

„Scheidung light“ mit Notaren – schon wieder?

Klaus Schnitzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Euskirchen



In einem Interview mit dem Handelsblatt kurz vor Ende des vergangenen Jahres hat die neue bayerische Justizministerin *Beate Merk*, CSU, gemeint: Wo steht eigentlich geschrieben, dass bei Ehescheidungen immer eine Verhandlung vor dem Familiengericht notwendig ist? In einvernehmlichen Fällen kann den schriftlichen Gerichtsbeschluss ebenso gut ein Notar vorbereiten.

Auch die Erteilung von Erbscheinen und die Eröffnung von Testamenten könne man getrost den Notaren überlassen (Handelsblatt, 19.12.2003).

Man ist geneigt, der neuen Justizministerin zu empfehlen, dass ein Blick ins Gesetz die Rechtsfindung erleichtert. Die sachliche Zuständigkeit der Familiengerichte für Ehescheidungs- und sonstige Familiensachen finden sich im GVG und der ZPO (§ 23b GVG, §§ 606, 621 ZPO).

Der Vorschlag der bayerischen Justizministerin ist nicht neu. So meinte der damalige gerade ins Amt gekommene Berliner Senator für Justiz *Körting*, 1998/1999 die Fachwelt mit dem Vorschlag begeistern zu können, Ehescheidungen zukünftig bei den Standesämtern anzusiedeln. Der Vorschlag wurde von dem Bundesjustizminister *Schmidt-Jortzig* vehement unterstützt.

Die Bundesnotarkammer hatte 1991 schon einmal den Versuch unternommen, die einvernehmliche Ehescheidung den Notaren zuzuschieben.

Folgende Argumente sprechen gegen derartige Überlegungen:

1. Die Justizstatistiken lassen keine klare Erkenntnis darüber zu, wie es zu einer einvernehmlichen Ehescheidung kommt. Es gibt zwar auch nach meiner Erfahrung Fälle, die innerhalb von wenigen Minuten abgewickelt werden können: Kinderloses Ehepaar mit jeweils gleichem Nettoeinkommen beim gleichen Arbeitgeber lässt sich nach einer kurzen Ehe scheiden. Der Aufwand der Familiengerichte für diese Scheidung ist minimal. Häufig kommt es aber in vielen Fällen erst im Gerichtstermin zu einem umfassenden Ehescheidungsfolgenvergleich, der von beiden Parteien akzeptiert wird. Hier ist das Geschick des Familienrichters und der beteiligten Anwälte gefragt, das Ehescheidungsverfahren mit einem umfassenden Vergleich zu beenden (vgl. auch Interview mit Frau *Reischauer-Kirchner*, Staatssekretärin im Justizministerium des Landes Rheinland-Pfalz, FF 1999, 97 f.).
2. Zwei parallele Verfahren, einmal vor dem Notar und einmal vor dem regulären Familiengericht, sind nicht zu rechtfertigen. Die „notarielle Scheidung“ würde den Eindruck erwecken, als wolle man die Ehescheidung von Staatswegen erleichtern. Eine derartige Zweigleisigkeit ist abwegig.
3. Artikel 6 des Grundgesetzes sieht eine Institutsgarantie der Ehe und Familie vor. Der gesetzlichen Möglichkeit der Ehescheidung steht die Institutsgarantie der Ehe zwar nicht entgegen, allerdings soll die Ehescheidung auch nicht erleichtert werden. Zu den Strukturprinzipien der Ehe gehört, dass sie eine grundsätzlich unauflösbare

Lebensgemeinschaft ist, die nur durch einen gerichtlichen Gestaltungsakt beendet werden kann (vgl. *Maunz-Dürig/Badura* zu Artikel 6, Rn 72; ähnlich *Peschel-Gutzeit*, Scheidung light – Neuland oder Sackgasse?, FPR 1999, 127. Frau *Peschel-Gutzeit* war lange Jahre bekanntlich Familienrichterin, bevor sie Senatorin für Justiz in Berlin und Hamburg wurde.

4. Die Scheidungsvoraussetzungen festzustellen, ist eine typisch richterliche Aufgabe, die von einem Notar nicht wahrgenommen werden kann (Beweisaufnahme).
5. Dass gerade Notare besonders geeignet sein sollen, Ehescheidungen durchzuführen, dürfte in Anbetracht der aktuellen Diskussion um Eheverträge und ihre Wirksamkeit bezweifelt werden können. Nach den grundlegenden Entscheidungen des BVerfG v. 6.2.2001 stehen die Eheverträge, die schließlich von Notaren erstellt worden sind, auf dem Prüfstand. Der BGH wird aktuell zu einem Urteil des OLG München, Senat Augsburg, entscheiden müssen, ob der notarielle Vertrag Bestand hat (vgl. *FamRZ* 2003, 35 und *FF* 2003, 30 sowie *Dauner-Lieb*, *FF* 2003, 117).

Warum unter diesen Umständen ausgerechnet Notare besonders qualifiziert sein sollen, die Vereinbarung und die Ehescheidung durchzuführen, ist nicht nachvollziehbar.

Es soll nicht verschwiegen werden, dass die Justizministerin *Merk* inzwischen eine weitere Presseerklärung herausgegeben hat – Ehe als familienpolitisches Leitbild bleibt unangetastet (vgl. Pressemitteilung v. 8.1.2004, abrufbar über www.justiz-bayern.de.presse).

Die Justiz mag Möglichkeiten nutzen, Aufgaben abzubauen und zu privatisieren. Im Bereich der Familiengerichtbarkeit besteht hierzu weder ein Anlass noch eine Notwendigkeit.

Aufsätze

Außergerichtliche Unterhaltsvereinbarungen¹

– zur anwaltlichen Vertragsgestaltung – ein Streifzug –

Jörg Hoffmann, Vorsitzender Richter am OLG Zweibrücken

I. Gegenstand der Darstellung

Angesprochen ist allein die in der anwaltlichen Praxis im Vordergrund stehende Regulierung von Kindesunterhalt sowie Trennungs- und nachehelichem Ehegattenunterhalt. Familienunterhalt, Elternunterhalt, Ansprüchen zwischen nicht verheirateten Eltern nach § 1615l BGB sowie Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft kommt vertragsrechtlich eine eher geringe Bedeutung zu. Die Darstellung beschränkt sich des Weiteren auf gesetzliche Unterhaltsansprüche, die durch Zahlung einer Geldrente nach § 1361 Abs. 4 BGB (Trennungsunterhalt), §§ 1570 ff., 1585 Abs. 1 BGB (nachehelicher Ehegattenunterhalt) sowie §§ 1601, 1612 BGB (Kindesunterhalt) zu befriedigen sind. Die Unterhaltsgewährung durch einseitiges Rechtsgeschäft wie Stiftung oder letztwillige Verfügung ist ebenso wenig angesprochen wie den Lebensunterhalt sichernde Leibrenten, Altenteilsverträge oder die bedarfsdeckende Übertragung von ertragsreichen Vermögenswerten wie z.B. Wertpapieren, Immobilien etc.

¹ Die Darstellung entspricht in Teilen meinen weiterführenden Ausführungen in *Göppinger/Wax*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., Rn 1282 ff. Auf weitergehende Formulierungsbeispiele ist aus Platzgründen verzichtet. S. dazu die umfangreiche Spezialliteratur.

II. Zeitpunkt der Vereinbarung

Die Parteien sind darin frei, zu jeder ihnen beliebigen Zeit Unterhaltsvereinbarungen zu schließen. Das Gesetz bestimmt nicht, dass eine Unterhaltsregelung für die Zeit nach der Scheidung in einem zeitlichen Zusammenhang mit einem – beabsichtigten oder schon anhängigen – Scheidungsverfahren getroffen werden muss. Über den Wortlaut des §1585c BGB (der von „Ehegatten“ spricht) hinaus kann sie schon im Zusammenhang mit der Eheschließung und auch zuvor, aber auch noch nach rechtskräftiger Scheidung getroffen werden.

Der Anwalt wird anders als der Notar mit dem Entwurf von Unterhaltsvereinbarungen regelmäßig erst dann befasst sein, wenn „das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist“, sich die Ehe des Mandanten/der Mandantin also zumindest bereits „in Auflösung“ befindet. Die Beurkundung auch Unterhaltsansprüche regelnder umfassender – vorsorgender – Eheverträge ist ohnehin dem Notar vorbehalten (§ 1410 BGB). In Trennungvereinbarungen, vor der Scheidung der Ehe geschlossenen Scheidungsfolgenvereinbarungen und Verträgen nach Scheidung der Ehe bietet sich dem Anwalt die Möglichkeit einer streitschlichtenden außergerichtlichen Vertragsgestaltung. So kann durch situationsadäquate Regelungen den besonderen Wünschen des Mandanten/der Mandantin abweichend von der Gesetzeslage zeitnah und kostengünstig Rechnung getragen werden.

