

Ehegatten gemeinsam gehörenden Grundstücks beachtliche Geldmittel erhalten hat.⁸² Nicht ausreichend ist die Nachzahlung geschuldeten Unterhalts. Ist der Vorschuss teilweise durch die Gebühren für den Abschluss eines Prozessvergleichs verbraucht, scheidet eine Rückforderung aus.⁸³ Lassen sich die genauen Einkommensverhältnisse nicht zuverlässig feststellen, kann auch die hälftige Rückzahlung des geleisteten PKV der Billigkeit entsprechen.⁸⁴ Eine Rückzahlungsverpflichtung besteht weiterhin, wenn der PKV-Berechtigte in einem Rechtsstreit gegen einen Dritten obsiegt hat, dieser in die Kosten verurteilt worden ist und der PKV-Berechtigte die Kosten bei seinem Kostenschuldner eintreiben kann.⁸⁵ Der Rückforderungsanspruch ist allerdings so lange nicht fällig, so lange nicht eine eventuell erforderliche Zwangsvollstreckung erfolgreich betrieben werden kann oder erfolgreich hätte betrieben werden können.

8. Prozesskostenvorschuss und Kostenfestsetzung

Ein geleisteter PKV ist im Kostenfestsetzungsverfahren mit Zustimmung des Vorschussempfängers zu berücksichtigen. Fehlt die Zustimmung, darf der Rückzahlungsanspruch ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn die gesamten Kosten des Vorschussempfängers abgedeckt sind und eine Kostenfestsetzung zur Überzahlung führen würde. Der geleistete PKV ist auf den Kostenerstattungsanspruch des Vorschussempfängers insoweit anzurechnen, als die Summe aus PKV und Erstattungsbetrag den Gesamtbetrag der Kosten übersteigt, die den Vorschussempfänger letztlich treffen.⁸⁶

9. Abtretbarkeit, Pfändbarkeit und Aufrechnung

Der Anspruch auf PKV ist zweckbestimmt und damit nach § 399 BGB nicht abtretbar, nicht übertragbar und gem. § 851 Abs. 1 ZPO nicht pfändbar. Deshalb ist gegen den zweckgebundenen PKV-Anspruch die Aufrechnung mit dem Kostenerstattungsanspruch aus dem Hauptsacheverfahren nicht statthaft.⁸⁷ Etwas anderes gilt für einen Anspruch auf Rückzahlung eines bereits geleisteten PKV. Die Aufrechnung damit ist – z.B. im laufenden Zugewinnausgleichsprozess – zulässig, da § 394 BGB nicht entgegensteht.⁸⁸

10. PKV-Ansprüche ausländischer Parteien

Da sich das Bestehen eines PKV ausschließlich nach materiellem Recht richtet und der PKV zum Unterhaltsrecht gehört, gilt gem. Art. 18 EGBGB das Unterhaltsstatut, mithin grundsätzlich das Aufenthaltsstatut,⁸⁹ nach Art. 18 IV EGBGB aber das Scheidungsstatut. Gem. Art. 18 II EGBGB hätte ein im Ausland lebender Unterhaltsgläubiger bei einer Klage gegen den im Inland wohnenden Unterhaltsschuldner einen PKV-Anspruch auch dann, wenn dieser weder nach seinem Aufenthaltsstatut (Art. 18 I 1 EGBGB) noch nach dem gemeinsamen Heimatrecht (Art. 18 I 2 EGBGB) gegeben wäre. Es gilt deutsches Recht. Ausländisches Recht kommt allenfalls in Betracht, wenn das ausländische Recht Unterhaltsstatut ist und eine evtl. anders ausgestaltete PKV-Pflicht kennt. Für das Eilverfahren der einstweiligen Anordnung ist schon aus Praktikabilitäts Erwägungen heraus deutsches Recht anwendbar.

