 51.

⁷⁸ OLG Bamberg, NJW-RR 1990, 74.

Darüber hinaus war der Unterhaltsanspruch des alten Ehegatten nun gegenüber dem des neuen Ehegatten gem. § 1582 BGB vorrangig⁷⁹. Sein Auskunftsanspruch beurteilte sich nun nach § 242 BGB⁸⁰.

Neu war aber auch der besondere – und deshalb vom allgemeinen Unterhaltsanspruch zu unterscheidende – Unterhaltsanspruch im Alter auf Rentenbasis: der Versorgungsausgleich⁸¹.

Am Bedeutendsten war jedoch, dass im Scheidungsrecht das Verschuldens- durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt wurde. Da nunmehr der Scheidungsgrund nicht mehr automatisch die gegenseitigen Unterhaltsansprüche regelte, musste sich auch die Handhabung des Grundsatzes der Unterhaltsvertragsfreiheit wandeln⁸². Gleichwohl erhielt aber der bis dahin nach altem Scheidungsrecht allein oder überwiegend schuldig geschiedene Ehegatte auch jetzt keinen Unterhaltsanspruch, selbst wenn ihm nach neuem Recht ein solcher zustünde.

Klarstellend fügt Art. 12 Nr. 3 II 2 EheRG deshalb hinzu, dass alte Unterhaltsvereinbarungen fort gelten. Die Änderung der Rechtslage konnte mithin nicht als Wegfall der Geschäftsgrundlage geltend gemacht werden⁸³.

Für bereits geschiedene Ehen, d.h. solche, die vor Inkrafttreten des 1. EheRG geschieden worden sind, verblieb es gem. Art. 12 Nr. 3 II 1 EheRG bei der bishe-

⁷⁹ OLG München, FamRZ 1989, 1309, 1310; OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 456.

⁸⁰ OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 270, 274.

⁸¹ Langenfeld, FamRZ 1994, 201.

⁸² Bosch in FS für Habscheid, S25; Gernhuber, Familienrecht § 30 XII 4; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechtes Rn. 413.

⁸³ Maurer in Münch.-Kom., Anh. § 1586 b Rn. 7.

rigen Regelung⁸⁴, unabhängig davon, ob die Bedürftigkeit erst nach dem 01.07.1977 eingetreten ist⁸⁵.

Für alle bestehenden und neuen Ehen gelten jedoch grundsätzlich die Neuregelungen der §§ 1569 ff. BGB, auch wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt am 01.07.1977 ein Scheidungsverfahren schon anhängig war⁸⁶, was vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden ist⁸⁷.

Am 01.04.1986 trat das UÄndG in Kraft, welches vornehmlich den Grundsatz der unterhaltsrechtlichen Eigenverantwortung der Ehegatten nach der Scheidung verstärkte und beispielsweise den Erwerbslosen- und Aufstockungsunterhalt in besonderen Fällen zeitlich begrenzte.

Die Übergangsregelung des Art. 6 Nr.1 UÄndG, die sich auf alle zwischen dem 01.07.1977 und dem 01.04.1986 errichteten Titel und Vereinbarungen über den Unterhalt bezieht, lässt zwar einige wenige Rückwirkungen der neuen gesetzlichen Regelung zu. Im Wesentlichen wird jedoch das Vertrauen des Unterhaltsberechtigten auf den Fortbestand des geltenden Rechtes geschützt, so dass es in der Folge nur zu wenigen Abänderungsklagen gekommen ist⁸⁸. Erfolg hatten diese Klagen nur dann, wenn der Kläger geltend machen konnte, dass das Festhalten an der einmal getroffenen Vereinbarung auch unter besonderer Berücksichtigung des Vertrauens des anderen für ihn wirtschaftlich unzumutbar wäre⁸⁹.

b) DDR / neue Bundesländer

⁸⁴ BGH, NJW 1983, 279, 281.

⁸⁵ BGH, NJW 1979, 692; OLG Köln, FamRZ 1982, 493, 494 f.

⁸⁶ BVerfG, FamRZ 1981, 745, 751.

⁸⁷ BVerfG, FamRZ 1978, 173, 176 f.

⁸⁸ Diederichsen, NJW 1986, 1462, 1467; Maurer in Münch.-Komm., Anh. § 1586 b Rn. 10.

⁸⁹ Göppinger/Wax/Kindermann, Unterhaltsrecht, Rn. 1049; Jaeger, FamRZ 1986, 737, 747; OLG Hamm, FamRZ 1991, 86,87; OLG Düsseldorf,

Am 24.11.1955 wurde die bis dahin gegebene Rechts- einheit zwischen den beiden deutschen Staaten aufge- hoben⁹⁰.

Nachehelichen Unterhalt gab es auf dem Gebiet der damaligen DDR gem. §§ 13, 14, 18 der Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung vom 24.11.1955 nur ausnahmsweise und nur bei Vorliegen eines Un- terhaltstatbestandes⁹¹, maximal jedoch für die Dauer von 2 Jahren⁹². Die Unterhaltsansprüche waren dispo- nibel, d.h. Unterhaltsvereinbarungen grundsätzlich zu- lässig. Allerdings konnten sie nur im Scheidungsverfah- ren abgeschlossen werden und bedurften der gerichtli- chen Bestätigung⁹³.

Das Unterhaltsrecht war geprägt von der wirtschaftlichen Gleichstellung von Mann und Frau⁹⁴, die beide sowohl das Recht als auch die Pflicht zur Erwerbstätigkeit be- saßen⁹⁵. Deshalb war auch der völlige Verzicht auf nachehelichen Unterhalt nicht sittenwidrig. Die wirt- schaftliche Unabhängigkeit der Frauen wurde familien- politisch gestützt. Sie standen den Männern weder in der Schul-, Berufs- und Hochschulausbildung noch in ih- rem Erwerbseinkommen oder ihrer beruflichen und ge- sellschaftlichen Position nach. Auch ohne Frauenquote fand man sie zunehmend in Führungspositionen. Dazu trug nicht nur ein dichtes und gut organisiertes Netz für die Geburtenkontrolle und Kinderbetreuung bei, sondern auch der unter politischem Einfluss vollzogene Wandel der gesellschaftlichen Position der Ehefrau und Mutter.

FamRZ 1994, 756, 757.

⁹⁰ Maurer in Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 8.

⁹¹ Maurer, DtZ 1993, 130, 131.

⁹² Maurer in Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 11.

⁹³ Maurer in Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 21.

⁹⁴ Maurer in Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 22.

⁹⁵ Wohlfahrt, Familienrecht, S. 267.

Familien mit Kindern und gut ausgebildeten berufstätigen Ehefrauen und Müttern waren erwünscht.

1965 trat in der ehemaligen DDR das FGB in Kraft, dessen §§ 29-33 die bis dahin geltende Regelung im Wesentlichen übernahm⁹⁶.

Das am 01.10.1990 in Kraft getretene FamRÄndG präzierte die geltende Unterhaltsregelung⁹⁷.

c) Gesamtdeutschland ab 03.10.1990

Mit dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages am 03.10.1990 wurde die deutsche Einigung auch auf dem Gebiet des Familienrechts wiederhergestellt⁹⁸.

Der Übergang in das neue Recht wird für das nacheheliche Unterhaltsrecht durch Art. 234 §§ 1, 5 EGBGB geregelt⁹⁹. Danach gilt in den neuen Bundesländern das Recht der Bundesrepublik, d.h. die §§ 1569 ff BGB, nur für die ab dem 03.10.1990 bestehenden und geschlossenen

Ehen¹⁰⁰. Für bis dahin geschiedene Ehen sowie bis dahin erklärte Unterhaltsverzichte bleibt das FGB der DDR in der vorher gültigen Fassung (§§ 29-33 FGB DDR) anwendbar¹⁰¹. Die infolge der Wiedervereinigung eingetretenen Rechtsänderungen tangieren also weder die Wirksamkeit noch die Geschäftsgrundlage der Alt-Unterhaltsverzichte¹⁰². Deshalb blieben die in der DDR

⁹⁶ Staudinger/Rauscher, BGB-Komm. Art.134 EGBGB Rn. 38.

⁹⁷ Dieckmann, FamRZ 1990, 197; Maurer, DtZ 1993, 130; Stankewitsch, IPRax 1994, 100; BGH, FamRZ 1993, 43, 44. KG, FamRZ 1992, 329, 330; AG Detmold, NJW-RR 1993, 967.

⁹⁸ Henrich, FamRZ 1991, 873; Maurer in Münch.-Kom., Anh. 3 1586 b Rn.1; Gräper in Münch.-Kom., Art.234 EGBGB Rn 1.

⁹⁹ Dieckmann, FS für Lange S. 805.

¹⁰⁰ Gräper in Münch.-Kom., Art. 234 § 1 EGBGB Rn. 8.

¹⁰¹ Jayme/ Stankewitsch, IPRax 1993, 162; Henrich, IPRax 1993, 84; Wohlfahrt, Familienrecht; S 267; Maurer in Münch.-Kom., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 2.

¹⁰² Siehr, IPRax 1994, 360; Dieckmann, FamRZ 1994, 1073; Maurer in

geschlossenen Unterhaltsvereinbarungen auch für die Zeit ab 03.10.1990 trotz der veränderten wirtschaftlichen und politischen Situation wirksam (siehe unten C II 3 d)¹⁰³.

Lediglich bei Übersiedlung in das Bundesgebiet in der Zeit vom 01.09.1986 bis 03.10.1990 ist das BGB gem. Art. 18 Abs.5 EGBGB anwendbar¹⁰⁴.

Diese intertemporale Übergangsregelung wurde durch Kapitel III Sachgebiet B II Nr.1 der Anlage 1 zum Einigungsvertrag in das EGBGB eingefügt¹⁰⁵. Sie ist eine Stichtagsregelung¹⁰⁶ und dient gem. Art. 234 § 5 EGBGB dem Vertrauensschutz und der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens¹⁰⁷. Danach soll es einem Ehegatten insbesondere verwehrt sein, die Abänderung einer Unterhaltsvereinbarung allein mit der Begründung zu begehren, durch die Rechtsänderung sei die Geschäftsgrundlage der Vereinbarung entfallen¹⁰⁸.

Obgleich diese Stichtagsregelung zu sozialen Härten führen kann¹⁰⁹ – namentlich bei den nun überdurchschnittlich oft von Arbeitslosigkeit betroffenen Frauen in den neuen Ländern – ist sie verfassungsgemäß und verstößt nicht gegen Art. 3 I, II; 6 I GG¹¹⁰.

Am 01.07.1998 traten schließlich das KindUG sowie das EheschIRG in Kraft, welche zwar keine ausdrücklichen

Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 23.

¹⁰³ Grandke, NJ 1991, 261.

¹⁰⁴ BVerfG, FamRZ 1994, 1453; BGH, FamRZ 1994, 160; FamRZ 1994, 1582.

¹⁰⁵ Doerner in FS für Lorenz S. 321, 335; Hoffmann, IPRax 1991, 1, 12.

¹⁰⁶ Adlerstein/Wagenitz, FamRZ 1990, 1300, 1303.

¹⁰⁷ Graba, DtZ 1993, 39; Maurer in Münch.-Kom., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 1.

¹⁰⁸ Diederichsen in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 4.

¹⁰⁹ Jayme, IPRax 1991, 11, 14; Henrich, FamRZ 1991, 873 ff.

¹¹⁰ Stankewitsch, IPRax 1994, 100; BGH, FamRZ 1993, 43,44; OLG Dresden, FamRZ 1994, 708, 710; a.A. Bosch, FamRZ 1991, 1370, 1384.

Regelungen über Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt enthielten. Dennoch strahlten deren Regelungen indirekt auch auf Unterhaltsvereinbarungen aus, indem sie beispielsweise erstmals das nichteheliche Kind mit dem ehelichen Kind völlig gleichstellten. Deshalb sind auch die Sondervorschriften hinsichtlich der Unterhaltsverzichte zwischen nichtehelichem Kind und Vater gem. § 1615 e BGB ersatzlos gestrichen worden.

3. Die gesetzliche Regelung des Verzichtes

Das heute geltende Recht enthält lediglich Regelungen über zukünftigen Unterhaltsverzicht.

Für die Vergangenheit kann daher auf jegliche Art des Unterhaltes verzichtet werden. Das Gesetz enthält keine Einschränkungen.

Für die Zukunft kann jedoch nur auf nachehelichen Unterhalt verzichtet werden. § 1585 c BGB sieht dies ausdrücklich vor.

Hingegen kann für die Zukunft auf Familienunterhalt gem. § 1360 a III BGB und auf Trennungsunterhalt gem. § 1361 IV 3 BGB ebenso wenig verzichtet werden wie auf Kindes- und Verwandtenunterhalt¹¹¹. Die Vorschriften verweisen auf die Verbotsnorm des § 1614 I BGB aus dem Kindes- und Verwandtenunterhaltsrecht. Solange die Ehe besteht, begründet sie genauso unverzichtbar wie die Blutsverwandtschaft eine gesetzliche Unterhaltspflicht. Ein entsprechender Verzicht auf zukünftigen Familien- oder Trennungsunterhalt wäre gem. § 134 BGB nichtig¹¹².

¹¹¹ Die Rechtsprechung lässt die Verkürzung um nicht mehr als 1/3 beim Trennungsunterhalt noch zu: OLG Hamm, FamRZ 2007, 732.

¹¹² Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, Familienrecht, 6.Kapitel Rn. 327.

Die Verbotsnorm des § 1614 I BGB bezieht sich allerdings nur auf gesetzliche Unterhaltsansprüche¹¹³.

Vertraglich begründete Unterhaltsansprüche werden nicht umfasst. Deshalb kann auf vertraglich begründeten Unterhalt der Kinder oder Ehegatten auch für die Zukunft verzichtet werden, sofern sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt und sich die vertraglichen Unterhaltsansprüche nicht als bloße Ausgestaltung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs darstellen¹¹⁴.

Zu erwähnen bleibt letztlich, dass auch bei Eheaufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe ein Unterhaltsverzicht nach § 1585 c BGB zulässig ist¹¹⁵.

4. Ehevertragsfreiheit und erweiterter Ehevertragsbegriff

Enthält aber das Gesetz für den Verzicht auf nahehelichen Unterhalt keine Einschränkungen, besteht insofern unbeschränkte Vertragsfreiheit der Eheleute.

Diese Konsequenz ergibt sich im Umkehrschluss auch aus der Ehetypenfreiheit¹¹⁶.

Damit ist es den Ehegatten möglich, die Einmaligkeit ihrer Ehe und ihres Zusammenlebens in jeder Hinsicht auf eine ebenso individuelle vertragliche Grundlage zu stellen¹¹⁷. Dies wird denn auch durch den von *Langenfeld*¹¹⁸ begründeten, sogenannten erweiterten Ehevertragsbegriff gewährleistet, der das gesamte Scheidungsfolgenrecht in den Ehevertrag einfließen lässt. Nur

¹¹³ Born in Münch.-Komm., § 1614 Rn.2.

¹¹⁴ BGH, FamRZ 1991, 673, 674; BGH FamRZ 1984, 874.

¹¹⁵ Bosch in FS für Habscheid, S. 23, 25.

¹¹⁶ Dauner-Lieb, AcP (201), 295, 316.

¹¹⁷ Langenfeld, FamRZ 1987, 9,11.

¹¹⁸ Langenfeld, FamRZ 1994, 201; Bambring, Der Ehevertrag Rn.6.

dieser erweiterte Ehevertragsbegriff¹¹⁹ kann das intensive Zusammenspiel zwischen ehelicher Realität und Intention der gesetzlichen Regelung berücksichtigen.

Eheverträge in diesem weitesten Sinne sind danach einerseits solche, die das Gesetz als Eheverträge (im engeren Sinne¹²⁰) in § 1408 BGB bezeichnet und die die güterrechtlichen Verhältnisse der Eheleute oder Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich enthalten. Solche Eheverträge im engeren Sinne sind nach § 1410 BGB formbedürftig. Andererseits sind Eheverträge im weitesten Sinne auch nicht formbedürftige Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt¹²¹ bis hin zum Unterhaltsverzicht nach § 1585 c BGB¹²² und die vertragliche Verpflichtung eines Ehegatten, den anderen von Unterhaltsansprüchen eines gemeinsamen Kindes freizustellen. Letztere haben übrigens den Charakter einer Erfüllungsübernahme i.S.d. § 329 BGB, die den Unterhaltsanspruch des Kindes unberührt lässt (sogenannte Freistellungsvereinbarung)¹²³.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob dieser Ehevertrag vor der Eheschließung unter den Verlobten als sogenannter vorsorgender Ehevertrag, während einer intakten Ehe oder aber während eines Scheidungsverfahrens als sogenannte Scheidungsfolgenvereinbarung abgeschlossen wird¹²⁴. Unerheblich ist auch, ob die Ehegatten darüber hinaus in diesen Vereinbarungen auch Regelungen zur Rollenverteilung, zum Familienun-

¹¹⁹ Langenfeld, HB der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen Rn.3.

¹²⁰ Dauner-Lieb, AcP (201), 295, 297.

¹²¹ Kleffmann, FuR 2001, 203, 209; Bergschneider, FamRZ 2001, 1337.

¹²² Grziwotz, MDR 2001, 393; BVerfG, FamRZ 2001, 343.

¹²³ Langenfeldt, DNotZ2001, 272, 273.

¹²⁴ BVerfG, FamRZ 2001, 343.

terhalt oder zu sonstigen ehelichen Beziehungen treffen¹²⁵.

Entscheiden sich die Eheleute für den Abschluss einer Unterhaltsvereinbarung, weil ihr persönliches Lebenskonzept vom gesetzlichen Ehetypus der Hausfrauenehe abweicht, sollten sie deshalb immer auch die anderen finanziellen Aspekte der Ehescheidung berücksichtigen,

d.h. neben dem nachehelichen Unterhalt zusätzlich das eheliche Güterrecht und den Versorgungsausgleich.

5. Vertrag

a) Abgrenzung zur bloßen Ausgestaltung

Eine Unterhaltsvereinbarung kann zunächst die bloße Ausgestaltung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs sein¹²⁶.

Diese liegt im Zweifel immer dann vor, wenn aus ihr nicht deutlich hervorgeht, ob die bloße Modifikation des gesetzlichen Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt gewollt ist oder eine eigenständige Unterhaltsvereinbarung¹²⁷. Deren Auslegung orientiert sich dann an der gesetzlichen Regelung, den §§ 1569 ff. BGB¹²⁸.

b) Unterhaltsvertrag

¹²⁵ Dauner-Lieb, AcP (201) 295, 297.

¹²⁶ OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789.

¹²⁷ Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1585 c BGB Rn. 9; OLG Hamm, FamRZ 1997, 1282.

¹²⁸ OLG Bamberg, FamRZ 1999, 1278; OLG Karlsruhe, FamRZ 1994, 104, 105.

Eine Unterhaltsvereinbarung kann aber auch einen selbständigen Unterhaltsvertrag beinhalten¹²⁹.

Dieser kann Unterhaltsansprüche völlig losgelöst von der gesetzlichen Regelung und ohne rechtlichen Zusammenhang mit Grund oder Höhe des gesetzlichen Unterhaltsanspruches vertraglich begründen oder ausschließen. Letzteres stellt in den meisten Fällen einen Unterhaltsverzicht dar¹³⁰. Nicht selten werden in einer Unterhaltsvereinbarung sowohl vertragliche Unterhaltsansprüche begründet als auch ausgeschlossen, weil die eigenständige Begründung vertraglicher Unterhaltsansprüche in der Regel mit einem Verzicht auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch einhergeht¹³¹. Dabei wird die Begründung dieser vertraglichen Unterhaltsansprüche als neuer Schuldgrund unter Verzicht auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch als Schuldumwandlung (Novation, § 305 BGB) klassifiziert¹³².

Werden zusammen mit diesem Unterhaltsvertrag weitere Scheidungsfolgen, wie Güterrecht und Versorgungsausgleich, im Sinne einer Gesamtvereinbarung geregelt, liegt formell ein Ehevertrag im engeren Sinne (§§ 1408 ff. BGB) vor.

c) Zustandekommen des Vertrages

Als gegenseitige Vereinbarung bedarf der Unterhaltsverzicht zweier übereinstimmender Willenserklärungen. Es ist also ein Vertrag (z.B. ein Erlass i.S.v. § 397 BGB)

¹²⁹ BGH, FamRZ 1979, 910.

¹³⁰ OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789, 1790.

¹³¹ Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1585 c Rn. 9; BGH, FamRZ 1979, 217, 218.

¹³² Maurer in Münch.-Komm., § 1585 c BGB Rn. 8.

erforderlich¹³³. Ein einseitiger Verzicht auf den Unterhaltsanspruch ist ohne rechtliche Wirkung¹³⁴.

Aufgrund der einschneidenden Wirkung des Verzichtes müssen die Willenserklärungen besonders klar und eindeutig sein¹³⁵. Dies sind sie beispielsweise dann nicht, wenn lediglich lapidar vereinbart wird, für den Fall der Scheidung in erster Linie zu eigener Arbeit verpflichtet zu sein und sich selbst zu unterhalten¹³⁶ oder im Hinblick auf Zahlung von Kindesunterhalt Ehegattenunterhalt nicht geltend zu machen¹³⁷.

Zwar kann die Willenserklärung grundsätzlich auch konkludent abgegeben werden. Problematisch ist jedoch, ob ein konkludenter Verzicht darin gesehen werden kann, dass der Anspruchsberechtigte den Unterhalt über einen längeren Zeitraum einfach nicht begehrt. Ein derart stillschweigender Vertragsschluss ist aber regelmäßig nicht gewollt; insbesondere wenn es keinen Grund für den Verzicht gibt oder eine andere Erklärung für die unterlassene Rechtsausübung näher lag¹³⁸. Dies wird unter Punkt 7 b näher behandelt.

d) Rechtliche Möglichkeiten

Ein Unterhaltsverzicht ist sowohl einseitig als auch wechselseitig möglich¹³⁹.

Er ist ohne Gegenleistung - ähnlich wie eine Schenkung – zulässig¹⁴⁰.

¹³³ BGH, NJW 1995, 787; OLG Düsseldorf, FamRZ 1996, 734; 735.

¹³⁴ BGH, NJW 1987, 3203; Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 397 Rn. 1.

¹³⁵ BGH, FamRZ 1995, 726, 728.

¹³⁶ OLG Schleswig, NJW-RR 1993, 836.

¹³⁷ OLG Schleswig, OLGR 1997, 231, 233.

¹³⁸ BGH, FamRZ 1981, 763.

¹³⁹ Maurer in Münch.-Komm. § 1585 c BGB Rn. 39.

¹⁴⁰ Hohloch, NJW 1997, 192; Klein, FuR 1997, 90.

Der Verzicht kann wie jede andere Erklärung auch von einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder Befristung abhängig gemacht werden oder mit einem Rücktrittsrecht verbunden werden.

e) Vertragsart

Zur Frage, wie der pure Unterhaltsverzichtsvertrag rechtlich zu qualifizieren sei, bestehen vielfältige Auffassungen:

Die herrschende Meinung, der sich der BGH angeschlossen hat¹⁴¹, qualifiziert den Unterhaltsverzicht als Erlass i.S.v. § 397 I BGB¹⁴².

Er ist als Verfügung abstrakt vom zugrundeliegenden Kausalgeschäft, welches oft eine umfangreiche Ehe- bzw. Scheidungsvereinbarung ist¹⁴³.

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass beim Unterhaltsverzicht nicht auf eine unbestimmte Vielzahl von künftigen Einzelansprüchen verzichtet wird, sondern auf das Stammrecht selbst¹⁴⁴.

Demgegenüber argumentiert *Heß* für die schuldrechtliche Natur des Unterhaltsverzichtes¹⁴⁵.

Nur dann wäre zu erklären, weshalb die Individualvereinbarung einerseits das gesetzliche Regelungsmodell verdrängt, andererseits die §§ 1569 ff. BGB zur Auslegung von Unterhaltsabreden herangezogen werden und Lücken durch dispositives Gesetzesrecht geschlossen

¹⁴¹ BGH, FamRZ 1985, 787.

¹⁴² Frey, Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, S.9; Gitter, DNotZ 1984, 595, 610 f.; Herb, Verzicht auf Unterhalt, S.81; Zöllner, FS für Lange, S. 973, 983; Richter in Münch.-Komm., § 1585 c Rn. 20.

¹⁴³ OLG Karlsruhe, EZFamR-Aktuell 1995, 72.

¹⁴⁴ BGH, FamRZ 1956, 144; RGZ 106, 396, 400.

werden können. Darüber hinaus sei bei einer schuldrechtlichen Qualifikation des Verzichtes sowohl die Anwendung des § 242 BGB als auch der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (BGB a.F.)/ die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB n.F. (dazu später unter D.I.2.) unproblematisch möglich¹⁴⁶.

Dabei lässt *Heß* offen, wie sich dann konsequenterweise das Verfügungsgeschäft gestaltet. Sinnvoll wäre hier der gleichzeitige Abschluss eines Erlassvertrages i.S.d. § 397 I BGB, der sich dann aber wiederum kaum von der von der Rechtsprechung favorisierten Lösung unterscheidet.

Ungeachtet dessen wäre ein Unterhaltsverzicht mit lediglich schuldrechtlicher Wirkung für die Beteiligten und insbesondere für denjenigen, dem der Verzicht zugute kommt, weniger sicher und damit weniger attraktiv als ein Verzicht mit dinglicher Wirkung. Bei Nichterfüllung müsste der Verzichtende gegebenenfalls gerichtlich zum Verzicht gezwungen werden, was mit weiteren Schwierigkeiten verbunden wäre.

Seine Argumentation ist daher wenig überzeugend, so dass dem Standpunkt der Rechtsprechung der Vorzug zu geben ist.

Wird von einem Ehegatten auf den Unterhalt ohne erkennbare Gegenleistung verzichtet, wird dieser unentgeltliche Unterhaltsverzicht in der Literatur auch vielfach als Schenkung eingestuft¹⁴⁷.

Diese Qualifikation ist jedoch zu eng auf das Merkmal der Unentgeltlichkeit fixiert, ohne sich mit der Problema-

¹⁴⁵ Heß, FamRZ 1996, 981, 983.

¹⁴⁶ Heß, FamRZ 1996, 981, 983.

¹⁴⁷ Beitzke, Familienrecht, § 20 III 12; Gernhuber, Familienrecht, § 30 XII 4.

tik Verfügungs- /Verpflichtungsgeschäft auseinander zu setzen. Übersehen wird zudem, dass zumeist auch ein auf den ersten Blick ohne (finanzielle) Gegenleistung gegebener Verzicht in anderer Hinsicht einen Vorteil bewirkt. Gerade im Familienrecht dürften jedoch die „nichtfinanziellen“ Vorteile – wie beispielsweise im Umgangs- oder Sorgerecht – mindestens ebenso große Bedeutung für die Parteien besitzen. Zu derartig verknüpfenden Unterhaltsverzichten wird später unter Abschnitt C einzugehen sein.

Vortmann löst die Problematik, indem er die Unterhaltsverzichte als Verträge sui generis klassifiziert¹⁴⁸.

Er begründet dies damit, dass beim Unterhaltsverzicht – anders als beim Erlass – auf künftige Forderungen verzichtet wird, so dass diese gar nicht erst entstehen. Beim Erlass hingegen wird regelmäßig auf bereits bestehende Forderungen verzichtet¹⁴⁹. Der Unterhaltsverzicht sei insoweit dem Erlass lediglich wesensgleich.

Diese Ansicht hat einiges für sich, da sie sich zum einen mit der zentralen Frage Verfügung oder Verpflichtung auseinandersetzt und zum anderen den Besonderheiten des Familienrechtes Rechnung trägt, ohne es in eine starre Form zu zwingen. Da *Vortmann* jedoch seine Unterhaltsvereinbarung als Vertrag sui generis dem Erlass und damit einem Verfügungsgeschäft gleichstellt, kommt er zu denselben Ergebnissen wie die Rechtsprechung.

6. Inhalt

Aufgrund der bestehenden Privatautonomie sind für den Inhalt einer Unterhaltsvereinbarung vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten denkbar:

¹⁴⁸ Vortmann, JA 1986, 401, 401.

a) Totalverzicht

Ein umfassender Verzicht könnte so formuliert werden:

„Die Eheleute verzichten wechselseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt – auch für den Fall der Not – und nehmen diese Verzichtserklärung wechselseitig an. Dieser Verzicht umfasst auch den Anspruch nach § 1586 a I BGB.“

Da der Unterhaltsanspruch nach §§ 1570 ff. BGB und der Unterhaltsanspruch nach einer weiteren durch Tod oder Scheidung aufgelösten Ehe gem. § 1586 a I BGB nicht identisch sind, umfasst ein Verzicht auf nachehelichen Unterhalt nicht automatisch auch einen nach Auflösung der weiteren Ehe neu entstehenden Unterhaltsanspruch nach § 1586 a BGB. Es bedarf insoweit bei einem Totalverzicht einer Klarstellung.

Die Formulierung „auch für den Fall der Not“ hat hier lediglich deklaratorische Bedeutung, da dieser bei einem derart umfassenden Verzicht ohnehin ausgeschlossen wäre.

b) Verzicht für den Fall der Not

Soll der „Notfall“ nicht vom Unterhaltsverzicht umfasst werden, empfiehlt es sich, dies ausdrücklich klarzustellen, da es sich dann nur noch um einen eingeschränkten Verzicht handeln würde.

Eine solche Klausel könnte lauten:

¹⁴⁹ Vortmann, JA 1986, 401, 401.

„Die Eheleute verzichten wechselseitig auf nahehelichen Unterhalt, mit Ausnahme des Falles der Not, und nehmen diese Verzichtserklärung wechselseitig an.“

Hier steht der Verzicht unter der auflösenden Bedingung des Eintritts der Notlage¹⁵⁰. Der ursprüngliche Unterhaltsanspruch entsteht also bei Eintritt der Notlage wieder, allerdings unter der auflösenden Bedingung des Wegfalles der Notlage. Dann bleibt es beim Unterhaltsverzicht¹⁵¹.

Tritt die Notlage ein, entsteht ein besonderer Unterhaltsanspruch für den Notfall, der nämlich auf den sogenannten Notbedarf begrenzt ist¹⁵². Dieser orientiert sich am notwendigen Bedarf der Unterhaltstabellen¹⁵³ und ist daher vom sogenannten notwendigen Unterhalt des Zwangsvollstreckungsrechtes (§ 850 d I 2 ZPO) aber auch vom sogenannten notdürftigen Unterhalt nach § 65 EheG, der lediglich die elementaren Bedürfnisse sicherstellen soll, zu unterscheiden.

Schwierigkeiten ergeben sich in der Praxis allerdings dann, wenn festzustellen ist, wann letztendlich ein Notfall eingetreten ist und ob und inwieweit ein etwaiges Verschulden der Notlage des unterhaltsbedürftigen relevant ist. Es empfiehlt sich daher, den von den Eheleuten bei Abschluss der Vereinbarung vor Augen gehaltenen „Notfall“ näher zu beschreiben, um solche Auseinandersetzungen im Nachhinein zu vermeiden.

c) Weitere Modifikationen

¹⁵⁰ BGH, FamRZ 1980, 1104, 1105.

¹⁵¹ BGH, NJW 1981, 51.

¹⁵² Maurer in Münch.-Komm., § 1585 c BGB Rn. 23.

¹⁵³ OLG Karlsruhe, FamRZ 1985, 1050.

Der Verzicht auf Unterhalt kann sowohl der Höhe nach als auch dem Grunde nach erfolgen, d.h. es sind neben dem Totalverzicht (dem Grunde nach) eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten denkbar, die den Unterhalt der Höhe nach reduzieren. So kann der Unterhalt auf einen bestimmten Betrag eingefroren oder aber zeitlich begrenzt werden.

Die Unterhaltsvereinbarung kann aber auch in anderer Form den gesetzlichen Unterhaltsanspruch ausgestalten und damit gleichzeitig einen Unterhaltsverzicht beinhalten¹⁵⁴. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig:

So ist es möglich, aus privaten Gründen lediglich auf einzelne Unterhaltstatbestände des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zu verzichten, beispielsweise lediglich auf den Unterhalt wegen Aus- und Fortbildung gemäß § 1575 BGB. Besonders problematisch stellt sich hingegen der Teilverzicht auf den zentralen Betreuungsunterhalt dar, worauf später unter D.II. genauer eingegangen wird.

Auch dann empfiehlt es sich jedoch, die Berechnungsgrundlagen in die Vereinbarung mit aufzunehmen¹⁵⁵, d.h. die wirtschaftlichen Verhältnisse, von denen die Ehegatten bei Abschluss der Unterhaltsvereinbarung ausgegangen sind. Dadurch wird eine spätere Anpassung des Unterhaltsbetrages erleichtert¹⁵⁶ und gegebenenfalls eine Abänderungsklage nach § 323 ZPO sogar vermieden.

d) AGBs

¹⁵⁴ Giesing, NJW 1982, 271.

¹⁵⁵ Giesing, NJW 1980, 761.

¹⁵⁶ Maurer in Münch.-Komm., § 1585 c BGB Rn. 28.

Abschließend sei angemerkt, dass sogenannte Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht möglich sind, da für jeden der Vertragspartner der Unterhaltsverzicht ebenso wie die gesamte Ehevertrags- bzw. Scheidungsfolgenregelung einmalig ist¹⁵⁷. Eine „Vielzahl“ von derartigen Verträgen wird von einer einzelnen Person nun mal nicht abgeschlossen.

7. Abgrenzung

a) Unterhaltsverzicht gegen Kapitalabfindung

Gem. § 1585 II BGB kann der Unterhaltsberechtigte verlangen, dass ihm statt der monatlichen Unterhaltszahlung ab sofort oder zu einem späteren Zeitpunkt eine Kapitalabfindung gewährt wird.

Er übt mit dieser einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärung ein gesetzliches Gestaltungsrecht aus und bringt den gesetzlichen Rentenanspruch zum Erlöschen¹⁵⁸. Der Verzicht auf die Geldrente und die Beanspruchung der einmaligen Zahlung beinhaltet einen Verzicht auf jegliche Unterhaltsansprüche für die Zukunft¹⁵⁹.

Aufgrund dieser weitreichenden Folgen ist der Unterhaltsverzicht gegen Kapitalabfindung nur unter den engen Voraussetzungen des § 1585 II BGB zulässig.

Danach setzt das Verlangen des Unterhaltsberechtigten voraus, dass ein wichtiger Grund vorliegt und der Unterhaltspflichtige nicht unbillig belastet wird. Die Beweislast

¹⁵⁷ Schwenger, AcP 196, 89, 100.

¹⁵⁸ Gernhuber, FamR § 30 XI 2, 418; Wüstenberg in RGRK, § 1585 Rn. 20.

¹⁵⁹ Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 12; Vortmann, JA 1986, 401, 405.

für diese anspruchsbegründenden Voraussetzungen trifft immer den Berechtigten¹⁶⁰.

Der wichtige Grund für die Kapitalabfindung kann einerseits im Berechtigten selbst liegen, wie beispielsweise eine geplante Auswanderung oder der Start in die Selbstständigkeit oder eine neue Aus- oder Fortbildung¹⁶¹. Er kann aber auch im Pflichtigen liegen, wie zum Beispiel die konkrete Gefahr der Verschwendung oder des Entziehens der Unterhaltspflicht durch Absetzen ins Ausland oder häufigen Wohnortwechsel¹⁶².

Allerdings darf der Unterhaltsberechtigte sein Gestaltungsrecht nicht um jeden Preis durchsetzen.

Dies gilt insbesondere in dem Fall, dass der Berechtigte kurz vor einer Wiederheirat versucht, seinen aufgrund dessen ohnehin erlöschenden Rentenanspruch zu kapitalisieren und damit zu „retten“¹⁶³. Hier steht dem Unterhaltsschuldner der Kondiktionsanspruch aus § 812 I 2 1. HS BGB zur Seite¹⁶⁴, aber unter Umständen auch der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB¹⁶⁵. Die Grundsätze über die Änderung der Geschäftsgrundlage gelten hingegen nach h. M. nicht¹⁶⁶.

Letztlich muss die Kapitalabfindung dem Unterhaltspflichtigen zumutbar sein, also keine unbillige Belastung darstellen. Nach der Beurteilung seiner gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse darf sie seine sonstigen ehebedingten Verpflichtungen nicht beeinträchtigen¹⁶⁷. Zwar

¹⁶⁰ Vortmann, JA 1986, 401, 405.

¹⁶¹ Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 9; a.A. Diederichsen in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1585 Rn. 5.

¹⁶² Vortmann, JA 1986, 401, 405.

¹⁶³ Cuny in RGRK, § 1585 Rn. 7; Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 9.

¹⁶⁴ RGZ 159, 166; Vortmann, JA 1986, 401, 405.

¹⁶⁵ Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 13.

¹⁶⁶ Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 13.

¹⁶⁷ Vortmann, JA 1986, 401, 405.

hat er nicht existenzbedrohende Geldeinbußen hinzunehmen, wobei zu beachten ist, dass das Überschreiben einzelner Vermögensgegenstände, wie zum Beispiel von Grundstücken oder Firmenbeteiligungen, nicht von § 1585 II BGB umfasst wird¹⁶⁸. Größere wirtschaftliche Beeinträchtigungen kommen jedoch nicht in Betracht, so dass der Weg über die Kapitalabfindung regelmäßig nur für vermögende Unterhaltspflichtige in Betracht kommt¹⁶⁹.

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 1585 II BGB für die gesetzlich vorgegebene Kapitalabfindung können die Eheleute selbstverständlich eine vertragliche Kapitalabfindung vereinbaren, die dann allein an § 1585 c BGB zu messen ist¹⁷⁰. Dieser Unterhaltsverzicht tritt ebenfalls mit der Wirksamkeit der Vereinbarung in Kraft¹⁷¹.

Bei der Bemessung der Abfindung sind neben der Höhe der Unterhaltsrente alle für eine Änderung oder den Wegfall des Anspruchs maßgebenden Gesichtspunkte, wie beispielsweise die voraussichtliche Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit, die Lebenserwartung aber auch konkrete Wiederheiratsabsichten, einzubeziehen¹⁷².

b) Konkludente Verzichtserklärung durch Nichtstun

Man könnte meinen, dass ein konkludenter Unterhaltsverzicht darin läge, dass der Anspruch auf Ehegattenunterhalt über Jahre hinweg nicht geltend gemacht wird.

¹⁶⁸ AG Glückstadt, FamRZ 1978, 781.

¹⁶⁹ Cuny in RGRK, § 1585 Rn. 8; Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 10.

¹⁷⁰ Maurer in Münch.-Komm., § 1585 c Rn. 17.

¹⁷¹ Cuny in RGRK, § 1585 c Rn.15.

¹⁷² Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 11.

Dann müsste jedoch dieses passive Verhalten als „Erklärung“ gewertet werden können.

Nach überwiegender Meinung besitzt rein passives Verhalten aber keinen solchen Erklärungswert¹⁷³. Haben die Eheleute keine Regelung über den Unterhalt getroffen, ist das bloße Schweigen der unterhaltsberechtigten Ehefrau keine Erklärung ihres Verzichtswillens. Bloßes Nichtstun – auch wenn dies über Jahre erfolgt – kann mithin nicht als Verzichtserklärung gewertet werden¹⁷⁴.

Im Übrigen kann hierin auch keine aus § 242 BGB hergeleitete Verwirkung der Unterhaltsansprüche hergeleitet werden. Verwirkung liegt vor, wenn sich der Bedürftige bewusst in Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten setzt. Dies trifft jedoch auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen aufgrund eigener Bedürftigkeit regelmäßig nicht zu. Zuvor wurde im Unterschied dazu der Unterhaltsanspruch nämlich allein deshalb nicht geltend gemacht, weil keine Bedürftigkeit bestand¹⁷⁵. Das Interesse des Unterhaltspflichtigen am Fortbestehen dieses Zustandes mangelnder Bedürftigkeit ist jedoch nicht schutzwürdig¹⁷⁶. Vielmehr muss er immer damit rechnen, dass sich doch noch Bedürftigkeit einstellen kann. Dies liegt in der Natur des Unterhaltsrechtes. Widersprüchliches Verhalten des Unterhaltsberechtigten ist darin nicht zu sehen.

Etwas anderes kann jedoch unter Umständen für den Fall gelten, in welchem die Partner sich über den zu zahlenden Unterhalt geeinigt haben und der Unterhalts-

¹⁷³ OVG Koblenz, FamRZ 1970, 408, 410; BVerwGE 12, 280.

¹⁷⁴ OVG Koblenz, FamRZ 1992, 235, 236.

¹⁷⁵ BGH, FamRZ 1982, 898.

¹⁷⁶ OVG Koblenz, FamRZ 1970, 235, 236.

berechtigte gleichwohl über einen längeren Zeitraum niedrigere als die vereinbarten Unterhaltsleistungen angenommen hat¹⁷⁷.

Hier geht es jedoch um die Beurteilung einer aktiven – nicht passiven – Verhaltensweise hinsichtlich ihres rechtserheblichen Willens und ist deshalb vom zuvor erörterten Fall zu unterscheiden. Dabei kann man durchaus zu dem Ergebnis gelangen, dass die Partner hiermit eine stillschweigende Neuregelung der unterhaltsberechtigten Beziehung wollten und im beiderseitigen Einverständnis ein Teilverzicht erfolgte¹⁷⁸. Diese durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommene Unterhaltsvereinbarung unterliegt dann denselben Voraussetzungen und Kontrollmechanismen wie jede andere auch.

c) Freistellung von Kindesunterhalt

Oft werden in Scheidungsvereinbarungen nicht nur Regelungen über den Ehegattenunterhalt sondern auch über den Kindesunterhalt getroffen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass auf Kindesunterhalt für die Zukunft gem. § 1614 I BGB nicht verzichtet werden darf; für die Vergangenheit hingegen schon.