III. Anwaltliche Vertretung beider Parteien

Nach § 43 Abs. 4 BRAO darf der Rechtsanwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten (s. dazu auch § 3 der Berufsordnung für Rechtsanwälte sowie § 356 StGB). Ihm ist es also regelmäßig verwehrt, beide Eheleute hinsichtlich des konkreten Sachverhalts zu beraten, einen Unterhaltsvergleich vorzubereiten und sodann als Vertreter einer Partei an dessen Abschluss mitzuwirken. Ob er im Rahmen eines Doppelmandats für beide Parteien eine Scheidungsfolgenvereinbarung erarbeiten darf, wird in der Lit. unterschiedlich gesehen. Dies gilt grundsätzlich für alle in einer Sozietät verbundenen Anwälte. Unberührt bleibt die Tätigkeit als Mediator, wobei indes der Anwalt im Falle des Scheiterns der Mediation regelmäßig keinen Ehepartner allein weiter vertreten darf.²

IV. Formbedürftigkeit

Unterhaltsvereinbarungen sind als solche formlos gültig. Anderes kann im Hinblick auf den besonderen Vertragsinhalt anzunehmen sein: wenn ausnahmsweise der Unterhalt schenkungsweise versprochen, § 518 Abs. 1 BGB, eine Leibrente gewährt wird, § 761 BGB, oder im Zusammenhang mit der Übertragung eines Grundstücks, § 311b Abs. 1 BGB. Wollen sich die Ehegatten einverständlich scheiden lassen, so ist Voraussetzung hierfür u.a. die Herbeiführung eines vollstreckbaren Titels über den Unterhalt eines mj. Kindes sowie die durch die Ehe begründete gesetzliche Unterhaltspflicht (§§ 630 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 3 i.V.m. 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Für Ehevertrag und Scheidungsvereinbarung betr. das eheliche Güterrecht und den Versorgungsausgleich sind Formerfordernisse gesetzlich vorgeschrieben (§§ 1378 Abs. 3, 1410 und 1587o BGB).³

Ein eventueller Formzwang erfasst bei gemischten und zusammengesetzten Verträgen grundsätzlich das ganze Rechtsgeschäft einschließlich der Nebenabreden, sofern die einzelnen Vereinbarungen – zumindest einerseits gewollt und andererseits hingenommen – dessen Bestandteil sein („miteinander stehen und fallen“) und nicht für sich allein gelten sollen. Wird eine Unterhaltsvereinbarung mit formbedürftigen anderen Vereinbarungen verbunden, so bedarf auch sie deshalb im Zweifel der Form.⁴

V. Regelungsinhalte bei Rentenvereinbarung

1. Allgemein (Merkposten)

- Darzustellen sind – und zwar gesondert für jeden Unterhaltsberechtigten – Grund und Höhe des Anspruchs sowie die Aufgliederung in Elementar-, Kranken- und Altersvorsorgeunterhalt. Beim Kindesunterhalt maßgeblicher Tabellenbetrag (DüTab Stand ..., Einkommengruppe ..., Alterstufe ...), evtl. Mehrbedarf und Sonderbedarf. In den Tabellensätzen sind Beiträge des nicht in der Familie mitversicherten Kindes zur Kranken- und Pflegeversicherung nicht enthalten (DüTab Stand 1.7.2003 Teil A. Anm. 9; SüdL Stand 1.7.2003 Anm. 11.1). Vorsorgeunterhalt wegen Alters und Berufsunfähigkeit steht dem in Ausbildung befindlichen Kind grundsätzlich nicht zu. Bewertung von Naturalleistungen, die anstelle einer Geldrente erbracht werden.
- Alle den Bedarf, die Bedürftigkeit und die Leistungsfähigkeit bestimmenden Umstände, falls denn insoweit Bindung gewollt, insbes. unterhaltsrechtlich maßgebendes Erwerbseinkommen, Abzug berufsbedingter Aufwendungen und Vermögensbildung, Kapitalerträge, Höhe Wohnvorteil, Modalitäten Verwertung Vermögensstamm, trennungsbedingter Mehrbedarf, Sonderbedarf, Ersparnis durch Zusammenleben mit neuem Partner etc. Schuldendienste (Dauer, Folge, wenn nicht bedient). Anrechnung eigener Einkünfte. Klarstellend auch Nichtberücksichtigung von Einkünften bzw. Belastungen. Behandlung freiwilliger Leistungen Dritter. Evtl. Vorrang Kindesunterhalt im Mangelfall (kann hinsichtlich der Vorteile des begrenzten Ehegattenrealsplittings nachteilig sein). Höhe Selbstbehalt.
- Bezug und Verrechnung Kindergeld.
- Eintragung von Steuerfreibeträgen, insbes. Kinderfreibeträgen.
- Erwerbsobliegenheit und evtl. Grund und Höhe eines fiktiven Einkommens; auch Wert Versorgungsleistungen für neuen Partner.
- Fälligkeit: üblicherweise monatlich im Voraus bis zum 3. Werktag eines Monats. Verzugszinsen. Zahlungsweise.
- Klarstellen, ob Umstände die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt haben (Differenz-, Additions-, Abzugsmethode), Behandlung überobligatorisch erzielter Einkünfte und außerordentlicher Zahlungen, wie z.B. Abfindungen und Spesen. Unterhaltsquote.
- (nicht üblich, aber empfehlenswert): Rechenwerk, insbesondere bei Mangelfall und bzgl. Haftungsanteile bei Barunterhaltspflicht beider Elternteile.
- Festschreibung oder Abänderbarkeit der Vereinbarung, Vereinbarung von Abänderungsgründen. Auswirkungen Wegfall Kindesunterhalt auf Ehegattenunterhalt. Folge bei Ruhestand, bei Durchführung des Versorgungsausgleichs, bei Volljährigkeit des unterhaltsberechtigten Kindes (grundsätzlich beide Elternteile barunterhaltspflichtig).

2. Begrenzung des Anspruchs und Geltungsdauer der Vereinbarung

Immer zu erwägen ist eine zeitliche und höhenmäßige Begrenzung des Unterhaltsanspruchs entsprechend §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 BGB, auch mit gestaffelten Beträgen.⁵ Eine Befristung des Nachscheidungsunterhalts kann beispielsweise festgemacht werden an einem bestimmtem

2 S. zu alledem *Hartung*, FF 2003, 156, und *Henssler/Deckenbrock*, MDR 2003, 1085, jeweils als Anm. zu OLG Karlsruhe NJW 2002, 3561.

3 *Göppinger/Wax*, a.a.O. in Fn 1, Rn 1286.

4 *Göppinger/Wax*, a.a.O. in Fn 1, Rn 1329.

5 S. dazu *Langenfeld*, FPR 2003, 155 mit Musterformulierungen.

Datum, einer Wiederheirat bzw. neuen Lebenspartnerschaft, dem Wegfall der Betreuungsbedürftigkeit der Kinder (mögl. festes Datum), dem Wiedereintritt ins Erwerbsleben (Datum Beginn Erwerbsobliegenheit) oder dem Ruhestand des Unterhaltsverpflichteten. Beim Kindesunterhalt mögliche Befristung der Regelung bis zur Volljährigkeit des Kindes (nicht in dessen Interesse, Pflichtiger mag Abänderung verlangen; anders wenn Wegfall Bedürftigkeit oder anteilige Haftung beider Elternteile zu erwarten) oder bis zum Ausbildungsende. Zur Verzichtbarkeit des Anspruchs s. unten VII.1.a). Auch wenn das volljährige Kind nicht mehr der Betreuung bedarf und beide Elternteile nunmehr grundsätzlich barunterhaltspflichtig sind, besteht der unbefristete Unterhaltstitel wegen der Identität des Unterhaltsanspruchs des minderjährigen und dem des volljährigen Kindes auch nach dessen Volljährigkeit fort. Trennungsunterhalt und naheheglicher Ehegattenunterhalt hingegen sind nicht identisch. Eine Unterhaltsregelung für die Trennungszeit behält nur bei entsprechender Vereinbarung auch nach der Scheidung Gültigkeit.

3. Auskünfte

Obliegenheit des Unterhaltsberechtigten, u.U. auch beider Vertragspartner, über wesentliche Änderungen der finanziellen Verhältnisse unaufgefordert und unverzüglich zu informieren. Gestaltung eines konkreten Auskunftsrechts (Inhalt der Auskunft, Belege, Häufigkeit). Beim Kindesunterhalt Beleg Ausbildungsstand, beim Vorsorgeunterhalt bestimmungsgemäße Verwendung.

4. Sicherheitsleistung⁶

Auch ohne Anspruch des Unterhaltspflichtigen auf Sicherheitsleistung (§ 1585a BGB) kann die Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs rechtsgeschäftlich gesichert werden (bei laufendem Unterhalt im Allgemeinen unüblich, eher angezeigt bei Abfindungszahlungen). Die Art der Sicherheitsleistung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

5. Wertsicherungsklauseln⁷

Einer effektiven Entwertung der nominell gleich bleibenden Rente infolge steigender Lebenshaltungskosten sollen Wertsicherungsklauseln vorbeugen. Da eine wesentliche Veränderung der Lebenshaltungskosten auch im Rahmen der Unterhaltsanpassung gem. § 323 ZPO bzw. § 313 BGB zu berücksichtigen sein kann,⁸ liegt der Wert solcher Klauseln primär darin, Ungewissheit und Streit der Parteien vorzubeugen. Beim Kindesunterhalt sind sie ohnehin wegen der möglichen Dynamisierung der Regelbeträge (§1612a BGB) weit gehend entbehrlich. Von Klauseln des Inhalts, dass der Verpflichtete einen bestimmten Bruchteil seines Einkommens an den Berechtigten abzuführen hat, ist abzuraten, wenn nicht vorauszusehen ist, dass dem Verpflichteten künftig keine weiteren Unterhaltsverpflichtungen (durch Wiederheirat, Geburt weiterer Kinder u.Ä.) entstehen werden. Jedenfalls sollte ein konkreter Selbstbehalt im Hinblick auf mögliche Verrentung oder Arbeitslosigkeit festgeschrieben werden.

