

Michael Schultz

Zivilgerichtliche Vertragskontrolle im Eherecht



Cuvillier Verlag

ZIVILGERICHTLICHE
VERTRAGSKONTROLLE
IM EHERECHT

Michael Schultz

 Cuvillier Verlag Göttingen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2008

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2008

978-3-86727-694-8

D6

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2008

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2008

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86727-694-8

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis.....	XXVII
I. Einleitung.....	1
1. Problemstellung.....	2
2. Gang der Untersuchung.....	3
II. Überblick über die gesetzliche Systematik des Ehe- und Scheidungsfolgenrechts.....	5
1. Die gesetzliche Regelung der allgemeinen Ehewirkungen.....	5
2. Die Normierung der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe.....	7
3. Die gesetzliche Regelung des Versorgungsausgleichs.....	11
4. Überblick über das Unterhaltsrecht.....	14
5. Allgemeine Rechtsinstitute im Recht der Ehevereinbarungen.....	16
III. Grundlegende Begrifflichkeiten.....	23
1. Begriff des Ehevertrages.....	23
2. Begriff der Ehevereinbarung.....	24
3. Begriff des Globalverzichts.....	27
IV. Die ursprüngliche Anwendung der allgemeinen zivilrecht- lichen Schranken durch die Rechtsprechung.....	29
1. Zur Sittenwidrigkeit von Ehevereinbarungen.....	29
2. Zur Einrede unzulässiger Rechtsausübung.....	68
V. Abweichende Konzepte der Literatur zur Behandlung von Eheverein- barungen.....	75
1. Ehetypenlehre.....	75
2. Forderungen nach engeren Grenzen für die Ehevertragsfreiheit.....	76

3. Schwenzer: Die Unterlegenheit der Frau.....	78
VI. Die „kopernikanische Wende“ durch das BVerfG.....	93
1. Urteil vom 6. Februar 2001.....	93
2. Beschluss vom 29. März 2001.....	96
3. Beschluss vom 5. Februar 2002.....	97
4. Kritik der Rechtsprechung des BVerfG.....	99
5. Reaktionen der Literatur auf die Rechtsprechung des BVerfG.....	100
VII. Die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit durch die Zivilrechtsprechung nach den Ent- scheidungen des BVerfG.....	107
1. Unter- und Instanzrechtsprechung vor der Befassung des BGH.....	107
2. Die Umsetzung des BGH.....	145
3. Die Entwicklung der Zivilrechtsprechung nach der Entscheidung des BGH.....	159
4. Zusammenfassung: Der aktuelle Stand der Zivilrechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	242
5. Die Unterhaltsentscheidung des BVerfG vom 28. Februar 2007.....	251
VIII. Reaktionen der Literatur auf die Inhaltskontrolle von Ehe- vereinbarungen durch die Zivilgerichtsbarkeit.....	253
1. Einordnung und Analyse der Kernbereichs-Entscheidung des BGH.....	253
2. Folgerungen der Literatur aus der Entscheidung des BGH.....	264
IX. Zusammenfassende Betrachtung und Analyse des aktuellen Rechtsstands zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	275
1. Allgemeines zur Inhaltskontrolle.....	275
2. Besonderheiten aufgrund des Abschlusszeitpunktes.....	309
3. Richtlinien für das notarielle Verfahren.....	316

4. Zur Behandlung von Altfällen.....	319
5. Anmerkungen zum Verfahrensrecht.....	322
X. Allgemeine Schranken – besondere Anwendung?	
Eine dogmatische Gesamtwürdigung der Zivilrechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	325
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	325
2. Übertragung der verfassungsrechtlichen Grundlagen ins Zivilrecht	376
3. Zivilrechtliche Grundlagen für die Rechtsprechung des BGH.....	388
4. Dogmatische Einordnung der Kernbereichslehre ins Zivilrecht.....	406
5. Anpassungsbedarf.....	423
XI. Schluss.....	447

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis.....	XXVII
I. Einleitung.....	1
1. Problemstellung.....	2
2. Gang der Untersuchung.....	3
II. Überblick über die gesetzliche Systematik des Ehe- und Scheidungsfolgenrechts.....	5
1. Die gesetzliche Regelung der allgemeinen Ehewirkungen.....	5
2. Die Normierung der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe.....	7
2.1. Gesetzlicher Güterstand.....	7
2.2. Wahlgüterstände.....	8
2.3. Güterstandsspezifische Grenzen der Vertragsfreiheit.....	10
3. Die gesetzliche Regelung des Versorgungsausgleichs.....	11
4. Überblick über das Unterhaltsrecht.....	14
5. Allgemeine Rechtsinstitute im Recht der Ehevereinbarungen.....	16
III. Grundlegende Begrifflichkeiten.....	23
1. Begriff des Ehevertrages.....	23
2. Begriff der Ehevereinbarung.....	24
3. Begriff des Globalverzichts.....	27
IV. Die ursprüngliche Anwendung der allgemeinen zivil- rechtlichen Schranken durch die Rechtsprechung.....	29
1. Zur Sittenwidrigkeit von Ehevereinbarungen.....	29
1.1. Sittenwidrigkeit wegen einseitiger Lastenverteilung.....	29
1.1.1. Sittenwidrigkeit aufgrund der Einseitigkeit der Regelung.....	30

1.1.2. Sittenwidrigkeit aufgrund der Ausnutzung einer Zwangslage des Vertragspartners.....	32
1.1.3. Bedeutung einer langjährigen Ehe vor Vertragsschluss....	37
1.1.4. Sittenwidrigkeit aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände.....	39
1.1.5. Subjektive Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit.....	40
1.1.6. Zusammenfassende Betrachtung der Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit wegen einseitiger Lasten- verteilung.....	41
1.1.7. Position der Literatur zur Bedeutung einseitiger Lasten- verteilung.....	47
1.2. Sittenwidrigkeit wegen Belastung der Allgemeinheit.....	50
1.2.1. Die Rechtsprechung vor dem Ersten Eherechtsreform- gesetz.....	51
1.2.2. Die Rechtsprechung nach dem Ersten Eherechtsreform- gesetz.....	53
1.2.3. Die Bedeutung von Bedingungen.....	56
1.2.4. Ausschluss der Sittenwidrigkeit aufgrund billigen- werter Motive.....	56
1.2.5. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung.....	56
1.2.6. Zusammenfassende Betrachtung der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit wegen Belastung der Allgemeinheit.....	60
1.2.7. Position der Literatur zur Bedeutung einer Belastung der Allgemeinheit.....	64
2. Zur Einrede unzulässiger Rechtsausübung.....	68
2.1. Standpunkt der Rechtsprechung.....	68
2.2. Standpunkte der Literatur.....	70

2.3. Zusammenfassung und Stellungnahme.....	72
V. Abweichende Konzepte der Literatur zur Behandlung von Ehevereinbarungen.....	75
1. Ehetypenlehre.....	75
2. Forderungen nach engeren Grenzen für die Ehevertragsfreiheit.....	76
3. Schwenger: Die Unterlegenheit der Frau.....	78
3.1. Standpunkt Schwengers.....	78
3.2. Reaktion Büttners.....	80
3.3. Reaktion Coester-Waltjens.....	81
3.4. Reaktion Gerbers.....	82
3.5. Reaktion Grziwotz'.....	84
3.6. Reaktion Goebels.....	84
3.7. Position Dethloffs.....	85
3.8. Exkurs: Die Debatte um eine geschlechtsspezifische Moral.....	85
3.9. Zusammenfassung und Würdigung.....	88
VI. Die „kopernikanische Wende“ durch das BVerfG.....	93
1. Urteil vom 6. Februar 2001.....	93
2. Beschluss vom 29. März 2001.....	96
3. Beschluss vom 5. Februar 2002.....	97
4. Kritik der Rechtsprechung des BVerfG.....	99
5. Reaktionen der Literatur auf die Rechtsprechung des BVerfG.....	100
VII. Die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit durch die Zivilrechtsprechung nach den Entscheidungen des BVerfG.....	107
1. Unter- und Instanzrechtsprechung vor der Befassung des BGH.....	107
1.1. Urteil des OLG Köln vom 16. Mai 2001.....	108
1.2. Urteil des OLG Köln vom 3. Juli 2001.....	109

1.3. Beschluss des OLG Naumburg vom 20. August 2001.....	112
1.4. Beschluss des OLG Köln vom 29. August 2001.....	113
1.5. Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 2. April 2002.....	114
1.6. Urteil des AmtsG Warendorf vom 16. Juli 2002.....	116
1.7. Beschluss des OLG Brandenburg vom 28. Juli 2002.....	117
1.8. Beschluss des OLG München vom 25. September 2002.....	118
1.9. Beschluss des OLG Brandenburg vom 4. Oktober 2002.....	119
1.10. Urteil des OLG Nürnberg vom 12. November 2002.....	120
1.11. Urteil des OLG Koblenz vom 4. Februar 2003.....	122
1.12. Urteil des AmtsG Schwäbisch Hall vom 28. Februar 2003...	124
1.13. Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 10. März 2003.....	126
1.14. Urteil des AmtsG Tempelhof-Kreuzberg vom 11. März 2003.....	127
1.15. Urteil des OLG Düsseldorf vom 27. März 2003.....	128
1.16. Beschluss des OLG Koblenz vom 23. Juni 2003.....	131
1.17. Urteil des OLG Hamm vom 2. Juli 2003.....	132
1.18. Urteil des OLG Oldenburg vom 28. August 2003.....	133
1.19. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2003.....	135
1.20. Urteil des OLG Hamm vom 13. November 2003.....	137
1.21. Urteil des OLG Koblenz vom 13. Januar 2004.....	138
1.22. Urteil des AmtsG Rheine vom 20. Februar 2004.....	140
1.23. Zusammenfassung: Der Stand der Rechtsprechung vor der Entscheidung des BGH.....	141
2. Die Umsetzung des BGH.....	145
2.1. Sachverhalt.....	145
2.2. Entscheidung der Vorinstanz.....	146
2.3. Urteil des BGH vom 11. Februar 2004.....	147

2.4. Zusammenfassung und Kritik.....	153
2.5. Zum Begriff der Inhaltskontrolle.....	157
3. Die Entwicklung der Zivilrechtsprechung nach der Entscheidung des BGH.....	159
3.1. Urteil des OLG Celle vom 25. Februar 2004.....	159
3.2. Beschluss des OLG München vom 23. März 2004.....	162
3.3. Beschluss des OLG Koblenz vom 21. April 2004.....	164
3.4. Beschluss des OLG Koblenz vom 23. April 2004.....	165
3.5. Urteil des OLG Düsseldorf vom 17. Mai 2004.....	166
3.6. Urteil des OLG Koblenz vom 25. Mai 2004.....	169
3.7. Urteil des OLG Celle vom 24. Juni 2004.....	170
3.8. Urteil des OLG Düsseldorf vom 1. Juli 2004.....	175
3.9. Urteil des OLG Karlsruhe vom 15. Juli 2004.....	178
3.10. Beschluss des OLG Nürnberg vom 1. September 2004.....	180
3.11. Beschluss des OLG Celle vom 8. September 2004.....	181
3.12. 1. Beschluss des BGH vom 6. Oktober 2004.....	182
3.13. 2. Beschluss des BGH vom 6. Oktober 2004.....	185
3.14. Urteil des OLG Hamm vom 12. Oktober 2004.....	187
3.15. Urteil des OLG Stuttgart vom 11. November 2004.....	188
3.16. Urteil des BGH vom 12. Januar 2005.....	189
3.17. Urteil des OLG Koblenz vom 17. Februar 2005.....	193
3.18. Beschluss des OLG Braunschweig vom 13. April 2005.....	196
3.19. 1. Urteil des BGH vom 25. Mai 2005.....	199
3.20. 2. Urteil des BGH vom 25. Mai 2005.....	204
3.21. Urteil des OLG Hamm vom 6. Juni 2005.....	207
3.22. Urteil des OLG Hamm vom 8. Juni 2005.....	210
3.23. Urteil des OLG Hamm vom 29. Juni 2005.....	211

3.24. Urteil des AmtsG Kandel vom 30. Juni 2005.....	212
3.25. Urteil des OLG Zweibrücken vom 19. Juli 2005.....	214
3.26. Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 20. Juli 2005.....	216
3.27. Urteil des OLG Koblenz vom 19. September 2005.....	217
3.28. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. September 2005....	218
3.29. Beschluss des OLG Hamm vom 13. Oktober 2005.....	221
3.30. Urteil des OLG Koblenz vom 25. Oktober 2005.....	222
3.31. Urteil des OLG München vom 1. Februar 2006.....	224
3.32. Urteil des OLG Hamm vom 24. März 2006.....	226
3.33. Beschluss des OLG Dresden vom 27. März 2006.....	229
3.34. Beschluss des OLG Zweibrücken vom 27. April 2006.....	231
3.35. Beschluss des BGH vom 17. Mai 2006.....	232
3.36. Urteil des BGH vom 5. Juli 2006.....	235
3.37. Urteil des OLG Karlsruhe vom 11. September 2006.....	236
3.38. Beschluss des OLG Stuttgart vom 18. Oktober 2006.....	238
3.39. Urteil des BGH vom 25. Oktober 2006.....	238
3.40. Urteil des BGH vom 22. November 2006.....	239
3.41. Urteil des BGH vom 13. Februar 2007.....	240
4. Zusammenfassung: Der aktuelle Stand der Zivilrechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	242
4.1. Weiterentwicklungen der Kernbereichslehre durch den BGH	242
4.2. Tendenzen und Entwicklungen bei Anwendung des § 138 I BGB.....	244
4.3. Tendenzen und Entwicklungen bei Anwendung des § 242 BGB.....	247
4.4. Weitere Tendenzen und Entwicklungen.....	248
4.5. Fazit.....	249

5. Die Unterhaltsentscheidung des BVerfG vom 28. Februar 2007.....	251
VIII. Reaktionen der Literatur auf die Inhaltskontrolle von Ehe-	
vereinbarungen durch die Zivilgerichtsbarkeit.....	253
1. Einordnung und Analyse der Kernbereichs-Entscheidung des	
BGH.....	253
1.1. Zur Vereinbarkeit der Entscheidung des BGH mit den	
Vorgaben des BVerfG.....	254
1.2. Dogmatische Analysen der Entscheidung des BGH.....	256
1.2.1. Zur Wirksamkeitskontrolle.....	257
1.2.2. Zur Ausübungskontrolle.....	260
1.2.3. Zur Kernbereichslehre.....	262
1.3. Zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Scheidungs-	
vereinbarungen.....	264
2. Folgerungen der Literatur aus der Entscheidung des BGH.....	264
2.1. Analyse zukünftig zulässiger Vertragsinhalte.....	265
2.2. Zu den Rechtsfolgen einer Inhaltskontrolle.....	269
2.3. Zur künftigen Gestaltung des notariellen Verfahrens.....	272
IX. Zusammenfassende Betrachtung und Analyse des aktuellen	
Rechtsstands zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	275
1. Allgemeines zur Inhaltskontrolle.....	275
1.1. Zur Wirksamkeitskontrolle.....	275
1.1.1. Notwendigkeit einer unterlegenen Verhandlungs-	
position?.....	276
1.1.2. Anhaltspunkte für Unterlegenheitspositionen.....	280
a) Schwangerschaft.....	280
b) Vertragsschluss als Bedingung.....	283
c) Abhängigkeit vom Vertragspartner.....	284

d) Verhandlungsunterlegenheit mangels ausreichender Kenntnisse vom Vertragsinhalt.....	286
aa) Überrumpelung.....	286
bb) Intransparenz der Regelungen.....	287
cc) Mangelnde Sprachkenntnisse.....	287
dd) Geschäftliche Unerfahrenheit.....	288
ee) Verfahrensbedingte Unkenntnisse.....	288
e) Besondere Bedürfnislage eines Vertragspartners.....	289
f) Zusammenfassung der Anhaltspunkte für die Unter- legenheit eines Vertragspartners.....	289
1.1.3. Bedeutung des Inhalts der Vereinbarung.....	291
a) Vereinbarungen über den nahehelichen Unterhalt.....	292
aa) Betreuungsunterhalt.....	293
bb) Altersunterhalt.....	295
cc) Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen.....	296
dd) Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit.....	297
ee) Vorsorgeunterhalt.....	298
ff) Aufstockungsunterhalt, Unterhalt wegen Aus- bildung, Fortbildung oder Umschulung.....	298
b) Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich.....	298
c) Güterrechtliche Vereinbarungen.....	299
1.1.4. Verhältnis zwischen den Umständen des Vertrags- schlusses und dem Vertragsinhalt.....	300
1.1.5. Teil- oder Gesamtnichtigkeit als Rechtsfolge der Wirksamkeitskontrolle.....	301
1.2. Zur Ausübungskontrolle.....	303
1.2.1. Zur Bedeutung der unangemessenen Lastenverteilung	

und einer ungeplanten Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft.....	303
1.2.2. Verhältnis der Ausübungskontrolle zur Störung der Geschäftsgrundlage.....	306
1.2.3. Rechtsfolgen der Ausübungskontrolle.....	307
1.2.4. Fazit.....	308
2. Besonderheiten aufgrund des Abschlusszeitpunktes.....	309
2.1. Voreheliche Ehevereinbarungen.....	310
2.2. Eheliche Ehevereinbarungen.....	313
2.3. Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen.....	314
2.4. Nacheheliche Vereinbarungen.....	315
3. Richtlinien für das notarielle Verfahren.....	316
4. Zur Behandlung von Altfällen.....	319
5. Anmerkungen zum Verfahrensrecht.....	322
X. Allgemeine Schranken – besondere Anwendung? Eine dogmatische Gesamtwürdigung der Zivilrechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	325
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	325
1.1. Frühere Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle.....	325
1.1.1. Die Handelsvertreterentscheidung.....	326
1.1.2. Die Bürgschaftsentscheidungen.....	327
1.1.3. Zusammenfassung der Grundlage des BVerfG für die Entscheidung zur Inhaltskontrolle von Ehe- vereinbarungen.....	330
1.2. Kritische Würdigung der Rechtsprechung des BVerfG zur zivilrechtlichen Inhaltskontrolle.....	334
1.2.1. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht.	334

1.2.2. Zur Ableitung eines Schutzauftrags aus der mittelbaren Drittwirkung.....	336
1.2.3. Differenzierte Betrachtung der Bedeutung der Vertragsfreiheit.....	337
1.2.4. Rechtfertigung einer Inhaltskontrolle aus weiteren Gründen.....	340
a) Sozialstaatsprinzip.....	340
b) Ordnungsfunktion.....	342
c) Moralverstoß.....	344
d) Abwägung der Inhaltsfreiheit mit der Abschlussfreiheit	344
e) Abwägung der Inhaltsfreiheit mit anderen Werten.....	347
1.2.5. Kritik an den Kriterien des BVerfG.....	349
1.2.6. Fazit zu den früheren Forderungen des BVerfG nach einer zivilrechtlichen Inhaltskontrolle.....	353
1.3. Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BVerfG zur zivilrechtlichen Inhaltskontrolle auf Ehevereinbarungen.....	353
1.3.1. Tatsächliche Übertragung durch das BVerfG.....	354
1.3.2. Schlüssigkeit der Argumentation des BVerfG zur Übertragung.....	355
a) Vergleich der Situationen von Ehegatten und Bürgen....	355
b) Übertragung der Argumente des BVerfG aus früheren Entscheidungen.....	358
c) Übertragung der zusätzlichen Argumente des BVerfG für eine Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	362
aa) Gleichheit der Ehegatten.....	362
bb) Eheschließungsfreiheit des künftigen Ehemannes. .	363
cc) Schutz der werdenden Mutter.....	365

dd) Kindeswohl.....	367
d) Übertragung weiterer Argumente für eine Inhalts- kontrolle.....	368
1.3.3. Verfassungswidrigkeit des BGB?.....	371
1.3.4. Fazit zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BVerfG auf Ehevereinbarungen.....	375
2. Übertragung der verfassungsrechtlichen Grundlagen ins Zivilrecht	376
2.1. Verwirklichung der Vorgaben des BVerfG durch die Recht- sprechung des BGH.....	377
2.1.1. Vereinbarkeit der Wirksamkeitskontrolle mit dem Vorgaben des BVerfG.....	377
a) Nach den Argumenten des BVerfG.....	377
b) Unter Berücksichtigung weiterer Argumente.....	379
2.1.2. Vereinbarkeit der Ausübungskontrolle mit den Vorgaben des BVerfG.....	380
a) Nach den Argumenten des BVerfG.....	380
b) Unter Berücksichtigung weiterer Argumente.....	381
2.1.3. Fazit zur Verwirklichung der verfassungsgericht- lichen Vorgaben durch den BGH.....	382
2.2. Vereinbarkeit der Rechtsprechung des BGH mit dem Grund- gesetz.....	383
2.2.1. Verfassungsrechtliche Gebotenheit der Zivilrecht- sprechung in ihrer konkreten Form.....	383
2.2.2. Verfassungskonformität der Zivilrechtsprechung.....	385
a) Keine Anwendung von Billigkeitsgrundsätzen ent- gegen dem gesetzlichen Wortlaut.....	385
b) Wahrung der Vertragsfreiheit.....	386

2.2.3. Fazit zur Vereinbarkeit der Rechtsprechung des BGH mit dem Grundgesetz.....	387
3. Zivilrechtliche Grundlagen für die Rechtsprechung des BGH.....	388
3.1. Teleologie des Scheidungsfolgenrechts.....	388
3.1.1. Argumentation des BGH.....	388
3.1.2. Vergleichbare Standpunkte in der Literatur.....	390
3.1.3. Erwägungen des Gesetzgebers.....	391
3.1.4. Schlüssigkeit der Folgerungen aus der Teleologie des Scheidungsfolgenrechts.....	392
3.1.5. Berücksichtigung des Zwecks der Ehevertragsfreiheit...394	
3.1.6. Grenzen der Ehevertragsfreiheit.....	396
3.2. Der Topos von den ehebedingten Nachteilen.....	397
3.2.1. Bedeutung des Topos innerhalb der Kernbereichslehre..398	
3.2.2. Synthese des Topos mit der Kernbereichslehre.....	400
3.2.3. Relativierung der Bedeutung des Topos.....	400
3.2.4. Verhältnis zum Vertrauensschutz.....	402
3.3. Bedeutung von Gleichberechtigung und gleicher Teilhabe der Ehegatten.....	403
3.4. Das Wesen der Ehe.....	405
3.5. Fazit zu den zivilrechtlichen Grundlagen für die zivil- gerichtliche Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.....	405
4. Dogmatische Einordnung der Kernbereichslehre ins Zivilrecht.....	406
4.1. Die Kernbereichslehre als Inhaltskontrolle.....	406
4.1.1. Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht.....	407
4.1.2. Inhaltskontrolle im Publikumpersonengesellschafts- recht.....	407
4.1.3. Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	408

4.1.4. Inhaltskontrolle im Ehevertragsrecht.....	409
4.2. Die Wirksamkeitskontrolle als Anwendungsfall des § 138 BGB.....	410
4.3. Die Ausübungskontrolle als Anwendungsfall des § 242 BGB.....	412
4.3.1. Verhältnis der Ausübungskontrolle zur Störung der Geschäftsgrundlage.....	412
a) Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 313 BGB.....	413
b) Vertragsanpassung über § 313 BGB hinaus.....	414
c) Grundrechtsgeleitete Interpretation des § 313 BGB.....	415
d) Übertragung des Einwands rechtsmissbräuchlichen Verhaltens.....	416
e) Fazit zum Verhältnis zwischen der Ausübungs- kontrolle und der Geschäftsgrundlagenstörung.....	418
4.3.2. Verhältnis der Ausübungskontrolle zur ergänzenden Vertragsauslegung.....	419
4.3.3. Die Ausübungskontrolle im Lichte weiterer richter- rechtlicher Korrekturen.....	420
4.4. Zusammenfassung der dogmatischen Einordnung der Kernbereichslehre.....	422
5. Anpassungsbedarf.....	423
5.1. Empfehlungen für die zukünftige Rechtsprechung.....	424
5.1.1. Zur Anwendung der Wirksamkeitskontrolle.....	427
5.1.2. Zur Anwendung der Ausübungskontrolle.....	432
5.2. Erforderlichkeit einer Anpassung der gesetzlichen Regelungen?.....	435
5.3. Die Novelle des Unterhaltsrechts.....	439

5.3.1. Ziele und wesentliche Regelungen.....	440
5.3.2. Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle von Ehe- vereinbarungen.....	441
5.4. Empfehlungen für die künftige Beratungs- und Beurkundungspraxis.....	443
XI. Schluss.....	447

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
aaO.	am angegebenen Ort / an den angegebenen Orten
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AmtsG	Amtsgericht
Art.	Artikel
BeamtVG	Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter in Bund und Ländern
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHReport	Schnelldienst zur Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofs
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
Bsp.	Beispiel

bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EheG	Ehegesetz
EheRRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. Eherechtsreformgesetz)
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera
f.	folgende/r
FamRB	Familien-Rechtsberater

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familien- und Erbrecht
ff.	folgende/n
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
HbGR	Handbuch der Grundrechte
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.R.d.	im Rahmen des / der
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne des / der
i.V.m.	in Verbindung mit

insb.	insbesondere
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissen- schaft
LG	Landgericht
LPK-BSHG	Lehr- und Praxiskommentar zum Bundessozialhilfegesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notar- vereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen / Rheinische Notar- kammer
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Bera- tungs- und Beurkundungspraxis
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungs- recht
o.g.	oben genannte(r/n)

OLG	Oberlandesgericht
PKH	Prozesskostenhilfe
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnote
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
sog.	so genannte(r/n)
u.a.	und andere / unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.	von / vom
v.a.	vor allem
VAHRG	Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

ZFE	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung

Literaturverzeichnis

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Adam, Roman F. Die Unwirksamkeit von Ehevereinbarungen
BWNNotZ 2006, 29 ff.
- Adomeit, Klaus Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild
NJW 1994, 2467 ff.
- Anwalts-Handbuch Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht
herausgegeben von Ulrich Tschöpe
4. Auflage, Köln 2005
zit. Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht/*Bearbeiter*
- Armasow, Martin Das Urteil des BVerfG vom 6. Februar 2001 – 1
BvR 12/92 – zum nachehelichen Unterhaltsver-
zicht und zur Freistellung von Unterhaltsansprü-
chen
RNotZ 2001, 196 ff.
- Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Band 1 (Gesamtsachverzeichnis, §§ 1-610)
München 2003

Band 3 (§§ 1297 - 2385, EGBGB, CISG)
München, 2003

zit. Bamberger/Roth/*Bearbeiter*
- Battes, Robert Echte Wertsteigerungen im Zugewinnausgleich
FamRZ 2007, 313 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Bereiter-Hahn, Werner Nochmals: Der Unterhaltsverzicht im Scheidungsverfahren und die öffentliche Fürsorge
FamRZ 1955, 279 ff.
- Bergschneider, Ludwig Zur Inhaltskontrolle bei Eheverträgen
FamRZ 2001, 1337 ff.
- ders. Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen
FamRZ 2004, 1757 ff.
- Borth, Helmut Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Neuere Rechtsprechung und offene Fragen
FamRB 2005, 177 ff.
- ders. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform des Unterhaltsrechts
FamRZ 2006, 813 ff.
- Bosch, Friedrich
Wilhelm Unterhaltsvereinbarungen
in: Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Walter F. Lindacher, Dieter Pfaff, Günter H. Roth, Peter Schlosser und Eberhard Wieser
Bielefeld 1989
S. 23 ff.
zit. Bosch, FS Habscheid
- Brambring, Günter Notarielle Inhaltskontrolle von Eheverträgen
FGPrax 2004, 175 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- ders. Die Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen
in: From Status to Contract? - Die Bedeutung des
Vertrages im europäischen Familienrecht, her-
ausgegeben von Sibylle Hofer, Dieter Schwab
und Dieter Henrich
Bielefeld, 2005
S. 17 ff.
zit. Brambring, Status
- ders. Führt die Teilnichtigkeit zur Gesamtnichtigkeit
von Eheverträgen?
FPR 2005, 130 ff.
- ders. Teil- oder Gesamtnichtigkeit beim Ehevertrag
NJW 2007, 865 ff.
- Brandt, Eva Maria Vertragsfreiheit bei Eheverträgen?
MittBayNot 2004, 221 ff.
- Bredthauer, Jürgen Der Ehevertrag in der Praxis
NJW 2004, 3072 ff.
- Bundessozialhilfegesetz Lehr- und Praxiskommentar
6. Auflage, Baden-Baden 2003

zit. LPK-BSHG/*Bearbeiter*
- Büttner, Helmut Grenzen ehevertraglicher Gestaltungsmöglich-
keiten
FamRZ 1998, 1 ff.
- ders. Unfair zu Gretchen
FamRZ 1997, 600 f.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Coester-Waltjen,
Dagmar Liebe – Freiheit – gute Sitten
 in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der
 Wissenschaft
 Band I. Bürgerliches Recht
 herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris und
 Andreas Heldrich
 München 2000
 S. 985 ff.
 zit. Coester-Waltjen, FS BGH
- Dauner-Lieb, Barbara Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im
 Ehevertragsrecht
 AcP 201 (2001), 295 ff.
- dies. Eheverträge im Spannungsfeld zwischen Privat-
 autonomie und verfassungsrechtlicher Auf-
 wertung der Familienarbeit
 FF 2002, 151 ff.
- dies. Eheverträge zwischen Lifestyle-Design und part-
 nerschaftlicher Verantwortung
 in: Brennpunkte des Familienrechts 2003, her-
 ausgegeben vom Deutschen Anwaltsinstitut e.V.
 Herne u.a. 2003
 S. 1 ff.
 zit. Dauner-Lieb, Brennpunkte FamR 2003
- dies. Richterliche Überprüfung von Eheverträgen nach
 dem Urteil des BGH v. 11.2.2004 – XII ZR
 265/02
 FF 2004, 65 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- dies. Noch einmal Eheverträge – richterliche Überprüfung und Vertragsgestaltung nach dem Urteil des BGH vom 11.2.2004 – XII ZR 265/03
in: Brennpunkte des Familienrechts 2004, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsinstitut e.V. Herne u.a. 2004
S. 1 ff.
zit. Dauner-Lieb, Brennpunkte FamR 2004.
- Dauner-Lieb, Barbara
Sanders, Anne Eheverträge – was hat noch Bestand?
FF 2002, 117 f.
- Diederichsen, Uwe Teilhabegerechtigkeit in der Ehe
FamRZ 1992, 1 ff.
- ders. Gesetzestreue und Rechtsfortbildung im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung bei der Ehescheidung
in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft
herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris und Andreas Heldrich
Band I. Bürgerliches Recht
S. 945 ff.
München, 2000
zit. Diederichsen, FS BGH
- Dieterich, Thomas Bundesverfassungsgericht und Bürgschaftsrecht
WM 2000, 11 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Dirnberger, Franz Grundrechtliche Schutzpflicht und Gestaltungsspielraum
DVBl. 1992, 879 ff.
- Döbert, Rainer Männliche Moral – weibliche Moral
in: Weibliche Moral, herausgegeben von Gertrud Nunner-Winkler
Frankfurt/Main u.a., 1991
S. 121 ff.
zit. Döbert, Moral
- Dölle, Hans Familienrecht
Band I
Karlsruhe 1964
- Dorsel, Christoph Zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen
BGH fördert Rechtssicherheit für Eheverträge
RNotZ 2004, 496 ff.
- Dreier, Horst Grundgesetz Kommentar

Band I, Artikel 1-19
2. Auflage, Tübingen 2004

Band II, Artikel 20-82
2. Auflage, Tübingen 2006

zit. Dreier/*Bearbeiter*
- Eschenbach, Jürgen
Niebaum, Frank Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung
NVwZ 1994, 1079 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Fastrich, Lorenz Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht nach der Bürgerschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. 10. 1993
RdA 1997, 65 ff.
- ders. Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht
München 1992
zit. Fastrich, Inhaltskontrolle
- Ferid, Murad Internationales Erbrecht
Firsching, Karl Loseblattausgabe
Dörner, Heinrich begründet von Murad Ferid und Karl Firsching
Hausmann, Rainer Herausgeber: Heinrich Dörner und Rainer Hausmann
Stand: 65. Ergänzungslieferung
München, 2007
Band VIII, Tadschikistan - USA
- Frey, Kaspar Die Haftung mittelloser Bürgen zwischen Verfassungs- und Vertragsrecht
WM 1996, 1612 ff.
- Frey, Oliver Der Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt
Diss. Göttingen 1987
Bielefeld 1988
zit. Frey, Verzicht
- Gageik, Astrid Die aktuelle ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis
RNotZ 2004, 295 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- dies. Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung seit der Entscheidung des BGH vom 11.2.2004
FPR 2005, 122 ff.
- Gerber, Wolfgang Vertragsfreiheit und richterliche Inhaltskontrolle bei Eheverträgen
in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, herausgegeben von Karlmann Geiß, Kay Nehm, Hans Erich Brandner und Horst Hagen
Köln u.a. 2000
S. 49 ff.
zit. Gerber, FS BGH
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts
2. Auflage, München 1971
- ders. Eherecht und Ehetypen
Berlin u.a. 1981
zit. Gernhuber, Ehetypen
- ders. Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit
JZ 1995, 1086 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Gilligan, Carol Moralische Orientierung und moralische
Entwicklung
in: Weibliche Moral, herausgegeben von Gertrud
Nunner-Winkler
Frankfurt/Main u.a., 1991
S. 79 ff.
zit. Gilligan, Moral
- Goebel, Joachim In guten, nicht in schlechten Tagen?
FamRZ 2003, 1513 ff.
- Göppinger, Horst Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung
4. Auflage, München 1982
- Göppinger, Horst Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung
Börger, Ulrike 7. Auflage, München 1998
zit. Göppinger/Börger/*Bearbeiter*
- Grunsky, Wolfgang Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht
Berlin u.a. 1995
zit. Grunsky, Vertragsfreiheit
- Grziwotz, Herbert Das Ende der Vertragsfreiheit in Ehevermögens-
und Scheidungsfolgenrecht?
FamRZ 1997, 585 ff.
- ders. „Ehe mit beschränkter Haftung?“ - Gesamtver-
zichtsverträge im Ehevermögensrecht
MDR 1998, 1327 ff.
- ders. Vertragsobjekt Ehe und Partnerschaft
DNotZ 1998, Sonderheft zum 25. Deutschen
Notartag, 228* ff.
zit. DNotZ 1998, SH

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- ders. Was geht noch? - Ehevertragsgestaltung nach Karlsruhe
FamRB 2002, 26 ff., 58 ff.
- ders. Was geht noch? - Ehevertragsgestaltung nach Karlsruhe III
FamRB 2004, 199 ff., 239 ff.
- ders. Eheverträge von Unternehmern
ZIP 2006, 9 ff.
- Hahne, Meo-Micaela Grenzen ehevertraglicher Gestaltungsfreiheit
DNotZ 2004, 84 ff.
- dies. Vertragsfreiheit im Familienrecht
in: Familienrecht im Brennpunkt
Bielefeld 2004
S. 181 ff.
zit. Hahne, Vertragsfreiheit
- Hampel, Herbert Unterhaltsverzicht unter Ehegatten bei bestehender oder später eintretender Hilfsbedürftigkeit der Frau
FamRZ 1960, 421 ff.
- Handbuch der Grundrechte Handbuch der Grundrechte
in Deutschland und Europa
herausgegeben von Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier

Band I: Entwicklung und Grundlagen
Heidelberg 2004

zit: HbGR/Bearbeiter

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Harding, Sandra Die auffällige Übereinstimmung feministischer und afrikanischer Moralvorstellungen
in: Weibliche Moral, herausgegeben von Gertrud Nunner-Winkler
Frankfurt/Main u.a., 1991
S. 162 ff.
zit. Harding, Moral
- Hepting, Reinhard Ehevereinbarungen
München 1984
- Heß, Burkhard Nachehelicher Unterhalt zwischen Vertragsfreiheit und sozialrechtlichem Allgemeinvorbehalt
FamRZ 1996, 981 ff.
- Hoffmann, Martin Der vollständige Ausschluß des Versorgungsausgleichs durch einen Ehevertrag
NJW 1977, 235 ff.
- Höger, Jochen Die gerichtliche Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen im Eherecht
Diss. Freiburg 2004/2005
Berlin, 2005
zit. Höger, Kontrolle
- Hohmann-Dennhardt, Christine Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Eheverträgen
KritV 2005, 197 ff.
- Kirchhof, Gregor Förderpflicht und Staatsferne
FamRZ 2007, 241 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Köbl, Ursula Schranken der Privatautonomie aufgrund Sozialhilferechts, eine grundsätzliche Orientierung
in: Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi, Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag, herausgegeben von Gerhard Köbler, Meinhard Heinze und Jan Schapp
Gießen 1990
S. 185 ff.
zit. Köbl, FS Söllner
- Koch, Elisabeth Eheliches Güterrecht im neuen Jahrtausend
in: Brennpunkte des Familienrechts 2001, herausgegeben vom deutschen Anwaltsinstitut e.V.
Herne u.a. 2001
zit. Koch, Brennpunkte FamR 2001
- dies. Richterliche Kontrolle von Eheverträgen
NotBZ 2004, 147 ff.
- Köhler, Wolfgang Handbuch des Unterhaltsrechts
5. Auflage, München 1980
- Kornexl, Thomas Ehevertragsgestaltung als Störfallvorsorge
FamRZ 2004, 1609 ff.
- Kroppenberg, Inge Die unterhaltsrechtliche Eigenverantwortung des geschiedenen Ehegatten
JZ 2006, 439 ff.
- Langenfeld, Gerrit Notarielle Scheidungsvereinbarungen über den Versorgungsausgleich
DNotZ 1983, 139 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- ders. Möglichkeiten und Grenzen notarieller Vertragsgestaltung bei Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen
DNotZ 1985, Sonderheft zum 22. Deutschen Notartag, S. 167* ff.
zit. Langenfeld, DNotZ 1985, SH
- ders. Ehevertragsgestaltung nach Ehetyphen
FamRZ 1987, 9 ff.
- ders. Zur Praxis des Ehevertrages
FamRZ 1994, 201 ff.
- ders. Von der Inhaltskontrolle zur Ausübungskontrolle
in: Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, herausgegeben von der Bundesnotarkammer
München 1996
S. 251 ff.
zit. Langenfeld, FS Schippel
- ders. Zur gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen
DNotZ 2001, 272 ff.
- ders. Die Ehevertragsgestaltung auf dem Prüfstand der richterlichen Inhaltskontrolle
ZEV 2004, 311 ff.
- ders. Anpassung von Alt-Eheverträgen an die Inhaltskontrolle-Rechtsprechung des BGH
FPR 2005, 134 f.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- ders. Handbuch der Eheverträge und Scheidungsver-
einbarungen
5. Auflage, München 2005
zit. Langenfeld, Handbuch
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
Wolf, Manfred begründet von Karl Larenz, fortgeführt von
Manfred Wolf
9. Auflage, München 2004
zit. Larenz/Wolf, AT
- Lüdtke, Egon Unterhaltsverzicht der geschiedenen Ehefrau und
öffentliche Fürsorge
NJW 1955, 211 ff.
- Luthin, Horst Handbuch des Unterhaltsrechts
begründet von Wolfgang Köhler
9. Auflage, München 2002
- Maier, Winfried Die gleiche Teilhabe der Ehegatten am
gemeinsam Erwirtschafteten im Unterhaltsrecht
NJW 2022, 3359 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Mangoldt v./Klein/Stark Kommentar zum Grundgesetz
begründet von Hermann von Mangoldt
fortgeführt von Friedrich Klein
herausgegeben von Christian Starck
- Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19
5. Auflage, München 2005
- Band 2: Artikel 20 bis 82
5. Auflage, München 2005
- zit. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Bearbeiter*
- Mayer, Jörg Zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen
FPR 2004, 363 ff.
- Meder, Stephan Der Unterhaltsverzicht im Spannungsfeld von
Privatautonomie und öffentlichem Interesse
FuR 1993, 12 ff.
- Mikat, Paul Schranken der Vertragsfreiheit im Ehegüterrecht
in: Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum
siebzigsten Geburtstag, herausgegeben von Max
Kaser
Göttingen, 1969
zit. Mikat, FS Felgentraeger
- Müller-Alten, Lutz Ehescheidung und Scheidungsverträge
Frankfurt/M. 1984

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Münch, Christof Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Erste
Umsetzungen der Entscheidungen des BVerfG in
die obergerichtliche Praxis
MittBayNot 2003, 107 ff.
- ders. Inhaltskontrolle von Eheverträgen
ZNotP 2004, 122 ff.
- ders. Notar und Parität
DNotZ 2004, 901 ff.
- ders. Inhaltskontrolle von Eheverträgen
FamRZ 2005, 570 ff.
- ders. Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle von Ehever-
trägen
KritV 2005, 208 ff.
- ders. Inhaltskontrolle von Eheverträgen - Zurück auf
festerem Boden - zur neuesten Rechtsprechung
des BGH
DNotZ 2005, 819 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

Münchener Kommentar Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch

Band 1 – Allgemeiner Teil (§§ 1-240, AGB-
Gesetz)

4. Auflage, München 2001

Band 2a - Schuldrecht, allgemeiner Teil (§§ 241 -
432)

4. Auflage, München 2003

Band 3 – Schuldrecht, besonderer Teil I (§§ 433 –
610, Finanzierungsleasing, Heizkosten V,
Betriebskosten V, CISG)

4. Auflage, München 2004

Band 4 – Schuldrecht, besonderer Teil II (§§ 611
– 704, EFZG, TzBfG, KSchG)

4. Auflage, München 2005

Band 5 – Schuldrecht, besonderer Teil III (§§ 705
– 853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkt-
haftungsgesetz)

4. Auflage, München 2004

Band 7 – Familienrecht I (§§ 1297-1588,
VAHRG, VAÜG, HausratsV)

4. Auflage, München 2000

zit. MüKo BGB/*Bearbeiter*

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

Münchener Kommentar Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung
 Band 1 - §§ 1-354
 2. Auflage, München 2000

zit. MüKo ZPO/Bearbeiter

Musielak, Hans- Joachim Kommentar zur Zivilprozeßordnung
 4. Auflage, München 2005

zit. Musielak/Bearbeiter

Nachreiner, Andreas Familienrechtliche Verträge zwischen Urkundsgewährungsanspruch und Ablehnungspflicht
 MittBayNot 2001, 356 ff.

Nunner-Winkler, Gertrud Gibt es eine weibliche Moral?
 in: Weibliche Moral, herausgegeben von Gertrud Nunner-Winkler
 Frankfurt/Main u.a., 1991
 S. 147 ff.

zit. Nunner-Winkler, Moral

Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
 66. Auflage, München 2007

zit. Palandt/Bearbeiter

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Petzold, Andrea Sittenwidrigkeit ehevertraglicher Unterhaltsver-
zichte in der höchstrichterlichen Rechtsprechung
Diss. Würzburg 2003
URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-10026
URL: [http://opus.bibliothek.uni-
wuerzburg.de/opus/volltexte/
2004/1002/](http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus/volltexte/2004/1002/)
zit. Petzold, Sittenwidrigkeit
- Pieroth, Bodo Grundrechte
Schlink, Bernhard Staatsrecht II
21. Auflage, Heidelberg 2005
- Rakete-Dombeck,
Ingeborg Das Ehevertragsurteil des BGH – Oder: Nach
dem Urteil ist vor dem Urteil
NJW 2004, 1273 ff.
- Rauscher, Thomas Grenzen der Vertragsfreiheit im Unterhaltsrecht -
Konsequenzen aus der Rechtsprechung des
BVerfG
DNotZ 2002, 751 ff.
- ders. Ehevereinbarungen: Die Rückkehr der Rechtssi-
cherheit
DNotZ 2004, 524 ff.
- Reinhardt, Dietrich Die Zulässigkeit des Verzichts auf den nach
Scheidung der Ehe gegebenen Unterhaltsan-
spruch
Bielefeld 1965

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes

Band IV, Teil 3 (§§ 1-80 EheG, HausratsVO)
10. / 11. Auflage, Berlin 1968

zit. RGRK/Bearbeiter

Rittner, Fritz Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht
NJW 1994, 3330 ff.

Rolland, Walter Das neue Ehe- und Familienrecht
Kommentar zum 1. Eherechtsreformgesetz
2. Auflage, Neuwied u.a. 1982

zit. Rolland, 1. EheRG

Röthel, Anne Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen
NJW 2001, 1334 f.

Ruland, Franz Unterhaltsverzicht und wiederaufgelebte Hinterbliebenenrente
MDR 1976, 453 ff.

Sachs, Michael Grundgesetz Kommentar
3. Auflage, München 2003

zit. Sachs/Bearbeiter

Sanders, Anne Ein bisschen sittenwidrig? - Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit von Eheverträgen
FF 2004, 249 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Sarres, Ernst Salvatorische Klausel: Sicherheit für Eheverträge
und Scheidungsvereinbarungen?
FF 2004, 251 ff.
- Schapp, Jan Privatautonomie und Verfassungsrecht
ZBB 1999, 30 ff.
- Schlechtriem, Peter Grundgesetz und Vertragsordnung
in: 40 Jahre Grundgesetz
Ringvorlesung der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Frei-
burg/Br.
S. 39 ff.
Heidelberg 1990
zit. Schlechtriem, 40 Jahre GG
- Schubert, Peter Wirksamkeit von Unterhaltsverzichts- und -frei-
stellungserklärungen
FamRZ 2001, 733 ff.
- Schumacher, Silvia Zur „Rangordnung“ im Scheidungsfolgenrecht
unter besonderer Berücksichtigung der Recht-
sprechung zur Wirksamkeit von Scheidungs-
folgenvereinbarungen
in: Gesetz Recht Rechtsgeschichte, Festschrift für
Gerhard Otte zum 70. Geburtstag
herausgegeben von Wolfgang Baumann, Hans-
Jürgen von Dickhut-Harrach und Wolfgang
Marotzke
S. 363 ff.
München, 2005
zit. Schumacher, FS Otte

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

Schürmann, Heinrich Generelle Befristung des nachehelichen
Unterhalts – eine überfällige Reform?
FPR 2005, 492 ff.

Schwab, Dieter Familiäre Solidarität
FamRZ 1997, 521 ff.

ders. Rechtsprechung als Interpretation der Wirklich-
keit – Methodische Aspekte der Rechtsge-
winnung im Familienrecht -
in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der
Wissenschaft
herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris und
Andreas Heldrich
Band I. Bürgerliches Recht
S. 921 ff.
München, 2000
zit. Schwab, FS BGH

ders. From Status to Contract?
DNotZ 2001, Sonderheft 2001 – 100 Jahre Deut-
sche Notar-Zeitschrift, 9* ff.
zit. Schwab, DNotZ 2001, SH

ders. Zur neuen gerichtlichen Kontrolle von Ehever-
trägen und Scheidungsvereinbarungen
in: Recht als Erbe und Aufgabe
Heinz Holzauer zum 21. April 2005
herausgegeben von Stefan Chr. Saar, Andreas
Roth und Christian Hattenhauer
S. 410 ff.
Berlin 2005
zit. Schwab, FS Holzauer

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Schwenzer, Ingeborg Vom Status zur Realbeziehung
Baden-Baden 1987
- dies. Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Schei-
dungsfolgenrecht
AcP 196 (1996), 88 ff.
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsge-
setzen und Nebengesetzen
begründet von Th. Soergel
neu herausgegeben von W. Siebert
- Band 2 – Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240)
13. Auflage, Stuttgart u.a. 1999
- Band 5 – Familienrecht
10. Auflage, Stuttgart u.a. 1971
- Band 7 – Familienrecht I (§§ 1297-1588,
VAHRG, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft)
12. Auflage, Stuttgart u.a. 1988
- zit. Soergel/*Bearbeiter*
- Spieß, Gerhard Inhaltskontrolle von Verträgen – das Ende privat-
autonomer Vertragsgestaltung?
DVBl. 1994, 1222 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

Staudinger

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebenge-
setzen

Buch 1 – Allgemeiner Teil (§§ 134-163, Allge-
meiner Teil 4)

Neubearbeitung 2003, Berlin

Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse (Einl zu §§
241 ff, §§ 241-243, Einleitung zum Schuldrecht,
Treu und Glauben)

Neubearbeitung 2005, Berlin

Viertes Buch – Familienrecht (§§ 1297 - 1302;
Nichteheliche Lebensgemeinschaft (Anhang zu
§§ 1297 ff); §§ 1303 - 1362)

Neubearbeitung 2000, Berlin

Viertes Buch – Familienrecht (§§ 1363-1563)

Neubearbeitung 2000, Berlin

Buch 4, Familienrecht (§§ 1587-1588 (inkl. Bar-
wertVO); VAHRG (Versorgungsausgleich))

Neubearbeitung 2004, Berlin

zit. Staudinger/*Bearbeiter*

Stoffels, Markus

AGB-Recht

München 2003

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Stresow, Bert Die richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen
Diss. Potsdam 2005
Berlin 2006
zit. Stresow, Inhaltskontrolle
- Tipke, K. Der Unterhaltsverzicht des geschiedenen Ehegatten und die öffentliche Fürsorge
FamRZ 1954, 188 ff.
- Traulsen, Jana Inhalt und Grenzen familienrechtlicher Verträge
Diss. Kiel 2006
Frankfurt a.M. 2006
zit. Traulsen, Grenzen
- Ulmer, Peter AGB-Gesetz
Brandner, Hans-Erich 9. Auflage, Köln 2001
Hensen, Horst-Dieter
Schmidt, Harry
- Volmer, Michael Bemerkungen zur Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen
ZNotP 2005, 242 ff.
- Waas, Bernd Zur Dogmatik der sogenannten „ehebezogenen Zuwendungen“
FamRZ 2000, 453 ff.
- Wachter, Thomas Überlegungen zur künftigen Gestaltung von Eheverträgen
ZNotP 2003, 408 ff.
- ders. Neue Grenzen der Ehevertragsfreiheit
ZFE 2004, 132 ff.

Autor / Autorin / Titel Bibliographische Angaben

- Walker, Lawrence J. Geschlechtsunterschiede in der Entwicklung des
moralischen Urteils
in: Weibliche Moral, herausgegeben von Gertrud
Nunner-Winkler
Frankfurt/Main u.a., 1991
S. 109 ff.
zit. Walker, Moral
- Wellenhofer-Klein,
Marina Strukturell ungleiche Verhandlungsmacht und
Inhaltskontrolle von Verträgen
ZIP 1997, 774 ff.
- Wiethaup Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten
MDR 1954, 9 ff.
- Winkler, Karl Beurkundungsgesetz
begründet von Theodor Keidel
15. Auflage, München 2003
- Zöllner, Wolfgang Vermögensrechtliche Folgenvereinbarungen für
den Scheidungsfall
in: Festschrift für Hermann Lange zum 70.
Geburtstag, herausgegeben von Dieter Medicus,
Hans-Joachim Mertens, Knut Wolfgang Nörr und
Wolfgang Zöllner
Stuttgart u.a. 1992
S. 973 ff.
zit. Zöllner, FS Lange
- ders. Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht
AcP 196 (1996), 1 ff.

I. Einleitung

Die Ehe ist die wichtigste und in der Gesellschaft am tiefsten verankerte Form der dauerhaften Paarbeziehung. Als solche zählt sie zu den Grundlagen der Gesellschaftsordnung.

Die Entscheidung für eine Ehe wird aus unterschiedlichen Gründen gefällt. In zahlreichen Fällen geht der maßgebliche Anreiz von unromantischen Beweggründen aus. Steuerliche und versicherungsrechtliche Vorteile spielen eine wichtige Rolle. Darin wird die besondere staatliche Förderung der Ehe deutlich. Daneben mag für viele Paare auch die Liebe und der Wunsch nach einem festen Rahmen für ihre Beziehung bei der Eheschließung im Vordergrund stehen. Einigkeit dürfte schließlich in dem Wunsch der Eheschließenden bestehen, dass die eheliche Beziehung von Dauer sein soll.

Die Überzeugung von der Dauerhaftigkeit der geschlossenen Ehe lässt freilich immer mehr nach. Die anhaltend hohe Scheidungsquote dokumentiert nachhaltig das gesellschaftliche Umdenken in diesem Bereich. Zunehmend folgt aus dem Wegfall der Liebesbeziehung auch die Scheidung der Ehe.

Obwohl die Eheschließung häufig genug auch aus einer wirtschaftlichen Motivation heraus erfolgt und die Neigung zur Ehescheidung in den letzten Jahrzehnten stark anstieg, ist die Bereitschaft, das gesetzliche Ehe- und Scheidungsfolgenrecht als Modell für die eigene Ehe zu akzeptieren, dennoch ungebrochen.

Diese Bereitschaft muss umso mehr erstaunen, als die Rolle der Ehefrau nicht länger mit der einer Hausfrau und Mutter gleichzusetzen, sondern in einem Umbruch begriffen ist. Die Gesellschaft fördert zunehmend die berufliche Verwirklichung der Ehefrau bei gleichzeitig stärkerer Einbindung des Ehemannes in die Erziehung und Betreuung der Kinder.

Insbesondere bei einer Abweichung von der Rollenverteilung in einer klassischen Einverdiener Ehe mit Kindern müssen sich Ehegatten mit der Frage auseinandersetzen, ob das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht ihrer Ehe und ihrem Eheverständnis noch gerecht wird. Als Alternative zu einer

mehr oder weniger unreflektierten Übernahme der gesetzlichen Regelungen bietet sich den Ehegatten die Möglichkeit, die Rahmenbedingungen ihrer verfassten Beziehung und vor allem die Rechtsfolgen bei deren Scheitern in einer Vereinbarung festzuschreiben. Das BGB hält zwar nur die Ehe von der Stange vor, ermöglicht aber auch die maßgeschneiderte Ehe.

1. Problemstellung

Mag die Eheschließung noch in hohem Maße von außerrechtlichen Erwägungen beherrscht werden, verschiebt sich die Gewichtung im Falle einer Ehescheidung zugunsten der Frage nach den Rechtsfolgen der gescheiterten Ehe.

Das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht hat die Aufgabe der Abwicklung, aber auch der Fortschreibung der ehelichen Beziehung. Denjenigen Ehegatten, die auch die rechtlichen Folgen ihrer Trennung selber regeln wollen, zeigt es sich dabei grundsätzlich offen für Konkretisierungen und Abänderungen.

Jedoch stellen sich bei ehevertraglichen Vereinbarungen – wie bei allen Verträgen – die Fragen nach den Grenzen des Zulässigen und der Reichweite der Freiheit. Nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001 und des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2004 müssen diese Fragen neu gestellt werden. Denn mit diesen Entscheidungen ist die bis dahin gefestigte Rechtsprechung grundlegend erschüttert worden.

Nunmehr verlangt das Bundesverfassungsgericht die Durchführung einer Inhaltskontrolle auch im Bereich ehevertraglicher Vereinbarungen. Dieser Aufforderung ist der Bundesgerichtshof nachgekommen und hat versucht, sie durch Aufstellen einer Kernbereichslehre zu konkretisieren.

Wahrscheinlich liegt es an der Nähe der Thematik zum Bereich partnerschaftlicher Beziehungen, dass auch die rechtliche Erörterung von einer gewissen emotionalen Aufladung geprägt ist. Dem kann sich auch diese Untersuchung nicht vollends entziehen. Dennoch konzentriert sie sich auf die rechtliche Handhabung von Ehevereinbarungen.

2. Gang der Untersuchung

Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist die Analyse der geänderten Rechtsprechung zur inhaltlichen Kontrolle von Ehevereinbarungen.

Am Anfang der Untersuchung steht eine Darstellung der wesentlichen gesetzlichen Regelungen, die den Rahmen für Ehevereinbarungen bilden (II). Dabei soll der Blick auch auf jene gesetzlichen Grenzen der Ehevertragsfreiheit gelenkt werden, denen im Rahmen der Inhaltskontrolle keine wesentliche Bedeutung zukommt.

Um die Bedeutung der Rechtsprechungsänderung erfassen zu können, wird danach die frühere Rechtsprechung und der sich an diese anschließende Diskussionsstand vorgestellt (IV). Nach der sich anschließenden Darstellung der grundlegenden Entscheidungen zur Änderung dieser Rechtsprechung (VI) soll sodann analysiert werden, wie diese in der Zivilrechtsprechung umgesetzt werden (VII-IX).

Abschließend befasst sich die Arbeit mit den verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Grundlagen der geänderten Rechtsprechung (X). Dabei wird auch das Verhältnis der Inhaltskontrolle im Ehevertragsrecht zum dogmatischen Gesamtsystem des BGB näher untersucht.

II. Überblick über die gesetzliche Systematik des Ehe- und Scheidungsfolgenrechts

1. Die gesetzliche Regelung der allgemeinen Ehwirkungen

Gem. § 1353 I 1 BGB wird die Ehe auf Lebenszeit geschlossen. Für ihre Beendigung enthält das BGB in den §§ 1564 ff. Sonderregelungen sowohl für die Voraussetzungen als auch für die Rechtsfolgen.¹ Seit dem 1. Eherechtsreformgesetz² und der damit einhergehenden Abschaffung der gesetzlich vorgegebenen Aufgabenteilung zwischen den Ehegatten im Sinne einer so genannten „Hausfrauenehe“ verzichtet das BGB auf ein bestimmtes Ehemodell. Die Ehegatten müssen die eheliche Rollenverteilung, insbesondere die Haushaltsführung, nunmehr in gegenseitigem Einvernehmen regeln (§ 1356 I BGB), wobei sie gem. § 1356 II 1 BGB beide zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Sie sind einander zur ehelichen Gemeinschaft verpflichtet und füreinander verantwortlich (§ 1353 I 2 BGB).

Das von § 1356 I BGB verlangte Einvernehmen ist kein klar konturierter Begriff. Über seine dogmatische Einordnung herrscht daher Uneinigkeit. Überwiegend wird das Einvernehmen der Ehegatten als vertragliche Vereinbarung, teilweise als Beschluss und von anderen Autoren als genuin familienrechtlicher, nicht rechtsgeschäftlicher Akt angesehen.³ Die Diskussion betrifft im Ergebnis die Fragen, ob die für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln und Schranken, insbesondere die §§ 104 ff. BGB auf das Einvernehmen uneingeschränkt anzuwenden sind und ob das Einvernehmen der Ehegatten eine uneingeschränkte oder nur eine eingeschränkte Bindungswirkung entfaltet.⁴ Bei allen dogmatischen Streitfragen ist eines

1 Die §§ 1564 ff. BGB regeln die Scheidung der Ehe, die als „Normalform“ der Ehebeendigung unter Lebenden angesehen werden kann. Daneben kommt eine Aufhebung der Ehe nach den §§ 1313-1318 BGB in Betracht, die für die Rechtsfolgen teilweise auf das Scheidungsfolgenrecht verweisen.

2 BGBl. I 1976, S. 1421.

3 Übersicht bei *Hepting*, Ehevereinbarungen, 67 ff.

4 Teilweise wird bei Änderungen in der Lebenssituation der Ehegatten ein einseitiges *ius variandi* jedes Ehegatten angenommen; andere nehmen demgegenüber eine gemeinsame Verpflichtung der Ehegatten an, den gefundenen Konsens anzupassen. Während einige Autoren nur objektive Veränderungen in der Lebenssituation der Ehegatten genügen

evident: Können sich die Ehegatten nicht über die Ausgestaltung ihrer Ehe einigen, führt dies bei Überschreiten einer gewissen Bagatellgrenze zum Scheitern der Ehe. Für diesen Fall stellt das BGB die Möglichkeit einer Scheidung zur Verfügung, welche nicht nur die Bindungswirkung faktisch begrenzt, sondern auch eine abweichende Rechtsfolge für Verletzungen des gefundenen Einvernehmens aufstellt.⁵

Eine allgemeine Wirkung der Ehe ist die Einräumung der so genannten „Schlüsselgewalt“ durch § 1357 BGB, die eine dem Schuldrecht in dieser Form unbekanntes Mitverpflichtung des rechtsgeschäftlich nicht handelnden Ehegatten bewirkt. Allein der Umstand der bestehenden Ehe führt bei einem bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften zu einer Mitberechtigung und Mitverpflichtung gegenüber dem Geschäftspartner des handelnden Ehegatten. Jeder Ehegatte kann die Rechtsmacht des anderen gem. § 1357 II BGB durch einseitige Erklärung beschränken oder ausschließen. Allerdings wirkt die Einschränkung gem. § 1357 II 2 i.V.m. § 1412 BGB gegenüber Dritten nur bei Eintragung in das Güterrechtsregister. Zudem hat das Vormundschaftsgericht auf Antrag des anderen Ehegatten den gesetzlichen Zustand wieder herzustellen, sofern kein ausreichender Grund für die Einschränkung besteht. Ausreichende Gründe sind nur vorhanden, wenn objektiv eine nicht pflichtgemäße Geschäftsbesorgung erwartet werden muss und dem anderen Ehegatten deswegen Vermögensnachteile drohen.⁶

lassen wollen, genügt anderen bereits eine Änderung in der Einstellung eines Partners.
Übersicht bei
Hepting, Ehevereinbarungen, 70 ff. Der Sache nach dürfte dem von § 1356 I 1 BGB angeordnetem Einvernehmen eine gegenüber sonstigen vertraglichen Vereinbarungen herabgesetzte Bindungswirkung für Vereinbarungen über die konkrete Ausgestaltung des ehelichen Lebens und der Haushaltsführung innewohnen. Insoweit besteht eine funktionelle Vergleichbarkeit mit dem heutigen § 313 BGB.

5 Diese Sonderregelungen mindern die Bedeutung des dogmatischen Streits über den rechtlichen Charakter des Einvernehmens. Die Rechtsfolgen für Vertragsverletzungen (z.B. Schadensersatzansprüche) werden durch sie in weitem Umfang verdrängt, so dass auch eine Qualifikation als Vertrag nicht zur Begründung derartiger Ansprüche führen kann.

6 Vgl. MüKo BGB/Wacke, § 1357, Rn. 42.

2. Die Normierung der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe

Das BGB kennt verschiedene Güterstände. Aus den unterschiedlichen Regelungen ergeben sich jeweils spezifische Rahmenbedingungen und Grenzen für vertragliche Dispositionen der Ehegatten.

2.1. Gesetzlicher Güterstand

Treffen die Ehegatten keine abweichende Vereinbarung, leben sie gem. § 1363 I BGB im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Diese ist ihrer Struktur nach eine Gütertrennung mit Ausgleich des angefallenen Zugewinns bei Beendigung.⁷

Während seines Bestehens sieht der gesetzliche Güterstand Beschränkungen der Privatautonomie der Ehegatten vor: Die Ehegatten können sich nur mit Zustimmung des jeweils anderen zur Verfügung über ihr Vermögen im Ganzen und ihnen gehörende Haushaltsgegenstände verpflichten. Bestehende Verpflichtungen können sie nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten erfüllen.⁸ Beschränkend wirkt auch die von § 1370 BGB angeordnete dingliche Surrogation beim Ersatz bereits vorhandener Haushaltsgegenstände.⁹

Mit Beendigung der Zugewinnngemeinschaft erhält derjenige Ehegatte, der während der Dauer derselben den geringeren Zugewinn erwirtschaftet hat, gem. § 1378 I BGB einen Ausgleichsanspruch gegen den anderen. § 1373 BGB definiert den Zugewinn als die Differenz zwischen End- und Anfangsvermögen.¹⁰ Die Höhe der Ausgleichsforderung beträgt die Hälfte des Überschusses des höheren Zugewinns gegenüber dem niedrigeren.

Die Ausgleichsforderung aus § 1378 BGB unterliegt nicht der uneingeschränkten Vertragsfreiheit der Ehegatten: § 1378 III 3 BGB verhindert Verpflichtungen zur Verfügung über die Ausgleichsforderung vor Beendigung des Güterstandes. Allerdings können die Ehegatten im Scheidungsver-

7 So auch die gesetzliche Zusammenfassung in § 1363 II BGB.

8 Einzelheiten siehe §§ 1365-1369 BGB.

9 Als Ersatz angeschaffte Haushaltsgegenstände fallen ohne Ansehen des rechtsgeschäftlichen Erwerbsvorganges und ohne Ersatzanspruch in das Eigentum desjenigen Ehegatten, der Eigentümer der ersetzten Gegenstände war.

10 Die Berechnung ergibt sich aus §§ 1374 ff. BGB.

fahren eine abweichende Regelung des Zugewinns vereinbaren (§ 1378 III 2 BGB). Eine solche Vereinbarung bedarf jedoch der notariellen Beurkundung. Nach Beendigung des Güterstandes können die Ehegatten uneingeschränkt über die Ausgleichsforderung verfügen.

Der Güterstand endet bei Tod eines Ehegatten, bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe sowie bei vorzeitigem Ausgleich des Zugewinns. Er kann zudem infolge rechtsgeschäftlicher Vereinbarung der Ehegatten beendet werden. Endet die Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten, enthält § 1371 BGB eine abweichende Sonderregelung zur Durchführung des Zugewinnausgleichs, die eine Pauschalisierung des Ausgleichs durch die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils vorsieht, dem überlebenden Ehegatten jedoch gem. Abs. 3 die Möglichkeit einräumt, den Zugewinnausgleich nach den allgemeinen Grundsätzen durchführen zu lassen.

2.2. Wahlgüterstände

§ 1408 I BGB bringt zum Ausdruck, was mangels abweichender gesetzlicher Anordnung ohnehin gilt: Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe können von den Ehegatten abweichend geregelt werden. Dabei unterliegen sie jedoch gem. § 1410 BGB einem Formzwang. Die Formfreiheit wird durch die strengste gesetzlich vorgesehene Form ersetzt: notarielle Beurkundung bei gleichzeitiger, wenn auch nicht notwendigerweise persönlicher Anwesenheit der Parteien.

Die Vertragsfreiheit der Ehegatten wird zudem durch § 1409 BGB begrenzt, der es den Ehegatten untersagt, das für ihre Ehe geltende Güterrecht durch Verweis auf nicht mehr geltende oder auf ausländische Regelungen zu regeln. Die Norm trifft jedoch eine rein formale Regelung, weil Vereinbarungen mit dem gleichen Regelungsinhalt wie außer Kraft getretene oder ausländische Normen zulässig sind.¹¹ Spezielle inhaltliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit sieht das BGB im Ehegüterrecht somit nicht vor.

11 MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 1.

Neben dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft regelt das BGB in den §§ 1415-1518 die Gütergemeinschaft. Die Ehegatten können sie durch Ehevertrag i.S.d. § 1408 I BGB für ihre Ehe wählen (§ 1415 BGB). Bei der Wahl unterliegen sie der oben dargestellten formalen Beschränkung des § 1410 BGB. Darüber hinaus sieht die Gütergemeinschaft eine Reihe von Beschränkungen vor, die von den Ehegatten, sofern sie nichts Abweichendes vereinbaren, mit gewählt werden. Sie folgen aus der besonderen Struktur der Gütergemeinschaft, die die Vermögen der Ehegatten grundsätzlich zu einem einzigen Vermögen, dem Gesamtgut, zusammenfasst.¹² Als Beispiel seien die Verfügungsbeschränkungen des § 1419 I BGB angeführt, die als Ausfluss der gesamthänderischen Bindung des Vermögens (vgl. § 1416 II BGB) Verfügungen des einzelnen Ehegatten über seinen Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen oder über einzelne, zum Gesamtgut gehörende Vermögensgegenstände ausschließen. § 1423 BGB verbietet als Parallele zu § 1365 BGB Verfügungen über das Gesamtgut im Ganzen.

Die Regelungen der Gütergemeinschaft sehen darüber hinaus keine spezifische Einschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit vor, es gilt vielmehr die grundsätzliche Modifikationsfreiheit, die durch § 1408 BGB bestätigt wird.

Als weiteren Güterstand kennt das BGB die Gütertrennung. Sie zeichnet sich durch das Fehlen güterrechtlicher Vorschriften aus. Entsprechend beschränkt sich die Normierung auf die Anordnung ihrer Geltung bei Ausschluss des gesetzlichen Güterstandes, des Zugewinn- oder Versorgungsausgleichs (§ 1414 BGB) oder der Durchführung vorzeitigen Zugewinnausgleichs (§ 1388 BGB). Die Ehegatten können durch abweichende Vereinbarungen den Eintritt der Gütertrennung verhindern.

12 Daneben kennt die Gütergemeinschaft Sondervermögensmassen: das für Rechnung des Gesamtguts verwaltete Sondergut jedes Ehegatten (§ 1417 BGB) sowie das für eigene Rechnung verwaltete Vorbehaltsgut jedes Ehegatten (§ 1418 BGB).

2.3. Güterstandsspezifische Grenzen der Vertragsfreiheit

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde darüber diskutiert, ob sich aus der güterrechtlichen Systematik spezielle Grenzen der Ehevertragsfreiheit ergeben. Verbreitet wurde angenommen, Güterrechtsvereinbarungen dürften nicht gegen das „Wesen“ des gewählten Güterstandes verstoßen bzw. diesen nicht „denaturieren“. Heute herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass sich Eheverträge auch insoweit in das allgemeine System des BGB einfügen und sich daher keine speziellen Grenzen aus dem Güterrecht ableiten lassen.¹³ Auch die Ehevertragsfreiheit berechtigt die Ehegatten jedoch nicht dazu, ohne gesetzliche Ermächtigung, d.h. ohne Rückgriff auf eine im BGB vorgesehene Gestaltungsform, Gesamthandsvermögen zu gründen, Universalsukzessionen anzuordnen oder einander in der Verwaltungs- oder Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen zu beschränken.¹⁴ Diese Institutionen, die Durchbrechungen der allgemeinen Vermögenskonzeption darstellen, stellt das BGB nur in Ausnahmefällen zur Verfügung. Dadurch stellt es zugleich „institutionelle“ Schranken für alle Verträge auf, die auch für Eheverträge gelten.

Noch nicht vollends geklärt ist die Frage nach der Möglichkeit, gleichzeitig verschiedene Güterstände zu vereinbaren. In Betracht kommt zum einen eine Kombination von Elementen, die nur in einem Güterstand vorgesehen sind,¹⁵ zum anderen die Vereinbarung verschiedener Güterstände für verschiedene Vermögensmassen. Ein Teil des Schrifttums hält solche „Mischgüterstände“ für unzulässig, weil sich die Güterstände stets auf das Gesamtvermögen der Ehegatten erstrecken.¹⁶

13 Soergel/Gaul, Vor § 1408, Rn. 12 ff.; MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 13; Bamberger/Roth/Mayer, § 1408, Rn. 11 f.; Staudinger/Thiele, Vorbemerkung zu §§ 1408 ff., Rn. 15 ff. Die Terminologie ist dabei jedoch nicht immer einheitlich. So schreibt Soergel/Gaul, Vor § 1408, Rn. 14, noch vom „Wesen“ des betreffenden Güterstandes“. Auch Bamberger/Roth/Mayer, § 1408, Rn. 11 f. tendiert noch zu dieser Formulierung.

14 Vgl. die in Fn. 13 genannten. Die Möglichkeit, Gesamthandsvermögen zu begründen, steht den Ehegatten jedoch zur Verfügung, wenn sie den Güterstand der Gütergemeinschaft wählen, den sie im Übrigen an ihre Bedürfnisse anpassen können. Die Unzulässigkeit von Verfügungsbeschränkungen ergibt sich aus § 137 BGB.

15 Z.B. die Bildung von Gesamthandsvermögen und die Durchführung des Zugewinnausgleichs.

16 MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 13 m.w.N.

Die einheitliche Geltung eines Güterstandes dürfte tatsächlich der gesetzlichen Konzeption entsprechen. Dennoch ergeben sich solange keine Anhaltspunkte für eine zwingende Festlegung der Ehegatten auf einen einheitlichen Güterstand, wie die gewünschten Abweichungen rechtlich konstruierbar sind.¹⁷ Dafür spricht auch, dass die Zugewinnngemeinschaft als Sonderform der Gütertrennung betrachtet werden kann und somit bereits die gesetzliche Konzeption „Vermischungen“ vorsieht. Zudem kennt die Gütergemeinschaft neben dem Gesamtgut die Vorbehalts- und die Sondergüter der Ehegatten und anerkennt damit das Bestehen verschiedener Vermögensmassen. Mischungen von Güterständen sollten daher solange für zulässig erachtet werden, wie sie nicht gegen die oben dargestellten institutionellen Grenzen verstoßen. Praktische Bedeutung scheint die Diskussion jedoch nicht zu haben.¹⁸

3. Die gesetzliche Regelung des Versorgungsausgleichs

Gesetzliche Regelfolge einer Scheidung ist gem. § 1587 BGB auch die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Dieser beruht auf dem Gedanken, den Vermögensausgleich, wie er beim gesetzlichen Güterstand durch den Zugewinnausgleich vorgesehen ist, auf die Altersvorsorge zu übertragen. Beide Ehegatten sollen letztlich gemeinschaftlich und gleichberechtigt von den während der Ehe erworbenen Anwartschaften auf Altersversorgung profitieren. Diesem Anliegen entsprechend ist die Abwicklung an diejenige des Zugewinnausgleichs angelehnt: Die von den Ehegatten erworbenen Versorgungsanwartschaften bleiben während der Ehezeit ausschließlich ihrem jeweiligen Inhaber zugeordnet. Bei Beendigung der Ehe wird gem. § 1587a I BGB der Wertunterschied der jeweils erworbenen Anwartschaften ermittelt und ausgeglichen. Im Falle von Versorgungsanwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder solchen nach beamtenrechtlichen Grundsätzen geschieht dies im Wege des so genannten „Splittings“ oder des „Quasi-Splittings“ durch Übertragung oder Begründung von Rentenanswartschaften in der gesetzlichen Rentenversi-

17 Ebenso Staudinger/*Thiele*, Vorbemerkung zu §§ 1408 ff., Rn. 22 ff., mit Beispielen.

18 Vgl. die einschränkenden Bemerkungen von MüKo BGB/*Kanzleiter*, § 1408, Rn. 13, und Bamberger/*Roth/Mayer*, § 1408, Rn. 11.

cherung (§ 1587b BGB). Die Durchführung der Versorgungsausgleichs bei sonstigen Versorgungsanwartschaften regelt das VAHRG. Gem. § 1 I, II VAHRG werden zugunsten des ausgleichsberechtigten Ehegatten beim jeweiligen Versicherungsträger im Wege der „Realteilung“ Versorgungsanwartschaften begründet. Ist dies nicht möglich, findet bei öffentlich-rechtlich organisierten Versicherungsträgern gem. § 1 I, III VAHRG ein Quasi-Splitting statt, das zur Begründung von Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung führt. In allen anderen Fällen wird gem. §§ 2 VAHRG, 1587f ff. BGB ein schuldrechtlicher Versorgungsausgleich durchgeführt. Bei diesem zahlt der ausgleichsverpflichtete geschiedene Ehegatte dem ausgleichsberechtigten eine Rente.

§ 1408 II 1 BGB bestätigt die Zulässigkeit von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich. Sie unterliegen, da sie nach der gesetzlichen Anordnung ebenfalls Eheverträge darstellen, der Formvorschrift des § 1410 BGB. § 1408 II 1 BGB erwähnt nur den Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Über den Wortlaut hinaus werden jedoch nach allgemeiner Ansicht auch Teilausschlüsse und sonstige Modifikationen für zulässig gehalten.¹⁹

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich stehen unter der besonderen Schranke des § 1408 II 2 BGB. Wird innerhalb eines Jahres nach Abschluss des Vertrages ein Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt, ist die Vereinbarung unwirksam. Dadurch soll dem benachteiligten Ehegatten ein zeitlich beschränkter Schutz vor Täuschungen über den Willen, die Ehe aufrecht zu halten, gewährleistet werden. Die Frist wird sehr formal gehandhabt.²⁰

Daneben dürfen Vereinbarungen der Ehegatten über den Versorgungsausgleich die Höhe der Versorgungsbezüge nicht zulasten der Versorgungsträger verändern. Bei der Durchführung nach der gesetzlichen Regelung und bei teilweisen oder vollständigen Ausschlüssen des Versorgungsausgleichs behilft sich das Gesetz mit einer Fiktion der Kostenneutralität.²¹

19 Vgl. nur MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 20 m.w.N.

20 MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 29.

21 Aufgrund unterschiedlicher Lebenserwartungen und Invaliditätsrisiken stellt an sich bereits jede Übertragung der Versorgungsanwartschaften auf eine andere Person eine Änderung des Leistungsrisikos des Versorgungsträgers dar, die sich auch zu seinen

Darüber hinaus dürfen vertragliche Modifikationen jedoch nicht dazu führen, dass bei einem Versorgungsträger höhere Anwartschaften begründet werden (Verbot des Super-Splittings).²²

Innerhalb des letzten Jahres vor der Scheidung und während der Anhängigkeit des Verfahrens über den Versorgungsausgleich eröffnet § 1587o BGB die Möglichkeit, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich zu treffen.²³ Solche Vereinbarungen bedürfen gem. § 1587o II 1 BGB der notariellen Beurkundung und gem. § 1587o II 3 BGB der familiengerichtlichen Genehmigung. Das Familiengericht genehmigt die Vereinbarung erst nach einer inhaltlichen Überprüfung gem. § 1587o II 4 BGB. Dabei wird die Eignung zur Sicherung des Berechtigten und die Angemessenheit des vorgesehenen Ausgleichs untersucht. Damit wird die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Ehegatten eingeschränkt. Allerdings verlangt § 1587o II 3 keine gleichberechtigte Aufteilung der Versorgungsanwartschaften und erhebt zudem die Offensichtlichkeit mangelnder Eignung oder fehlender Angemessenheit zur Richtschnur einer Versagung der Genehmigung.

Lasten auswirken kann. Das Gesetz betrachtet Übertragungen und Verzichte darauf jedoch als kostenneutrale Alternativen (Staudinger/*Rehme*, § 1408, Rn. 60 ff.).

22 Staudinger/*Rehme*, § 1408, Rn. 64 ff.

23 Umstritten ist, ob eine Vereinbarung auch nach § 1587o BGB getroffen werden kann, wenn der Scheidungsantrag nicht innerhalb des darauf folgenden Jahres anhängig wird. Dafür: MüKo BGB/*Kanzleiter*, § 1587o, Rn. 5; *Langenfeld*, DNotZ 1983, 139 (141 f.); ablehnend: *Bamberger/Roth/Bergmann*, § 1587o, Rn. 10; Staudinger/*Rheme*, § 1587o, Rn. 14. Eine Abgrenzung erfolgt sinnvoller Weise anhand der von § 1408 II 2 BGB aufgestellten Jahresfrist. Liegt zwischen der Vereinbarung und der Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens mehr als ein Jahr, ist eine gerichtliche Genehmigung daher nicht erforderlich. Jedoch steht es den Ehegatten frei, ihre Vereinbarung ausdrücklich § 1587o BGB zu unterwerfen. Dafür genügt freilich nicht die bloße Erkennbarkeit der Scheidungsabsicht bei Abschluss des Vertrages. Durch diese Möglichkeit wird das Gericht nicht zusätzlich belastet, da es den Ehegatten ohnehin freisteht, innerhalb der Jahresfrist oder während des Scheidungsverfahrens ihre bereits getroffene Vereinbarung entsprechend zu modifizieren oder durch eine Neuregelung zu ersetzen. In beiden Fällen wäre die gerichtliche Genehmigung nach § 1587o BGB einzuholen. Legen die Ehegatten auf eine gerichtliche Kontrolle Wert, wäre ein Verweis auf einen solchen Neuabschluss überflüssige Formalie. Ergeben sich aus dem zwischenzeitlichen Zeitablauf neue Gesichtspunkte, die bei der notariellen Beurkundung noch nicht vorlagen, hat das Gericht diese in seine Erwägungen aufzunehmen.

4. Überblick über das Unterhaltsrecht

Sowohl Eheschließung als auch Ehescheidung können zur Begründung von Unterhaltsansprüchen der Ehegatten untereinander führen. Während der Ehe sind die Ehegatten gem. § 1360 BGB verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Die Besonderheit dieses Unterhaltsanspruchs besteht darin, dass er nicht ausschließlich auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist, sondern auch durch Arbeit, insbesondere durch Haushaltsführung (§ 1360 S. 2 BGB) erfüllt werden kann. Zudem ist aufgrund der gegenseitigen Ausgestaltung als „Familienunterhalt“ keine Bedürftigkeit des Berechtigten erforderlich.²⁴

Mit Trennung der Ehegatten wandelt sich der Unterhaltsanspruch der Ehegatten gem. § 1361 BGB in einen Anspruch auf Zahlung einer monatlichen Geldrente. Die Höhe der jeweiligen Ansprüche ist grundsätzlich durch eine hälftige Aufteilung aller zur Verfügung stehenden Einkünfte zu ermitteln.²⁵ Anspruchsberechtigt ist jedoch nur der Ehegatte, der die niedrigeren Einkünfte erzielt und – gemessen an den ehelichen Lebensverhältnissen – bedürftig ist.²⁶

Nach einer Scheidung greift ein umfangreiches System nachehelicher Unterhaltsansprüche (§§ 1569 ff. BGB).²⁷ Dies ist eine Absicherung für den Fall, dass nicht beide Ehegatten in der Lage sind, ihren Unterhalt jeweils eigenständig zu gewährleisten. Der Unterhaltsbedarf beider Geschiedenen wird gem. § 1578 BGB an den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen. Können die Ehegatten diesen Bedarf nicht durch eigenes Einkommen decken, kann derjenige mit dem geringeren Einkommen unterhaltsberechtigter sein. Alle nachehelichen Unterhaltsansprüche setzen dabei voraus,

24 MüKo BGB/Wacke, § 1360, Rn. 6; BGH, FamRZ 1966, 138 (139). Die Bezeichnung „Familienunterhalt“ ist insoweit irreführend, als die Familie mangels Rechtspersönlichkeit nicht als Unterhaltsgläubiger in Betracht kommt (MüKo BGB/Wacke, § 1360, Rn. 3).

25 MüKo BGB/Wacke, § 1360, Rn. 22.

26 Dieses Tatbestandsmerkmal wird vom BGB nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch als allgemeine Voraussetzung für (Bar-) Unterhalt hineingelesen (Bamberger/Roth/Beutler, § 1361, Rn. 8; MüKo BGB/Wacke, § 1361, Rn. 7). §§ 1577, 1581 BGB sind entsprechend anzuwenden.

27 Der Unterhalt ist gem. § 1585 BGB durch Zahlung einer monatlichen Geldrente zu gewähren.

dass ein geschiedener Ehegatte bedürftig und der andere leistungsfähig ist (§§ 1577, 1581 BGB).

Das BGB knüpft die Unterhaltsberechtigung darüber hinaus an das Vorliegen bestimmter Konstellationen. So gewährt § 1570 BGB einen Unterhaltsanspruch bei Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes. Gem. § 1571 BGB kann ein Unterhaltsanspruch entstehen, wenn einem geschiedenen Ehegatten aufgrund seines Alters keine Erwerbstätigkeit mehr zugemutet werden kann. Stehen einer Erwerbstätigkeit Krankheiten, Gebrechen oder Schwächen körperlicher oder geistiger Natur entgegen, kann dies gem. § 1572 BGB zu einem nahehelichen Unterhaltsanspruch führen. Findet der geschiedene Ehegatte keine Erwerbstätigkeit, die unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, seinen Fähigkeiten, dem Lebensalter und Gesundheitszustand sowie den ehelichen Lebensverhältnissen nach § 1574 BGB als angemessenen anzusehen ist, kann er gem. § 1573 I, IV BGB von seinem ehemaligen Ehepartner Unterhalt verlangen. Geht er einer angemessenen Erwerbstätigkeit nach, kann daraus aber nicht seinen vollen Lebensunterhalt verlangen, kommt die Gewährung von Aufstockungsunterhalt nach § 1573 II BGB in Betracht. Die Fortsetzung einer Ausbildung oder die Durchführung einer Umschulung oder Fortbildung kann gem. § 1575 BGB zu einer Unterhaltspflicht des anderen Ehepartners führen. Schließlich enthält § 1576 BGB eine Ermessensnorm, nach der aus sonstigen schwerwiegenden Gründen Unterhalt zugebilligt werden kann.

Bis auf die Ansprüche aus §§ 1570, 1576 BGB enthalten die Unterhaltsansprüche neben den situativen Voraussetzungen zeitliche Bindungen, so genannte „Einsatzzeitpunkte“. Der jeweilige Unterhaltsanspruch entsteht nur, wenn die geforderte Situation unmittelbar nach der Scheidung oder bei Wegfall von Voraussetzungen anderer, jeweils angeführter Unterhaltstatbestände besteht.

Die nahehelichen Unterhaltsansprüche können in Ausnahmefällen gem. §§ 1578 I 2, 1579 BGB zeitlich begrenzt, herabgesetzt oder ausgeschlossen werden. Die Anforderungen dafür sind allerdings hoch und setzen u.a. grobe Unbilligkeit der Inanspruchnahme des Verpflichteten voraus.

Solange die Ehe Bestand hat, besteht für die Ehegatten keine Dispositionsfreiheit über die Unterhaltsansprüche: gem. § 1360a III BGB i.V.m. § 1614 I BGB sowie § 1361 IV 4 BGB i.V.m. § 1360a III BGB i.V.m. § 1614 I BGB können sie weder auf zukünftigen ehelichen Unterhalt noch auf zukünftigen Getrenntlebensunterhalt verzichten. Eine geradezu entgegengesetzte Regelung trifft § 1585c BGB für den nahehelichen Unterhalt, indem er Vereinbarungen über die Unterhaltspflicht nach der Scheidung ohne jede Beschränkung und Formvorschrift für zulässig erklärt. Die Ehegatten sind daher frei darin, ohne zeitliche und formelle Beschränkung über die naheheliche Unterhaltspflicht zu disponieren. Vereinbarungen können insbesondere auch konkludent und schon vor einer Scheidung, sogar bereits vor der Eheschließung getroffen werden. Zur Beweiserleichterung dürften in der Praxis jedoch schriftliche Vereinbarungen überwiegen. Häufig erfolgen Vereinbarungen über den nahehelichen Unterhalt gemeinsam mit güterrechtlichen Regelungen oder Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich und werden in einem einheitlichen Vertrag abgeschlossen, der wegen seiner formbedürftigen Bestandteile vollumfänglich notariell beurkundet werden muss.

5. Allgemeine Rechtsinstitute im Recht der Ehevereinbarungen

Wollen die Ehegatten die vermögensrechtlichen Folgen ihrer Ehe und insbesondere einer für möglich gehaltenen oder geplanten Scheidung nach ihren eigenen Vorstellungen gestalten, muss das Hauptaugenmerk auf die dargestellten Bereiche Güterrecht, Versorgungsausgleich und Unterhaltsrecht gerichtet werden. In diesen Bereichen knüpft das BGB an die Sonderverbindung Ehe und an deren Beendigung Sonderregelungen, die bei einer sachgerechten Regelung vorrangig beachtet werden müssen.

Daneben ist allerdings zu berücksichtigen, dass die gesetzlichen Sonderregelungen weder die Vermögensauseinandersetzung nach einer Scheidung noch die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten abschließend regeln.²⁸ Den Ehegatten stehen nicht nur die speziellen familienrechtlichen

²⁸ Soergel/Gaul, Vor § 1408, Rn. 25; MüKo BGB/Koch, §§ 1363-1407, Rn. 17; § 1363,

Verträge (Ehevertrag, Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt, Scheidungsfolgenvereinbarungen über den Versorgungsausgleich), sondern auch die allgemeinen zivilrechtlichen Institute zur Verfügung.²⁹ Es steht ihnen daher – unter Beachtung der sich aus den familienrechtlichen Beziehungen ergebenden Besonderheiten³⁰ – frei, vermögensrechtlich relevante vertragliche Beziehungen miteinander einzugehen. Denkbar ist z.B. der Abschluss von Darlehens- oder Mietverträgen. Insbesondere bei Mitarbeit eines Ehegatten im Erwerbsgeschäft des anderen kommt der Abschluss von Arbeitsverträgen in Betracht. Im alltäglichen Familienleben kann an eine Auftrags- oder Vollmachtserteilung zu denken sein.³¹ Häufig werden auch erbrechtliche Regelungen unter Ehegatten vereinbart, die jedoch zu Lebzeiten der Ehegatten keine vermögensrechtliche Konsequenzen haben.³² Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Ehegatten durch gemeinsames Handeln im Geschäftsverkehr oder als Folge des § 1357 BGB Gesamtschuldner und Gesamtgläubiger werden können.³³

Rn. 12; Staudinger/*Thiele*, § 1363, Rn. 14; *ders.*, § 1414, Rn. 19 ff.

29 Soergel/*Gaul*, Vor § 1408, Rn. 15; MüKo BGB/*Kanzleiter*, §§ 1408-1518, Rn. 1, 8 ff.; Staudinger/*Thiele*, § 1363, Rn. 13; *ders.*, § 1408, Rn. 21.

30 Gilt für die Ehe der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, können die Ehegatten z.B. gem. § 1378 III 2, 3 BGB außer während eines Verfahrens über die Auflösung der Ehe nicht über den (künftigen) Anspruch auf Zugewinnausgleich verfügen. Leben die Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft, müssen z.B. die sich aus der gesamthänderischen Bindung des Vermögens ergebenden Beschränkungen der §§ 1419, 1422 ff. beachtet werden.

31 Es bedarf jedoch sorgfältiger Abgrenzung zum Vorliegen bloßer Gefälligkeiten ohne rechtliche Bindung. Ein Auftragsverhältnis setzt voraus, dass der Beauftragende die Erklärung des Beauftragten als Versprechen verstehen durfte, für die Erfüllung der zugesagten Leistung und die Folgen einer fehlerhaften Erfüllung eintreten zu wollen (MüKo BGB/*Seiler*, § 662, Rn. 60). Es ist davon auszugehen, dass unter Ehegatten die meisten Leistungen nur als Gefälligkeit, nicht jedoch im Wege eines Auftragsverhältnisses zugesagt werden. Ausgeschlossen ist die Vereinbarung eines Auftrags jedoch nicht, vgl. OLG Hamm, FamRZ 2003, 97 (Bestellung von Sicherheiten); LG Köln, NJW 1999, 298 (Vermögensverwaltung); NJW 1977, 1969 (Versicherung eines Kraftfahrzeugs).

32 Weder gemeinschaftliche Testamente noch Erbverträge vermögen das Verfügungsrecht des Erblassers zu Lebzeiten zu beschränken, vgl. § 2286. Die Bedeutung erbrechtlicher Regelungen in der Vermögensauseinandersetzung bei Scheidung wird zudem durch die regelmäßig eintretende Nichtigkeit von Erbeinsetzungen, gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen gem. § 2077 BGB (ggf. i.V.m. § 2268 BGB und ggf. § 2279 BGB) geschmälert.

33 MüKo BGB/*Wacke*, § 1357, Rn. 33, 36.

Dementsprechend gelangen bei einer Vermögensauseinandersetzung zwischen geschiedenen Ehegatten nicht nur familienrechtliche Institute zur Anwendung, sondern auch solche des sonstigen Zivilrechts. Von herausragender Bedeutung sind dabei gesellschaftsrechtliche Abwicklungsregelungen und Ansprüche in Folge von Störungen der Geschäftsgrundlage von zwischen den Ehegatten geschlossenen Verträgen.

Gesellschaftsrechtliche Abwicklungsregeln gelangen zur Anwendung, wenn die Ehegatten eine Gesellschaft gegründet haben, die in Folge der Trennung oder Scheidung aufgelöst wurde. Die Feststellung einer Gesellschaftsgründung bereitet dann keine Probleme, wenn sie ausdrücklich und unter Formulierung eines (schriftlichen) Gesellschaftsvertrages erfolgte. Da die Einhaltung einer Form jedoch kein Wirksamkeitserfordernis einer Gesellschaftsgründung i.S.d. § 705 BGB ist, kann eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten gegründet werden.³⁴ An dieser rechtlichen Möglichkeit knüpft die Figur der „Ehegatteninnengesellschaft“ an, die von der Rechtsprechung als Ausgleichsmodell für eine ungenügende vermögensrechtliche Auseinandersetzung durch güterrechtliche Instrumente entwickelt wurde. Die Ehegatten gründen demnach eine auf das Innenverhältnis beschränkte Gesellschaft, wenn sie einen gemeinsamen Zweck verfolgen, der über die bloße Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht und dabei eine gleichberechtigte Beteiligung an der Zweckverfolgung und am wirtschaftlichen Ertrag anstreben.³⁵ Gesellschaftsrechtliche Abwicklungsregelungen können auch neben güterrechtlichen Ausgleichsregelungen zur Anwendung gelangen.³⁶ Das Schrifttum sieht in der Figur der Ehegatteninnengesell-

34 MüKo BGB/*Ulmer*, § 705, Rn. 32. Gleiches gilt für die Gründung einer OHG oder KG, die sich gem. §§ 105, 161 HGB durch den Betrieb eines Handelsgewerbes von der GbR unterscheiden. Sie bedürfen jedoch gem. §§ 106, 162 HGB der Anmeldung zum Handelsregister, wodurch die Feststellung der erfolgten Gesellschaftsgründung weniger Beweisschwierigkeiten unterliegt.

35 BGH, NJW 1999, 2962 (2964, 2966), m.w.N.

36 BGH, NJW 2006, 1268 (1269); NJW 2003, 2982 (2983). Anders noch BGH, NJW 1999, 2962 (2963): Eine Anwendung von Ausgleichsregelungen nicht familienrechtlicher Art setzt voraus, dass der Ausgleich nach güterrechtlichen Regelungen zu unbilligen Ergebnissen führt.

schaft eine richterrechtliche Ergänzung des Scheidungsfolgenrechts aus Billigkeitsgründen und kritisiert die dogmatische Konstruktion.³⁷

Bei Auflösung einer Ehegatteninnengesellschaft entstehen Abfindungsansprüche nach § 738 I 2 BGB. Der an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Vermögenswerten dinglich nicht berechtigte Ehegatte kann von dem anderen die Zahlung eines sich in der Höhe nach der Beteiligungsquote³⁸ richtenden Geldbetrages verlangen. Die Ehegatteninnengesellschaft wurde vor allem in Fällen herangezogen, in denen ein Ehegatte im Erwerbsgeschäft des anderen mitgearbeitet hatte.³⁹

Ansprüche in Folge einer Geschäftsgrundlagenstörung kommen insbesondere dann zum Tragen, wenn ein Ehegatte dem anderen eine Zuwendung gemacht hat, die „um der Ehe willen“ erfolgte, d.h. als Beitrag zur Verwirklichung, Erhaltung, Sicherung oder Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, und der Zuwendende dabei die Erwartung hegte, die eheliche Gemeinschaft werde Bestand haben, so dass er weiterhin am Wert und den Früchten des zugewandten Vermögensgegenstandes beteiligt sein werde.⁴⁰ Solchermaßen unter Ehegatten erfolgte Zuwendungen bezeichnet die Rechtsprechung als „unbenannte“⁴¹, „ehebedingte“⁴² oder „ehebezogene“⁴³ Zuwendungen.⁴⁴ Trotz objektiver Unentgeltlichkeit sollen sie sich

37 Die Kritik bezieht sich nur auf die dogmatische Herleitung, die in den Augen des Schrifttums die rechtstechnisch zugrunde liegende Analogie nicht deutlich macht und die Grenze zur Fiktion bisweilen überschreitet. Siehe nur MüKo BGB/*Ulmer*, vor § 705, Rn. 76, m.w.N.

38 Die Höhe der Gewinnbeteiligung richtet sich nach den durch Auslegung zu ermittelnden Vereinbarungen der Ehegatten. Können keine abweichenden Vereinbarungen festgestellt werden, werden gem. § 722 I BGB beide Ehegatten gleichmäßig am Gewinn beteiligt. Vgl. auch BGH, NJW 1999, 2962 (2967).