11. Prozessuale Geltendmachung

Der PKV-Vorschuss ist vor dem Familiengericht geltend zu machen. Dies geschieht i.d.R. wegen der Eilbedürftigkeit durch einstweilige Anordnung, und zwar im Bundverfahren für die Ehesache und die Folgesache nach § 620 Nr. 10 ZPO, in Unterhaltssachen nach § 127a ZPO sowie in sonstigen Familiensachen des § 621 Abs. 1 Nr. 1–3, 6–9 und 13

nach § 621f ZPO. Für Kindschaftssachen gilt § 641d ZPO. Der PKV-Anspruch im Wege einstweiliger Anordnung kann verbunden werden mit einem Hauptsacheverfahren; der Rechtsuchende kann wählen, welchen Rechtsschutzweg er in Anspruch nehmen will.⁹⁰

82 *Wendl/Scholz*, § 6 Rn 34.

83 *Wendl/Scholz*, a.a.O.; a.A. OLG Köln FamRZ 2002, 1134.

84 OLG Hamm FamRZ 1992, 672; *Palandt/Brudermüller*, Rn 20; *Weinreich/Klein*, Rn 53.

85 MüKo-Wacke, BGB, 4. Aufl., § 1360 a Rn 31; *Klein*, FuR 1996, 147, 149.

86 OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 376; KG FamRZ 1987, 1064; OLG Nürnberg FamRZ 1999, 1217; FuR 2002, 287; OLG Oldenburg NJW-RR 1994, 1411; a.A. OLG Bamberg JurBüro 1982, 449; OLG Stuttgart FamRZ 1992, 1462; OLG München FamRZ 1994, 1605; OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 1535: volle Berücksichtigung des unstreitig gezahlten PKV im Kostenfestsetzungsverfahren; OLG Celle FamRZ 1985, 731: Berücksichtigung entsprechend der Quotelung in der Kostenentscheidung des Hauptverfahrens, keine Rückforderung, wohl aber eine Absetzung von der Kostenforderung, sofern auch diese geleistet.

87 NJW 1985, 2263 = FamRZ 1985, 802; OLG München FamRZ 1993, 714; 1996, 1221.

88 OLG Koblenz FamRZ 2000, 1219; OLG Köln FamRZ 1980, 567; OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 376; *Palandt/Brudermüller*, Rn 21.

89 OLG Karlsruhe IPraz 1987, 38; OLG Köln FamRZ 1995, 680; *Henrich*, FamRZ 1986, 841, 843.

90 BGH NJW 1979, 1508; FamRZ 1979, 472; *Klein*, FuR 1996, 147, 149.

Salvatorische Klauseln in Eheverträgen – Helfen sie noch?

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar in Regen und Lehrbeauftragter an der Universität Regensburg

Die „Ehevertragsentscheidung“ des BGH v. 11.2.2004 (FF 2004, 79 = FamRB 2004, 105 = BGHR 2004, 519) hat sämtliche Klauseln von Eheverträgen auf den Prüfstand gestellt. Wegen der Unsicherheit darüber, was jetzt und künftig noch Bestand haben wird, haben „Angstklauseln“ Konjunktur. Aber helfen sie im Einzelfall wirklich?

1. Zur Bedeutung salvatorischer Klauseln

a) Herkunft

Der Ausdruck „salvatorische Klausel“ geht auf die in der Carolina enthaltene Regelung, wonach durch die Halsgerichtsordnung Churfürsten, Fürsten und Stenden an jren alten wohlhergebrachten rechtmessigen vnnnd billichen gebreuchen nichts benommen sein soll, zurück. Sie diente als Klarstellung. Die Mitwirkung der Reichsstände am Zustandekommen der Carolina sollte nicht als Verzicht auf die Weitergeltung ihrer Partikularrechte gedeutet werden können. Die clausula salvatoria brachte auch zum Ausdruck, dass die Carolina keine allgemein verbindliche und verpflichtende Kodifikation sein, sondern als „Ordnung“ nur Richtlinien geben sollte.¹ Inzwischen wird der Ausdruck salvatorische Klausel in einem weiteren Sinne als vorsorgliche, dem Schutz einer Person dienende Bestimmung verstanden.² Sie besteht üblicherweise aus zwei Teilen.

b) Erhaltungsklausel

Die Formulierung, dass bei Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen des Vertrages die Wirksamkeit der übrigen Be-

1 Siehe nur *Kleinheyer*, in: Landau/Schroeder (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, S. 7 ff. u. *Schmidt*, in: ZRG.GA 53, 1933, 1 ff.

