

ist schwer einzusehen, warum ein derart ethisch zu missbilligender Vertrag nicht auch die Sanktion der vollständigen Unwirksamkeit nach sich ziehen soll. Die Teilnichtigkeit des Vertrages könnte andernfalls dazu ermutigen, die Grenzen des Erlaubten relativ risikofrei auszuloten.<sup>23</sup> Sicherlich würde die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit neben den Möglichkeiten von Anpassung und Totalnichtigkeit auch zu weiterer Rechtsunsicherheit beitragen.

Für die Ablehnung der Teilnichtigkeit spricht auch der Vergleich mit der AGB-Kontrolle. Hier ist die geltungserhaltende Reduktion nach h.M. unzulässig,<sup>24</sup> aber einzelne Klauselbestandteile können bei „inhaltlicher Teilbarkeit“<sup>25</sup> wirksam bleiben. Die übrigen Vertragsklauseln werden von der Unwirksamkeit einer Klausel ohnehin nicht berührt. Die scharfen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit erfüllen die AGB-Klauseln freilich in der Regel nicht. Infolgedessen wurde die AGB-Kontrolle vor dem AGB-Gesetz aus § 242 BGB und kaum aus § 138 BGB entwickelt.<sup>26</sup>

Hält man dennoch die Teilnichtigkeit eines Ehevertrages für möglich, wird man dabei der Versuchung widerstehen müssen, die spätere Entwicklung der Ehe als Anhaltspunkt für die Reichweite der Nichtigkeit zu gebrauchen. Für die Sittenwidrigkeit ist allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.<sup>27</sup> Spätere Entwicklungen machen den Vertrag weder im Nachhinein unwirksam noch wirksam. Ist der ethische Gehalt eines Vertrages zweifelhaft, sollte die Sittenwidrigkeit besser verneint und auf die Ausübungskontrolle zurückgegriffen werden, statt mit der Teilnichtigkeit eine „halbe Sittenwidrigkeit“ anzunehmen. Die Ausübungskontrolle bietet die nötige Flexibilität für maßgeschneiderte Lösungen im Einzelfall.<sup>28</sup> Ein solcher Weg ist insbesondere deshalb möglich, weil die Ausübungskontrolle bei Eheverträgen schon nach der alten Rechtsprechung des BGH nicht auf Fälle beschränkt wurde, in denen sich die eheliche Lebensgestaltung in unerwarteter Weise verändert hatte, sondern es die Parteien von vornherein an der nötigen Rücksichtnahme hatten fehlen lassen.<sup>29</sup>

## V. Ergebnis

Die Teilnichtigkeit von Eheverträgen ist ein zweiseitiges Schwert, das zwar im Einzelfall passgenaue Ergebnisse liefern mag, insgesamt aber die Anreize für die Praxis, faire und angemessene Ergebnisse schon beim Abschluss des Vertrages anzustreben, deutlich vermindern kann. Es ist daher zu hoffen, dass der BGH die Teilunwirksamkeit in seiner Rechtsprechung nicht oder nur äußerst vorsichtig auf gänzlich atypische Fälle anwenden wird.

## Salvatorische Klausel: Sicherheit für Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen?

*Ernst Sarres*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Duisburg

### Einleitung

Abreden im Familienrecht wie Eheverträge, Scheidungsvereinbarungen und Trennungsverträge sollen nach Vorstellung der Beteiligten längstmöglichen Bestand haben. Die Rechtsprechung<sup>1</sup> hat hierfür zwar Rahmenbedingungen vorgegeben, die aber wegen noch andauernder dynamischer Rechtsentwicklungen und gesellschaftlichen Meinungswandels immer noch keine ausreichende Planungsstabilität gewährleisten. Da der Berater und Vertragsgestalter zwangsläufig prognostisch keine „sicheren Verträge“ empfehlen und formulieren kann, ist er auf singuläre vertragserhaltende Instrumente angewiesen. Die salvatorische Klausel bietet sich hierfür an, **speziell in wirtschaftlich brisanten Scheidungsfolgenvereinbarungen, wenn diese angeblich aus so genannten taktischen Gründen schnell abgefasst und beurkundet werden sollen.**

Der nachfolgende Beitrag beleuchtet Einzelaspekte und auch die Frage, ob die salvatorische Klausel wegen der aktuellen Rechtsprechung ihre juristische Existenzberechtigung verloren hat.