39 BGH, NJW 1995, 3383; NJW 1974, 2278; NJW 1960, 428; NJW 1953, 418.

40 BGH, NJW 1999, 2962 (2965), m.w.N.

41 Z.B. BGH, NJW 1992, 564.

42 Z.B. BGH, NJW 1997, 2747.

43 Z.B. BGH, NJW 1999, 2962.

44 Zunächst wurde der Begriff „unbenannte Zuwendung“ verwendet, der verdeutlichen sollte, dass der Rechtsgrund der Zuwendung nicht ausdrücklich vereinbart wird. Er geht zurück auf *Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970, S. 121 ff. Aufgrund seiner geringen Aussagekraft wurde er später ersetzt durch den Begriff „ehebedingte Zuwendung“, der sich in der Folgezeit durchsetzte. Einige Autoren halten den Begriff jedoch für missverständlich, weil sie darin eine tatsächlich nicht vorhandene Anlehnung

von Schenkungen dadurch unterscheiden, dass die Zuwendung subjektiv nicht unentgeltlich erfolgt. Die Ehegatten einigen sich nach Ansicht der Rechtsprechung aufgrund der mit der Zuwendung verbundenen Erwartung nicht über die von § 516 BGB geforderte Unentgeltlichkeit. Indem der Bezug der Zuwendung zur ehelichen Lebensgemeinschaft betont wird, soll auch der unter juristischen Laien vielfach herrschenden Vorstellung Rechnung getragen werden, dass Ehegatten auch im gesetzlichen Güterstand gemeinschaftliches Vermögen bilden.⁴⁵ Des Weiteren soll auf diesem Wege die Unanwendbarkeit der schenkungsrechtlichen Rückforderungsmöglichkeiten, insb. des § 530 BGB wegen groben Undanks des Beschenkten, sichergestellt werden.⁴⁶ Stattdessen kommen je nach konkreter Ausgestaltung des Einzelfalls bei Scheitern der Ehe Ausgleichsansprüche in Betracht, wenn die Beibehaltung der durch die Zuwendung herbeigeführten Vermögenslage dem Zuwendenden nicht zumutbar ist.⁴⁷ Dabei kommt dem güterrechtlichen Ausgleich Vorrang zu.⁴⁸ Die Konstruktion ehebezogener Zuwendungen durch die Rechtsprechung wird von der Literatur für dogmatisch unhaltbar und für zur Erzielung der gewünschten Ergebnisse unnötig gehalten.⁴⁹

an den Begriff der Bedingung i.S.d. § 158 BGB erblicken (MüKo BGB/Kollhosser, § 516, Rn. 64, mwN). Stattdessen bevorzugen sie die Bezeichnung „ehebezogene Zuwendung“, den die Rechtsprechung teilweise aufgegriffen hat.

45 So MüKo BGB/Kollhosser, § 516, Rn. 65. Die Zuwendung erfolge häufig in der Absicht, den Ehegatten auf die vermeintlich gebotene Weise am gemeinschaftlichen Vermögen zu beteiligen. Den Beitragscharakter der Zuwendungen hebt auch *Waas*, FamRZ 2000, 453 (458 f.), hervor. Vgl. dazu auch BGHZ 127, 48 (52); 84, 361 (366). Dagegen *Koch*, Brennpunkte FamRZ 2001, 1 (7 f.).

46 *Koch*, Brennpunkte FamRZ 2001, 1 (2 ff.).

47 BGH, NJW 1999, 2962 (2965).

48 BGH, NJW 2006, 1268 (1269); NJW 2003, 2982 (2983); NJW 1999, 2962 (2963).

49 *Koch*, Brennpunkte FamRZ 2001, 1, und MüKo BGB/Koch, §§ 1363-1407, Rn. 17, wendet sich gegen eine Einordnung als eigenständige Rechtsfigur, da die gewünschten Ergebnisse auch durch bloße Anwendung des Schenkungs- und Scheidungsfolgenrechts zu erzielen seien und das Erfordernis einer über die objektive Unentgeltlichkeit hinausgehenden Einigung dem Schenkungsrecht fremd sei, das auch Zweck- und remuneratorische Schenkungen anerkenne. Gegen die Verknüpfung der Einigung über die Unentgeltlichkeit mit der Ehebezogenheit als Geschäftsgrundlage und gegen eine unterschiedliche Behandlung von ehebezogenen Zuwendungen und Schenkungen spricht sich MüKo BGB/Kollhosser, § 516, Rn. 73 ff., aus. *Waas*, FamRZ 2000, 453, sieht die Begründung des BGH ebenfalls nicht als tragend an. Er will ehebezogene Zuwendungen dennoch von Schenkungen unterscheiden, da sie als Beitrag zur ehelichen Lebensgemeinschaft zu ver-

Schenkungen i.S.d. § 516 BGB sind unter Ehegatten aber dann anzunehmen, wenn sich die Ehegatten ausnahmsweise über eine unentgeltliche Zuwendung ohne Bezug zur ehelichen Lebensgemeinschaft geeinigt haben.⁵⁰

Festzuhalten bleibt somit, dass die Ehegatten im allgemeinen Schuldrecht nicht gehindert sind, miteinander alle Vereinbarungen abzuschließen, die auch Dritten offenstehen. In Zweifelsfällen, insbesondere bei Schenkungen, sind sie jedoch gehalten, den Vertragscharakter ausdrücklich zu bestimmen, wollen sie nicht Gefahr laufen, dass bei einer Scheidung ein abweichender Vertragstyp angenommen wird.

stehen seien und als solche mit den Beiträgen des anderen Ehegatten verknüpft seien (aaO., S. 458 ff.).

50 BGH, NJW 1983, 1611. Weitere Nachweise bei MüKo BGB/Kollhossler, § 516, Rn. 66.

III. Grundlegende Begrifflichkeiten

Vorab sollen die Begriffe des Ehevertrages, der Ehevereinbarung und des Globalverzichtes, die in der sich anschließenden Untersuchung von zentraler Bedeutung sein werden, näher definiert werden.

1. Begriff des Ehevertrages

Das BGB enthält in § 1408 eine Legaldefinition des Ehevertrages: „Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regeln“. Der Begriff „güterrechtliche Verhältnisse“ verweist auf die amtliche Überschrift des 6. Titels (§§ 1363-1563 BGB) des 5. Buchs des BGB „eheliches Güterrecht“.

Damit folgt schon aus der gesetzlichen Systematik eine Abgrenzung zu den im 5. Titel (§§ 1353-1390 BGB) geregelten „allgemeinen Ehwirkungen“, die somit nicht unter die güterrechtlichen Verhältnisse fallen. Folglich sind z.B. Vereinbarungen über die so genannte Schlüsselgewalt des § 1357 BGB außerhalb eines Ehevertrages möglich.

Güterrechtlich sind hingegen Vereinbarungen, mit denen die Ehegatten den gesetzlichen oder einen zuvor gewählten Güterstand abwählen und ggf. einen anderen vereinbaren (sog. genereller Ehevertrag). Auch eine Modifikation des Güterstandes in einzelnen Punkten (sog. spezieller Ehevertrag) ist zulässig und als Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse i.S.d. § 1408 I BGB anzusehen.⁵¹ Solche Regelungen sind u.U. von nicht güterrechtlichen Vereinbarungen abzugrenzen. Nach h.M. sind Vereinbarungen güterrechtlich, die den Bestand der Ehe zwingend voraussetzen und die güterrechtliche Beziehung der Ehegatten berühren. Nicht güterrechtlich sind hingegen Vereinbarungen, die auch von Dritten abgeschlossen werden könnten. Ferner sind Vereinbarungen über Rechte, deren Bestand von der Fortdauer des Güterstandes unabhängig ist, nicht den güterrechtlichen Verhältnissen zuzuordnen.⁵² Darunter fallen auch Rechte und Ansprüche,

51 Soergel/Gaul, § 1408, Rn. 8; Bamberger/Roth/Mayer, § 1408, Rn. 3; Staudinger/Thiele, § 1408, Rn. 10.

52 Soergel/Gaul, § 1408, Rn. 7; Bamberger/Roth/Mayer, § 1408, Rn. 8. Leicht abweichende Definition: MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 6. In der Sache genauso, wenngleich die

die erst mit Ende eines Güterstandes entstehen, da sich die Ehegatten hier nur noch als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen.

Ein Vertrag muss folglich zumindest in Bezug auf einen einzelnen Vermögensgegenstand die sich aus dem Güterstand, wie er in §§ 1363-1563 BGB normiert ist, ergebenden Rechtswirkungen verändern, um Ehevertrag i.S.d. § 1408 I BGB zu sein. Entsprechend fallen auch Auseinandersetzungsvereinbarungen, die nur den Ablauf der Auseinandersetzung, gewissermaßen die „technische“ Seite betreffen, nicht unter den Begriff des Ehevertrages.⁵³

Die Bezeichnung als *Ehevertrag* lässt keine Rückschlüsse auf den Zeitpunkt der Vereinbarung zu. Wie sich aus der Wendung des § 1408 I HS 2 BGB „auch nach Eingehung der Ehe“ ergibt, kann ein Ehevertrag nicht nur zu einem beliebigen Zeitpunkt während der Ehe, sondern bereits vor einer Eheschließung geschlossen werden. Selbst eine Verlobung i.S.d. §§ 1297 ff. BGB ist nicht erforderlich. Allerdings sind sämtliche Rechtswirkungen bedingt durch eine Eheschließung. Nach der Beendigung der Ehe kommt die Vereinbarung güterrechtlicher Regelungen nicht mehr in Betracht.

Auf den gesetzlichen Ehevertragsbegriff greift § 1408 II BGB zurück: Regelungen über den Versorgungsausgleich sind „durch Ehevertrag“ zu vereinbaren, obgleich der Versorgungsausgleich nicht zum ehelichen Güterrecht zu rechnen ist. Durch diese Bestimmung stellt der Gesetzgeber die Geltung der §§ 1410, 1411 BGB für Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich sicher. Treffen die Parteien nur eine Regelung über den Versorgungsausgleich, wird die gesetzliche Definition des § 1408 I BGB zwar nicht erfüllt.⁵⁴ Auch für eine solche Vereinbarung gelten jedoch §§ 1410, 1411 BGB.

2. Begriff der Ehevereinbarung

Die Dispositionsfreiheit der Ehegatten umfasst – wie bereits dargestellt – nicht nur den Bereich des ehelichen Güterrechts, sondern darüber hinaus

Formulierungen der h.M. kritisierend: Staudinger/*Thiele*, § 1408, Rn. 5 ff.

53 Staudinger/*Thiele*, § 1408, Rn. 8.

54 Soergel/*Gaul*, § 1408, Rn. 26. Eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich kann abgeschlossen werden, ohne dass gleichzeitig eine güterrechtliche Vereinbarung i.S.d. § 1408 I BGB getroffen wird.

auch die Bereiche des Versorgungsausgleichs und des nachehelichen Unterhalts. Zwar sind die verschiedenen Bereiche formal voneinander unabhängig, auch betreffen Versorgungsausgleich und nachehelicher Unterhalt ausschließlich Scheidungsfolgen, während güterrechtliche Regelungen bereits während der Ehe von Bedeutung sein können; jedoch ist es i.d.R. sinnvoll, bei einer Modifikation der gesetzlichen Regelungen eines dieser Bereiche zu überprüfen, ob daraus nicht die Notwendigkeit oder Zweckdienlichkeit einer Modifikation auch der anderen Bereiche folgt, sei es im Sinne einer einheitlichen Linie oder sei es als Kompensation von Benachteiligungen eines Ehegatten. Daher nimmt die notarielle Praxis regelmäßig alle drei Bereiche in den Blick und beurkundet eine sie alle umfassende Vereinbarung. Teilweise werden Vereinbarungen über die allgemeinen Ehwirkungen ergänzend in das Vertragswerk aufgenommen.⁵⁵

Ein solches Vertragswerk, das vielfältige Regelungen im Bezug auf die Ehe und eine für denkbar gehaltene Scheidung trifft und nicht mehr unter die gesetzliche Definition des Ehevertrages zu fassen ist, wird als Ehevereinbarung bezeichnet. Für die notarielle Praxis prägte *Langenfeld* den inhaltlich gleichbedeutenden typologischen Begriff des erweiterten Ehevertrages.⁵⁶

Der Begriff der Ehevereinbarung wird teilweise nicht als Erweiterung des gesetzlichen Ehevertragsbegriffs, sondern als Abgrenzung zu Vereinbarungen zur Regelung einer unmittelbar bevorstehenden oder von den Parteien beabsichtigten Scheidung, einer so genannten Scheidungs- oder Scheidungsfolgenvereinbarung, gesehen.⁵⁷ Der Gegensatz der Regelungsanlässe wird teilweise auch durch die Unterscheidung zwischen vorsorgenden und trennungs- bzw. scheidungsbezogenen Ehevereinbarungen deutlich gemacht. Vorsorgende Ehevereinbarungen sind demnach die Ehevereinbarungen im engeren Sinne des Begriffs, bei denen die Eheleute keine konkrete Scheidungsabsicht haben, aber trotzdem Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich oder den nachehelichen Unterhalt oder für die Vermögensauseinandersetzung bei Beendigung des Güterstandes rele-

55 *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 6.

56 *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 5.

57 So z.B. *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 5.

vante Vereinbarungen treffen, die jeweils erst im Falle einer für möglich gehaltenen Scheidung Bedeutung erlangen. Scheidungsbezogene Ehevereinbarungen sind dagegen solche Vereinbarungen, die im Hinblick auf eine beabsichtigte Scheidung Modifikationen des gesetzlichen Güter- und / oder Scheidungsfolgenrechts treffen. Von trennungsbezogenen Ehevereinbarungen spricht man, wenn die Ehegatten zwar eine Trennung beabsichtigen und aus ihrem Anlass eine Vereinbarung über ihre güterrechtlichen oder unterhaltsrechtlichen Beziehungen oder den Versorgungsausgleich treffen, jedoch noch keine konkretisierte Scheidungsabsicht haben.

Enthalten vorsorgende, trennungs- oder scheidungsbezogene Ehevereinbarungen nur güterrechtliche Regelungen, fallen sie unter den gesetzlichen Ehevertragsbegriff.

Die Unterschiede in den Bezeichnungen sind in erster Linie typologischer Natur und verdeutlichen den Anlass des Vertragsschlusses. Aus ihnen lassen sich keine Rückschlüsse auf den Inhalt oder den Umfang der Vereinbarung ziehen. Auch lassen sie keine generellen Aussagen über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu. (Vorsorgende) Ehevereinbarungen können bereits vor der Eheschließung oder erst nach vielen Ehejahren geschlossen werden. Umgekehrt können Scheidungsfolgenvereinbarungen schon nach einer nur kurzen Ehedauer⁵⁸ oder ebenfalls erst nach vielen Ehejahren abgeschlossen werden.

Die Zusammenfassung von scheidungsbezogenen und vorsorglich getroffenen Vereinbarungen unter einer gemeinsamen Bezeichnung als Ehevereinbarung scheint wenig sinnvoll, trennen beide Situationen doch zahlreiche rechtliche Erwägungen und tatsächliche Gegebenheiten. Daher sollen im

58 Scheidungen nach nur einem oder nach wenigen Ehejahren sind durchaus nicht selten. Die höchste Scheidungsrate weisen Ehen im 5. Ehejahr auf (6,52 % aller Scheidungen, Scheidungsquote: 3,15 %). Ehen im 3. Ehejahr haben bereits einen Anteil i.H.v. 4,6 % an allen Scheidungen (Scheidungsquote: 2,18 %). Im 4. Ehejahr erfolgen 5,46 % aller Scheidungen (Scheidungsquote: 2,67 %). Nach einem Ehejahr oder im Jahr der Eheschließung werden 0,69 % aller Scheidungen durchgeführt (Scheidungsquote: 0,36 %). Alle Angaben aus: Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2004, Tabelle 2.34, Seite 57. Datenmaterial bezogen auf 2002. Im – eher theoretischen – Extremfall können Scheidungsvereinbarungen bereits am Tag der Eheschließung vereinbart werden.

Rahmen dieser Untersuchung unter Ehevereinbarungen nur solche Vereinbarungen verstanden werden, bei denen die Ehegatten keine konkrete Scheidungsabsicht offengelegt haben, sondern die Ausgestaltung der Ehe im Vordergrund stand und die Scheidungsfolgen allenfalls vorsorglich mit geregelt wurden. Scheidungsbezogene Vereinbarungen sollen hingegen als Scheidungsvereinbarungen bezeichnet werden, wengleich Regelungsgegenstand nur die Folgen einer beabsichtigten Scheidung sind und nicht die Scheidung selbst, so dass die Bezeichnung als Scheidungsfolgenvereinbarung präziser ist. Der Begriff „Scheidungsvereinbarung“ korreliert jedoch besser zu dem der „Ehevereinbarung“, bei der sich der Inhalt ebenfalls nicht auf die Eheschließung, sondern nur auf die güterrechtlichen Folgen derselben und ggf. zusätzlich auf Folgen einer etwaigen Scheidung bezieht.

3. Begriff des Globalverzichts

Der Begriff „Globalverzicht“, häufig auch „Totalverzicht“ genannt, trifft eine inhaltliche Aussage über eine Ehe- oder Scheidungsvereinbarung. Ein Globalverzicht bezeichnet die Vereinbarung eines umfassenden Verzichts auf nachehelichen Unterhalt, die Durchführung des Versorgungsausgleichs und die Durchführung des Zugewinnausgleichs. Die beiden letztgenannten Vereinbarungsinhalte führen gem. § 1414 BGB vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen zum Eintritt der Gütertrennung. Entsprechend des genauen Vertragsinhalts kann man zwischen einseitigen und gegenseitigen Globalverzichten unterscheiden.

IV. Die ursprüngliche Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Schranken durch die Rechtsprechung

Neben den speziellen tatbestandsspezifischen Begrenzungen der Vertragsfreiheit im Eherecht, die in Kapitel II⁵⁹ dargestellt wurden, gelten auch für Ehevereinbarungen die allgemeinen Schranken des Zivilrechts. Von besonderer Relevanz sind die §§ 138 I, 242 BGB, mit denen sich die Rechtsprechung ausführlich auseinandersetzte, bevor sie eine einheitliche Linie in der Anwendung fand.

1. Zur Sittenwidrigkeit von Ehevereinbarungen

Die Rechtsprechung hat stets betont, dass auch Eheverträge an § 138 I BGB gemessen werden und demzufolge wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein können. Auch bei der Beurteilung von Eheverträgen wird die Formel, nach der ein Vertrag sittenwidrig ist, wenn er gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt,⁶⁰ durch die Bildung von Fallgruppen konkretisiert. Es bildeten sich zwei relevante Fallgruppen heraus: einseitige Lastenverteilung und Regelungen zulasten Dritter.

1.1. Sittenwidrigkeit wegen einseitiger Lastenverteilung

Nicht immer stellen sich Ehevereinbarungen im Nachhinein in den Augen beider Parteien als ausgewogene Abmachungen heraus. Als Folge dessen wurden und werden die Gerichte immer wieder mit Vertragswerken konfrontiert, die von der sich benachteiligt fühlenden Partei für sittenwidrig gehalten werden. Dabei stützen sich die vermeintlich Benachteiligten nicht nur auf die bloße Unausgeglichenheit der Regelungen, sondern auch auf Umstände, die den Vertragsschluss begleiteten oder diesem vorausgingen und die für ein Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen sorgten.⁶¹ Die Einseitigkeit besteht in aller Regel zulasten der Ehefrauen. Bei der Beurtei-

59 Siehe oben, S. 5 ff.

60 Vgl. nur Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 2, m.w.N.

61 Die Ausführungen zielen regelmäßig darauf ab, eine Zwangslage des Benachteiligten bei Abschluss des Vertrages darzulegen. Aus diesem Grunde kann die Fallgruppe auch als „Ausbeutung einer Zwangslage des Vertragspartners“ bezeichnet werden.

lung solcher Konstellationen verschob sich die Rechtsprechung im Laufe der Zeit.

1.1.1. Sittenwidrigkeit aufgrund der Einseitigkeit der Regelung

Das OLG Köln entschied 1981, dass es mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden unvereinbar sei, wenn eine Ehefrau nach 18 Ehejahren ohne jede Gegenleistung auf alle wirtschaftlich werthaltigen Ansprüche aus der Ehe verzichtet.⁶² Die beiden berufstätigen⁶³ Eheleute verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt sowie auf die Durchführung des Zugewinn- und des Versorgungsausgleichs. Zweieinhalb Jahre später wurde die Ehe geschieden. Ohne Ehevertrag hätten der Ehefrau Unterhalts-, Versorgungs- und Zugewinnausgleichsansprüche zugestanden. Da diese einen bedeutenden Wert gehabt hätten und für den Verzicht der Ehefrau keine Gegenleistung vereinbart worden war, ging das Gericht im Wege einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von einer einseitigen Regelung aus.⁶⁴ Diese wertete es als Indiz für die Sittenwidrigkeit des Vertrages. Verstärkend trete das Fehlen einer Absicherung für den Fall der Erwerbsunfähigkeit, mit der die Ehefrau stets zu rechnen habe, die beträchtliche Ehedauer vor Abschluss des Vertrages und das Erziehen zweier gemeinsamer Kinder durch die Ehefrau hinzu.⁶⁵ Demgegenüber erachtete es der Senat für nachrangig, dass die Ehe an einem „ehfeindlichen Verhalten“ der Ehefrau scheiterte, dass bei Vertragsschluss keine konkreten Anhaltspunkte für eine – bis zur Entscheidung auch nicht eingetretene – Erwerbsunfähigkeit vorlagen und dass der Notar ordnungsgemäß über die Tragweite des Verzichtes belehrt hatte.

Hinweise auf weitere Voraussetzungen einer Sittenwidrigkeit wegen einseitiger Lastenverteilung finden sich im Beschluss des OLG Köln nicht. Insbesondere verzichtete der Senat auf die Prüfung einer Zwangslage der benachteiligten Ehefrau und auf Ausführungen zu etwaigen subjektiven

62 DNotZ 1981, 444.

63 Über den Umfang der jeweiligen Einkünfte schweigt sich der Beschluss aus.

64 OLG Köln, DNotZ 1981, 444 (447).

65 OLG Köln, DNotZ 1981, 444 (447).

Voraussetzungen auf Seiten des begünstigten Ehemannes. Gleichwohl betonte das Gericht, den Parteien müsse „ein möglichst weiter Raum für Vereinbarungen zugebilligt werden“.⁶⁶ Neben der Einseitigkeit der zu beurteilenden Regelung stützte sich das OLG Stuttgart 1982 auf die Ausnutzung des beschränkten Urteilsvermögens der benachteiligten Ehefrau.⁶⁷ Diese sei nicht in der Lage gewesen, aus der Gleichsetzung des Anfangsvermögens des Ehemannes mit seinem Endvermögen ihren einseitigen Verzicht auf den Zugewinnausgleich abzuleiten, weil ihr die dafür erforderlichen juristischen Kenntnisse gefehlt hätten.⁶⁸ Weil das Gericht darüber hinaus keine besondere Minderung des Urteilsvermögens der Ehefrau darlegte, begnügte es sich im Ergebnis mit durchschnittlichem Urteilsvermögen. Damit folgte letztlich auch das OLG Stuttgart die Sittenwidrigkeit des Vertrages allein aus dessen Unausgewogenheit.

Das OLG Düsseldorf folgte 1988 die Sittenwidrigkeit eines Vertrages aus der einseitigen Benachteiligung und daneben aus der vorangegangenen falschen Beratung durch den Rechtsanwalt des Vertragspartners.⁶⁹ Auch das OLG Düsseldorf verzichtete auf die Darlegung einer Zwangslage des hinter Licht geführten Ehemannes.

1989 betonte der BGH, dass allein aus der Einseitigkeit einer Regelung nicht auf ihre Sittenwidrigkeit geschlossen werden dürfe.⁷⁰ Erforderlich seien vielmehr zusätzliche Umstände, die der Regelung ein „anstößiges Gepräge“ gäben.⁷¹ In einer Entscheidung aus dem Jahr 1997 führte der

66 OLG Köln, DNotZ 1981, 444 (446). Konsequenzen aus diesem Bekenntnis sind nicht ersichtlich. Kritisch zum Urteil auch v. *Hornhardt*, DNotZ 1981, 447.

67 FamRZ 1983, 498 (499).

68 Auch die Belehrung des Notars, die Regelung wirke wie die Vereinbarung einer Gütertrennung, änderte an der Einschätzung des Gerichtes nicht. Es verwies darauf, dass diese Belehrung inhaltlich nicht zuträfe, weil der Ehemann seinerseits nicht auf etwaige Ausgleichsansprüche verzichtet habe. Dies ist zwar juristisch korrekt, die Ausschlusswirkungen bzgl. der Ansprüche der Ehefrau gegen ihren Ehemann sind freilich bei einem einseitigen Verzicht auf Zugewinnausgleich die gleichen wie bei einer Vereinbarung von Gütertrennung.

69 FamRZ 1989, 636. Die Entscheidung über die Sittenwidrigkeit war freilich nicht bindend, weil das Gericht nur über PKH zu entscheiden hatte. Belastet war ausnahmsweise der Ehemann, der sich langfristig zu hohen Unterhaltszahlungen verpflichtet hatte. Dabei glaubte er, seine Verpflichtung entspräche den gerichtlichen Regelsätzen.

70 NJW 1990, 703.

71 BGH, NJW 1997, 703 (704). Dafür genüge die einseitige wirtschaftliche Erschwerung

BGH sogar aus, bei einer Regelung, die ohnehin nicht auf Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung angelegt sei, könne ihre Einseitigkeit nicht für eine Sittenwidrigkeit ins Feld geführt werden.⁷²

Dennoch sucht man noch 1999 in einem Urteil des OLG Schleswig vergebens nach Erörterungen einer Zwangslage der benachteiligten Ehefrau.⁷³ Die Einseitigkeit der Vermögensverteilung, die zur geplanten Ehegestaltung in einem Gegensatz stand, reichten dem OLG zur Annahme der Sittenwidrigkeit.⁷⁴ Auch das OLG Frankfurt/M. entschied 1998 mit einer aus heutiger Perspektive zukunftsweisenden Begründung auf Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages, in dem die Ehefrau ohne ausreichende Rechtfertigung, Gegenleistung oder andere Absicherung auf nahehehlichen Unterhalt und die Durchführung des Zugewinnausgleichs verzichtete.⁷⁵

1.1.2. Sittenwidrigkeit aufgrund der Ausnutzung einer Zwangslage des Vertragspartners

Seit der BGH-Entscheidung aus dem Dezember 1989 wird in den meisten Entscheidungen eine Zwangslage des benachteiligten Vertragspartners als

der Scheidung solange nicht, wie sich der Vertrag nicht als Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall der Scheidung darstelle. Diese Abgrenzung war im zu beurteilenden Fall maßgeblich. Der Ehemann hatte sich gegenüber seiner Frau zur Zahlung einer Abfindung im Falle der Scheidung verpflichtet.

72 BGH, NJW 1997, 2239 (2241).

73 NJW-RR 1999, 1094.

74 Das OLG stieß sich daran, dass die Ehefrau nach der Planung der Ehegatten für die Erziehung und Pflege des bereits bei Vertragsschluss erwarteten und gewünschter weiterer Kinder ihren Beruf zunächst aufgeben sollte, gleichwohl aber auf Ausgleichsansprüche verzichtete.

75 FF 2001, 172. Zusätzlich kam hinzu, dass die Benachteiligte nach Überzeugung des Senats bei Vertragsschluss keine ausreichenden Sprachkenntnisse hatte, um die Tragweite der Regelungen zu verstehen. In Verbindung mit ihrer rechtlichen Unerfahrenheit (sie war 18 Jahre jünger als ihr Ehemann) ergebe sich daraus eine strukturell ungleiche Verhandlungsstärke i.S.d. Entscheidung des BVerfG zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften (BVerfG, NJW 1994, 36). Die Unangemessenheit der Verzichtvereinbarungen ergab sich für das OLG auch aus der familiären Situation: die Ehegatten hatten ein gemeinsames Kleinkind und planten weitere Kinder.

Voraussetzung der Sittenwidrigkeit geprüft.⁷⁶ Allerdings ergeben sich deutliche Unterschiede bei Begründung und Beurteilung.

Das AmtsG Solingen folgerte 1989 die Zwangslage der Verlobten daraus, dass der spätere Ehemann trotz Schwangerschaft seiner Zukünftigen auf den Abschluss des Vertrages vor Eingehung der Ehe bestand.⁷⁷ Zudem sei die spätere Notwendigkeit der Inanspruchnahme von Sozialhilfe offenkundig gewesen, so dass die Parteien sehenden Auges die Schädigung der Allgemeinheit in Kauf genommen hätten. Der Vertrag sei somit gem. § 138 I BGB sittenwidrig, zumindest sei dem Ehemann die Berufung darauf verwehrt.⁷⁸

Hingegen mochte das OLG Köln in einer Entscheidung aus dem Jahr 1994 keine Zwangslage aus der Bedingung ableiten, vor Eheschließung einen Ehevertrag abzuschließen.⁷⁹ Immerhin zog es eine solche für den Fall in Betracht, dass die Verlobte bereits alle Brücken hinter sich abgebrochen hätte und dadurch vom Bräutigam abhängig gewesen wäre.⁸⁰

Auf den Abschluss eines Ehevertrages vor Eingehung der Ehe bestand auch der Verlobte im den Entscheidungen des OLG Köln vom 19.10.1994⁸¹ und des BGH vom 18.09.1996⁸² zugrunde liegenden Sachverhalt. Der einzige Unterschied zur Konstellation des AmtsG Solingen lag darin, dass die gesetzlichen Regelungen nicht vollständig ausgeschlossen, sondern

76 BGH, NJW 1997, 192; NJW 1997, 126; OLG Stuttgart, FPR 1999, 299; OLG Koblenz, FamRZ 1996, 1212; OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869; OLG Köln, FamRZ 1995, 929; OLG Karlsruhe, FamRZ 1991, 332; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1983, 176; AmtsG Solingen, FamRZ 1990, 635. Den Aspekt der Ausnutzung betonend: OLG Hamm, NJW-RR 1994, 964.

77 FamRZ 1990, 635 f.

78 AmtsG Solingen, FamRZ 1990, 635 (636). Der Zusatz, nach dem es dem Ehemann wenigstens verwehrt sei, sich auf den Vertrag zu berufen, erging, obgleich es sich um eine Feststellungsklage handelte und noch kein Scheidungsverfahren anhängig war, so dass der Vertrag noch keine Wirksamkeit entfaltete und die genauen Umstände, unter denen er ggf. Auswirkungen gezeigt hätte, somit nicht feststanden.

79 FamRZ 1995, 997.

80 OLG Köln, FamRZ 1995, 997 (998). Die Verlobte war bahrainische Staatsangehörige und gab *nach* dem Abschluss des Ehevertrages ihre Arbeitsstelle und Wohnung in Bahrain auf. Zur Zeit des Vertragsschlusses habe daher noch die Möglichkeit der Rückkehr und somit keine Zwangslage bestanden.

81 FamRZ 1995, 929.

82 NJW 1997, 126.

lediglich modifiziert wurden.⁸³ Im Gegensatz zum AmtsG Solingen stellten jedoch beide Gerichte darauf ab, dass ein Ausschluss der gesetzlichen Ansprüche grundsätzlich zulässig sei. Es könne keine Zwangslage i.S.d. § 138 BGB darin erblickt werden, dass ein Verlobter seine Bereitschaft zur Eheschließung von der Erreichung eines gesetzlich zugelassenen Ziels – dem Abschluss eines Ehevertrages mit Ausschluss bzw. Modifizierung der gesetzlichen Scheidungsfolgen – abhängig mache.⁸⁴ Aufgrund der Bedingung habe die Verlobte zudem keine Aussichten gehabt, jemals die Ansprüche aus den gesetzlichen Scheidungsfolgen zu erwerben. Der Vertrag habe somit nicht zu einer Belastung des Sozialhilfeträgers geführt. Dass der Mann auf den Vertrag bestanden habe, obwohl die Frau ein gemeinschaftliches Kind erwartete, führe ebenfalls nicht zu einer missbilligenswerten Ausbeutung einer Zwangslage, da er sich auf die Rechtsposition eines nichtehelichen Vaters hätte zurückziehen dürfen.⁸⁵

Gestützt auf diese Ausführungen verneinte das OLG Stuttgart 1997 eine Zwangslage der Verlobten.⁸⁶ Befremdlich mutet jedoch an, dass das OLG auch eine Zwangslage zur Eingehung der Ehe prüft und sich nicht auf eine mögliche Zwangslage zum Abschluss des zu beurteilenden Vertrages beschränkt.⁸⁷

In einem Fall, den das OLG Frankfurt/M. 1982 zu beurteilen hatte, stellte der Ehemann die Forderung nach Abschluss eines Ehevertrages nicht vor, sondern während der Ehe.⁸⁸ Allerdings war der Vertragsschluss Bedingung für die Fortsetzung der nach einem „Fehlverhalten“ der Ehefrau kriselnden Ehe. Der geforderte Ehevertrag sah die rückwirkende Vereinbarung von Gütertrennung mit Übertragung aller wesentlicher Vermögensgegenstände in das Vermögen des Ehemannes vor.⁸⁹ Daneben wurden der Versorgungs-

83 Die Höhe der Unterhaltsansprüche wurde auf die Hälfte der gesetzlichen festgesetzt. Der Versorgungsausgleich wurde grundsätzlich ausgeschlossen. Nur derjenige, der nach altem Recht schuldlos geschieden worden wäre, sollte unter Tragung der Beweislast die Durchführung verlangen dürfen.

84 OLG Köln, FamRZ 1995, 929 (930); BGH, NJW 1997, 126 (127).

85 BGH, NJW 1997, 126 (127).

86 FPR 1999, 299.

87 OLG Stuttgart, FPR 1999, 299.

88 FamRZ 1983, 176.

89 Ausgenommen wurden nur einige wenige Haushaltsgegenstände.

ausgleich ausgeschlossen, ein gegenseitiger Unterhaltsverzicht vereinbart und eine Sorgerechtsregelung getroffen. Auf diese Weise sollte das wirtschaftliche Risiko eines späteren Scheiterns der Ehe minimiert werden.⁹⁰ Für dieses Bestreben äußerte das Gericht Verständnis. Es hielt den auf die Ehefrau ausgeübten Druck noch für hinnehmbar und sah sie nicht in einer Zwangslage. Allerdings hatten die meisten Regelungen des Vertrages bereits aus anderen Gründen keinen Bestand.⁹¹ Die Ablehnung der Sittenwidrigkeit betraf nur noch die Güterstandsvereinbarung und die Hausratsverteilung.

Eine ähnliche Situation hatte das OLG Hamm 1994 zu entscheiden.⁹² Der Ehemann war nur um den Preis eines Verzichtes auf nahehelichen Unterhalt und auf Versorgungsausgleich sowie einer Vereinbarung von Gütertrennung bereit, die Ehe mit seiner mit einem nichtehelichen Kind schwangeren Frau fortzusetzen. Dies wertete das Gericht im Gegensatz zum OLG Frankfurt/M. bereits als ausreichend für eine Zwangslage der Ehefrau. Es bewertete den Ehevertrag dennoch nicht als sittenwidrig. Zum einen habe die Ehefrau die Zwangslage selbst verschuldet, zum anderen habe der Ehemann ihre Lage nicht genutzt, um einen unangemessenen Vorteil für sich zu erzielen.⁹³ Für die Minimierung der wirtschaftlichen Risiken einer Scheidung hatte auch das OLG Hamm volles Verständnis. Allerdings war

90 Gleichzeitig wollte der Ehemann „das Beste für sich herausholen“. So ging die Rückwirkung der Güterstandsregelung und die Einseitigkeit der Auflösung der Zugewinngemeinschaft ebenso über die Minimierung *künftiger* wirtschaftlicher Risiken hinaus wie die undifferenzierten Ausschlüsse von Unterhalts- und Versorgungsausgleichsansprüchen. Dadurch wurde der Ehemann besser gestellt, als er im Falle der angedrohten Scheidung gestanden hätte.

91 Der Ausschluss des Getrenntlebensunterhalts scheiterte bereits an §§ 1361 IV, 1360a III, 1614 BGB. Die Sorgerechtsregelung zugunsten des Ehemannes hielt das OLG für konkludent widerrufen. Der Ausschluss des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB wurde im Wege einer Vertragsanpassung kassiert. Den Verzicht auf sonstigen nahehelichen Unterhalt hielt das Gericht aufgrund eines beiderseitigen Irrtums über die Rechtsverbindlichkeit nach einem irreführenden Hinweis des beurkundenden Notars für unbeachtlich. Dieses Schicksal teilte die Vereinbarung über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Trotz dieser vielfältigen und z.T. gravierenden Mängel hielt das Gericht die Vereinbarung i.Ü., also insbesondere die Güterrechtsregelung und die Hausratsverteilung für wirksam. Einzelheiten s. OLG Frankfurt/M., FamRZ 1983, 176 (177 f.).

92 NJW-RR 1995, 964.

93 OLG Hamm, NJW-RR 1995, 964.

der bei einer hypothetischen Scheidung bisher begründete Anspruch auf Versorgungsausgleich wirtschaftlich nicht bedeutend und mangels Unterhaltstatbestand hätte die Ehefrau nach einer Scheidung derzeit keinen Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gehabt.⁹⁴ Daher waren die Auswirkungen der Aufrechterhaltung des Vertrages ebenfalls begrenzt.

Einer Entscheidung des OLG Zweibrücken aus dem Jahr 1995 lag ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde: Der Ehemann war nur zur Fortsetzung der Ehe bereit, falls sich die Ehefrau mit dem Abschluss eines Ehevertrages einverstanden erklärte, der gegenseitigen Unterhaltsverzicht, Ausschluss des Versorgungsausgleichs, Gütertrennung und einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht sowie Pflichtteilsansprüche vorsah.⁹⁵ In der Bedingung des Ehemannes erblickte das OLG Zweibrücken eine Zwangslage der Ehefrau. Durch die Verknüpfung von wirtschaftlichen Nachteilen mit den persönlichen Wirkungen der Ehe habe die benachteiligte Ehefrau nicht mehr aus freier Willensbetätigung handeln können.⁹⁶ Der Ehemann habe die Zwangslage in anstößiger Weise zu seinem eigenen Vorteil ausgenutzt. Dass er selber ebenfalls auf nachehelichen Unterhalt verzichtet habe, sei bedeutungslos, weil er keine Aussicht auf Unterhaltsansprüche gegen seine Frau gehabt habe.⁹⁷ Der Vertrag sei daher nichtig.

Schließlich entschied der BGH 1996 einen Fall, in dem die Ehe nur durch den Abschluss eines Ehevertrages aufrecht erhalten werden konnte.⁹⁸ Dies nahm er zum Anlass, hervorzuheben, dass die Ehevertragsfreiheit auch einseitig belastende Eheverträge decke.⁹⁹ Erforderlich für die Sittenwidrigkeit von Eheverträgen seien neben der Einseitigkeit stets weitere „besondere Umstände“. Solche mochte der BGH im zu entscheidenden Fall nicht feststellen. Insbesondere nahm er keine Zwangslage der zum Abschluss des

94 OLG Hamm, NJW-RR 1995, 964 (965).

95 OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869.

96 OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869 (870).

97 OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869 (870). Die Tatsachengrundlage für diese Erkenntnis ist aus der Urteilsbegründung nicht ersichtlich.

98 NJW 1997, 192. Der Fall lag im Tatsächlichen insoweit anders, als dem Ehemann von seiner Gattin Seitensprünge unterstellt wurden. Daraufhin wollte er sich von ihr trennen, sie die Ehe jedoch erhalten. Dazu war der Ehemann wiederum nur gegen Abschluss eines Ehevertrages bereit.

99 BGH, NJW 1997, 192 (193).

Vertrages gedrängten Ehefrau an. Der Ehemann habe sich lediglich legitimerweise darauf berufen, die Ehekrise zu einer Scheidung nutzen zu können.¹⁰⁰ Dies sei vergleichbar mit der Situation, wie sie vor Schließung der Ehe bestehe. So wie es dem Heiratswilligen dort freistehe, die Ehe nicht einzugehen, hätte es dem Ehemann hier freigestanden, die Ehe zu beenden.¹⁰¹

1.1.3. Bedeutung einer langjährigen Ehe vor Vertragsschluss

1990 begründete das OLG Karlsruhe die Zwangslage der auf alle vermögenswerten Ansprüche verzichtenden Ehefrau mit der körperlichen Gewalt ihres Ehemannes in Kombination mit der Verhinderung von Rechtsberatung.¹⁰² Hinzu kam ein Irrtum der Ehefrau, ohne die – nur durch die Verzichtleistung zu erhaltene – Zustimmung des Ehemannes nicht geschieden werden zu können. Außerdem griff der Senat unter Berufung auf die Entscheidungen des OLG Köln¹⁰³ und des OLG Frankfurt/M.¹⁰⁴ aus dem Jahr 1982 den Aspekt der vor Abschluss des Verzichtsvertrages langjährigen Ehe wieder auf.¹⁰⁵ Die Verweise auf die Entscheidungen waren indes unglücklich: Das OLG Köln führte außer der Langjährigkeit der Ehe letztlich keine weiteren Umstände für die Sittenwidrigkeit des zu beurteilenden Vertrages an. Grundlage der Entscheidung des OLG Frankfurt/M. war eine vor Vertragsschluss 5 Jahre andauernde Ehe, so dass das Urteil keine inhaltliche Stellungnahme zur Thematik enthält.

Mit der Bedeutung einer überdurchschnittlichen, nämlich 15jährigen Ehedauer vor Abschluss eines Verzichtsvertrages¹⁰⁶ musste sich 1996 auch

100 BGH, NJW 1997, 192 (193).

101 BGH, NJW 1997, 192 (193), unter Hinweis auf die Entscheidung des gleichen Senats vom 18.09.1996, NJW 1997, 126 (dazu oben, Seite 33).

102 FamRZ 1991, 332. Der Verzicht umfasste den Zugewinnausgleich, nachehelichen Unterhalt und den Versorgungsausgleich. In einem rechtlich selbstständigen Vertrag übertrug die Ehefrau zudem ihren Miteigentumsanteil am Grundstück des Familienhauses auf den Ehemann.

103 Siehe oben, Fn. 62.

104 Siehe oben, Fn. 88.

105 Die Ehe bestand bei Vertragsschluss seit über 25 Jahren.

106 In concreto verzichteten die Ehegatten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt, Ausgleich des Zugewinns und Durchführung des Versorgungsausgleichs.

das OLG Koblenz auseinandersetzen.¹⁰⁷ Das Gericht hob hervor, dass Sittenwidrigkeit daraus nur folgen könne, wenn zugleich eine schwächere Verhandlungsposition des Vertragspartners zur Erzielung eigener Vorteile ausgenutzt worden sei. Dies konnte der Senat nicht feststellen.¹⁰⁸

Der BGH führte in seiner Entscheidung aus dem Jahr die Rspr. des OLG Karlsruhe¹⁰⁹ zur Sittenwidrigkeit eines Verzichtes nach langer Ehedauer an. Er hielt sich die Möglichkeit offen, in entsprechenden Fallkonstellationen diesen Gesichtspunkt in die Abwägung zugunsten der Sittenwidrigkeit einzustellen, enthielt sich aber angesichts der erst seit vier Jahren vor Vertragsschluss bestehenden Ehe jeder inhaltlichen Stellungnahme.¹¹⁰

Ohne Weiteres führte das OLG Karlsruhe im Jahr 2000 aus, die lange Ehedauer vor Abschluss eines Verzichtsvertrages sei nicht ausreichend für dessen Sittenwidrigkeit, entscheidend sei eine Gesamtwürdigung.¹¹¹

Während sich vorstehende Entscheidungen mit Vereinbarungen befassten, in denen auf bereits entstandene Rechte verzichtet wurde, hatte das OLG Frankfurt/M. bereits 1984 eine Vereinbarung zu beurteilen, in der vorsorglich auf mögliche zukünftige Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt verzichtet wurde.¹¹² Der Senat kam zu der Schlussfolgerung, die lange Ehedauer könne nicht von Relevanz sein, sie habe allenfalls für Scheidungsvereinbarungen Bedeutung.

107 FamRZ 1996, 1212.

108 Die Initiative zum Vertragsschluss ging von der Ehefrau aus, die ihre Trennung von der Familie mit einer wirtschaftlichen Absicherung insbesondere ihrer Kinder und ihrer im gleichen Haus lebenden Eltern verbinden wollte.

109 Siehe oben, Fn. 102.

110 BGH, NJW 1997, 192 (193). Die geschiedene Ehefrau sei mit 31 Jahren auch noch in der Lage, sich eine eigene Altersversorgung aufzubauen.

111 MDR 2001, 335 (336).

112 FamRZ 1984, 486 (487). Der Senat sah dies als Schwerpunkt des Vertrages an, der „am Nachmittag der standesamtlichen Trauung“ abgeschlossen wurde. Eine Scheidungsvereinbarung lag dementsprechend nicht vor. Allerdings ist nicht ersichtlich, ob die Trauung nicht bereits stattgefunden hatte, so dass doch bereits eine Anwartschaft auf den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt entstanden war.

1.1.4. Sittenwidrigkeit aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände

Teilweise wurde die Entscheidung über die Sittenwidrigkeit auf eine Gesamtschau aller Umstände gestützt.¹¹³ So folgerte das OLG Stuttgart die Sittenwidrigkeit des Vertrages aus der verstärkenden Wirkung der verschleiernenden Formulierung auf die Einseitigkeit der Regelung.¹¹⁴ Das OLG Schleswig erkannte auf Sittenwidrigkeit angesichts der Kumulation von Verzichtstatbeständen.¹¹⁵ Die Kombination von Verzichten auf nachehelichen Unterhalt sowie Versorgungs- und Zugewinnausgleich stellte auch für das OLG Karlsruhe einen wichtigen Aspekt für die Sittenwidrigkeit der Regelungen dar.¹¹⁶ Aus der Betonung der gemutmaßten Absicht des Ehemannes, sich seiner Ehefrau finanziell zu erledigen und dem geringen zeitlichen Abstand des nachfolgenden Scheidungsantrags ergab sich für das OLG Köln ein sittenwidriges Gesamtbild.¹¹⁷

Andererseits betrachtete der BGH in der Entscheidung aus dem Jahr 1996 den zu beurteilenden Ehevertrag, der ebenfalls einen Globalverzicht der Ehefrau auf nachehelichen Unterhalt, Versorgungs- und Zugewinnausgleich vorsah, getrennt unter verschiedenen Aspekten.¹¹⁸ Der erkennende Senat führte aus, die Vereinbarung des Unterhaltsverzichtes führe schon deswegen nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrages, weil es mittlerweile gefestigter Rechtsprechung entspreche, dass sich der begünstigte Ehemann für die Zeit, in der seine ehemalige Gattin die gemeinsamen Kinder betreut,

113 Nach umfassender Abwägung verneinen BGH, NJW 1997, 126; NJW 1990, 703; OLG Karlsruhe, MDR 2001, 335 (336); OLG Köln, FamRZ 1995, 929, die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung. Hilfsweise stützt sich OLG Köln, FamRZ 1999, 920, auf eine Gesamtbetrachtung. OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869, betont die Notwendigkeit einer Gesamtbetrachtung, stellt dann jedoch nur auf die Ausnutzung der Zwangslage ab. Eine – wenn auch in ihren Ergebnissen zweifelhafte (siehe oben, Seite 30) – Abwägung nahm auch schon OLG Köln, DNotZ 1981, 444, vor.

114 FamRZ 1983, 498. Siehe auch oben, Seite 31.

115 NJW-RR 1999, 1094. Siehe dazu auch oben, Seite 5.

116 FamRZ 1991, 332. Vgl. oben, Seite 37.

117 FamRZ 1999, 920. Die Äußerung des Gerichtes, angesichts des zeitlichen Ablaufs habe der Vertrag gar keinen anderen Zweck verfolgen können, erscheint durchaus nicht weltfremd. Dennoch ist es gewagt, keinerlei Feststellungen zu diesem Punkt zu treffen und sich stattdessen mit der bloßen Vermutung zufrieden zu geben. Der Aspekt wird allerdings nur hilfsweise angeführt, so dass er sich nicht auf das Urteil ausgewirkt hat.

118 NJW 1997, 192. Vgl. schon oben, Seite 36.

gem. § 242 BGB nicht auf den Verzicht berufen könne.¹¹⁹ Des Weiteren sei aus der wirtschaftlichen Unausgeglichenheit der in ihren faktischen Auswirkungen allein den Ehemann begünstigenden Vereinbarung keine Sittenwidrigkeit zu folgern. Dies entspreche nicht nur der Gesetzeslage, die keine Inhaltskontrolle von Eheverträgen anordne, sondern auch ständiger Rechtsprechung.¹²⁰ Schließlich folge aus dem aufgebauten Druck, ohne Abschluss des Ehevertrages die Scheidung zu beantragen, wegen der grundsätzlichen Berechtigung zur Stellung des Scheidungsantrags ebenfalls keine Sittenwidrigkeit.¹²¹ Aus dieser Bestandsaufnahme zog der BGH – wenngleich unausgesprochen – den Schluss, dass auch die Kumulation der geprüften Umstände nicht die Sittenwidrigkeit des Vertrages herbeiführen könne. Das OLG Hamm kam bereits 1982 ausdrücklich zu diesem Ergebnis.¹²²

1.1.5. Subjektive Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit

Ob die Annahme der Sittenwidrigkeit einer Ehevereinbarung aufgrund Einseitigkeit der Lastenverteilung bzw. Ausnutzung einer Zwangslage an subjektive Voraussetzungen auf Seiten des Begünstigten geknüpft ist, wurde aus der Rechtsprechung nicht immer deutlich.

Zahlreiche Entscheidungen verzichteten schlichtweg auf Ausführungen zu diesem Punkt.¹²³ Das OLG Karlsruhe warf zwar den Prüfungspunkt einer verwerflichen Gesinnung auf, behalf sich dann jedoch mit ihrer Vermutung aufgrund des festgestellten groben Missverhältnisses zwischen der Leistung und der Gegenleistung.¹²⁴ Anstelle der verwerflichen Gesinnung verlangten das OLG Koblenz¹²⁵, das OLG Frankfurt/M.¹²⁶ und das OLG Hamm¹²⁷ die

119 BGH, NJW 1997, 192. Siehe dazu unten, S. 68 ff.

120 BGH, NJW 1997, 192 (193).

121 BGH, NJW 1997, 192 (193).

122 FamRZ 1982, 1215.

123 Trotzdem Sittenwidrigkeit annehmend: OLG Köln, DNotZ 1981, 444; OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 498; OLG Schleswig, NJW-RR 1999, 1094. Im Rahmen von Entscheidungen über die Gewährung von PKH gehen auch AmtsG Solingen, FamRZ 1990, 535, und OLG Düsseldorf, FamRZ 1989, 635, ohne weitere Prüfung subjektiver Voraussetzungen von der (möglichen) Sittenwidrigkeit der jeweiligen Vereinbarung aus.

124 FamRZ 1991, 332.

125 FamRZ 1996, 1212.

126 FamRZ 1984, 486 (487).

127 FamRZ 1982, 1215.

bewusste oder grob fahrlässige Ausnutzung der Zwangslage. Dies verlangte auch das OLG Zweibrücken.¹²⁸ Dabei führte es unter Verweis auf BGH-Entscheidungen aus, dass aus einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht auf die subjektiven Voraussetzungen geschlossen werden könne, wenn es sich – wie bei Eheverträgen – nicht um Austauschverträge handele, so dass eine Feststellung im Einzelfall erforderlich sei.¹²⁹

Der BGH prüfte 1997 in einer Entscheidung nach dem auffälligen Missverhältnis die Sittenwidrigkeit „in subjektiver Hinsicht“ und erörterte darunter das Vorliegen von vermindertem Beurteilungsvermögen und Informationsdefiziten auf Seiten der benachteiligten Ehefrau.¹³⁰ Unter dem gleichen Punkt behandelte er jedoch auch den dominierenden Einfluss des Vertragspartners.¹³¹ Voraussetzungen für die subjektive Seite der begünstigten Partei ergeben sich aus der Entscheidung letztlich nicht.¹³² Auch in den übrigen einschlägigen Entscheidungen des BGH finden sich keine Prüfungen subjektiver Merkmale, wobei alle Entscheidungen jedoch die Sittenwidrigkeit des zu beurteilenden Vertragswerkes verneinen.¹³³

1.1.6. Zusammenfassende Betrachtung der Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit wegen einseitiger Lastenverteilung

Der Rechtsprechung ist es nicht gelungen, klare Leitlinien für die Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Ehevereinbarung wegen einseitiger Lastenverteilung bzw. Ausnutzung einer Zwangslage zu entwickeln. Während die Oberlandesgerichte bei einseitigen Regelungen zunächst großzügig von deren

128 FamRZ 1996, 869 (870).

129 OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869 (870), unter Verweis auf BGH, FamRZ 1988, 788 (789), und BGH, FamRZ 1992, 1403 (1404), wo sich allerdings ebenfalls nur ein Verweis auf die Entscheidung von 1988 findet. Eine über die Behauptung, die Rechtsgrundsätze seien nicht auf familienrechtliche Verträge übertragbar, hinausgehende Begründung liefert der BGH auch in seiner ersten Entscheidung nicht.

130 BGH, NJW 1997, 2239 (2241 f.).

131 BGH, NJW 1997, 2239 (2242).

132 Dem BGH ist allerdings zugute zu halten, dass er in der konkreten Entscheidung nicht von einer Sittenwidrigkeit ausging. Die Prüfung aller Tatbestandsvoraussetzungen war daher entbehrlich.

133 BGH, NJW 1990, 703; NJW 1997, 126; NJW 1997, 192.

Sittenwidrigkeit ausgingen, verwarf der BGH diesen Ansatz, indem er neben der Einseitigkeit weitere „anstößige“ Merkmale verlangte. Er verstieg sich sogar zu der Aussage, dass die Einseitigkeit der Regelung schon nicht mehr als Indiz herangezogen werden könne, wenn die Parteien keinen ausgewogenen Vertrag im Sinn gehabt hätten.¹³⁴

Daraufhin unternahmen die Gerichte den Versuch, die Sittenwidrigkeit bei einseitigen Regelungen über die Ausnutzung einer Zwangslage zu begründen. Sie konnten freilich keine Einigkeit darüber erzielen, ob das Stellen einer Bedingung, einen benachteiligenden Ehevertrag vor Eingungung oder zur Aufrechterhaltung der Ehe zu schließen, eine Zwangslage ausnutzte oder begründete. Der BGH zeigte sich auch hier vertragsfreundlich: Unter Betonung der Eheschließungsfreiheit, die auch die Scheidungsfreiheit umfasst, gelangte er zu dem Ergebnis, dass die Grundrechte des Mannes ihm das Stellen einer solchen Bedingung ermöglichten und somit eine Zwangslage der Frau bzw. ihre Ausnutzung verhinderten.

Als weiteren Ansatzpunkt bemühte die Rechtsprechung das Motiv der langjährigen Ehe. Die Gerichte empfanden einen Verzicht auf bereits entstandene Rechte weitaus eher als sittenwidrig als eine zukünftige Gestaltung der Ehe bzw. des Ehegüterrechts durch einen vorsorgenden Ehevertrag. Der BGH lehnte den Gesichtspunkt der Langjährigkeit nicht ab, fand aber noch keine Gelegenheit, sich endgültig festzulegen, ob er ihm eine rechtliche Bedeutung beimisst.

Subsumtionstechnische Grauzone bleiben auch die Bemühungen, aus dem Nebeneinander verschiedener Anhaltspunkte die Sittenwidrigkeit der Regelungen abzuleiten. Während verschiedene Oberlandesgerichte auf eine Gesamtwürdigung abheben, weist die Entscheidung des BGH eher in die entgegengesetzte, wiederum vertragserhaltende Richtung.

Die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit bleibt schließlich nahezu unbeachtet. Die wenigsten Entscheidungen treffen überhaupt Feststellungen dazu. Freilich rücken die Gerichte auch nicht von ihrem Erfordernis ab.

134 BGH, NJW 1997, 2239 (2241).

Vergleicht man die Handhabung des § 138 I BGB bei Ehevereinbarungen mit der bei der Beurteilung anderer Verträge, stellt sich heraus, dass die Rechtsprechung, indem sie sich dazu durchgerungen hat, die bloße Einseitigkeit der Regelung nicht als hinreichenden Umstand für die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 138 I BGB anzusehen, insoweit den Gleichklang wieder herstellte. Auch ansonsten, im Rahmen der sog. „wucherähnlichen“ Verträge, genügt nicht allein die Einseitigkeit der Regelung – hier üblicherweise betitelt als auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.¹³⁵ Erforderlich ist vielmehr das Hinzutreten weiterer, (auch) subjektiver Umstände.¹³⁶ Üblicherweise wird verlangt, der Begünstigte müsse in verwerflicher Gesinnung gehandelt oder eine schwächere Lage seines Vertragspartners bewusst oder grob fahrlässig ausgenutzt haben.¹³⁷

Allerdings wird bei Vorliegen des objektiven Tatbestands, also des auffälligen Missverhältnisses zwischen der Leistung und der Gegenleistung, das Vorliegen des subjektiven Tatbestands vermutet.¹³⁸ Diese Vermutung umfasst sowohl den Verschuldensvorwurf wie auch die schwächere Lage

135 Subjektive Voraussetzungen werden nicht verlangt, wenn sich die Sittenwidrigkeit schon aus dem Inhalt und nicht erst aus den Umständen des Rechtsgeschäfts ergibt. Soergel/*Hefermehl*, § 138, Rn. 31; Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 7; MüKo BGB/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138, Rn. 129; Bamberger/*Roth/Wendtland*, § 138, Rn. 22. Soweit sich jedoch die Ehevereinbarung – wie in aller Regel – auf eindeutig gesetzlich zulässige Regelungsinhalte beschränkt, ist diese Ausnahme für die zur Diskussion gestellten Konstellationen vernachlässigbar.

136 Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 34; Staudinger/*Sack*, § 138, Rn. 230; Bamberger/*Roth/Wendtland*, § 138, Rn. 23. MüKo BGB/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138, Rn. 116, sprechen sich angesichts der an das objektive Missverhältnis geknüpften Vermutung der subjektiven Voraussetzungen dafür aus, in bestimmten Konstellationen – insb. bei Verträgen zwischen Verbrauchern und Unternehmern – auf subjektive Erfordernisse zu verzichten und es bei der Voraussetzung des auffälligen Missverhältnisses zu belassen. Soergel/*Hefermehl*, § 138, Rn. 37, lehnt subjektive Voraussetzungen vollständig ab, soweit es nicht um die Einbeziehung von Motiven in die Gesamtabwägung geht. stRspr, vgl. z.B. BGH, NJW 1981, 1206 (1207); NJW 1984, 2292 (2293 f.); NJW 1995, 2635 (2636); NJW-RR 1998, 1065 (1066); NJW 1999, 3187 (3190); NJW 2002, 429 (430).

137 Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 34; MüKo BGB/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138, Rn. 116; Staudinger/*Sack*, § 138, Rn. 233 f.; stRspr, vgl. BGH, aaO. (Fn. 136).

138 Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 34a f., unter Betonung, dass es nach der Formulierung der Rspr. eines besonders groben Missverhältnisses bedürfe, obwohl dies inhaltlich nicht gefordert werde; MüKo BGB/*Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138, Rn. 116; Staudinger/*Sack*, § 138, Rn. 237; stRspr, vgl. z.B. BGH, NJW 1986, 2564 (2565); NJW 2002, 3165 (3166).

des Vertragspartners. Sie wird damit begründet, dass nach der Lebenserfahrung, wie sie regelmäßig auch der Wucherer hat, die Einräumung außergewöhnlicher Zugeständnisse nur aufgrund besonderer, den Benachteiligten in seiner Entscheidungsfreiheit hemmender Umstände erfolgt.¹³⁹ Eine Übertragung dieser Vermutung auf familienrechtliche Verträge lehnt die Rechtsprechung ab, da diese nicht auf den Austausch von Gütern oder Leistungen gerichtet seien.¹⁴⁰ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Ehevereinbarungen sich nicht darin erschöpfen, gegenseitige Leistungsversprechen zu enthalten, sondern weitergehende güterrechtliche und unterhaltsrechtliche Regelungen treffen (können). Zumindest bei vorsorgenden Eheverträgen dürfte tatsächlich die Gestaltung der künftigen güterrechtlichen Struktur der Ehe im Vordergrund stehen. Ob hingegen bei solchen Verträgen, die eine Trennung der Parteien – sei sie zugleich mit einer Scheidung verbunden oder nicht – wirtschaftlich begleiten sollen, der Unterschied zu Austauschverträgen ausreicht, um eine abweichende Behandlung zu rechtfertigen, ist damit noch nicht dargetan. Lehnt man indes eine Vermutung der subjektiven Voraussetzungen ab, ist die logische Konsequenz, dass sie bei familienrechtlichen Verträge stets einer gesonderten Feststellung bedürfen. Umso mehr muss überraschen, mit welcher Oberflächlichkeit dieser Punkt zuweilen behandelt wurde.

Die bei sonstigen Verträgen verlangte schwächere Lage des Vertragspartners kann in Umständen bestehen, die sich den in § 138 II BGB angeführten, annähern. Neben geschäftlicher oder rechtlicher Unerfahrenheit und Mängeln im Urteilsvermögen kommt dabei insbesondere das Ausbeuten einer Zwangslage¹⁴¹ in Betracht. Eine solche setzt voraus, dass der

139 BGH, NJW 1992, 899 (900); NJW 2001, 1127 (1128).

140 BGH, FamRZ 1985, 788 (789); FamRZ 1990, 1343 (1344); FamRZ 1992, 1403 (1404); OLG Schleswig, 27.01.1998, 8 UF 89/97, Juris, Rn. 28, allerdings zweifelnd; OLG Düsseldorf, FamRZ 1996, 734 (735); OLG Zweibrücken, FamRZ 1996, 869 (870); OLG Köln, FamRZ 1995, 997 (998). Vgl. auch Palandt/Heinrichs, § 138, Rn. 66.

141 Umstritten ist, ob die Zwangslage tatsächlich gegeben sein muss. Dafür: Soergel/Hefermehl, § 138, Rn. 78; MüKo BGB/Mayer-Maly/Armbrüster, § 138, Rn. 149. Eine nur angenommene Zwangslage lassen hingegen Palandt/Heinrichs, § 138, Rn. 70; Staudinger/Sack, § 138, Rn. 204, und Bamberger/Roth/Wendtland, § 138, Rn. 51, als selbsterklärte Vertreter einer Mindermeinung genügen.

Zwar wird die Zwangslage regelmäßig unter der Überschrift „subjektive Voraus-

Betroffene durch wirtschaftliche Bedrängnis oder durch Umstände anderer Art ein dringendes Bedürfnis nach einer Geld- oder Sachleistung hat.¹⁴² Dieses Bedürfnis wird angenommen, wenn ohne die Geld- oder Sachleistung die Gefahr schwerer Nachteile wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Art besteht.¹⁴³ Die Bedrängnis muss jedoch etwas bereits Bestehendes, nicht nur etwas Geplantes oder Zukünftiges betreffen.¹⁴⁴

An sich hätte man erwarten können und müssen, dass die Rechtsprechung unter diese Definitionen subsumiert. Insbesondere dort, wo sie zur Annahme einer Zwangslage gekommen ist, also in den Fällen, in denen der Verlobte bzw. Ehemann den Abschluss einer Ehevereinbarung zur Bedingung der Eheschließung bzw. -Fortführung erhoben hat, hätte es der Erörterung bedurft, ob mit einem Unterlassen der Eheschließung oder einer Scheidung schwere Nachteile verbunden gewesen wären. Dies liegt zumindest für die Möglichkeit einer Scheidung der ausgleichs- und unterhaltsberechtigten Ehefrau nicht ohne Weiteres auf der Hand. Unter dem Gesichtspunkt, dass eine Zwangslage nur Bestehendes betreffen kann, ist es aber auch für die unterlassende Eheschließung darlegungsbedürftig, warum sich die Verlobte bereits in einer bedrängten Lage befand, hatte sie doch bis zum Vertragsschluss keinerlei rechtlich gesicherten Aussichten auf den Erwerb von Ansprüchen im Fall einer etwaigen Scheidung. Schließlich hätte man hier Farbe bekennen müssen, welche Nachteile der (potentiellen) Gattin berücksichtigungsfähig und ausschlaggebend sind. Folgt die Zwangslage nur aus der finanziellen Benachteiligung oder spielt dabei auch z.B. die Mehrbelastung einer Alleinerziehenden eine Rolle? Welches Gewicht müssen die Nachteile jeweils erreichen?

setzungen“ erörtert, dürfte jedoch tatsächlich eine objektive Voraussetzung darstellen. Daher weist Staudinger/Sack, § 138, Rn. 194, darauf hin, dass es sich bei genauer Betrachtung um zwei Tatbestandsmerkmale (Zwangslage und deren Ausbeutung) handelt.

142 BT-Drucks 7/3441, S. 40; Palandt/Heinrichs, § 138, Rn. 70; Staudinger/Sack, § 138, Rn. 195, 197; Bamberger/Roth/Wendtland, § 138, Rn. 51.

143 BGH, NJW 1994, 1275 (1276); Palandt/Heinrichs, § 138, Rn. 70; Staudinger/Sack, § 138, Rn. 195.

144 BGH, NJW 1994, 1275 (1276); Soergel/Hefermehl, § 138, Rn. 78; Palandt/Heinrichs, § 138, Rn. 70; MüKo BGB/Mayer-Maly/Armbrüster, § 138, Rn. 149; Staudinger/Sack, § 138, Rn. 201; Bamberger/Roth/Wendtland, § 138, Rn. 51.

Der Versuch, in dieser Art und Weise die maßgeblichen Wertungen transparent zu gestalten, lässt bereits am Ansatzpunkt zweifeln. Die Definition der Zwangslage schließt erkennbar an die Prüfung von Austauschverträgen an. Nur, wenn der Vertrag darauf gerichtet ist, der benachteiligten Partei eine Leistung zukommen zu lassen macht es nämlich Sinn, die Zwangslage an ein Bedürfnis nach dieser Leistung zu knüpfen. Dass Ehevereinbarungen grundsätzlich gerade nicht auf den Austausch von Leistungen gerichtet sind, hat auch die Rechtsprechung erkannt, wenn sie an diesen Unterschied eine unterschiedliche Behandlung der Vermutung des subjektiven Tatbestands knüpft. Daher ist eine Ehevereinbarung grundsätzlich auch nicht in der Lage, ein „dringendes Bedürfnis nach einer Geld- oder Sachleistung“ zu befriedigen. Somit wäre es überlegenswert gewesen, den definitorischen Ansatz für die Beurteilung einer Zwangslage bei Abschluss einer Ehevereinbarung zu überdenken und ggf. anzupassen.

Für den Gesichtspunkt der Langjährigkeit findet sich in der üblichen Dogmatik zu § 138 I BGB beinahe schon naturgemäß keine Parallele. Insbesondere ist er nicht vergleichbar mit der Fallgruppe der Knebelverträge, die zwar langfristige Bindungen betreffen, aber künftige, nicht vergangene. Relevanz mag die Dauer der Ehe im Rahmen einer Gesamtabwägung haben. Aus der Fürsorgepflicht der Ehegatten füreinander könnte auch die Verpflichtung resultieren, auf werthaltige Anwartschaften des Partners Rücksicht zu nehmen. Darüber hinaus vermag die Dauer der Ehe jedoch nur einen mittelbaren Einfluss auf die Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Vertrages haben: Sie führt zu einer Verstärkung der Einseitigkeit der Regelung, wenn der Verzichtende nicht nur die Möglichkeit aufgibt, je nach Entwicklung der Verhältnisse im Falle einer denkbaren Scheidung Ausgleichsansprüche zu erwerben, sondern auf bereits entstandene, wenn auch unter der Bedingung einer künftigen Scheidung stehende Ansprüche verzichtet. Wirtschaftlich betrachtet ist ein Verzicht auf entstandene Ansprüche und Anwartschaften werthaltiger als einer auf bloße Aussichten.

Die Langjährigkeit hat somit keine Auswirkungen auf die Frage nach dem Vorhandensein einer etwaigen Zwangslage. Vielmehr darf man annehmen, dass eine Zwangslage des Verzichtenden Voraussetzung sein müsste, um

ihn zu einem Verzicht auf bereits erworbene Rechte zu veranlassen.¹⁴⁵ Schließlich vermag die Dauer der Ehe vor Vertragsschluss nicht die Feststellung der subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit zu ersetzen.

1.1.7. Position der Literatur zur Bedeutung einseitiger Lastenverteilung

Die Rechtsprechung wurde insbesondere seit Mitte der 1990er Jahre kritisch von der Literatur begleitet. Bemängelt wurde, dass die Subsumtionen der Rechtsprechung unter die Voraussetzungen des § 138 I BGB nicht zu überzeugen vermochten. So kritisierten *Dethloff*¹⁴⁶ und *Büttner*¹⁴⁷ die Beurteilung der Lage der Schwangeren, die vor der Eheschließung zu einem Verzicht gedrängt wird.¹⁴⁸ Der BGH habe sich zu sehr auf die Eheschließungsfreiheit des Verlobten konzentriert und dabei die geschwächte Verhandlungsposition der Partnerin nicht ausreichend gewürdigt.¹⁴⁹ Auf diese bzw. auf das Verhältnis beider Verhandlungspositionen komme es bei der Prüfung einer Zwangslage i.S.d. § 138 I BGB aber gerade an.¹⁵⁰ *Büttner* versuchte, die Definition der Zwangslage dahingehend zu präzisieren, dass sie stets dann gegeben sei, wenn sich ein Vertragspartner in einer „Diktatposition“ befinde und den Inhalt der Vereinbarung einseitig festlegen könne.¹⁵¹ Übertragen auf die vergleichbare Drucksituation während der Ehe¹⁵² bedeute dies, eine Partei befinde sich in einer Zwangslage, wenn sie ihre eigenen Interessen zugunsten gemeinsamer Kinder zurückstelle und dies von der anderen Partei zum eigenen Vorteil ausgenutzt werde.¹⁵³ Diese

145 Selbst wenn man aus diesem Grunde an den Verzicht eine Vermutung zugunsten einer Zwangslage knüpfen wollte, ergäbe diese sich aus der Einseitigkeit der Regelung, nicht jedoch aus der Langjährigkeit der Ehe. Die Rechtsprechung lehnt eine solche Vermutungswirkung bei familienrechtlichen Verträgen ab.

146 JZ 1997, 414.

147 FamRZ 1998, 1.

148 Zu BGH, NJW 1997, 126 = JZ 1997, 411. Vgl. dazu schon oben, Seite 33.

149 *Dethloff*, JZ 1997, 414 a.E.

150 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5); *Dethloff*, aaO. (Fn. 149).

151 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5).

152 Entsprechend dem Sachverhalt der Entscheidung BGH, NJW 1997, 192. Dazu oben, Seite 36.

153 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (6).

ungleichen Verhandlungspositionen würden in den Entscheidungen des BGH nicht angemessen gewürdigt.¹⁵⁴

Von Hornhardt kritisierte bereits 1981 die Handhabung des § 138 I BGB durch das OLG Köln.¹⁵⁵ Nicht ausreichend dargelegt werde die Ausnutzung einer schwächeren Vertragsposition durch den begünstigten Ehemann.¹⁵⁶ Dies könne auch nicht durch die vorgenommene Gesamtschau kompensiert werden, bei der fälschlicherweise aus einer Kumulation verschiedener Verzichtstatbestände mehr abgeleitet werde als die darin lediglich enthaltene Vergrößerung des Ungleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung.¹⁵⁷ Schließlich sei auch aus dem Gesichtspunkt der langen Ehedauer vor Vertragsschluss nichts anderes als eine Steigerung des Ungleichgewichts abzuleiten.¹⁵⁸ Auf die Neutralität einer Verbindung von rechtlich zulässigen Gestaltungen wies auch *Rehme* hin.¹⁵⁹

Nach Auffassung *Hoffmanns* scheitert die Sittenwidrigkeit einer Ehevereinbarung in nahezu jedem Fall allein aufgrund der notariellen Aufklärung an den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen.¹⁶⁰ Nach der Beratung durch den Notar sei es auch einem intellektuell überlegenen Ehegatten nicht mehr möglich, eine Unterlegenheit des Partners auszunutzen. Überdies scheitere die Sittenwidrigkeit speziell eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs in der Regel bereits an der bei Vertragsschluss bestehenden Unvorhersehbarkeit der Auswirkungen.¹⁶¹

Der Rechtsprechung wurde unterstellt, sie lasse sich von überkommenen Vorstellungen tragen. So betonte *Dethloff*, die Selbstverständlichkeit, mit der der BGH von der Betreuung des erwarteten Kindes durch die Mutter ausgehe, sei 20 Jahre nach Geltung des 1. Eherechtsreformgesetzes nicht

154 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5 f.); *Dethloff*, JZ 1997, 414 (415).

155 DNotZ 1981, 447, bezogen auf die Entscheidung vom 05.02.1981, DNotZ 1981, 444. Siehe oben, Seite 30.

156 *Von Hornhardt*, DNotZ 1981, 447 (448).

157 *Von Hornhardt*, DNotZ 1981, 447 (449).

158 *Von Hornhardt*, DNotZ 1981, 447 (450).

159 *Staudinger/Rehme*, § 1408, Rn. 72.

160 NJW 1977, 235.

161 *Hoffmann*, NJW 1977, 235.

mehr gerechtfertigt.¹⁶² Daher könne es nicht gegen eine Sittenwidrigkeit des Vertrages ins Feld geführt werden, dass die damalige Verlobte ohnehin infolge der Geburt in ihrer Erwerbstätigkeit eingeschränkt worden wäre. Ähnliche Unstimmigkeiten kritisierte auch *Büttner*.¹⁶³ Er warf die Frage auf, wie eigentlich zu verfahren sei, wenn sich die Schwangere auf die Rechtspositionen einer nichtehelichen Mutter zurückziehen wolle.¹⁶⁴

Schließlich zog die Literatur immer wieder eine Parallele zwischen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften und der Situation bei Ehevereinbarungen.¹⁶⁵ Daraus entwickelten einige Autoren die Forderung nach einer modifizierten oder umfassenden Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.¹⁶⁶

Die Linie der Rechtsprechung wurde jedoch auch mit Zustimmung bedacht. Insbesondere *Gerber* wies darauf hin, dass eine allgemeine Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen aufgrund der gesetzlichen Systematik, die eine solche in § 1587o BGB nur für Scheidungsvereinbarungen anordne, nicht zulässig sei.¹⁶⁷ Daher sei es gerechtfertigt, dass die Rspr. nur mit dem allgemeinen Sittenwidrigkeitsbegriff hantiere. Soweit Kritiker die Berechtigung des Arguments anzweifelten, der nur nach Abschluss eines Ehevertrages zur Eheschließung bereite Verlobte könne sich auf seine Rechtsposition als nichtehelicher Vater zurückziehen, müssten sie im Gegenzug das Postulat aufstellen, eine Heirat sei nur ohne Ehevertrag zulässig. Damit stellten sie sich jedoch in einen Widerspruch zur gesetzlich vorgesehenen Disponibilität von Ehegüter- und Scheidungsfolgenrecht.¹⁶⁸

162 JZ 1997, 414 (415).

163 FamRZ 1997, 600.

164 *Büttner*, FamRZ 1997, 600 (601), in einer Parallele zur Billigung des Rückzugs auf die Position eines nichtehelichen Vaters durch den BGH.

165 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5); *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1003); *Dethloff*, JZ 1997, 414 (415); *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (101 f.).

166 Weitgehend: *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (109 ff.); zurückhaltender: *Langenfeld*, FS Schippel, 251 (255).

167 FS BGH, 49 (51).

168 *Gerber*, FS BGH, 49 (52 f.).

Schließlich sei die Vergleichbarkeit mit der Bürgschaftsrechtsprechung nicht in dem postulierten Umfang gegeben. Das Argument der Eheschließungsfreiheit des Ehemannes könne nicht mit dem Hinweis auf die Nichtberücksichtigung der negativen Vertragsabschlussfreiheit des Bürgen durch das BVerfG widerlegt werden, weil sich die Rollen von Ehemann und Bürgen nicht entsprechen. Anders als der Bürge sei der Ehemann nicht die zu schützende Partei.¹⁶⁹

Wenigstens im Ansatz folgten auch *Coester-Waltjen*¹⁷⁰, *Grziwotz*¹⁷¹ und *Langenfeld*¹⁷² der Rechtsprechung *Coester-Waltjen* begrüßte den Ausgangspunkt einer umfassenden Prüfung der Wirksamkeit der Ehevereinbarung anhand von Inhalt, Motiv und Zweck.¹⁷³ Gleichzeitig bemängelte sie jedoch die mangelhafte, weil oberflächliche Umsetzung der aufgestellten Direktiven. Darüber hinaus lehnte sie die maßgeblich von *Schwenzer* geforderte Inhaltskontrolle ab, weil es einerseits an den Voraussetzungen dafür fehle,¹⁷⁴ das Instrument andererseits den Blick auf die Vorrangigkeit einer Sittenwidrigkeitsprüfung verstelle und dem Grundsatz „in dubio pro libertate“ zuwiderlaufe.¹⁷⁵ *Langenfeld*¹⁷⁶ und *Grziwotz*¹⁷⁷ begrüßten die Ablehnung einer an § 138 I BGB orientierten Inhaltskontrolle durch die Rechtsprechung zugunsten einer Ausübungskontrolle nach § 242 BGB.

1.2. Sittenwidrigkeit wegen Belastung der Allgemeinheit

Die Sittenwidrigkeit eines Vertrages kann sich aus einer unzulässigen Einwirkung auf Rechte Dritter ergeben.¹⁷⁸ Im Bereich der Ehevereinbarungen wurde dies zunächst relevant im Rahmen von Verzichtvereinbarungen auf nahehelichen Unterhalt, die dazu führten, dass die verzichtende Partei auf

169 *Gerber*, FS BGH, 49 (53), gegen *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5).

170 FS BGH, 985.

171 MDR 1998, 1327; FamRZ 1997, 585.

172 FS Schippel, 251.

173 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1003).

174 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1003).

175 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1008).

176 FS Schippel, 251 (262).

177 MDR 1998, 1327 (1329); FamRZ 1997, 585 (587).

178 Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 40.

die Inanspruchnahme öffentlicher Fürsorge¹⁷⁹ oder Sozialhilfe angewiesen war. Seit Einführung des Versorgungsausgleichs durch das 1. Eherechtsreformgesetz¹⁸⁰ wurde das Problem auch in Form von Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich gem. § 1587o BGB Verfahrensgegenstand.¹⁸¹

1.2.1. Die Rechtsprechung vor dem Ersten Eherechtsreformgesetz

Die ersten Entscheidungen zu diesem Themenkomplex ergingen noch unter Geltung des Schuldscheidungsprinzips und vor Einführung des Versorgungsausgleichs. Sie betrafen daher ausschließlich Unterhaltsverzicht. Deren grundsätzliche Zulässigkeit ergab sich aus § 72 EheG.¹⁸²

Das damals geltende Scheidungsfolgenrecht enthielt für die Problematik wesentliche Unterschiede zum heutigen Recht. Das Scheidungsurteil enthielt von Amts wegen einen Schuldspruch. Es wurde unterschieden zwischen Alleinschuld und überwiegendem Verschulden einer Partei und beiderseitigem Verschulden. Die regulären Scheidungsgründe setzten ein Verschulden des beklagten Ehegatten voraus.¹⁸³ Der Schuldausspruch hatte

179 Bis zum 01.05.1962 war die öffentliche Fürsorge Vorläufer der Sozialhilfe. Träger war der Fürsorgeverband. Rechtsgrundlage war die Fürsorgepflicht-Verordnung vom 13.02.1924, RGBI. I 1924, S. 100, außer Kraft gesetzt durch das Bundessozialhilfegesetz (BSHG) vom 30.06.1961, BGBl. I. 1961, S. 815.

180 EheRRG, Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.06.1976, BGBl. I 1976, 1421.

181 Der Versorgungsausgleich wurde durch Art. 1 Nr. 20 EheRRG zum 01.07.1977 eingeführt. Gleichzeitig trat § 1408 II BGB in Kraft und ermöglichte die Modifizierung und Abbedingung des Versorgungsausgleichs.

182 Ehegesetz, 16. Kontrollratsgesetz vom 20.02.1946, KRABl. 77, 294. In Kraft getreten am 01.03.1946. § 72 EheG lautete: *Die Ehegatten können über die Unterhaltungspflicht für die Zeit nach der Scheidung der Ehe Vereinbarungen treffen. Ist eine Vereinbarung dieser Art vor Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen worden, so ist sie nicht schon deshalb nichtig, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat. Sie ist jedoch nichtig, wenn die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend gemacht hatten oder wenn sich anderweitig aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, daß sie den guten Sitten widerspricht.* Er entsprach wörtlich § 80 EheG 1938. § 72 EheG wurde durch Art. 3 Nr. 1 EheRRG mit Wirkung zum 01.07.1977 außer Kraft gesetzt und durch § 1585c BGB ersetzt.

183 Gem. § 42 EheG konnte die Ehe wegen Ehebruchs geschieden werden, § 43 EheG enthielt eine Regelung für andere schwere Eheverfehlungen. Die bloße Zerrüttung genügte gem. § 48 I EheG nach dreijähriger Trennung zwar grundsätzlich für eine Scheidung, jedoch nicht bei Widerspruch des minder- oder unschuldigen Ehegatten (§ 48 II EheG)

über die Feststellungen der Scheidungsvoraussetzungen hinaus Konsequenzen.

Zum einen entfaltete er wirtschaftliche Bedeutung. Gem. §§ 58, 61 EheG hatte nur der unschuldig oder minderschuldig Geschiedene einen vollen Unterhaltsanspruch.¹⁸⁴ Der mitschuldig geschiedenen Partei konnte gem. §§ 60, 61 EheG im Einzelfall ein Unterhaltsanspruch nach Billigkeitsgesichtspunkten gewährt werden. Der potentielle Unterhaltsschuldner¹⁸⁵ hatte daher ein Interesse, allenfalls mitschuldig, besser noch minderschuldig geschieden zu werden. Dem entsprach ein umgekehrtes Interesse beim potentiellen Unterhaltsgläubiger.

Zum anderen hatte der Schuldspruch nichtwirtschaftliche Folgen. Insbesondere für die Frau ging von einem Schuldspruch im Scheidungsurteil eine gesellschaftliche Stigmatisierung aus, welche die Aussichten auf eine erneute Verheiratung senkte.¹⁸⁶ Dies führte dazu, dass die Ehefrauen ein Interesse daran hatten, nichtschuldig geschieden zu werden.

Hinzu trat, dass es vielen Paaren wichtig war, die Scheidung „anständig über die Bühne zu bringen“ und auf eine detaillierte Beweisaufnahme zur Schuldfrage zu verzichten. Dies hatte nicht nur eine geringere psychische Belastung und einen geringeren öffentlichen Ansehensverlust zur Folge, sondern führte auch zu einer Zeit- und Kostenersparnis im Prozess.¹⁸⁷

Vor diesem Hintergrund sahen die Gerichte ein aner kennenswertes Motiv darin, die wirtschaftlichen Folgen eines „gerechten“ Schuldspruchs ohne die Belastungen und Nachteile zu erreichen, die mit einem entsprechenden Gerichtsverfahren verbunden wären. Dieses Ziel war durch die Übernahme der Alleinschuld durch den Ehemann zu erreichen. Im Gegenzug verzich-

oder bei entgegenstehenden Gründen des Kindeswohls (§ 48 III EheG). Daneben sah das EheG eine Scheidung wegen Geistesstörung und anderer Krankheiten vor (§§ 44-46 EheG).

184 Dies setzte auch damals Bedürftigkeit des Unterhaltsgläubigers und Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners voraus.

185 Damals noch mehr als heute der designierte ehemalige Ehemann.

186 BGHZ 86, 82 (85); LG Ellwangen, FamRZ 1955, 108 (109); *Bereiter-Hahn*, FamRZ 1955, 279 (280).

187 BGHZ 86, 82 (85); *Bereiter-Hahn*, FamRZ 1955, 279 (281); *Hampel*, FamRZ 1960, 421 (421 f.); *Lüdtke*, NJW 1955, 211 (212).

tete die i.d.R. zumindest mitschuldige Ehefrau auf nachehelichen Unterhalt, um das Entstehen eines Unterhaltsanspruchs zu vermeiden (sog. „ritterliche Scheidung“). In solchen Fallgestaltungen wirkte sich der Verzicht der nach den Feststellungen des Urteils unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehefrau nicht zum Nachteil des Fürsorgeverbands aus. Schließlich hätte dieser auch nach der Feststellung der Alleinschuld oder des überwiegenden Verschuldens der Ehefrau und zumeist auch bei Feststellung beiderseitigen Verschuldens mangels eines (vollwertigen) Unterhaltsanspruchs gegen den ehemaligen Ehemann an die Bedürftige leisten müssen. Daraus folgerten die Gerichte, dass eine Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichtes nur in Betracht komme, wenn der Vertrag wenigstens wesentlich dem Ziel diene, den Ehemann auf Kosten der Allgemeinheit zu entlasten, die Eheleute also Schädigungsabsicht zum Nachteil der öffentlichen Fürsorge hatten.¹⁸⁸

1.2.2. Die Rechtsprechung nach dem Ersten Eherechtsreformgesetz

Mit Einführung des Zerrüttungsprinzips durch das 1. Eherechtsreformgesetz änderten sich nicht nur die Scheidungsvoraussetzungen, die seitdem verschuldensunabhängig allein auf die Zerrüttung der Ehe abstellen, sondern es änderte sich auch das Scheidungsfolgenrecht. Der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt ist nicht länger an fehlendes Verschulden geknüpft. Daher bedurfte die Rechtsprechung der Überprüfung und Korrektur.

Die Möglichkeit dazu nahm der BGH mit der Entscheidung vom 08.12.1982¹⁸⁹ wahr. In dem zugrunde liegenden Verfahren nahm die Stadt Bochum als Sozialhilfeträgerin den früheren Ehemann einer Sozialhilfeempfängerin aus übergeleitetem Recht in Anspruch und machte die Nichtigkeit des abgeschlossenen Unterhaltsverzichtes geltend. Die Vorinstanzen

188 OLG Hamm, FamRZ 1982, 1215 (1216); OLG Köln, DNotZ 1981, 444 (445); OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 1080 (1081); FamRZ 1955, 293 (294 f.), Meinungsstreit allerdings offen lassend; LG Bielefeld, NJW 1958, 185; LG Lüneburg, MDR 1956, 170 (171), nimmt Sittenwidrigkeit auch dann an, wenn die Erforderlichkeit des Verzichtes zur Beschleunigung des Verfahrens nicht nachgewiesen werden kann; LG Ellwangen, FamRZ 1955, 108 (109); LG Frankfurt/M., NJW 1953, 145 (146); LG Lüneburg, MDR 1953, 550.

189 BGHZ 86, 82. Soweit ersichtlich, handelt es sich gleichzeitig um die erste Entscheidung des BGH zu diesem Themenkomplex überhaupt.

waren noch davon ausgegangen, dass der Verzicht wirksam sei, weil die Parteien keine Schädigungsabsicht zum Nachteil des Sozialhilfeträgers gehabt hätten.¹⁹⁰ Der BGH führte aus, es sei nicht erforderlich, dass die Parteien beabsichtigten, die Unterhaltslast vom geschiedenen Ehemann auf den Sozialhilfeträger überzuwälzen, denn der Verzichtsvertrag müsse bereits objektiv mit den guten Sitten vereinbar sein. Dies setze voraus, dass er nicht in Rechtsstellungen Dritter eingreife.¹⁹¹ Geschehe dies, so sei der Vertrag objektiv sittenwidrig. Daraus folge seine Nichtigkeit, wenn die objektive Sittenwidrigkeit den Parteien subjektiv zuzurechnen sei. Entscheidend sei jedoch eine Gesamtwürdigung von Inhalt, Motiven und Zweck des Vertrages.¹⁹² Diese könne auch dazu führen, dass aus der bewussten Belastung des Sozialhilfeträgers keine Sittenwidrigkeit folge. Als Beispiele dafür führte der BGH billigenwerte Motive an. Diese müssten jedoch ein ausreichendes Gewicht besitzen. So bleibe es bei der Sittenwidrigkeit des Verzichtes, wenn leitendes Motiv lediglich gewesen sei, dem ehemaligen Partner nicht wehtun zu wollen.¹⁹³ Die Ermöglichung einer „ritterlichen Scheidung“ könne hingegen die Sittenwidrigkeit ausschließen.¹⁹⁴ Als weiterer, die Sittenwidrigkeit ausschließender Umstand komme in Betracht, dass der Verzichtende anderweitig wirtschaftlich abgesichert sei.¹⁹⁵

Dass eine Schädigungsabsicht der Vertragsparteien zum Nachteil des Sozialhilfeträgers nicht erforderlich ist, wurde hernach von der Rechtsprechung wiederholt betont.¹⁹⁶ Anstelle der Absicht forderten die Gerichte nun Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Belastung des Sozialhilfeträgers, also der voraussichtlichen Bedürftigkeit der einen und der grundsätzlich gegebenen Leistungsfähigkeit der anderen Partei.¹⁹⁷ Allein die

190 BGHZ 86, 82 (86). Die Scheidung erfolgte im April 1977 und unterlag somit noch altem Scheidungsrecht.

191 BGHZ 86, 82 (87).

192 BGHZ 86, 82 (88).

193 BGHZ 86, 82 (89).

194 BGHZ 86, 82 (87, 90).

195 BGHZ 86, 82 (87).

196 BGH, FamRZ 1987, 152 (153); 40 (42); FamRZ 1985, 788 (790); OLG Köln, FamRZ 1999, 920; FamRZ 1990, 634.

197 BGH, FamRZ 1985, 788 (790); BGHZ 86, 82 (89).

objektive, nahezu immer bestehende Möglichkeit einer späteren Bedürftigkeit ließen sie jedoch nicht genügen.¹⁹⁸

Auch die Notwendigkeit, eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, findet sich in den folgenden Urteilen häufig, wenngleich meist floskelhaft.¹⁹⁹ Zuweilen wurde sie auch arg strapaziert.²⁰⁰ Bei vorsorgenden Ehevereinbarungen betonte der BGH die Möglichkeit, dass sich aus der Unsicherheit über den Eintritt und den Zeitpunkt einer Scheidung zusätzliche Gesichtspunkte in der Gesamtwürdigung ergeben könnten.²⁰¹ Rechtliche Bedeutung erlangte dieser Hinweis bisher nicht.²⁰²

198 BGH FamRZ 1985, 788 (790), stimmte dem OLG Frankfurt/M., FamRZ 1984, 486, darin zu, dass die Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Bedürftigkeit der Ehefrau ausgeschlossen werden kann durch die für sie nach altem Scheidungsrecht (das bei Vertragsschluss galt) bestehende Möglichkeit, eine Scheidung durch Widerspruch zu verhindern, wenn sie sich selbst keine Eheverfehlung zuschulden kommen lässt. OLG Karlsruhe, MDR 2001, 335 (336), schloss aus Vorerkrankungen der Ehefrau nicht auf eine aus der Perspektive des Vertragsschlusses künftige Erwerbsunfähigkeit und ging dementsprechend von einem wirksamen Verzicht aus. OLG Köln, FamRZ 1999, 920, folgerte aus der bei Vertragsschluss bestehenden Alkoholerkrankung der Ehefrau die Vorhersehbarkeit zukünftiger Erwerbsunfähigkeit, die in Kombination mit ihrer Vermögenslosigkeit zu einer Bedürftigkeit werden müsse. OLG Schleswig, 27.01.1998, 8 UF 89/97, Juris, Rn. 23, ließ es genügen, dass der Unterhalt für 2 ¼ Jahre sichergestellt war. Angesichts der im Anschluss beabsichtigten Erwerbstätigkeit der Ehefrau hätten die Parteien nicht von ihrer Bedürftigkeit ausgehen müssen, so dass der Vertrag nicht sittenwidrig sei. OLG Stuttgart, FPR 1999, 299 (299 f.), schloss nachvollziehbar aus der Situation zweier noch in der Ausbildung befindlicher Ehegatten, dass die Möglichkeit einer zukünftigen Bedürftigkeit zu vage sei, um eine Sittenwidrigkeit nach sich zu ziehen. Bedenklich ist hingegen die Entscheidung des OLG Köln, FamRZ 1990, 634, in der die spätere Bedürftigkeit der Ehefrau hauptsächlich aus der bei Abschluss des vorsorgenden Ehevertrages bestehenden Schwangerschaft und daneben aus dem Fehlen einer Berufsausbildung geschlossen wurde. Diesen Gesichtspunkt verwarf BGH, FamRZ 1991, 306 (307), folgerichtig. OLG Bamberg, FamRZ 1984, 483 (484), verneinte die Gefahr einer Bedürftigkeit und damit eine Sittenwidrigkeit aufgrund der schon bestehenden Halbtagsstätigkeit der Ehefrau, als während der Ehe der Vertrag geschlossen wurde. Das Gericht sah die begründete Möglichkeit, dass die berufliche Tätigkeit ausgeweitet werden könne.

199 BGH, FamRZ 1991, 306 (307); FamRZ 1987, 40 (43); OLG Karlsruhe, MDR 2001, 335 (336); OLG Stuttgart, FPR 1999, 299; OLG Köln, FamRZ 1990, 634.

200 Das OLG Köln, FamRZ 1999, 920, würdigte die Gesamtumstände als eindeutigen Beleg dafür, dass sich der Ehemann seiner Ehefrau lediglich „finanziell entledigen“ wollte und führte dies unterstützend als Grund für die Sittenwidrigkeit des Vertrages an.

201 BGH, FamRZ 1991, 306 (307); FamRZ 1985, 788 (789).

202 Die Notwendigkeit der Berücksichtigung des zeitlichen Abstandes und der damit einhergehenden Unsicherheit ergibt sich ohnehin schon aus der Würdigung *aller* Umstände im Rahmen der Gesamtwürdigung.

1.2.3. Die Bedeutung von Bedingungen

Wurde der Verzicht auf nahehelichen Unterhalt zur Bedingung für die Eheschließung gemacht, nahmen die Gerichte an, dass die fehlende Aussicht auf den Erwerb von Unterhaltsansprüchen eine Belastung des Sozialhilfeträgers durch den Verzicht und mithin auch dessen Sittenwidrigkeit bereits objektiv ausschließe.²⁰³

1.2.4. Ausschluss der Sittenwidrigkeit aufgrund billigenswerter Motive

Zunächst stellte das einzig relevant gewordene billigenswerte Motiv, das die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung auszuschließen vermochte, die Ermöglichung einer „ritterlichen Scheidung“ dar. In neuerer Zeit sind die Gerichte nicht mehr mit „ritterlichen Scheidungen“ befasst, da mit Inkrafttreten des EheRRG nur noch neues Scheidungsrecht anzuwenden ist.²⁰⁴ Stattdessen ist als billigenswertes Motiv, das als ausreichend angesehen wurde, die Sittenwidrigkeit eines Verzichtes auszuschließen, die wirtschaftliche Begleitung einer Versöhnung angesehen worden.²⁰⁵ Die Entscheidung des OLG Koblenz betraf einen Erlass von Trennungsunterhalt für die Vergangenheit.²⁰⁶ Das OLG Karlsruhe übertrug den Aspekt auf einen Verzichtsvertrag über zukünftigen nahehelichen Unterhalt.²⁰⁷

1.2.5. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Ehevereinbarung ist derjenige des Vertragsschlusses.²⁰⁸ Dies gilt sowohl für Vereinbarungen, die eine Trennung oder Scheidung regelnd begleiten sollen, als auch für vorsorgende Vereinbarungen.