Zu unterscheiden hiervon sind jedoch sogenannte Freistellungsvereinbarungen.

Dadurch verpflichtet sich ein Elternteil unter Freistellung des anderen ebenfalls unterhaltspflichtigen Elternteils,

¹⁷⁷ OVG Koblenz, FamRZ 1992, 235, 236.

¹⁷⁸ OVG Koblenz, FamRZ 1992, 235, 236.

den Kindesunterhalt allein zu zahlen¹⁷⁹. Ein Ausgleichsanspruch soll nicht bestehen.

Diese Vereinbarung stellt sich als Erfüllungsübernahme i.S.d. § 329 BGB dar, die ebenfalls als Ehevertrag im weitesten Sinne denselben Grenzen der Vertragsfreiheit unterliegt wie jede andere Unterhaltsvereinbarung.

Ob derartige Vereinbarungen über die Freistellung eines Ehegatten gegenüber dem anderen bzgl. des Kindesunterhaltes zulässig sind, da sie lediglich intern den abdingbaren § 1606 III 1 BGB modifizieren¹⁸⁰ und das Kind daran nicht gebunden ist¹⁸¹ oder ob es sich als Umgehung des gesetzlichen Verzichtverbotes des § 1614 I BGB darstellt, soll unter Abschnitt D untersucht werden. Gleiches gilt für die Problematik, ob die Freistellung Gegenleistung für eine das Kind betreffende Regelung, wie z.B. die elterliche Sorge oder das Umgangsrecht, sein darf, soweit keine „unzulässige Kommerzialisierung“¹⁸² vorliegt, die dem Kindeswohl widerspricht¹⁸³.

8. Zeitpunkt

Unterhaltsvereinbarungen und damit auch der Unterhaltsverzicht können zu jedem Zeitpunkt einer Ehe abgeschlossen werden, und zwar sowohl im Rahmen eines Ehevertrages noch vor der Eheschließung von den Verlobten im Hinblick auf die bevorstehende Hochzeit als sogenannte vorsorgende Unterhaltsvereinbarung als auch während der bestehenden Ehe. Darüber hinaus

¹⁷⁹ Maurer in Münch.-Komm., § 1585 Rn. 11.

¹⁸⁰ Gerhardt, Familienrecht, Rn. 188.

¹⁸¹ Diederichsen in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm. § 1614 Rn. 1; § 1606 Rn. 18.

¹⁸² BGH, FamRZ 1984, 778; BGH, FamRZ 1986, 444.

¹⁸³ Schubert, FamRZ 2001, 733, 734.

werden Unterhaltsverzichtsverträge oftmals im Hinblick auf die beabsichtigte Scheidung im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung abgeschlossen. Wesentliche Unterschiede in Vertragsart, Form und Wirksamkeit ergeben sich jedoch allein durch den Zeitpunkt der Verzichtserklärung nicht. Insoweit ist es zunächst völlig unerheblich, wann die Ehegatten die Vereinbarung abschließen. Bereits hier ist aber zu bedenken, dass im Streitfall bei einer späteren gerichtlichen Inhaltskontrolle der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit des Verzichtes derjenige des Vertragsabschlusses ist. Näheres hierzu findet sich in Abschnitt D.

Bereits in der Einleitung (Abschnitt A) wurde unter Bezugnahme auf die entsprechenden Statistiken verdeutlicht, dass der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für den Inhalt der Vereinbarung aber sehr wohl eine Rolle spielen kann.

9. Form

Der Unterhaltsverzichtsvertrag bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form; er ist privatschriftlich oder gar mündlich möglich¹⁸⁴. Freilich dürfte im Streitfall dann oft ein Beweisproblem bestehen.

Er ist insoweit eine der wenigen Regelungen im weiteren Sinne, die formlos – also ohne notarielle oder gerichtliche Mitwirkung – abgeschlossen werden können.

Er ist lediglich dann ausnahmsweise formbedürftig, wenn neben dem Unterhaltsverzicht gleichzeitig ein formbedürftigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs oder Regelungen zum Güterrecht getroffen werden,

¹⁸⁴ Bergschneider, FamRZ 2001, 1337.

§§ 1408, 1410 BGB (Ehevertrag im engeren Sinne).

Deshalb wird vor allem im Schrifttum bisweilen die Frage diskutiert, ob sich der Formzwang aus anderen Vorschriften nicht unter dem Aspekt des Sachzusammenhangs generell auch auf Unterhaltsvereinbarungen erstrecken sollte¹⁸⁵.

Diese Frage stellt sich in der Praxis jedoch nur selten. Dort werden bei Eheverträgen oder Scheidungsfolgenvereinbarungen die Unterhaltsvereinbarungen sinnvollerweise kaum ausgelagert werden können, schon im Hinblick auf die Vorschriften aus dem Scheidungsrecht §§ 630 I Nr. 3 ZPO und § 794 I Nr. 5 ZPO¹⁸⁶.

Unterhaltsvereinbarungen werden deshalb bei Abschluss eines umfassenden Ehevertrages im weiteren Sinne, der wie oben dargestellt empfehlenswert ist und sämtliche Scheidungsfolgen berücksichtigt, praktisch immer auch mit den besonderen Form- und Verfahrensvorschriften unterliegen und notariell oder gerichtlich beurkundet werden.

Auch die Rechtsprechung sieht in der Formfreiheit, also den fehlenden Form- und Verfahrensvorschriften für Unterhaltsvereinbarungen, einen mangelhaften Schutz der Unterzeichnenden¹⁸⁷.

Deshalb überprüft sie insbesondere formfreie Unterhaltsvereinbarungen – die per Gesetz in dieser Form abgeschlossen werden können – mit der richterlichen Inhaltskontrolle (siehe Abschnitt D.).

Bereits hier sei deshalb empfohlen, sämtliche Unterhaltsvereinbarungen quasi überobligatorisch notariell

¹⁸⁵ Kanzleiter/Wegmann, Vereinbarungen unter Ehegatten, Rn. 329.

¹⁸⁶ Schubert, FamRZ 2001, 733, 736.

¹⁸⁷ BVerfG, MDR 2001, 391, 393.

oder gerichtlich abzuschließen, um ihre Angreifbarkeit auf ein Mindestmaß zu reduzieren¹⁸⁸ (näheres unter Abschnitt E.II.).

10. Abänderungsmöglichkeiten

Die Anpassung einer Unterhaltsvereinbarung an geänderte Verhältnisse richtet sich nach dem Willen der Parteien¹⁸⁹.

Haben die Ehegatten ihrer Vereinbarung die gesetzlichen Bemessungskriterien¹⁹⁰ zugrunde gelegt oder die Kriterien, ob und wann eine Anpassung stattfindet, geregelt, bestimmt sich ebenso die Anpassung nach ihnen¹⁹¹. Sie können aber auch eine Anpassung gänzlich ausschließen, was dann ebenfalls wie ein Unterhaltsverzicht wirken kann.

Bestehen keine anders lautenden Vereinbarungen der Ehegatten, kann der Unterhaltstitel (die vollstreckbare Urkunde oder der Prozessvergleich) im Wege der Abänderungsklage gem. § 323 ZPO angepasst werden. Gleiches gilt für den privatschriftlichen Vertrag, soweit vereinbart¹⁹². Dabei ist jedoch zu beachten, dass für rechtsgeschäftlich errichtete Titel die Präklusion aus § 323 II, III ZPO nicht gilt, dem Titel also sämtliche Einwendungen entgegengehalten werden können, ob sie von Anfang an bestanden oder erst später entstanden sind¹⁹³.

11. Gesetzliche Nichtigkeitsgründe

¹⁸⁸ Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1338.

¹⁸⁹ BGH, NJW 1994, 1530.

¹⁹⁰ BGH, FamRZ 1979, 210.

¹⁹¹ BGH, FamRZ 1985, 161, 164; OLG Zweibrücken, FamRZ 1992, 839, 840.

¹⁹² BGH, FamRZ 1960, 60, 61.

Als gesetzlicher Nichtigkeitsgrund ist zunächst der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB zu nennen. Dies spielt beispielsweise beim Verzicht auf Getrenntlebendenunterhalt oder Kindesunterhalt wegen § 1614 BGB eine Rolle, aber auch bei §§ 1361 IV, 1306 III BGB¹⁹⁴.

Auch kann unter Umständen ein Verstoß gegen eine Formvorschrift (§ 125 BGB) für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs oder Zugewinnausgleichs (§§ 1410, 1408 II 2 BGB) oder eine Verweisung auf nicht mehr geltendes oder ausländisches Recht (§ 1409 BGB) wegen § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages und damit auch der Unterhaltsvereinbarung führen¹⁹⁵.

Hingegen kann ein derartiger Verzicht nicht wegen Wucher nach § 138 II BGB nichtig sein, da es sich beim familienrechtlichen Unterhaltsanspruch nicht um einen Austauschvertrag handelt.

Letztlich ist ein Unterhaltverzicht auch immer dann unwirksam, wenn er wegen Irrtums gem. § 119 BGB, arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung gem. § 123 BGB angefochten wird¹⁹⁶.

II. Verzicht auf Unterhalt in der Eingetragenen Lebenspartnerschaft

Am 01.08.2001 trat das „Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften:

¹⁹³ BGH, FamRZ 1990, 989 f.

¹⁹⁴ BGH, FamRZ 2007, 732.

¹⁹⁵ Schubert, FamRZ 2001, 733, 736.

¹⁹⁶ OLG Hamm, FamRZ 2007, 732

Lebenspartnerschaften“ (Lebenspartnerschaftsgesetz: LPartG) in Kraft¹⁹⁷.

Das Gesetz brachte die Einführung einer besonderen Rechtsform für die Lebenspartnerschaft von Personen des gleichen Geschlechts und zahlreiche Folgeregelungen im BGB, der ZPO sowie dem FGG und weiteren Bundesgesetzen.

Hiermit beabsichtigte der Gesetzgeber, für gleichgeschlechtliche Partner eine eheähnliche Rechtsform zu schaffen, zugleich aber durch diverse Abweichungen zum Eherecht dem Vorwurf zu entgehen, man habe zur Ehe nicht den nötigen Abstand gewahrt¹⁹⁸.

Den Kern des Rechtsverhältnisses umschreibt § 2 LPartG: Die Lebenspartner sind einander zur Fürsorge und Unterstützung sowie zur gemeinsamen Lebensgestaltung verpflichtet und tragen füreinander Verantwortung. Hauptwirkung der gegenseitigen Pflicht zur Fürsorge und Unterstützung ist die gegenseitige Unterhaltspflicht, die kraft Gesetzes gem. § 5 LPartG entsteht. Sie ist an die in der Ehe bestehende angelehnt und gilt grundsätzlich auch bei Getrenntlebenden gem. § 12 LPartG fort. Nach Auflösung der Lebenspartnerschaft mündet sie in eine nachpartnerschaftliche allgemeine Unterhaltspflicht gem. § 16 LPartG. Allerdings fehlt dem Partnerschaftsunterhalt der familiäre Bezug des § 1360 BGB¹⁹⁹, in welchem Arbeit und Vermögen vornehmlich zum Unterhalt der Familien einzusetzen sind²⁰⁰.

¹⁹⁷ Überarbeitungsgesetz vom 15.12.2004 ist mit Wirkung zum 01.01.2005 in Kraft getreten; Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., Einl. LPartG Rn.2.

¹⁹⁸ Schwab, FamRZ 2001, 385, 386.

¹⁹⁹ Schwab, FamRZ 2001, 385, 391.

²⁰⁰ Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., Einl. LPartG Rn.2, § 12, Rn. 8, § 16 Rn. 1.

Geschuldet wird hier ebenfalls der angemessene Unterhalt gem. § 5 LPartG.

Da § 1614 I BGB nach § 25 LPartG i.V.m. § 1361 IV 4, 1360 a III BGB auch hier anzuwenden ist, kann ebenso wie im Kindes- und Verwandtenunterhalt in der Lebenspartnerschaft auf Unterhalt nicht für die Zukunft, für die Dauer des Zusammen- und des Getrenntlebens verzichtet werden.

Unterhaltsvereinbarungen und damit auch der Verzicht auf Unterhalt sind hier aber gem. §16 I 2 LPartG genauso möglich wie in der Ehe, nämlich nach §1585 c BGB bzgl. nachehelichen Unterhaltes.

Deshalb wird im Folgenden die Problematik des Unterhaltsverzichtes lediglich im Rahmen der Ehe erörtert werden. Soweit sich in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft Besonderheiten aus dem Umstand ergeben, dass hier keine gemeinsamen Kinder geboren werden können, bleibt ohnehin zunächst die dazu ergehende Rechtsprechung abzuwarten.

III. Verzicht auf Kindes- und Verwandtenunterhalt

Das BGB geht im Unterhaltsrecht zum einen von dem Grundsatz aus, dass Verwandte in gerader Linie einander unterhaltsverpflichtet sind, §§ 1601 ff. BGB.

Dabei erwächst der Unterhaltsanspruch des Kindes unabhängig von der Ehe der Eltern allein aus dem Eltern-Kind-Verhältnis. Unbeachtlich ist zunächst auch, ob es sich um ein eheliches oder außereheliches, minderjähriges oder volljähriges Kind handelt²⁰¹.

²⁰¹ Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, Familienrecht, 6.Kapitel Rn. 105

Umgekehrt sind unter Umständen auch Kinder gegenüber ihren Eltern unterhaltsverpflichtet.

Sind Kinder nicht vorhanden oder nicht leistungsfähig können ausnahmsweise auch Verwandte der aufsteigenden Linie, also beispielsweise die Großeltern, den Eltern gegenüber unterhaltsverpflichtet sein. § 1606 BGB normiert insoweit ausdrücklich ein entsprechendes Rangverhältnis: nähere Abkömmlinge oder Verwandte haften vor den Entfernteren.

Auf Kindes- und Verwandtenunterhalt kann gem. § 1614 I BGB für die Zukunft nicht verzichtet werden. Entsprechende Unterhaltsvereinbarungen sind gem. § 134 BGB nichtig.

Dagegen kann ein diesbezüglicher Verzicht für die Vergangenheit sehr wohl abgeschlossen werden²⁰².

Nach diesem Überblick, wann und wie ein Unterhaltsverzicht abgeschlossen werden kann, soll jetzt dargestellt werden, unter welchen Umständen ein solcher Verzicht im Streitfall trotzdem seine Wirkung verlieren kann.

D. Richterliche Kontrolle der Unterhaltsvereinbarung

Wie gezeigt, steht es den Ehegatten grundsätzlich völlig frei, über den naheheiligen Unterhalt Vereinbarungen zu treffen. Sie sind dabei weder an inhaltliche Vorgaben, noch an eine bestimmte Zeit oder Form gebunden. Diese Vertragsfreiheit unter Ehegatten resultiert einerseits aus Art. 2 I GG und andererseits aus Art. 6 I GG. Eine

gesetzliche Einschränkung und damit ein gesetzlicher Schutz der Schwächeren besteht lediglich dann, wenn Dritte betroffen sind, die sich zumeist auch in einer schwächeren Position befinden. So bei Kindes- und Verwandtenunterhalt, dem Familienunterhalt oder der Freistellung von Kindesunterhalt.

Ist die Vertragsfreiheit auch unter den Ehegatten Ausdruck einer gleichberechtigten Partnerschaft i.S.d. Art. 3 II GG und nehmen die Ehegatten darüber hinaus bei Abschluss ihrer Vereinbarung die ihnen obliegende Elternverpflichtung gegenüber dem Kind aus Art. 6 II GG sowie gegenüber dem ungeborenen Kind und der Schwangeren aus Art. 6 IV GG verantwortungsbewusst wahr, kann die Unterhaltsvereinbarung Wirksamkeit entfalten.

Dies könnte sich allein dann ändern, wenn sich die der Vereinbarung zugrunde liegenden Umstände gravierend verändern.

Um ein solch ausgewogenes Kräfteverhältnis im Ehevertrag zu gewährleisten, ist neben den Ehegatten die Kautelarjurisprudenz in der Pflicht, hier Hilfestellung und Unterstützung zu geben, damit die individuelle rechtliche Grundlage für die jeweilige Ehe die beiderseitigen Interessen in entsprechendem Maße berücksichtigt²⁰³.

Liegt jedoch eine Unterhaltsvereinbarung vor, die entweder von Anfang an oder aber erst im Streitfall von einseitiger Dominanz geprägt ist und in Anbetracht der damaligen oder jetzigen Rollenverteilung der Ehepartner eine ungerechtfertigte einseitige Vermögensverschiebung darstellt, kann die Rechtsprechung mit einer Kon-

²⁰² Diederichsen in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm. § 1614 Rn. 1.

trolle des Vertrages anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln helfen²⁰⁴.

Dem Richter obliegt es dann, durch ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB, durch Anpassung des Vertrages gem. § 313 BGB oder aber mit einer Wirksamkeitskontrolle anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln – insbesondere mit dem Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB und der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB - die Unterhaltsvereinbarung darauf zu überprüfen, ob der Vertrag nicht als Mittel der Fremdbestimmung dient²⁰⁵. Im Bereich des Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrechts ist dabei über die grundrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit (Art. 2 I GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 I; 28 I GG) hinausgehend auch Art. 6 I GG und die seit 1994 in Art. 3 II 2 GG aufgenommene Staatszielbestimmung²⁰⁶ zu beachten, wonach der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Mann und Frau fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt²⁰⁷.

Unabhängig davon ist bei der Überprüfung der Unterhaltsvereinbarung zu berücksichtigen, welcher Unterhaltstatbestand der §§ 1570-1573, §§ 1575, 1576 BGB betroffen ist²⁰⁸. Ob ein Verstoß gegen eine der Generalklauseln vorliegt, beurteilt sich deshalb auch nach dem Gesamtcharakter der Vereinbarung²⁰⁹, wobei es maßgeblich auf Inhalt, Beweggrund und Zweck ankommt²¹⁰.

²⁰³ Langenfeld, FamRZ 1987, 9, 11.

²⁰⁴ Vortmann, JA 1986, 401, 404.

²⁰⁵ Schwenger, AcP 196, 88, 111.

²⁰⁶ Hofmann, FamRZ 1995, 257, 261 f.; Fisahn, NJ 1995, 352 ff..

²⁰⁷ Schwenger, AcP 196, 88, 111.

²⁰⁸ OLG Düsseldorf, FamRZ 1996, 734, 735; Maurer in Münch.-Komm., § 1585 c BGB Rn. 7.

²⁰⁹ Schwenger, AcP 196, 88, 113.

²¹⁰ BGH, FamRZ 1983, 137, 138; FamRZ 1985, 788, 789; FamRZ 1990, 634.

I. Allgemeine richterliche Inhaltskontrolle

Bevor eine Vereinbarung aufgrund der veränderten Lebensumstände als unwirksam gem. § 139 BGB oder das Berufen darauf als rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB qualifiziert wird, hat der Richter zu versuchen, die Gesamtvereinbarung entsprechend dem Parteiwillen auszulegen:

1. Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB

Für den Fall, dass sich die ehelichen Lebensverhältnisse bis zur Scheidung beispielsweise durch die Geburt eines Kindes und die Betreuungstätigkeit der Mutter gravierend geändert haben, empfiehlt es sich zunächst, den zu Beginn der Ehe abgeschlossenen Unterhaltsverzicht im Wege der einfachen oder ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu überprüfen²¹¹.

Insbesondere unter der Herrschaft des Ehegesetzes vor gut 50 Jahren wurde in der Tat von den Instanzgerichten wiederholt diese Ansicht vertreten²¹².

Heute legt die Rechtsprechung lediglich noch vereinzelt Unterhaltsverzichte aus und fast immer ohne Erfolg²¹³: So ist in den meisten Fällen davon auszugehen, dass die Parteien mit ihrem Totalverzicht zu Beginn der Ehe einen umfassenden Verzicht, eine restlose und endgültige Vereinbarung treffen wollten²¹⁴ – und zwar auch für den möglicherweise zu diesem Zeitpunkt noch nicht bedachten Fall, dass später Kinder geboren werden und

²¹¹ Herb, NJW 1987, 1525, 1526.

²¹² LG Bonn, Nachrichtendienst 1952, 274; Wiethaupt, MDR 1954, 10.

²¹³ So z.B. BGH, JR 1986, 17.

²¹⁴ BGH, JR 1986, 17.

ein Ehepartner sich unter Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit der Kinderbetreuung widmet²¹⁵. Es sollte also auch auf den sogenannten Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB verzichtet werden. Dann aber ist die vertragliche Regelung eindeutig und einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht zugänglich²¹⁶.

Demgegenüber will *Richter*²¹⁷ mit Hilfe der Vertragsauslegung zu dem Ergebnis gelangen, dass die Parteien bei Vertragsschluss an einen Anspruch nach § 1570 BGB noch nicht gedacht haben und eben diesen Fall dann auch nicht regeln wollten. Sodann wäre der Weg für eine Erforschung des sogenannten hypothetischen Parteiwillens i.S.d. § 157 BGB frei²¹⁸ und es wäre zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie bereits bei Vertragsschluss die Geburt eines Kindes eingeplant hätten und damit das Bestehen eines Unterhaltsanspruchs nach § 1570 BGB²¹⁹.

Richter kann sich die hierfür erforderliche Regelungslücke im Vertrag jedoch nur dadurch verschaffen, dass er gegen jede Systematik ohne weitere Begründung die ausschließlich für Gesetze entwickelte Auslegungsmethode der teleologischen Reduktion²²⁰ ausnahmsweise auf Willenserklärungen und Verträge anwendet und diese damit „auf ihren eigentlichen Sinn zurückführt“²²¹.

Er dreht sich dabei jedoch im Kreis, denn auch jetzt ist der Parteiwille nicht anders zu deuten, als dass die Eheleute eine umfassende, abschließende und endgültige Regelung der Unterhaltsansprüche treffen wollten – also

²¹⁵ OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 171.

²¹⁶ Heinrichs in Palandt-Heinrichs, BGB-Komm., § 157 Rn. 2 b; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts § 59 VI 3; BGHZ 2, 379, 385.

²¹⁷ Richter, JR 1986, 18, 19.

²¹⁸ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm. § 157 Rn. 7.

²¹⁹ Herb, NJW 1987, 1525, 1526; BGH, NJW 1981, 219, 220.

²²⁰ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm. Einleitung vor § 1 Rn. 38; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 377 f.

auch einen damals noch nicht relevanten Anspruch nach § 1570 BGB einbezogen haben. Auch ist der „Kunstgriff“ der teleologischen Reduktion durch *Richter* nicht nachvollziehbar, zumal er weder eine Begründung liefert noch die Frage beantwortet, ob diese Auslegungsmethode hier nur ausnahmsweise und wenn ja, warum anzuwenden ist, oder nunmehr bei sämtlichen Willenserklärungen zum Tragen kommt. Hier scheint *Richter* jedoch vom Ergebnis her einen Weg gesucht zu haben, ohne die aufgeworfenen Probleme zu Ende gedacht oder gar gelöst zu haben. Sein Weg ist deshalb keine wirkliche Alternative.

Zudem werden in der gegenwärtigen Praxis die vor erfahrenen Praktikern abgeschlossenen Unterhaltsverträge oft mit der Formulierung „auch für den Fall der Not“ abgeschlossen, um jedes Restrisiko einer Regelungslücke auszuschließen²²². Für gegenteilige Absichten wird erklärend die Formulierung „mit Ausnahme des Falles der Not“ gewählt²²³.

Die ergänzende Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB kann mithin die Diskrepanz zwischen geltendem Unterhaltsverzicht und den geänderten ehelichen Lebensverhältnissen zum Zeitpunkt der Scheidung in den Fällen nicht beheben, in denen die Parteien die eingetretene Entwicklung auch nur für möglich gehalten haben und dennoch eine abschließende Regelung treffen wollten²²⁴.

²²¹ Richter, JR 1986, 18, 19.

²²² BGH, FamRZ 1985, 282; OLG München, FamRZ 1985, 1264.

²²³ BGH, FamRZ 1980, 1104; Göppinger, FamRZ 1970, 222.

²²⁴ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 327; Büttner, FamRZ 1998, 1, 6.

Steht aber nach der Auslegung des Vertrages fest, dass die Parteien eine Änderung ihrer Lebensumstände zwischen Vertragsschluss und Scheidung nicht für möglich hielten, ist weiter zu prüfen, ob die Eheleute diese Beständigkeit ihrer Lebensumstände zum Inhalt oder zur Geschäftsgrundlage ihres Vertrages machten.

Nur wenn diese Vorstellung der Parteien auch wirklich zum Inhalt des Vertrages gemacht worden ist, kann ihnen unter Umständen mit dem Instrument der Auslegung geholfen werden²²⁵.

Stellt sich hingegen heraus, dass diese Annahme der Parteien nicht Inhalt sondern Geschäftsgrundlage des Unterhaltsverzichtes geworden ist, kommt mit der Änderung der Lebensumstände eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB in Betracht:

2. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Das ältere gemeine Recht ging davon aus, dass jedem Vertrag auch ohne besondere Abrede die *clausula rebus sic stantibus* als sogenannter stillschweigender Vertragsinhalt innewohne. Daraus wurde abgeleitet, dass eine Bindung an den Vertrag entfalle, wenn eine grundlegende Änderung der bei Vertragsschluss vorliegenden besonderen oder allgemeinen Verhältnisse eintrete²²⁶. Das BGB hatte zunächst diese Lehre nicht übernommen, von einigen Einzelausprägungen wie beispielsweise bei Unterhaltsverträgen und sonstigen Verträgen mit Versorgungscharakter abgesehen²²⁷. Aus dieser Lehre hat sich deshalb die allgemein anerkannte Lehre vom

²²⁵ Herb, NJW 1987, 1525, 1526.

²²⁶ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 242 Rn. 110; BGH, NJW 1962, 2147; BGH, NJW 1986, 2055.

²²⁷ BGHZ 105, 245.

Wegfall oder der Änderung der Geschäftsgrundlage entwickelt²²⁸, die auch bei Unterhaltsverträgen angewandt worden ist, um Veränderungen gerecht zu werden²²⁹. Mit der Schuldrechtsreform wurde die Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB normiert.

Dies ist zu begrüßen, da in der Regel der Vorbehalt der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht Inhalt, sondern Grundlage der Vereinbarung ist²³⁰.

Die Gerichte wurden wiederholt mit der Frage beschäftigt, inwieweit bei einer gravierenden Änderung der wirtschaftlichen Situation der Unterhaltsvertrag mit den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage angepasst werden kann.

Nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung²³¹ und Schrifttum²³² ist bei Unterhaltsverträgen über die Höhe des Unterhaltsanspruchs der Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar, bei Unterhaltsverzichteten hingegen nicht²³³.

Unterhaltsverzichte auch für „Fälle der Not“ sind vollständige Regelungen und von den Vertragsparteien gerade für diesen Fall getroffen worden²³⁴. Nur im Falle der Bedürftigkeit aktualisiert sich überhaupt erst der Verzicht²³⁵. Mit einem endgültigen und vorbehaltlosen Verzicht erlischt deshalb der Unterhaltsanspruch, das Un-

²²⁸ BGH, NJW 1986, 2055; NJW 1993, 1974; NJW 1995, 1892; Herb, NJW 1987, 1525, 1526.

²²⁹ BGH, FamRZ 1983, 22; Soergel-Knopp, BGB-Komm., 242 Rn. 377, 390.

²³⁰ Herb, NJW 1987, 1525, 1526.

²³¹ BGH, NJW 1962, 2147; OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 171, 172.

²³² Vortmann, JA 1986, 401, 403; Richter, JR 1986, 18, 19; Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1585 c BGB Rn. 16; Herb, NJW 1987, 1525, 1526.

²³³ BGH, FamRZ 2005, 26; FamRZ 2005, 1444; FamRZ 1984, 172; OLG Hamm, FamRZ 1993, 973.

²³⁴ Hampel, FamRZ 1960, 426 f.; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 176.

²³⁵ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1520; Rauscher, DNotZ 2002, 751, 759; Herb, NJW 1987, 1525, 1526.

terhaltsstammrecht²³⁶. Dieses lebt dann bei später eintretender Bedürftigkeit nicht wieder auf²³⁷.

Eine andere Meinung vertreten das OLG Frankfurt/M²³⁸ und *Zöllner*²³⁹.

Danach soll der Grundsatz der *clausula rebus sic stantibus* anwendbar sein und eine entsprechende Anpassung der von den Parteien ursprünglich getroffenen Unterhaltsvereinbarungen an die geänderten Umstände vorgenommen werden, wenn die Erziehung des Kindes von dem Unterhaltsverzichtenden vorgenommen wird. Der Unterhaltsverzicht soll danach also immer dann unwirksam werden, soweit ihm aufgrund späterer Ereignisse überwiegende schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder entgegenstehen²⁴⁰.

Ebenso soll der Verzicht unwirksam sein, wenn das Vermögen, aus dem der Verzichtende stattdessen seinen Unterhalt bestreiten wollte, innerhalb kürzester Zeit wertlos geworden ist²⁴¹ oder der Verzicht zur Überwindung einer lange zurückliegenden Ehekrise abgegeben wurde²⁴².

Allerdings ist fraglich, ob die Vorstellung, der Verzichtende werde sich weiterhin allein unterhalten können, für den Vertrag so wichtig war, dass ohne diese Voraussetzung der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre²⁴³, also zur Vertragsgrundlage geworden war. Im Vorder-

²³⁶ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1519; Vortmann, JA 1986, 401, 404; OLG Hamm, FamRZ 1993, 973; OLG München, FamRZ 1985, 1264, 1265; OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 171, 172.

²³⁷ OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 171, 172.

²³⁸ OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 176, 177; für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs ebenso: OLG Köln, FamRZ 2002, 1492, 1493.

²³⁹ Zöllner, FS Lang, 1992, 973, 991.

²⁴⁰ OLG München, FamRZ 2003, 376, 378; BGH, NJW 1985, 1933; NJW 1992, 3164; gilt auch bei Freistellungsvereinbarungen: OLG Köln, NJW-RR 1995, 1474; Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 313 Rn. 11.

²⁴¹ OLG München, FamRZ 1985, 1264.

²⁴² BGH, NJW 1987, 2739.

²⁴³ Vortmann, JA 1986, 401, 404.

grund solcher Vereinbarungen steht doch vielmehr, dass die Parteien sich in unterhaltsrechtlicher Hinsicht voneinander trennen²⁴⁴ und eben keine Vertragsanpassung bei veränderten Verhältnissen erfolgen soll.

Anders sind jedoch die sogenannten gewährenden Unterhaltsvereinbarungen zu behandeln:

Um Schwankungen im Umfang der Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit gerecht zu werden, eignet sich das Rechtsinstitut vom Wegfall oder der Änderung der Geschäftsgrundlage vorzüglich, um die Grundlagen der Unterhaltsvereinbarung den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen. Damit wird jedoch nicht in das bestehende Unterhaltsstammrecht, sondern in die Einzelansprüche (monatliche Raten) eingegriffen, deren Anpassung die Parteien wollen²⁴⁵.

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage kann deshalb lediglich in den wenigen Ausnahmefällen der sogenannten Unterhaltsvereinbarungen zur Höhe uneingeschränkte Anwendung finden. Auch dort wird sie jedoch nach wie vor von der Rechtsprechung sehr zurückhaltend angewandt, und die durch die veränderten Umstände auftretenden Probleme werden vornehmlich über die Ausübungskontrolle diskutiert²⁴⁶.

Für die weitaus überwiegende Zahl der Unterhaltsverzichte kann sie hingegen in den meisten Fällen die Diskrepanz zwischen Vertrag und veränderter Lebenssituation nicht beheben. Der Anwendungsbereich beschränkt sich deshalb auf wirklich kaum vorhersehbare und damit planbare Situationen, wie etwa die Geburt eines behin-

²⁴⁴ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1519.

²⁴⁵ BGH, FamRZ 2007, 983; Herb, NJW 1987, 1525, 1526.

²⁴⁶ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1447, Bergschneider, FamRZ 2005, 1449.

dernten Kindes oder rauschgift- oder sektenbedingte Probleme²⁴⁷.

Ist dem von der Störung der Geschäftsgrundlage betroffenen Ehegatten jedoch ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten²⁴⁸, kommt es nicht etwa zur Unwirksamkeit des Vertrages insgesamt, sondern zur flexiblen Anpassung an die geänderte Geschäftsgrundlage²⁴⁹. Dadurch können gezielt die kindbedingten Nachteile ausgeglichen werden²⁵⁰, beispielsweise in Form eines teilweisen Vermögens- und Versorgungsausgleichs, bezogen auf die Zeit der Kinderbetreuung.

3. Ergebnis

Die Auslegung und das Regulativ der partiellen, individuellen Anpassung der Unterhaltsvereinbarung an veränderte Umstände nach § 313 BGB kann zwar einerseits eine vom Parteiwillen bei Vertragsschluss abweichende Entwicklung der Realität berücksichtigen. Sie kann dann auch ganz individuell auf der Grundlage des Parteiwillens die Unterhaltsvereinbarung an die veränderten Umstände anpassen. Andererseits findet sie ihre Grenze im Parteiwillen und vermag nicht über diesen hinauszugehen. Die vom Leben bereit gehaltenen, nahe liegenden familiären Entwicklungen – wie die Geburt eines Kindes und die Kinderbetreuung durch einen Ehegatten – dürften jedoch in den meisten Fällen von den Parteien bei Abschluss ihrer Unterhaltsvereinbarung berücksichtigt worden sein, zumal ein mitwirkender Notar oder Richter auf das Eintreten derartiger – auch mögli-

²⁴⁷ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 327.

²⁴⁸ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 313 Rn. 10.

²⁴⁹ Bergschneider, FamRZ 2003, 377, 378.

²⁵⁰ OLG München, FamRZ 2003, 376, 377.

cherweise außerplanmäßiger – Umstände explizit hingewiesen haben dürften.

Die Anpassung des Vertrages an die veränderten Umstände allein durch Vertragsauslegung oder mit dem Institut der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ist mithin auf die wenigen oben beschriebenen Fälle begrenzt.

II. Besondere richterliche Inhaltskontrolle, §§ 138, 242 BGB

Die Rechtsprechung und das Schrifttum messen deshalb seit geraumer Zeit die Wirksamkeit von Unterhaltsverzicht an der Generalklausel der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB und dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB.

Diesem Prüfungsmaßstab liegt der Gedanke zugrunde, dass die grundgesetzlich geschützte Privatautonomie (Art. 2 I GG) sich auch und gerade in einem Vertrag zwischen Eheleuten über den Unterhaltsverzicht manifestiert²⁵¹. Dabei müssen aber selbstverständlich auch unter Eheleuten die Bedingungen der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben sein²⁵². Ist jedoch aufgrund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in diesem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechtes, auf die Wahrung der Grundrechtsposition beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die

²⁵¹ BVerfG, MDR 1990, 600, 601.

Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt²⁵³.

Enthält ein solcher Unterhaltsverzicht eine besonders einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten der Frau und ist er vor der Ehe im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft geschlossen worden, gebietet es auch der Anspruch auf Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter aus Art. 6 IV GG, die ehevertragliche Vereinbarung einer besonderen richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen²⁵⁴.

In Ermangelung besonderer Form- oder Verfahrensvorschriften obliegt es hier dem Richter, den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag umzusetzen und der Schwangeren Schutz vor Übervorteilung durch eine besondere Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu bieten²⁵⁵. Da abgesehen von ihrem Wortlaut deren inhaltliche Voraussetzungen nahezu identisch sind²⁵⁶, entscheiden die Gerichte in den meisten Fällen gar nicht, anhand welcher der zivilrechtlichen Generalklauseln die Vereinbarung überprüft wird. In beiden Fällen wird dem Zivilrecht quasi „das Verfassungsrecht übergestülpt“, indem durch das Medium der zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB die Grundrechte aus Art. 2 I, 3 II 1 GG sowie aus Art. 6 II 1, IV GG als verfassungsmäßige Wertentscheidungen umgesetzt werden²⁵⁷.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit aus Art. 2 I GG wird also immer dann eingeschränkt, wenn die Grundrechte

²⁵² BVerfG, MDR 2001, 392, 392.

²⁵³ BVerfGE 89, 214, 232.

²⁵⁴ BVerfG, MDR 2001, 392, 392.

²⁵⁵ BVerfG, MDR 1993, 789, 789.

²⁵⁶ auch wenn sich der Beurteilungszeitpunkt und die jeweilige Rechtsfolge voneinander unterscheiden

²⁵⁷ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1759.

eines Verhandlungspartners verletzt sind²⁵⁸. Das ist immer dann gegeben, wenn aufgrund einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition²⁵⁹ vertragliche Lasten besonders einseitig aufgebürdet worden sind.

Die einseitige Lastenverteilung sowie die ungleichen Verhandlungspositionen können sich bei Unterhaltsvereinbarungen in Bezug auf die in der Ehe vereinbarte Rollenverteilung ergeben.

Der Gesetzgeber stellt zwar klar, dass Haushaltsführung und Kinderbetreuung für das gemeinsame Leben der Eheleute keinen geringeren Wert besitzen als die Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit. Deshalb haben beide Ehepartner per Gesetz auch den gleichen Anteil am gemeinsam erwirtschafteten. Dieser Grundgedanke gilt nicht nur während einer bestehenden Ehe sondern auch nach der Trennung und der Scheidung²⁶⁰.

Ein Unterhaltsverzicht kann diesen Grundgedanken jedoch ins Gegenteil verkehren, so dass die haushaltsführende und kinderbetreuende Ehefrau nicht mehr am Erwerbseinkommen des unterhaltspflichtigen Ehemannes partizipiert.

An dieser Stelle bedarf es einer richterlichen Kontrolle anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB:

Zunächst könnte daran gedacht werden, dass eine Vereinbarung der Eheleute für den Fall der Trennung per se sittenwidrig sei, da die Ehe gem. § 1353 I 1 BGB auf Lebenszeit geschlossen wird²⁶¹.

Ein Unterhaltsverzicht ist für sich allein betrachtet jedoch grundsätzlich nicht sittenwidrig²⁶². Die gesetzliche Rege-

²⁵⁸ BVerfG, FamRZ 2001, 957.

²⁵⁹ OLG Hamm, FamRZ 2004, 1294, 1295.

²⁶⁰ OLG Hamm, FamRZ 2004, 1294, 1295.

²⁶¹ Vortmann, JA 1986, 401, 404.

²⁶² OLG Düsseldorf, FamRZ 1955, 293; Richter in Münch.-Komm., § 1585

lung des § 1585 c BGB lässt Unterhaltsvereinbarungen ausdrücklich zu.

Allerdings wurde in der Literatur vereinzelt der Gedanke geäußert, eine Unterhaltsvereinbarung sei dann ohne weiteres i.S.d. § 138 BGB sittenwidrig, wenn darin der Unterhaltsverzicht zur Bedingung für die Eheschließung gemacht worden ist²⁶³. Gerade in dieser Verknüpfung von Verzicht und Eheschließungsfreiheit würde eine zu missbilligende Kommerzialisierung, eine verpönte Zwecksetzung der Eheschließungsfreiheit liegen²⁶⁴. Zu Recht hat jedoch das Bundesverfassungsgericht später klargestellt, dass eine derartige Bedingung für die Eheschließung allein nicht ausreicht, um automatisch zur Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichts zu führen. Selbstverständlich könne auf das Recht zur Freiheit der Eheschließung verzichtet oder dieses Recht mit einer Bedingung verknüpft werden²⁶⁵.

Unterhaltsverzichte werden also in den meisten Fällen wirksam abgeschlossen werden. In der Regel sind dann auch alle bei Abschluss der Vereinbarung von deren Ausgewogenheit und Wirksamkeit überzeugt. Ist die Beziehung jedoch gescheitert, führt die Trennung der Parteien oft dazu, dass die einstigen Eheleute nun gar nicht mehr von der Ausgewogenheit der Vereinbarung überzeugt sind und der Verzicht nun zum Streitfall und den Gerichten zur Überprüfung vorgelegt wird.

Die richterliche Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle wurde im Laufe der Zeit auf eine Vielzahl von Unterhaltsverzichten angewandt, deren zugrunde liegende

c Rn. 47 f.

²⁶³ Coester-Waltjen, FS 50 Jahre BGH, 985, 1005.

²⁶⁴ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 318.

²⁶⁵ BVerfG, FamRZ 2001, 343.

Lebenssachverhalte jeweils sehr speziell und individuell waren und insgesamt wohl die gesamte Bandbreite menschlichen Zusammenlebens widerspiegeln. Aufgrund dieser besonderen Situation war das Entwickeln eines allgemeingültigen Prüfungsmaßstabes für Unterhaltsverzichte äußerst schwierig.

Es lassen sich jedoch drei Fallgruppen bilden, denen die unterschiedlichen Fälle zugeordnet werden können:

1. Unterhaltsverzicht zu Lasten eines Dritten
2. Unterhaltsverzichte nach altem Recht
3. Gestörte Vertragsparität und Beeinträchtigung des Kindeswohls

In all diesen Fällen führte die richterliche Kontrolle anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln trotz der inhaltlichen Spezialität jeder dieser Fallgruppen und den dadurch bedingten unterschiedlichen Voraussetzungen zur Fehlerhaftigkeit des Unterhaltsverzichtes.