### 1. Salvatorische Klausel und neuere Rechtsprechung

#### a) Teilwirksamkeit als Ausnahme?

Die salvatorische Klausel (lateinisch *salvare* = retten) ist vernachlässigt worden. Sie taucht allenfalls formularmäßig als Abschlussklausel in Verträgen auf. Mit der Entscheidung des OLG München<sup>2</sup> ist sie in Erinnerung gerufen worden. Dort wurde ein Ehevertrag trotz salvatorischer Klausel rigoros gänzlich für unwirksam erklärt. Erwägungen für eine Teilwirksamkeit wurden damit im Keim erstickt.

Der BGH<sup>3</sup> hat das Münchener Urteil teilweise aufgehoben und zurückverwiesen, da die getroffenen Abreden nach dem bisher festgestellten Sachverhalt auch bei ihrer gesamt betrachtenden Wirksamkeitskontrolle nicht sittenwidrig gem. § 138 BGB seien.<sup>4</sup>

Der BGH schweigt in seiner neuen Entscheidung zur Bedeutung der salvatorischen Klausel. Es fehlen in dieser BGH-Entscheidung konkrete Ausführungen. Lediglich klargestellt ist, dass sich die Sittenwidrigkeit des (Ehe-)Vertrages gem. § 138 BGB aus einer Gesamtschau<sup>5</sup> der getroffenen Vereinbarungen ergeben muss. Im Zentrum der Überlegungen steht, ob der Kernbereich des Vertrages betroffen ist.

Den Vertrag kann daher das Schicksal abschließender Unwirksamkeit ereilen, wenn auf kardinale Scheidungsfolgen (z.B. gem. den §§ 1570 BGB = Betreuungsunterhalt; 1571 BGB = Altersunterhalt; 1572 BGB = Krankheitsunterhalt) verzichtet worden ist. Dieselbe Konsequenz ist einzukalkulieren, wenn bei sonstigem bzw. zusätzlichem Mehrfachverzicht auf Scheidungsfolgen auch nach dem Willen der Parteien nicht erkennbar ist, dass ein bestimmter isolierter Teil des Rechtsgeschäfts noch Bestand haben soll (Problem der Teilwirksamkeit).<sup>6</sup>

23 So bereits: *Dauner-Lieb*, FF 2004, 64, 68.

24 St. Rspr. BGHZ 84, 109, 114 ff.; BGH NJW 1998, 671, 673; 2000, 1110, 1113 f.; m.w.N. MüKo/Basedow, § 306 Rn 12 ff.

25 Vgl. zur inhaltlichen Teilbarkeit von AGB-Klauseln: BGHZ 106, 19, 25; m.w.N. MüKo/Basedow, § 306 Rn 17 ff.

26 Zur Entwicklung: Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer, Einl. insb. Rn 8; vgl. zur „Inhaltskontrolle“ der AGB-Prüfung *Lieb*, AcP 178 (1978), 196; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, 1992, 17 ff.; 216 ff.

27 BGH LM 138 BGB (A) Nr. 1 = BGHZ 20, 71; NJW 1956, 865 = JZ 1956, 321; m.w.N. Soergel/Hefermehl, § 138 Rn 40 ff.; Staudinger/Sack, § 138 Rn 79 ff.; *Ulmer/Schäfer*, ZGR 1995, 134, 136 ff.

28 Überzeugend: *Hahne*, DNotZ 2004, 84, 95.

