



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Familienrecht



In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
24. bis 26. November 2016
in Nürnberg

Gestaltungsspielräume im Unterhaltsrecht

Rolf Schlünder,
Rechtsanwalt, Mannheim

Gestaltungsspielräume im Unterhaltsrecht

von Rolf Schlünder, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familien- und Arbeitsrecht

Vortrag am 25.11.2016 anlässlich der Herbsttagung
des Deutschen Anwaltsvereins
Nürnberg

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Familienrechtliche Grundlagen	Seite 3
II.	Störfaktor Trennungsunterhalt.....	Seite 4
III.	Ausnahmen von Verzichtsverbot.....	Seite 6
IV.	Freistellung und Verzicht – wie alles anfang.....	Seite 8
V.	Nachehelicher Unterhalt – das Formproblem.....	Seite 9
VI.	Privatautonomie und Inhaltskontrolle.....	Seite 11
VII.	Gestaltungsmöglichkeiten beim Realsplitting.....	Seite 14
VIII.	Unterhalt und Pflichtteilsverzicht.....	Seite 17
IX.	Unterhaltsverzicht und Schenkungssteuer.....	Seite 19
X.	Leibrente statt Unterhalt.....	Seite 20
XI.	Gestaltung und Abänderung.....	Seite 22
XII.	Abfindung und Anpassung nach § 33 VersAusglG.....	Seite 25
XIII.	Schlussbetrachtung.....	Seite 27

I. Familienrechtliche Grundlagen

Bei der vertraglichen Gestaltung von Vereinbarungen im Unterhaltsrecht finden sich ganz unterschiedliche Gestaltungsprinzipien. Es kommt nämlich darauf an, über welche Unterhaltsart disponiert werden soll. Bekanntlich unterscheidet das Familienrecht streng zwischen dem Verwandten-, Trennungs- und Ehegattenunterhalt. Diese Aufteilung spiegelt sich auch in den Rahmenbedingungen, die das Familienrecht für Unterhaltsverträge aufstellt. Im Trennungsunterhalt gilt die Dispositionssperre: Für die Zukunft kann auf den Unterhalt nicht verzichtet werden, heißt es lapidar in § 1614 Abs. 1 BGB. Die Vorschrift gilt nicht nur für den Verwandtenunterhalt, sie gilt auch für den Familienunterhalt nach § 1360 a Abs. 3 BGB, für den Trennungsunterhalt nach § 1361 Abs. 4 S. 4 BGB und schließlich für den Unterhalt der nichtverheirateten, betreuenden Person nach § 1615 I Abs. 3 S. 1 BGB. Von dieser universalen Dispositionssperre ist der naheheliche Unterhaltsanspruch ausgenommen. Nach § 1585 c S. 1 BGB können die Ehegatten über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen, was bedeutet, dass insoweit der Grundsatz der Privatautonomie wieder hergestellt wird. Allerdings werden die Ehegatten nicht ganz schutzlos in die Privatautonomie entlassen. Satz 2 unterwirft solche Vereinbarungen einem strengen Formprinzip, dem strengsten, welches das deutsche Recht kennt, nämlich der notariellen Vereinbarung oder Protokollierung in einem gerichtlichen Verfahren. Damit aber nicht genug. Als flankierende Maßnahme werden solche Vereinbarungen einem richterlichen Kontrollverfahren unterworfen, nämlich der Wirksamkeits- bzw. Ausübungskontrolle.

Damit werden die Hürden transparent, die sich dem Rechtsanwender bei der Gestaltung von Unterhaltsvereinbarungen stellen. Konstellationen, die der Gestaltung nach § 1614 Abs. 1 BGB unterfallen, sind der vertraglichen Disposition grundsätzlich verwehrt. Wer dagegen verstößt, riskiert nach § 134 BGB die Unwirksamkeit, was mit unangenehmen rechtlichen Folgen verbunden sein kann, wie noch zu zeigen sein wird. Auf der anderen Seite steht der naheheliche Unterhalt, der dem Prinzip der Privatautonomie verpflichtet ist. Aber auch auf diesem Sektor sind der gestalterischen Freiheit Grenzen gesetzt, einmal durch das Formprinzip des § 1585 c S. 2 BGB, zum anderen mit der Rechtsprechung zur Inhalts- und Wirksamkeitskontrolle. Wie die ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung zeigt, verheddert sich die Praxis zuweilen in diesem dreiteiligen Konstrukt aus Verzichtsvorbot, Privatautonomie und richterlicher Kontrolle.

II. Störfaktor Trennungsunterhalt

„Unsicherheiten für die Vertragsparteien, erhöhte Risiken für den Schuldner, Mehrarbeit für den Vertragsgestalter, Anreiz zur Verschleppung von Scheidungsverfahren“ – so beschreibt *Born*¹ die Konsequenzen missratener Vereinbarungen über den Trennungsunterhalt. Obwohl der Wortlaut des trennungsrechtlichen Verzichtverbots an Klarheit nichts zu wünschen übrig lässt, scheint die anwaltliche und notarielle Praxis zuweilen nicht der Versuchung widerstehen zu können, es mit Umgehungsvereinbarungen auszuhebeln – mit den Folgen, die *Born* so bildhaft beschreibt. Der XII. Senat des *BGH* hatte in letzter Zeit Gelegenheit, sich mit den Folgen solcher Vereinbarungen auseinanderzusetzen.² Im ersten Fall ging es um einen notariellen Ehevertrag mit Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung, im zweiten um einen anlässlich der Eheschließung vereinbarten notariellen Ehevertrag. In beiden Fällen scheiterten die Regelungen zum Trennungsunterhalt am Verzichtverbot, in beiden Fällen haben die Eheleute ihr Vertragswerk, welches im Übrigen Regelungen zum Vermögen, zum nachehelichen Unterhalt und zum Versorgungsausgleich enthielt, ohne Not gefährdet. Vor diesem Hintergrund erweisen sich Regelungen, die den Trennungsunterhalt entgegen dem gesetzlichen Modell beschränken, als Störfaktoren und in den Konsequenzen als unangenehme Tretminen.

Was war geschehen? Beispielhaft soll die Entscheidung vom 29.01.2014³ herausgegriffen werden. Die seit 1991 verheirateten Eheleute hatten einen Ehevertrag mit Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung geschlossen, nachdem ihre Ehe im Jahre 2006 in eine Krise geraten war. Als Präambel haben sie wörtlich das folgende festgestellt:

„Die Parteien leben derzeit nicht getrennt, doch befindet sich ihre Ehe in einer Krise, da die Ehefrau ohne rechtfertigende oder entschuldigende Veranlassung mutwillig aus der intakten Ehe ausgebrochen ist und intime Beziehungen zu einem anderen Mann aufgenommen hat“.

Und weiter:

„Für den Fall der Trennung wird keine der Parteien gegen die andere Getrenntlebenunterhaltsansprüche geltend machen. Insbesondere gehen sie davon aus, dass die Ehefrau wegen ihres ehebrecherischen Verhaltens die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1579 Ziff. 6 BGB in Verbindung mit § 1361 Abs. 3 BGB erfüllt und deshalb ihren Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann verwirkt hat“.

¹ *BGH NJW* 2015, 3715 (3717).

² *BGH* vom 29.01.2014 *FamRZ* 2014, 629; *BGH* vom 30.09.2015 *FamRZ* 2015, 2131.

³ *BGH FamRZ* 2014, 629.

Den juristischen Beratern dieser moralischen Textkeulen wird schon bewusst gewesen sein, dass auch ein pactum de non petendo dem Verzichtsverbot nach § 1614 Abs. 1 BGB unterfällt. Zwar enthält ein solches pactum keinen expliziten Verzicht, es begründet aber einer Einrede gegen den geltend gemachten Unterhaltsanspruch und führt damit wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis wie ein Unterhaltsverzicht. Daher ist nach ganz herrschender Meinung ein solches Umgehungsgeschäft unwirksam⁴ - an sich eine juristische Binsenwahrheit!

Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass die Vertragsgestalter mit ihrer Formulierung das pactum mit Hilfe der Verwirkungsvorschriften nach § 1579 BGB selbst aushebeln wollten, nach dem Motto: Wo kein Unterhaltsanspruch ist, kann auch wirksam darauf verzichtet werden. Der XII. Senat hat solchen gestalterischen Arabesken die kalte Schulter gezeigt. Mit – so der *BGH* – „ergänzenden Feststellungen“ kann dem pactum de non petendo nicht zur Wirksamkeit verholfen werden. Der Schutzzweck von § 1614 BGB ist universal: Der unterhaltsberechtigten Person kann unter Hinweis auf den Parteiwillen der Unterhaltsanspruch nicht versagt werden, auch dann nicht, wenn die Vereinbarung durch einen Verwirkungsgrund gestützt ist. Denn solche Feststellungen unterliegen dem Risiko einer „unrichtigen Tatsachenermittlung“ oder einer „falschen Einschätzung der Rechtslage“. So jedenfalls kann ein pactum nicht unangreifbar gemacht werden.⁵

Vor dem Hintergrund des mit dem Verzichtsverbot bezweckten Schutzes ist das Postulat des *BGH* sicher überzeugend. Denn dessen Schutzzweck hat Doppelcharakter: Einmal soll individuell verhindert werden, dass sich der Unterhaltsberechtigte während der Trennungszeit durch Dispositionen über den Bestand des Unterhaltsanspruchs seiner Lebensgrundlage begibt, zum anderen einen öffentlichen, er soll nämlich nicht der Sozialhilfe anheimfallen.⁶ Mit diesem Schutzzweck unvereinbar ist jede Umgehungsregelung, auch wenn sie durch Verwirkungsgründe unangreifbar gemacht werden soll.

In diesem Zusammenhang soll noch auf zwei weitere Stützkonstruktionen der Berater eingegangen werden, die in der Entscheidung des *BGH* vom 30.09.2015⁷ eine Rolle gespielt haben. Wenn schon die Ehefrau auf einen Teil des Trennungsunterhalts verzichtet, soll ihr wenigstens ein naheheliches Äquivalent geboten werden. Die Parteien hatten nämlich vereinbart, dass die Unterhaltungspflicht zwar ruht, wenn sich die Ehefrau wiederverheiratet,

⁴ *BGH FamRZ* 2014, 629 Rz. 48.