Im Folgenden sollen deshalb zunächst die jeweiligen Voraussetzungen der Fallgruppe und deren richterliche Kontrolle dargestellt werden, um im Anschluss daran auf die Unterschiede der beiden Generalklauseln einzugehen: den Beurteilungszeitpunkt und die Rechtsfolge für den Verzicht (siehe Abschnitt E.).

1. Unterhaltsverzicht zu Lasten eines Dritten

Zunächst soll die Fallgruppe untersucht werden, in welcher die Ehepartner nicht wirklich auf Unterhalt verzichten wollen, sondern lediglich die Unterhaltsschuld in kollusivem Zusammenwirken auf einen Dritten, d.h. einen anderen unterhaltsverpflichteten Verwandten oder den Staat, verlagern wollen.

a) Objektiv zu Lasten Dritter

Vereinbaren die Ehegatten in einer Hausfrauen- oder Einverdiener Ehe einen Unterhaltsverzicht der Hausfrau und Mutter, um ihren Unterhaltsbedarf im Falle der Scheidung nicht durch den leistungsfähigen Ehemann, sondern durch andere Unterhaltsverpflichtete, also durch Verwandte gem. §§ 1601 ff. BGB oder aber die Sozialhilfe zu decken, kann diese Vereinbarung ebenfalls sittenwidrig gem. § 138 BGB sein²⁶⁶.

Unerheblich ist dabei, ob dieser Unterhaltsverzicht in erster Linie die unterhaltsverpflichteten Verwandten oder den Staat treffen soll, da auch ein Unterhaltsverzicht zu Lasten der Sozialhilfe am Ende ein solcher zu Lasten der Verwandten ist: aufgrund des Rückgriffsanspruchs des Sozialleistungsträgers nach Überleitung der Unterhaltsansprüche.

Problematisch ist hierbei jedoch nicht die Inanspruchnahme der Verwandten bzw. des Sozialleistungsträgers selbst. Regelmäßig erwächst diesen nämlich durch die Unterhaltszahlung ein Rückgriffsanspruch gegen den eigentlich primär Unterhaltsverpflichteten – den leistungsfähigen Ehegatten. Für Verwandte ergibt sich ein solcher aus §§ 1607 I 2, 1608 BGB; für den Sozialleistungsträger aus §§ 93 f. SGB XII; §§ 33 ff. SGB II²⁶⁷. Die Sittenwidrigkeit eines solchen Unterhaltsverzichts kann sich aber daraus ergeben, dass dem Inanspruchgenommenen, nachrangig haftenden Unterhaltsschuldner mit dieser Unterhaltsvereinbarung der Rückgriffsanspruch abgeschnitten wird.

²⁶⁶ Bergschneider, FamRZ 2005, 453; Vortmann, JA 1986, 401, 405; OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456, 457; BVerfG, FamRZ 2001, 343, 344.

²⁶⁷ Seit 01.01.2005 in Kraft; zuvor wurde der Rückgriffsanspruch durch §§ 90, 91 BSHG geregelt.

Weniger problematisch stellt sich da zunächst der Fall des Verwandtenunterhalts dar: Sind statt des Ehegatten die Verwandten, beispielsweise die Eltern, in anspruchsgenommen, wird ihre Eintrittspflicht in den meisten Fällen bereits an der gesetzlich normierten Nachrangigkeit hinter dem Ehegatten gem. § 1608 BGB, spätestens aber an der Härteklausel gem. § 1611 I BGB, scheitern. Dies zumindest dann, wenn die kinderbetreuende, nicht erwerbstätige Tochter deshalb auf ihren Ehegattenunterhalt verzichtete, weil sie von vorn herein beabsichtigte, stattdessen ihre Eltern in Anspruch zu nehmen.

Anders verhält es sich jedoch im Fall der Inanspruchnahme der Sozialhilfe: Fällt die Tochter der Sozialhilfe anheim, ist dies für den Sozialhilfeträger im Gegensatz zum Verwandten doppelt misslich: Er muss auch bei selbst veranlasster Bedürftigkeit eintreten. Gleichzeitig ist ein Regress gegen den eigentlich unterhaltsverpflichteten Ehegatten aufgrund des Unterhaltsverzichtes ausgeschlossen²⁶⁸. Das Prinzip der Subsidiarität der Sozialhilfe wird in sein Gegenteil verkehrt.

Letztlich ist davon auch der Fall zu unterscheiden, dass beide Verlobte bei Vertragsschluss mittellos sind. In diesem Fall ist der Vertrag ebenso wirksam²⁶⁹.

b) Subjektiv zu Lasten Dritter

Nun ist aber nicht jede „zufällige“ Inanspruchnahme der Sozialhilfe infolge eines Unterhaltsverzichtes per se sittenwidrig. Dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht es jedoch, wenn bewusst Verträge zum Nachteil der öffentlichen Kassen abgeschlossen werden, um sich selbst einen finanziellen Vorteil zu verschaffen.

²⁶⁸ Heß, FamRZ 1996, 981, 982.

Nur ein gewisses Maß an „Schädigungsbewusstsein“ kann deshalb die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zu Lasten der Sozialhilfe oder Verwandter begründen²⁷⁰.

Für die Annahme der Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichts genügt demnach weder die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme des Sozialamtes²⁷¹ noch die bloße in weiter Ferne liegende Möglichkeit der Arbeitsunfähigkeit oder der unverschuldeten Arbeitslosigkeit²⁷².

Die Rechtsprechung war zunächst äußerst zurückhaltend und erklärte nur in eng begrenzten und gleichzeitig ganz offensichtlichen Fällen die Unterhaltsvereinbarung für sittenwidrig: wenn nämlich die konkrete Absicht der Schädigung der Sozialhilfe auf der Hand lag. Unterhaltsverzichtsverträge verstießen also nur dann gegen die guten Sitten, wenn die Eheleute beim Abschluss des Vertrages „gewissenlos“ im Interesse des eigenen Vorteils handelten. Die Absicht, die Unterhaltslast von dem an sich leistungsfähigen Ehepartner auf den Fürsorgeverband (Träger der Sozialhilfe) zu überbürden, musste eklatant sein²⁷³. Hintergrund dessen war vor allem das bis 1977 geltende Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht: eine lange Prozessdauer oder gar eine Skandalisierung des Prozesses bzw. der nachfolgenden Unterhaltsverfahren sollte vermieden werden²⁷⁴. Deshalb wurde die Gestaltungs- und Entschließungsfreiheit derartiger Vereinbarungen – letztlich zu Lasten der öffentlichen Kassen - weit gefasst.

1977 wurde jedoch das Verschuldens- vom Zerrüttungsprinzip abgelöst. Frühere Erwägungen hinsichtlich eines

²⁶⁹ BGH, FamRZ 2007, 187.

²⁷⁰ Vortmann, JA 1986, 401, 404.

²⁷¹ BGH, FamRZ 1983, 137, 139; OLG Hamm, FamRZ 1982, 1215.

²⁷² OLG Bamberg, FamRZ 1984, 483, 484.

²⁷³ Hoffmann/Stephan, Komm. zum EheG § 72 Rn.11, 69; Göppinger/Wenz, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung Rn. 315 a; Hampel, FamRZ 1960, 421 ff.; Bosch, FamRZ 1955, 110; FamRZ 1965, 238; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 1081.

sinnvollen Vorbringens im Scheidungsverfahren, vor allem, um eine sogenannte anständige oder ritterliche Scheidung im Interesse der Reputation der Ehefrau zu ermöglichen, waren obsolet geworden.

Gleichzeitig wurde die finanzielle Notlage der öffentlichen Körperschaften immer deutlicher, so dass sich ein gesellschaftliches Bewusstsein für die Verschwendung öffentlicher Gelder entwickelte.

Mit Urteil vom 08.12.1982 verabschiedete sich deshalb der BGH²⁷⁵ von der bis dahin anerkannten, sehr liberalen Rechtsprechung und gelangte zu einer strengeren Beurteilung der Unterhaltsverzichtsverträge: Es bestehe „die allgemeine Verpflichtung, dass ein Unterhaltsbedürftiger grundsätzlich, soweit nach den Umständen des Einzelfalles zumutbar, zunächst die ihm zur Verfügung stehenden privaten Erwerbsquellen und Unterhaltungsmöglichkeiten – auch durch Geltendmachung der ihm gesetzlich zustehenden Unterhaltsansprüche – ausschöpfen muss, bevor er auf dem Weg über eine Inanspruchnahme der Sozialhilfe die Allgemeinheit belastet“²⁷⁶. Wenn bei Vertragsschluss objektiv feststehe, dass „ein nicht erwerbsfähiger und nicht vermögender Ehegatte zwangsläufig der Sozialhilfe anheimfallen muss“, könne der Verzicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein, „auch wenn die Vereinbarung nicht auf einer Schädigungsabsicht der Ehegatten zu Lasten des Trägers der Sozialhilfe beruht“²⁷⁷.

Dieser Wandel in der Rechtsprechung fand in der Folge weitestgehend Zustimmung bei den Instanzgerichten²⁷⁸.

²⁷⁴ Bosch in FS für Habscheid S.28.

²⁷⁵ BGHZ 86, 82.

²⁷⁶ BGHZ 86, 82.

²⁷⁷ BGHZ 86, 82; BGH, FamRZ 1983, 137; BGH, FamRZ 1987, 40; BVerfG, FamRZ 2001, 343, 344; Bosch in FS für Habscheid S. 28.

²⁷⁸ BGH, FamRZ 1987, 152, 154; OLG Karlsruhe, FamRZ 1983, 174; OLG Zweibrücken, FamRZ 1983, 930; VerwG München, FamRZ 1985, 292; OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456, 457.

Verzichtet also ein erwerbs- und vermögensloser bedürftiger Ehegatte trotz Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ohne ersichtlichen Grund zu einem Zeitpunkt auf seinen Unterhaltsanspruch, zu welchem er in absehbarer Zeit kein eigenes Einkommen bezieht, nimmt er es zumindest billigend in Kauf, nach einer Scheidung von der Sozialhilfe leben zu müssen²⁷⁹. Ein solcher Verzicht missachtet den Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe. Er ist ein Vertrag zu Lasten Dritter – nämlich des Staates – und damit unwirksam²⁸⁰.

Allerdings kann vom Vorliegen eines objektiv krassen Missverhältnisses von Leistung (im weitesten Sinne etwa das Eheversprechen oder das Verzeihen eines Seitensprunges und Fortsetzen der Ehe) und Gegenleistung (hier natürlich der Unterhaltsverzicht) allein nicht auf eine Benachteiligungsabsicht des wirtschaftlich stärkeren Ehepartners geschlossen werden²⁸¹. Sie liegt also nicht vor, wenn im Rahmen der Unterhaltsvereinbarung ein Ausgleich für den Verzicht vereinbart wird, so z.B., wenn der Unterhaltsberechtigte im Rahmen des Ehevertrages größere Vermögenswerte zur Verfügung gestellt bekommt, mit deren Hilfe sein Lebensunterhalt sicherzustellen wäre²⁸². Eine Benachteiligungsabsicht liegt auch dann nicht vor, wenn der Ehevertrag allein deshalb abgeschlossen wird, um eine den Unterhaltsansprüchen subsidiäre Witwenrente gem. § 46 III SGB VI²⁸³ oder den subsidiären Unterhaltsanspruch nach dem ersten

²⁷⁹ BGH, FamRZ 2007, 197; BGH, FamRZ 1987, 46; OLG Köln, FamRZ 1990, 634.

²⁸⁰ VerwG München FamRZ 1985, 292; Gottschick/Giese, Komm. Zum BSHG zu § 90; a.A. für Ausländerehen: Grziwotz, BNotZ 2007, 302, 307.

²⁸¹ BGH, FamRZ 1985, 788, 789; OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869.

²⁸² BGH, FamRZ 1987, 46.

²⁸³ BSG, NJW 1984, 326; LSG Berlin, NJW 1985, 2287.

Ehemann gem. § 1586 a I BGB²⁸⁴ wiederaufleben zu lassen. Ein solcher Unterhaltsverzicht ist sozialhilferechtlich eine „leere Hülse“ und damit unbeachtlich²⁸⁵. Ebenso muss ein Verzicht behandelt werden, bei dem die Ehegatten bereits bei Abschluss der Vereinbarung²⁸⁶ eine positive finanzielle Entwicklung abgesehen²⁸⁷, also erwartet haben²⁸⁸.

Die Unterhaltsvereinbarung ist ein besonderer familienrechtlicher Vertrag. Auf ihn sind die für die auf Austausch von Leistungen oder Gütern entwickelten Grundsätze nicht anwendbar²⁸⁹.

Deshalb genügt die Vorhersehbarkeit der Bedürftigkeit²⁹⁰. Eine Schädigungsabsicht wird nicht gefordert²⁹¹. Die bewusste Benachteiligung der Sozialhilfe liegt in diesen Fällen deshalb nur dann vor, wenn diese besondere Situation tatsächlich bewusst oder grob fahrlässig ausgenutzt wird²⁹². Gemeint sind hier die Fälle, in denen die Ehefrau bei bestehender Schwangerschaft oder Kindesbetreuung auf nachehelichen Unterhalt verzichtet und damit bei einer (in Kürze geplanten²⁹³) Scheidung zwangsläufig der Sozialhilfe anheim fällt²⁹⁴. Eine ganz klare Schädigungsabsicht besteht hingegen, wenn der Unterhaltsverzicht erst vereinbart wird, nachdem der Sozialhilfeträger begonnen hat, Hilfe zu gewähren und den Übergang der Unterhaltsansprüche gem. § 94 SGB XII; § 33 SGB II angezeigt hat²⁹⁵.

²⁸⁴ Maurer in Münch.-Kom., § 1585 c Rn.42.

²⁸⁵ BSG, NJW-RR 1994, 1346, 1347 f.

²⁸⁶ OLG Hamm, FamRZ 1998, 1299; OLG Stuttgart, FamRZ 1999, 24.

²⁸⁷ OLG Hamm, FamRZ 1991, 88.

²⁸⁸ OLG Hamm, FamRZ 1991, 88 f..

²⁸⁹ BGH, FamRZ 2007, 197; BGH, FamRZ 1992, 1403; FamRZ 1992, 1463.

²⁹⁰ OLG Köln, FamRZ 1990, 634; AG Solingen, FamRZ 1990, 635.

²⁹¹ BGH, FamRZ 1983, 137; FamRZ 1987, 40.

²⁹² Grziwotz, FamRZ 1997, 587; BGH, FamRZ 1985, 788, 789

²⁹³ BGH, FamRZ 1991, 306.

²⁹⁴ OLG Köln, FamRZ 1990, 634; AG Solingen, FamRZ 1990, 635.

²⁹⁵ Vortmann, JA 1986, 401, 405; BGHZ 20, 127.

c) Vorsorgende Unterhaltsvereinbarungen

Völlig anders sind jedoch sogenannte vorsorgende Unterhaltsvereinbarungen zu beurteilen, also diejenigen vor der Eheschließung²⁹⁶:

Hier scheidet Sittenwidrigkeit wegen bewusster Herbeiführung der Unterstützungsbedürftigkeit eines Ehegatten zu Lasten der Sozialhilfe von vornherein aus²⁹⁷. Da vor der Eheschließung abgesehen vom unverzichtbaren und befristeten Unterhaltsanspruch des § 1615 I BGB keine Unterhaltsansprüche der Verlobten bestehen, können die Verlobten zu diesem Zeitpunkt ihre finanzielle Lage nicht zu Lasten der Sozialhilfe durch einen Unterhaltsverzicht verschlechtern²⁹⁸. Dagegen würde die finanzielle Situation durch die Eheschließung im Hinblick auf die entstehenden Unterhaltsansprüche immer verbessert. Unterhaltsvereinbarungen zu Lasten Dritter vor der Eheschließung sind deshalb gedanklich ausgeschlossen und daher nicht mit der Begründung, zu Lasten der Sozialhilfe abgeschlossen zu sein, unwirksam.

2. Unterhaltsverzichte nach altem Recht

Auch heute finden sich vereinzelt noch Unterhaltsverzichte, die nach veraltetem, heute nicht mehr gültigem Recht abgeschlossen worden sind oder denen bewusst veraltetes, nicht mehr gültiges Recht zugrunde gelegt worden ist.

a) Altes westdeutsches Recht

²⁹⁶ BGH, FamRZ 1983, 127.

²⁹⁷ Langenfeld, FamRZ 1994, 201, 204; BGH, FamRZ 1983, 127.

²⁹⁸ BGH, FamRZ 2007, 197; FamRZ 2007, 450; FamRZ 1992, 1403.

Fast gänzlich an Bedeutung verloren hat die Fallgruppe von Unterhaltsverzichteten, in denen sich das veraltete Verschuldensprinzip noch heute finden lässt.

Zu Zeiten des Verschuldensprinzips im Scheidungsrecht wurde die Unterhaltsvereinbarung, an welcher der Ehestörer selbst mitgewirkt hatte, vieldiskutiert²⁹⁹. Zwar wird die Abkehr vom Verschuldenden im Scheidungsrecht durch das 1. EheRG vom 14.06.1976 weithin als bedeutender Fortschritt gepriesen, da die Feststellung, welcher der Ehegatten die Zerrüttung schuldhaft verursacht hat, selten gelang³⁰⁰. Allerdings scheint es auch heute dem sittlichen Empfinden noch zu widersprechen, dem Ehestörer die Alimentierung durch den „Verletzten“ zu gönnen³⁰¹.

Das Verschuldensprinzip entspricht im Übrigen auch einem noch weit verbreitetem europäischen Rechtsempfinden³⁰²: Konnte man sich für die Einführung des Zerrüttungsprinzips bei den Scheidungsvoraussetzungen noch auf Regelungen und Entwicklungstendenzen aus dem Ausland berufen, so lässt sich bei der Gestaltung des Unterhaltsrechtes keine so klare allgemeine Entwicklungstendenz erkennen³⁰³. In anderen europäischen Rechtssystemen hat die Schuld an der Scheidung nämlich infolge der Dominanz von Mischsystemen noch durchaus Bedeutung für die Folgen³⁰⁴.

Heute könnte in einer Unterhaltsvereinbarung folgende Formulierung zu finden sein:

²⁹⁹ Maurer in Münch.-Kom., § 1585 c Rn. 47; Grziwotz, FamRZ 1997, 585, 587; BGH, FamRZ 1997, 411; 412; FamRZ 1957, 298.

³⁰⁰ Walter, NJW 1981, 1409.

³⁰¹ Walter, NJW 1981, 1409, 1412.

³⁰² Henrich, FS für Ferid, S. 525 ff.

³⁰³ Walter, NJW 1981, 1409, 1412.

³⁰⁴ Jayme, FamRZ 1981, 223.

„Für den Fall, dass unsere Ehe außer durch Tod aufgelöst wird und im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe keine gemeinschaftlichen leiblichen Abkömmlinge aus unserer Ehe vorhanden sind, vereinbaren wir, dass ein Unterhaltsanspruch für denjenigen Ehegatten von uns ausgeschlossen ist, den an der Auflösung der Ehe das überwiegende Verschulden trifft.“

Es fragt sich, ob die Kopplung des Unterhaltes an das vom Gesetzgeber aufgegebenes Verschuldensprinzip als unsittlich anzusehen ist, da damit eheliches Wohlverhalten prämiert und Fehlverhalten zum Entzug des Unterhaltsanspruchs führt.

Zwar hätte eine solche Vereinbarung „sachfremden Strafcharakter“³⁰⁵. Zu bedenken ist jedoch, dass die Verschuldensregelung jahrzehntelang von Gesetzes wegen praktiziert worden ist. Wird sie nunmehr Gegenstand einer privatautonomen Vereinbarung, kann sie nicht plötzlich sozusagen von einem Tag zum anderen sittenwidrig und damit nichtig werden³⁰⁶.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass diese Regelung auch nicht gegen § 134 BGB verstößt, da weder global auf nicht mehr geltendes Recht Bezug genommen wurde, sondern der Unterhaltsanspruch an konkretes Verhalten der Ehepartner gekoppelt worden ist³⁰⁷.

Davon zu unterscheiden ist jedoch der Fall des BGH³⁰⁸, in welchem der vor Jahren – zu Zeiten des Verschuldensprinzips im Scheidungsrecht - abgeschlossene Unterhaltsverzicht zur Bewältigung einer damaligen konkre-

³⁰⁵ Vogel, FamRZ 1976, 481, 484; Ramm, JZ 1970, 753.

³⁰⁶ Dethloff, JZ 1997, 414; Walter, NJW 1981, 1409, 1412.

³⁰⁷ Walter, NJW 1981, 1409, 1413 f.

³⁰⁸ BGH, FamRZ 1987, 691, 692.

ten Ehekrise abgeschlossen worden war, die Parteien die Krise sodann jedoch zunächst erfolgreich überstanden und die Ehe fortgesetzt haben. Im Rahmen eines nun 10 Jahre später infolge einer weiteren Krise eingeleiteten Scheidungsverfahrens sollte der Unterhaltsverzicht jedoch nicht mehr geltend gemacht werden können. Dies wird vor allem damit begründet, dass der ursprüngliche Bezugspunkt – die ursprüngliche Krise aufgrund finanzieller Schwierigkeiten – jetzt völlig obsolet geworden war. Die Parteien lebten in gesicherten wirtschaftlichen Verhältnissen; die zur Scheidung führende Krise hatte letztlich andere Ursachen. Mit dem zum Zeitpunkt des Verzichtes geltenden alten Scheidungsrechtes (Verschuldensprinzip) hätte die Ehefrau damals eine Scheidung gegen ihren Willen und damit eine unverschuldete wirtschaftliche Notlage erfolgreich verhindern können. Anders jedoch jetzt nach dem neuen Scheidungsrecht. Die nun 10 Jahre ältere, nicht berufstätige Ehefrau, die mittlerweile vor dem Rentenalter stand, konnte nun ohne ihr Zutun geschieden werden und damit in finanzielle Not geraten. Das war jedoch bei Vertragsschluss so von keiner der Parteien beabsichtigt gewesen. Der ursprüngliche Unterhaltsverzicht musste also an die veränderte Situation mit § 242 BGB angepasst werden. Der BGH entschied daher, dass sich der Ehemann heute nicht mehr auf diesen einst wirksamen Verzicht berufen können soll; die Ehefrau könne sich nämlich auf die Einrede des Rechtsmissbrauchs aus § 242 BGB berufen³⁰⁹.

b) Altes ostdeutsches Recht

Die Beurteilung von Unterhaltsverträgen, die in der

³⁰⁹ BGH, FamRZ 1987, 691, 692.

ehemaligen DDR abgeschlossen worden waren, also unter gänzlich anderen politisch-rechtlichen, sozialen und wirtschaftlichen Umständen, ist schwierig.

Gerade im ersten Jahrzehnt nach der Wiedervereinigung, in welchem sich in den neuen Bundesländern ein gravierender Wandel in sämtlichen Bereichen der Gesellschaft vollzog, dürften die vormals in der DDR abgeschlossenen Unterhaltsverzichte oft auf gänzlich andere Rahmenbedingungen gestoßen sein. Solche sind beispielsweise der Wegfall der flächendeckenden Kinderbetreuung für Kinder ab der Geburt oder die aufgrund der zusammenbrechenden Wirtschaft einsetzende Arbeitslosigkeit und damit einhergehende Perspektivlosigkeit und Verarmung in den neuen Bundesländern sowie das übernommene, westlich geprägte konservative Frauenbild verbunden mit einem überdurchschnittlichen Stellenverlust der Frauen, welches in krassem Widerspruch zum gelebten DDR-Alltag stand. Ähnliche Widersprüche dürften jedoch auch dann entstanden sein, wenn ehemalige DDR-Bürger mit einem „alten“ Ehevertrag nach der Wiedervereinigung ihren Lebensmittelpunkt in die alten Bundesländer verlegt haben.

So kam es in dieser speziellen Situation immer wieder zu Fällen, in denen die vormals im Berufsleben stehende Mutter mit Kind auf Ehegattenunterhalt nach der Scheidung verzichtete, nun aber ungewollt und unvorhersehbar der Sozialhilfe anheim fiel.

Eine nach der Wiedervereinigung eintretende – aufgrund der politischen Situation nicht voraussehbare – Sozialhilfebedürftigkeit eines Ehegatten führt jedoch nicht zur Sittenwidrigkeit im Verhältnis zum Sozialleistungsträger³¹⁰

³¹⁰ Diederichsen in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm. Art. 234 § 5 EGBGB

(siehe hierzu auch Abschnitt D.II.3.b)). Die Unterhaltsvereinbarung hat deshalb ausnahmsweise Bestand. Ein Rückgriff auf den eigentlich unterhaltsverpflichteten Ehegatten durch die Sozialhilfe findet nicht statt.

Wohl aber könnte die Berufung auf den Unterhaltsverzicht durch den unterhaltsverpflichteten Ehegatten rechtsmissbräuchlich sein, d.h. gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte infolge der Wiedervereinigung die Betreuungsmöglichkeit für ein gemeinsames Kind verloren hat³¹¹. Auch hier waren die sich ändernden gesellschaftlichen Bedingungen – insbesondere der radikale Abbau von Kinderbetreuungsplätzen - aufgrund der Wiedervereinigung zum Zeitpunkt des Unterhaltsverzichts von keinem vorhersehbar; anderenfalls wäre der Verzicht nicht abgegeben worden.

Haben sich jedoch die konkreten Verhältnisse der Ehegatten mit der Wiedervereinigung tiefgreifend verändert oder ist die individuell vereinbarte Geschäftsgrundlage entfallen, kann ausnahmsweise eine Anpassung der Unterhaltsvereinbarung gem. § 33 FGB i.V.m. § 78 ZGB³¹² an die jetzigen Verhältnisse erfolgen³¹³. Dabei ist jedoch immer der der Vereinbarung zugrunde liegende Parteiwillen zu wahren und der Eingriff so gering wie möglich zu halten³¹⁴.

Rn. 7.

³¹¹ Maurer in Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 22.

³¹² Brudermüller, FamRZ 1995, 915; BGH, FamRZ 1995, 544, 545 m. Anm. Dieckmann, FamRZ 1995, 548; Derleder, FuR 1995, 154 und Leopold, JZ 1995, 833; OLG Dresden, FamRZ 1994, 708, 710 m. Anm. Winkler von Mohrenfels, OLG-NL 1994, 91.

³¹³ Brudermüller, FamRZ 1994, 1022; BGH, FamRZ 1994, 562, 564; AG Tempelhof-Kreuzberg, FamRZ 1995, 1154, 1155.

³¹⁴ Stankewitsch, IPRax 1994, 103; Maurer in Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 27.

3. Gestörte Vertragsparität und Beeinträchtigung des Kindeswohls

Die wohl bedeutendste und in den letzten Jahren am meisten diskutierte Fallgruppe unwirksamer Unterhaltsverzicht ist die der gestörten Vertragsparität und des verletzten Kindeswohls.

Die Popularität dieser Fallgruppe ergibt sich nicht allein daraus, dass ihr der klassische - wenn auch wenig spektakuläre - voreheliche Unterhaltsverzicht in einer Einverdiener Ehe mit Kindern zugrunde liegt. Bedeutender ist, dass die für diese – und nur für diese - Fallgruppe jahrelang verfestigte BGH-Rechtsprechung wie eingangs erwähnt durch das Bundesverfassungsgericht obsolet geworden ist.

a) alte Rechtsprechung und Schrifttum
(vor dem 06.02.2001)

(1) Gestörte Vertragsparität, Art. 2 I, 6 IV GG

Das Gericht sollte den vorehelichen Unterhaltsverzicht auf eine gestörte Vertragsparität prüfen.

Die schwangere Verlobte hatte unmittelbar vor der Eheschließung diesen Unterhaltsverzicht erklärt, weil der Verlobte ihr diesen Verzicht zur Bedingung für die Eingehung der Ehe gemacht hatte³¹⁵. Beide Eheleute planten jedoch, dass die Ehefrau nach der Geburt dieses und eventuell weiterer Kinder die Kinderbetreuung übernehmen werde, also nicht erwerbstätig sein werde.

³¹⁵ der regelmäßig von einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs oder einer entsprechenden nachteiligen Regelung zum Zugewinn flankiert wird.

(a) Alte BGH-Rechtsprechung

Der BGH³¹⁶ verneinte für diesen Fall bis Ende 2000 - also bis zur bahnbrechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 06.02.2001 – das Ausnutzen

der Zwangslage der schwangeren Verlobten durch den zukünftigen Ehemann und damit die Sittenwidrigkeit derartiger vor Eingehung der Ehe abgeschlossener Verträge unter Hinweis auf die unter diesen Umständen höher zu bewertende Eheschließungsfreiheit des Mannes³¹⁷. Er stellte die volle Vertragsfreiheit über die Inhalts- und Ausübungskontrolle.

Der BGH hatte hierzu anlässlich der besonders extremen, aber nicht seltenen Fallgestaltung Stellung zu nehmen, dass sich die Beteiligten nach jahrelangem nichtehelichem Zusammenleben aus Anlass der Geburt eines gemeinsamen Kindes zur Ehe entschlossen hatten und der Mann die Eheschließung vom Abschluss eines Ehevertrages mit Unterhaltsverzicht (flankiert vom Verzicht auf Versorgungsausgleich und der Vereinbarung von Gütertrennung, also von einem Globalverzicht) abhängig gemacht hatte³¹⁸. Der BGH verneinte das Ausnutzen der Unerfahrenheit oder des mangelnden Urteilsvermögens der schwangeren, zukünftigen Ehefrau. Diese sei nicht überrumpelt worden, sondern habe angesichts des festgestellten Geschehensablaufs Gelegenheit gehabt, sich beraten zu lassen und sich mit dem Für und Wider auseinanderzusetzen. Gleichwohl habe sie sich trotz ihrer Situation bewusst zum Abschluss der

³¹⁶ BGH, FamRZ 1983, 137; FamRZ 1991, 306; FamRZ 1992, 1403; FamRZ 1996, 1536; FamRZ 1997, 146.

³¹⁷ Langenfeld, FamRZ 1994, 201, 204.

³¹⁸ BGH, FamRZ 1992, 1403.

Vereinbarung entschlossen, um den Mann zur Ehe zu bewegen.

Dabei verkannte der BGH nicht die Zwangslage der schwangeren, nicht erwerbstätigen und auf Eheschließung weitgehend angewiesenen Frau.

Er stellte ihr aber die Eheschließungsfreiheit des Mannes gegenüber und führte aus, dass der Mann zu keinem Zeitpunkt zur Heirat verpflichtet gewesen sei und deshalb in seiner Entscheidung für oder gegen die Eheschließung bis zuletzt frei sei. Er könne deshalb die Heirat auch vom Abschluss eines Unterhaltsverzichtsvertrages abhängig machen. Die Annahme von Sittenwidrigkeit wegen Ausnutzen einer Zwangslage verbiete sich also deshalb, weil darin wiederum ein sittenwidriger Eingriff in die Eheschließungsfreiheit des Ehemannes liegen würde³¹⁹.

Allerdings wird dabei freilich die Existenz des Grundrechtes auf Eheschließungsfreiheit ungeachtet einer Gewährleistung nahehehlicher Solidarität unterstellt. Während die Gerichte ohne weiteres in ihrer Argumentation das Recht auf Eheschließungsfreiheit berücksichtigten, war die verfassungsrechtliche Situation nicht abschließend geklärt³²⁰. Das Bundesverfassungsgericht bezog die Eheschließungsfreiheit in den Schutzbereich der Ehe aus Art. 6 I GG ein³²¹ und tendierte hinsichtlich der Pflicht zur nahehehlichen Solidarität zur Einbeziehung in die Institutsgarantie der grundsätzlich auf Lebenszeit geschlossenen Ehe³²².

Nach dieser alten BGH-Rechtsprechung kann sich der Verlobte also auch nach der Eheschließung auf die Po-

³¹⁹ BGH, FamRZ 1992, 1403; dem später gleichgestellt: BGH, FamRZ 1997, 192; im Ergebnis bereits anders AG Solingen, FamRZ 1990, 635.

³²⁰ Heß, FamRZ 1996, 981, 982.

³²¹ Pieroth/Schlink, GG, Staatsrecht II, Rn. 724.

³²² BVerfG, FamRZ 1984, 346; FamRZ 1980, 326.

sition des nichtehelichen Vaters bzw. des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zurückziehen. Das Wesen der Ehe erfordere nach diesem veralteten Standpunkt des BGH gerade nicht, dass eine wirtschaftliche Lebensgemeinschaft entsteht oder dass die Ehegatten bei Scheidung ihrer Ehe an den während ihres Bestehens eingetretenen vermögensrechtlichen Veränderungen beteiligt werden³²³.

Damit sollen die Betroffenen gesellschaftspolitisch nicht in die nichtehelichen Lebensgemeinschaften gedrängt werden³²⁴ und die ohnehin schwierige Situation der ledigen schwangeren Frauen noch weiter verschlechtert werden³²⁵. Im übrigen würde die schwangere Verlobte auch durch eine derartige Eheschließung mit Verzicht auf Unterhalt, Versorgungsausgleich sowie Vereinbarung der Gütertrennung ihre wirtschaftliche Position gegenüber einer nichtehelichen Mutter verbessern, so beispielsweise durch den dann entstehenden Anspruch auf Familienunterhalt gem. §§ 1360, 1360 a BGB³²⁶, das entstehende Ehegattenerbrecht gem. § 1931 BGB – soweit es nicht ebenfalls ausgeschlossen worden ist –, die Witwenrente sowie die Familienversicherung in der Krankenkasse.

Diese Rechtsprechung zur Eheschließungsfreiheit weitete der BGH dann auch auf andere Fälle von Zwangslagen unabhängig von einer Schwangerschaft aus: So beispielsweise auf Fälle, in welchen der Ehevertrag zur Bedingung für die Eheschließung mit einer nicht schwangeren Ausländerin gemacht worden war und die Ehefrau sprachlich unterlegen war, weil sie aus einem

³²³ Grziwotz, FamRZ 1997, 584, 587; BGH, FamRZ 1985, 788; OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, 870.

³²⁴ Heß, FamRZ 1996, 981, 982.

³²⁵ Grziwotz, FamRZ 1997, 584, 587.

³²⁶ Die nichteheliche Mutter hat lediglich für 3 Jahre einen Unterhaltsanspruch, § 1615 I BGB.

Entwicklungsland stammte oder der Ehevertrag Bedingung zur Fortsetzung der jahrzehntelang bestehenden Ehe war³²⁷. Auch hier kam er bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen zu dem Ergebnis, dass die Eheschließungsfreiheit des Mannes höher zu bewerten sei als die Interessen der sprachlich und finanziell unterlegenen Ausländerin oder der betrogenen Ehefrau³²⁸.

(b) Meinungen im Schrifttum zu dieser alten BGH-Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung blieb vom Schrifttum³²⁹ selbstverständlich nicht unbeachtet. Die Meinungen reichten von völliger Zustimmung bis hin zur Ablehnung mit Gegenvorschlägen:

(aa) Zustimmung zur BGH-Lösung

Zustimmung erfuhr der BGH beispielsweise von *Vortmann*³³⁰, *Koch*³³¹ und *Heß*³³², die ebenso wie die frühere BGH-Rechtsprechung für die Gesamtschau aller Umstände plädierten, um Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen.

Gleichwohl erkannten letztere jedoch das Problem der sogenannten vorsorgenden Unterhaltsvereinbarungen - also solcher, die vor der Eheschließung abgeschlossen werden. Diese wurden nämlich nach der alten BGH-Rechtsprechung im Gegensatz zu Eheverträgen nach Eheschließung mit dem Argument der Eheschließungs-

³²⁷ BGH, FamRZ 1992, 1403; BGH, FamRZ 1997, 156.

³²⁸ BGH, FamRZ 1992, 1403; BGH, FamRZ 1997, 156.

³²⁹ Im Folgenden wird lediglich eine Auswahl präsentiert.

³³⁰ Vortmann, JA 1986, 401, 404; ebenso Langenfeld, HB der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rn. 633 ff.; Meder, FuR 1993, 12, 19; Dethloff, JZ 1997, 414 f.; Büttner, FamRZ 1998, 1.

³³¹ Koch, JR 1993, 197.

³³² Heß, FamRZ 1996, 982, 986.

freiheit fast nie als sittenwidrig eingestuft. Die Problematik, dass vorsorgende Unterhaltsvereinbarungen oft erst Jahre nach ihrem Abschluss ihre Wirkung entfalten und die Prognosen der Ehegatten – so achtenswert sie einst waren – sich im nachhinein als höchst unbillig erweisen können, sollte dadurch gelöst werden, dass die Sittenwidrigkeit nach den Umständen zum Zeitpunkt der Ehescheidung – nicht des Vertragsschlusses – beurteilt wurde³³³.

(bb) Lösung über Formvorschriften

Einen gänzlich anderen Weg beschritten diejenigen, die statt einer richterlichen Kontrolle von vornherein entgegen der gesetzlichen Regelung die Formerfordernisse für Unterhaltsverzicht verschärfen wollten.

So schlug *Bartsch*³³⁴ vor, in Anlehnung an den Ausschluss des Versorgungsausgleich gem. §1587 o BGB einen Unterhaltsverzicht unter die Genehmigungspflicht des Familiengerichtes zu stellen. Er begründete dies damit, dass beim Unterhaltsrecht ebenso wie im Versorgungsausgleich die Aspekte der Fürsorge für die schwächere Partei und der Schutz der Solidargemeinschaft vor Manipulationen gelten. Zwar prüft das Familiengericht im Verfahren über eine einverständliche Ehescheidung bereits nach geltendem Recht gem. § 630 I Nr.3, III ZPO, ob die Parteien über den Unterhalt einen vollstreckbaren Schuldtitel im Hinblick auf den Unterhalt vorgelegt haben. Eine inhaltliche Überprüfung findet hingegen nicht statt. Er will deshalb in allen Fällen, in denen die Ehe 10 Jahre gedauert hat, unversorgte Kinder da sind oder ein Ehegatte das 45. Lebensjahr erreicht hat, einen Unter-

³³³ Heß, FamRZ 1996, 982, 986.

³³⁴ Bartsch, ZRP 1979, 96, 97; ebenso Schumacher, Zerrüttungsprinzip und Geschiedenenunterhalt, S. 273 f..

haltsvertrag per se unter die Genehmigungspflicht des Familiengerichtes stellen. Gleichzeitig soll sie auch bei anderen Unterhaltsvereinbarungen auf Antrag eines Ehegatten erfolgen³³⁵.

In die gleiche Richtung wies die Überlegung von *Schubert*³³⁶, Unterhaltsvereinbarungen notariell beurkunden zu lassen³³⁷.

Auch an eine Verschärfung der Informations- und Offenbarungspflichten, wie sie etwa im amerikanischen Recht aufgestellt werden³³⁸, sowie an die Verpflichtung des höchstpersönlichen Abschlusses³³⁹ wurde gedacht. Damit soll gewährleistet werden, dass die notarielle Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung, Willensforschung und Belehrung und vor allem zur Neutralität und Vermittlung einer angemessenen Lösung (arg. § 17 I 2 BeurkG) einseitig belastende Verträge – zumindest zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – sowie das einseitige Informationsdefizit vermeidet³⁴⁰.

Auch dieser Weg verlief am Ende aber ergebnislos; so ging der undifferenzierte Vergleich mit den Regelungen des Versorgungsausgleichs fehl. Auch dort ist nämlich zu unterscheiden, ob der Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Zusammenhang mit einer Scheidung erfolgt ist oder nicht. Während die notarielle Beurkundung

³³⁵ Bartsch, ZRP 1979, 96, 97; ebenso Jaeger, DRiZ 1979, 16; Peters, JZ 1973, 354.

³³⁶ Schubert, FamRZ 2001, 733, 739.

³³⁷ ebenso Lenz, MittBayNot 1999, 152, 157 f.; Riemann, Sonderheft - DNotZ 1998, 296; Schwenger, AcP 196, 88, 111; Langenfeld, NJW 1981, 2377; Voelskow in Johannsen/Henrich, Ehe-Recht-Kom. §1585 c Rn. 21.

³³⁸ Vgl. hierzu § 6 (a) (2) (i) (iii) des Uniform Premarital Agreement Act, der bislang in 19 amerikanischen Staaten umgesetzt worden ist; Schwenger, AcP 196, 88, 109.

³³⁹ Schubert, FamRZ 2001, 733, 739; Gerber und Bambring, Sonderheft DNotZ 1998, 294, 301; ebenso der Gesetzgeber jetzt für die eingetragene Lebenspartnerschaft in § 7 I 2 LPartG

³⁴⁰ Schubert, FamRZ 2001, 733, 739

stets verlangt wird, ist die Genehmigung des Familiengerichtes nur im ersten Fall gem. §1587 o BGB erforderlich, wobei die Jahresfrist gem. § 1408 II 2 BGB zu beachten ist. Letztlich wurde jedoch auch bereits die Genehmigungspflicht des § 1587 o BGB heftig kritisiert und als Bevormundung mündiger Bürger bezeichnet³⁴¹. Einige Instanzgerichte halten den Genehmigungsvorbehalt sogar als unzulässigen Eingriff in die Vertragsfreiheit für verfassungswidrig³⁴².

