

Der Fluranwalt

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Jörg Kleinwegener, Detmold

Die nachfolgende Szene wird Ihnen, sehr verehrte Frau Kollegin/sehr geehrter Herr Kollege, bestimmt bekannt vorkommen:

Sie sitzen mit Ihrem Mandanten auf dem Gerichtsflur. Sie warten darauf, dass „Ihr“ Termin für eine Ehescheidung aufgerufen wird. Die vorhergehende Sache scheint sich etwas zu verzögern. Diese Wartezeit nutzen Sie, um Ihren Mandanten noch einmal über den Ablauf des bevorstehenden Ehescheidungsstermins zu informieren und ihn zu beruhigen.

Es öffnet sich die Tür zum Sitzungssaal. Heraus tritt der Kollege Y, tritt auf Sie zu und fragt: „Könnten Sie bitte einmal *kollegialiter* auftreten? Es geht nur um die Protokollierung eines Vergleichs und um Rechtsmittelverzicht. Die Parteien haben bereits alles ausgehandelt.“

Selbstverständlich verhalten Sie sich jetzt *kollegialiter*. Selbstverständlich begrüßen Sie kurz den Ehemann und setzen sich daneben. Selbstverständlich überfliegen Sie eine privatschriftliche Scheidungsfolgenvereinbarung. Selbstverständlich wird dieser privatschriftliche Vergleich verlesen und dann als Anlage I zu dem Sitzungsprotokoll genommen. Selbstverständlich erklären Sie dann umfassend Verzicht auf Rechtsmittel, Tatbestand und Entscheidungsgründe und Anschlussrechtsmittel jeglicher Art. Selbstverständlich nehmen Sie 50,00 EUR in bar von dem frisch geschiedenen Ehemann entgegen. Und genauso selbstverständlich antworten Sie auf den *kollegialen* Dank des Herrn Kollegen mit den Worten: „War doch nicht der Rede wert“.

Danach wird dann „Ihre Sache“ aufgerufen und verhandelt. Die zufriedene Mandantin verabschiedet sich von Ihnen. Mittags laden Sie Ihren Sozium zum Essen ein; schließlich haben Sie ja 50,00 EUR im Portemonnaie. Abends fahren Sie abgespannt nach Hause: Es war ein Tag wie immer; es hat sich nichts Wesentliches ereignet.

Ein halbes Jahr später bekommen Sie Post von einer Anwaltssozietät mit dem Vermerk „persönlich/vertraulich“. Darin wird Ihnen mitgeteilt, Ihre Sozietät habe Herrn M im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens vertreten. Im Rahmen dieses Ehescheidungsverfahrens hätten Sie für Herrn M auch einen Scheidungsfolgenvergleich protokolliert. Sie hätten auch eine Gebühr von 50,00 EUR brutto ohne Quittung erhalten. Dieser Vergleich sei jedoch sehr zu Ungunsten von Herrn M ausgefallen, weshalb er Sie jetzt in Regress nehme. Denn hinsichtlich der Einkommensverhältnisse des Herrn M bezüglich des zu zahlenden Kindesunterhaltes sei die Steuerklasse III zu Grunde gelegt worden; tatsächlich habe Herr M aber schon seit geraumer Zeit die Steuerklasse I. Sein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen sei deshalb erheblich geringer. Weiterhin habe Herr M aufgrund dieses Vergleichs an die Ehefrau einen Zugewinnausgleichsbetrag gezahlt. Er habe jetzt aber festgestellt, dass bei der Ermittlung dieses Ausgleichsbetrages zum einen auf seiner Seite ein Darlehen keine Berücksichtigung gefunden habe. Zum anderen sei auch eine Erbschaft nach seiner verstorbenen Mutter in nicht unbedeutender Höhe nicht in die Berechnung eingeflossen.