⁵ *BGH FamRZ* 2014, 629, Rz. 48.

⁶ *BGH FamRZ* 2014, 629 Rz. 48.

⁷ *BGH FamRZ* 2015, 2131.

aber ab der Rechtskraft der Scheidung der neuen Ehe wieder auflebt. Könnte nicht ein an sich unwirksames pactum de non petendo dadurch gerettet werden, dass der Ehefrau an anderer Stelle Vorteile zuwachsen, die ihr das Familienrecht nie bieten kann? Oder handelt es sich hier nicht einfach um ein gestalterisches Placebo? Der *BGH* hat sich nicht beeindrucken lassen – unbeirrt hat er am universalen Dispositionsverbot festgehalten auch für den Fall, dass sich andere Teile des Ehevertrages für die Ehefrau als vorteilhaft erweisen. Denn die Wirksamkeit der Regelung des Trennungsunterhalts sei isoliert zu betrachten und werde nicht durch Vereinbarungen zu anderen Folgesachen berührt, selbst nicht durch eine lebenslange Unterhaltspflicht.

Aber damit war die gestalterische Phantasie der Verfahrensbevollmächtigten noch nicht erschöpft. Die beteiligten Eheleute hatten in der Entscheidung vom 30.09.2015 die Höhe des ehelichen Unterhalts gedeckelt. Um den Wirkungen des Verzichtsverbots zu entgehen, wies der Notar die Beteiligten darauf hin, „*dass hierin ein Verzicht auf ehelichen Unterhalt nicht liege, da ein solcher Verzicht für die Zukunft nicht wirksam vereinbart werden kann*“.⁸ Hier ist offenbar die Quadratur des trennungsrechtlichen Kreises versucht worden: Wir deckeln zwar den Unterhalt, verzichten aber nicht - ein Schalk, wer Böses dabei denkt. Aber auch hier macht der XII. Senat kurzen Prozess: „*Ob die Beteiligten einen Verzicht gewollt haben, ist insofern unbeachtlich. Es kommt allein darauf an, ob der dem Unterhaltsberechtigten von Gesetzes wegen zustehende Unterhalt objektiv verkürzt wurde*“.⁹

III. Ausnahmen vom Verzichtsverbot

In letzter Konsequenz würde ein striktes Verzichtsverbot ein bedingungsloses Gestaltungsverbot zur Folge haben. Eine Abweichung vom gesetzlichen Unterhaltsanspruch in Höhe nur einem Euro würde die Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung zur Folge haben. Schon lange ist daher ein Spielraum anerkannt worden, innerhalb dessen – so der *BGH* – „*interessengemäße, angemessene Regelungen vereinbart werden können*“. Diese Rechtsprechung hat der *BGH* jüngst bestätigt.¹⁰ *Born*¹¹ hat sie wie folgt zusammengefasst:

⇒ Bei einer Unterschreitung bis zu 20% des rechnerisch ermittelten Unterhalts bestehen keine Schwierigkeiten;

⇒ eine Unterschreitung um mehr als 1/3 ist in der Regel mit § 1614 Abs. 1 BGB unvereinbar;

⁸ *BGH FamRZ* 2015, 2131 Rz. 3.

⁹ *BGH FamRZ* 2015, 2131 Rz. 15.

¹⁰ *BGH FamRZ* 2015, 2131 Rz. 16.

¹¹ *NJW* 2015, 3717.

⇒ in dem dazwischenliegenden Bereich zwischen 20% und 1/3 kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

So sehr diese Rechtsprechung einem praktischen Bedürfnis entspricht, so wenig sichere Grundlagen bietet sie, wenn sich der Anwender bei der Gestaltung darauf verlässt. Im Kindesunterhalt mag dieser Spielraum vor allem dann helfen, wenn die Einstufung in die Bedarfssätze der Düsseldorfer Tabelle oder der Bedarfskontrollbetrag im Grenzbereich liegt,¹² auch, wenn der Mindestunterhalt nach § 1612 a Abs. 1 BGB unterschritten ist. Ist der Unterhaltsberechtigte auf den Unterhalt angewiesen, wird die Grenze umso enger zu ziehen sein. Alles in allem bleibt dieser judikatorische Spielraum aber ein unsicheres Geschäft. Man kann daher dem Praktiker nur raten, sich jeder Ausgestaltung des Trennungsunterhalts für die Zukunft jedenfalls dann zu enthalten, wenn der Vertrag oder die Vereinbarung weitere Regelungen zu Folgesachen enthält. Nicht ohne Not gefährdet man mit Eskapaden im Trennungsunterhalt die Wirksamkeit von wesentlich bedeutenderen Folgesachen wie Gütertrennung, Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich und modifizierende Gestaltungen zum nachehelichen Unterhalt.

Auf zwei weniger angreifbare Gestaltungsoptionen soll in diesem Zusammenhang noch hingewiesen werden:

Immer möglich sind Vereinbarungen über Unterhaltsrückstände. Von diesem Gestaltungsspielraum sollte in Verträgen und Scheidungsvereinbarungen ausreichend Gebrauch gemacht werden. Einschließlich des Totalverzichts sind alle Vereinbarungen möglich und bedingungslos wirksam. Wer kein Risiko eingehen will, formuliert etwa: *„Hinsichtlich des Trennungsunterhalts gelten die gesetzlichen Vorschriften. Die beteiligten Eheleute verzichten auf rückständigen Kindes- und Trennungsunterhalt und nehmen diesen Verzicht wechselseitig an.“* Es gilt der alte römisch rechtliche Grundsatz: in praeterium non vivitur.¹³

Für den Berater, der es nicht lassen kann, Regelungen für den künftigen Trennungsunterhalt zu formulieren, gibt der *BGH* in der *Krisenvertragsentscheidung* Hinweise. Wer sich auf bloße Absichtserklärungen beschränkt oder eine Geschäftsgrundlage mitteilt, vereinbart kein unzulässiges pactum de non petendo.¹⁴ So wäre etwa eine Formulierung nicht zu

¹² Krenzler/Borth, 2. Aufl. Kapitel 15 Rz. 35

¹³ Zu einem Formulierungsvorschlag vgl. Münch/Siegler, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. § 8 Rz. 97.

¹⁴ BGH FamRZ 2014, 629 Rz. 49.

beanstanden, wonach die Eheleute übereinstimmend davon ausgehen, dass der Ehefrau bis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ab einem bestimmten Zeitpunkt ein Anspruch auf Trennungsunterhalt in Höhe von € 1.000,00 zusteht.¹⁵ Kollisionen mit dem Verzichtsverbot sind bei solchen Formulierungen nicht zu befürchten, denn es wird ja auf nichts verzichtet und es findet ja auch keine objektive Verkürzung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs statt.

IV. Freistellung und Verzicht – wie alles anfing

Die Rechtsprechung zur Wirksamkeits- und Inhaltskontrolle nahm bekanntlich ihren Ausgang mit einer Entscheidung des *BVerfG* vom 06.02.2001.¹⁶ Auf Drängen des werdenden Vaters hatte die schwangere Frau einen Totalverzicht unterzeichnet, mit dem sie auf jeglichen Unterhalt für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft ab Rechtskraft der Scheidung verzichtete und sich verpflichtet hatte, ihren Partner von Unterhaltsansprüchen des (noch nicht geborenen) Kindes freizustellen, soweit es um einen Betrag von über DM 150,00 monatlich ging. Beide heirateten unmittelbar im Anschluss an diese Vereinbarung und einige Monate später wurde das gemeinsame Kind geboren. Im späteren Scheidungsverfahren legte der Mann diese Urkunde vor – wie bekannt, ohne Erfolg.

Bereits in dieser ersten Entscheidung hat das *BVerfG* die ersten Schwerpunkte für die Wirksamkeits- und Inhaltskontrolle gesetzt. Ausgangspunkt war die nach Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, die voraussetzt, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des einzelnen auch tatsächlich gegeben sind. Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Bezug zu anderen ist das Rechtsinstitut des Vertrages, der den sachgerechten Interessenausgleich unter den Partnern gewährleistet. Das gilt auch für Eheverträge, bei denen Art. 6 Abs. 1 GG den Ehepartnern das Recht gibt, ihre jeweilige Gemeinschaft nach innen in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten. Das ist aber bei einer einseitigen Dominanz eines Ehepartners nicht gewährleistet. Schon in dieser Entscheidung benutzt das *BVerfG* die Begriffe, mit denen wir dann später die Wirksamkeitskontrolle gestalten: Einseitige Dominanz eines Ehepartners; gestörte Vertragsparität; unterlegene Position der nichtverheirateten schwangeren Frau. Aus heutiger Sicht ist der Begründungsaufwand für die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung nicht mehr hoch. Es versteht sich von selbst, dass solche Verträge keine Wirksamkeit beanspruchen können.

¹⁵ vgl. *Münch/Siegler*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. § 8 Rz. 97.

¹⁶ *BVerfG FamRZ* 2001, 343.

Historisch bleibt diese Entscheidung aber insofern bedeutsam, als damit der erste Schritt zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen getan wurde. Der *BGH* hat dann in der berühmten Entscheidung vom 11.02.2004¹⁷ die vom *BVerfG* entwickelten Grundsätze für die allgemeine Prüfung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen nutzbar gemacht und dabei auch die sog. Kernbereichslehre entwickelt, nach der bestimmte Scheidungsfolgen in vollem Umfang der Disposition der Parteien unterworfen sind, andere dagegen nur, wenn der Verzicht oder Teilverzicht durch anderweitige Vorteile gemindert worden ist oder durch besondere Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt ist. Die spätere Rechtsprechung baut auf diesen Grundsätzen auf.