203 BGH, NJW 1997, 126; FamRZ 1992, 1403 (1404); OLG Köln, FamRZ 1995, 997 (998); 929 (930).

204 Art. 12 Nr. 3 EheRRG.

205 OLG Karlsruhe, MDR 2001, 335 (336); OLG Koblenz, FamRZ 1995, 171 (172).

206 OLG Koblenz, FamRZ 1995, 171 a.E.

207 Insoweit in MDR 2001, 335, nicht abgedruckt, vgl. aber OLG Karlsruhe, 30.08.2000, 2 WF 29/00, Juris, Rn. 5.

208 BGH, FamRZ 1991, 306 (307); OLG Stuttgart, FPR 1999, 299; OLG Köln, FamRZ 1995, 997 (998); OLG Frankfurt/M., FamRZ 1984, 486.

Als Konsequenz daraus hat sich die Argumentation für oder gegen eine Sittenwidrigkeit auf die Situation bei Vertragsschluss zu beschränken. Berücksichtigungsfähig sind ausschließlich die zu jenem Zeitpunkt bestehende objektive Situation sowie die Erwartungen und Vorstellungen der Parteien. Insbesondere vorsorgende Vereinbarungen scheiterten bei Einhaltung dieser Kriterien selten an der Hürde des § 138 I BGB wegen einer Schädigung der Allgemeinheit.

So erlangte in der Entscheidung des BGH vom 24.04.1985²⁰⁹ die auf die bei Vertragsschluss geltende Rechtslage gestützte Erwartungshaltung der Parteien entscheidende Bedeutung. Die benachteiligte Ehefrau hätte sich einen ehelichen Unterhaltsanspruch gegen den Ehemann erhalten können.²¹⁰ Es sei wegen der Ungewissheit des Scheidungszeitpunktes nicht vorhersehbar gewesen, dass die Ehefrau nach der Scheidung wegen der Betreuung des gemeinsamen Kindes keiner Erwerbstätigkeit nachgehen können würde.²¹¹ Konsequenterweise verneinte 1997 auch das OLG Stuttgart mangels Vorhersehbarkeit der mittlerweile eingetretenen Bedürftigkeit die Sittenwidrigkeit des vor der Eheschließung geschlossenen Vertrages.²¹²

Die Unsicherheiten bezüglich der Notwendigkeit einer Kindesbetreuung nach einer für denkbar gehaltenen Scheidung berücksichtigte das OLG Köln 1989 nur ungenügend und folgerte aus den nach der Scheidung bestehenden Alternativen einer Vernachlässigung des Kindes einerseits und einer Inanspruchnahme von Sozialhilfe andererseits die Sittenwidrigkeit des – vor Eingehung der Ehe geschlossenen – Ehevertrages.²¹³ Dies wurde

209 FamRZ 1985, 788.

210 BGH, FamRZ 1985, 788 (790), bestätigte damit OLG Frankfurt/M., FamRZ 1984, 486 (487). Nach damaliger Rechtslage konnte die Ehefrau eine Scheidung durch Widerspruch verhindern, wenn sie sich keine Eheverfehlung zuschulden kommen ließ. Als getrennt lebende Ehefrau hätte sie einen Anspruch auf ehelichen Unterhalt gehabt.

211 BGH, FamRZ 1985, 788 (790). Das Kind war bei Eheschließung bereits zwei Jahre alt. Vor der Geburt des Kindes war die spätere Ehefrau berufstätig.

212 FPR 1999, 299. Bei Abschluss des Vertrages befand sich die Verlobte noch in ihrer Ausbildung, die gute Aussichten auf eine eigene Erwerbstätigkeit versprach. Zudem schloss das OLG von den begüterten Verhältnissen des Verlobten auf die Möglichkeit, eine etwaig erforderliche Kindesbetreuung sicherzustellen und damit eine beiderseitige Erwerbstätigkeit zu ermöglichen. Jedoch verzichtete die Ehefrau im Verlauf der Ehe auf eine Erwerbstätigkeit und betreute stattdessen die gemeinsamen Kinder.

213 FamRZ 1990, 634.

jedoch vom BGH korrigiert.²¹⁴ Die vom OLG angeführten Argumente ließ der BGH konsequenterweise nur für die nach der Scheidung vorgenommene Bestätigung des Verzichtsvertrages gelten.²¹⁵

Auch bei Vereinbarungen anlässlich einer bevorstehenden Trennung können sich jedoch aus dem zeitlichen Ablauf Probleme ergeben. So ging das OLG Hamm in einem 1990 entschiedenen Verfahren über die Bewilligung von PKH noch von der Sittenwidrigkeit des in Streit stehenden Unterhaltsverzichtes aus, weil die frühere Ehefrau nach der Scheidung sozialhilfebedürftig war, was den Parteien nach ihrer Trennung auch bewusst gewesen sei.²¹⁶ In der Hauptsacheentscheidung folgte es hingegen aus der nunmehr bestehenden Selbstständigkeit und den damit verbundenen ausreichenden Einkünften, dass die damalige Ehefrau schon bei Abschluss des Verzichtes den Ausbau ihrer geringfügigen Beschäftigung geplant habe.²¹⁷ Auf explizite Feststellungen zu diesem Punkt verzichtete das Gericht. 1995 lehnte es die Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichtes beiläufig mit dem Hinweis ab, die Bedürftigkeit sei erst eingetreten, nachdem noch im Jahr nach der Scheidung Pflichtbeiträge in die Rentenversicherung eingezahlt worden seien, so dass sie keine zwangsläufige Folge der Scheidung sein könne.²¹⁸ Obgleich dies tatsächlich auf eine Erwerbstätigkeit des Ehemannes im Zeitpunkt von Vertragsschluss und Scheidung deutet, fehlen Feststellungen zu den bei Vertragsschluss bestehenden Vorstellungen der Parteien und der objektiv zu erwartenden Entwicklung.

In einer Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahr 1998 wird nicht deutlich, ob die Parteien bei Abschluss des Unterhaltsverzichtes die zwei Monate später erfolgte Scheidung bereits ins Auge gefasst hatten.²¹⁹ Nimmt man dies an – und der zeitliche Ablauf legt dies nahe –, war die eingetre-

214 FamRZ 1991, 306.

215 FamRZ 1991, 306 (307).

216 FamRZ 1991, 88.

217 OLG Hamm, FamRZ 1991, 88 (89).

218 OLG Hamm, FamRZ 1996, 116 (117). Ausnahmsweise machte der geschiedene Ehemann nachehelichen Unterhalt geltend.

219 FamRZ 1999, 920.

tene Sozialhilfebedürftigkeit der Ehefrau aufgrund ihrer Alkoholabhängigkeit wohl bewusst oder grob fahrlässig in Kauf genommen worden. Andernfalls, d.h. bei einer vorsorgenden Vereinbarung, wäre angesichts der Heilbarkeit der Erkrankung die Schlussfolgerung des Gerichtes unzulässig gewesen.

Auch eine 1999 ergangene Entscheidung des OLG Köln lässt nur unzureichend erkennen, wie die tatsächlichen Verhältnisse bei Vertragsschluss waren.²²⁰ Das Gericht führte aus, eine 14 Jahre nach Vertragsschluss drohende Sozialhilfebedürftigkeit könne nicht zur Sittenwidrigkeit des ein Jahr vor der Trennung geschlossenen Vertrages führen. Die ehemaligen Eheleute wollten vor Gericht erreichen, den Versorgungsausgleich nachträglich durchzuführen, um die Bedürftigkeit der Frau abzuwenden. Dies spricht dafür, dass die Bedürftigkeit durch das Erreichen des Rentenalters ausgelöst wurde. Insoweit wäre es angebracht gewesen, zu klären, ob eine unzureichende Altersversorgung bereits bei Vertragsschluss abzusehen war.

Eine Entscheidung des OLG Schleswig aus dem Jahr 1998 verdeutlicht schließlich, dass auch bei Trennungsvereinbarungen Prognoseunsicherheiten auftreten können.²²¹ Nach Vorstellung der Parteien bei Vertragsschluss sollte die Ehefrau trotz Betreuung des gemeinsamen Kindes schnellstmöglich wieder erwerbstätig werden. Zur Überbrückung erhielt sie eine Abfindung als Gegenleistung für ihren Unterhaltsverzicht. Noch vor Verbrauch derselben entschied sie sich jedoch, sich auf die Unzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit neben der Betreuung zu berufen und unter Geltendmachung der Nichtigkeit des Verzichtes Unterhalt zu verlangen. Das Gericht erkannte jedoch konsequent auf Irrelevanz der Meinungsänderung.²²²

220 FamRZ 2000, 832.

221 27.01.1998, 8 UF 89/97, Juris.

222 OLG Schleswig, aaO. (Fn. 221) Rn. 27.

1.2.6. Zusammenfassende Betrachtung der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit wegen Belastung der Allgemeinheit

Eine Ehevereinbarung kann sittenwidrig sein, wenn ihre Auswirkungen zu einer Belastung der Allgemeinheit in Gestalt des Sozialhilfeträgers führen. Mit einer leichten Zurückhaltung vor allzu viel Festlegung erklärt die Rechtsprechung eine Gesamtwürdigung von Inhalt, Zweck und Motiven des Vertrages zur Richtschnur. Die inhaltliche Gestaltung indiziert dabei die Sittenwidrigkeit, wenn sie eine bedürftige Partei ohne Sicherung des Lebensunterhalts lässt, obwohl die andere leistungsfähig und nach der gesetzlichen Regelung leistungs verpflichtet ist.

Der Vertrag kann dennoch mit den guten Sitten in Einklang stehen, wenn die Motive der Parteien diesen Makel aufwiegen. Dies wird nunmehr, nachdem die „ritterliche Scheidung“ keine Bedeutung mehr hat, nur selten anzunehmen sein. Diskussionsgegenstand wurde die wirtschaftliche Begleitung einer Versöhnung. Soweit die Vertragsparteien dabei das dominierende Ziel verfolgen, den Partner vor Ansprüchen Dritter zu schützen, die während der beendeten Krise begründet wurden, mag dies ein nachvollziehbares, sittlich zu billigendes Ziel sein. Dies betrifft aber nur Erlassvereinbarungen über (Trennungs-) Unterhalt für die Vergangenheit,²²³ die allerdings je nach Konstellation Gefahr laufen, als Vertrag zulasten Dritter keine sittliche Billigung zu erfahren, sondern vielmehr sittenwidrig und nach § 138 I BGB nichtig zu sein. Für einen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt ergibt sich aus dem Anlass der Versöhnung hingegen entgegen der Ansicht des OLG Karlsruhe²²⁴ kein wesentlicher Unterschied zu sonstigen vorsorgenden Ehevereinbarungen, seien sie vor oder während der Ehe getroffen. Im Vordergrund eines Ausschlusses des nahehelichen Unterhalts steht zwingenderweise nicht die Regelung des Zusammenlebens und eine Klärung Vergangenen, sondern die der Folgen einer für denkbar gehaltenen zukünftigen Scheidung. Insoweit ist daher eine abweichende

223 So auch in der Ausgangsentscheidung des OLG Koblenz, FamRZ 1995, 171. Vgl. oben, S. 56. Zu denken ist im Wesentlichen an den Unterhaltsregressanspruch des Sozialhilfeträgers oder Leistungen durch nachrangig Unterhaltspflichtige.

224 MDR 2001, 335. Vgl. dazu oben, S. 56.

Behandlung von „Versöhnungsvereinbarungen“ nicht geboten. Dies verdeutlicht ein Vergleich mit der Situation der „ritterlichen Scheidung“: bei einer solchen kam es schon objektiv nicht zu einer Belastung des Sozialhilfeträgers, der auch nach dem Fortfall der Unterhaltsansprüche als Folge einer „schmutzigen“ Scheidung leistungs verpflichtet gewesen wäre. Dieser Aspekt fehlt bei Verzichten auf nahehelichen Unterhalt anlässlich einer Versöhnung regelmäßig.

Neben den Motiven der Vertragsschließenden hielt der BGH den Ausschluss der Sittenwidrigkeit im Rahmen der Gesamtwürdigung für möglich, wenn die verzichtende Partei „auf andere Weise wirtschaftlich ausreichend gesichert erscheint“.²²⁵ Unter diesem Gesichtspunkt entfiel die Sittenwidrigkeit des vom OLG Schleswig beurteilten Vertrages.²²⁶ Auch die nach altem Recht bestehende Möglichkeit zum Widerspruch gegen die Scheidung nach § 48 II EheG kann als Anwendungsfall der wirtschaftlichen Sicherung des verzichtenden Teils angesehen werden.²²⁷ Die Sicherung bestand im Erhalt des ehelichen Unterhaltsanspruchs. Schließlich kann eine Regelung über den Zugewinnausgleich, der im Übrigen keine unterhaltsrechtliche Bedeutung hat, als wirtschaftliche Sicherung Relevanz erlangen.

Liegt eine anderweitige wirtschaftliche Sicherung tatsächlich vor, entfällt freilich bereits die Bedürftigkeit der verzichtenden Partei, so dass schon aus diesem Grunde weder Unterhalts- noch Sozialhilfeansprüche bestehen. Insoweit kommt diesem Aspekt kein eigenständiger Gehalt zu. Bedeutung kann er allerdings als Motiv erlangen, wenn die Parteien irrtümlich von einer ausreichenden wirtschaftlichen Sicherung des Verzichtenden ausgingen.²²⁸ Es bleibt dann eine Frage der Fahrlässigkeit, ob sie auch davon ausgehen durften oder eine später eintretende Bedürftigkeit in Betracht ziehen mussten.

Eben jene Fahrlässigkeit erweist sich als Stellschraube in der gerichtlichen Handhabung. Anerkannt ist die Notwendigkeit einer subjektiven Zurech-

225 BGHZ 82, 86 (87).

226 Vgl. S. 59, Fn. 221. Die verzichtende Ehefrau erhielt eine Abfindung.

227 Vgl. dazu BGH und OLG Frankfurt/M. (Fn. 210).

228 Dafür spricht die Formulierung des BGH, nach der es ausreicht, wenn die Partei anderweitig wirtschaftlich gesichert *erscheint*.

nung der objektiven Sittenwidrigkeit. Die Parteien müssen Kenntnis von den sittenwidrigkeitsbegründenden Umständen gehabt oder sich ihr bewusst oder grob fahrlässig verschlossen haben. Die subjektive Tatbestandsseite ist also zur objektiven Seite gleichwertig. Gleichwohl findet nur allzu selten eine gleichwertig ausführliche und überzeugende Begründung Eingang in die Entscheidungen. Teilweise verweisen die Gerichte schlicht auf vorhandenes Bewusstsein, wobei unklar bleibt, ob es aus einer Würdigung der Parteivorstellungen bei Vertragsschluss oder aus der „eindeutigen“ objektiven Lage gewonnen wird.²²⁹ Teilweise erfolgt die Begründung umfangreicher und größtenteils nachvollziehbar.²³⁰ In den die Sittenwidrigkeit verneinenden Entscheidungen findet sich häufig die Feststellung, für ein entsprechendes Bewusstsein fehlten jegliche Anhaltspunkte.²³¹ Diese eher zurückhaltende Handhabung dürfte sicherlich auch mit den Schwierigkeiten zu begründen sein, die bei Feststellung innerer Tatsachen stets bestehen. Mitunter scheint aber auch die Möglichkeit willkommen zu sein, auf dem Umweg über die subjektive Seite oder unter ihrer faktischen Ignorierung zu dem für gerecht gehaltenen Ergebnis zu gelangen.

Geklärt und völlig im Einklang mit der Dogmatik des § 138 I BGB ist die Frage des maßgeblichen Zeitpunktes.²³² Nur die Lage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann für dessen Sittenwidrigkeit ausschlaggebend sein. Allerdings bereitete die Handhabung dieses Grundsatzes vereinzelt Probleme. Ursache dessen mag sein, dass Ehevereinbarungen ihre Wirkungen

229 Vgl. OLG Köln, FamRZ 1990, 634 (635); FamRZ 1999, 920.

230 BGH, FamRZ 1987, 40 (42), immer noch stark von der objektiven Seite auf das Bewusstsein schließend; FamRZ 1985, 788 (790), nachvollziehbare Ablehnung der Fahrlässigkeit; BGHZ 86, 82, wenngleich i.E. offenlassend mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen; OLG Schleswig, 27.01.1998, 8 UF 89/97, Juris, Rn. 23 f. (verneinend); OLG Frankfurt/M., FamRZ 1984, 486 (487), auf das Scheidungsrecht abstellend; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 1080, folgert das Bewusstsein allerdings aus Aussagen in der Berufungsverhandlung, die sich nicht auf die Lage bei Vertragsschluss bezogen.

231 OLG Karlsruhe, MDR 2001, 335 (336); OLG Köln, FamRZ 2000, 832; OLG Stuttgart, FPR 1999, 299, allein auf die objektiven Verhältnisse eingehend; OLG Hamm, FamRZ 1991, 88, begnügt sich ebenfalls mit der Erörterung der objektiven Situation, die als einziges Indiz gewertet wird. Noch unter der alten Rspr. verneinten OLG Hamm, FamRZ 1982, 1215 (1216), und OLG Düsseldorf, FamRZ 1955, 293 (294), die geforderte Schädigungsabsicht.

232 Palandt/Heinrichs, § 138, Rn. 9, m.w.N.

unter Umständen erst viele Jahre nach ihrem Abschluss und unter gravierend veränderten tatsächlichen, mitunter auch rechtlichen Verhältnissen entfalten. Dies gilt besonders für Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, die erst mit Erreichen des Rentenalters Bedeutung erlangen. Aber auch Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt, die im Rahmen von vorsorgenden Verträgen getroffen werden, können sich erst nach vielen Jahren auswirken. Dabei ist der Zeitpunkt des tatsächlichen Eintritts der Wirkungen regelmäßig ungewiss. Auch soll eine Situation geregelt werden, die von Entwicklungen und persönlichen Entscheidungen abhängig ist. So ist vielfach im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unklar, ob gemeinsame Kinder Auswirkungen auf die geregelten Gegenstände haben werden. Der berufliche Werdegang der Parteien ist bei Vertragsschluss zumeist nicht mit hinreichender Sicherheit vorhersehbar. Über die Bedeutung der Ungewissheiten sind sich die Parteien bei Vertragsschluss nicht immer im Klaren. Aus dieser Ausgangslage heraus fällt es den Gerichten nicht immer leicht zu beurteilen, welche Entwicklungen mit einer solchen Wahrscheinlichkeit zu erwarten waren, dass die Parteien sie ihren Erwägungen zugrunde legen mussten.

Auf den ersten Blick einleuchtend ist schließlich die Handhabung der Bedingungen durch die Rechtsprechung. Immer dann, wenn der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt eine Bedingung für die Eheschließung war, kann der Verzicht nicht objektiv zulasten der Allgemeinheit gehen. Eine Aussicht auf vorrangig zu gewährenden nachehelichen Unterhalt hat dann zu keinem Zeitpunkt bestanden. Gleichwohl wird zu klären sein, ob dieser Punkt nicht einer differenzierteren Betrachtungsweise bedarf. Weiterhin wird zu klären sein, welche Bedeutung eine während der Ehe gestellte Bedingung zum Abschluss einer Verzichtvereinbarung erlangen kann, wenn die Alternative in einer Scheidung besteht. Zu denken ist insbesondere an Auswirkungen auf die Höhe von Unterhalts-, Zugewinnausgleichs- und Versorgungsausgleichsansprüchen. Allerdings spielt die Dauer der Ehe für deren Höhe jeweils nur mittelbar eine Rolle.

Insgesamt hat die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Ehevereinbarungen aufgrund einer Belastung der Allgemeinheit eine einheitlichere

Linie gefunden als zur Sittenwidrigkeit wegen einseitiger Lastenverteilung. Sie zeigt stark zurückhaltende Tendenzen, trotz der damit verbundenen Belastungen öffentlicher Kassen. Damit anerkennt sie einen hohen Stellenwert der Vertragsfreiheit und gewährleistet ein recht hohes Maß an Rechtssicherheit im Bezug auf das Vertrauen in die Rechtswirksamkeit einer Ehevereinbarung, die sich zum Nachteil des Sozialhilfeträgers auswirkt. Gleichwohl hat die Rechtssicherheit stark darunter gelitten, dass keine Schädigungsabsicht mehr nachgewiesen werden muss. Eheleute müssen sich daher darauf gefasst machen, dass eine Verzichtvereinbarung keinen Bestand haben wird, wenn sie nicht darlegen können, in welcher Form der effektiv verzichtende Teil nach ihren Vorstellungen bei Vertragschluss seinen Lebensunterhalt bestreiten sollte. Dies schränkt die Vertragsfreiheit jener Ehegatten erheblich ein, die nicht bereits vor ihrer Eheschließung einen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt vereinbart haben.

1.2.7. Position der Literatur zur Bedeutung einer Belastung der Allgemeinheit

Unter Geltung des EheG war es in der Literatur umstritten, ob der Rechtsprechung in ihrer restriktiven Handhabung des § 138 I BGB²³³ zu folgen sei oder nicht. Insbesondere *Tipke* vertrat vom Standpunkt der öffentlichen Fürsorge aus die Ansicht, dass ein Unterhaltsverzicht nicht nur bei Schädigungsabsicht der Vertragsparteien sittenwidrig sei.²³⁴ Die objektive Sittenwidrigkeit ergebe sich vielmehr bereits aus der Eignung zur Schädigung des Vermögens eines Dritten (nämlich des Fürsorgeverbandes), die subjektive Sittenwidrigkeit erfordere – wie auch sonst nicht – keine Schädigungsabsicht der Parteien.²³⁵ Ausreichend sei stets bedingter Vorsatz. Daher sei auch ein Unterhaltsverzicht schon immer dann als sittenwidrig anzusehen, wenn die Parteien die Gültigkeit des Verzichtes auch für den als möglich oder wahrscheinlich erkannten Fall der Hilfsbedürftigkeit gewollt hätten, wovon auszugehen sei, wenn die verzichtende Frau kein Vermögen, keinen

233 Dazu oben, S. 51.

234 FamRZ 1954, 188.

235 *Tipke*, FamRZ 1954, 188 (189).

Beruf und keine unterhaltspflichtigen Verwandten habe.²³⁶ Angesichts der Schwierigkeiten insbesondere älterer Frauen, nach einer ehebedingten beruflichen Auszeit wieder eine Anstellung zu finden, gelte dies regelmäßig auch für Frauen, die in früheren Zeiten berufstätig waren.²³⁷ Gegen die gegenteilige Auffassung spreche zudem, dass der Fürsorgeverband kaum Aussichten hätte, eine Schädigungsabsicht vor Gericht nachzuweisen.²³⁸ In eine ähnliche Richtung äußerte sich auch *Wiethaup*, der sich allerdings passagenweise nur auf einen Fall zu stützen scheint, in dem die verzichtende Frau an Tuberkulose erkrankt war, und darüber hinaus in seinen Äußerungen unklar bleibt.²³⁹

Diese Auffassung konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Die Linie der Rechtsprechung wurde insbesondere von *Lüdtkke* verteidigt.²⁴⁰ Die gesetzliche Systematik, nach der § 1614 BGB gerade nicht für nahehelichen Unterhalt gelten solle, dürfe nicht umgangen werden, indem jeder Unterhaltsverzicht einer bedürftigen Ehefrau über den Umweg des § 138 I BGB unwirksam sei. Zudem könne von den Ehefrauen nicht aufgrund der nicht ganz fernliegenden Gefahr einer Inanspruchnahme öffentlicher Fürsorge verlangt werden, ihre eigenen Interessen gegenüber denjenigen der Allgemeinheit hintanzustellen.²⁴¹ Schließlich gebe es – wie am Beispiel der ritterlichen Scheidung zu sehen – durchaus legitime Interessen, die dagegen sprächen, Sittenwidrigkeit anzunehmen. Für diese sei es daher erforderlich, dass die Parteien entweder in Schädigungsabsicht gehandelt hätten oder die Abwälzung der Unterhaltslast auf den Fürsorgeverband neben weiteren

236 *Tipke*, aaO.

237 *Tipke*, aaO.

238 *Tipke*, FamRZ 1954, 188 (190).

239 *Wiethaup*, MDR 1954, 9 (10). Er nimmt Sittenwidrigkeit auch dann an, wenn die Abwälzung der Unterhaltslast auf die Allgemeinheit nicht beabsichtigt gewesen sein sollte, sondern auf einem Irrtum über die Dauer der Erkrankung beruhe. Des Weiteren hält er jeden Verzicht für sittenwidrig, der auch für den Fall des Eingreifens des Fürsorgeverbandes gelten soll. Allerdings fordert er auch den Nachweis von Schädigungsabsicht oder der Möglichkeit der Schädigung. Zugleich müsse das Handeln bewusst oder gewissenlos gewesen sein und den Zweck gehabt haben, den Fürsorgeverband zu schädigen. Schädigungsabsicht gleichzeitig für entbehrlich zu halten und ihren Nachweis zu verlangen ist widersprüchlich.

240 NJW 1955, 211.

241 *Lüdtkke*, NJW 1955, 211 (212).

Merkmale wesentlich mitbestimmend gewesen sei.²⁴² Das Verhalten müsse sich im Ganzen als gewissenlos darstellen. Mittels des Anscheinsbeweises sei dies auch beweisrechtlich zu bewältigen.²⁴³ Diese Auffassung wurde in der Folgezeit zur herrschenden Literaturmeinung.²⁴⁴

Auch nach Änderung der Rechtsprechung infolge des EheRRG hielt sich in Teilen des Schrifttums die These, Sittenwidrigkeit wegen belastender Wirkung gegenüber den Sozialhilfeträgern erfordere eine Schädigungsabsicht der Vertragsparteien.²⁴⁵ Tragendes Argument anstelle der Ermöglichung einer „ritterlichen Scheidung“ wurde nun der Erhalt der gesetzlich eingeräumten Privatautonomie auch gegenüber der grundsätzlich subsidiären Sozialhilfe. Die Vertreter dieser Ansicht betonten dabei, dass Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 I BGB trotz aller Verrechtlichung der Beurteilungsmaßstäbe ein moralisches Unwerturteil über das beurteilte Handeln enthalte, das angesichts der gesetzlichen Gestattung eines Unterhaltsverzichts²⁴⁶ und der gesellschaftlichen Praxis²⁴⁷ nur gerechtfertigt sei, wenn die Parteien gewissenlos ihren eigenen Vorteil gesucht und dabei eine Schädigung des Sozialhilfeträgers beabsichtigt hätten.²⁴⁸

242 Lüdtkke, aaO.

243 Lüdtkke, aaO.

244 *Bereiter-Hahn*, FamRZ 1955, 279 (281); *Dölle*, Familienrecht, § 41 III 6 d; *Soergel*¹⁰/*Donau*, § 72 EheG, Rn. 19; *Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung⁴, Rn. 315; *Hampel*, FamRZ 1960, 421 (423); *Köhler*, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rn. 332; *Reinhardt*, Zulässigkeit des Verzichtes, 48; *Rolland*, 1. EheRG, § 1585c, Rn. 34; *Ruland*, MDR 1976, 453 (454, 456); *Hoffmann/Stephan*, § 72 EheG, Rn. 11, 69; RGRK^{10/11}/*Wüstenberg/Koeniger*, § 72 EheG, Rn. 109 ff. Selbst bei Schädigungsabsicht keine Sittenwidrigkeit annehmend: *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts², § 25 IV 3.

245 *Meder*, FuR 1993, 12 (21); *LPK-BSHG/Münder*, § 90, Rn. 20; *Zöllner*, FS Lange, 973 (988 f.).

246 *Meder*, FuR 1993, 12 (21); *Zöllner*, FS Lange, 973 (989), führt aus, in den gesetzlichen Scheidungsfolgen sei keine gute sittliche Ordnung verkörpert, sondern nur eine subsidiäre Regelung für den Fall fehlender Individualvereinbarungen enthalten.

247 *Zöllner*, FS Lange, 973 (987), weist darauf hin, dass nach Untersuchungen von *Müller-Alten*, Ehescheidung und Scheidungsverträge, S. 145, und *Caesar-Wolf/Eidmann*, ZRSoz 1985, 163 (174), zitiert nach *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, S. 97, Fn. 179, ein Unterhaltsverzicht in über 50% der Scheidungsfälle abgeschlossen wird (bis zu 64,8%).

248 Einen moralischen Gehalt des Sittenwidrigkeitsurteils verneint hingegen *Köbl*, FS Söllner, 185 (197).

Überwiegend folgte die Literatur jedoch der gewandelten Rechtsprechung.²⁴⁹ Die h.L. schloss sich der Auffassung an, dass Schädigungsabsicht keine Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit eines Verzichtsvertrages über nahehelichen Unterhalt oder den Versorgungsausgleich sei. Im Gegensatz zu o.g. Vertretern betonte die h.L., eine private Entfaltung des Einzelnen sei nicht zulasten des Gemeinwohls möglich.²⁵⁰ Im Einzelnen hoben die Autoren unterschiedliche Gesichtspunkte hervor und setzten den Schwerpunkt durchaus anders als die in ihrer Zielsetzung und den Auswirkungen grundsätzlich begrüßte Rechtsprechung.²⁵¹ Teilweise forderten sie auch eine gewandelte Handhabung des § 138 I BGB. So argumentierte *Heß* für eine Beurteilung von vorsorgenden Ehevereinbarungen und Scheidungsfolgenvereinbarungen gleichermaßen ausschließlich anhand des Wirkungszeitpunktes.²⁵² Dies sei zwar eine Abkehr von der üblichen Dogmatik, stehe aber in einer Parallele zur Vorgehensweise im Erbrecht bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen.²⁵³

249 *Bosch*, FS Habscheid, 23 (28); *ders.*, FamRZ 1983, 140; *Frey*, Verzicht, 61 ff.; *Göppinger*, JR 1983, 197 (198); *Heß*, FamRZ 1996, 981; *Hohloch*, JR 1991, 333; *Köbl*, FS Söllner, 185 (196); *Koch*, JR 1993, 197; *Luthin*, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rn. 2272; *Göppinger/Börger/Miesen*, Rn. 293; *Petzold*, Sittenwidrigkeit, 96.

250 *Bosch*, FamRZ 1983, 140; *Frey*, Verzicht, 61; *Köbl*, FS Söllner, 185 (197); *Koch*, JR 1993, 197 (198).

251 *Frey*, Verzicht, 62 f., hält Verzichte auf nicht realisierbare Unterhaltsansprüche niemals für sittenwidrig. Darüber hinaus fordert er eine Umkehr der Beweislast für das Nichtvorliegen von sittenwidrigkeitsausschließenden Beweggründen. *Heß*, FamRZ 1996, 981 (988), spricht sich für eine Anwendung des § 242 BGB anstelle des § 138 I BGB aus. Dabei sei keine Ausübungs-, sondern eine Inhaltskontrolle vorzunehmen. Sittenwidrigkeit ist nach seiner Auffassung zu vermeiden, wenn der Verzicht den Notunterhalt nicht umfasst. Auch *Hohloch*, JR 1991, 333 (334), bevorzugt die Anwendung des § 242 BGB anstelle des § 138 I BGB, zumindest soweit es um den Verzicht auf nahehelichen Betreuungsunterhalt geht. *Göppinger*, JR 1983, 197 (198), will die Sittenwidrigkeit in erster Linie aus dem zeitlichen Verhältnis der Inanspruchnahme von Sozialhilfe und der Scheidung abhängig machen, wobei er verlangt, dass die Notwendigkeit der Inanspruchnahme sicher sein oder die Gewährung direkt nach der Scheidung erfolgen muss. Für spätere Bedürfnislagen schließt er Sittenwidrigkeit regelmäßig aus. *Köbl*, FS Söllner, 185 (196), betont, dass schon die Wahrscheinlichkeit der Sozialhilfebedürftigkeit ausreichen müsse, es könne nicht Zwangsläufigkeit verlangt werden. *Koch*, JR 1993, 197, weist auf die Gefahr mangelnder Kontrollmöglichkeiten und daraus folgender regelmäßiger Billigung von Vereinbarungen hin, die vor der Ehe abgeschlossen wurden, wenn diese nach Vortrag der Parteien Bedingung für die Eheschließung sein sollten.

252 FamRZ 1996, 981 (986).

253 *Heß*, FamRZ 1996, 981 (986).

2. Zur Einrede unzulässiger Rechtsausübung

2.1. Standpunkt der Rechtsprechung

Die Einräumung uneingeschränkter Vertragsfreiheit im Eherecht wurde von der Rechtsprechung seit den 1980er Jahren in Bezug auf Verzicht auf den Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) durchbrochen. Zwar wurde stets dessen grundsätzliche Disponibilität im Rahmen von Vereinbarungen nach § 1585c BGB bestätigt, jedoch wurde es dem Begünstigten verwehrt, sich auf den Verzicht zu berufen, wenn dadurch das Wohl gemeinsamer Kinder beeinträchtigt würde.²⁵⁴ Dies sei treuwidrig und somit unzulässige Rechtsausübung.²⁵⁵

Das Kind habe einen grundrechtlich geschützten Anspruch auf die Betreuung und Erziehung durch die leiblichen Eltern. Daher werde das Kindeswohl beeinträchtigt, wenn der betreuende Ehegatte aufgrund des Verzichtes gezwungen sei, seinen Lebensunterhalt durch Erwerbstätigkeit sicherzustellen und in Folge dessen die notwendige Betreuung des gemeinschaftlichen Kindes einzuschränken. In späteren Entscheidungen wurde dies unter den Vorbehalt gestellt, dass keine anderweitige Betreuungsmöglichkeit zur Verfügung stehe.²⁵⁶ Der betreuende Elternteil müsse sich jedoch nicht auf die Möglichkeit einer Unterbringung in einem Kinderhort verweisen lassen.²⁵⁷ Auch die Möglichkeit, anstelle der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die persönliche Betreuung unter Inanspruchnahme von Sozialhilfe fortzusetzen, könne die Beeinträchtigung des Kindeswohls nicht vermeiden.²⁵⁸

254 BGH, FamRZ 1991, 306; FamRZ 1987, 46; FamRZ 1985, 787. Noch 1983 hatte das OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 171 (173), in der Berufungsentscheidung zu BGH, FamRZ 1985, 787, das nach Ausspruch des Scheidungsurteil empfangene Kind allein dem Risikobereich der Frau zugeordnet. Diese müsse sich wie eine unverheiratete Frau ohne Anspruch auf Betreuungsunterhalt behandeln lassen. Das Vertrauen des Ehemannes in die Wirksamkeit des abgeschlossenen Verzichtvertrages sei höherwertig.

255 BGH, FamRZ 1987, 46 (47); FamRZ 1985, 787 (788).

256 BGH, FamRZ 1992, 1403 (1405); NJW 1990, 253 (254). Soweit ersichtlich, wurde von dem Vorbehalt jedoch niemals Gebrauch gemacht.

257 OLG Düsseldorf, FamRZ 1996, 734 (735).

258 BGH, FamRZ 1992, 1403 (1405), unter Verweis auf BGH, NJW 1990, 253, wo den Ausführungen des OLG Koblenz, FamRZ 1989, 632, widersprochen wurde, die Inanspruchnahme von Sozialhilfe beeinträchtige das Kindeswohl nicht. In diesem Verfahren ging es

Der BGH hielt eine Entscheidung über eine Geschäftsgrundlagenstörung als Grundlage des trotz Verzichtes gewährten Betreuungsunterhalts ausdrücklich für entbehrlich. Dennoch ging er ausführlich darauf ein, dass sich die Umstände, die sich die Parteien bei Abschluss der Verzichtvereinbarung vorgestellt hatten, nicht verwirklichten.²⁵⁹ In späteren Entscheidungen verzichtete die Rechtsprechung auf entsprechende Darlegungen und weitete den Anwendungsbereich des Rechtsmissbrauchs auf Konstellationen aus, in denen die Bedürftigkeit des betreuenden Ehegatten schon bei Abschluss des Vertrages vorhersehbar war.²⁶⁰

Nach Auffassung des BGH hat sich die Argumentation im Rahmen des § 242 BGB allein auf die Beeinträchtigung des Kindeswohls zu beschränken. Die Notwendigkeit, Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen, führe allenfalls zur Sittenwidrigkeit des Vertrages. Habe dieser unter diesem Aspekt Bestand, dürfe die Sozialhilfebedürftigkeit im Rahmen des § 242 BGB nicht erneut herangezogen werden.²⁶¹

Seit 1991 beschränkt die Rechtsprechung den auf diesem Wege zugebilligten Betreuungsunterhalt auf den notwendigen Unterhalt.²⁶²

allerdings um die Härtefallklausel § 1579 BGB, die das OLG ungeachtet der daraus folgenden Bedürftigkeit anwenden wollte.

259 In der Entscheidung BGH, FamRZ 1985, 787, wurde das gemeinschaftliche Kind erst nach der Vereinbarung empfangen und 10 Monate nach dem Scheidungsurteil geboren. In der Entscheidung BGH, FamRZ 1987, 46, ergab sich die Bedürftigkeit der geschiedenen Ehefrau aus einem unerwartet niedrigen Verkaufspreis des Familienheimes, dessen Erlös ihren Lebensunterhalt sichern sollte und unerwarteten zusätzlichen Zinslasten für den zwischenzeitlich durch Kredite finanzierten Lebensunterhalt. Das OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 171 (173), behandelte den ersten der beiden Fälle auch ausschließlich unter dem Aspekt der Störung der Geschäftsgrundlage. Diese wurde aber verneint, weil sich die Ehefrau nach Erlass des Scheidungsurteils wie eine unverheiratete Frau behandeln lassen müsse. Die Empfängnis eines Kindes sei daher allein ihr Risiko. Leitet man den Rechtsmissbrauch aus der Beeinträchtigung des Kindeswohls durch die Auswirkungen des Verzichtes ab, haben die Vorstellungen der Parteien bei Abschluss des Vertrages eigentlich keine Bedeutung.

260 BGH, FamRZ 1992, 1403; FamRZ 1991, 306.

261 BGH, FamRZ 1992, 1403 (1405). Dies sei nicht nur folgerichtig, sondern entspreche auch dem Sinn und Zweck des § 242 BGB. Dieser schütze nicht die Interessen der Allgemeinheit, sondern nur die des Vertragspartners. Damit änderte der BGH seine Rechtsprechung an diesem Punkt. Noch in der Entscheidung BGH, FamRZ 1991, 306, argumentierte der BGH im Rahmen des § 242 BGB mit der Belastung der Allgemeinheit.

262 OLG Bamberg, FamRZ 1991, 1060 (1062). Das Urteil wurde bestätigt durch BGH, FamRZ 1992, 1403.

2.2. Standpunkte der Literatur

Die Literatur steht dieser Rechtsprechung kritisch gegenüber. Zwar wird das Zubilligen des Betreuungsunterhalts teilweise begrüßt,²⁶³ jedoch wird die Begründung angegriffen.

Koch weist darauf hin, dass die Behauptung, Belange der Sozialhilfe seien bei der Anwendung des § 242 BGB nicht zu berücksichtigen, zu einer inkonsequenten Rechtsprechung führe. Entweder müsse man konsequent auf das Kindeswohl abstellen, womit man nicht zu einer Reduzierung des Betreuungsunterhalts auf den notwendigen Unterhalt gelange. Oder man müsse die Reduzierung mit der dahinterstehenden tragenden Wertung, der Umgehung des sozialhilferechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes, begründen.²⁶⁴ Da das Kindeswohl aber durch die Inanspruchnahme von Sozialhilfe durch den betreuenden Ehegatten nicht gefährdet werde, werde die Entscheidung, dem betreuenden Ehegatten unabhängig vom vereinbarten Verzicht einen Unterhaltsanspruch zuzugestehen, allein durch die sozialrechtlichen und die korrespondierenden fiskalischen Interessen getragen. Daraus ergebe sich im Ergebnis auch die Rechtfertigung der Beschränkung auf den notwendigen Unterhalt.²⁶⁵

Nach *Büttner* ist die Argumentation des BGH inkonsequent, weil er sich beim Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht an der Rechtsposition der nichtehelichen Mutter orientiert und den Unterhalt nicht nur in den Grenzen des § 1615I BGB zuspricht. Die Reduzierung der Unterhaltshöhe sei unabhängig davon nicht angemessen, weil in der Lebenswirklichkeit innerhalb der gleichen Familie keine unterschiedlichen Lebensstandards umsetzbar seien.²⁶⁶

Diesen Einwand greift auch *Schwab* auf.²⁶⁷ Träfe die Annahme der Rechtsprechung, § 1570 BGB sichere die Wahrnehmung der Elternverant-

263 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (328); *Grziwotz*, DNotZ 1998, SH 228 (261); *Koch*, JR 1993, 197 (198).

264 *Koch*, JR 1993, 197 (198).

265 *Koch*, aaO.

266 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (7). Die „Großzügigkeit“ gegenüber der Zulässigkeit von Verzichtverträgen sieht er in einem Widerspruch zur „Überzeichnung“ der nahehelichen Solidarität im Rahmen der Korrektur nach § 242 BGB.

267 FamRZ 1997, 521 (525).

wortung, zu, müsse der Unterhalt allein am Kindeswohl – und somit an den ehelichen Lebensverhältnissen – bemessen werden. Überdies folge aus der Annahme bei konsequenter Umsetzung, die Unverzichtbarkeit des § 1570 BGB.²⁶⁸

Armasow formuliert einen dogmatischen Einwand gegen die Konstruktion des BGH: durch den Verzicht werde dem davon begünstigten Ehegatten kein Recht eingeräumt, vielmehr entfalle eine Pflicht. Wenn er sich auf den Wegfall der Pflicht berufe, könne er daher keinen Rechtsmissbrauch begehen.²⁶⁹ Die fehlende Begründung des BGH beruhe daher auf einer fehlenden Begründbarkeit.²⁷⁰

Meder sieht in dem Eingriff in die Vertragsfreiheit eine ungerechtfertigte Schlechterstellung einkommensschwacher gegenüber begüterten Ehepaaren.²⁷¹ Zudem bemängelt er die moralische Anprangerung, die in der Wertung des Verhaltens als treuwidrig enthalten sei, während das BGB die Disponibilität des Betreuungsunterhalts nicht abweichend von derjenigen anderer Unterhaltstatbestände regelt. Die Anwendung des § 242 BGB sei daher auf Konstellationen zu beschränken, in denen ein eindeutiges Fehlverhalten der Ehegatten festzustellen sei.²⁷²

Frey folgt der Ansicht der Rechtsprechung weitgehend.²⁷³ Er will bei Beurteilung der Treuwidrigkeit allerdings zwischen dem Vertrauensschutz des Begünstigten und der Beeinträchtigung der Kindesbetreuung abwägen, ohne dabei erkennbar zwischen dem Kindeswohl und sozialrechtlichen Belangen zu unterscheiden.²⁷⁴

268 *Schwab*, FamRZ 1997, 521 (525).

269 RNotZ 2001, 196 (199).

270 *Armasow*, RNotZ 2001, 196 (199). Anders sieht dies *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (328), unter Berufung auf *Fastrich*, Inhaltskontrolle, 25. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs könne sich aus dem Verstoß gegen höherrangige Pflichten ergeben. In den entschiedenen Fällen liege ein Verstoß gegen das Kindeswohl vor.

271 FuR 1993, 12 (20 f.).

272 *Meder*, FuR 1993, 12 (21).

273 Verzicht, 82 f.

274 *Frey*, Verzicht, 82 f. Dabei scheide der Einwand unzulässiger Rechtsausübung nur dann aus, wenn der Begünstigte im Vertrauen auf die Wirksamkeit des vereinbarten Verzichts konkrete Dispositionen getroffen habe, die er ohne den Verzicht nicht getroffen hätte. Daraus ist wohl zu entnehmen, dass *Frey* die Abwägung im Regelfall gegen die Durchsetzbarkeit des Unterhaltsverzichts entscheiden will.

2.3. Zusammenfassung und Stellungnahme

Die Literatur hebt die Schwachpunkte der Argumentation der Rechtsprechung zutreffend hervor. Die Rechtsprechung ist in sich widersprüchlich. Widersprüchlich ist schon die vom Einzelfall gelöste, beinahe regelmäßig erfolgende Korrektur der Wirkungen der Vereinbarung über § 242 BGB. Inkonsequent ist auch die Beschränkung auf den notwendigen Unterhalt bei gleichzeitiger Ablehnung einer gleichwertigen Absicherung durch die Inanspruchnahme von Sozialhilfe, die sich schließlich auch am notwendigen Lebensunterhalt orientiert.²⁷⁵ Schließlich ist es unstimmg, das Kindeswohl von der Betreuung durch einen leiblichen Elternteil abhängig zu machen, den Unterhaltsanspruch aber unter den Vorbehalt zu stellen, dass keine anderweitige Betreuung möglich ist.

Allerdings ergeben sich die Widersprüche wohl aus dem Bemühen, ohne offene Umgehung der gesetzlichen Systematik die Rechtsposition des betreuenden Ehegatten zu stärken, und dabei den Belangen des zur Unterhaltsleistung verpflichteten Ehegatten wenigsten durch eine Beschränkung der Unterhaltshöhe Rechnung zu tragen.

Dogmatisch vermag die Konstruktion freilich nicht zu überzeugen. Vielmehr scheinen zwei Alternativen näher zu liegen: Bei unbefangener Anwendung des BGB muss von einer unbeschränkten Vertragsfreiheit auch im Hinblick auf die Disponibilität des Betreuungsunterhalts ausgegangen werden. Ein Verzicht ist nur sittenwidrig, wenn feststeht, dass er sich zwingenderweise zulasten Dritter auswirken wird. Das Argument, der Verzicht auf den Betreuungsunterhalt wirke sich immer zulasten des Kindes aus, muss dabei als unzulässig angesehen werden, weil es die gesetzliche Systematik umgeht. Sittenwidrigkeit setzt hier wie auch sonst ein Mehr voraus, eine Steigerung des unredlichen Verhaltens in objektiver oder subjektiver Hinsicht. Gelangt man demnach zur Wirksamkeit des Vertrages,²⁷⁶ scheidet eine Anwendung des § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt der

²⁷⁵ Vgl. §§ 11, 12 BSHG.

²⁷⁶ Eine Sittenwidrigkeit wäre auch bei Verzichten auf den Betreuungsunterhalt ein Ausnahmefall. Bei vorsorgenden Vereinbarungen tritt verschärfend hinzu, dass die Unsicherheit über den Eintritt der Rechtswirkungen des Verzichtes den Schluss auf die Sittenwidrigkeit erschwert.

unzulässigen Rechtsausübung: Der Verzicht stellt für den Begünstigten kein Recht dar²⁷⁷ und die Wirkungen des Verzichtes stehen im Einklang mit den Vorstellungen der Parteien bei Abschluss desselben, so dass sie nicht treuwidrig sind.²⁷⁸ Nur wenn eine Geschäftsgrundlagenstörung vorliegt, ist eine Vertragsanpassung vorzunehmen (§ 313 BGB). Dies setzt freilich eine fehlende Vorhersehbarkeit der eingetretenen Entwicklung voraus.²⁷⁹

Die Alternative besteht in einer restriktiven Interpretation des § 1585c BGB. Die Vertragsfreiheit der Ehegatten zur Regelung des nahehelichen Unterhalts erstreckte sich nicht auf Dispositionen über den Anspruch aus § 1570 BGB, falls dieser zwingendes Recht beinhaltete. Der Betreuungsunterhalt kann jedoch nur als zwingend angesehen werden, wenn sich das Kindeswohl gegenüber der Vertragsfreiheit seiner Eltern durchsetzt und sowohl eine persönliche Betreuung durch einen leiblichen Elternteil als auch ein Aufwachsen in einer konsequent an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierten Unterhaltsgemeinschaft erfordert. Nur unter diesen Voraussetzungen scheidet sowohl der Verweis auf eine anderweitige Betreuungsmöglichkeit als auch auf die Inanspruchnahme von Sozialhilfe aus, und ein Verzicht auf den Betreuungsunterhalt wäre nach §§ 134 oder 138 BGB unwirksam. Dies bleibt einer näheren Untersuchung vorbehalten.

277 Zutreffend insoweit *Armasow*, RNotZ 2001, 196 (199).

278 Vgl. *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (328).

279 Unter diese wären die Sachverhalte der Ausgangsentscheidungen (BGH, FamRZ 1985, 787; FamRZ 1987, 46; vgl. dazu Fn. 259) subsumierbar gewesen. Bei vorsorgenden Vereinbarungen junger und somit potentiell zeugungsfähiger Ehepaare dürfte die Geburt gemeinschaftlicher Kinder unabhängig von den Plänen des Paares in aller Regel als vorhersehbar eingestuft werden müssen.

V. Abweichende Konzepte der Literatur zur Behandlung von Ehevereinbarungen

Der Rechtsprechung stellte die Literatur abweichende Konzepte zum angemessenen Umgang mit der Vertragsfreiheit im Eherecht gegenüber. Diese hielten sich teilweise im Rahmen des geltenden Rechts und versuchten, Regeln für einen sachgerechten Gebrauch der Privatautonomie aufzustellen oder lieferten eine von der Rechtsprechung abweichende Interpretation der gesetzlichen Bestimmungen. Teilweise wurde eine Überarbeitung des geltenden Rechts vorgeschlagen.

1. Ehetypenlehre

Die mit der Beurkundung befassten Notare sahen die Gefahr eines unangemessenen Gebrauchs der weitreichenden gesetzlichen Dispositionsbefugnisse. Sie versuchten, diese durch die Entwicklung von Vertragsmodellen einzudämmen, die sich an den jeweils geplanten oder gelebten Ehetypen orientierten.²⁸⁰

Ausgangspunkt für die Bemühungen war die Erkenntnis, dass das Scheidungsfolgenrecht im Gegensatz zum Eherecht immer noch an der vormals im Gesetz verankerten Einverdienerhe ausgerichtet ist.²⁸¹ Je weiter das geplante bzw. gelebte Ehemodell von diesem Typus abweiche, desto mehr seien Modifizierungen des gesetzlichen Systems angemessen.²⁸² Von diesem Grundsatz ausgehend, entwickelte sich ein differenziertes System von Vorschlägen,²⁸³ die der Notar an den jeweiligen Einzelfall anpassen sollte.²⁸⁴ Die Fallgruppen sind geprägt von dem Bemühen, die gesetzlichen

280 Grundlegend *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9.

281 *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 (10); Handbuch, Rn. 116.

282 *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 (10 f.); Handbuch, Rn. 117.

283 Siehe bei *Langenfeld*, FamRZ 1994, 201 (202 ff.); FamRZ 1987, 9 (11 ff.); Handbuch, Rn. 1243 ff. Für folgende Ehetypen werden Formulierungsvorschläge (bei *Langenfeld*, Handbuch, aaO.) gemacht: junge Doppelverdienerhe mit Kinderwunsch, junge Ehe mit befristeten Modifikationen, Ehe des begüterten Erben, Ehe des Unternehmers, Partnerschaftsehe, Diskrepanzehe (im Hinblick auf Alter oder Vermögen), Wiederheirat im Alter, gemeinsame Vermögensbildung schon vor der Ehe, Ehe mit verschuldetem Partner, Ehe zur Versorgung der zweiten Ehefrau, Ehe mit Muslim.

284 *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 1242.

Regelungen weitestgehend beizubehalten und nur im erforderlichen Umfang zu modifizieren. Gegenüber einem vollständigen Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist demnach die Herausnahme einzelner Vermögensgegenstände, wie z.B. eines Unternehmens, vorehelichen Vermögens oder einer Erbschaft vorzugswürdig.²⁸⁵ Einer Gütertrennung sei eine Modifizierung der Zugewinngemeinschaft vorzuziehen, die für den Todesfall die gesetzliche Regelung des § 1371 BGB unangetastet lässt.²⁸⁶ Die Gütergemeinschaft sei niemals ein sachgerechter Güterstand.²⁸⁷ Bei der Beurkundung solle die Möglichkeit einer späteren Änderung des gelebten Ehetyps – insbesondere aufgrund der Geburt eines Kindes und einer damit verbundenen (zeit- oder teilweisen) Aufgabe der Berufstätigkeit eines Ehegatten – z.B. durch (auflösende) Bedingungen berücksichtigt werden.²⁸⁸

Das vorgeschlagene System wird lediglich als zweckmäßig, nicht jedoch als zwingend angesehen. Sofern es dem Notar nicht gelingt, die Parteien von der Angemessenheit der vorgeschlagenen Regelung zu überzeugen, hat er auch eine unangemessene zu beurkunden.²⁸⁹ Auch abweichende Vereinbarungen sind in den durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen der §§ 138 I, 242 BGB zulässig. Die notarielle Belehrung kann dabei eine Sittenwidrigkeit verhindern.²⁹⁰

2. Forderungen nach engeren Grenzen für die Ehevertragsfreiheit

a) *Bosch* spricht sich dafür aus, § 1570 BGB als zwingendes Recht, das einer Vereinbarung nach § 1585c BGB nicht zugänglich sei, zu verstehen.²⁹¹ Dies sei ehrlicher und systemkonformer als die Lösung der Rechtsprechung, einen Verzicht auf den Betreuungsunterhalt grundsätzlich zuzulassen, seine

285 Vgl. bei *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 (12).

286 *Langenfeld*, DNotZ 1985, SH 167 (170).

287 *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 (13); DNotZ 1985, SH 167 (171).

288 *Langenfeld*, FamRZ 1994, 201 (202); Handbuch, Rn. 1237.

289 *Langenfeld*, FamRZ 1994, 201 (204); FamRZ 1987, 9 (13 f.); DNotZ 1985, SH 167 (182).

290 *Langenfeld*, FS Schippel, 251 (265); FamRZ 1994, 201 (204).

291 FS Habscheid, 23 (35). Ein dennoch abgeschlossener Verzicht auf nachehelichen Betreuungsunterhalt wäre dann gem. § 134 BGB unwirksam. Zur Annahme eines zwingenden Charakters des § 1570 BGB tendiert auch *Schwab*, FamRZ 1997, 521 (525).

Umsetzung jedoch im Regelfall unter Berufung auf § 242 BGB für rechtsmissbräuchlich zu erklären.²⁹² Ein Verzicht auf den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB gefährde immer das Kindeswohl, wenn der betreuende Ehegatte nach der Scheidung tatsächlich bedürftig sei. Sei er dies nicht, entfalle ohnehin der Unterhaltsanspruch, so dass keine Rechtfertigung für einen Ausschluss erkennbar sei.²⁹³

b) Aus der Erkenntnis der Existenz verschiedener Ehetypen leitet *Gernhuber* nicht nur die Angemessenheit angepasster Vertragsmodelle, sondern die Forderung nach einer entsprechenden Ausdifferenzierung des gesetzlichen Güterstandes ab.²⁹⁴ Nach seiner Vorstellung sollte der gesetzliche Güterstand Gütertrennung vorsehen, die um typenspezifische Ausgleichsansprüche ergänzt werden sollte.²⁹⁵ Im Umfang der gesetzlichen Differenzierung sieht er die Berechtigung für die Zulässigkeit abweichender Parteivereinbarungen entfallen und befürwortet somit die Behandlung des künftigen Ehegüterrechts als zwingendes Recht.²⁹⁶ Wollte man dennoch an der Parteiautonomie festhalten, sei sie unter eine gerichtliche Gerechtigkeitskontrolle zu stellen, um auch im Ehegüterrecht den intellektuell und ökonomisch unterlegenen Ehegatten zu schützen.²⁹⁷ Mit dieser Forderung konnte er sich freilich nicht durchsetzen.²⁹⁸

292 *Bosch*, FS Habscheid, 23 (35). Mit dem Argument der Systemkonformität bezieht er sich auf § 1614 BGB. Dass dieses Argument trägt, erscheint angesichts der fehlenden Verweisung in § 1585c BGB, die gerade den maßgeblichen Unterschied zum Ehe- und Getrenntlebensunterhalt bildet, fraglich. Soweit *Bosch* sich auf die regelmäßige Annahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens bezieht, verkennt er nicht, dass die Rechtsprechung dessen Ausnahmecharakter betont. Nach seiner Analyse führt die Rechtsprechung jedoch tatsächlich zu einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses.

293 *Bosch*, aaO. Allerdings hält er zuvor an gleicher Stelle eine ausnahmsweise Geltung des Verzichtes für möglich. Ob er von dieser These wieder abrücken will, wird nicht deutlich, muss aber wohl angenommen werden. Eine ausnahmsweise bestehende Disponibilität widerspräche nämlich der Konstruktion zwingenden Rechts.

294 *Gernhuber*, Ehetypen.

295 *Gernhuber*, Ehetypen, S. 20 ff. Als Typen sieht er dabei Einverdienerehe, Zuverdienstehe, Doppelverdienerehe und Mitarbeiterehe an, wobei er die Möglichkeit eines Wechsels („intermittierende Ehe“) wahrnimmt.

296 *Gernhuber*, Ehetypen, S. 24 f.

297 *Gernhuber*, aaO. Das Ungleichgewicht sah er 1981 als „noch“ geschlechtsbezogen zulasten der Frauen an.

298 Dagegen z.B. *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 (11).

c) *Heß* spricht sich für die grundsätzliche Durchführung einer auf § 242 BGB basierenden Inhaltskontrolle eines Verzichtes auf den nahehelichen Betreuungsunterhalt aus.²⁹⁹ Tragender Gesichtspunkt ist für ihn, dass sich der Unterhaltsverzicht zulasten Dritter – gemeinschaftlicher Kinder oder der Allgemeinheit – auswirken könne. Weil der Dritte in den Vertragsverhandlungen seine Interessen nicht wahren könne, böten daraus hervorgehende Vereinbarungen keine Richtigkeitsgewähr und müssten daher gerichtlich kontrolliert werden.³⁰⁰ Die Inhaltskontrolle sei jedoch nicht durchzuführen, wenn der Unterhaltsverzicht in eine umfassende Scheidungsvereinbarung eingebettet sei.³⁰¹

3. Schwenzler: Die Unterlegenheit der Frau

3.1. Standpunkt Schwenzlers

Für Aufsehen sorgte 1996 ein Aufsatz *Schwenzlers*, in dem sie für eine gerichtliche Kontrolle von Ehevereinbarungen plädierte.³⁰² *Schwenzler* analysierte die aktuelle Bedeutung und Handhabung der Vertragsfreiheit im Eherecht und verglich sie mit den Einschränkungen der Vertragsfreiheit in anderen Rechtsgebieten. Nach der gesetzlichen Ausgestaltung und insbesondere der Rechtsprechung werde der Vertragsfreiheit zwischen den Ehegatten ein überragender Stellenwert zuerkannt; nur vereinzelt gebe es Kontroll- und Begrenzungsinstrumente.³⁰³ Demgegenüber seien im Arbeits-, Miet-, Publikumpersonengesellschafts- und AGB-Recht spezielle und ausdifferenzierte Schutzinstrumente entwickelt worden. Diese beruhten auf der

299 *Heß*, FamRZ 1996, 981 (986 ff.).

300 *Heß*, aaO. Dabei will er geprüft wissen, ob die Abweichung vom gesetzlichen System durch plausible Gründe für die Belastung Dritter gerechtfertigt werde. Dabei seien in der erforderlichen Abwägung nicht nur das Kindeswohl, sondern auch sozialrechtliche Wertungen zu berücksichtigen. Nicht vermögensrechtliche Motive seien nur ausnahmsweise aner kennenswert. Eine mögliche Rechtfertigung könne sich z.B. aus dem Bemühen ergeben, bei nicht ausreichenden Mitteln für die Erfüllung aller Unterhaltspflichten den Kindesunterhalt gegenüber dem Ehegattenunterhalt zu bevorzugen.

301 *Heß*, FamRZ 1996, 981 (987 f.). Allerdings sei ein einseitig wirkender Globalverzicht gem. § 138 I BGB nichtig.

302 AcP 1996, 88.

303 *Schwenzler*, aaO. Als solches führt sie z.B. den Ausgleich ehebedingter Zuwendungen an, der zur gesetzlichen Regelung in Widerspruch stehe.

Einsicht, dass aufgrund einer typischen strukturellen Unterlegenheit eines Vertragspartners Verträge in diesen Rechtsgebieten nicht an der vom Privatrechtsverkehr vorausgesetzten Vermutung der inhaltlichen Ausgewogenheit eines ausgehandelten Vertrages teilhaben könnten.³⁰⁴

Der Kern des Aufsatzes befasst sich mit der Frage, ob Ehe- und Scheidungsfolgenvereinbarungen eine ausreichende Richtigkeitsgewähr bieten, um auf ähnliche Schutzinstrumente verzichten zu können. *Schwenzer* nahm eine Situationsanalyse vor, die auf sozio-ökonomischen Statistiken und psychologischen Untersuchungen aufbaute. Frauen seien im Vergleich zu Männern materiell benachteiligt, da sie – statistisch gesehen – bei Eheschließung jünger seien und eine geringere Bildung besäßen als ihre Ehemänner. Außerdem sei die Berufstätigkeit von Frauen kürzer und werde schlechter bezahlt.³⁰⁵ Psychologisch seien Frauen in Verhandlungen mit Männern benachteiligt, da die Verhandlungsstrategien von Männern besser zur Durchsetzung eigener Interessen geeignet seien. Während das moralische Verständnis von Männern auf individuellen Rechten aufbaue, stünden für Frauen möglichst konfliktfreie zwischenmenschliche Beziehungen im Vordergrund. Dadurch seien sie in der Durchsetzung ihrer eigenen Interessen gehemmt.³⁰⁶ Aus den Benachteiligungen und der Unfähigkeit, sie aus eigener Kraft zu beseitigen, folgert *Schwenzer* eine typisierbare strukturelle Unterlegenheit von Frauen beim Abschluss von Ehe- und Scheidungsfolgenvereinbarungen.³⁰⁷ Bei letzteren werde die Unterlegenheit verstärkt, weil in fast einem Drittel aller Ehen durch den Ehemann Gewalt gegenüber der Ehefrau oder den Kindern angewendet werde.³⁰⁸

Die Benachteiligung der Ehefrauen sei durch eine nach § 242 BGB vorzunehmende Inhaltskontrolle der Vereinbarungen zu beseitigen.³⁰⁹

Anders als im Schuldrecht könne sich die Kontrolle nur insoweit am dispo-

304 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (102 f.).

305 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (104 ff.).

306 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (107 f.).

307 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (108 f.).

308 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (106).

309 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (111). Dabei hätten die Gerichte die Aufgabe, eine Fremdbestimmung der Frau durch den Mann zu vermeiden und auf eine tatsächliche Gleichberechtigung hinzuwirken.

sitiven Gesetzesrecht orientieren, als dieses ehebedingte Nachteile ausgleichen soll, weil es mangels ausreichender Differenziertheit keine sachgerechte Handhabung der verschiedenen Ehetypen ermögliche. Alle Ausgleichsleistungen zwischen den Ehegatten seien dabei in ihrer Gesamtheit zu betrachten, um nur jene Fälle einer Korrektur zu unterwerfen, in denen die Frau tatsächlich schutzbedürftig sei.³¹⁰ Dies ergebe sich aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Inhaltskontrolle von Angehörigenbürgschaften, in dem gefordert werde, dass neben der strukturellen Unterlegenheit eine ungewöhnliche Belastung erforderlich sei.³¹¹

3.2. Reaktion Büttners

Büttner stimmt *Schwenzer* zwar dahingehend zu, dass Frauen z.B. aufgrund einer Schwangerschaft und der damit verbundenen Rücksicht auf die Interessen des Kindes darin gehindert sein können, die eigenen Interessen gegenüber dem Mann durchzusetzen. Allerdings verneint er das Vorliegen einer strukturellen im Sinne einer geschlechtsspezifischen Unterlegenheit.³¹² Ein strukturelles Ungleichgewicht könne sich jedoch aus der jeweiligen Lebenslage der Vertragspartner in der konkreten Verhandlungssituation ergeben. Zum einen setze dies voraus, dass sich einer der Partner in einer „Diktatposition“ befinde.³¹³ Zum anderen müsse diese Position auf einer objektiven Lage beruhen, die eine sachgerechte Vertretung der eigenen Interessen ausschließe. Eine solche könne z.B. eine Schwangerschaft oder eine laufende Kindesbetreuung und die damit verbundene Rücksicht auf die Interessen der Kinder sein. Auch psychische Zwangslagen wie z.B. die erst unmittelbar vor der geplanten Heirat erfolgende Verknüpfung der Eheschließung mit dem Abschluss eines Ehevertrages könnten eine strukturelle Unterlegenheit begründen. Nicht strukturell sei die Unterlegenheit hingegen, wenn sie ohne äußere Einflüsse bestehe, etwa aus „blinder Liebe“. In seiner Zusammenfassung sieht *Büttner* eine strukturelle Unterlegenheit, wenn ein Partner im Interesse des anderen und mit dessen Einverständnis

310 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (113).

311 *Schwenzer*, aaO.

312 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5).

313 *Büttner*, aaO.

seine Berufstätigkeit aufgeben und deshalb keine eigenständige eheangemessene soziale Sicherung mehr erreichen könne.³¹⁴

Ohne eine Inhaltskontrolle als Konsequenz der strukturellen Unterlegenheit zu fordern, will auch *Büttner* die Wirksamkeit von Ehevereinbarungen begrenzen. Er geht davon aus, dass der geschlossene Vertrag sittenwidrig ist, sofern zur strukturellen, durch die Lebenslage bedingten Unterlegenheit eine einseitige Belastung tritt. Von einer solchen will er stets ausgehen, wenn ein entschädigungsloser Verzicht auf den gesetzlich vorgesehenen Schutz vereinbart wurde.³¹⁵ Bei während der Ehe abgeschlossenen Globalverzichtsverträgen ohne Entschädigung für den verzichtenden Teil sei die sittenwidrige Ausnutzung einer Zwangslage zu vermuten.³¹⁶ Im Übrigen kommt auch für *Büttner* eine Korrektur des Vertrages über § 242 BGB in Betracht, wenn sich die Lebensgestaltung anders entwickelt, als bei seinem Abschluss geplant.³¹⁷

3.3. Reaktion Coester-Waltjens

Coester-Waltjen sieht wie *Schwenzer* eine Parallele zum AGB-Recht, genauer zur Diskussion um und zur Handhabung von Ehevereinbarungen einerseits und von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Inkrafttreten des AGBG andererseits.³¹⁸ Den Schluss auf die Ausweitung der Inhaltskontrolle auf Ehevereinbarungen zieht sie jedoch nicht. Sie anerkennt zwar eine Einbuße an Rationalität bei Verträgen zwischen Ehegatten, betont aber das Recht der Ehegatten, unausgewogene Verträge zu schließen.³¹⁹ Darüber hinaus weist sie darauf hin, dass auch Männer irrational handeln und angesichts der überwiegenden Zahl von Ehefrauen, die keinen irrationalen Verzichtvertrag abschließen, nicht von einer strukturellen Unterlegenheit der

314 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5, 7).

315 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5).

316 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (6).

317 *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (7). Dies dürfte inhaltlich einen Anwendungsfall der Störung der Geschäftsgrundlage darstellen, wie sie nunmehr in § 313 BGB normiert ist.

318 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1001). Vergleichbar seien insbesondere die Forderung nach einer Inhaltskontrolle durch Teile der Literatur und die Ablehnung derselben durch die Rspr, die an ihrer statt eine Ausübungskontrolle vornehme.

319 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1002).

Frau ausgegangen werden dürfe, was aber Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle wäre.³²⁰ Angesichts dieser Ausgangslage glaubt sie, mit einer angepassten Handhabung des § 138 I BGB – insbesondere einer Berücksichtigung der emotionalen Lage bei Vertragsschluss – angemessene Ergebnisse erzielen zu können.³²¹

3.4. Reaktion Gerbers

Scharfe Kritik an *Schwenzer* äußert *Gerber*.³²² Er betont die Geltung des allgemeinen Sittenwidrigkeitsbegriffs und streitet jede Möglichkeit und Notwendigkeit einer darüber hinausgehenden Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen ab.

Zunächst bemängelt *Gerber* die Undeutlichkeit des von *Schwenzer* und dem BVerfG verwendeten Begriffs der *strukturellen* Unterlegenheit. Dieser sei nicht ausreichend definiert, werde aber von *Schwenzer* wohl im Sinne einer typischen Unterlegenheit verwendet.³²³ Schließlich weist er darauf hin, dass die von *Schwenzer* herangezogene psychologische Basis ihrer Annahmen in Psychologie und Soziologie umstritten ist.³²⁴ Selbst, wenn die psychologischen Erkenntnisse zuträfen, könnte von einer *strukturellen* Unterlegenheit nicht auf die vom BVerfG geforderte *gravierende* Unterlegenheit geschlossen werden.³²⁵ Indem *Schwenzer* dies ignoriere, berufe sie sich zu Unrecht auf das Urteil des BVerfG.³²⁶ Dieses verzichte zudem nicht auf den Vorwurf der Unredlichkeit als Bestandteil der Sittenwidrigkeit, der sich jedoch nicht allein aus einer psychologischen Unterlegenheit der Frau ableiten lasse.³²⁷

320 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1002 f.).

321 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1008).

322 *Gerber*, FS BGH, 49.

323 *Gerber*, FS BGH, 49 (56).

324 *Gerber*, FS BGH, 49 (56), unter Hinweis auf die Ausführungen *Grziwotz'*, DNotZ 1998, SH 228.

325 *Gerber*, FS BGH, 49 (60 f.), unter Hinweis auf BVerfGE 81, 214 ff. (Bürgschaftsurteil).

326 *Gerber*, FS BGH, 49 (64).

327 *Gerber*, FS BGH, 49 (59). Dabei verkennt er, dass *Schwenzer* als Rechtsfolge der Unterlegenheit nicht die Sittenwidrigkeit des Vertrages folgerte, sondern eine Inhaltskontrolle, die kein Unwerturteil beinhaltet.

Des Weiteren ergebe sich schon aus der angeführten Entscheidung des BVerfG die Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung. Daher sei eine generelle Inhaltskontrolle aller Ehevereinbarungen ohne Ansehen des Einzelfalls nicht gerechtfertigt.³²⁸ Dies erkenne auch *Schwenzer*, wenn sie bei Benachteiligung eines (Haus-) Mannes im Einzelfall eine individuelle Inhaltskontrolle für diskussionswürdig halte. Damit konterkariere sie freilich ihre Ausgangsthese.³²⁹

Wollte man die von *Schwenzer* geforderte Inhaltskontrolle schließlich durchführen, müsse man sie aufgrund der gegebenen Begründung – der Frauen eigenen Ethik der Anteilnahme – auf alle Verträge zwischen Männern und Frauen anwenden. Eine solche Annahme sei jedoch nicht mehr zeitgemäß.³³⁰ Wollte man hingegen die Durchführung einer Inhaltskontrolle auf Ehevereinbarungen begrenzen, wäre dies eine Umgehung der gesetzlichen Systematik, die gem. § 1587o II 3 BGB nur Scheidungsvereinbarungen über den Versorgungsausgleich, nicht jedoch andere Ehevereinbarungen einer Inhaltskontrolle unterwerfe. Eine Ausdehnung auf vorsorgende Vereinbarungen führe zudem mangels sofortiger richterlicher Überprüfung zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit.³³¹ Auch die von *Büttner* befürwortete Variante zieht *Gerbers* Kritik auf sich. Dieser beschränke den Fehler *Schwenzers*, anstelle der einzelfallbezogenen Prüfung des Sachverhalts jede Ehevereinbarung einer Inhaltskontrolle zu unterwerfen, zwar auf durch eine besondere Lebenslage gekennzeichnete Anwendungsfälle, vermeide ihn aber nicht.³³²

328 *Gerber*, FS BGH, 49 (58, 62 f.). In einem Beitrag zur Podiumsdiskussion auf dem 25. Deutschen Notartag, abgedruckt bei *Grziwotz*, DNotZ 1998, SH 228 (292 f.), weist er darauf hin, dass aus einer strukturellen Unterlegenheit nicht auf die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle geschlossen werden könne. Auch der von einem unterlegenen Partner geschlossene Vertrag sei grundsätzlich verbindlich.

329 *Gerber*, FS BGH, 49 (58 f.), unter Verweis auf *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (113).

330 *Gerber*, FS BGH, 49 (61).

331 *Gerber*, FS BGH, 49 (63, 66).

332 *Gerber*, FS BGH, 49 (59).

3.5. Reaktion Grziwotz'

Grziwotz greift ebenfalls die Ausgangsbasis der Ausführungen *Schwenzers* an. Er führt aus, dass nicht zwangsläufig die Frau die schwächere Verhandlungsposition innehat, sondern derjenige Partner, der bei vorsorgenden Ehevereinbarungen die Ehe und bei Scheidungsvereinbarungen die Scheidung stärker anstrebt.³³³ Den psychologischen Ausführungen, die *Schwenzler* als Basis ihrer Argumentation verwendete, setzt er Forschungsergebnisse gegenüber, die aufgrund einer stärkeren Romantisierung der Ehe durch den Mann von einer schwächeren Situation desselben ausgehen.³³⁴ Hingegen könnten Frauen bei Vertragsverhandlungen weibliche Reize einsetzen, um die Rationalität des Verhandlungspartners zu beeinträchtigen.³³⁵ Den von *Schwenzler* verwendeten Forschungen stünden jedoch vor allem Untersuchungen entgegen, die die Annahme geschlechtsspezifischer Unterschiede bei der moralischen Urteilsfähigkeit widerlegten.³³⁶

Schließlich weist auch *Grziwotz* darauf hin, dass von der Argumentation *Schwenzers* bei konsequenter Umsetzung alle Verträge zwischen Männern und Frauen betroffen sein müssten.³³⁷ Eine Kontrolle des Inhalts auf seine Angemessenheit müsse letztlich schon deswegen unterbleiben, weil Richter und Notar damit überfordert seien, ihn gegen ein etwaiges Unterlassen einer Eheschließung abzuwägen.³³⁸

3.6. Reaktion Goebels

Goebel wendet sich gegen die Annahme *Schwenzers*, die Ehefrau schon aufgrund ihres Geschlechts für strukturell unterlegen zu halten.³³⁹ Anders als diese zieht er psychologische Untersuchungen heran, die das Verhandlungsverhalten nicht auf die Geschlechtszugehörigkeit zurückführen, sondern auf andere Faktoren, wie z.B. der tatsächlichen Betroffenheit von der

333 *Grziwotz*, FamRZ 1997, 585 (589); DNotZ 1998, SH 228 (264).

334 *Grziwotz*, FamRZ 1997, 585 (589); DNotZ 1998, SH 228 (262), unter Verweis auf *Luhmann*, Liebe als Passion, 4. Auflage 1982, S. 185, 195.

335 *Grziwotz*, DNotZ 1998, SH 228 (262 f.).

336 *Grziwotz*, DNotZ 1998, SH 228 (263).

337 *Grziwotz*, FamRZ 1997, 585 (589).

338 *Grziwotz*, DNotZ 1998, SH 228 (264).

339 FamRZ 2003, 1513.

zu regelnden Materie, dominanten Rollendefinitionen und subkulturellen Normierungen. Angesichts dessen hält er eine Verknüpfung von weiblichem Geschlecht mit Unterlegenheit für zu pauschal.³⁴⁰ Zudem hält er *Schwenzer* vor, die Ehefrau auf den „Binnenraum ehelicher Sittlichkeit“ zu beschränken und ihr somit jegliche Möglichkeit zu verwehren, per Vertrag einen Anteil zum Aufbau einer gerechten Eheordnung beizutragen.³⁴¹

3.7. Position Dethloffs

In einer Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.09.1996³⁴² zieht auch *Dethloff* eine Parallele zur Bürgschaftsrechtsprechung.³⁴³ Die grundsätzlich bestehende Parität zwischen Männern und Frauen könne als Folge einer Schwangerschaft entfallen. Dies sei Ausfluss der gesetzlichen Regelung, die nicht verheiratete Schwangere diskriminiere, weil sie von ihnen verlange, nach einem Jahr³⁴⁴ wieder erwerbstätig zu sein. Aus dieser Schlechterstellung gegenüber der Absicherung in einer bestehenden Ehe folgten zulasten der Schwangeren asymmetrische Verhandlungspositionen. Daher müsse die geschlossene Vereinbarung inhaltlich darauf untersucht werden, ob sie zu einer ungewöhnlichen Belastung führe.³⁴⁵

3.8. Exkurs: Die Debatte um eine geschlechtsspezifische Moral

Zum besseren Verständnis der Hintergründe dieser Diskussion soll ein kurzer Blick auf die soziologische Forschung geworfen werden. Die Grundlagen für *Schwenzers* These bilden Untersuchungen *Carol Gilligans*, die in

340 *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1515).

341 *Goebel*, aaO. Er sieht die Ausführungen im Lichte der „tradierten Dichotomie“, in der Ehe einerseits als Vertrag, andererseits als sittliches Verhältnis betrachtet werde. Unter dem Aspekt der Sittlichkeit betrachtet sei die Ehe ein Bereich nicht-rechtlicher Solidarität. Auf eine solche Rolle lege *Schwenzer* die Ehefrau fest.

342 BGH, JZ 1997, 411 = NJW 1997, 126 (siehe dazu oben, S. 33).

343 JZ 1997, 414 (415).

344 Nach heutigem Recht besteht der Unterhaltsanspruch der nicht verheirateten Mutter gem. § 1615l II BGB für drei Jahre nach der Geburt. Die zeitliche Begrenzung verstößt gem. der Entscheidung des BVerfG vom 28.02.2007 (siehe unten, S. 251) gegen Art. 6 V GG.

345 *Dethloff*, JZ 1997, 414 (415).

ihren Forschungen zu dem Ergebnis gelangte, es gebe eine spezifisch weibliche Moral.

Gilligans Forschungen beruhten auf vorhandenen Ansätzen. Ausgangspunkt waren Untersuchungen *Piagets*, der die Moralvorstellungen von Kindern beim Murnelspiel untersuchte.³⁴⁶ Darauf aufbauend entwickelte *Kohlberg* ein Schema der moralischen Entwicklung. Er unterschied drei Stadien (präkonventionell, konventionell, postkonventionell), die innerhalb der moralischen Entwicklung nacheinander durchlaufen werden.³⁴⁷ Jedes Stadium besteht aus zwei wiederum aufeinander aufbauenden Stufen, so dass *Kohlberg* insgesamt sechs verschiedene Stufen moralischer Entwicklung unterschied.³⁴⁸

In der Auswertung einiger Untersuchungen trat zutage, dass die Zuordnung von Männern und Frauen nicht gleichmäßig erfolgte. Frauen wurden häufiger als Männer der dritten Stufe zugeordnet, während Männer häufiger als Frauen die vierte Stufe erreichten. Aus diesem Befund entwickelte sich eine soziologische Kontroverse.

Schon auf der empirischen Seite konnte dabei keine Einigkeit erzielt werden. Einerseits werden jene Studien hervorgehoben, in denen ein Zusammentreffen von Unterschieden des moralischen Urteils und des Geschlechts beobachtet wurde, andererseits wird deren Ausnahmecharakter betont.³⁴⁹ Insbesondere bei einer Bereinigung um Störfaktoren, wie z.B. den Beruf und den Bildungsstand der Befragten, seien zumeist keine geschlechtsspezifischen Differenzen im moralischen Urteil mehr nachweisbar.³⁵⁰ Teilweise werden geschlechtsspezifische Unterschiede nicht mit

346 Nachweise bei *Gilligan*, *Moral*, 79 (100), Fn. 2. Es traten zwar Unterschiede zwischen dem Verhalten von Jungen und Mädchen auf, denen schenkte *Piaget* jedoch keine Beachtung, da er sie als bloße Geschwindigkeitsunterschiede in der Entwicklung des moralischen Urteils ansah.

347 Das präkonventionelle Stadium entspricht dabei der moralischen Entwicklung von Kindern bis zum Alter von ca. zehn oder elf Jahren. Das konventionelle Stadium erreichen die meisten Erwachsenen. Nur wenige erreichen hingegen die höheren moralischen Einsichten des postkonventionellen Stadiums.

348 Nachweise bei *Gilligan*, *Moral*, 79 (100), Fn. 3.

349 *Walker*, *Moral*, 109 (111, 113, 115).

350 *Walker*, *Moral*, 109 (114). *Döbert*, *Moral*, 121 (133), weist darauf hin, dass die moralische Argumentation einer Person je nach Situation stärkere Unterschiede auf-

soziologischen Studien begründet, sondern aus biologischen Unterschieden abgeleitet.³⁵¹

Uneinigkeit herrscht auch auf der Ebene der Deutung. Soweit mit dem Geschlecht der Befragten korrelierende Unterschiede im Bereich des moralischen Urteils angenommen werden, werden dafür unterschiedliche Erklärungen gegeben. Eine Erklärung sieht die Unterschiede nicht als geschlechtsspezifisch an. Die Parallelen zwischen Geschlecht und moralischem Urteil werden stattdessen mit gruppen- und kulturspezifischen Normierungen begründet, die sich nicht geschlechtsneutral auswirkten.³⁵² *Gilligans* These geht demgegenüber von einem auf *Chodorow* zurückgehenden Erklärungsstrang aus. *Chodorow* begründete Unterschiede zwischen den Geschlechtern mit geschlechtsspezifischen frühkindlichen Erfahrungen. Jedes Kind habe zuerst eine Beziehung zur Mutter. Die Beziehung werde aber von Mädchen und Jungen unterschiedlich wahrgenommen. Während sich Mädchen aufgrund der Geschlechtsidentität mit der Mutter identifizieren könnten, sei die Identität von Jungen aufgrund der Geschlechtsverschiedenheit durch eine zu enge Bindung an die Mutter bedroht. Dies führe zu einer verstärkten Abgrenzung von Jungen, die dadurch auch später auf Abgrenzung bedacht seien. Hingegen würden Mädchen aufgrund ihrer Erfahrung Beziehungen positiv wahrnehmen, weswegen für sie auch später Beziehungen im Vordergrund stünden.³⁵³ *Gilligan* entwickelte daraus die These, dass Frauen von einer Moral der Fürsorge, Männer hingegen von

weisen kann, als sie zwischen den Geschlechtern festgestellt wurde.

- 351 *Döbert*, *Moral*, 121 (137 ff.). Er stützt sich in erster Linie auf hormonell bedingte Mentalitätsunterschiede, denen er auch Auswirkungen im Bereich der moralischen Betätigung zuerkennt. Anders als *Gilligan* will *Döbert* keine Unterschiede auf der Kompetenzebene, sondern nur auf der Performanzebene (der tatsächlichen Umsetzung des moralischen Urteils in eigenes Verhalten) annehmen.
- 352 *Nunner-Winkler*, *Moral*, 147 (151 ff.). Weil unterschiedliche Gruppen oder Kulturen unterschiedliche Anforderungen an die moralischen Urteile ihrer Angehörigen stellten oder unterschiedliche Hintergründe dafür bildeten, führten sie zur Herausbildung von Unterschieden in den moralischen Urteilen. So verstanden erwächst „weibliche“ Moral aus der Rolle, die die Mehrheit von Frauen ausfüllen, insbesondere eine stärkere Einbindung in die Familien- und Hausarbeit. So auch *Harding*, *Moral*, 162 (172 ff.).
- 353 Vgl. die Darstellungen bei *Döbert*, *Moral*, 121 (123 f.); *Gilligan*, *Moral*, 79 (92 f.); *Nunner-Winkler*, *Moral*, 147 (150).

einer Moral der Gerechtigkeit geprägt seien.³⁵⁴ Der Unterschied zwischen den Moralvorstellungen von Frauen und Männern ist demnach kein gradueller, sondern ein inhaltlicher. Anhand dieser These kritisierte sie das Modell *Kohlbergs*, das diesen Unterschied nicht berücksichtigt.

Gilligans These wurde vielfach kritisiert. Neben den bereits angeführten abweichenden Deutungen der empirischen Ausgangslage und den angebotenen abweichenden Erklärungen wurde auch die wissenschaftliche Arbeitsweise *Gilligans* angezweifelt.³⁵⁵

3.9. Zusammenfassung und Würdigung

Schwenzers Versuch, die soziologische Debatte um geschlechtsspezifische Moralen für die juristische Diskussion um eine gerechte Handhabung von Ehevereinbarungen fruchtbar zu machen, hat ihr zunächst viel Schelte anderer Autoren eingebracht. Die umfangreiche Resonanz auf ihre Ausführungen lassen vermuten, dass der Hinweis auf den Geschlechtsunterschied einen Aspekt der Problematik offengelegt hat, der in der Diskussion – wenn auch teilweise verdeckt – eine nicht unbedeutende Rolle spielt. Dadurch wird deutlich, dass auch von anderen Argumente verwendet werden, die den Geschlechtern unterschiedliche Eigenschaften zuschreiben.³⁵⁶

Schwenzers Verdienst ist es, die Aufmerksamkeit der Juristen mit Nachdruck auf die Situation der Verhandlungspartner bei Abschluss einer Ehe-

354 Vgl. nur bei *Gilligan*, Moral, 79.

355 Vgl. nur *Döbert*, Moral, 121 (130 ff.), der das Fehlen von Zahlenmaterial kritisiert. Überdies weist er auf in soziologischen Untersuchungen veröffentlichte Gegenbeispiele hin, in denen Frauen mit Gerechtigkeitsmoral und Männer mit Fürsorgemoral dargestellt werden. Des Weiteren bemängelt er, dass zentrale Aussagen der Untersuchungen *Gilligans* einem geschlechtsspezifischen Problem, nämlich der Frage nach der Zulässigkeit von Abtreibungen, entnommen wurden. Bei Untersuchungen, die sich mit der Zustimmung zur Wehrpflicht befassten und somit eine umgekehrte geschlechtsspezifische Betroffenheit aufwiesen, seien die Ergebnisse auch umgekehrt ausgefallen.

356 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227), schreibt Frauen ein höheres Harmoniebedürfnis zu. *Gernhuber*, Ehetypen, S. 24, hält Unterlegenheit in intellektueller und ökonomischer Hinsicht für ein geschlechtsbezogenes Phänomen. *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (19 f.), stimmt *Schwenzler* insoweit zu, als sie in der Gebärfähigkeit eine strukturelle Sondersituation der Frau mit „Zeitbombencharakter“ sieht. Selbst die höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung ist vor gesellschaftlichen Vorurteilen und Rollenzuweisungen nicht gefeit. So geht der BGH, NJW 2004, 930 (934), wie selbstverständlich davon aus, dass die Kindesbetreuung Aufgabe der Mutter ist.

vereinbarung gelenkt zu haben. Dies impliziert die Frage, ob sich die (künftigen) Ehefrauen in einer besonderen Lage befinden, die eine besondere Behandlung solcher Vereinbarungen nicht nur rechtfertigt, sondern sogar erzwingt.

Die Übertragung soziologischer Erkenntnisse ist freilich problematisch, wenn ungeklärt ist, ob es sich überhaupt um Erkenntnisse oder nur um Mutmaßungen und Thesen handelt. Dieser Punkt ist die erste und zugleich größte Schwäche von *Schwenzers* Theorie. Solange die Erklärungsmodelle der Soziologen mit mindestens der gleichen Überzeugungskraft andere Deutungen der wohl spärlichen Befunde zulassen, kann eine Unterlegenheit der Ehefrau nicht aus ihrem Geschlecht abgeleitet werden.

Der zweite Schwachpunkt *Schwenzers* These ist, dass eine Übertragung der soziologischen Studien in die Rechtswissenschaft selbst dann Probleme bereitere, wenn man die Thesen *Gilligans* und ihrer Anhänger als zutreffend zugrunde legte. Hier setzt der Einwand *Gerbers* und *Grziwotz'* an, unterschiedliche Moralen von Frauen und Männern rechtfertigten nicht eine unterschiedliche Behandlung von Ehevereinbarungen gegenüber anderen „gemischtgeschlechtlichen“ Verträgen.³⁵⁷ Dieses Argument vermag *Coester-Waltjen* mit dem Hinweis, *Schwenzers* Argumentation beziehe sich nur auf Paarbeziehungen,³⁵⁸ nicht vollständig zu entkräften. Eine solche Einschränkung findet sich in *Schwenzers* Ausführungen nämlich nicht. Auch *Gilligans* Ausführungen sind allgemein und nicht situationsabhängig formuliert. Eine Einschränkung wird man allenfalls aus der behaupteten Fixierung der Frauen auf ungestörte Beziehungen ableiten können. Diese moralische Prägung könnte dann am ausgeprägtesten zum Tragen kommen, wenn es nicht um eine allgemeine zwischenmenschliche Beziehung geht, sondern um eine wichtige persönliche Beziehung, insbesondere um die eigene Paarbeziehung. Sollte es eine solche Abstufung tatsächlich geben,³⁵⁹ stellte sich allerdings die Frage, ob nicht auch Männer bei der eigenen Beziehung andere Maßstäbe anlegen, so dass der quantitative Unterschied

357 Siehe oben, S. 83, 84. Ebenso *Traulsen*, Grenzen, S. 186.

358 *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985 (1002), Fn. 92.

359 Was, da es sich aus den Ausführungen *Gilligans* nicht ergibt, eher fraglich ist.

zwischen den moralischen Orientierungen stets gleich bliebe. Letztlich fehlt es bislang an der Darlegung eines spezifisch weiblichen psychologischen Unterschieds in der Situation bei Abschluss einer Ehevereinbarung im Vergleich zum Abschluss eines sonstigen Vertrages.³⁶⁰ Eine – von niemandem ernsthaft vorgeschlagene – Inhaltskontrolle jeglicher Verträge zwischen Parteien unterschiedlichen Geschlechts unter der Prämisse weiblicher Unterlegenheit wäre ein Verstoß gegen die grundgesetzlich verankerte rechtstheoretische Annahme gleicher Rechte von Männern und Frauen.

Die von *Schwenzer* neben den psychologischen Erwägungen herangezogene statistische Benachteiligung von Frauen vermag weder die Mängel der Übertragung soziologischer Studien zu heilen, noch rechtliche Erwägungen zu ersetzen. Weder das geringere Lebensalter heiratender Frauen, noch eine materielle Benachteiligung vermögen eine strukturelle Unterlegenheit und in ihrer Folge die Notwendigkeit einer spezifischen Inhaltskontrolle zu begründen. Die Befunde reichen nicht aus, eine Abhängigkeit anzunehmen, die denjenigen vergleichbar wäre, wie sie das BVerfG bei bürgerlichen nahen Angehörigen und bei Handelsvertretern festgestellt hat.

Büttner vermeidet die soziologischen Implikationen, weil er von einer geschlechtsneutralen Betrachtung ausgeht. Der Preis, den er dafür zahlt, ist letztlich die Aufgabe abstrakter Voraussetzungen. Soweit er auf die jeweilige objektive Lebenslage abstellt, dürfte dies kaum zur Präzisierung beitragen, zumal kein evidenter Zusammenhang zwischen einer Schwangerschaft und der Unfähigkeit, die eigenen Interessen durchzusetzen, besteht.³⁶¹

Dass ein umfangreicher Verzicht auf den Schutz des Scheidungsfolgen-

360 Selbstverständlich unterscheidet sich die Eheschließung selbst von anderen Verträgen unter vielfältigen Aspekten, insbesondere der persönlichen Betroffenheit beider Beteiligten. Ehevereinbarungen können zur Eheschließung einen besonders engen Zusammenhang aufweisen, zwingend ist dies indes nicht. Zu berücksichtigen ist dabei, dass auch Scheidungsvereinbarungen, bei denen kein enger Zusammenhang mit den persönlichen Implikationen der Eheschließung bestehen dürfte, unter den Begriff der Ehevereinbarung fallen. *Schwenzer* hält insoweit sogar ausdrücklich eine Gleichstellung für angemessen (AcP 1996, 88 (108)). Bei sonstigen Verträgen muss man nicht unbedingt wie *Gerber*, FS BGH, 49 (61), an einen Gebrauchtwagenkauf denken. Es gibt durchaus Verträge, die eine wesentlich größere persönliche Bedeutung haben, z.B. Arbeits- oder Gesellschaftsverträge, u.U. auch Miet- oder Immobilienkaufverträge oder möglicherweise auch Leihverträge unter engen Bekannten. Zu denken ist auch an Erbverträge.

361 So aber das Beispiel von *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5); siehe dazu schon oben, S. 80.

rechts dazu beträgt, die Interessen des Kindes zu schützen, muss bezweifelt werden.³⁶² Die von *Büttner* vorgeschlagenen Konkretisierungen seiner abstrakten Voraussetzungen dürften hingegen zu eng gefasst sein, so dass sie ebenfalls nicht zur Klärung herangezogen werden können.³⁶³

Die Zugeständnisse des übrigen Schrifttums beschränken sich auf Selbstverständlichkeiten. Bei Anwendung des § 138 I BGB kommt es auf eine Einzelfallbetrachtung an, in deren Rahmen eine Gesamtwürdigung aller Umstände des konkreten Vertragsschlusses vorzunehmen ist. Dies war schon zuvor Konsens. Unmittelbar aus der Berücksichtigung aller Umstände ergibt sich, dass auch besondere emotionale Lagen der Frau zu berücksichtigen sind.³⁶⁴ Streiten kann man sich allenfalls über die Bewertung einzelner Punkte. Zu diesen Punkten zählt vor allem die Schwangerschaft der Verlobten bei Abschluss einer vorehelichen Vereinbarung vor dem Hintergrund ihrer rechtlich deutlich schwächer ausgestalteten Stellung als nicht verheiratete Mutter.³⁶⁵

362 Als mögliche Motivation für solches Verhalten insbesondere bei Scheidungsvereinbarungen gibt *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (108), die Befürchtung an, die Durchsetzung von eigenen Rechten könnte das Verhältnis zwischen Vater und Kindern belasten. Dass diese Befürchtung berechtigt ist, ist fraglich. Schließlich dürfte das elterliche Verhältnis ohnehin stark belastet sein, wenn eine Scheidung beabsichtigt wird. Auf die Vater-Kind-Beziehung sollte dies keinen Einfluss haben. Besteht ein solcher Einfluss dennoch, ist zweifelhaft, ob die Beziehung zwischen Vater und Kind aufgrund der Weigerung, einen Unterhaltsverzicht zu unterschreiben, signifikant weiter verschlechtert wird. *Dethloff*, JZ 1997, 414 (415), sieht bei vorehelichen Vereinbarungen die Hauptmotivation in der Erlangung der ehelichen Absicherung. Die fehlende nacheheliche Absicherung werde dann als kleineres Übel akzeptiert. Somit verhindert die rechtliche Ausgangsposition die Durchsetzung der eigenen Interessen.

363 Dies betrifft zum einen die einseitige Belastung, die nach *Büttner* immer gegeben sein soll, wenn ohne Entschädigung auf den gesetzlich vorgesehenen Schutz verzichtet wurde. Zum anderen den Schluss von der einvernehmlichen Berufsaufgabe eines Teils auf dessen strukturelle Unterlegenheit. Vgl. *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5, 7). *Gerber* fasst dies „etwas boshaft“ folgendermaßen zusammen: „die Vertragsfreiheit endet nach *Büttner* dort, wo ihre Ausübung zur Modifizierung des subsidiären Rechts führen würde“ (abgedruckt bei *Grziwotz*, DNotZ 2001, SH 228 (292)).