29 BGH NJW 1985, 1833; 1991, 913, 914; 1992, 1403; 1994, 579.

1 *Dauner-Lieb*, Eheverträge – Was hat noch Bestand? FF 2003, 117; vgl. die Übersicht bei *Wachter*, ZNotP 2003, 408 ff.

2 FamRZ 2003, 35.

3 FamRZ 2004, 601.

4 FamRZ 2004, 606, 607.

5 FamRZ 2004, 604 f.

6 Zur genauen Rangabstufung der Tatbestände auch innerhalb des Kernbereichs vgl. BGH FamRZ 2004, 605.

In der aufmerksam beobachteten und kommentierten<sup>7</sup> Entscheidung<sup>8</sup> geht der BGH zumindest mittelbar bei der Wirksamkeitskontrolle auf die salvatorische Klausel ein, wenn er formuliert:<sup>9</sup>

„Der Tatrichter hat dabei zunächst zu prüfen, ob die Vereinbarung zu einer derart einseitigen Lastenverteilung führt, dass ihr wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die ges. Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB).“

Anschließend werden vom BGH Merkmale für die Gesamtwürdigung von Vereinbarungen genannt. Bedeutung und Wirkung von salvatorischen Klauseln im Familienrecht bleiben aber im Dunkeln. Diese Erkenntnis hat sich verbreitet und es wird auf zukünftige Rechtsprechung gesetzt.<sup>10</sup>

### b) Die salvatorische Klausel: Nur noch Beweislastregel?

Zur Bedeutung und Funktion der salvatorischen Klausel hat sich der BGH zuletzt in der Entscheidung v. 24.9.2002<sup>11</sup> geäußert, unter Aufgabe seiner bisherigen<sup>12</sup> Rechtsprechung das Verständnis des § 139 BGB in Anlehnung an die Gesetzesmaterialien neu formuliert und dem § 139 BGB die Funktion zugeschrieben, „die Beweislast“ zu regeln.<sup>13</sup>

### c) Die fallorientierte Hauptfrage

Obwohl die BGH-Entscheidung v. 24.9.2003<sup>14</sup> sich mit einer pauschalen Erhaltungsklausel in einem Mietvertrag befasst hat, sollen die dortigen Grundsätze offenbar in toto auf das Familienrecht übertragbar sein.<sup>15</sup>

Dies hat für die Rechtspraxis konkret folgende Beweislastregeln zur Folge:

- Wer bei Vereinbarung einer salvatorischen (= vertrags-erhaltenden) Klausel die totale Unwirksamkeit eines Vertrages geltend macht,<sup>16</sup> trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast, also für den Umstand, dass die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht gewollt hätten.
- Wer bei einem Vertrag ohne salvatorische Klausel die Teilwirksamkeit der Regelung geltend macht, trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast, also für den Umstand, dass die Parteien die vertragliche Abrede ohne den nichtigen Teil gewollt hätten.

Der BGH schiebt in seiner Entscheidung v. 24.9.2003 gewissermaßen die Hauptfrage<sup>17</sup> für die speziellen Beweislastregeln nach. Dort heißt es:

„Enthält der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil noch eine ausgewogene Regelung, so dass anzunehmen ist, der Vertrag solle nach dem Parteiwillen auch ohne die nichtige Bestimmung wirksam sein?“

Mit dieser Fragestellung hat auch das OLG Düsseldorf die Wirksamkeit eines notariellen Ehevertrages, bei dem eine salvatorische Klausel vereinbart war, in seiner Entscheidung v. 15.10.2003 prinzipiell gelöst.