V. Nachehelicher Unterhalt – das Formproblem

Mit dem UÄndG 2008¹⁸ ist dem bis dahin geltenden § 1585 c BGB der Satz angefügt worden, dass eine Vereinbarung, die *vor der Rechtskraft der Scheidung* getroffen wird, der notariellen Beurkundung bedarf. Das sich mit dieser Differenzierung ergebende Gestaltungspotenzial liegt auf der Hand. Unterhaltsverträge, die vor Rechtskraft der Scheidung geschlossen werden, unterstehen einer zweifachen Kontrollinstanz. Einmal gewährleistet die notarielle Form die Beratungsleistung des Notars im Rahmen von § 17 BUrkG zu Gunsten der sozial Schwächeren, meist der Ehefrau, zum zweiten gewährleistet die Rechtsprechung zur Wirksamkeits- und Inhaltskontrolle die Einhaltung von Mindeststandards anhand des gesetzlichen Unterhaltsmodells. Genau dies hat auch der Gesetzgeber beabsichtigt. Zweck der Form sei es, durch die Mitwirkung eines Notars die fachkundige und unabhängige Beratung der vertragsschließenden Parteien sicherzustellen, und zwar zu einem doppelten Zweck, einmal, um vor übereilten Erklärungen zu bewahren und des Weiteren den beteiligten Eheleuten die rechtliche Tragweite ihrer Vereinbarung vor Augen zu führen.¹⁹ Allerdings wollte der Gesetzgeber den Formzwang nicht für jede Unterhaltsvereinbarung einführen. Die zeitliche Schranke ist die Rechtskraft der Scheidung. Danach ist eine Vereinbarung des nachehelichen Unterhalts, auch natürlich die Abänderung einer vor Rechtskraft der Scheidung getroffenen Unterhaltsvereinbarung formlos zulässig. Das hat sofort Kritik hervorgerufen, der man sich auch acht Jahre nach Einführung der Vorschrift nicht verschließen kann.²⁰ Denn die zeitliche Begrenzung in § 1585 c BGB der Formvorschrift lädt zur Umgehung förmlich ein.²¹

¹⁷ *BGH FamRZ* 2004, 601.

¹⁸ BGBl. I. S. 3187.

¹⁹ BT-Drucks. 16/1830, S. 22.

²⁰ *Münch FamRB* 2008, 251 (255); *Krenzler/Borth*, Familienrecht, 2. Aufl., Kapitel 15 Rz. 28; *Borth*, Unterhaltsänderungsgesetz, *FamRZ-Buch* 24 Rz. 237, 238.

²¹ *Münch*, *FamRB* 2008, 251, 254.

Für die zeitliche Beschränkung des Formzwangs führt der Gesetzgeber zwei Gründe an: Einmal sei eine besondere Schutzbedürftigkeit des Ehegatten, der sich in der schwächeren Verhandlungsposition findet, in aller Regel nur im Zeitraum bis zur Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses vorhanden. Des Weiteren soll eine spätere, im Verlauf des Unterhaltsverhältnisses eventuell erforderlich werdende Anpassung der Vereinbarung an geänderte Umstände nicht durch den Formzwang unnötig erschwert werden.²² Die Stichhaltigkeit der gesetzgeberischen Intention ist bezweifelt worden.²³ Tatsächlich stellt sich die Frage, ob die Schutzbedürftigkeit des Ehepartners mit dem Eintritt der Rechtskraft nachlässt. Das soll an dieser Stelle dogmatisch nicht vertieft werden. Aber aus einem rein praktischen Gesichtspunkt dürfte diese Annahme des Gesetzgebers jedenfalls im Bereich des Betreuungsunterhalts bei der Betreuung minderjähriger Kinder nach Rechtskraft der Scheidung nicht zutreffen. Die betreuende Person, meist geschiedene Ehefrauen, sind in gleicher Weise Belastungssituationen ausgesetzt, die – *horribile dictu* – auf dem Rücken der minderjährigen Kinder ausgetragen werden. Davon weiss der Praktiker ein Lied zu singen. Schon um solche Konstellationen abzuschirmen, wäre der Formzwang auch nach der Scheidung wenigstens für den Betreuungsunterhalt aufrecht zu erhalten.

Bleibt die Frage, ob die Grundsätze der Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen auch auf Verträge ausgedehnt werden können, die einen unterhaltsabändernden Inhalt haben. Dem wurde in der Literatur widersprochen, teilweise aber auch zugestimmt.²⁴ Dass möglicherweise zu differenzieren ist, wird man mit *Münch*²⁵ konzedieren müssen. Denn tatsächlich geht es beim vorsorgenden Ehevertrag um eine Prognose der künftigen Entwicklung, bei der Scheidungsvereinbarung um eine Bilanz der Ehezeit auf der Grundlage von gesicherten Daten. Ob diese Einschätzung aber für alle nahehelichen Unterhaltskonstellationen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt zutrifft, erscheint im höchsten Maße fraglich.

Der 17. Deutsche Familiengerichtstag 2007 hat im Arbeitskreis 8 über Eheverträge nach der Unterhaltsreform diskutiert und vor dem Hintergrund des oben genannten Problems eine denkwürdige Empfehlung an den Gesetzgeber ausgesprochen. Es solle eine dem § 630 ZPO a.F. entsprechende Regelung in das *FamFG* aufgenommen werden, um eine Einigung über alle Scheidungsfolgen vor der Scheidung zu fördern. Und dann wörtlich: „Andernfalls ist der Formzwang des § 1585 c S. 2 BGB auf die Zeit auch nach der Rechtskraft der Ehescheidung zu erstrecken“. Dem kann man sich uneingeschränkt anschließen, jedenfalls

²² BT-Drucks. 16/1830 S. 22.

²³ *Krenzler/Borth*, Familienrecht, 2. Aufl., Kapitel 15 Rz. 28

²⁴ Nachweise bei *Münch FamRB* 2008, 251 (254); *OLG München FamRZ* 2005, 215.

²⁵ *FamRB* 2008, 251 (254).

was den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB angeht. Dieser sollte entweder einem strengen Formzwang unterworfen oder das Verzichtsverbot sollte auch ihn ausgedehnt werden.

VI. Privatautonomie und Inhaltskontrolle

*Bergschneider*²⁶ hat in seiner Besprechung des Beschlusses vom 31.10.2012²⁷ dem *BGH* vorgehalten, diese Entscheidung nicht zum Anlass genommen zu haben, die klassische Kernbereichslehre aus dem Jahr 2004 nicht einer überfälligen Wartung unterzogen zu haben. Die Gesetzeslage habe sich doch seither wesentlich geändert, sodass gleichsam die Geschäftsgrundlage für die bisherige Kernbereichslehre weggefallen sei, zumindest könne sie in dieser strikten Form wie bisher nicht aufrechterhalten werden. Der *BGH* – so *Bergschneider* – halte auch weiterhin an seiner Kernbereichsrechtsprechung fest. Worum geht es?

Mit der Kernbereichslehre hat der *BGH*²⁸ den bisher größten Eingriff in die Privatautonomie der Ehegatten vorgenommen ausgehend von der genannten Rechtsprechung des *BVerfG*. Im unterhaltsrechtlichen Kontext sind zwei Aspekte von Bedeutung. Einmal gehört bekanntlich der Betreuungsunterhalt zum Kernbereich der Scheidungsfolgen genauso wie der Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB und der Unterhalt wegen Alters.²⁹ Damit reduziert die Rechtsprechung die gestalterischen Eingriffsmöglichkeiten, die § 1585 c S. 1 BGB an sich bietet und die auch die kautelarjuristische Praxis bis weit in die 90ziger Jahre extensiv genutzt hat und deren klassische Ausprägung der Totalverzichtsvertrag war, mit dem – meistens – die Ehefrau auf alle Scheidungsfolgen verzichtet hatte. Dem hat der *BGH* zu Recht einen Riegel vorgeschoben und Vereinbarungen dieser Art mit kritischem Blick unter die Lupe genommen. Die erste Frage ist, ob die bisherige Gesetzeslage dem *BGH* nicht Veranlassung geben müsste, die gute alte Kernbereichslehre zu modifizieren; die zweite Frage ist, ob dies nicht bereits geschehen ist.

Gründe, die bisherige Kernbereichslehre auf den Prüfstand zu stellen, gibt es sicherlich – insoweit ist *Bergschneider* Recht zu geben. Tatsächlich hat sich ja die Gesetzeslage seit der Grundsatzentscheidung des *BGH*³⁰ vom 11.02.2004 geändert. Zum 01.01.2008 ist der Betreuungsunterhalt einem neuen Altersphasenmodell gewichen, welches wie bisher am Alter des Kindes ansetzt und dem betreuenden Elternteil bis zur Vollendung des 3.

²⁶ FamRZ 2013, 201.

²⁷ *BGH* FamRZ 2013, 195.

²⁸ *BGH* FamRZ 2004, 601.

²⁹ *BGH* FamRZ 2004, 601, 605.

³⁰ *BGH* FamRZ 2004, 601.

Lebensjahres ein Betreuungsprivileg einräumt, ohne verpflichtet zu sein, einer teilweisen oder vollschichtigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Nach Vollendung des 3. Lebensjahres kommt es auf die Möglichkeit der Fremdbetreuung und auf weitere individuelle Umstände an. Im Vergleich zum bisherigen Altersphasenmodell, welches der Gesetzgeber zum 01.01.2008 modifiziert hat, liegt tatsächlich der von *Bergschneider* festgestellte „Gewichtsverlust vor“: Bis zum 3. Lebensjahr des zu betreuenden Kindes ist der Betreuungsunterhalt sozusagen unantastbar, danach kommt es darauf an. Bedeutet diese Gesetzeslage tatsächlich, dass die Kernbereichslehre einer Revision bedarf oder hat der *BGH* nicht schon stillschweigend an der Stellschraube gedreht in Richtung auf eine Erweiterung des gestalterischen Spielraums? Um diese Frage zu beantworten, lohnt es sich, die Ausführungen des *BGH* aus dem Jahr 2004 mit denen der genannten Entscheidung vom 31.10.2012 zu vergleichen.