Bei der Postbesprechung ist Ihr Sozium zugegen. Auf dessen Frage, was dieser Brief denn solle, können Sie nur den Kopf schütteln. Sie wollen sich die Akte jetzt erst einmal angucken. Weder mit Hilfe des Computers noch Ihrer Mitarbeiterin, die sich an jeden Fall genau erinnern kann, finden Sie diese Akte.

keine Schuldfähigkeit vorliegen muss. Die in §§ 2333–2335 BGB genannten Verfehlungen wurden als so schwerwiegend angesehen, dass zuvor erbrachte Solidarleistungen davon so sehr in den Hintergrund gedrängt wurden, dass sie vom Pflichtteilsrecht unbeachtet bleiben konnten, weil der Pflichtteilsberechtigte durch sein Verhalten die Vermutung einer persönlichen Beziehung zum Erblasser zerstört hat und einen Anteil aus dem Vermögen des Erblassers nicht mehr verdient. Aus demselben Grund können grundsätzlich auch nur verwertbare Verfehlungen maßgeblich sein.⁴⁶ Die Zumutbarkeitsgrenze muss aber bei einem Nach-dem-Leben-Trachten schon dann als erreicht angesehen werden, wenn ein schuldunfähiger Pflichtteilsberechtigter dem Erblasser vorsätzlich und ernsthaft nach dem Leben getrachtet hat. Eine Pflichtteilsentziehung kann in diesen Fällen allerdings nicht als Strafe angesehen werden; denn eine Strafe kann nur einen verantwortlich Handelnden treffen. Die Entziehungsgründe werden aber zu einseitig als Strafvorschriften verstanden.⁴⁷ § 2333 Nr. 1 BGB gibt die Möglichkeit, den Aspekt der Zumutbarkeit aus Sicht des Erblassers zu berücksichtigen. Ein unmittelbar bevorstehender Angriff auf das Leben des Erblassers – beim Angriff auf das Leben anderer Personen ist dies problematischer – stellt einen so erheblichen Angriff dar, dass es m.E. nicht zumutbar ist, die Testierfreiheit des Erblassers hinsichtlich dieses Pflichtteilsberechtigten zu beschränken, der eine ernste Gefahr für das Leben des Erblassers darstellt.

Eine solche Auslegung von § 2333 Nr. 1 BGB bietet zudem eine Lösungsmöglichkeit de lege lata für den zurzeit beim BVerfG anhängigen Fall, bei dem ein schuldunfähiger pflichtteilsberechtigter Abkömmling seine Mutter zunächst zu töten versucht hatte und dies schließlich verwirklichte, nachdem seine Mutter ihm den Pflichtteil entzogen hatte.⁴⁸

3. Auslegungsmöglichkeiten für den ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel, § 2333 Nr. 5 BGB

Maßgeblich für einen ehrlosen, unsittlichen Lebenswandel i.S.d. § 2333 Nr. 5 BGB kann allein die abstrakte Geeignetheit des Verhaltens zur Beeinträchtigung der Familienehre und nicht deren konkrete Verletzung sein.⁴⁹ Auch hier muss die Beeinträchtigung geeignet sein, die oben dargestellten Vermutungen zu entkräften. Als Lebenswandel sollten auch einmalige Verfehlungen angesehen werden, wenn weitere Verfehlungen nicht auszuschließen sind.⁵⁰ Hierfür trüge dann der Berechtigte nach § 2336 Abs. 4 BGB die Beweislast.⁵¹ Der Anwendungsbereich der Vorschrift muss m.E. auf die krassen Fälle beschränkt bleiben, über deren Unsittlichkeit und Ehrlosigkeit ein mehrheitlicher moralischer Grundkonsens erzielt werden kann. Subjektive Gewissensentscheidungen des Erblassers können m.E. nicht maßgeblich sein, da in einer pluralistisch verfassten Gesellschaftsordnung jeder als eine dem anderen gleichgewichtige moralische Instanz anzusehen ist.

⁴⁶ Allg. Mg.: *AK/Däubler*, § 2333, Rn 5; *MüKo/Frank*, § 2333, Rn 2; *Staudinger/Olshausen*, Vor §§ 2333 ff. Rn 4; *Kipp/Coing*, S. 102.

⁴⁷ Dass die Entziehung Strafcharakter hat, ist allg. Mg., vgl. *Staudinger/Olshausen*, Vor §§ 2333 ff. Rn 3; *von Lübtow*, S. 605.

⁴⁸ BVerfG, Az. BvR 164/00, einstweilige Anordnung v. 10.10.2000 abgedruckt in ZNotP 2001, 33.