2 Vgl. nur *Tilch* (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, 2. Aufl. 2000, s.v. Salvatorische Klausel. Grundlegend *Beyer*, Salvatorische Klauseln, 1988 und *Behme*, Erhaltungsklauseln, 2002 sowie ausführlich zum Grundstückskauf *Keim*, ZfIR 2003, 661 ff. Allg. auch *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 3. Aufl. 2004, Rn 343 ff.

stimmungen der Urkunde nicht berührt wird, betrifft nicht die unwirksame Klausel, sondern den Vertragsrest. Entgegen der Regel des § 139 BGB soll nach dem Entfernen (sozusagen: „Hinausstreichen“!) des unwirksamen Teils der „Restvertrag“ bestehen bleiben. Dies setzt voraus, dass ein Vertragsinhalt übrig bleibt, der für sich allein genommen einen Sinn behält.³ Es handelt sich aber um keine Automatik.⁴ Die Erhaltungsklausel kehrt lediglich die gesetzliche Gesamtnichtigkeitsvermutung um.⁵ Während bei ihrem Fehlen die Vertragspartei, welche an einem teilnichtigen Vertrag festhält, die Darlegungs- und Beweislast trägt, trifft sie bei einer „Rettungsklausel“ die andere Vertragspartei. Allerdings kommt es weiterhin auf die Bedeutung der nichtigen Bestimmung für das Gesamtgefüge des Vertrages an. Sind grundlegende Vertragsbestimmungen nichtig, gibt also der Torso keinen Sinn mehr, so bleibt es bei der Gesamtnichtigkeit des Vertrages.⁶ Gleiches dürfte bei einem Summierungseffekt mehrerer unwirksamer Bestimmungen gelten.⁷ In diesen Fällen wird auch die Erhaltungsklausel von der Nichtigkeit erfasst.⁸

c) Ersetzungsklausel

§ 139 BGB betrifft nicht nur das Schicksal des Restvertrages. Diese Vorschrift gilt auch, wenn die Vertragsschließenden anstelle der unwirksamen Regelung, hätten sie mit der Nichtigkeit von Anfang an gerechnet, eine andere auf das zulässige Maß beschränkte Vereinbarung getroffen hätten und sich der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lässt.⁹ Dies führt bereits bei Anwendung der gesetzlichen Regelung zu einer Form der geltungserhaltenden Reduktion. Eine ausdrückliche diesbezügliche Pflicht statuiert regelmäßig der zweite Bestandteil salvatorischer Klauseln. Es handelt sich um die Schließung der durch die Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung entstandenen Lücke. Üblich ist die Formulierung, dass die unwirksame Bestimmung durch eine wirksame zu ersetzen ist, die dem angestrebten Zweck wirtschaftlich am nächsten kommt.¹⁰ Können sich die Beteiligten nicht auf eine Ersatzregelung einigen, so muss das Gericht die Leistungsbestimmung vornehmen. Es tritt an die Stelle eines Dritten, der gem. § 317 BGB mit der Leistungsbestimmung betraut werden kann.¹¹