Die bekannte Formulierung des *BGH* lautet in der Ursprungsentscheidung wie folgt: „*Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der **Betreuungsunterhalt** (§1570 BGB), der schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt.*“³¹ Immerhin lassen sich nach Auffassung des *BGH* Fälle denken, bei denen Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit miteinander verbunden werden können und überhaupt sei für einen guten Erziehungserfolg nicht die Dauerpräsenz der Bezugsperson erforderlich. Das klingt nach einem grundsätzlichen Verzichtsverbot, dessen Ausnahmen auf besondere Fälle beschränkt bleiben. Das hat in der Praxis zu der verbreiteten Ansicht geführt, dass ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt nicht „kontrollfest“ zu gestalten ist.³² Diese Rechtsprechung hat der *BGH* aber in der bereits erwähnten Entscheidung vom 31.10.2013 deutlich modifiziert. Zwar sei der Betreuungsunterhalt einer Disposition der Parteien am wenigsten zugänglich, weil er im Interesse der gemeinsamen Kinder gewährt werde, das aber schließe eine vertragliche Modifikation des Anspruchs – „*bis hin zu dessen gänzlichen Ausschluss*“ nicht schlechthin aus. Erstmals also nennt der *BGH* in der genannten Entscheidung den Ausschluss des Betreuungsunterhalts als eine mögliche gestalterische Option. Davon war im Ausgangsurteil nicht die Rede, jetzt aber schon. Damit hat der *BGH* – unbemerkt – den Gestaltungsspielraum des Betreuungsunterhalts ausgedehnt, gleichzeitig aber auch die Maßstäbe neu justiert, bei denen der gestalterische Spielraum begrenzt ist:

⇒ ein Totalverzicht auf Betreuungsunterhalt ist unbedenklich, wenn kein gemeinsamer Kinderwunsch der Ehegatten besteht und auch sonst für deren Absicht, eine Familie **mit**

³¹ *BGH FamRZ* 2004, 601, 605.

³² *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 5. Aufl., Rz. 489 ff.

Kindern zu gründen, nichts ersichtlich ist. So schon in der Entscheidung vom 28.11.2007;³³

- ⇒ aber auch bei jüngeren Ehegatten, die im Modell einer Doppelverdienerreihe leben und Kinder noch nicht geplant, einen späteren Kinderwunsch jedoch nicht ausgeschlossen haben, ist ein Verzicht von vorneherein nicht sittenwidrig. Der *BGH* sieht sich auch in dieser Fallgruppe veranlasst, auf die „Freiheit der inhaltlichen Gestaltung“ des Ehevertrages hinzuweisen, der lediglich der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB unterliegen soll. Also auch bei dieser Fallgruppe hat der *BGH* den Verzicht auf Betreuungsunterhalt nicht generell ausgeschlossen, sondern grundsätzlich für wirksam erklärt und die Gerichte auf eine später mögliche Anpassung verwiesen;
- ⇒ ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist allerdings dann objektiv sittenwidrig, wenn sich eine Tendenz zu einer Alleinverdienerreihe abgezeichnet hat und die Ehegatten nicht von einem gleichgewichtigen Betreuungsmodell ausgehen.³⁴ Gibt also der bisher berufstätige Ehegatte seine Berufstätigkeit zu Gunsten der Betreuung gemeinsamer Kinder auf, ist der Verzicht auf Betreuungsunterhalt jedenfalls dann sittenwidrig, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages ein Kinderwunsch bestand, bzw. bereits Kinder betreut werden bzw. eine Tendenz zur Alleinverdienerreihe erkennbar war.

Der von *Bergschneider* beklagte Gewichtsverlust des Betreuungsunterhalts ist also in der modernen Rechtsprechung des *BGH* bereits eingepreist. Ob nicht andere Anlässe bestehen, die Kernbereichslehre zu überdenken, soll nur ganz kurz angedeutet werden, da sie den unterhaltsrechtlichen Gestaltungsspielraum nicht unmittelbar berühren. Immerhin hat ja der Star der Kernbereichslehre, nämlich der Versorgungsausgleich, auch durch die §§ 6 bis 8 VersAusglG einen gewissen Gewichtsverlust erlitten, indem der Gesetzgeber den Ausschluss des Versorgungsausgleichs ausdrücklich in § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG genannt hat. Und auch der vertraglicher Disposition uneingeschränkt zugängliche Zugewinnausgleich kann sein unangefochtenes Ranking nach der klassischen Kernbereichslehre nicht mehr behaupten. Mit der Funktionsäquivalenz kommt eine Rivalin ins Spiel, die sich auf dem Feld der Unternehmereheverträge behauptet und die bisherig unangefochtenen Vereinbarungen zur Gütertrennung erneut auf den dogmatischen Objektträger zwingt.

³³ *BGH FamRZ* 2008, 582 Rz. 21.

³⁴ *BGH FamRZ* 2013, 195 Rz. 19.

Für die unterhaltsrechtliche Gestaltung des Betreuungsunterhalts lässt sich zusammenfassen: Die obergerichtliche Rechtsprechung verschiebt die Gewichte der inhaltlichen Gestaltung von Eheverträgen. Der *BGH* setzt die Tendenz, die Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages auf schwerwiegende Fälle zu beschränken, fort und gibt der Ausübungskontrolle eine eigenständige Bedeutung. Sie ist das Instrument, mit dem Verzichtsverträge einer geänderten Sachlage angepasst werden können. Ihr Zweck ist es, einen ehebedingten Nachteil im Wege der richterlichen Vertragsanpassung zu kompensieren. Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung ist nicht der Abschluss des Ehevertrages, sondern der Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe; für diesen Zeitpunkt ist die evidente einseitige Lastenverteilung zu prüfen. Weitere Voraussetzung ist die Planabweichung, also, dass die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht. Folge ist, dass sich der begünstigte Ehegatte nicht auf die Vereinbarung berufen kann, der Richter hat diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Interessen beider Parteien in ausgewogener Weise Rechnung trägt. Der Vertrag ist weder unwirksam, noch führt die Ausübungskontrolle dazu, dass die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird.³⁵

VII. Gestaltungsmöglichkeiten beim Realsplitting

Die Praxis nimmt Vereinbarungen zum Trennungsunterhalt zum Anlass, auch einkommensteuerliche Randfragen zu vereinbaren. Bei keinem oder geringem Verdienst des Unterhaltsberechtigten bietet sich an, Vereinbarungen zum Realsplitting mit in die Urkunde aufzunehmen. Dabei wird häufig übersehen, dass der einkommensteuerliche Begriff der Unterhaltsleistung nach § 10 Abs. 1 a EStG nicht zwingend dem Familienrecht folgt. So ist es nicht erforderlich, dass den Zahlungen ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch zugrunde liegt. Auch wenn der zahlende Ehegatte nicht zum Unterhalt verpflichtet ist, kann der einkommensteuerliche Sonderausgabenabzug geltend gemacht werden, wenn nur Zahlungen des verpflichteten Ehegatten erfolgen, die dem Lebensunterhalt des Berechtigten dienen. Das eröffnet Möglichkeiten für Steuervorteile, bei denen zweifelhaft ist, ob eine familienrechtliche Unterhaltsverpflichtung besteht bzw. überhaupt besteht.

Wird ein kinderloses Ehepaar geschieden, bestehen keine Unterhaltsansprüche, wenn beide Ehegatten hierauf wirksam verzichtet haben. Entscheidet sich die Ehefrau nach der Scheidung dafür, eine Zweitausbildung zu machen und alimentiert der Ehemann diese Ausbildung mit monatlichen, freiwilligen Leistungen, besteht die Möglichkeit des

³⁵ *BGH FamRZ* 2013, 269 Rz. 34; *BGH FamRZ* 2004, 601, 606.

Sonderausgabenabzugs nach § 10 Abs. 1 a Ziff. 1 EStG. Zahlt der Ehemann beispielsweise monatlich € 500,00 an die geschiedene Ehefrau, wird auf ihrer Seite kein Steuernachteil bestehen, umgekehrt kann er die gezahlten € 6.000,00 pro Jahr als Sonderausgaben bei der Einkommensteuer geltend machen. Es könnte vielfältige Gründe geben, warum die Ehegatten eine solche Steueroptimierung wählen.

Anders dagegen im Fall des § 33 a EStG, wo der Tatbestand der Vorschrift einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch voraussetzt. In diesen Fällen genügt eine freiwillige Leistung nicht. Diese Steuervergünstigung kann ein nach § 1615 I BGB Verpflichteter geltend machen, vorausgesetzt, dass ein gesetzlicher Anspruch besteht.

Weitere Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich daraus, dass der Sonderausgabenabzug unter Ehegatten nicht auf Geldleistungen beschränkt ist. Der *BFH* hat auch geldwerte Sachleistungen als Unterhaltsleistungen im Sinne der Vorschrift anerkannt. So ist die unentgeltliche Überlassung einer Wohnung eine Naturalleistung in diesem Sinne. Wird eine Wohnung unentgeltlich zu Unterhaltszwecken überlassen und dadurch der Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf Barunterhalt vermindert, liegt darin eine geldwerte Sachleistung, die als Sonderausgabe einkommensteuerlich geltend gemacht werden kann.³⁶ In dem vom *BFH* entschiedenen Fall hatten die Eheleute einen gerichtlichen Vergleich geschlossen, in welchem der Ehemann der Ehefrau die Nutzung des im Miteigentum beider Eheleuten stehenden Einfamilienhauses überlies. Der hieraus entstehende Wohnvorteil wurde als Sachbezug für die Dauer der Trennung mit (damals) DM 600,00 monatlich bewertet. Daneben zahlte der Ehemann einen Barunterhalt von DM 1.400,00. In seiner Steuererklärung machte er neben dem Unterhalt den Sachbezug im Rahmen des begrenzten Realsplittings geltend – der *BFH* hat ihm in der genannten Entscheidung Recht gegeben. Aber nicht nur die unentgeltliche Überlassung der Wohnung, auch die Zahlungen des Ehemanns auf verbrauchsunabhängige Kosten für das Einfamilienhaus hat der *BFH* als Unterhaltsleistung anerkannt. In gleicher Weise können Zins- und Tilgungsleistungen, die der Verpflichtete für den anderen Ehegatten bezahlt, im Rahmen von § 10 Abs. 1 a EStG geltend gemacht werden.

Ab dem Veranlagungszeitraum 2010 lässt sich sogar der auf € 13.805,00 begrenzte Betrag um Beiträge zur Kranken- und gesetzlichen Pflegeversicherung erhöhen, die der

³⁶ *BFH FamRZ* 2000, 1360.

