

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.:** 171935**letzte Aktualisierung:** 26. September 2019**BGB § 1585c****Adoption; künstliche Befruchtung; Freistellungsvereinbarung; Verzicht auf Betreuungsunterhalt****I. Sachverhalt**

Eine Ehepaar (Ehemann 1960 geboren, Ehefrau 1969 geboren) ist kinderlos. Die Ehefrau möchte im Wege der Adoption oder künstlichen Insemination ein Kind empfangen/annehmen. Der Ehemann möchte nur zustimmen, wenn zugleich eine Vereinbarung geschlossen wird, wonach sie ihn von Kindesunterhalt freistellt und auf Betreuungsunterhalt verzichtet. Sie gibt an, nicht auf die finanzielle Unterstützung durch ihn angewiesen zu sein, eine Gefahr der Sozialhilfebedürftigkeit ist nicht gegeben.

**II. Frage**

Kann die Vereinbarung rechtswirksam geschlossen werden?

**III. Zur Rechtslage****1. Grundsätzliches zur Unterhaltpflicht**

Ein Ehepaar kann ein Kind gem. § 1741 Abs. 2 S. 2 BGB nur gemeinschaftlich annehmen; die bloße „Zustimmung“ des Ehepartners reicht nicht aus. Mit der Annahme erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes, § 1754 Abs. 1, 3 BGB. Damit werden beide Elternteile als Verwandte **unterhaltpflichtig**, § 1601 BGB.

Bei der heterologen Insemination handelt es sich um einen adoptionsähnlichen Vorgang (Grziwotz, notar 2018, 163, 170). Ist der Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet, gilt § 1592 Nr. 1 BGB. Danach ist Vater des Kindes derjenige, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist; dies gilt auch dann, wenn der Betroffene nicht der biologische Erzeuger des Kindes ist (Wilms, RNotZ 2012, 141, 144). Bis zu einer rechtskräftigen Feststellung der Nichtehelichkeit steht dem Kind deshalb ein gesetzlicher **Unterhaltsanspruch** gegen den Ehemann seiner Mutter zu, auch wenn dieser nicht sein leiblicher Vater ist (s. bereits BGH NJW 1995, 2028; die Anfechtung der Mutter und des Vaters sind jedoch nach § 1600 Abs. 4 BGB ausgeschlossen). Besteht die rechtliche Elternschaft von Vater und Mutter, bedeutet dies mithin, dass die üblichen unterhaltsrechtlichen Folgen hieran geknüpft sind (Wilms, RNotZ 2012, 141, 150).

## 2. Anspruch auf Familienunterhalt

Der Anspruch auf Familienunterhalt gehört zum Kernbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft. Er ist weitgehend, aber nicht vollständig, einer Disposition entzogen (§ 1360a Abs. 3, § 1614 Abs. 1 BGB). Jedenfalls ist danach ein Unterhaltsverzicht für die Zukunft **unwirksam** (BeckOGK-BGB/Preisner, Stand: 1.8.2019, § 1360 Rn. 76).

## 3. Anspruch auf Kindesunterhalt

Vereinbarungen zum Kindesunterhalt (§§ 1601, 1610 BGB) sind nur **stark eingeschränkt** möglich. Insbesondere ein Verzicht auf Unterhalt ist nur für die Vergangenheit zulässig; auf künftigen Kindesunterhalt darf dagegen nicht – auch nicht nur teilweise – verzichtet werden (§ 1614 Abs. 1 BGB). Auch Vereinbarungen, die im Ergebnis auf einen (teilweisen) Verzicht hinauslaufen, sind unzulässig (OLG Hamm FamRZ 2010, 2080). Entscheidend ist, ob der dem Unterhaltsberechtigten von Gesetzes wegen zustehende Unterhalt objektiv verkürzt wird (BGH NJW 1985, 64). Es besteht lediglich nach Maßgabe des § 1610 Abs. 1 BGB für die Bemessung des Kindesunterhalts ein Angemessenheitsrahmen, der von den Vertragsparteien ausgeschöpft werden kann (OLG Brandenburg FamRZ 2004, 558). Nur Vereinbarungen, die sich innerhalb dieses Rahmens halten und sich als Konkretisierung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs darstellen, sind gestattet. So wird in der Rechtsprechung eine Unterschreitung der gebräuchlichen Tabellensätze bis zu 20 % als hinnehmbar erworben, eine Unterschreitung um ein Drittel dagegen als im Regelfall mit § 1614 Abs. 1 BGB unvereinbar angesehen (BGH NJW 1985, 64). Entsprechende Vereinbarungen der Kindeseltern stellen einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter (des Kindes) dar.