364 Vgl. den Vorschlag *Coester-Waltjens*, FS BGH, 985 (1008).

365 Dieser entspricht übrigens eine rechtlich ebenfalls deutlich schwächere Stellung des nicht verheirateten Vaters, der ohne Zustimmung der Mutter kein Sorgerecht für sein Kind hat. Der maßgebliche Unterschied liegt allerdings darin, dass das fehlende Sorgerecht auf den Lebensunterhalt des nichtehelichen Vaters keinen Einfluss hat. Es wirkt sogar gleichzeitig entlastend, weil das Gesetz auch die Personensorge der nichtehelichen Mutter zuweist und die rechtliche Rolle des nichtehelichen Vater somit auf den Barunterhalt beschränkt.

Wenngleich die demnach immer noch erforderliche Einzelfallbetrachtung nicht den Reiz einfacher Tatbestandsvoraussetzungen hat, ermöglicht sie doch zumindest eine angemessene Handhabung atypischer Fallkonstellationen unter Beibehaltung des rechtlichen Ausgangspunktes.

VI. Die „kopernikanische Wende“ durch das BVerfG

In die eigentlich bereits geklärte Situation mit einem klaren Frontverlauf von Rechtsprechung und herrschender Lehre einerseits und einigen abweichenden Positionen andererseits brachten im Jahr 2001 zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erneut Bewegung.³⁶⁶ In Zusammenhang mit der Thematik steht auch eine weitere Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2002.³⁶⁷ In Folge dieser Entscheidungen musste sich die Zivilrechtsprechung neu orientieren.

1. Urteil vom 6. Februar 2001

Der Entscheidung³⁶⁸ lag folgender Sachverhalt zugrunde: 1976 drängte die berufstätige Beschwerdeführerin, die bereits ein Kind aus einer früheren Beziehung zu versorgen hatte, ihren Lebensgefährten zu einer Heirat, damit das erwartete gemeinsame Kind ehelich geboren werde. Der Lebensgefährte wollte eigentlich weder Kinder noch Ehe und war nur bei einem Verzicht seiner künftigen Ehefrau auf nachehelichen Unterhalt zu einer Heirat bereit. Daraufhin ließ die Beschwerdeführerin einen Vertrag entwerfen, in dem beide Parteien gegenseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt verzichteten. Zusätzlich stellte sie den werdenden Vater von Kindesunterhalt oberhalb von 150,- DM monatlich frei. Nach Vertragsschluss erfolgte noch 1976 die Eheschließung, gefolgt von der Geburt des gemeinsamen Sohnes. Während der Ehe war die Beschwerdeführerin weiterhin berufstätig, verdiente jedoch deutlich weniger als ihr Ehemann. Die Ehe wurde 1989, gute 13 Jahre nach ihrem Abschluss, geschieden.

Die gerichtliche Auseinandersetzung begann mit einer Stufenklage des Sohnes gegen seinen Vater, gerichtet auf Auskunft und Unterhaltsleistung, dem das Amtsgericht wegen Sittenwidrigkeit des abgeschlossenen Vertrages stattgab. Im Anschluss daran nahm der geschiedene Ehemann seine ehemalige Frau auf Freistellung von den 150,- DM übersteigenden

366 BVerfG, NJW 2001, 957 = MittBayNot 2001, 207; NJW 2001, 2248. Dazu sogleich (1 und 2).

367 BVerfG, NJW 2002, 1185. Dazu unten (3).

368 BVerfG, NJW 2001, 957.

Unterhaltsansprüchen seines Sohnes in Anspruch. Damit scheiterte er zwar vor dem Amtsgericht, hatte jedoch vor dem OLG Erfolg. Die Revision wurde nicht zugelassen. Nunmehr wandte sich die Frau mit einer Verfassungsbeschwerde gegen die oberlandesgerichtliche Entscheidung und rügte eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 6 I, II, IV, 103 I GG.

Das BVerfG hatte darüber zu befinden, ob die fehlende gerichtliche Beanstandung der Freistellungsvereinbarung die geschiedene Ehefrau in ihren Grundrechten verletzte. Der Verzicht auf den nahehelichen Unterhalt war hingegen nicht Verfahrensgegenstand.³⁶⁹

Das BVerfG erkannte eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten aus Art. 2 I i.V.m. Art. 6 IV GG und aus Art. 6 II GG. Unter Betonung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte über die Generalklauseln des Zivilrechts und der Konkretisierungsaufgabe der Gerichte führte der erkennende Senat aus, dass die von Art. 2 I GG gewährleistete Privatautonomie die Selbstbestimmung der Handelnden voraussetze.³⁷⁰

Diese führe regelmäßig zu ausgewogenen vertraglichen Gestaltungen, die deswegen der generellen gerichtlichen Kontrolle entzogen seien. Bei einseitig belastenden Verträgen und erheblich ungleichen Verhandlungspositionen habe der Staat zur Wahrung der Grundrechte beider Seiten jedoch die Aufgabe, eine Fremdbestimmung des unterlegenen Teils durch den Überlegenen zu verhindern. Dies gelte auch für Eheverträge. Zwar folge aus Art. 6 I GG das Recht der Ehegatten zur freien Gestaltung ihrer Ehe, die Gestaltungsfreiheit werde aber im Lichte des Art. 3 II GG auf eine gleichberechtigte Lebenspartnerschaft begrenzt. Spiegele der Ehevertrag keine solche, sondern eine einseitige Dominanz eines der Vertragspartner wider, müsse der Vertragsinhalt einer gerichtlichen Kontrolle und ggf. einer Korrektur unterworfen werden. Der gerichtlichen Kontrollpflicht stehe die Eheschließungsfreiheit des Überlegenen Teils nicht entgegen, da sie kein Recht zur unbegrenzten vertraglichen Gestaltung der Ehe gebe, wie sich schon am zwingenden Charakter eines Teils des Eherechts erkennen lasse. Daneben

³⁶⁹ Darauf verwies auch der BGH in seiner Stellungnahme zum Verfahren. Mit einer solchen Konstellation sei die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch nicht befasst gewesen. Vgl. MittBayNot 2001, 207 (209 sub. IV).

³⁷⁰ BVerfG, MittBayNot 2001, 207 (210).

ergebe sich das Erfordernis einer gerichtlichen Kontrolle aus dem Schutzauftrag des Art. 6 IV GG, gerade weil der Gesetzgeber im Bereich der Unterhaltsvereinbarungen von der Aufstellung von Schutzmechanismen wie z.B. Formerfordernissen und Verfahrensregelungen abgesehen habe.

Eine Situation der Unterlegenheit sei, so führt das BVerfG weiter aus, regelmäßig anzunehmen, wenn eine unverheiratete Schwangere die Alternative hat, „entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schließenden, sie aber stark belastenden Ehevertrages.“³⁷¹ Diese Unterlegenheit führte der Senat weiter aus: Eine Schwangerschaft bringe körperliche Veränderungen und gesundheitliche Schwierigkeiten mit sich, erfordere eine Umstellung der Lebensplanung und -führung und führe nicht selten auch zum Scheitern der Beziehung mit dem werdenden Kindsvater. Zudem lösten gesellschaftliche Zwänge einen Rechtfertigungsdruck für eine Nichtheirat aus – zur Zeit des Vertragsschlusses noch stärker als heute. Schließlich werde die Situation zulasten der Schwangeren verschärft, weil diese mit ökonomischen Nachteilen bei einer Nichtheirat rechnen müssten, ausgelöst durch ein Absinken des eigenen Einkommens, einer gegenüber Verheirateten schwächeren unterhaltsrechtlichen Absicherung und einer schlechteren Zahlungsmoral von Vätern nichtehelicher Kinder.

Eine bei Abschluss eines einseitig ausgestalteten Ehevertrages bestehende Schwangerschaft sei jedoch nur ein Indiz für eine vertragliche Disparität, die durch andere Aspekte – etwa die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive und die geplante Aufteilung von Haus- und Familienarbeit – wieder ausgeglichen werden könne. Die Schutzbedürftigkeit werde jedoch offenkundig, wenn der Inhalt des Vertrages die Unterlegenheit zum Ausdruck bringe. Das Maß der Einseitigkeit hänge von der geplanten Ausgestaltung des ehelichen Lebens und den Verhältnissen der Ehegatten ab. Dabei könne ein im Vertrag enthaltenes, rechtlich unverbindliches Eheversprechen nicht als Ausgleich herangezogen werden, da eine

371 BVerfG, MittBayNot 2001, 207 (211).

Ehe für beide Partner gleichermaßen Rechte und Pflichten mit sich bringe, die einander gleichwertig seien.³⁷²

Im zugrunde liegenden Sachverhalt habe ein einseitiger Vertrag bestanden, in dem die spätere Ehefrau erhebliche wirtschaftliche Nachteile in Kauf genommen habe, während auf der Seite des späteren Ehemannes lediglich wirtschaftliche Vorteile entstanden seien. In dieser Konstellation habe das OLG daher eine Inhaltskontrolle durchführen müssen.³⁷³

Die Notwendigkeit zur Durchführung einer solchen habe sich schließlich auch aus Art. 6 II GG ergeben. Die Gerichte hätten die Aufgabe, zum Schutz eines Kindes tätig zu werden, wenn die Eltern ihre Betreuungs- und Förderungspflicht nicht ausreichend erfüllen. Dazu zähle auch die Sicherstellung eines angemessenen, d.h. nach den Vermögenslagen beider Eltern bemessenen Kindesunterhalts. Dieser könne jedoch in Folge einer Freistellungsvereinbarung gefährdet sein. Zwar werde durch eine solche der rechtliche Bestand des Unterhaltsanspruchs nicht berührt, sie könne aber mittelbar Auswirkungen auf den tatsächlichen Unterhalt haben. Der betreuende und gleichzeitig den anderen Elternteil freistellende Ehegatte müsse dann nämlich neben seinem eigenen Unterhalt auch den Kindesunterhalt durch Einkommen und Vermögen allein erwirtschaften. Dies sei häufig nur durch eine entsprechende Erwerbstätigkeit zu realisieren, die ihrerseits wiederum an der Notwendigkeit der Kindesbetreuung scheitere. Im Ergebnis könne eine Freistellungsvereinbarung daher auf eine Einschränkung des an den gemeinsamen elterlichen Verhältnissen gemessenen Kindesunterhalts hinauslaufen. Dies gefährde das Kindeswohl und sei daher durch die Gerichte zu verhindern.³⁷⁴

2. Beschluss vom 29. März 2001

In der zweiten Entscheidung³⁷⁵ hatte das BVerfG erneut über eine Verfassungsbeschwerde einer Frau zu entscheiden, die vor ihrer Eheschließung einen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt vereinbart hatte. Auch

372 BVerfG, MittBayNot 2001, 207 (211 f.).

373 BVerfG, MittBayNot 2001, 207 (212).

374 BVerfG, MittBayNot 2001, 207 (213).

375 BVerfG, NJW 2001, 2248.

diese Beschwerdeführerin war zur Zeit des Vertragsschlusses schwanger und hatte bereits ein weiteres Kind aus einer früheren Beziehung zu versorgen. Die Parteien prozessierten nach der Scheidung, die nach 8jähriger Ehe einschließlich einer 4jährigen Trennungszeit erfolgt war, um nachehelichen Unterhalt. Das mit der Sache befasste OLG wies den Antrag der Beschwerdeführerin ab, weil es den vorehelichen Verzichtvertrag für wirksam erachtete.

Das BVerfG verweist im Beschluss auf sein Urteil vom 06.02.2001. Nahezu wortgleich gibt es dessen Passagen wieder, wonach die Gerichte verpflichtet seien, mittels der Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln die Grundrechte zu verwirklichen, insbesondere auch Eheverträgen dort Grenzen zu setzen, wo sie Ausdruck einseitiger Dominanz seien. Dies gelte verstärkt, wenn als zusätzliches Indiz eine Schwangerschaft der verzichtenden Frau hinzutrete.³⁷⁶

Auf zwei Besonderheiten des Sachverhalts ging das BVerfG ein: Erstens war das Kind, das die Frau bereits vor Vertragsschluss zu betreuen hatte, schwer behindert. Dies habe ihre schwächere Lage intensiviert. Zweitens hatte das OLG den Ehevertrag aufgrund einer Gefährdung des Kindeswohls dahingehend gem. § 242 BGB korrigiert, dass der geschiedene Ehemann seiner ehemaligen Ehefrau den notwendigen Betreuungsunterhalt schulde. Dies sei nicht ausreichend, weil neben dem Kindeswohl nicht die besondere Lage der Frau berücksichtigt worden sei.

3. Beschluss vom 5. Februar 2002

In dem Beschluss vom 5. Februar 2002³⁷⁷ ging es nicht um vertragliche Vereinbarungen unter Ehegatten, sondern um die Berechnung des nachehelichen Unterhalts. Der Beschluss erging zu drei miteinander verbundenen Verfahren. In allen hatten die ehemaligen Ehefrauen nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit aufgenommen oder Erwerbsunfähigkeitsrente bezogen. Die zweitinstanzlich mit den Verfahren befassten Oberlandesgerichte berücksichtigten dies in den angegriffenen Entscheidungen

³⁷⁶ BVerfG, NJW 2001, 2248.

³⁷⁷ BVerfG, NJW 2002, 1185.

bedarfsmindernd, so dass die Unterhaltsansprüche gegen die geschiedenen Ehemänner im Ergebnis entfielen.

Damit, so das BVerfG, seien die Oberlandesgerichte Art. 6 I i.V.m. Art. 3 II GG nicht gerecht geworden. In einer gleichberechtigten Partnerschaft, wie sie das GG voraussetze, seien die von den Ehegatten geleisteten Beiträge zum Familienunterhalt einander gleichwertig, unabhängig davon, ob sie durch Haus- und Familienarbeit oder durch Erwerbstätigkeit erbracht werden. Nach einer Scheidung werde die Familienarbeit durch die Erwerbstätigkeit des geschiedenen Ehegatten ersetzt. Das nun erzielte Erwerbseinkommen sei anstelle der vormals ausgeübten Haus- und Familienarbeit auch bei Ermittlung der für die Unterhaltshöhe maßgeblichen ehelichen Lebensverhältnisse und nicht nur bei Ermittlung der Bedürftigkeit zu berücksichtigen. Dies entspräche der geänderten Ehwirklichkeit, in der die Eheschließung immer später, erst nach Beendigung einer Berufsausbildung und dem Einstieg in das Berufsleben erfolge und die Ehepaare zunehmend eine beiderseitige Berufstätigkeit anstrebten, die nur zeitweilig durch eine Phase der Kinderbetreuung ganz oder teilweise unterbrochen werde.

Im Gegensatz zu den angegriffenen Entscheidungen sei die vom BGH zwischenzeitlich eingeleitete Rechtsprechungsänderung, die das Erwerbseinkommen des geschiedenen Ehegatten als Surrogat seiner Haus- und Familienarbeit ansieht,³⁷⁸ verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Zentral ist die allgemein formulierte Aussage des BVerfG: „Sind die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Dies gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung der Ehegatten auf deren Beziehung hinsichtlich Unterhalt, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens.“³⁷⁹

378 BGH, NJW 2001, 2254.

379 BVerfG, NJW 2002, 1185 (1186).

4. Kritik der Rechtsprechung des BVerfG

Die Entscheidungen des BVerfG stellen einen fundamentalen Umbruch in der Rechtsprechung zur Handhabung von Ehevereinbarungen dar. Die bisherige formale Position, die den Inhalt der Vereinbarung wegen der Eheschließungsfreiheit des Ehemannes und der gesetzlich nicht beschränkten Privatautonomie der Ehegatten keiner Kontrolle unterzog, ist nicht mehr haltbar. Das BVerfG nimmt zwei unterschiedliche Aspekte in den Blick: den Schutz der Selbstbestimmung des anderen Ehegatten und den Schutz des Kindeswohls. Selbst die auf § 242 BGB gestützte Ausnahme der bisherigen Rechtsprechung, nach der die Berufung auf den wirksamen Verzicht auf Betreuungsunterhalt treuwidrig ist, genügt den verfassungsgerichtlichen Anforderungen nicht, da sie nur das Kindeswohl, nicht jedoch die Selbstbestimmung des anderen Ehegatten berücksichtigt.

An der Entscheidung vom 6. Februar 2001 fällt auf, dass die Ausführungen für den zu entscheidenden Sachverhalt zu breit geraten sind. Im Nachhinein wird deutlich, dass das BVerfG die Entscheidung vom 29. März 2001 gleich mit vorbereitet hat. Nur so lassen sich die Ausführungen zu fehlenden gesetzlichen Schutzmechanismen bei Unterhaltsverzichten erklären, obwohl nur die Freistellungsvereinbarung Verfahrensgegenstand war.

Zentraler Bestandteil der Argumentation zum Schutz der Selbstbestimmung beider Ehegatten ist die Darlegung der besonderen Zwangslage von Schwangeren. Doch sollte man diese Ausführungen mit Vorsicht behandeln. Denn in diesem Bereich findet ein zunehmender gesellschaftlicher Wandel statt, der ihre Gültigkeit einschränkt. Je stärker die Verbreitung der traditionellen Familienstrukturen abnimmt, desto weniger wird an eine Schwangerschaft die Erwartung einer Eheschließung geknüpft. Desto weniger stellen die Eingehung einer Ehe einerseits und die Trennung der werdenden Eltern andererseits zwingende Alternativen dar, wie es das BVerfG noch annimmt. Durch die gesellschaftlichen Veränderungen nimmt der Druck auf die Schwangeren ab, eine Ehe „um jeden Preis“ eingehen zu müssen. Gleichwohl darf die notwendige Relativierung an diesem Punkt

nicht darüber hinweggehen, dass Ehe und Familie in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle heute immer noch zusammengehören.³⁸⁰

Unklar lassen die Entscheidungen das Verhältnis zwischen der unterlegenen Verhandlungsposition und dem Inhalt des Vertrages. Einerseits legt das BVerfG großen Wert auf die ausführliche Darlegung einer typischerweise durch die Schwangerschaft ausgelösten Unterlegenheit unverheirateter Frauen. Eine Schwangerschaft soll ein gewichtiges Indiz für das Bestehen einer unterlegenen Verhandlungsposition sein. Andererseits spricht der Senat davon, dass die Unterlegenheit durch den Vertragsinhalt offenkundig werden könne.

Fraglich ist, ob die Eheschließungsfreiheit desjenigen, der nicht bereit ist, zu den gesetzlichen Bedingungen zu heiraten, tatsächlich ohne jede Bedeutung in der Abwägung bleiben kann, wie es das BVerfG annimmt. Das Eheversprechen, das dem zu seinem einseitigen Nachteil verzichtenden Ehegatten so wertvoll ist, erklärt das BVerfG für bedeutungslos, da die Ehe für beide Seiten gleichwertige Rechte und Pflichten begründe. Kann aber gleichzeitig die Ehelosigkeit für einen Partner deutlich höhere Nachteile mit sich bringen als für den anderen und dennoch die Eheschließung für beide den gleichen Wert haben?

5. Reaktionen der Literatur auf die Rechtsprechung des BVerfG

Teile des Schrifttums wandten sich gegen die Grundlagen und grundlegenden Wertungen des BVerfG. *Rauscher* griff den Vergleich der Situation einer schwangeren Verlobten mit der des familiär verbundenen Bürgen an.³⁸¹ Auch *Grziwotz* stellte die Schutzwürdigkeit des belasteten Ehegatten

380 2005 (zum Vergleich: 1996) verteilten sich die Anzahl der Familien insgesamt zu 73% (79%) auf Ehepaare, zu 21% (17%) auf Alleinerziehende und zu 6% (4%) auf nicht-eheliche oder gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften (Quelle: Mikrozensus 2005, S. 43, Statistisches Bundesamt, zu beziehen unter http://www.destatis.de/themen/d/thm_mikrozen.php). Im Verhältnis der Paare untereinander haben die nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern einen Anteil von 4% (2%), die der Ehepaare mit Kindern einen Anteil von 43% (49%) (Quelle: Mikrozensus 2005, S. 28).

381 DNotZ 2002, 751 (753 f.). Sein Einwand richtet sich gegen das Argument des BVerfG, die Eheschließungsfreiheit des Ehemannes stehe einer Inhaltskontrolle nicht entgegen.

in Frage.³⁸² Für *Rauscher* ist die Begründung des BVerfG letztlich ein Rückgriff auf den überwunden geglaubten Topos vom Wesen der Ehe.³⁸³ Korrekter Ansatzpunkt wäre nach seiner Überzeugung die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 1615I BGB gewesen.³⁸⁴ *Koch* sieht die Argumentation des BVerfG, soweit sie von der strukturellen Unterlegenheit der Frau ausgeht, sogar auf einer Linie mit derjenigen, die jahrhundertlang dazu genutzt wurde, die rechtliche Unselbstständigkeit von Frauen zu begründen.³⁸⁵ Auch *Dauner-Lieb* und *Goebel* sehen den Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Ausführungen falsch gesetzt. Nach ihrer Ansicht hätte sich das BVerfG mit der Teleologie der Ehevertragsfreiheit beschäftigen müssen.³⁸⁶

Neben diesen grundsätzlichen Erwägungen kritisierte die Literatur das Fehlen konkreter Maßstäbe sowohl bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen einer Inhaltskontrolle als auch bezüglich ihrer Rechtsfolgen.³⁸⁷

Anders als in der Konstellation bei Abschluss einer Bürgschaft ginge es bei Ehevereinbarungen nicht um die Freiheit des schutzbedürftigen Teils, den Vertragsschluss zu unterlassen – ein Argument, das das BVerfG seinerzeit nicht gelten lassen wollte –, sondern um die Freiheit des Vertragspartners des schutzbedürftigen Teils, den Vertragsschluss zu unterlassen. Des Weiteren ist die Situation nach Ansicht *Rauschers* nicht mit derjenigen bei Abschluss einer Bürgschaft vergleichbar, weil der Bürge vor der Übernahme eines zusätzlichen Risikos geschützt werde, während die Ehefrau trotz der einseitigen Ehevereinbarung durch die Ehe immer noch besser gestellt werde, als sie ohne Eheschließung stünde.

382 FamRB 2002, 26 (28). *Grziwotz* weist auf einen Wertungswiderspruch hin: Der Staat ziehe sich aus familiären Beziehungen normalerweise weitgehend zurück. Z.B. würden Kinder trotz einer bestehenden Unterlegenheitsposition nicht vor sie belastenden Entscheidungen ihrer Eltern geschützt. Nicht einzusehen sei daher, wieso das Eingreifen zugunsten eines Ehegatten gerechtfertigt sei.

383 DNotZ 2002, 751 (753).

384 *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (755). Ebenso *Münch*, KritV 2005, 208 (219); *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (244).

385 *Koch*, Brennpunkte FamR 2001, 1 (14 f.). Die guten Absichten des BVerfG rechtfertigen es nach ihrer Überzeugung nicht, von einer Schwäche des weiblichen Geschlechts auszugehen.

386 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (312 ff.); *dies.*, FF 2002, 151; *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (6 ff.); *dies./Sanders*, FF 2003, 117 (118); *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1515 ff.). Zustimmend: *Münch*, KritV 2005, 208 (220).

387 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (308 ff.); *dies.*, FF 2002, 151 (152); *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1514).

Missbilligt wurde insbesondere die Nichtberücksichtigung des in einer Ehevereinbarung enthaltenen Eheversprechens.³⁸⁸

Von diesen Kritikpunkten ausgehend drängte das Schrifttum auf eine restriktive Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in das Zivilrecht.³⁸⁹ *Langenfeld* unternahm nach der ersten Entscheidung des BVerfG noch den Versuch, aus der notariellen Beurkundung eine Garantie für das Nichtausnutzen einer unterlegenen Verhandlungsposition abzuleiten.³⁹⁰ Dieser Versuch fand jedoch keine Anhänger und schlug mit der zweiten Entscheidung des BVerfG endgültig fehl.³⁹¹ Einer restriktiven Handhabung diene darüber hinaus vor allem die Forderung, Sittenwidrigkeit nur bei einer Kumulation von Verzichtstatbeständen anzunehmen.³⁹² Soweit das BVerfG mit seiner Entscheidung vom 6. Februar 2001³⁹³ den Schutz des von der Unterhaltsfreistellung betroffenen Kindes bezweckte, fand das Schrifttum hingegen ausschließlich zustimmende Worte.³⁹⁴

Die Konzentration des BVerfG auf die Situation bei Abschluss des Vertrages wurde wiederholt angegriffen. In den Augen vieler Autoren wurde damit der eigentliche Kern des Problems verfehlt. Dieser bestehe nämlich darin, dass Ehevereinbarungen im Zeitpunkt der Scheidung zu unbilligen Ungleichgewichtslagen führen könnten.³⁹⁵ Für die Situation bei Trennung

388 *Armasow*, RNotZ 2001, 196 (201); *Koch*, Brennpunkte FamR 2001, 1 (15); *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (754), und *Röthel*, NJW 2001, 1334 (1335), gehen davon aus, dass ein Eheversprechen durchaus geeignet ist, die Einseitigkeit einer Vereinbarung abzumildern. Kritisch auch *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (244, 245).

389 *Grziwotz*, FamRB 2002, 26 (27); *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272 (277, 279 f.); *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (758); *Schwab*, DNotZ 2001, SH 9 (15).

390 DNotZ 2001, 272 (279 f.). Möglich schien diese Schlussfolgerung, weil das Urteil des BVerfG (NJW 2001, 957, siehe auch oben, S. 93) zu einer privatschriftlichen Vereinbarung ergangen war und zudem eine Passage enthielt, die auf das Fehlen von Formvorschriften für Vereinbarungen über den nahehelichen Unterhalt hinwies.

391 Das BVerfG entschied nun über eine notariell beurkundete Vereinbarung, ohne auf diesen Unterschied einzugehen. Vgl. BVerfG, NJW 2001, 2248 (siehe auch oben, S. 96).

392 *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1337 (1339); *Dauner-Lieb/Sanders*, FF 2003, 117 (118); *Schubert*, FamRZ 2001, 733 (737); *Schwab*, DNotZ 2001, SH 9 (17). Kritisch dagegen *Grziwotz*, FamRB 2002, 58 (60).

393 NJW 2001, 957. Siehe oben, Seite 93.

394 Ausdrücklich: *Koch*, Brennpunkte FamR 2001, 1 (15); *Röthel*, NJW 2001, 1334 (1335).

395 *Dauner-Lieb*, FF 2003, 151 (152); *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (17 ff.); *dies.*, AcP 2001, 295 (323); *dies./Sanders*, FF 2003, 117 (118); *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1515); *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (758). *Dauner-Lieb*, aaO., geht sogar so weit, die ungleiche

der Ehegatten sei die Frage einer Schwangerschaft bei Abschluss der Vereinbarung letztlich unerheblich, so dass das BVerfG sie zu Unrecht in den Mittelpunkt seiner Erörterungen gestellt habe.³⁹⁶ § 138 BGB sei aus diesem Grund und zusätzlich wegen seiner unflexiblen Rechtsfolge ein untaugliches Instrument für eine angemessene Handhabung der Problematik. Eine solche gelinge besser mit Hilfe einer modifizierten Anwendung des flexibleren § 242 BGB.³⁹⁷

Aus dieser Argumentation heraus spricht sich *Goebel* dafür aus, ein originäres Ehevertragsrecht zu entwickeln.³⁹⁸ Dieses will er nicht auf Ungleichgewichtslagen bei Abschluss der Vereinbarung aufbauen. Auf eine Imparität bei Vertragsschluss könne es nicht ankommen, da die Selbstverantwortung der Ehepartner angesichts der Unkalkulierbarkeit der künftigen Entwicklung selbst bei ausreichender Aufklärung durch den Notar überfordert sei.³⁹⁹ Stattdessen möchte *Goebel* das Augenmerk auf die Auswirkungen der gelebten Ehe, insbesondere auf ehebedingte Bedürfnislagen richten. Bestehe zwischen der vertraglichen Vereinbarung und der ehelichen Entwicklung eine Diskrepanz, müssten Unterhaltsverzichte unter Anwendung des § 242 BGB korrigiert werden, auch wenn die Parteien die eingetretene Entwicklung bei Abschluss des Vertrages im Blick gehabt haben sollten. Dem stehe die Vertragsfreiheit der Ehegatten nicht entgegen, da Unterhaltsverzichte auch nach Vertragsverhandlungen keine Richtigkeitsgewähr böten, weil die künftige Entwicklung stets unvorhersehbar sei. Überdies greife der Gedanke, ausgehandelte Verträge böten eine grundsätz-

Verhandlungsposition bei Abschluss des Vertrages für belanglos zu halten. Entscheidend ist nach ihrer Auffassung allein, ob die Ehepartner im Verlauf der Ehe den Typus der Einverdienerhe praktiziert haben. Werde gleichzeitig das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht modifiziert, führe dies nahezu immer zu einer einseitigen Lastenverteilung.

396 *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151 (152); *dies.*, AcP 2001, 295 (323); *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (758); *Schwab*, FamRZ 2001, 349 (350).

397 *Dauner-Lieb*, FF 2003, 151 (152); *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (23 ff.); *dies.*, AcP 2001, 295 (325 ff.); *dies./Sanders*, FF 2003, 117 (118); *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1519 f.); *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (758 f.); *Schwab*, DNotZ 2001, SH 9 (17 f.), anders noch in FamRZ 2001, 349 (350).

398 FamRZ 2003, 1513 (1518 ff.).

399 *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1518). Neben der Unwägbarkeit der Zukunft sieht *Goebel* eine rationale Entscheidung auch aufgrund starker Emotionen („romantische Liebe“) als unmöglich an.

liche Gewähr für ihre Angemessenheit, nur, wenn die Parteien wirtschaftlich und rational verhandelten. Dies sei im Binnenbereich der Ehe, in dem es um die Gestaltung eines gemeinsamen Freiraumes gehe, jedoch nicht gegeben.⁴⁰⁰

Dauner-Lieb wendet sich ebenfalls gegen die Anwendung des § 138 I BGB.⁴⁰¹ Sie weist darüber hinaus darauf hin, dass das Problem weder durch eine allgemeine Inhaltskontrolle noch mittels Rückgriffs auf das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage noch durch ergänzende Vertragsauslegung, noch mit Hilfe des Untersagens rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gelöst werden könne.⁴⁰² Dennoch sieht *Dauner-Lieb* die Notwendigkeit einer Korrektur von Verzichten auf den Schutz des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts, die nicht von einem sachlichen Grund getragen oder von einem Ausgleich begleitet sind, sofern aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind, hervorgehen sollen oder hervorgehen können.⁴⁰³ Dafür seien die Voraussetzungen des § 242 BGB entsprechend anzupassen, so dass weder die Vorhersehbarkeit der sich einseitig auswirkenden Entwicklung, noch ein entgegenstehender Parteiwille bei Abschluss der Vereinbarung einer Korrektur des Vertrages entgegenstünden.⁴⁰⁴ Als Konkretisierung schlägt sie die Konstruktion eines „Kernbereichs“ des gesetzlichen Scheidungsfolgensystems vor. Zu diesem sollen zumindest jene Unterhaltstatbestände zu rechnen sein, die an eine ehebedingte Bedürftigkeit anknüpfen, möglicherweise auch der Versorgungs-, nicht jedoch der Zugewinnausgleich.⁴⁰⁵

400 *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1518 f.).

401 AcP 2001, 295 (325 f.). Neben dem Argument, dass § 138 BGB wegen der Maßgeblichkeit des Abschlusszeitpunktes das Problem nicht angemessen zu lösen vermag, wendet sie ein, dass § 138 BGB keine Kompetenz zur Vertragsgestaltung gebe.

402 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (326 ff.). Eine allgemeine Inhaltskontrolle sei sowohl bei Hauptabreden als auch bei Individualverträgen ausgeschlossen und setze zudem eine gestörte Vertragsparität voraus (326). Die übrigen Rechtsinstitute stünden sämtlich unter dem Vorbehalt eines abweichenden Parteiwillens.

403 AcP 2001, 295 (316). Die „formale“ gesetzliche Ausgangslage ist nach ihrer Ansicht nur berechtigt, weil sich aus der Ehetypenfreiheit die Notwendigkeit einer Ehevertragsfreiheit ergebe. Für die überwiegende Anzahl der Ehen, die in Form der Einverdienerhe geführt werden, sieht *Dauner-Lieb* hingegen keine Berechtigung für eine Disponibilität des Scheidungsfolgenrechts.

404 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (328 f.).

405 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (519 f.).

Berühre die Ehevereinbarung jenen Kernbereich, liege eine einseitige Lastenverteilung im Sinne des BVerfG vor und die Ausübungskontrolle mit den vorgeschlagenen Modifizierungen greife ein.

VII. Die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit durch die Zivilrechtsprechung nach den Entscheidungen des BVerfG

Die Entwicklung nach den Entscheidungen des BVerfG zur Notwendigkeit einer zivilrechtlichen Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen lässt sich in zwei wesentliche Abschnitte unterteilen: Die Zeit vor der Befassung des BGH mit der Thematik war geprägt von dem Versuch der Unter- und Instanzgerichte, einen verfassungskonformen Weg zu finden (dazu unter 1). Nach der Entscheidung des BGH, mit der eine grundsätzliche Neuausrichtung der Zivilrechtsprechung einherging (dazu unter 2), lag der Schwerpunkt der Zivilrechtsprechung auf der Suche nach einheitlichen Interpretationsmaßstäben für die Vorgaben des BGH (dazu unter 3). Dieser Prozess wurde von der Literatur begleitet (dazu unter 4) und vom BVerfG mit einer weiteren Entscheidung angereichert (dazu unter 5).

1. Unter- und Instanzrechtsprechung vor der Befassung des BGH

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stellten einen großen Umbruch in der familienrechtlichen Dogmatik dar.⁴⁰⁶ Die Zivilgerichte standen vor keiner leichten Aufgabe: Die überkommene Handhabung von Ehevereinbarungen war verfassungsrechtlich nicht länger aufrecht zu halten, konkrete Leitlinien für die künftige Rechtsprechung fehlten jedoch. Insbesondere hat sich das Verfassungsgericht aufgrund seiner besonderen Stellung innerhalb der Judikative nicht zur einfachrechtlichen dogmatischen Umsetzung seiner Entscheidungen geäußert, sondern diese Aufgabe der Zivilrechtsprechung überlassen. Bis zu einer (erhofften) klärenden Entscheidung durch den Bundesgerichtshof mussten die Familien- und Instanzgerichte versuchen, im Geiste der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu judizieren und dabei eine konsentierende Umsetzung und neue Leitlinien für die künftige Rechtsprechung herauszuarbeiten.

406 Münch, MittBayNot 2003, 107: „Paukenschlag“.

1.1. Urteil des OLG Köln vom 16. Mai 2001

Die Ehegatten vereinbarten für die weitere Dauer ihrer Ehe Gütertrennung und verzichteten auf einen Ausgleich bis dahin entstandenen Zugewinns. Nach der Scheidung machte die Frau die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung geltend. Bei Vertragsschluss seien ihre rechtliche Unerfahrenheit und ihre Sprachunkundigkeit ausgenutzt worden.

Das OLG Köln sah den Ehevertrag als wirksam an.⁴⁰⁷ Aus einer Täuschung ergebe sich nur bei Hinzutreten besonderer Umstände die Sittenwidrigkeit eines Vertrages. Solche seien hier nicht ersichtlich. Auch lägen keine in sittenwidriger Weise ausgenutzten Umstände vor, die mit einer Schwangerschaft oder einer vorehelichen Betreuung von Kindern gleichzusetzen wären. Da überdies die Vertragsfreiheit im Güterrecht am stärksten ausgeprägt sei, ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des BVerfG keine Sittenwidrigkeit des Vertrages. Die Geschiedene könne den Vertrag nicht wegen arglistiger Täuschung durch den Ehemann anfechten, da dieser weder unzutreffende Erklärungen abgegeben noch eine Aufklärungspflicht verletzt habe. Auch wenn die Ehefrau sprachliche Schwierigkeiten gehabt habe, sei sie zumindest in der Lage gewesen, den Notar über den Vertragsinhalt zu befragen. Wer einen Vertrag schließe, ohne seinen Inhalt zu verstehen, handele auf eigenes Risiko.

Das Urteil erwähnt die Entscheidungen des BVerfG nur am Rande. Bei unbefangener Lektüre kommt der Leser gar nicht auf die Idee, dass noch keine zwei Monate zuvor die Zivilrechtsprechung zum Ehevertragsrecht einer grundlegenden Kritik durch das höchste deutsche Gericht ausgesetzt war. Der erkennende Senat versucht, durch Hinweis auf das Fehlen von Schwangerschaft und Kindesbetreuung die Unvergleichbarkeit der Situationen herauszustellen. Im Übrigen bleibt er der bisherigen Dogmatik verhaftet. Dabei hätte es durchaus nahegelegen, anstelle des Verweises auf das Anfechtungsrecht eine einseitige Dominanz des Ehemannes aufgrund einer sprachlichen Überlegenheit zu untersuchen.⁴⁰⁸ Allerdings war die Situation mit den vom BVerfG erörterten Fallgestaltungen in einem anderen

407 FamRZ 2002, 457.

408 So auch *Bergschneider*, FamRZ 2002, 458 (459).

Punkt nicht vergleichbar: Während die Beschwerdeführerinnen den Ehevertrag als Preis für die Eheschließung zu zahlen bereit waren, um die drohende Alternative der Alleinerziehung zu meiden, fehlt ein solcher Druck hier. Der Ehevertrag wurde während der Ehe geschlossen, eine drohende Trennung ist nicht ersichtlich. Zudem hätte die Ehefrau im Falle einer solchen Ausgleichsansprüche gehabt. Vor diesem Hintergrund gewinnt das Argument des OLG Köln an Gewicht, wer einen von ihm nicht verstandenen Vertrag ohne Ausnutzung der ihm zu Gebote stehenden Aufklärungsmöglichkeiten abschließt, handele auf eigenes Risiko. Das Urteil wirft zugleich die Frage auf, ob das Verhältnis zwischen Sittenwidrigkeit und Anfechtung im Lichte der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen neu überdacht werden muss.⁴⁰⁹ Erwägungen zu einer möglichen Vertragskorrektur auf Grundlage der Situation im Zeitpunkt der Trennung stellte das Gericht nicht an. Angesichts des rein güterrechtlichen Vertragsinhalts dürfte dies im Ergebnis nicht zu beanstanden sein.

1.2. Urteil des OLG Köln vom 3. Juli 2001

Die Parteien schlossen vorehelich die Durchführung des Versorgungsausgleichs aus, vereinbarten Gütertrennung und verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt. Die Verlobte, eine beurlaubte Beamtin auf Lebenszeit, war schwanger. Ihr fehlten ca. zwei Dienstjahre, um Pensionsansprüche zu erwerben. Noch kurze Zeit vor Vertragsschluss war sie mit gutem Einkommen als Selbstständige tätig. Der Verlobte war arbeitslos. Während der Ehe war die Ehefrau nicht erwerbstätig, während ihr Gatte selbstständig war, wobei er keine nennenswerten Versorgungsansprüche erwartete.

Verfahrensgegenstand war der Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Das OLG Köln hielt ihn für wirksam.⁴¹⁰ Der Versorgungsausgleich könne grundsätzlich vertraglich abbedungen werden, ohne dass dabei eine Gegenleistung vereinbart werden müsse. Eine gerichtliche Inhaltskontrolle finde

⁴⁰⁹ *Bergschneider*, aaO., meint, es sei zweifelhaft, ob die Forderung nach einem Mehr gegenüber einer Täuschung den Vorgaben des BVerfG genüge.

⁴¹⁰ FPR 2002, 306.

nur ausnahmsweise statt. Sie führe im konkreten Fall nicht zu einer Sittenwidrigkeit des Vertrages. Die Vereinbarung sei, messe man die auch nach Abschluss der Kindesbetreuung noch problemlos erreichbaren Versorgungsanwartschaften der Ehefrau an den unwesentlichen Anwartschaften des Ehemannes, nicht einseitig. Auch wesentlich ungleiche Vermögensverhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seien nicht ersichtlich. Aus der Schwangerschaft der Verlobten ergebe sich keine Sittenwidrigkeit, da die Vereinbarung keine Auswirkungen auf Unterhaltsansprüche gemeinschaftlicher Kinder habe. Dies gelte selbst dann, wenn ihr Lebenspartner den Abschluss des Ehevertrages zur Bedingung für eine Eheschließung gemacht habe. Sittenwidrig sei der Vertrag auch nicht, weil die Verlobten auch den nahehelichen Betreuungsunterhalt ausgeschlossen hätten. Dieser Ausschluss sei gesetzlich zulässig, wengleich sich der Begünstigte u.U. nicht auf ihn berufen könne. Aufgrund der im Vertrag enthaltenen salvatorischen Klausel führe selbst eine Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichtes nicht zu einer Nichtigkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs. Schließlich seien die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht gegeben, weil nicht ersichtlich sei, dass bei Vertragsschluss ein Wiedereinstieg der Ehefrau ins Berufsleben geplant gewesen und dieser nur infolge der Geburt des zweiten Kindes gescheitert sei.

Angesichts der Situation bei Vertragsschluss, die – abgesehen von den Einkommensverhältnissen der Parteien – mit denen nahezu identisch war, die den Entscheidungen des BVerfG zugrunde gelegen haben, überrascht nicht nur der geringe Begründungsaufwand, den das OLG Köln zur Ablehnung der Sittenwidrigkeit des Globalverzichtes auf sich genommen hat. Auch verlässt das Gericht die Pfade der Dogmatik, indem es mit der geringen Höhe der während der Ehe erworbenen Anwartschaften des Ehemannes einen Umstand berücksichtigt, der bei Vertragsschluss weder bekannt noch abzusehen war. Der hilfsweise angeführte Hinweis auf die salvatorische Klausel ignoriert, dass eine solche nur als Beweislastumkehr gegenüber der Regelung des § 139 BGB gewertet wird⁴¹¹ und sich aus ihr somit nicht ohne Weiteres die Unabhängigkeit der Regelung über den Versorgungsausgleich

411 BGH, NJW 2003, 347.

von der über den Unterhaltsverzicht ergibt. Daher vermögen die Ausführungen zu § 138 I BGB nicht zu überzeugen, wenngleich das Ergebnis möglicherweise gutgeheißen werden kann.

Der Hinweis auf die fehlende Beeinträchtigung von Unterhaltsansprüchen gemeinschaftlicher Kinder, mit dem der Senat wohl einen Unterschied zur Freistellungsklausel im Verfahren des BVerfG vom 6. Februar darlegen wollte, geht ebenfalls in eine falsche Richtung. Schon die Schwangerschaft der Verlobten war für das BVerfG ein Indiz für deren Unterlegenheit. Dafür waren in erster Linie tatsächliche, nicht rechtliche Erwägungen maßgeblich. Diese werden durch das Argument des OLG nicht ausgeräumt. Stattdessen hätte die Konstellation genutzt werden können, um zu erörtern, ob die Indizwirkung, die das BVerfG einer Schwangerschaft beimisst, durch eine Verbeamtung der Schwangeren und die Arbeitslosigkeit des künftigen Gatten ausgeglichen wird. Aufgrund der Verbeamtung war die Möglichkeit einer Rückkehr in den ehemaligen Beruf der Ehefrau sichergestellt, sobald sie nicht mehr durch die Kindesbetreuung an einer Erwerbstätigkeit gehindert sein würde. In der Kombination mit der Rechtsprechung, die eine Berufung auf den Ausschluss des Betreuungsunterhalts für rechtsmissbräuchlich erklärt, ergibt sich daraus eine deutlich geminderte unterhaltsrechtliche Schutzbedürftigkeit. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs vermag schon wegen der Arbeitslosigkeit des künftigen Gatten nicht einseitig zu erscheinen, obgleich eine gewisse Unsicherheit bezüglich der künftigen Entwicklung bestehen bleibt.⁴¹² Im Zeitpunkt des Vertragschlusses ist eine Überlegenheit des späteren Ehemannes letztlich nicht erkennbar. Für eine Unterlegenheit der Verlobten spricht – legt man die Argumentation des BVerfG zugrunde – allein ihre Schwangerschaft. Dieses Indiz dürfte man im vorliegenden Fall wohl für widerlegt ansehen.

Bei der Prüfung der späteren Entwicklung hält sich das OLG Köln an das Instrument des Wegfalls (heute: der Störung) der Geschäftsgrundlage. Aufgrund der Vorhersehbarkeit eines weiteren gemeinschaftlichen Kindes, im

412 Nicht vollends zu überzeugen vermag demgegenüber der Hinweis auf die Pensionsansprüche, die nach weiteren zwei Dienstjahren erdient sein würden, hängen diese doch in der Höhe von der insgesamt geleisteten Dienstzeit ab, vgl. § 14 I BeamtVG.

konkreten Fall sogar mangels beweisbarer gemeinsamer Lebensplanung mit beidseitiger Berufstätigkeit kommt es dabei nicht zu einer Korrektur des Vertrages. Aus den Entscheidungen des BVerfG leitet der Senat keine Modifizierungen des Instruments ab. Diese Interpretation steht im Einklang mit der Argumentation des BVerfG, das sich auf die Unterlegenheit bei Abschluss des Vertrages konzentriert hat.

1.3. Beschluss des OLG Naumburg vom 20. August 2001

Die Ehegatten vereinbarten in einer Scheidungsfolgenvereinbarung Gütertrennung unter Verzicht auf Ausgleich des entstandenen Zugewinns,⁴¹³ abgesehen von einer Ausgleichszahlung i.H.v. 10.000 DM an die Ehefrau. Der Versorgungsausgleich wurde ausgeschlossen. Die während der Ehe nicht berufstätige Ehefrau verzichtete auf nachehelichen Unterhalt. Nach der Scheidung bezog sie Sozialhilfe und machte die Unwirksamkeit des Ehevertrages geltend. Dies begründete sie mit einer arglistigen Täuschung des Ehemannes und fehlender notarieller Belehrung, Unkenntnis vom Vertragsinhalt und psychischer Abhängigkeit von ihrem Gatten.

Das OLG Naumburg lehnte im Beschwerdeverfahren um die Gewährung von PKH eine Anfechtung wegen der Unkenntnis mangels relevanten Irrtums ab, hielt aber eine fristgerechte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung für möglich.⁴¹⁴ Außerdem komme eine Sittenwidrigkeit aus einer Inhaltskontrolle nach §§ 138, 242 BGB in Betracht. Der Vertrag begründe die objektive Gefahr, dass die Ehefrau im Falle einer Scheidung auf die Inanspruchnahme von Sozialhilfe angewiesen sein würde. Auch erwecke die Vereinbarung den Eindruck einseitiger Dominanz des Ehemannes. Ein Nervenarzt hatte der Geschiedenen ihre Abhängigkeit vom ehemaligen Ehemann attestiert. Zudem erschien dem Senat die Ausgleichszahlung des Ehemannes wesentlich zu niedrig zu sein.

413 Konkrete Angaben zur Höhe des Zugewinns fehlen. Das Gericht führte aber den Gewinn des selbstständigen Ehemannes aus den letzten beiden Ehejahren an (ca. 475.000 DM) und stellte fest, dass die Ehefrau keinen Zugewinn erzielt habe.

414 FamRZ 02, 456. Der Ehemann hatte seiner Gattin versichert, sie auf keinen Fall zu benachteiligen.

Der Senat versucht, unmittelbar unter die Vorgaben des BVerfG zu subsumieren und eine einseitige Dominanz des Ehemannes zu begründen. In der konkreten Fallkonstellation ist dies nachvollziehbar gelungen. Die unterlegene Verhandlungsposition der Ehefrau besteht dabei nicht aufgrund einer Schwangerschaft, sondern aufgrund einer psychischen Abhängigkeit vom Ehegatten. Eines Rückgriffs auf die Inhaltskontrolle hätte es freilich – wie das OLG auch erkannt hat – nicht bedurft. Schon nach bisheriger Rspr. hätte der Vertrag aufgrund der Anfechtung und der vorhersehbaren, zwangsläufigen Inanspruchnahme von Sozialhilfe keinen Bestand gehabt. Bemerkenswert ist, dass das OLG Naumburg als Grundlage für die Inhaltskontrolle nicht allein § 138 I BGB, sondern zusätzlich § 242 BGB zitiert.

1.4. Beschluss des OLG Köln vom 29. August 2001

Die Parteien schlossen einen Ehevertrag, der ursprünglich als Scheidungsfolgenvereinbarung gedacht war. Sie vereinbarten Gütertrennung, verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt sowie auf die Durchführung von Zugewinn- und Versorgungsausgleich. Nach Ablauf des Trennungsjahres⁴¹⁵ beabsichtigten sie die Einreichung des Scheidungsantrags. Stattdessen nahmen sie jedoch die eheliche Lebensgemeinschaft wieder auf und adoptierten mehrere Kinder. Erst 14 Jahre später ließen sie sich tatsächlich scheiden. Nunmehr begehrte die ehemalige Ehefrau die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Diesem Begehren gab das OLG Köln statt.⁴¹⁶ Der Vertrag ließ sich nach der Interpretation des Gerichtes nicht als dauerhafte Regelung verstehen. Er sei vielmehr in seiner inhaltlichen Wirksamkeit auf die konkret geplante Scheidung begrenzt. Hilfsweise sei der Vertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage einer baldigen Trennung an die geänderten Umstände anzupassen. Dabei sei die Durchführung des Versorgungsausgleichs die angemessene Anpassung an die Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft und die fehlende Erwerbstätigkeit der Ehefrau nach den Adoptionen. Greife

415 Das insbesondere im Hinblick auf die Frist des § 1408 II 2 BGB eingehalten werden sollte.

416 FamRZ 2002, 1492.

auch dies nicht, folge immerhin aus den Entscheidungen des BVerfG die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle. Bei dieser sei zu berücksichtigen, dass der vereinbarte Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich für den Ehegatten, der sich Kindesbetreuung und Haushaltsführung widmen soll, keinen Bestand haben könne.

Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der nur als zweite Hilfsbegründung angeführten Rspr. des BVerfG sucht man in der Entscheidung vergebens. Für die aus ihr abgeleitete Rechtsfolge fehlt es an jeglicher Argumentation. Die Vergleichbarkeit der Situationen bei Vertragsschluss wird nicht dargelegt. Das erkennende Gericht übersieht sogar, dass die Parteien gerade keine Einverdiener Ehe beabsichtigt hatten, sondern ihre geplante Trennung regeln wollten.

Ausreichende Instrumente boten allerdings die Vertragsauslegung und die Geschäftsgrundlagenlehre, wenngleich die Möglichkeit im Raum stand, dass die Parteien übereingekommen waren, den Vertrag trotz geänderter Umstände mit dem vereinbarten Inhalt für den weiteren Verlauf der Ehe gelten zu lassen. In diesem Fall hätte sich aus den bekannten Instrumentarien keine Möglichkeit einer Vertragsanpassung ergeben – mit Ausnahme der zeitweisen Aussetzung des Verzichtes auf den Betreuungsunterhalt.

1.5. Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 2. April 2002

Die geschiedenen Eheleute wählten vor der Eheschließung den Güterstand der Gütertrennung unter Beibehaltung der gesetzlichen Regelungen über den nachehelichen Unterhalt und den Versorgungsausgleich. Zu diesem Zeitpunkt war die Verlobte schwanger. Nach der Scheidung begehrte sie im Wege der Stufenklage PKH, Auskunft über das Endvermögen des ehemaligen Ehemannes und Zugewinnausgleich. Die Unwirksamkeit des Vertrages folgerte sie aus einer erfolgten Anfechtung⁴¹⁷ und aus der Rspr. des BVerfG.

417 Nach ihrem Vorbringen hat die Klägerin den Vertragsinhalt nicht erfasst. Auch sei keine Aufklärung über den Zweck des Besuches beim Hausnotar ihres Verlobten erfolgt. Schließlich fehle es an einer entsprechenden Belehrung.

Das OLG Frankfurt/M. hielt den Vertrag allerdings für wirksam.⁴¹⁸ Mangels relevanter Fehlvorstellung liege kein Anfechtungsgrund vor. Die Wahl der Gütertrennung sei nicht zu beanstanden, weil die Güterstände untereinander wertneutral zur Disposition der Ehegatten stünden. Dies stelle einen maßgeblichen Unterschied zur gesetzlichen Systematik beim nahehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich dar, die einen Ausschluss nur im Extremfall vorsehe. Darüber hinaus sei die Gütertrennung wegen des vorhandenen Anfangsvermögens des späteren Ehemannes sachlich gerechtfertigt gewesen. Schließlich sei die Vereinbarung nicht einseitig ausgestaltet gewesen, da die spätere Ehefrau von der Rückzahlung eines Kredites freigestellt worden sei und wegen der Fortgeltung der gesetzlichen Unterhaltsansprüche eine hinreichende Sicherung bestanden habe.

Bei aller Zustimmung, die das vom Gericht gefundene Ergebnis findet, befremdet die Argumentation des Senats. Für die Aufrechterhaltung des auf die güterrechtliche Regelung beschränkten Vertrages bemüht das OLG diffuse Wertungen. Aus der gesetzlichen Systematik ergibt sich nicht ohne Weiteres, dass die Dispositionsfreiheit der Ehegatten im Unterhaltsrecht stärker eingeschränkt wäre als im Güterrecht. Vielmehr verzichtet das BGB sogar auf formelle Schutzmechanismen bei Vereinbarungen nach § 1585c BGB, während güterrechtliche Vereinbarungen der Formvorschrift des § 1410 BGB unterfallen. Gesetzliche Härtefallregelungen, die zum Ausschluss eigentlich bestehender Ansprüche führen, kennt nicht nur das Unterhaltsrecht (vgl. z.B. § 1579 BGB), sondern auch das Güterrecht (vgl. z.B. § 1381 BGB). Eher standhalten kann die Argumentation fehlender Einseitigkeit der Vereinbarung. Bedenklich ist freilich der Versuch, die Nichttabbedingung der gesetzlichen Unterhaltstatbestände zur Rechtfertigung heranzuziehen, wo doch deren Abbedingung den Rechtfertigungsdruck erhöht hätte. Auf die Indizwirkung der Schwangerschaft geht das OLG Frankfurt/M. nicht ein. Daher erörtert es auch nicht, ob diese bei einer nur güterrechtlichen Vereinbarung ins Leere läuft und wie sich dies dann mit dem Beschluss des BVerfG vom 5. Februar 2002⁴¹⁹ vereinbaren ließe.

418 FuR 2003, 181.

419 NJW 2002, 1185, s. auch oben, S. 97.

1.6. Urteil des AmtsG Warendorf vom 16. Juli 2002

Die Parteien vereinbarten vorehelich Gütertrennung und verzichteten auf nahehelichen Unterhalt. Die spätere Ehefrau war schwanger. Nach der Scheidung hielt sie die Vereinbarung für unwirksam, weil sie vor Abschluss des Vertrages getäuscht worden sei.

Das AmtsG Warendorf prüfte das Vorliegen ungleicher Verhandlungspositionen und einseitiger Lastenverteilung.⁴²⁰ Es hielt den Vertrag nicht für einseitig, weil nach der absehbaren Lebensplanung der Parteien nicht erkennbar gewesen sei, dass durch die Vereinbarungen nur der spätere Ehemann begünstigt sein würde, da sich die Verlobte noch in der Ausbildung befunden habe und eine gemeinsame Selbstständigkeit im Rahmen des Möglichen gelegen hätte. Unter Selbstständigen sei die Vereinbarung von Gütertrennung häufig und nicht einseitig. Zwar sprächen die Schwangerschaft der Verlobten und die größere Erfahrung⁴²¹ des späteren Ehemannes für dessen überlegene Verhandlungsposition, diese habe er aber nicht ausgenutzt. Der Vertragsschluss sei keine Bedingung für die Eheschließung gewesen. Vielmehr habe seine Verlobte nach Darlegung seiner Motivation⁴²² aus freien Stücken zugestimmt. Dass sie den Vertragsinhalt nicht richtig verstanden habe, sei nicht ersichtlich. Dagegen spräche auch ihre Ausbildung. Allein aus der Schwangerschaft ließe sich keine Unterlegenheit ableiten. Dies gelte in diesem Fall verstärkt, weil die Geschiedene nach Abschluss des Ehevertrages nicht schlechter gestanden habe, als sie ohne Eheschließung gestanden hätte.

Ein wesentlicher Punkt im zugrunde liegenden Sachverhalt ist das Fehlen einer Bedingung. Die Eheschließung wäre auch zu den gesetzlichen Bedingungen zustande gekommen. Daher dürfte die Bedeutung der Schwangerschaft bei Abschluss des Vertrages gemindert sein. Die vom BVerfG ausführlich beschriebene Drucksituation stellte sich für die

420 FamRZ 2003, 609.

421 Diese sollte sich aus einer früheren Scheidung und einem Altersvorsprung von 14 Jahren ergeben.

422 Welche das war, ergibt sich nicht eindeutig aus dem Sachverhalt. Der Wunsch beruhe auf den Erfahrungen aus der ersten Scheidung. Zudem wollte der Mann Klarheit für den Fall einer Scheidung schaffen, falls beide Parteien selbstständig sein sollten. Ferner sollte die Regelung auch zum Schutz der späteren Ehefrau erfolgen.

Verlobte in der vorliegenden Entscheidung nicht. Ihre Verhandlungsposition war jedoch geschwächt durch eine geringere Lebenserfahrung. Diesem Umstand hat das Gericht keine nähere Bedeutung beigemessen. Angesichts der notariellen Aufklärungspflicht dürfte dies eine zutreffende Behandlung sein.

Bemerkenswert an der Entscheidung sind zwei Aspekte. Der erste scheint durchaus tragfähig zu sein: das Gericht prüft nicht nur ein Verhandlungsungleichgewicht, sondern stellt maßgeblich darauf ab, ob sich dieses im Inhalt der Vereinbarung niederschlägt und also ausgenutzt worden ist. Damit lehnt es sich an die vom BVerfG vorgegebenen Kriterien an. Dabei bleibt fraglich, ob aus der Üblichkeit einer Vereinbarung von Gütertrennung zwischen Selbstständigen auf fehlende Einseitigkeit im vorliegenden Fall geschlossen werden kann. Die Verwirklichungschancen der gemeinsamen Selbstständigkeit hätten angesichts der noch nicht abgeschlossenen Ausbildung und der Notwendigkeit einer Kindesbetreuung auch anders beurteilt werden können. Die bei Vertragsschluss bestehende Unsicherheit darüber kann aber nicht zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen – insoweit ist die Entscheidung zutreffend. Eher verwirrend ist der zweite Aspekt: das Urteil schließt mit einem vagen Vergleich zwischen der eingetretenen Situation mit der einer Eheschließung ohne Ehevertrag. Welche Erwägungen dem zugrunde liegen und welche Schlussfolgerungen daraus zu ziehen sind, bleibt im Dunklen.

1.7. Beschluss des OLG Brandenburg vom 28. Juli 2002

Die Ehegatten vereinbarten einen gegenseitigen Unterhaltsverzicht und den Ausschluss des Zugewinnausgleichs. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren beide Ehegatten erwerbstätig, wobei der Ehemann selbstständig war. Nach der Scheidung verlangte die geschiedene Ehefrau nachehelichen Unterhalt.

Das OLG Brandenburg vermochte angesichts der beiderseitigen Berufstätigkeit keine einseitige Belastung der Ehefrau festzustellen.⁴²³ Bei Vertragsschluss sei es möglich gewesen, dass nach einer Scheidung der Ehemann

⁴²³ FamRZ 2003, 764.

unterhaltsberechtigten sein würde. Zudem sei weder eine ausreichende Vermögensdisparität, noch eine Zwangslage der Ehefrau bei Abschluss des Vertrages festzustellen. Insbesondere sei sie ihrem Ehemann nicht intellektuell unterlegen gewesen.

Die Entscheidung ist ein Beispiel dafür, dass auch weitreichende Verzichtvereinbarungen im Lichte der neuen Entscheidung des BVerfG unspektakulär Bestand haben können.⁴²⁴ Schon die ungleiche Verhandlungsposition als Einstiegsvoraussetzung des BVerfG lehnte das Gericht mit guter Begründung ab. Hinzu trat die Ausgewogenheit der Zukunftsperspektiven, die nicht durch eine einseitig übernommene Kindesbetreuung beeinträchtigt wurde.

1.8. Beschluss des OLG München vom 25. September 2002

Die Ehegatten vereinbarten kurz nach der Eheschließung einen Globalverzicht. Zu diesem Zeitpunkt planten sie keine gemeinschaftlichen Kinder. Während der Ehe wurden zwei Kinder geboren. Nach der Scheidung begehrte die Frau PKH für die Folgesachen Versorgungs- und Zugewinnausgleich.⁴²⁵ Sie berief sich u.a. auf Sprachunkundigkeit bei Vertragsschluss und falsche Erläuterungen des Vertragsinhalts.

Das OLG München wies die Beschwerde ab.⁴²⁶ Die Geschiedene habe sich in keiner Situation befunden, die mit denen der Entscheidungen des BVerfG vergleichbar gewesen sei. Weder sei sie schwanger gewesen, noch hätten die Parteien gemeinschaftliche Kinder und deren Betreuung durch die Ehefrau geplant. Auch sei keine Dominanz des Ehemannes feststellbar.⁴²⁷

424 Sie umfasst noch Ausführungen zu einer Anfechtung (hier fehlte dem Vortrag der Geschiedenen die Substanz) und zu den Auswirkungen einer Teilnichtigkeit, die aus der Beurkundung eines Verzichtes auf den Trennungunterhalt (Verstoß gegen § 134 BGB wegen §§ 1360a III, 1614 BGB) resultierte.

425 Angesichts der Rspr. zu §§ 1570, 242 BGB hatte das Amtsgericht PKH für die Klage auf nachehelichen Unterhalt gewährt.

426 FamRZ 2003, 376.

427 OLG München, FamRZ 2003, 376 (377). Zu recht weist der Senat darauf hin, dass es für die Sittenwidrigkeit nur auf die Situation bei Vertragsschluss ankommt. Dennoch führt er aus, dass die verfolgten Ansprüche aus der Perspektive der Entscheidung wertlos seien, weil der Ehemann als Selbstständiger keine Altersvorsorge getroffen habe und wegen der

Die Sprachunkundigkeit könne allenfalls ein Anfechtungsrecht begründen, dessen Frist allerdings schon abgelaufen sei.⁴²⁸

Zunächst überzeugt die Argumentation des Gerichtes: die Situation hat mit der vom BVerfG so ausführlich dargelegten nichts gemein. Freilich könnte man auf den Gedanken kommen, eine Unterlegenheit im Sinne der verfassungsgerichtlichen Rspr. könnte sich aus der sprachlichen Unterlegenheit ergeben.⁴²⁹ Diese würde wohl durch eine ordnungsgemäße und frühzeitige Übersetzung des Vertragsentwurfes und der Entfassung zusammen mit der notariellen Belehrung beseitigt werden.

1.9. Beschluss des OLG Brandenburg vom 4. Oktober 2002

Die beiderseits erwerbstätigen Ehegatten schlossen im Hinblick auf die geplante Scheidung durch notariellen Vertrag die Durchführung des Zugeswinn- und Versorgungsausgleichs aus. Die geschiedene Ehefrau war der Auffassung, der Vertrag sei schon wegen Verstoßes gegen § 1587o II 3 BGB unwirksam und überdies mangels ausreichender Gegenleistung sittenwidrig.

Dem mochte sich das OLG Brandenburg nicht anschließen.⁴³⁰ Die Abgrenzung von Verträgen nach § 1408 II BGB und solchen nach § 1587o I BGB hat nach Auffassung des Gerichtes in erster Linie danach zu erfolgen, ob innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss ein Scheidungsantrag gestellt worden ist. Dies war im vorliegenden Fall nicht geschehen. Auch die im Vertrag zugleich enthaltene güterrechtliche Regelung wertete der Senat als Indiz gegen das Vorliegen einer bloßen Scheidungsfolgenvereinbarung. Allein aus einer ungleichmäßigen Verteilung der während der Ehe erworbenen Versorgungsanwartschaften ergebe sich noch keine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung, da die Ermöglichung einer solchen gerade

Belastung mit einer Unterhaltsverpflichtung aus einer früheren Ehe wohl auch keinen höheren Zugewinn erzielte.

428 Nachgeprüft werden kann dies nicht. Sollte tatsächlich eine arglistige Täuschung stattgefunden haben, ist es gar nicht unwahrscheinlich, dass die Jahresfrist nach Entdeckung derselben gewahrt wurde.

429 So auch *Bergschneider*, FamRZ 2003, 377 (378).

430 FamRZ 2003, 1289.

Ziel der gesetzlich eingeräumten Dispositionsbefugnis sei. Angesichts der Erwerbstätigkeit der Ehefrau habe bei Vertragsschluss keine Gefahr bestanden, dass sie nach einer Scheidung zwingenderweise auf Sozialhilfe angewiesen sein würde. Eine Vermögensaufteilung sei „insgesamt zugunsten“ des Ehemannes zulässig, solange keine weiteren sittenwidrigkeitsbegründenden Umstände hinzuträten, wie beispielsweise eine Zwangslage oder eine intellektuelle Unterlegenheit der Verzichtenden. Mangels diesbezüglicher Anhaltspunkte sei der Vertrag sittlich nicht zu beanstanden. Die Entscheidung des OLG Brandenburg macht erneut deutlich, dass sich die Gerichte – zu Recht – weigern, aus der Entscheidung des BVerfG heraus jegliche Dispositionen der Ehegatten, die nach der einfachgesetzlichen Regelung zulässig sind, schon bei Unausgewogenheit zu korrigieren. Der Senat findet dafür treffende Worte: Eine vertragliche Regelung zielt üblicherweise darauf ab, die gesetzliche Ausgestaltung abzuändern. Verbliebe sie dabei auf dem wirtschaftlichen Ergebnis der abbedungenen Regelungen, würde sich der Aufwand kaum lohnen. Eine gerichtliche Korrektur bedarf der Rechtfertigung. An dieser fehlt es jedoch, wenn, wie im vorliegenden Fall, beide Ehegatten erwerbstätig sind. Insbesondere ergibt sie sich nicht aus den Entscheidungen des Verfassungsgerichts, das die grundsätzliche Beachtlichkeit vertraglicher Vereinbarungen an den Beginn seiner Ausführungen stellt.

1.10. Urteil des OLG Nürnberg vom 12. November 2002

Die Ehegatten vereinbarten neben einem Globalverzicht zusätzlich einen Pflichtteilsverzicht. Die Ehefrau war russische Staatsangehörige, der Ehemann Deutscher. Nach dem Versterben des Ehemannes machte seine Witwe Pflichtteilsansprüche geltend und stützte sich dabei auf die Rechtsprechung des BVerfG sowie auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage für den Pflichtteilsverzicht. Dieser sollte darin bestehen, dass die Ehegatten ihn in der Absicht vereinbart hatten, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten. Beide Ehegatten waren erwerbstätig und erzielten vergleichbare Einkommen. Daran sollte sich nach Vorstellung der Parteien auch im wei-

teren Verlauf der Ehe nichts ändern. Gemeinsame Kinder waren nicht geplant.⁴³¹

In dieser Konstellation nahm das OLG Nürnberg weder eine einseitige Dominanz des Erblassers, noch eine einseitige Benachteiligung der überlebenden Ehefrau an.⁴³² Die Vereinbarungen stünden vielmehr in einem Gegenseitigkeitsverhältnis und benachteiligten keine Partei. Die Gütertrennung diene sogar auch dem Schutz der Ehefrau vor Gläubigern des Ehemannes. Zudem schließe der Vertrag eine schuldrechtliche Beteiligung der Ehefrau an einer etwaigen durch Erbschaft erfolgenden Vermögensmehrung des Ehemannes nicht aus. Allerdings gelangte das Gericht zur Erkenntnis, der Pflichtteilsverzicht habe tatsächlich auf der entfallenen Geschäftsgrundlage eines gemeinschaftlichen Testaments gestanden, so dass er im Ergebnis entfiel.

Von den erbrechtlichen Besonderheiten abgesehen schlägt das OLG Nürnberg in die gleiche Kerbe wie schon zuvor das OLG Brandenburg⁴³³: Unter gleichgestellten Ehegatten ist ein Ausschluss der gesetzlichen Scheidungsfolgen auch nach der Rspr. des BVerfG noch möglich. Bei eigenständiger Alterssicherung und dem Fehlen gemeinschaftlicher Kinder ist sogar ein Verzicht auf jeglichen nahehelichen Unterhalt nicht ausgeschlossen. Einziger, leider nicht erörterter Anhaltspunkt für eine Unterlegenheit der Ehefrau war deren geminderte Sprachkompetenz. Fragwürdig ist die zur Rechtfertigung herangezogene Bemerkung des OLG, eine schuldrechtliche Beteiligung an einer etwaigen Erbschaft des Ehemannes sei durch den Vertrag nicht ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss ist niemals in einer ehevertraglichen Regelung enthalten. Überdies ist nicht ersichtlich, inwiefern die Rechtfertigung der Gütertrennung davon abhängen sollte, dass die Ehefrau an einem Vermögenszuwachs aufgrund einer Erbschaft beteiligt wird. Eine Beteiligung würde auch in einer Zugewinnsgemeinschaft nicht

431 Da die Ehefrau 48 Jahre alt war, war das Risiko ungewollter Kinder gering.

432 FamRZ 2003, 634. Im Wesentlichen ging es um den im Ehevertrag vereinbarten Pflichtteilsverzicht und die Frage, ob dessen Geschäftsgrundlage entfallen war.

433 Siehe oben, S. 119, Kapitel 1.9.

erfolgen (§ 1374 II BGB). Nicht ausreichend erörtert hat das Gericht die Anwendung des § 139 BGB auf den Sachverhalt.⁴³⁴

1.11. Urteil des OLG Koblenz vom 4. Februar 2003

Die Parteien haben vorehelich den Versorgungsausgleich ausgeschlossen. Sie verzichteten gegenseitig auf nahehelichen Unterhalt mit Ausnahme desjenigen wegen Kindesbetreuung zugunsten der späteren Ehefrau. Sie vereinbarten Gütertrennung, sahen jedoch einen nach der Ehedauer gestaffelten und in der Höhe begrenzten Vermögensausgleich vor. Der Verlobte bestand auf den Abschluss des Ehevertrages vor Eingehung der Ehe, seine künftige Ehefrau war schwanger.

Das OLG Koblenz entschied auf Sittenwidrigkeit des Ehevertrages, soweit dieser den Versorgungsausgleich ausschloss.⁴³⁵ Die Verlobte habe sich in einer unterlegenen Position befunden, die einerseits gekennzeichnet sei durch die Schwangerschaft, andererseits durch einen niedrigeren sozialen Stand, eine schlechtere Qualifikation und ein geringeres Einkommen.⁴³⁶ Die vertragliche Regelung benachteilige die Frau, da sie aufgrund der beabsichtigten Kindesbetreuung keine Möglichkeit habe, eine eigene Altersver-

434 Aus Sicht des OLG Nürnberg allerdings folgerichtig. § 139 BGB wäre in Betracht gekommen, da der Pflichtteilsverzicht in den Verhandlungen der Ehegatten über den Inhalt des Vertrages eine wesentliche Rolle gespielt hatte, so dass er mit den eherechtlichen Regelungen möglicherweise ein einheitliches Rechtsgeschäft bildete. Seine Nichtigkeit könnte sich aus zwei Erwägungen ergeben: Erstens war in der russischen Übersetzung des Vertrages die Rede von einer „Verpflichtung“ zum Abschluss eines gemeinschaftlichen Testaments anstelle der beurkundeten „Beabsichtigung“. Dies könnte zu einem Inhalts- oder Erklärungsirrtum und somit u.U. zu einer wirksamen Anfechtung durch die Ehefrau geführt haben. Zweitens war der Pflichtteilsverzicht des Ehemannes nach dafür geltendem (vgl. Art. 25 I EGBGB) russischem Erbrecht unwirksam (vgl. Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/*Bilinsky*, UdSSR, Grdz. F II, Rn. 106). Dies dürfte wohl zumindest auf den Pflichtteilsverzicht der Ehefrau, möglicherweise auch auf die eherechtlichen Vereinbarungen durchschlagen. Die Geschäftsgrundlage hatte des Weiteren insoweit möglicherweise niemals Bestand, als ein gemeinschaftliches Testament der Ehefrau (mit Ausnahme von Grundeigentum) keinen Bestand gehabt hätte (vgl. Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/*Bilinsky*, aaO., Rn. 97).

435 FF 2003, 138.

436 Während er als „gute Partie“ überdurchschnittlich gut verdiente (in welchem Beruf war dem Gericht nicht bekannt), stammte sie aus „einfachen Verhältnissen“ und arbeitete als Friseurin.

sorgung aufzubauen.⁴³⁷ Die Verlobte habe recht umfassend auf wesentliche Rechte verzichtet, was zwar für sich allein nicht ausgereicht hätte, den Ausschluss des Versorgungsausgleichs als sittenwidrig anzusehen, allerdings ergebe sich dies aus der Verbindung mit der schwangerschaftsbedingten Zwangslage und dem Termindruck zum vorehelichen Abschluss des Vertrages.

Die Konstellation, über die das OLG Koblenz zu entscheiden hatte, war derjenigen der Verfassungsbeschwerden vergleichbar. Wieder handelte es sich um einen vorehelichen Globalverzicht, der Bedingung war für die Durchführung der bereits anberaumten Eheschließung. Zu dem hier besonders ausgeprägten Termindruck⁴³⁸ kam die Schwangerschaft als Indiz einer unterlegenen Verhandlungsposition. Auf die sonstigen vom BVerfG aufgeworfenen Umstände ist das OLG eingegangen: weder Ausbildung noch Vermögenslage vermochten die indizierte Unterlegenheit auszugleichen, vielmehr wirkten sie verstärkend. Unterschiede zur verfassungsgerichtlich entschiedenen Situation gab es freilich auch: Die Gütertrennung war mit einer Kompensation versehen, auf den Betreuungsunterhalt wurde nicht verzichtet (freilich hätte ein Verzicht ohnehin keine Auswirkungen gehabt). Dies fand vor den Augen des Senats keine Gnade. Bemerkenswert ist dies unter einem anderen Blickwinkel: In dem unterhaltsrechtlichen Teil der Entscheidung stellt das OLG fest, dass der Betreuungsunterhalt auch den Altersvorsorgeunterhalt umfasse. Die Konsequenz daraus ist, dass die Geschiedene bis zum Abschluss der Kindesbetreuung⁴³⁹ bereits Versorgungsanwartschaften aufbauen kann. Hinterher erwartet die gesetzliche Regelung grundsätzlich eine eigene Erwerbstätigkeit. Eine Altersvorsorge findet daher nur für den Zeitraum nicht statt, in dem die Ehefrau während

437 Das Alter der Frau geht aus der Entscheidung nicht hervor. Insoweit kann nicht eingeschätzt werden, in welchem Alter sie sich voraussichtlich nach dem Ende der Kindesbetreuung befunden haben würde. Je nachdem wäre ein teilweiser Aufbau einer eigenen Altersversorgung noch möglich gewesen, wenngleich die Versorgungslücke nicht geschlossen werden kann.

438 Die Vertragsunterzeichnung fand am Tag der Eheschließung statt.

439 Zur Zeit der Trennung war das gemeinschaftliche Kind 2 ½ Jahre, zur Zeit der Berufungsentscheidung knapp 5 Jahre alt.

der Ehe keiner Erwerbstätigkeit nachgeht.⁴⁴⁰ Nur für diesen Zeitraum wird sie durch die Ehevereinbarung schlechter gestellt, als bei Durchführung des Versorgungsausgleichs. Somit beschränkt sich auch die Einseitigkeit auf diesen Zeitraum. Die Höhe der Benachteiligung ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses jedoch nicht absehbar, da insbesondere nicht feststeht, ob nach der Scheidung eine Betreuung gemeinschaftlicher Kinder erforderlich sein würde, so dass der Geschiedenen Unterhaltsansprüche zustehen würden. Diese Zusammenhänge offenbaren die mangelnde Eignung des § 138 I BGB zu einem Interessenausgleich aufgrund der Nichtberücksichtigung der weiteren Entwicklung.

1.12. Urteil des AmtsG Schwäbisch Hall vom 28. Februar 2003

Zur Regelung ihrer Trennung vereinbarten die Ehegatten – ein Deutscher und eine Brasilianerin – ehevertraglich einen gegenseitigen Globalverzicht. Die Ehefrau betreute das gemeinschaftliche Kind und sollte dies nach der Trennung weiterhin tun.⁴⁴¹ Nach der Scheidung machte sie die Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung geltend.

Das AmtsG Schwäbisch Hall entschied, der Ehevertrag sei sittenwidrig.⁴⁴² Die Ehefrau habe sich aufgrund ihrer sprachlichen Schwierigkeiten bei der Erfassung komplexer Sachverhalte und einer geringeren Lebenserfahrung, insbesondere fehlender Berufserfahrung, in einer unterlegenen Position befunden, die sich im Inhalt des Vertrages niedergeschlagen habe. Darin habe sie trotz der beabsichtigten weiteren Betreuung des gemeinschaftlichen Kindes und daraus folgender fehlender Chancen auf dem Arbeitsmarkt auf sämtliche Rechte verzichtet. Der Verzicht des Ehemannes wiege dies nicht auf, da nicht mit Ansprüchen zu seinen Gunsten zu rechnen war. Die

440 Zumindes, soweit die Betrachtung auf jene Zeiträume beschränkt ist, in denen die gesetzliche Systematik den (ehemaligen) Ehemann grundsätzlich mit dem Unterhalt seiner Gattin belastet.

441 Zunächst betreute die Ehefrau das Kind auch weiterhin. Bei der Scheidung wurde ihr das Sorgerecht zugesprochen. Einige Zeit nach der Scheidung übernahm der Ehemann die Betreuung und das Sorgerecht für das Kind. Zur Zeit der Entscheidung wurde das Kind bei gemeinsamem Sorgerecht vom Vater betreut.

442 FamRZ 2003, 1284.

weitreichenden Folgen des Vertrages habe die Ehefrau nicht verstanden, eine rechtliche Beratung, wie sie der Ehemann in Anspruch genommen habe, habe ihr gefehlt. Für den Ausschluss aller Scheidungsfolgen fehle in der Situation der Parteien sowohl eine sachliche Rechtfertigung als auch jeglicher Ausgleich.

Die wesentlichen Unterschiede zur Konstellation des BVerfG springen sogleich ins Auge: Weder war die Ehefrau schwanger noch gab es einen Druck zum Abschluss des Vertrages, der nicht vor, sondern während der Ehe geschlossen wurde. Zur Begründung der Unterlegenheit der Ehefrau greift das AmtsG daher auf andere Umstände zurück. Zum einen folgert es sie aus der sprachlichen Unterlegenheit. Darin entschied es anders als das OLG Köln, das davon ausging, wer einen nicht verstandenen Vertrag abschlieÙe, handele auf eigenes Risiko.⁴⁴³ Mit der Beachtung der sprachlichen Defizite dürfte es sich jedoch zumindest solange auf der Linie des BVerfG befinden, wie diese nicht durch Übersetzung und Beratung ausgeglichen wurden. Unklar bleibt hingegen, wie das AmtsG zu dem Schluss kommt, die Ehefrau „war objektiv und subjektiv gar nicht in der Lage zu beurteilen, was sie wollte und was nicht“. Ihre schwächere Ausgangslage ist nicht zu bestreiten, diese vermochte sie jedoch durch den Abschluss der Trennungsvereinbarung nicht zu verbessern. Insoweit fehlte es an einer Drucksituation, die sie zum Abschluss des Vertrages hätte drängen können. Unter diesem Blickwinkel ist die Darlegung der Unterlegenheit der Ehefrau fraglich. Es verbleibt dann eine Regelung, für die es keine sachliche Rechtfertigung gab. Allein deren Fehlen genügt jedoch auch nach der Rspr. des BVerfG nicht für eine gerichtliche Vertragskorrektur und wohl erst recht nicht für eine Sittenwidrigkeit.

443 Siehe oben, S. 108, Kapitel 1.1. Auch das OLG München und das OLG Nürnberg hielten mangelnde Sprachkenntnisse für unbeachtlich, siehe oben, S. 119, Kapitel 1.8 und S. 121, Kapitel 1.10.

1.13. Beschluss des OLG Frankfurt/M. vom 10. März 2003

Die Parteien schlossen wohl während der Ehe⁴⁴⁴ nachehelichen Unterhalt und die Durchführung des Versorgungsausgleichs aus. Gemeinschaftliche Kinder waren weder vorhanden noch geplant. Die Ehefrau besaß eine ausländische Staatsangehörigkeit und verfügte über eine qualifizierte Berufsausbildung. Erwerbstätig war sie allerdings nicht. An Stelle des Versorgungsausgleichs verpflichtete sich der Ehemann zum Abschluss einer Lebensversicherung zugunsten seiner Gattin, die er fortlaufend bedienen sollte.

Anders als die Geschiedene befand das OLG Frankfurt/M. den Ehevertrag für wirksam.⁴⁴⁵ Den Verzicht auf nachehelichen Unterhalt rechtfertigte das Gericht mit dem hohen Altersunterschied der Parteien⁴⁴⁶ und der bei Vertragsschluss bestehenden Möglichkeit einer künftigen Erwerbstätigkeit der Ehefrau. Die Lebensversicherung stellte für den Senat eine hinreichende Ersetzung des gesetzlichen Ausgleichsanspruchs dar.

Letzterem Gesichtspunkt wird man – vorbehaltlich der konkreten Daten – zustimmen können. Die Regelung über den Versorgungsausgleich war keine einseitige, sondern eine Ersetzung der gesetzlichen Bestimmung durch eine frei gewählte und daher kalkulierbare Regelung. Auch die Argumentation, der nacheheliche Unterhalt könne mangels beabsichtigter gemeinsamer Kinder und der durchaus realistischen Möglichkeit einer eigenständigen Erwerbstätigkeit der Ehefrau ausgeschlossen werden, ist alles andere als fernliegend. Die Bedeutung des Altersunterschieds bleibt dabei im Dunklen. Warum sich daraus eine geringere Schutzbedürftigkeit der Ehefrau ergeben soll, legt das Gericht nicht dar. Andere Gerichte entnehmen einem Altersunterschied ein Indiz für eine Unterlegenheit der Jüngeren.⁴⁴⁷

444 Deutlich geht dies aus der Entscheidung nicht hervor. Neun Monate später lebten die Eheleute jedoch bereits in Trennung.

445 OLG Report Frankfurt 2003, 351.

446 Der Ehemann war „fortgeschrittenen Alters“, die Ehefrau „noch unter 30“.

447 Vgl. AmtsG Schwäbisch Hall, oben, S. 124, Kapitel 1.12 und AmtsG Warendorf, oben, S. 116, Kapitel 1.6.

1.14. Urteil des AmtsG Tempelhof-Kreuzberg vom 11. März 2003

Vor Eheschließung vereinbarten die Parteien einen Globalverzicht. Für die ersten drei Jahre nach einer Scheidung sollte bei Vorliegen eines Unterhaltstatbestands pauschalisierter Unterhalt i.H.v. 2.000 Euro gezahlt werden. Die Ehefrau war möglicherweise mit dem dritten gemeinschaftlichen Kind schwanger, weitere waren geplant.⁴⁴⁸ Der Ehemann besaß ein Vermögen von mehreren Millionen Euro, aus dem der Familienunterhalt bestritten wurde.

Die Vereinbarung fand keine Gnade vor dem AmtsG Tempelhof-Kreuzberg.⁴⁴⁹ Es führte aus, dass die Verlobte finanziell vollständig von ihrem späteren Ehemann abhängig gewesen sei. Sie habe sich daher in einer unterlegenen Position befunden. Angesichts der beiden von ihr zu betreuenden Kleinkinder komme es auf das tatsächliche Bestehen einer Schwangerschaft bei Vertragsschluss nicht an.⁴⁵⁰ Durch die vertraglichen Vereinbarungen sei sie vom gemeinsam erwirtschafteten Vermögenszuwachs ausgeschlossen und somit unangemessen benachteiligt worden. An der Aufnahme einer eigenen Erwerbstätigkeit mit einem zu ihrem früherem vergleichbaren Einkommen sei sie wegen der Betreuung der vorhandenen und noch geplanten Kinder auf absehbare Zeit gehindert gewesen. Die Kumulation der Nachteile führte in der Gesamtwürdigung des AmtsG dazu, den Ehevertrag als nichtig anzusehen.

Die Entscheidung dürfte auf der Linie des BVerfG liegen. Die Unterlegenheit der Verlobten ergab sich aus einer vergleichbaren Situation. Dabei dürfte es tatsächlich zweitrangig sein, ob die Schwangerschaft schon bestand und bekannt war (bei Unkenntnis dürfte sich aus einer Schwangerschaft wohl kaum die psychische Drucksituation ergeben, die das BVerfG im Blick hatte). Die Betreuung zweier Kleinkinder vermochte eine fehlende

448 Es wurden noch zwei weitere, also insgesamt fünf Kinder geboren.

449 FF 2003, 139.

450 Ob eine Schwangerschaft vorlag, konnte nicht geklärt werden. Der Vertragsschluss erfolgte am 16.07.1996, die Geburt des Kindes erfolgte am 27.03.1997, also 8 Monate und 11 Tage später. Der gesetzliche Empfängniszeitraum gem. § 1600d III 1 BGB begann am 31.05.1996 und endete am 27.09.1996, womit er den Tag des Vertragsschlusses umfasste.

Schwangerschaft auszugleichen. Unstimmig ist die Entscheidung allerdings insoweit, als die Parteien offensichtlich unabhängig von einer Eheschließung weitere gemeinschaftliche Kinder planten. Daran wird deutlich, dass die Alternative zu einer Heirat nicht zwingenderweise die Trennung mit der Folge alleiniger Verantwortung der Frau für die Kinder ist. Allerdings führt nur die Eheschließung zu weitergehenden gesetzlichen Ansprüchen (mit Ausnahme des dreijährigen Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter gem. § 1615I II BGB).

Im Übrigen ist die Vereinbarung geprägt von dem Bestreben des künftigen Ehemannes, die wirtschaftlichen Folgen einer Scheidung für sich zu minimieren. Das fehlende Verständnis des AmtsG dafür steht im Einklang mit dem fehlenden Verständnis des BVerfG für solche wenig partnerschaftlich gedachte Konstellationen. Dabei hätte die Unterhaltsregelung auch nach alter Rechtsprechung wegen Rechtsmissbrauchs keinen Bestand gehabt. Versorgungsanwartschaften dürften, da sich der Ehemann ganz der Vermögensverwaltung hingab, nicht bestanden haben. Der Segen der geänderten Rechtsprechung liegt für die nunmehr Geschiedene folglich darin, nun auch an dem Vermögenszuwachs beteiligt zu werden. Der Grund für diese Beteiligung liegt, unterstellt man eine im Wesentlichen unveränderte Beziehung der Ehegatten zueinander, allein in der Eheschließung. Berücksichtigt man, dass große Vermögen bei einigermaßen überlegter Anlage auch ohne großes Zutun des Inhabers weiter wachsen, so dass die Vermögensmehrung nicht erst durch den Verzicht der Gattin auf eine Erwerbstätigkeit ermöglicht wird, zeigt sich eine bedenkliche Facette der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

1.15. Urteil des OLG Düsseldorf vom 27. März 2003

Die Parteien – sie türkischer, er türkischer und deutscher Staatsangehörigkeit – schlossen während ihrer Ehe einen Ehevertrag. In diesem wählten sie deutsches Ehegüterrecht.⁴⁵¹ Außerdem vereinbarten sie unter Verzicht auf

⁴⁵¹ Zuvor galt aus Sicht des deutschen IPR türkisches Ehegüterrecht, unabhängig vom Zeitpunkt der Erlangung der deutschen Staatsangehörigkeit durch den Ehemann (der gem. Art. 5 I 2 EGBGB Vorrang zukommt, so dass Art. 14 I Nr. 1 EGBGB wahrscheinlich ausscheidet), da die Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung einen gemeinsamen

einen Ausgleich bisherigen Zugewinns Gütertrennung, schlossen den Versorgungsausgleich aus und verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt. Nach der Scheidung berief sich die Frau auf die Sittenwidrigkeit des Vertrages im Lichte der neueren BVerfG-Rspr. und angesichts mangelnder Beherrschung der deutschen Sprache ihrerseits.

Das OLG Düsseldorf gelangte zur Überzeugung, die Klägerin habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses durchaus hinreichende Sprachkenntnisse gehabt, so dass insoweit keine sittenwidrige Ausnutzung einer Schwäche vorgelegen habe.⁴⁵² Auch im Übrigen hielt der Senat die Vereinbarung für wirksam. Maßgebende Erwägung war dabei der Vergleich zwischen der vertraglich geregelten und der vorher bestehenden Situation. Die Ehefrau sei nämlich durch die Wahl der Gütertrennung nicht benachteiligt worden, da der zuvor geltende gesetzliche türkische Güterstand ebenfalls Gütertrennung bestimmt habe.⁴⁵³ Im Grundsatz gelte das Gleiche für die Abbedingung des dem türkischen Recht unbekanntem Versorgungsausgleichs. Allerdings wäre dieser ohne die Vereinbarung gem. Art. 17 III 2 EGBGB nach deutschem Recht durchzuführen gewesen.⁴⁵⁴ Die grundsätzlich zulässige Abbedingung sei jedoch nicht sittenwidrig, insbesondere weil die Ehefrau bei Vertragsschluss bereits erwerbstätig gewesen sei und somit eine realistische Möglichkeit zum Aufbau einer eigenständigen Altersvorsorge gehabt habe.⁴⁵⁵ Beim Unterhaltsverzicht sei schließlich zu berücksichtigen, dass dieser gem. Art. 18 IV 1 EGBGB türkischem Recht unter-

gewöhnlichen Aufenthalt in der Türkei hatten (vgl. Art. 14 I Nr. 2 EGBGB). Die Rechtswahl war aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit des Ehemannes zulässig.

452 FamRZ 2003, 1287. Die Überzeugung stützt das Gericht auf Zeugenaussagen und auf den langen Aufenthalt der Ehefrau in Deutschland (bei Vertragsunterzeichnung seit zwölf Jahren), sowie ihre bereits bestehende Berufstätigkeit (seit mindestens vier Jahren). Ergänzend führt es die mehrfachen Erörterungen durch den Notar und die ihr eingeräumte ausreichende Bedenkzeit an.

453 Für seit dem 01.01.2002 geschlossene Ehen gilt in der Türkei als gesetzlicher Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft.

454 Das OLG stellt auf Art. 17 III 2 Nr. 1 EGBGB ab. Nr. 2 dürfte ebenso greifen.

455 Die Ehefrau verdiente, nachdem sie zuvor die beiden gemeinschaftlichen Kinder betreut hatte, deutlich weniger als ihr Ehemann. Sie war im Zeitpunkt der Entscheidung seit 9 ½ Jahren sozialversicherungspflichtig erwerbstätig und 36 Jahre alt. Das jüngste Kind war zu diesem Zeitpunkt bereits 16 Jahre alt.

liege,⁴⁵⁶ wonach er mangels der erforderlichen gerichtlichen Bestätigung bislang nicht wirksam sei. Daher ergebe sich aus ihm keine Benachteiligung der Geschiedenen. Zudem liege aufgrund seiner Unwirksamkeit kein Globalverzicht vor, so dass der Vertrag im Übrigen wirksam sei.

Die Konstellation des OLG Düsseldorf ist gekennzeichnet durch die international-privatrechtlichen Besonderheiten. Konsequenterweise arbeitet das OLG heraus, welchen Regelungsgehalt der Vertrag unter diesen Voraussetzungen überhaupt hat. Diese sind deutlich geringer, als man dies bei unbefangener Betrachtung vermuten sollte. Güterrechtlich dürfte die Vereinbarung letztlich keine Auswirkungen haben.⁴⁵⁷ Die unterhaltsrechtliche Regelung bedarf zu ihrer Wirksamkeit noch einer gerichtlichen Genehmigung. Es verbleibt somit bei der Abbedingung des Versorgungsausgleichs. Unter diesem Blickwinkel betrachtet, liegt die Annahme einer Sittenwidrigkeit eher fern. Hinzu kommt die mit ca. 26 Jahren aufgenommene Erwerbstätigkeit der Ehefrau, die durchaus zu der vom Senat gezogenen Schlussfolgerung berechtigt, sie könne eigenständig für ihre Altersversorgung vorsorgen. Stellte man hingegen darauf ab, dass nach Wahl des deutschen Güterrechts die Vereinbarung der Gütertrennung dem gleichen Rechtfertigungsdruck unterliege wie rein inländische Sachverhalte, würde man die Vereinbarung künstlich aufspalten. Überdies wäre das Ergebnis – Wirksamkeit des Vertrages – angesichts der Erwerbstätigkeit der Ehefrau wohl das Gleiche.

456 Das OLG stellt auf Art. 18 IV i.V.m. Art. 17 I i.V.m. Art. 14 I Nr. 1 EGBGB ab. Dies ist allerdings unzutreffend, da zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags gem. Art. 14 I Nr. 2 EGBGB deutsches Ehwirkungsrecht anzuwenden war. Gleichwohl trifft das Ergebnis des OLG zu, da die Scheidung nach türkischem Recht vollzogen wurde und nach Art. 7 § 1 I 3 FamRÄndG i.V.m. §§ 328 I Nr. 1, 606a I 1 Nr. 1, II 2 ZPO anzuerkennen ist, so dass gem. Art. 18 IV 1 EGBGB türkisches Unterhaltsrecht gilt. Dass nach deutschem IPR (Art. 17 I 1 i.V.m. Art. 14 I Nr. 2 EGBGB) deutsches Scheidungsrecht hätte angewandt werden müssen, ist unbeachtlich.

457 Es ändert sich freilich die Rechtsordnung, der die Gütertrennung unterliegt. Damit einhergehen können durchaus Änderungen im Detail, die jedoch nicht gravierend sein dürften.

1.16. Beschluss des OLG Koblenz vom 23. Juni 2003

Die Parteien haben vorehelich einen Globalverzicht vereinbart. Die künftige Ehefrau war russische Staatsangehörige und hielt sich auf Grundlage eines Heiratsvisums in Deutschland auf, das wenige Tage nach dem bereits geplanten Heiratstermin ablief. Zwei Wochen vor Beurkundung wurde der Vertragsentwurf mit ihr besprochen, einen Tag vorher erhielt sie eine Übersetzung. Die Parteien planten eine beiderseitige Berufstätigkeit und hatten einen „allgemeinen“ Kinderwunsch.⁴⁵⁸

Das OLG Koblenz hielt die Vereinbarung für wirksam.⁴⁵⁹ Die Verlobte habe sich nicht in einer Zwangslage befunden, weil sie vor Vertragsunterzeichnung bis zum Ablauf des Visums ausreichend Zeit (ca. drei Wochen) gehabt habe, rechtlichen Rat einzuholen und ggf. vom vorgelegten Ehevertrag und von der geplanten Eheschließung Abstand zu nehmen. Sie habe Aussichten auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gehabt,⁴⁶⁰ so dass sie eigenständig Vermögensbildung und Altersvorsorge hätte betreiben können. Angesichts des geringen Vermögens ihres Verlobten sei sie daher nicht benachteiligt worden.