Unterhaltsverpflichtete für den anderen Ehegatten aufgewendet hat, allerdings nur, soweit sie für das sozialhilfegleiche Versorgungsniveau entsprechend dem SGB erforderlich sind.³⁷

Einem folgenschweren Fehler könnte zum Opfer fallen, wer sich im Rahmen einer Unterhaltsvereinbarung zum Stichwort Realsplitting einschränkungslos verpflichtet, *alle wirtschaftlichen Nachteile* zu ersetzen, welche dem Berechtigten durch die Versteuerung der Unterhaltsbeträge entstehen. In anwaltlichen Schriftsätzen wird eine solche Erklärung im Zusammenhang mit der Zustimmung vom anderen Ehegatten gerne gefordert und für diesen Ehegatten auch bedenkenlos erteilt. Auf der sicheren Seite ist, wer den Gestaltungsspielraum so ausschöpft, wie ihn der *BGH* in der ersten Entscheidung zum Realsplitting³⁸ zur Verfügung gestellt hat. Der Unterhaltspflichtige ist nur verpflichtet, uneingeschränkt die steuerlichen Nachteile zu ersetzen, welche dadurch entstehen, dass die Unterhaltszahlung vom Berechtigten versteuert wird. Weitere Nachteile sind nur zu ersetzen, wenn sie der Berechtigte substantiiert darlegt und durch Belege nachweist. Zu Recht, denn der Pflichtige muss ja wissen, mit welchen Nachteilen der Sonderausgabenabzug verbunden ist, um das Risiko seiner Belastung abzuschätzen. Ansonsten ist der zu ersetzende Nachteil höher als der erhoffte Steuervorteil. Vereinbarungen sollten daher den Nachteilsausgleich auf die steuerlichen Nachteile begrenzen, weitere wirtschaftliche Nachteile vom substantiierten Nachweis abhängig machen und wenn möglich eine Frist aufnehmen, nach deren Ablauf solche Nachteile nicht mehr geltend gemacht werden können.

Welche unübersehbaren Konsequenzen die bedenkenlose Übernahme sämtlicher wirtschaftlichen Nachteile zu Folge haben kann, zeigt sich im Fall, dass mit der Versteuerung des Unterhalts die freiwillige Familienversicherung entfällt, weil das höchstzulässige Gesamteinkommen nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB V überschritten ist. Hat die unterhaltsberechtigte Person in dem Veranlagungszeitraum noch einen schwerwiegenden Unfall, so entfällt der Versicherungsschutz mit der Folge, dass der Unterhaltspflichtige sämtliche Kosten in diesem Zusammenhang erstatten muss, die dem Unterhaltsberechtigten für die Heilung entstehen.

Ein Beispiel aus der Praxis soll demonstrieren, in welche Bredouille man gerät, wenn das Instrumentarium des Realsplittings nicht professionell gehandhabt wird. Die Parteien hatten vereinbart:

³⁷ *Borth*, FamRZ 2010, 416; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 6. Aufl., Rz. 803.

³⁸ *BGH* FamRZ 1983, 576.

„Die unterhaltsberechtignte Ehefrau verpflichtet sich gegenüber dem Ehemann, die Anlage U für seine Steuererklärung zu unterzeichnen. Der Ehemann ist verpflichtet, seine erbrachten Unterhaltsleistungen in der Anlage U vollständig und wahrheitsgemäß anzugeben. Die Ehefrau verpflichtet sich, die Anlage U innerhalb von 10 Tagen nach Zugang an den Ehemann zurückzureichen. Der Ehemann verpflichtet sich, alle finanziellen Nachteile auszugleichen, die der Ehefrau durch die Versteuerung des von ihr erhaltenen Unterhalts entstehen bzw. entstehen können.“

Zunächst ist völlig unklar, für welchen Veranlagungszeitraum diese Verpflichtung gelten soll. Des Weiteren ist der Unterhaltsgläubiger nicht verpflichtet, die Anlage U zu unterzeichnen; er ist aufgrund familienrechtlicher Vorschriften verpflichtet, seine Zustimmung zum Sonderausgabenabzug zu erklären, auch wenn die amtlichen Formulare ausdrücklich eine Spalte für die Zustimmung vorsehen. Wenig zielführend ist auch die Verpflichtung zur sorgfältigen Angabe der Unterhaltsleistungen. Ohnehin trägt der Schuldner im Rahmen seiner Steuererklärung die alleinige Verantwortung für die wahrheitsgemäße Angabe der erbrachten Unterhaltsleistungen. Ganz ungeschickt ist es, sich zum Ersatz aller finanzieller Nachteile zu verpflichten, ohne nach steuerlichen und sonstigen wirtschaftlichen Nachteilen zu differenzieren. Wie ausgeführt, muss der zuletzt genannte Nachteil belegt werden. Und schließlich: Warum verpflichtet sich die Ehefrau, eine Erklärung abzugeben, wenn sie diese Erklärung im Vergleichstext selbst abgeben kann?

VIII. Unterhalt und Pflichtteilsverzicht

Unterhaltsansprüche als höchstpersönliche Ansprüche erlöschen mit dem Tode des Berechtigten oder des Verpflichteten. Nur der Verwandtenunterhalt folgt in § 1615 BGB diesem allgemeinen erbrechtlichen Prinzip. Dagegen macht der Betreuungsunterhalt der alleinerziehenden Mutter nach § 1615 I BGB eine Ausnahme, denn der Anspruch erlischt nicht mit dem Tode des Vaters. Auch im nahehelichen Unterhaltsrecht wird von diesem Prinzip abgewichen. Mit dem Tod des Unterhaltsverpflichteten erlischt nicht etwa der Anspruch, er geht vielmehr als Nachlassverbindlichkeiten auf die Erben über. Allerdings mit einer dem deutschen Recht eigentümlichen Besonderheit: Der Erbe haftet nicht über den Betrag hinaus, der dem Pflichtteil entspricht, welche dem Berechtigten zustände, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre. Dabei folgt der Gesetzgeber der Überlegung, dass dem geschiedenen Ehegatten nicht mehr zustehen soll als ihm im Falle des Todes des Verpflichteten zustände, seine Ehe also nicht durch Scheidung, sondern durch Tod aufgelöst worden wäre. Bekanntlich hat der *BGH* diese betragsmäßige Haftungsgrenze auf

Pflichtteilsergänzungsansprüche erweitert.³⁹ Wird auf diesen Pflichtteil insgesamt verzichtet, geht eine fälschlicherweise als herrschende Meinung⁴⁰ bezeichnete Ansicht davon aus, dass damit auch die Vererblichkeit nachehelicher Unterhaltsansprüche ausgeschlossen wird. Häufig findet sich diese Konstellation in Unternehmerheverträgen, wo im Zusammenhang mit einem Ehevertrag der Pflichtteilsverzicht vereinbart wird.

Es steht völlig außer Frage, dass der Pflichtteilsverzicht einem elementaren praktischen Bedürfnis entspricht. Denn dem Verzicht auf Pflichtteilsansprüche liegt eine der Vereinbarung einer Güterstandsklausel vergleichbare Interessenlage zugrunde. So sollen solche Klauseln vermeiden, dass im Zuge einer Scheidung eines Gesellschafters der Wert seiner Beteiligung offengelegt wird, oder gar Gegenstand eines Gutachtens ist. Die Güterstandsklausel ist Schutzschild gegen einen Abfluss von Liquidität aus der Gesellschaft oder auch Vermeidungsstrategie, um dem anderen Ehegatten die Möglichkeit zu nehmen, gesellschaftliche Beteiligungen zu pfänden. Auch der Pflichtteilsanspruch der Unternehmerwitwe ist ähnlich unberechenbar, immer unerwünscht und enthält ein gleiches Gefährdungspotenzial für personalistisch strukturierte Gesellschaften.⁴¹ So ist es ohne weiteres verständlich, dass sich der Unternehmer auch für den Fall eines Todes gegen einen solchen Anspruch absichern möchte.

Dabei wird häufig das damit verbundene Gestaltungsrisiko übersehen. Wird ein Ehevertrag zusammen mit einem Pflichtteilsverzicht protokolliert, stellt sich die Frage, ob diesem Verzicht bei der Inhaltskontrolle von Eheverträgen entsprechend der Rechtsprechung des *BGH* ein eigenständiges Gewicht zukommt. Davon wird man ausgehen müssen, weil bei der Gesamtwürdigung Ausgangspunkt der Prüfung ist, ob eine einseitige Lastenverteilung vorliegt, was auch bei einem Pflichtteilsverzicht ohne Not angenommen werden kann. Es entspricht auch allgemeiner Meinung, dass die genannten Grundsätze auf den verbundenen Ehe- und Pflichtteilsverzichtsvertrag zu übertragen sind.⁴² Die folgenreiche Konsequenz eines solchen Pflichtteilsverzichts ist also nicht nur der Verlust jeglicher Beteiligung am Nachlass des Unterhaltsverpflichteten, sondern auch der Verlust der Vererblichkeit möglicherweise vereinbarter nachehelicher Unterhaltsansprüche, jedenfalls dann, wenn sich das Gericht der genannten Meinung anschließt, dass ein Pflichtteilsverzicht den Unterhaltsansprüchen die Eigenschaft der Vererblichkeit nimmt.

³⁹ *BGH FamRZ* 2001, 281.

⁴⁰ Münchener Kommentar *BGB/Maurer* § 1586 b Rz. 6 mit weiteren Nachweisen in Fn. 18.

⁴¹ *Hölscher NJW* 2016, 3057.

⁴² *Palandt Brudermüller BGB*, 75. Aufl. § 1408 Rz. 9; *Hölscher NJW* 2016, 3057, 3062.