Die Wertsicherung gesetzlicher Unterhaltsverpflichtungen als Geldwertschulden (im Gegensatz zu Geldsummenschulden) bedarf nach bestrittener – höchstrichterlich bislang nicht bestätigter – Auffassung keiner Genehmigung des nach § 7 PrKV zuständigen Bundesamtes für Wirtschaft. Jedenfalls aber muss Unterhalt als solcher geschuldet werden und dürfen nicht etwa aus anderem Rechtsgrund geleistete Beträge dem Unterhalt des Empfängers dienen (z.B. Kaufpreiszahlung für ein Grundstück oder einen Betrieb in Form einer lebenslangen Rente). Hiervon abgesehen unterliegen dem Indexierungsverbot nach § 2 Abs. 1 PaPkg nur Klau-

seln, wonach Geldschulden „unmittelbar und selbsttätig“ durch den Preis oder Wert von anderen – nicht vergleichbaren – Gütern oder Leistungen bestimmt werden, sich die Veränderung also ipso facto vollzieht. Genehmigungsfrei sind deshalb Leistungsvorbehaltsklauseln, wonach bei einer Änderung der Vergleichsgröße ein Vertragspartner vom anderen Verhandlungen über die Höhe des nunmehr geschuldeten Betrages verlangen kann (ggf. gem. § 315 ff. BGB). Spannungsklauseln bleiben nach § 1 Nr. 2 PrKV generell genehmigungsfrei. Im Zweifel empfiehlt es sich, zumindest ein sog. Negativattest zu beantragen und zugleich fürsorglich einen Genehmigungsantrag nach § 2 PaPkg zu stellen.

Formulierungsbeispiel (genehmigungsfreie Spannungsklausel)

Sobald sich die Gehaltsbezüge eines nach der Besoldungsgruppe A 15 einschließlich Sonderzahlungen und Zuschlägen besoldeten Beamten des Bundeslandes X, verheiratet und kinderlos, Alterstufe entsprechend derjenigen des Unterhaltsschuldners, um mehr als 5 % erhöhen oder vermindern, erhöht oder vermindert sich von diesem Zeitpunkt an auch der vereinbarte Unterhaltsbetrag im entsprechenden prozentualen Verhältnis.

VI. Vereinbarung von Kindesunterhalt

1. Vertretung, Wirkung

Solange die noch miteinander verheirateten Eltern getrennt leben oder eine Ehesache zwischen ihnen anhängig ist, kann ein Elternteil nur im eigenen Namen – in gesetzlicher Prozessstandschaft – Unterhaltsansprüche des minderjährigen Kindes gegen den anderen Elternteil *gerichtlich* geltend machen und mit Wirkung für und gegen das Kind durch Prozessvergleich vereinbaren (§ 1629 Abs. 3 BGB). Ansonsten vertritt der alleinsorgeberechtigte Elternteil oder bei gemeinsamer elterlicher Sorge derjenige, in dessen Obhut sich das Kind befindet, dieses vor Gericht (§ 1629 Abs. 1 und 2 BGB).

Für *außergerichtliche* Vereinbarungen gilt § 1629 Abs. 3 BGB nicht. Bei Vereinbarungen betr. Unterhaltsansprüche der gemeinsamen Kinder handelt es sich regelmäßig um interne Verträge zwischen den Eltern, die nur zwischen diesen, nicht aber für und gegen das Kind, Rechtswirkungen entfalten. Regelungsgegenstand ist mithin allein die Absprache der Eltern untereinander, wer in welcher Weise die Unterhaltslast zu tragen hat. Ein echter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB), aus dem eigene Leistungsansprüche des Kindes erwachsen, kann nur dann angenommen werden, wenn ein darauf gerichteter Parteiwille deutlich zum Ausdruck kommt. Selbst Vertragspartner wird das Kind nur, wenn der Fremdvertretungswille der Eltern erkennbar hervortritt (§ 164 BGB).

2. Freistellung

Eine Freistellung von Unterhaltsansprüchen ist rechtlich möglich und kann bereits vor der Geburt des unterhaltsberechtigten Kindes vereinbart werden. Der Unterhaltsanspruch wird durch eine solche Abrede, die als Erfüllungsübernahme anzusehen ist, nicht betroffen. Das Kind behält seine Ansprüche gegen den ihm gegenüber unterhaltspflichtigen Elternteil und kann diese notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Nach § 329 BGB ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass der Unterhaltsgläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, von dem Dritten Befriedigung zu fordern. Die Freistellung des nicht betreuenden

⁶ Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 1297.

⁷ Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 1298 ff.

⁸ Z.B. bei Änderungen der Bedarfssätze der Unterhaltstabellen; s. OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1049.

Elternteils durch den Betreuenden ist dann unwirksam, wenn dadurch eine den Interessen des Kindes entsprechende Betreuung und ein den Verhältnissen beider Eltern angemessener Barunterhalt nicht mehr sichergestellt ist. Der Betreuende muss nicht nur in der Lage sein, den Bedarf des Kindes zu decken, sondern muss auch seinen eigenen Unterhalt bestreiten können.⁹

3. Formulierungsbeispiele¹⁰

a) statischer Unterhalt

Der Kindesvater ... zahlt ab ... als Kindesunterhalt für ... zu Händen von dessen gesetzlicher Vertreterin ... monatlich, künftig zahlbar bis zum 3. Werktag eines jeden Monats im Voraus, 192 EUR.

Grundlagen:

- *Das am 26.7.2001 geborene ehgemeinschaftliche Kind ... wohnt bei der Kindesmutter ... und wird von dieser betreut und versorgt. Die Mutter bezieht das staatliche Kindergeld i.H.v. derzeit 154 EUR.*
- *Durchschnittliches monatliches Erwerbseinkommen des Kindesvaters im Jahre 2002 einschließlich anteiligem Weihnachts- und Urlaubsgeld bereinigt um eine Pauschale von 5 % für berufsbedingte Aufwendungen von netto 1.800 EUR. Anzurechnender Wohnvorteil von monatlich 600 EUR, zu bereinigen um einen monatlichen Schuldendienst von 400 EUR (Darlehen ... ; verbrauchs-unabhängige Kosten des Hausanwesens von monatlich ...EUR).*
- *DüTab Stand 1.7.2003. Da Kindesvater nur einem Kind sowie der geschiedenen Ehefrau unterhaltspflichtig ist, Höherstufung von der fünften in die sechste Einkommensgruppe der DüTab. Alterstufe eins. Tabellenbetrag 269 EUR. Anrechnung des Kindergeldes gem. § 1612b Abs. 5 BGB mit monatlich 77 EUR.*

b) dynamisierter Kindesunterhalt (§ 1612a BGB)¹¹

Der Kindesvater ... verpflichtet sich, für ... zu Händen von dessen gesetzlicher Vertreterin ... Kindesunterhalt nach § 1 der jeweils gültigen Regelbetrag-Verordnung (West) wie folgt zu zahlen, künftig zahlbar bis zum 3. Werktag eines jeden Monats im Voraus:

- *für die Zeit ab ... (Geburtsdatum) 100 % (bzw. anderer Prozentsatz)¹² des jeweiligen Regelbetrags der ersten Altersstufe, derzeit 199 EUR¹³,*
- *für die Zeit ab ... (dem ersten Tag des Monats, in dem der Kl das 6. Lebensjahr vollendet) 100 % des jeweiligen Regelbetrags der zweiten Altersstufe,*
- *für die Zeit ab ... (dem ersten Tag des Monats, in dem der Kl das 12. Lebensjahr vollendet) 100 % des jeweiligen Regelbetrags der dritten Altersstufe.*

Auf diesen Unterhalt ist das jeweilige gesetzliche Kindergeld für ein erstes (ggf. zweites, drittes ...) Kind hälftig anzurechnen, soweit dieses zusammen mit dem Kindesunterhalt 135 % des Regelbetrags nach § 1 der jeweiligen Regelbetrag-Verordnung (West) übersteigt, derzeit Anrechnung i.H.v. 7 EUR.¹⁴

Grundlagen:

c) Freistellung

(Häufiger Fall, dass jeder Elternteil ein Kind betreut. Regelung meist und nur solange sinnvoll, wie Unterhaltsbedarf der beiden Kinder und finanzielle Verhältnisse der beiden Elternteile vergleichbar):

Der Kindesvater ... stellt die Kindesmutter ... von allen Unterhaltsansprüchen des bei ihm lebenden ehgemeinschaftlichen Kindes ..., geb. am ..., frei. Die Kindesmutter ihrerseits stellt den Kindesvater von allen Unterhaltsansprüchen des

bei ihr lebenden ehgemeinschaftlichen Kindes ..., geb. am ..., frei.