## 2. Die Entscheidung OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 461

### a) Sachverhalt

Gem. dem maßgeblichen Sachverhalt hatten die Parteien in dem notariellen Ehevertrag v. 20.2.1990 nach ausführlicher Belehrung durch den Notar den Güterstand der Gütertrennung vereinbart, jegliche Ausgleichs-, Nutzungs-, Verfügungs- und Verwaltungsansprüche des anderen Ehegatten sowie den Versorgungsausgleich ausgeschlossen und ferner für den Fall der Ehescheidung wechselseitig auf jegliche Unterhaltsansprüche – mit Ausnahme der Versorgung gemeinsamer Kinder – verzichtet. Einen Tag nach Eheschließung wurde der bestehende Vertrag noch dahin modifiziert, dass die Parteien nunmehr auf Unterhaltsansprüche jeglicher Art einschließlich Betreuungsunterhalt verzichteten. Die Parteien lebten elf Jahre zusammen. Die 1993 und 1997

geborenen Kinder lebten seit der Trennung im Jahre 2001 bei der Mutter.

Der Ehevertrag enthielt eine salvatorische Klausel, wonach die etwaige Ungültigkeit einzelner Bestimmungen des Vertrages auf den Fortbestand und die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen keinen Einfluss hat.<sup>18</sup>

### b) Die Grundlagen der Entscheidung

Das OLG hält den Unterhaltsteil der Vereinbarung für nichtig und kommt wegen der salvatorischen Klausel zur Fragestellung:

*Wäre der notarielle Vertrag auch ohne die nichtige Vereinbarung geschlossen worden?*

Das Gericht benennt wegen der vereinbarten Klausel primär zwei Gesichtspunkte, die als Maßstäbe dafür heranzuziehen sind, ob ein Teil des umstrittenen Vertrages in der Ex-post-Betrachtung Bestand haben sollte oder nicht:

- der mutmaßliche Parteiwille
- das Interesse der Parteien.

Diese Kriterien führen hier dazu, den Vertragsteil mit der Versorgungsausgleichsausschlussklausel und Gütertrennungsklausel aufrecht zu erhalten.

Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs legitimiert sich gem. OLG Düsseldorf uneingeschränkt aus der Norm des § 1408 BGB, wonach von der Durchführung des Versorgungsausgleichs gerade einvernehmlich abgesehen werden kann. Bei der Gütertrennung sieht das OLG deren Legitimation gleichfalls in der Vertragsfreiheit gem. Wertung des Gesetzgebers, wie beim Versorgungsausgleich.<sup>19</sup>

Das Ergebnis folgt gem. OLG für den Versorgungsausgleich auch aus dem Gesamtcharakter<sup>20</sup> des Ehevertrages, da die betroffene Ehefrau z.B. im Alter von 37 Jahren hinreichende Gelegenheit zum Aufbau der Altersversorgung habe.

### 3. Fazit

Die der Entscheidung des BGH<sup>21</sup> zum Familienrecht zeitlich etwas vorausgehende Entscheidung des OLG Düsseldorf nimmt die Beweislastregeln des BGH<sup>22</sup> zum Mietrecht auf und kommt zu einem angemessenen Ergebnis.<sup>23</sup>

Zweifel bestehen lediglich im Hinblick auf die Akzeptanz des Versorgungsausgleichsausschlusses. Denn der BGH hatte in seiner neuen Entscheidung<sup>24</sup> den Versorgungsausgleich in seiner Rangabstufung neben den Altersunterhalt gestellt und entschieden, der „Versorgungsausgleich stehe als vorweggenommener Altersunterhalt der vertraglichen Disposition nur begrenzt offen“.

Den Versorgungsausgleichsausschluss begründet das OLG aber einzelfallbezogen und lässt mit Recht auch die salvatorische Klausel zur Geltung kommen, um den Inhalt eines

7 Z.B. *Grziwotz*, FamRB 2004, 199; *Borth*, FamRZ 2004, 609; *Soyka*, FK 2004, 75.

8 FamRZ 2004, 601.

9 FamRZ 2004, 606 li.Sp.

10 Münch ZNotP 2004, 127, auch unter Hinweis auf die im Übrigen weitgehend überholte Entscheidung des OLG München FamRZ 2003, 35.