2. Salvatorische Klauseln bei Ungleichgewichtsverträgen?

Eine ehevertragliche Vereinbarung, die von vornherein den Ehetypus verfehlt, ist gem. § 138 BGB nichtig. An ihre Stelle tritt grundsätzlich die gesetzliche Regelung.¹² Ob dieser – jedenfalls für den bisher bevorzugten Vertragsteil – unerwünschten Konsequenz mithilfe einer salvatorischen Klausel begegnet werden kann, ist zweifelhaft. Eine Ersetzungsklausel würde im Ergebnis dazu führen, dass unwirksame Vereinbarungen auf das zulässige Maß reduziert würden. Rechtsverstöße würden perpetuiert, wenn der rechtsmissbräuchlich übervorteilte Partner zu Vertragsanpassungen gezwungen wäre. Dagegen würde es für den die Vertragsbedingungen diktierenden Teil nicht mehr riskant sein, sich über die rechtlichen Grenzen hinwegzusetzen.¹³ Er könnte einen unfairen Vertrag abschließen, der später vom Gericht auf das nach seiner Meinung nach Zulässige reduziert würde. Dies ist beim Verbraucher- und Formularvertrag ausgeschlossen. Nach § 306 Abs. 2 BGB richtet sich, sofern Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden sind, der Inhalt des Vertrages nach dem dispositiven Recht. Salvatorische Klauseln, die dies einschränken, sind unwirksam.¹⁴ Ähnlich ist dies bei Staat-Bürger-Verträgen im öffentlichen Recht, wenn die öffentliche Hand gegen Gesetz und Recht verstößt.¹⁵ Die Gerichte

gehen von einer so genannten personalen Teilunwirksamkeit zulasten des Verwenders der unangemessenen Regelung aus.¹⁶ Daraus lässt sich der allgemeine Grundsatz entnehmen, dass eine Ersetzungsklausel bei Gesetzesverstößen nicht möglich ist, die zu unangemessenen Benachteiligungen einer Partei führen.¹⁷ Salvatorische Klauseln im „Macho-Ehevertrag“ helfen deshalb im Regelfall nicht (mehr). Gleichsam als Strafe treten an die Stelle der unwirksamen Regelung (zwingend) die gesetzlichen Bestimmungen.¹⁸ Eine Erhaltungsklausel kann dagegen helfen, wenn einzelne Regelungsbereiche des Ehevertrages unwirksam sind.¹⁹ Beispiel ist die Unangemessenheit der Regelung über den nahehelichen Unterhalt, wenn für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs eine ausreichende Gegenleistung vereinbart ist.²⁰ Im Übrigen bleibt nur die Möglichkeit, eine konkrete „Hilfslösung“ vorzusehen, die an die Stelle einer unwirksamen Bestimmung tritt. In der notariellen Praxis

3 BGH, Urt. v. 11.10.1995 – VIII ZR 25/94, BB 1995, 2549 = MDR 1996, 459 = NJW 1996, 773 = WM 1996, 22 u. BGH, Urt. v. 30.1.1997 – IX ZR 133/96, BB 1997, 646 = DB 1997, 820 = MDR 1997, 466 = NJW-RR 1997, 684 = WM 1997, 625 = ZIP 1997, 536.

4 So nunmehr auch BGH, Urt. v. 24.9.2002 – KZR 10/01, DB 2002, 2646 = MDR 2003, 143 = NJW 2003, 347 = ZfR 2003, 675 = ZIP 2003, 126 = ZNotP 2003, 65; entgegen BGH, Urt. v. 8.2.1994 – KZR 2/93, DB 1994, 1184 = MDR 1994, 787 = NJW 1994, 1651 = WM 1994, 1035 sowie OLG Stuttgart, Urt. v. 21.3.2002 – 2 U 136/01, RdE 2002, 182 u. OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2000 – U (Kart) 23/00, WuW 2001, 497; s. dazu auch *Emmerich*, JuS 2003, 497 f. u. *Sirohe*, NJW 2003, 1780 ff.

5 Vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2002 – XII ZR 248/99, GE 2002, 1193 = NJW 2002, 3700 (LS) = NJW-RR 2002, 1377 = NZM 2002, 823.

6 Ebenso *Keim*, ZfR 2003, 661/662 für Kaufverträge. Vgl. auch BGH, Urt. v. 30.1.1997 – IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684/685.

7 BGH, Urt. v. 14.5.2003 – VIII ZR 308/02, BB 2003, 1587 = MDR 2003, 1041 = NJW 2003, 2234 = ZIP 2003, 1301.

8 Vgl. auch *Grziwotz*, ZfR 2004, 847 f.; *Reidt*, BauR 2001, 46/48 u. *Ziekow/Siegel*, VerwArch 2004, 281/298 zu salvatorischen Klauseln in Staat-Bürger-Verträgen.