Grundlagen:

VII. Besondere Regelungsinhalte

1. Unterhaltsverzicht¹⁵

a) Verzichtbarkeit

aa) Unterhaltsansprüche des Verwandten und des (noch) Ehegatten

Die Unterhaltsansprüche zwischen Verwandten und Ehegatten während Bestehens der Ehe – also auch während der Trennungszeit – unterscheiden sich vom Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten dadurch, dass nur auf Letzteren umfassend verzichtet werden kann. Die Unzulässigkeit jedes Verzichts auf künftigen gesetzlichen Unterhalt durch Verwandte und Ehegatten folgt aus §§ 1614 Abs. 1, 1360a Abs. 3, 1361 Abs. 4 S. 4 BGB (rein vertragliche Ansprüche sind hiervon nicht erfasst). Ein Vergleich oder ein sonstiges Rechtsgeschäft, das den Verzicht enthält, ist gem. § 134 BGB nichtig, und zwar auch bei deren vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Problematisch die Abgrenzung zum zulässigen *pactum de non petendo*.¹⁶

Entscheidend ist allein, ob der gesetzliche Unterhalt objektiv verkürzt wird. Auch ist es ohne Bedeutung, ob der Verzichtende im Zeitpunkt des Verzichts bedürftig ist oder nicht und ob der Verzicht sich auf den gesamten künftigen Unterhalt oder lediglich auf einen bestimmten zukünftigen Zeitraum, z.B. die Dauer des Ehescheidungsrechtsstreits, beziehen soll.¹⁷ Ausgeschlossen ist auch eine nicht unwesentliche Stundung, da der Unterhalt – auch zur Entlastung der Allgemeinheit – jederzeit verfügbar sein muss.¹⁸ Das Verzichtsverbot umfasst sowohl den laufenden Bedarf als auch den Sonderbedarf, den Bar- und auch den Betreuungsunterhalt. Es betrifft auch die dem Berechtigten nachteilige Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen (§§ 323, 654 ff. ZPO) oder wegen Störung der Geschäftsgrundlage gegebenen Möglichkeiten der Abänderung eines Unterhaltstitels; dies aber nur bezüglich des Teils, um welchen der gesetzliche Betrag des Unterhalts den vertragsmäßig festgesetzten Betrag übersteigt.

Die Unterhaltsvereinbarung kann also lediglich den gesetzlich geschuldeten künftigen Unterhalt konkretisieren oder erhöhen, darf ihn aber nicht reduzieren. Zwar geht dieser theoretisch auf einen bestimmten Betrag. Den Parteien eines Unterhaltsvertrages ist jedoch ein mehr oder weniger großer Spielraum für interessengemäße und situationskonforme Regelungen unbenommen. Nur eine Vereinbarung, die bei saldierender Betrachtungsweise zu einer Unterhaltsrente unterhalb dieses Rahmens führt, hat insoweit keinen Bestand. Wo die Grenze des nach § 1614 BGB Erlaubten liegt, ist allerdings zweifelhaft. Ab einer Reduzierung des gesetzlich geschuldeten Unterhalts um 20 % wird im Allgemeinen die Unzulässigkeit des Verzichts zu prüfen sein;

⁹ BVerfG FamRZ 2001, 343, 348.

¹⁰ Beim volljährigen Kind ist zu beachten, dass grundsätzlich beide Elternteile anteilig barunterhaltspflichtig sind und das Kindergeld u.U. anders zu verrechnen ist (§ 1612b Abs. 2 BGB).

¹¹ Beispiel aus *Gottwald/Münchener Prozessformularbuch*, 2. Aufl., Muster H.I.2.

¹² Zur Ermittlung des konkreten Vomhundertsatzes s. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 61. Aufl., § 1612 a Rn 7 m.w.N.

¹³ § 1 der Regelbetrag-Verordnung Stand 1.7.2003 (FamRZ 2003, 811).

¹⁴ § 1612b Abs. 5 BGB. S. dazu die Anrechnungstabellen der DüTab (FamRZ 2003, 906) sowie der SüdL (FamRZ 2003, 914).

¹⁵ *Göppinger/Wax*, a.a.O. in Fn 1, Rn 1359 ff.

¹⁶ S. OLG Köln FamRZ 2000, 609 mit weiterführenden Anm. *Bergschneider*, 609 und *Deisenhofer*, 1369.

¹⁷ *Miesen*, in: *Göppinger/Börger*, Vereinbarungen, § 4 Rn 144 ff. und § 5 Rn 163 ff.; *RGRK/Mutschler*, § 1614 Rn 2.

¹⁸ OLG Frankfurt FamRZ 1994, 1131 m.w.N.

bei einer Unterschreitung um ein Drittel dürfte regelmäßig ein Verstoß gegen § 1614 BGB vorliegen. Die Mindestbedarfsbeträge entsprechend 100 % des Regelbetrags sind bei dahin gehender Leistungsfähigkeit auf jeden Fall zu wahren. Eine Unterhaltsvereinbarung, nach der der Kindesunterhalt unabhängig von den Einkommensverhältnissen des Barunterhaltspflichtigen lediglich an bestimmte Mindestunterhalts-Tabellensätze gebunden sein soll, läuft auf einen Teilverzicht hinaus und ist deshalb unwirksam.¹⁹ Beim Trennungserhalt eröffnet der mögliche Ausschluss nach §§ 1361 Abs. 3, 1579 BGB einen weiten Gestaltungsraum bis hin zu dessen Reduzierung auf Null.

Auf den Unterhalt für die Vergangenheit können dagegen alle Unterhaltsberechtigten – also auch Verwandte und Ehegatten – entgeltlich oder unentgeltlich wirksam verzichten. Auch auf die bis zur Beendigung eines Unterhaltsrechtsstreits bereits fällig gewordenen Beträge und den bereits fälligen Sonderbedarfsanspruch (§ 1613 Abs. 2 BGB) kann verzichtet werden.

bb) Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten

Da die Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt nachgiebiges Recht enthalten, kann ein Ehegatte auf seinen Unterhaltsanspruch nach der Scheidung auch für die Zukunft verzichten; § 1614 Abs. 1 BGB ist nicht analog anwendbar. Die Möglichkeit des Verzichts auf Nachscheidungsunterhalt entspricht dem gesetzlichen Grundsatz der Eigenverantwortung, wonach jeder Ehegatte nach der Scheidung gehalten ist, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren für sich selbst zu sorgen.

b) Vereinbarung und Inhalt des Verzichts

Es bedarf des vertraglichen Erlasses i.S.d. § 397 Abs. 1 oder 2 BGB, eine einseitige Verzichtserklärung ist ohne Wirkung. Der Verzicht sollte ausdrücklich erklärt werden, da die Feststellung des Verzichtswillens strengen Anforderungen unterliegt. Wenn denn die Ehegatten – wie meist – ihre familiären und vermögensrechtlichen Bindungen umfassend und auf Dauer lösen wollen, werden sie gegenseitig, endgültig und umfassend und auch für den Fall der Not auf alle Ansprüche unterhaltsrechtlicher Art verzichten. Möglich ist aber auch der Verzicht nur auf bestimmte gesetzliche Unterhaltstatbestände, z.B. Aufstockungsunterhalt, oder einzelne Unterhaltstatbestandteile, z.B. Vorsorgeunterhalt oder Sonderbedarf, oder eine zeitliche und/oder betragsmäßige Beschränkung des Anspruchs, z.B. bis zum Wegfall der Betreuungsbedürftigkeit von Kindern.

c) Mögliche Fernwirkungen²⁰

aa) Versorgungsausgleich

Dem Unterhaltsverzicht kann im Hinblick auf § 5 VAHRG in nicht erwünschter Weise Bedeutung zukommen. Nach dieser dem Ausgleich von Härten dienenden Regelung werden bei einem Versorgungsausgleichspflichtigen im Rentenalter Kürzungen der Versorgung auf Grund Versorgungsausgleichs nicht vorgenommen, solange der Ausgleichsberechtigte noch keine eigene Rente bezieht, der Ausgleichspflichtige ihm aber von Gesetzes wegen unterhaltspflichtig ist. Demzufolge schließt ein vollständiger Unterhaltsverzicht die Anwendung des § 5 VAHRG grundsätzlich aus und führt zur Kürzung der Rente des Ausgleichsverpflichteten, es sei denn, der Unterhaltsanspruch wird durch eine angemessene Kapitalabfindung abgegolten.²¹

bb) Witwenrente

Die Witwe bzw. der Witwer soll sich nach einer etwaigen Wiederverheiratung versorgungsrechtlich nicht schlechter

stellen, als sie/er vor der erneuten Heirat stand. Deshalb leben Rente bzw. Witwengeld wieder auf, wenn die zu deren Wegfall führende zweite Ehe aufgelöst bzw. für nichtig erklärt wird. Dies aber nur insoweit, als keine anderweitigen anzurechnenden Unterhaltsansprüche bestehen, die sich aus der aufgelösten zweiten Ehe herleiten (§ 61 Abs. 3 BeamVG; § 46 Abs. 3 SGB VI). Ein Unterhaltsverzicht ist nach der Rspr. des *Bundessozialgerichts* hierzu grundsätzlich unbeachtlich, es sei denn, der Verzicht beruht auf einem objektiv verständigen Grund bzw. hat nur deklaratorischen Charakter („leere Hülse“).²² Demgegenüber bindet nach Auffassung des *BVerwG* im Bereich der Beamtenversorgung ein Unterhaltsverzicht den Versorgungsträger, eine Anrechnung fiktiver Unterhaltsleistungen erfolgt also nicht.²³ Auch die Witwen- bzw. Witwerrente des früheren Ehegatten eines durch Arbeitsunfall Verstorbenen entfällt bei vereinbartem Unterhaltsverzicht (§§ 595, 590 RVO).

cc) Steuern und Besoldung

Nach einem Unterhaltsverzicht entfällt die Möglichkeit der Inanspruchnahme des sog. begrenzten Ehegatten-Realsplittings gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG, also des steuerlichen Abzugs von Unterhaltsleistungen als Sonderausgaben (s. dazu unten VII.3). Der verzichtende Beamte verliert auch den Anspruch auf den Familienzuschlag der Stufe 1 (§ 40 Abs. 1 Nr. 3 BBesG).²⁴

d) Formulierungsbeispiel

Die Eheleute verzichten wechselseitig – auch für den Fall der Not – auf jeglichen nachehelichen Unterhalt und nehmen diese Verzichtserklärung gegenseitig an.