Ungeachtet dessen konnte aber der Schutz der Allgemeinheit und die Fürsorge für den einzelnen bislang durch richterliche Inhaltskontrolle an den Maßstäben der zivilrechtlichen Generalklauseln gewährleistet werden. Eine generelle Genehmigungspflicht für alle Unterhaltsvereinbarungen würde hingegen zu einer unverhältnismäßigen Mehrbelastung der Gerichte führen³⁴³. Aber auch eine generelle notarielle Beurkundungspflicht oder weitergehendere Informations- und Offenbarungspflichten zeigen nicht den gewünschten Erfolg. So dürfte die Benachteiligung des Schwächeren in den wenigsten Fällen auf mangelnde Information und Aufklärung zurückzuführen sein. Vielmehr sind in den meisten Fällen Zwangslagen für den Abschluss verantwortlich. Letztlich dürfte es die Pflichten eines Notars überschreiten, sämtliche für eine umfassende Beratung erforderlichen Daten zu erfragen und aufzuspüren, um damit eine auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten abgestellte konkrete Einzelberechnung vornehmen zu können³⁴⁴. Insgesamt war deshalb der richterlichen Inhaltskontrolle anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln der Vorzug zu geben.

³⁴¹ Gernhuber, Familienrecht, S. 373; Brüggemann, FamRZ 1977, 21; Strobel in Münch.-Komm., § 1587 o BGB Rn. 18..

³⁴² AG Gelsenkirchen, FamRZ 1978, 598.

³⁴³ Walter, NJW 1981, 1409, 1412.

³⁴⁴ Schlosser, JR 1988, 327, 329; BVerfG, FamRZ 1982, 769, 773.

(cc) Lösung über allgemeine richterliche Inhaltskontrolle

Vereinzelte Stimmen in der Literatur suchten die Lösung des Problems entgegen dem Postulat uneingeschränkter Vertragsfreiheit in einer allgemeinen richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen³⁴⁵:

Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt soll nach *Schwenzer*³⁴⁶ immer dann umfassend überprüft und ausnahmsweise unwirksam sein, wenn es gilt, die Rechte der „schwächeren“ Partei – der Familienfrauen ohne eigene Erwerbstätigkeit - nicht über Gebühr zu verkürzen. Anknüpfungspunkt und Legitimation für einen solchen Eingriff in die Privatautonomie sei die strukturelle Unterlegenheit der Frau aufgrund ihrer sozio-ökonomischen und psychologischen Situation³⁴⁷. Die zumeist jüngere Ehefrau sei fast immer sowohl körperlich als auch finanziell dem Manne unterlegen. Sie habe oft einen geringeren Ausbildungsstandard und neige aufgrund ihrer Erziehung dazu, die eigenen Interessen nicht konsequent durchzusetzen³⁴⁸. *Schwenzer* forderte deshalb per se eine richterliche Inhaltskontrolle und Korrektur von Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen³⁴⁹.

Der Vorstoß von *Schwenzer* war mutig, allerdings auch ungeschickt³⁵⁰. Der Begriff der „strukturellen Unterlegenheit“ der Frau wurde polemisch angegriffen, nach dem Motto „ihre Schwäche ist ihre wichtigste Waffe“:

So wurde argumentiert, dass bei Vertragsschluss regelmäßig derjenige der Schwächere sei, der sich unbedingt

³⁴⁵ Schwenzer, AcP 196, 88, 113.

³⁴⁶ Schwenzer, AcP 196, 88, 113.

³⁴⁷ Schwenzer, AcP 196, 88, 108.

³⁴⁸ Schwenzer, AcP 195, 88, 104.

³⁴⁹ Schwenzer, AcP 196, 88, 106.

³⁵⁰ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 304.

die Ehe wünsche und dies seien nach empirischen Forschungen überraschenderweise wohl größtenteils die Männer, da diese zu Beginn einer Beziehung eher zu romantischer Verliebtheit neigen sollen. Dies sei mit *Luhmann* soziologisch wohl damit zu erklären, dass sich der Status des Mannes – im Gegensatz zu dem der Frau - durch eine Eheschließung zumeist nicht ändere³⁵¹. Er könne sich also ganz auf sein Gefühl und nicht auf rationale Erwägungen verlassen. Bei Ehescheidung schließlich sei derjenige, der die Scheidung wünsche, in der schwächeren Verhandlungsposition. Hierzu tragen sicherlich nicht nur sein Interesse an der Scheidung sondern vielfach auch die gesellschaftliche Moral und seine eigenen Schuldgefühle bei³⁵². Zwar dürften auch in dieser Position mindestens genauso viele Männer wie Frauen sein. Die Scheidungsstatistik weist allerdings aus, dass der formelle Scheidungsantrag in 2/3 der Fälle von der Ehefrau und lediglich in 1/3 von dem Ehemann gestellt wird³⁵³. Obgleich die Scheidungsrate selbst steigt, bleiben diese Prozentzahlen seit Jahrzehnten relativ stabil.

Auch *Grziwotz* kann dem Standpunkt von *Schwenzer* nicht uneingeschränkt folgen: bei konsequenter Anwendung dieser Lösung müssten nämlich sämtliche Verträge zwischen einem Mann und einer Frau – und nicht nur Eheverträge – inhaltlich überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden³⁵⁴. Damit würde nicht nur der zivilrechtliche Grundsatz der Vertragsfreiheit in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Auch ein rechtswidriger Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Gleich-

³⁵¹ Luhmann, *Liebe als Passion*, S. 185.

³⁵² Krenzler, *Vereinbarungen bei Trennung und Scheidung*, S. 7; OLG Koblenz, *FamRZ* 1996, 1212, 1213.

³⁵³ Koch in *Münch.-Komm.*, *Rechtstatsachen V.1.*

³⁵⁴ Grziwotz, *FamRZ* 1997, 585, 589.

heitsgebot von Männern und Frauen wäre damit verbunden.

Diese Angriffe setzten sich jedoch nicht mit dem Kern der Idee auseinander: dem Aspekt der biologisch bedingten „strukturellen Sondersituation der Frau“. Allerdings überzeugt *Schwenzers* allgemeine Inhaltskontrolle von Unterhaltsverträgen zwischen Ehegatten aus anderen Gründen nicht. Das Instrumentarium der allgemeinen Inhaltskontrolle kommt aus dem System der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei einseitig vorformulierten, allgemeinen Regelungen und wird dort zur Überprüfung von Nebenabreden gebraucht. Bei Unterhaltsvereinbarungen handelt es sich aber weder um vorformulierte, allgemeine Regelungen, noch um Nebenabreden. Es liegt vielmehr ein Individualvertrag über eine der wichtigsten Scheidungsfolgen vor³⁵⁵.

Im Übrigen wäre ebenso wie bei der Lösung des BGH auch bei der allgemeinen Inhaltskontrolle der Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Beurteilungsmaßstab, so dass spätere anders laufende Entwicklungen keine Berücksichtigung finden können. Gleiches gilt für die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des gesamten Vertrages ohne Möglichkeit der Vertragsanpassung.

Das sachliche Anliegen von *Schwenzers*, bei aller Gleichheit von Mann und Frau nicht den biologischen Unterschied aus den Augen zu verlieren, führte trotz aller Polemik dennoch erstmals zu einer kritischen Sichtweise der verfestigten BGH-Rechtsprechung, die die schwangere Verlobte ihrem selbstgewählten Schicksal überließ, und zu einer Neubewertung von Familienarbeit

³⁵⁵ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 326.

als Ausdruck der Verantwortung beider Eltern für gemeinsame Kinder³⁵⁶.

Interessant ist an dieser Stelle, dass zuvor bereits das Bundesverfassungsgericht einen ebensolchen Vorstoß in die Richtung Vertragskontrolle unternommen hatte, wenn auch in einem anderen Bereich. In seinen Entscheidungen zu den Ehegatten- und Familienbürgschaften³⁵⁷ hatte es die Bedeutung „materialer Ethik sozialer Verantwortung“ bekräftigt und war bereits damals in den Bereichen Schuldrecht, Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht bereit gewesen, die Privatautonomie zum Schutze der schwächeren Partei einzuschränken³⁵⁸. Dort hieß es:

„Der Ausgleich gestörter Vertragsparität (ist) Hauptaufgabe des geltenden Zivilrechtes...Ist der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürften sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen, „Vertrag ist Vertrag“. Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und ggf. im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechtes korrigierend eingreifen. Wie sie dabei zu verfahren haben und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssen, ist in erster Linie eine Frage des geltenden Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum lässt. Ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie kommt aber dann in Betracht, wenn das Problem der

³⁵⁶ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 305; Büttner, FamRZ 1997, 600, 601; Dethloff, JZ 1997, 414.

³⁵⁷ BVerfG, NJW 1994, 36.

³⁵⁸ BVerfG, NJW 1990, 1469; BVerfG, FamRZ 1994, 151; Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 301.

gestörten Vertragsparität gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird.“³⁵⁹

Der BGH und die Instanzgerichte hatten die in dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes liegende Herausforderung und Verpflichtung, aber auch Chance zur Lösung des Problems der gestörten Vertragsparität in Unterhaltsvereinbarungen nicht angenommen, sondern an ihrer starren Linie festgehalten³⁶⁰. Wie gezeigt hatte der BGH noch 1996 ausgehend von der Eheschließungsfreiheit bei vorsorgenden Unterhaltsvereinbarungen eine Inhaltskontrolle abgelehnt und eine nahezu unbegrenzte Privatautonomie aus der gesetzlich normierten Ehevertragsfreiheit des § 1585 c BGB abgeleitet³⁶¹. Gestörte Vertragsparität war kein Thema des Unterhaltsverzichts. Die Ehe wurde zum bloßen Vertrag, die unabdingbare eheliche Verantwortung aus § 1353 I BGB bereits vor der Eheschließung entwertet und mit der Scheidung jede naheheliche Solidarität des Scheidungsfolgenrechtes aufgehoben³⁶². Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes schützte zwar die Arbeitnehmer, Gesellschafter und Bürgen vor der Dominanz des stärkeren Verhandlungspartners trotz der Freiheit, den Vertrag überhaupt und wenn ja mit diesem Inhalt abzuschließen. Die schwangere Verlobte sollte jedoch an jedweden Verzicht gebunden sein, da ihr die Ehe in Aussicht gestellt worden war.

Die Abschlussfreiheit allein kann für den Stärkeren aber kein Freibrief sein, einseitig den Vertrag zu diktieren. Zu Recht wurden daher ausgehend von *Schwenzer* immer mehr Stimmen³⁶³ laut, die die Entscheidungen des BGH

³⁵⁹ BVerfG, NJW 1994, 36, 38 f..

³⁶⁰ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757; Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 302.

³⁶¹ Grziwotz, FamRZ 1997, 585.

³⁶² Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1517.

³⁶³ Coester-Waltjen, FS 50 Jahre BGH, 985, 1005.

als „eindeutig untragbar“³⁶⁴ und deren Begründungen als „menschlich und gesellschaftspolitisch unsensibel“³⁶⁵ bezeichneten.

(c) Alte Rechtsprechung der Instanzgerichte: Gesamtschau

Die Rechtsprechung des BGH fand denn auch bei den Instanzgerichten nicht uneingeschränkte Zustimmung: insbesondere bei Unterhaltsverzichten während einer bestehenden Ehe, bei deren Prüfung das Recht auf Eheschließungsfreiheit des Mannes keine Rolle mehr spielte, konnten am Einzelfall orientierte Entscheidungen getroffen werden, die die veraltete starre Linie der Rechtsprechung zum Unterhaltsverzicht weiter aufbrachen.

Die Instanzgerichte gingen immer mehr dazu über bei der Beurteilung einer Unterhaltsvereinbarung eine Gesamtschau aller Umstände vorzunehmen und zu fragen, ob der Gesamtcharakter der Vereinbarung gegen die guten Sitten verstößt³⁶⁶.

(aa) Globalverzicht

Ein Indiz dafür war die Vereinbarung eines so genannten Globalverzichtes.

Dieser liegt immer dann vor, wenn der Unterhaltsverzicht von einem Verzicht auf den Ausgleich des Zugewinns und einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs begleitet wird. Dieses Abbedingen des gesamten Scheidungsfolgensystems – der Globalverzicht – ist zwar grundsätzlich im Hinblick auf die bestehende Ver-

³⁶⁴ Schwab, FamRZ 2001, 349.

³⁶⁵ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 305.

³⁶⁶ v. Hornhardt, DNotZ 1981, 447, 448.

tragsfreiheit gesetzlich zulässig. Er konnte sich aber dennoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalles als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB darstellen. Der Gesetzgeber hat mit dem System des Scheidungsfolgenrechtes für verschiedene Ehemodelle einen gerechten finanziellen Ausgleichsmechanismus geschaffen. Die Spezialität desjenigen Ehemodelles, welches die Ehegatten einen Globalverzicht erklären lässt, sollte also gute Gründe für diesen radikalen Schritt vorweisen können.

Die Rechtsprechung hatte dann in den vergangenen Jahrzehnten eine Vielzahl dieser Globalverzichte aus derartigen besonderen Ehemodellen zu überprüfen. Die Gründe, die dann im Einzelfall bei einer Gesamtschau der Situation zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führten, waren denn auch so vielfältig wie das Leben selbst und kaum verallgemeinerungsfähig. In den meisten Fällen war jedoch das Aufspüren und Beweisen all dieser Umstände mehr als schwierig, um die Sittenwidrigkeit der jeweiligen Individualvereinbarung umfassend prüfen zu können. Dies umso mehr, als die Prüfung zumeist während bzw. nach erfolgter Scheidung durch das Gericht im Rahmen eines Unterhaltsprozesses vorgenommen worden war, so dass regelmäßig zumindest dem potentiell unterhaltspflichtigen Ehepartner wenig an der Aufklärung des Sachverhaltes gelegen war. Gleichwohl konnte nur die umfassende Kenntnis und Würdigung sämtlicher Umstände, die zum Abschluss des Unterhaltsverzichtes führten, zu einer sachgerechten Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen.

Nach der Rechtsprechung war nicht entscheidend, ob ein derartiger Globalverzicht nach jahrzehntelanger Ehe

abgeschlossen worden ist und der verzichtende Ehegatte auf nahezu alles, was während der Ehe erworben wurde, verzichtet hat³⁶⁷. Bedeutender als derartige objektivierbare Maßstäbe waren vielmehr die spezielle Ehe- und Familiengeschichte³⁶⁸ oder die Motive der Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung unter Berücksichtigung von Alter, vermögensrechtlicher Situation und früheren Zuwendungen³⁶⁹. Werden gemeinsame Vermögensgegenstände an einen der Ehegatten übertragen, war zu prüfen, woher diese stammten und ob dieses letztlich nach dem Willen der Ehegatten im Wege eines Erbvertrages dazu führen sollte, dass die gemeinsamen Kinder Eigentümer des Familienheimes werden sollten. Auch war zu untersuchen, ob eine Vermögensmehrung während der Ehe durch Zutun der Ehegatten erfolgte oder aber aufgrund eines äußerlich eher zufälligen Ereignisses. Darüber hinaus konnten die gesetzlichen Härtegründe, nach denen ohnehin der naheheliche Unterhalt, der Zugewinn- oder der Versorgungsausgleich entfiel, eine Rolle spielen³⁷⁰.

Der Globalverzicht konnte sich aber auch dann als sittenwidrig darstellen, wenn er nach langjährig bestehender Ehe in einer Zwangslage abgeschlossen wurde³⁷¹. Die Zwangslage der verzichtenden Ehefrau bestand darin, dass dem Ehemann nach 30-jähriger Ehe zugetragen worden war, dass die Ehefrau angeblich ein außereheliches Verhältnis habe. Er war unter diesen Umständen nur dann zur Fortsetzung der Ehe bereit gewesen, wenn ein Ehevertrag dergestalt abgeschlossen würde, dass beide auf Unterhalt, Erb- und Pflichtteilsrecht vollständig

³⁶⁷ Grziwotz, FamRZ 1997, 584, 588; Hornhardt, DNotZ 1981, 447.

³⁶⁸ OLG Karlsruhe, FamRZ 1991, 332.

³⁶⁹ BGH, NJW 1997, 192; NJW 1997, 126; NJW 1991, 913.

³⁷⁰ Grziwotz, FamRZ 1997, 584, 588.

³⁷¹ OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, 871.

verzichteten, Gütertrennung vereinbart und der Versorgungsausgleich ausgeschlossen wurde. Gleichzeitig sollte das bis dahin - die Eheleute hatten zuvor Gütergemeinschaft vereinbart – erworbene Gesamtgut dem Ehemann zu Alleineigentum übertragen werden. Die Ehefrau hatte aufgrund der Kinderbetreuung weder das Gymnasium abschließen können noch eine Berufsausbildung erlernt; sie arbeitete gelegentlich als teilzeitbeschäftigte Reinemacherfrau. Dennoch wollte sie an der Ehe festhalten und willigte in den Vertrag nach 30 Jahren Ehe ein. Sechs Jahre später wurde die Ehe dennoch aus anderen Gründen geschieden. Das OLG Zweibrücken hat hier zu Recht eine finanzielle Zwangslage der nie voll erwerbstätigen und nicht ausgebildeten Ehefrau angenommen. Diese war auf das Wohlwollen des Ehemannes angewiesen, der den Fortbestand der höchstpersönlichen Beziehungen, wie sie nur durch die Ehe verwirklicht werden, und seine Versöhnungsbereitschaft vom Abschluss dieser Verzichtserklärung abhängig machte und damit die Ehefrau versorgungstechnisch in seine Abhängigkeit zwang³⁷². Dabei konnte es dahingestellt bleiben, ob sich die Ehefrau zugleich deshalb in einer Zwangslage befand, weil ihr Ehemann auch körperliche Gewalt anwendete³⁷³. Unerheblich war auch, dass die Eheleute vor Abschluss des Vertrages vom Notar entsprechend belehrt worden waren, da dieser selbstverständlich über die wahren Hintergründe der Vereinbarung nicht informiert worden war³⁷⁴. Das OLG führte aus, dass ein derartiger Totalverzicht des wirtschaftlich schwächeren Ehepartners nach 30 Jahren gelebter Ehe, in der mehrere Kinder großgezogen worden waren, ge-

³⁷² OLG Karlsruhe, FamRZ 1991, 322; OLG Köln, DNotZ 1981, 444; OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 176, 178.

³⁷³ OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, 871.

³⁷⁴ OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, 871.

gen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße³⁷⁵.

Bei dieser Entscheidung dürfte die lange Ehedauer von 30 Jahren eine nicht ganz unerhebliche Rolle gespielt haben. Das Gericht selbst aber weist darauf hin, dass in dem anderen Fall – nämlich eines Vertragsschlusses im Zusammenhang mit der Eheschließung, also zu Beginn der Ehe - nicht in jahrelang bestehende, gefestigte eheliche Verhältnisse eingegriffen werden würde³⁷⁶. Mit dieser Erwägung lehnte beispielsweise das OLG Frankfurt für eine ähnliche ehevertragliche Regelung die Sittenwidrigkeit ab, da die Ehe bei Abschluss des Vertrages erst 5 Jahre bestand³⁷⁷. Aber auch nach einer 13-jährigen Ehe kann mit dem OLG Koblenz der Abschluss eines Globalverzichtes wirksam sein, wenn eben nicht die Zwangslage eines Ehepartners ausgenutzt worden ist, sondern in anderer Hinsicht ein gerechter Interessenausgleich stattfindet³⁷⁸.

Dagegen wendet sich nur scheinbar *Grziwotz*, der die lange Ehedauer in diesem Fall nicht als alleiniges Entscheidungskriterium zulassen will³⁷⁹. *Grziwotz* verkennt hingegen, dass das OLG Zweibrücken nicht allein auf die Ehedauer abstellt, sondern auch hier eine Gesamtschau vornimmt³⁸⁰. Dass dabei die lange Ehedauer als ein Indiz unter mehreren für die Sittenwidrigkeit herangezogen wird, ist nicht zu beanstanden. Ebenso bedeutsam für die Entscheidung war aber, dass die Ehefrau wegen der Betreuung der Kinder weder die Schule ab-

³⁷⁵ OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, 870; a.A. *Grziwotz*, FamRZ 1991, 587.

³⁷⁶ OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, 871; OLG Köln, DNotZ 1981, 444 mit Anmerkung v. Hornhardt, DNotZ 1981, 447.

³⁷⁷ OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 176, 178.

³⁷⁸ OLG Koblenz, FamRZ 1996, 1212.

³⁷⁹ *Grziwotz*, FamRZ 1991, 587.

³⁸⁰ OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, 871.

schließen konnte, noch einen Beruf erlernt hatte und letztlich auch lediglich zeitweise und als Aushilfskraft tätig war. Nur dadurch war es dem Ehemann möglich gewesen, all die Jahre voll erwerbstätig zu sein und entsprechende Vermögenswerte in allen Bereichen anzuhäufen, die ihr jedoch nun nicht mehr zugute kommen sollten.

V. *Hornhardt* hingegen sieht in dem ähnlich gelagerten vom OLG Köln entschiedenen Fall die Sittenwidrigkeit aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles als nicht gegeben an³⁸¹. Der Ehemann habe hier weder ersichtlich Druck ausgeübt noch sich den fehlenden Überblick über die Folgen eines solchen Verzichtes oder die große Beeinflussbarkeit seiner Ehefrau zunutze gemacht: Beide sind ausreichend und umfassend zuvor von einem Notar belehrt worden³⁸². Es fehle an dem subjektiven Element der Sittenwidrigkeit, dass der Ehemann die schwächere Position der Ehefrau bewusst oder fahrlässig ausnutzen wollte³⁸³. Zuletzt führt v. *Hornhardt* an, dass nach den Feststellungen des OLG Köln die Ehefrau vor Abschluss des Vertrages tatsächlich längere Zeit bei einem anderen Mann gewohnt hatte. Auch hier war der Ehemann deshalb nur dann zur Fortsetzung der Ehe bereit, wenn ihn dies zumindest finanziell in keiner Weise mehr tangierte.

Zwar kann ein erwiesenermaßen ehewidrige Verhalten der Ehefrau in besonders schwerwiegenden, explizit aufgezählten Fällen zum Ausschluss der wirtschaftlichen Scheidungsfolgenansprüche führen, d.h. nach § 1381 BGB zur Verweigerung der Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs berechtigen sowie nach § 1579 I Nr. 6

³⁸¹ v. Hornhardt, DNotZ 1981, 447, 448.

³⁸² v. Hornhardt, DNotZ 1981, 447, 449.

³⁸³ BGH, DNotZ 1977, 102, 104.

BGB zum Ausschluss des Unterhaltsanspruchs³⁸⁴ und nach § 1587 c Nr. 1 BGB zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs³⁸⁵ führen. Ein solcher Fall lag hier allerdings nicht vor. *V. Hornhardt* argumentiert nun, dass es kaum sittenwidrig sein könne, wenn der Ehegatte in diesen weniger schweren Fällen auf seine Unterhaltsansprüche ohne Erhalt einer Gegenleistung verzichtet habe, wenn doch derselbe Ehegatte in Fällen besonders schwerer ehelicher Verstöße seinen Anspruch auf die genannten Scheidungsfolgen verliere³⁸⁶. Sicherlich spricht einiges – insbesondere das verletzte Ehrgefühl und missbrauchte Vertrauen des Ehemannes – für die Argumentation *v. Hornhardts*. Er verkennt jedoch, dass die die wirtschaftlichen Scheidungsfolgen ausschließenden, gesetzlich geregelten Härtefälle jeweils abschließend sind³⁸⁷. Tatsächlich dürfte ein derartig grober Eheverstoss, der unter sämtliche drei Härtefallregelungen gleichzeitig subsumiert werden kann und damit zum Ausschluss von Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich führt, nur in sehr seltenen Ausnahmefällen vorliegen – und eben auch in diesem Fall nicht. Wollte man jedoch den Totalverzicht auf sämtliche finanziellen Ansprüche nach langer Ehedauer und Kinderbetreuung gleichwohl im Hinblick auf die gesetzliche Regelung zulassen, wären die Ehepartner mit weniger schweren Eheverstößen, die der Gesetzgeber grundsätzlich unsanktioniert ließ, gegenüber den wirklich schwer Verfehlenden im Ergebnis benachteiligt. Die Vertragsfreiheit muss deshalb hier ausnahmsweise zurückstehen. Hingegen lässt sich die Argumentation *v. Hornhardts*

³⁸⁴ BGH, FamRZ 1980, 665.

³⁸⁵ BVerfG, NJW 1980, 692, 694; BGHZ 74, 38, 57.

³⁸⁶ *v. Hornhardt*, DNotZ 1981, 447, 451.

³⁸⁷ Maurer in Münch.-Komm., § 1579 Rn. 66; Dörr in Münch.-Komm., § 1587c Rn. 2 ff.

durchaus in denjenigen Fällen hören, in denen jeweils nur auf eine Scheidungsfolge verzichtet worden ist.

(bb) Missbrauch des Vertrauens in den Rechtsanwalt

Letztlich kann auch die fehlerhafte Auskunft an den nicht anwaltlich vertretenen Ehegatten durch den Rechtsanwalt des anderen Ehegatten zur Sittenwidrigkeit der Unterhaltsvereinbarung führen³⁸⁸.

Ähnlich den Fällen der gestörten Vertragsparität ist es hier dem nicht anwaltlich vertretenen Ehepartner aufgrund der objektiv falschen Rechtsauskunft unmöglich, sich frei und selbst bestimmt in einer Unterhaltsvereinbarung zu verpflichten. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um einen Unterhaltsverzicht oder eine Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt handelt (so in dem Fall, den das OLG Düsseldorf zu entscheiden hatte³⁸⁹). Dort wurde dem unterhaltspflichtigen Ehegatten durch den Rechtsanwalt des anderen Ehegatten die Auskunft erteilt, dass seine Unterhaltsverpflichtung trotz einer geringen Ehe-dauer auf unbegrenzte Zeit unabänderlich fortbestehe, was – wie sich später herausstellte – eindeutig rechts-fehlerhaft war³⁹⁰. Die Ehegatten schlossen daraufhin eine Unterhaltsvereinbarung ab, in welcher sich der Unterhaltsschuldner – im Hinblick auf die fehlerhafte Aus-kunft des Rechtsanwaltes - zur Zahlung von naheheili-chem Unterhalt auf unbestimmte Zeit verpflichtete, was eindeutig über seine nach dem Gesetz bestehende Un-terhaltsverpflichtung hinausging.

Die für den Abschluss der Unterhaltsverpflichtung ur-sächliche, objektiv fehlerhafte Auskunft führte zur Un-wirksamkeit der Unterhaltsvereinbarung wegen Sitten-

³⁸⁸ OLG Düsseldorf, FamRZ 1989, 635, 636 mit Anmerkung von Bosch.

³⁸⁹ OLG Düsseldorf, FamRZ 1989, 635, 636 mit Anmerkung von Bosch.

³⁹⁰ OLG Düsseldorf, FamRZ 1989, 635, 636.

widrigkeit, da sich der nicht anwaltlich vertretene Ehepartner aufgrund seines Vertrauens in den überlegenen Sachverstand und die mehrfach bekundete Objektivität des Rechtsanwaltes des anderen „überfahren“ ließ.

Die Überlegenheitsposition des vertretenen Ehepartners führt in diesen Fällen einer fehlerhaften Rechtsauskunft zu einem derartigen Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen, dass es dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerstrebt, am Fortbestehen der Unterhaltsvereinbarung (sei es Verzicht oder Zahlungsverpflichtung) festhalten zu wollen. Im Hinblick auf die professionelle Hilfe des Rechtsanwaltes kommt sogar eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB in Betracht.

(2) Kindeswohl, Art. 6 II GG

Etwas anders sollte es sich nach Meinung der Rechtsprechung und des überwiegenden Teiles des Schrifttums dann verhalten, wenn durch den Unterhaltsverzicht die Rechte Dritter, namentlich die der gemeinsamen Kinder, tangiert wurden.

Dem lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Die schwangere Verlobte oder die schwangere Ehefrau oder die verheiratete oder geschiedene Mutter schließt einen Unterhaltsverzicht ab, weil sie davon ausgeht, dass sie im Falle der Scheidung zur Sicherung ihrer Existenz nicht auf nahehelichen Unterhalt angewiesen sein wird. Dies deshalb, weil sie weiterhin erwerbstätig sein will und das Kind fremd betreuen lassen wird. Das Leben durchkreuzt jedoch alle Pläne: die Ehefrau und Mutter entschließt sich im beiderseitigen Einvernehmen

später doch zur eigenhändigen Kinderbetreuung, die sie aber gezwungenermaßen nach der Scheidung zur Existenzsicherung und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit aufgibt. Oder die Ehefrau und Mutter will von vornherein das Kind selbst betreuen, verzichtet aber auf nahehelichen Unterhalt, weil ihr Unterhalt anderweitig abgesichert sein soll. Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse scheitert jedoch der existenzsichernde Immobilienkauf³⁹¹ oder die existenzsichernde neue Lebensgemeinschaft³⁹².

Gleiches gilt aber auch für die Fälle, in welchen die ursprünglich geplante Fremdbetreuung des gemeinschaftlichen Kindes aus unvorhersehbaren Gründen später entfällt. So beispielsweise wenn das Kind nachträglich plötzlich pflegebedürftig wird³⁹³ oder die Betreuung durch die Auswirkungen der Wiedervereinigung entfallen ist³⁹⁴.

(a) Alte BGH-Rechtsprechung

Der BGH³⁹⁵ sah durch einen solchen Unterhaltsverzicht, d.h. insbesondere den Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt wegen Kindesbetreuung nach § 1570 BGB, das Kindeswohl tangiert, da der Unterhaltsverzicht der Ehefrau dazu führe, dass diese gezwungen sei, die Kinder nach der Scheidung fremdbetreuen zu lassen und einer Erwerbstätigkeit nachzugehen³⁹⁶. Dies wiederum stelle eine zusätzliche persönliche Belastung der ohne-

³⁹¹ BGH, FamRZ 1987, 46.

³⁹² OLG Köln, FamRZ 1991, 451.

³⁹³ OLG Hamburg, FamRZ 1992, 444.

³⁹⁴ Richter in Münch.-Komm., Art. 234 § 5 EGBGB Rn. 22; §1585 c BGB Rn.46 a.E.

³⁹⁵ BGH, FamRZ 1985, 788; FamRZ 1987, 46; FamRZ 1991, 306; FamRZ 1992, 1403; FamRZ 1995, 291; FamRZ 1997, 873

³⁹⁶ BSG, NJW-RR 1994, 1346, 1347.

hin durch die Scheidung belasteten Kinder dar³⁹⁷. Damit liegt zwar kein Unterhaltsverzicht zulasten der Sozialhilfe vor (siehe 3.Fallgruppe)³⁹⁸. Die Unterhaltsberechtigte will dann nämlich gerade nicht der Allgemeinheit oder anderen unterhaltsverpflichteten Verwandten finanziell zur Last fallen. Sie kann jedoch die Erwerbstätigkeit, zu der sie aufgrund der ehelichen Verhältnisse wegen der Kinderbetreuung grundsätzlich nicht verpflichtet gewesen wäre, nur deshalb ausüben, weil sie die Kinder, die während der intakten Ehe durch sie allein betreut worden sind, nunmehr nach der Scheidung nicht mehr selbst betreut.

Der BGH argumentierte, dass zwar ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB grundsätzlich möglich sei³⁹⁹. Allerdings stünde das Wohl der gemeinsamen Kinder und die Elternverantwortung aus Art. 6 II GG dem Unterhaltsverzicht entgegen, so dass die Berufung auf den Unterhaltsverzicht für den Unterhaltsverpflichteten rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 242 BGB sei⁴⁰⁰.

Der Verpflichtete hatte deshalb trotz des wirksamen Unterhaltsverzichts für die betreuende Mutter Unterhalt zu zahlen.

Dies sollte jedoch nicht der volle Betreuungsunterhalt des § 1570 BGB sein, sondern lediglich ein nach Höhe und Zeitspanne eingeschränkter. So hatte der Verpflichtete nur den sogenannten Mindestunterhalt (nach der Düsseldorfer Tabelle beläuft sich dieser auf das Existenzminimum) zu zahlen⁴⁰¹. Der von § 1578 I 2 BGB

³⁹⁷ BGH, FamRZ 1995, 291; FamRZ 1997, 873.

³⁹⁸ Durch Unterhaltspflicht der Sozialhilfe/Allgemeinheit, siehe unter D.II.3.

³⁹⁹ BGH, FamRZ 1985, 788.

⁴⁰⁰ BGH, FamRZ 1985, 788.

⁴⁰¹ BGH, FamRZ 1997, 873; Büttner, FamRZ 1998, 1, 6.

vorausgesetzte Maßstab der ehelichen Verhältnisse sei nämlich angesichts des Verzichtes nicht maßgebend⁴⁰². In ganz dramatischen Fällen erklärte die Rechtsprechung den Unterhaltsverzicht mit Rücksicht auf das Kindeswohl insgesamt für unwirksam wegen Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB. So vom BGH entschieden, als die geänderte Betreuungssituation die Kinder dermaßen persönlich beeinträchtigte, dass sie dem Kindeswohl widersprach⁴⁰³. Es kommt dabei wie immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an, d.h. wann und in welchem Umfang die Mutter berufsbedingt abwesend sein musste und wie und durch wen in dieser Zeit die Kinderbetreuung erfolgte⁴⁰⁴.

Wird der Verzicht auf Betreuungsunterhalt auch noch zusätzlich mit der Aufgabe des Sorgrechtes oder des elterlichen Umgangsrecht erkaufte, werden nicht nur die Kindesinteressen beeinträchtigt, sondern darüber hinaus auch die Grundrechte des sich verpflichtenden Elternteils. Denn bereits die vertragliche Verpflichtung ohne unterhaltsrechtlichen Bezug, einer späteren gerichtlichen Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge durch das Gericht zuzustimmen bei gleichzeitigem Verzicht auf das elterliche Umgangsrecht, kann für sich allein sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB sein. So hatte der BGH⁴⁰⁵ über einen Fall zu entscheiden, in welchem sich der Ehemann verpflichtete, für die Dauer der Minderjährigkeit der gemeinsamen Tochter auf die Ausübung seines Sorgrechtes zu verzichten und die Heimatstadt zu verlassen und seinen Wohnsitz zu verlegen, damit die Ehefrau mit der Tochter in der Heimatstadt verbleiben konn-

⁴⁰² BGH, FamRZ 1995, 291.

⁴⁰³ BGH, NJW 1983, 1851; OLG Köln, FamRZ 1990, 634.

⁴⁰⁴ BSG, NJW-RR 1994, 1346, 1347.

⁴⁰⁵ BGH, NJW 1972, 1414, 1415.

te, ohne die Präsenz des Mannes zu befürchten. Der BGH geht hier zutreffend – auch ohne unterhaltsrechtlichen Bezug - von der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit der Vereinbarung aus, da das hier tangierte Grundrecht der Freizügigkeit aus Art. 11 I GG auch zwischen Privatleuten anwendbar sei⁴⁰⁶, insbesondere, wenn die Vereinbarung letztlich mit staatlicher Hilfe vollstreckbar sein soll⁴⁰⁷. Andererseits ist dieses hochrangige Grundrecht der Freizügigkeit⁴⁰⁸ nur bei sehr gewichtigen Gründen und nur zeitlich eng begrenzt verzichtbar; nicht aber in diesem Falle⁴⁰⁹.

Ist aber eine Vereinbarung über den Verzicht auf das Sorge- und Umgangsrecht nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig, muss dies erst Recht für die Fälle gelten, in welchem der Verzicht auf das Sorge- und Umgangsrecht zum „Pfand“ für den Unterhaltsverzicht wird. Vereinbaren nämlich die Eltern beispielsweise nur deshalb den Unterhaltsverzicht der Ehefrau, weil der Ehemann im Gegenzug auf das Sorge- oder Umgangsrecht verzichtet, wird das Kind „zum Gegenstand des Handels“ gemacht⁴¹⁰. Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, in welchem sich der Unterhaltsanspruch der Ehefrau vertraglich verringert, wenn diese die Kinder zu sich nimmt⁴¹¹. Eine derartige Vereinbarung verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und ist sittenwidrig⁴¹². Es kommt zwar auch hier auf die besonderen Umstände des Einzelfalles an. Entscheidend ist aber, ob die Eltern bei ihrer Vereinbarung das Wohl des Kindes im Auge behalten hatten und die Vereinbarungen gegebenenfalls korrigieren, wenn dies

⁴⁰⁶BGH, NJW 1972, 1414, 1415.

⁴⁰⁷Schwabe, NJW 1973, 229, 230.

⁴⁰⁸Maunz-Dürig, GG, Art. 11 Rn. 46.

⁴⁰⁹BGH, NJW 1972, 1414, 1415.

⁴¹⁰Richter in Münch.-Komm., § 1585 c Rn. 50; BGH, FamRZ 1984, 778.

⁴¹¹OLG Karlsruhe, FuR 2001, 72; Kleffmann, FuR 2002, 203, 209.

durch veränderte Umstände erforderlich ist⁴¹³. Oder ob sie sich stattdessen über das Kindeswohl aus egoistischen materiellen Motiven heraus hinweggesetzt haben⁴¹⁴.

(b) Alte Rechtsprechung der Instanzgerichte

Diese Rechtsprechung des BGH, insbesondere beim Verzicht auf Betreuungsunterhalt das Wohl des Kindes in den Mittelpunkt zu stellen, erfuhr von den Instanzgerichten fast uneingeschränkte Zustimmung⁴¹⁵.

So hatte das OLG Hamburg⁴¹⁶ über den nahehelichen Unterhalt einer geschiedenen Mutter zweier Kinder zu entscheiden, deren schwerstbehindertes Kind aufgrund einer Hirnschädigung und der daraus resultierenden schweren geistigen Behinderung lebenslang auf intensive Betreuung angewiesen war, was zum Zeitpunkt des Verzichtsvertrages noch nicht absehbar gewesen war. Die Mutter war nunmehr nach jahrelanger Betreuung ihrer Tochter selbst erkrankt und aufgrund dessen erwerbsunfähig geworden. Das Gericht hatte auch hier in Anlehnung an die vorzitierte Rechtsprechung des BGH der Mutter einen Anspruch auf Unterhalt wegen Krankheit zugebilligt und die Berufung auf den Unterhaltsverzicht durch den Unterhaltspflichtigen als rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB erkannt. Dies jedoch nur deshalb, weil die Erwerbsunfähigkeit mit dem Zustand und der Betreuung des gemeinschaftlichen behinderten Kindes in so unmittelbarem Zusammenhang stand, dass sich diese Sonderopfer im Verhältnis zum

⁴¹² Grziwotz, FamRZ 1997, 585, 587.

⁴¹³ OLG Frankfurt, FamRZ 1986, 596, 597.

⁴¹⁴ BGH, FamRZ 1984, 778; FamRZ 1986, 444.

⁴¹⁵ OLG Düsseldorf, FamRZ 1996, 734; OLG München, FuR 2003, 233; OLG Hamm, FamRZ 2004, 201, 202.

⁴¹⁶ OLG Hamburg, FamRZ 1997, 563.

Beitrag des zahlenden Unterhaltspflichtigen ungleich größer darstellte (in Abweichung zu § 1606 III BGB)⁴¹⁷. Die bloße Erwerbsunfähigkeit genüge also nicht⁴¹⁸.

Auch hier begrenzte das Gericht jedoch den Unterhalt auf den notwendigen Eigenbedarf zuzüglich der Kosten für die Krankenversicherung, da dieser hier von nicht eingeschlossen wird⁴¹⁹ und zeitlich, nämlich bis zum Eintritt der Erwerbsobliegenheit⁴²⁰.

Lediglich vereinzelt wurde darüber hinausgehend angemessener Betreuungsunterhalt zugesprochen, wenn die Besonderheit der Umstände des Einzelfalles dies erforderte⁴²¹. So beispielsweise durch das OLG Hamburg in einem Fall, in welchem die Betreuung eines schwerstbehinderten Kindes erfolgte⁴²².

Diese vorsichtige Ausweitung der zum Betreuungsunterhalt entwickelten Rechtsprechung war zu begrüßen. Leider ließen bis dahin diese Einzelfallentscheidungen allgemeingültige Kriterien vermissen, so dass sie etwas willkürlich anmuteten.

(c) Meinungen im Schrifttum zu dieser alten Rechtsprechung

Das **Schrifttum** stimmte einem Schutz des Kindeswohles zwar weitgehend zu. Uneinigkeit bestand lediglich darin, ob dies mit der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB oder mit der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu realisieren ist:

⁴¹⁷ OLG Hamburg, FamRZ 1997, 563, 564.

⁴¹⁸ So auch OLG München, FamRZ 1985, 1264.

⁴¹⁹ OLG Hamburg, FamRZ 1997, 563, 565; Kalthoener/Büttner, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, Rn. 339..

⁴²⁰ BGH, FamRZ 1997, 873; OLG Bamberg, FamRZ 1991, 1060.

⁴²¹ OLG Frankfurt, OLG-Report 1994, 117.

*Frey*⁴²³ favorisierte eine Inhaltskontrolle nach § 138 BGB und argumentierte, dass sich die Sittenwidrigkeit des Verzichtes auf Betreuungsunterhalt bereits daraus ergäbe, dass auch ein Verzicht auf Kindesunterhalt gemäß § 1614 BGB unzulässig sei. Dem entsprach – wenn auch einschränkend – die Auffassung von *Diederichsen*⁴²⁴, der einen Verzicht auf Betreuungsunterhalt grundsätzlich ebenfalls für sittenwidrig erachtete, ausnahmsweise den gänzlichen Ausschluss von Unterhaltsansprüchen bei Doppelverdienerehen ohne Kinder oder Ehen vermögender Ehegatten jedoch tolerierte.

*Bosch*⁴²⁵ hingegen vertrat die Ansicht, dass der Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB unabdingbar sei.