9 BGH, Urt. v. 5.6.1985 – II ZR 227/88, BGHZ 107, 351/355 = NJW 1999, 2584 u. BGH, Urt. v. 14.11.2000 – XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37 = DB 2001, 378 = DNNotZ 2001, 685/690 = DSr 2001, 670 = FamRZ 2001, 1286 = JZ 2001, 1036 = MDR 2001, 403 = NJW 2001, 815 = WM 2001, 402 = ZIP 2001, 189 = ZNotP 2001, 166 (LS).

10 So z. B. *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 2. Aufl. 2001, Rn 138 u. *Wegmann*, Eheverträge, 2. Aufl. 2002, Rn 165 u. 180. *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 3. Aufl. 2004, Rn 344, nennt sie Ersetzungsklausel mit Ersetzungsverpflichtung; davon zu unterscheiden ist die Ersetzungsklausel mit automatischer Ersetzung.

11 Vgl. *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 2. Aufl. 2001, Rn 142.

12 BGH, Urt. v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = BGHR 2004, 519 = FamRB 2004, 105 = FF 2004, 79.

13 Ebenso *Dauner-Lieb*, FF 2004, 64/68.

14 BGH, Urt. v. 17.3.1999 – IV ZR 218/97, BGHZ 141, 153 = ZIP 1999, 804 u. LG Frankfurt, Urt. v. 9.11.2000 – 2/2 O 40/00, BauR 2001, 635/636; vgl. auch *Baur*, in: FS Vierregge, 1995, S. 31/41. S. ferner *Michalski/Römermann*, NJW 1994, 886 ff. u. *Sanders*, FF 2004, 251.

15 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.5.2000 – 4 C 4/99, BVerwGE 111, 162 = BauR 2000, 1699 = DNNotZ 2000, 760 = DÖV 2000, 1050 = DVBl 2000, 1853 = NVwZ 2000, 1285 = ZfR 2000, 720; BVerwG, Urt. v. 26.3.2003 – 9 C 4/02, BayVBl 2003, 570 = BFH/NV Beil. 4, 242 = DVBl 2003, 1215 = NJW 2003, 2846 (LS) = NVwZ 2003, 993 u. OVG Weimar, Urt. v. 7.12.1999 – 4 ZEO 931/97, DWW 2001, 29 = NVwZ-RR 2001, 623 = ThürVBl 2001, 18 u. BGH, Urt. v. 24.9.2002 – KZR 10/01, DB 2002, 2646 = MDR 2003, 143 = NJW 2003, 347 = ZfR 2003, 675 = ZIP 2003, 126 = ZNotP 2003, 65; s. ferner *Reidt*, BauR 2001, 46/50; *Spannowsky*, in: *ders./Krämer* (Hrsg.), Realisierung städtebaulicher Planung und Projekte durch Verträge, 2003, S. 11/12 u. *Ziekow/Siegel*, VerwArch 2004, 281/298.

16 Vgl. nur OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.4.1999 – 11 U 69/98, NJW-RR 2000, 279.

17 Ähnlich *Keim*, ZfR 2003, 661/666.

18 Ebenso *Brandt*, MittBayNot 2004, 278/280; *Gageik*, RNotZ 2004, 295/309; *Langenfeld*, ZEV 2004, 311/314; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2004, Rn 345 u. *ders.*, ZNotP 2004, 122/127; a. A. *Rauscher*, DNNotZ 2004, 524/542 f. u. *Rakete-Dombek*, NJW 2004, 1273/1276.

19 So noch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2003 – FamRZ 2004, 61 u. ihm folgend *Sarres*, FF 2004, 253 f., anders wohl OLG Saarbrücken, Beschl. v. 26.5.2004 – 9 WF 35/04, FamRB 2004, 313; OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.7.2004 – II-7 UF 227/03, FamRB 2004, 381 u. *Sanders*, FF 2004, 251 f.