Solange die Ehefrau ... wegen der Betreuung des Kindes ... nach § 1570 BGB Unterhalt verlangen kann, steht ihr indes der eheangemessene Unterhalt i.H.v. derzeit monatlich ... EUR zu.²⁵ Im Anschluss an diesen Unterhalt wegen Kindesbetreuung kann Unterhalt aus anderen gesetzlichen Gründen nicht verlangt werden.

2. Abfindung²⁶

Abfindungsverträge betr. den zukünftigen Verwandten- bzw. Getrenntlebensunterhalt beinhalten immer einen Verzicht auf die künftige Unterhaltsrente, weshalb ihrer Wirksamkeit § 1614 Abs. 1 BGB entgegensteht. Ob der Verzicht entgeltlich oder unentgeltlich erklärt wird, ist unerheblich. Vereinbarungen über bereits fällige Unterhaltsbeträge hingegen sind zulässig.

Abfindungsverträge über nacheheliche Unterhaltsansprüche sind grundsätzlich zulässig. Die besonderen Voraussetzungen des § 1585 Abs. 2 BGB brauchen nicht vorzuliegen. Regelmäßig sollte zwecks endgültiger Lösung aller ver-

19 OLG Celle FamRZ 1994, 1131.

20 Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 1389 ff.

21 S. die umfassende Darstellung von Finger, JR 2000, 185; Langenfeld (Handbuch Rn 815) empfiehlt einen auf den Eintritt des beiderseitigen Rentenfalls aufschiebend bedingten Verzicht sowie Mindestunterhalt bis dahin.

22 BSG NJW-RR 1994, 1346; FamRZ 1993, 1073; 1991, 697 (LS); 1990, 290; 1989, 1290 = NJW 1989, 2009; FamRZ 1989, 1292 = NJW 1989, 2012; FamRZ 1989, 1296 = NJW 1989, 2015; FamRZ 1989, 1298 = NJW 1989, 2015; s. auch LSG Nordrhein-Westfalen FamRZ 1989, 102 (104) m. Anm. Körner; Gitter; DNotZ 1984, 595 (612); gegen die Anrechnung eines fiktiven Unterhaltsanspruchs Heilemann, Sgb 1995, 600.

23 BVerwGE 31, 197 = FamRZ 1969, 277 (der Entschluss zur Wiederverheiratung soll erleichtert, die Zahl der „Onkelhehen“ eingedämmt und die Allg. für die Dauer der sonst mögl. nicht geschlossenen neuen Ehe von der Versorgungslast befreit werden); a.A. VerwG Darmstadt FamRZ 1994, 1558 (Unterhaltsverzicht als unzulässiger Vertrag zu Lasten des Versorgungsträgers).

24 VerwG Sigmaringen FamRZ 2001, 1330.

25 Eine Absenkung auf das Existenzminimum bzw. den notwendigen Eigenbedarf erscheint nicht unproblematisch (s. IX. 2. b) und VI. 2. mit Fn 9).

26 Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 1376 ff.

mögensrechtlichen Bindungen ein wechselseitiger Unterhaltsverzicht angestrebt werden. Die Höhe der Abfindung bestimmt sich prinzipiell nach den Regeln der Kapitalisierung von Unfallrenten unter Beachtung unterhaltsspezifischer Besonderheiten (voraussehbare Entwicklung von Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit). Nach wohl h.M. sollen Rentenansprüche im Zweifel nicht erst mit Zahlung der Abfindungssumme erlöschen. Insbesondere bei Teilzahlungen empfiehlt sich insoweit eine klarstellende Vertragsformulierung (Rücktrittsmöglichkeit, Verfallsklausel, vollständige Leistung als aufschiebende Bedingung).

Der Abfindungsvertrag hat wie der in ihm enthaltene Verzicht das Erlöschen des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zur Folge, wenn in den Vertrag kein ausdrücklicher Vorbehalt aufgenommen ist, wonach der Rentenanspruch unter bestimmten Voraussetzungen (z.B. wenn der Berechtigte in unverschuldete Not gerät) wieder auflebt. Eine nachträgliche Anpassung des Abfindungsbetrags im Wege einer ergänzenden Auslegung oder wegen Störung der Geschäftsgrundlage ist grundsätzlich nicht möglich. Nachforderungen, etwa wegen erhöhter Lebenshaltungskosten, zunehmender Geldentwertung sowie später eingetretener Gebrechen, Siechtums oder Erwerbs- und Berufsunfähigkeit, sind deshalb regelmäßig ausgeschlossen. Auch kann der Verpflichtete, ist nichts anderes vereinbart, bei unerwartet frühem Versterben des Abgefundenen oder dessen Wiederverheiratung keine (Teil-)Rückzahlung verlangen; ein noch offener Restanspruch besteht fort. Das Risiko liegt mithin darin, dass sich die für die Bemessung des Abfindungsbetrags maßgebenden Umstände nicht entsprechend den zugrunde gelegten Erwartungen entwickeln oder in ihrer Belastung nicht vorhersehbare Umstände eintreten.

Formulierungsbeispiel

wie oben VII. 1. d) 1. Absatz und zusätzlich:

Der Ehemann ... zahlt an die Ehefrau ... zur Abgeltung etwaiger Unterhaltsansprüche einen Einmalbetrag von ... EUR. Dieser Betrag ist fällig ... (konkretes Datum, Rechtskraft Scheidung o.Ä., u.U. auch Ratenzahlung) und ab Fälligkeit mit ... % p.a. zu verzinsen. Sollte der Ehemann mit der vollständigen Zahlung (mit einer Rate) länger als ... in Rückstand geraten, kann die Ehefrau binnen einer Frist von ... von dem Unterhaltsverzicht zurücktreten (werden die noch offenen Raten fällig und beiträglich). Im Falle des Rücktritts werden erbrachte Zahlungen auf Unterhaltsansprüche angerechnet bzw. mit diesen verrechnet, auch auf künftige Ansprüche bis ...

3. Begrenztes Ehegatten-Realsplittings gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG

Der unterhaltsberechtigten Ehegatte ist selbst dann zur Abgabe der Zustimmungserklärung zum begrenzten Realsplitting verpflichtet, wenn es zweifelhaft erscheint, ob steuerlich geltend gemachte Aufwendungen dem Grunde und der Höhe nach als Unterhaltsleistungen i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG anerkannt werden.²⁷ Die Regelung von Detailfragen empfiehlt sich aber – unter Inanspruchnahme steuerrechtlicher Beratung bei fehlender eigener Sachkunde – allemal. So mag insbesondere klargestellt werden, ob ein Freibetrag in die Lohnsteuerkarte eingetragen werden soll und – wenn nicht – auf welche Weise der Erstattungsbetrag auszukehren ist (nach Abzug der zu übernehmenden Steuerbelastung des Unterhaltsberechtigten und Bereinigung um das sog. Anreizsiebel bzw. -zehntel Auszahlung des hälftigen Betrags). Auch sollte Einigkeit erzielt werden, ob und inwieweit Sicherheit für die dem Unterhaltsberechtigten entstehenden steuerlichen und eventuellen sonstigen auszugleichenden Nachteile (z.B. Steuerberatungskosten, Entzug öffentlicher Leistungen wie Sparprämien oder Erziehungsgeld u.Ä., hö-

here Krankenversicherungskosten etc.) geleistet werden soll. Zum Unterhaltsverzicht s. VII.1.c) cc). Bei einer Abfindung von Ehegattenunterhaltsansprüchen kann es sich zur Aufrechterhaltung des Steuervorteils empfehlen, den zu zahlenden Kapitalbetrag auf mehrere Jahre aufzuteilen.²⁸

VIII. Bedeutung der Grundlagen der Vereinbarung²⁹

Für eine spätere Abänderung der Unterhaltsvereinbarung wegen veränderter Verhältnisse ist die Festlegung der Grundlagen nicht nur hilfreich, sondern unentbehrlich. Nach den Grundsätzen, die der BGH sowohl Urteile als auch Prozessvergleiche betreffend entwickelt hat, ermöglicht das Abänderungsverfahren keine freie, von der bisher festgesetzten Höhe unabhängige Neubemessung des Unterhalts und keine abweichende Beurteilung der zugrunde liegenden Verhältnisse. Vielmehr kann die Abänderungsentscheidung nur in einer unter Wahrung der Grundlagen des Unterhaltstitels vorzunehmenden Anpassung des Unterhalts an veränderte Verhältnisse bestehen. Dies gilt – von der unterschiedlichen Klageart abgesehen – in gleicher Weise für nicht vollstreckbare außergerichtliche Vereinbarungen. Den Parteien ist es freilich unbenommen, von vornherein eine Änderung durch Neufestsetzung – nicht durch bloße Anpassung unter Bindung an Grundlagen – zu vereinbaren oder sich die Berücksichtigung künftiger vorhersehbarer Ereignisse im Rahmen einer späteren Unterhaltsanpassung vorzubehalten.

IX. Unwirksamkeit der Vereinbarung

1. Allgemein³⁰

Die Gesetzesvorschriften über den Unterhalt enthalten weitgehend nachgiebiges Recht. Für Vereinbarungen, insbesondere solche nach § 1585c BGB, besteht insoweit – im Rahmen der §§ 134, 138 BGB und unbeschadet des § 1614 BGB – grundsätzlich volle Vertragsfreiheit.