Auf den ersten Blick kommen Zweifel auf, ob sich das OLG mit dieser Entscheidung auf der Linie des BVerfG bewegt hat. Für eine Zwangslage der späteren Ehefrau sprechen doch einige Indizien. Die Alternative zur Eheschließung unter den gestellten Bedingungen war nicht nur deren Unterbleiben, sondern zusätzlich die Rückkehr nach Russland. Allerdings darf man wohl unterstellen, dass der Aufenthalt in Deutschland nur mit Blick auf die geplante Heirat angestrebt wurde. Die Aussichten der späteren Ehefrau auf dem deutschen Arbeitsmarkt wurden vom Gericht durchaus optimistisch eingeschätzt – noch dazu unter Zugrundelegung von

458 Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die spätere Ehefrau nicht berufstätig und fast mittellos. Ob sie bereits schwanger war, lässt sich aus dem Beschluss nicht entnehmen. Das gemeinsame Kind wurde im Jahr nach der im Juni erfolgten Vertragsunterzeichnung geboren, in welchem Monat ist nicht mitgeteilt worden.

459 FamRZ 2004, 200.

460 Diese bestanden nach Ansicht des Gerichtes in dem (zu welchem Zeitpunkt ist nicht bekannt) gestellten Antrag auf Anerkennung ihrer Berufsausbildung, der später ausgestellten unbefristeten Arbeitserlaubnis und dem ebenfalls zu einem späteren Zeitpunkt absolvierten Sprachkurs.

Umständen, die bei Vertragsschluss gar nicht bekannt waren. Angesichts noch vorhandener Sprachprobleme, der Ungewissheit, ob die Ausbildung anerkannt werden würde, dem vorhandenen Kinderwunsch und fehlendem Vermögen, wäre es nicht unvertretbar gewesen, eine Benachteiligung der Ehefrau anzunehmen. Die sprachlichen Schwierigkeiten dürften wohl durch die Übersetzung des Entwurfes und vor allem durch die Vorbesprechung mit Dolmetscher kompensiert worden sein. Auch hier handelt es sich jedoch um eine Grenzenscheidung, da der endgültige Entwurf nur einen Tag vor Beurkundung vorgelegen hat und die Bedenkzeit somit sehr kurz war. Eine sachliche Rechtfertigung oder Abmilderung der Regelungen durch andere Umstände (außer möglicherweise der Ausbildung) ist nicht ersichtlich. Dies verdeutlicht eine der Schwierigkeiten der Materie. Hatte die künftige Ehefrau gute Aussichten auf dem deutschen Arbeitsmarkt und hat sie in freier Ausübung der ihr zustehenden gleichen Rechte und unter Inkaufnahme des Risikos fehlender Absicherung auf die Schutzmechanismen des Scheidungsfolgenrechts verzichtet? Oder wurde hier eine mit dem deutschen Recht nicht vertraute Person unter Ausnutzung von zeitlichem und persönlichen Druck für die Zukunft rechtlos gestellt? Beide Extremansichten dürften der Situation letztlich nicht gerecht werden. Keine der ihnen zugrunde liegenden Prognosen – beiderseitige Berufstätigkeit einerseits, Einverdienerehe mit Kindesbetreuung andererseits – war bei Vertragsschluss hinreichend sicher. Dies kann einerseits dafür sprechen, den Blick mehr auf die Situation zu richten, in der die Regelungen letztlich Wirkungen zeigen, andererseits kann aus der Unsicherheit der Beurteilung auch abgeleitet werden, die Schwelle der Sittenwidrigkeit sei nicht überschritten.

1.17. Urteil des OLG Hamm vom 2. Juli 2003

Die späteren Eheleute schlossen vor der Eheschließung einen Globalverzicht. Die Heirat sollte auf Drängen der Frau, der Vertragsschluss auf Drängen des Mannes stattfinden. Beide Verlobte waren erwerbstätig, wenngleich der Mann deutlich besser verdiente als seine Künftige. Diese betreute gleichzeitig das gemeinschaftliche Kind.

Das OLG Hamm hielt die Vereinbarung nicht für sittenwidrig.⁴⁶¹ Beide Parteien hätten sich in vergleichbaren Verhandlungspositionen befunden, da schließlich beide Druck ausgeübt hätten – die spätere Ehefrau bestand auf einer Heirat, sollte die Beziehung fort dauern, der spätere Ehemann bestand auf den Vertragsschluss, sollte es zu einer Eheschließung kommen. Somit könne man nicht von einer einseitigen Zwangslage sprechen. Wegen der beiderseitigen Erwerbstätigkeit seien die Umstände bei Vertragsschluss auch nicht mit denjenigen zu vergleichen gewesen, die den Entscheidungen des BVerfG zugrunde gelegen hätten, so dass es auch an einer besonderen einseitigen Benachteiligung fehle. Zwar habe ein Einkommensgefälle bestanden, dieses könne die Frau aufgrund ihrer Qualifikation jedoch prinzipiell ausgleichen.

Die Entscheidung verdeutlicht einmal mehr, dass ein Globalverzicht nicht an den Vorgaben des BVerfG scheitern muss. Trotz der durch die Kindesbetreuung geschwächten Position der späteren Ehefrau kann diese grundsätzlich auch über das Scheidungsfolgenrecht disponieren. Einseitig benachteiligt wird sie dann nicht, wenn sie selber erwerbstätig ist. Es stellt sich freilich die Frage, ob diese Folgerung der Position der Frau gerecht wird. Ihre Erwerbstätigkeit führt dann nicht nur zu einer doppelten Belastung, sondern stellt ein zusätzliches Risiko für den Fall einer späteren Scheidung dar, obwohl aus der Erwerbstätigkeit bei Vertragsschluss nicht zwingenderweise folgt, dass die Schutzbedürftigkeit nach einer Scheidung gemindert ist.

1.18. Urteil des OLG Oldenburg vom 28. August 2003

Die Parteien schlossen im fünften Schwangerschaftsmonat der späteren Ehefrau einen vorehelichen Ehevertrag, in dem sie zumindest⁴⁶² Gütertrennung vereinbarten und den nachehelichen Unterhalt mit Ausnahme desjenigen nach § 1570 BGB ausschlossen. Der Anspruch auf

461 FamRZ 2004, 201. Dem nunmehr geschiedenen Ehemann wurde es freilich verwehrt, sich auf den Ausschluss des Betreuungsunterhalts zu berufen, solange seine Ehemalige die gemeinschaftlichen Kinder (mittlerweile waren es zwei) betreut.

462 Ob Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich getroffen wurden, geht aus der Entscheidung nicht hervor.

Betreuungsunterhalt wurde in der Höhe begrenzt. Nach Scheidung der Ehe berief sich die Geschiedene auf die Nichtigkeit der geschlossenen Vereinbarung. Ihr ehemaliger Ehemann hielt sie hingegen unter anderem wegen der Anstellung der Frau in einem seiner Unternehmen für wirksam.

Das OLG Oldenburg entschied nur über den Ausschluss des Zugewinnausgleichs, den es für unwirksam erklärte.⁴⁶³ Bei Vertragsschluss habe der spätere Ehemann seine dominierende Situation gegenüber der schwangeren Verlobten ausgenutzt, um diese unangemessen zu benachteiligen. Die Schwangerschaft sei ein Indiz für die Unterlegenheit der späteren Ehefrau, das durch keine anderen Umstände ausgeglichen worden sei. Insbesondere habe sie kein eigenes Vermögen gehabt und da sie sich zumindest vornehmlich um die Betreuung der Kinder gekümmert habe, habe sie – anders als ihr Ehemann – auch während der Ehe keines bilden können. Ihre Anstellung im Unternehmen des Verlobten habe nur zum Schein bestanden. Zusätzlich habe eine Drucksituation zum Abschluss des Vertrages vorgelegen, weil die Hochzeitsgäste bereits geladen gewesen seien.

Zunächst fällt an der Entscheidung auf, dass das OLG Oldenburg die Unwirksamkeit der güterrechtlichen Regelung nicht aus § 138 I BGB ableitet, sondern § 242 BGB dafür heranzieht. Eine Problematisierung dieses Umstandes unterbleibt jedoch, so dass die Vermutung nahe liegt, das Gericht habe damit keine grundlegende Neuerung einleiten wollen. Dennoch fließen in die Beurteilung der Situation der späteren Ehefrau, die nach Überzeugung des Senats von ihrem Künftigen ausgenutzt wurde, Erwägungen ein, die bei Vertragsschluss noch nicht bekannt waren, z.B. die spätere Kindesbetreuung durch die Ehefrau und die Verwendung ihres „nominellen“ Einkommens für die Haushaltsführung. Ob dies schon bei Vertragsunterzeichnung den Vorstellungen der Parteien entsprach, bleibt ebenso unklar, wie die Frage, ob der Vertragsschluss vom Verlobten nur angeregt wurde oder ob er Bedingung für die Eheschließung war. Dennoch liegt die Entscheidung insbesondere wegen der Schwangerschaft der Verlobten und des Termindrucks auf der vom BVerfG eingeschlagenen Linie. Dies gilt zumindest dann, wenn das an die Ehefrau gezahlte Ein-

463 NJW-RR 2004, 650. Diese Rechtsfolge leitete das OLG aus § 242 BGB ab.

kommen ihr tatsächlich nicht zur Verfügung stand und sie es nach der Scheidung nicht weiterhin erzielen kann.

1.19. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2003

Die Parteien schlossen vor Eheschließung durch notariellen Vertrag die Durchführung des Versorgungsausgleichs aus, vereinbarten Gütertrennung und verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt mit Ausnahme von Kindesbetreuungsunterhalt. Die spätere Ehefrau war Brasilianerin und hatte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keinerlei Deutschkenntnisse. Beim Notartermin war ein Dolmetscher anwesend, die Urkunde wurde allerdings nicht übersetzt. Kurz nach der Eheschließung wurde der ursprüngliche Vertrag modifiziert und der Unterhaltsverzicht auf jeglichen nachehelichen Unterhalt erstreckt. Während der Ehe wurden zwei gemeinschaftliche Kinder geboren, die seit der Trennung von der Mutter betreut werden. Die geschiedene Ehefrau hielt die Verträge für unwirksam und begehrte die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Das OLG Düsseldorf gab diesem Begehren nicht statt.⁴⁶⁴ Zunächst geht der Senat auf den Unterhaltsverzicht ein, der nicht Verfahrensgegenstand war. Diesen hielt das Gericht schon in der Ursprungsfassung für nichtig, weil er die Ehefrau unangemessen benachteiligt habe und somit sittenwidrig sei. Dies ergebe sich bereits nach ständiger Rspr. des BGH, gleichzeitig habe der Verlobte die völlige wirtschaftliche Abhängigkeit seiner Künftigen einseitig zu seinem Vorteil ausgenutzt. Dennoch schlage die Nichtigkeit nicht auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch. Zum einen hätten die Parteien eine salvatorische Klausel vereinbart. Zum anderen sei die Geschiedene gerade wegen der Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichts hinreichend abgesichert, stehe ihr doch auch ein Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt zu, so dass sie schon vor einer eigenen Berufstätigkeit mit dem Aufbau einer Altersvorsorge beginnen könne. Schließlich ergebe auch der Gesamtcharakter des Vertrages keine Nichtigkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs, weil die gesetzlich eingeräumte Dispositionsbe-

464 FamRZ 2004, 461.

fugnis gerade den Sinn habe, eine ungleichmäßige Verteilung der während der Ehe erworbenen Versorgungsanwartschaften zuzulassen.

Die Rechtsprechung des BVerfG nimmt in der Entscheidung viel Raum ein. Ausführlich stellt das OLG Düsseldorf die Abhängigkeit der für die Heirat eingereisten, des Deutschen nicht mächtigen Brasilianerin dar. Auch die Unangemessenheit der vertraglichen Regelungen und die einseitige Benachteiligung der Verlobten werden detailliert dargelegt, obgleich die Parteien bei Vertragsschluss gemeinsame Kinder, von denen die einseitige Benachteiligung wesentlich abhing, nur für möglich hielten. Die sprachlichen Schwierigkeiten verstärkten in den Augen des OLG die Unterlegenheit der Frau. Trotz dieses Begründungsaufwandes gelangt der Senat aufgrund einer eher restriktiven Interpretation des Gesamtcharakters nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Bemerkenswert ist die Erwägung, eine Absicherung für das Alter ergebe sich aus der Kombination von Vorsorgeunterhalt und der anschließenden Möglichkeit eigener Erwerbstätigkeit. Diese Möglichkeiten sind allerdings generell neben dem Versorgungsausgleich gegeben, der zusätzlich einen Ausgleich für Versorgungsanwartschaften gewähren will, die während der Ehe nicht aufgebaut wurden.

Dass das brasilianische Recht weder Versorgungsausgleich noch Zugewinnausgleich kannte, spielte nur für die Unterlegenheit der Verlobten eine Rolle, da anders als in der Entscheidung vom 27. März 2003⁴⁶⁵ gem. Art. 14 I Nr. 2 EGBGB von vornherein deutsches Ehegüterrecht galt.⁴⁶⁶ Nicht zu überzeugen vermag der Hinweis des Senats, die Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichtes ergebe sich schon nach ständiger Rechtsprechung des BGH, auch wenn der Betreuungsunterhalt unangetastet bliebe. Dies ergibt sich weder aus den beiden angeführten, noch aus sonstigen Entscheidungen des BGH. Vielmehr führte nach Auffassung des BGH selbst ein vollständiger Unterhaltsverzicht nicht zu einem Sittenwidrigkeitsurteil, sondern wurde nur über § 242 BGB korrigiert.⁴⁶⁷

465 Siehe oben, S. 129, Kapitel 1.15.

466 Die Rechtswahl hatte somit aus Sicht des deutschen IPR nur deklaratorische Wirkung.

467 Vgl. oben, S. 68.

1.20. Urteil des OLG Hamm vom 13. November 2003

Die Eheleute führten eine Doppelverdiener Ehe, in der die Ehefrau wegen der Betreuung der beiden gemeinschaftlichen Kinder lediglich halbtags beschäftigt war und ein deutlich geringeres Einkommen erzielte als der als Rechtsanwalt und Notar tätige Ehemann. 19 Jahre nach der Eheschließung schlossen die Eheleute auf Veranlassung des Ehemannes, der als Motiv den Schutz seiner Kanzlei angab, einen Ehevertrag, der einen gegenseitigen Globalverzicht vorsah. Zudem wurde auf einen Ausgleich des bereits entstandenen Zugewinns verzichtet und das Hausgrundstück aus dem Eigentum der Ehefrau in das des Ehemannes überführt.

Den kompletten eherechtlichen Teil der Vereinbarung sah das OLG Hamm als nichtig an.⁴⁶⁸ Der Vertrag sei ohne nachvollziehbares Motiv geschlossen worden. Eine gerade zu diesem Zeitpunkt bestehende Notwendigkeit, die Kanzlei vor einem Zugriff etwaiger Gläubiger zu schützen, sei nicht ersichtlich gewesen. Sie hätte zudem die vorgenommene Vermögensverlagerung nicht rechtfertigen können.⁴⁶⁹ Insbesondere könne dieses Motiv nicht erklären, warum die Ehefrau von der Teilhabe am bisher erwirtschafteten gemeinschaftlichen Vermögen ausgeschlossen werde. Mangels nachvollziehbaren Motivs zeige der Vertrag die einseitige Dominanz des in rechtlichen Angelegenheiten ohnehin überlegenen Ehemannes, der mit den unangemessenen Regelungen seine Gattin übervorteilt habe.

Das OLG Hamm entschied auf den ersten Blick in Anlehnung an das BVerfG.⁴⁷⁰ Die Verhandlungslage der Ehegatten war geprägt von den beruflichen Kenntnissen des Ehemannes. Das OLG leitete daraus eine gesteigerte Aufklärungspflicht im Rahmen seiner ehelichen Fürsorgepflicht ab, die

468 FamRZ 2004, 1294. Die Nichtigkeit der Grundstücksübertragung hielt es für möglich, es bestand aber keine Entscheidungsnotwendigkeit.

469 Die Parteien hatten zu einem früheren Zeitpunkt das ehemals im Miteigentum beider Ehegatten stehende Grundstück des Familienhauses vollständig auf die Ehefrau übertragen, um das Vermögen so vor einem Zugriff etwaiger Gläubiger des selbstständigen Ehemannes zu schützen. Für diese Vorgehensweise zeigten die Richter Verständnis. Die nunmehr vorgenommene umgekehrte Vermögensverlagerung sahen sie gerade vor diesem Hintergrund nicht schlüssig erklärt.

470 Es berief sich bei der Auslegung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ausdrücklich auf die Entscheidung des OLG München vom 1. Oktober 2002, siehe dazu unten, S. 146.

Ehefrau vor dem von ihm angestrebten Vertragswerk eindringlich zu warnen. Der Senat führte weiter aus, die Konstellation lege eine arglistige Täuschung des Ehemannes nahe, wengleich der Beweis dafür nicht erbracht sei. Freilich bleibt zweifelhaft, ob man in dieser Konstellation von einer Unterlegenheit der Ehefrau ausgehen konnte. Zwar verfügte sie über eine deutlich geringere Kenntnis der Materie als ihr Ehemann, jedoch ist nicht ersichtlich, dass ihre Kenntnisse unterdurchschnittlich waren. Hinzu kommt, dass der beurkundende Notar zur Belehrung verpflichtet war, so dass das Ungleichgewicht der juristischen Kenntnisse im Hinblick auf den konkreten Vertragsinhalt ausgeglichen worden sein müsste. Ob man ohne Weiteres eine Aufklärungspflicht des Ehemannes annehmen kann, der seiner Gattin immerhin nicht nur als Ehe-, sondern auch als Verhandlungspartner gegenüberstand, ist zweifelhaft.

Wert legt das OLG auf das Fehlen eines nachvollziehbaren Motivs für den Vertragsschluss. Damit löst es sich von dem verfassungsgerichtlichen Schwerpunkt, der auf den ungleichen Verhandlungspositionen lag. Daneben legt es eine Benachteiligung der Ehefrau durch die vertraglichen Vereinbarungen dar, die zwar gegenseitig ausgestaltet waren, sich bei lebensnaher Interpretation aber einseitig zu ihren Lasten auswirkten, zumal sie auf bereits entstandene Ansprüche und Anwartschaften verzichtete.

1.21. Urteil des OLG Koblenz vom 13. Januar 2004

Die späteren Eheleute vereinbarten Gütertrennung und gegenseitigen Pflichtteilsverzicht. Bis auf den Betreuungsunterhalt wurde der nacheheliche Unterhalt ausgeschlossen. Der dem Grunde nach unangetastete Anspruch aus § 1570 BGB wurde zeitlich und betragsmäßig begrenzt.⁴⁷¹ Die Verlobte war schwanger und strebte eine Eheschließung vor der Niederkunft an. Der Bräutigam und künftige Kindsvater bestand auf den vorehelichen Abschluss eines Ehevertrages. Die Parteien diskutierten die Vertragsbedingungen intensiv, die spätere Ehefrau konnte jedoch keine besseren Bedingungen durchsetzen. Mit der Geburt des ersten Kindes gab

471 Zeitlich allerdings unter Berücksichtigung der Rechtsprechung: der Unterhaltsanspruch sollte bis zum vollendeten 16. Lebensjahr des jüngsten gemeinsamen Kindes bestehen.

die Ehefrau ihre Erwerbstätigkeit, aus der sie bis dato ein überdurchschnittliches Einkommen erzielt hatte, auf und widmete sich der Kindesbetreuung. Das OLG Koblenz sah in dieser Situation eine Unterlegenheit der Frau und eine einseitige Dominanz des Mannes.⁴⁷² Zudem werde die Ehefrau durch den Inhalt unangemessen benachteiligt, da der Betreuungsunterhalt ohne den abgeschlossenen Ehevertrag mehr als doppelt so hoch gelegen hätte. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Ehefrau aufgrund der Aufgabenverteilung in der Ehe ihre eigene Berufstätigkeit aufgegeben habe. Angesichts dieser Nachteile hielt das Gericht eine Korrektur des Vertrages gem. § 242 BGB für angezeigt und kassierte auf diesem Wege die Beschränkungen der Höhe des Betreuungsunterhalts.

Der Sachverhalt, mit dem das OLG Koblenz konfrontiert wurde, scheint denen der Entscheidungen des BVerfG geradezu nachgebildet zu sein. Dies vor Augen überrascht es durchaus, dass das OLG als Rechtsfolge nicht die Sittenwidrigkeit der ehevertraglichen Vereinbarung ausspricht, sondern sich damit begnügt, die Höhe des Betreuungsunterhalts auf das gesetzliche Niveau anzuheben. Damit wollte der Senat augenscheinlich den Bemühungen der Parteien Rechnung tragen, die damalige höchstrichterliche Rechtsprechung zu berücksichtigen.⁴⁷³ Das Vorbringen des Mannes, zwar habe er eine Eheschließung, nicht jedoch das weitere Zusammenleben vom Abschluss des Ehevertrages abhängig gemacht, vermochte die Situation der Frau in den Augen des OLG nicht zu mildern. Das Gericht berücksichtigte vielmehr die besondere psychische Verfassung der schwangeren Frau, die, nachdem sie zunächst von einem Scheitern der Beziehung ausgehen musste, überraschend einen Heiratsantrag erhielt und mit der Forderung nach einem Ehevertrag erneut unter Druck gesetzt wurde. Dies als Zwangssituation im Sinne der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen anzusehen, dürfte eine zutreffende Beurteilung sein.

472 FamRZ 2004, 805.

473 Vgl. OLG Koblenz, FamRZ 2004, 805 (806 f.).

1.22. Urteil des AmtsG Rheine vom 20. Februar 2004

Die Eheleute schlossen neun Jahre nach der Eheschließung und zwei Jahre vor der Trennung einen Ehevertrag, der Zugewinn- und Versorgungsausgleich ausschloss, Gütertrennung bestimmte und in dem beide Ehegatten auf nacheheliche Unterhaltsansprüche verzichteten. Kinder hatten sie keine. Die Ehefrau litt unter massiven Alkoholproblemen, die zeitweise eine stationäre Behandlung erforderlich machten. Nach der Scheidung begehrte sie im Wege der Stufenklage Auskunft über das Vermögen und das Einkommen des Mannes.

Dieses Begehren hielt das AmtsG Rheine für begründet.⁴⁷⁴ Es sei nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Unterhalts- und Zugewinnausgleichsansprüche bestünden, weil der Vertrag gem. § 138 I BGB, konkretisiert durch Art. 2 I, 3 II, 6 GG nichtig oder anpassungsbedürftig sein könne. Der Vertrag führe unter Ausnutzung einer schwächeren Position der Ehefrau zu einer sie einseitig belastenden Verteilung des während der Ehe erworbenen Vermögens. Zwar habe bei Vertragsschluss keine Schwangerschaft der Ehefrau vorgelegen, diese habe sich aber infolge ihrer Alkoholabhängigkeit in einer vergleichbar unterlegenen Position befunden. Aufgrund der Erkrankung und der damit einhergehenden Erwerbsunfähigkeit wäre anstelle des Verzichtes eine Absicherung der Ehefrau im besonderen Maße erforderlich gewesen. Die unterlegene Position der Frau sei durch die notarielle Beratung schon deswegen nicht auszugleichen gewesen, weil der Vertragsschluss in seiner Gestaltung der damals h.M. entsprochen habe. Für die Beurteilung der Rechtswirkungen sei jedoch unabhängig davon die heutige, durch das Urteil des BVerfG geprägte Rechtslage ausschlaggebend.

Das AmtsG Rheine steuert zur Rechtsprechung des BVerfG eine weitere Fallgruppe bei. Unterlegenheit kann sich nicht nur aus einer Schwangerschaft ergeben, sondern ebenso aus einer krankhaften Alkoholsucht. Dies stellt durchaus eine konsequente Fortsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung dar. Ein wesentlicher Unterschied besteht freilich: Während die Schwangere den Ehevertrag in Kauf nimmt, um die von ihr angestrebte Eheschließung zu erreichen, verfolgte die verheiratete Alkoholabhängige

474 FamRZ 2005, 451.

kein Ziel, dessen Erreichung mit Abschluss des Ehevertrages näher gerückt wäre. Insoweit ist es zweifelhaft, ob ein Rückgriff auf die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen wirklich erforderlich war oder ob nicht eine angemessene Anwendung des § 138 BGB, möglicherweise sogar des § 105 I, II BGB ohnehin dazu geführt hätte, die Vereinbarung für nichtig anzusehen.⁴⁷⁵ Bei der Einschätzung des Urteils ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich nicht um eine inhaltliche Entscheidung, sondern nur um eine summarische Prüfung im Auskunftsverfahren handelte. Zweifelhaft ist, ob das Interesse des Ehemannes, sein eigenes Vermögen zu schützen, bei Annahme einer Gesamtnichtigkeit auch der güterrechtlichen Regelung ausreichend berücksichtigt wird.⁴⁷⁶

1.23. Zusammenfassung: Der Stand der Rechtsprechung vor der Entscheidung des BGH

Die zivilgerichtliche Umsetzung der Vorgaben des BVerfG erfolgte zunächst im Wesentlichen im Rahmen des § 138 BGB. Sofern die Gerichte zur Überzeugung gelangten, dass zwischen den Vertragsparteien ein Verhandlungsungleichgewicht geherrscht hatte und die unterlegene Partei durch den Vertragsinhalt einseitig benachteiligt wurde, erklärten sie den Vertrag zumeist für sittenwidrig.

Der wesentliche Gesichtspunkt für eine Unterlegenheit der Frau⁴⁷⁷ bei Abschluss des Vertrages war in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen deren Schwangerschaft. Eine solche lag nur in wenigen der hernach

⁴⁷⁵ Jedenfalls wäre zu überlegen, den Vertrag als Vereinbarung zulasten des Sozialhilfeträgers anzusehen. Vgl. *Bergschneider*, FamRZ 2005, 453 f.

⁴⁷⁶ Vgl. *Bergschneider*, FamRZ 2005, 453 (454). Betroffen ist das Vermögen des Ehemannes nur über den Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau. Dieser vergrößert sich, wenn sie schon vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ihr eigenes Vermögen verschwendet. Nach Durchführung des Zugewinnausgleichs betrifft die Gefahr der Verschwendung auch das dann ehemalige Vermögen des Ehemannes, das ausgleichshalber zugewendet werden musste. Schließt man jede Vereinbarungsmöglichkeit zwischen den Ehegatten aus, verhindert man gleichzeitig einen effektiven Schutz. Ob die naheheliche Solidarität dies zwingend erfordert, scheint zweifelhaft.

⁴⁷⁷ In nahezu allen Fällen war die Frau die (möglicherweise) unterlegene Partei. Allerdings gab es auch Entscheidungen, in denen ein Mindestunterhalt vereinbart wurde und infolge dessen eine mögliche Unterlegenheit des Mannes bei Abschluss des Vertrages zu prüfen war: OLG Brandenburg, NJW-RR 2002, 578; OLG Saarbrücken, 02.10.2003, 6 UF 22/03, Juris.

entschiedenen Fällen vor.⁴⁷⁸ Sofern sie gegeben war, wurde sie meist⁴⁷⁹ als Indiz für die Sittenwidrigkeit des Vertrages gewertet, das nur vereinzelt als durch andere Umstände ausgeglichen angesehen wurde.⁴⁸⁰ Einer Schwangerschaft wurden verschiedentlich andere Umstände gleichgestellt: die Betreuung mehrerer Kleinkinder,⁴⁸¹ Abhängigkeit vom Ehemann⁴⁸² oder vom Alkohol⁴⁸³. Während sprachlichen Schwierigkeiten eines Ehegatten zunächst keine Bedeutung für dessen etwaige Unterlegenheit zugemessen wurde,⁴⁸⁴ zeichnet sich ab, diese bei der Beurteilung der Verhandlungssituation verstärkt zu berücksichtigen.⁴⁸⁵ Vereinzelt wurde die einseitige Dominanz eines Ehegatten lediglich aus dem Inhalt der ihn begünstigenden Vereinbarung geschlossen,⁴⁸⁶ oder auf eine Darlegung der unterlegenen Verhandlungsposition verzichtet.⁴⁸⁷

Keine einseitige Benachteiligung nahmen die Gerichte an, wenn bei Abschluss der Ehevereinbarung beide Ehegatten erwerbstätig waren.⁴⁸⁸ Teilweise wurde eine Benachteiligung trotz unausgewogenen Vertrags-

478 Vgl. OLG Köln v. 3. Juli 2001 (S. 109); OLG Frankfurt/M. v. 2. April 2002 (S. 115); AmtsG Warendorf (S. 116); OLG Koblenz v. 4. Februar 2003 (S. 122); AmtsG Tempelhof-Kreuzberg v. 11. März 2003 (S. 127); OLG Oldenburg v. 28. August 2003 (S. 134); OLG Koblenz v. 13. Januar 2004 (S. 139).

479 Ignoriert wurde sie nur vom OLG Frankfurt/M., FuR 2003, 181 (siehe oben, S. 115).

480 So durch die Verbeamtung der Schwangeren und die Arbeitslosigkeit des künftigen Gatten, vgl. OLG Köln, FPR 2002, 306 (siehe oben, S. 109).

481 AmtsG Tempelhof-Kreuzberg, FF 2003, 139 (siehe oben, S. 127).

482 OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456 (siehe oben, S. 112).

483 AmtsG Rheine, FamRZ 2005, 451 (siehe oben, S. 140).

484 Das OLG Köln, FamRZ 2002, 457 (siehe oben, S. 108), sah es als eigenes Risiko jeder Partei an, einen Vertrag zu schließen, den sie nicht verstanden habe, wenn nicht alle zu Gebote stehenden Aufklärungsmöglichkeiten ausgenutzt worden seien. Das OLG München, FamRZ 2003, 376 (siehe oben, S. 118) wollte daraus allenfalls ein Anfechtungsrecht ableiten. Vollständig unbeachtet blieb der Gesichtspunkt in der Entscheidung des OLG Nürnberg, FamRZ 2003, 634 (siehe oben, S. 121).

485 AmtsG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003, 1284 (siehe oben, S. 124); OLG Düsseldorf, FamRZ 2004, 461 (siehe oben, S. 135).

486 OLG Hamm, FamRZ 2004, 1294 (siehe oben, S. 137).

487 OLG Köln, FamRZ 2002, 1492 (siehe oben, S. 113).

488 OLG Brandenburg, FamRZ 2003, 764 (siehe oben, S. 117), und FamRZ 2003, 1289 (siehe oben, S. 119); OLG Hamm, FamRZ 2004, 201 (siehe oben, S. 133), trotz gleichzeitiger Kindesbetreuung durch die Ehefrau und einem erheblichen Einkommensgefälle zu ihren Lasten.

inhalts mangels Ausnutzung der schwächeren Verhandlungsposition des anderen Ehegatten verneint.⁴⁸⁹

Neben diesen aus den Entscheidungen des BVerfG abgeleiteten Gesichtspunkten blieb die alte Rechtsprechung von Bedeutung. Dies betrifft vor allem die Sittenwidrigkeit wegen Schädigung des Sozialhilfeträgers.⁴⁹⁰ Relevant waren aber auch andere Instrumente, z.B. Störung der Geschäftsgrundlage und Anfechtung.⁴⁹¹

In einigen Entscheidungen wurde nicht § 138 BGB angewandt, sondern stattdessen § 242 BGB. Teilweise hatte dies keine inhaltlichen Änderungen zur Folge,⁴⁹² im Übrigen wurde der Vertrag nicht für sittenwidrig erklärt, sondern lediglich teilweise inhaltlich korrigiert.⁴⁹³

In den dargestellten Entscheidungen wird deutlich, dass die Anwendung des § 138 BGB aufgrund seines Bezuges auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Sachverhalten nicht immer gerecht werden kann. Insbesondere bei vorsorgenden Verträgen beinhaltet die Beurteilung der Situation bei Abschluss des Vertrages stets eine Prognose. Die künftigen Entwicklungen sind im Regelfall so offen, dass allein durch unterschiedliche Gewichtungen einzelner Aspekte eine andere Einschätzung gerechtfertigt erscheint. Überdies besteht die Gefahr, im Nachhinein erlangte Kenntnisse des tatsächlichen Verlaufs als bereits zu diesem Zeitpunkt angelegt zu berücksichtigen. Probleme bereiten dabei insbesondere Fallkonstellationen, in denen der Grad der Benachteiligung von der Dauer der Ehe und somit

489 AmtsG Warendorf, FamRZ 2003, 609 (siehe oben, S. 116). In die gleiche Richtung geht auch die Entscheidung des OLG Köln, FamRZ 2002, 457 (siehe oben, S. 108), in der es die sprachlichen Verständnisschwierigkeiten der Ehefrau allein ihrem Risikobereich zuweist.

490 OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456 (siehe oben, S. 112); OLG Köln, FamRZ 2003, 767; OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 938.

491 OLG Köln, FamRZ 2002, 457 (siehe oben, S. 108); OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456 (siehe oben, S. 112); OLG Frankfurt/M., FuR 2003, 181 (siehe oben, S. 115); OLG München, FamRZ 2003, 376 (siehe oben, S. 118).

492 OLG Oldenburg, NJW-RR 2004, 650 (siehe oben, S. 134). Das OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456 (siehe oben, S. 112), zitierte § 138 BGB zusammen mit § 242 BGB als einheitliche Grundlage der Inhaltskontrolle, ohne dass eine Abweichung von einer alleinigen Prüfung des § 138 BGB erkennbar ist.

493 OLG Koblenz, FamRZ 2004, 805 (siehe oben, S. 139).

dem Zeitpunkt abhängt, in dem der Vertrag Rechtswirkungen zeigt.⁴⁹⁴ In welcher Lebenssituation der Vertrag sich tatsächlich auswirkt, ist bei seinem Abschluss häufig nicht vorhersehbar. Insbesondere ist es aus diesem Blickwinkel fragwürdig, einen Verzicht auf den Betreuungsunterhalt als Argument für die Sittenwidrigkeit des Vertrages heranzuziehen. Erfolgt die Scheidung nämlich erst nach Beendigung der Kindesbetreuung, hat der Verzicht keinerlei Wirkungen. Ebenfalls bedenklich ist es, aus der beiderseitigen Berufstätigkeit bei Vertragsschluss auf künftige Entwicklungen zu schließen. Zwar sind die Verhandlungspositionen der (künftigen) Ehegatten dann aus einer wirtschaftlichen Perspektive nicht von vornherein unausgewogen, zu bedenken ist jedoch, dass sich die beruflichen Verhältnisse nicht nur aufgrund der familiären Entwicklung jederzeit ändern können. Vor allem aber bleibt das Manko des § 138 BGB, dass die Abschlusssituation über die Wirksamkeit eines Vertrages entscheidet, der seiner Bestimmung nach erst Jahre oder sogar Jahrzehnte später (falls überhaupt jemals) Wirkungen haben soll. Eine Handhabung der Materie allein mit Hilfe des § 138 BGB greift daher jedenfalls im Bereich vorsorgender Ehevereinbarungen zu kurz. Sie ist durch das BVerfG, das sich zur zivilrechtlichen Umsetzung seiner Entscheidungen nicht geäußert hat, auch nicht vorgegeben. Allerdings geht von der Betonung der Lage der Schwangeren bei Vertragsschluss eine starke Tendenz zur Maßgeblichkeit der Abschluss- und nicht der Wirkungssituation aus.

Anders stellt sich die Situation bei den Scheidungsfolgenvereinbarungen dar. Hier fallen Abschluss- und Wirkungszeitpunkt nicht in dem Maße auseinander wie bei vorsorgenden Vereinbarungen. Überdies ist die Unangemessenheit der Regelungen einfacher zu beurteilen, weil häufig bereits entstandene Ansprüche oder Anwartschaften betroffen sind.

494 Ein späterer Wirkungszeitpunkt kann die Benachteiligung dabei sowohl verstärken (z.B. wenn die Benachteiligung im Ausschluss des Versorgungsausgleichs besteht, vgl. dazu die Anmerkungen zur Entscheidung des OLG Koblenz, FF 2003, 138, oben, S. 122) als auch abschwächen (z.B. wenn die Benachteiligung in einem Verzicht auf nachehelichen Unterhalt besteht).

2. Die Umsetzung des BGH

Der BGH hatte sich am 11.02.2004 erstmalig nach den Entscheidungen des BVerfG⁴⁹⁵ wieder mit einem Fall zu befassen, der Gelegenheit bot, dessen Vorgaben zivilgerichtlich umzusetzen.⁴⁹⁶

2.1. Sachverhalt

Dem Urteil lag folgender, den Sachverhalten der Entscheidungen des BVerfG recht unähnlicher Sachverhalt zugrunde: Die Eheleute schlossen zwischen den Geburten ihrer beiden Kinder einen Ehevertrag, ohne dass die Ehefrau zu diesem Zeitpunkt schwanger war. Die Vereinbarung sah einen gegenseitigen Ausschluss nahehelichen Unterhalts mit Ausnahme des Betreuungsunterhalts und einen gegenseitigen Verzicht auf Zugewinn- und Versorgungsausgleich vor. Der Ehemann verpflichtete sich zum Abschluss einer Kapitallebensversicherung i.H.v. 80.000 DM zugunsten der Ehefrau, deren Beiträge er während der Ehe laufend zahlen sollte. Im Falle einer Scheidung sollte die Ehefrau den dreifachen Jahresbeitrag ausbezahlt bekommen.

Der Ehemann arbeitete als Unternehmensberater und erzielte ein durchschnittliches Monatseinkommen i.H.v. netto 27.000 DM, während die Ehefrau einen Spielwarenladen mit Postagentur betrieb und daraus zuletzt brutto ca. 1.000 DM erwirtschaftete. Trotz der weit überdurchschnittlichen Einkünfte lebte die Familie in sehr bescheidenen Verhältnissen.⁴⁹⁷

Im Scheidungsverfahren wurde die Regelung der Altersversorgung der Ehefrau dahingehend abgeändert, dass der Ehemann die Lebensversicherung weiterhin zu bedienen hatte. Seit der Scheidung zahlte er Betreuungs- und Kindesunterhalt.

495 Siehe oben, S. 93 ff.

496 BGH, NJW 2004, 930.

497 Teilweise wurde die Kleidung der Familie aus der Altkleidersammlung bezogen (OLG München, FamRZ 2003, 35 (39)).

2.2. Entscheidung der Vorinstanz

In der Berufungsentscheidung ging das OLG München von der Sittenwidrigkeit des Vertrages aus.⁴⁹⁸ Unter Berufung auf die Entscheidungen des BVerfG betonte das OLG, beide Ehegatten hätten trotz der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, die gesetzlichen Regelung zu modifizieren, einen Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten. Ausdruck der Gleichwertigkeit der erbrachten Leistungen in Familie und Beruf seien die gesetzlichen Regelungen über den Zugewinn- und den Versorgungsausgleich sowie den nachehelichen Unterhalt.⁴⁹⁹

Diesen Anforderungen sei der geschlossene Vertrag nicht gerecht geworden, da der Ehemann faktisch auf keine vermögenswerte Position verzichtet habe, während die Ehefrau erhebliche Ansprüche aufgegeben habe. Sie habe sich in einer Situation der Unterlegenheit befunden, weil sie infolge der Kindesbetreuung und der Unterbrechung ihrer wissenschaftlichen Laufbahn keine Aussichten gehabt habe, ihren Lebensunterhalt selbst zu erwirtschaften. Daher sei sie wirtschaftlich von ihrem Ehemann abhängig gewesen. Die Leistungen der Ehefrau, die sie mit der Kindesbetreuung und der Haushaltsführung erbracht habe, seien beim Vertrag nicht berücksichtigt worden, insbesondere nicht ihre prinzipielle Gleichwertigkeit zum Beitrag des Ehemannes.⁵⁰⁰ Ein sachlicher Grund für die einseitige Belastung, die auch das Abwälzen der Risiken von Alter, Krankheit und Arbeitslosigkeit umfasse, sei nicht erkennbar. Angesichts der Werthaltigkeit der abbedungenen Unterhaltsansprüche vermöge die Aufrechterhaltung des Betreuungsunterhaltsanspruchs die Sittenwidrigkeit des Vertrages nicht zu verhindern. Dies gelte unabhängig davon, dass die volle Aufrechterhaltung über das von der Rechtsprechung ohnehin geforderte Mindestmaß hinausgehe. Schließlich gefährde die Abbedingung der Unterhaltsansprüche trotz Kindes- und Betreuungsunterhalt das Wohl der gemeinsamen Kinder, z.B. wenn die geschiedene Ehefrau erwerbsunfähig werde.

498 NJW 2003, 592.

499 OLG München, NJW 2003, 592.

500 OLG München, NJW 2003, 592 (593).

Die zugesagte Lebensversicherung vermöge an der fehlenden Absicherung im Alters- und Invaliditätsfall nichts zu ändern, weil die Versicherungssumme (80.000 DM) die Summe, die bei Durchführung des Versorgungsausgleichs zur Begründung von Rentenanwartschaften nach den gesetzlichen Vorschriften an den Versicherungsträger zu zahlen wäre, um ca. 48.000 DM unterschreite.⁵⁰¹

Soweit der Vertrag den Ausschluss des Zugewinnausgleichs betreffe, sei er ebenfalls sittenwidrig, weil sich der Ehemann nicht auf die Sicherung seines ererbten Vermögens beschränkt, sondern seine überlegene Stellung einseitig zulasten seiner Ehefrau ausgenutzt habe, um sie von der Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten auszuschließen.⁵⁰² Der Verzicht auf die Durchführung des Zugewinnausgleichs und die Vereinbarung der Gütertrennung könnten trotz der vereinbarten salvatorischen Klausel keinen Bestand haben, weil das Risiko der Inhaltskontrolle nicht der benachteiligten Partei aufgebürdet werden dürfe.

2.3. Urteil des BGH vom 11. Februar 2004

Gegen das Urteil des OLG legte der geschiedene Ehemann Revision ein. Daraufhin verwarf der BGH das Urteil, wobei er sich ausführlich mit der bisherigen Rechtsprechung, den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts, sowie der wissenschaftlichen Äußerungen darauf auseinandersetzte.

Der 12. Senat beginnt mit der Feststellung, dass die Beurteilung eines Vertrages als sittenwidrig nach § 138 I BGB und eines darauf gestützten Verhaltens als unzulässige Rechtsausübung i.S.d. § 242 BGB nach wie vor nicht allgemeingültig anhand des Vertragsinhalts festgestellt werden könne. Entscheidend sei stets eine Gesamtwürdigung der Vereinbarung, ihrer Gründe und der Umstände ihres Zustandekommens unter Einbeziehung der geplanten und verwirklichten Lebensgestaltung der Ehegatten.⁵⁰³ Zu berücksichtigen sei dabei, dass das Gesetz keinen unverzichtbaren Mindestgehalt

501 OLG München, NJW 2003, 592 (593 f.).

502 OLG München, NJW 2003, 592 (594). Die Sicherung des Ererbten soll Motiv für den Abschluss des Vertrages gewesen sein.

503 BGH, NJW 2004, 930 (933).

an Scheidungsfolgen kenne. Dies ergebe sich aus dem grundrechtlich verbürgten Recht zur Anpassung der gesetzlichen Scheidungsfolgen an die individuellen Vorstellungen und Gegebenheiten. Zwar sehe das Gesetz naheheliche Solidarität der Ehegatten vor, die sich im Wesentlichen in einem komplexen und nahezu lückenlosen System nahehelicher Unterhaltsansprüche widerspiegele. Dieser Gedanke sei aber nicht bestimmt und geeignet, dispositives Recht in zwingendes umzuwandeln.

Anders als der naheheliche Unterhalt sei der Zugewinnausgleich weniger Ausdruck der nahehelichen Solidarität, als vielmehr einer Teilhabegechtigkeit. Schon aufgrund seiner Typisierung stehe er einer Konkretisierung und Abbedingung durch die Parteien offen. Dies gelte auch für den Versorgungsausgleich, der den gleichen Mechanismen folge, wenngleich er der Sache nach als vorgezogener Altersunterhalt verstanden werden müsse. Allerdings schränke das Gesetz die Disponibilität durch § 1587o BGB ein.⁵⁰⁴

Sodann leitet der BGH die Neuerungen gegenüber seiner bisherigen Rechtsprechung ein: Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen dürfe nicht zu einem Unterlaufen des Schutzzwecks der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen führen. Dies geschehe jedoch, wenn „eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint.“⁵⁰⁵ Gewicht der Belastung und Intensität der Würdigung seien dabei an die Unmittelbarkeit des Eingriffs in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts geknüpft. Diesen Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts stellt der BGH im Folgenden dar, wobei er verschiedene Stufen der Nähe zum Kernbereich und der daran geknüpften Disponibilität unterscheidet.

504 BGH, NJW 2004, 930 (934).

505 BGH, aaO.

Zum Kernbereich zähle in erster Linie der Betreuungsunterhalt, der schon im Interesse des Kindeswohls einer unbegrenzten Disposition durch die Ehegatten entzogen sei, soweit sich nicht ausnahmsweise aus dem Beruf der Mutter oder der Möglichkeit einer späteren Betreuung durch Dritte etwas anderes ergebe. Im Übrigen richte sich die Disponibilität der gesetzlichen Regelungen nach ihrer Bedeutung für den Berechtigten im Einzelfall. Grundsätzlich sei dabei von einer höheren Bedeutung der Unterhaltsansprüche gegenüber den Ansprüchen auf Zugewinn- und Versorgungsausgleich auszugehen, wobei Krankheits- und Altersunterhalt wiederum mehr Gewicht besäßen als Unterhalt aus sonstigen Gründen (mit Ausnahme von Kindesbetreuung), unabhängig davon, dass sie nur Ausdruck nahehelicher Solidarität seien und nicht an ehebedingte Nachteile anknüpfen. Unter den sonstigen Unterhaltsansprüchen sei schließlich der Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit vorrangig, zähle jedoch nicht mehr zum Kernbereich des Ehescheidungsrechts. Diesem Anspruch würden in der Wertigkeit die Ansprüche auf Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt folgen. Letztrangig seien schließlich die Ansprüche auf Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt, die schon gesetzlich nicht nur der Höhe sondern auch dem Grunde nach beschränkbar und somit deutlich schwächer ausgestaltet seien. Innerhalb dieser Unterhaltsränge ordnet der BGH den Versorgungsausgleich der Stufe des Altersunterhalts zu. Der Zugewinnausgleich stehe schließlich am weitesten vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts entfernt und sei im höchsten Maße disponibel. Denn auch eine gleichberechtigte Partnerschaft verlange keine bestimmte Vermögenszuordnung. Dass der gesetzliche Güterstand die Unterhaltsbeiträge der Ehegatten unabhängig von ihrer Quelle aus Einkommen oder Haushaltsführung gleich bewerte, hindere die Ehegatten nicht, eine andere ökonomische Bewertung vorzunehmen. Auch bedinge die eheliche Solidarität keine Beteiligung beider Ehegatten an dem während der Ehe erwirtschafteten, da der Zugewinnausgleich keine unterhaltsrechtliche Funktion habe und nicht an Bedürfnislagen anknüpfe. Daher äußere sich die naheheliche Solidarität nur im Unterhaltsrecht. Allenfalls in Ausnahmefällen könne der Zugewinnausgleich hilfsweise als Kompensation für grob unbillige Versorgungsdefi-

zite herangezogen werden, wenn eine Korrektur mittels unterhaltsrechtlicher Instrumente ausscheide.

Aus der dargestellten Konzeption zieht der Bundesgerichtshof sodann Folgerungen für die künftige Rechtsprechung. Der Tatrichter habe – auch sofern eine notarielle Belehrung erfolgt sei – eine vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichende Vereinbarung auf das Vorliegen einer evident einseitigen Lastenverteilung zu überprüfen.⁵⁰⁶ Vorrangig sei dabei eine Wirksamkeitskontrolle vorzunehmen, in der die Verhältnisse bei Vertragschluss einer Gesamtwürdigung zu unterziehen seien. Festzustellen sei, ob die vertraglichen Vereinbarungen vor diesem Hintergrund – auch unter Einbeziehung subjektiver Beweggründe – einen Verstoß gegen die guten Sitten enthielten und daher nach § 138 I BGB nichtig seien. Allerdings komme das „Verdikt der Sittenwidrigkeit“ nur bei vollständiger oder wesentlicher Abbedingung von Bestandteilen des Kernbereiches des Scheidungsfolgenrechts in Betracht, wenn die Nachteile des verzichtenden Ehegatten nicht durch Vorteile gemildert oder durch besondere Umstände gerechtfertigt würden.⁵⁰⁷

Habe der Vertrag nach diesen Kriterien Bestand, sei in einem zweiten Schritt im Rahmen einer Ausübungskontrolle zu überprüfen, ob der begünstigte Ehegatte gem. § 242 BGB an einer Berufung auf die vereinbarten Regelungen gehindert sei, weil sie einen Missbrauch seiner Rechtsmacht darstellen würde. Hierfür maßgeblich seien insbesondere die Verhältnisse im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft. § 242 BGB stehe einer Geltendmachung der Vereinbarung entgegen, wenn sich daraus für den benachteiligten Ehegatten „bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe“⁵⁰⁸ eine nicht hinnehmbare, evident einseitige Belastung ergebe. Als Hauptanwendungsfall sieht der BGH eine Differenz zwischen der beabsichtigten und der tatsächlichen Lebensgestaltung. Zu berücksichtigen seien

506 BGH, NJW 2004, 930 (934 f.).

507 BGH, NJW 2004, 930 (935).

508 BGH, aaO.

aber auch Verschuldensgesichtspunkte: wer die eheliche Solidarität verletzt habe, könne keine naheheliche Solidarität einfordern. Auch sei die vorgenommene Abstufung nach der Nähe zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zu berücksichtigen: Je höherrangiger die ausgeschlossene Scheidungsfolge sei, desto schwerer müssten auch die Gründe für die Aufrechterhaltung des Ausschlusses wiegen. Liege nach diesen Kriterien ein Rechtsmissbrauch vor, berühre das nicht den rechtlichen Bestand des Vertrages. Der Richter habe jedoch anstelle der vereinbarten Rechtsfolge diejenige anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien zum Entscheidungszeitpunkt angemessen Rechnung trage. Dies bedeute nicht automatisch die Geltung der gesetzlichen Scheidungsfolgen. An diesen habe sich der Richter jedoch umso stärker zu orientieren, je näher die abbedungene Regelung dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts stehe.

Den dargestellten Anforderungen werde das Urteil des OLG nicht gerecht. Insbesondere sei nicht dargetan, dass sich die Ehefrau bei Abschluss der Vereinbarung in einer Zwangslage befunden habe. Diese sei bereits mit ihrem Vertragspartner verheiratet und nicht erneut schwanger gewesen. Auch habe sie sich nicht in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit befunden, da sich eine solche nicht aus den überdurchschnittlich guten Vermögensverhältnissen des Ehemannes ergebe, die das OLG überdies für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht einmal festgestellt habe.⁵⁰⁹ Eine Sittenwidrigkeit ergebe sich auch nicht aus den objektiven Verhältnissen, weil der abgeschlossene Vertrag, indem er den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB und – nach Auslegung des BGH – auch den Aufstockungsunterhalt nach § 1573 II BGB unberührt lasse, den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht berühre. Der Ausschluss des Altersunterhalts hätte die Sittenwidrigkeit des Vertrages allenfalls begründen können, wenn die Parteien gleichzeitig davon ausgegangen wären, dass die Ehefrau dauerhaft auf eine Erwerbstätigkeit verzichten und somit am Aufbau einer eigenen Altersversorgung gehindert sein werde. Eine entsprechende Feststellung fehle jedoch. Zudem werde die Bedeutung des Ausschlusses durch den Abschluss

509 Zustimmung: *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1276); *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (541).

der Lebensversicherung gemildert.⁵¹⁰ Die übrigen Regelungen und die Wahl der Gütertrennung könnten eine Sittenwidrigkeit schon wegen ihrer Ferne zum Kernbereich nicht begründen.

Für die Beurteilung des Vertrages anhand des § 242 BGB im weiteren Verfahren gibt der BGH nähere Leitlinien: Zu berücksichtigen sei, dass die Antragsgegnerin durch die Aufgabe ihrer Berufstätigkeit zugunsten der Kindesbetreuung ein Risiko auf sich genommen habe, das sie möglicherweise nicht alleine zu tragen habe. Unter Würdigung der gemeinsamen Vorstellungen der Parteien könnte eine Anpassung des Vertrages dahingehend vorzunehmen sein, dass der ehemaligen Ehefrau ein Aufstockungsunterhalt zuzuerkennen sei, der in der Differenz zwischen dem erzielten bzw. erzielbaren und einem fiktiven Einkommen bei ununterbrochener Berufstätigkeit in einem ihrer Qualifikation entsprechenden Beruf bestehe und in der Höhe durch einen an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierten Unterhalt begrenzt sei. Eine Berufung auf den vereinbarten Güterstand und dementsprechend auf den Ausschluss des Zugewinnausgleichs könne nur ausnahmsweise treuwidrig sein, etwa wenn die Parteien von einer wirtschaftlich gleichwertigen Einkommenslage beider Ehegatten ausgegangen seien und sich die Einkommensverhältnisse tatsächlich wesentlich unterschiedlich entwickelt hätten. Dafür sei vorliegend nichts ersichtlich, so dass von der Verbindlichkeit der Güterstandsregelung auszugehen sei.⁵¹¹ Abschließend gibt der BGH dem OLG den Auftrag, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen und äußert sich zur Berechnung der Grundlage und der Höhe der Unterhaltsansprüche.

510 BGH, NJW 2004, 930 (936). Der Wert der Lebensversicherung von 80.000 DM könne nicht ohne Weiteres in eine Beziehung zu dem erforderlichen Einmalbetrag zur Begründung von Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung i.H.v. ca. 128.000 DM gesetzt werden. Erstens habe diese Summe bei Vertragsschluss nämlich noch nicht festgestanden. Zweitens hätten die Lebensversicherung und die gesetzliche Rentenversicherung nicht unbedingt die gleiche Funktion – so gewährleiste die gesetzliche Rentenversicherung nur nach dreijähriger Zahlung von Pflichtbeiträgen einen Invaliditätsschutz. Drittens liege der Leistungsbetrag der Lebensversicherung nicht bei 80.000 DM sondern bei ca. 172.000 DM und somit sogar höher als der an die gesetzliche Versicherung zu zahlende Betrag. Wie hoch der geschätzte Leistungswert der gesetzlichen Versicherung ist, der eigentlich als korrekter Vergleichswert von Bedeutung wäre, ist aus der Entscheidung nicht ersichtlich.

511 BGH, NJW 2004, 930 (937).

2.4. Zusammenfassung und Kritik

Der BGH nutzte die sich ihm mit der Revision des vorliegenden Falles bietende Gelegenheit, nicht nur über das Urteil des OLG München zu entscheiden, sondern darüber hinaus Grundsätze aufzustellen, wie die Entscheidungen des BVerfG durch die Zivilgerichte umzusetzen sind. Dass dies gleichermaßen das Hauptziel der Entscheidung war, ist daraus ersichtlich, dass der zu entscheidende Sachverhalt den Entscheidungen des BVerfG eigentlich nicht ähnlich genug ist, um eine grundlegende Auseinandersetzung mit der Thematik zu erfordern. Eine solche war allerdings für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung dringend erforderlich. Dies dürfte die Motivation für den BGH gewesen sein, die Entscheidung zu einer grundlegenden Neuorientierung zu nutzen.

Die grundlegenden Aussagen des BGH sind:

1. Weder die Sittenwidrigkeit eines Vertrages noch die Unzulässigkeit des Berufens auf ihn ergeben sich allein aus dessen Inhalt. Erforderlich ist stets eine Gesamtwürdigung.
2. Es gibt keinen unverzichtbaren Mindestgehalt gesetzlicher Scheidungsfolgen.
3. Der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen im Scheidungsfolgenrecht darf durch den Gebrauch der eingeräumten Dispositionsfreiheit nicht unterlaufen werden.
4. Bei Vornahme der Gesamtwürdigung und Prüfung des Unterlaufens des gesetzlichen Schutzzwecks ist die Rangordnung der gesetzlichen Scheidungsfolgen zu beachten. Je höherrangiger eine Rechtsfolge ist, umso größer sind die Anforderungen an die Zulässigkeit ihrer Abbedingung. Auch wenn die Bedeutung der Ansprüche für die Betroffenen im Einzelfall divergieren kann, sind dabei grundsätzlich folgende Stufen zu unterscheiden („Kernbereichslehre“):
 - a) Kernbereich
 - aa) Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB)

- bb) Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB) und Krankheit oder Gebrechen (§ 1572 BGB), Versorgungsausgleich (§§ 1587 ff. BGB)
- b) Randbereich⁵¹²
 - aa) Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 I BGB)
 - bb) Vorsorgeunterhalt für Krankheit und Alter (§ 1578 II Alt. 1, III BGB)⁵¹³
 - cc) Aufstockungsunterhalt (§ 1573 II BGB) und Unterhalt wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung (§ 1575 BGB)
 - dd) Zugewinnausgleich (§§ 1372 ff. BGB)
- 5. Die Zivilgerichte haben Eheverträge einer zweistufigen Inhaltskontrolle zu unterziehen.
 - a) Auf der ersten Stufe, der Wirksamkeitskontrolle, ist anhand des § 138 I BGB die Sittenwidrigkeit des Vertrages zu prüfen. Dabei sind nur die Verhältnisse und Umstände bei Abschluss des Vertrages zu berücksichtigen.
 - b) Auf der zweiten Stufe, der Ausübungskontrolle, ist anhand des § 242 BGB zu prüfen, ob das Berufen des begünstigten Ehegatten auf die abgeschlossene Vereinbarung rechtsmissbräuchlich ist. Hierbei sind die Umstände zur Zeit der Entscheidung maßgeblich.
- 6. Die Kernbereichslehre ist auf verschiedenen Stufen der Prüfung relevant:
 - a) Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle kommt die Sittenwidrigkeit des Vertrages regelmäßig nur in Betracht, wenn Bestandteile des Kernbereiches vollständig oder wesentlich

512 Den Begriff des Randbereiches verwendet der BGH nicht. Er spricht lediglich davon, dass die hier zum Randbereich zugeordneten Tatbestände und Bemessensregelungen nicht mehr zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zählen.

513 Diese Unterstufe fällt aus dem Rahmen, da sie nicht aus Ansprüchen, sondern aus Bemessungsregelungen besteht.

abbedungen wurden, ohne dass dies durch anderweitige Vorteile kompensiert wurde oder durch besondere Umstände gerechtfertigt war.

- b) Im Rahmen der Ausübungskontrolle ist die Rangfolge bei der Abwägung der Nachteile zu berücksichtigen, die dem gegenüber der Anwendung der gesetzlichen Regelungen benachteiligten Ehegatten zugemutet werden können. Je höherrangiger die zu dessen Nachteil abbedungene oder modifizierte Regelung ist, desto höher sind die Anforderungen an eine Rechtfertigung der Aufrechterhaltung der vertraglichen Regelung.
- c) Bei Anpassung des Vertrages in Folge einer nicht bestandenen Ausübungskontrolle hat sich der Richter umso eher an der gesetzlichen Regelung zu orientieren, je höherrangiger die abbedungene oder modifizierte Scheidungsfolge ist.

Mit diesen Grundsätzen vollzieht der BGH die vom BVerfG geforderte Kehrtwende in seiner Rechtsprechung. An die Stelle der so gut wie unbeschränkten Vertragsfreiheit tritt – wenngleich im Ausgangspunkt die gesetzlich eingeräumte Disponibilität betont wird – ein differenziertes Kontrollsystem. Dieses wird freilich weiterer Konkretisierung bedürfen, bevor es zur Grundlage einer einheitlichen Rechtsprechung werden kann.

Bemerkenswert an der Entscheidung des BGH ist eine Verschiebung der Perspektive gegenüber dem verfassungsgerichtlichen Ansatz. Die besondere Situation der Verhandlungsdisparität, die für das BVerfG noch im Zentrum der Erwägungen stand, findet sich beim BGH nur noch in der Gesamtwürdigung der Umstände des Vertragsschlusses im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle, die jedoch maßgeblich von der Kernbereichslehre überlagert bzw. gesteuert werden soll. Stattdessen wird der Blick verstärkt auf den Inhalt und die Auswirkungen des Vertrages gerichtet. Dies betrifft bereits die Wirksamkeitskontrolle. Im Rahmen der Ausübungskontrolle dominieren endgültig die tatsächlichen Verhältnisse bei Scheitern der Lebensgemeinschaft, vor dessen Hintergrund die Angemessenheit der vertraglichen Regelungen überprüft wird. Die Abschlussituation spielt allenfalls noch eine

untergeordnete Rolle im Rahmen der Abwägung. Dies ergibt sich nicht ohne Weiteres aus den Vorgaben des BVerfG.

Im Einzelnen bedürfen verschiedene Punkte der Konkretisierung und Feinjustierung. Zunächst besteht die gesetzlich eingeräumte Disponibilität in einem Spannungsverhältnis zur Feststellung des BGH, der Schutzzweck der Scheidungsfolgen dürfe nicht unterlaufen werden. Hier wird es der näheren Abgrenzung bedürfen, da nahezu jede Ehevereinbarung die gesetzliche Regelung zuungunsten eines der Beteiligten verschiebt. Einer Klärung bedarf auch das Verhältnis zwischen der Aussage des BGH, nach der auch eine gleichberechtigte Partnerschaft keine bestimmte Vermögenszuordnung verlange,⁵¹⁴ und der Feststellung eines grundsätzlichen Anspruchs auf gleiche Teilhabe auch bei Aufteilung des gemeinsamen Vermögens durch das BVerfG.⁵¹⁵ Der BGH geht davon aus, dass die Ausführungen des BVerfG vertraglichen Vereinbarungen, mit denen die Ehegatten eine abweichende Bewertung ihrer Beiträge vornehmen, nicht entgegenstehen.

Unklar bleibt das Verhältnis zwischen § 313 BGB und der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB. Der vom BGH beispielhaft angeführte Hauptanwendungsfall, dass sich die Lebensverhältnisse der Ehegatten anders entwickelt haben, als bei Abschluss der Planung angenommen, könnte – sofern die Planung oder das Fortbestehen der Lebensverhältnisse als Geschäftsgrundlage angesehen werden können und die Parteien die Entwicklung nicht vorausgesehen haben – bereits mit Hilfe des § 313 BGB gelöst werden.

Zunächst etwas befremdlich wirken die Ausführungen des BGH, nach der die naheheliche Solidarität auch von dem Umfang der praktizierten ehelichen Solidarität abhängig sein könne. Verschuldensgesichtspunkte sollten mit dem 1. EheRRG aus dem Scheidungsrecht und dem Scheidungsfolgenrecht gerade entfernt werden. Wenig geglückt scheint auch die Formulierung zu sein, nach der die Gründe, die für den Ausschluss einer vertraglich ausgeschlossenen und nunmehr dennoch geltend gemachten Scheidungsfolge sprechen, umso schwerwiegender sein müssen, je höherrangiger

514 BGH, NJW 2004, 930 (933).

515 BVerfG, NJW 2002, 1185 (1186).

diese ist. Diese Formulierung birgt die Gefahr eines falschen Blickwinkels: Nicht die Aufrechterhaltung des Vertrages, sondern dessen Korrektur sollte rechtfertigungsbedürftig sein.

Aus dem Vorrang der Wirksamkeitskontrolle gegenüber der Ausübungskontrolle und der Vorgabe, dass ein Vertrag sittenwidrig sein könne, wenn er wesentliche Bestandteile des Kernbereiches ohne Kompensation und Rechtfertigung abbedinge, könnte sich eine Änderung der Rechtsprechung ergeben: Die zuvor aufgestellte These, ein Verzicht auf den Altersunterhalt könne schon deswegen nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrages führen, weil sich der begünstigte Partner ohnehin nicht auf ihn berufen könne,⁵¹⁶ ist mit diesen Vorgaben nicht vereinbar.

Die Ausführungen des BGH zur Entscheidung des OLG München tragen nicht viel zur Konkretisierung der Kernbereichslehre bei. Der BGH kritisiert die fehlende Darlegung einer Zwangslage der benachteiligten Ehefrau und scheint dieser damit doch einen höheren Stellenwert beizumessen, als es aus den vorhergehenden Ausführungen ersichtlich ist. Bei Durchführung der Gesamtwürdigung fällt auf, dass die einzelnen Punkte mit Ausnahme des Altersunterhalts, bei dem die Rentenversicherung berücksichtigt wurde, getrennt voneinander beurteilt und nicht zueinander in Beziehung gesetzt und als Gesamtheit gewürdigt werden. Dabei werden die Regelungen, die nach Maßgabe des BGH nur Scheidungsfolgen außerhalb des Kernbereiches betreffen, unter Hinweis auf die geringere Bedeutung derselben gebilligt. Bei einem solchen Umgang mit der Kernbereichslehre besteht die Gefahr, den Kernbereich als nahezu vereinbarungsfest und somit entgegen der gesetzlichen Systematik als zwingendes Recht zu betrachten, während Vereinbarungen über Gegenstände des Randbereiches nahezu unkontrolliert bleiben.

2.5. Zum Begriff der Inhaltskontrolle

Mit dem Urteil ändert der BGH den Begriff der Inhaltskontrolle. Zuvor kennzeichnete dieser nach überwiegender Terminologie die Anwendung des § 138 I BGB auf Ehevereinbarungen und stellte den Gegenbegriff zur

516 So noch BGH, NJW 1997, 192 (siehe oben, S. 40).

Ausübungskontrolle, d.h. der Anwendung des § 242 BGB zur Untersagung des Berufens auf einen vereinbarten Verzicht dar.⁵¹⁷ Nunmehr will der BGH Inhaltskontrolle als Oberbegriff für eine Wirksamkeitskontrolle nach § 138 I BGB und eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB verstehen.⁵¹⁸ In einem ähnlichen Sinn verwendet auch das BVerfG den Begriff. Schon in der Entscheidung zur Inhaltskontrolle von Angehörigenbürgschaften gebraucht es „Inhaltskontrolle“ als Sammelbegriff für die – von ihm nicht näher vorgegebene – Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln, insbesondere der §§ 138 I, 242 BGB.⁵¹⁹ Eine entsprechende Bedeutung wird man der Terminologie in den aktuellen Entscheidungen zusprechen dürfen, wengleich die Argumentation des BVerfG, soweit sie sich auf die Darlegung einer Zwangslage der Schwangeren konzentriert, mehr auf § 138 I BGB als auf § 242 BGB zu zielen scheint.⁵²⁰

In einem anderen Sinne verstehen *Fastrich* und *Schwenzer* den Begriff der Inhaltskontrolle. *Schwenzer* fordert eine an § 242 BGB orientierte Inhaltskontrolle und verwendet den Begriff somit anstelle desjenigen der Ausübungskontrolle.⁵²¹ *Fastrich* grenzt die Inhaltskontrolle von der Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 138 I BGB ab.⁵²² In seiner Terminologie ist Inhaltskontrolle die Anwendung des alles Recht überlagernden Prinzips von Treu und Glauben, wie es sich im AGBG (heute §§ 305 ff. BGB) niederschlägt. Demnach ist die Inhaltskontrolle nicht nur anhand der Voraussetzungen, sondern auch anhand der Rechtsfolge von § 138 I BGB zu unterscheiden, da sie nicht zur Gesamt-, sondern nur zur Teilnichtigkeit führe. Obgleich die Grundlage „Treu und Glauben“ einen Zusammenhang zu § 242 BGB vermuten lässt, sieht er in der Inhaltskontrolle einen Unterfall der Wirksamkeitskontrolle, da die beanstandete Regelung keine Rechtswirkungen habe.

517 So u.a. *Dauner-Lieb*, FF 2003, 117; *dies.*, AcP 2001, 295 (310); *Grziwotz*, MDR 2001, 393 (394); *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (752).

518 Vgl. BGH, NJW 2004, 930 (935 ff.). *Hahne*, DNotZ 2004, 84 (94), vorsitzende Richterin am BGH, erläutert dies mit der Notwendigkeit, auch bei der Ausübungskontrolle eine inhaltliche Prüfung vorzunehmen, so dass der Gegensatz zwischen Inhalts- und Ausübungskontrolle nicht gegeben sei.

519 BVerfG, NJW 1994, 36 (37).

520 Darauf weist *Dauner-Lieb*, FF 2003, 117, hin.

521 *Schwenzer*, AcP 1996, 88 (111 f.).

522 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 11 ff.

Die Anwendung der so verstandenen Inhaltskontrolle auf Hauptleistungen sei nicht zulässig.⁵²³

3. Die Entwicklung der Zivilrechtsprechung nach der Entscheidung des BGH

Die Entwicklung der Zivilrechtsprechung nach der Kernbereichs-Entscheidung des BGH soll im Folgenden dargestellt werden. Das Bemühen um eine einheitliche Interpretation der höchstrichterlichen Vorgaben vollzog sich zwingenderweise in einer Vielzahl von Einzelentscheidungen, die in mehr oder weniger großem Umfang zur Meinungsbildung in Rechtsprechung und Literatur beigetragen haben.

3.1. Urteil des OLG Celle vom 25. Februar 2004

Die Eheleute waren beide berufstätig und erzielten vergleichbare Einkünfte. In einer 10 Jahre nach der Eheschließung abgeschlossenen Scheidungsvereinbarung regelten sie den Eintritt der Gütertrennung, den Ausschluss des Versorgungsausgleichs und verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt. Zum Ausgleich des Zugewinns leistete der Ehemann 20.000 DM an die Ehefrau. Des Weiteren zahlte er als Unterhaltsvorschuss für den Kindesunterhalt bis zur Volljährigkeit der gemeinsamen Tochter 60.000 DM. Im Gegenzug stellte die Ehefrau ihn von Unterhaltsansprüchen der Tochter frei.

Nach der Scheidung machte die Ehefrau die Sittenwidrigkeit des Vertrages geltend, weil der Leistung des Ehemannes ein Verzicht i.H.v. 117.000 €⁵²⁴ gegenüber gestanden habe. Zudem seien die ihr in der Scheidungsvereinbarung zugesprochenen 80.000 DM als Darlehen anzusehen, da sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Finanzierung eines von ihr erworbenen Hausgrundstücks einen Finanzbedarf von 80.000 DM gehabt habe. Im Wege einer Stufenklage zur Durchführung des Zugewinnausgleichs begehrte sie Auskunft über das Endvermögen ihres ehemaligen Ehemannes.

523 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 18.

524 Dies entspricht ca. 229.000 DM und setzt sich zusammen aus einem behaupteten Zugewinnausgleichsanspruch i.H.v. 92.000 € und Aufstockungsunterhalt, der einen kapitalisierten Wert von 25.000 € gehabt habe.

Das OLG Celle legte seiner Entscheidung die Rechtsprechung des BGH zugrunde und übertrug sie ohne weitere Thematisierung des Unterschieds auf die abgeschlossene Scheidungsvereinbarung.⁵²⁵ Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle führte es aus, dass der Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht betroffen sei, weil sich die Ehegatten in vergleichbaren Einkommensverhältnissen befunden hätten. Die Verzichtserklärungen auf nahehelichen Unterhalt und auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs seien somit nicht zu beanstanden. Folglich müsse die Vermögenseinsetzungsvereinbarung, die mit der Wahl der Gütertrennung einhergegangen sei, isoliert betrachtet werden.⁵²⁶ Dabei könne die Vereinbarung nicht als Darlehen angesehen werden, weil die Parteien eine endgültige Auseinandersetzung bezweckt hätten. Auf familienrechtliche Verträge könne die Rechtsprechung zum auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht übertragen werden, weil bei diesen maßgebliche Gegenleistungen auch in anderen Zugeständnissen bestehen könnten. Ein solches liege hier in der vorgezogenen Zahlung des Unterhalts für die gemeinsame Tochter schon vor der Fälligkeit der Verbindlichkeit der Ehefrau. Im Übrigen sei das behauptete auffällige Missverhältnis nicht substantiiert vorgetragen und zudem widersprüchlich dargelegt worden.⁵²⁷ Auch eine Ausübungskontrolle führe nicht zu einer Korrektur des Vertrages, da weder eine evident einseitige Belastung der Klägerin, noch eine Störung der Vertragsparität bei Abschluss der Scheidungsvereinbarung erkennbar sei.

Auffällig ist zunächst, dass das OLG Celle kein Wort dazu verliert, dass die Rechtsprechung des BGH und die dieser zugrunde liegende Rechtsprechung des BVerfG Ehevereinbarungen betrafen, während sich das OLG mit einer Scheidungsvereinbarung zu beschäftigen hatte. Diese ist zwar, da sie

525 FamRZ 2004, 1202.

526 OLG Celle, FamRZ 2004, 1202 (1203).

527 OLG Celle, FamRZ 2004, 1202 (1203 f.). Die behauptete Wertsteigerung des Hauses, aus der die Ehefrau die Höhe des Zugewinnausgleichsanspruchs abgeleitet hatte, habe die Ehefrau nicht schlüssig vorgetragen. Zudem sei sie in dem vorausgegangenen Scheidungsverfahren von der Wirksamkeit der Vereinbarung ausgegangen und habe in der Güterrechts-Folgesache einen abweichenden Wert des im Eigentum des Ehemannes stehenden Familienheimes angegeben.

güterrechtliche Regelungen enthielt, gemäß der gesetzlichen Definition des § 1408 I BGB ein Ehevertrag, jedoch ist die Situation der Ehegatten kaum noch vergleichbar mit der Lage, in der sich die Beschwerdeführerinnen vor dem BVerfG bei Vertragsschluss befunden hatten. Die Verhandlungssituation der Ehefrau war weder durch eine Schwangerschaft, noch durch fehlende rechtliche Absicherung geprägt, vielmehr hatte sie bereits Anwartschaften auf Zugewinn- und Versorgungsausgleich erworben⁵²⁸ und erzielte trotz der erst 10jährigen Tochter ein vergleichbares Einkommen wie ihr Ehemann.

Das durchschlagende Argument sah das OLG Celle in der vergleichbaren Einkommenssituation beider Ehegatten. Daraus folgerte es wohl zu recht, dass eine Sittenwidrigkeit des Vertrages nicht in Betracht komme. Die schlichte Feststellung, der Kernbereich sei nicht betroffen, hätte zudem einer intensiven Begründung bedurft, verzichteten die Ehegatten doch gegenseitig auf jeglichen nahehelichen Unterhalt – auch auf jene Unterhaltstatbestände, die der BGH dem Kernbereich zugeordnet hatte. Des Weiteren fällt bei der Argumentation im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle auf, dass der Senat durch die Unterscheidung zwischen dem vorgeblich nicht betroffenen Kernbereich und der Vermögensauseinandersetzung nicht mehr zu einer Gesamtabwägung gelangte, während der BGH die Kernbereichslehre gerade als Richtschnur für eine solche aufgestellt hatte.

In der hier beurteilten Situation wird deutlich, dass die Linie der Rechtsprechung, § 138 II BGB nicht auf familienrechtliche Verträge anzuwenden, nicht immer einsichtig ist. In der Scheidungsvereinbarung – gerade in dem an dieser Stelle untersuchten Teil – ging es den Ehegatten um eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung. Der Unterschied zu sonstigen vermö-

528 Wobei aus der Entscheidung letztlich nicht deutlich wird, ob sie tatsächlich weniger verdiente und einen geringeren Zugewinn als ihr Ehemann hatte. Da sie jedoch auch Aufstockungsunterhalt geltend machte und zumindest das im Alleineigentum des Ehemannes stehende und durch Schenkung erworbene bebaute Grundstück dessen Zugewinn beträchtlich vergrößert haben dürfte, scheint es wahrscheinlicher, von Ausgleichsanschaften der Ehefrau auszugehen. Leider wird die Höhe des vermuteten Zugewinnausgleichsanspruchs nicht deutlich, da die Einwände des Gerichtes gegen die behauptete Höhe überzeugend sind.

gensrechtlich relevanten Verträgen kann wohl nicht durch den einfachen Verweis auf „andere Zugeständnisse“ erhellt werden. Das vom OLG Celle angeführte Zugeständnis, die noch vor Fälligkeit der Kaufpreisschuld erfolgende Abschlagszahlung auf den Kindesunterhalt, muss gleich mehrfach kritisch gesehen werden. Zum einen droht in dieser Konstellation eine vom Gericht anscheinend gebilligte Verwendung des Kindesunterhalts zur Zahlung des Kaufpreises mit der möglicherweise eine Gefährdung der Kindesinteressen einhergehen könnte, aus der wiederum doch die (teilweise) Sittenwidrigkeit der Scheidungsvereinbarung folgen könnte. Zum anderen trägt die Besonderheit der sofortigen Zahlung nicht, da auch der Zugewinnausgleichsanspruch sofort fällig gewesen wäre.

3.2. Beschluss des OLG München vom 23. März 2004

Die Parteien schlossen im Scheidungsverfahren eine Vereinbarung, in der sich der Ehemann verpflichtete, einen über die gesetzlichen Verpflichtung hinausgehenden Unterhalt zu zahlen. Beide Ehegatten waren erwerbstätig, die Ehefrau hatte jedoch deutlich geringere Einkünfte als der Ehemann. Sie betreute während und nach der Ehe die beiden minderjährigen gemeinschaftlichen Kinder. Ein Jahr nach der Scheidung, nachdem sie eine neue Partnerschaft eingegangen war, vereinbarten die geschiedenen Ehegatten einen Unterhaltsverzicht. Ein halbes Jahr später, nach der Trennung von ihrem neuen Partner, verlangte die Ehefrau von ihrem ehemaligen Ehegatten wieder Unterhalt aus § 1570 BGB.

Das mit der Sache vorbefasste Amtsgericht hielt den Unterhaltsverzicht für wirksam. Das OLG München gewährte der ehemaligen Ehefrau, die gegen das Urteil Berufung eingelegt hatte, jedoch Prozesskostenhilfe, weil es hinreichende Erfolgsaussichten für den geltend gemachten Unterhaltsanspruch sah.⁵²⁹ Der Senat hielt die Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen auch für den zu beurteilenden Sachverhalt für anwendbar. Zwar sei die Ehefrau aufgrund ihrer Berufstätigkeit und der Reserven aus dem Zugewinnausgleich nicht bedürftig, so dass der Unterhaltsverzicht nicht wegen einer zwangsläufigen Belastung des Sozi-

529 FamRZ 2005, 215.

alihilfeträgers sittenwidrig sei. Auch habe der geschiedene Ehemann keine Zwangslage der ehemaligen Gattin ausgenutzt, so dass unter diesem im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle relevanten Gesichtspunkt keine Nichtigkeit anzunehmen sei. Jedoch sei der geschiedene Ehemann gem. § 242 BGB daran gehindert, sich auf den Verzicht zu berufen.⁵³⁰ Dieser sei nämlich ohne Gegenleistung erfolgt und habe den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts betroffen. Schließlich sei der Vertrag an die geänderten Verhältnisse anzupassen.⁵³¹

Das OLG München berief sich auf die Rechtsprechung des BGH. Dass dies bei der Sachverhaltsgestaltung angezeigt war, erschließt sich nicht auf den ersten Blick. Die Situation weicht von den Sachverhalten der Entscheidungen von BVerfG und BGH noch weiter ab, als dies bei der Entscheidung des OLG Celle⁵³² der Fall war. Die Parteien des Unterhaltsverzichts waren nicht einmal mehr verheiratet, keinerlei Zwangslage ist erkennbar. Inhaltlich ist die Übertragung überdies zweifelhaft: Die vom Senat untersuchten Punkte waren schon vor der Einführung der Kernbereichslehre ständige Rechtsprechung. Auf eine Einseitigkeit der Vereinbarung geht das OLG ebenso wenig ein, wie auf die gegenständliche Beschränkung auf den nahehelichen Unterhalt. Auch im Rahmen der Ausübungskontrolle findet letztlich nur die schon bekannte und gefestigte Rechtsprechung Anwendung: Das Berufen auf den Verzicht ist treuwidrig, solange die Voraussetzungen des § 1570 BGB gegeben sind. Dies war vorliegend der Fall, ohne dass die zwischenzeitlich begründete neue Partnerschaft darauf einen Einfluss gehabt hatte. Zugute zu halten ist dem OLG München, dass sich die Entscheidung auf die Zuerkennung von PKH beschränkte und dementsprechend nur eine summarische Würdigung des Sachverhalts vorzunehmen war.

530 OLG München, FamRZ 2005, 215 (216).

531 OLG München, aaO. Das Einkommen der Ehefrau war seit der Scheidungsvereinbarung gestiegen, der Aufschlag zu den gesetzlichen Unterhaltsansprüchen war mit einem Vorbehalt versehen gewesen und war nach Ansicht des Ehemannes und des erkennenden Senats nun nicht mehr gerechtfertigt.

532 OLG Celle, FamRZ 2004, 1202, siehe oben, S. 160.

3.3. Beschluss des OLG Koblenz vom 21. April 2004

Die Parteien schlossen zwei Monate nach ihrer Eheschließung ehevertraglich den Zugewinn- und den Versorgungsausgleich aus und verzichteten weitgehend auf nachehelichen Unterhalt. Zu diesem Zeitpunkt trug die Ehefrau aus ihrem Erwerbseinkommen die Hauptlast des gemeinsamen Haushaltes, während der selbstständige Ehemann nur geringen Gewinn erwirtschaftete. Einige Zeit nach Vertragsschluss nahm er eine Anstellung an und verdiente seitdem besser als seine Ehefrau, die während der Ehe weiterhin ihrer Erwerbstätigkeit nachging, allerdings bei Geburt der drei gemeinschaftlichen Kinder kurze Pausen von durchschnittlich neun Monaten Länge einlegte. Nach der 14 Jahre später erfolgten Scheidung begehrte die Ehefrau die Durchführung des Versorgungsausgleichs, weil der Vertrag aufgrund der sie einseitig belastenden Regelungen sittenwidrig sei.

Das OLG Koblenz verneinte die Sittenwidrigkeit des Vertrages, da keine Anzeichen für die Ausnutzung einer Zwangslage bestünden und die Regelungen bei Vertragsschluss nicht einseitig gewesen seien.⁵³³ Schließlich sei die Einkommensentwicklung beider Ehegatten offen gewesen, wovon die Parteien bei Abschluss des Vertrages auch ausgegangen seien.⁵³⁴ Zudem hätten sich die ehelichen Verhältnisse mit der fortgesetzten Berufstätigkeit der Ehefrau, dem gestiegenen Einkommen des Ehemannes und der Geburt der gemeinschaftlichen Kinder in etwa so entwickelt, wie sich die Ehegatten dies vorgestellt hätten. Daher sei der geschiedene Ehemann nicht nach § 242 BGB daran gehindert, sich auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu berufen, zumal auch bei Einreichung des Scheidungsantrags keine einseitige Belastung der Ehefrau erkennbar gewesen sei. Schließlich sei er während der Ehedauer überwiegend nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass er über höhere Versorgungsanswartschaften als seine ehemalige Gattin verfüge.

⁵³³ FamRZ 2005, 40.

⁵³⁴ OLG Koblenz, FamRZ 2005, 40 (41).

Auch das OLG Koblenz stützte seine Entscheidung auf das Fehlen einer Zwangslage eines Ehegatten bei Abschluss des Vertrages und die beiderseitige Berufstätigkeit, aus der die Ehefrau im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sogar ein höheres Einkommen erzielte als ihr Gatte. Dies schließt schlüssig die Annahme einer Sittenwidrigkeit der Vereinbarung aus. Im Rahmen der Ausübungskontrolle begrenzt der Senat das Blickfeld auf den von der geschiedenen Ehefrau begehrten Versorgungsausgleich. Eine einseitige Belastung der Geschiedenen verneint er unter zwei Aspekten: zum einen hätten die Ehegatten die eingetretene Entwicklung, einschließlich der „Babypausen“ der Ehefrau, vorhergesehen, zum anderen sei es unwahrscheinlich, dass bei den Versorgungsanwartschaften ein Gefälle zulasten der Ehefrau bestehe. Auf genaue Feststellungen zu diesem Punkt verzichtete das OLG bemerkenswerterweise. Von diesem Schwachpunkt abgesehen verdeutlicht die Entscheidung, dass auch bei Anwendung der Kernbereichslehre bei weitem nicht jeder ehevertragliche Ausschluss gesetzlicher Scheidungsfolgen entweder dem Verdikt der Sittenwidrigkeit anheim fällt oder im Wege gerichtlicher Vertragsanpassung kassiert wird. Hätte die weitere Eheentwicklung anders ausgesehen, so dass die Ehefrau bei der Scheidung ohne nennenswerte Absicherung dagestanden hätte, hätte die Entscheidung wahrscheinlich anders ausfallen müssen. Solange die Ehegatten jedoch Gleichberechtigung nicht nur beabsichtigen, sondern auch praktizieren, verfügen sie auch über entsprechende Gestaltungsspielräume zur Modifikation des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts.

3.4. Beschluss des OLG Koblenz vom 23. April 2004

Die Ehegatten schlossen vorehelich einen Globalverzicht. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die spätere Ehefrau schwanger und ging einer Erwerbstätigkeit nach. Ihr künftiger Ehemann studierte noch. Nach der Geburt des Kindes schied sie bis zur Trennung der Ehegatten aus dem Erwerbsleben aus.

Das OLG Koblenz neigte dazu, die Vereinbarung als sittenwidrig anzusehen.⁵³⁵ Darauf legte es sich jedoch nicht fest. Es versagte dem geschie-

535 NJW-RR 2004, 1445.

denen Ehemann allerdings die Berufung auf den vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Angesichts der Planung der Ehegatten, nach der die Ehefrau die Betreuung des Kindes übernehmen sollte, und der Entwicklung der Versorgungsanwartschaften – der Ehemann hatte wesentlich höhere Anwartschaften erworben als die Ehefrau – werde die geschiedene Ehefrau durch die Vereinbarung einseitig benachteiligt.⁵³⁶ Der Versorgungsausgleich sei daher entgegen der Vereinbarung nach den gesetzlichen Vorschriften durchzuführen.

Mit der Begründung des OLG Koblenz hätte die Anwendung des § 138 I BGB möglicherweise tatsächlich näher gelegen als die des § 242 BGB. Denn die Planung der Ehegatten spiegelte sich in keiner Weise in der geschlossenen Vereinbarung wider. Die betreuungsbedingte Berufsuntätigkeit der Ehefrau musste zu einer Benachteiligung beim Aufbau von Vermögen und Altersversorgung führen. Es fehlte jedoch vermutlich an einer Verhandlungsunterlegenheit der künftigen Ehefrau. Denn nach den Ausführungen des OLG Koblenz waren sich die Eheleute seit langer Zeit darüber einig, dass eine Eheschließung nur nach Abschluss einer Ehevereinbarung stattfinden sollte. Aus der Entscheidung ist jedoch nicht ersichtlich, ob sich dieser Konsens auch auf einen bestimmten Inhalt der zu schließenden Vereinbarung bezog.

Bei Anwendung des § 242 BGB auf die vorliegende Situation besteht ein Spannungsverhältnis zu § 313 BGB. Denn die Entwicklung der ehelichen Lebensverhältnisse entsprach genau der Planung der Ehegatten. Eine Anpassung der Vereinbarung nach § 313 BGB wäre daher nicht in Betracht gekommen.

3.5. Urteil des OLG Düsseldorf vom 17. Mai 2004

Unmittelbar vor ihrer Eheschließung einigten sich die Parteien, ein Multimillionär und eine Ärztin, auf einen Ehevertrag, der für die Ehe Gütertrennung bestimmte und für den Fall einer Scheidung die Durchführung des Versorgungsausgleichs und nahehelichen Unterhalt für jede Partei ausschloss. Jedoch wurden für den Fall der Kindesbetreuung durch

536 OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 1445 (1446).

die Ehefrau Unterhaltsansprüche i.H.v. monatlich 2.500 DM vereinbart.⁵³⁷ Der künftige Ehemann verpflichtete sich, während der Ehe und nach einer Scheidung, dann jedoch nur bis zum 16. Geburtstag des jüngsten gemeinsamen Kindes, für die Altersversorgung der Ehefrau in die Ärzteversorgung einzuzahlen. Zudem sollte die Ehefrau im Falle einer Scheidung eine nach der Ehedauer gestaffelte Abfindung erhalten.

Der Ehevertrag wurde sechs Jahre später abgeändert, als die Ehegatten bereits in Trennung lebten, jedoch noch keine Scheidung beabsichtigten. Der Unterhaltsanspruch für den Fall der Kindesbetreuung wurde unter Änderung der Modalitäten auf monatlich 5.000 DM verdoppelt und die Abfindung durch eine einmalige steuerfreie Zahlung i.H.v. 1 Mio. DM ersetzt.⁵³⁸

Die Parteien wurden nach elf Ehejahren geschieden. Der Ehevertrag erlangte in mehreren Gerichtsverfahren Bedeutung, in denen sich beide Parteien wechselweise stets erfolgreich auf die Vereinbarung beriefen.

Unmittelbar bevor das jüngste der fünf gemeinsamen Kinder das 18. Lebensjahr vollendete, behauptete die geschiedene Ehefrau die Sittenwidrigkeit des Vertrages und begehrte weiteren Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Zu dessen Bezifferung erhob sie eine Auskunftsklage über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse ihres ehemaligen Gatten. In erster Instanz wurde ihre Klage abgewiesen.

Das OLG Düsseldorf wies die Berufung der geschiedenen Ehefrau ab.⁵³⁹ Die Klägerin könne sich schon nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung berufen, weil sie in den vorherigen Gerichtsverfahren einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, an dem sie sich nunmehr festhalten lassen müsse. Berufe sie sich nun auf die Nichtigkeit der Vereinbarung, sei

537 Die Ehefrau sollte ab dem achten Lebensjahr des jüngsten gemeinschaftlichen Kindes halbtags arbeiten. Aus diesem Verdienst sollte die Hälfte auf den Unterhaltsanspruch angerechnet werden. Bei Änderung des Preisindexes des Statistischen Bundesamtes um mehr als 10% sollte der Unterhalt entsprechend angepasst werden. Für den Fall einer Wiederheirat war eine Halbierung vorgesehen.

538 Der Betreuungsunterhalt sollte nun längstens bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des jüngsten gemeinschaftlichen Kindes oder bis zum Auszug des letzten Kindes aus der mütterlichen Wohnung oder bis zu einer Wiederverheiratung gezahlt werden.

539 FamRZ 2005, 216.

dies rechtsmissbräuchliches Verhalten, mit dem sie gem. § 242 BGB nicht gehört werden könne.⁵⁴⁰ Darüber hinaus sah das OLG keine einseitige Belastung der Klägerin durch die vertraglichen Vereinbarungen. Der Klägerin habe aus der Unterhaltsvereinbarung und den Renditen der Abfindungssumme ein monatlicher Betrag i.H.v. ca. 10.000 DM ausschließlich für ihren Unterhalt zur Verfügung gestanden. Kindesunterhalt und Altersversorgung habe der ehemalige Ehemann zusätzlich gezahlt. Ihr habe somit ein weit überdurchschnittliches, bedarfsdeckendes Einkommen zur Verfügung gestanden.⁵⁴¹ In Verbindung mit der geplanten Wiederaufnahme der Berufstätigkeit durch die Klägerin habe diese angemessene Sicherung den Ausschluss der übrigen Unterhaltstatbestände gerechtfertigt.⁵⁴² Der Ausschluss des Zugewinnausgleichs sei unproblematisch, da dieser nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zähle, und die eheliche Lebensgemeinschaft nicht zwingenderweise auch eine Vermögensgemeinschaft sein müsse. Zudem rechtfertige sich die Wahl der Gütertrennung als Schutz des in verschiedenen Unternehmen investierten Vermögens des Ehemannes. Schließlich habe sich die Ehefrau bei Vertragsschluss in keiner Zwangslage befunden. Die Vertragsänderung sei sogar auf ihr Betreiben erfolgt. Bei beiden Vertragsverhandlungen seien beide Ehegatten anwaltlich vertreten gewesen.⁵⁴³

Die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB führe nicht dazu, dem ehemaligen Ehemann die Berufung auf das Ende seiner vertraglichen Unterhaltspflicht und den Ausschluss weitergehender Unterhaltsansprüche zu versagen, da eine Änderung der maßgeblichen Umstände nicht ersichtlich sei. Vielmehr hätten sich die Umstände genau so entwickelt, wie es die Parteien beim Vertragsabschluss vorhergesehen hätten.

540 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216 (217 f.).

541 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216 (218).

542 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216 (219).

543 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216 (220). Die anwaltliche Vertretung der Ehefrau zog das OLG auch als Argument heran, eine von der Klägerin vorgetragene und mit Hilfe von ärztlichen Gutachten zu beweisen gesuchte Geschäftsunfähigkeit zu verneinen. Es könne sich allenfalls um eine zeitweise Geschäftsunfähigkeit gehandelt haben (aaO., S. 217). Auch insoweit greife zudem der Ausschluss gem. § 242 BGB, nachdem sie sich in den vorherigen Verfahren stets auf die Wirksamkeit der Vereinbarung berufen habe (aaO., S. 218).

Der Sachverhalt zeichnet sich insbesondere durch die gehobenen Vermögensverhältnisse der Parteien aus. Der Kindesbetreuungsunterhalt wurde von den Parteien vertraglich auf einem über dem gesetzlichen liegenden Niveau geregelt. Für die Altersvorsorge wurde durch Einzahlungen in die Ärzteversorgung und eine Abfindung in bedeutender Höhe gesorgt, wodurch die Verzicht auf den Altersunterhalt und die Durchführung des Versorgungsausgleichs erheblich an Gewicht verloren. Der Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts war somit nur noch bezüglich des Krankheitsunterhalts betroffen. Daher verwundert es nicht, dass das OLG Düsseldorf die Eheverträge billigte. Eine neue Wendung enthält die Entscheidung, soweit sie darauf abstellt, dass nicht nur das Berufen auf die Wirksamkeit einer Vereinbarung, sondern auch das Gegenteil, die Geltendmachung ihrer Unwirksamkeit u.U. treuwidrig und von § 242 BGB untersagt sein kann.

Bergschneider weist darauf hin, dass der BGH in Anwendung des § 242 BGB die Möglichkeit eines Anschlussunterhalts aus § 1573 II BGB nach Ende des Betreuungsunterhalts trotz wirksamer Abbedingung für gegeben hält.⁵⁴⁴ Mit dieser Möglichkeit hat sich das OLG Düsseldorf jedoch ausdrücklich beschäftigt.

3.6. Urteil des OLG Koblenz vom 25. Mai 2004

Die Ehegatten vereinbarten zunächst vorehelich einen Unterhaltsverzicht und den Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Gleichzeitig modifizierten sie den Zugewinnausgleich, vereinbarten jedoch nach der Eheschließung Gütertrennung. Die Ehefrau war russische Staatsangehörige ohne Deutschkenntnisse. Sie litt schon bei Vertragsschluss unter Multipler Sklerose, die jedoch erst einen Monat nach der Eheschließung diagnostiziert wurde.

Das OLG Koblenz hielt die Vereinbarung nicht für sittenwidrig, weil sich aus der bei Vertragsschluss noch unbekanntem Krankheit keine Zwangslage der Ehefrau ergeben habe.⁵⁴⁵ Allerdings könne sich der geschiedene Ehemann nicht auf den vereinbarten Unterhaltsverzicht berufen, da sich nach

⁵⁴⁴ FamRZ 2005, 220, unter Hinweis auf BGH, NJW 2004, 930 (936).