⁴⁹ So auch *MüKo/Frank*, § 2333, Rn 13; *Soergel/Dieckmann*, § 2333 Rn 16; *Staudinger/Olshausen*, § 2333 Rn 20; *Tiedke*, JZ 1980, 717, 718; *Gothardt*, FamRZ 1987, 757, 759; *Kanzleiter*, DNotZ 1984, 22, 29; *Groß*, S. 37 f.; *Lange/Kuchinke*, § 37, XIII 2 a); *Rauscher*, Bd. II 2, S. 126 ff. Anders die Rechtsprechung, BGHZ 76, 109.

⁵⁰ Anders die h.M., die einen „festgewurzten Hang“ zu dieser Lebensführung fordert, RG LZ 1923, 396; RG LZ 1923, 449, 450; BGH LM Nr. 1 zu § 2333 BGB, abgedruckt im Volltext als Nr. 1 zu § 1621 BGB; *AK/Däubler*, § 2333, Rn 21; *MüKo/Frank*, § 2333, Rn 15; *Soergel/Dieckmann*, § 2333, Rn 15; *Staudinger/Olshausen*, § 2333 Rn 20.

⁵¹ Hierin liegt der praktische und oft im Ergebnis entscheidende Unterschied zur h.M.

Dies ist auch nicht weiter verwunderlich: Sie haben die Personalien beider Parteien nicht notiert; Sie haben sich nicht das gerichtliche Aktenzeichen notiert; Sie haben das Sitzungsprotokoll nicht bekommen; Sie haben das Ehescheidungs Urteil nicht bekommen. Vorsichtshalber informieren Sie Ihre Haftpflichtversicherung. Den Kollegen teilen Sie mit, dass Ihnen eine solche Sache unbekannt sei; Sie seien zu keinem Zeitpunkt mandatiert gewesen. Nachdem die Kollegen Ihnen dann das Sitzungsprotokoll und eine Kopie des Vergleichs geschickt haben, teilen Sie den Kollegen mit, Sie seien doch damals nur *kollegialiter* aufgetreten. Damit sei die Sache für Sie dann auch erledigt.

Dies, liebe Kolleginnen und Kollegen, ist ein Trugschluss. Denn in dem oben genannten Termin zur mündlichen Verhandlung sind Sie ja bestimmt nicht *kollegialiter* aufgetreten. Sie haben nicht für einen Kollegen einen Termin zur mündlichen Verhandlung wahrgenommen. Vielmehr haben Sie den Ehemann in dem Ehescheidungsverfahren vertreten. Zwischen Ihnen und dem Ehemann ist ein Mandatsverhältnis zu Stande gekommen. Kraft dieses Mandatsverhältnisses konnten Sie doch auch nur den privatschriftlichen Vergleich zu Protokoll des Gerichts erklären und kraft dieses Mandatsverhältnisses konnten Sie dann doch auch nur Verzicht auf Tatbestand, Entscheidungsgründe und Rechtsmittel gegen das verkündete Urteil erklären. Und die besagten 50,00 EUR, die Ihnen der Ehemann dann noch freudig übergeben hat, waren bestimmt keine Anerkennung. Kraft des damit bestehenden Mandatsverhältnisses haften Sie bzw. Ihre Sozietät, der im Zweifelsfall ja das Mandat erteilt worden ist, uneingeschränkt. Da Sie kraft dieses Mandatsverhältnisses allein die Interessen Ihrer Partei zu vertreten haben, ist auch der Einwand, der andere Kollege habe den Vergleich ja ausgehandelt und beide Parteien hätten dem zugestimmt, unerheblich. Es wäre alleine Ihre Verpflichtung gewesen, zu überprüfen, ob dieser Vergleich in allen Teilen ausgewogen war. Sie hätten Ihren Mandanten vollumfänglich darauf hinweisen müssen, welche Vergleichspunkte zu seinen Gunsten und welche zu seinen Ungunsten sprechen würden. Sie hätten Ihren Mandanten auch darauf hinweisen müssen, dass er ungünstige Vergleichspunkte entgegen Ihrem anwaltlichen Rat akzeptieren würde. Mit anderen Worten: Sie stehen voll in der Haftung (vgl. *Bräuer*, Zusammenarbeit von Rechtsanwältinnen im Mandat, AnwBl 2002, 652). In Ihrem eigenen Interesse sollten Sie sich deshalb nicht *kollegial* verhalten. Auch dem Ansinnen vieler Richterinnen und Richter, sich die Arbeit etwas zu vereinfachen und an Sie mit den Worten heranzutreten: „Könnten Sie mal eben ...?“ sollten Sie entgegnetreten. Dies auch dann, wie dem *Verfasser* berichtet wurde, wenn ein Richter mit einer bereits von der Partei unterzeichneten Blankovollmacht an Sie herantritt, sodass Sie nur noch Ihren Namen einsetzen müssen.