Sittenwidrig gem. § 138 Abs. 1 BGB ist eine Unterhaltsvereinbarung, wenn sie gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Zu würdigen sind dabei Inhalt, Beweggründe und Zweck des Geschäfts sowie dessen Gesamtkarakter. Maßgebend für die Beurteilung sind die objektiven und subjektiven Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Zu denken ist an die Ausnutzung der Unerfahrenheit oder des mangelnden Urteilsvermögens, um den Ehepartner zu einer ihn übervorteilenden Unterhaltsvereinbarung zu bewegen. Nichtig ist regelmäßig die vertragliche Übernahme einer Unterhaltsverpflichtung, die in grobem Missverhältnis zu dem Leistungsvermögen des Verpflichteten und damit auch zur Höhe der gesetzlichen Unterhaltungspflicht steht und die erheblich aus dem Rahmen dessen herausfällt, was durch das Streben des Berechtigten nach finanzieller Sicherstellung und nach Erhaltung des in der Ehe erreichten Lebensstandards gerechtfertigt erscheint.³¹

Dass sich ein Ehegatte für den Fall der Scheidung zu Leistungen an den anderen verpflichtet oder die getroffenen Abreden bei einer Scheidung ausschließlich oder doch überwiegend zu seinen Lasten gehen, rechtfertigt allein noch nicht die Annahme, die Scheidung werde diesem Ehegatten in unzulässiger Weise erschwert und sei deshalb gem. § 134 oder § 138 BGB nichtig, auch wenn der Entschluss, sich scheiden zu lassen, schwerer fallen mag. Es müssen weitere Umstände hinzukommen, die der Vereinbarung ein anstößi-

27 BGH FamRZ 1998, 953.

28 Zur Optimierung des Realsplittingsvorteils s. Krause, FamRZ 2003, 899.

29 Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 1346 ff., 2425 und 2512.

30 Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 1320 ff.

31 RGZ 159, 157 (165). S. aber auch OLG Stuttgart FamRZ 1998, 1296 und OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 1436.

ges Gepräge geben und sie vom zulässigen – auch großzügigen – wirtschaftlichen Ausgleich der mit der Scheidung verbundenen Nachteile abhebt. Hiervon ist etwa auszugehen, wenn die Vereinbarung ein Leistungsversprechen zum Gegenstand hat, das den Versprechenden zweckgerichtet – etwa nach Art einer Konventionalstrafe – von der künftigen Erhebung eines Scheidungsantrages abhalten bzw. diesen sanktionieren soll.³²

Die „Koppelung“ von Unterhaltsvereinbarungen mit Sorgerechts- und Umgangsregelungen kann problematisch sein. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn ein Elternteil seine Zustimmung zur Sorgerechtsregelung nach §§ 1671, 1672 BGB in anstößiger Weise zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile einsetzt („Abkaufen des Sorgerechts“) oder sich über das Kindeswohl aus egoistischen materiellen Interessen bewusst hinwegsetzt. So hat der *BGH* eine Vereinbarung als sittenwidrig angesehen, bei der die zugesagte Unterhaltsfreistellung einen ständigen Anreiz bieten konnte, ohne Rücksicht auf das Wohl des Kindes aus finanziellen Gründen von der Ausübung des (generell unverzichtbaren) Umgangsrechts abzusehen, dieses also zu „kommerzialisieren“. ³³ Unwirksam auch der dem vermeintlichen Kindeswohl dienende Teilverzicht auf Ehegattenunterhalt bei Aufenthalt der Kinder beim Unterhaltsberechtigten. ³⁴ Eine anstößige Verbindung liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Elternvorschlag und Unterhaltsabreden betr. Eltern- und Kindesunterhalt zusammen mit weiteren Scheidungsfolgen in einer gemeinsamen Vereinbarung geregelt werden; das Gesetz strebt eine solche konzentrierte Regelung vielmehr an (vgl. § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Eine strikte Trennung der mit der Sorgerechtsübertragung verbundenen Fragen von solchen der Unterhaltsregelung ist wegen der gegebenen Abhängigkeit ohnehin nicht möglich. Die „Koppelung“ einer Freistellungsvereinbarung betr. Kindesunterhalt mit dem Verzicht auf Ausübung des Umgangsrechts kann nach der Neufassung des § 1684 BGB regelmäßig nur dann Bestand haben, wenn die Nichtausübung des Umgangsrechts ohnehin zum Wohle des Kindes objektiv erforderlich ist. ³⁵

2. Wirksamkeit des Verzichts³⁶

a) Übergegangene Ansprüche

Soweit Unterhaltsansprüche kraft Gesetzes (*cessio legis*) oder durch Überleitung auf öffentliche Versorgungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind, kann der Berechtigte mangels Verfügungsbefugnis nicht mehr wirksam auf diese verzichten.

b) Sittenwidrigkeit³⁷

Eine Vereinbarung, durch die Eheleute für den Fall der Scheidung ihrer Ehe auf nahehelichen Unterhalt verzichten, kann nach deren aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter gegen die guten Sitten verstoßen und daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Zu denken ist insbesondere an das „Verschütten einer Unterhaltsquelle zu Lasten nachrangig Verpflichteter“³⁸ sowie die Ausnutzung der Unerfahrenheit oder des mangelnden Urteilsvermögens, um den Ehepartner zu dem Unterhaltsverzicht zu bewegen, aber auch an dessen krasse Übervorteilung (insbesondere bei einem Globalverzicht oder wenn der Fortbestand der Ehe von dem Verzicht abhängig gemacht wird).³⁹

Eheverträgen sind dort Grenzen zu setzen, wo jene nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. Dies ist nach Auffassung des *BVerfG*⁴⁰ regelmäßig anzunehmen, wenn eine nicht verheiratete schwangere Frau sich vor die Alternative gestellt sieht, in Zukunft

entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schließenden, sie aber stark belastenden Ehevertrags. Eine vertragliche Disparität bzw. strukturelle Unterlegenheit auf Grund solcher und ähnlicher Umstände betrifft indes üblicherweise nicht die vorliegend angesprochenen Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen und Verträge nach Scheidung der Ehe. Der Umfang der richterlichen Inhaltskontrolle ist indes unklar. Bei unausgewogenem Verzicht auf das gesetzliche Scheidungsfolgensystem ist größte Vorsicht geboten.⁴¹

Der Verzicht darf nicht dazu führen, dass die Unterhaltslast von dem primär haftenden Ehegatten auf den Träger der Sozialhilfe abgewälzt wird oder der Verzichtende nunmehr gezwungen ist, entsprechende Leistungen wie Wohngeld, Arbeitslosengeld oder Ausbildungsförderung in Anspruch zu nehmen.⁴² Aber auch ein Verzicht zu Lasten der Verwandtschaft kann sittenwidrig sein, da es keinen Unterschied macht, ob diese oder die Allgemeinheit den Schaden hat. Eine solche Verzichtsabrede kommt nach Inhalt und Wirkung einem – unzulässigen – Vertrag zu Lasten Dritter nahe. Eine Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich. Die Folge der Inanspruchnahme eines nur subsidiär haftenden Dritten muss den Vertragsparteien bei der Verzichtsabsprache allerdings bewusst gewesen sein, zumindest müssen sie sich einer solchen Erkenntnis grob fahrlässig verschlossen haben. Der tatsächlichen Entwicklung der Verhältnisse kommt hierbei indizielle Bedeutung zu.

c) Treu und Glauben⁴³

Dem in Anspruch genommenen Ehegatten kann es wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verwehrt sein, Unterhaltszahlungen unter Hinweis auf einen Unterhaltsverzicht zu verweigern. Rechtsmissbräuchliches Verhalten ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich die zurzeit des Unterhaltsverzichts bestehenden oder erwarteten Verhältnisse nachträglich so entwickeln, dass überwiegende schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder durch die Geltendmachung des Verzichts berührt werden. Der grundsätzlich mögliche Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist mithin oftmals unwirksam. Die Annahme der unzulässigen Rechtsausübung ist nach der *Rspr.* des *BGH* nicht auf nachträgliche und unvorhergesehene Entwicklungen beschränkt.⁴⁴

32 *BGH FamRZ* 1997, 156 (157) = *NJW* 1997, 192; *OLG Oldenburg FamRZ* 1994, 1454; *OLG Hamm FamRZ* 1991, 443; *Zöllner*, in: *FS Lange* (1992), S. 973 (990). Zum „Abkauf“ der Rücknahme einer Scheidungsklage s. *RGZ* 158, 294 (297).

33 *FamRZ* 1984, 778 = *JR* 1984, 497 m. Anm. *Göppinger*.

34 *OLG Karlsruhe FuR* 2001, 72.

35 *AG Essen-Steele FamRZ* 2000, 1109; zur früheren Rechtslage s. *OLG Frankfurt FamRZ* 1986, 596.

36 *Göppinger/Wax*, a.a.O. in Fn 1, Rn 1380 ff.

37 *Göppinger/Wax*, a.a.O. in Fn 1, Rn 1382 ff.

38 *Schumacher*, *Rechtsgeschäfte zu Lasten der Sozialhilfe im Fam.- und Erbrecht*, Diss. Tübingen 2000, S. 133.

39 *OLG Zweibrücken FamRZ* 1996, 869; *OLG Karlsruhe FamRZ* 1991, 332. Das Leugnen einer schon bestehenden Trennungsabsicht, um den anderen Ehegatten zum Verzicht zu bewegen, rechtfertigt regelmäßig die Anfechtung der Vereinbarung wegen arglistiger Täuschung.

40 *FamRZ* 2001, 343 = *NJW* 2001, 957.