11 NJW 2003, 347.

12 NJW 1994, 1651 – Pronuptia II).

13 NJW 2003, 347 re.Sp. unter Hinweis auf die Motive zum BGB-AT.

14 Wie Fußnote 10.

15 *Münche*, a.a.O.; *Wachter* a.a.O., S. 423 mit Formulierungsvorschlag.

16 Besser: Gleichwohl geltend macht.

17 Vereinfacht in Anlehnung an OLG Düsseldorf.

18 Sog. Teilnichtigkeitsklausel, vgl. auch *Langenfeld*, Einführung in die Vertragsgestaltung, 2001, S. 68.

19 OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 463 li.Sp.

20 OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 463 re.Sp.

21 FamRZ 2004, 601.

22 NJW 2003, 347.

23 BGH FamRZ 2004, 601 = 11.2.2004; OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 461 = 15.10.2003.

24 FamRZ 2004, 601, 605.

notariellen Ehevertrages nach bereits umfassender notarieller Belehrung nicht zu sehr dem von den Parteien nicht beeinflussbaren tatrichterlichem Ermessen preiszugeben, das ggf. erst nach Jahrzehnten Grundlage einer Entscheidung werden kann.<sup>25</sup>

#### 4. Klauselformulierungen

Es ist möglich, die pauschale salvatorische Klausel für den jeweiligen Einzelfall vorzusehen.<sup>26</sup> Spezieller wäre eine konkrete Wirksamkeitsklausel, die auf den Bestand bestimmter Regelungen Wert legt, mit folgender Formulierung:

*„Sollten die Vereinbarungen in den §§ (genaue Bezeichnung) dieses Ehevertrages (alternativ Trennungsvertrages, Scheidungsvereinbarung) unwirksam sein oder werden, so entspricht es unserem Willen, dass hiervon die anderen Vereinbarungen, insbesondere zum (Benennung der Folgesache oder Folgesachen) nicht berührt werden, also in jedem Fall wirksam bleiben.“*

Dass sich auch hier durch Zeitablauf Risiken verlagern können, versteht sich von selbst.

<sup>25</sup> Trotz notarieller Beurkundung und Belehrung sowie zahlreicher sonstiger Beratungsmöglichkeiten fiel der sittenwidrige Unterhaltsausschluss erst nach rund 13 Jahren auf.

<sup>26</sup> Beispiel auch bei *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, S. 43, 44.

ben im Schriftsatz der Verfahrens- oder Prozessbevollmächtigten.

Nach ganz herrschender Meinung ist allerdings eine Bezugnahme auf Schriftsätze unzulässig und hat zur Folge, dass die Glaubhaftmachung nicht erbracht ist. Insofern ist der Beweisersatz durch Glaubhaftmachung nicht gelungen.

Insofern wird das Gericht eine derart globale eidesstattliche Versicherung nicht berücksichtigen können. In dem anerkannten Münchener Kommentar zur ZPO/Prütting (1992 Rn 18 zu § 294 ZPO) heißt es wörtlich:

„... In inhaltlicher Hinsicht werden hohe Anforderungen an eine eidesstattliche Versicherung gestellt. So ist es nicht ausreichend, wenn die Partei nur auf die anwaltlichen Schriftsätze Bezug nimmt und die Richtigkeit deren Inhalts bestätigt.“

Anderenfalls bleiben Zweifel an der Reichweite der eidesstattlichen Versicherung bestehen.

Ähnlich:

- *Thomas/Putzo/Reichold*, 25. Aufl. 2004, § 294 ZPO Rn 1
- *Zöller/Geiger*, 24. Aufl. 2004, § 294 ZPO Rn 4
- *Münchener Prozessformularbuch Familienrecht*, 2. Aufl., *Gottwald/Soyka*, EI Rn 17.