20 Weiter gehend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.10.2003 – II 2 UF 149/03, FamRZ 2004, 461, wonach bereits die vom Gericht zuzusprechenden Unterhaltsbeträge ein ausreichendes Äquivalent darstellen können.

werden zwischenzeitlich bereits „Stufenlösungen“ des Inhalts empfohlen, dass bei Unwirksamkeit eines umfassenden Verzichts auf nahehelichen Unterhalt ein Ausschluss verschiedener Unterhaltstatbestände verbunden mit einer zeitlichen und höhenmäßigen Begrenzung treten soll. Wiederum hilfsweise wird eine „Deckelung“ auf verschiedene Unterhaltsbeiträge, die nochmals in Form gestufter höhenmäßiger Regelungen vereinbart werden, vorgesehen. Dieser Versuch, zugunsten des stärkeren Teils eine gerade noch zulässige Regelung durchzusetzen, dürfte jedoch bereits wegen der Art der Gestaltung unangemessen sein.²¹ Sie nutzt nämlich einseitig die Ehevertragsfreiheit aus, um zugunsten einer Partei eine dem Wesen einer gleichberechtigten Partnerschaft nicht entsprechende Vereinbarung durchzusetzen.²² Hilfslösungen statt salvatorischer Klauseln sind jedoch wohl in Bereichen möglich, in denen die Rechtsprechung bisher nicht „sicher“ ist. Beispiel ist die höhenmäßige Begrenzung des Kinderbetreuungsunterhalts. Das gegen eine Begrenzung des Kinderbetreuungsunterhalts geäußerte Argument, innerhalb des Mutter-Kind-Verbandes könne der Lohnstandard der beteiligten Personen nicht unterschiedlich sein,²³ widerspricht nämlich der Wertung des Gesetzgebers, der in § 1615I BGB von einer derartigen Möglichkeit ausgeht. Es kann wohl nicht sittenwidrig sein, wenn die Vertragsparteien eine vom Gesetzgeber vorgegebene Regelung wünschen und für den Fall der Unwirksamkeit eine Hilfslösung vereinbaren.

Ist dagegen einem Gesamtverzicht im Rahmen der Gesamtschau ausnahmsweise wegen Sittenwidrigkeit die Anerkennung zu versagen, ist auch bei einer Ersetzungsklausel der Wiedereintritt der gesetzlichen Scheidungsfolgen die Konsequenz.²⁴ Aus dem Umstand, dass das Güterrecht in der Rangfolge der Existenzsicherung nach Ansicht des BGH am schwächsten ist,²⁵ folgt auch bei Aufnahme einer salvatorischen Klausel nicht, dass zumindest die Gütertrennung „hält“.²⁶

3. Salvatorische Klauseln bei späteren Veränderungen?

Auf der zweiten Stufe der richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen am Maßstab des § 242 BGB hat der Richter „diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt“.²⁷ Die vertraglich vereinbarte Ergänzungspflicht enthält insoweit nicht mehr als den Appell an die Vertragsparteien, sich der Mühe der Vertragsergänzung selbst zu unterziehen. Im Streitfall wird dies aber wenig helfen, wenn nicht gleichzeitig damit ein verfahrensmäßiger Zwang wie z. B. die Durchführung einer Streitmittlung vor Anrufung des Gerichts verbunden ist.

Sofern die Ehegatten hinsichtlich der Rechtsfolgen in den Kernbereichen des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts keine Orientierung an den im Gesetz vorgesehenen Regelungen wünschen, dürfte eine pauschale Ergänzungsklausel gerade in den sensiblen Bereichen des Scheidungsfolgenrechts einer richterlichen Inhaltskontrolle wiederum nicht standhalten. Der Richter soll nämlich unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls und des Vertrauensschutzes eine angemessene Lösung finden. Dies bedeutet nicht, dass er für den bisher begünstigten Teil eine neue, gerade noch zulässige Klausel finden soll.²⁸ Dieselbe Verpflichtung trifft die Vertragsteile. Kommen sie ihr nach, ist kein richterliches Tätigwerden erforderlich. Können sie sich nicht einigen, kann die salvatorische Klausel den Richter nicht auf das gerade noch Zulässige verpflichten. Im Rahmen der Ausübungskontrolle stellt sich das Problem der Zulässigkeit salvatorischer Klauseln somit nicht.²⁹ Ihr kommt allenfalls eine an die Beteiligten gerichtete Appellfunktion zu.

