

BVerfG FamRZ 2001, 343, 350). Eine gestörte Vertragsparität wird dann zu bejahen sein, wenn beim Vertragsschluß die überlegene Position eines Vertragspartners zulasten des anderen ausgenutzt wurde, insbesondere wenn die Lasten der Kinderbetreuung einseitig dem auf Unterhalt verzichtenden Elternteil aufgebürdet werden. Das gilt auch, wenn der Vertrag keine Regelung zur Kindesunterhaltsfreistellung enthält, sondern nur einen Unterhaltsverzicht, denn auch dieser kann dazu führen, daß der kinderbetreuende Teil wegen mangelnder Mittel die Kinderbetreuungsaufgabe nicht mehr ordnungsgemäß wahrnehmen kann. Wenn – bei Vereinbarungen weniger Tage vor der Ehe – eine Drucksituation ausgenutzt wird, wird die Annahme der Nichtigkeit eines Unterhaltsverzichts auch dann naheliegen, wenn eine Fortsetzung der Berufstätigkeit des Kinderbetreuenden bei Inanspruchnahme der Hilfe Dritter (z. B. der Eltern) an sich möglich gewesen wäre.

4. Auch für die Fälle des während der Ehe in einer Ehekrise geschlossenen Ehevertrags müssen diese Grundsätze des BVerfG gelten. Auf die Ehescheidungsfreiheit als solche kann sich einer der Ehepartner ebensowenig berufen wie auf die Eheschließungsfreiheit (entgegen BGH FamRZ 1997, 156). Es ist also auch in diesen Fällen zu prüfen, ob ein Fall gestörter Vertragsparität vorliegt.

5. Maßgebend für die Beurteilung der gestörten Vertragsparität ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, es kommt also darauf an, unter welchem Druck einer der Vertragsschließenden zu diesem Zeitpunkt stand und welche Vertragsfolgen absehbar waren. In den Fällen, in denen bei Vertragsschluß eine solche einseitige Belastung nicht absehbar ist, ist der Vertrag daher wirksam, das Stammrecht auf nahehelichen Unterhalt geht also verloren.

Gem. § 242 BGB ist aber auch dann nahehelicher Unterhalt zu leisten, soweit und solange es die Belange des Kindeswohls verlangen (insoweit bleibt es bei BGH FamRZ 1997, 873).

VRiOLG Dr. Helmut Büttner, Köln

§ 623 Abs. 2 S. 2 und S. 3 ZPO Rechtsmißbräuchliche Abtrennung

OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 18. 10. 2000 – 2 UF 123/00 (AG Kassel)

1. **Durch die in § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO vorgesehene Abtrennung der Folgesache: Elterliche Sorge soll den Eltern nach dem Wegfall von § 1672 BGB a. F. die Möglichkeit gegeben werden, bereits vor dem Scheidungsausspruch eine Entscheidung über die elterliche Sorge zu erhalten.**
2. **Die Anwendung von § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO darf nicht zu einer Aushebelung der Schutzfunktion des § 628 ZPO führen. Eine Abtrennung nach § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO ist daher wegen Rechtsmißbrauches ausgeschlossen, wenn durch die Abtrennung allein eine Beschleunigung des Scheidungsverfahrens bewirkt wird.** (Leitsätze der Redaktion)

Mitgeteilt von Rechtsanwältin *Bernhild Schömel*, Kassel

■ **Anmerkung:** Das Urteil des OLG Frankfurt/Main ist für den Anwalt – und in gleicher Weise für den Familienrichter – wichtig; es ist auch richtig.

Das AG Kassel hatte auf Antrag des Ehemannes nach § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO die Folgesache: Elterliche Sorge und gem. § 623 Abs. 2 S. 3 ZPO die Folgesache: Ehegattenunterhalt abtrennen und im Verbund über die Scheidungssache und – nur noch – die Folgesache: Versorgungsausgleich entschieden. Der Abtrennungsantrag des Ehemannes hat nach den Feststellungen des OLG erklärtermaßen darauf abgezielt,

daß über die Scheidung und den Versorgungsausgleich wegen Entscheidungsreife vorab entschieden werde, während die Fragen des elterlichen Sorgerechts und des nahehelichen Unterhaltes der Ehefrau eine Fortsetzung des Verbundverfahrens mit unbestimmter Dauer erforderten; die Voraussetzungen für eine Abtrennung nach § 628 S. 1 ZPO lagen nicht vor. Auf die Berufung der Ehefrau hat das OLG mit der sich aus den Leitsätzen ergebenden Begründung – unter Hinweis auf OLG Bamberg FamRZ 1999, 1434, 1435, *Büttner*, FamRZ 1998, 592, und *meine* Anm. zu AG Rastatt, FamRZ 2000, 167 – das Verbundurteil des AG aufgehoben und den Rechtsstreit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das AG zurückverwiesen.