Auch wenn bisher immer alles gut gegangen ist: Es muss ja nicht so bleiben.

Dokumentation

Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des DAV

vom Dezember 2002

Reform des Versorgungsausgleichs: Ausgleich nicht voll-dynamischer Anrecht im Sinne von § 1587a Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 BGB nach dem Unwirksamwerden der Barwertverordnung am 1.1.2003 hier:

Gesetz zur Ergänzung und Änderung des Versorgungsausgleichs

Mitglieder des Familienrechtsausschusses:

Rechtsanwältin *Dr. Ingrid Groß* (Vorsitzende und Bericht-erstatte(rin))

Rechtsanwalt *Dr. Peter Finger*

Rechtsanwältin *Linde Kath-Zurhorst*

Rechtsanwalt *Thomas Kilger*

Rechtsanwalt *Klaus Schnitzler*

Rechtsanwalt und Notar *Wolfgang Schwackenberg*

Dem vom Bundesministerium der Justiz vorgelegten Entwurf des Gesetzes zur Ergänzung und Änderung des Versorgungsausgleichs kann nicht zugestimmt werden. Die vorgeschlagene Lösung ist auch als Übergangslösung nicht geeignet.

In seiner Entscheidung v. 5.9.2001 folgte der BGH der Kritik, die an der Anwendung der Barwertverordnung auf die Umrechnung nicht kapitalgedeckter nicht volldynamischer Anwartschaften im Bereich der betrieblichen Altersversorgung, der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes und der berufsständischen Versorgung geübt worden war, und verlangte vom Gesetzgeber eine Korrektur der dort enthaltenen Rechenfaktoren bis 31.12.2002.

Das Bundesministerium der Justiz legt den Entwurf eines Gesetzes vor, der einen ganz anderen Weg geht. Zur Begründung führt das Bundesministerium der Justiz an, dass für eine kurze Übergangszeit bis zur Gesamtneuregelung des Versorgungsausgleichs kein neues Zahlenwerk errichtet werden sollte, sondern die Lösung in der Verweisung in den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich gesehen werden könne. Die Problematik einer solchen Lösung, die in den bekannten Schwächen des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs liegt, wird nicht übersehen. Das Ministerium meint aber, durch einige Korrekturen, die im VANG-E enthalten sind, diese Schwächen ausgleichen zu können und dennoch verbleibende Schwächen hinnehmen zu sollen, weil es sich bei den betroffenen Rechten nur um eine Randversorgung von nachrangiger Bedeutung für die soziale Sicherheit der Ehegatten handle.

Diesen Überlegungen kann nicht zugestimmt werden. Die betroffenen Anwartschaften sind keineswegs nur marginal. Die vorgeschlagene Lösung ist als Übergangslösung nicht geeignet.

Folgende Bedenken gegen die gewählte Lösung sind zu erheben:

(1) Die Ehegatten werden, da sie nicht wissen, wie hoch der Ausgleich sein wird, in der Planung ihrer Altersversorgung behindert.

(2) Der Berechtigte erhält den schuldrechtlichen Ausgleich erst, wenn auch der Pflichtige in Rente geht. Hierdurch kann eine Versorgungslücke entstehen, die unter Umständen durch den Unterhalt der Kinder oder die Sozialhilfe aufgefangen werden muss.

(3) Wenn ein nicht voll dynamisches nicht kapitalgedecktes Anrecht des Berechtigten über 2 Prozent der jeweiligen Bezugsgröße liegt – zur Zeit 46,90 € –, können die unter Umständen viel höheren Anwartschaften – die sehr wohl eine wichtige Grundlage der Versorgung sind – in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Beamtenversorgung im Zeitpunkt der Scheidung überhaupt nicht ausgeglichen werden. Hierin liegt ein sehr großer Nachteil für den Berechtigten.

(4) Wenn der Verpflichtete vor dem Berechtigten verstirbt, kommt der verlängerte schuldrechtliche Versorgungsausgleich nur in Betracht, wenn die betreffende Versorgung eine Hinterbliebenenversorgung vorsieht und der über-