§ 1570 BGB schütze nicht den geschiedenen Ehegatten, sondern die Kinder, die von der Scheidung ohnehin psychisch stark belastet seien, und zwar vor einer außerhalb der Familie gewährleisteten Erziehung und Pflege⁴²⁶. Bei einer Abwägung zwischen dem Kindeswohl bei der Betreuung und den Rechten des Unterhaltspflichtigen aus einer Vereinbarung auf Unterhaltsverzicht ist deshalb das Kindeswohl höher zu bewerten⁴²⁷. Aus diesem Grund ist die Unabdingbarkeit des Betreuungsunterhaltes eine sinnvolle Ergänzung zu § 1614 I BGB⁴²⁸.

Anderer⁴²⁹ wollten einen Verzicht auf Betreuungsunterhalt grundsätzlich zulassen. Dies sollte jedoch in Anlehnung an den Anspruch auf Betreuungsunterhalt unver-

⁴²² OLG Hamburg, FamRZ 1992, 444.

⁴²³ Frey, Der Verzicht auf nahehelichen Unterhalt, S. 80 ff.

⁴²⁴ Diederichsen, NJW 1977, 233.

⁴²⁵ Bosch, FamRZ 1982, 16; FS für Habscheid, S. 23, 35; ähnlich wohl auch Langenfeld, NJW 1981, 2377.

⁴²⁶ Vortmann, JA 1986, 401, 403.

⁴²⁷ Bosch, FamRZ 1982, 16; FS für Habscheid, S. 23, 35.

⁴²⁸ Bosch, FamRZ 1982, 16; FS für Habscheid, S. 23, 35.

⁴²⁹ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1518; Puls, FamRZ 1998, 865, 867; Schwab, FamRZ 1997, 521, 525; Frank, AcP 200, 401, 411.

heirateter Mütter nicht für die ersten 3 Lebensjahre des Kindes gelten. Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt unverheirateter Mütter aus § 1615 I BGB sei schließlich auch unverzichtbar.

Alle verkannten jedoch, dass der Unterhaltsanspruch auf zukünftigen nachehelichen Unterhalt wegen Kindesbetreuung gem. § 1570 BGB ein eigenständiger Anspruch des Ehegatten, nicht des Kindes ist. Der Gesetzgeber hat denn auch bewusst diesen Anspruch von der Unverzichtbarkeit des § 1614 BGB ausgenommen und einen Verzicht ausdrücklich gem. § 1585 c BGB zugelassen. Hier liegt folglich keine ungewollte Gesetzeslücke vor, die durch juristische Kunstgriffe zu schließen wäre. Die Gesetzessystematik ist eindeutig und vollständig.

Der befürchtete Fall der Kindesverwahrlosung tritt auch keineswegs immer zwangsläufig bei Abschluss eines Verzichtes auf Betreuungsunterhalt ein. So beispielsweise dann nicht, wenn die Mutter per Ehevertrag anderweitiges Vermögen für ihren Lebensunterhalt erhält oder sie ohnehin eine baldige Wiederheirat plant (§ 1586 BGB). Aber auch in dem in der Praxis oft vorkommenden sogenannten Mangelfall, in welchem der Unterhaltsverpflichtete selbst kaum genug für die Zahlung des Kindesunterhaltes erwirtschaftet, dürfte ein entsprechender Unterhaltsverzicht kaum unsittlich sein⁴³⁰.

Gegen *Diederichsen* sprechen letztlich vor allem praktische Gründe: So kann sich die Lebensplanung der Ehegatten auch hier dadurch ändern, dass ungeplant Kinder geboren werden oder aber ein zunächst berufstätiger Ehegatte die Erwerbstätigkeit später gewollt (weil der Zuerwerb nicht erforderlich ist oder ein Studium aufge-

⁴³⁰ So auch Richter, JR 1986, 18.

nommen wird) oder gezwungenermaßen (durch Erwerbsunfähigkeit oder Kündigung) aufgibt. Auch können sich die Lebensverhältnisse und die finanzielle Situation über die Jahre des Öfteren ändern. So blieb die Frage an *Diederichsen*, ob die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung gleichwohl für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt werden soll – was die ungeplant schwangere Erwerbstätige benachteiligt - oder immer wieder anhand der jeweils geänderten Lebenssituation⁴³¹. Dass auch in einer Doppelverdiener Ehe ohne Kinder nach gar nicht all zu langer Zeit Kinderbetreuung erforderlich werden kann, dürfte zu den alltäglicheren Phänomenen des Lebens gehören und wohl auf einen Großteil der geschlossenen Ehen zutreffen⁴³².

Die höhere Bewertung des Kindeswohls wird von der Rechtsprechung nicht verkannt. Der sorgeberechtigte Ehegatte erfüllt mit der Pflege und Erziehung der Kinder eine Aufgabe, die die Folgeerscheinungen einer Scheidung kompensieren und dazu dienen soll, den Kindern eine von der Zerrüttung der Familie wenig beeinträchtigte, intensive persönliche Betreuung zu gewähren⁴³³. Jedoch stellt der BGH nicht auf die Unabdingbarkeit des § 1570 BGB ab, sondern nimmt im Rahmen der Ausübungskontrolle eine am Einzelfall orientierte Abwägung vor. Nur diese ermöglicht es, auf die individuellen Probleme der einzelnen Familie einzugehen⁴³⁴. Unabhängig davon sind eine Fülle von Konstellationen denkbar, in denen die Kindesbetreuung ohne Beeinträchtigung des Kindeswohls anderweitig als durch Aufgabe der Erwerbstätigkeit eines Teils geregelt ist⁴³⁵, so beispiels-

⁴³¹ So auch Walter, NJW 1981, 1409, 1411.

⁴³² Deshalb wohl letztlich einlenkend, wenn auch ohne Begründung Diederichsen in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1585 c BGB, Rn. 10.

⁴³³ BVerfGE 57, 361, 381; BGH, NJW 1985, 1835, 1836.

⁴³⁴ Herb, NJW 1987, 1525, 1527.

⁴³⁵ Richter, JR 1986, 18.

weise, wenn die Großeltern oder ein Kindermädchen die Betreuung übernimmt oder aber die Eltern sich aufgrund ihrer flexiblen Arbeitszeiten nach wie vor die Kindesbetreuung ohne Beeinträchtigung ihrer Erwerbstätigkeit teilen können. Im Übrigen kann im Einzelfall auch eine Fremdbetreuung bei einer Tagesmutter oder in der Kindertagesstätte dem Kindeswohl am Besten entsprechen, beispielsweise, wenn sich dort zusätzliche Bezugspersonen für das Kind finden lassen und damit der Verlust eines Elternteils gemildert werden kann oder der nun Alleinerziehenden durch die Fremdbetreuung Freiräume geschaffen werden, die diese letztlich auch psychisch stabilisieren und dem Kind zugute kommen. Aber auch die Tatsache, dass die meisten Kinder ohne Geschwister und ohne das tägliche Spiel mit Gleichaltrigen – stattdessen aber mit viel zu viel Fernsehen und PC-Spielen – aufwachsen, spricht im Interesse des Kindes eindeutig für die Betreuung in einer Kindertagesstätte⁴³⁶.

(3) Ergebnis

Im Februar 2001 bot sich nach alldem hinsichtlich der Beurteilung von Unterhaltsverzichten zwar eine von Rechtssicherheit geprägte „harte Linie“ der BGH-Rechtsprechung, die aber lediglich hinsichtlich der Ausübungskontrolle mit dem Argument des Kindeswohls bei den Instanzgerichten und dem Schrifttum Zustimmung fand.

Bei der Inhaltskontrolle gem. § 138 BGB in den Fällen, in denen dem schwächeren Partner kein Raum für selbstbestimmtes, freies und gleichberechtigtes Aus handeln möglich war (sog. gestörte Vertragsparität),

⁴³⁶ Schulministerium NRW in NW vom 13.04.2005, S. 2.

wurde die BGH-Rechtsprechung nicht nur scharf kritisiert, sondern sie stand im direkten Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung im Bereich der Familienbürgschaften, des Arbeits- und Gesellschaftsrechtes.

b) Neue Rechtsprechung (nach dem 06.02.2001)

Es war damit nur eine Frage der Zeit, wann dem höchsten deutschen Gericht die Möglichkeit gegeben werde, diese widersprüchliche Rechtsprechung zu einem einheitlichen Ergebnis zu führen⁴³⁷.

(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes

Das Bundesverfassungsgericht hatte erstmals am 06.02.2001 Gelegenheit, über einen Unterhaltsverzicht zu urteilen⁴³⁸. Zum selben Thema verhielt sich dann auch noch ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 29.03.2001, in dem es seine Rechtsprechung fortführte⁴³⁹.

In beiden Fällen hatte das Bundesverfassungsgerichtes über einen so genannten vorsorgenden Unterhaltsvertrag⁴⁴⁰ zu entscheiden. Die Fälle glichen sich auch insoweit, als dass die Verlobte, die jeweils aus einer früheren Beziehung schon ein Kind hatte, welches sie allein versorgte, bei Abschluss des Unterhaltsverzichtes schwanger war und der Ehegatte die Eheschließung vom Unterhaltverzicht abhängig machte.

⁴³⁷ Schwab, FamRZ 2001, 349.

⁴³⁸ BVerfG, FamRZ 2001, 343.

⁴³⁹ BVerfG, FamRZ 2001, 985.

⁴⁴⁰ Ein vorsorgender Unterhaltsvertrag wird vor der Eheschließung, jedoch im Zusammenhang mit dieser abgeschlossen.

Im ersten Fall wurde der privatschriftliche Unterhaltsverzicht durch eine Vereinbarung über die Freistellung von einem Teil des Kindesunterhalt ergänzt; im zweiten Fall wurde der notariell vereinbarte Unterhaltsverzicht von einem Globalverzicht, d.h. einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs sowie der Vereinbarung von Gütertrennung, flankiert.

(a) Gestörte Vertragsparität

Das Bundesverfassungsgericht beurteilte beide Fälle gleich und stellte eine gestörte Vertragsparität fest:

Es war also völlig unerheblich, ob es sich um eine privatschriftliche Vereinbarung oder einen notariellen Ehevertrag handelte⁴⁴¹. Das Bundesverfassungsgericht sprach insoweit einheitlich vom „Ehevertrag“⁴⁴², womit ein Ehevertrag im weiteren Sinne Langenfelds⁴⁴³ gemeint war⁴⁴⁴.

Bemerkenswerter Weise war für das Bundesverfassungsgericht bei der Beurteilung der Vereinbarungen auch nicht entscheidend, dass die Verträge vor der Eheschließung abgeschlossen worden waren, also sogenannte vorsorgende Verträge waren. Damit machte das Bundesverfassungsgericht deutlich, dass es für die Frage der gestörten Vertragsparität bei Abschluss des Vertrages entgegen der ständigen Rechtsprechung des BGH gerade nicht darauf ankommen konnte, ob einer Inhaltskontrolle und der Feststellung der gestörten Vertragsparität die Eheschließungsfreiheit des jeweils ande-

⁴⁴¹ Bergschneider, FamRZ 2001, 1337; Grziwotz, MDR 2001, 393.

⁴⁴² BVerfG, FamRZ 2001, 343, 345; BVerfG, FamRZ 2001, 985.

⁴⁴³ Langenfeld, FamRZ 1987, 9f..

⁴⁴⁴ Siehe oben unter C.I.4.

ren entgegenstehe⁴⁴⁵. Das Bundesverfassungsgericht führt insoweit aus:

„Aus dem Recht des Einzelnen, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen oder dies zu unterlassen und hierbei staatlicherseits keine ungerechtfertigte Behinderung zu erfahren, folgt nicht, dass sich der Staat der Kontrolle jedweder ehevertraglicher Vereinbarung zu enthalten hat, wenn in dieser ein Eheversprechen abgegeben wird. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt nicht die Freiheit zu unbegrenzter Ehevertragsgestaltung und insbesondere nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung.“⁴⁴⁶

Spielt die Eheschließungsfreiheit bei der Frage der Inhaltskontrolle von vorsorgenden Unterhaltsverträgen aber keine Rolle, werden erstmals vorsorgende Eheverträge und in der Ehe geschlossene Vereinbarungen gleichbehandelt. Die durch die BGH-Rechtsprechung verursachte widersprüchliche Ungleichbehandlung der schwangeren Verlobten und der schwangeren Ehefrau wurde beseitigt.

Damit war der Weg für eine richterliche Kontrolle von sämtlichen Unterhaltsvereinbarungen frei.

Ausgehend von seiner Rechtsprechung zur Frage der gestörten Vertragsparität, d.h. Inhaltskontrolle von Bürgschaften, sowie im Arbeits- und Gesellschaftsrecht übertrug das Bundesverfassungsgericht die dort entwickelten Grundsätze auf Unterhaltsvereinbarungen⁴⁴⁷. Auch wenn die Entscheidungen des Bundesverfassungsge-

⁴⁴⁵ Röthel, FamRZ 2001, 343; Schwab, FamRZ 2001, 985.

⁴⁴⁶ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346.

⁴⁴⁷ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 345; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757; Münch, DNotZ 2004, 901, 905.

richtes vor diesem Hintergrund eigentlich wenig überraschen konnten, wurden sie doch von der Mehrheit⁴⁴⁸ als „Blitzschlag“⁴⁴⁹ und revolutionär⁴⁵⁰ empfunden.

Eine Unterhaltsvereinbarung ist also immer dann einer allgemeinen richterlichen Inhaltskontrolle anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln zu unterziehen und gegebenenfalls zu korrigieren, wenn eine gestörte Vertragsparität vorliegt⁴⁵¹.

Zwischen Privatpersonen und damit auch zwischen Ehepartnern oder Verlobten entfalten die Grundrechte ihre Wirksamkeit als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und zwar durch die zivilrechtlichen Vorschriften, die unmittelbar für das jeweilige Rechtsgebiet gelten. Dies sind bei Eheverträgen im weitesten Sinne die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB⁴⁵². Auch für Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten gilt damit grundsätzlich die Privatautonomie, d.h. die Vertragsfreiheit aus Art. 2 I GG.

Diese erfährt bei Ehegatten jedoch einerseits durch Art. 6 I GG ihre besondere familiäre/eheliche Ausprägung. Ehegatten, die sich aufgrund ihres Eheversprechens zu gegenseitiger Solidarität und Unterstützung verpflichtet haben (§ 1353 I BGB), stehen sich insoweit in einer speziellen Situation gegenüber und damit anders als andere Vertragspartner im Zivilrecht⁴⁵³.

Gleichzeitig wird die Privatautonomie aber auch durch den besonderen ehelichen Gleichheitssatz aus Art. 3 II GG eingeschränkt. Verfassungsrechtlich geschützt ist

⁴⁴⁸ Sigmund, Handelsblatt vom 11.12.2003 und 12.02.2004.

⁴⁴⁹ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757.

⁴⁵⁰ Maier, NJW 2002, 3359, 3360.

⁴⁵¹ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346.

⁴⁵² BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346; BVerfG, FamRZ 1994, 151.

⁴⁵³ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346; BVerfG, FamRZ 1971, 414; BVerfGE 80, 81, 92.

danach nur eine Ehe, die Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft vereint⁴⁵⁴.

Eine besondere Situation ergibt sich dann, wenn die Frau bei Abschluss des Ehevertrages – und möglicherweise auch vor Eheschließung - schwanger ist. Sie genießt dann sowohl im Hinblick auf ihre eigene Situation wegen Art. 6 IV GG besonderen Schutz⁴⁵⁵, als auch im Hinblick auf das ungeborene Kind, Art. 6 II GG (dazu später beim Kindeswohl). Eine gleichberechtigte Partnerschaft muss in dieser Situation Schutz vor Bedrängung und Druck aus dem sozialen Umfeld oder seitens des Kindesvaters erkennen lassen und Fürsorge für die werdende Mutter gewährleisten⁴⁵⁶.

Die Ehegatten sind deshalb nur insoweit frei, einen Unterhaltsverzicht zu vereinbaren, wenn sie dabei sowohl ihre eheliche Verantwortung und Rücksicht aufeinander als auch einen sachgerechten Interessenausgleich für den einzelnen berücksichtigt haben. Ergibt die richterliche Inhaltskontrolle anhand des § 138 BGB oder die richterliche Wirksamkeitskontrolle anhand § 242 BGB, dass dies nicht der Fall ist, liegt eine gestörte Vertragsparität vor. Die richterliche Kontrolle hat dabei im Einzelnen zunächst die formelle, subjektive Seite zu untersuchen und dann die materielle, objektive Seite⁴⁵⁷:

Bei der formellen, subjektiven Seite geht es um die Frage, ob bei Vertragsschluss ungleiche Verhandlungspositionen bestanden.

⁴⁵⁴ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 347; BVerfG, FamRZ 1974, 579.

⁴⁵⁵ Das BVerfG nahm den Fall zum Anlass, sehr ausführlich und erstmals unter Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Literatur über den Fall hin auf die besondere Situation der Unterlegenheit der unverheirateten schwangeren Frau im Allgemeinen darzustellen.

⁴⁵⁶ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346; BVerfG, FamRZ 1993, 899.

⁴⁵⁷ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346 f.; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1758; Schwab, FamRZ 2001, 349.

Hierfür kann zum Beispiel eine Schwangerschaft als Ausdruck struktureller Unterlegenheit⁴⁵⁸ ein Indiz sein⁴⁵⁹ oder die Bedingung des Mannes, nur bei Abschluss eines entsprechenden Unterhaltsverzichtes die Ehe zu schließen. Treffen beide Indizien zusammen, liegt ganz klar eine einseitige Dominanz des Verlobten vor. Die ledige Schwangere befinde sich nämlich sowohl psychisch/physisch als auch ökonomisch in einer Ausnahmesituation und sei bemüht, ihre aufgrund der Schwangerschaft gefährdete eigene Existenz sowie die ihres Kindes durch Heirat zu sichern⁴⁶⁰. Die Selbstbestimmung darf deshalb nicht in eine Fremdbestimmung umgekehrt werden; die Ehepartner sollten in „gleicher Augenhöhe“ verhandeln⁴⁶¹. Liegen also Indizien für eine gestörte Vertragsparität in formeller Hinsicht vor, ist eine richterliche Inhaltskontrolle der Unterhaltsvereinbarung vorzunehmen. Dies gilt umso mehr, weil der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hat, durch Formerfordernisse oder Verfahrensregelungen einen gewissen Schutz vor Übervorteilung zu bieten⁴⁶².

Allerdings ist die Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrages eben nur ein Indiz für eine vertragliche Disparität. Die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Ehevertragsparteien ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit in der Ehe sind weitere maßgebliche

⁴⁵⁸ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1758; zur „strukturellen Unterlegenheit“ des türkischen Mannes gegenüber der deutschen Ehefrau: Bergschneider, FamRZ 2007, 479.

⁴⁵⁹ Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1585 c BGB Rn. 15.

⁴⁶⁰ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346; BVerfG, FamRZ 2001, 985.

⁴⁶¹ OLG Hamm, FamRZ 2004, 201, 202.

⁴⁶² Zu Recht weist Schubert darauf hin, dass in der Praxis im Gegensatz zum hier zu entscheidenden Fall Unterhaltsvereinbarungen regelmäßig in einem notariellen Gesamtvertrag für Zugewinn und Versorgungsausgleich enthalten sind: Schubert, FamRZ 2001, 733, 736.

Faktoren, die die Situation der Schwangeren bestimmen⁴⁶³.

So sprechen bei einer Ausländerehe Indizien, wie etwa die Überlegungsfrist von 6 Monaten oder der Rat, einen Rechtsanwalt einzuschalten, für die Wirksamkeit des Vertrages⁴⁶⁴, hingegen eine schnelle Hochzeit noch innerhalb des Zeitraumes des Besuchervisums dagegen⁴⁶⁵.

Bei der materiellen, objektiven Seite hingegen geht es um die Überprüfung des Inhalts der Unterhaltsvereinbarung und die Frage, ob der Unterhaltsverzicht bei Würdigung aller Umstände der Ausdruck und das Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist oder eine einseitige eheliche Lastenverteilung enthält⁴⁶⁶.

Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Interessen der unverheirateten Schwangeren im Vertragsinhalt keine angemessene Berücksichtigung gefunden haben⁴⁶⁷. Dabei ist die gesamte angestrebte familiäre Konstellation zu berücksichtigen. Im Zweifel wird bei besonders krassen Fällen von der objektiven Benachteiligung im Ehevertrag auf die schwache Verhandlungsposition bei Abschluss des Vertrages geschlossen werden können⁴⁶⁸. In jüngster Zeit nimmt die Rechtsprechung deshalb bei sog. Ausländerehen per se eine vertragliche Disparität an, weil der die Heimat verlassende Ehegatte die mit dem Heimatwechsel verbundenen Risiken und Nachteile allein tragen muss. Selbstverständlich sind

⁴⁶³ Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1408 BGB Rn. 9; BVerfG NJW 2001, 957.

⁴⁶⁴ OLG Hamm, FamRZ 2007, 732; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; OLG Koblenz, FamRZ 2004, 205; Bergschneider, FamRZ 2007, 732.

⁴⁶⁵ BGH, FamRZ 2007, 1157; Bergschneider, FamRZ 2007, 1157.

⁴⁶⁶ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 347; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1758.

⁴⁶⁷ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 347; BVerfG, FamRZ 2001, 985; BVerfG, FamRZ 1994, 151.

⁴⁶⁸ OLG Bremen, MDR 2007, 529; OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 477;

aber auch hier die konkreten Umstände, wie das Beherrschen der deutschen Sprache, Familie, Kinder, Beruf, Krankheit maßgeblich⁴⁶⁹.

Eine Gesamtabwägung führt dann im Einzelfall möglicherweise dazu, dass die Unterlegenheit ausgeglichen ist, auch wenn im Ehevertrag einzelne gesetzliche Rechtspositionen abbedungen sind⁴⁷⁰. Ebenso wie der Verzicht auf den Unterhaltsanspruch ist auch der Ausschluss des Versorgungsausgleichs oder Ausschluss des Zugewinnausgleichs dann keine wesentliche Benachteiligung, wenn beispielsweise Ausgleichsmechanismen geschaffen worden sind, wie der Aufbau einer anderweitigen Altersvorsorge⁴⁷¹ oder die beiderseitige Erwerbstätigkeit mit Aufbau gleich hoher Anwartschaften⁴⁷² geplant ist oder eine großzügige Hausrats- und Unterhaltsregelung vereinbart ist⁴⁷³.

Letztlich stellt das Bundesverfassungsgericht nochmals ausdrücklich klar, dass auch in diesem Zusammenhang ein im Ehevertrag enthaltenes Eheversprechen die einseitige Belastung der Schwangeren nicht aufwiegen kann. Das Bundesverfassungsgericht führt insoweit aus:

„ Das Eheversprechen als solches begründet keine einseitige Belastung eines der Versprechenden...die Ehe (bringt) beiden Rechte wie auch Pflichten und verteilt

Schwab, FamRZ 2001, 349; Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1339.
⁴⁶⁹ BGH, FamRZ 2007, 1157; FamRZ 2007, 450; FamRZ 2007, 197; OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 477; a.A. bei der Einreise eines mittellosen Ausländers: Grziwotz, DNotZ 2007, 302, 306.
⁴⁷⁰ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 347.
⁴⁷¹ OLG München, FamRZ 1995, 95.
⁴⁷² OLG Frankfurt, FamRZ 1997, 1540; OLG Hamburg, FamRZ 1991, 1317.
⁴⁷³ Schuber, FamRZ 2001, 733, 736; OLG Hamm, FamRZ 2000, 830; OLG Köln, FamRZ 1997, 1539; allerdings ist das Fehlen oder die fehlende Beurkundung einer Wertsicherungsklausel u.U. sittenwidrig: BGH, FamRZ 2006, 1359.

sich gleichermaßen auf Mann und Frau, deren Leistungen, die sie füreinander erbringen, gleichrangig sind.“⁴⁷⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat seine Auffassung von der gleichberechtigten Lebenspartnerschaft in seiner Entscheidung zum Ehegattenunterhalt⁴⁷⁵ fortgeführt:

„Art. 6 I i.V.m. Art. 3 II GG schützt die Ehe als Lebenspartnerschaft gleichberechtigter Partner...Kommen den Ehegatten gleiches Recht und gleiche Verantwortung bei der Ausgestaltung ihres Ehe- und Familienlebens zu, so sind auch die Leistungen, die sie jeweils im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als gleichwertig anzusehen. Haushaltsführung und Kindesbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen...Sind die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am Erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Dies gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung der Ehegatten...“⁴⁷⁶

Damit war die langjährige Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von vorsorgenden Unterhaltsverzichten obsolet geworden⁴⁷⁷.

(b) Kindeswohl

⁴⁷⁴ BVerfG, MDR 2001, 392, 393.

⁴⁷⁵ BVerfG, FamRZ 2002, 527; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1758.

⁴⁷⁶ BVerfG, FamRZ 2002, 527; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1758.

⁴⁷⁷ Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1338.

Das Bundesverfassungsgericht belässt es aber nicht dabei, eine gestörte Vertragsparität festzustellen.

Da es sich im ersten Fall um die Überprüfung einer Freistellungsvereinbarung handelte und im zweiten Fall um einen Globalverzicht, war im Ergebnis in beiden Fällen die Mutter des ehelichen betreuungsbedürftigen Kindes⁴⁷⁸ nach der Scheidung gezwungen, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, um den Lebensunterhalt für sich und das Kind zu bestreiten⁴⁷⁹. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass dadurch eine den Interessen des Kindes entsprechende Betreuung und ein den Verhältnissen beider Eltern angemessener Barunterhalt nicht mehr sichergestellt waren⁴⁸⁰.

Die in der Unterhaltsvereinbarung enthaltene Freistellungsvereinbarung/der Globalverzicht verbunden mit dem Verzicht auf eigenen Unterhalt verletzt deshalb das unter Verfassungsschutz stehende Kindeswohl aus Art. 6 II GG.

Das Bundesverfassungsgericht führt aus:

„Zur Verantwortung der Eltern gehört auch, für einen ihrem eigenem Vermögen gemäßen und zugleich angemessenen Unterhalt des Kindes zu sorgen und seine Betreuung sicherzustellen... Wie Eltern diese Aufgaben unter sich aufteilen und ob sie dabei personelle Unterstützung durch Dritte heranziehen, liegt in ihrer Entscheidungsfreiheit... Werden die finanziellen Mittel für die Lebensbedarfsdeckung des Kindes von den Eltern allerdings nur deshalb in nachhaltiger Weise einge-

⁴⁷⁸ Das außereheliche betreuungsbedürftige Geschwisterkind aus der vorherigen Beziehung durfte hier bei der Überprüfung des Vertrages zwischen den Eheleuten keine Rolle spielen.

⁴⁷⁹ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 348.

⁴⁸⁰ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 348; BVerfG, NJW 2001, 2248.

schränkt, weil zumindest ein Elternteil sich der Sorge um sein Kind auch finanziell entziehen will, ist dies nicht mehr eine Form der elterlichen Interessenwahrnehmung für das Kind. Will der Elternteil sich der Aufgabe, die Interessen des Kindes zu wahren, entledigen, gebietet es Art. 6 II 2 GG, staatlicherseits zum Schutze des Kindeswohls tätig zu werden.“⁴⁸¹

Dies gilt umso mehr, als die Trennung der Eltern ohnehin für die betroffenen Kinder eine erheblich seelische Belastung darstellt⁴⁸².

Zwar wird durch die Freistellung eines Elternteils vom Kindesunterhalt der eigene Unterhaltsanspruch des Kindes im Ergebnis nicht tangiert⁴⁸³. Dennoch verändert sich die tatsächliche wirtschaftliche Lage des Kindes wesentlich, wenn der betreuende Elternteil nicht über erhebliche finanzielle Mittel verfügt, was zumeist der Fall sein dürfte. Dann ist der betreuende Elternteil nämlich nicht schon allein aufgrund seines eigenen Unterhaltsverzichtes unter Aufgabe der Selbstbetreuung des Kindes zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gezwungen. Das dem gemeinsamen Haushalt zur Verfügung stehende Einkommen wird vielmehr zusätzlich durch die Freistellungsabrede erheblich belastet. Dies entspricht nicht mehr der aus Art. 6 II GG erwachsenden Elternverantwortung⁴⁸⁴.

Freistellungsvereinbarungen sind also nicht per se unwirksam, sondern immer dann zu beanstanden, wenn die Kindesinteressen nachhaltig berührt werden, weil die betreuende Mutter die geplante eigene Kinderbetreuung aufgrund dessen aufgeben muss oder aber das erzielte

⁴⁸¹ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 348.

⁴⁸² BVerfG, FamRZ 1971, 421; BVerfG, FamRZ 1982, 1179; BVerfG, FamRZ 2001, 343, 348.

⁴⁸³ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 348.

⁴⁸⁴ BVerfG, FamRZ 2001, 343.

Erwerbseinkommen nicht für Lebensunterhalt von Mutter und Kind sowie die Betreuungskosten ausreicht⁴⁸⁵.

Damit hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Überprüfung der Unterhaltsvereinbarung zum Schutze des Kindeswohls aus Art. 6 II GG die bisherige BGH-Rechtsprechung zwar im Wesentlichen bestätigt. Unterhaltsvereinbarungen können demnach das Kindeswohl beeinträchtigen, wenn durch sie der Kindesunterhalt und eine angemessene Kindesbetreuung nicht ausreichend sichergestellt werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch eindrucksvoll gezeigt, dass dem Schutz des Kindes aus Art. 6 II GG nicht genüge getan ist, wenn nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung für die betreuende Mutter lediglich ein Notunterhalt verbunden mit einer vorzeitigen Erwerbsobliegenheit zuerkannt wird⁴⁸⁶: Die Mutter kann so nicht ohne erhebliche Einschränkungen des eigenen Unterhaltes den Kindesunterhalt aufbringen und gleichzeitig eine dem Kindesinteresse entsprechende Betreuung des Kindes sicherstellen⁴⁸⁷.

Die BGH-Rechtsprechung war also auch in diesem Punkt zu korrigieren.

(c) Ausblick

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes brachten einen Wendepunkt in der Beurteilung von Unterhaltsvereinbarungen und insbesondere der Unterhaltsverzichte.

Es wurde sowohl die Rolle der Frau und Mutter als auch die Verantwortung der Eltern für ihre Kinder neu defi-

⁴⁸⁵ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 348.

⁴⁸⁶ BVerfG, NJW 2001, 2248; Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1340.

⁴⁸⁷ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 348.

niert. Für die Zukunft bestand deshalb eine neue gerichtliche Verantwortung bei der Inhalts- und Ausübungskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen.

Bislang wurden aber längst nicht alle Fragen geklärt⁴⁸⁸: Das Bundesverfassungsgericht hat zum einen offen gelassen, wie die Rechtsfolgen einer festgestellten Störung der Vertragsparität oder einer Verletzung des Kindeswohls aussehen. Soll der gesamte Vertrag nichtig sein nach § 138 BGB oder eine Vertragsanpassung nach § 242 BGB erfolgen? Dies wird unter E.I. näher zu untersuchen sein.

Zum anderen hat es offen gelassen, welche Indizien außer der Schwangerschaft zu einer vertraglichen Disparität führen können und ob auch außereheliche Kinder aus früheren Beziehungen unter den Schutz des Art. 6 II GG fallen. Beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes lag zwar zugrunde, dass eine schwangere Verlobte eine Unterhaltsvereinbarung abschloss. Aus beiden Sachverhalten hatte sich aber ungeachtet dessen auch ergeben, dass jeweils bereits ein außereheliches betreuungsbedürftiges Kind vorhanden war, welches im zweiten Fall sogar schwer behindert war. Wie hätte das Bundesverfassungsgericht entschieden, wenn diese Mutter bei Abschluss der Unterhaltsvereinbarung nicht schwanger gewesen wäre? Es spricht einiges dafür, dass zumindest im zweiten Fall die besondere Betreuungssituation des schwer behinderten Kindes die alleinerziehende Mutter bei Abschluss der Vereinbarung ebenfalls in eine derartige Unterlegenheitsposition gebracht hätte, dass der Verzicht auf eigenen Unterhalt ohne Gegenleistung eine gestörte Vertragsparität ausge-

⁴⁸⁸ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1514.

löst hätte⁴⁸⁹. Ob die auf eigenen Unterhalt verzichtende Mutter mit dem Verzicht gleichzeitig ihrer Elternverantwortung aus Art. 6 II GG nicht gerecht geworden ist, bliebe zu prüfen.

Die Instanzgerichte versuchten, ihrer neuen Verantwortung bei der Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen gerecht zu werden und die noch offenen Fragen zu lösen: Sie stellten zumeist eine gestörte Vertragsparität aufgrund der Unterlegenheitsposition der später kinderbetreuenden⁴⁹⁰ oder bei Vertragsschluss abhängigen⁴⁹¹ Ehefrau fest, die auf jeglichen nahehelichen Unterhalt verzichtete. Mit der Ausübungskontrolle unter Maßgabe des § 242 BGB nahmen sie zumeist eine Vertragsanpassung vor.

Das AG Schwäbisch Hall begründete die Unterlegenheitsposition der Ehefrau bei Vertragsschluss nicht nur mit der Kinderbetreuung und mangelnden beruflichen und finanziellen Möglichkeiten, sondern erstmals auch damit, dass die brasilianische Ehefrau gegenüber dem deutschen Ehemann rechtlich unerfahren war und sprachliche Schwierigkeiten hatte⁴⁹². Es gelangte mit der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB zur Sittenwidrigkeit und damit Unwirksamkeit des Vertrages⁴⁹³.

In der Literatur wurden die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes – insbesondere von den frühe-

⁴⁸⁹ So jedenfalls lassen sich die Ausführungen des Gerichtes dazu verstehen: BVerfG, NJW 2001, 2248.

⁴⁹⁰ OLG Stuttgart., FamRZ 2005, 455; OLG Köln, FamRZ 2002, 1492.

⁴⁹¹ Die Ehefrau war vom Ehemann psychisch abhängig: OLG Naumburg., FamRZ 2002, 456, 457; die Ehefrau war alkoholabhängig: AG Rheine, FamRZ 2005, 451.

⁴⁹² AG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003, 1284, 1285.

⁴⁹³ für eine schwangere Philippinin: OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 454.

ren Kritikern der widersprüchlichen BGH-Rechtsprechung – weitgehend begrüßt⁴⁹⁴.

Mit allgemeiner Verwunderung wurde lediglich festgestellt, dass das Bundesverfassungsgericht bewusst oder unbewusst weder die Terminologie des Begriffs des Ehevertrages noch die Unterscheidung zwischen Ausübungskontrolle nach § 242 BGB und Inhaltskontrolle nach § 138 BGB streng handhabte, sondern eher „untechnisch“ mit diesen Begriffen hantierte⁴⁹⁵. Moniert wurde auch die Überbewertung des Indiz´ der Schwangerschaft für die vertragliche Disparität und argumentiert, dass wohl ebenso eine zukünftige Schwangerschaft⁴⁹⁶ oder eine Mutterschaft⁴⁹⁷ dieses Indiz ausfüllen könnten.

Die Kritiker sahen in diesen Entscheidungen aber zugleich ein negatives Signal für die Eheschließungsfreiheit und die Notariatspraxis:

*Rauscher*⁴⁹⁸ und *Grziwotz*⁴⁹⁹ greifen denn auch in ihrer Kritik die speziellen Einzelheiten des zugrunde liegenden ersten Sachverhaltes auf: Dort hielt die Antragstellerin nicht etwa den Verzicht auf ihren eigenen nahehelichen Unterhalt für unwirksam, sondern nur ihre Verpflichtung zur teilweisen Freistellung des Ehemannes von Kindesunterhalt – was man im Hinblick auf die in der Entscheidungsbegründung enthaltenen breiten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes zum Verzicht auf nahehelichen Unterhalt und der strukturellen Unter-

⁴⁹⁴ Schwab, FamRZ 2001, 349; Bergschneider, FamRZ 2001, 1337; Dauer-Lieb, AcP 201, 295, 331; Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1520.

⁴⁹⁵ Schwab, FamRZ 2001, 349; Bergschneider, FamRZ 2001, 1337; Grziwotz, MDR 2001, 393, 394.

⁴⁹⁶ Schwab, FamRZ 2001, 349, 350.

⁴⁹⁷ Rauscher, FuR 2001, 155, 157.

⁴⁹⁸ Rauscher, FuR 2001, 155.

⁴⁹⁹ Grziwotz, MDR 2001, 393.

legenheit der schwangeren Verlobten im Allgemeinen nicht unbedingt auf den ersten Blick vermuten möchte. Pikanterweise hatte diese Freistellungsvereinbarung aber folgende Vorgeschichte gehabt: Die Parteien hatten zu Beginn ihrer Beziehung vereinbart, dass sie nicht heiraten wollten, aus dieser Beziehung keine Kinder hervorgehen sollten und die Antragstellerin für die entsprechende Verhütung sorgt. Nach zwei Jahren wollte sich die Antragstellerin an diese Vereinbarung nicht mehr festhalten lassen, setzte ohne das Wissen ihres Partners die Verhütung aus, wurde schwanger und verlangte die Heirat. Dieser verwies auf die zu Beginn ihrer Beziehung geschlossene Vereinbarung. Daraufhin ließ sich die Antragstellerin von einem Rechtsanwalt einen Verzicht auf eigenen nachehelichen Unterhalt verbunden mit der Verpflichtung zur teilweisen Freistellung von Kindesunterhalt ausarbeiten. Mit dieser Erklärung überredete sie den Antragsgegner entgegen der früheren Vereinbarung zur Eheschließung. Nach 13 Jahren wurde die Ehe geschieden und die Antragstellerin mochte sich nun auch an diese Vereinbarung nicht mehr festhalten lassen. Sie verlangte eine gerichtliche Überprüfung ihrer eigenen damaligen Erklärung, da sie sie in dem Punkt der Freistellungsvereinbarung für den Kindesunterhalt für sittenwidrig hielt. Der zu diesem Zeitpunkt 13jährige Sohn war kaum noch betreuungsbedürftig. Später, bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu diesem Fall, war er dann 24 Jahre alt und die Frage der Betreuung war völlig obsolet geworden. Die Befürchtungen von *Rauscher*⁵⁰⁰, die allgemeinen Ausführungen zum nachehelichen Unterhalt im ersten Urteil über die Freistellung von Kindesunterhalt – die dort ohne Fallbezug waren - würden nun auch auf kon-

⁵⁰⁰ Rauscher, FuR 2001, 155.

krete Streitfälle über nachehelichen Unterhalt übertragen werden, realisierten sich im nachfolgenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes: Auch dem zweiten Fall lag ursprünglich eine Vereinbarung der Parteien zugrunde, nicht zu heiraten und keine Kinder zu zeugen, da der Antragsgegner gerade geschieden war und nicht unbeträchtliche Unterhaltsverpflichtungen aus dieser Alt-Ehe besaß. Nach einem Jahr wurde die Antragstellerin schwanger. Mit dem notariellen Totalverzicht auf jeglichen Unterhalt für sich selbst überredete sie den Antragsgegner zur Eheschließung. Die Parteien trennten sich nach zwei Jahren und die Antragstellerin verlangte unter Berufung auf die Sittenwidrigkeit ihrer eigenen notariellen Erklärung nachehelichen Unterhalt. Der zum Zeitpunkt der Trennung 2jährige Sohn war dann bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes 15 Jahre alt.

Vor dem Hintergrund dessen, dass in beiden Fällen gegen die einmal getroffene Vereinbarung zur Kinderlosigkeit und Nichtehe einseitig ohne Wissen des Partners verstoßen worden ist, um diesen dann doch entgegen dieser Vereinbarung und unter „Vortäuschen“ einer von Unterhaltspflichten freien Ehe zur Eheschließung zu bewegen, muten die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes zur strukturellen Unterlegenheit der schwangeren Verlobten, die sich hier ja selbst ganz bewusst in diese Lage gebracht hat, und der einseitigen Aufbürdung von Lasten im Vertrag, der jeweils von der Antragstellerin so initiiert und mit juristischem Beistand entworfen worden ist, in der Tat befremdlich an. *Grziwotz* und auch einige Instanzgerichte befürworteten deshalb einen Schadensersatzanspruch auf Freistellung von Unterhalt des durch das einseitige Absetzen der Pil-

le getäuschten Mannes⁵⁰¹. *Rauscher* sieht aufgrund dieser speziellen Vorgeschichten nicht die psychische Unterlegenheitsposition der Frau sondern im Hinblick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes eine psychische Zwangslage des Mannes, der sich nun dem sozialen Druck zur Anstandsheirat - einem Sittenbild der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts - ausgesetzt sieht⁵⁰². Darin werde die Frau aber nicht als eigenverantwortlich und gleichberechtigt wahrgenommen. Sie wird allein aufgrund einer normalen Situation ihres Frau-Seins – der Schwangerschaft – wieder zurück in die Nähe der strukturellen Geschäftsunfähigkeit gerückt⁵⁰³. Von einer gestörten Vertragsparität aufgrund einseitiger Dominanz des Mannes und Fremdbestimmung der Frau sowie einem krassen Ungleichgewicht des Vertragsinhaltes könne im Hinblick auf die vorherige Vereinbarung der Parteien daher keine Rede sein.

Allein die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes in der ersten Entscheidung zum Verstoß gegen die Kindesinteressen durch die Freistellung vom Kindesunterhalt, die der bisherigen BGH-Rechtsprechung in weiten Teilen folgen, finden bei beiden Zustimmung⁵⁰⁴, wobei sie zu Recht darauf hinweisen, dass diese Bewertung der Kindesinteressen nicht auf die Ehe beschränkt bleiben dürfe, sondern ebenso auf nichteheliche Lebensgemeinschaften übertragbar sei⁵⁰⁵.