Es wird daher geraten, diesem Risiko rechtzeitig zu begegnen und bei der Zusammenbeurkundung von Eheverträgen und Pflichtteilsverzichten die negative unterhaltsrechtliche Wirkung des Verzichts zu entschärfen, indem vereinbart wird, dass Unterhaltsansprüche trotz des Verzichts (wegen der unsicheren Rechtslage) vorsorglich analog § 1586 b BGB vererblich gestellt werden.⁴³

IX. Unterhaltsverzicht und Schenkungssteuer

Der *BFH*⁴⁴ hatte über einen Ehevertrag zu entscheiden, in welchem für den Fall der Scheidung der Unterhalt entsprechend den gesetzlichen Regelungen festgelegt, jedoch eine Höchstgrenze von DM 10.000,00 vereinbart wurde. Der Unterhaltsanspruch sollte sich bei einer Wiederheirat nach Scheidung um die Hälfte reduzieren. Als Gegenleistung für den teilweisen Verzicht der Ehefrau auf einen unterhaltsrechtlich deutlich höheren Unterhaltsanspruch zahlte der Ehemann bei Eheschließung einen Geldbetrag von DM 1,5 Mio. Darin sah das Finanzamt eine steuerpflichtige Schenkung im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und setzte Schenkungssteuer fest. Der *BFH* hat diese Entscheidung des Finanzamts gehalten. Die Entscheidung ist im Bundessteuerblatt veröffentlicht worden, sodass sie für die Steuerverwaltung bindend ist und mithin auch bei der Gestaltung von Eheverträgen beachtet werden sollte.

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gelten als Schenkungen unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Besteuert wird nur die unentgeltliche Zuwendung, die nicht mit einer Gegenleistung verknüpft ist. Unentgeltlich zugewendet wird etwas, auf das kein Rechtsanspruch besteht. Die Frage war hier also, ob der teilweise Verzicht der Ehefrau auf nachehelichen Unterhalt eine Gegenleistung im schenkungsteuerlichen Sinn darstellt. Das würde voraussetzen, dass der Ehefrau zum Zeitpunkt der Zuwendung nacheheliche Ansprüche zugestanden haben. Diese Voraussetzung hat der *BFH* zu Recht verneint. Es sei zum Zeitpunkt der Zahlung des Betrages ungewiss gewesen, ob und wann die Ehe später wieder geschieden werde und ob die Ehefrau nach einer etwaigen Scheidung ohne Berücksichtigung der ehevertraglichen Vereinbarungen nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 1569 ff BGB nachehelicher Unterhalt in einer über den vereinbarten Höchstbetrag hinausgehenden Höhe beanspruchen könnte. So sei es nicht möglich, die Höhe eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs bereits zu Ehebeginn hinreichend genau zu bestimmen und den Wert des teilweisen Verzichts auf diesen Anspruch zu ermitteln. Und damit unterfiel

⁴³ *Hölscher* NJW 2016, 3057, 3062.

⁴⁴ *BFH* BStBl. 2008 II. 256.

diese Unterhaltsabfindung schenkungsteuerlichen Vorschriften, soweit sie den Freibetrag des § 16 EStG von € 500.000,00 überstiegen hat.⁴⁵

Der vorstehend skizzierte Fall des *BFH* kann sicherlich keinen Anspruch auf Alltäglichkeit erheben. Welcher Ehemann, der halbwegs bei Sinnen ist, wird seiner Ehefrau die Wiederverheiratung nach der Scheidung mit einem Unterhaltsanspruch versüßen? Allerdings ist mit hohen Unterhaltsabfindungen Vorsicht geboten. Das hat mit der Eigentümlichkeit des deutschen Schenkungssteuerrechts, bzw. seiner Rechtsprechung zu tun. Seit der Entscheidung des *BFH* vom 02.03.1994⁴⁶ unterfallen Vermögenstransfers unter Ehegatten grundsätzlich der Schenkungssteuerpflicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, soweit sie über den Freibeträgen liegen. Der *BFH* ist der Auffassung, dass eine Gegenleistung – und damit der Ausschluss der Unentgeltlichkeit – nicht damit begründet werden kann, dass der begünstigte Ehegatte in Zukunft unentgeltlich den gemeinsamen Haushalt führt, die Kinder betreut und den anderen Ehegatten in seiner beruflichen Aktivität unterstützt oder entsprechende Leistungen in der Vergangenheit erbracht habe. Dabei sind prinzipiell Vermögensverschiebungen zwischen den Ehegatten steuerbar, wenn nicht unmittelbar konkrete Gegenleistungen ausgeglichen werden. Vordergründig banal anmutende Vorgänge des ehelichen Alltags können sich plötzlich als Entscheidungen mit beachtlicher steuerlicher Konsequenz entpuppen.⁴⁷

X. Leibrente statt Unterhalt?

Mit Unterhaltsvereinbarungen – das hat der bisherige Gang der Darstellung gezeigt – hat der Vertragsgestalter keinen leichten Stand. Kein Wunder, dass Stimmen in der Literatur zu vernehmen sind, welche die dogmatische Sehnsucht nach einer einfachen Regelung zum Ausdruck bringen, die geeignet sein könnte, alle diese Klippen und Fallstricke zu vermeiden. Gemeint ist die Konzeption, die *Bergschneider/Engels*⁴⁸ vorgestellt haben. Aufgrund der Gesetzgebung und Rechtsprechung sei eine „*total verfahren Situation beim nahehelichen Unterhalt*“ eingetreten, sodass es Zeit sei, über ein „*alternatives Rechtsinstitut*“ nachzudenken. Die Konzeption beruht auf dem gesetzlichen Modell der Leibrente, der, so die Verfasser, eine gewisse Faszination im Gegensatz zum Unterhalt nicht abzusprechen sei. Dem ganzen Ballast unterhaltsrechtlicher Regelungen wie Bedarf, Vorsorgeunterhalt, fiktives Einkommen, Unterhaltsverwirkung, Herabsetzung und zeitliche Begrenzung sei man

⁴⁵ *Münch/Schlünder/Geißler*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 18 Rz. 177 ff.

⁴⁶ *BFH* FamRZ 1994, 887.

⁴⁷ *Schlünder/Geißler* FamRZ 2005, 149, 152.

⁴⁸ FamRZ 2014, 436.

ledig, würden sich die Parteien auf das Modell eines Leibrentenversprechens verständigen können.

In diesem Zusammenhang stellt sich ohnehin die Frage, welcher Spielraum besteht, sich vom gesetzlichen Modell eines Unterhaltsanspruchs zu entfernen. Wo verläuft die Grenzlinie zwischen der einvernehmlichen Ausgestaltung eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs und einer Vereinbarung ausschließlich auf vertraglicher Grundlage? Die obergerichtliche Rechtsprechung räumt den Ehegatten einen sehr weiten Spielraum ein, sich vom gesetzlichen Modell des Unterhaltsanspruchs zu lösen. *„Der Wille der Parteien, den Unterhaltsanspruch völlig auf eine vertragliche Grundlage zu stellen und ihn damit des Wesens eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zu entkleiden, kann nur **beim Vorliegen besonderer dafür sprechender Anhaltspunkte** angenommen werden“*.⁴⁹ Gehen die Parteien in einer Vereinbarung von den Grundvoraussetzungen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs aus, nämlich der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten, wollen sie sich dem System der gesetzlichen Unterhaltsansprüche auch dann unterwerfen, wenn der Unterhaltsanspruch der Höhe nach nicht dem Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen entspricht. In der Entscheidung des *BGH* vom 21.09.2011⁵⁰ hatte sich die Ehefrau bei einem hohen Unterhaltsanspruch, berechnet nach der konkreten Bedarfsmethode, mit monatlich DM 5.000,00 begnügt, wozu sich der Ehemann ohne zeitliche Einschränkung im Jahre 1979 verpflichtet hatte. Die fehlende Anbindung an die ehelichen Lebensverhältnisse hat den *BGH* nicht dazu veranlasst, besondere Anhaltspunkte für eine novierende Unterhaltsvereinbarung anzunehmen. In der Entscheidung vom 25.01.2012⁵¹ genügte es dem *BGH*, dass die vertragliche Regelung *„an unterhaltsrechtliche Grundsätze angelehnt“* war. Und diese Anlehnung hat der XII. Senat in Teilen der von den Eheleuten geschlossenen Vereinbarung gesehen, nämlich darin, dass das Renteneinkommen der unterhaltsberechtigten Ehefrau bedarfsmindernd zu berücksichtigen und eine Abänderung möglich sei bei unverschuldeten Einkommenseinbußen des Ehemannes. Die Vorinstanz hatte eine ehevertragliche Unterhaltsregelung losgelöst vom gesetzlichen Unterhaltsrecht als selbständigen Schuldgrund darin gesehen, dass das Einkommen der Ehefrau keinen Einfluss auf die Unterhaltshöhe nehmen sollte und das Unterhaltsversprechen lebenslang gegeben wurde – vom *BGH* *„als Auslegungsfehler“* bezeichnet. Der Gestaltungsrahmen für solche Unterhaltsvereinbarungen ist also recht weit gesteckt, sodass sich schon von daher die Frage stellt, ob man auf ein *alternatives Rechtsinstitut* ausweichen soll.

⁴⁹ *BGH FamRZ* 2012, 699 Rz. 19.

⁵⁰ *BGH FamRZ* 2012, 699.

⁵¹ *BGH FamRZ* 2012, 525 Rz. 32 ff.