Nicht zu beanstanden ist allerdings nach h. M., wenn die Kindeseltern eine **Freistellungsvereinbarung** dergestalt abschließen, dass die Mutter den Vater im Innenverhältnis vollständig von einer Unterhaltsleistung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt freistellt (BGH NJW 2009, 1667; OLG Hamm FamRZ 1980, 724; Palandt/Brudermüller, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1606 Rn. 19). Eine solche interne Freistellungsvereinbarung bedeutet keinen (teilweisen) Unterhaltsverzicht für das Kind, da die Vereinbarung Wirkung nur im Innenverhältnis hat und im Außenverhältnis zwischen dem Kind und dem freigestellten Elternteil ohne Wirkung bleibt (Palandt/Brudermüller, § 1606 Rn. 19). Der im Außenverhältnis in Anspruch genommene freigestellte Elternteil hat dann aber einen Anspruch gegenüber dem anderen Elternteil auf Erstattung und im Übrigen auf Freistellung (OLG Brandenburg FamRZ 2003, 1965; OLG Jena FamRZ 2009, 892).

## 4. Anspruch auf nachehelichen Betreuungsunterhalt

Auch wenn es keinen festen Kern der Scheidungsfolgen gibt, der prinzipiell nicht disponibel wäre, bestehen zwischen den gesetzlichen Scheidungsfolgen **Rangabstufungen** im Hinblick auf ihren „Gerechtigkeitsgehalt“. Dieser Gerechtigkeitsgehalt ist aber nicht statisch, sondern bemisst sich in erster Linie danach, „welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben“ (BGH NJW 2004, 930, 934). Die Rangabstufung der Disponibilität nimmt mithin Rücksicht auf die jeweilige, d. h. einzelfallspezifische Situation, vor allem der individuell geplante Ehezuschnitt ist maßgebend. Die von der Rechtsprechung entwickelte Rangabstufung der Disponibilität der Regelungen zum Scheidungsfolgenrecht innerhalb der Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen ist damit eine fallgruppenspezifizierte Konkretisierung der jeweiligen Dispositivitätsreichweite, die nur im Einzelfall mit Blick auf das konkrete Ehemodell festgelegt werden kann (vgl. BeckOK-BGB/Cziupka, Stand: 1.8.2019, § 1372 Rn. 12).

Auch wenn der **Anspruch auf Betreuungsunterhalt** (§ 1570 BGB) nach der Kernbereichslehre einer Disposition der Parteien **am wenigsten zugänglich** ist, ist eine Modifikation oder gar ein gänzlicher Ausschluss nicht stets sittenwidrig und damit nichtig. Es gibt weder einen festen Kern der Scheidungsfolgen noch einen Randbereich, der prinzipiell und in jeder Situation nachgiebig wäre. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein vollständiger Verzicht unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB etwa dann unbedenklich, wenn kein gemeinsamer Kinderwunsch der Ehegatten besteht und auch sonst für deren Absicht, eine Familie mit Kindern zu gründen, nichts ersichtlich ist (BGH NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601).