Auch *Langenfeld*⁵⁰⁶ kritisiert das Bundesverfassungsgericht, allerdings aus der Sicht der Notare. Der BGH hatte bislang bei einem Unterhaltsverzicht in einem notariellen

⁵⁰¹ Grziwotz, MDR 2001, 393, 394; OLG Stuttgart, FamRZ 1987, 700; OLG Köln, MDR 1997, 940.

⁵⁰² Rauscher, FuR 2001, 155, 157.

⁵⁰³ Rauscher, FuR 2001, 155.

⁵⁰⁴ Grziwotz, MDR 2001, 393, 395; Rauscher, FuR 2001, 155, 157.

⁵⁰⁵ Grziwotz, MDR 2001, 393, 395; Rauscher, FuR 2001, 155, 157.

Ehevertrag im Hinblick auf die Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG lediglich eine eingeschränkte richterliche Kontrolle, nämlich nur die Ausübungskontrolle des § 242 BGB bei später veränderten Umständen zugelassen. Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB wegen Ausnutzen von Gesetzesunkenntnis und Unerfahrenheit bei Vertragsschluss läge nach notarieller Belehrung nicht mehr vor. Davon hat sich das Bundesverfassungsgericht gelöst. Es will nun unabhängig davon, ob der Unterhaltsverzicht notariell oder privatschriftlich erfolgte, allein aus der strukturellen Unterlegenheitsposition der Frau durch Schwangerschaft und der einseitigen vertraglichen Lastenverteilung eine vertragliche Disparität und damit Sittenwidrigkeit des Vertrages herleiten. Ob und inwieweit dabei zu berücksichtigen ist, dass bei Vertragsschluss ein Notar mitgewirkt hat, lässt es bewusst oder unbewusst völlig unkommentiert⁵⁰⁷. Dagegen wendet sich *Langenfeld*: Die Vertragsfreiheit gebiete es, dass schwangere Frauen auch einen unausgewogenen Vertrag abschließen können, wenn sie diesen inhaltlich richtig verstehen und ihn zur Erreichung der gewünschten Eheschließung akzeptieren. Die Verfassung gebiete es gerade nicht, schwangere Frauen zu entmündigen und an die Stelle der Fremdbestimmung durch den Mann die Fremdbestimmung durch den Richter treten zu lassen⁵⁰⁸. Die von § 138 BGB geforderte „spezifische Verwerflichkeit“ läge in den Fällen der vorherigen ausführlichen Belehrung durch den Notar gerade nicht vor⁵⁰⁹. Die strikte Handhabung der Eheverträge nach Ehetyphen durch den Notar verbunden mit einer ausführlichen Belehrung der Eheleute auch bezüglich der geän-

⁵⁰⁶ Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 279.

⁵⁰⁷ BVerfG, NJW 2001, 2248; Grziwotz, MDR 2001, 393, 394.

⁵⁰⁸ Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 279.

⁵⁰⁹ Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 279.

derten Rechtsprechung zu Unterhaltsverzichten biete den sichersten Schutz vor anfänglicher Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichtes oder später eintretendem Ausübungsverbot⁵¹⁰.

Leider hat das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Entscheidung, in der es um einen notariellen Unterhaltsverzicht ging - versäumt, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen und damit differenzierte Lösungen zuzulassen. Es versäumte damit nicht nur, sein Vertrauen in die deutsche Notariatspraxis zu bekunden und die durch seine Entscheidungen verursachte allgemeine Verunsicherung von Heiratswilligen und Ehepartnern zur Wirksamkeit ihrer Unterhaltsvereinbarungen etwas abzumildern. Vielmehr hätte es damit eine Lösung für die einigermaßen sichere Beständigkeit von Unterhaltsvereinbarungen aufzeigen können, indem es bei notariellen Eheverträgen von vornherein mit dem BGH erst einmal von deren Wirksamkeit ausgeht. Es bleibt also auch hier abzuwarten, inwieweit die Instanzgerichte der bisherigen BGH-Rechtsprechung zu diesem Punkt weiter folgen werden.

Letztlich lehnt auch *Goebe*⁵¹¹ eine Inhaltskontrolle von Eheverträgen strikt ab und plädiert für eine Ausübungskontrolle, wenn auch mit anderer Begründung. Seine Kritik bezieht sich vor allem auf die unreflektierte Übertragung der Bürgschaftsrechtsprechung auf Eheverträge durch das Bundesverfassungsgericht. Er weist dabei nachdrücklich darauf hin, dass die aus dem wettbewerbsorientierten, entgeltlichen Austauschvertrag stammende Lehre von der Privatautonomie nicht ohne Weiteres auf die Binnenstruktur einer ehevertraglichen Aushandlung anwendbar sei. Die Ehe sei weder wett-

⁵¹⁰ Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 280.

bewerbsorientiert noch von wirtschaftlich rationalem Handeln geprägt. Sie könne nur als Ort begriffen werden, in welchem sich die Ehepartner einander einen gemeinsamen Freiraum gewährleisten⁵¹². Gerade wenn die starken Gefühle einer romantischen Liebe im Spiel sind, dürften beim vertraglichen Aushandeln Abstriche bei der Rationalität gemacht werden müssen, die durch kein noch so hohes Maß an Information aufgefangen werden können. Er fordert deshalb ein originäres Ehevertragsrecht, welches der speziellen Logik des familiären Systems Rechnung trägt, ohne zugleich in die Zwänge tradierter Sittlichkeit zurückzufallen⁵¹³.

Sein Plädoyer für die sowohl in ihrer Bewertung als auch in ihren Rechtsfolgen flexible und einzelfallbezogene Ausübungskontrolle ist sicherlich nicht von der Hand zu weisen. Gleichwohl bietet eine nicht instrumentalisierte und sensibel gebrauchte Sittlichkeitskontrolle in den Fällen eines krassen Ungleichgewichtes eben zusätzlichen Spielraum für eine differenzierte richterliche Kontrolle.

(2) BGH-Rechtsprechung

Drei Jahre später antwortete der BGH⁵¹⁴ mit seinem Urteil vom 11.02.2004 auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes.

Er änderte damit nicht nur seine bisherige Rechtsprechung sondern führte gleichzeitig die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen fort.

(a) Die Kernbereichslehre der Rechtsprechung

⁵¹¹ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1519.

⁵¹² Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1519.

⁵¹³ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1519.

⁵¹⁴ BGH, FamRZ 2004, 601.

Eine gestörte Vertragsparität liegt danach unabhängig von der subjektiven Seite immer dann vor, wenn eine einseitige vertragliche Lastenverteilung erfolgte.

Deshalb ist die getroffene Vereinbarung, deren Gründe und Umstände des Zustandekommens sowie die beabsichtigte und verwirklichte Gestaltung des ehelichen Lebens in einer Gesamtschau zu prüfen, wobei der erste Schritt eine Wirksamkeitskontrolle der Vereinbarung i.S.d. § 138 BGB bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist. Bei Verneinung der Sittenwidrigkeit ist der zweite Schritt die Prüfung des Ehevertrages im Sinne einer Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB für die Zeit nach Abschluss des Vertrages⁵¹⁵.

Zwar bestehe grundsätzlich Privatautonomie bei der Ausgestaltung des Ehevertrages im weiteren Sinne. Diese werde auch nicht durch einen sogenannten Mindestgehalt der Scheidungsfolgen begrenzt.

Der BGH weist jedoch darauf hin, dass im Scheidungsfolgensystem ein sogenannter Kernbereich⁵¹⁶ existiere, der nur in seltenen Ausnahmefällen modifizierbar/verzichtbar ist. Er hat deshalb in Anlehnung an das Gesellschaftsrecht, wo bereits eine Kernbereichslehre existiert⁵¹⁷, für die Prüfung von Eheverträgen die Rangabstufung nach Wichtigkeit entwickelt: Unterhalt und unter Umständen der Versorgungsausgleich wird als wichtiger bewertet als der Zugewinnausgleich oder sonstige vertragliche Modifizierungen⁵¹⁸.

⁵¹⁵ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446; FamRZ 2005, 1449, 1450.

⁵¹⁶ BGH, FamRZ 2004, 601.

⁵¹⁷ Dauner-Lieb, AcP 2001, 295, 319; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1760; Münch, DNotZ 2004, 901, 907.

⁵¹⁸ BGH, FamRZ 2005, 26; FamRZ 2004, 601; Bergschneider, FamRZ 2005, 28.

Es besteht mithin die folgende, nach Bedeutung sortierte Rangabstufung des Scheidungsfolgenrechtes:

1. Betreuungsunterhalt, § 1570 BGB
2. Unterhalts wegen Krankheit, § 1572 BGB
3. Unterhalt wegen Alters, § 1571 BGB und Versorgungsausgleich
4. Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit, § 1573 BGB
5. Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt, §§ 1573, 1575 BGB
6. Zugewinnausgleich
7. Erbrechtliche Vereinbarungen
8. Sonstige Vereinbarungen

Anschlussunterhalt wird sich dabei ausschließlich unter Punkt 2 bis 6 finden lassen.

Der an erster Stelle stehende Betreuungsunterhalt aus § 1570 BGB stellt in der Regel den unverzichtbaren Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts dar⁵¹⁹, weil bei einem Verzicht auf den Betreuungsunterhalt nicht nur möglicherweise Interessen der Ehegatten tangiert werden, sondern auch das Kindeswohl⁵²⁰. Ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist prinzipiell nicht möglich, es sei denn, dass bereits bei Vertragsschluss absehbar ist, dass ein Unterhaltsanspruch wegen der Betreuung minderjähriger Kinder nicht entstehen wird – beispielsweise, weil wegen Alters, Krankheit oder Sterilisation aus der Ehe mit Sicherheit keine Kinder hervorgehen werden⁵²¹ oder die Kinderbetreuung ohne Aufgabe der beiderseiti-

⁵¹⁹ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446; OLG Hamm, FamRZ 2006, 337, 338.

⁵²⁰ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446; OLG Hamm, FamRZ 2004, 1295; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 454; AG Kandel, FamRZ 2006, 345.

⁵²¹ BGH, NJW 2005, 1370.

gen Vollerwerbstätigkeit sichergestellt ist⁵²² oder aber – in dem sicherlich glücklichen aber seltenen Fall – dass aufgrund der Vermögenssituation der Ehegatten ohnehin eine Erwerbstätigkeit nicht ausgeübt wird⁵²³. Auch bei einer Vereinbarung eines über dem gesetzlichen Maßstab stehenden Betreuungsunterhaltes kommt es grundsätzlich darauf an, ob damit die ehebedingten Nachteile im Einzelfall ausgeglichen werden oder nicht⁵²⁴.

Weitere existenzielle Ansprüche – in denen allerdings nur Interessen des Ehegatten und nicht die der Kinder berührt werden – sind ferner der Unterhalt wegen Krankheit und Alters sowie die Altersrente. Ob man später auf diese Unterhaltsansprüche angewiesen sein wird, hat man am wenigstens selbst in der Hand⁵²⁵. Andererseits wären im Falle eines solchen Unterhaltsverzichtes andere unterhaltsverpflichtete Verwandte oder gar der Staat in der Schuld, was dem primär unterhaltsverpflichteten Ehegatten nicht zu seiner Entlastung gereichen darf.

Auf die übrigen Unterhaltsansprüche und Scheidungsfolgen kann mehr oder weniger unproblematisch verzichtet werden, wenn gleichzeitig entsprechende Ausgleichsmechanismen vereinbart werden⁵²⁶. So hat der Bundesgerichtshof in Anwendung seiner Kernbereichslehre den Verzicht auf Unterhalt wegen Alters und Krankheit zugelassen, weil bei Vertragsschluss nicht absehbar war, ob und wann der Berechtigte unterhaltsbedürftig werden könnte und ein wesentlicher Teil der Al-

⁵²² OLG Hamm, FamRZ 2004, 201.

⁵²³ OLG Oldenburg, FamRZ 2004, 545.

⁵²⁴ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446; AG Kandel, FamRZ 2006, 345.

⁵²⁵ BGH, FamRZ 2005, 1449, 1450.

⁵²⁶ So bereits vor Entwicklung der Kernbereichslehre: OLG Köln, FuR 2001, 430; OLG Köln, FamRZ 2002, 828; so mit der Kernbereichslehre: OLG München, FamRZ 2003, 35; OLG Düsseldorf, FamRZ 2003, 1287; OLG Koblenz, FamRZ 2004, 200; und danach bestätigt für den Zugewinn durch OLG Hamm, FamRZ 2006, 337; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2006, 339 und für den Versorgungsausgleich durch OLG Düs-

tersversorgung bereits erworben war⁵²⁷. Das OLG Braunschweig hat bei der Gesamtschau des klassischen Falles der schwangeren Ehefrau die Besonderheiten dieses speziellen Einzelfalles unter Anwendung der Kernbereichslehre herausgearbeitet und ausnahmsweise des Ausschluss des Zugewinnausgleichs zugelassen⁵²⁸.

Eine besondere Stellung erfährt nun auch der so genannte Unterhalt für Kranken- und Altersvorsorge, § 1578 II Alt.1 und 2 BGB. Dieser stellt eigentlich keinen eigenständigen Unterhaltstatbestand dar, sondern bestimmt lediglich die Höhe des Unterhaltes. Allerdings hatte der Bundesgerichtshof noch in seiner Grundsatzentscheidung diesen Vorsorgeunterhalt auf der Rangliste nach dem Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit eingestuft vor den Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt⁵²⁹.

In seiner neuen Entscheidung hat er dies nun korrigiert und den Vorsorgeunterhalt wegen Krankheit und Alters dem jeweiligen Tatbestand zugewiesen, der im jeweils zu entscheidenden Falle die ehebedingten Nachteile ausgleichen soll⁵³⁰. Damit wurde der Vorsorgeunterhalt wesentlich aufgewertet⁵³¹.

Diese Kernbereichslehre ermögliche eine abstrakte, differenzierte und systematische aber auch zugleich individuelle Prüfung der vertraglichen Lastenverteilung in der jeweiligen Unterhaltsvereinbarung. Nicht unerheblich ist

seldorf, FamRZ 2006, 347.

⁵²⁷ BGH, NJW 2005, 1370; FamRZ 2005, 1444.; FamRZ 2005, 1449; anders hingegen OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420, 421.

⁵²⁸ OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

⁵²⁹ BGH, FamRZ 2004, 601, 605.

⁵³⁰ BGH, FamRZ 2005, 1449, 1451; Graba, FamRZ 2006, 303; Bergschneider, FamRZ 2005, 1453.

⁵³¹ Bergschneider, FamRZ 2005, 1453.

in diesem Zusammenhang auch, ob auf den Unterhaltsanspruch im Ganzen verzichtet worden ist oder ob der einzelne Unterhaltsanspruch nur modifiziert worden ist, beispielsweise zeitlich befristet oder der Höhe nach begrenzt⁵³². Nur mit dieser Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechtes könne daher die Evidenz der einseitigen Lastenverteilung exakt abgeleitet werden⁵³³.

Die Kernbereichslehre hilft letztlich aber auch bei der Beurteilung der subjektiven Seite⁵³⁴, wenn nämlich das Ausnutzen dieser Unterlegenheitsposition durch den anderen Ehegatten untersucht wird.

In der Folgezeit entwickelte der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Inhalts- und Ausübungskontrolle anhand der Kernbereichslehre an weiteren Fällen fort.

So hatte er zu entscheiden, wann im Einzelfall die Ausübungskontrolle zur Anwendung kommt und nach welchen dogmatischen Grundsätzen diese Anwendung findet⁵³⁵. Für viele etwas überraschend wandte er im Rahmen der Ausübungskontrolle für die Vertragsanpassung „die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB“ an, obgleich die nunmehr in § 313 BGB geregelte Störung der Geschäftsgrundlage hier dogmatisch nicht passt, weil die Änderung der Lebensumstände nicht Grundlage sondern Gegenstand des Unterhaltsverzichtes sind⁵³⁶. Die Vertragsanpassung nach der Ausübungskontrolle bei wirksam abgeschlossenen Verträgen soll allerdings ebenso wie im Versorgungsausgleich zur Durchsetzung einer Unter-

⁵³² BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789.

⁵³³ BGH, FamRZ 2004, 601; OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 455, 456.

⁵³⁴ BGH, FamRZ 2007, 732; FamRZ 2005, 26, 27; FamRZ 2005, 1444, 1446; Bergschneider, FamRZ 2005, 28; Münch, FamRZ 2005, 570.

⁵³⁵ BGH, FamRZ 2005, 26; FamRZ 2005, 185.

haltshöchstgrenze führen, die alle ehebedingten Nachteile ausgleicht⁵³⁷.

Darüber hinaus bestätigte er, dass ein Totalverzicht⁵³⁸ oder ein Ausschluss des Versorgungs- oder Zugewinnausgleichs⁵³⁹ immer nur bei gleichzeitiger Vereinbarung eines entsprechenden adäquaten Ausgleichssystems zulässig sein kann.

Die Instanzgerichte haben - wie in den Fußnoten dieses Abschnittes belegt - die vom BGH entwickelte Kernbereichslehre aufgegriffen und zu einem unverzichtbaren Bestandteil der Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen gemacht⁵⁴⁰.

(b) Meinungen im Schrifttum zur Kernbereichslehre

Vom Schrifttum erfuh die Weiterentwicklung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes – die Kernbereichslehre des Bundesgerichtshofes - weitgehend Zustimmung⁵⁴¹.

So begrüßen *Bredthauer*⁵⁴² und *Bergschneider*⁵⁴³ die zurückhaltende Anpassung so genannter Ausreißerfälle, die eine offensichtlich einseitige Lastenverteilung besitzen, mit den beiden Prüfungsmaßstäben der Wirksamkeits- und der Ausübungskontrolle anhand der Kernbereichslehre. Auch *Rauscher*⁵⁴⁴ hält dies für ein dogma-

⁵³⁶ Münch, FamRZ 2005, 570, 572; Kornexl, FamRZ 2004, 1609, 1610.

⁵³⁷ BGH, FamRZ 2005, 185: der BGH erteilte damit gleichzeitig dem im Anschluss an die Entscheidungen des BVerfG zur Anrechnungsmethode von den Instanzgerichten des öfteren angewendeten Halbteilungsgrundsatzes eine Absage.

⁵³⁸ BGH, FamRZ 2005, S.II.

⁵³⁹ BGH, FamRZ 2005, 26; FamRZ 2005, 185.

⁵⁴⁰ So bestätigt für den Ausschluss des Zugewinnausgleichs: OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

⁵⁴¹ Bredthauer, NJW 2004, 3072; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1765; Graba, FamRZ 2005, 561, 566 f..

⁵⁴² Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3076.

⁵⁴³ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1765.

⁵⁴⁴ Rauscher, DNotZ 2004, 526.

tisch einleuchtendes System für die richterliche Kontrolle, welches die Ehevertragsfreiheit nicht über Gebühr beschränke. Allerdings stehe dieses BGH-Urteil nicht am Ende, sondern erst am Anfang einer neuen Entwicklung der Rechtsprechung zum Unterhaltsverzicht, die zwar zu mehr Gerechtigkeit führt, aber einen Verlust an Rechtssicherheit und damit an Vertrauen in bestehende und künftig kontrollfeste Verträge bedeutet⁵⁴⁵. Alles in allem lässt das Urteil des Bundesgerichtshofes – wie es übrigens selbst am Anfang seiner Entscheidungsgründe klarstellt⁵⁴⁶ - noch viele Fragen offen⁵⁴⁷.

Bredthauer schätzt als problematisch insbesondere den Fall ein, in welchem die Eheleute sich frei und selbst bestimmt bewusst auf eine einseitige Lastenverteilung geeinigt haben und später dann genau nach den geplanten Lebensentwürfen leben, es also nicht zu außerplanmäßigen Abweichungen kommt. Erfährt hier die Privatautonomie bereits ihre Grenze oder ist für diesen Fall die richterliche Kontrolle nicht anwendbar?

Ähnlich sieht es auch *Dauner-Lieb*⁵⁴⁸, wenn sie fragt, welche Legitimation die Ehevertragsfreiheit habe, wenn die Ehegatten genau nach dem gesetzlichen Leitbild der Hausfrauenehe leben wollen und leben, aber dennoch die für diesen Ehetyp bestimmten gesetzlichen Scheidungsfolgen einvernehmlich vertraglich abbedingen⁵⁴⁹. Auch die unterschiedliche Gewichtung der Scheidungsfolgen im „ranking“ der Kernbereichslehre durch den BGH, und hier insbesondere die grundsätzliche Disponibilität des Zugewinnausgleichs im Gegensatz zum Un-

⁵⁴⁵ Braun, Die Rückkehr der Gerechtigkeit, S. 25.

⁵⁴⁶ BGH, FamRZ 2004, 601, 604.

⁵⁴⁷ Münch, FamRZ 2005, 510.

⁵⁴⁸ Dauner-Lieb, JZ 2004, 1027.

⁵⁴⁹ Münch bezeichnet diese Ansicht als verfassungsrechtlich nicht gestützte „Leitbildabweichungskontrolle“: Münch, FamRZ 2005, 570, 574.

terhaltsanspruch, hält sie zumindest für „überprüfungsbedürftig“⁵⁵⁰.

Allerdings will *Bredthauer* bei der richterlichen Kontrolle anhand der Kernbereichslehre nach wie vor daran festhalten, wie bei der alten BGH-Rechtsprechung zu unterscheiden, ob ein so genannter vorsorgender Ehevertrag – der vor der Eheschließung abgeschlossen worden ist – oder ein Ehevertrag in der Ehe. Bei letzterem müssten schärfere Prüfungsmaßstäbe gelten, da dort eine Partei bereits erworbene Rechte aufgabe und damit verstärkt schutzwürdig sei⁵⁵¹.

*Borth*⁵⁵² hingegen sieht die Problemfälle vor allem im Globalverzicht. Haben die Parteien die Scheidungsfolgen vollständig oder jedenfalls weitgehend ausgeschlossen, so soll aus dem Vertragsinhalt die - widerlegbare - Vermutung abgeleitet werden können, dass bereits durch den Vertrag selbst – ohne weitere Prüfung - in den Kernbereich des Scheidungsfolgensystem eingegriffen worden ist. Dies würde für denjenigen Ehegatten, der sich auf die Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichts beruft, eine enorme Erleichterung der Beweislast darstellen. Andererseits soll sich nach *Borth*⁵⁵³ bei einem Globalverzicht, der aufgrund einer Gesamtschau nach § 138 BGB nichtig ist, grundsätzlich nicht die Frage der Teilnichtigkeit nach § 139 BGB stellen (auch nicht bei salvatorischer Klausel). Die bei § 139 BGB vorzunehmende Gesamtschau könne nämlich nicht zu einem anderen Ergebnis führen⁵⁵⁴.

*Münch*⁵⁵⁵ stimmt ebenfalls der Kernbereichslehre zwar weitgehend zu. Allerdings will er bei der Inhaltskontrolle

⁵⁵⁰ Dauner-Lieb, JZ 2004, 1027, 1028.

⁵⁵¹ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3076.

⁵⁵² Borth, FamRZ 2004, 609, 611.

⁵⁵³ Borth, FamRZ 2004, 609, 611; wie er auch Schubert, FamRZ 2001, 733, 737.

⁵⁵⁴ Borth, FamRZ 2004, 609, 611.

differenzieren, ob ein notarieller oder ein privatschriftlicher Unterhaltsverzicht vorliegt. Bei einem notariellen Unterhaltsverzicht habe nämlich bereits bei Vertragsschluss durch den Notar quasi eine vorweggenommene Inhaltskontrolle stattgefunden, die der Richter nicht ohne weiteres ignorieren dürfe. Im Übrigen widerspricht er der Gewichtung einer bestehenden Schwangerschaft bei Vertragsschluss für die Annahme der Sittenwidrigkeit durch den Bundesgerichtshof. Einerseits könne auch eine notarielle Beurkundung des Unterhaltsverzichtes eine durch die Schwangerschaft etwa bestehende seelische Zwangslage nicht auffangen. Andererseits wäre bei konsequenter Fortführung dieser Gewichtung auch die Eheschließung⁵⁵⁶ einer schwangeren Frau immer in einer seelischen Zwangslage erfolgt, woraus jedoch – zu Recht – niemand die Unwirksamkeit dieser Ehe ableitet.

c) Auswirkungen der Änderung der Rechtsprechung

Die Grundsätze zur gestörten Vertragsparität und der Verletzung des Kindeswohls verbunden mit der Kernbereichslehre des BGH sind auf sämtliche Unterhaltsvereinbarungen, das heißt sowohl auf eine sogenannte vorsorgende Unterhaltsvereinbarung, einen Ehevertrag im engeren Sinne des § 1410 BGB oder eine privatschriftliche Vereinbarung i.S.d. § 1585 c BGB, eine Trennungsvereinbarung oder eine Scheidungsfolgenvereinbarung handelt⁵⁵⁷, anwendbar.

Problematisch sind jedoch diejenigen Verträge, die vor der Änderung der Rechtsprechung abgeschlossen worden sind: die sogenannten Altverträge.

⁵⁵⁵ Münch, DNotZ 2004, 901, 913.

⁵⁵⁶ die auch ein rechtsgeschäftlicher Akt ist.

⁵⁵⁷ OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789; OLG Celle, FamRZ 2004, 1202; Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764; Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3076; Schwab, FamRZ 2001, 349.

Grundsätzlich wird diese Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch auf die Altverträge angewendet werden können, zumal, wenn sie sich noch nicht in der Abwicklung befanden, weil die Ehe zum Zeitpunkt der Änderung noch bestand⁵⁵⁸.

Anders sieht es hingegen aus, wenn sich die Abwicklung der Unterhaltsvereinbarung mit der Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung überschritten hat. Dann stellt sich die Frage, ob die nach der Änderung der Rechtsprechung nun doch trotz Unterhaltsverzichtes gegebenen Ansprüche (hier auf Ausgleich des Zugewinns) nicht möglicherweise verjährt sind. Das AG Schwäbisch Hall⁵⁵⁹ hatte am 28.02.2003 den Fall einer Brasilianerin zu entscheiden, die 5 Jahre nach ihrer Scheidung von einem Deutschen Unterhalt und Zugewinnausgleich beanspruchte, weil sie erst jetzt nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes die ursprünglich abgeschlossene, notarielle Trennungsvereinbarung für unwirksam hielt. Der Anspruch auf Zugewinnausgleich könnte also nach § 1390 III 1 BGB verjährt sein⁵⁶⁰. Das AG Schwäbisch Hall hielt zwar den Ehevertrag aufgrund des Globalverzichtes ohne Ausgleich im Hinblick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes für sittenwidrig und damit unwirksam. Den Anspruch auf Zugewinnausgleich konnte die Klägerin aber dennoch nicht realisieren, da sich der Beklagte diesbezüglich wirksam auf die Einrede der Verjährung berufen konnte. Die Ehe war zu diesem Zeitpunkt bereits seit 5 Jahren geschieden. Das AG Schwäbisch Hall hielt die Verjährungsvorschrift für diesen Altvertrag für uneingeschränkt anwendbar, da ja

⁵⁵⁸ AG Rheine, FamRZ 2005, 451, 453; Bergschneider, FamRZ 2005, 28.

⁵⁵⁹ AG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003, 1284.

⁵⁶⁰ Der Anspruch auf Zugewinnausgleich verjährt 3 Jahre nach Beendigung des Güterstandes, also z.B. Rechtskraft des Scheidungsurteils.

auch Gesetzesänderungen auf diesen Altvertrag wegen des Vertrauensschutzes nicht anwendbar wären. Gegen die Annahme der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB, die eine Einrede der Verjährung verbiete, würde der Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit sprechen⁵⁶¹.

Dagegen wendet sich allerdings *Bergschneider*⁵⁶²: Eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei schon im Hinblick auf den Rangunterschied keineswegs mit einer Änderung der Gesetzeslage zu vergleichen. Im Übrigen gäbe es dort immer Übergangsvorschriften für Altverträge. Er hält es daher für angemessen, die Anspruchsberechtigten aus derart unwirksamen Eheverträgen mit der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB zu schützen. Danach soll sich der Anspruchsgegner immer dann nicht auf die Einrede der Verjährung berufen können, wenn durch die Rechtsprechung nachträglich – und zwar auch nach Eintritt der Verjährung – die Rechtslage geändert worden ist. Die Verjährung soll dann erst mit Bekanntwerden der geänderten Rechtsprechung für diese Altverträge zu laufen beginnen⁵⁶³.

*Heinrichs*⁵⁶⁴ will hingegen dem nach der geänderten Rechtsprechung immer noch Anspruchsberechtigten einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB geben, wenn diese veraltete Rechtsprechung zur Geschäftsgrundlage des Vertrages geworden war⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ AG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003, 1284, 1286.

⁵⁶² Bergschneider, FamRZ 2003, 1286, 1287.

⁵⁶³ Bergschneider, FamRZ 2003, 1286, 1287.

⁵⁶⁴ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 313 BGB Rn. 11; BGH, NJW 2001, 3618.

⁵⁶⁵ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 313 BGB Rn. 11;

In dem konkret vom AG Schwäbisch Hall zu entscheidenden Fall drängt sich aber noch ein anderer Umstand auf: Es lag dort nämlich gerade nicht der klassische privatschriftliche Unterhaltsverzicht der schwangeren Verlobten vor. Der Globalverzicht wurde vielmehr in einer notariellen Trennungsvereinbarung abgeschlossen. Die die Sittenwidrigkeit des Vertrages begründende Unterlegenheitsposition der brasilianischen Mutter ergab sich für das Gericht hier nicht aus einer Zwangslage aufgrund einer nichtehelichen Schwangerschaft sondern allein aus den sprachlichen Schwierigkeiten und der Unerfahrenheit im deutschen Rechtssystem der Brasilianerin. Insofern sei die Brasilianerin „objektiv und subjektiv gar nicht in der Lage (gewesen) zu beurteilen, was sie wollte und was nicht“⁵⁶⁶. Begründen die sprachlichen Schwierigkeiten aber so evident die Unterlegenheitsposition der Ausländerin, dass der ganze Vertrag unwirksam sein soll, ist nicht nachvollziehbar, weshalb sie nicht aufgrund ihres sprachlichen Handicaps gegen die Geltendmachung von Rechten aus diesem unwirksamen und auch verfassungswidrigen Vertrag für alle Zeit mit der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung aus § 242 BGB geschützt werden soll. Die für die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB⁵⁶⁷ erforderlichen besonderen Umstände dürften hier konsequenterweise in den sprachlichen Schwierigkeiten und der rechtlichen Unerfahrenheit zu finden sein.

Besteht die die Zwangslage bei Vertragsschluss begründende Situation also bei Geltendmachung der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung nach Verjährungseintritt und nach Änderung der Rechtsprechung fort, kann sie bei entsprechender Brisanz dazu führen,

BGH, NJW 2001, 3618.

⁵⁶⁶ AG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003, 1284, 1286.

⁵⁶⁷ Gegen die Einrede der Verjährung.

dass sich der andere Vertragspartner nicht auf die Verjährungseinrede berufen kann. Der Anspruch kann damit ausnahmsweise weiter geltend gemacht werden für die Zeit der Zwangslage und zwar unabhängig von einer Verjährungsregelung, soweit der Anspruchsinhaber aufgrund der späten Änderung der Rechtslage und dieser Zwangslage gehindert war, seinen nach der geänderten Rechtsprechung bestehenden Anspruch rechtzeitig zu verfolgen. Dem Anspruchsgegner darf es insoweit nicht zugute kommen, dass große Entscheidungen ihre Zeit brauchen.

Erstaunlicherweise waren die Gerichte seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes in den vergangenen fünf Jahren allerdings nur vereinzelt mit der Frage der Verjährung befasst, wie die Entscheidung des AGs Schwäbisch Hall zeigt. Ein Grund dafür dürfte sein, dass viele - insbesondere nach dem nicht unerheblichen Aufsehen in den Medien, welches die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes ausgelöst haben - ihre Altverträge an die geänderte Rechtsprechung durch den Notar anpassen bzw. neu fassen ließen. Ein weiterer Grund dürfte sein, dass die Notare in den letzten Jahren selbstverständlich den sich ankündigenden Wandel in der Rechtsprechung nicht unbeachtet ließen und die Verträge entsprechend vorausschauend gestalteten. Letztlich dürfte aber auch ein Teil dieser Altverträge im Streitfall mit Hilfe des Gerichtes eine Anpassung an die geänderte Rechtsprechung erfahren.

4. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt demnach festzuhalten, dass eine besondere richterliche Kontrolle von Unterhaltsverzichten

anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln § 138 BGB und § 242 BGB trotz der Privatautonomie dann erforderlich ist, wenn der Verzicht einen Ehepartner aus welchen Gründen auch immer unangemessen benachteiligt, also insbesondere im Falle der gestörten Vertragsparität. In Fortführung seiner Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht bzw. im Arbeits- und Gesellschaftsrecht hat das Bundesverfassungsgericht nun auch im familienrechtlichen Vertrag – namentlich im Unterhaltsrecht – den vereinzelt Entscheidungen die klare Richtlinie vorgegeben, im Wege der Gesamtschau zu beurteilen, ob jeder Vertragspartner bei Abschluss des Unterhaltsverzichts bzw. in der Zeit danach seine Freiheit zu eigenverantwortlichem, selbst bestimmtem Handeln voll entfalten konnte⁵⁶⁸. Das auf die Einverdiener Ehe mit Kindern zugeschnittene gesetzliche Scheidungsfolgensystem bietet hierbei einen Anhaltspunkt für eine ausgewogene Interessenlage⁵⁶⁹.

Die Lösung der Problematik der gestörten Vertragsparität und der Gefährdung des Kindeswohls durch Unterhaltsvereinbarungen im Konfliktfall des Totalverzichts der schwangeren Verlobten ist durch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes und der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein gutes Stück vorangekommen. Die neue Rechtsprechung bietet eine abstrakte und zugleich einzelfallgerechte Beurteilung der ehevertraglichen Vereinbarungen. Gleichzeitig fordert die Kernbereichslehre des BGH eine Neubestimmung der Bedeutung der Familienarbeit und des Grundprinzips der gemeinsamen Verantwortung der Eltern für die gemeinschaftlichen Kinder.

⁵⁶⁸ OLG Hamm, FamRZ 2006, 337, 338.

⁵⁶⁹ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446.

Für alle anderen Konfliktfälle (den Unterhaltsverzicht zu Lasten Dritter und den Unterhaltsverzicht nach veraltetem Recht) bleibt es bei der bisherigen rechtlichen Beurteilung⁵⁷⁰.

III. Prozessuale Möglichkeiten

Die richterliche Kontrolle von Unterhaltsverzichteten erfolgt naturgemäß im Verfahren vor dem Familienrichter⁵⁷¹.

Dabei stehen den Ehegatten verschiedene prozessrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung.

Zunächst besteht die Möglichkeit, einen Prozessvergleich durch die Abänderungsklage nach § 323 ZPO an geänderte Verhältnisse anzupassen⁵⁷².

Ungeachtet dessen bieten sich zwei weitere Möglichkeiten:

1. Leistungsklage

Der Unterhaltsberechtigte kann seinen vermeintlich berechtigten Anspruch auf Zahlung von nachehelichem Unterhalt durch Leistungsklage⁵⁷³, und hier natürlich auch mit Auskunftbegehren zur Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners im Wege der Stufenklage⁵⁷⁴, geltend machen.

Diese geht grundsätzlich einer etwaigen Feststellungsklage vor⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ OLG Hamm, FamRZ 2004, 201; OLG Koblenz, FamRZ 2004, 1495; Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 274.

⁵⁷¹ BGH, FamRZ 2007, 983.

⁵⁷² BGH, FamRZ 2007, 983.

⁵⁷³ BGH, FamRZ 2007, 983.

⁵⁷⁴ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1445.

⁵⁷⁵ OLG Düsseldorf, NJW 2005, 153.

Im Rahmen der Klage auf Zahlung von nachehelichem Unterhalt kann er dann der Einwendung des Unterhaltsschuldners, Unterhalt werde nicht geschuldet, da ein wirksamer Unterhaltsverzicht vorliege, die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten.

Im Rahmen dieses Klageverfahrens erfolgt dann incidenter die richterliche Kontrolle des Unterhaltsverzichtes, d.h. sowohl die Wirksamkeits- als auch die Ausübungskontrolle⁵⁷⁶. Derjenige Ehegatte, der sich auf den „Störfall“ beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast⁵⁷⁷.

2. Feststellungsklage

Er kann aber auch die Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichtes in einer separaten Feststellungsklage geltend machen⁵⁷⁸. Sofern mit der richterlichen Ausübungskontrolle Vertragsanpassung begehrt wird, ist diese jedoch nach dem Scheitern der Lebensgemeinschaft zulässig, da erst ab diesem Zeitpunkt der Richter beurteilen kann, ob das Festhalten am Unterhaltsverzicht zumutbar ist oder nicht⁵⁷⁹.

Voraussetzung für eine Feststellungsklage ist ein besonderes Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 I ZPO. Zwar fehlt dies regelmäßig dann, wenn der Anspruch auch mit einer Leistungsklage verfolgt werden kann. Allerdings besteht es ausnahmsweise, wenn die Feststellungsklage unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sachgemäßen Erledigung des streitigen Punktes führt, d.h. auch im Rahmen der Fest-

⁵⁷⁶ OLG Stuttgart, WM 1994, 626, 629; Borth, FamRZ 2004, 609, 612.

⁵⁷⁷ Kornexl, FamRZ 2004, 1610, 1612.

⁵⁷⁸ OLG Düsseldorf, NJW 2005, 153, 154.

⁵⁷⁹ Kornexl, FamRZ 2004, 1610, 1611.

stellungsklage eine richterliche Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle vorgenommen wird⁵⁸⁰.

Die separate Feststellungsklage des Pflichtigen aufgrund von Prozesswirtschaftlichkeit empfiehlt sich dann, wenn bezüglich des nachehelichen Unterhaltes entweder eine einstweilige Anordnung besteht, die bekanntlich über die Rechtskraft der Scheidung hinaus bis zum Vorliegen einer anderweitigen Entscheidung Wirksamkeit entfaltet⁵⁸¹. Sie ist aber auch zulässig in dem Fall, in welchem ein benachteiligter Ehegatte die Unwirksamkeit eines Globalverzichtes geltend macht⁵⁸².

Letztlich ist im Zusammenhang mit einer Folgesache auch eine Zwischenfeststellungsklage⁵⁸³, die im Wege der Widerklage gem. §§ 610 II 2, 623 ZPO geführt werden kann, möglich⁵⁸⁴.

Dafür ist allerdings neben dem besonderen Feststellungsinteresse Voraussetzung, dass die Frage für die Beurteilung der Folgesache vorgreiflich ist und die Entscheidung über die Folgesache bei Wirksamkeit der vertraglichen Regelung nicht ergehen müsste⁵⁸⁵.

Die Zwischenfeststellungsklage empfiehlt sich beispielsweise in dem Fall, in welchem im Ehevertrag auch das Güterrecht etc. geregelt worden ist und damit die Wirksamkeit der gesamten Vereinbarung auch die Folgesachen Güterrecht u.a. tangiert. Bei separater Feststellungsklage ergäbe sich hingegen keinerlei Bindungswirkung⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰ Borth, FamRZ 2004, 609, 612; OLG Düsseldorf, NJW 2005, 153, 154.

⁵⁸¹ OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 477; OLG Düsseldorf, NJW 2005, 153, 154; OLG Celle, FamRZ 2004, 1969.

⁵⁸² OLG Stuttgart, WM 1994, 626, 629; Borth, FamRZ 2004, 609, 612.

⁵⁸³ Graba, FamRZ 2006, 302.

⁵⁸⁴ BGH, NJW 2005, 1370.

⁵⁸⁵ BGH, NJW 2005, 1370.

⁵⁸⁶ OLG Düsseldorf, NJW 2005, 153, 154.

E. Konsequenzen der richterlichen Kontrolle von Unterhaltsverzichten

Die richterliche Kontrolle von Unterhaltsverzichten soll dazu führen, im Ergebnis eine Situation zu schaffen, die die jeweiligen Interessen der Ehepartner ausgewogen berücksichtigt.

Das führt einerseits für denjenigen Ehepartner, der sich in der schwächeren Position befindet, dazu, dass entweder das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht oder eine Anpassung des Unterhaltsvertrages an die veränderten Lebensumstände seine Interessen manifestiert.

Andererseits werden die Interessen des in dieser Hinsicht stärkeren Ehepartners bei der richterlichen Kontrolle zugunsten des Schwächeren zurückgesetzt. Dieser Ehepartner wird also eher daran interessiert sein, durch formelle Vorkehrungen es erst gar nicht zu einer richterlichen Korrektur des Vertrages kommen zu lassen.

Darauf soll nun im Einzelnen eingegangen werden:

I. Die Wirkung der richterlichen Kontrolle auf Unterhaltsvereinbarungen

Die richterliche Kontrolle von Unterhaltsverzichten kann entweder eine Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB oder eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB sein.

Die inhaltlichen Maßstäbe beider zivilrechtlicher Generalklauseln sind trotz des unterschiedlichen Wortlautes ähnlich - werden doch in beiden Fällen hier die verfassungsmäßigen Wertentscheidungen der Grundrechte aus Art. 2 I, 3 II 1 GG sowie aus Art. 6 II 1, IV GG im Zivilrecht unter Privatpersonen (und zwar hier im höchst-

persönlichen privaten Bereich innerhalb einer Ehe) umgesetzt⁵⁸⁷.