⁵⁴⁵ OLG Koblenz v. 25.05.2004, 11 UF 329/03, Juris, Rn. 29.

dem Ausbruch der Multiplen Sklerose ein gemeinsam getragenes Lebensrisiko verwirklicht habe, womit die Grundlage der Vereinbarung entfallen sei.⁵⁴⁶

Die Entscheidung des OLG Koblenz kann durchaus als überraschend bezeichnet werden. Einerseits waren die Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit durchaus zahlreich: Fehlende Deutschkenntnisse, schlechte Berufsaussichten, der Aufenthalt der Braut war von der Eheschließung abhängig und schließlich litt diese unter einer schweren, wenn auch noch nicht sicher diagnostizierten Erkrankung, die möglicherweise Auswirkungen auf ihre Erwerbschancen haben würde. Gelangt man trotz dieser Hürden nicht zu einer Sittenwidrigkeit der Vereinbarung, ist es andererseits nicht unbedingt naheliegend, die Erkrankung der Ehefrau als gemeinsam getragenes Risiko anzusehen. Denn die Ehegatten haben in Kenntnis der Symptome und der unklaren Diagnose den Unterhaltsverzicht vereinbart. Daraus den Willen abzuleiten, das Risiko der Erkrankung gemeinsam tragen zu wollen, scheint schwerlich möglich.

3.7. Urteil des OLG Celle vom 24. Juni 2004

Die Ehegatten schlossen unmittelbar vor Eingehung der Ehe einen Ehevertrag. Durch diesen vereinbarten sie für ihre spätere Ehe den Güterstand der Gütertrennung und für eine etwaige Scheidung den Ausschluss des Versorgungsausgleichs und den Verzicht auf nachehelichen Unterhalt mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs aus § 1570 BGB bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes. Die Wirksamkeit des Unterhaltsverzichts war bedingt durch die Zahlung einer Abfindung an die Ehefrau i.H.v. 3.000 DM je Ehejahr.

Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die spätere Ehefrau schwanger und arbeitete gemeinsam mit ihrem Bräutigam im Betrieb ihrer künftigen Schwiegereltern. Die gemeinsame Wohnung befand sich im Betriebsgebäude. Eine Übernahme des Betriebes durch den am Ehevertrag beteiligten Sohn war vorgesehen und wurde während der Ehe vollzogen.

⁵⁴⁶ OLG Koblenz v. 25.05.2004, 11 UF 329/03, Juris, Rn. 32.

Der Abschluss des Ehevertrages war von dem späteren Ehemann zur Voraussetzung für eine Eheschließung erklärt worden. In dieser Forderung unterstützten ihn seine Eltern.

Die Ehe wurde nach 17,5 Ehejahren geschieden. Es wurde kein Versorgungsausgleich durchgeführt, das Unterhaltsbegehren der geschiedenen Ehefrau wurde aufgrund des Ehevertrages abgewiesen.⁵⁴⁷ Im Verfahren um den Zugewinnausgleichsanspruch berief diese sich nun auf die Unwirksamkeit des Vertrages.

Diese Auffassung teilte das OLG Celle, das den Ehevertrag für insgesamt nichtig hielt.⁵⁴⁸ Der Bräutigam habe eine unterlegene Verhandlungsposition seiner Künftigen ausgenutzt, um diese einseitig zu benachteiligen. Deren Unterlegenheit ergebe sich in erster Linie aus ihrer Schwangerschaft mit einem Kind des Lebensgefährten. Die hierdurch ausgelöste besondere Schutzbedürftigkeit werde nicht durch die von ihrem Partner vorgetragene Absicht, auch ohne Eheschließung weiterhin für sie und das gemeinschaftliche Kind zu sorgen, aufgewogen. Daneben sei in der kurzen Zeitspanne zwischen der Entdeckung der Schwangerschaft und der Eingehung der Ehe ein besonnenes Verhandeln durch die Ehefrau nicht möglich gewesen, wodurch ihre Zwangslage noch verstärkt worden sei. Dass sich auch der Ehemann in einer Zwangslage befunden hatte, mochte ihm das OLG nicht abnehmen. Sein Vortrag, sein Drängen zum Abschluss des Ehevertrages sei durch das Drängen seiner Partnerin zur Eheschließung und die Drohung, ihn sonst mit dem gemeinsamen Kind zu verlassen, ausgeglichen worden, wertete der Senat als Schutzbehauptung. Dagegen sprach in den Augen der Richter insbesondere, dass er zunächst die Abtreibung des Kindes anstrebte. Zudem hätte ein nichteheliches Zusammenleben mit dem Kindsvater der Mutter keine mit einer Eheschließung vergleichbare Absicherung geboten, da ihr gem. § 1615I BGB in der damals geltenden Fassung nur ein einjäh-

547 Die Abfindung wurde teilweise bereits während der Ehe ausgezahlt, als die Ehefrau ihrer Beschäftigung im Familienbetrieb ihres Ehegatten in vermindertem Umfang nachging. Teilweise wurde die Vereinbarung später modifiziert und ein Teil der Abfindung in eine betriebliche Altersvorsorge umgewandelt.

548 FamRZ 2004, 1489.

riger Unterhaltsanspruch zugestanden hätte und sie im Übrigen auf sein Wohlwollen angewiesen gewesen wäre.

Die Schwangerschaft als Indiz der Unterlegenheit der Verlobten werde auch nicht durch andere Umstände ausgeglichen. Vielmehr hätten die Verhältnisse bei Abschluss des Ehevertrages die Unterlegenheit weiter verstärkt. Aufgrund der Anstellung und Wohnung im Betrieb der künftigen Schwiegereltern habe die Frau im Falle eines Scheiterns der Verbindung damit rechnen müssen, die gemeinsame Wohnung verlassen zu müssen und ihre Anstellung zu verlieren. Zugleich hätte sie ein Kleinstkind zu betreuen gehabt, wodurch ihre Erwerbsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt gewesen seien. Daher sei es nicht von Bedeutung, dass bei Vertragsschluss beide Parteien vergleichbare Einkommen erzielt hatten. Auch das bescheidene Vermögen der Ehefrau i.H.v. 80.000 DM sei nicht geeignet gewesen, die Unterlegenheit auszugleichen.⁵⁴⁹

Das OLG Celle wandte sich sodann der Kernbereichslehre des BGH zu. Der Ehevertrag modifiziere den Anspruch auf Betreuungsunterhalt zulasten der Ehefrau, weil die Parteien dessen Ende an ein niedrigeres Lebensalter des jüngsten gemeinsamen Kindes geknüpft hätten, als dies ständiger Rechtsprechung entspreche.⁵⁵⁰ Damit und durch den vollständigen Verzicht auf Unterhalt wegen Alters und Krankheit und auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs liege ein Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts vor, der nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Er sei auch einseitig, weil der Ehemann durch seinen formell weitergehenden Verzicht tatsächlich nichts aufgegeben habe, da nicht mit dem Erwerb von Ansprüchen gegen seine Partnerin zu rechnen gewesen sei. Weder das Eheversprechen noch die Abfindung, deren Höhe wegen ihrer Abhängigkeit von der Ehedauer nicht absehbar gewesen sei, seien geeignet gewesen, die Nachteile für die Ehefrau aufzufangen. Auch das legitime Interessen des Mannes, den Familienbetrieb vor Ausgleichszahlungen im Falle einer

549 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489 (1490 f.).

550 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489 (1492 f.). Während die Ehefrau nach der Vereinbarung schon ab dem vollendeten sechsten Lebensjahr eine uneingeschränkte Erwerbsobliegenheit traf, sei dies nach ständiger Rechtsprechung erst ab dem vollendeten 15. oder 16. Lebensjahr des jüngsten gemeinsamen Kindes der Fall.

Scheidung zu schützen, rechtfertige nicht den Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts.⁵⁵¹

Nicht zu beanstanden seien hingegen der Verzicht auf den Aufstockungsunterhalt und die Vereinbarung der Gütertrennung.⁵⁵² Dennoch sei der Vertrag aufgrund der bei Abschluss bestehenden ungleichen Verhandlungspositionen insgesamt nichtig. Das Bestreben des Ehemannes, im Falle eines Scheiterns der Ehe weitgehend den vorehelichen Zustand wieder herzustellen, sei rechtlich nicht zu billigen.⁵⁵³

Dass sich das OLG Celle an dem Ehevertrag störte, ist angesichts der Abschlussituation und vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen⁵⁵⁴ verständlich. Die spätere Ehefrau war nicht nur schwanger, ihre Situation war durch weitere, vom OLG dargelegte Gesichtspunkte verschärft. Situative Unterschiede überwiegen gegenüber inhaltlichen auch bei einem Vergleich des Sachverhalts mit jenem, welcher der maßgeblichen Entscheidung des BGH⁵⁵⁵ zugrunde lag. Die beiden zu beurteilenden Vereinbarungen unterscheiden sich inhaltlich im Wesentlichen dadurch, dass die Eheleute im vorliegenden Fall eine hinter der gesetzlichen Regelung zurückbleibenden Modifikation des Betreuungsunterhalts vereinbarten, während es die Parteien des Verfahrens vor dem BGH insoweit bei der gesetzlichen Regelung beließen. Im Übrigen sind die Vereinbarungen inhaltlich vergleichbar. Allerdings waren die Parteien des Verfahrens vor dem BGH bereits miteinander verheiratet und die Ehefrau bei Abschluss des Vertrages nicht schwanger. Auch gab es keine vergleichbare berufliche Abhängigkeit. Der maßgebliche Unterschied liegt folglich in der schlechteren Verhandlungsposition der Verlobten im vorliegenden Verfahren. Er mag das Ergebnis des OLG tragen.

Bedenkenswert ist allerdings, dass nur die Frage nach der wirksamen Güterstandswahl Verfahrensgegenstand war. Gegen den entsprechenden Vertragsteil hatte das OLG inhaltlich nichts einzuwenden. Es stützte sich

551 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489 (1493).

552 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489 (1492).

553 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489 (1493).

554 Vgl. oben, S. 93, 96.

555 Vgl. oben, S. 145.

vielmehr allein auf die Situation bei Abschluss des Vertrages und auf die übrigen Vertragsinhalte, über die freilich bereits rechtskräftige Entscheidungen vorlagen, in denen der Vertrag als wirksam angesehen worden war.

Den Vorgaben des BVerfG gemäß ließ das OLG Celle einen Umstand außer Betracht: der Schwangeren war sehr an der Eheschließung gelegen. Durch sie wollte sie eine gegenüber der nichtehelichen Beziehung höhere Absicherung erreichen. Offensichtlich stellte die Heirat in ihrer Vorstellung also einen wesentlichen Vorteil dar. Dies entspricht auch der von der Rechtsprechung vorgenommenen Wertung, Abweichungen vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht als Nachteile anzusehen. Dennoch soll die Bereitschaft zur Eheschließung nicht mit in die Waagschale gelegt werden dürfen.

Widersprüchlich scheint es, die Bedeutung der zugunsten der Ehefrau vereinbarten Abfindung aufgrund der Ungewissheit des Scheidungszeitpunktes zu mindern, diesen Umstand bei Beurteilung der Modifikation des Betreuungsunterhalts jedoch nicht zu berücksichtigen. Dass der Scheidungszeitpunkt auch hierbei eine große Bedeutung hat, zeigt sich schon daran, dass die Scheidung erst nach dem 17. Geburtstag des einzigen gemeinsamen Kindes rechtskräftig wurde. Der Geschiedenen hätte somit ohnehin kein Anspruch auf Betreuungsunterhalt zugestanden. Die Verzichte auf Altersunterhalt und auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs, deren Bedeutung ebenfalls vom Scheidungszeitpunkt abhängig ist, wurden zudem durch die spätere Vertragsänderung und den darauf folgenden Aufbau einer betrieblichen Altersvorsorge relativiert.

Die Entscheidung dürfte jedoch noch mit den Vorgaben des BVerfG einerseits und des BGH andererseits vereinbar sein. Näher gelegen hätte es dennoch, den Vertrag nicht für sittenwidrig zu erklären, sondern ihn – gerade wegen der sich aus dem ungewissen Scheidungszeitpunkt ergebenden Unsicherheit seiner Auswirkungen – lediglich einer Ausübungskontrolle zu unterwerfen. Im Rahmen einer solchen ist ein Korrekturerfordernis nach Wegfall der Betreuungsnotwendigkeit der gemeinsamen Tochter nicht einmal offensichtlich. Die Entscheidung des erkennenden Senats, den Ehevertrag in seiner Gesamtheit für nichtig zu halten, mag

dadurch motiviert gewesen sein, dass der Weg über die Ausübungskontrolle angesichts der rechtskräftigen Entscheidungen über den Versorgungsausgleich und den nahehelichen Unterhalt keine Möglichkeit bot, der als unterlegen wahrgenommenen Ehefrau weitergehende Ansprüche zuzubilligen.

Abschließend sei angemerkt, dass in diesem Verfahren, anders als im oben dargestellten Verfahren vor dem OLG Düsseldorf⁵⁵⁶ kein Vertrauenstatbestand in die Geltung des Vertrages geschaffen wurde, da dieser zwar Gegenstand mehrerer Vorverfahren war, sich die geschiedene Ehefrau aber nicht auf seine Wirksamkeit berufen, sondern ihn stets angegriffen hatte.

3.8. Urteil des OLG Düsseldorf vom 1. Juli 2004

Zwei Wochen vor ihrer Eheschließung vereinbarten die Parteien für ihre beabsichtigte Ehe den Güterstand der Gütertrennung. Für den Fall einer Scheidung verzichteten sie gegenseitig auf jeglichen nahehelichen Unterhalt. Die gesetzliche Regelung des Versorgungsausgleichs wurde nicht modifiziert. Bei Unterzeichnung des Vertrages erwartete die Verlobte ein gemeinschaftliches Kind. Nach der vertraglichen Vereinbarung sollte sie sich vornehmlich um die Betreuung des Kindes und den gemeinsamen Haushalt kümmern und bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auf die Interessen der Familie Rücksicht nehmen, wobei der Aufenthaltsort der Familie durch den Ehemann bestimmt werden durfte.

Während des Zusammenlebens der Parteien war die Klägerin nur vorübergehend in geringfügigem Umfang beschäftigt. Nach der Trennung lebten die beiden während der Ehe geborenen Kinder entgegen der ursprünglichen Planung bei dem Beklagten. Die Klägerin ging einer Erwerbstätigkeit nach, aus der sie jedoch ihren an den ehelichen Lebensverhältnissen gemessenen Bedarf nicht decken konnte. Sie beehrte die Feststellung der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages.

Diesem Begehren gaben sowohl das in erster Instanz damit befasste Amtsgericht als auch das OLG Düsseldorf statt.⁵⁵⁷ Die abgeschlossene Ehever-

⁵⁵⁶ FamRZ 2005, 216, vgl. oben, S. 167.

⁵⁵⁷ OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282. Die Feststellungsklage war zulässig und nicht durch

einbarung sei gem. § 138 I BGB nichtig. Eine unterlegene Verhandlungsposition der Verlobten werde durch ihre Schwangerschaft bei Abschluss der Vereinbarung indiziert. Daneben seien aber nach den Vorgaben des BVerfG und des BGH alle Umstände in eine Gesamtwürdigung einzustellen. Zwar werde die Ehefrau hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts nur in ihrem nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zählenden Anspruch auf Aufstockungsunterhalt (§ 1573 II BGB) beschränkt, jedoch seien allein die Verhältnisse bei Abschluss des Vertrages maßgeblich. Zu diesem Zeitpunkt sei ein Eingriff in den Kernbereich erfolgt, indem die spätere Ehefrau auf eine wirtschaftlich eindeutig schwächere Position verwiesen worden sei. Während dem besser verdienenden späteren Ehemann durch den Vertrag besondere Rechte eingeräumt worden seien, seien der Klägerin zusätzliche Pflichten auferlegt worden. Die sich aus der ehelichen Rollenverteilung ergebenden wirtschaftlichen Nachteile seien weder ausgeglichen noch durch besondere Belange des Beklagten gerechtfertigt gewesen.⁵⁵⁸

Die sich hieraus ergebende Nichtigkeit erstrecke sich auf die Vereinbarung der Gütertrennung. Zwar sei diese durch das Interesse des Beklagten, sein Eigentum an einem Mehrparteienhaus zu schützen, gerechtfertigt, jedoch hätten die Parteien dafür andere, die Ehefrau insgesamt weniger belastende Wege finden müssen. Zudem folgerte das OLG aus dem Bestehen einer Anpassungsklausel für unvorhergesehene Umstände und dem gleichzeitigen Fehlen einer salvatorischen Klausel, dass die Parteien den Vertrag als Einheit gewollt hätten und sich die Gesamtnichtigkeit somit mangels Abgrenzbarkeit des nichtigen Teils aus § 139 BGB ergebe.

Anerkennenswert an der Entscheidung des OLG Düsseldorf ist das Bemühen um eine Integration der unterschiedlichen Vorgaben von Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof in einen einheitlichen Prüfungsaufbau. Das Gericht sieht die Kernbereichslehre des BGH als Konkre-

die Möglichkeit einer Leistungsklage verdrängt, weil Zugewinnausgleich und nachehelicher Unterhalt in verschiedenen Folgesachen-Verfahren anhängig waren. Somit bestand die Gefahr widerstreitender Entscheidungen, die nicht durch eine Zwischenfeststellungsklage beseitigt werden konnte, da diese keine Bindungswirkung im anderen Verfahren gehabt hätte (aaO. unter Verweis auf BGHZ 125, 251 (257)).

558 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282 (283).

tisierung der vom BVerfG geforderten Gesamtwürdigung. An den Ausführungen zum Eingriff in den Kernbereich fällt auf, dass sich das OLG auf die Benachteiligung der Ehefrau konzentriert, wie sie aus der ehelichen Rollenverteilung folgt. Keiner Erwähnung wert achtet der Senat den Ausschluss des Betreuungsunterhalts und verfehlt so die Spezifizierung des Eingriffs. Dennoch ist seiner Schlussfolgerung vor dem Hintergrund der höchststrichterlichen Rechtsprechung zuzustimmen: Aus der ausdrücklichen Festlegung der späteren Ehefrau auf die vorrangige Betreuung der Kinder und der Unterordnung unter die Berufsinteressen des späteren Ehemannes ergibt sich die Gefahr einer ehebedingten Benachteiligung, die nicht mit dem gleichzeitig vereinbarten Verzicht auf jeglichen nachehelichen Unterhalt harmoniert. Der mit dem Unterhaltsverzicht vorgenommene Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts wird durch jene Rollenverteilung verstärkt. Allerdings ergibt sich aus den Ausführungen des OLG Düsseldorf nicht, dass die Kinderbetreuung auch nach einer Scheidung durch die Mutter erfolgen sollte. Vielmehr lässt die Bezeichnung des entsprechenden Abschnitts des Ehevertrages als „eheliche Rollenverteilung“⁵⁵⁹ eine Beschränkung auf die Zeit der Ehe und das Fehlen einer Sorgerechtsvereinbarung vermuten. Somit führt der Verzicht auf Betreuungsunterhalt nicht zwingenderweise zu einer Benachteiligung der Ehefrau, zumal die Notwendigkeit einer Kindesbetreuung vom Scheidungszeitpunkt abhing. Der Verzicht auf Altersunterhalt muss in Zusammenhang mit dem nicht abbedungenen Versorgungsausgleich betrachtet werden, der eine Absicherung für das Alter zu gewährleisten scheint.⁵⁶⁰ Aus dieser Perspektive ist die Bewertung des Unterhaltsverzichts als sittenwidrig durchaus nicht selbstverständlich.

In Frage gestellt werden muss auch die Entscheidung, § 139 BGB für die Gesamtnichtigkeit ins Feld zu führen. Nicht nachvollzogen kann insbesondere die Begründung, der Unterhaltsverzicht könne nicht von den übrigen Vertragsregelungen abgegrenzt werden. Dies ist ohne Weiteres möglich.

559 OLG Düsseldorf, aaO.

560 Ob der Ehemann in die Rentenversicherung eingezahlt hat, wird aus dem Urteil nicht deutlich.

Die entscheidende Frage ist allein, ob dies dem (mutmaßlichen) Parteiwillen bei Abschluss des Vertrages entsprach. Das Fehlen einer salvatorischen Klausel hat das OLG Düsseldorf zutreffend als Indiz gegen eine isolierte Aufrechterhaltung einzelner Vertragsteile gewertet. Die spezielle Motivation zum Abschluss der Gütertrennung spricht jedoch eher für ihre isolierte Geltung.

Den aktuellen Interessen der Parteien wäre das Gericht sicherlich gerechter geworden, hätte es den Vertrag nicht als sittenwidrig gewertet und ihn stattdessen einer Ausübungskontrolle unterzogen. Dies wäre mit den Vorgaben des BGH durchaus vereinbar gewesen. In deren Rahmen hätte es den Umstand berücksichtigen können und müssen, dass die gemeinschaftlichen Kinder nach der Trennung nicht mehr von der Mutter, sondern vom Vater betreut werden. Es scheint allerdings sehr zweifelhaft, dass unter diesen Voraussetzungen eine Vertragskorrektur noch möglich gewesen wäre, halten sich doch die Nachteile der geschiedenen Ehefrau in den Bereichen Unterhalt und Versorgungsausgleich in Grenzen, während die Vereinbarung des Güterstandes ohnehin auf berechtigten Interessen beruhte. Die aus der ehelichen Rollenverteilung folgende Unausgeglichenheit der Vereinbarung bliebe dann bestehen. Nur ist nicht ersichtlich, dass die Vorstellungen der Parteien bei Abschluss der Vereinbarung hinter die Gerechtigkeitsvorstellungen staatlicher Gerichte zurücktreten müssen.

3.9. Urteil des OLG Karlsruhe vom 15. Juli 2004

Vor Eingehung der Ehe vereinbarten die späteren Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung und einen Unterhaltsanspruch in Höhe eines Beamtengehältes der Besoldungsgruppe A3, 10. Dienstalterstufe ohne Ortszuschlag zugunsten der nach einer etwaigen Scheidung unterhaltsberechtigten Partei. Bis zur gleichen Höhe sollte ein eventueller Zuverdienst nicht angerechnet werden.

Bei Abschluss des Ehevertrages war die spätere Ehefrau mit der einzigen gemeinschaftlichen Tochter schwanger. Es war vorgesehen, dass sie bereits während der Ehe wieder erwerbstätig sein sollte. Tatsächlich war während der gesamten 16jährigen Ehezeit allein der Ehemann erwerbstätig. Nach der

Scheidung konnte die Ehefrau keine angemessene Erwerbstätigkeit aufnehmen und begehrte Unterhalt nach den gesetzlichen Vorschriften.

Das OLG Karlsruhe gab ihr teilweise Recht.⁵⁶¹ Es interpretierte die Regelung als Ausgestaltung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs mit einer höhenmäßigen Begrenzung. Diese sei nicht sittenwidrig, da sie im Zeitpunkt der Vereinbarung eine nach den Lebensverhältnissen der Parteien angemessene Ausgestaltung und gegenüber der gesetzlichen Regelung eine Begünstigung des Unterhaltsberechtigten dargestellt habe. Zudem hätten die Parteien nicht in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingegriffen, da keine Unterhaltstatbestände abbedungen worden seien.

Allerdings sei die Vereinbarung im Rahmen der Ausübungskontrolle anzupassen, weil sich die Verhältnisse anders entwickelt hätten als von den Parteien geplant. Die Führung einer Einverdiener Ehe habe zu einer Benachteiligung der Ehefrau geführt. Die Anpassung könne nicht zur Geltung der gesetzlichen Regelungen führen, da wegen der Erwerbsobliegenheit der Ehefrau nicht der Betreuungsunterhalt, sondern nur der Unterhalt wegen Arbeitslosigkeit und somit der Randbereich des Scheidungsfolgenrechts betroffen sei. Auszugleichen seien aber die ehebedingten Nachteile, die die Ehefrau nach der ursprünglichen Vorstellung der Parteien nicht allein tragen sollte.

Als angemessen erachtete das OLG Karlsruhe die Zuerkennung des Doppelten des ursprünglich vereinbarten Unterhalts und begründete dies mit der Erwartung der Parteien, dass der unterhaltsbedürftige Ehegatte eine Zuverdienstmöglichkeit in Höhe des vereinbarten Anspruchs haben werde.

Die Ablehnung der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ist überaus überzeugend. Die Vertragsanpassung im Rahmen der Ausübungskontrolle stößt hingegen auf Widerstand.⁵⁶² Die Argumentation des Senats dürfte dabei durchaus den Vorstellungen des BVerfG entsprechen. Fraglich ist allerdings, ob die Ausübungskontrolle das richtige Instrument ist, diesen

561 FamRZ 2004, 1789.

562 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1791, sieht die Rechtssicherheit über Gebühr beeinträchtigt, wenn ein angemessener Teilverzicht keinen Bestand mehr hat. Äußerst kritisch auch *Brambring*, Status, 17 (28 ff.).

Fall zu lösen. Die Konstellation entspricht eher der von § 313 BGB geregelten Störung der Geschäftsgrundlage. Zu erörtern wäre also gewesen, ob die Erwerbstätigkeit der Ehefrau Geschäftsgrundlage der Vereinbarung war. Ist dies anzunehmen, gewährt § 313 BGB die Möglichkeit, den Vertrag anzupassen. Für eine solche Anpassung liefert das OLG Karlsruhe durchaus brauchbare Argumente. War die Erwerbstätigkeit der Ehefrau hingegen keine Geschäftsgrundlage, kann die unerwartete Einkommenssteigerung auf Seiten des Ehemannes nicht zum Anlass genommen werden, die vereinbarte Begrenzung der Unterhaltshöhe abzuändern. Dies widerspräche dem Sinn einer solchen Begrenzung, den Parteien Rechtssicherheit über ihre Unterhaltspflicht zu bieten.

3.10. Beschluss des OLG Nürnberg vom 1. September 2004

Die Parteien schlossen vorehelich einen Globalverzicht. Die künftige Ehefrau war philippinische Staatsangehörige. Sie trug vor, bei Abschluss des Vertrages mit dem gemeinschaftlichen Kind schwanger gewesen zu sein.

Das OLG Nürnberg hatte über ihre Beschwerde gegen die amtsgerichtliche Ablehnung ihres Antrags auf Gewährung von PKH zu entscheiden.⁵⁶³ Entsprechend begnügte es sich mit einer summarischen Prüfung der Rechtslage. Dabei hob es die Situation der Beschwerdeführerin hervor, die durch die vorgetragene Schwangerschaft geprägt gewesen sei. Ihre Motivation zu einer Eheschließung sei zudem durch ihre religiöse Einstellung verstärkt worden. Daneben sah es das OLG als maßgeblich an, dass sich die Vereinbarung der Parteien nach den damaligen Verhältnissen nur zulasten der Schwangeren auswirken konnte und die ihr auferlegten Nachteile durch keinerlei Vorteile aufgewogen worden seien. Die Nachteile beträfen zudem den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts. Daraus leitete das OLG die Möglichkeit ab, den Vertrag als sittenwidrig anzusehen und schloss auf für die Bewilligung der PKH ausreichende Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens.

⁵⁶³ FamRZ 2005, 454.

Der Beschluss des OLG Nürnberg dürfte auf der Linie der Rechtsprechung von BVerfG und BGH liegen. Insbesondere die Situation, über die das BVerfG entschieden hatte, weist eine große Ähnlichkeit zum vorliegenden Sachverhalt auf. Eine genauere Analyse scheidet jedoch an den dürftigen Ausführungen in der Entscheidung, die im Wesentlichen aus der Wiedergabe der höchstrichterlichen Entscheidungen besteht.

3.11. Beschluss des OLG Celle vom 8. September 2004

Die Ehegatten vereinbarten in einer Trennungsvereinbarung einen nachehelichen Mindestunterhalt, der von den Einkünften des unterhaltspflichtigen Ehemannes und von dem Bedarf der unterhaltsberechtigten Ehefrau unabhängig war. Daneben vereinbarten sie den Eintritt von Gütertrennung und regelten den Zugewinnausgleich. Nach dem Wegfall seiner Nebeneinkünfte begehrte der Ehemann die Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtung und die Gewährung von PKH.

Das OLG Celle hatte über seine Beschwerde gegen die Ablehnung von PKH durch das zuständige Amtsgericht zu entscheiden.⁵⁶⁴ Es gab der Beschwerde statt, weil die Unwirksamkeit des abgeschlossenen Ehevertrages im Rahmen des Möglichen liege. Nach Auffassung des OLG steht der verfassungsrechtliche Schutz vor nicht mit dem Grundgedanken der ehelichen Solidarität zu vereinbarenden Verträgen auch dem unterhaltspflichtigen Ehegatten zu. Die Vereinbarung könne gegen die eheliche Solidarität verstoßen, weil sie von dem gesetzlichen Leitbild der Halbteilung abrücke und weder den Mindestbedarf des Unterhaltspflichtigen noch den Bedarf der Berechtigten berücksichtige. Zu berücksichtigen sei auch, dass durch die lange Ehedauer das Gebot der ehelichen Solidarität gestärkt werde.

Die Unterhaltsvereinbarung könne daher sittenwidrig sein, wodurch auch die übrigen Vertragsbestandteile nichtig sein könnten. Sollte der Vertrag nicht sittenwidrig sein, käme immer noch eine Anpassung an die geänderten Umstände in Betracht, wobei zu berücksichtigen sei, inwieweit die Parteien

564 FamRZ 2004, 1969.

ihre Vereinbarung auf einer zwischenzeitlich entfallenen Geschäftsgrundlage geschlossen hätten.

Der Entscheidung des OLG Celle liegt ein Sachverhalt zugrunde, der in mehrfacher Hinsicht aus dem üblichen Rahmen fällt. Zunächst ist hervorzuheben, dass die Ehegatten bei Erlass der Entscheidung immer noch verheiratet waren – seit 1961. Des Weiteren handelt es sich bei der Vereinbarung nicht um eine Ehe-, sondern um eine Trennungsvereinbarung. Sodann sind die Rollen der Beteiligten gewissermaßen vertauscht. Der Unterhaltspflichtige beruft sich auf die Entscheidungen des BVerfG und des BGH. Mit der Übertragung der Grundsätze auf den zu entscheidenden Sachverhalt hatte das OLG keine Schwierigkeiten.⁵⁶⁵ Dies scheint stichhaltig zu sein, legt man die Ausgangsposition des BGH zugrunde, nach der vertragliche Vereinbarungen den Schutzzweck des Scheidungsfolgenrechts nicht umgehen dürfen. Unter anderen Aspekten wirft die Übertragung freilich mehr Fragen auf: Weder ist dargelegt, inwieweit sich der verheiratete Ehemann bei Trennung in einer Lage befand, die einer schwangeren Heiratswilligen vergleichbar war, noch wird klar, wie die feste Mindestunterhaltsvereinbarung in der Kernbereichslehre verortet werden kann.

Eine denkbare Lösung hat das OLG Celle bereits aufgezeigt: auch dieser Sachverhalt legt die einfache Anwendung des § 313 BGB nahe. Erforderlich dafür ist freilich, dass das Bestehen der Nebeneinkünfte oder Einkünfte in bestimmter Höhe Geschäftsgrundlage der Trennungsvereinbarung gewesen sind. Das Verhältnis zwischen der Inhaltskontrolle nach den Vorgaben des BGH und der Geschäftsgrundlagenstörung wird der näheren Erörterung bedürfen. Das OLG Celle scheint dazu zu tendieren, § 313 BGB bei Anwendung der Ausübungskontrolle berücksichtigen zu wollen.

3.12. 1. Beschluss des BGH vom 6. Oktober 2004

Die Ehegatten schlossen sechs Jahre nach der Geburt des jüngsten gemeinsamen Kindes, neun Jahre nach der Eheschließung und zwölf Jahre vor der schließlich erfolgenden Scheidung eine Ehevereinbarung, mit der sie den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten und auf die Durchführung des

565 Zustimmend: *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1970.

Versorgungsausgleichs verzichteten. Der Ehemann verpflichtete sich zur Zahlung nachehelichen Unterhalts i.H.v. 300 DM bei Erwerbslosigkeit bzw. 150 DM bei Halbtags­tätigkeit der Ehefrau. Überdies sollte die Ehefrau 50.000 DM erhalten. Den Miteigentumsanteil an dem Grundstück des Familienheims sollte sie im Falle einer Scheidung an den Ehemann übertragen. Die Ehefrau war nicht erwerbstätig. Nach der Scheidung begehrte sie die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Die Vorinstanzen lehnten das Begehren unter Hinweis auf die unbeschränkte Vertragsfreiheit ab.⁵⁶⁶ Der BGH hob die Entscheidungen auf und verwies zurück an das OLG München zur Durchführung einer Inhaltskontrolle.⁵⁶⁷ Dabei betonte der BGH den hohen Stellenwert des Versorgungsausgleichs in der Kernbereichslehre aufgrund seiner Verwandtschaft mit dem Altersunterhalt. Der Versorgungsausgleich unterliege den gleichen Prüfungskriterien wie ein Unterhaltsverzicht.⁵⁶⁸ Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich dürften den Gedanken der ehelichen Solidarität nicht verletzen. Sie seien daher gem. § 138 I BGB unwirksam, wenn sie sich bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung als gravierende Verletzung der ehelichen Solidarität darstellten, insbesondere, wenn sich durch die Regelung ein Risiko zu einem Nachteil verdichte, das ein Ehegatte durch die einvernehmlich von ihm übernommene Betreuung gemeinsamer Kinder und die damit einhergehende Einschränkung oder Aufgabe seiner beruflichen Tätigkeit auf sich genommen habe. Dieses Risiko wolle die gesetzliche Regelung auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen. Ohne Kompensation könne diese Verteilung nicht zulasten eines Ehegatten verschoben werden.

Das OLG habe daher eine umfassende Gesamtwürdigung anzustellen, in der auch die Motivation der Ehegatten zu klären sei. Ferner müsse ermittelt werden, ob die vereinbarte Abfindung der Altersversorgung der Ehefrau diene oder als Gegenleistung für die Übertragung des Grundeigentums vereinbart worden sei.

566 Die Entscheidungen ergingen, bevor BVerfG und BGH entschieden, dass Ehevereinbarungen einer Inhaltskontrolle zu unterziehen sind.

567 FamRZ 2005, 26.

568 BGH, FamRZ 2005, 26 (27).

Habe der Ausschluss des Versorgungsausgleichs unter Zugrundelegung dieser Kriterien Bestand, sei eine Ausübungskontrolle durchzuführen. Dabei könne ein wirksam vereinbarter Ausschluss dann nicht aufrecht erhalten werden, wenn ein Ehegatte infolge einer grundlegenden Änderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Alterssicherung verfüge und dies mit dem Gebot der ehelichen Solidarität schlechthin unvereinbar sei.⁵⁶⁹

Der BGH nutzte die Möglichkeit, die von ihm entwickelte Kernbereichslehre weiter zu präzisieren. Dies betrifft allerdings nur den Versorgungsausgleich. Der Senat hob dessen hohen Stellenwert deutlich hervor und wies mit Nachdruck auf den Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung hin. Seine Ausführungen lassen sich kaum anders verstehen, als dass die Abbedingung des Versorgungsausgleichs wenigstens dann einen Ausgleich erfordert, wenn ein Ehegatte wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder nicht sozialversicherungspflichtig erwerbstätig ist. Allerdings bleibt die subjektive Seite von Bedeutung. Welcher Art diese Bedeutung sein kann, wird aus der Entscheidung nicht deutlich. Denkbar wäre, die Art und Höhe des Ausgleichs von den Beweggründen der Parteien abhängig zu machen. Die Voraussetzungen, die demnach im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle für einen Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs gelten, rücken in die Nähe derjenigen für eine gerichtliche Genehmigung einer scheidungsbezogenen Vereinbarung nach § 1587o BGB.⁵⁷⁰

Die in der Entscheidung getroffene Aussage, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich müssten mit dem Gebot ehelicher Solidarität vereinbar sein,⁵⁷¹ findet sich in dieser Form nicht in der Ausgangsentscheidung zur Kernbereichslehre vom 11. Februar 2004. Sie weicht von dem dort gewählten Ausgangspunkt, Ehevereinbarungen dürften den Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen nicht unterlaufen, ab. Mit der abweichenden Formulierung muss jedoch nicht zwangsläufig eine inhaltliche Schwerpunktverschiebung oder Änderung verbunden sein.

569 BGH, aaO.

570 Ähnlich: *Bergschneider*, FamRZ 2005, 28.

571 BGH, FamRZ 2005, 26 (27).

Die Ausführungen des BGH zur Durchführung der Ausübungskontrolle lehnen sich stark an § 313 BGB an. Indem der Senat nun eine grundlegende Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände verlangt, scheint sich die Gewichtung im Vergleich zur Ausgangsentscheidung vom 11. Februar 2004, in der noch die unangemessenen Auswirkungen der Vereinbarung im Zentrum der Betrachtung stand, zu verschieben.

3.13. 2. Beschluss des BGH vom 6. Oktober 2004

Die Parteien vereinbarten für ihre Ehe am Tag der Eheschließung den Güterstand der Gütertrennung und verzichteten auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Bei Abschluss der Vereinbarung beabsichtigten die Ehegatten, die beide berufstätig waren, keine Kinder zu bekommen. Im Verlauf der 24jährigen Ehe wurden dennoch zwei geboren. Während der Ehe erwarb der Ehemann Versorgungsanwartschaften i.H.v. monatlich 3.084,81 DM. Nach der Scheidung begehrte die Ehefrau, die Anwartschaften i.H.v. monatlich 390,05 DM erworben hatte, die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Das mit der Sache erstbefasste Amtsgericht sprach der Ehefrau ein Viertel der Differenz zu. Auf die Beschwerde des Ehemannes verringerte das OLG den Ausgleich auf circa ein Achtel der Differenz. Der zugesprochene Ausgleich war in der Höhe so bemessen, dass zugunsten der Ehefrau Anwartschaften in der Höhe begründet wurden, die sie bei durchgängiger Berufstätigkeit erreicht hätte. Die mit dem Ziel der vollständigen Abweisung des Antrags erhobene Rechtsbeschwerde des Ehemannes verwarf der BGH.⁵⁷²

Der BGH bekräftigte die Notwendigkeit einer zweistufigen Inhaltskontrolle. Genau wie das OLG vermochte er jedoch keine Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarungen zu entdecken. Insbesondere die Erwerbstätigkeit beider Ehegatten in Verbindung mit der Planung einer kinderlosen Ehe und durchgängiger beiderseitiger Berufstätigkeit ließen die Vereinbarung nicht als einseitig belastend erscheinen.

572 FamRZ 2005, 185.

Die Durchführung der Ausübungskontrolle durch das OLG fand ebenfalls die Billigung des BGH. In der Geburt der gemeinsamen Kinder und der vorübergehenden Aufgabe der Erwerbstätigkeit der Ehefrau liege eine grundlegende Abweichung von der ursprünglichen Lebensplanung der Parteien. Diese benachteilige die Ehefrau einseitig, was unbillig erscheine. Der Vertrag sei daher an den mutmaßlichen Parteiwillen anzupassen. Wenn sich das OLG dabei auf den Ausgleich der tatsächlich entstandenen Nachteile beschränke, halte sich dies im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens. Eine Vertragsanpassung müsse die ehebedingten Nachteile ausgleichen. Maßstab seien die Versorgungsanwartschaften, die der benachteiligte Ehegatte bei Fortführung seiner beruflichen Tätigkeit fiktiv hätte erzielen können. Der so berechnete Ausgleich dürfe jedoch nicht höher sein, als der nach der gesetzlichen Regelung errechnete.⁵⁷³

Mit der Entscheidung des BGH wird erstmals ein sehr konkreter Weg für die Handhabung der Ausübungskontrolle aufgezeigt. Zuvor hebt der BGH erneut den hohen Stellenwert des Versorgungsausgleichs hervor. Dabei sind die Anforderungen, die an eine vertragliche Modifikation gestellt werden, sehr hoch und erinnern an die Voraussetzungen des § 1587o BGB. Allerdings sah der BGH in der konkreten Situation bei Abschluss des Vertrages keinen Raum für die Annahme von Sittenwidrigkeit. Der Versorgungsausgleich kann also stets dann ausgeschlossen werden, wenn beide Ehegatten erwerbstätig sind. Sieht dies der Plan der Ehegatten vor, führt ein Ausschluss nicht zur Sittenwidrigkeit, da spätere Änderungen keinen Einfluss auf die bei Anwendung des § 138 I BGB maßgebliche Situation des Vertragsschlusses haben.

Auch in dieser Entscheidung ist die Nichtverwirklichung der Lebensplanung im Rahmen der Ausübungskontrolle von herausragender Bedeutung.⁵⁷⁴ Demgegenüber spielt die Frage nach einer einseitigen Lastenverteilung nur eine untergeordnete Rolle. Die vom BGH gebilligte Vorgehensweise des OLG orientierte sich an der Forderung des BGH nach einem Ausgleich derjenigen Nachteile, die sich aus der Abweichung der tatsächlich

573 BGH, FamRZ 2005, 185 (188).

574 So schon bei BGH, FamRZ 2005, 26 (vgl. oben, S. 183).

gelebten Ehe von der ursprünglichen gemeinsamen Planung ergeben. Bei der Berechnung werden die Gerichte auf Schätzungen der fiktiven Einkünfte und der davon abhängigen Versorgungsanwartschaften angewiesen sein. Eine Schwierigkeit dabei wird die Berücksichtigung des „Karrierenicks“ durch die Betreuungszeit sein.⁵⁷⁵ Zu berücksichtigen dürfte auch sein, dass der Ausgleich nicht zu einer umgekehrten Belastung führen darf: werden die von dem betreuenden Ehegatten in Kauf genommenen Nachteile vollständig ausgeglichen, geht die Zeit der Kindesbetreuung im Bezug auf die Altersversorgung allein zulasten des weiterhin berufstätigen Ehegatten. Auch dafür bedürfte es jedoch einer Rechtfertigung. Eine solche kann sich im Einzelfall möglicherweise aus den tatsächlichen beruflichen Nachteilen des betreuenden Ehegatten ergeben.

3.14. Urteil des OLG Hamm vom 12. Oktober 2004

Die Parteien schlossen eine Trennungs- und Scheidungsvereinbarung, in der sie ein gutes Jahr vor der Anhängigkeit des Scheidungsantrags einen entschädigungslosen Globalverzicht vereinbarten. Für eine angemessene Ausgleichszahlung übertrug die Ehefrau ihren Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung auf den Ehemann. Die Ehegatten hatten keine Kinder. Bei der Eheschließung war die Ehefrau indonesische Staatsangehörige, im Laufe der Ehe wurde sie eingebürgert. Sie hatte nach Überzeugung des Senats ausreichende Deutschkenntnisse und war vor und während der Ehe mehrmals für einige Monate berufstätig.

Diese Umstände wertete das OLG Hamm als ausreichende Basis für die abgeschlossene Vereinbarung.⁵⁷⁶ Bei deren Abschluss sei keine Zwangslage der Ehefrau ausgenutzt worden. Die Ehefrau sei auch nicht von ihrem Gatten abhängig gewesen. Da sie nach der kurzen Ehe erst 29 Jahre alt sei und über ausreichende Sprachkenntnisse verfüge, könne sie bei gebotener Anstrengung selbst für ihren Lebensunterhalt aufkommen und eine ausreichende Altersversorgung aufbauen. Somit sei der Vertrag sittlich nicht zu

⁵⁷⁵ Darauf weist auch *Bergschneider*, FamRZ 2005, 188, hin. Der BGH hält die Zugrundelegung des nach der Betreuung erzielten Einkommens für zulässig (FamRZ 2005, 185 (188)). Bei dieser Berechnung fallen fiktive Einkommenserhöhungen heraus.

⁵⁷⁶ FamRZ 2005, 1181.

beanstanden. Für eine Korrektur im Rahmen der Ausübungskontrolle seien keine Umstände vorgetragen oder ersichtlich.

Die Entscheidung des OLG Hamm verdeutlicht einmal mehr den höheren Stellenwert der Vertragsautonomie beim Abschluss von Trennungvereinbarungen. Dies wird besonders deutlich in der geringen Bedeutung der Ausübungskontrolle, für die regelmäßig keine belastbaren Umstände vorliegen dürften. Aber auch im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle müssen die Indizien für eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ein größeres Gewicht aufweisen, als bei Ehevereinbarungen.

3.15. Urteil des OLG Stuttgart vom 11. November 2004

Die Ehegatten vereinbarten ca. sechs Wochen nach ihrer Eheschließung einen gegenseitigen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Der Zugewinnausgleich wurde modifiziert. Beide Ehegatten waren vollzeit berufstätig. Die Ehefrau erwartete ein gemeinschaftliches Kind. Über die Lebensplanung nach Geburt des Kindes konnte kein Einvernehmen erzielt werden.

Nach der Scheidung begehrte die das gemeinsame Kleinkind betreuende Ehefrau nachehelichen Unterhalt und die Durchführung des Versorgungsausgleichs und erhob zu diesem Zweck Stufenklage auf Auskunft über die Einkommens- und Vermögenslage ihres geschiedenen Ehemannes.

Das OLG Stuttgart gab dem Auskunfts- und Beleganspruch der geschiedenen Ehefrau statt.⁵⁷⁷ Die zwischen den Parteien geschlossene Ehevereinbarung sei möglicherweise sittenwidrig. Jedenfalls könne die Wirksamkeit des Verzichtes erst abschließend beurteilt werden, wenn die verlangten Auskünfte eingeholt seien. Die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zog das OLG in Betracht, weil der Ehemann eine Zwangslage seiner Ehefrau ausgenutzt haben könne, die sich aus ihrer Schwangerschaft und dem bevorstehenden Wegfall der Erwerbseinkünfte ergeben habe. Darüber hinaus lege der Inhalt einen Sittenverstoß nahe. Zu beanstanden sei insbesondere der Ausschluss des Betreuungsunterhalts, wodurch die Parteien in den Kernbe-

577 FamRZ 2005, 455.

reich des Scheidungsfolgenrechts eingegriffen hätten. Hingegen habe der Ausschluss des Versorgungsausgleichs dem Schutz der Ehefrau gedient. Die Modifikationen des Zugewinnausgleichs hätten keine Auswirkungen gezeigt, da sie ohnehin nur das Anfangsvermögen betroffen hätten.

Sollte die Überprüfung nicht zu einer Sittenwidrigkeit des Vertrages führen, komme immer noch eine Vertragsanpassung in Betracht. Die Berufung des geschiedenen Ehemannes auf den Verzicht seiner ehemaligen Gattin auf den Betreuungsunterhalt sei als treuwidrig anzusehen.

Die Entscheidung des OLG Stuttgart ist eine vorläufige, die sich zunächst nur mit der Frage beschäftigte, ob der geschiedene Ehemann seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse offen zu legen hat. Entsprechend begnügte sich der Senat mit der Aufzählung der von ihm für wesentlich erachteten Punkte für die für erforderlich erachtete Inhaltskontrolle. Eine detaillierte Abwägung nahm das Gericht nicht vor. Die summarischen Schlussfolgerungen vermögen denn auch nicht restlos zu überzeugen. Weder wird ersichtlich, warum sich die Ehefrau in einer Zwangslage befunden haben soll, noch sind die Ausführungen zur Begründung der inhaltlichen Einseitigkeit zwingend. Vielmehr erwecken sie den Verdacht, dass die Regelung in ihrer Gesamtheit durchaus ausgewogen gewesen sein kann. Die nicht näher dargelegten Modifikationen des Zugewinnausgleichs sollen ohne Einfluss auf die Berechnung gewesen sein. Sollte der Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs tatsächlich die Ehefrau begünstigt haben, ist nicht einzusehen, warum der Unterhaltsverzicht nicht zugunsten des Ehemannes gehen darf.

Für eine Sittenwidrigkeit streitet freilich der Verzicht auf den Betreuungsunterhalt. Das Argument, der Begünstigte könne sich ohnehin nicht erfolgreich auf den Verzicht berufen, ist wohl nicht mehr zulässig.⁵⁷⁸

3.16. Urteil des BGH vom 12. Januar 2005

14 Tage vor ihrer Eheschließung ließen die Parteien eine Ehevereinbarung notariell beurkunden. Sie sah den Güterstand der Gütertrennung und den

578 Dazu schon oben, S. 157 (vgl. Fn. 516).

Ausschluss von Versorgungsausgleich und nachehelichem Unterhalt vor. Der künftige Ehemann (46 Jahre) verpflichtete sich im Falle einer Scheidung zur Zahlung einer Abfindung an die Ehefrau (44 Jahre) i.H.v. 10.000 DM pro Ehejahr, begrenzt auf maximal 80.000 DM. Zudem verpflichtete er sich zur Zahlung von Rentenversicherungsbeiträgen ab Rechtskraft einer Scheidung bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres der Ehefrau, sofern diese unverschuldet nicht erwerbstätig sein sollte.

Die Ehefrau führte vor der Beziehung mit ihrem späteren Ehemann zusammen mit ihrem geschiedenen ersten Ehemann ein Bekleidungs-geschäft. Nach Beginn der Beziehung übernahm sie kaufmännische Tätigkeiten in der Zahnarztpraxis des neuen Partners. Dieser war bei Abschluss der Vereinbarung hoch verschuldet, weswegen auch seine neue Partnerin an der Vereinbarung der Gütertrennung interessiert war. Nach der Scheidung begehrte sie die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages.

Noch unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung hielten Amtsgericht und Oberlandesgericht Karlsruhe den Ehevertrag für wirksam. Zwar sei eine erhebliche Benachteiligung der geschiedenen Ehefrau insoweit erkennbar, als die gesetzlichen Ansprüche die vereinbarten Ausgleichszahlungen deutlich überstiegen hätten, jedoch sei dies im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wegen der früheren Schulden des damaligen Verlobten nicht zu erwarten gewesen. Dieser habe zudem infolge einer Erwerbsunfähigkeit in den letzten Ehejahren keine Versorgungsanwartschaften mehr aufgebaut, während die Ehefrau während der Ehe berufstätig gewesen sei und dabei in einem Maße Anwartschaften erworben habe, die eine außerordentliche Disparität der Versorgungsanwartschaften ausschließe. Schließlich sei weder eine Zwangslage der Verlobten, noch eine Überrumpelung feststellbar. Auch habe sie sich in keiner wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Verlobten befunden.⁵⁷⁹

Der BGH teilte die Ansicht der vorbefassten Gerichte.⁵⁸⁰ Aus dem Arbeitsvertrag zwischen den Vertragspartnern folge keine zu einer gravierenden Störung der Vertragsparität führende soziale oder wirtschaftliche Abhängig-

579 So die Zusammenfassung des BGH, FamRZ 2005, 691.

580 FamRZ 2005, 691.

keit, so dass sich die Verlobte nicht in einer Zwangslage befunden habe.⁵⁸¹ Angesichts des Alters der Parteien sei mit Nachwuchs nicht zu rechnen gewesen, so dass der Ausschluss des Betreuungsunterhalts nicht zu beanstanden sei. Auch den Verzicht auf nahehelichen Unterhalt wegen Alters oder Krankheit billigte der BGH unter Hinweis auf die bei Vertragsschluss bestehende Ungewissheit, ob die Voraussetzungen dieser Unterhaltsansprüche jemals vorliegen würden.⁵⁸² Daneben verwies er darauf, dass die Versorgungsanwartschaften im Alter der Parteien üblicherweise bereits im Wesentlichen erworben worden seien. Schließlich seien die Auswirkungen des Verzichtes durch die Möglichkeit der Ehefrau wegen der Anstellung in der Praxis des Ehemannes eigenständig für ihre Altersversorgung zu sorgen und die vereinbarte Abfindung gemildert worden. Der Verzicht auf Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit sei nicht nur wegen dessen niedrigem Rang zu billigen, sondern auch, weil der Ehefrau wegen ihrer Anstellung beim Ehemann keine ehebedingten Nachteile – um deren Ausgleich willen § 1573 BGB existiere – drohten und sie zudem durch die Abfindung Übergangsweise abgesichert sei.

Schon aus ihrer nachrangigen Bedeutung im System des Ehescheidungsrechts ergebe sich, dass der Verzicht auf Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt und die Vereinbarung der Gütertrennung nicht zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führten. Hingegen unterliege der Ausschluss des Versorgungsausgleichs dem gleichen Rechtfertigungsdruck wie der Ausschluss des Altersunterhalts. Daher seien die dort angestellten Erwägungen zu übertragen, womit sich aus ihm ebenfalls keine Sittenwidrigkeit ergebe.⁵⁸³ Schließlich folge eine solche auch nicht aus einer Gesamtwürdigung der getroffenen Vereinbarungen. Der Ehevertrag belaste die ehemalige Ehefrau nicht einseitig mit ehebedingten Nachteilen und trage dem Gedanken der nahehelichen Solidarität in angemessener Weise Rechnung.

581 BGH, FamRZ 2005, 691 (692).

582 BGH, aaO.: „Das ergibt sich bereits daraus, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Parteien noch gar nicht absehbar war, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten die AGg. wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte; ein Anspruch auf Unterhalt wegen Alters oder Krankheit im Anschluss an die Betreuung gemeinsamer Kinder kam von vornherein nicht in Betracht.“

583 BGH, FamRZ 2005, 691 (693).

Abschließend hält der BGH den Vertrag auch nicht für anpassungsbedürftig, weil keine nicht verwirklichten Parteivorstellungen ersichtlich seien und sich die Lebensumstände nicht in einer Weise entwickelt hätten, die den Ausschluss des Versorgungsausgleichs als unbillig erscheinen ließen.

Große Änderungen bringt die erneute Befassung des BGH mit der Thematik nicht mit sich. Der Senat nutzt die Gelegenheit jedoch noch einmal zur ausführlichen Anwendung der Kernbereichslehre in einem konkreten Fall. Nacheinander unterwirft er deren verschiedenen Stufen einer Betrachtung, nachdem er zunächst das Vorliegen einer Zwangslage erörtert hat. Abschließend nimmt er eine Gesamtwürdigung vor. Die Ausführungen zur Ausübungskontrolle nehmen in der Entscheidung hingegen nur geringen Platz ein.

Einige Einzelpunkte sind einen näheren Blick wert: Zunächst hält es der BGH durchaus für möglich, dass sich eine Zwangslage aus einer wirtschaftlichen oder sozialen Abhängigkeit ergeben kann.⁵⁸⁴ Der BGH führt gegen eine Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten – konkret derjenigen auf Unterhalt wegen Alters und wegen Krankheit – die Ungewissheit ins Feld, ob deren Voraussetzungen gegeben sein werden. Eine solche Ungewissheit dürfte jedoch bei Abschluss von Unterhaltsverzichten stets vorliegen, insbesondere soweit der BGH mit „wirtschaftlichen Gegebenheiten“⁵⁸⁵ auf die Fragen nach der Leistungsfähigkeit und der Bedürftigkeit anspielt. Den Verzicht auf Altersunterhalt rechtfertigt der Senat zusätzlich mit dem Alter der Parteien. Üblicherweise sei in diesem Alter bereits ein nicht unwesentlicher Teil der Altersversorgung erworben. Der BGH argumentiert also nicht mit der tatsächlichen Lage im Einzelfall, sondern nur mit der Üblichkeit. Dies ist durchaus befremdend. Es muss zudem bezweifelt werden, dass eine solche Vorgehensweise wenigstens den Vorteil größerer Rechtssicherheit für sich in Anspruch nehmen könnte, da sich eine Reihe von Faktoren neben dem Alter heranziehen lassen, um ein abweichendes Ergebnis zu begründen.

584 *Bergschneider*, FamRZ 2005, 693, sieht dies als Bereicherung, aber auch als „Blüte der Kasuistik“.

585 Siehe Fn. 582.

Interessant ist auch die Argumentation zur Wirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs. Der BGH überträgt, nachdem er erneut bekräftigt hat, den Versorgungsausgleich der Sache nach als vorgezogenen Altersunterhalt zu verstehen, die Argumentation zur Wirksamkeit des Verzichtes auf den Altersunterhalt ohne weitere Modifikation auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Hieraus wird man zu schließen haben, dass künftig Altersunterhalt und Versorgungsausgleich ein gemeinsames Schicksal teilen werden.

Auffällig ist die erneute Tendenz, mit bloßem Verweis auf die Einordnung in den Randbereich sowohl die Verzichte auf Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt als auch die Gütertrennung zu rechtfertigen.⁵⁸⁶

Vorbildlich (misst man ihn an seinen eigenen Forderungen) nimmt der BGH nach der Einzelwürdigung aller Punkte die Vereinbarung als Gesamtwerk in den Blick. An dieser Stelle prüft er ihre Vereinbarkeit mit der nachehelichen Solidarität. Es scheint allerdings fraglich, ob nach der Feststellung der Wirksamkeit jeder einzelnen Regelung eine negative Gesamtwürdigung, die doch noch zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führte, vorstellbar ist.

3.17. Urteil des OLG Koblenz vom 17. Februar 2005

Die Parteien vereinbarten vorehelich einen Globalverzicht. Zu diesem Zeitpunkt lebten sie bereits seit über zehn Jahren zusammen und hatten eine gemeinsame Tochter. Beide Partner waren sowohl vor als auch nach Abschluss der Ehevereinbarung ganztätig berufstätig und teilten sich die Betreuung und Erziehung des Kindes.

Nach ca. zehn Ehejahren konnte die Ehefrau ihre ursprünglich ausgeübte Tätigkeit nicht länger ausüben. Sie arbeitete in der Folge in unterschiedlichen Anstellungsverhältnissen. Kurz vor der Ehescheidung, die ca. 16 Jahre nach der Eheschließung erfolgte, wurde die Ehefrau zunächst arbeitslos und unmittelbar anschließend erwerbsunfähig. Der Erwerbsunfähigkeit lag eine psychische Erkrankung zugrunde. Bereits vor der Eheschließung hatte sie

586 Dies stellt auch *Bergschneider*, FamRZ 2005, 693 (694), fest.

sich kurzzeitig in psychiatrischer Behandlung befunden, war jedoch nicht in ihrer Erwerbsfähigkeit eingeschränkt gewesen. 2 ½ Jahre vor der Entscheidung des OLG Koblenz wurde die Geschiedene unter Betreuung gestellt. Sie erhielt eine Erwerbsunfähigkeitsrente, musste jedoch zusätzlich Sozialhilfe beziehen, um ihren Mindestbedarf zu decken. Klageweise begehrte sie Auskunft über die Einkommensverhältnisse des ehemaligen Ehemannes und Zahlung von nahehelichem Ehegattenunterhalt.

Das mit der Sache vorbefasste Amtsgericht wies die Klage der geschiedenen Ehefrau ab, weil es dem Unterhaltsbegehren wegen der vorehelichen Ehevereinbarung keine Erfolgsaussichten beimaß. Das OLG Koblenz hob diese Entscheidung auf, verpflichtete den geschiedenen Ehemann zur Erteilung der begehrten Auskunft und verwies die Sache zur weiteren Entscheidung an das Amtsgericht zurück.⁵⁸⁷ Zwar sei angesichts des bei Vertragsschluss herrschenden gleichberechtigten Verhältnisses der Ehegatten zueinander und des Fehlens jeglicher wirtschaftlicher Verflechtung von der grundsätzlichen Wirksamkeit der Vereinbarung auszugehen, jedoch müsse im Rahmen einer Ausübungskontrolle geprüft werden, ob der geschiedene Ehemann nicht die ihm eingeräumte Rechtsmacht missbrauche, wenn er sich auf die Vereinbarung berufe. Ein Anhaltspunkt für einen Missbrauch könne sich aus einer grundlegenden Abweichung der tatsächlichen Lebenssituation von der beim Vertragsschluss vorgestellten ergeben. Eine solche könne möglicherweise darin zu erblicken sein, dass die geschiedene Ehefrau vor Erreichen der Altersgrenze erwerbsunfähig geworden sei und ihren Unterhalt nunmehr nicht aus eigener Kraft erwirtschaften könne. Im Hinblick auf den hohen Stellenwert des Krankheitsunterhalts könne diese Abweichung erheblich sein und zu einer Korrektur der Vereinbarung führen, da die Ehe schon vor Ausbruch der Krankheit geschlossen wurde.⁵⁸⁸ Dazu müsse eine Abwägung vorgenommen werden, ob die Vereinbarung aufgrund einer unerwarteten Entwicklung zu einer Einkommensverteilung zwischen beiden Ehegatten geführt habe, die mit dem Gebot der ehelichen Solidarität nicht vereinbar sei. Sollte dies der Fall sein, müsse eine Kor-

587 FamRZ 2006, 420.

588 OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420 (421).

rektur die sich aus der unerwarteten Entwicklung ergebenden Nachteile ausgleichen, so dass der Beklagte die Differenz zwischen der Erwerbsunfähigkeitsrente und dem Mindestbedarf leisten müsse.

Auch nach Auffassung des OLG Koblenz ist ein Globalverzicht nicht nach § 138 I BGB zu beanstanden, wenn er ohne Indizien für eine Zwangslage von zwei gleichberechtigten Ehegatten vereinbart wird, die auch weiterhin wirtschaftlich voneinander unabhängig sein wollen. Dem ist zuzustimmen.

Die Ausführungen des OLG zu § 242 BGB sind hingegen weniger überzeugend. Die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung der vertraglichen Vereinbarung wird mit Umständen begründet, die sich erst nach der Trennung der Parteien entwickelt haben. Der BGH erklärte hingegen im Wesentlichen die Auswirkungen bei Beendigung der Lebensgemeinschaft für maßgeblich. Somit wird in der letztlich vom Amtsgericht vorzunehmenden Abwägung zu klären sein, ob naheheliche Entwicklungen noch von der Geschäftsgrundlage der Parteien umfasst waren. Soweit der Senat darauf hinweist, dass ein Verzicht auf nahehelichen Krankheitsunterhalt nur dann unproblematisch sei, wenn die Eheschließung erst nach Ausbruch der Krankheit erfolge, muss in der Abwägung berücksichtigt werden, dass es vor der Eheschließung zumindest Anzeichen einer psychischen Labilität gab.

Das OLG Koblenz stellte zutreffenderweise nicht nur auf die möglicherweise erhebliche Änderung der Lebensumstände ab, sondern wies auf die Notwendigkeit hin, den konkreten Nachteil der Ehefrau zu ermitteln. Dazu war die Offenlegung der derzeitigen Einkommenssituation des geschiedenen Ehemannes erforderlich. Ob sich die Nachteile gerade in der Differenz zwischen der Erwerbsunfähigkeitsrente und dem Mindeststandard widerspiegeln, ist angesichts der fehlenden Verbindung beider Werte zur Ehe eher fraglich. Der Vorschlag des Gerichtes lässt vermuten, dass vorrangig der Sozialhilfeträger entlastet werden soll, ohne dass eine Besserstellung der geschiedenen Ehefrau angestrebt wird.⁵⁸⁹

589 Sehr kritisch zur Entscheidung u.a. aus diesem Grund ist *Bergschneider*, FamRZ 2006, 421, der allerdings keine Begründung für seine Kritik liefert.

3.18. Beschluss des OLG Braunschweig vom 13. April 2005

Die Parteien wählten in einer Ehevereinbarung den Güterstand der Gütertrennung unter ausdrücklichem Ausschluss des Zugewinnausgleichs.⁵⁹⁰ Des Weiteren schlossen sie die Durchführung des Versorgungsausgleichs aus und verzichteten gegenseitig auf nahehelichen Unterhalt. Der Unterhaltsverzicht sollte allerdings nicht gelten, solange das jüngste gemeinsame Kind jünger als 14 Jahre alt sein und ein Ehegatte wegen der Betreuung keiner Erwerbstätigkeit nachgehen können würde. Bei Abschluss des Vertrages waren beide Ehegatten erwerbstätig. Der Ehemann war Eigentümer des Grundstückes des Familienheims. Die Ehefrau war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schwanger. Seit der Trennung der Parteien lebten die beiden gemeinschaftlichen Kinder bei dem Ehemann.

Das mit der Scheidung und den Folgesachen befasste Amtsgericht hielt den Ausschluss des Versorgungsausgleichs für teilweise unwirksam. Die geschiedene Ehefrau beehrte darüber hinaus einen Ausgleich des Zugewinns. Das Amtsgericht wies ihren Antrag auf Gewährung von PKH zur gerichtlichen Geltendmachung dieses Anspruchs jedoch mangels Erfolgsaussichten zurück.

Das mit der Beschwerde der geschiedenen Ehefrau befasste OLG Braunschweig sah ebenfalls keine Erfolgsaussichten zur Durchsetzung des vermeintlichen Anspruchs auf Zugewinnausgleich.⁵⁹¹ Weder sei die Vereinbarung der Gütertrennung für sich betrachtet unwirksam, noch ergebe sich aus der Gesamtwürdigung der Vereinbarung deren Sittenwidrigkeit. Auch sei es dem geschiedenen Ehemann nicht verwehrt, sich auf die Vereinbarung zu berufen. Die Schwangerschaft der Ehefrau bei Abschluss des Vertrages reiche nicht aus, eine Position der Unterlegenheit anzunehmen, in

590 Aus der Entscheidung ist nicht klar ersichtlich, ob die Vereinbarung vor oder nach der Eheschließung geschlossen wurde. Der zusätzliche Ausschluss des Zugewinnausgleichs lässt einen nahehelichen Vertragsschluss vermuten. Die Ausführungen des Gerichtes „beide Parteien standen seinerzeit in geregelten Arbeitsverhältnissen, in denen sie auch bisher ohne die Eheschließung ihr Auskommen gefunden hatten“ (OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071) bedeuten aber letztlich wohl, dass die Parteien die Ehevereinbarung doch vorehelich abgeschlossen haben.

591 FamRZ 2005, 2071.

der sie „vor der Alternative gestanden hätte, entweder den Ehevertrag zu unterschreiben oder unverheiratet zu bleiben und ihr Kind nichtehelich zur Welt zu bringen und vor einer ungewissen Zukunft zu stehen.“⁵⁹² Dies schloss der Senat aus den geregelten Arbeits- und gesicherten Vermögensverhältnissen der Parteien, mit denen diese „bisher ohne die Eheschließung ihr Auskommen gefunden“⁵⁹³ hätten. Gegen eine Sittenwidrigkeit wertete das OLG auch die Beschränkung des Unterhaltsverzichtes bei Betreuung gemeinsamer Kinder. Die Gütertrennung werde zudem gerechtfertigt durch das Bestreben, die erwartete Wertsteigerung des Grundeigentums des Ehemannes im Falle einer Scheidung nicht ausgleichen zu müssen und dabei zum Verkauf der Immobilie gezwungen zu sein.⁵⁹⁴ Das verbleibende finanzielle Ungleichgewicht könne nicht als Zwangslage der Verlobten angesehen werden. Auch sei unbeachtlich, dass sie zum Ausbau des Hauses beigetragen habe, da die Beiträge in Kenntnis der vertraglichen Regelung erbracht worden seien.

Eine Vertragskorrektur scheitere daran, dass sich die Lebensverhältnisse der Parteien nicht wesentlich anders entwickelt hätten als vorausgesehen, so dass kein Wegfall der Geschäftsgrundlage angenommen werden könne.

Der Umgang des OLG Braunschweig mit der Schwangerschaft der späteren Ehefrau⁵⁹⁵ ist überraschend: Ihr wird keine Indizfunktion für die Unterlegenheit der Verhandlungsposition der Verlobten zuerkannt. Die Situation der Braut soll sich vielmehr von der vom BVerfG entschiedenen dadurch grundlegend unterschieden haben, dass die künftige Ehefrau im zu entscheidenden Fall erwerbstätig war. Diese Begründung scheint nicht sehr belastbar zu sein, da die vom BVerfG ausführlich dargelegten Nachteile durch eine Erwerbstätigkeit nicht beseitigt werden.⁵⁹⁶ Diesem ging es im Wesentlichen nicht um die Einkommenssituation der Schwangeren, sondern

592 OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071, in Abgrenzung zur Entscheidung des OLG Celle, FamRZ 2004, 1489 (siehe oben, S. 171).

593 OLG Braunschweig, aaO.

594 OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071 (2072).

595 Von einem vorehelichen Vertragsschluss wird man auszugehen haben, vgl. Fn. 590.

596 Ein Konflikt besteht auch zur Annahme des OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 455, das von einer zwingenden Minderung oder Unterbrechung der Erwerbseinkünfte in Folge der Geburt ausging (vgl. oben, S. 188).

um die Belastungen und wirtschaftlichen Risiken nach der Geburt, die bei einer ledigen Mutter im Vergleich zu einer verheirateten höher sein sollen. Wollte man daher auf die Rechtsprechung des BVerfG zurückgreifen, hätte der Senat von einer Indizwirkung der Schwangerschaft ausgehen müssen, die dann einer Entkräftung bedurft hätte. Mit der Rechtsprechung des BGH ist die Entscheidung hingegen eher im Einklang: Die Parteien haben den höchstrangigen Unterhalt, den Betreuungsunterhalt, nicht ausgeschlossen, sondern lediglich modifiziert. Dies spricht gegen eine Sittenwidrigkeit des Vertragswerks. Allerdings wurden alle anderen Bestandteile des Kernbereiches kompensationslos abbedungen, so dass es einer genaueren Untersuchung der Beweggründe bedurft hätte. Hierbei wäre auch zu klären gewesen, inwieweit die vom Amtsgericht vorgenommene Korrektur des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs zu berücksichtigen ist.

Bei Beurteilung der güterrechtlichen Regelung stellt sich die Frage nach den Anforderungen an die Rechtfertigung. Die ihr zugrunde liegende Motivation, das Eigentum am Grundstück des Familienheims aus der Berechnung des Zugewinnausgleichs herauszuhalten, wäre nämlich auch ohne die Vereinbarung einer Gütertrennung durch eine Modifikation der gesetzlichen Regelungen über den Zugewinnausgleich zu erreichen gewesen. Für geringe Anforderungen an die Rechtfertigung, wie sie das OLG Braunschweig zugrunde gelegt hat, sprechen allerdings sowohl die gesetzlich eingeräumte Wahlfreiheit als auch die Rechtsprechung des BGH, die den gesetzlichen Güterstand auf den letzten Rang der Kernbereichslehre eingestuft hat.

Im Rahmen der Ausübungskontrolle geht das OLG nicht von einer Prüfung der sich bei der Scheidung aus der Vereinbarung ergebenden Nachteile aus, sondern erörtert lediglich, ob eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt. Diese Konstellation war vom BGH nur als eine Möglichkeit vorgegeben worden, die unter dem Prüfungspunkt der unbilligen Lastenverteilung erörtert werden sollte. Allerdings muss man dem OLG Braunschweig zugute halten, dass sich auch der BGH zuweilen mit einer Prüfung der Geschäftsgrundlagenstörung begnügt.⁵⁹⁷

597 Vgl. BGH, FamRZ 2005, 26 (siehe oben, S. 185); 185 (siehe oben, S. 186); 1444 (siehe

Bergschneider teilt diese Bedenken nicht.⁵⁹⁸ Er begrüßt vielmehr die Prüfung der subjektiven Tatbestandsseite. Allerdings sieht auch *Bergschneider* eine – von ihm begrüßte – Abweichung des OLG Braunschweigs von der Linie des BGH. Des Weiteren weist er darauf hin, dass der Beschluss Anlass gibt, über das Verhältnis zwischen der Inhaltskontrolle und der Behandlung ehebezogener Zuwendungen nachzudenken.

3.19. 1. Urteil des BGH vom 25. Mai 2005

Die Parteien schlossen unmittelbar vor ihrer Eheschließung einen Ehevertrag. Zu diesem Zeitpunkt war die spätere Ehefrau mit einem gemeinsamen Sohn schwanger. Vereinbart wurde ein grundsätzlicher Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Des Weiteren wählten die zukünftigen Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung. Als Ausgleich für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs verpflichtete sich der spätere Ehemann zur Zahlung monatlicher Rentenversicherungsbeiträge⁵⁹⁹ für jeden Monat ohne rentenversicherungspflichtige Beschäftigung der Ehefrau bis zur Stellung eines Scheidungsantrags. Der Unterhaltsverzicht wurde unter die auflösende Bedingung gemeinsamer Kinder gestellt. In einem solchen Fall sollte an seine Stelle ein Unterhaltsanspruch i.H.v. 2.000 DM bis zum vollendeten sechsten Lebensjahr des jüngsten gemeinsamen Kindes und i.H.v. 1.000 DM bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres desselben treten, sofern die Erziehung und Betreuung tatsächlich zu einer Einschränkung der Erwerbstätigkeit führen würde.⁶⁰⁰

Im entschiedenen Verfahren verfolgte die geschiedene Ehefrau vermeintliche Ansprüche auf Durchführung des Versorgungsausgleichs und auf nachehelichen Unterhalt im Wege der Stufenklage. Das mit der Berufung

unten, S. 204).

598 FamRZ 2005, 2072.

599 Die Höhe sollte mindestens 2/3 eines Beitrags nach dem höchsten Rentenbemessungsbeitrags erreichen.

600 Dabei bestand unabhängig vom Alter des Kindes ein Anspruch i.H.v. 2.000 DM für die ersten beiden Jahre nach Rechtskraft der Scheidung. Der Unterhaltsanspruch sollte im Falle einer Wiederheirat oder der Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft enden.

befasste OLG Hamm hatte seiner Entscheidung noch die alte Rechtsprechung des BGH zugrunde gelegt. Es hatte sich dabei mit Auswirkungen der Schwangerschaft bei Abschluss des Verzichtsvertrages beschäftigt, sah aber in den Vertragsbedingungen keine einseitige Belastung, da auch die Interessen der Schwangeren angemessen berücksichtigt worden seien. Der nacheheliche Unterhalt sei zwar nicht an den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen, einen entsprechenden Grundsatz gebe es aber auch nicht. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs sei nicht zu beanstanden, weil der spätere Ehemann als Selbstständiger ohnehin keine Anwartschaften erworben habe und die spätere Ehefrau durch die Zahlung der Versicherungsbeiträge ausreichend gesichert sei.⁶⁰¹

In seiner Revisionsentscheidung hob der BGH die Entscheidung des OLG Hamm auf.⁶⁰² Er wiederholte die Ausführungen zur Kernbereichslehre aus dem Urteil vom 11. Februar 2004 und nutzte die Gelegenheit zu einigen ergänzenden Bemerkungen, zu denen er sich nicht durch den zu entscheidenden Fall, sondern durch Äußerungen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums veranlasst sah. Die Kernbereichslehre sei nicht als Abweichung von § 139 BGB zu verstehen, der vielmehr in vollem Umfang zur Geltung gelange.⁶⁰³ Die Ehegatten seien nach wie vor frei darin, ihre Beiträge zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft einer anderen wirtschaftlichen Gewichtung zu unterwerfen, als die gesetzliche Regelung es vorsehe. Allerdings seien Vereinbarungen nunmehr auch daraufhin zu überprüfen, ob sie dem gesetzlichen Leitgedanken des Ausgleichs ehebedingter Nachteile angemessen Rechnung trügen. Schließlich wies der BGH noch darauf hin, dass sich allein aus einer Schwangerschaft keine Sittenwidrigkeit ergebe, durch sie jedoch eine ungleiche Verhandlungsposition indiziert werde.

Auf der Grundlage der Kernbereichslehre kam der BGH im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zu keinem anderen Ergebnis als das OLG Hamm. Allerdings sei die richterliche Kontrolle verstärkt durchzuführen, weil die

601 So die Zusammenfassung des BGH, FamRZ 2005, 1444 (1445).

602 FamRZ 2005, 1444.

603 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1447).

eine Unterlegenheit indizierende Schwangerschaft dadurch verstärkt worden sei, dass die spätere Ehefrau Wert darauf gelegt habe, dass ihr Kind ehelich geboren werde, während sich der spätere Ehemann geweigert habe, ohne vorherigen Abschluss eines Ehevertrages zu heiraten.⁶⁰⁴ Indes hätten die vorgenommenen Modifikationen keine unangemessene Benachteiligung der Ehefrau nach sich gezogen. Bezüglich der Dauer des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt werde die Einseitigkeit zwar nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die vereinbarte Mindestbezugsdauer höher gewesen sei als die nach der damaligen gesetzlichen Regelung,⁶⁰⁵ jedoch folge auch keine Einseitigkeit aus der Vereinbarung niedrigerer Altersgrenzen der betreuungsbedürftigen Kinder im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung. Bezüglich der Unterhaltshöhe sei die Sittenwidrigkeit nicht automatisch ausgeschlossen, weil der Ehefrau im Falle einer Scheidung mehr Unterhalt als das Existenzminimum zustünden. Andererseits führe die Unterschreitung des eheangemessenen Unterhalts nicht automatisch zur Sittenwidrigkeit des Vertrages. Maßgeblich sei vielmehr, ob die Höhe des vereinbarten Unterhalts angesichts der zu erwartenden und bestehenden Einkommensverhältnisse offensichtlich ungeeignet sei, die ehebedingten Nachteile auszugleichen. Der Ausschluss der Ansprüche auf Alters- und Krankheitsunterhalt führe in diesem Fall ebenfalls nicht zur Sittenwidrigkeit, obgleich diesen Ansprüchen ein hoher Stellenwert zukomme.⁶⁰⁶ Dies ergebe sich einerseits aus der Unabsehbarkeit, „ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten die AGg. wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte.“⁶⁰⁷ Andererseits ergebe sich wenigstens für die Dauer von zwei Jahren nach der Scheidung eine Absicherung aus dem vereinbarten Unterhaltsanspruch. Zudem sei für die Alterssicherung der Ehefrau Sorge getragen worden, wodurch diese zumindest nach einer

604 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1447). Die Eheschließung war aus diesem Grund mehrfach verschoben worden.

605 Zur Zeit des Vertragsschlusses hatte die nichteheliche Mutter lediglich einen einjährigen Unterhaltsanspruch gegen den Vater ihres Kindes. Heute gewährt § 1615I II BGB der Mutter einen dreijährigen Unterhaltsanspruch. Zur Vereinbarung vgl. oben, Fn. 600. Zum Verstoß des § 1615I II BGB gegen Art. 6 V GG siehe unten, S. 251.

606 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1447 f.).

607 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1448).

längeren Ehedauer abgesichert sei. Der vereinbarte zweijährige Unterhaltsanspruch rechtfertige den Verzicht auf den Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit, der im Übrigen schon nachrangig sei. Wegen ihrer geringen Bedeutung sei der Ausschluss der Ansprüche auf Aufstockungsunterhalt und Billigkeitsunterhalt und die Abbedingung der Zugewinnngemeinschaft zugunsten der Gütertrennung nicht zu missbilligen. Auch der Versorgungsausgleich habe aufgrund der Verpflichtung, in die Rentenversicherung einzuzahlen, ausgeschlossen werden dürfen. Schließlich ergebe sich aus einer Gesamtschau keine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung.

Dennoch könne die Entscheidung keinen Bestand haben, weil das OLG keine Ausführungen zur Ausübungskontrolle gemacht habe. Darin sei zum einen zu prüfen, ob die damaligen Verlobten beim Abschluss des Ehevertrages von einer bestimmten Relation der Einkommens- und Vermögensverhältnisse ausgegangen seien, die sich nicht verwirklicht habe, so dass es zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage gekommen sei. Zum anderen könnte ein Berufen des geschiedenen Ehemannes auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs ausgeschlossen sein, weil seine ehemalige Ehefrau möglicherweise wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei.⁶⁰⁸

Der BGH bemühte sich erneut um eine weitere Konkretisierung der Kernbereichslehre. Er ging sogar auf literarische Äußerungen ein, in denen er sich falsch verstanden sah und stellte die Geltung des § 139 BGB klar. Auch bestätigte er erneut die Möglichkeit zur ungleichen Gewichtung der Beiträge der Ehegatten. Dies liegt auf der Linie der Entscheidung vom 11. Februar 2004⁶⁰⁹ und der damit verbundenen Interpretation der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung vom 5. Februar 2002.⁶¹⁰ Indem er erstmalig die Schwangerschaft bei Abschluss des Vertrages mit einer Indizwirkung für die ungleiche Verhandlungsposition versah, suchte er in diesem Punkt Anschluss an die Vorgaben des BVerfG. Diesem Bemühen steht

608 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1448 f.). Es war ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart worden für den Fall eines Verzuges mit drei Beiträgen der vereinbarten Zahlung an die Rentenversicherung. Die Ehefrau trug im Scheidungsprozess die Nichtleistung des Ehemannes vor; das OLG war darauf „nur pauschal“ eingegangen.

609 Vgl. oben, S. 147.

610 Vgl. oben, S. 97.

Bergschneider kritisch gegenüber.⁶¹¹ Trotz verstärkender Momente führte die Schwangerschaft im vorliegenden Fall jedoch nicht zu einer Sittenwidrigkeit. Die Belange der Schwangeren sah der BGH ausreichend gewahrt, weil die Parteien eine Regelung zur Alterssicherung und einen zeitlich beschränkten nachehelichen Unterhaltsanspruch vereinbart, sowie den Betreuungsunterhalt nur geringfügig modifiziert hatten. Dabei konnten sie sowohl die Dauer des Unterhaltsanspruchs als auch seine Höhe abweichend von der gesetzlichen bzw. gerichtlichen Regelung vereinbaren.

Die Prüfungsstruktur aus den vorherigen Entscheidungen hat der BGH beibehalten: Zunächst untersucht er die einzelnen Tatbestände der Kernbereichslehre, abschließend führt er eine Gesamtwürdigung durch. Letztere beschränkt sich in der vorliegenden Entscheidung jedoch auf die Feststellung, dass eine Gesamtschau zu keinem abweichenden Ergebnis führe. Auch inhaltlich finden sich zwei bekannte Konstellationen wieder: Erstens wird der Verzicht auf Alters- und Krankheitsunterhalt erneut u.a. damit gerechtfertigt, dass die Umstände, unter denen die geschiedene Ehefrau unterhaltsbedürftig sein würde, nicht absehbar gewesen seien.⁶¹² Zweitens begnügt sich der Senat bei der Prüfung der Ansprüche auf Aufstockungsunterhalt und Billigkeitsunterhalt sowie der güterrechtlichen Regelung mit dem Hinweis auf den geringen Stellenwert der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen.⁶¹³

Bei der Prüfung der Modifikationen des Anspruchs auf nachehelichen Betreuungsunterhalt stellt der BGH zunächst einige Aspekte heraus, die nicht isoliert zur Begründung oder Ablehnung einer Sittenwidrigkeit herangezogen werden können. Als Bezugspunkt für künftige Überprüfungen von in der Höhe fixierten Unterhaltsansprüchen gibt er den Ausgleich ehebedingter Nachteile vor. Bei vorehelichen Unterhaltsvereinbarungen kann im Rahmen des § 138 I BGB somit nicht auf die ehelichen Lebensverhältnisse abgestellt werden.

611 FamRZ 2005, 1449. *Bergschneider* sieht darin eine Beweislastumkehr für die Sittenwidrigkeit des Vertrages, die er nicht für gerechtfertigt hält.

612 So schon in BGH, FamRZ 2005, 691 (siehe oben, S. 191, Fn. 582).

613 So schon in BGH, FamRZ 2005, 691 (siehe oben, S. 190) und in BGH, NJW 2004, 930 (siehe oben, S. 147).

Soweit die Parteien Unterhaltstatbestände vollständig ausgeschlossen haben, wird dies allein durch die Vereinbarung eines zeitlich und in der Höhe begrenzten nahehelichen Unterhaltsanspruchs gerechtfertigt. Der Versorgungsausgleich kann ausgeschlossen werden, wenn stattdessen eine andere Absicherung vereinbart wird.

Für die Ausübungskontrolle präzisiert der BGH das Instrument der Störung der Geschäftsgrundlage, das erstmals ausdrücklich als Bestandteil aufgeführt wird. Unterschiedliche Einkommensverhältnisse der Parteien könnten allenfalls dann zur Anwendung des § 313 BGB führen, wenn sich feststellen ließe, dass die Ehegatten eine bestimmte Relation zu ihrer Geschäftsgrundlage gemacht haben. Inhaltlich stellt dies eigentlich keine Neuerung dar.

3.20. 2. Urteil des BGH vom 25. Mai 2005

Die Parteien schlossen vor ihrer Eheschließung einen Ehevertrag, in dem sie Gütertrennung vereinbarten und auf nahehelichen Unterhalt verzichteten. Der Versorgungsausgleich wurde nicht geregelt. Beide Verlobten waren berufstätig. Die spätere Ehefrau war nicht schwanger, gemeinsame Kinder waren nicht geplant.

Während der 12jährigen Ehe wurden zwei gemeinschaftliche Kinder geboren, die vor und nach der Scheidung von der Ehefrau betreut wurden. Das Amtsgericht verurteilte den geschiedenen Ehemann zur Zahlung von Betreuungsunterhalt in Höhe des Existenzminimums. Die geschiedene Ehefrau begehrte darüber hinaus die Zahlung von Kranken- und Altersvorsorgeunterhalt. Nach Anerkenntnis des geschiedenen Ehemannes im Berufungsverfahren wurde ihr Krankenvorsorgeunterhalt zuerkannt. Im Übrigen hielt das mit dem Fall befasste OLG Düsseldorf den Ehevertrag für wirksam, weil keine ungleichen Verhandlungspositionen erkennbar seien. Die Verlobte sei nicht schwanger gewesen. Zudem seien beide Vertragsparteien berufstätig gewesen und hätten keine Kinder geplant.⁶¹⁴ Mit der Revision verfolgte die geschiedene Ehefrau ihren vermeintlichen Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt weiter.

614 So die Zusammenfassung des BGH, FamRZ 2005, 1449 (1450).

Der BGH billigte zunächst das vom OLG Düsseldorf gefundene Ergebnis im Rahmen des § 138 I BGB.⁶¹⁵ Eine Zwangslage der Antragstellerin habe nicht bestanden. Der Ausschluss des Betreuungsunterhalts sei nicht zu berücksichtigen, da keine Kinder geplant gewesen seien. Angesichts der beiderseitigen Berufstätigkeit, die nach Vorstellung der Parteien fort dauern sollte, seien beide Ehegatten hinreichend gegen die Risiken von Alter, Krankheit und Erwerbslosigkeit abgesichert gewesen. Sie hätten daher auch die diesbezüglichen Unterhaltstatbestände abbedingen und zudem Gütertrennung vereinbaren dürfen.

Der BGH wandte sich jedoch gegen die Argumentation des OLG Düsseldorf zu § 242 BGB, die Antragstellerin könne ihre Altersversorgung auch nach der Betreuung der Kinder weiter ausbauen, sie sei schließlich erst 41 Jahre alt.⁶¹⁶ Daher müsse sie nicht bereits zum jetzigen Zeitpunkt auf Kosten ihres Betreuungsunterhalts ihre Altersversorgung aufbauen oder zu diesem Zweck unter Vernachlässigung der Kinder erwerbstätig sein. Diese Argumentation werde den Anforderungen einer Ausübungskontrolle nicht gerecht. Vielmehr liege in der Geburt der Kinder eine Abweichung der tatsächlichen Lebenssituation von der ursprünglichen Planung.⁶¹⁷ Diese Abweichung sei auch relevant, weil mit dem Betreuungsunterhalt ein Element des Kernbereiches des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts betroffen sei. Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt bestehe nicht nur um des geschiedenen Ehegatten, sondern auch um der gemeinsamen Kinder willen. Bestandteil des Anspruchs sei unter anderem auch der geltend gemachte Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt. Dieser sei zwar ursprünglich als nachrangig eingeordnet worden, der Nachrang könne jedoch „dort nicht zum Zuge kommen, wo die Unterhaltspflicht ehebedingte Nachteile ausgleichen“⁶¹⁸ solle. In diesem Fall wolle die gesetzliche Regelung die Risiken, die ein Ehegatte im Rahmen der gemeinsamen Lebenspla-

615 FamRZ 2005, 1449 (1450).

616 Zum Zeitpunkt der Scheidung war das jüngste der beiden entgegen der ursprünglichen Planung in der Ehe geborenen gemeinsamen Kinder sieben Jahre alt.

617 BGH, FamRZ 2005, 1449 (1451). Eine Abweichung sei nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Ehegatten die vom Notar für diesen Fall vorgeschlagene auflösende Bedingung des Verzichtes auf den Betreuungsunterhalt abgelehnt hätten.

618 BGH, FamRZ 2005, 1449 (1451).

nung auf sich genommen hat und die sich mit der Scheidung der Partner verwirklichen, gleichmäßig unter den Ehegatten verteilen. Der Altersvorsorgeunterhalt stelle sicher, dass der betreuende Ehegatte auch während der Zeit der Kinderbetreuung seine Altersvorsorge weiter aufbauen könne. Daher teile er in einer solchen Konstellation den Rang des Betreuungsunterhalts. Dabei sei es nicht von Belang, dass die betreuten Kinder von dem Altersvorsorgeunterhalt nicht materiell partizipierten. Entscheidend sei allein, dass der betreuende Elternteil keine wirtschaftlichen Einbußen allein zu tragen habe, die sein ehemaliger Gatte mittragen müsse. Es bedürfe besonderer Gründe, damit sich der Begünstigte auch in der veränderten Lebenssituation auf den Unterhaltsverzicht berufen könne. Solche Gründe müssten von einem Gewicht sein, das der Bedeutung des Betreuungsunterhalts als Kernstück des Scheidungsfolgenrechts entspreche. Diese seien vorliegend nicht ersichtlich. Insbesondere bestünden sie nicht darin, dass die Antragstellerin nach der Kindesbetreuung möglicherweise noch zum Aufbau einer Altersversorgung im Stande sei, da die durch die Kindesbetreuung entstandene Versorgungslücke dadurch nicht kompensiert werde.

Daher sei ein angemessener Ausgleich des ehebedingten Nachteils der Antragstellerin vorzunehmen. Dieser orientiere sich jedoch nicht an den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern beschränke sich auf den Ausgleich des konkret eingetretenen Nachteils, da dies dem mutmaßlichen Parteiwillen entspreche. Die Antragstellerin sei daher grundsätzlich so zu stellen, wie sie stünde, wenn sie weiterhin berufstätig gewesen wäre.⁶¹⁹

Mit dem vorliegenden Urteil des BGH begegnet uns die erste ausdrückliche Modifikation der Kernbereichslehre. Die Bemessungsregelungen zur Unterhaltshöhe, die den Unterhaltsanspruch um eine angemessene Kranken- und Altersvorsorge ergänzen (§ 1578 II Alt. 1, III BGB), teilen den höchsten Rang des Betreuungsunterhalts. Dieses Ergebnis hätte der BGH leicht von Anfang an erreichen können, hätte er die Bemessungsregelungen aus der Rangleiter der Kernbereichslehre herausgehalten.⁶²⁰ Sie hätten dann

619 BGH, FamRZ 2005, 1449 (1452). Die Regel dürfte im vorliegenden Fall durchbrochen werden, weil die geschiedene Ehefrau nur 100 EUR Altersvorsorgeunterhalt geltend gemacht hatte.

620 Vgl. schon Fn. 513. Der Einordnung der Bemessungsregelung in die Kernbereichslehre

stets den Rang des jeweils geltend gemachten Unterhalts geteilt. Davon wird man nunmehr wohl auszugehen haben, nachdem der BGH die Rangänderung unter den Vorbehalt gestellt hat, dass der Unterhaltsanspruch ehebedingte Nachteile ausgleichen will, sie also vom jeweils bestehenden Unterhaltsanspruch abhängig ist. Der Betreuungsunterhalt dient nach der Interpretation des BGH dem Ausgleich ehebedingter Nachteile. Diese Terminologie wird man einer genaueren Betrachtung zu unterziehen haben, da der Betreuungsunterhalt nicht Nachteile ausgleicht, die der Ehegatte um der Ehe willen auf sich genommen hat, sondern solche, die er infolge der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder erleidet.

Einige andere Punkte der Entscheidung sind einen weiteren Blick wert: Zunächst verfährt der BGH im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle erneut eher zurückhaltend. Allein die Planung der Parteien genügt ihm als Rechtfertigung für die vollständige Abbedingung aller nahehelicher Unterhaltstatbestände. Dem wird man zustimmen können, weil sich die Regelung unter der Prämisse der Verwirklichung der Planung nicht als einseitig einstufen lässt. Sodann führt der BGH aus, der betreuende Elternteil dürfe aufgrund der Betreuung wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden, als er bei fortgesetzter Berufstätigkeit stünde. Dies wird einer genaueren Untersuchung bedürfen. Die wirtschaftlichen Nachteile der Kindesbetreuung können möglicherweise auch nicht vollständig auf den nicht betreuenden Elternteil abgewälzt werden, wenn sich dies als gleichermaßen einseitig erweisen sollte.⁶²¹

3.21. Urteil des OLG Hamm vom 6. Juni 2005

Die Ehegatten vereinbarten im 19. Ehejahr, anlässlich einer von mehreren Versöhnungen, den Eintritt der Gütertrennung, einen gegenseitigen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt und die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Zum Ausgleich des bis dahin entstandenen Zugewinns zahlte der Ehemann 20.000 DM an die Ehefrau. Beide Ehegatten waren berufstätig. Die Ehefrau arbeitete als Steuerfachgehilfin im Betrieb des Ehe-

steht auch *Bergschneider*, FamRZ 2005, 1452 f., kritisch gegenüber.

621 Vgl. schon oben, S. 187.

mannes, zu Beginn der Ehe allerdings nur geringfügig. Für beide Ehegatten bestanden Lebensversicherungen, beide waren Grundeigentümer: dem Ehemann gehörte das Grundstück des Familienhauses, der Ehefrau eine Wohnung. Nach der Trennung arbeitete die Ehefrau zunächst als Handelsvertreterin, danach bezog sie Arbeitslosengeld. Trotz des Ehevertrages begehrte die Geschiedene nachehelichen Unterhalt und die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Damit scheiterte sie vor dem Amtsgericht.

Das OLG Hamm wies ihre Berufung ab.⁶²² Bei Vertragsschluss habe keine Unterlegenheit der Antragstellerin vorgelegen.⁶²³ Diese sei aufgrund ihrer Tätigkeit als Steuerfachgehilfin in der Lage gewesen, die Auswirkungen des vorgelegten Vertrages zu erkennen. Zudem sei sie vom Notar ordnungsgemäß belehrt worden. Schließlich hätte sie – wie bereits zuvor geschehen – anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen können. Dass der Ehemann für den Fall einer Fortsetzung der Ehe auf den Abschluss des Vertrages bestanden habe, sei nicht zu beanstanden, da diese Forderung nicht in einer intakten Ehe, sondern nach einer von zahlreichen Trennungen gestellt worden und daher legitim gewesen sei.⁶²⁴ Vor allem hätten der Ehefrau bei Ablehnung des Ehevertrages keine unzumutbaren Nachteile gedroht, da sie nach einer Scheidung unterhaltsberechtigt gewesen wäre und sich zuvor nicht in einer sozialen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit befunden habe.⁶²⁵ Außerdem habe der Abschluss des Vertrages auch in ihrem Interesse gelegen, da sie eine Ausgleichszahlung erhielt und wegen der Verbindlichkeiten des Ehemannes selbst Gütertrennung anstrebte.

Auch inhaltlich vermochte das OLG Hamm die Vereinbarung nicht zu missbilligen. Dass die Parteien den Betreuungsunterhalt ausgeschlossen hätten, sei deswegen unschädlich, weil der gemeinsame Sohn bereits voll-

622 FamRZ 2005, 1567.

623 OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567.

624 OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567 f. Die Parteien einigten sich darauf, dass die Ehefrau ihren Mann wenigstens 10-15 Mal verlassen habe.