So liegt der Fall hier aber nicht. Geplant ist gerade keine kinderlose Ehe. Vielmehr soll ein Kind im Wege der Adoption angenommen oder durch heterologe Insemination empfangen werden. Damit sind auch **Kindesbelange** zu berücksichtigen. Insofern ergibt sich keine abweichende Beurteilung zur Empfängnis auf natürlichem Weg. Den Kindesbelangen kommt wegen ihrer besonderen unterhaltsrechtlichen Bedeutung auch bei der Beurteilung der Nichtigkeit einer Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt besonderes Gewicht zu (so MünchKommBGB/Maurer, 7. Aufl. 2017, § 1585v Rn. 67). Dies heißt indes nicht, dass bei vorhandenen oder geplanten Kindern ein Ausschluss des Betreuungsunterhalts stets sittenwidrig wäre. Vielmehr müssen auch hier besondere Umstände hinzukommen. Entscheidend wird es insoweit darauf ankommen, ob sich eine Tendenz zur Alleinverdienehe herausbildet oder ob vielmehr die Ehegatten davon ausgehen, dass beide weiterhin ohne erhebliche Beschränkung ihrer Erwerbstätigkeit nachkommen können (BGH NJW 2013, 380 = FamRZ 2013, 195; BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 605). Dies wird vor allem dann denkbar sein, wenn einverständlich eine Fremdbetreuung des Kindes geplant ist (dazu und für einen entsprechenden Formulierungsvorschlag Langenfeld/Milzer, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2018, Rn. 620 f.) Hinzu kommt: Um ehevertragliche Vereinbarungen als sittenwidrig gem. § 138 BGB einzustufen, genügt es nicht, wenn diese **objektiv** zu einer einseitigen **Benachteiligung** eines Ehegatten, auch im Lichte des Gesamtvertrages, führen (BGH NJW 2017, 1883, 1885). Auch eine für sich genommen wesentliche Benachteiligung kann nicht für sich genommen zum Verdikt der Sittenwidrigkeit führen. Stets muss hinzukommen, dass diese Benachteiligung auf einer **unterlegenen Verhandlungsposition** beruht (s. BGH NJW 2017, 1883, 1886: keine vorherige Zusendung eines Vertragsentwurfs, kein Exemplar zum Durchlesen bei der Verhandlung, Anwesenheit des Kindes beim Notar; recht weitgehend; s. auch BGH DNotZ 2013, 376, 382) und somit den Schluss auf eine **verwerfliche Gesinnung** zulässt. Zwar kann dies ein **unausgewogener Vertragsinhalt** nahelegen; zwingend ist dieser Schluss aber nicht. Damit wird es entscheidend auf eine Gesamtabwägung der Einzelfallumstände ankommen, die wir freilich nicht vornehmen können. Auch im Lichte des zu schützenden Kindeswohls halten wir es mit dieser Einschränkung allerdings für durchaus denkbar, dass ein Ausschluss des Betreuungsunterhalts wirksam ist, sofern der betreuende Ehegatte nicht die finanzielle Unterstützung des anderen benötigt. Gleichwohl aber kann trotz dieser mangelnden wirtschaftlichen Abhängigkeit, je nach geplantem Ehezuschnitt, vor allem der Kinderbetreuung, für den betreuenden Elternteil ein daraus resultierender **ehebedingter Nachteil** entstehen; dies etwa dann, wenn erhebliche Einschränkungen der bisherigen Erwerbstätigkeit erforderlich wären. Schon aus diesem Grund ist ein **Sittenwidrigkeitsverdikt keineswegs auszuschließen**. Jedenfalls denkbar wäre, dass bei einer erheblichen Abweichung vom geplanten Rollenmodell eine Berufung auf den Ausschluss des Betreuungsunterhalts als **treuwidrig** erschien; insoweit könnte der Totalausschluss möglicherweise dann einer Ausübungskontrolle nicht standhalten. Zu betonen ist, dass

diese Ausführungen indes unabhängig davon gelten, ob das betreffende Kind durch Insemination gezeugt bzw. adoptiert wurde oder ein leibliches Kind ist.