Das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof haben dann auch in ihren bahnbrechenden Entscheidungen die jeweils zu überprüfende Unterhaltsvereinbarung zwar über die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 242, 138 BGB an den verfassungsmäßigen Wertentscheidungen aus Art. 2 I, 3 II 1 und 6 II 1, IV GG gemessen. Im Ergebnis konnte jedoch offen bleiben, ob im jeweils zu entscheiden Fall letztlich die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB oder die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zum Zuge kam. Die jeweilige Sache wurde nämlich nach erfolgter Prüfung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das zuständige Instanzgericht zurückverwiesen, welches nun unter Berücksichtigung der Anmerkungen durch die höchsten Gerichte selbst entscheiden musste, welche Kontrolle im jeweils zu entscheiden Fall zur Anwendung gelangt.

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Beurteilungszeitpunkte und Rechtsfolgen beider Richterkontrollen bedarf es jedoch in jedem Einzelfall einer exakten Abgrenzung der Wirksamkeitskontrolle⁵⁸⁸ von der Ausübungskontrolle⁵⁸⁹.

Gerade im Hinblick auf die drastische Rechtsfolge der Wirksamkeitskontrolle zeigt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in der Tendenz allerdings eine besondere Zurückhaltung bei der Anwendung der Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB und weicht vorzugsweise auf die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB und damit auf die unzulässige Rechtsausübung aus⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1759.

⁵⁸⁸ Oder auch Inhaltskontrolle.

⁵⁸⁹ Bergschneider, FamRZ 2003, 1286, 1287.

⁵⁹⁰ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1446; Bergschneider, FamRZ 2005, 1449; Rauscher, DNotZ 2004, 524, 544.

1. Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 I BGB

Die Inhalts- oder Wirksamkeitskontrolle geht als stärkerer Eingriff in die Privatautonomie der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB (siehe unter E.I.2.) vor⁵⁹¹ und ist deshalb immer zuerst, also nach einer möglichen Vertragsauslegung, vorzunehmen.

a) Beurteilungszeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt für die richterliche Beurteilung ist hier der Vertragsabschluss.

Der Richter hat in seiner Gesamtschau der jeweiligen Umstände des Einzelfalles hier also nur die Umstände zu berücksichtigen, die bei Abschluss des Unterhaltsverzichtes bereits vorlagen bzw. den Parteien bekannt waren. Ob diese später vorstellbar waren, ist unerheblich⁵⁹².

Zu bedenken ist hier, dass abgesehen von Scheidungsfolgenvereinbarungen die Verträge in den meisten Fällen kurz vor der Ehe unter Verlobten als so genannte vorsorgende Unterhaltsvereinbarungen oder zu Beginn der Ehe – oft sogar in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Hochzeit – abgeschlossen wurden. Die zu berücksichtigenden objektiven Umstände (wie Berufsausbildung, Kinder etc.) dürften bei diesen Verträgen ebenso wie die jeweiligen subjektiven Lebensentwürfe der jungen Eheleute zumeist eklatant von der Situation bei der Scheidung abweichen.

b) Rechtsfolge

⁵⁹¹ BGH, FamRZ 2005, 26, 27; FamRZ 2004, 601, 602; OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 455, 456; Bredthauer, NJW 2004, 3072.

⁵⁹² BGH, FamRZ 2007, 197.

Widerspricht eine Unterhaltsvereinbarung bereits bei ihrem Abschluss aufgrund des Vertragsinhaltes und der Umstände des Einzelfalles dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, ist sie sittenwidrig im Sinne des § 138 I BGB. Eine sittenwidrige Unterhaltsvereinbarung ist nichtig, also von Anfang an unwirksam.

c) Beispiele

Die Rechtsprechung hat mit der Wirksamkeitskontrolle Unterhaltsvereinbarungen für unwirksam erklärt, denen besonders evidente Fälle einseitiger Lastenaufbürdung und Dominanz zu Grunde lagen:

So beispielsweise bei dem Unterhaltsverzicht zu Lasten Dritter (D.II.1.): Schließen die Eheleute einen Unterhaltsverzicht zu Lasten der Sozialhilfe oder eines anderen unterhaltsverpflichteten Verwandten ab, ist dieser sittenwidrig und damit von Anfang an unwirksam.

Ein unwirksamer Unterhaltsverzicht liegt aber auch regelmäßig bei den Fällen der gestörten Vertragsparität (D.II.3.) vor.

So ist z.B. ein Globalverzicht als unwirksam einzustufen, der ohne ersichtlichen Grund und ohne Ausgleichsmechanismen abgegeben worden ist⁵⁹³. Die Gesamtschau aller Umstände kann hier ein besonders eklatantes Missverhältnis der jeweiligen Interessen zueinander ergeben und nach der neuen Kernbereichslehre des BGH insbesondere bei einem Verzicht auf Betreuungsunterhalt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Dazu zählen auch die Fälle, in

⁵⁹³ OLG Hamm, FamRZ 2004, 1294; AG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003,

denen zusätzlich zum Totalverzicht vereinbart worden ist, dass der Verzichtende den anderen Ehepartner von der Zahlung von Kindesunterhalt freistellt (so genannte Freistellungsvereinbarung, wie sie der ersten bahnbrechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zugrunde lag⁵⁹⁴) (D.II.3.).

Aber auch die Fälle der gestörten Vertragsparität, in denen sich das Ungleichgewicht der Interessenlage aus Umständen außerhalb des Vertrages ergibt, können im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle als nichtig qualifiziert werden, so beispielsweise der Fall des missbrauchten Vertrauens in die Objektivität der Beratung durch den Rechtsanwalt des anderen Ehepartners⁵⁹⁵ oder der Fall, in welchem die starke emotionale Drucksituation einer alkoholkranken, suizidgefährdeten Ehefrau durch die Drohung mit einer Scheidung zu einer massiven Benachteiligung in der Unterhaltsvereinbarung führt⁵⁹⁶.

Letztlich kann aber auch im Hinblick auf die Kernbereichslehre durch den Verzicht auf Betreuungsunterhalt in Abhängigkeit zum Recht auf elterliche Sorge und Umgang das Kindeswohl derart missachtet sein, dass eine solche Vereinbarung als sittenwidrig einzustufen ist (D.II.3.).

d) Auswirkung der Nichtigkeit des Unterhaltsverzichtes auf weitere vertragliche Vereinbarungen

Die Nichtigkeit des Unterhaltsverzichtes könnte aber auch Auswirkungen auf andere vertragliche Regelungen

1284.

⁵⁹⁴ BVerfG, FamRZ 2001, 343.

⁵⁹⁵ OLG Düsseldorf, FamRZ 1989, 635, 636.

⁵⁹⁶ OLG Koblenz, FamRZ 2006, 428, 429.

haben, sofern es sich nicht um eine isolierte Unterhaltsvereinbarung handelt.

Sowohl bei Eheverträgen als auch bei Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen werden in der Regel umfassende Vereinbarungen zur wirtschaftlichen Situation der Ehepartner getroffen. Die unterhaltsrechtlichen Regelungen werden dort von solchen zum Zugewinn- und Versorgungsausgleich sowie von erbrechtlichen und dinglichen Dispositionen flankiert.

(1) Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB

Dabei stellt sich zunächst die Frage, inwieweit die Nichtigkeit einzelner vertraglicher Regelungen aufgrund einer Wirksamkeitskontrolle andere an sich wirksame Bereiche des Vertrages erfasst⁵⁹⁷.

Nach § 139 BGB führt bei einer Gesamtvereinbarung – wie beispielsweise einem umfassenden Ehevertrag oder einer Scheidungsfolgenvereinbarung – die Nichtigkeit des Unterhaltsverzichts zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages, wenn es sich nach dem Parteiwillen um ein so genanntes einheitliches Rechtsgeschäft handelt⁵⁹⁸. Voraussetzung dafür ist nicht nur, dass es sich objektiv um einen wesentlichen Vertragsbestandteil handelt, ohne den die Gesamtvereinbarung keine ausgewogene Interessenlage mehr darstellt. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Parteien wollen, dass die Gesamtvereinbarung mit diesem nichtigen Vertragsteil „stehen und fallen soll“⁵⁹⁹. Dieser Parteiwille muss entweder explizit in der Erklärung zum Ausdruck gekommen sein (z.B.

⁵⁹⁷ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1760.

⁵⁹⁸ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 139 Rn. 2.

⁵⁹⁹ BGH, NJW 1990, 1474.

durch eine salvatorische Klausel⁶⁰⁰ - dazu unter bb) oder muss durch den Richter nach der Interessenlage und der Verkehrssitte ermittelt werden⁶⁰¹.

Wenn eine ausdrückliche vertragliche Regelung wie z.B. eine salvatorische Klausel fehlt, ist auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen⁶⁰². Maßgebend ist danach, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten⁶⁰³. Entspricht das Rechtsgeschäft auch so, wie es sich ohne den nichtigen Teil darstellt, dem mutmaßlichen Parteiwillen, so ist es ohne den nichtigen Teil wirksam⁶⁰⁴.

Bei Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen wird jedoch in der Regel davon auszugehen sein, dass sich der Vertrag als Gesamtheit darstellt, in welchem die Parteien umfassend ihre finanzielle Beziehung lösen wollten⁶⁰⁵.

Das Wegfallen einzelner vertraglicher Regelungen führt deshalb in der Regel gem. § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit⁶⁰⁶.

Dafür spricht letztlich auch, dass die einzelnen familienrechtlichen Ausgleichsansprüche sich zum Teil überschneiden und damit in untrennbarem Zusammenhang

⁶⁰⁰ Nach *Borth* soll aber auch diese nicht zu einer Teilwirksamkeit führen, wenn der Vertrag aufgrund einer Gesamtschau nach § 138 nichtig ist: *Borth*, FamRZ 2004, 609, 611.

⁶⁰¹ OLG Koblenz, FamRZ 2007, 479; BGH, FamRZ 2005, 1444, 1447, Bergschneider, FamRZ 2005, 1449.

⁶⁰² OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2006, 339; BGH, NJW 2001, 815, 817; Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., §139 Rn. 14.

⁶⁰³ OLG Koblenz, FamRZ 2006, 428, 429; OLG Frankfurt/M., FamRZ 1983, 176, 177.

⁶⁰⁴ BGHZ 65, 369.

⁶⁰⁵ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764.

⁶⁰⁶ BGH, FamRZ 2006, 2331; FamRZ 2005, 2386; FamRZ 2005, 1097; FamRZ 2005, 1444, 1447; FAmRZ 2004, 930; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 428, 429; OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG Karlsruhe 2001, 72; Bergschneider, FAmRZ 2006, 1437; FamRZ 2005, 1449; im Einzel-

fall dagegen Teilnichtigkeit angenommen hat OLG Frankfurt a. M.,

stehen. Nur die Gesamregelung kann einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen bieten. Entfällt jedoch auch nur eine Vereinbarung liegt ein wirtschaftliches Ungleichgewicht vor, was die Parteien nicht wollten⁶⁰⁷.

So kann sich in einer Gesamtschau der Unterhaltsverzicht des einkommenslosen Ehegatten durchaus als wirksam darstellen, solange ihn der Zugewinn oder die höhere Rente infolge des Versorgungsausgleichs ausreichend absichert⁶⁰⁸. Wie unter D.II.3.a) (1) (c) (aa) gezeigt, können aber auch außerhalb des Vertrages liegende Umstände - wie beispielsweise die Familiengeschichte oder die besondere Lebenssituation der Ehepartner – bei einer Gesamtwürdigung im Einzelfall ausnahmsweise trotz objektivem Ungleichgewicht eine ausgewogene Interessenlage ergeben⁶⁰⁹.

Hingegen stellt sich die Frage, inwieweit ein unwirksamer Verzicht auf den Ausgleich des Zugewinns oder den Versorgungsausgleich, einen an sich wirksamen Unterhaltsverzicht nach § 139 BGB tangiert, nur sehr selten. Ein Verzicht auf den Ausgleich des Zugewinns oder den Versorgungsausgleich ist für sich genommen nämlich im Allgemeinen zulässig⁶¹⁰. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus der oben unter D.II.3.b) (2) dargestellten Kernbereichslehre des Bundesgerichtshofes⁶¹¹. Während dort der Unterhalt – und zwar insbesondere der Unterhalt wegen der Betreuung minderjähriger Kinder – im Hinblick auf den Schutz des Kindeswohls auf Platz 1 der Wichtigkeit rangiert und somit als prinzipiell unverzichtbarer Kernbereich des Scheidungsfolgensystems qualifiziert wird, rangieren der Versorgungsausgleich (als un-

FamRZ 2006, 337; differenziert: Brambring, NJW 2007, 865.
⁶⁰⁷ a.A. ist Keilbach, FamRZ 1992, 1118, 1121; OLG Frankfurt/M., FamRZ 1983, 176, 178.

⁶⁰⁸ Schubert, FamRZ 2001, 733, 736 f..

⁶⁰⁹ Für Fallgruppenbildung: Brambring, NJW 2007, 865, 867.

⁶¹⁰ Schwab, FamRZ 2001, 349, 450; Schubert, FamRZ 2001, 733, 736 f..

terhaltsähnlicher Anspruch wegen Alters) auf Platz 3 und der Ausgleich des Zugewinns gar erst auf Platz 7 der Rangliste⁶¹². Der Bundesgerichtshof begründet diese Rangabstufung des Scheidungsfolgenrechtes damit, dass beim Betreuungsunterhalt neben den Rechten der verzichtenden Ehepartner vor allem die Rechte der minderjährigen Kinder, die der Betreuung durch einen Ehegatten noch bedürfen, geschützt werden müssen⁶¹³. Finanzielle Ausgleichsansprüche anderer Art können dies oft nur unzureichend aufwiegen⁶¹⁴. Hingegen werden bei einem Ausschluss des Zugewinnausgleichs oder des Versorgungsausgleichs allein die Rechte des verzichtenden Ehepartners tangiert⁶¹⁵. Dieser finanzielle Nachteil kann aber durch andere finanzielle Ausgleichsmechanismen aufgefangen werden⁶¹⁶. Zudem erfährt derjenige Ehepartner, zu dessen Lasten ein Verzicht auf den Versorgungsausgleich gehen würde, einen besonderen Schutz durch die strengen Formvorschriften für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs (wie ehevertragliche notarielle Form gem. § 1410 BGB oder die Zustimmung des Familiengerichtes gem. § 1587 o II BGB).

Ist demnach ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs oder des Zugewinnausgleichs in der Regel wirksam, ergeben sich keine Auswirkungen auf den Unterhaltsverzicht i.S.d. § 139 BGB⁶¹⁷.

Liegt jedoch ausnahmsweise ein unwirksamer Verzicht auf den Versorgungsausgleich – beispielsweise wegen Formfehler – oder einer weiteren Vertragsvereinbarung vor, ist wiederum i.S.d. § 139 BGB zu fragen, ob die

⁶¹¹ BGH, FamRZ 2004, 601.

⁶¹² BGH, FamRZ 2005, 26.

⁶¹³ Bergschneider, FamRZ 2005, 28.

⁶¹⁴ BGH, FamRZ 2004, 601.

⁶¹⁵ OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

⁶¹⁶ BGH, NJW 2005, 1370; FamRZ 2004, 601.

Parteien den Unterhaltsverzicht auch ohne die Regelung zum Versorgungsausgleich oder Zugewinnausgleich vereinbaren wollten. Hier ist jedoch zu bedenken, dass ein Unterhaltsverzicht in der Regel von finanziellen Ausgleichsansprüchen (z.B. im Bereich des Zugewinns) flankiert wird, um einen gerechten Interessenausgleich zu erzielen. Wurde jedoch neben dem Unterhaltsverzicht ein Verzicht auf weitere Ansprüche wie den Versorgungsausgleich und den Zugewinnausgleich vereinbart, dürfte ohnehin keine gleichberechtigte Vereinbarung vorliegen.

Ein unwirksamer Ausschluss der Versorgungsausgleichs oder des Zugewinnausgleichs führt allerdings dazu, dass eben ein Versorgungsausgleich oder ein Zugewinnausgleich stattfindet. In den allermeisten Fällen dürfte der Gläubiger des Anspruchs auf Versorgungsausgleich und des Zugewinnausgleichsanspruchs auch der Gläubiger des Unterhaltsanspruchs sein. Damit könnte wieder ein gerechter Interessenausgleich hergestellt worden sein, so dass in diesen Fällen durchaus die Anwendung des § 139 BGB dazu führen kann, dass die Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs und des Ausgleichs des Zugewinns nicht auch notwendigerweise die Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichts nach sich zieht.

Untereinander bewirkt die Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleiches - als zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechtes zählend - nicht zwingend auch die Unwirksamkeit des Ausschlusses des Zugewinnausgleichs⁶¹⁸.

(2) Salvatorische Klausel

⁶¹⁷ OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

Die Frage der Teilnichtigkeit weiterer vertraglicher Vereinbarungen stellt sich dann nicht, wenn im Vertrag eine so genannte salvatorische Klausel vereinbart worden ist.

Solche salvatorischen Klauseln sind in fast jeder Unterhaltsvereinbarung enthalten, die mit professioneller Hilfe durch einen beratenden Rechtsanwalt oder Notar oder einen Richter abgeschlossen worden sind, also in notariellen Eheverträgen, Trennungs- oder Scheidungsfolgenvereinbarungen⁶¹⁹. Die Kautelarjurisprudenz nutzt derartige Klauseln gern, um sie als „Wundermittel“ bei Unwirksamkeit der Unterhaltsvereinbarung einzusetzen und zumindest Teile des Vertrages zu retten.

Dabei wird jedoch oft übersehen, dass auch die salvatorische Klausel selbst der richterlichen Wirksamkeitskontrolle unterliegt⁶²⁰. Da sowohl bei der richterlichen Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 BGB als auch bei der Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB eine Gesamtbeurteilung des Vertrages vorzunehmen ist, ist es im Ergebnis unerheblich, ob die finanzielle Absicherung des Bedürftigen durch Unterhalt, Zugewinn oder Versorgungsausgleich stattfindet, solange sie erfolgt⁶²¹. Diese Vorgehensweise führt aber dazu, dass entweder eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages besteht oder aber seine gesamte Wirksamkeit⁶²². Das Problem der Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB stellt sich nicht⁶²³.

Ungeachtet dessen kann in Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen ohnehin nur eine so ge-

⁶¹⁸ Kanzleiter in Münch. Komm. BGB, § 1414 Rn. 7.

⁶¹⁹ OLG Bremen, MDR 2007, 529; Brambring, NJW 2007, 865, 869.

⁶²⁰ Schubert, FamRZ 2001, 733, 737.

⁶²¹ BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346.

⁶²² So auch OLG Karlsruhe, NJW-RR 1991, 452; a.A. OLG Schleswig, NJW-RR 1996, 901.

nannte konkrete Wirksamkeitsklausel helfen. Eine solche könnte wie folgt aussehen:

„Sollten unsere Vereinbarungen in §... unwirksam sein oder werden, soll davon die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht berührt werden.“

Bei allgemeinen salvatorischen Klauseln hingegen ergeben sich oft die gleichen Auslegungsschwierigkeiten wie in Verträgen ohne solche Regelungen: sind Hauptleistungspflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis betroffen würde bei Anwendung des § 139 BGB der Vertrag in seinem wesentlichen Inhalt geändert werden⁶²⁴. Gleichwohl finden sich gerade in den einschlägigen Formularbüchern schematisch verwendete allgemeine salvatorische Klauseln, die eher schaden als nützen⁶²⁵: im Ergebnis führen sie nämlich – was vielen nicht bekannt ist – zu einer Beweislastumkehr. Bei Verträgen ohne Klausel ist derjenige beweispflichtig, der sich auf die Rechtswirksamkeit beruft, bei Verträgen mit Klausel hingegen derjenige, der sich auf die Gesamtnichtigkeit beruft⁶²⁶.

Zusammenfassend kann deshalb gesagt werden, dass eine salvatorische Klausel in Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen nicht als „Sicherungsventil“, also generell eingesetzt werden sollte⁶²⁷. Sie sollte nur gezielt und nach reiflicher Überlegung verwendet wer-

⁶²³ Borth, FamRZ2004, 609, 611; Schubert, FamRZ 2001, 733, 737.

⁶²⁴ Keilbach, FamRZ 1992, 1118, 1120.

⁶²⁵ So z.B. in Langenfeld, Münchener Vertragsbuch, VII §6; Brambring, Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen-, Handels- und Wirtschaftsrecht, V Formular 9; Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Muster 736.

⁶²⁶ BGH, NJW 2003, 347; OLG München, NJW-RR, 2002, 886; Keilbach, FamRZ 1992, 1118, 1121.

⁶²⁷ Graba, FamRZ 2006, 303; Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3076.

den⁶²⁸. Anderenfalls ist sie eben nicht nur wirkungslos, sondern kann weitreichendere Folgen haben, wie die Beweislast ungünstig beeinflussen.

Allerdings ist für die Rechtsfolge nach der Anwendung einer wirksamen salvatorischen Klausel zu unterscheiden, ob der Vertrag mit der salvatorischen Klausel einer Wirksamkeitskontrolle oder einer Ausübungskontrolle unterzogen worden ist⁶²⁹:

Bei der Wirksamkeitskontrolle – also der Prüfung auf Sittenwidrigkeit – kann das Restgeschäft trotz der Klausel unwirksam sein, wenn die Aufrechterhaltung des Restgeschäftes ohne die sittenwidrigen Bestimmungen vom Parteiwillen nicht mehr gedeckt ist, weil sie von grundlegender Bedeutung waren⁶³⁰. Maßgeblich ist insoweit der Parteiwille, der sich aus einer Gesamtbetrachtung des Vertrages ergeben kann⁶³¹.

2. Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB

Kommt der Richter mit der Wirksamkeitskontrolle zu dem Ergebnis, dass die Unterhaltsvereinbarung nicht von Anfang an sittenwidrig war und damit wirksam ist, hat er eine Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB vorzunehmen⁶³².

a) Beurteilungszeitpunkt

Dabei ist zu fragen, ob das „heutige“ Berufen auf den wirksamen Unterhaltsverzicht durch den Unterhaltsschuldner rechtsmissbräuchlich ist, so dass dem Unter-

⁶²⁸ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764.

⁶²⁹ Heinrichs in Palandt, BGB-Komm., § 139 Rn. 17.

⁶³⁰ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764.

⁶³¹ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3076.

⁶³² AG Kandel, FamRZ 2006, 345, 346.

haltsgläubiger die Einrede aus § 242 BGB zusteht. „Heute“ meint hier in erster Linie den Zeitpunkt des Scheiterns der ehelichen Lebensgemeinschaft⁶³³.

Die Ausübungskontrolle berücksichtigt dabei nicht nur die seit Vertragsschluss veränderten äußeren Umstände, sondern auch die gegenwärtige Situation der Ehepartner, die tatsächlich gelebte Rollenverteilung und die jeweils erwirtschafteten Vermögenspositionen, die sich möglicherweise von dem unterscheiden, was zum Vertragsinhalt bei Abschluss des Vertrages gemacht worden war⁶³⁴.

b) Nur wesentliche Änderungen führen zur Unzumutbarkeit

Allerdings führt nicht jede Abweichung der späteren tatsächlichen Lebensverhältnisse von der ursprünglich zugrunde gelegten Lebensplanung dazu, dass das Festhalten am Unterhaltsverzicht unzumutbar erscheint. Erforderlich ist vielmehr, dass im Rahmen der Unterhaltsvereinbarung auf ganz wesentliche Scheidungsfolgenansprüche, wie sie die Kernbereichslehre des Bundesgerichtshofes definiert – verzichtet worden ist⁶³⁵.

So hatte der BGH⁶³⁶ über einen Fall zu entscheiden, bei dem die Eheleute noch bei Vertragsschluss im Zusammenhang mit der Eheschließung davon überzeugt waren, keine Kinder zu wollen und beide beruflich erfolgreich Karriere machen zu wollen. Zwei Jahre später kamen

⁶³³ BGH, FamRZ 2005, 1449, 1452; Bergschneider, FamRZ 2005, 1452.

⁶³⁴ BGH, FamRZ 2005, 1444; FamRZ 2005, 1449; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420, 421.

⁶³⁵ OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420, 421; Bergschneider, FamRZ 2006, 421.

⁶³⁶ BGH, FamRZ 2005, 1444; FamRZ 2005, 1449.

das erste Kind und dann das zweite. Hat diese Abweichung von der Lebensplanung zufolge, dass ein Festhalten am Unterhaltsverzicht nun aufgrund der einseitigen Lastenverteilung unzumutbar erscheint, hilft der Richter im Wege der Ausübungskontrolle mit einer Vertragsanpassung.

Das OLG Koblenz hat die Unzumutbarkeit in einem Fall erkannt, in welchem die Ehefrau zwar auf Unterhalt wegen Krankheit verzichtet hatte, allerdings später aufgrund einer bereits vor der Eheschließung angelegten psychischen Erkrankung erwerbsunfähig geworden war⁶³⁷.

c) Rechtsfolge

Ergibt die richterliche Ausübungskontrolle nach § 242 BGB, dass das Berufen auf den Unterhaltsverzicht durch den Unterhaltsschuldner gegen Treu und Glauben verstößt, gewährt sie dem Unterhaltsgläubiger, der den Unterhalt beansprucht, gegen die Einwendung des Vorliegens eines wirksamen Verzichtes die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung aus § 242 BGB.

Hier handelt es sich allerdings nicht nur um eine temporäre Versagung auf die Berufung des Verzichtes. Vielmehr wird eine Umgestaltung der vertraglichen Rechtsfolgen vorgenommen⁶³⁸.

d) Beispiele

Von der Rechtsprechung wurde insbesondere dann das Berufen auf den Unterhaltsverzicht als rechtsmiss-

⁶³⁷ OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420; aufgehoben durch BGH, FamRZ 2007, 450; Bergschneider, FamRZ 2007, 453.

⁶³⁸ Borth, FamRZ 2004, 609, 611.

bräuchlich eingestuft, wenn der Unterhaltsverzicht den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechtes tangiert, was regelmäßig beim Betreuungsunterhalt der Fall ist, der das Kindeswohl gefährdet, die Eltern also ihrer Verantwortung aus Art. 6 II, IV GG nicht gerecht geworden waren⁶³⁹ (D.II.1.). Auch Teilverzichte auf den Unterhalt, Verzichte auf Unterhalt wegen Krankheit⁶⁴⁰ oder aber der unkompenzierte Ausschluss des Zugewinnausgleichs⁶⁴¹ hielten in der Regel einer richterlichen Ausübungskontrolle nach § 242 BGB nicht stand, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse im Vergleich mit denjenigen, die der Unterhaltsvereinbarung einst zugrunde gelegt worden waren, gravierend verändert hatten⁶⁴². Letztlich passte die Rechtsprechung aber auch in dem Sonderfall der Unterhaltsverzichte nach altem Recht - sei es nach altem westdeutschem oder ostdeutschem Recht – die Verträge im Wege der Ausübungskontrolle an die veränderten Lebensbedingungen aufgrund der geänderten Gesetzeslage oder der Wiedervereinigung an (D.II.2.).

e) Modifizierte Ausübungskontrolle: Vertragsanpassung

In der Literatur wird die Ausübungskontrolle favorisiert: Sie stelle den geringstmöglichen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Ehegatten dar⁶⁴³.

⁶³⁹ BGH, FamRZ 2005, 1444; FamRZ 2005, 1449; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 1447; OLG München, FamRZ 2003, 35; OLG Hamm, FamRZ 2004, 201, 202.

⁶⁴⁰ OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420; Bergschneider, FamRZ 2007, 453.

⁶⁴¹ OLG Hamm, NJW-RR 2006, 941.

⁶⁴² Und damit nicht eine Lösung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gesucht: OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789, 1790; anders: OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420, 421.

⁶⁴³ Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 277; Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1519.

Während bei der Wirksamkeitskontrolle unter Umständen der gesamte Vertrag nichtig ist⁶⁴⁴, wird bei der Ausübungskontrolle mit Rücksicht auf den Parteiwillen eine Anpassung des Vertrages an die veränderte Situation nach § 242 BGB erfolgen. Mit der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichtes diese Umgestaltung der vertraglichen Rechtsfolgen durch die Wirkungen der Grundrechte bestimmen zu lassen, geht diese Umgestaltung sowohl über eine reine Vertragsauslegung hinaus, als auch über eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage⁶⁴⁵.

Während *Dauner-Lieb*⁶⁴⁶ hier in Anlehnung an das Problem der vertraglichen Abfindungserklärung vom sogenannten „dritten Weg“⁶⁴⁷ spricht, bezeichnet *Goebel*⁶⁴⁸ dies als „neu verstandene Ausübungskontrolle“: Mit einer Anpassung des Vertrages an die geänderte Situation werde dem Parteiwillen und den tatsächlich gelebten Rollen am ehesten Rechnung getragen. Allerdings sei mit einer derart flexiblen Anpassung auch eine erhöhte Rechtsunsicherheit⁶⁴⁹ und die Gefahr der Instrumentalisierung der Ausübungskontrolle gegen die weite Vertragsfreiheit verbunden⁶⁵⁰. Dagegen könne nur die Entwicklung sachgerechter Maßstäbe helfen; einerseits für die Fallgruppenbildung durch den Notar⁶⁵¹ (siehe unter

⁶⁴⁴ Und die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB lediglich den unwahrscheinlichen Fall betrifft, dass der Verzicht auf unvorhersehbare Notfälle nicht Geschäftsinhalt sondern Vertragsgrundlage geworden ist.

⁶⁴⁵ Borth, FamRZ 2004, 609, 611; Dauner-Lieb, JZ 2004, 1027, 1028.

⁶⁴⁶ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 329.

⁶⁴⁷ Als Abgrenzung zur Vertragsanpassung wegen gestörter Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB.

⁶⁴⁸ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1520.

⁶⁴⁹ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1520.

⁶⁵⁰ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 329.

⁶⁵¹ Goebel, FamRZ 2003, 1513, 1520.

E.III.3.) und andererseits für die Vertragsanpassung durch den Richter⁶⁵² (siehe unter D.II.).

Andererseits kann mit der Ausübungskontrolle auch ein ursprünglich sittenwidriger Unterhaltsverzicht aufgrund der geänderten Lebenssituation, die sich zufällig an die vertragliche Gestaltung angenähert hat, nun wirksam sein und danach keiner Korrektur mehr bedürfen⁶⁵³.

f) Auswirkung der Ausübungskontrolle auf weitere vertragliche Regelungen

Da die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB nicht zur Nichtigkeit des Unterhaltsverzichts führt, stellt sich die Frage nach der Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB hier nicht⁶⁵⁴.

Allerdings kann auch eine Einrede gegen den in einer Gesamtvereinbarung enthaltenen Unterhaltsverzicht zu einem Ungleichgewicht führen, welches die jeweiligen Parteiinteressen nicht mehr in ausreichendem Maße berücksichtigt.

Hier kann eine wirksame, d.h. konkrete salvatorische Klausel helfen, den Grundsatz der Vertragsfreiheit zu respektieren und alternative Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen⁶⁵⁵. Dabei kann der Richter ausnahmsweise mit der Vertragsanpassung den berechtigten Interessen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation

⁶⁵² Nur Ausgleich ehebedingter Nachteile, BGH, FamRZ 2007, 874; Bergschneider FamRZ 2007, 978; Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 329.

⁶⁵³ Rauscher, DNotZ 2004, 524, 544.

⁶⁵⁴ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1760.

⁶⁵⁵ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764.

in ausgewogener Weise Rechnung tragen⁶⁵⁶. Auch bei der Ausübungskontrolle kommt es dann in erster Linie auf den Parteiwillen an⁶⁵⁷.

3. Ergebnis

Die Eheleute können weder durch eine entsprechende Vertragsgestaltung noch durch die Verwendung salvatorischer Klauseln für alle Zeit sicher sein, einen wirksamen Unterhaltsverzicht und Ehevertrag abzuschließen. Gerade durch die geänderte Rechtsprechung und die dadurch verursachten vielen offenen Fragen – auch zur Teilnichtigkeit nach § 139 BGB und zur salvatorischen Klausel⁶⁵⁸ - besteht heute beim Abschluss eines Ehevertrages keine Rechtssicherheit für alle Zeit mehr⁶⁵⁹.

Es besteht lediglich die Möglichkeit, durch bestimmte Vorkehrungen, wie z.B. einer gut durchdachten salvatorischen Klausel, der Unterhaltsvereinbarung von vornherein ein gewisses Maß an Sicherheit mit auf den Weg zu geben.

II. Formelle Vorkehrungen gegen die Unwirksamkeit bzw. Korrektur von Unterhaltsverzichten

Ogleich eine Unterhaltsvereinbarung grundsätzlich keiner Form bedarf, besteht ein umso höheres Maß an Beständigkeit für die Vereinbarung, desto strenger die Form ist, in der sie abgeschlossen worden ist⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ BGH, FamRZ 2004, 601, 606.

⁶⁵⁷ BGH, FamRZ 2005, 1449, 1452.

⁶⁵⁸ Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1340.

⁶⁵⁹ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3076.

⁶⁶⁰ Bergschneider, FamRZ 2001, 1337; Münch, DNotZ 2004, 901.

Selbstverständlich ist schon aus Beweisgründen eine privatschriftliche Vereinbarung einer mündlichen Abmachung vorzuziehen; eine notarielle Vereinbarung im Sinne eines Ehevertrages nach § 1410 BGB wegen der Rechtsberatung durch den Notar einer privatschriftlichen.

Aber auch bei einem notariellen Ehevertrag können die Sicherheitsvorkehrungen unabhängig von der einzuhaltenden Form noch erhöht werden, indem der Notar den Ehevertrag wie folgt entwickelt:

1. Ermittlung des geplanten Lebensentwurfes und der gewünschten Vertragsgestaltung/ Prognose der zu erwartenden Entwicklung
2. Belehrungs- und Hinweispflicht durch den Notar
3. Vertragsgestaltung nach Ehetypen
4. Beurkundungspflicht durch den Notar

1. Ermittlung und Prognose

Ob die beabsichtigten vertraglichen Vereinbarungen der geplanten Rollenverteilung entsprechen und einen sachgerechten Interessenausgleich darstellen, kann der Notar erst prüfen, wenn ihm die entsprechenden Details bekannt sind.

Er muss deshalb im Vorfeld der Vertragsgestaltung die derzeitige Situation ermitteln⁶⁶¹, wozu heute sicher auch die Frage nach einer bestehenden oder geplanten Schwangerschaft⁶⁶² oder der psychischen Verfassung der Eheleute⁶⁶³ aber auch nach einer Einkommens- und

⁶⁶¹ BGH, FamRZ 2005, 1449, 1451; Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1339; Münch, FamRZ 2005, 570, 574.

⁶⁶² Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1765.

⁶⁶³ OLG Koblenz, FamRZ 2004, 805, 806 (psychische Erkrankung); FamRZ 2006, 420 (psychische Erkrankung); FamRZ 2006, 428 (Alkoholabhängigkeit).

Vermögensdisparität⁶⁶⁴ gehört. Interessant sind aber auch die jeweiligen Lebensentwürfe der Parteien und die gemeinsame Lebensplanung. Wichtig ist in diesem Zusammenhang beispielsweise, ob der Abschluss des Ehevertrages von einem der Partner zur Bedingung der Eheschließung gemacht worden ist⁶⁶⁵ oder der Ehepartner am Tage der geplanten und organisierten Hochzeit mit einem Ehevertrag „überrascht“ wird und nun um das „Platzen“ der Hochzeit fürchten muss⁶⁶⁶. Aber auch etwaige Verständnisprobleme wegen mangelnder Sprachkenntnisse oder ein „Wissensvorsprung“ durch einseitige juristische Beratung, eine vorausgegangene Scheidung, Bildung oder aber auch durch einen erheblichen Altersunterschied⁶⁶⁷ sind im Vorfeld zu ermitteln und abzuwägen.

Letztlich sind aber auch die jeweiligen individuellen Beweggründe und Motive für den Unterhaltsverzicht zu ermitteln, da sie in der späteren Gesamtschau im konkreten Einzelfall einer Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit entgegenstehen können, so beispielsweise, wenn voreheliches Vermögen⁶⁶⁸, ein Familienunternehmen⁶⁶⁹ oder aber auch Schulden⁶⁷⁰ klar separiert werden sollen.

Auf dieser Grundlage sollte der Notar eine Prognose der zu erwartenden Entwicklung anstellen. Allzu optimistische Lebensentwürfe vor allem junger Eheleute sollten dabei an der Realität und mit Lebenserfahrung überprüft werden⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ OLG Koblenz, FF 2003, 138, 139; BGH, NJW 2004, 930; Rakete-Dombeck, NJW 2004, 1273, 1276.

⁶⁶⁵ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1765.

⁶⁶⁶ So bei OLG Koblenz, FF 2003, 138.

⁶⁶⁷ So bei AG Warendorf, FamRZ 2003, 609 (Braut 19, Bräutigam 33).

⁶⁶⁸ OLG Frankfurt, FuR 2003, 181.

⁶⁶⁹ OLG München, FamRZ 2003, 376.

⁶⁷⁰ OLG Nürnberg, FamRZ 2003, 634.

⁶⁷¹ Für Wertsicherungsklausel: BGH, FamRZ 2007, 974; FamRZ 2006, 1359; Bergschneider, FamRZ 2007, 978; Dauner-Lieb, AcP 201, 295,

2. Belehrungs- und Hinweispflicht, § 17 BeurkG

Danach sollte der Notar die beabsichtigte Modifikation des Scheidungsfolgenrechtes im Hinblick auf eine ausgewogene Lastenverteilung und einen gerechten Interessenausgleich gerade bei jungen Eheleuten überprüfen.

Dem Notar obliegt nämlich gegenüber den Eheleuten eine entsprechende Belehrungs- und Hinweispflicht aus § 17 II BeurkG.

Zeichnet sich bereits hier für den Notar die Übervorteilung eines Ehepartners oder das Ausnutzen einer besonderen Zwangslage eines Ehepartners durch den anderen ab, muss er trotz und gerade wegen seiner Unparteilichkeit dringend auf dieses Ungleichgewicht der Interessenlage hinweisen⁶⁷². Bereits zu diesem Zeitpunkt sollte gegebenenfalls die Hinzuziehung eines beratenden Rechtsanwaltes für eine Partei (oder von zwei Rechtsanwälten für beide Parteien) empfohlen werden, soweit komplizierte Umstände des Einzelfalles oder mangelndes Durchsetzungsvermögen der eigenen Interessen für einen Ehepartner es erforderlich machen. Die Hinzuziehung eines Anwaltes sollte ebenfalls im Vertrag vermerkt werden⁶⁷³.

Der Notar hat also unter Berücksichtigung der zuvor ermittelten Lebenssituation und Lebensplanung der Eheleute auf einen gerechten Interessenausgleich hinzuwirken, da nur dieser Garant dafür ist, dass jeder Ehepartner sein Recht auf freie Vertragsgestaltung aus Art. 2

330.

⁶⁷² So zwar bei Vertragsschluss geschehen, von den Eheleuten aber verworfen mit der Folge, dass genau 2 Jahre später entgegen dem ausdrücklichen Lebensplan beider Ehegatten doch 2 Kinder geboren wurden: BGH, FamRZ 2005, 1449, 1451.

⁶⁷³ OLG Koblenz, FamRZ 2004, 205; Brambring, MJW 2007, 869;

GG eigenverantwortlich und selbstbestimmt wahrgenommen hat – was im Streitfall unbedingte Voraussetzung für die Wirksamkeit des Unterhaltsverzichtes ist⁶⁷⁴. Im konkreten Einzelfall bedeutet dies einerseits, dass der vereinbarte Unterhaltsverzicht dem Lebensentwurf der Ehepartner entspricht und nicht erpresst worden ist. Andererseits kann der Verzicht auf Unterhalt nur dann Teil eines gerechten Interessenausgleiches sein, wenn er gleichzeitig von entsprechenden Ausgleichsmechanismen flankiert wird (siehe dazu Abschnitt D.II.).

Liegt auf den ersten Blick im individuellen Fall eine ausgewogene Interessenlage vor, sollten die beabsichtigten Vereinbarungen weiter anhand der gegebenen Rechtslage und der zu vielen Punkten geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung geprüft und mit den Eheleuten erörtert werden. Wird der Vertrag in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Heirat oder Scheidung oder der Geburt eines Kindes geschlossen, ist ganz besondere Sorgfalt am Platze⁶⁷⁵. Ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist hier sicherlich nur in ganz besonderen Ausnahmefällen möglich; beispielsweise, wenn die Schwangere trotz des Kindes nicht ihre Vollerwerbstätigkeit aufgeben wird oder die Vermögenssituation der Eheleute Erwerbstätigkeit nicht erfordern. Ansonsten kann sicherlich nur in den Fällen, in denen ohnehin ein Unterhaltanspruch wegen der Betreuung minderjähriger Kinder nicht aktuell wird⁶⁷⁶ – etwa wegen Alters oder weil die Betreuung der außerehelichen Kinder durch die Zahlung des Kindsvaters abgesichert ist – auf den Betreuungsunterhalt verzichtet werden. Alle anderen Unterhaltstatbe-

Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3074.

⁶⁷⁴ BVerfG, FamRZ 2001, 343; FamRZ 2001, 985; Kornexl, FamRZ 2004, 1610, 1612.

⁶⁷⁵ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1765.