41 S. *OLG München FamRZ* 2003, 35 (nicht rechtskräftig) m. Anm. *Bergschneider* = *MittBayNot* 2003, 136; *Dauner-Lieb*, *FF* 2003, 117; *Niepmann*, *MDR* 2003, 841; *AG Schwäbisch Hall FamRZ* 2003, 1284 m. Anm. *Bergschneider*.

42 *BGH FamRZ* 1992, 1403 = *NJW* 1992, 3164 m.w. *Rspr. N.*; *OLG Zweibrücken FamRZ* 1983, 930 (Schonung des leistungsfähigen Ehegatten zum Nachteil des Sozialhilfeträgers, um die Tilgung ehebedingter Schulden zu ermöglichen); s. auch *BSG FamRZ NJW-RR* 1994, 1346 (1347).

43 *Göppinger/Wax*, a.a.O. in Fn 1, Rn 1386 ff.

44 *BGH FamRZ* 1991, 306 = *NJW* 1991, 913 = *JR* 1991, 332 m. zust. Anm. *Hohloch*; bestätigt in *FamRZ* 1995, 291 = *NJW* 1995, 1148.

3. Salvatorische Klauseln⁴⁵

Insbesondere angesichts des nicht geklärten Umfangs richterlicher Inhaltskontrolle bei über die bloße Unterhaltsregelung hinausgehendem Vertragswerk gewinnen die in der Praxis vielfach empfohlenen sog. „salvatorischen Klauseln“, durch die der durch die Unwirksamkeit einzelner Teile beeinträchtigte Vertrag im Übrigen gerettet werden soll, zunehmend an Bedeutung. Gebräuchlich sind Erhaltungsklauseln, wonach die Unwirksamkeit einer oder mehrerer Bestimmungen die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht berührt (wenn denn so gewollt!). Allgemeine – nicht auf einen konkreten Vertragsteil bezogene – salvatorische Klauseln sind dann u.U. einschränkend auszulegen und vermögen keine Wirkung zu entfalten; wenn Bestimmungen von grundlegender Bedeutung nichtig sind, ist der Vertrag nicht ohnehin schon objektiv unteilbar. Sie erübrigen also bei der Prüfung der Auswirkungen der Nichtigkeit einer Teilregelung auf die Gültigkeit des Restvertrages die Ermittlung des ursprünglichen Parteiwillens nicht und verkehren lediglich die Vermutung des §139 BGB in ihr Gegenteil.⁴⁶ In Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen sollte deshalb konkreten Wirksamkeitsklauseln der Vorzug gegeben werden. Bei komplexen Vertragsinhalten können allgemeine Ersetzungsklauseln sinnvoll sein. Darin verpflichten sich die Parteien, die unwirksame Bestimmung durch eine Regelung zu ersetzen, die dem ursprünglich Gewollten möglichst nahe kommt.

Formulierungsbeispiele

- *Sollten einzelne Regelungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein, soll die Wirksamkeit der übrigen Regelungen hiervon unberührt bleiben.*
- *Sollte der in Nr. ... vereinbarte Verzicht auf Nachscheidungsunterhalt unwirksam sein, sollen hiervon die Regelung des Kindesunterhalts und des Zugewinnausgleichs, nicht aber der Verzicht auf Versorgungsausgleich, unberührt bleiben.*
- *Eine unwirksame Regelung ist durch eine solche zu ersetzen, die dem ursprünglich Gewollten möglichst nahe kommt.*

X. Vollstreckbarkeit der Vereinbarung

Immer ist darauf zu achten, dass die Vereinbarung bestimmt genug gefasst ist und mithin einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Keinesfalls sollten die mehreren Unterhaltsberechtigten zustehenden Einzelbeträge in einem Gesamtbetrag zusammengefasst werden, ohne dass deutlich wird, wie sich dieser im Einzelnen zusammensetzt.⁴⁷ Auch ist eine Vereinbarung, wonach Unterhalt unter Anrechnung bereits gezahlter, aber nicht bezifferter Beträge zu zahlen ist, mangels hinreichender Bestimmtheit der Forderung nicht vollstreckungsfähig.⁴⁸

Unterhaltsansprüche können, auch wenn selbst nicht rechtsabhängig, Gegenstand eines Prozessvergleichs sein und auf diese Weise gem. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO tituliert werden. Bei nachehelichem Unterhalt ist klarzustellen, dass dieser nur und erst nach Rechtskraft des Ehescheidungsurteils geschuldet sein soll.

Unterhaltsansprüche für Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, können beim Jugendamt gem. §§ 59 Abs. 1 Nr. 3, 60 SGB VIII gebührenfrei tituliert werden. Ebenfalls (gerichts-)gebührenfrei ist die Titulierung von Kindesunterhalt durch den Rechtspfleger beim AG gem. § 62 BeurkG, § 3 Nr. 1 f. RPfIG, § 55a KostO, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

Der Anwaltsvergleich nach § 796a ZPO bedarf gem. §§ 796b und 796c ZPO der Vollstreckbarerklärung durch das Prozessgericht oder aber einen Notar. Er stellt sich hinsichtlich der Anwaltsgebühren gegenüber dem gerichtlich mitprotokollierten Unterhaltsvergleich in einem anhängigen

Scheidungsverfahren als die für den Mandanten deutlich teurere Lösung dar (s. unten XI. 3.).

XI. Kosten

1. Kostentragung

Es sollte klargestellt werden, wer von den Vertragsparteien im Innenverhältnis – unabhängig von einer Haftung im Außenverhältnis – alle mit der Vereinbarung zusammenhängenden Kosten (auch die der Titulierung) trägt. Nahe liegend: hälftige Teilung, Kostenaufhebung oder volle Kostenübernahme durch die wirtschaftlich besser gestellte Partei.

2. Gebührenstreitwert

Der Wert einer außergerichtlichen Vereinbarung über gesetzliche Unterhaltspflichten – nur hiervon ist die Rede, bei vertraglichen Unterhaltsansprüchen gilt anderes – richtet sich nach § 8 Abs. 1 BRAGO, § 17 Abs. 1 und 4 GKG. Maßgebend ist der für die ersten zwölf Monate geforderte Betrag, höchstens jedoch der Gesamtbetrag der geforderten Leistung, unerheblich, welcher Betrag letztlich vereinbart wird. Bei betragsmäßig unklarem Mandatenauftrag ist auf die Ansprüche abzustellen, die begründet und durchsetzbar erscheinen. Rückstände sind nach § 17 Abs. 4 GKG hinzuzurechnen. Bei der außergerichtlichen Tätigkeit handelt es sich hierbei um Beträge, die bis zur Auftragserteilung bzw. unverzüglichen Geltendmachung des Unterhalts aufgelaufen sind.⁴⁹ Beim Kindesunterhalt von dem Tabellenbetrag abzusetzende Beträge, wie z.B. Kindergeld nach § 1612b BGB, vermindern den Streitwert entsprechend.⁵⁰ Bei der Einbeziehung bereits freiwillig geleisteter Zahlungen in die Unterhaltsvereinbarung berechnet sich deren Wert aus dem streitigen Anspruch zuzüglich eines nach § 3 ZPO zu schätzenden Titulierungsinteresses hinsichtlich des unstrittigen Teils der Unterhaltsansprüche (meist 10–50 % des Jahresbetrags).⁵¹ Ob die Vereinbarungen einer Wert-sicherungsklausel und eines Verzichts auf Unterhaltsabänderung gesondert zusätzlich zu bewerten sind, ist umstritten und erscheint eher zweifelhaft.⁵² Eine Verpflichtung zur Zahlung sonstiger Beiträge, z.B. für eine Lebensversicherung, bemisst sich nach § 9 ZPO (3,5-facher Jahreswert, wenn nicht konkret geringer).

Werden in der Vereinbarung sowohl Trennungs- als auch nachehelicher Ehegattenunterhalt geregelt, so handelt es sich um unterschiedliche Streitgegenstände, deren Werte deshalb nach § 7 Abs. 2 BRAGO zusammenzurechnen sind.⁵³ Dies gilt entsprechend bei der Regulierung von Unterhaltsansprüchen mehrerer Unterhaltsberechtigter in einer Vereinbarung, also beispielsweise von Kindes- und Ehegattenunterhalt.

Vereinbarungen über die Freistellung von Kindesunterhaltsansprüchen sind zwar nicht unmittelbar gem. § 17 GKG zu bewerten. Der darin genannte Maßstab ist indes im Rahmen

45 Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 1330.

46 BGH NJW 2003, 347 = MDR 2003, 143.

47 Vgl. Göppinger/Wax, a.a.O. in Fn 1, Rn 2522 m.w.N.

48 OLG Zweibrücken FamRZ 2003, 692 = OLG-Report 2003, 95 m.w.N. auch zum Streitstand. Eine Anrechnungsklausel, die eindeutig erkennbar lediglich eine materielle Vereinbarung außerhalb des Vollstreckungstitels bildet, ist bedenkenfrei.

49 Zu alledem Enders, JurBüro 1999, 337, 338.

50 Vgl. OLG München FamRZ 2001, 1385; FA-FamR/Müller-Rabe, 17. Kap. Rn 54 m.w.N.; a.A. OLG Köln, FamRZ 2001, 778 und 779 m.w.N.

51 Madert/Müller-Rabe, Kostenhandbuch Familiensachen, B. V. 1. Rn 53 zum Vergleich m.w.N.; a.A. Enders, JurBüro 1999, 337, 339; voller Betrag auch hinsichtlich der freiwillig geleisteten Zahlungen.