Fazit für den Anwalt: Ein Antrag auf Abtrennung nach § 623 Abs. 2 S. 2 (und gegebenenfalls S. 3) ZPO kann sich als Bumerang zu Lasten der auf Scheidung drängenden Partei erweisen. Im Fall lagen bereits zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Urteil sieben Monate, die im Hinblick auf den Ausspruch der Scheidung nutzlos verstrichen sind. Der Anwalt mag einem Erklärungs-Notstand gegenüber seinem Mandanten nach Zurückverweisung des Verfahrens an das Familiengericht vorbeugen und dabei – außer dem Urteil des OLG Frankfurt/Main – berücksichtigen, daß der 3. Familiensenat des OLG Düsseldorf (FamRZ 2000, 840, 841 und 842, 843) den Gesichtspunkt angesprochen hat, ob nicht entgegen dem Wortlaut des § 623 Abs. 2 S. 2 ZPO („trennt ... ab“) Abtrennungsanträge jedenfalls in Mißbrauchsfällen zurückgewiesen werden können, und daß Rechtsmißbrauch auch in den Fällen des OLG Schleswig (NJWE-FER 2000, 299) und des OLG München (FamRZ 2000, 1291: LSe) angenommen worden ist.

RiAG a. D. *Dieter Miesen*, Meckenheim

§§ 1361 Abs. 3, 1579 Nr. 6 BGB (Kein) Ausbruch aus intakter Ehe

OLG Schleswig, Urt. v. 7. 7. 1999 – 12 UF 117/98 (AG Niebüll)

Keine Verwirkung beim Getrenntlebensunterhalt.

Aus den Gründen: „... Die am 6. 11. 1957 geborene Kl und der am 17. 9. 1949 geborene Bekl haben am 30. 10. 1987 miteinander die Ehe geschlossen. Aus der Ehe sind die Kinder A, geboren am 12. 8. 1987 und B, geboren am 20. 9. 1991 hervorgegangen. Nachdem die Kl dem Bekl (unstreitig) am 21. 10. 1996 die Trennung angekündigt hatte und zu dem selben Zeitpunkt aus dem Schlafzimmer ausgezogen war, ist die Kl am 27. 12. 1996 mit den Kindern aus der Ehwohnung ausgezogen.

Hinsichtlich des Verlaufes der letzten Monate des ehelichen Zusammenlebens der Parteien ist unstreitig, daß die Kl bereits im Frühjahr 1996 alleine die Eheberatung besucht hatte. Unstreitig ist weiterhin, daß zur Geburtstagsfeier des Bekl am 21. 9. 1996 der Neffe mit einer Clique kam, zu der auch der Zeuge H gehörte. Ob der Zeuge H die Kl bereits anlässlich dieser Geburtstagsfeier ‚angebaggert‘ hat, ist streitig.

Nach der Rückkehr aus den Herbstferien, die die Kl mit den gemeinsamen Kindern und Freunden auf Föhr verbracht hatte, teilte die Kl dem Bekl am 21. 10. 1996 mit, daß sie sich von ihm trennen wolle. Gleichzeitig verließ sie das gemeinsame Schlafzimmer.

Unstreitig ist auch, daß der Zeuge H auch zur Geburtstagsfeier der Kl am 9. 11. 1996 erschienen ist.

Während die weitere Entwicklung der Beziehung der Kl zu dem Zeugen H streitig ist, ist aber unstreitig, daß die Kl seit dem 1. 5. 1997 mit dem Zeugen H zusammenlebt.

Die Parteien streiten im vorliegenden Verfahren über den Trennungsunterhaltsanspruch der Kl in Höhe eines Teil-