⁶⁷⁶ BGH, NJW 2005, 1370; AG Kandel, FamRZ 2006, 345.

stände und Ansprüche des Scheidungsfolgenrechtes⁶⁷⁷ sind sicherlich unter Berücksichtigung der konkreten Möglichkeiten der Eheleute durch die Vereinbarung finanzieller Ausgleichsansprüche verzichtbar⁶⁷⁸, so könnte beispielsweise der Ausschluss des Zugewinnausgleichs durch eine ehebezogene Zuwendung aufgefangen werden⁶⁷⁹. Allerdings zeichnet sich auch eine Veränderung in der Bewertung der psychischen und soziologischen Situation der schwangeren Verlobten ab: Während der Bundesgerichtshof bislang davon ausgeht, dass sich eine schwangere Verlobte ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles automatisch in einer „ungleichen Verhandlungsposition“ befinde und damit in diesem Falle immer eine gestörte Vertragsparität indiziert sei⁶⁸⁰, haben sich die Instanzgerichte von diesem starren Automatismus bereits vereinzelt gelöst. So sind die Ausführungen im aktuellen Beschluss des OLG Braunschweig⁶⁸¹ zu begrüßen, wonach allein die Tatsache, dass die Frau bei Abschluss des Vertrages schwanger war, nicht besagt, sie habe sich in einer Position der Unterlegenheit befunden⁶⁸². Stattdessen käme es immer auf die eine besondere Zwangslage im Einzelfall begründenden Umstände an⁶⁸³. Gleiches soll für den Fall einer Einkommens- und Vermögensdisparität gelten⁶⁸⁴. Hier weist *Münch* zu recht darauf hin, dass man mit diesem starren Standpunkt des BGH konsequenterweise auch die Eheschließung einer schwangeren Frau (die immerhin auch ein rechtsgeschäftlicher Akt ist) we-

⁶⁷⁷ So für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs: BGH, FamRZ 2005, 26; FamRZ 2005, 185; für den Ausschluss des Zugewinnausgleichs: OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

⁶⁷⁸ BGH, FamRZ 2005, S.II; NJW 2005, 1370.

⁶⁷⁹ Bergschneider, FamRZ 2005, 2072.

⁶⁸⁰ BGH, FamRZ 2005, 1444, 1447.

⁶⁸¹ OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

⁶⁸² Bergschneider, FamRZ 2005, 2072; Münch, DNotZ 2004, 524, 540.

⁶⁸³ OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

⁶⁸⁴ Münch, DNotZ 2004, 524, 541; so auch OLG Düsseldorf, FamRZ

gen situationsbedingter Unterlegenheit als unwirksam qualifizieren müsste⁶⁸⁵.

Allerdings sollte heute bei der notariellen Belehrung immer ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass sich die einschlägige Rechtsprechung am Anfang einer grundlegenden Neubewertung der Familienarbeit und des Mutterseins befindet⁶⁸⁶. Die vielen Unklarheiten und offenen Fragen bieten derzeit eine Situation der Rechtsunsicherheit, in der keine Garantien für einen jahrzehntelangen Bestand der Unterhaltsvereinbarung gegeben werden können⁶⁸⁷. Bereits jetzt zeichnet sich jedoch die Tendenz ab, dass die Einbeziehung des Kindeswohls und der bewusste Ausgleich ehebedingter Nachteile eine gewisse Gewähr für die Bestandskraft der Vereinbarung sind⁶⁸⁸. Auch das Fixieren eines „Plan B“ (für den Fall, dass sich doch noch Nachwuchs einstellt) für Doppelverdiener ohne Kinderwunsch, die einen Totalverzicht vereinbaren dürfte vorausschauend sein⁶⁸⁹. Bedingungen und Rücktrittrechte dürften hingegen keinen gangbaren Weg darstellen, da dann wieder nur die gesetzliche Regelung geltend würde⁶⁹⁰. Notare sollten außerdem eine „Vertragspflege“ empfehlen, d.h., dass sich die Eheleute ihren Ehevertrag von Zeit zu Zeit ansehen und etwa notwendige Anpassungen vornehmen lassen⁶⁹¹.

Letztlich sollte der Notar die Parteien für ihre ganz individuelle Situation belehren und nicht pauschal „in

2004, 461; OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1659.

⁶⁸⁵ Münch, DNotZ 2004, 901, 913 FN 84.

⁶⁸⁶ Rakete-Dombeck, NJW 2004, 1273, 1277.

⁶⁸⁷ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3074; Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 278.

⁶⁸⁸ Münch, FamRZ 2005, 570, 574.

⁶⁸⁹ Sog. Zweistufiger Ehevertrag: Münch, FamRZ 2005, 570, 574; Kornexl, FamRZ 2004, 1610, 1612; Langenfeld, HB der Eheverträge..., Rz. 946.

⁶⁹⁰ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3073.

Bausch und Bogen⁶⁹². In jedem Falle aber sollte er die konkrete Belehrung später in den Vertrag aufnehmen, um in einem spätem Haftpflichtprozess nicht in Beweisnot zu geraten (dazu unter F.)⁶⁹³.

Eine entsprechende Belehrung könnte wie folgt aussehen:

„Der Notar hat darüber belehrt, dass dieser Vertrag aufgrund einer richterlichen Wirksamkeits-/Ausgewogenheitsprüfung bei einer einseitigen Lastenverteilung und falschen Angaben in dieser Urkunde, insbesondere auch hinsichtlich der Vermögensverhältnisse, unwirksam sein kann. Ferner hat der Notar darauf hingewiesen, dass ein Gericht unter Zugrundelegung der ehelichen Verhältnisse seit der Heirat im Rahmen einer Ausübungskontrolle andere Rechtsfolgen als die in diesem Vertrag vereinbart anordnen kann, wenn es zu der Schlussfolgerung gelangt, dass der Ehegatte seine Rechtsmacht missbraucht, der sich auf die Wirksamkeit dieses Vertrages beruft.“⁶⁹⁴

Obwohl nach dem Bundesverfassungsgericht eine richterliche Inhaltskontrolle auch mit einer sehr ausführlichen notariellen Belehrung nicht auszuschließen ist, sollten dem Vorgespräch und der Belehrung doch nach wie vor breiter Raum eingeräumt werden⁶⁹⁵.

Ist eine der Vertragsparteien ausländischer Staatsbürger und Deutsch nicht seine Muttersprache, müssen von Anfang an weitere Sicherheitsvorkehrungen getroffen wer-

⁶⁹¹ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3073.

⁶⁹² Rauscher, DNotZ 2004, 524, 540.

⁶⁹³ Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1339; Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3074; Kornexl, FamRZ 2004, 1610, 1612; Münch, FamRZ 2005, 570, 574.

⁶⁹⁴ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3074.

den. Der Notar sollte erfragen, inwieweit der Ausländer der deutschen Sprache mächtig ist, wie lange er sich schon in Deutschland aufhält und wie und wann er die Sprachkenntnisse erworben hat⁶⁹⁶. Seine diesbezüglichen Feststellungen hat er gem. § 16 BeurkG in der Urkunde ausdrücklich zu vermerken.

Kommt er danach zu dem Ergebnis, dass die deutschen Sprachkenntnisse weder objektiv ausreichen, den Vertragsinhalt in seiner ganzen Tragweite zu erfassen noch den Sprachkenntnissen seines deutschen Ehepartners entsprechen, könnte sich daraus im Zweifel eine Unterlegenheitsposition ergeben, die durch die Hinzuziehung eines vereidigten Dolmetschers zu verhindern ist⁶⁹⁷. Das AG Schwäbisch Hall⁶⁹⁸ hielt im oben erwähnten Fall die Hinzuziehung eines Dolmetschers bereits in dem Fall für erforderlich, in welchem eine Brasilianerin im Studium Deutsch gelernt hatte, sich seit 5 Jahren in Deutschland aufhielt und deshalb über gute allgemeine Sprachkenntnisse verfügte. Maßgeblich war, dass sie mit der Erfassung der rechtlichen Bedeutung von juristischen Fachbegriffen wie Zugewinn und Versorgungsausgleich Schwierigkeiten hatte⁶⁹⁹.

Der Dolmetscher sollte im Vorgespräch, bei der Belehrung und auch bei der Vertragsgestaltung und der Beurkundung anwesend sein⁷⁰⁰. Dass der Vertrag schriftlich und mündlich zu übersetzen ist, versteht sich von selbst. Diese Vorkehrungen werden weder durch einen langen Aufenthalt in Deutschland noch dadurch obsolet, dass

⁶⁹⁵ Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1765.

⁶⁹⁶ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3074.

⁶⁹⁷ OLG Koblenz, FamRZ 2004, 200.

⁶⁹⁸ AG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003, 1284.

⁶⁹⁹ Bergschneider, FamRZ 2003, 1286, 1287.

⁷⁰⁰ Bergschneider, FamRZ 2002, 458; a.A. OLG Köln, FamRZ 2002, 457.

der deutschsprachige Ehepartner den Vertrag übersetzt⁷⁰¹.

3. Vertragsgestaltung nach Ehetypen

Nach eingehender Belehrung und dem Aushandeln der vertraglichen Vereinbarungen entwirft der Notar einen Ehevertrag, der sich an dem Ehetyp orientiert, der der speziellen Situation der Eheleute am ehesten entspricht⁷⁰² (siehe dazu Abschnitt B.).

So ergäben sich bei der so genannten Doppelverdiener Ehe keine Bedenken beim Ausschluss jeglicher Scheidungsfolgen. Hingegen muss bei der Alleinverdiener Ehe oder der Ehe mit geringfügigem Zuverdienst gerade beim beabsichtigten Verzicht auf Betreuungsunterhalt bei vorhandenen Kindern abgeraten werden⁷⁰³. Ein Verzicht auf Krankheits- und Altersunterhalt sowie auf den Versorgungsausgleich kann hingegen auch in diesem Ehetyp durchaus wirksam vereinbart werden, wenn der Ausstieg aus dem Berufsleben für den kinderbetreuenden Ehegatten nur für eine kurze Zeit geplant ist⁷⁰⁴.

Dabei sollte auf eindeutige Formulierungen Wert gelegt werden⁷⁰⁵. Ein Teilverzicht sollte beispielsweise als solcher benannt werden⁷⁰⁶.

Danach könnte ein Verzicht auf sämtliche Scheidungsfolgen mit notarieller Sorgfalt wie folgt eingeleitet werden⁷⁰⁷:

⁷⁰¹ Bergschneider, FamRZ 2004, 1357, 1365.

⁷⁰² Rauscher, DNotZ 2004, 524, 535 f..

⁷⁰³ Rauscher, DNotZ 2004, 524, 536 f..

⁷⁰⁴ Rauscher, DNotZ 2004, 524, 536 f.;
für den Versorgungsausgleich: OLG Köln, FamRZ 2002, 828.

⁷⁰⁵ Bergschneider, FamRZ 2004, 1791.

⁷⁰⁶ OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789, 1790.

⁷⁰⁷ Formulierungsvorschlag nach Kornexl, FamRZ 2004, 1609, 1613.

§ 1 Angaben zur Person

...

§ 2 Vorbemerkungen

1. Entwurf, Vorbesprechung, konkrete Lebensplanung

a) Vor Beurkundung haben wir einen Entwurf dieses Ehevertrages erhalten. Am...hat uns der beurkundende Notar in einem persönlichen Beratungsgespräch den Inhalt der gesetzlichen Scheidungsfolgen erläutert.

b) Wir sind derzeit beide ganztags erwerbstätig. Unsere aktuelle Lebensplanung beinhaltet die Umsetzung unseres grundsätzlich vorhandenen Kinderwunsches. In diesem Fall wird die Ehefrau ihre bisherige Erwerbstätigkeit aufgeben oder zumindest vorübergehend erheblich einschränken, um sich der Kinderbetreuung zu widmen.

c) Gleichwohl wollen wir das gesetzliche Regelungsmodell zu den Scheidungsfolgen nachehelicher Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich nicht uneingeschränkt beibehalten. Die hiervon abweichenden Vereinbarungen werden getroffen, weil während der Ehe beim Ehemann mit einem erheblichen Vermögenszuwachs durch Zuwendungen seiner Eltern zu rechnen ist. Im Scheidungsfall soll einerseits eine Teilhabe der Ehefrau an diesem Vermögen, seinen Erträgen und einer darauf beruhenden Prägung der ehelichen Lebensverhältnisse weitgehend ausgeschlossen werden. Andererseits ist die Erwerbstätigkeit des Ehemannes in Zukunft womöglich nicht mehr sozialversicherungspflichtig. Daraus sollen für die Ehefrau keine Nachteile im Versorgungsausgleich entstehen.

2. Grenzen der Vertragsfreiheit

- a) Der Notar hat uns darauf hingewiesen, dass der Inhalt eines Ehevertrages zwar grundsätzliche frei gestaltet werden kann. Diese Vertragsfreiheit stößt jedoch an ihre Grenzen, wenn durch die konkreten Vereinbarungen ein Partner im Scheidungsfall einseitig und unzumutbar belastet würde. In einem solchen Fall können die getroffenen Vereinbarungen im Wege einer gerichtlichen Kontrolle angepasst oder sogar für unwirksam erklärt werden.
- b) Die einen Partner einseitig belastende Wirkung muss dabei nicht bereits bei Vertragsschluss erkennbar sein. Sie kann auch als Folge einer späteren Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse entstehen, wenn diese von derjenigen Lebensplanung grundlegend abweicht, auf welcher der Vertragsinhalt aufbaut.

3. Bedingter vertraglicher Anpassungsanspruch

Wir räumen uns deshalb hiermit gegenseitig einen bedingten vertraglichen Anpassungsanspruch mit folgendem Inhalt ein:

- a) Der Anspruch entsteht, wenn eine der nachfolgend vereinbarten Scheidungsfolgen aufgrund der zwischenzeitlichen Entwicklung unserer tatsächlichen Verhältnisse im Scheidungsfall für einen von uns zu einem unzumutbaren wirtschaftlichen Ergebnis führen würde.
- b) Er kann jedoch erst geltend gemacht werden, wenn wir im Sinne des § 1567 I BGB voneinander getrennt leben oder ein Verfahren zur Auflösung unserer Ehe rechtshängig gemacht worden ist.
- c) Der Anspruch erfasst ausschließlich diejenigen Klauseln, deren unveränderte Umsetzung zu einer einseitigen unzumutbaren Lastenverteilung führen würde. Der Berechtigte kann dabei nur verlangen, dass der

Inhalt einer solchen Klausel so geändert wird, dass ihr neuer Inhalt nicht mehr zu unzumutbaren Ergebnissen führt. In seinem Anpassungsverlangen hat der Berechtigte dabei den von ihm angestrebten Inhalt der zu ändernden Vertragsbestimmung zu formulieren.

- d) Eine darüber hinausgehende Inhaltsänderung, insbesondere die Anwendung des gesetzlichen Scheidungsfolgenmodells, kann dagegen nur verlangt werden, wenn und soweit sie zum Schutz des unmittelbaren Kernbereichs der gesetzlichen Scheidungsfolgen zwingend erforderlich ist.

Ein derart differenzierter, ausgewogener Vertrag sollte nochmals mit den Eheleuten besprochen werden⁷⁰⁸. *Langenfeld*⁷⁰⁹ weist dabei zu Recht darauf hin, dass sich mit Geschick und Überzeugungskraft in aller Regel solch ausgewogene Verträge auch vermitteln ließen, denn nur ein ausgewogener Ehevertrag gewährleiste schließlich der Ehe eine gute Prognose⁷¹⁰.

Gem. § 17 II a BeurkG sollte beiden sodann mit dem (ggf. schriftlich und mündlich übersetzten) Vertragsentwurf eine angemessene Überlegungsfrist eingeräumt werden⁷¹¹.

4. Beurkundungspflicht, § 4 BeurkG

Der Unterhaltsverzicht muss grundsätzlich nicht beurkundet werden, § 1585 c BGB.

⁷⁰⁸ Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 317.

⁷⁰⁹ Langenfeld, HB der Eheverträge, Rn. 944.

⁷¹⁰ Langenfeld, HB der Eheverträge, Rn. 944.

⁷¹¹ Bredthauer, NJW 2004, 3072, 3074.

Allerdings unterliegen nach § 1410 BGB güterrechtliche Regelungen (§ 1408 I BGB) und ehevertragliche Versorgungsausgleichsregelungen (§ 1408 II BGB) sowie nach § 1587 o II 1 BGB scheidungsbezogene Versorgungsausgleichsregelungen der Beurkundungspflicht.

§ 1378 III 2 BGB fordert für Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns (also Vereinbarungen über die konkrete Zugewinnausgleichsforderung) ebenfalls die notarielle Beurkundung.

Nur wenn sich ein Unterhaltsverzicht mit diesen Regelungen in einer Gesamtvereinbarung finden lässt, erstreckt sich die Beurkundungspflicht ausnahmsweise auch auf diesen⁷¹².

a) Problemfall: Beurkundung eines sittenwidrigen Vertrages

Haben sich die Eheleute entschlossen, den Unterhaltsverzicht im Rahmen einer Gesamtvereinbarung - etwa eines Totalverzichtes – abzuschließen, erscheinen die Fälle problematisch, in denen sich die Eheleute trotz eingehender Beratung und Belehrung nicht überzeugen ließen, von einem ehetypenwidrigen Ehevertrag – wie beispielsweise einem Totalverzicht in der Einverdienerreife - Abstand zu nehmen. Hier muss der Notar seine Amtstätigkeit – die Beurkundung – versagen, wenn das von ihm zu beurkundende Rechtsgeschäft unwirksam sein würde⁷¹³. Ist die Sittenwidrigkeit hingegen nicht zweifelsfrei gegeben, darf er die Beurkundung nicht ablehnen. Allerdings muss er seine Bedenken gem. § 17 II

⁷¹² BGH, FamRZ 2002, 1179, 1180; Brudermüller in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 1410 Rn. 3, § 1585 c Rn. 3.

⁷¹³ Langenfeld, FamRZ 1987, 9, 14.

BeurkG mitteilen⁷¹⁴. Die Vereinbarung mag dann zwar sachwidrig und unangemessen sein, aber eben nicht gesetzeswidrig, was im Streitfall die richterliche Ausübungskontrolle sanktionieren wird.

b) Die Schutzwirkung notarieller Beurkundung bei der Inhaltskontrolle

Da jedoch ein Unterhaltsverzicht – im Gegensatz zu Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich und Zugewinn - nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in den engeren Kernbereich des Scheidungsfolgenrechtes eingreift, haben schon seit einiger Zeit Stimmen in der Literatur auch für diesen eine Beurkundungspflicht gefordert⁷¹⁵. Jedenfalls aber soll die notarielle Beurkundung eine Schutzwirkung entfalten und der freiwillig beurkundete Unterhaltsverzicht dann nur noch einer eingeschränkten richterlichen Inhaltskontrolle zugänglich sein⁷¹⁶.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinen Entscheidungen hierzu nicht geäußert, wobei es lediglich in seiner zweiten Entscheidung überhaupt einen notariellen Vertrag zu prüfen hatte.

Der Bundesgerichtshof hat hingegen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er die Stimmen aus der Literatur, einen notariellen Vertrag nur einer eingeschränkten Inhaltskontrolle zu unterziehen, ablehnt⁷¹⁷.

Dem stimmt *Münch*⁷¹⁸ zwar grundsätzlich zu. Allerdings verlangt er, dass die Schutzzwecke notarieller Beurkun-

⁷¹⁴ Bergschneider, FamRZ 2005, 454; Dauner-Lieb, AcP 201, 295, 330.

⁷¹⁵ OLG Koblenz, FamRZ 2007, 479; Langenfeld, DNotZ 1985, 167, 173; Bosch, FS für Habscheid, 1989, S. 23, 24; Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1338; Empfehlungen des 15. Deutschen Familiengerichtstages, C V, FuR 2004, 18, 22.

⁷¹⁶ Langenfeld, DNotZ 2001, 272, 279; Münch, DNotZ 2004, 901, 907.

⁷¹⁷ BGH, FamRZ 2004, 601.

⁷¹⁸ Münch, DNotZ 2004, 901, 908.

dung (wie Warnfunktion, Beweis- und Belehrungssicherung) im Rahmen der Gesamtabwägung bei der richterlichen Inhaltskontrolle besondere Berücksichtigung finden – im Gegensatz zu privatschriftlichen Unterhaltsvereinbarungen. Der Notar sei nämlich quasi eine „Instanz vorweggenommener Inhaltskontrolle“⁷¹⁹ und bei sorgfältiger Vertragsgestaltung durchaus in der Lage, bereits bei Vertragsschluss bestehende Vertragsdisparitäten durch Belehrung und Information auszugleichen⁷²⁰.

Die Rechtsprechung und insbesondere der Bundesgerichtshof mussten sich hierzu noch nicht äußern. Allerdings berücksichtigt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die notarielle Form des Vertrages als Indiz für die Wirksamkeit bei den Fällen des Gewährleistungsausschlusses⁷²¹, so dass zu erwarten ist, dass er dies einheitlich auch auf den familienrechtlichen Unterhaltsverzicht überträgt.

5. Ergebnis

Nur wenn all diese formellen Voraussetzungen eingehalten worden sind, besteht ein hinreichendes Maß an Sicherheit, dass die Unterhaltsvereinbarung im Streitfall der richterlichen Wirksamkeitskontrolle trotzt.

Haben sich hingegen in der Zwischenzeit die äußeren Umstände gravierend verändert, kann durchaus mit der richterlichen Ausübungskontrolle eine Vertragsanpassung erforderlich geworden sein. Allerdings kann auch in diesem Fall ein derart abgeschlossener Vertrag helfen, dem Parteiwillen am ehesten gerecht zu werden.

⁷¹⁹ Münch, DNotZ 2004, 901, 910.

⁷²⁰ Rauscher, DNotZ 2004, 524, 530.

⁷²¹ BGH, DNotZ 1982, 628, 640; Münch, DNotZ 2004, 901, 914.

Dabei spielen die Punkte 1, 2 und 4 vor allem bei der subjektiven Seite gestörter Vertragsparität eine Rolle, Punkt 3 hingegen auf der objektiven Seite.

Abschließend sei die Vorsitzende des XII. Senats des BGH zitiert⁷²²:

„Aber wir Richter vertrauen auf den Einfallsreichtum und die Weitsicht der Notare im Bemühen um eine ausgewogene Vertragsgestaltung⁷²³.“

In diesem Sinne ist *Rakete-Dombeck*⁷²⁴ wohl zuzustimmen, die sagt:

„Nach dem Urteil ist vor dem Urteil.“

F. Haftungsprobleme

Die Unterhaltsvereinbarung kann im Scheidungsfall – für den sie schließlich gemacht worden ist⁷²⁵ – grundsätzlich nur zwischen den Parteien rechtliche Wirkung entfalten.

Allerdings kann sich dann auch herausstellen, dass beim Abschluss der Vereinbarung ein Fehler unterlaufen ist, der sich nun für eine der Parteien in einem rechtlichen Nachteil - einer Verletzung von Rechtsgütern - realisiert.

⁷²² Vortrag auf der Jahreshauptversammlung des Rheinischen Notarvereins in Düsseldorf am 08.11.2003.

⁷²³ Kornexl bezeichnet den Ehevertrag treffend als Störfallvorsorge: Kornexl, FamRZ 2004, 1609.

⁷²⁴ Rakete-Dombeck, NJW 2004, 1273.

⁷²⁵ Kornexl spricht deshalb von der Störfallvorsorge: Kornexl, FamRZ 2004, 1609.

Auch hier ist es von Vorteil, wenn bei Abschluss der – fehlerhaften - Unterhaltsvereinbarung ein Rechtsanwalt oder Notar mitgewirkt hat.

Zum einen dürften derartige Unterhaltsvereinbarungen weitaus seltener an Fehlern leiden, wie privatschriftliche, die allein von den Ehegatten entworfen worden sind.

Zum anderen kann der entstandene Schaden unter Umständen gegenüber dem Rechtsanwalt oder Notar geltend gemacht werden, der durch seine Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt wird.

I. Verletzungshandlung

Voraussetzung dafür ist jedoch, dass ihm dieser Fehler zuzurechnen ist.

Eine Haftung des Notars oder Rechtsanwaltes könnte sich beispielsweise dann ergeben, wenn

- nicht ausreichend belehrt worden ist bzw. dem Mandanten die Risiken nicht (ausreichend) erläutert worden sind,
- zweifelhafte Regelungen unnötig entschärft worden sind, obwohl sie wirksam gewesen wären, so dass sie dem Parteiwillen nicht mehr entsprechen oder
- unwirksame Regelungen vereinbart worden sind⁷²⁶.

1. Durch den Rechtsanwalt

Der Rechtsanwalt hat grundsätzlich jeden Rechtsirrtum zu vertreten, was ihn gem. § 280 BGB zum Schadensersatz verpflichten kann⁷²⁷.

⁷²⁶ BGH, FamRZ 2007, 732.

⁷²⁷ BGH, NJW-RR 1993, 706; Hansen, NJW 1992, 1353.

Sein Verschulden der Pflichtverletzung wird anders als bei der Notarhaftung vermutet, was letztlich zu einer Beweislastumkehr führt. Allerdings haftet er nur gegenüber seinem eigenen Mandanten (den Notar kann aufgrund seiner Unparteilichkeit eine Haftung gegenüber jeder Vertragspartei treffen).

Den Rechtsanwalt treffen sowohl eine Informations- wie eine Beratungspflicht.

Es gilt nach dem Verjährungsanpassungsgesetz vom 15.12.2004 die Regelverjährung von grundsätzlich 3 Jahren gem. § 195 BGB mit der Höchstgrenze von 10 bzw. 30 Jahren nach § 199 III BGB⁷²⁸. Der Wechsel zu einem anderen Rechtsanwalt vor Eintritt der Verjährung ist irrelevant⁷²⁹.

Ist für den Vertragsschluss neben dem Rechtsanwalt auch ein Notar eingeschaltet worden, haftet der Rechtsanwalt gegenüber seinem Mandanten gem. § 19 I 2 BNotO in dem zumeist vorliegenden Fall der Fahrlässigkeit vorrangig⁷³⁰.

2. Durch den Notar

Der Notar haftet für die ihm gegenüber den Mandanten obliegenden Amtspflichten im Gegensatz zum Rechtsanwalt nur dann gem. § 19 BNotO, wenn er diese vorsätzlich oder fahrlässig verletzt. Für einen Schadensersatzanspruch gegen den Notar ist also immer der Nachweis des Verschuldens zu erbringen. Die Beweislast liegt beim Anspruchsberechtigten, dem Mandanten.

⁷²⁸ Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., § 280 Rn. 66 b.

⁷²⁹ BGH, NJW 2002, 1117.

⁷³⁰ Schubert, FamRZ 2001, 733, 739.

Für den Notar bestehen beim Abschluss eines notariellen Ehevertrages die oben unter E.II. beschriebenen Amtspflichten:

Zunächst besteht für ihn die Nachfrage- und Erforschungspflicht, um den Willen der Beteiligten und den Sachverhalt zu klären. Dabei kann er sich jedoch auf die Angaben der Beteiligten verlassen; er muss weder Belege einfordern noch eigene Ermittlungen anstellen⁷³¹.

Um seiner Belehrungs- und Beratungspflicht und der Schutzpflicht gem. § 17 BeurkG, § 24 BNotO zugunsten unerfahrener und ungewandter – unterlegener – Beteiligter gerecht zu werden, muss der Vertragsjurist jedoch eine realitätsnahe Prognose der künftigen Entwicklung treffen, die auf den ermittelten Tatsachen beruht.

Darüber hinaus trifft den Notar eine Beurkundungspflicht gem. § 17 BeurkG⁷³². Er kann und muss nur dann ausnahmsweise die Beurkundung ablehnen, wenn der Vertrag gem. § 4 BeurkG unwirksam ist oder unwirksame Klauseln enthält. Anderenfalls stellt ein Verstoß gegen § 4 BeurkG eine Amtspflichtverletzung dar⁷³³. Dies ist beispielsweise bei Vorliegen von Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB der Fall; die Fälle des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB durch spätere Veränderung der Sachlage kann er hingegen nicht erfassen, da hier der Vertrag an sich ja wirksam bleibt⁷³⁴.

Problematisch ist nun aber, ob der Notar verpflichtet ist, die hochschwangere Braut und den Bräutigam bei Vertragsschluss dahingehend zu belehren, dass möglicherweise in naher Zukunft der Einwand des Rechtsmissbrauchs greifen wird. Der Bräutigam hätte in dem vom

⁷³¹ Schubert, FamRZ 2001, 733, 738.

⁷³² Langenfeld, FamRZ 1987, 9, 13.

⁷³³ Langenfeld, FamRZ 1994, 201, 204; Schubert, FamRZ 2001, 733, 739.

⁷³⁴ Peters-Lange, DNotZ 1997, 594, 608.

OLG Düsseldorf entschiedenen Fall⁷³⁵ nach seinen eigenen Angaben bei entsprechender Belehrung von der Eheschließung Abstand genommen. *Peters-Lange* sieht hierin zu Recht die Verpflichtung zur Unparteilichkeit verletzt und argumentiert, dass die Beratung, vom beabsichtigten Rechtsgeschäft Abstand zu nehmen, ebenso parteilich sein kann wie der Einbau von Sicherungen⁷³⁶. Demgegenüber will *Heß* den Notar bei Vertragsschluss zumindest die Beteiligten darauf hinweisen und gegebenenfalls anhalten lassen, eine andere, angemessene Regelung zu treffen⁷³⁷. Stellt sich dann später heraus, dass die ursprüngliche Vereinbarung doch Bestand gehabt hätte, führt die Milderung der Regelung nicht zu einem Schadensersatzanspruch nach § 19 BNotO⁷³⁸.

Auch diese Problematik dürfte sich jedoch nach der neuen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes⁷³⁹ erledigt haben, da hier eindeutig die Eheschließungsfreiheit hinter das Kindeswohl und die Interessen der schwangeren Verlobten gestellt worden sind. Demnach besteht allenfalls noch eine Verpflichtung, auf diese Entscheidung hinzuweisen – wohl aber mit dem Bemerkung, dass auch ohne Eheschließung der werdende Vater der nichtehelichen Mutter 3 Jahre unterhaltspflichtig wäre.

Verbleiben auch nach wertender Beurteilung Zweifel an der Wirksamkeit der Vereinbarung, muss der Notar im Zweifel beurkunden. Er sollte aber seine Zweifel mit den Parteien gem. § 17 II BeurkG erörtern und – wenn die Parteien gleichwohl auf Beurkundung bestehen – die

⁷³⁵ OLG Düsseldorf, DNotZ 1997, 656, 658.

⁷³⁶ Peters-Lange, DNotZ 1997, 594, 610.

⁷³⁷ Heß, FamRZ 1996, 981, 987.

⁷³⁸ Schubert, FamRZ 2001, 733, 739.

⁷³⁹ BVerfG, FamRZ 2001, 343.

Erörterung, die Belehrung und die Stellungnahme der Parteien in den Vertrag aufnehmen⁷⁴⁰.

Diese umfassenden Pflichten des Notars zur Willensforschung, Sachverhaltsaufklärung und Belehrung sowie zur Neutralität und Vermittlung einer angemessenen Lösung machen die Beurkundung eines unwirksamen Unterhaltsverzichtes höchst unwahrscheinlich. Nicht wenige Stimmen in der Literatur fordern deshalb nach wie vor, auch die Unterhaltsvereinbarung dem Beurkundungszwang durch den Notar zu unterwerfen⁷⁴¹.

3. Ergebnis

Liegt also eine vorwerfbare Verletzungshandlung des Rechtsanwaltes oder Notars vor, besteht eine Schadensersatzverpflichtung, wenn auch ein kausaler Schaden entstanden ist:

II. Schaden

Der Schaden kann vor allem in den Unterhaltsforderungen selbst bestehen:

Beim Verzichtenden (dem Anspruchsberechtigten) entsteht ein Schaden dadurch, dass er seinen nun erst sehr viel später titulierten Anspruch beim Gegner nicht mehr realisieren kann, weil sich dessen Vermögensverhältnisse gravierend verschlechtert haben oder der Anspruch verjährt ist.

Beim Verzichtsgegner (dem Unterhaltsschuldner) kann nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁷⁴² ein

⁷⁴⁰ Schubert, FamRZ 2001, 733, 738.

⁷⁴¹ Lenz, MittBayNot 1999, 152, 157 f.; Riemann, Sonderheft DNotZ 1998, 296; Schubert, FamRZ 2001, 733, 739.

⁷⁴² OLG Düsseldorf, DNotZ 1997, 1484.

Schaden in seiner nun bestehenden Unterhaltslast bestehen, da dieser im dort zu entscheidenden Fall behauptete, er hätte anderenfalls nicht geheiratet. Dagegen wenden sich jedoch zu Recht *Peters-Lange*⁷⁴³ und *Schubert*⁷⁴⁴: Einerseits bringt eine Ehe nicht nur die Belastung mit der Unterhaltungspflicht für den Ehegatten, sondern viel umfassendere, auch den Verzichtsgegner begünstigende Rechte und Pflichten. Zudem ist bereits fraglich, ob nicht erst die Scheidung zu einem Zeitpunkt, in der die Kinder noch betreut werden müssen, Schadensursächlich ist – und nicht schon die Eheschließung selbst⁷⁴⁵. Andererseits würde den Verzichtsgegner auch ohne die Eheschließung ein Unterhaltsanspruch für die ledige Mutter zumindest für die Dauer von 3 Jahren treffen. Ob er darüber hinaus zur Zahlung von Unterhalt an seine geschiedene Ehefrau überhaupt verpflichtet ist oder diese nunmehr eine Erwerbsobliegenheit trifft mit der Folge, dass er trotz Ehe nicht schlechter steht als ohne, ist Tatfrage.

Der Schaden könnte aber auch in den Prozesskosten bestehen, die die Eheleute im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Wirksamkeit oder Anwendbarkeit der Unterhaltsvereinbarung haben.

Stellt das Gericht auf Klage des Verzichtenden tatsächlich die Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichtes fest, hat der anspruchsberechtigte Ehegatte zwar obsiegt und seine Rechtsposition wieder inne. Kann er aber die ihm für das Gerichtsverfahren entstandenen Anwalts- und Gerichtskosten nicht beim Gegner wegen Zahlungsunfähigkeit realisieren, kann er diese Kosten – neben den Notarkosten für den Vertrag – beim Notar/Rechtsanwalt

⁷⁴³ Peters-Lange, DNotZ 1997, 595.

⁷⁴⁴ Schubert, FamRZ 2001, 733, 739.

⁷⁴⁵ Peters-Lange, DNotZ 1997, 594, 611.

geltend machen, der für diese Fälle durch seine Berufshaftpflichtversicherung abgesichert ist.

Der Verzichtsgegner seinerseits kann ebenfalls neben den Notarkosten die von ihm verauslagten Anwalts- und Gerichtskosten einfordern.

Dass dem Mandant aufgrund der Pflichtverletzung des Rechtsanwaltes oder des Notars auch tatsächlich ein Schaden entstanden ist, hat grundsätzlich der Mandant selbst zu beweisen⁷⁴⁶.

G. Schlussbetrachtung

Unterhaltsvereinbarungen bestimmen im Scheidungsfall die naheheliche Lebenssituation und die finanziellen Möglichkeiten. Sie regeln abweichend von den gesetzlichen Regelungen zum nahehelichen Unterhalt nach § 1569 BGB den Austausch regelmäßiger finanzieller Leistungen zwischen Personen, die jetzt eigentlich getrennte Wege gehen und für Autonomie und Unabhängigkeit voneinander kämpfen. Soll dieses äußerst widersprüchliche und komplizierte Verhältnis aus was für Gründen auch immer nicht durch das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht geregelt werden, sind die Eheleute von Gesetzes wegen (§1585 c BGB) völlig frei in ihrer Vertragsgestaltung hinsichtlich Inhalt und Form. Dies bietet selbstverständlich Raum, Machtinteressen bewusst oder unterschwellig zu Lasten des Partners für den eigenen Vorteil auszuleben. Und dies findet wie gezeigt nicht etwa nur bei Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen statt, bei welchem die partnerschaftliche Beziehung, die gegenseitige Zuwendung schon nicht mehr besteht. Im Gegenteil: gerade diese sind e-

⁷⁴⁶ BGH, NJW 1998, 1860; Heinrichs in Palandt/Heinrichs, BGB-Komm.,

her von einem Machtkampf zwischen eigenständigen Partnern (vergleichbar mit anderen Verträgen aus dem Privatrechtsverkehr) geprägt, was nicht selten am Ende zu einem mehr oder weniger gerechten Interessenausgleich führt. Auch dürften deshalb bei diesen Vereinbarungen oftmals juristische Experten mitwirken.

Problematisch ist hingegen vielfach die Situation im Zusammenhang mit einer Eheschließung oder während einer bestehenden Ehe im Zusammenhang mit einer Ehekrise.

Romantische Verliebtheit und der Wille zur Ehe einerseits sowie das Androhen von Trennung oder Nichttheirat andererseits führen zu Konfliktsituationen, die es beiden Ehepartnern fast unmöglich machen, unbefangen auf einen gerechten Interessenausgleich in der Vereinbarung hinzuwirken.

Es wurde gezeigt, unter welchen Umständen Unterhaltsverzicht abgeschlossen werden und wann diese unwirksam sind bzw. das Berufen darauf rechtsmissbräuchlich. Dabei wurde deutlich, dass sich in den letzten Jahren in der Bewertung von Unterhaltsvereinbarungen in Rechtsprechung und Schrifttum ein Wandel vollzogen hat, der mit dem veränderten Verständnis der Geschlechterrollen in der Gesellschaft einhergeht.

An dieser Stelle soll nicht versäumt werden, darauf hinzuweisen, dass im Vorstehenden nur deshalb immer noch von der Frau als Unterlegene ausgegangen worden ist, weil diese in der gesellschaftlichen Realität – anders als im gesellschaftlichen Bewusstsein – nach wie vor fast ausschließlich die Familienarbeit leistet. Sollte ausnahmsweise einmal ein Hausmann und Vater von

einer ihn völlig rechtlos stellenden Regelung in einem Ehevertrag oder einer Scheidungsfolgenvereinbarung betroffen sein, kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Allerdings sollte dann verstärkt auf eine einzelfallgerechte Lösung hingearbeitet werden.

Es bleibt zu hoffen, dass sich der Wandel im Verständnis der Ehemann- und Vaterrolle verstärkt auch in der familiären Praxis niederschlägt. Für den Juristen würde dies jedenfalls ein weiteres Betätigungsfeld eröffnen, in dem auch er sein eigenes Rollenverständnis immer wieder überdenken und korrigieren muss.

Dass sich der Wandel aber nicht nur gesellschaftspolitisch vollzieht, sondern auch demographisch, zeigen die jüngsten Rechtsprechungsfälle, in denen immer öfter ein Deutscher sich einen erheblich jüngeren, ausländischen Staatsbürger aussucht und heiratet – unter der Bedingung des Abschlusses eines Globalverzichtes⁷⁴⁷. Es steht zu erwarten, dass im Hinblick auf diese Fälle zukünftig der Betreuungsunterhalt zumindest quantitativ an Bedeutung verlieren wird, hingegen der Unterhaltsanspruch wegen Krankheit und Alters immer größere Bedeutung erlangt und die Rechtsprechung vor der Aufgabe steht, die zum Betreuungsunterhalt entwickelten Grundsätze nun auf andere Unterhaltstatbestände anzuwenden. Es bedarf hier sicherlich einer sehr differenzierten Anwendung der Kernbereichslehre; verbunden mit einer besonderen Sorgfalt zum Schutze der Privatautonomie. Erste Schritte wurden bereits gemacht, so beispielsweise auch bei der differenzierten Anwendung der Teilnichtigkeit nach § 139 BGB.

Nach allem dem, bleibt festzuhalten, dass nichts so sehr den Wandel der Geschlechterrollen zu dokumentieren

⁷⁴⁷ Bemerkenswerterweise handelt es sich zumeist um ältere deutsche

scheint, wie die abgeschlossenen Unterhaltsvereinbarungen und deren rechtliche Bewertung durch den Richter. Tatsache ist jedoch, dass nur eine intakte, gleichberechtigte Partnerschaft die Basis für eine ausgewogene Unterhaltsvereinbarung sein kann. Unterhaltsvereinbarungen sind also nur so gut wie die jeweilige Ehe, was paradox ist.

Für den Juristen besteht die Verantwortung darin, dem gesellschaftlichen Wandel der Geschlechterrollen unabhängig von seinem persönlichen Rollenverständnis bei der Vertragsgestaltung oder der Überprüfung von Unterhaltsverzichtern Rechnung zu tragen.

Ehepartnern bleibt die Sicherheit, dass ein partnerschaftliches Miteinander nicht nur die Basis für die Gestaltung ihrer ganz individuellen Ehe ist, sondern auch für die individuelle Gestaltung ihrer unterhaltsrechtlichen Beziehung nach der Scheidung sein muss.

Lebenslauf

- geboren am 11.11.1970 in Wippra/Sachsen Anhalt
- 1977-1986 Besuch der Polytechnischen Oberschule in Köthen/Sachsen-Anhalt
- 1986-1989 Besuch der Erweiterten Oberschule in Köthen/Sachsen-Anhalt
- 1989-1991 Cellistin an den Elbe-Saale-Bühnen Bernburg/Wittenberg
- 1991-1995 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld
- 1995-1997 Referendariat am Landgericht Bielefeld
- 1997-2000 angestellte Rechtsanwältin
- 1999 Heirat mit dem Volljuristen Steffen Tutschka
- 2000 Geburt der Tochter Blanca
- 2001 Geburt der Tochter Tessa
- 2003 Geburt der Tochter Mina
- seit 2001 selbstständige Rechtsanwältin
- seit 2007 Unternehmensjuristin