52 S. zum Streitstand Enders, JurBüro 1999, 337, 338 und 340.

53 BGH FamRZ 1999, 1497; OLG Hamm FamRZ 1988, 402 mit Anm. Luthin; Enders, JurBüro 1999, 337, 338; zum Streitstand s. Göppinger/Wax/van Els, a.a.O. in Fn 1, Rn 2099 m.w.N.

des nach § 8 Abs. 1 BRAGO, § 12 Abs. 1 GKG geltenden § 3 ZPO heranzuziehen.⁵⁴ Dies gilt entsprechend beim Unterhaltsverzicht. Steht die Höhe des Anspruchs, auf den verzichtet wird – wie meist – nicht fest oder ist dessen Bestehen schon dem Grunde nach zweifelhaft, z.B. bei erst künftigen Ansprüchen oder wegen Verwirkung nach § 1579 BGB, ist regelmäßig ein Bruchteil des zu schätzenden möglichen Anspruchs in Ansatz zu bringen. Im Zweifel wird überwiegend ein Mindestbetrag von 900 EUR, bei gegenseitigem Verzicht von 1.800 EUR angenommen.⁵⁵ Bei einer Unterhaltsabfindung ist nicht etwa der Abfindungsbetrag maßgebend, sondern wie allgemein der Jahresbetrag des laufenden Unterhalts, u.U. zzgl. Rückständen. Anderes gilt nur, wenn der Berechtigte nach § 1585 Abs. 2 BGB aus wichtigem Grund eine Abfindung in Kapital geltend gemacht hatte und sich die Parteien auf einen bestimmten Betrag vergleichsweise einigten.⁵⁶

3. Gebührenanspruch

Wenn denn zwischen den Parteien kein gerichtliches Unterhaltsverfahren anhängig und auch kein dahin gehender Prozessauftrag erteilt ist, der Anwalt also lediglich außergerichtlich tätig werden soll, entstehen allein die Rahmengebühren von 5/10 bis 10/10 des § 118 Abs. 1 BRAGO. Daneben kommt eine Vergleichsgebühr von 15/10 der vollen Gebühr nach § 23 Abs. 1 S. 1 BRAGO in Betracht. Bei späterer gerichtlicher Protokollierung der Unterhaltsvereinbarung ist nach § 118 Abs. 2 BRAGO die Geschäftsgebühr nach Abs. 1 Nr. 1 dieser Vorschrift, nicht aber die Besprechungsgebühr nach Abs. 1 Nr. 2, auf die 5/10-Prozessgebühr des § 32 Abs. 2 BRAGO anzurechnen. Eine erwachsene Vergleichsgebühr bleibt unangetastet.⁵⁷

War der Anwalt indes beauftragt, im Rahmen des Mandats für ein ohnehin anhängiges Scheidungsverfahren über die Folgesache Unterhalt außergerichtlich zu verhandeln und wird entsprechend dem ursprünglichen Auftrag eine getroffene Unterhaltsvereinbarung sodann gerichtlich protokolliert, so ist die außergerichtliche Verhandlung mit der 5/10-Prozessgebühr nach § 32 Abs. 2 BRAGO insgesamt abgegolten. Daneben kann nach § 23 Abs. 1 S. 1 BRAGO eine 15/10-Vergleichsgebühr erwachsen, wenn die Unterhaltssache oder ein entsprechendes PKH-Verfahren nicht anhängig geworden sind (ansonsten gilt Abs. 1 S. 3: 10/10-Gebühr). Im Zweifel wird vermutet, dass der Anwalt die außergerichtlichen Verhandlungen im Rahmen des Prozessauftrags führt mit der Folge, dass diesbezüglich keine Gebühren nach § 118 BRAGO anfallen. Scheitert die Einigung und wird deshalb kein diesbezüglicher Protokollierungsantrag gestellt, fällt bei folgender Anhängigkeit der Unterhaltssache die volle Prozessgebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO an; bei vorzeitiger Beendigung des Auftrags entsteht die halbe Prozessgebühr nach § 32 Abs. 1 BRAGO.⁵⁸ Ein Anwaltsvergleich nach § 796a ZPO unterfällt der allgemeinen Gebührenvorschrift des § 23 BRAGO. Ist – wie meist – ein Rechtsstreit nicht anhängig und soll ein außergerichtlicher Titel geschaffen werden, erhält der Anwalt für seine Mitwirkung beim Vergleichsabschluss 15/10 der vollen Gebühr, andernfalls 10/10. Ist kein Prozessauftrag erteilt, fallen daneben die Geschäftsgebühr und u.U. die Besprechungsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BRAGO an. Im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung nach §§ 796a, 796b ZPO entstehen nach § 46 Abs. 1 BRAGO die Gebühren des § 31 BRAGO, also insbesondere die allg. Prozessgebühr. Die Geschäftsgebühr nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO ist nach dessen Abs. 2 S. 3 zur Hälfte anzurechnen. Die Protokollierung des Unterhaltsvergleichs im Scheidungsverfahren ist demgegenüber deutlich kostengünstiger (5/10-Gebühr nach § 32 Abs. 2 BRAGO + 15/10-Vergleichsgebühr nach § 23 Abs. 1 S. 1 BRAGO).⁵⁹

XII. Haftungsfragen

Das anwaltliche Haftungsrisiko sollte bei Unterhaltsvereinbarungen nicht unterschätzt werden. Es werden von der Rechtsprechung nicht nur hohe Anforderungen an die anwaltliche Beratung und Belehrung des Mandanten gestellt. Auch kann ein nicht unerheblicher Schaden drohen. Eine Haftungsbegrenzung nach § 51a BRAO sollte deshalb im Einzelfall erwogen werden.

Vor Abschluss der Unterhaltsvereinbarung hat der Anwalt seinen Mandanten umfassend und gründlich mit Hinweis auf das „Für und Wider“ der Vereinbarung sowie die Risiken und Erfolgchancen eines gerichtlichen Unterhaltsverfahrens zu beraten, wobei der relativ sicherste und gefahrloseste Weg vorzuschlagen ist.⁶⁰ Auf die oftmals mangels gesicherter Maßstäbe nicht abzuschätzende Gefahr der Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Vereinbarung sollte hingewiesen und dies auch dokumentiert werden. Bei der Abfassung der Unterhaltsvereinbarung ist sodann auf eine dem wirklichen Willen der Partei entsprechende sowie möglichst eindeutige und vollständige Formulierung zu achten, die nicht der späteren Auslegung mit all den damit verbundenen Risiken bedarf.⁶¹ Insbesondere die für eine spätere Abänderung wegen veränderter Verhältnisse maßgebenden Grundlagen der Vereinbarung sowie die Behandlung jetzt schon absehbarer Veränderungen – wie z.B. Wechsel der Steuerklasse, Mehr- bzw. Minderverdienst, Arbeitsaufnahme etc. – sollten unmissverständlich dargestellt werden. Bei fehlender eigener Sachkunde ist steuerrechtliche Beratung einzuholen bzw. anzuraten und zu dokumentieren. Die mit einer ungesicherten Vorleistung verbundenen wirtschaftlichen Gefahren sind aufzuzeigen.⁶²

54 *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., B. V. 1. Rn 47; a.A. *Enders*, *JurBüro* 1999, 337, 340: Bruchteil des Jahresbetrags. Nach nochmals anderer Ansicht soll § 9 ZPO heranzuziehen sein.

55 Vgl. *Schwolow*, *FuR* 2002, 307, 311 m.w.N.; OLG Naumburg *FamRZ* 2001, 443.

56 *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., B. V. 1. Rn 72 m.w.N.; *Enders*, *JurBüro* 1999, 337, 340 m.w.N.

57 S. jeweils mit Berechnungsbeispielen *Enders*, *JurBüro* 1998, 561 ff. m.w.N.; *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., J. I. bis V. = Rn 1 ff. m.w.N.; *FA-FamR/Müller-Rabe*, 4. Aufl., 17. Kapitel, Rn 25 ff.

58 S. zu alledem *Enders*, *JurBüro* 1998, 561 ff. m.w.N. und Berechnungsbeispielen; *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., J. I. bis III. = Rn 1 ff. m.w.N. und Berechnungsbeispielen.

59 Vgl. *Madert/Müller-Rabe*, a.a.O., J. IV. = Rn 25 ff. m.w.N.

60 Vgl. OLG Düsseldorf *FamRZ* 2001, 1607 mit Anm. *Weiss*.

61 BGH *FamRZ* 2002, 878 m.w.N.

62 BGH *FamRZ* 1996, 1268.

Obliegenheit zur „Flucht in die Insolvenz“?

Gisela Wohlgemuth, Richterin am OLG a.D., Krefeld

Zunehmend wird Unterhaltsschuldern, die sich auf Leistungsunfähigkeit wegen bestehender Drittschulden berufen, angesonnen, eine Bevorrechtigung des Unterhalts dadurch zu bewirken, dass sie die Einleitung eines Insolvenzverfahrens mit Restschuldbefreiung betreiben.

I. Problemstellung

Nach materiellem Unterhaltsrecht beurteilt sich die Konkurrenz von Drittschulden und Unterhalt nach einer umfassenden Abwägung, bei der auf den Zweck der Verbindlichkeiten, den Zeitpunkt und die Art ihrer Entstehung, die Dringlichkeit der beiderseitigen Bedürfnisse, die Kenntnis des Unterhaltsschuldners von Grund und Höhe der Unterhaltsschuld und seine Möglichkeiten, die Leistungsfähigkeit