In Anbetracht der heutigen Computerausstattung kann es nicht so schwierig sein, den Sachvortrag aus dem Schriftsatz des einstweiligen Anordnungsverfahrens, was die Tatsachen anbelangt, für die eidesstattliche Versicherung in Ich-Form umzuformulieren. Nur so ist man allerdings auf der sicheren Seite.

*Klaus Schnitzler*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht

## Arbeitshilfen

### Glaubhaftmachung bei einstweiligen Anordnungsverfahren

§ 294 ZPO sieht die eidesstattliche Versicherung als Beweismittel vor, um eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen. Sie wird in den einstweiligen Anordnungsverfahren angewendet, und zwar sowohl in den Verfahren im Rahmen eines Ehescheidungsverfahrens nach § 620a ff. ZPO, aber auch im Rahmen des isolierten Unterhaltsverfahrens nach § 644 ZPO oder im Vollstreckungsbereich, etwa bei einer Abänderungsklage oder Vollstreckungsgegenklage, die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO. Nach wie vor liest man relativ häufig folgende eidesstattliche Versicherung:

Alfred Mustermann  
Rheinstraße 1  
Koblenz

Koblenz, den 1.8.2004

#### Eidesstattliche Versicherung

Über die Strafbarkeit einer falschen eidesstattlichen Versicherung, insbesondere über die Folgen bei Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit, hinreichend belehrt, versichere ich an Eides statt:

Die Ausführungen meiner Prozessbevollmächtigten im Schriftsatz v. 28.7.2004 sind mir inhaltlich bekannt. Ich versichere, dass die in diesem Schriftsatz gemachten Angaben der Wahrheit entsprechen.

Alfred Mustermann

Diese oder ähnliche eidesstattliche Versicherungen sind nicht geeignet, den Sachvortrag des Mandanten glaubhaft zu machen. Es handelt sich um eine Bezugnahme auf Anga-

## Dokumentation

### Bundesjustizministerin Zypries: Aktuelles zum Unterhaltsrecht auf dem 65. DJT in Bonn

Lassen Sie mich aber zum Schluss die Gelegenheit nutzen, hier erstmals ein rechtspolitisches Vorhaben anzusprechen, das sicherlich viel Beachtung bei Experten und auch in der Öffentlichkeit finden wird – auch wenn es nicht auf dem Programm dieses djt steht. Es geht um das Unterhaltsrecht, für das wir noch in dieser Legislaturperiode eine Reform planen. Im Umfang wird sie überschaubar sein, in der Sache aber praktisch bedeutsame Änderungen bringen.

Die Reform verfolgt vor dem Hintergrund geänderter gesellschaftlicher Verhältnisse und Wertvorstellungen zwei wesentliche Ziele: Die Förderung des Kindeswohls und die Stärkung der nahehelichen Eigenverantwortung.

Im Vordergrund steht die Förderung des Kindeswohls. Dabei geht es um die Änderung der Rangfolge von Unterhaltsansprüchen in den so genannten Mangelfällen: Wenn das zur Verfügung stehende Einkommen nicht für alle Unterhaltsberechtigten ausreicht, soll der Kindesunterhalt künftig Vorrang vor allen anderen Unterhaltsansprüchen haben. Nach heutiger Rechtslage muss sich das Kind den ersten Rang mit geschiedenen und aktuellen Ehegatten teilen. Die Änderung des Vorrangs wird dazu führen, dass die Anzahl minderjähriger Sozialhilfeempfänger reduziert wird. Und das ist dringend erforderlich. Zum Jahresende 2002 hatten wir die erschreckende Zahl von 1,02 Millionen sozialhilfebedürftigen Kindern – das waren 37 % der Empfänger von Sozialhilfe insgesamt! Über die Hälfte dieser Kinder, nämlich knapp 560.000, lebten bei alleinerziehenden Müttern. Deshalb sollen sich im zweiten Rang die Unterhaltsansprü-