625 OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567 (1568). Zwar habe die Ehefrau im Betrieb des Ehemannes gearbeitet, es sei jedoch nicht ersichtlich, dass sie den gleichen Beruf nicht auch in einer anderen Steuerberatungspraxis hätte ausüben können. Soweit der Ehemann möglicherweise mit der Einstellung der Unterhaltszahlungen für den gemeinsamen Sohn gedroht habe, sei dies aufgrund der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Unterhaltsanspruchs nicht relevant.

jähig gewesen sei und weitere Kinder nicht geplant gewesen seien. Der Ausschluss des Alters- und Krankheitsunterhalts falle wegen der Unvorhersehbarkeit einer künftigen Bedürftigkeit nicht ins Gewicht. Die verzichtende Ehefrau sei schließlich noch in der Lage gewesen, eine ausreichende eigene Vorsorge zu treffen.⁶²⁶ Überdies habe sie durch zwei Lebensversicherungen und die Eigentumswohnung über weitere Absicherungen verfügt. Der ohnehin nachrangige Unterhaltsanspruch wegen Erwerbslosigkeit sei zwar ebenfalls ausgeschlossen worden, jedoch bestünden keine Anzeichen für ehebedingte berufliche Nachteile. Nicht ins Gewicht falle dementsprechend der Ausschluss des letzttrangigen Anspruchs auf Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt.

Sei der Vertrag daher wirksam, könne sich der ehemalige Ehemann auch auf den vereinbarten Verzicht berufen, da sich die gegenwärtige Situation nicht in dem von § 242 BGB vorausgesetzten Maße von der bei Vertragsschluss zugrunde gelegten unterscheide.⁶²⁷

Abschließend stellte das OLG Hamm fest, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleichs angesichts der Selbstständigkeit des Ehemannes und den damit verbundenen fehlenden Rentenanwartschaften nicht mit einer Belastung der Ehefrau verbunden gewesen und daher weder sittenwidrig noch nach § 242 BGB zu korrigieren gewesen sei.⁶²⁸

Das OLG Hamm hatte sich mit einer außergewöhnlichen Situation zu beschäftigen. Der Ehevertrag wurde erst nach einigen Ehejahren geschlossen. Das einzige gemeinsame Kind bedurfte schon bei Vertragsschluss keiner Betreuung mehr und einer beiderseitigen Berufstätigkeit stand nichts im Wege, auch wenn diese noch nicht gleichmäßig realisiert war. In dieser Konstellation hielt das OLG eine Vereinbarung für zulässig, in der beide Seiten darauf verwiesen wurden, alleine die Verantwortung für ihre Zukunft zu übernehmen. Dass der Ehemann nur im Falle des Vertrags-

626 OLG Hamm, aaO. Dass die Ehefrau bei Vertragsschluss nur geringfügig beschäftigt war, stehe dem nicht entgegen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass sie dies nicht bereits damals hätte ändern können, so wie es später tatsächlich erfolgt sei.

627 OLG Hamm, aaO. Selbst soweit von einer erheblichen Einkommenssteigerung des Ehemannes auszugehen sei, sei mit einer solchen zu rechnen gewesen.

628 OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567 (1569).

schluss zu einer Fortsetzung der Ehe bereit war, wertete das OLG nicht im Sinne einer Zwangssituation. Dabei berücksichtigte es nur wirtschaftliche Erwägungen, nicht jedoch emotionale. Dafür spricht im konkreten Fall die ansehnliche Zahl von Trennungen und Versöhnungen, die die Eheleute bereits hinter sich hatten. Insgesamt stellt dieses Urteil somit ein weiteres Beispiel dafür dar, dass Eheverträge nicht in jedem Fall einer gerichtlichen Korrektur unterliegen, auch wenn sie einen Globalverzicht vorsehen.

3.22. Urteil des OLG Hamm vom 8. Juni 2005

Während ihrer Ehe vereinbarten die Ehegatten den Eintritt der Gütertrennung. Ein Ausgleich des Zugewinns fand nicht statt, jedoch übertrug der Ehemann schenkungsweise das Alleineigentum an einer nicht dem Zugewinnausgleich unterfallenden Immobilie an seine Gattin. Diese verpflichtete sich neun Monate später allerdings zur entschädigungslosen Rückübereignung im Falle einer Trennung.

Nach der Scheidung begehrte die Ehefrau dennoch die Durchführung des Zugewinnausgleichs. Das Amtsgericht wies ihren darauf gerichteten Antrag durch Teilurteil ab. Eine etwaige Benachteiligung der Ehefrau könne im Wege des ebenfalls geltend gemachten nachehelichen Unterhalts ausgeglichen werden, so dass der vollumfänglichen Geltung der Gütertrennung nichts im Wege stehe. Trotz inhaltlicher Zustimmung zur Entscheidung hob das OLG Hamm das Teilurteil auf.⁶²⁹ Dieses begründe die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, weil über den nachehelichen Unterhalt noch nicht rechtlich bindend entschieden worden sei. Die auf den nachehelichen Unterhalt gestützte Ausübungskontrolle könne daher theoretisch noch ins Leere laufen.⁶³⁰

Das OLG Hamm befasste sich mit einem verfahrensrechtlichen Aspekt. Es ging letztlich nur um die Zulässigkeit des Teilurteils mit der gegebenen Begründung. Allerdings wäre es wohl auch vertretbar gewesen, das tatsächliche Bestehen eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs nicht für ausschlaggebend zu halten. Die Vereinbarung der Gütertrennung, die in der

⁶²⁹ FamRZ 2006, 337.

⁶³⁰ OLG Hamm, FamRZ 2006, 337 (339).

damaligen Situation im beiderseitigen Interesse der Ehegatten gelegen hatte, dürfte wohl auch dann zum Tragen kommen, wenn keine Unterhaltstatbestände eingreifen würden.

3.23. Urteil des OLG Hamm vom 29. Juni 2005

Die Parteien schlossen ehevertraglich die Durchführung des Versorgungsausgleichs aus und vereinbarten Gütertrennung.⁶³¹ Die Ehefrau war bei Abschluss der Vereinbarung schwanger, beide Ehegatten noch mit ihrer universitären Ausbildung beschäftigt. Sie planten eine Aufteilung der Kindesbetreuung bei beiderseitiger Berufstätigkeit. Schließlich betreute die Ehefrau die sechs gemeinschaftlichen Kinder jedoch alleine, während der Ehemann vollzeit berufstätig war.

Nach der Scheidung erklärte sich der Ehemann in Abweichung von der ursprünglichen Vereinbarung mit der Durchführung des Versorgungsausgleichs einverstanden. Die geschiedene Ehefrau begehrte darüber hinaus die Durchführung des Zugewinnausgleichs.

Sowohl das mit der Sache vorbefasste Amtsgericht als auch das OLG Hamm gaben dem Auskunftsbegehren der Ehefrau statt.⁶³² Zwar sei wegen der Zuordnung des Güterrechts zur letzten Stufe des Randbereiches der Kernbereichslehre nicht von einer Sittenwidrigkeit der Vereinbarung auszugehen, jedoch komme wegen der Abweichung der Lebensgestaltung von der ursprünglichen Planung eine Anpassung der Vereinbarung im Rahmen der Ausübungskontrolle in Betracht. Um dies abschließend beurteilen zu können, sei es erforderlich, das Maß der Benachteiligung der Ehefrau festzustellen, wozu die Vermögensverhältnisse ihres ehemaligen Gatten festgestellt werden müssten.

Das OLG Hamm orientierte sich bei seiner Entscheidung an der Kernbereichslehre des BGH und wandte diese auf den zu beurteilenden Fall an: Die Zuordnung zum Randbereich führt zur Wirksamkeit der Vereinbarung,

631 Aus der veröffentlichten Entscheidung geht nicht hervor, ob die Vereinbarung vorehelich oder nachehelich getroffen wurde. Sie erfolgte jedoch zumindest in der Frühphase der Ehe.

632 OLG Hamm, FuR 2006, 136.

jedoch kann die gegenüber der Planung abweichende Lebensführung das Berufen auf jene treuwidrig erscheinen lassen, sofern eine unzumutbare Benachteiligung festgestellt werden kann. Offen bleibt allein, welches Maß bei güterrechtlichen Vereinbarungen anzulegen ist, um von einer Ausnahme von ihrer grundsätzlich gesteigerten Zulässigkeit ausgehen zu können. Zutreffend hat der Senat ausgeführt, dass die Ehegatten eine Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft anstrebten, die eine Abweichung von der Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft getragen hätte, während ihre tatsächliche Ausgestaltung dem der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Bild entsprach. Allerdings ist eine solche Abweichung wohl der Regelfall aller Abweichungen und keinesfalls eine Ausnahme. Eine Korrektur, gestützt auf einen solchen Sachverhalt, ist daher nur zulässig, wenn festgestellt wird, dass die Ehegatten die Vorstellung eines beiderseitigen gleichwertigen Vermögenszuwachses hatten und durch die Vereinbarung der Gütertrennung lediglich das unter dieser Prämisse überflüssige Verfahren des Zugewinnausgleichs übergehen, nicht jedoch zugleich eine Risikoverteilung für den Fall ungleichmäßigen Vermögenszuwachses treffen wollten. Ansonsten stünde die gerichtliche Korrektur in einem Konflikt mit der These, dass eine Ehe keine Vermögensgemeinschaft sein muss.

3.24. Urteil des AmtsG Kandel vom 30. Juni 2005

Die Parteien vereinbarten vorehelich einen Globalverzicht. Die zukünftige Ehefrau war zu diesem Zeitpunkt 46 Jahre alt, der künftige Ehemann bereits 64. Beide verfügten über beträchtliches Vermögen. Aufgrund einer gemeinsamen Entscheidung gab die spätere Ehefrau noch vor der Eheschließung ihre Vollzeitbeschäftigung auf und nahm eine Teilzeitbeschäftigung an. Die Eheschließung erfolgte auf Initiative des ernsthaft erkrankten Verlobten, der durch die Ehe seine Pflege und Versorgung sicherstellen wollte. Für beide Ehegatten war es bereits die zweite Eheschließung. Nach der Scheidung machte die Ehefrau nachehelichen Unterhalt geltend.

Das Amtsgericht Kandel wies ihr Begehren ab.⁶³³ Der Ehevertrag sei weder wegen einer gestörten Vertragsparität, noch wegen der Motive der Parteien,

633 FamRZ 2006, 345.

noch wegen seines Inhalts sittenwidrig. Die künftige Ehefrau habe sich nicht in einer Zwangslage befunden, insbesondere sei sie nicht wirtschaftlich von ihrem Partner abhängig gewesen. Eine Zwangslage ergebe sich auch nicht aus der Verliebtheit der Verlobten. Das vom Ehemann unter anderem angeführte Motiv, sich vor den finanziellen Risiken einer Scheidung abzusichern, sei nicht derart zu missbilligen, dass es ohne zusätzliche Umstände zu einer Sittenwidrigkeit des Vertrages führe. Zwar habe die Ehefrau in Erwartung der Ehe berufliche Nachteile in Kauf genommen und sei zu einer weitergehenden Einschränkung ihrer Berufstätigkeit bereit gewesen, jedoch sei nicht erkennbar, dass ihr im Falle einer Scheidung ein Wiedereinstieg in das Berufsleben unmöglich gewesen wäre. Somit ergebe sich im Rahmen einer Gesamtwürdigung wegen der besonderen Umstände „(Zweitehe bei beiden Parteien, vorgerücktes Lebensalter, keine gemeinsamen Kinder, bereits erhebliches Vermögen und Altersvorsorge)“⁶³⁴ keine sittliche Missbilligung der Vereinbarung.

Sollte der Verzicht auf andere Unterhaltstatbestände als den tatbestandlich allein erfüllten Aufstockungsunterhalt sittenwidrig sein, sei wegen der vereinbarten salvatorischen Klausel und wegen der Interessenlage der Parteien bei Abschluss des Vertrages lediglich von einer Teilnichtigkeit auszugehen, so dass sich daraus kein Anspruch auf Aufstockungsunterhalt ergeben könne. Durch den Ausschluss des Versorgungsausgleichs und durch die Wahl der Gütertrennung sei die Ehefrau nicht benachteiligt worden, so dass diese schon deswegen nicht zu beanstanden seien.

Schließlich ergäben sich keine Anhaltspunkte für eine Abweichung der Lebensumstände von der dem Vertragsschluss zugrunde gelegten Planung. Somit führe die Ausübungskontrolle zu keiner Korrektur der Vereinbarung.

Auffällig an der Entscheidung des Amtsgerichts Kandel ist die Argumentation, der Vertrag sei nicht zu beanstanden, weil sich die Parteien vor der Eheschließung geeinigt haben, die Ehefrau solle zugunsten des Ehemannes berufliche Nachteile in Kauf nehmen. Es muss bezweifelt werden, dass diese Argumentation mit der Rechtsprechung des BGH zu vereinbaren ist.

634 AmtsG Kandel, FamRZ 2006, 345 (346).

In dieser Konstellation nimmt die Ehefrau bewusst ehebedingte Nachteile in Kauf. Eine Rechtfertigung für ihre gleichzeitige Benachteiligung durch die Ehevereinbarung ist nicht ersichtlich, aus Sicht des BGH jedoch erforderlich.

3.25. Urteil des OLG Zweibrücken vom 19. Juli 2005

Vorehelich schlossen die Parteien einen Globalverzicht mit einer Ausnahmeregelung für den Betreuungsunterhalt, der bis zur Vollendung des achten Lebensjahres durch das jüngste gemeinschaftliche Kind, mindestens jedoch für zwei Jahre, gewährt wurde. Beide Verlobten waren berufstätig. Die Gründung einer Familie unter Aufgabe der Berufstätigkeit durch die Ehefrau war jedoch geplant. Während der siebenjährigen Ehezeit wurden drei gemeinschaftliche Kinder geboren.

Nach der Scheidung machte die Ehefrau einen Auskunftsanspruch geltend, um die Durchführung von Versorgungs- und Zugewinnausgleich vorzubereiten. Im Verfahren um den Zugewinnausgleich wurde der Anspruch sowohl von dem Familiengericht als auch vom OLG Zweibrücken zurückgewiesen.⁶³⁵ Schon dem Grunde nach bestehe kein Anspruch, weil der Zugewinnausgleich wirksam abbedungen worden und das Berufen des geschiedenen Ehemannes auf die Vereinbarung nicht rechtsmissbräuchlich sei. Das OLG Zweibrücken folgerte aus der Situation bei Abschluss der Vereinbarung die Übereinstimmung mit den guten Sitten, insbesondere wegen des Fehlens einer offensichtlichen Benachteiligung und einer Unterlegenheit der Ehefrau. Ausführlich legte es dar, dass angesichts der vereinbarten salvatorischen Klausel eine Nichtigkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs nicht zur Nichtigkeit der Gütertrennungsvereinbarung geführt habe. Bei der Durchführung der Ausübungskontrolle betonte der Senat die Notwendigkeit außergewöhnlicher Umstände für eine Korrektur güterrechtlicher Vereinbarungen, da für den Ausgleich unbilliger Versorgungsdefizite vorrangig das Unterhaltsrecht zuständig sei. Weil der Ehemann über das in der Entscheidung bereits berücksichtigte Vermögen hinaus erkennbar kein nennenswertes Vermögen besäße, sei es nicht

635 OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris.

erforderlich, zur abschließenden Beurteilung einer eventuellen Benachteiligung der geschiedenen Ehefrau zunächst Auskunft über die Vermögensverhältnisse des geschiedenen Ehemannes einzuholen.⁶³⁶ Überdies vermochte das OLG keine von der ursprünglichen Planung abweichende Entwicklung der Lebensumstände festzustellen.

Bei Anwendung der Wirksamkeitskontrolle steht für das OLG Zweibrücken die Vertragsfreiheit im Vordergrund. Obwohl die getroffene Regelung keine Kompensation für die geplante Eingehung ehebedingter Nachteile durch die Ehefrau vorsah, beanstandet der Senat sie aufgrund des Fehlens einer Unterlegenheitsposition nicht. Stattdessen verweist er auf die gleichwertigen Ausgangspositionen der künftigen Ehegatten, die beide erwerbstätig waren. Diese Zurückhaltung ist begrüßenswert. Breiten Raum nehmen die Ausführungen zu einer möglichen Gesamtnichtigkeit aufgrund der Nichtigkeit anderer Teile der Ehevereinbarung oder einer Gesamtbetrachtung ein. Hierbei misst das OLG Zweibrücken der allgemeinen salvatorischen Klausel einen hohen Stellenwert bei. Wegen ihrer Aufnahme will es zwar nicht generell, aber durchaus im Einzelfall eine Gesamtnichtigkeit ablehnen. Erscheint das Ergebnis wegen der gleichberechtigten Ausgangslage der Ehegatten zutreffend, so geht die durch den Senat der salvatorischen Klausel zugebilligte Wirkung deutlich über eine Umkehr der Beweislast für die Gesamtnichtigkeit hinaus und kann in dieser Form nicht auf Zustimmung stoßen.⁶³⁷

636 OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris, Rn. 73. Der Ehemann hatte während der Ehe eine Immobilie erworben. Der Erwerbsvorgang wurde mittels Kredits finanziert, der am Ende der Ehe kaum getilgt war. Diese Vorgänge sah das OLG Zweibrücken als hinreichend berücksichtigt an.

637 Das OLG Zweibrücken (aaO., Rn. 64) stellt einen Vergleich an. Einerseits gebe es Verträge mit Regelungen, die schon isoliert betrachtet sittenwidrig seien. Andererseits gebe es Verträge, deren Regelungen bei isolierter Betrachtung (gerade noch) sittengemäß seien, die jedoch in einer Gesamtbetrachtung mit den guten Sitten unvereinbar sein könnten. Während im letzteren Fall die Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung folge, führt erstere Konstellation nach Ansicht des OLG Zweibrücken regelmäßig zur Teilnichtigkeit. Diese Ungleichbehandlung will es durch eine Berücksichtigung der Erhaltungsklausel im Rahmen der Gesamtwürdigung vermeiden. Dabei verkennt der Senat jedoch, dass auch in der zuerst dargestellten Konstellation eine Gesamtwürdigung stattzufinden hat, bei deren Anwendung die Sittenwidrigkeit der einzelnen Vereinbarung auf den gesamten Vertrag ausstrahlen und so zur Gesamtnichtigkeit führen kann.

Im Rahmen der Ausübungskontrolle verweist das OLG Zweibrücken die Ehefrau letztlich auf das Unterhaltsrecht. Dies scheint im vorliegenden Fall angemessen, da mangels Vermögens des geschiedenen Ehemannes nicht mit einem nennenswerten Zugewinnausgleichsanspruch zu rechnen sein dürfte. Allerdings trägt dieses Vorgehen insofern einen Beigeschmack, als über die Unterhaltsansprüche ein rechtskräftiger Prozessvergleich vorgelegen hat, der einer wirksamen Berücksichtigung etwaiger nahehelicher Benachteiligungen entgegenstehen dürfte.

3.26. Urteil des OLG Frankfurt/M. vom 20. Juli 2005

Die Parteien vereinbarten während ihrer Ehe einen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt und den Eintritt von Gütertrennung. Der Versorgungsausgleich wurde eingeschränkt. Die Ehefrau war im Betrieb ihres Ehemannes und ihres Schwagers teilzeitbeschäftigt. Sie hatte zwei Monate vor Abschluss der Ehevereinbarung das zweite gemeinsame Kind geboren. Anlass für den Abschluss des Vertrages war die bevorstehende Heirat des Teilhabers und Bruders des Ehemannes, für den die Ehegatten ein Beispiel geben wollten, um das Unternehmen im Falle eines möglichen Scheiterns dieser Ehe zu schützen.

Nach der Scheidung begehrte die Ehefrau Zahlung von Zugewinnausgleich und berief sich auf eine psychisch schlechte Verfassung bei Vertragsschluss, Druck des Ehemannes und fehlende Belehrung durch den Notar.

Von dem OLG Frankfurt/M. wurde ihre Berufung gegen das abweisende Urteil des Amtsgerichts zurückgewiesen.⁶³⁸ Angesichts des früheren Vorbringens der Klägerin verneinte das OLG eine Zwangslage der Ehefrau bei Abschluss der Vereinbarung. Nach den Lebensumständen der Parteien könne nicht von ungleichen Verhandlungspositionen ausgegangen werden. Die Vereinbarung der Gütertrennung habe auch im Interesse der Ehefrau gelegen. Zudem sei sie sachgerecht gewesen. Die güterrechtliche Regelung werde auch nicht von einer denkbaren Sittenwidrigkeit der Unterhaltsverzichtserklärungen berührt, da diese nach der Interessenlage der Parteien nur zu einer Teilnichtigkeit führe.

⁶³⁸ FamRZ 2006, 339.

Schließlich sei die Gütertrennung nicht im Rahmen der Ausübungskontrolle zu korrigieren, da das Gebot der ehelichen Solidarität keine wechselseitige Vermögensbeteiligung erfordere und eine wesentliche Abweichung der tatsächlichen Entwicklung der Lebensumstände gegenüber der erwarteten nicht ersichtlich sei. Aufgrund ihrer beruflichen Beschäftigung sei die Ehefrau zur Bildung von Vermögenswerten im Stande gewesen, so dass sie keinen ehebedingten Nachteilen ausgesetzt gewesen sei.

Dem OLG Frankfurt/M. ging es im Wesentlichen darum, trotz der recht pauschal formulierten Ablehnung einer Teilnichtigkeit durch das OLG Celle,⁶³⁹ die Möglichkeit einer Teilnichtigkeit zu betonen. Dabei konnte es sich auf die Entscheidung des BGH⁶⁴⁰ berufen, der die Anwendbarkeit des § 139 BGB einschließlich der Möglichkeit, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen, klargestellt hatte. Darüber hinaus nahm der Senat den BGH beim Wort und folgerte aus der im Güterrecht am weitgehendsten eingeräumten Vertragsfreiheit die Wirksamkeit der Vereinbarung, bei deren Abschluss keine besondere Disparität zwischen den Parteien bestanden habe. Das Bestreben der geschiedenen Ehefrau nach einem Ausgleich von Nachteilen verwies das OLG an das Unterhaltsrecht, in dem die gegenseitige Verantwortung der Ehegatten füreinander vorrangig verwirklicht werde. In diesen Punkten ist der Entscheidung zuzustimmen. Bei den darüber hinausgehenden Äußerungen zur möglichen Sittenwidrigkeit der Unterhaltsverzichte brauchte sich das OLG nicht zu entscheiden, da diese nicht Verfahrensgegenstand waren.

3.27. Urteil des OLG Koblenz vom 19. September 2005

Bei ihrem vorehelich vereinbarten Globalverzicht gingen die Parteien davon aus, dass die spätere Ehefrau voll berufstätig sein werde. Bei der knapp vier Jahre später erfolgenden Scheidung war sie jedoch mit der Betreuung des gemeinschaftlichen Kindes beschäftigt und ging daneben keiner Erwerbstätigkeit nach.

639 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489, siehe dazu oben, S. 171.

640 BGH, FamRZ 2005, 1444, siehe dazu oben, S. 200.

Im Gegensatz zum mit der Sache vorbefassten Amtsgericht ging das OLG Koblenz davon aus, dass sich der geschiedene Ehemann nicht auf den vereinbarten Unterhaltsverzicht berufen könne.⁶⁴¹ Die Ehevereinbarung sei jedoch mangels einer Zwangslage der Verlobten bei ihrem Abschluss und aufgrund der Lebensplanung der Parteien wirksam.⁶⁴²

Die Entscheidung des OLG Koblenz wäre wohl auch vor der Rechtsprechungsänderung nicht anders ergangen. Gegen die Zulässigkeit des vereinbarten Globalverzichts sprachen letztlich nur zwei Umstände: Die abstrakte Möglichkeit einer Familiengründung durch das junge Brautpaar und mangelnde Sprachkenntnisse der Verlobten. Letztere hielt der Senat durch die konkreten Umstände des Vertragsschlusses für ausgeglichen. Allein die Möglichkeit einer Familiengründung genügt wohl nicht, einem Vertrag die Wirksamkeit abzusprechen.

Beachtung verdient die Entscheidung insoweit, als die angewandte Rechtsfolge im Rahmen der Ausübungskontrolle genau jene ist, die auch vor der ausdrücklichen Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen herangezogen wurde: Das Berufen auf die wirksame Vereinbarung wurde vorübergehend für unwirksam erklärt. Somit nahm das OLG Koblenz keine Vertragsanpassung vor, obwohl der BGH dies zur Rechtsfolge einer nicht bestandenen Ausübungskontrolle erklärt hatte.

3.28. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22. September 2005

Die Parteien vereinbarten vorehelich einen Globalverzicht. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die spätere Ehefrau schwanger mit der ersten der beiden gemeinsamen Töchter. Sie verfügte über keine abgeschlossene Berufsausbildung und hatte zuvor als Prostituierte gearbeitet, ohne dabei ein nennenswertes Vermögen aufzubauen oder eine Altersvorsorge zu erwerben. Während der 13jährigen Ehe war sie nicht berufstätig. Das mit der Scheidung befasste Familiengericht führte aufgrund der Ehevereinbarung keinen Versorgungsausgleich durch. Nach der Kernbereichs-Entschei-

641 FamRZ 2006, 1447.

642 OLG Koblenz, FamRZ 2006, 1447 (1449).

dung des BGH, die fünfeinhalb Jahre nach dem Scheidungsurteil erging, beantragte die geschiedene Ehefrau die nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Das mit diesem Antrag vorbefasste Amtsgericht hielt angesichts der zwischenzeitlichen Rechtsprechungsänderung zwar die Ehevereinbarung für unwirksam und sah sich an einer Entscheidung auch nicht durch das frühere Urteil gehindert, ging jedoch von einer Verwirkung des Anspruchs auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs aus.

Das OLG Düsseldorf folgte der Grundannahme des Amtsgerichts und erklärte die geschlossene Ehevereinbarung ebenfalls für sittenwidrig.⁶⁴³ Sie habe bereits im Zeitpunkt ihres Abschlusses den Gedanken der ehelichen Solidarität gravierend verletzt, da sie den Nachteil, den die Ehefrau durch die geplante und abzusehende alleinige Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder auf sich genommen habe, einseitig zu ihren Lasten verteilt habe, ohne dass sie dafür eine Kompensation erhalten habe.⁶⁴⁴ Die Möglichkeit zum Aufbau einer eigenständigen Altersvorsorge habe für die Ehefrau aufgrund ihres Ausbildungsstandes und der beabsichtigten Kindesbetreuung nicht bestanden. Zudem habe sie sich aufgrund ihrer Schwangerschaft und dem Bestreben, die Ehe vor der Geburt des Kindes zu schließen, in einer im Vergleich zu ihrem Verlobten schwächeren Verhandlungsposition befunden. Die Ausgestaltung der Ehevereinbarung sei weder durch die Eheschließungsfreiheit des Partners, noch durch dessen Bestreben zu rechtfertigen, seine künftige Gattin vor seinen Schuldverpflichtungen zu bewahren und sich vor einer dauerhaften Belastung mit Unterhaltspflichten zu schützen.

In Übereinstimmung mit dem Amtsgericht sieht auch das OLG Düsseldorf keine entgegenstehende Rechtskraft im Scheidungsurteil, dessen Tenor die Durchführung des Versorgungsausgleichs ablehnt. Einer bindenden Entscheidung habe § 53d FGG entgegengestanden.

643 FamRZ 2006, 793.

644 OLG Düsseldorf, FamRZ 2006, 793 (794).

Eine Verwirkung des Anspruchs auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs wies das OLG jedoch zurück. Die Antragstellerin habe stets ihre Rechtsauffassung betont, nach der die Ehevereinbarung gegen die guten Sitten verstoße. Nach der damaligen Rechtsprechung habe sie jedoch keine Aussicht auf eine erfolgreiche gerichtliche Geltendmachung gehabt. Vor diesem Hintergrund habe das Unterlassen der Antragstellung keinen Vertrauenstatbestand geschaffen, auf den sich der ehemalige Ehemann berufen könne. Zudem hätte dieser mangels ausreichender finanzieller Mittel ohnehin keine Möglichkeit gehabt, einen etwaigen Vertrauenstatbestand zum Aufbau einer zusätzlichen Altersvorsorge zu nutzen.

Neben der Frage der Verwirkung, die bei manchen Altfällen von Bedeutung sein kann, ist eine Festlegung des OLG Düsseldorf von Interesse: Soll nach der Planung der Vertragsschließenden ein Ehepartner zugunsten der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder auf eine eigene Berufstätigkeit verzichten, ist es nicht zulässig, die Durchführung des Versorgungsausgleichs kompensationslos auszuschließen. Dies wertet der Senat als Verstoß gegen das Gebot der ehelichen Solidarität und einen unzulässigen Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts. Zwar ist die Deutlichkeit der Aussage begrüßenswert, gleichwohl muss auf einen Unsicherheitsfaktor hingewiesen werden: Auch in diesen Konstellationen ist der zeitliche Ablauf entscheidend. Nimmt der kinderbetreuende Ehegatte nach verhältnismäßig kurzer Betreuungszeit eine Erwerbstätigkeit auf – möglicherweise in Abänderung der ursprünglichen Planung – kann sich die Vereinbarung des Verzichtes auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs durchaus auch zugunsten des kinderbetreuenden Gatten auswirken. Auch dann würde zwar das in dem (zeitweiligen) Berufsverzicht liegende Risiko für die Höhe der Altersversorgung nicht gemäß der gesetzlichen Absicht auf beide Ehegatten verteilt, die Kompensation folgte jedoch bereits aus dem schlussendlichen Vorteil. Solche Fallkonstellationen werden sicherlich die Ausnahme bilden, müssen jedoch bei der Übertragung der Entscheidung auf andere Sachverhalte bedacht werden. Insbesondere bei gehobenen Ausbildungsverhältnissen der Parteien – zumal bei einer höheren Ausbildung desjenigen Ehe-

gatten, der zunächst die Kinderbetreuung übernehmen soll – ist eine solche Entwicklung nicht auszuschließen.

An der Entscheidung des OLG Düsseldorf fällt weiter auf, dass es sich ausdrücklich mit den ungleichen Verhandlungspositionen der Parteien befasst. Dieser Aspekt spielte in den Entscheidungen des BGH keine zentrale Rolle, wenngleich auch dieser später eine Indizwirkung der Schwangerschaft anerkannt hat.⁶⁴⁵ Dabei weist das OLG Düsseldorf die Motivation des Ehemannes zum Abschluss der Ehevereinbarung zurück, die Ehefrau nicht mit den eigenen Schulden belasten zu wollen. Die Zurückweisung ist nur unter der Prämisse folgerichtig, dass die Ehefrau mangels Erwerbstätigkeit während der Ehe keinen Zugewinn erzielen wird. Ansonsten käme es über die Verpflichtung zur Zahlung von Zugewinnausgleich durchaus zu einer Belastung der Ehefrau.

3.29. Beschluss des OLG Hamm vom 13. Oktober 2005

Vorehelich vereinbarten eine Schwangere und ihr Partner den Güterstand der Gütertrennung für die beabsichtigte Ehe. Weitere Vereinbarungen enthielt der Vertrag nicht. Ob der Bräutigam die Eheschließung von der Vertragsunterzeichnung abhängig gemacht hat, war nicht feststellbar. Beide Verlobten waren berufstätig und geschäftlich erfahren. Grund für die Wahl der Gütertrennung war das Bestreben, den Hof des Verlobten vor eventuellen Ausgleichsansprüchen der Ehefrau bei einer Scheidung zu schützen.

Das OLG Hamm billigte die Vereinbarung und verweigerte der Ehefrau, ebenso wie bereits das Familiengericht, die Gewährung von Prozesskostenhilfe.⁶⁴⁶ Die Vereinbarung habe den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht betroffen. Im Randbereich desselben sei die Vertragsfreiheit am größten, so dass – gerade in Anbetracht des billigen Motives – die Wahl der Gütertrennung zu akzeptieren sei, auch wenn das gewünschte Ziel mit einer bloßen Modifikation des gesetzlichen Güterstandes hätte erreicht werden können. Für das Bestehen und Ausnutzen einer Zwangslage sei die Ehefrau beweisfällig geblieben. Von einem erheblichen Verhandlungsun-

645 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1447), siehe oben, S. 200.

646 FamRZ 2006, 268.

gleichgewicht könne angesichts der geschäftlichen Erfahrung der Ehefrau und der Kürze und Klarheit der getroffenen Vereinbarung nicht ausgegangen werden. Auch lägen keine Anhaltspunkte für eine einseitige Lastenverteilung bei Scheitern der Lebensgemeinschaft vor, da die geschiedene Ehefrau Anspruch auf nahehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich habe.

Die Entscheidung des OLG Hamm macht deutlich, dass eine gegenständliche Beschränkung auch im Falle einer Schwangerschaft der Verlobten den Zugang zu vertraglichen Vereinbarungen eröffnen kann. Allerdings hat der Senat die Schwangerschaft nicht als Indiz für eine Unterlegenheit gewertet, wie es aus der Rechtsprechung von BVerfG und BGH eigentlich abzuleiten ist. Die Konsequenz daraus ist die Beibehaltung der Beweislastverteilung, die dazu führte, dass die geschiedene Ehefrau ihre damalige Unterlegenheit nicht beweisen konnte. Hätte das OLG die Indizwirkung anerkannt, hätte die Beweislast beim geschiedenen Ehemann gelegen. Aufgrund der sich aus dem Zeitablauf ergebenden Beweisschwierigkeiten hätte die Entscheidung dann möglicherweise anders ergehen müssen. Für ein abweichendes Ergebnis hatte der Senat angesichts der beschränkten Regelung scheinbar wenig Sympathie. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, wenngleich die dogmatische Herleitung noch klärungsbedürftig scheint.

3.30. Urteil des OLG Koblenz vom 25. Oktober 2005

Während einer Ehekrise vereinbarten die Eheleute den Eintritt der Gütertrennung mit dem Übergang des Hausrats in das Eigentum des Ehemannes und eine kompensationslose Übertragung des Miteigentums der Ehefrau am Grundstück mit dem Familienhaus auf den Ehemann trotz vorangegangener Investitionen der Ehefrau in das Haus. Des Weiteren wurde der naheheliche Unterhalt in der Höhe auf 1.300 DM und auf die Tatbestände Kindesbetreuung, Alter und Krankheit oder Gebrechen begrenzt. Der Versorgungsausgleich sollte nur für die Zeiten durchgeführt werden, in denen ein Ehegatte mit Zustimmung des anderen aus ehebedingten Gründen erwerbslos sein würde. Dem Vertragsabschluss gingen mehrere Klinikaufenthalte der Ehefrau wegen einer schweren Alkohol-

abhängigkeit voraus. Wenige Tage nach dem Vertragsschluss musste sie aus dem gleichen Grund erneut behandelt werden.

Diese Begleitumstände wertete das OLG Koblenz als Zwangslage und erhebliche Drucksituation der Ehefrau, die sich in einer starken emotionalen Belastung befunden habe.⁶⁴⁷ Die Zwangslage habe der Ehemann zur Durchsetzung einer ihn einseitig begünstigenden Regelung ausgenutzt, so dass der Vertrag sittenwidrig und nichtig sei. Da die Ehefrau in allen wesentlichen Punkten massiv benachteiligt werde, erstrecke sich die Nichtigkeit auf die gesamte Vereinbarung.

Wirft man zunächst einen Blick auf den Vertragsinhalt, so ist dieser nicht in allen Punkten derart einseitig, wie das OLG Koblenz annimmt.⁶⁴⁸ Die Beschränkung des Versorgungsausgleichs, der nicht nur in einigen festgelegten Konstellationen, sondern darüber hinaus bei jeglicher Erwerbslosigkeit aus ehebedingten Gründe durchgeführt werden sollte, kann durchaus als Ausdruck gleichberechtigter Partnerschaft angesehen werden. Auch bei der tatbestandlichen Beschneidung der Unterhaltsansprüche haben die Parteien Zurückhaltung geübt. Allerdings wick die Beschränkung der Unterhaltshöhe auf 1.300 DM stark von dem eheprägenden Einkommen i.H.v. 20.000 DM ab. Je nach Vorbildung und beruflicher Tätigkeit der Ehefrau ist die Beschränkung der Unterhaltshöhe, die den einzigen Eingriff in den Kernbereich darstellte, nicht in einem für die Anwendung des § 138 BGB ausreichenden Umfang zu missbilligen. Allenfalls ist an eine Anpassung der Höhe im Rahmen der Ausübungskontrolle zu denken, wobei die Motive der Parteien zu berücksichtigen sind.

Außerhalb des Kernbereiches erfolgte eine stärkere Benachteiligung durch die güterrechtliche Regelung und die sie begleitenden Vereinbarungen, die zusätzliche Vermögenswerte auf den Ehemann übertrugen. Die Vertragsfreiheit im Güterrecht ist freilich am größten, so dass diese Belastung ebenfalls nicht zu einer Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen dürfte.

647 FamRZ 2006, 428 (429).

648 Anderer Auffassung: *Bergschneider*, FamRZ 2006, 430, der dem OLG Koblenz zustimmt.

Die Entscheidung des OLG Koblenz hängt daher an der Beurteilung der subjektiven bzw. situativen Voraussetzungen. Dabei ist festzuhalten, dass aus der akuten Alkoholabhängigkeit der Ehefrau tatsächlich eine Verschlechterung ihrer Verhandlungsposition folgen dürfte. Die Entscheidung liegt insoweit durchaus auf der Linie des BVerfG. Gleichzeitig wirft sie jedoch die Frage auf, ob eine solche Vorgehensweise – noch dazu verbunden mit dem Hinweis, es könne dahingestellt bleiben, ob die Ehefrau bei Vertragsschluss geschäftsfähig gewesen sei – eigentlich mit der gesetzlichen Wertung vereinbar ist, nach der eine Willenserklärung wegen eingeschränkter geistiger Fähigkeiten erst dann unwirksam ist, wenn der Erklärende geschäftsunfähig ist. Es können wohl nicht die gleichen Kriterien zur Begründung der Geschäftsunfähigkeit und zur Annahme einer Zwangslage herangezogen werden. Allerdings führt eine Alkoholerkrankung i.d.R. nicht zur Geschäftsunfähigkeit. Die mit der Abhängigkeit einhergehende Schwächung der Verhandlungsposition, die auch Anlass für eine rechtliche Betreuung sein kann, kann demgegenüber wohl als Störung des Verhandlungsgleichgewichts i.S.d. BVerfG angesehen werden. Ob die Einseitigkeit des Vertragsinhalts ausreicht, eine Ausnutzung dieser Zwangslage annehmen zu können, ist eine Grenzenscheidung. Insoweit sei dem OLG zugute gehalten, nach Anhörung der Parteien tiefere Einblicke in die konkrete Konstellation erhalten zu haben.

3.31. Urteil des OLG München vom 1. Februar 2006

Vorehelich vereinbarten die Parteien die Modifizierung des nachehelichen Betreuungsunterhalts und den Ausschluss des Versorgungsausgleichs.⁶⁴⁹ Sollte die Ehefrau nach einer Scheidung gemeinschaftliche Kinder betreuen sollte der Unterhalt ab dem 4. Grundschuljahr des jüngsten gemeinschaftlichen Spröblings auf 50% der üblichen Quote gekürzt werden und ab dem vollendeten 16. Lebensjahr vollständig entfallen. Die Betreuung der Kinder durch die Ehefrau entsprach der gemeinsamen Lebensplanung. Als Aus-

⁶⁴⁹ Aus der Entscheidung geht nicht hervor, inwieweit das Güterrecht Bestandteil der Vereinbarung war. Vermutlich wird jedoch Gütertrennung vereinbart worden sein. Auch die Erstreckung des Unterhaltsverzichts auf Tatbestände außer des § 1570 BGB ist nicht ersichtlich.

gleich des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs sollte der außerordentlich vermögende Ehemann bis zur Trennung der Parteien zugunsten seiner Gattin in eine Lebensversicherung einzahlen. Für den Fall, dass die Ehefrau eine anderweitige eheähnliche Beziehung aufnehmen sollte, war der Wegfall jeglicher Unterhaltsansprüche vorgesehen.

Letztere Vertragsklausel hielt das OLG München für sittenwidrig.⁶⁵⁰ Sie beinhalte eine Schlechterstellung gegenüber der gesetzlichen Regelung des § 1579 BGB und entspreche dessen vormaliger Fassung, die vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden sei. Schon wegen dieser Klausel sei die Vereinbarung gem. § 139 BGB insgesamt nichtig. Daneben folge die Nichtigkeit aus dem Fehlen eines angemessenen Ausgleichs für die von der Ehefrau infolge der Kindesbetreuung auf sich genommenen ehebedingten Nachteile. Diese bestünden nicht nur in dem Wegfall der Möglichkeit eigener Erwerbstätigkeit, sondern auch in einer Minderung der Altersversorgungsanswartschaften, die selbst durch eine spätere Erwerbstätigkeit nicht wieder aufgefangen werden könne.

Hilfsweise stützte das OLG München die Verpflichtung zur Durchführung des Versorgungsausgleichs und die Verurteilung des geschiedenen Ehemannes zur Erteilung der begehrten Auskünfte über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse auf § 242 BGB. Der Vertrag bestehe wenigstens die Ausübungskontrolle nicht, so dass sich der Ehemann nicht auf die Vereinbarung berufen könne.

Das OLG München verzichtete ausdrücklich auf die Feststellung einer Zwangslage der Verlobten und leitete die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ausschließlich aus deren Inhalt ab. Dabei scheint zweifelhaft, ob die verfassungsgerichtliche Argumentation zu einer Norm auf eine privatautonome Vereinbarung übertragen werden kann, zumal die Sachverhalte nicht vergleichbar sind. Das BVerfG beanstandete die Nichtanwendung der Härteklausel des § 1579 I BGB a.F. auf den Betreuungsunterhalt gem. § 1579 II BGB a.F.⁶⁵¹ Die vertragliche Regelung sah hingegen den automa-

650 FamRZ 2006, 1449 (1450).

651 BVerfG, NJW 1981, 1771 (1773).

tischen Wegfall des Betreuungsunterhalts vor, sofern die unterhaltsberechtigte geschiedene Ehefrau eine eheähnliche Beziehung aufnahm.

Dies ist mitnichten die gleiche Regelung. Die Argumentation des OLG Münchens kann sich daher nicht auf die angeführte Entscheidung des BVerfG stützen.

Darüber hinaus ist die Anwendung der Wirksamkeitskontrolle sehr strikt. Die Parteien hatten weder den Versorgungsausgleich noch den Betreuungsunterhalt schlicht abbedungen, sondern ersteren durch eine Lebensversicherung ersetzt und letzteren näher ausgestaltet. Beide Ansprüche blieben zwar hinter den gesetzlichen Ansprüchen zurück, jedoch legte das OLG München nicht dar, ob der Unterschied groß genug war, die anfängliche und völlige Ungeeignetheit zum Ausgleich der ehebedingten Nachteile zu begründen.⁶⁵² Aus den hilfsweise angebrachten Ausführungen zur Ausübungskontrolle mag man entnehmen, dass der erkennende Senat sich seiner Argumentation nicht sicher war. Allerdings vermögen sie das Urteil nicht zu retten, da von einer fundierten Ausübungskontrolle nicht die Rede sein kann. Das Ergebnis, das zugleich dem geschiedenen Ehemann das Berufen auf die Vereinbarung verwehrt und den Vertrag anpassen will, wird unter Wiederholung einiger Tatsachen behauptet, nicht jedoch begründet.

3.32. Urteil des OLG Hamm vom 24. März 2006

Kurz vor der Eheschließung einigten sich eine schwangere Studentin und der geschäftsführende Mitgesellschafter eines Autohauses über eine Ehevereinbarung, in der sie das unternehmerisch gebundene Vermögen aus der Berechnung des Zugewinnausgleichs ausklammerten. Zudem begrenzten sie die Unterhaltstatbestände für nahehelichen Unterhalt, ausdifferenziert nach der Familien- und Erwerbssituation.⁶⁵³ Die Vereinbarung enthielt eine

652 So die Forderung des BGH, FamRZ 2005, 1444 (1447), siehe oben, S. 201. Diese Frage stellt sich in der beurteilten Konstellation insbesondere deswegen, weil die Ehefrau vorehelich offensichtlich kein nennenswertes Einkommen erzielte oder Vermögen besaß. Bezüglich des Versorgungsausgleichs verlangte der BGH, FamRZ 2005, 26, wenigstens die Vereinbarung eines Ausgleichs, sofern ein Ehegatte nach Planung der Parteien nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt sein sollte. Diese Voraussetzung erfüllte die streitige Vereinbarung.

653 Im Falle einer kinderlosen Doppelverdienerehe sollte ein Unterhaltsverzicht gelten. Für

salvatorische Klausel. Während der Ehe betreute die Ehefrau die gemeinschaftlichen Kinder, nahm spätestens im Verlauf des Scheidungsverfahrens jedoch eine Erwerbstätigkeit auf. Sie beehrte Auskunft auch über das betriebliche Vermögen des geschiedenen Gatten, da sie die Ehevereinbarung für unwirksam hielt.

Dem stimmte das OLG Hamm nicht zu.⁶⁵⁴ Es hielt zumindest den zu beurteilenden güterrechtlichen Teil der Ehevereinbarung für wirksam. Dabei anerkannte es allerdings eine Zwangslage der Verlobten bei Unterzeichnung des Vertrages.⁶⁵⁵ Diese ergebe sich nicht allein aus der Schwangerschaft, aber aus der Kombination mit dem Wunsch nach einer ehelichen Geburt des erwarteten Kindes und der Weigerung ihres Verlobten, eine vertraglich nicht geregelte Ehe einzugehen. Aus dieser Zwangslage folge freilich nicht die Unwirksamkeit der Vereinbarung, sondern lediglich die Verpflichtung zu einer verstärkten richterlichen Kontrolle. Dieser halte die Vereinbarung im Ergebnis stand, da sie keine grob unbilligen Regelungen enthalte.⁶⁵⁶

Wegen der weit reichenden Freiheit bei der vertraglichen Gestaltung des Ehegüterrechts sei eine Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes grundsätzlich nicht zu beanstanden. Im konkreten Fall sei sie wegen der unternehmerischen Tätigkeit des Ehemannes sogar geboten gewesen. Diese Vereinbarung könne daher allenfalls wegen einer Gesamtschau der Ehevereinbarung sittenwidrig sein.

Das OLG Hamm prüfte unter dieser Prämisse eine ganze Reihe möglicher Ansatzpunkte, fand jedoch keinen Grund zu einer Beanstandung im Rahmen des § 138 I BGB. Der bedingte Ausschluss des Alters- und Krankheitsunterhalts sei wegen der Unvorhersehbarkeit, ob und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten er von Bedeutung werden könne, nicht relevant. Der Kindesbetreuungsunterhalt sei nicht ausgeschlossen, sondern

den Fall einer fünfjährigen Erwerbslosigkeit vor der Scheidung oder die Betreuung von Kindern stand dem betroffenen Ehegatten ein Unterhaltsanspruch zu, wobei dieser im ersteren Fall auf die Dauer von fünf Jahren beschränkt war. In jedem Fall wurde er zusätzlich der Höhe nach beschränkt. Ergänzend wurde eine Anrechnung etwaiger Einkünfte aus Erwerbstätigkeit oder Vermögen vereinbart.

654 FamRZ 2006, 1034.

655 OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034 (1035).

656 OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034 (1036).

lediglich zulässigerweise in der Höhe begrenzt worden. Die Anrechnungsregelung sei eine zulässige Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen. Bei der Beurteilung der Höhenbegrenzung des nahehelichen Unterhalts sei nicht auf einen Vergleich mit dem eheangemessenen Unterhalt abzustellen. Vielmehr sei maßgeblich, ob durch die Begrenzung von vornherein ein Ausgleich ehebedingter Nachteile ausgeschlossen werden sollte. Dies könne jedoch nur angenommen werden, wenn die Parteien schon bei Vereinbarung der Begrenzung von einer durch die Ehefrau vorzunehmenden Betreuung mehrerer Kinder ausgegangen seien, was nicht festgestellt werden konnte. Der vereinbarte Unterhalt überschreite auch das Existenzminimum.⁶⁵⁷ Angesichts dieser Umstände sei die Vereinbarung nicht als insgesamt sittenwidrig anzusehen. Falls insbesondere im Rahmen des Unterhaltsrechts Unbilligkeiten verblieben, könnten diese mit Hilfe des § 242 BGB korrigiert werden.

Mit dem Urteil setzt das OLG Hamm einen maßvollen Akzent. Trotz nicht abgeschlossener Berufsausbildung, Schwangerschaft und dem dringenden Wunsch, erst nach Verheiratung zu gebären, war die Verlobte in der Lage, die Ehevereinbarung wirksam abzuschließen. Ausschlaggebend dabei dürfte nicht nur gewesen sein, dass die (noch) nicht (ganz) abgeschlossene Berufsausbildung immerhin ein Hochschulstudium war, sondern vor allem, dass die vereinbarten Regelungen differenziert ausfielen und der durch die unternehmerische Tätigkeit geprägten besonderen Situation Rechnung trugen. Gegen eine solche Vorgehensweise ist nichts einzuwenden. Das OLG Hamm wurde insbesondere auch dem Umstand gerecht, dass im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung eine – möglicherweise durch die gleichzeitige Betreuung eines Kindes eingeschränkte – Berufstätigkeit der Ehefrau noch möglich schien. Hinterfragenswert ist allerdings, ob die Situation der Verlobten mit dem Schlagwort Zwangslage richtig und vor allem weiterführend charakterisiert ist. Die Schwangerschaft wird letztlich nur durch den Wunsch nach alsbaldiger Eheschließung zu einer Zwangslage. Aus dieser Kategorisierung werden keine unmittelbaren Rechtsfolgen abgeleitet.

657 OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034 (1037).

3.33. Beschluss des OLG Dresden vom 27. März 2006

Kurz nach ihrer Eheschließung vereinbarten die Parteien den Ausschluss des Zugewinn- und des Versorgungsausgleichs. Zu diesem Zeitpunkt war die Ehefrau mit dem ersten gemeinschaftlichen Kind schwanger und bereits Mutter einer 14 Jahre alten Tochter. Während der auf die Geburt folgenden 14 Jahre betreute sie die drei gemeinschaftlichen Kinder ohne einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Weitere zehn Jahre später wurde die Ehe geschieden. Die Ehefrau hielt die Ehevereinbarung für sittenwidrig und begehrte die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Das mit der Sache vorbefasste Amtsgericht Meißen hielt die Ehevereinbarung für sittenwidrig, setzte die Durchführung des Versorgungsausgleichs aber wegen fehlender Verrechnungsmöglichkeit gem. § 2 I, II VAÜG aus.

Die Beschwerde des geschiedenen Ehemannes gegen diese Zwischenentscheidung wies das OLG Dresden, das der Beurteilung des AmtsG zustimmte, ab.⁶⁵⁸ Zur Begründung der Sittenwidrigkeit verwies bereits das Amtsgericht auf die fehlende Kompensation des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs, obwohl die Ehefrau wegen der Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder geringere Anwartschaften erworben habe. Das OLG Dresden verwies unter Zustimmung zur amtsgerichtlichen Argumentation auf den hohen Stellenwert des Versorgungsausgleichs innerhalb der Kernbereichslehre, der vom BGH in einer Entscheidung vom 6. Oktober 2004 bestätigt worden sei.⁶⁵⁹ Die Beibehaltung der gesetzlichen Unterhaltsansprüche vermöge an der Sittenwidrigkeit nichts zu ändern, denn aus der Situation bei Abschluss der Vereinbarung habe sich die ernsthafte Möglichkeit ergeben, dass die Ehegatten eine „klassische“ Rollenverteilung praktizieren würden. Daher habe es nahe gelegen, dass die Ehefrau geringere Versorgungsanwartschaften als ihr Ehemann erwerben werde. Der Einklang mit den guten Sitten werde schließlich nicht dadurch gewahrt, dass die Ehefrau bereits bei Abschluss der Vereinbarung eigenständige Mieteinnahmen erwirtschaftete, da sie nicht verpflichtet gewesen sei, diese zur

658 OLG Dresden, 27.03.2006, 23 UF 107/06, Juris.

659 OLG Dresden, 27.03.2006, 23 UF 107/06, Juris, Rn. 15. Zur Entscheidung des BGH vgl. oben, S. 183.

Altersvorsorge zu verwenden. Der subjektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit sei durch die Schwangerschaft der Ehefrau indiziert, daneben durch die Umstände des Vertragsschlusses – der Vertragsinhalt war der Ehefrau vor dem Unterzeichnungstermin nicht bekannt und sie hatte nach eigener Aussage Angst vor einer Scheidung im Falle ihrer Weigerung. Abschließend führte das OLG Dresden aus, es sei dem Ehemann zumindest nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Vereinbarung zu berufen.

Die Entscheidung des OLG Dresden vermag nicht zu überzeugen. Die Sittenwidrigkeit der gesamten Vereinbarung aus dem hohen Stellenwert des Versorgungsausgleichs innerhalb der Kernbereichslehre abzuleiten, kann nicht als differenzierte Umsetzung der Rechtsprechung des BGH betrachtet werden. Die einzige argumentative Stütze, die der Senat – wenngleich nur hilfsweise – anführt, ist die dargestellte Überrumpelung der Ehefrau bei Abschluss der Vereinbarung. Dennoch dürfte sich aus dieser Vorgehensweise, auch in Kombination mit der Schwangerschaft der Ehefrau, noch keine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ergeben. Anders wäre die Situation möglicherweise zu beurteilen, wenn der Abschluss der Ehevereinbarung zusätzlich zur Bedingung für das Fortbestehen der Ehe gemacht worden wäre. Dies ergibt sich aus den Entscheidungsgründen freilich nicht.

Zuzugestehen ist dem OLG freilich, dass der BGH tatsächlich die Wirksamkeit der Abbedingung des Versorgungsausgleichs von der Vereinbarung einer Kompensation abhängig gemacht hat. Allerdings hat er als maßgebliche Grenze den (geplanten) ehe- bzw. betreuungsbedingten Fortfall sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung aufgestellt.⁶⁶⁰ Somit hängt die Notwendigkeit eines Ausgleichs von der Planung der Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung ab. Nach Auskunft des Ehemannes sollte die Ehefrau weiterhin erwerbstätig sein, wenn auch nur halbtags. Dass damit die Grenze der Sozialversicherungspflicht unterschritten werden würde, ergibt sich nicht aus dem Sachverhalt. Freilich liegt unter diesem Aspekt zumindest eine Anpassung der Vereinbarung, wie sie das OLG hilfsweise anführt, nicht fern. Eine solche führt allerdings nicht automatisch zur Geltung der gesetzlichen Regelungen.

660 Vgl. oben, S. 183.

3.34. Beschluss des OLG Zweibrücken vom 27. April 2006

Vorehelich schlossen die Parteien den Versorgungsausgleich aus, vereinbarten Gütertrennung und trafen eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Unterhaltsvereinbarung. Bei Vertragsschluss war die Verlobte schwanger und noch in Ausbildung. Der künftige Gatte arbeitete im Betrieb seiner Eltern, bei dem auch die künftige Schwiegertochter angestellt werden sollte. Tatsächliche Arbeitsleistungen sollte sie für die Anstellung nicht zu erbringen haben. Während der achtjährigen Ehe, aus der zwei gemeinschaftliche Kinder hervorgingen, war die Ehefrau nicht berufstätig, erhielt zeitweise jedoch Gehaltszahlungen von ihren Schwiegereltern.

Das OLG Zweibrücken hatte über die Beschwerde des geschiedenen Ehemannes gegen die Durchführung des Versorgungsausgleichs zu entscheiden.⁶⁶¹ Es lehnte eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ab. Tragendes Argument war die außerhalb der Ehevereinbarung getroffene Abrede über die Einstellung der künftigen Ehefrau im Betrieb der Schwiegereltern. Wegen dieser hätten die Parteien von der Durchführung des Versorgungsausgleichs absehen dürfen, ohne eine Kompensation zu vereinbaren. Eine Zwangslage erkannte das Gericht nicht, insbesondere nicht in der Schwangerschaft der Verlobten, da kein Druck zum Abschluss der Ehevereinbarung bestanden habe.

Aufgrund der beurkundeten salvatorischen Klausel beschäftigte sich der Senat nicht mit den übrigen Vertragsinhalten.

Im Rahmen der Ausübungskontrolle korrigierte das OLG Zweibrücken die Vereinbarung dahingehend, dass die geschiedene Ehefrau im Bezug auf den Versorgungsausgleich so zu stellen sei, wie sie stünde, wenn sie nach Abschluss ihrer Ausbildung während der Ehezeit durchgängig das zugesagte Gehalt bezogen hätte. Als Obergrenze diene die Höhe des Ausgleichs nach den gesetzlichen Vorschriften.⁶⁶²

Die Entscheidung stellt eine konsequente Umsetzung der Forderung des BGH dar, einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs nur dann zuzu-

661 OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683.

662 OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683 (1685).

lassen, wenn er kompensiert wird oder durch die Gestaltung der Lebensverhältnisse gerechtfertigt ist. Die Sittenwidrigkeit muss demnach an der Kompensation durch die von der Erbringung von Arbeitsleistungen unabhängigen Einstellung scheitern. Hängt die Wirksamkeit der Vereinbarung daran, ist es nur folgerichtig, die Parteien auch an der Erfüllung dieser Verpflichtungen festzuhalten und die Auswirkungen im Bereich der Altersvorsorge anderenfalls auszugleichen.

3.35. Beschluss des BGH vom 17. Mai 2006

Der BGH gab der Rechtsbeschwerde der geschiedenen Ehefrau gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 2003⁶⁶³ statt und wies das OLG an, den Versorgungsausgleich durchzuführen.⁶⁶⁴ Aus den vom OLG Düsseldorf bereits gegen die Wirksamkeit der Unterhaltsverzichtes ins Feld geführten Argumenten leitete der BGH die Gesamtnichtigkeit der ehevertraglichen Vereinbarungen der Eheleute ab, so dass entsprechend der gesetzlichen Anordnung der Versorgungsausgleich durchzuführen sei. Zur Begründung der Sittenwidrigkeit stellte der BGH zwar die zwischenzeitlich eingeführte Kernbereichslehre in Auszügen dar, nahm dann aber lediglich eine Gesamtwürdigung der Umstände vor. Die Verlobte habe sich „in einer sehr viel schwächeren Verhandlungsposition“ als ihr Bräutigam befunden und die Vereinbarung stelle eine „evident einseitige Lastenverteilung“ zu ihrem Nachteil dar.⁶⁶⁵ Für die Parteien vorhersehbar habe die Verlobte nach einer Scheidung alle Nachteile, die sich aus einem durch die Betreuung gemeinschaftlicher Kinder bedingten Verzicht auf eine eigene Erwerbstätigkeit ergeben, alleine tragen müssen. Da dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar sei, müsse die Rechtsordnung der Vereinbarung gem. § 138 I BGB die Anerkennung versagen.

Bei einer Sittenwidrigkeit infolge einer Gesamtwürdigung der Vereinbarung sei kein Raum für eine Teilnichtigkeit, auch wenn eine salvatorische

663 OLG Düsseldorf, FamRZ 2004, 461, zum Sachverhalt und zur Entscheidung siehe oben, S. 135.

664 BGH, FamRZ 2006, 1097.

665 BGH, FamRZ 2006, 1097 (1098).

Klausel vereinbart werde.⁶⁶⁶ Schließlich könne das OLG nicht mit dem Argument durchdringen, der Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs sei wirksam, weil der Aufbau einer Altersversorgung mit Hilfe des Altersvorsorgeunterhalts möglich sei, biete dieser doch keinen Ausgleich für den in der Vergangenheit ausgebliebenen Versorgungsaufbau.

Der Beschluss des BGH müsste eigentlich als Sensation bezeichnet werden: Er stellt die erste Entscheidung des BGH dar, in der dieser eine Ehevereinbarung für sittenwidrig erklärt. Allerdings hat der BGH die Möglichkeit einer Sittenwidrigkeit bereits lange zuvor anerkannt, so dass dieses Ergebnis allein den zu entscheidenden Fallkonstellationen zu verdanken ist, jedoch auf keiner Änderung der Rechtsprechung beruht.

Andere Merkmale der Entscheidung verdienen daher mehr Aufmerksamkeit: Der BGH begnügt sich nach der verhältnismäßig ausführlichen Darlegung seiner Kernbereichslehre mit einer kurzen Wiederholung der bereits vom OLG Düsseldorf angeführten Umstände, aus denen sich ein Verhandlungungleichgewicht zwischen den Verlobten ergibt und der Feststellung, dass eine solche Vereinbarung keinen Bestand haben könne. Von einer dezidierten Anwendung der Kernbereichslehre kann dabei kaum gesprochen werden. Indem der BGH stattdessen direkt zur Gesamtwürdigung übergeht, setzt er sich sogar in einen Widerspruch zu den Forderungen der Kernbereichslehre.⁶⁶⁷ Allerdings sind durch den beurkundeten Globalverzicht sämtliche Tatbestände des Kernbereiches betroffen.

An die aus einer Gesamtwürdigung gewonnene Sittenwidrigkeit knüpft der BGH die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit. Damit soll anscheinend eine geltungserhaltende Reduktion der Vereinbarung auf das gerade noch Zulässige verhindert werden. Das schlichte Übergehen der salvatorischen

666 BGH, aaO.: „Ergibt sich, wie hier, die Sittenwidrigkeit der getroffenen Abreden bereits aus der Gesamtwürdigung eines Vertrages, dessen Inhalt für eine Partei – wie hier für die AGg. - ausnahmslos nachteilig ist und dessen Einzelregelungen durch keine berechtigten Belange der anderen Partei gerechtfertigt werden, so erfasst die Nichtigkeitsfolge notwendig den gesamten Vertrag (...)“.

667 Dies wird deutlich, wenn der BGH in seinen Erörterungen ausführt, dass sich die Sittenwidrigkeit *bereits* aus der Gesamtwürdigung ergebe (vgl. Fn. 666).

Klausel ist nur verständlich, wenn diese ebenfalls als aufgedrängte, nachteilige Regelung betrachtet wird. Eine dogmatische Begründung für diese Vorgehensweise liefert der BGH freilich nicht. Die Schlussfolgerung von der aus der Gesamtwürdigung gewonnenen Sittenwidrigkeit auf die Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung steht zudem – so einleuchtend sie auch erscheinen mag – in einem Widerspruch zur eigenen Rechtsprechung. Noch in der Kernbereichs-Entscheidung hatte der BGH nämlich ausgeführt, dass bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit stets auf eine Gesamtwürdigung der Vereinbarung und der Umstände ihres Zustandekommens zurückgegriffen werden müsse und die Kernbereichslehre nur ein steuerndes Element innerhalb dieser Gesamtwürdigung sei.⁶⁶⁸ Dieser Widerspruch dürfte dahingehend aufzulösen sein, dass der BGH mit der Gesamtwürdigung im vorliegenden Fall allein die inhaltliche Gesamtwürdigung meint, während er in der Kernbereichslehre auch die Umstände des Vertragsschlusses und die geplante und prognostizierte weitere Entwicklung der Verhältnisse der Ehegatten berücksichtigt wissen will.

Inhaltlich sind an zwei Stellen Fragen an die Entscheidung zu stellen: Erstens ist unklar, welche Verzichtleistung die ehemalige Ehefrau mit der Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder tatsächlich erbracht hat. Angesichts fehlender Ausbildung und Arbeitserlaubnis sowie der zumindest ursprünglich mangelhaften Sprachkenntnisse scheinen keine Aussichten auf eine lukrative Erwerbstätigkeit bestanden zu haben. So ging auch das OLG Düsseldorf von einer vollständigen wirtschaftlichen Abhängigkeit der Verlobten von ihrem berufstätigen Bräutigam aus. Zweitens sieht der BGH keine rechtfertigenden Belange des Ehemannes für die Verzichtserklärungen der Ehefrau. Wie jedoch steht es mit dem Begehren, wirtschaftliche Motive für die Eheschließung ausschließen zu können? Hierin könnte durchaus eine Rechtfertigung für eine Abweichung von den gesetzlichen Regelungen bestehen.

668 BGH, NJW 2004, 930 (933, 935).

3.36. Urteil des BGH vom 5. Juli 2006

Mit der Revisionsentscheidung⁶⁶⁹ bestätigte der BGH das Urteil des OLG Koblenz vom 13. Januar 2004.⁶⁷⁰ Dessen Würdigung des Sachverhalts sei im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der BGH legte sich – anders als noch das OLG Koblenz – auf die Sittenwidrigkeit der vorgelegten Ehevereinbarung fest.⁶⁷¹ Die Schwangerschaft der Verlobten verstärke die Pflicht zur richterlichen Inhaltskontrolle.⁶⁷² Zwar führe die zeitliche Beschränkung des Betreuungsunterhalts nicht zur Beanstandung der Vereinbarung,⁶⁷³ jedoch die Vereinbarung einer Höchstsumme, die schon bei Vertragsschluss in absehbarer Zeit und für die Parteien erkennbar nicht mehr zur Deckung des Existenzminimums ausreichend und zur Kompensation der ehebedingten Nachteile ungeeignet gewesen sei.⁶⁷⁴

Die Ehefrau habe durch die Übernahme der Kindesbetreuung erhebliche Nachteile auf sich genommen, die durch die abgeschlossene Ehevereinbarung nicht kompensiert würden. In Anbetracht der Umstände des Vertragsschlusses⁶⁷⁵ müsse davon ausgegangen werden, dass sich die damalige Verlobte nur auf die Bedingungen eingelassen habe, um die Eheschließung nicht zu gefährden und keiner Doppelbelastung durch Erwerbstätigkeit und Kindesbetreuung ausgesetzt zu sein.⁶⁷⁶ Die Regelungen seien auch nicht durch schutzwürdige Belange der Parteien gerechtfertigt und verstießen daher gegen § 138 I BGB.

Erneut erkannte der BGH auf Sittenwidrigkeit einer Ehevereinbarung. Bei deren Herleitung spielte die Kernbereichslehre erkennbar keine tragende

669 BGH, FamRZ 2006, 1359.

670 OLG Koblenz, FamRZ 2004, 805. Siehe zur Entscheidung und zum Sachverhalt oben, S. 139.

671 BGH, FamRZ 2006, 1359 (1362).

672 BGH, FamRZ 2006, 1359 (1361).

673 BGH, aaO.

674 BGH, FamRZ 2006, 1359 (1362).

675 Die Parteien hatten sich nach Entdeckung der Schwangerschaft zunächst getrennt. Die Schwangere wurde durch die Aussicht auf die alleinige Kindesbetreuung und eine gleichzeitige Erwerbstätigkeit stark belastet. In dieser Situation machte der spätere Ehemann einen Heiratsantrag, worauf die Hochzeit terminiert und geplant wurde. Während der Vorbereitungen stellte der Verlobte die Bedingung, den vorgelegten Ehevertrag abzuschließen.

676 BGH, FamRZ 2006, 1359 (1362).

Rolle, obgleich der BGH sie erneut in Auszügen darstellte. Das OLG Koblenz hatte nämlich bereits vor dem Erlass der Entscheidung, in welcher der BGH die Kernbereichslehre entwickelt hat, die materielle Unwirksamkeit der Vereinbarung angenommen. An der Begründungslinie des OLG nahm der BGH keine nennenswerten Änderungen vor. Insbesondere nahm er erneut keine differenzierte Anwendung der Kernbereichslehre vor, sondern führte als zentrales Argument die fehlende Kompensation der ehebedingten Nachteile an, die nicht durch eine besondere Gestaltung der Lebensverhältnisse gerechtfertigt gewesen sei. Zusätzlich berücksichtigte der Senat allerdings die Umstände des Vertragsschlusses, aus denen er wohl eine Unterlegenheit der Verlobten ableitete.

Die Entscheidung des BGH wirkt in zwei entgegengesetzte Richtungen. Zum einen betont der Senat die bestehende Vertragsfreiheit, indem er hervorhebt, dass weder allein aus der Schwangerschaft, noch allein aus einer begrenzenden Regelung des Betreuungsunterhalts auf die Sittenwidrigkeit der Ehevereinbarung geschlossen werden könne. Zum anderen legt er seiner Entscheidung einen strikten Ansatz zugrunde, indem er eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung nicht toleriert, die keine Kompensation der bei Verwirklichung der Lebensplanung zu erwartenden ehebedingten Nachteile vorsieht und nicht ausnahmsweise durch andere Umstände sachgemessen scheint und somit gerechtfertigt wird. Die emotionale Belastung der schwangeren Verlobten spielt dabei lediglich eine untergeordnete argumentative Rolle.

Die Vereinbarung wurde aufgrund der Deckelung des Betreuungsunterhalts verworfen. Damit wird erneut der Argumentation eine Absage erteilt, nach der eine Sittenwidrigkeit wegen eines Verzichtes (hier eines Teilverzichtes) auf den Unterhalt nach § 1570 BGB scheitern muss, weil ein Berufen auf diesen Verzicht ohnehin treuwidrig im Sinne des § 242 BGB wäre.⁶⁷⁷

3.37. Urteil des OLG Karlsruhe vom 11. September 2006

Die Ehegatten, über deren persönlichen Verhältnisse nichts näheres mitgeteilt wird, trafen zwei Jahre nach der Eheschließung eine Ehevereinbarung,

⁶⁷⁷ Vgl. dazu schon oben, Fn. 516 (S. 157) und Fn. 578 (S. 189).

in der sie gegenseitig auf nahehelichen Unterhalt verzichteten. Ersatzweise verpflichtete sich der türkische Ehemann für den Fall einer Scheidung zur Leistung einer Leibrente an seine Ehefrau, solange diese nicht vollzeit erwerbstätig sein sollte.

Diese Vereinbarung hielt der Wirksamkeitskontrolle des OLG Karlsruhe nicht stand.⁶⁷⁸ Sie verstoße gegen § 138 I BGB, weil sie den Ehemann evident einseitig benachteilige. Denn sie stelle eine Abweichung von dem unterhaltsrechtlichen Leitbild gleichmäßiger Teilhabe der Ehegatten an den die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Einnahmen dar. Die einseitige Wirkung habe bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgestanden. In den tatsächlichen Auswirkungen verblieb dem geschiedenen Ehemann nicht einmal das Existenzminimum. Wegen der evidenten objektiven Einseitigkeit könne eine Störung der subjektiven Verhandlungsparität vermutet werden.

Wie schon in der Entscheidung des OLG Celle vom 8. September 2004⁶⁷⁹ wurde die Inhaltskontrolle zugunsten des Unterhalts- bzw. Leistungspflichtigen angewendet. Dessen objektive Überforderung durch die abgeschlossene Vereinbarung stand zumindest im Zeitpunkt der Scheidung fest. Ob der Wahrscheinlichkeitsgrad für den Eintritt der Überforderung schon bei Abschluss der Vereinbarung ausreichend war, um diese deswegen für sittenwidrig zu halten, kann nicht mit letzter Sicherheit festgestellt werden.

Bedenklich erscheint die Vermutung der subjektiven Voraussetzungen für die Sittenwidrigkeit.⁶⁸⁰ Der Abschluss eines Vertrages, der die persönliche Leistungsfähigkeit überfordert, führt nicht schon allein wegen dieser Überforderung zur Sittenwidrigkeit. Für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist vielmehr jeder selbst verantwortlich. Dieser Grundsatz liefe ins Leere, würde stets auf die Vermutung der subjektiven Voraussetzungen zurückgegriffen.

678 OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 477.

679 Siehe oben, S. 181.

680 Zustimmend freilich *Bergschneider*, FamRZ 2007, 479.

3.38. Beschluss des OLG Stuttgart vom 18. Oktober 2006

Den von den Eheleuten auf Veranlassung der Ehefrau geschlossenen Globalverzicht hielt das OLG Stuttgart in vollem Umfang für wirksam.⁶⁸¹ Die Ehefrau, die nach der Scheidung die Durchführung des Versorgungsausgleichs verlangte, war trotz der Betreuung von drei Kindern vor Eingehung der Ehe berufstätig gewesen. Bei Abschluss der Vereinbarung betreute sie ein gemeinsames Kind. Dessen Alter habe jedoch eine teilschichtige Erwerbstätigkeit zugelassen. Es sei ihr daher möglich gewesen, eine eigene Altersvorsorge aufzubauen. Auch nach der Scheidung könne sie eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, so dass sich die Vereinbarung nicht einseitig benachteiligend auswirke.

Die Entscheidung des OLG Stuttgart fiel angesichts des Globalverzichts trotz der Kinderbetreuung recht großzügig aus. Dies lag wohl insbesondere an der Initiative der Ehefrau. Sie ist jedoch stimmig, weil eine Unterlegenheit der Ehefrau nicht vorgelegen hat. Die Vereinbarung war daher von der Ehevertragsfreiheit gedeckt.

3.39. Urteil des BGH vom 25. Oktober 2006

Die Ehegatten schlossen wenige Tage vor der Ehe einen Globalverzicht. Der künftige Ehemann war polnischer Staatsangehöriger ohne Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis. Er erhielt einen Monat nach der Eheschließung Sozialhilfe. Seine Gattin lebte bereits zuvor von Sozialhilfe. Im Zeitpunkt der Ehescheidung war sie erwerbsunfähig und bezog weiterhin Sozialhilfe.

Der BGH nutzte diesen Sachverhalt zur Klarstellung, dass trotz der Durchführung der Inhaltskontrolle weiterhin zu prüfen sei, ob eine Vereinbarung wegen der Belastung der Allgemeinheit sittenwidrig sei.⁶⁸² Dies sei aber nur dann der Fall, wenn durch den Unterhaltsverzicht eine Belastung des Sozialhilfeträgers herbeigeführt werde.⁶⁸³ Eine solche Konstellation sah der

681 FamRZ 2007, 291.

682 BGH, FamRZ 2007, 197.

683 BGH, FamRZ 2007, 197 (198).

BGH nicht als gegeben an, weil beide Ehegatten schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mittellos gewesen waren.

Der Vertrag hielt nach Ansicht des BGH auch der Wirksamkeitskontrolle stand, weil wegen der beiderseitigen Mittellosigkeit keine einseitige Lastenverteilung erfolgt sei.⁶⁸⁴ Eine grundlegende Änderung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse sei nicht zu erwarten gewesen. Auch habe der Vereinbarung keine abweichende gemeinsame Lebensplanung entgegen gestanden.

Die Entscheidung des BGH bekräftigt in deutlichen Worten das Nebeneinander von Inhaltskontrolle und Sittenwidrigkeit wegen Belastung der Allgemeinheit. Auch wird letztere Fallgruppe präzisiert durch die kausale Verbindung zwischen Unterhaltsverzicht und Belastung des Sozialhilfeträgers. Von diesem Rechtsstand war allerdings nach der Entscheidung vom 9. Juli 1992, in der die Belastung abgelehnt wurde, weil der Ehemann zu einer Eheschließung ohne Verzicht auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch nicht bereit war,⁶⁸⁵ bereits vor diesem Urteil auszugehen.

3.40. Urteil des BGH vom 22. November 2006

Der BGH hatte die Entscheidung des OLG Koblenz vom 25. Mai 2004⁶⁸⁶ zu überprüfen. Er gelangte materiell zum gleichen Ergebnis wie das OLG, stützte seine Entscheidung jedoch nicht auf eine Vertragsanpassung im Rahmen der Ausübungskontrolle, sondern auf die Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichtes.⁶⁸⁷ Eine solche liege entgegen der Annahme des OLG Koblenz nicht nur bei einer Zwangslage vor, sondern ergebe sich aus einer Gesamtwürdigung. Diese führe hier zu einer Nichtigkeit, weil es der ehelichen Solidarität widerspreche, wenn jegliche Verantwortung für einen aus dem Ausland zugereisten Ehegatten abgelehnt werde, obwohl dieser auch wegen der Eheschließung eingereist sei und im Falle einer Scheidung wegen seiner Ausbildung und Erkrankung keine Aussichten habe, sich

684 BGH, FamRZ 2007, 197.

685 Vgl. BGH, FamRZ 1992, 1403. Siehe dazu auch oben, S. 56.

686 Zur Entscheidung und zum Sachverhalt siehe oben, S. 169.

687 BGH, FamRZ 2007, 450.

selbst unterhalten zu können.⁶⁸⁸ Denn diese Bedarfssituation sei mittelbare Folge der Eheschließung.

Mit dieser Entscheidung verschärft der BGH die Anforderungen an Ehevereinbarungen gerade mit ausländischen Ehegatten. Der persönliche Hintergrund des anderen Ehegatten scheint kein Lebensrisiko zu sein, das von der gemeinsamen Verantwortung ausgenommen werden kann.⁶⁸⁹ Dabei lag das sich verwirklichende Risiko in der Erkrankung der Ehefrau. Eine voreheliche Erkrankung war jedoch gerade das Hauptbeispiel des BGH für ein Lebensrisiko, das nicht von beiden Ehegatten gemeinsam getragen werden muss.

Insoweit hätte es vielleicht näher gelegen, die Entscheidung auf eine besondere Abhängigkeit der zugereisten Ehefrau von ihrem künftigen Ehemann zu stützen. Ausreichende Anhaltspunkte dafür waren eigentlich gegeben. Alternativ hätte der BGH erwägen können, sich näher mit einer möglichen Sittenwidrigkeit wegen der Belastung des Sozialhilfeträgers zu befassen. Denn ohne die Eheschließung und den vorangegangenen Unterhaltsverzicht hätte die Ehefrau nach der Scheidung keinen Sozialhilfeanspruch gehabt. Diese Problematik klammert der BGH jedoch wegen des Nichtbestehens der Wirksamkeitskontrolle aus.⁶⁹⁰

3.41. Urteil des BGH vom 13. Februar 2007

Der BGH hob auf die Revision beider Parteien die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 15. Juli 2004⁶⁹¹ auf.⁶⁹² Zwar billigte er die Ausführungen zur Wirksamkeitskontrolle. Die Ablehnung der Sittenwidrigkeit sei trotz der Schwangerschaft der Ehefrau nicht zu beanstanden, weil die Vereinbarung keine einseitige Lastenverteilung enthalten habe. Jedoch verwarf er das Ergebnis der durchgeführten Ausübungskontrolle.

688 BGH, FamRZ 2007, 450 (451).

689 So die Formulierung in BGH, FamRZ 2007, 197 (199), und in BGH, FamRZ 2007, 450 (451).

690 BGH, FamRZ 2007, 450 (452).

691 Dazu und zum Sachverhalt siehe oben, S. 178, Kap. 3.9.

692 BGH, FamRZ 2007, 974.

Es sei nicht ausreichend dargelegt, dass die Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung von einer erheblichen Teilerwerbstätigkeit der Ehefrau neben der Kindesbetreuung ausgegangen seien. Auch fehlten Ausführungen zu den Umständen, die zu einer Nichtverwirklichung dieser etwaigen Vorstellung geführt hätten. Daher fehle es an der erforderlichen Grundlage für eine Anpassung der Vereinbarung.⁶⁹³

Ergänzend hob der BGH hervor, dass im Rahmen der Ausübungskontrolle nur ehebedingte Nachteile auszugleichen seien. Daher dürfe derjenige Ehegatte, der durch die Vertragsanpassung begünstigt werde, nicht besser gestellt werden als er stünde, wenn er die Ehe nicht eingegangen wäre.⁶⁹⁴

Der BGH nutzte die Entscheidung, um deutlich hervorzuheben, dass sich die Ausübungskontrolle allein an den Vorstellungen der Parteien bei Abschluss der Vereinbarung orientiert. Diese Vorstellungen müssen von der tatsächlichen Entwicklung abweichen. Liegt keine Abweichung vor, müssen sich die Ehegatten an der Vereinbarung, die bereits die Wirksamkeitskontrolle bestanden hat, festhalten lassen. Die Abweichung begrenzt zugleich den Umfang, in dem die Vereinbarung der Anpassung unterliegt.

Der Senat präzisiert darüber hinaus das Kriterium der ehebedingten Nachteile. Sie stellen nicht nur den Bezugspunkt der Ausübungskontrolle dar, die ausdrücklich ihrem Ausgleich dient. Gleichzeitig begrenzen sie die Reichweite der Ausübungskontrolle. Diese darf nicht dazu führen, dass ein Ehegatte aufgrund der Vertragsanpassung Vorteile eingeräumt bekommt, die von den Parteien mit der Vereinbarung nicht beabsichtigt waren und die ihn besser stellen als er ohne Eheschließung stünde. Diese Aussage bedarf freilich ihrerseits der Rückkoppelung an die Vorstellungen der Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung. Sie gilt uneingeschränkt nur für Konstellationen, in denen die Ehegatten mit der Vereinbarung den Unterhaltsanspruch von der Entwicklung der ehelichen Lebens- und Einkommensverhältnisse abkoppeln wollten. Daneben können die Ehegatten den vereinbarten Unterhaltsanspruch aufgrund einer gemeinsamen Vorstellung über das erwartete Einkommen ermittelt haben. Dann ist es durchaus vor-

693 BGH, FamRZ 2007, 974 (977).

694 BGH, FamRZ 2007, 974 (977).

stellbar, dass eine Anpassung zu einer Erhöhung des vereinbarten Unterhaltsanspruchs führt, obwohl der davon begünstigte Ehegatte dadurch ein höheres Einkommen erhält als er aus eigener Kraft hätte erreichen können. Dieses kann immer noch geringer sein, als ein ausschließlich nach den ehelichen Verhältnissen bemessener Unterhaltsanspruch.

4. Zusammenfassung: Der aktuelle Stand der Zivilrechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen

Seit dem Erlass seiner Entscheidung zur Kernbereichslehre hatte der BGH einige Gelegenheiten zur Konkretisierung und Modifikation seines Ansatzes. Darüber hinaus konnte die Rechtsprechung des BGH mittlerweile in zahlreichen Entscheidungen berücksichtigt werden.

4.1. Weiterentwicklungen der Kernbereichslehre durch den BGH

Die einzige ausdrückliche Modifikation der Kernbereichslehre liegt in der Rangänderung der Bemessungsregelungen des § 1578 II Alt. 1, III BGB: Sofern ein Unterhaltsanspruch dem Ausgleich ehebedingter Nachteile dient, teilen die ihn betreffenden Bemessungsregelungen seinen Rang.⁶⁹⁵

Die deutlichste Konkretisierung liegt in der Hervorhebung des hohen Stellenwertes des Versorgungsausgleichs, auf dessen Durchführung nicht kompensationslos verzichtet werden kann, sofern sich dies als Verletzung der ehelichen Solidarität darstellt.⁶⁹⁶ Maßgeblich dafür erachtete der BGH insbesondere die Planung der Ehegatten über den weiteren Verlauf ihrer Lebensgemeinschaft. Die Planung der Ehegatten kann sogar in der Lage sein, schon die Beeinträchtigung des Kernbereiches zu verhindern.⁶⁹⁷

Eine weitere Konkretisierung betrifft Begrenzungen der Höhe eines Unterhaltsanspruchs. Der BGH erhebt zum Prüfungsmaßstab im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle, ob diese schon bei ihrer Vereinbarung

695 BGH, FamRZ 2005, 1449 (siehe Kap. 3.20, S. 204).

696 BGH, FamRZ 2005, 26 (siehe Kap. 3.12, S. 182); FamRZ 2005, 185 (siehe Kap. 3.13, S. 185).

697 BGH, FamRZ 2005, 691 (siehe Kap. 3.16, S. 189), allerdings wurde die Planung hier durch das Alter der Ehegatten verstärkt; FamRZ 2005, 1449 (siehe Kap. 3.20, S. 204).

offensichtlich ungeeignet waren, die zu erwartenden ehebedingten Nachteile ausgleichen zu können.⁶⁹⁸

Zwischen Verzichten auf Altersunterhalt und auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs ist ein gewisser Gleichlauf der rechtlichen Bewertung festzustellen.⁶⁹⁹

Die Einteilung in verschiedene Stufen hat an Bedeutung gewonnen, da der BGH dazu tendierte, die dem Randbereich des Scheidungsfolgenrechts zugeordneten Bereiche für verstärkt, beinahe schon beliebig disponibel zu erklären.⁷⁰⁰ Gleichzeitig erweckte er jedoch Befremden mit der Aussage, dass ein Verzicht auf Unterhaltstatbestände des Kernbereiches, namentlich auf Unterhalt wegen Alters oder Krankheit, entgegen der Grundaussage der Kernbereichslehre nicht für eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung streitet, wenn nicht absehbar ist, unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten sie von Bedeutung sein können.⁷⁰¹

Die Frage, ob eine Wirksamkeitskontrolle zur Teil- oder Gesamtnichtigkeit führt, beschäftigte auch den BGH. Obwohl er zunächst ausdrücklich die Geltung des § 139 BGB bekräftigte,⁷⁰² soll dieser nicht gelten, wenn sich die Sittenwidrigkeit aus einer Gesamtwürdigung des Vertragsinhalts ergibt.⁷⁰³

In jüngeren Entscheidungen widmete der BGH der Frage nach einer Zwangslage einer der Ehegatten mehr Aufmerksamkeit, als in der Kernbereichs-Entscheidung, obwohl ihr in der Kernbereichslehre kein eigenständiger Platz zuerkannt worden war.⁷⁰⁴ Dabei erkannte er die Indizwirkung einer Schwangerschaft ausdrücklich an.⁷⁰⁵ Ein weiterer Trend in den

698 BGH, FamRZ 2005, 1444 (siehe Kap. 3.19, S. 199). So auch OLG Hamm (Kap. 3.32, S. 226).

699 BGH, FamRZ 2005, 691 (siehe Kap. 3.16, S. 189).

700 BGH, FamRZ 2005, 691 (siehe Kap. 3.16, S. 189); FamRZ 2005, 1444 (siehe Kap. 3.19, S. 199). Dem schlossen sich an: OLG Hamm (Kap. 3.21, S. 207); OLG Hamm (Kap. 3.29, S. 221); OLG Koblenz (Kap. 3.30, S. 222).

701 BGH, FamRZ 2005, 1444 (siehe Kap. 3.19, S. 199).

702 BGH, FamRZ 2005, 1444 (siehe Kap. 3.19, S. 199).

703 BGH, FamRZ 2006, 1097 (siehe Kap. 3.35, S. 232).

704 BGH, FamRZ 2005, 691 (siehe Kap. 3.16, S. 189); FamRZ 2005, 1449 (siehe Kap. 3.20, S. 204).

705 BGH, FamRZ 2005, 1444 (siehe Kap. 3.19, S. 199).

jüngeren Entscheidungen ist die direkte Durchführung einer Gesamtwürdigung anstelle einer dezidierten Anwendung der Kernbereichslehre, wenngleich flankiert von einer Darstellung derselben.⁷⁰⁶

Im Rahmen der Ausübungskontrolle führte der BGH das Instrument der Störung der Geschäftsgrundlage ein.⁷⁰⁷ Als Maßstab für eine Vertragskorrektur fand der Ausgleich ehebedingter Nachteile die höchstrichterliche Zustimmung.⁷⁰⁸

Das bindende Glied zwischen diesen Entscheidungen scheint das Bemühen des BGH zu sein, Ehegatten zur Wahrung der ehelichen Solidarität und zum Ausgleich ehebedingter Nachteile zu verpflichten.⁷⁰⁹ Dabei kommt es dem BGH nicht vorrangig auf eine ausdifferenzierte Systematik innerhalb der Kernbereichslehre an. Dieses Vorgehen führte dazu, dass sich die Konkretisierung der Kernbereichslehre in verhältnismäßig engen Grenzen hielt.

4.2. Tendenzen und Entwicklungen bei Anwendung des § 138 I BGB

Einer der beiden Hauptbestandteile der Kernbereichslehre ist die Anwendung des § 138 I BGB im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle. Nach der Kernbereichs-Entscheidung des BGH soll sich die Prüfung in diesem Punkt darauf konzentrieren, ob Bestandteile des Kernbereiches abbedungen wurden, ohne dass es dafür eine ausreichende Rechtfertigung oder eine Kompensation gab. Liegen solche Umstände vor, führt die Gesamtwürdigung der Vereinbarung regelmäßig zu deren Sittenwidrigkeit.

706 BGH, FamRZ 2006, 1097 (siehe Kap. 3.35, S. 232); FamRZ 2006, 1359 (siehe Kap. 3.36, S. 235).

707 BGH, FamRZ 2005, 1444 (siehe Kap. 3.19, S. 199).

708 BGH, FamRZ 2005, 185 (siehe Kap. 3.13, S. 185); FamRZ 2005, 1449 (siehe Kap. 3.20, S. 204); FamRZ 2006, 1097 (siehe Kap. 3.35, S. 232); FamRZ 2007, 974 (siehe Kap. 3.41, S. 240). Auch im Bereich der Wirksamkeitskontrolle wurde dieser Maßstab angelegt: BGH, FamRZ 2006, 1097 (siehe Kap. 3.35, S. 232); FamRZ 2006, 1359 (siehe Kap. 3.36, S. 235).

709 Ebenso: *Münch*, DNotZ 2005, 819 (819 f., 826 f.).

An diese Prüfungsvorgabe halten sich einige Gerichte recht genau.⁷¹⁰ Andere greifen direkt auf die Benachteiligung der Ehefrau oder den Verstoß gegen die eheliche Solidarität durch und gehen nicht näher auf die Kernbereichslehre ein.⁷¹¹ Sowohl bei einer differenzierten Anwendung der Kernbereichslehre als auch bei einer unmittelbaren Subsumtion unter eine Benachteiligung oder einen Verstoß gegen die eheliche Solidarität legen die Gerichte eine Notwendigkeit zugrunde, Verzichtserklärungen zu kompensieren⁷¹² oder die getroffenen Regelungen aufgrund besonderer Verhältnisse oder Motivationen zu rechtfertigen.⁷¹³ Ist die Situation der Ehegatten von Gleichberechtigung, insbesondere von vergleichbarem Einkommen geprägt, wird daraus teilweise bereits auf das Fehlen eines Eingriffs in den Kernbereich, regelmäßig jedoch zumindest auf die Vereinbarkeit der Ehevereinbarung mit den guten Sitten geschlossen.⁷¹⁴

In zahlreichen Entscheidungen steht anstelle der Kernbereichslehre die Erörterung einer Zwangslage im Mittelpunkt der Argumentation.⁷¹⁵ Dies erinnert zwar an die Rechtsprechung vor den Entscheidungen des BVerfG

710 Siehe OLG Düsseldorf (Kap. 3.8, S. 175); OLG Karlsruhe (Kap. 3.9, S. 178); summarisch auch OLG Nürnberg (Kap. 3.10, S. 180); OLG Hamm (Kap. 3.23, S. 211); OLG Hamm (Kap. 3.29, S. 221). Auf die Kernbereichslehre neben anderen Aspekten eingehend: OLG Celle (Kap. 3.7, S. 170); OLG Stuttgart (Kap. 3.15, S. 188).

711 Siehe OLG Celle (Kap. 3.11, S. 181); OLG Düsseldorf (Kap. 3.28, S. 218). Diese Vorgehensweise erinnert an diejenige des BGH in den in Fn. 706 zitierten Entscheidungen.

712 Siehe OLG Düsseldorf (Kap. 3.5, S. 166); OLG Düsseldorf (Kap. 3.8, S. 175); OLG Nürnberg (Kap. 3.10, S. 180); OLG Düsseldorf (Kap. 3.28, S. 218); OLG Dresden (Kap. 3.33, S. 229); OLG Zweibrücken (Kap. 3.34, S. 231).

713 Siehe OLG Celle (Kap. 3.7, S. 170); OLG Düsseldorf (Kap. 3.8, S. 175); OLG Braunschweig (Kap. 3.18, S. 196); OLG Frankfurt/M. (Kap. 3.26, S. 216); OLG Düsseldorf (Kap. 3.28, S. 218); OLG Stuttgart (Kap. 3.38, S. 238).

714 Siehe OLG Celle (Kap. 3.1, S. 159); OLG Koblenz (Kap. 3.3, S. 164); OLG Koblenz (Kap. 3.17, S. 193); OLG Braunschweig (Kap. 3.18, S. 196); AmtsG Kandel (Kap. 3.24, S. 212); OLG Frankfurt/M. (Kap. 3.26, S. 216).

715 Auf Vorliegen einer Zwangslage erkennend: OLG Celle (Kap. 3.7, S. 170); OLG Stuttgart (unverbindlich im Rahmen einer PKH-Entscheidung, Kap. 3.15, S. 188); OLG Koblenz (Kap. 3.30, S. 222). Auf Nichtvorliegen einer Zwangslage erkennend: OLG Koblenz (Kap. 3.3, S. 164 und Kap. 3.6, S. 169); OLG Hamm (Kap. 3.14, S. 187); der Sache nach auch OLG Hamm (Kap. 3.21, S. 207); AmtsG Kandel (Kap. 3.24, S. 212); OLG Zweibrücken (Kap. 3.25, S. 214); OLG Frankfurt/M. (Kap. 3.26, S. 216); OLG Koblenz (Kap. 3.27, S. 217); OLG Zweibrücken (Kap. 3.34, S. 231). Lediglich ergänzend das Vorliegen einer Zwangslage erörternd: OLG München (verneinend, Kap. 3.2, S. 162); OLG Hamm (verneinend, Kap. 3.29, S. 221); OLG Hamm (bejahend, Kap. 3.32, S. 226).

und der Kernbereichs-Entscheidung des BGH, jedoch ging der BGH noch in dieser – wenn auch an untergeordneter Stelle – auf das mögliche Vorliegen einer Zwangslage ein.⁷¹⁶ Auch in neueren Entscheidungen ist ihm dieser Topos nicht fremd.⁷¹⁷ Gegenüber der früheren Rechtsprechung haben sich die Schwerpunkte freilich verschoben.⁷¹⁸ Insbesondere greifen die Instanzgerichte zusätzlich die Argumentation der höchstrichterlichen Entscheidungen auf. Dies spiegelt sich vor allem in der Erörterung einer Schwangerschaft als regelmäßige Grundlage einer Zwangslage wider.⁷¹⁹ Eine Indizwirkung wurde ihr jedoch nur teilweise zuerkannt.⁷²⁰ Neben der Schwangerschaft wurden auch andere Umstände zur Begründung oder Ablehnung einer Unterlegenheit und damit einer Zwangslage herangezogen.⁷²¹ Im Regelfall führte das Vorliegen einer Zwangslage auch zur Sittenwidrigkeit der Ehevereinbarung.⁷²²

Die Prognoseschwierigkeiten, die sich aus der Ungewissheit über die zeitlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ergeben, wurden anfänglich als Argument gegen eine ausreichende Kompensation gewertet, später aber auch zur Begründung der Unbeachtlichkeit von Unterhaltsverzichten ins Feld geführt.⁷²³

Auf Seiten der Rechtsfolgen hat sich noch kein klares Muster ergeben. Zunächst ergingen Entscheidungen, die mit recht großzügigen Argumenten

716 BGH, NJW 2004, 930 (935).

717 Siehe Nachweise in Fn. 704.

718 Ausdrücklich: BGH, FamRZ 2007, 450 (451). Siehe dazu Kap. 3.40, S. 239.

719 Zumindest auch wegen der Schwangerschaft eine Zwangslage bejahend: OLG Celle (Kap. 3.7, S. 170); OLG Düsseldorf (Kap. 3.8, S. 175); OLG Nürnberg (unverbindlich im Rahmen einer PKH-Entscheidung, Kap. 3.10, S. 180); OLG Stuttgart (unverbindlich im Rahmen einer PKH-Entscheidung, Kap. 3.15, S. 188); OLG Düsseldorf (Kap. 3.28, S. 218); OLG Hamm (Kap. 3.32, S. 226); OLG Dresden (Kap. 3.33, S. 229). Letztlich eine Zwangslage verneinend: OLG Braunschweig (Kap. 3.18, S. 196); OLG Zweibrücken (Kap. 3.34, S. 231).

720 Ausdrücklich bekannte sich zur Indizwirkung: OLG Celle (Kap. 3.7, S. 170); OLG Düsseldorf (Kap. 3.8, S. 175); AmtsG Lüdenscheid, FamRZ 2007, 481. Keine Bedeutung maß ihr hingegen das OLG Hamm (Kap. 3.29, S. 221) bei.