Auf zwei Aspekte soll eingegangen werden, die bei der Wahl für ein Leibrentenkonzept in Erwägung gezogen werden sollten. Einerseits kann die Loslösung vom gesetzlichen Unterhaltsrecht via Leibrentenrecht nur gelingen, wenn von vorneherein die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften des Unterhaltsrechts ausgeschaltet wird. So empfehlen *Bergschneider/Engels*, bei der Vertragsgestaltung sei das oberste Gebot, einen ausdrücklichen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt zu vereinbaren, wenn dieser durch eine Leibrente ersetzt werden soll.⁵² Andererseits wird von den Autoren konzediert, dass der Sprung in das Leibrentenrecht nicht immer erfolgreich gelingt – die Leibrentenverträge kämen oft nicht vom Unterhaltsrecht los. Dem ist aus Sicht des Praktikers zuzustimmen. Das Problem von Leibrentenversprechen besteht darin, dass man sich mit unterhaltsrechtlichen Modifikationen genau diejenigen Probleme einhandelt, die man mit der Abkehr vom gesetzlichen Unterhaltsmodells eigentlich ersparen wollte. Denn die Parteien wollen die Dauer des Leibrentenversprechens begrenzen – eine ganz untypische Modifikation, sie wollen die Verwirkungsründe des § 1579 BGB in der Leibrentenregelung verankert sehen und schließlich sollen – ebenfalls untypisch – Einkommensveränderungen auf beiden Seiten eine Abänderung des Leibrentenversprechens möglich machen. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob man den Eheleuten die Abkehr vom gesetzlichen Unterhaltsrecht tatsächlich raten soll.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist die steuerliche Behandlung. Beim gesetzlichen Unterhalt bewegt man sich da in gesicherten Bahnen. Wie dargestellt, kann der Ehegattenunterhalt einkommensteuerlich im Wege des Realsplittings genutzt werden, wovon die Praxis häufig Gebrauch macht. Dagegen ist die steuerliche Behandlung des Leibrentenversprechens zweifelhaft. Denn wenn das gesetzliche Unterhaltsrecht durch eine Vereinbarung ausdrücklich ausgeschaltet wird, kann nicht über das Steuerrecht die Privilegierung vergleichbarer Zahlungen herbeigezaubert werden. Demgemäß sind die Autoren auch der Auffassung, dass Unterhaltsrenten in Form der Leibrente grundsätzlich steuerlich weder abziehbar noch steuerbar sind.⁵³ Alles in allem ist die Schnittmenge von Vorteilen bei der Wahl eines Leibrentenversprechens doch recht überschaubar.

XI. Gestaltung und Abänderung

Der *BGH* hat sich in der letzten Zeit mehrfach mit Unterhaltsvereinbarungen beschäftigt, die vor dem 1.1.2008 abgeschlossen wurden, also aus der Zeit vor Einführung des § 1578 b BGB stammten. Den Sachverhalten, die diesen Entscheidungen zugrunde lagen, ist

⁵² *Bergschneider/Engels* FamRZ 2014, 436, 437.

⁵³ *Bergschneider/Engels* FamRZ 2014, 436, 440.

gemeinsam, dass die beteiligten Eheleute Regelungen zum nachehelichen Unterhalt getroffen haben, dabei aber Fragen der Begrenzung des Unterhalts, Befristung oder Herabsetzung, nicht aufgegriffen hatten. Dazu hatten sie auch keine Veranlassung. Denn bis zum Jahr 1986 kannte das deutsche Unterhaltsrecht keinerlei Begrenzungsvorschrift, von § 1579 BGB abgesehen. Erst durch das UÄndG 1986 wurde erstmals mit den Paragraphen §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. eine Begrenzungsmöglichkeit geschaffen bis zur Neuregelung zum 01.01.2008 durch die Einführung von § 1578 b BGB. Die Frage, die der *BGH* in diesen Fällen zu entscheiden hatte, war, ob die beteiligten Eheleute bindend, d. h., abschließend eine mögliche Begrenzung ausgeschlossen oder sich eine Vereinbarung über die Begrenzung des Unterhalts für die Zukunft offen halten wollten.⁵⁴

Die Rechtsprechung des *BGH* hierzu lässt sich kurz wie folgt zusammenfassen. Bei einer erstmaligen und scheidungsnahe Festlegung des nachehelichen Unterhalts gehen die beteiligten Ehegatten typischerweise davon aus, sich die Entscheidung über eine spätere Befristung des Unterhalts vorzubehalten. Im Kulturmanagerinfall⁵⁵ hatten die Parteien im Jahr 2004 einen Prozessvergleich über einen nachehelichen Unterhalt in Höhe von € 1.500,00 monatlich geschlossen, ohne eine Begrenzungsregelung in den Vergleich aufzunehmen. Die Parteien legten das beiderseitige Nettoeinkommen fest und vereinbarten eine Abänderung für den Fall, dass sich ihre Einkommen um mehr als 10% nach oben oder unten bewegen. Die Ehefrau hatte vorgetragen, die Parteien hätten eine abschließende Regelung getroffen, eine Befristung des Unterhalts sei nicht möglich. Dem ist der *BGH* zu Recht nicht gefolgt. Die Vereinbarung war im Zuge des Scheidungsverfahrens getroffen worden, sodass davon auszugehen ist, dass sich die Parteien die Befristung des Unterhalts vorbehalten wollten. Die Grundelemente des Unterhaltsanspruchs wie Bedürftigkeit, Bedarf und Leistungsfähigkeit konnten die Parteien sicher beurteilen, die Befristung aber stützt sich auf künftige Umstände, welche die Parteien nicht voraussehen können und daher im Vergleich auch keine Regelung treffen wollen, weil sie sich die Entscheidung darüber für die Zukunft vorbehalten wollen.

Es ist ganz interessant zu verfolgen, wie sich eine wandelnde Gesetzeslage gegen eindeutige Gestaltungsentscheidung Geltung verschafft. *Schwab*⁵⁶ spricht zu Recht von einer „*bemerkenswerten Hinfalligkeit von Vereinbarungen bei sich wandelnder Rechtslage*“. Im Fall der Kulturmanagerin hatten sich die Parteien im Jahr 2004 eindeutig festgelegt im Sinne eines unbefristeten Unterhalts. Sie hatten vor dem *Familiengericht* über die Befristung

⁵⁴ *BGH FamRZ* 2010, 1238; *BGH FamRZ* 2010, 192; *BGH FamRZ* 2012, 197; *BGH FamRZ* 2012, 525; *BGH FamRZ* 2015, 734.

⁵⁵ *BGHZ* 186, 1 = *FamRZ* 2010, 1238.

⁵⁶ *Schwab FamRZ* 2015, 1661, 1664.

gestritten – eine Begrenzung aber fand keinen Eingang in den Vergleich. Mit *Schwab* könnte man die Rechtslage auch ganz anders interpretieren: Wenn ein Aufstockungsunterhalt unbefristet vereinbart wird, obwohl er nach der damaligen Rechtslage auch befristet vereinbart werden könnte, kann in einer solchen gestalterischen Entscheidung auch eine Vereinbarung über die Dauer liegen. Die Unterhaltspflicht besteht eben so lange, wie die Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs gegeben sind. So aber nicht der *BGH*, der, ein weiterer interessanter Punkt, hier gar nicht Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB bemüht, sondern an § 239 Abs. 2 FamFG ansetzt. Dort heißt es, dass sich die weiteren Voraussetzungen nach materiellem Recht richten. Für den XII. Senat Legitimation genug, über den Weg der Auslegung die Frage nach der Bindungswirkung des Vergleichs zu entscheiden. In der Befristungsfrage gibt es überhaupt keine Bindung an den Vergleich, weil sie *expressis verbis* nicht Gegenstand des Vergleichs geworden ist.

Zu Recht stellt *Schwab* die Frage, ob es denn überhaupt keine Möglichkeit gibt, eine Vereinbarung gegenüber späteren Reformen wirklich bestandsfest zu treffen. In unserem Kontext stellt sich also die Frage: Kann der Vergleich so gestaltet werden, dass er künftigen Rechts- und Gesetzesänderungen gegenüber völlig immun ist? In der Entscheidung vom 11.02.2015⁵⁷ hatten die Eheleute die folgende Vereinbarung getroffen: *„Die Eheleute sind im Übrigen berechtigt, ihre gegenwärtigen Einkünfte beliebig zu erhöhen, ohne dass sich hieraus ein Abänderungsgrund ergibt. Die in dieser Vereinbarung genannten Abänderungsgründe sind abschließend. Im Übrigen verzichten die Eheleute auf das Recht zur Abänderung der Vereinbarung über die Unterhaltszahlungen.“* Man sollte meinen, dass die von den Parteien gewählte Formulierung an Klarheit nichts zu wünschen übrig lässt: Die aufgeführten Abänderungsgründe sind ja abschließend, im Übrigen sollte der Vergleich unabänderbar sein. Der *BGH* hat aber auch hier die Messlatte des Wegfalls der Geschäftsgrundlage angelegt:

*„Auch wenn die Auslegung des Vertrages zu dem Ergebnis führt, dass die Vertragsparteien bei Abschluss ihrer Unterhaltsvereinbarung im Hinblick auf die damals geltende Rechtslage – hier im Jahre 1993 – eine Befristung des Unterhalts auf Dauer ausschließen wollten, bedarf es einer weiteren Prüfung, ob sich die für den Unterhaltsanspruch relevanten gesetzlichen Grundlagen oder die höchstrichterliche Rechtsprechung nach Abschluss der Vereinbarung grundlegend geändert haben und dies nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) für den Unterhaltspflichtigen nunmehr die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Befristungseinwands eröffnet.“*⁵⁸ Zwar hat im konkreten Fall der

⁵⁷ *BGH FamRZ 2015, 734.*

⁵⁸ *BGH FamRZ 2015, 734 Rz. 16.*

Abänderungsverzicht gehalten, weil es an der Unzumutbarkeit, die Voraussetzung nach § 313 BGB ist, gefehlt hat. Letzte Sicherheit gibt es aber nicht. Vertragsklauseln wie *„diese Vereinbarungen werden durch spätere Rechtsänderungen nicht berührt“* oder *„die Parteien verzichten gegenseitig auf das Recht, wegen späterer Rechtsänderungen Anpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage zu verlangen“* sind zwar möglich, unangreifbar sind sie aber nicht. *Schwab* sieht darin einen *circulus vitiosus*: Der Ausschluss einer Abänderung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage unterliegt seinerseits der Prüfung, ob dafür die Geschäftsgrundlage weggefallen ist. Die oben gestellte Frage lässt sich daher wie folgt beantworten: Auch der Totalausschluss der Abänderung ist nicht ausnahmslos kontrollfest.