4. Salvatorische Klauseln nur im Einzelfall

Salvatorische Klauseln in Eheverträgen werden künftig nicht mehr pauschal zum Einsatz kommen.³⁰ Stehen Regelungen wegen Bedingungen oder Rücktrittsrechten unter einem „Vorbehalt“ oder kann die Nichtigkeit einer Vereinbarung über den Versorgungsausgleich nach § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB oder wegen einer Nichtgenehmigung durch das Familiengericht nach § 1587o BGB eintreten, sollte hinsichtlich der diesbezüglichen Konsequenzen vertragliche Vorsorge getroffen werden.³¹ Wird beispielsweise der Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs unwirksam und müssen deshalb Versorgungsanwartschaften übertragen werden, so kann eine weiterhin wirksame Gütertrennung, die dem Versorgungsausgleichsempfänger seine Lebensversicherungsrechte belässt, unbillig sein. Ähnlich ist dies, wenn eine „Gesamtlösung“ von Güter- und Unterhaltsrecht durch Hausübernahme, Schuldenverteilung und Unterhaltsabfindung im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung vorliegt. Wird eine in einem Kompensationszusammenhang stehende Regelung unwirksam, so muss die Nichtigkeit auch auf die im Austauschverhältnis stehende Bestimmung erstreckt werden.³² Beim „Herausbrechen“ eines Teils muss entweder völlig neu verhandelt werden oder von vornherein eine Ersatzlösung angeboten werden. Einzelfallbezogene salvatorische Klauseln haben somit noch Bedeutung. Die Aufnahme von diesbezüglichen Standardklauseln ist hingegen im Regelfall eine Papierverschwendung.

21 Vgl. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

22 Vgl. auch BGH, Urt. v. 6.12.2002 – V ZR 220/02, BGHZ 153, 148/152 = DNotZ 2003, 349 = MDR 2003, 500 = NJW 2003, 1313 = ZIP 2003, 407 zu Missbrauchsfällen bei Vertragsalternativen.

23 So *Hahne*, in: *Schwab/Hahne* (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 181/195.

24 So wohl auch *Hahne*, in: *Schwab/Hahne* (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 181/199.

25 Siehe nur *Hahne*, DNotZ 2004, 84/92.

26 Ebenso OLG Hamm, Urt. v. 24.6.2004 – 19 UF 59/04, FamRZ 2004, 1489/1493 (n. rkr.).

27 BGH, Urt. v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = BGHR 2004, 519 = FamRB 2004, 105 = FF 2004, 79.

28 So aber der Zweck der pauschalen salvatorischen Klausel, vgl. nur *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2004, Rn 399.

29 Ähnlich *Hahne*, DNotZ 2004, 84/95.

30 A.A. *Sarres*, FF 2004, 253/254.

31 Vgl. bereits *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Aufl. 2000, Rn 1033 u. 1042. Siehe ferner *Wegmann*, Eheverträge, 2. Aufl. 2002, Rn 132, 157 u. 174.

32 Ebenso *Wegmann*, Eheverträge, 2. Aufl. 2002, Rn 250 u. 269. Zu weit gehend deshalb AG Berlin-Tempelhof, Urt. v. 25.11.1999 – 142 F 12170/98, FamRZ 2000, 833.

Prozessfinanzierung im Familienrecht

Dr. Hubert W. van Bühren, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Versicherungsrecht, Köln

1. Einleitung

Die Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung wird in Deutschland seit 1996 angeboten. Die berufsrechtlichen Bedenken der Rechtsanwaltskammern sind zwar zwischenzeitlich ausgeräumt, gleichwohl stehen viele Kolleginnen und Kollegen diesem Rechtsinstitut immer noch skeptisch gegenüber.

Auch im Familienrecht bietet sich eine Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung an, wenn höhere Beträge im Rahmen des Zugewinnausgleichs oder von Erbansprüchen geltend gemacht werden.