XII. Abfindung und Anpassung nach § 33 VersAusglG

Besonders sorgfältig sollten Unterhaltsabfindungen behandelt werden bei Eheleuten, die sich in einem rentennahen Alter befinden. Wenn der Gestalter hier nicht sauber abgrenzt, wird es ihm wie dem Kollegen ergehen, dem der *BGH* in der Entscheidung vom 26.06.2013⁵⁹ eine deutliche Abfuhr erteilt hat. Die Eheleute stritten um einen nachehelichen Unterhalt von € 500,00 und um einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von ca. € 94.000,00. Der Rentnerhemann verpflichtete sich im Scheidungsverfahren, einen Miteigentumsanteil an einer Immobilie zu übertragen *„zum Ausgleich etwaiger Zugewinnausgleichsansprüche sowie Ansprüche der Antragsgegnerin auf nachehelichen Unterhalt“*. Des Weiteren haben die Parteien vereinbart, dass die mögliche Geltendmachung des sog. Unterhaltsprivileg gem. § 33 VersAusglG durch die Abfindung des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau nicht berührt werde. Das war fatal, denn mit dieser Vereinbarung ist genau dasjenige eingetreten, was der Vertreter des Ehemannes vermeiden wollte. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Dem Ehemann war die Aussetzung der Kürzung nach § 33 Abs. 1 VersAusglG versagt worden.

Das sog. Unterhaltsprivileg nach § 33 Abs. 1 VersAusglG setzt bekanntlich einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch voraus, in dessen Höhe die Kürzung der Rente des Unterhaltsverpflichteten ausgesetzt werden kann, solange der Unterhaltsanspruch besteht. Bekanntlich hat der Gesetzgeber die Aussetzung einer durch den Versorgungsausgleich bedingten Kürzung ausdrücklich auf die Höhe dieses fiktiven gesetzlichen Unterhaltsanspruchs begrenzt, weil er – Kollegen! aufgepasst – der Gefahr von Manipulationen durch kollusives Zusammenwirken der Eheleute begegnen wollte.⁶⁰ Dass im vorliegenden Fall ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch bestand, war nicht zweifelhaft. Denn sonst hätten die Parteien darüber keine Regelung getroffen. Das Problem war aber, ob mit

⁵⁹ *BGH FamRZ* 2013, 1364.

⁶⁰ *BGH FamRZ* 2012, 853 Rz. 23.

der Vereinbarung einer Unterhaltsabfindung die Privilegien des § 33 VersAusglG bestehen bleiben. Unter der Geltung des bisherigen Rechts hatte der *BGH* dies bejaht.⁶¹ Die Vorschriften über das Unterhaltsprivileg sollten Doppelbelastungen des Verpflichteten vermeiden, die sich daraus ergeben, dass ihm einerseits die Rente durch den Versorgungsausgleich gekürzt wird und er andererseits einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch zu bedienen hat. Auch durch eine Unterhaltsabfindung könne – so der *BGH* – eine solche Belastung entstehen.

Für das ab 01.09.2008 geltende Recht hat der *BGH* diese Frage in der genannten Entscheidung nicht endgültig entschieden.⁶² Denn er brauchte diese Frage gar nicht zu entscheiden, weil dem Verfahrensbevollmächtigten des Ehemanns bei der Formulierung des Vergleichs ein doppelter Fehler unterlaufen war. Zum einen war aufgrund der Formulierung des Vergleichs nicht klar, in welcher Höhe eine Unterhaltsabfindung geleistet wurde, denn die Eheleute hatten es unterlassen, hier eine Differenzierung zwischen nahehelichem Unterhalt und Zugewinnausgleich vorzunehmen. Und zum zweiten fehlte es an der „*rechnerischen Umlegung des gezahlten Unterhaltsabfindungsbetrages*“. Damit ist der Unterhaltszeitraum gemeint, für den die Aussetzung der Kürzung beansprucht werden könnte. Im Ergebnis also war wegen dieser Gestaltungsfehler der Weg zum Unterhaltsprivileg versagt.

Daraus sind für die Praxis drei Grundsätze abzuleiten:

- ⇒ Wird für einen rentennahen Unterhaltspflichtigen der gesetzliche Unterhaltsanspruch in irgendeiner Form abgefunden, steht noch nicht fest, ob § 33 VersAusglG überhaupt auf Abfindungen anwendbar ist wie dies bisher nach § 5 VAHRG a.F. der Fall war; auf dieses Risiko ist der Mandant hinzuweisen.
- ⇒ Ein vereinbarter Abfindungsbetrag muss auf die einzelne Folgesache aufgeteilt werden. Pauschale Abfindungen für den nahehelichen Unterhalt, den Zugewinn und sonstige Vermögensbestandteile sind zu vermeiden. Sie verwehren den Weg in die Privilegierung nach § 33 VersAusglG.

⁶¹ *BGH FamRZ* 1994, 1171, 1172.

⁶² *BGH FamRZ* 2012, 1364 Rz. 16.

⇒ Die Rechtsprechung verlangt die rechnerische Umlegung des Abfindungsbetrages auf einen bestimmten Unterhaltszeitraum, um den monatlichen Kürzungsbetrag nach § 33 Abs. 1 VersAusglG ermitteln zu können.⁶³

Eine ganz andere Frage ist, ob die Zahlung einer Abfindung als Einmalbetrag vor dem Hintergrund steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten sinnvoll ist. Hier geraten oft zwei gegensätzliche Prinzipien miteinander in Konflikt: Auf der einen Seite möchte der Unterhaltsberechtigte über den Abfindungsbetrag auf einmal verfügen, weil er Teil einer privaten Investitionsplanung ist etwa im Zusammenhang mit der Anschaffung einer Immobilie nach der Scheidung. Auf der anderen Seite steht das Interesse des Unterhaltsverpflichteten, die Abfindung auf mehrere Jahre zu verteilen und so im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung als Sonderausgabe nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG berücksichtigt zu wissen. Dem Praktiker gelingt es nicht immer, diese widerstrebenden Wünsche unter einen Hut zu bringen. Sinnvoll ist der Mittelweg, wenigstens Teile der Abfindung auf verschiedene Veranlagungszeiträume zu verteilen, um so den Höchstbetrag des Realsplittings, gegenwärtig € 13.805,00, optimal zu nutzen.⁶⁴

XIII. Schlussbetrachtung

Sieht man sich die Schwierigkeiten an, die mit einer vertraglichen Gestaltung von Unterhalt verbunden sein können, kann man die Sehnsucht einiger Autoren nach einem einfacheren System nachempfinden. Ziehen wir also Bilanz, ob die Instrumente der Gestaltung bzw. Gestaltungsbegrenzung tauglich sind. Ich meine, dass diese Frage durchweg mit Ja beantwortet werden kann.

⇒ An der Dispositionssperre nach § 1614 Abs. 1 BGB sollte uneingeschränkt festgehalten wird. Sie bietet Sicherheit im Trennungs-, Verwandten- und Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB. Die unterhaltsberechtigten Personen sind in ihrer jeweiligen familiären Situation in höchstem Maße schutzbedürftig, was das Verzichtsverbot auch gewährleistet. Unsicherheit bringt für den Praktiker der nicht ganz klar formulierte Ermessensspielraum der Rechtsprechung, wenn vom gesetzlichen Unterhalt im Bereich zwischen 20% und 33% abgewichen wird; hier kommt es bekanntlich auf eine Billigkeitsentscheidung an, bei der alle Umstände des Einzelfalls eine Rolle spielen – ein unsicheres Terrain;

⁶³ Beispiel bei *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 5. Aufl. Rz. 509; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Rz. 2641.

⁶⁴ *Münch* aaO. Rz. 2544.

- ⇒ unterschiedlich ausgestaltet ist der Betreuungsunterhalt je nachdem, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht. Eine Legitimation lässt sich hierfür schwerlich finden, denn der Betreuungsunterhalt wird zum Wohl des Kindes gewährt und aus dessen Sicht spielt der familienrechtliche Status der Eltern keine entscheidende Rolle. Aus rechtspolitischer Sicht empfiehlt sich eine einheitliche Regelung in Richtung auf einen einheitlichen Betreuungstatbestand. Dieser sollte dann dem Verzichtsverbot unterstellt werden, sodass generell nicht auf Betreuungsunterhalt verzichtet werden kann;
- ⇒ die Einschränkung der Privatautonomie in § 1585 c S. 2 BGB kann man als Praktiker nur befürworten. Es muss aber bezweifelt werden, ob die Schutzbedürftigkeit des betroffenen Ehegatten mit der Rechtskraft der Scheidung endet. Hier stellt sich die Frage, ob die Bedeutung unterhaltsrechtlicher Regelungen nicht generell die notarielle Form erfordert;
- ⇒ die Rechtsprechung hat ein filigranes Prüfsystem für Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen entwickelt, ausgehend von der Grundentscheidung im Jahr 2004. Es ist dreigliedrig aufgebaut: Zunächst erfolgt eine Bestandskontrolle am Maßstab der subjektiven Imparität. In einem weiteren Schritt stellt sich die Frage, ob sich der benachteiligte Ehegatte auf einen kompensationslosen Verzicht auf eine Unterhaltsart eingelassen hat, die dem Kernbereich der Folgesachen zuzuordnen ist. Und schließlich wird die Abweichung von der Lebensplanung mit der Ausübungskontrolle aufgefangen, die den Vertrag als solchen unangetastet lässt, ihn aber Kraft richterlichen Gestaltungsakts an die veränderten Verhältnisse anpasst. Die Richtung der obergerichtlichen Rechtsprechung ist zu begrüßen, grundsätzlich an den Vereinbarungen der beteiligten Ehegatten festzuhalten und die sittenwidrigen Ausreißer auf wenige Fälle zu beschränken. Mit diesem im Laufe der Zeit verfeinerten Prüfungsraster lassen sich die unterschiedlichen Lebenssachverhalte durchaus bewältigen, auch wenn in der Praxis eine Tendenz erkennbar wird, jeden Ehevertrag, der verzichtende Regelungen enthält, der richterlichen Überprüfung auch in Fällen zu überantworten, in denen die vertraglichen Regelungen auch auf den zweiten Blick nicht zu beanstanden sind.

Privatautonomie ist die andere Seite der Medaille eines freiheitlich-liberalen Denkens. Gestaltungsspielräume sind Aufforderungen an die Praxis, kreative Lösungen zu entwickeln. Angesprochen sind wir, Rechtsanwälte und Notare. Nutzen wir also das vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung zur Verfügung gestellte Instrumentarium im Interesse der Mandanten!