721 Siehe OLG Celle (Kap. 3.7, S. 170): kurze Zeitspanne zwischen Entdeckung der Schwangerschaft und Eingehung der Ehe; OLG Hamm (Kap. 3.29, S. 221): geschäftliche Erfahrung der Ehefrau und Länge der Vereinbarung.

722 Trotz Zwangslage die Sittenwidrigkeit verneinend nur OLG Hamm (Kap. 3.32, S. 226).

723 Siehe BGH (Kap. 3.19, S. 199); OLG Hamm (Kap. 3.32, S. 226).

zu einer Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung gelangten. Das OLG Celle führte zur Begründung einerseits die Unterlegenheit der Verlobten bei Abschluss der Vereinbarung an, andererseits die Missbilligung des Bemühens des Ehemanns, für den Fall eines Scheiterns der Ehe den vorehelichen Zustand soweit als möglich zu konservieren.⁷²⁴ Das OLG Düsseldorf begnügte sich bereits mit dem Fehlen einer salvatorischen Klausel und einem den Parteien unterstellten Willen zur Einheitlichkeit.⁷²⁵ Nach der Klarstellung des BGH, dass für die Anwendung des § 139 BGB im Bereich der Ehevereinbarungen keine Besonderheiten gelten,⁷²⁶ scheinen die Gerichte eine größere Zurückhaltung an den Tag zu legen. In einigen Entscheidungen wurde zwar die Nichtigkeit von Vertragsinhalten, die nicht Verfahrensgegenstand waren, für möglich gehalten, aber wegen der jeweils ausgeführten Interessenlage der Parteien oder mit dem schlichten Hinweis auf die enthaltenen salvatorischen Klauseln nicht auf Gesamt-, sondern allenfalls auf Teilnichtigkeit erkannt.⁷²⁷ Der BGH schloss schließlich von der im Rahmen einer Gesamtwürdigung des Inhalts erkannten Sittenwidrigkeit auf die Gesamtnichtigkeit der beurteilten Vereinbarung.⁷²⁸

4.3. Tendenzen und Entwicklungen bei Anwendung des § 242 BGB

Bei Durchführung der Ausübungskontrolle halten sich die Entscheidungen, in denen das erkennende Gericht eine Vertragsanpassung vornahm und jene, in denen die Vereinbarung gebilligt wurde, in etwa die Waage.⁷²⁹

724 Siehe Kap. 3.7, S. 170.

725 Siehe Kap. 3.8, S. 175.

726 BGH, FamRZ 2005, 1444 (siehe Kap. 3.19, S. 199).

727 Siehe AmtsG Kandel (Kap. 3.24, S. 212); OLG Frankfurt/M. (Kap. 3.26, S. 216); OLG Zweibrücken (Kap. 3.25, S. 214); OLG Dresden (Kap. 3.33, S. 229); OLG Zweibrücken (Kap. 3.34, S. 231).

728 BGH, FamRZ 2006, 1097 (siehe Kap. 3.35, S. 232).

729 Ausübungskontrolle bestanden: OLG Celle (nur implizit geprüft, Kap. 3.1, S. 159); OLG Koblenz (Kap. 3.3, S. 164); OLG Hamm (Kap. 3.14, S. 187); BGH (Kap. 3.16, S. 189); OLG Braunschweig (Kap. 3.18, S. 196); OLG Hamm (Kap. 3.21, S. 207); AmtsG Kandel (Kap. 3.24, S. 212); OLG Frankfurt/M. (Kap. 3.26, S. 216); OLG Hamm (Kap. 3.29, S. 221). Ausübungskontrolle nicht bestanden: OLG München (Kap. 3.2, S. 162); OLG Düsseldorf (Kap. 3.5, S. 166); OLG Koblenz (Kap. 3.6, S. 169); OLG Karlsruhe (Kap. 3.9, S. 178); OLG Celle (Hilfsüberlegung, Kap. 3.11, S. 181); BGH (Kap. 3.13, S. 185); OLG Koblenz (Kap. 3.17, S. 193); BGH (Kap. 3.20, S. 204); OLG Koblenz

Deutlich wird dabei, dass der vom BGH zunächst aufgestellte Obersatz, eine einseitige Belastung im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft zu untersuchen, kaum als Bezugspunkt der rechtlichen Erörterungen dient.⁷³⁰ Durchgesetzt hat sich vielmehr die beispielhaft angeführte Fallgruppe einer abweichenden Entwicklung der Lebensgemeinschaft im Vergleich zu der dem Vertragsschluss zugrunde gelegten Planung.⁷³¹ Die Voraussetzungen dieser Fallgruppe ähneln denjenigen des § 313 BGB. Bei Anpassung des Vertrages versuchen die Gerichte die entstandenen ehebedingten Nachteile zu erfassen und durch die Zuerkennung eines Anspruchs in entsprechender Höhe zu kompensieren.⁷³²

Aus dem durch diese Entscheidungen gebildeten Rahmen fällt eine Entscheidung des OLG München heraus, das § 242 BGB mit einer auf § 138 I BGB zugeschnittenen Begründung heranzog: Der abgeschlossene Unterhaltsverzicht sei ohne Gegenleistung erfolgt und betreffe den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts.⁷³³

4.4. Weitere Tendenzen und Entwicklungen

Obwohl sowohl die Entscheidungen des BVerfG als auch jene des BGH voreheliche Ehevereinbarungen zum Gegenstand hatten, wurde die Kernbe-

(Kap. 3.27, S. 217); hilfsweise OLG München (Kap. 3.31, S. 224).

730 Ausdrücklich nutzen diesen Einstieg nur OLG Koblenz (Kap. 3.3, S. 164); OLG Hamm (Kap. 3.23, S. 211); OLG Hamm (Kap. 3.29, S. 221).

731 Siehe OLG Koblenz (Kap. 3.3, S. 164); OLG Düsseldorf (Kap. 3.5, S. 166); OLG Koblenz (Kap. 3.6, S. 169); OLG Karlsruhe (Kap. 3.9, S. 178); OLG Celle (Kap. 3.11, S. 181); BGH (Kap. 3.12, S. 182); BGH (Kap. 3.13, S. 185); BGH (Kap. 3.16, S. 189); OLG Koblenz (Kap. 3.17, S. 193); OLG Braunschweig (Kap. 3.18, S. 196); BGH (Kap. 3.19, S. 199); BGH (Kap. 3.20, S. 204); OLG Hamm (Kap. 3.21, S. 207); AmtsG Kandel (Kap. 3.24, S. 212); OLG Zweibrücken (Kap. 3.25, S. 214); OLG Frankfurt/M. (Kap. 3.26, S. 216); OLG Koblenz (Kap. 3.27, S. 217); AmtsG Lüdenscheid, FamRZ 2007, 481. Zur ursprünglichen Beispielhaftigkeit siehe BGH, NJW 2004, 930 (935).

732 Siehe BGH (Kap. 3.13, S. 185): Differenz zwischen den tatsächlichen und den bei durchgehender Berufstätigkeit fiktiv erreichten Versorgungsanwartschaften; OLG Koblenz (Kap. 3.17, S. 193): Differenz zwischen der tatsächlich ausgezahlten Erwerbsunfähigkeitsrente und dem Mindestbedarf; OLG Zweibrücken (Kap. 3.34, S. 231): Differenz zwischen den zu erwartenden Versorgungsanwartschaften und den infolge des Vertragsbruchs erreichten; BGH (Kap. 3.41, S. 240): Begrenzung nach den Vorstellungen der Parteien.

733 OLG München (Kap. 3.2, S. 162).

reichslehre ohne weitere Problematisierung auf eheliche Ehevereinbarungen⁷³⁴ und Trennungs- bzw. Scheidungsvereinbarungen⁷³⁵ angewandt.⁷³⁶ Sogar auf eine nach der Scheidung geschlossene Vereinbarung wurde die Rechtsprechung übertragen.⁷³⁷

Aus Einzelfällen wird deutlich, dass die auf die Kernbereichslehre gestützten Ansprüche ebenso den allgemeinen Grenzen der Geltendmachung von Ansprüchen unterfallen, wie sonstige Ansprüche.⁷³⁸ Für denkbar gehalten wurde die Anwendung der Kernbereichslehre zugunsten des Unterhaltspflichtigen.⁷³⁹

4.5. Fazit

Auch einige Zeit nach ihrer Einführung ist aus der Kernbereichslehre kein scharfes Schwert geworden. Sie ist immer noch Wachs in der Hand der Justiz. Zwar hat sie in einzelnen Punkten an Kontur gewonnen. Insgesamt stehen Argumentationsführung und Ergebnis jedoch immer noch nahezu im Belieben des erkennenden Gerichtes. Solange die Terminologie der Kernbereichslehre aufgegriffen wird, scheint jedes Ergebnis argumentativ begründbar.

Gleichwohl gelingt die Handhabung der Materie durch die Instanzgerichte überwiegend. Sie ist von dem Bemühen geprägt, gleichzeitig den zugrunde liegenden Wertungen Rechnung zu tragen und dabei nur maßvoll in die Vertragsfreiheit der Ehegatten einzugreifen. Letzteres gelingt nicht immer:

734 Siehe OLG Koblenz (Kap. 3.3, S. 164); BGH (Kap. 3.12, S. 182); OLG Hamm (Kap. 3.21, S. 207); OLG Hamm (Kap. 3.22, S. 210); OLG Frankfurt/M. (Kap. 3.26, S. 216); OLG Koblenz (Kap. 3.30, S. 222).

735 Siehe OLG Celle (Kap. 3.1, S. 159); OLG Celle (Kap. 3.11, S. 181); OLG Hamm (Kap. 3.14, S. 187).

736 Nur in den Entscheidungen des OLG Koblenz (Kap. 3.3, S. 164) und des OLG Hamm (Kap. 3.21, S. 207) wird immerhin der Umstand, dass die Parteien noch miteinander verheiratet waren, gegen die Annahme einer Zwangslage gewertet. Im Übrigen leiteten die Gerichte keine Besonderheiten aus der bestehenden Ehe oder der Verbindung der Vereinbarung mit der bevorstehenden oder bereits vollzogenen Trennung oder Scheidung ab.

737 Siehe OLG München (Kap. 3.2, S. 162).

738 Siehe OLG Düsseldorf (Kap. 3.5, S. 166 [Treuwidrigkeit des Berufens]; Kap. 3.28, S. 218 [Verwirkung]).

739 Siehe OLG Celle (Kap. 3.11, S. 181); OLG Karlsruhe (Kap. 3.37, S. 236).

Entgegen der ursprünglich vom BGH angedachten Verteilung, nach der die Anwendung des § 138 I BGB auf schwerwiegende Ausnahmefälle beschränkt bleiben sollte, erfolgten mehr Korrekturen im Rahmen der Wirksamkeits- als im Rahmen der Ausübungskontrolle.

Das Bemühen um eine wertende Betrachtung drückt sich in der vermehrten Berücksichtigung der ehelichen Solidarität sowohl für die Begründung einer Sittenwidrigkeit als auch als Maßstab für die Vertragskorrektur aus. Flankierend richten die Gerichte ihr Augenmerk auf die – im Wesentlichen finanzielle – Gleichberechtigung der Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung unter Berücksichtigung der vorgestellten Entwicklung der ehelichen Lebensverhältnisse. Bei Abweichungen von dem Leitbild der gleichberechtigten und solidarischen Partnerschaft wird nach einer Rechtfertigung, insbesondere durch außergewöhnliche Verhältnisse gefragt. Diese liegt regelmäßig in einer unternehmerischen Betätigung eines Ehegatten.

Ogleich die Zivilgerichte damit wohl den Vorstellungen des BVerfG gerecht werden, bedeutet diese Vorgehensweise die Anwendung unkonturierter Rechtsprinzipien anstelle von Tatbestandsmerkmalen. Der ehelichen Solidarität steht die Eigenverantwortung der Ehegatten gegenüber. Die Abwägung zwischen beiden erweckt den Eindruck freier gerichtlicher Rechtsschöpfung. Von Rechtssicherheit kann insoweit noch nicht gesprochen werden.

Zur Herstellung von Rechtssicherheit versuchen die Gerichte teilweise, in ihren Entscheidungen allgemeine Rechtssätze zur Konkretisierung der Kernbereichslehre aufzustellen.⁷⁴⁰ Bei diesem begrüßenswerten Bestreben muss der richtige Weg zwischen dem notwendigen Herausbilden von Fallgruppen und der unbeschädigten Einzelfallgerechtigkeit gefunden werden – schon um Ehegatten Planungs- und Verhaltenssicherheit zu geben.

740 Siehe insbesondere BGH (Kap. 3.12, S. 182; Kap. 3.13, S. 185); OLG Hamm (Kap. 3.14, S. 187, allerdings nicht überzeugend); OLG Düsseldorf (Kap. 3.28, S. 218).

5. Die Unterhaltsentscheidung des BVerfG vom 28. Februar 2007

Mit seiner Entscheidung vom 28. Februar 2007⁷⁴¹ hat das BVerfG die Unvereinbarkeit des § 1615I II 3 BGB mit Art. 6 V GG festgestellt und den Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 31. Dezember 2008 für Abhilfe zu sorgen. Wegen der engen Verzahnung sowohl der Thematik als auch der verfassungsgerichtlichen Argumentation mit § 1570 BGB wird diese Entscheidung nicht ohne Auswirkungen auf die Diskussion über die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen bleiben.

Das BVerfG stützt seine Entscheidung auf den Zweck von Betreuungsunterhalt.⁷⁴² Sowohl § 1615I II BGB als auch § 1570 BGB dienen der Verwirklichung des Kindeswohls. Weil sie dabei unterschiedliche Voraussetzungen aufstellten, die unmittelbar zu einer unterschiedlich langen Bezugsdauer des Betreuungsunterhalts in Abhängigkeit von einer etwaigen ehemaligen ehelichen Verbundenheit der Eltern führten,⁷⁴³ würden nicht-eheliche Kinder unter Verstoß gegen Art. 6 V GG benachteiligt.⁷⁴⁴ Die weitergehende Zuerkennung von Betreuungsunterhalt für geschiedene Elternteile sei nicht unter Hinweis auf die eheliche Solidarität gerechtfertigt, weil der Betreuungsunterhalt allein Zwecken des Kindeswohls diene, das von einer ehelichen Verbindung der Eltern unabhängig sei.⁷⁴⁵ Die Verfolgung eines darüber hinausgehenden Zwecks, etwa der Berücksichtigung des während der Ehe aufgebauten Vertrauens des geschiedenen Ehegatten in die Fortdauer seiner eigenen Erwerbsuntätigkeit ergebe sich weder aus dem gesetzlichen Tatbestand noch aus der Konkretisierung der Rechtsprechung, die sich im Wesentlichen am Alter der betreuungsbedürftigen Kinder orientiere.⁷⁴⁶

Das BVerfG sieht den Unterhaltsanspruch eines betreuenden Elternteils unabhängig von der elterlichen Beziehung nur in seiner Funktion als

741 NJW 2007, 1735.

742 BVerfG, NJW 2007, 1735 (1737).

743 BVerfG, NJW 2007, 1735 (1737).

744 BVerfG, NJW 2007, 1735 (1738).

745 BVerfG, NJW 2007, 1735 (1738).

746 BVerfG, NJW 2007, 1735 (1739).

Verwirklichung des Kindeswohls durch die Ermöglichung einer persönlichen Betreuung durch die Eltern. Diese Betrachtungsweise steht einer Disponibilität des Betreuungsunterhalts in weitem Umfang entgegen. Besteht der Unterhaltsanspruch des Elternteils nur im Interesse des Kindes, handelt es sich materiell um einen Anspruch des Kindes. Eine Abbedingung hätte dann die gleiche Wirkung wie ein Vertrag zulasten Dritter und stellte eine unmittelbare Belastung des Kindes dar.

Dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird die rechtliche in der Regel zu folgen haben. Eine Rechtfertigung einer Abbedingung des Betreuungsunterhalts, bei der nicht schon die Bedürftigkeit des Elternteils und somit die Tatbestandsvoraussetzungen des Unterhaltsanspruchs wegfallen, wird kaum jemals in Betracht kommen.

Zu einer weitgehenden Verbindlichkeit des § 1570 BGB ist die Zivilrechtssprechung bereits seit geraumer Zeit gelangt. Diese Erkenntnis war von der Einführung der Inhaltskontrolle für Ehevereinbarungen unabhängig. Durch die Entscheidung des BVerfG ist daher keine grundlegende Neuorientierung erforderlich geworden. Allerdings verschiebt sich die Argumentation in Nuancen. Bei Beurteilung der Planung der Ehegatten als Grundlage für eine Disposition über den nahehelichen Betreuungsunterhalt ist nunmehr verstärkt auf die Verwirklichung des Kindeswohls zu achten.

Setzt der Gesetzgeber die Forderung des BVerfG nach einer Änderung der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen um,⁷⁴⁷ können sich daraus neue Schranken für eine Disposition über den Betreuungsunterhalt ergeben. Ehegatten werden dafür Sorge zu tragen haben, keine Benachteiligung ihrer Kinder gegenüber der Rechtsstellung nichtehelicher Kinder herbeizuführen.

747 Die Umsetzung ist zwischenzeitlich erfolgt mit Wirkung zum 1. Januar 2008. Siehe dazu im Einzelnen unten, S. 439 ff.

VIII. Reaktionen der Literatur auf die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen durch die Zivilgerichtsbarkeit

Wie bei einer grundlegenden Rechtsprechungsänderung nicht anders zu erwarten, befasste sich das familienrechtliche Schrifttum ausführlich insbesondere mit den Entscheidungen des BGH. Im Zentrum der Diskussion steht die Entscheidung vom 11. Februar 2004, in der die Kernbereichslehre begründet wurde. Neben dem familienrechtlichen Schrifttum, das sich vor allem mit der dogmatischen Konstruktion des BGH befasst, konzentriert sich die Notarfachliteratur auf die praktische Umsetzung der Entscheidung in inhaltlicher und verfahrenstechnischer Hinsicht.

1. Einordnung und Analyse der Kernbereichs-Entscheidung des BGH

Bei der Bewertung der BGH-Entscheidung besteht erwartungsgemäß keine Einigkeit. Einige Stellungnahmen begrüßen das Urteil als Rückkehr der Rechtssicherheit⁷⁴⁸ und attestieren dem BGH eine sorgfältige Entwicklung und Begründung der Kernbereichslehre, hinreichende Klarheit, ein solides dogmatisches Fundament und Wohlausgewogenheit.⁷⁴⁹ Nach anderer Ansicht wird die nach den Entscheidungen des BVerfG herrschende Rechtsunsicherheit nicht beseitigt,⁷⁵⁰ weil die tragenden Wertungen und Strukturen des Urteils allenfalls angedeutet würden und zu abstrakt und interpretationsbedürftig formuliert seien.⁷⁵¹

748 Rauscher, DNotZ 2004, 524. „Gut leben“ können die Rechtsanwender mit der Entscheidung nach Auffassung Gageiks, RNotZ 2004, 295 (318). Eingeschränkt zustimmend auch Koch, NotBZ 2004, 147 (148). Münch, ZNotP 2004, 122 (131).

749 Rauscher, DNotZ 2004, 524. Ähnlich: Dorsel, RNotZ 2004, 496 (497); Münch, KritV 2005, 208 (215).

750 Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 (1765); Dauner-Lieb, FF 2004, 65 (69); dies., JZ 2004, 1027; Mayer, FPR 2004, 363 (370 f.).

751 Dauner-Lieb, FF 2004, 65; dies., JZ 2004, 1027.

1.1. Zur Vereinbarkeit der Entscheidung des BGH mit den Vorgaben des BVerfG

Die Literatur setzte sich mit der Frage auseinander, inwieweit die Kernbereichslehre des BGH eine ausreichende Umsetzung der Vorgaben des BVerfG darstellt. Eine Untersuchung dieses Punktes drängt sich auf, weil das BVerfG die Bedeutung der Abschlussituation hervorhebt, der Schwerpunkt des BGH jedoch auf der Formulierung der Kernbereichslehre liegt. Diese wiederum betrifft nicht nur die Anwendung des § 138 BGB und somit die Abschlussituation, sondern auch, vielleicht sogar hauptsächlich, die Ausübungskontrolle anhand des § 242 BGB, in deren Rahmen die Situation bei Abschluss des Vertrages in den Hintergrund tritt.

Das Schrifttum sieht die Schwangerschaft der benachteiligten Frau in der Kernbereichslehre nicht mit der gleichen Bedeutung versehen wie in den Entscheidungen des BVerfG.⁷⁵² Nach Analyse *Mayers* und *Langenfelds* ist eine Inhaltskontrolle in der Umsetzung des BGH sogar unabhängig von einer Drucksituation⁷⁵³ bei Vertragsschluss, der gegenüber der inhaltlichen Unausgewogenheit des Vertrages keine eigenständige Bedeutung zukomme.⁷⁵⁴ Anders sieht dies *Gageik*, nach deren Interpretation der BGH das Verhandlungsungleichgewicht nicht wie das BVerfG als objektives, sondern als subjektives Prüfungskriterium aufnimmt, indem er die *Ausnutzung* einer Zwangslage erörtert. Damit werde die ungleiche Verhandlungsposition der Vertragspartner nicht belanglos. Die Verlagerung ins Subjektive sei zudem sachlich gerechtfertigt, weil erst die Ausnutzung einer bestehenden Zwangslage einen Rückschluss auf die Sittenwidrigkeit des abgeschlossenen Vertrages zulasse.⁷⁵⁵ Auch *Koch* sieht die Prüfung des Verhandlungsungleichgewichts als subjektives Merkmal an, das in der Entscheidung des BGH nur einen geringen Stellenwert einnehme. Dennoch

752 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3073), der zugleich die Erwartung äußert, die Untergerichte würden der Schwangerschaft wahrscheinlich dennoch eine hohe Bedeutung zumessen. A.A. *Münch*, DNotZ 2005, 819 (825 f.), der auf die dennoch stets vorgenommene Prüfung einer Imparität durch den BGH hinweist.

753 *Mayer*, FPR 2004, 363. Eine Schwangerschaft sei nur ein Beispiel für eine mögliche Drucksituation.

754 *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (312); *Mayer*, FPR 2004, 363 (368).

755 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (307).

folgt sie aus den Ausführungen zum Urteil des OLG München, in denen der Senat auf die Unterlegenheit der Ehefrau eingeht, dass der BGH an dem Erfordernis einer ungleichen Verhandlungsposition festhalte. Dies sei wegen der auf Art. 2 I GG gestützten Argumentation des BVerfG, die sich auf den Ausschluss der Selbstbestimmung bei Abschluss des Vertrages stütze, auch erforderlich.⁷⁵⁶

Anders als nach der Ansicht der meisten anderen Autoren ist nach Ansicht *Rakete-Dombecks* das Verhältnis zwischen der ungleichen Verhandlungsposition und der einseitigen Benachteiligung in der Entscheidung des BVerfG kein eindeutig kumulatives.⁷⁵⁷ Selbst soweit der BGH kein Ungleichgewicht verlangte, führte dies nach ihrer Auffassung daher nicht zu einem Unterschied gegenüber den Vorgaben des BVerfG.

Wegen der Entscheidung des BVerfG zur Halbteilung ehelich erworbenen Vermögens⁷⁵⁸ werden Zweifel angemeldet, ob die letzttrangige Einordnung des Zugewinnausgleichs innerhalb der Kernbereichslehre zu halten ist.⁷⁵⁹

Die Abweichung des BGH von den Begriffen des BVerfG und die unterschiedliche Schwerpunktsetzung wird mit verschiedenen Leitmotiven der Gerichte zu erklären versucht. Während die Entscheidungen des BVerfG vom Grundgedanken der Gleichberechtigung und gleicher Teilhabe am während der Ehe erwirtschafteten Vermögen geprägt seien,⁷⁶⁰ stünde für den BGH die Vertragsfreiheit, eingeschränkt durch das Verbot des Instituts-

756 Koch, NotBZ 2004, 147 (149).

757 *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 f.

758 BVerfG, NJW 2002, 1185. Siehe oben, Seite 97.

759 *Dauner-Lieb*, FF 2004, 65 (66 f.); *dies.*, JZ 2004, 1027 (1028); *dies.*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (7); *Mayer*, FPR 2004, 363 (371); *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1277); *Schumacher*, FS Otte, 363 (382); *Schwab*, FS Holzauer, 410 (426). Zustimmend hingegen *Münch*, ZNotP 2004, 122 (124); *ders.*, FamRZ 2005, 570 (573); *Schumacher*, FS Otte, 363 (380), nach dessen Ansicht das BVerfG verkannt hat, dass der Grundsatz der Teilhabe im Unterhaltsrecht nicht gilt. Wegen der vom BGH vorgenommenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise will *Schumacher*, aaO., S. 381 f., den Zugewinnausgleich jedoch dem Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen zuordnen. *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (224), und *Münch*, MittBayNot 2003, 107 (109); *ders.*, DNotZ 2005, 819 (820); *ders.*, KritV 2005, 208 (228), weisen darauf hin, dass die Entscheidung des BVerfG nicht zu Eheverträgen ergangen ist, obgleich die Argumentationsmuster die gleichen seien wie in den Entscheidungen zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen.

760 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1758); *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (280).

missbrauchs, im Vordergrund.⁷⁶¹ Ihm gehe es nicht um ein Leitbild der Ehe, sondern um ein Leitbild der Scheidungsfolgen.⁷⁶² Zugunsten des BGH weist die Literatur darauf hin, dass sich aus den Grundrechten Gleichberechtigung (Art. 3 GG) und Privatautonomie (Art. 2 I GG) nicht nur die Grundlage der gerichtlichen Vertragskontrolle, sondern auch deren Grenze ergebe.⁷⁶³ Hingegen sei die Notwendigkeit und der hohe Stellenwert der Vertragsfreiheit nicht nur verfassungsrechtlich durch Art. 2 I GG geschützt, sondern ergebe sich auch aus dem einfachen Recht.⁷⁶⁴ *Schwab* unterstellt dem BGH die gute Absicht, die Vertragsfreiheit in größtmöglichem Umfang zu retten, hält den eingeschlagenen Weg jedoch unter dieser Prämisse sogar für gefährlicher als den Ansatz des BVerfG.⁷⁶⁵

1.2. Dogmatische Analysen der Entscheidung des BGH

Der zweistufige Prüfungsaufbau des BGH wird weitgehend stillschweigend als Kontinuität zur bisherigen Rechtsprechung und letztlich wohl als Ausfluss der gesetzlich vorgegebenen Systematik angesehen.⁷⁶⁶ Einige Literaten

761 *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (280); *Mayer*, FPR 2004, 363 (368 f.). *Mayer* sieht die Rechtsprechung des BGH in der Nähe zur *laesio enormis* des Gemeinen Rechts (strikte Grenze: Überschritt der Zinssatz das Doppelte des Üblichen, war das Rechtsgeschäft nichtig), sieht aber die dafür erforderliche Wertlehre in heutiger Zeit nicht gegeben.

762 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (226).

763 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (224), weist zudem darauf hin, dass die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 I GG durchaus beeinträchtigt werden könne, da nunmehr Ehen zu Bedingungen bestehen könnten, unter denen sie – in Ausübung der negativen Eheschließungsfreiheit – nicht eingegangen worden wären, wenn die Nichtgeltung der vertraglichen Regelungen bekannt gewesen wäre. Die Beschränkung der Inhaltskontrolle durch die Privatautonomie bei gleich starken Verhandlungspositionen betonen *Koch*, NotBZ 2004, 147 (149), und *Mayer*, FPR 2004, 363 (371).

764 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (224). *Münch*, ZNotP 2004, 122 (123), sieht in der Vertragsfreiheit im Eherecht das notwendige Korrelat zur Abschaffung des gesetzlichen Eheleitbildes einerseits und der Orientierung des Scheidungsfolgenrechts an der Einverdienerhe andererseits. Zu diesem Zusammenhang auch *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (312 ff.); *dies.*, FF 2002, 151; *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (6 ff.); *dies./Sanders*, FF 2003, 117 (118); *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1515 ff.).

765 *Schwab*, FS Holzhauser, 410 (416).

766 Vgl. *Brambring*, Status, 17 (20); *Dauner-Lieb*, FF 2004, 65 (66); *dies.*, JZ 2004, 1027; *dies.*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (5). *Grziwotz*, BGH-Report 2004, 519 (520), zieht eine Parallele zur Rechtsprechung zu gesellschaftsrechtlichen Abfindungsklauseln. *Dauner-Lieb*, aaO., und *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (305), folgern aus der Einbindung in den „normalen“ Prüfungsaufbau die Ablehnung der v.a. von *Schwenzer* geforderten allgemeinen Inhaltskontrolle. Der Einwand greift freilich insoweit zu kurz, als auch *Schwenzer*

betrachten die nunmehr neu konzipierte Ausübungskontrolle sogar als bloße Erweiterung der zuvor praktizierten Judikatur.⁷⁶⁷

1.2.1. Zur Wirksamkeitskontrolle

Bei der vom BGH unter Berücksichtigung der Kernbereichslehre durchgeführten Anwendung des § 138 I BGB sieht das Schrifttum auch weiterhin keinen speziell familienrechtlichen Begriff der Sittenwidrigkeit.⁷⁶⁸ Indem eine Vereinbarung nunmehr regelmäßig nur noch dann sittenwidrig ist, wenn sie Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts abbedingt, übt der BGH nach Einschätzung des Schrifttums eine angemessene Zurückhaltung.⁷⁶⁹ Begrüßt wird insbesondere die Aufhebung des als zu weitgehend empfundenen Urteils des OLG München.⁷⁷⁰

Die vom BGH geforderte Gesamtwürdigung stößt auf keine grundsätzliche Kritik. Lediglich einzelne Aspekte werden zusätzlich, teilweise auch entgegen der Rechtsprechung, hervorgehoben. *Münch* will eine notarielle Beratung und Belehrung stärker berücksichtigen, obwohl sie nach dem Urteil des BGH nicht zu einem Ausschluss der Inhaltskontrolle führt und das BVerfG auf den Unterschied zur einfachen Schriftform nicht eingegangen ist.⁷⁷¹ Ihre besondere Bedeutung ergebe sich schon aus der Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes durch den Notar, wodurch dieser

lediglich für die – modifizierte – Anwendung der §§ 242, 138 I BGB plädiert (vgl. oben, S. 78).

767 *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (530), unter Hinweis auf die bisherige Rspr. des BGH zu § 1570 BGB.

768 Ausdrücklich: *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (305); *Münch*, FamRZ 2005, 570 (571); *ders.*, KritV 2005, 208 (224).

769 *Dorsel*, RNotZ 2004, 496 (498); *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (530).

770 *Brambring*, FGPrax 2004, 175; *Dorsel*, RNotZ 2004, 496 (497); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (318); *Koch*, NotBZ 2004, 147; *Münch*, ZNotP 2004, 122; *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1276); *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (526). Kritisch hingegen *Dauner-Lieb*, FF 2004, 65 (68 f.), die die Begründung zur Ablehnung einer Zwangslage im Ausgangsfall nicht für stichhaltig hält. Siehe auch die positive Einschätzung des Urteils von *Dauner-Lieb/Sanders* in FF 2003, 117. *Grziwotz*, BGH-Report 2004, 519 (521), sieht die Gefahr, durch Anwendung des § 138 BGB vorschnell eine „Bestrafung“ verwerflichen Verhaltens vorzunehmen und die Möglichkeit zu einer Korrektur durch die gelebte Ehe zu verwehren.

771 *Münch*, DNotZ 2004, 901. Ähnlich *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (314 f.). Vgl. dazu BGH, NJW 2004, 930 (934).

Adressat der Grundrechte sei und ebenso wie die Gerichte einen Beitrag zu deren Verwirklichung leiste.⁷⁷² *Bergschneider* weist darauf hin, dass Ehevereinbarungen häufig in Kombination mit erbrechtlichen Regelungen abgeschlossen werden. In einem solchen Fall seien auch diese in die Gesamtwürdigung einzubeziehen.⁷⁷³

Kontrovers diskutiert wird das Verhältnis zwischen dem Vertragsinhalt – der einseitigen Benachteiligung eines Ehepartners – und den Umständen des Vertragsschlusses – der unterlegenen Verhandlungsposition bzw. der Zwangslage des benachteiligten Vertragspartners –, soweit eine solche für erforderlich erachtet wird.

Rauscher betont die Notwendigkeit, beide Merkmale getrennt voneinander festzustellen.⁷⁷⁴ Insbesondere, wenn eine spätere Erwerbstätigkeit des die gemeinsamen Kinder betreuenden Ehegatten aufgrund seines Alters und Ausbildungsstands nicht ausgeschlossen werden könne, könne der Vertragsinhalt keine Indizwirkung für eine Ungleichgewichtslage haben.⁷⁷⁵

Auch *Schwab*, *Mayer* und *Koch* fordern grundsätzlich eine getrennte Feststellung beider Kriterien. In einer gesteigerten objektiven Benachteiligung sehen sie aber eine widerlegbare Vermutung für eine unterlegene Verhandlungsposition des Benachteiligten.⁷⁷⁶ *Gageik* differenziert stärker: sie fordert die ausdrückliche Feststellung einer Benachteiligung und einer Zwangslage und will erst aus der Kombination eine Vermutung für die Ausnutzung der Zwangslage ableiten.⁷⁷⁷ Dabei hebt sie hervor, dass der BGH das Bestehen

772 *Münch*, DNotZ 2004, 901 (910 f.).

773 FamRZ 2004, 1757 (1764). Er schlägt vor, Erb- und Pflichtteilsverzichte ähnlich zu behandeln wie Vereinbarungen von Gütertrennung. *Wachter*, ZFE 2004, 132 (142 f.), will Pflichtteilsberechtigte behandeln wie Unterhaltsberechtigte.

774 DNotZ 2004, 524 (530). Er hält die subjektive Seite für einen wichtigen, gleichberechtigten Bestandteil der Prüfung.

775 *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (538).

776 *Koch*, NotBZ 2004, 147 (149); *Mayer*, FPR 2004, 363 (365); *Schwab*, FamRZ 2001, 349, vorsichtig und fragend formulierend. Deutlicher: *Schwab*, FS Holzhauser, 410 (419), mit dem Hinweis, dass sich bei zugrundelegen dieser Vermutung die Ansätze des BGH und des BVerfG decken. Dahin tendierend wohl auch *Münch*, MittBayNot 2003, 107 (109); *ders.*, FamRZ 2005, 570 (571); deutlicher in KritV 2005, 208 (224 ff.): Keine subjektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich, wenn sich die Sittenwidrigkeit bereits aus dem Inhalt der Vereinbarung ergibt, im Übrigen kann das Vorliegen u.U. vermutet werden.

777 RNotZ 2004, 295 (309).

einer Zwangslage vor der einseitigen Belastung prüft, womit er nicht von einer Vermutung ausgehen könne. Dies stehe auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung.⁷⁷⁸ Demgegenüber geht *Bergschneider* sogar von einer wechselseitigen Vermutungswirkung aus, weil er keine Möglichkeit sieht, beide Kriterien voneinander zu trennen.⁷⁷⁹

Probleme bereitet die Einordnung der Inhaltskontrolle, insbesondere der Wirksamkeitskontrolle, in die bestehende Dogmatik. *Mayer* versucht eine Systematisierung der Gründe, die zu einer Inhaltskontrolle führen können. Er gelangt zu drei Fallgruppen:⁷⁸⁰ Erstens eine bei Vertragsschluss bestehende Ungleichgewichtslage, zweitens eine Typenverfehlung durch Abweichung der gelebten von der geplanten Ehe sowie drittens eine materielle Gerechtigkeitskontrolle der Vereinbarungen auf Billigkeit. Nur die erste Fallgruppe sei Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen gewesen, wobei die Ungleichgewichtslage durch die Schwangerschaft der benachteiligten Ehefrau gekennzeichnet gewesen sei. Entgegen der von *Mayer* festgestellten Tendenz der Oberlandesgerichte sei die letzte Fallgruppe vom BVerfG ausdrücklich als unzulässig verworfen worden. Die sich aus den Ausführungen des BVerfG ergebende Fallgruppe entspreche der schon zuvor anerkannten Fallgruppen der Ausnutzung einer Machtposition.⁷⁸¹ Der BGH habe jedoch eine weitergehende materielle Überprüfung der Vereinbarungen im Sinn. Eine solche sei zwar grundsätzlich bei einem Verstoß gegen anerkannte Ordnungen zulässig, jedoch verstießen Eheverträge schon aufgrund ihrer gesetzlichen Zulässigkeit nicht gegen die Familienordnung. Aus der gesetzlichen Konzeption ergebe sich

778 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (307), unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu Bürgschaften, Miet- und Arbeitsverträgen. Dies werde dort zwar nicht auf den ersten Blick deutlich, ergebe sich aber daraus, dass in den genannten Verhältnissen eine strukturelle Unterlegenheit einer Partei anzunehmen sei, die somit keiner gesonderten Feststellung im Einzelfall bedürfe. Im Anschluss führt sie aus, dass eine vergleichbare strukturelle Unterlegenheit bei Ehevereinbarungen nicht angenommen werden könne und es daher einer ausdrücklichen Feststellung der Unterlegenheit bedürfe. Die von ihr zugestandene Vermutungswirkung auf die Ausnutzung sei jedoch erforderlich, um die Beweisbarkeit der Voraussetzungen zu ermöglichen.

779 FamRZ 2001, 1337 (1339).

780 *Mayer*, FPR 2004, 363 (365 f.).

781 *Mayer*, FPR 2004, 363 (368).

zudem weder eine Inhaltskontrolle aller Eheverträge,⁷⁸² noch ein zwingender Charakter einzelner Scheidungsfolgen, wie er aus der Annahme eines Kernbereiches und der damit einhergehenden Tabuisierung praktisch folge.⁷⁸³ Letztlich erfolge daher die inhaltliche Überprüfung im Rahmen des § 138 BGB ohne dogmatische Grundlage.

1.2.2. Zur Ausübungskontrolle

Das Schrifttum teilt die Auffassung des BGH, dass eine Ausübungskontrolle, die aufgrund einseitiger Belastung nach einer Scheidung zu einer Korrektur der vertraglichen Vereinbarungen führt, nur auf § 242 BGB gestützt werden kann. Wenn eine Änderung der ehelichen Lebensverhältnisse vorausgesehen worden sei oder die vertraglichen Regelungen schon im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung im Falle der Verwirklichung des geplanten Eheverlaufs zu einer einseitigen Belastung eines der Ehegatten geführt hätten, versagten insbesondere die Instrumente der ergänzenden Vertragsauslegung und der Störung der Geschäftsgrundlage als Grundlage einer Korrektur.⁷⁸⁴

Zustimmung erfährt der BGH vor allem wegen des mit der Anwendung des § 242 BGB gegenüber jener des § 138 BGB einhergehenden Perspektivwechsels.⁷⁸⁵ Erst im Zeitpunkt der Trennung der Ehegatten stehe die end-

782 Auch *Mayer*, FPR 2004, 363 (368), zieht aus § 1587o II 3 BGB den Umkehrschluss, nach dem nur Scheidungsvereinbarungen über den Versorgungsausgleich kontrollpflichtig sind, während im Übrigen keine Gegenleistung für den Verzicht auf gesetzlich vorgesehene Scheidungsfolgen vereinbart werden muss.

783 *Mayer*, FPR 2004, 363 (368). A.A. *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1516), der nachehelichen Unterhalt als Ausfluss der von ihm als zwingendes Recht eingeordneten gegenseitigen Verantwortung der Ehegatten füreinander für unabdingbar hält. Allerdings richte sich das Maß der Unabdingbarkeit zumindest teilweise nach dem von den Ehegatten gewählten Inhalt und Zuschnitt ihrer Lebensgemeinschaft.

784 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (305); *Koch*, NotBZ 2004, 147 (149); *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1610); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (313); *Mayer*, FPR 2004, 363 (365); *Münch*, DNotZ 2005, 819 (824 f.); *ders.*, KritV 2005, 208 (227); *Schwab*, FS Holzhauser, 410 (421).

785 *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1611). Ähnlich auch *Grziwotz*, BGH-Report 2004, 519 (521). Zum Perspektivwechsel insb. *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (310); *Grziwotz*, BGH-Report 2004, 519 (520); *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1610); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (127); *Schwab*, FS Holzhauser, 410 (420), der den Zeitpunkt auf die letzte Tatsachenverhandlung präzisiert (aaO., Fn. 29).

gültige Benachteiligung einer der Partner durch die Ehevereinbarung fest. Hingegen könne bei Anwendung des § 138 BGB nicht berücksichtigt werden, dass bereits entstandene Nachteile noch ausgeglichen werden könnten. Dabei wird es für möglich erachtet, auch bei § 242 BGB im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu berücksichtigen.⁷⁸⁶

Begrüßt wurde, dass der BGH seinen Schwerpunkt nicht auf die stets zur Nichtigkeit der Vereinbarung führende Feststellung der Sittenwidrigkeit legt, sondern die flexible Rechtsfolge der Vertragsanpassung zur Verfügung stellt.⁷⁸⁷ Während dies teilweise nur als Ausdehnung der bisherigen Rechtsprechung wahrgenommen wird,⁷⁸⁸ sehen andere einen grundlegenden Unterschied zwischen der bisherigen zeitweisen Suspendierung einzelner Vertragsklauseln und einer Umgestaltung der vertraglichen Rechtsfolgen.⁷⁸⁹ Nur verhaltene Zustimmung findet dabei die vom BGH angedeutete Möglichkeit, güterrechtliche Regelungen in die Ausübungskontrolle einzubeziehen.⁷⁹⁰ Diesbezüglich werden enge Voraussetzungen gefordert, insbesondere die eindeutige Bestimmung des betroffenen Vermögens zur Vorsorge.⁷⁹¹

786 *Münch*, ZNotP 2004, 122 (128); *ders.*, FamRZ 2005, 570, will es zugunsten der Wirksamkeit einer Klausel berücksichtigen, wenn die Partner bei gleich starken Verhandlungspositionen mögliche Änderungen der Umstände vorhergesehen haben. *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (310), sieht die Ausübungskontrolle insoweit als „Auffangkontrolle“, die sie zwar als dogmatische Durchbrechung betrachtet, wegen der Zurückdrängung der unflexiblen Sittenwidrigkeit aber begrüßt.

787 *Koch*, NotBZ 2004, 147 (149). *Münch*, ZNotP 2004, 122 (128); *ders.*, DNotZ 2005, 819 (825), betont die Flexibilität in zeitlicher Hinsicht.

788 *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (530), weist darauf hin, dass eine Inhaltskontrolle auch bislang schon im Rahmen des Kindesbetreuungsunterhalts nach § 1570 BGB durchgeführt worden sei, so dass es sich insoweit nicht um substantiell Neues, sondern nur um eine Ausdehnung einer bestehenden Praxis auf neue Gegenstände handele.

789 *Borth*, FamRZ 2004, 609 (611). *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (279), sieht die Möglichkeit einer Änderung der Rechtsprechung zu § 1570 BGB wegen der Betonung seines herausragenden Stellenwertes.

790 Vgl. BGH, NJW 2004, 930 (937).

791 *Borth*, FamRZ 2004, 609 (611); *ders.*, FamRB 2005, 177 (180); *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1277).

1.2.3. Zur Kernbereichslehre

Die Einführung einer Kernbereichslehre zur Konkretisierung der §§ 138 I und 242 BGB wird überraschend wenig grundlegender Kritik unterzogen. Die Literatur beschränkt sich überwiegend auf deren Interpretation. Allerdings weist das Schrifttum auf eine Reihe ungelöster Probleme und bestehender Unklarheiten hin. Insbesondere wird eine klare Grenzziehung zwischen den einzelnen Stufen vermisst.⁷⁹² Unklar sei, ob der Aufstockungsunterhalt nach § 1573 II BGB auf gleicher Stufe stehe wie der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, sofern er diesen ergänze.⁷⁹³ Zweifel werden zudem bezüglich der Einordnung des Alters- und des Krankheitsunterhalts unterhalb des Betreuungsunterhalts geäußert, sofern die Unterhaltstatbestände letztlich auf ehebedingte Nachteile zurückzuführen seien.⁷⁹⁴ *Schwab* und *Schumacher* bezweifeln die letztrangige Einordnung des Zugewinnausgleichs.⁷⁹⁵ Schließlich ist das Verhältnis zwischen den einzelnen Elementen des Urteils nach Auffassung einiger Autoren nicht hinreichend deutlich erkennbar.⁷⁹⁶

Bemängelt wird zudem, dass das Urteil der vertraglichen Vereinbarung der Ehegatten keinen stimmigen Stellenwert einräume. So werde es einerseits für zulässig erachtet, voreheliche Erkrankungen und Alter aus der nach-

792 *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (281).

793 Unentschieden: *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (303 f.). Ablehnend: *Münch*, ZNotP 2004, 122 (125, 126).

794 *Dauner-Lieb*, JZ 1027 (1028); *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (30); *dies.*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (8); *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1277).

795 *Schumacher*, FS Otte, 363 (381 f.), sieht einen Widerspruch zwischen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Bedeutung der Scheidungsfolgenansprüche und der Einordnung des Zugewinnausgleichsanspruchs in den Randbereich trotz dessen hoher wirtschaftlicher Bedeutung. *Schwab*, FS Holzauer, 410 (426), weist auf die ältere BGH-Rechtsprechung hin, nach welcher der Zugewinnausgleich Ausdruck der Gleichberechtigung sein soll. Gleichwohl sieht *Schwab* keinen spezifischen Sinnbezug zwischen der Ehegemeinschaft und dem beiderseitigen Vermögen (aaO., S. 411).

796 *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (281), bezieht dies auf das Verhältnis der Rangleiter der Scheidungsfolgen zur Kernbereichslehre einerseits und zur Bedeutung der Ehebedingtheit nicht kompensierter Nachteile andererseits. *Dauner-Lieb*, JZ 1027 (1028); *dies.*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (10), vermisst darüber hinaus eine Klärung des Verhältnisses der neu eingeführten Ausübungskontrolle zu den bereits bekannten Instrumenten der ergänzenden Vertragsauslegung und der Störung der Geschäftsgrundlage, die für das Regelbeispiel des BGH für eine Ausübungskontrolle – der Abweichung der Lebensgestaltung von der bei Vertragsschluss geplanten – als Instrument für eine angemessene Lösung des Falles genügt hätte.

ehelichen Solidarität auszunehmen, während es andererseits sittenwidrig sein sollte, einvernehmlich zu beschließen, dass einer der Partner sich ausschließlich der Kindererziehung widmet und infolgedessen keine Altersvorsorge aufbaut.⁷⁹⁷ Insoweit wird ein durchgängiges Gerechtigkeitsprinzip vermisst: Die Abwendung ehebedingter Nachteile trage nur einen Teil der Argumentation des BGH. Darüber hinaus ließen sich weder aus der Verantwortungsgemeinschaft noch aus der nahehelichen Solidarität Erkenntnisse gewinnen.⁷⁹⁸ Indem der BGH bei der Abbedingung von Alters- und Krankheitsunterhalt gegenseitiges Einvernehmen verlange, lasse dies mehr Fragen offen als damit gelöst würden.⁷⁹⁹ Schon die Berechtigung des angeführten Beispiels für eine erweiterte Disponibilität – die erst im Alter oder nach Erkrankung erfolgte Eheschließung – wird angezweifelt.⁸⁰⁰

Das Urteil sei insbesondere insoweit unklar und daher unzureichend, als ihm nicht zu entnehmen sei, wie bei einer Abweichung von den gesetzlichen Scheidungsfolgen trotz einer dem gesetzlichen Leitbild entsprechenden Lebensführung zu verfahren sei.⁸⁰¹ Kritik zieht schließlich die Behandlung der subjektiven Tatbestandsseite auf sich. Teilen des Schrifttums kommt sie zu kurz.⁸⁰² Andere mahnen an, nicht ohne Weiteres eine Unterlegenheit der Frauen anzunehmen.⁸⁰³

797 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3076). Dabei wirft er die Frage auf, ob in erstgenannten Fällen eine Inhaltskontrolle von vornherein ausgeschlossen sei.

798 *Grziwotz*, BGH-Report 2004, 519 (520 f.).

799 *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1276). Unklar sei insbesondere die erforderliche Qualität des Einvernehmens, daneben auch der Zeitpunkt des Vorhandenseins. Darüber hinaus ergäben sich erhebliche Beweisprobleme. Siehe auch *Brambring*, Status, 17 (21 f.).

800 *Mayer*, FPR 2004, 363 (368), der sich auf einen humanistischen Blickwinkel beruft.

801 *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1277), die die gesetzlich vorgesehene Disponibilität in einem solchen Fall für problematisch hält, vgl. *dies.* JZ 2004, 1027; *dies.*, FF 2004, 65 (66 f.); *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (7).

802 *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1277), mit der Frage, ob nur Schwangerschaften bei Vertragsschluss unter die Voraussetzungen des BGH fallen sollen oder auch andere Konstellationen darunter subsumiert werden können.

803 *Brambring*, FGPrax 2004, 175 (178); *ders.*, Status, 17 (34), berichtet, in Beratungsgesprächen seien häufig die Frauen überlegen, die zunehmend selber den Wunsch nach einem Ehevertrag bestimmten Inhalts äußerten und sich überkommenen Eheverträgen mit starker Benachteiligung der Ehefrau widersetzten. *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (201), plädiert dafür, aus einer Schwangerschaft der Verlobten bei Abschluss der Ehevereinbarung keine Indizwirkung für eine Sittenwidrigkeit des Vertrages abzuleiten. Er sieht

1.3. Zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf Scheidungsvereinbarungen

Kritisch begleitet wird die Rechtsprechung, soweit sie die Kriterien des BGH auf Scheidungsvereinbarungen übertrug.⁸⁰⁴ *Bredthauer* sieht zwar eine grundsätzliche Übertragbarkeit gegeben, befürwortet aber eine abgestufte Anwendung. Bei konkreter Scheidungsabsicht, erst recht bei bereits eingeleitetem Verfahren mit anwaltlicher Vertretung, müsse die Gewichtung zugunsten einer größeren Vertragsfreiheit verschoben werden, um den Ehegatten die ihnen angemessen erscheinende Regelung zu ermöglichen, ohne dabei den Schutz vor Benachteiligung gänzlich außer Acht zu lassen.⁸⁰⁵ *Kornexl* und *Langenfeld* sehen eine Übertragbarkeit nur bei vergleichbarer Interessenlage gegeben. Diese bestehe für die Wirksamkeitskontrolle, während sie für die Ausübungskontrolle nur im Ausnahmefall angenommen werden könne, da hierfür eine Änderung der Begleitumstände nach Vertragsschluss erforderlich sei.⁸⁰⁶

2. Folgerungen der Literatur aus der Entscheidung des BGH

Einen Schwerpunkt der Äußerungen auf die Entscheidungen des BVerfG und des BGH bilden die Überlegungen, Schlussfolgerungen und Forderungen zu Auswirkungen für die künftige Behandlung von Ehevereinbarungen. In der geänderten Rechtsprechung wird dabei eine Stärkung der Besonderheiten der Ehe gesehen, die im Gegensatz zu gewöhnlichen

eine Unterlegenheit geschlechtsunabhängig bei jenem Vertragspartner, der stärker am verfolgten Ziel (Eheschließung oder -scheidung) interessiert sei oder Schuldgefühle habe (aaO., 202). *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227), stellt hingegen durchaus eine im Vergleich zu Männern höhere Bereitschaft der (künftigen) Ehefrauen zu einem Verzicht fest, will in dieser aber keine strukturelle Unterlegenheit erblicken, sondern führt sie auf ein höheres Harmoniebedürfnis zurück.

Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass der BGH nicht von einer prinzipiellen strukturellen Unterlegenheit ausgeht (*Dauner-Lieb*, JZ 2004, 1027).

804 Zustimmend: *Borth*, FamRZ 2004, 609, Fn. 3; *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (281); *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1758, 1763). Vgl. OLG Celle, FamRZ 2002, 1202; OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456 (457).

805 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3076).

806 *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1611); *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 34. § 242 BGB sei daher nur anwendbar, wenn eine längere Zeit nach Vertragsschluss verstrichen sei, bevor die Regelung zum Tragen komme. Vor kurzfristigen Änderungen der Begleitumstände schütze möglicherweise § 313 BGB. Ähnlich *Gageik*, FPR 2005, 122 (129).

Konsensualverträgen bei ihrer Auflösung weitere Konsequenzen nach sich ziehe.⁸⁰⁷ Daher ergebe sich aus der Freiheit bei Abschluss von Ehevereinbarungen eine Verantwortung der Ehegatten, das vereinbarte Ehemodell auch zu leben oder die Folgen einer einvernehmlichen Abweichung gemeinschaftlich zu tragen.⁸⁰⁸ Dennoch dürfe die geänderte Perspektive nicht zu einem Verlust des verbindlichen Charakters von Ehevereinbarungen führen.⁸⁰⁹ Auch müsse darauf geachtet werden, dass nicht zur Vermeidung einer Fremdbestimmung durch den Ehepartner eine Fremdbestimmung durch den Richter eingeführt werde.⁸¹⁰

2.1. Analyse zukünftig zulässiger Vertragsinhalte

Zentrales Anliegen insbesondere der Stellungnahmen der Notarliteratur ist die Abgrenzung unzulässiger von auch künftig zulässigen Vertragsgestaltungen. Dabei besteht noch keine Einigkeit, ob zukünftig alle Ehevereinbarungen einer Inhaltskontrolle unterliegen werden.⁸¹¹ Zudem ist die gewählte Akzentuierung unterschiedlich:

Einerseits wird betont, dass der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich Zurückhaltung gezeigt und ausgeführt habe, dass es kein zwingendes Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht gebe. Daher sei weiterhin eine vertragliche Gestaltung der vermögensrechtlichen Folgen von Ehe und Schei-

807 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (225).

808 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (225); *dies.*, MittBayNot 2004, 278 (281). Ein Mindestmaß an Verantwortung folgt auch für *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757, aus jeder Eheschließung.

809 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (228).

810 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3076); *Grziwotz*, BGH-Report 2004, 519 (521); *Kornxl*, FamRZ 2004, 1609 (1611 f.), der als Rechtsfolge die Anordnung eines „wesensgleichen Minus“ gegenüber der ursprünglichen Regelung fordert.

811 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (224); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (129), und *Wachter*, ZFE 2004, 132 (136), gehen ausdrücklich von einer Kontrolle aller Vereinbarungen aus. Dazu dürften auch die meisten Autoren neigen, die sich nicht explizit geäußert haben. Hingegen will *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (532), bei bloßem Ausschluss oder Modifikation der Zugewinnngemeinschaft keine Inhaltskontrolle durchgeführt wissen. *Borth*, FamRZ 2004, 609 (611), leitet aus einem Globalverzicht eine Vermutung eines Eingriffs in den Kernbereich ab und folgert daraus offenbar die Anwendbarkeit der Ausübungskontrolle. Dies lässt darauf schließen, dass er nicht jede Ehevereinbarung einer solchen unterziehen will. Abweichend von seiner früheren Aussage spricht *Münch* in KritV 2005, 208 (221), von einer Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Vereinbarungen, die von einer Ungleichgewichtslage gekennzeichnet seien.

dung möglich.⁸¹² Andererseits werden die Veränderungen der Gestaltungsmöglichkeiten hervorgehoben. Dies betrifft in erster Linie den vom BGH an die erste Stelle der Unterhaltsränge gesetzten Unterhalt wegen Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes. Modifikationen der Höhe des dem ehemaligen Ehepartner hiernach zustehenden Unterhalts werden zwar überwiegend weiterhin für zulässig erachtet, jedoch müsse dabei darauf geachtet werden, dass das Kindeswohl nicht eingeschränkt werde, weil der betreuende Ehegatte zur Wahrung seines Lebensstandards erwerbstätig sein muss.⁸¹³

812 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311), sieht sogar weder wesentliche inhaltliche noch verfahrenstechnische Änderungen. *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (526 f.), betont, dass weder der Halbteilungsgrundsatz noch die nacheheliche Solidarität zum über der Ehe stehenden starren Dogma erhoben würden und allein die inhaltliche Gestaltung nicht zu einer Sittenwidrigkeit führe (530).

813 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1759), hält jede Ehevereinbarung für sittenwidrig, die sich zulasten des Kindeswohls auswirkt, ohne dass es noch auf weitere objektive oder subjektive Elemente ankomme. Dies sieht er bereits als gegeben an, wenn der betreuende Ehegatte nur durch Aufnahme einer Berufstätigkeit den ehelichen Lebensstandard halten kann (aaO., 1761). *Dauner-Lieb*, JZ 2004, 1027 (1028), zieht aus der BGH-Entscheidung die Konsequenz, dass künftig jede Ehevereinbarung einen angemessenen Unterhaltsanspruch des gemeinschaftliche Kinder betreuenden Ehepartners vorsehen müsse. *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (302 f.), hält eine Modifikation des Betreuungsunterhalts der Höhe nach grundsätzlich für möglich, verweist jedoch ebenfalls auf die Beeinträchtigung des Kindeswohls, wenn der betreuende Ehepartner dabei unter den Standard der ehelichen Gemeinschaft fällt. Sie sieht im Ergebnis nur die Möglichkeit, schon bisher vorgenommene Korrekturen bei der Berechnung des für den Unterhalt verwendeten Vermögens (z.B. Berücksichtigung von Vermögensbildung) vertraglich festzuschreiben. *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1518), spricht sich für eine zumindest dem Grunde nach bestehende Indisponibilität des Betreuungsunterhalts aus. *Münch*, ZNotP 2004, 122 (125, 130); *ders.*, FamRZ 2005, 570 (574), befürwortet die Zulässigkeit einer höhenmäßigen Begrenzung nachehelichen Unterhalts auf ein Niveau, dass der Berechtigte bei uneingeschränkter Berufstätigkeit während der Ehe erreicht hätte, allerdings unter dem Vorbehalt der Nichtbeeinträchtigung des Kindeswohls.

Ohne die Betonung des Kindeswohls verlangt *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1276), dass (zulässige) Vereinbarungen über die Höhe des Betreuungsunterhalts den bisherigen Lebensstandard des betreuenden Ehegatten gewährleisten müssten. *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3075), rät von Verzicht auf den Betreuungsunterhalt gänzlich ab und spricht sich dafür aus, den Aufstockungsunterhalt ausdrücklich zu regeln. Ebenso *Wachter*, ZFE 2004, 132 (138). *Bergschneider*, aaO., 1761 f., und *Dauner-Lieb*, aaO., sehen Modifikationen des Anschlussunterhalts nach einer Kinderbetreuung ähnlich kritisch wie beim Betreuungsunterhalt selbst. Nach *Borth*, FamRZ 2004, 609 (611), ist ein Verzicht auf den Unterhalt wegen Krankheit nach § 1572 BGB nur wirksam, wenn jeder Ehegatte eine eigene Vorsorge für den Fall einer Erkrankung aufbauen kann.

Für die weitere Vertragsgestaltung wird grundsätzlich die Beurkundung typengerechter Ehevereinbarungen empfohlen.⁸¹⁴ Dieses bereits im Vorfeld der Entscheidungen diskutierte und praktizierte Modell⁸¹⁵ wird jedoch nicht als alleinige Lösung angesehen, da heutige Ehen nicht mehr bestimmten Modellen folgten, sondern in Phasen verliefen, die in unterschiedlichem Umfang von verschiedenen Ehemodellen geprägt seien.⁸¹⁶ Zudem wird aus der auf den Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft bezogenen Ausübungskontrolle geschlossen, dass der Abschluss einer typengerechten Vereinbarung keine Gewähr für deren Bestand biete, sofern die angestrebte Rollenverteilung nicht verwirklicht werde.⁸¹⁷

Daher wird zur Absicherung der Wirksamkeit einer Ehevereinbarung die Aufnahme alternativer Rechtsfolgen und prophylaktischer Regelungen für vorhersehbare Störfälle und Entwicklungen befürwortet.⁸¹⁸ Eine gesteigerte Rechtssicherheit erhoffen sich manche zudem davon, nur die von den Parteien für essentiell angesehenen Regelungen in den Vertrag auf-

814 *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (281); *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (27 ff.); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (315); *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (535).

815 Vgl. oben, S. 75.

816 *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1612), unter Hinweis auf die daraus abzuleitende Unzulässigkeit der Anordnung eines typengerechten (Formular-) Vertrages durch den eine Ausübungskontrolle vornehmenden Richter. Hingegen sieht *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 73 ff., 1236 f., die Ehevertragsgestaltung nach Ehetyphen durch das Urteil des BGH gestärkt. Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle werde ein am Ehetypp orientierter Ehevertrag Bestand haben, bei der Ausübungskontrolle helfe die Praxis zweistufiger Eheverträge, die für einen vorhersehbaren Störfall Änderungen an der zuvor geltenden Regelung vorsehe.

817 *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (281). *Mayer*, FPR 2004, 363 (369), sieht jedoch die Wahrscheinlichkeit, dass der Richter sich bei Anpassung des Vertrages an für den gelebten Typ entwickelten Verträgen orientieren wird. Dagegen wendet sich *Kornexl* (s. Fn. 816). Hingegen fordert *Langenfeld*, Handbuch, Rn. 1237, ausdrücklich eine solche Orientierung.

818 *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (281); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (314); *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (203); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (129); *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (547). Die klassische Entwicklung, auf die danach im Vertrag einzugehen ist, ist die Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes. *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1612), sieht dies nur für eng umgrenzte Fälle als Möglichkeit an und befürwortet im Übrigen die Vereinbarung eines Anpassungsanspruchs unter ausführlicher Dokumentation des erwarteten Verlaufs der Lebensgemeinschaft. Ähnlich kritisch, aber nur zu einer regelmäßigen Kontrolle auf Anpassungsnotwendigkeit ratend: *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3073). *Mayer*, FPR 2004, 363 (370), hält entsprechende Vorbehalte im Güterrecht für nicht erforderlich.

zunehmen. Begleitende, aber entbehrliche Regelungen sollen demgegenüber nicht beurkundet werden, um eine Infektion der übrigen Regelungen zu vermeiden.⁸¹⁹ Gegebenenfalls sollen Verzichte durch Gegenleistungen oder Kompensationen ausgeglichen oder gemindert werden.⁸²⁰

Als wirksam werden insbesondere solche Ehevereinbarungen angesehen, die einen Ausgleich ehebedingter Nachteile vorsehen, so dass der auf Ansprüche verzichtende Ehegatte durch die Eingehung der Ehe nicht schlechter gestellt wird als er bei fortgesetzter Berufstätigkeit (und Ehelosigkeit) stünde.⁸²¹ Keine oder nur geringe Bedenken werden auch gegenüber güterrechtlichen Regelungen erhoben.⁸²² Große Bedenken bestehen hingegen gegenüber der Vereinbarung von Globalverzichten, wenngleich selbst diese nicht für generell unwirksam gehalten werden. Maßgeblich seien die jeweiligen Umstände des Einzelfalls.⁸²³

819 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (313); *Mayer*, FPR 2004, 363 (370).

820 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3075). Insbesondere ein Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs solle nur dann mit einem Verzicht auf Altersunterhalt kombiniert werden, wenn diese Kumulation durch entsprechende Gegenleistungen (z.B. eine Kapitallebensversicherung) kompensiert werde. *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (313), jedoch mit Bedenken bzgl. der Angemessenheit der Regelungen gerade im Hinblick auf bei Vereinbarung nicht voraussehbare Entwicklungen. *Wachter*, ZFE 2004, 132 (139), will bei Verzichten auf Unterhalt nur in Bezug auf Höhe, Sicherheit und Liquidität gleichwertige Kompensationen genügen lassen.

821 *Borth*, FamRZ 2004, 609 (611); vgl. auch *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (7, 12 ff.); *Mayer*, FPR 2004, 363 (370); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (130); *ders.*, FamRZ 2005, 570 (573); *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1276).

822 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1763); *Wachter*, ZFE 2004, 132 (140). Zumindest Modifikationen der Zugewinnngemeinschaft halten *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3074), und *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (532), für unproblematisch. Für die Berücksichtigung güterrechtlicher Regelungen i.R.d. Gesamtwürdigung: *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (226). Kritischer *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (14 ff.), die auch in diesem Bereich den Ausgleich ehebedingter Nachteile für erforderlich erachtet.

823 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1763 f.); *Grziwotz*, FamRB 2002, 26; *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (536). Ein Globalverzicht könne auch die interessengerechte Lösung im wirtschaftlichen Verhältnis der Ehegatten zueinander sein, etwa wenn beide ein vergleichbares Alter haben, keine gemeinsamen Kinder zu erwarten und beide Partner weiterhin ganztätig berufstätig seien. Andererseits könne ein Globalverzicht der jungen Ehefrau, die nach Vorstellung der Parteien vorübergehend oder dauerhaft für eine Kindesbetreuung auf ihre Berufstätigkeit verzichten soll, sogar zur Sittenwidrigkeit des Ehevertrages führen (Beispiele bei *Bergschneider*, aaO.). *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (12), hält einen Globalverzicht nur dann für zulässig, wenn keinem Partner ehebedingte Nachteile entstehen. *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (360), hält Globalverzichte für sittenwidrig, wenn ein vermögensloser Ehegatte auf absehbare Zeit

2.2. Zu den Rechtsfolgen einer Inhaltskontrolle

Einen Schwerpunkt der Diskussion über die sich aus einer Inhaltskontrolle ergebenden Rechtsfolgen stellt die Frage nach dem künftigen Umgang mit teilnichtigen Verträgen dar. Unklar war dabei zunächst, ob es angesichts der Gesamtwürdigung überhaupt eine Teilnichtigkeit geben kann. Das Vorgehen des BGH, einerseits die Gesamtwürdigung zu betonen, andererseits den Vereinbarungen bei einem Sittenverstoß „ganz oder teilweise“ die Anerkennung zu versagen⁸²⁴ wird – insbesondere aufgrund der Beschränkung der Sittenwidrigkeit auf evidente Verstöße – als widersprüchlich empfunden.⁸²⁵ Teilweise wird die Gesamtwürdigung so interpretiert, dass sie keinen Raum für eine Anwendung des § 139 BGB neben § 138 BGB lässt und somit stets von einer Gesamtnichtigkeit auszugehen ist.⁸²⁶ Andere meinen, weil die Sittenwidrigkeit nur aus einer Abbedingung von Scheidungsfolgen des Kernbereiches folgen könne, sei im Übrigen § 139 BGB anzuwenden.⁸²⁷ Dabei wird diskutiert, ob salvatorische Klauseln die gleiche Bedeutung und Wirksamkeit haben wie vor dem

mit der Kindesbetreuung betraut wird.

824 Vgl. BGH, NJW 2004, 930 (935).

825 *Dauner-Lieb*, FF 2004, 65 (68); *dies.*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (10 f.); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (309); *Münch*, FamRZ 2005, 570.

826 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (2076); *Borth*, FamRZ 2004, 609 (611 f.); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (310); *dies.*, FPR 2005, 122 (124), die salvatorische Klauseln daher nur noch i.R.d. Gesamtwürdigung berücksichtigen will; *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (314); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (127), der jedoch die weitere Rspr. abwarten will, ob sich die Infektion unbedenklicher (güterrechtlicher) Klauseln nicht vermeiden lässt. *Sanders*, FF 2004, 249 (250 f.), hält eine Teilnichtigkeit wegen negativer Auswirkungen auf die Rechtssicherheit und in Anbetracht der ohnehin hohen Anforderungen für bedenklich, obgleich sie sie wegen des geringen Stellenwertes des Zugewinnausgleichs innerhalb der Kernbereichslehre durchaus für konstruierbar hält. *Schubert*, FamRZ 2001, 733 (737).

827 *Brambring*, FPR 2005, 130 (131); *Mayer*, FPR 2004, 363 (370); *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (543); *Schwab*, FS Holzhauser, 410 (422). *Brambring*, FGPrax 2004, 175 (177), weist darauf hin, dass bei Ehevereinbarungen aus der einheitlichen Urkunde nicht auf einen Einheitlichkeitswillen i.S.d. § 139 BGB geschlossen werden könne, so dass die Nichtigkeit eines Bereiches (Unterhalt, Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich, Güterrecht) i.d.R. nicht die Nichtigkeit der anderen nach sich ziehe. Weitergehend *ders.*, Status, 17 (32): Bei Eheverträgen liege i.d.R. kein Einheitlichkeitswille vor (ebenso: *Brambring*, aaO. (132)). *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (226), sieht darin einen notwendigen Ausfluss der Privatautonomie, die von den Parteien nicht gewollten Vereinbarungen entgegenstehe; die (Nicht-) Anwendung des § 139 BGB durch die Gerichte sei jedoch bedenklich. *Münch*, DNotZ 2005, 819 (822), differenziert zwischen der Einzelprüfung der Elemente der Ehevereinbarung und der abschließenden Gesamtschau.

Urteil des BGH.⁸²⁸ An diesem Punkt zeigt sich eine große Unsicherheit in den Stellungnahmen.⁸²⁹ Teilweise wird die Aufnahme einer salvatorischen Klausel zur Umkehr der Beweislast für eine Gesamtnichtigkeit⁸³⁰ oder sicherheitshalber für den Fall einer späteren Änderung der Rechtsprechung⁸³¹ empfohlen. Andere halten pauschale, nicht auf den Einzelfall bezogene salvatorische Klauseln für unwirksam.⁸³² Die Vereinbarung spezieller salvatorischer Klauseln wird empfohlen, um dem Richter bei der Vertragsanpassung an den mutmaßlichen Parteiwillen eine Richtschnur an die Hand zu geben und dadurch die Rechtssicherheit zu steigern.⁸³³ Teilweise wird erwogen, die Wirksamkeit einer salvatorischen Klausel nach deren Auswirkungen zu entscheiden.⁸³⁴ Betont wird die Notwendigkeit, den Einsatz salvatorischer Klauseln am Parteiwillen zu überprüfen und die Inhaltskontrolle auch auf solche Klauseln zu erstrecken.⁸³⁵ Umgehungen durch die Beurkundung getrennter Verträge werden kritisch gesehen, da zum einen § 139 BGB unabhängig von der äußeren Gestaltung des einheitlichen

828 Soweit von einer zwingenden Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung ausgegangen wird, verbleibt kein Anwendungsbereich für salvatorische Klauseln (vgl. dazu Fn. 826). Für eine unveränderte Bedeutung salvatorischer Klauseln: *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (360); *Sarres*, FF 2004, 251.

829 Vgl. den Hinweis *Bergschneiders*, FamRZ 2004, 1757 (1764), dass in zukünftigen Eheverträgen überall auf eine mögliche Unwirksamkeit der Vereinbarungen hingewiesen werden müsse.

830 *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (543). Auf diese (beschränkte, weil nicht automatisch zu einer Aufrechterhaltung des restlichen Vertrages führende) Wirkung einer salvatorischen Klausel weisen auch *Münch*, ZNotP 2004, 122 (127), und *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (423), hin. Vgl. dazu BGH, NJW 2003, 347. *Wachter* spricht sich für eine Aufnahme sicherheitshalber aus, sofern dies im Einzelfall angemessen sei.

831 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3076), der von einer derzeitigen weitgehenden Wirkungslosigkeit ausgeht.

832 *Brambring*, FPR 2005, 130 (133); *Brandt*, MittBayNot 2006, 48; *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (203); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (314); *Münch*, DNotZ 2005, 819 (823).

833 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1764); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (314), allerdings mit Zweifeln, ob eine solche Klausel wirksam wäre; *Münch*, DNotZ 2005, 819 (823).

834 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1764), unter Hinweis darauf, dass die salvatorische Klausel je nach Konstellation eine (geminderte) Belastung der benachteiligten Partei sein oder sich zu deren Gunsten auswirken könne (bspw. wenn bei einem gegenseitiger Verzicht auf Durchführung des Versorgungsausgleichs die insgesamt benachteiligte Partei ausgleichsverpflichtet wäre). I.E. jedoch unentschieden.

835 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (226 f.); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (128).

Geschäfts gelte und zum anderen eine einheitliche Urkunde bessere Möglichkeiten zum Ausgleich von Nachteilen biete.⁸³⁶

Das Augenmerk der Literatur ruht ferner auf der Äußerung des BGH, ein Ehegatte könne naheheliche Solidarität nicht einfordern, sofern er seinerseits die eheliche Solidarität verletzt habe und nicht der Ausgleich ehebedingter Nachteile im Vordergrund stehe.⁸³⁷ Teilweise wird eine (beschränkte) Rückkehr zum Verschuldensprinzip unter Rückgriff auf diese Äußerungen befürchtet. In Scheidungsprozessen werde nunmehr wieder verstärkt schmutzige Wäsche gewaschen, so dass Ehevereinbarungen ihre Befriedigungsfunktion nicht länger ausüben könnten, obwohl gerade die Versachlichung des Scheidungsverfahrens Ziel der Abschaffung des Verschuldensprinzips gewesen sei.⁸³⁸ Zwar wird auch eine gesteigerte Einzelfallgerechtigkeit gesehen, gleichzeitig jedoch der zusätzliche Verlust von Rechtssicherheit.⁸³⁹ Das Schrifttum verlangt eine restriktive Handhabung. Nach *Gageik* sollen Verschuldensgesichtspunkte nicht im Bereich der Teilhabe an erwirtschaftetem Vermögen gelten, mithin nicht für den Zugewinn- und den Versorgungsausgleich.⁸⁴⁰ *Brandt* folgert aus der Einschränkung zugunsten des Ausgleichs ehebedingter Nachteile, dass die Berücksichtigung von Verschuldensgesichtspunkten nur dann in Betracht komme, wenn die eheliche Solidarität durch ein einseitiges Abweichen von der gemeinsamen Lebensplanung verletzt werde, und dadurch von der gemeinschaftlichen Lebensgestaltung unabhängige Nachteile entstünden.⁸⁴¹

836 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227). Letztlich dürfte es sich um ein Scheinproblem handeln. Sofern das Gericht die getrennte Beurkundung dennoch als einheitliches Geschäft wertet, wird dessen Würdigung zugunsten wie zulasten der Einseitigkeit alle Bestandteile der Vereinbarung zu berücksichtigen haben.

837 BGH, NJW 2004, 930 (935).

838 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (304). Ob die Befriedung noch erreicht werden kann, wenn es bereits zu einem Prozess über die Wirksamkeit der geschlossenen Vereinbarung gekommen ist, scheint mir unabhängig von der „schmutzigen Wäsche“ zweifelhaft.

839 *Dauner-Lieb*, FF 2004, 65 (68).

840 RNotZ 2004, 295 (304).

841 MittBayNot 2004, 278 (280), Bsp.: Aufgabe der Erwerbstätigkeit und der bis dahin partnerschaftlich durchgeführten Kindesbetreuung zugunsten einer ausschließlichen Tätigkeit für Globalisierungsgegner.

2.3. Zur künftigen Gestaltung des notariellen Verfahrens

Intensiv diskutiert wird auch die aus notarieller Sicht praktische Bedeutung der Entscheidungen. Das Amt des Notars wird als in besonderer Weise mit der Thematik verknüpft gesehen, da nahezu alle Ehevereinbarungen notariell zu beurkunden sind, weil sie güterrechtliche Regelungen oder solche über den Versorgungsausgleich enthalten. Zudem übt der Notar ein öffentliches Amt aus, so dass er unmittelbar Adressat von Grundrechten ist und mithin die Entscheidungen des BVerfG umzusetzen hat.⁸⁴² Daher sprechen sich einige Literaten für eine Vorwegnahme der richterlichen Inhaltskontrolle durch den Notar im Rahmen einer „notariellen Inhaltskontrolle“⁸⁴³ aus.⁸⁴⁴ Erforderlich dafür sei die genaue Erforschung des zugrunde liegenden und zu regelnden Sachverhalts, wie z.B. die gegenwärtigen persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse und die Erwartungen der Parteien, die Motive zum Abschluss des Vertrages und die Haupt- und Nebenziele, die durch den Vertrag erreicht werden sollen.⁸⁴⁵ Verstärkt wird dazu geraten, alle Begleitumstände, Motive, Erwartungen und Ziele ausführlich in der Urkunde zu dokumentieren.⁸⁴⁶

842 *Münch*, DNotZ 2004, 901 (910 f.); vgl. auch § 1 BNotO.

843 *Brambring*, FGPrax 2004, 175.

844 *Bredthauer*, NJW 2004, 372 (373); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (314); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (129). Differenzierend: *Brambring*, Status, 17 (25 ff.); *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (359): Der Notar ist wegen seiner aus §§ 4 BeurkG, 14 II BNotO resultierenden Amtspflicht zur Beurkundung wirksamer Verträge zu einer Vorwegnahme der Wirksamkeitskontrolle verpflichtet, jedoch nicht zu einer Vorwegnahme der Ausübungskontrolle, die sich nicht auf den Vertragsinhalt, sondern auf die Rechtsmissbräuchlichkeit des Berufens auf denselben ergibt.

845 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Brambring*, Status, 17 (25); *Bredthauer*, NJW 2004, 372 (373); *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (15); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311); *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1613); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (414 ff.).

846 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Brambring*, FGPrax 2004, 175 (176); *ders.*, Status, 17 (25); *Brandt*, MittBayNot 2006, 48 (49); *Bredthauer*, NJW 2004, 372 (373); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311 f.), mit dem warnenden Hinweis, dass die rechtliche Natur der Dokumentation als Motiv klar erkennbar sein müsse, um eine Auslegung als Geschäftsgrundlage oder gar als Vertragsinhalt zu vermeiden. Ähnliche Bedenken äußern auch *Bergschneider*, aaO. (1764); *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (249). Zur Zurückhaltung mahnt dagegen *Mayer*, FPR 2004, 363 (369 f.), da der praktische Nutzen gering sei, wenn die Parteien die Gleichberechtigung im geplanten Eheverlauf vorschöben; zudem seien nach-

Daneben soll sich die Belehrung nicht nur auf die Auswirkungen der gewünschten Regelungen, sondern auch auf die bestehende Rechtsunsicherheit über die Umsetzung der höchstrichterlichen Entscheidungen in der Unter- und Instanzrechtsprechung beziehen.⁸⁴⁷

Maßgeblicher Vergleichspunkt für die Beurteilung, Gestaltung und Aufklärung sei dabei nicht die Rechtslage ohne Eheschließung, sondern jene in einer Ehe ohne vertragliche Regelung.⁸⁴⁸ *Bredthauer* weist darauf hin, dass der Vertragsabschluss vor der Eheschließung mangels Verzichtes auf bereits entstandene Ansprüche und Anwartschaften die Schutzwürdigkeit der verzichtenden Partei senke und somit zu einer gesteigerten Wirksamkeit des Vertrages beitrage.⁸⁴⁹

Eine Steigerung der Wirksamkeit der Vereinbarungen erhofft sich das Schrifttum nicht nur durch eine sorgfältige Auswahl, Formulierung und ggf. Begrenzung des Inhalts, sondern auch durch eine Anpassung des Verfahrens. Verstärkt geachtet werden solle auf angemessene Bedenkzeiten und ggf. ausreichende, schon im Entwurfsstadium und bei ersten Beratungsgesprächen erfolgende Übersetzungen.⁸⁵⁰ Während einige darüber hinaus eine beiderseitige anwaltliche Vertretung für empfehlenswert halten, um ein eventuell vorhandenes Verhandlungsungleichgewicht auszugleichen, halten andere eine solche aufgrund der Neutralitätspflicht des Notars für überflüssig.⁸⁵¹

teilige Auswirkungen auf die Beweislast zu befürchten.

847 *Bredthauer*, NJW 2004, 372 (374), unter Hinweis auf die Bedeutung an den Einzelfall angepasster Belehrungen anstelle von pauschalisierenden Formulierungen; *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (315); *Mayer*, FPR 2004, 363 (369); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (130).

848 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1760); *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (360); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (422).

849 NJW 2004, 372 (373).

850 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227); *Bredthauer*, NJW 2004, 372 (373); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (315 f.); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (314 f.); *Mayer*, FPR 2004, 363 (369); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (129 f.); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (417 f., 419); *ders.*, ZFE 2004, 132 (136 f.).

851 Zumindest für komplexe Fälle befürwortend: *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Bredthauer*, NJW 2004, 372 (374); *Münch*, MittBayNot 2003, 107 (109); *Wachter*, ZFE 2004, 132 (136 f.); *ders.*, ZNotP 2003, 408 (420). Ablehnend, soweit es nicht um Scheidungsvereinbarungen geht: *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (281).

Die empfohlene Vorgehensweise wird schon aus Selbstschutzgründen zur Vermeidung von Regressansprüchen der Beteiligten für notwendig erachtet.⁸⁵² Teilweise wird einer ausreichenden notariellen Belehrung darüber hinaus im Rahmen der Gesamtwürdigung bei einer Inhaltskontrolle Bedeutung zugemessen.⁸⁵³ Allerdings wird durchaus wahrgenommen, dass die Rechtsprechung der notariellen Beurkundung im Vergleich zu privatschriftlichen Vereinbarungen über nachehelichen Unterhalt bislang keine Bedeutung beigemessen hat, vielmehr diesen Umstand ausdrücklich für nicht ausschlaggebend hielt.⁸⁵⁴

852 *Grziwotz*, FamRB 2002, 58 (60).

853 *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (201); *Münch*, DNotZ 2004, 901 (914); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (306), unter dem einschränkenden Hinweis, dass der Notar nicht die Ausnutzung einer Zwangslage verhindern, sondern allenfalls eine auf Unkenntnis beruhende Zwangslage beseitigen könne.

854 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (530).

IX. Zusammenfassende Betrachtung und Analyse des aktuellen Rechtsstands zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen

Angesichts der grundlegenden Bedeutung des Rechtsprechungswandels und der Vielzahl der daraufhin ergangenen Entscheidungen steht der Rechtsanwender, seien es Ehegatten oder Notare, vor der Frage, welche Inhalte in welchen Situationen noch rechtswirksam vereinbart und unter welchen Umständen durchgesetzt werden können. Im Folgenden wird der Versuch unternommen, die dargestellte Rechtsprechung unter Einbeziehung der rechtswissenschaftlichen Äußerungen einer Systematisierung zuzuführen.

1. Allgemeines zur Inhaltskontrolle

Wurde nach der Kernbereichs-Entscheidung des BGH im Schrifttum noch diskutiert, in welchem Umfang die Inhaltskontrolle auf Ehevereinbarungen anzuwenden ist,⁸⁵⁵ gibt es immer noch keine Entscheidung, in der ihre Durchführung abgelehnt worden ist. Es kann daher als geklärt angesehen werden, dass die Rechtsprechung bei allen Ehevereinbarungen eine Inhaltskontrolle durchführt.

Zwar beschränkt sich die rechtswissenschaftliche Diskussion und auch die vorliegende Arbeit auf die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen, dennoch sei darauf hingewiesen, dass sich die Unwirksamkeit von Ehevereinbarungen auch aus anderen Erwägungen, etwa einer unzulässigen Belastung von Dritten oder der Allgemeinheit,⁸⁵⁶ ergeben kann.⁸⁵⁷

1.1. Zur Wirksamkeitskontrolle

Die Wirksamkeitskontrolle, wie sie der BGH vorgestellt hat, besteht aus zwei grundlegenden Bestandteilen: Die Unterlegenheit eines Verhandlungspartners und dessen unangemessener Benachteiligung durch den Inhalt der Vereinbarung. Daneben stellt sich die Frage, in welches Verhältnis die

855 Vgl. Fn. 811 (S. 265).

856 Siehe dazu schon oben, S. 50.

857 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Borth*, FamRB 2005, 177 (179). BGH, FamRZ 2007, 197.

Rechtsprechung beide Kriterien zueinander stellt und welche Rechtsfolgen sie aus einem Nichtbestehen der Wirksamkeitskontrolle zieht.

1.1.1. Notwendigkeit einer unterlegenen Verhandlungsposition?

Wie bereits gesehen, leitete das BVerfG die Notwendigkeit einer gerichtlichen Inhaltskontrolle aus einer Störung des Verhandlungsgleichgewichts ab.⁸⁵⁸ Daneben verlangte es zwar eine besondere Einseitigkeit der Lastenverteilung, der Schwerpunkt der Argumentation lag jedoch auf der Darlegung der im Wesentlichen aus der Schwangerschaft folgenden Unterlegenheit der Beschwerdeführerin. Demgegenüber ging der BGH in der Kernbereichs-Entscheidung weder in der dogmatischen Herleitung noch in der Darstellung der auf systematische Erwägungen gestützten Kernbereichslehre auf eine Disparität der Verhandlungspositionen ein.⁸⁵⁹ Bei der Gesamtwürdigung im Rahmen des § 138 I BGB haben die Gerichte nach den Vorgaben des BGH zwar die Verhältnisse bei Abschluss der Ehevereinbarung zu berücksichtigen, damit sind jedoch erkennbar wirtschaftliche Rahmenbedingungen gemeint, wie z.B. die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten. Auf subjektiver Tatbestandsseite sollen die Gerichte schwerpunktmäßig den Regelungszweck und die Motive der Ehegatten aufklären. Ein Motiv, dem Vertragsschluss zuzustimmen, kann sicherlich auch das Empfinden sein, zur Vermeidung als unzumutbar empfundener Alternativen praktisch dazu gezwungen zu sein. Dennoch ist festzuhalten, dass in der Darstellung der neuen Linie der Zivilrechtsprechung weder eine potentielle Zwangslage des benachteiligten Ehegatten noch dessen unterlegene Verhandlungsposition ausdrücklich thematisiert werden.

Erst in der Auseinandersetzung mit dem OLG München kommt der BGH auf eine mögliche Unterlegenheit der Ehefrau bei Abschluss der Ehevereinbarung zu sprechen. Mit einer solchen hatte die Vorinstanz die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung begründet.⁸⁶⁰ Daher hatte der BGH auf dieses

858 BVerfG, NJW 2001, 957 (958). Siehe dazu oben, S. 93.

859 BGH, NJW 2004, 930. Siehe dazu oben, S. 145.

860 OLG München, NJW 2003, 592. Siehe auch oben, S. 146.

Argument einzugehen. Seine Ausführungen beschränkten sich darauf, die Argumentation des OLG München als unzutreffend zu verwerfen und das Fehlen von Ausführungen zu den Beweggründen für den Abschluss der Vereinbarung zu monieren.⁸⁶¹ Darüber hinaus findet sich kein Hinweis auf die zukünftige Bedeutung einer Verhandlungsunterlegenheit innerhalb der Inhaltskontrolle. Die Begründung des OLG München wird freilich nicht für generell unzulässig erachtet.

Aus dieser Vorgehensweise des BGH folgerten einige Beobachter, auf eine Unterlegenheit der benachteiligten Partei komme es im Rahmen der gerichtlichen Inhaltskontrolle nicht an.⁸⁶² Andere entnahmen den Ausführungen zur Vorgehensweise des OLG München, dass die Verhandlungsdisparität auch für den BGH von Bedeutung sei.⁸⁶³ *Dauner-Lieb* schloss sogar auf die Möglichkeit, dass die Sittenwidrigkeit einer Ehevereinbarung doch nicht vom Eingriff in den Kernbereich abhängig sei.⁸⁶⁴

In seinen nachfolgenden Entscheidungen zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen setzte sich der BGH mehrfach auch mit der Unterlegenheit der (künftigen) Ehefrau bei Vertragsschluss auseinander.⁸⁶⁵ Als gegenstandslos kann diese Frage daher nicht angesehen werden. Allerdings zog der BGH die Verhandlungsdisparität nicht als selbstständigen Begründungsstrang der Wirksamkeitskontrolle heran, sondern leitete aus ihr lediglich eine Verstärkung der richterlichen Kontrollpflicht ab.⁸⁶⁶ Über die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung entschied letztlich stets der Vertragsinhalt, gemessen an

861 BGH, NJW 2004, 930 (936). Dabei hielt es der BGH für möglich, dass sich aus den Motiven der Parteien noch Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit ergeben könnten.

862 *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (312); *Mayer*, FPR 2004, 363 (368).

863 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (307 ff.); *Koch*, NotBZ 2004, 147 (149). Siehe schon oben, S. 249.

864 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (12); *dies.*, FF 2004, 65 (68). Sie verweist dabei auf die vom BGH angedachte Möglichkeit einer Sittenwidrigkeit infolge der Feststellungen zur subjektiven Seite. Allerdings hatte der BGH in seiner Entscheidung nicht jeglichen Eingriff in den Kernbereich verneint, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass mangels Verzichtes auf den Betreuungsunterhalt kein Eingriff in den „unmittelbaren“ Kernbereich vorgelegen habe (BGH, NJW 2004, 930 (935)). Darauf weist auch *Wachter*, ZFE 2004, 132 (135), hin.

865 BGH, FamRZ 2005, 26; 186; 691; 1444; 1449; FamRZ 2006, 1097; 1359.

866 BGH, FamRZ 2005, 1444; FamRZ 2006, 1359.

der Ausgangssituation und an der Planung der (künftigen) Ehegatten.⁸⁶⁷ Mit dieser Einschränkung ist den Thesen *Mayers* und *Langenfelds* zuzustimmen: Entscheidende Bedeutung hat die Disparität der Verhandlungspositionen nach der Rechtsprechung des BGH nicht. Allerdings sind sie im Rahmen der Gesamtwürdigung durchaus zu berücksichtigen. Können sie zu einer verschärften Kontrolle führen, darf man wohl davon ausgehen, dass eine grenzwertige Regelung, die unter gleichberechtigten Partnern Bestand hat, bei bestehendem Ungleichgewicht sittenwidrig ist.

Richtet man den Blick auf die Untergerichte, stellt sich die Lage freilich anders dar. Diese messen der Unterlegenheit des benachteiligten Vertragspartners einen deutlich höheren Stellenwert bei. Teilweise entscheidet für sie ausschließlich die Ausnutzung einer Zwangslage oder sonstigen Verhandlungsunterlegenheit über das Bestehen oder Nichtbestehen der Wirksamkeitskontrolle.⁸⁶⁸ In anderen Entscheidungen wird dieser Aspekt als selbstständige, vom Vertragsinhalt unabhängige Argumentation zur Begründung der Sittenwidrigkeit geprüft.⁸⁶⁹ Deutlich näher an der Linie des BGH liegen diejenigen Entscheidungen, in denen zwar auch die Verhandlungsdisparität, jedoch ebenso die einseitige Benachteiligung erörtert wird.⁸⁷⁰ In anderen Entscheidungen spielt eine mögliche Verhandlungsunterlegenheit schließlich keine erkennbare Rolle.⁸⁷¹

867 In der Wendung „diese Disparität stellt (...) eine evident einseitige Lastenverteilung zum Nachteil der AGg. dar“ (BGH, FamRZ 2006, 1097 (1098)) muss ein – inhaltlich nicht überzeugender und vom BGH nicht weiter in diese Richtung vertiefter – sprachlicher Ausrutscher gesehen werden. Es kam dem BGH wohl darauf an, die Ableitung der Einseitigkeit der Regelung aus den konkreten Verhältnissen der Vertragsparteien zu betonen.

868 OLG München, FamRZ 2005, 215; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1181; OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 455; OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

869 AmtsG Kandel, FamRZ 2006, 345; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2006, 339; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 1447; OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683.

870 OLG Koblenz, FamRZ 2005, 40; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567; OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris; OLG Düsseldorf, FamRZ 2006, 793; OLG Hamm, FamRZ 2006, 268; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 428. Das OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034, sieht in der von ihm erkannten Zwangslage der Ehefrau bei Abschluss der Vereinbarung, nachdem es deren Ausnutzung verneint hat, einen Anhaltspunkt zur Verstärkung der Kontrollpflicht. Damit liegt es nahe an der Linie des BGH (vgl. Fn. 866).

871 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 219; 282; OLG Karlsruhe, FamRZ 2005, 1789; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 454; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420; OLG Hamm, FamRZ 2006, 337; FuR 2006, 136; OLG München, FamRZ 2006, 1449; OLG Dresden, 27.03.2006, 23 UF 107/06, Juris.

In ihrer Gesamtheit ist die Rechtsprechung also noch ein ganzes Stück davon entfernt, eine einheitliche Linie für die Bedeutung und die Behandlung einer unterlegenen Verhandlungsposition der benachteiligten Vertragspartei zu haben. Schon deswegen kann die These ihrer vollständigen Bedeutungslosigkeit nicht aufrecht gehalten werden. Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass die Ausnutzung einer Zwangslage schon nach allgemeinen Grundsätzen zur Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung führen kann, wie sich aus der ausdrücklichen Erwähnung in § 138 II BGB ergibt.⁸⁷² Beim derzeitigen Stand der Rechtsprechung muss daher die Unterlegenheit eines Vertragspartners bei Abschluss der Vereinbarung als zusätzliches Indiz für die Sittenwidrigkeit derselben angesehen werden. Vertragsschließende werden gut daran tun, bei Anzeichen ungleicher Verhandlungsstärken diese nach Möglichkeit durch Aufklärung, Beratung und Bedenkfristen zu kompensieren und insbesondere bei Verhandlung des Vertragsinhalts auf dessen Ausgeglichenheit und Angemessenheit Wert zu legen.

Ungeachtet dessen ist zu erwarten, dass die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte die Rechtsprechung des BGH zunehmend übernehmen werden. Im Zuge dieses Prozesses wird die Bedeutung der Verhandlungsunterlegenheit abnehmen. Sie wird dann keine eigenständige Möglichkeit mehr bieten, die Sittenwidrigkeit einer Ehevereinbarung zu begründen, sondern nur noch zu einer Verschärfung der gerichtlichen Kontrolle führen. Diese Verschärfung wird nicht nur in eine höhere Detailgenauigkeit bei Begutachtung der Regelungen münden,⁸⁷³ sondern sich auch in einer Absenkung der Hürde zur Annahme sittenwidriger Vertragsinhalte niederschlagen. Entscheidend für die Vereinbarkeit oder Nichtvereinbarkeit mit den guten Sitten wird jedoch die inhaltliche Gestaltung der Vereinbarung sein. Mit anderen Worten ist eine Unterlegenheitsposition letztlich nicht erforderlich, um im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zur Nichtigkeit der Vereinbarung zu gelangen. Dies folgt aus der Haltung des BGH, nach der für die Wirksamkeit einer Vereinbarung ein Ausgleich derjenigen ehebedingten Nachteile zu erfolgen hat,

872 Siehe dazu Staudinger/Sack, § 138, Rn. 195 ff.

873 Wollte man dies als einzige Konsequenz der intensiveren Kontrolle ansehen, implizierte dies, dass der Kontrollpflicht bei Nichtvorliegen verschärfender Umstände eine gewisse Oberflächlichkeit anhaftete. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden.

die nach der Planung der Parteien und den tatsächlichen Verhältnissen bei Abschluss der Vereinbarung mit einiger Sicherheit zu erwarten sind.

1.1.2. Anhaltspunkte für Unterlegenheitspositionen

Obwohl nach den Vorgaben des BGH nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Unterlegenheit des benachteiligten Vertragspartners Voraussetzung eines gerichtlichen Eingreifens ist, rechtfertigt ihre Bedeutung in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine nähere Analyse typischer Konstellationen, deren Vorliegen im Einzelfall zur Unterlegenheit eines Vertragspartners führen kann. Ebenfalls darf nicht verkannt werden, dass das Vorliegen einer Unterlegenheit im Rahmen der Gesamtwürdigung gegen die Wirksamkeit der Vereinbarung spricht.

a) Schwangerschaft

Seit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung vom 6. Februar 2001 bildet die Frage nach den Auswirkungen einer Schwangerschaft den Schwerpunkt bei Erörterung einer möglicherweise bestehenden und ausgenutzten Zwangslage.⁸⁷⁴ Obgleich die detaillierte und umfangreiche Argumentation des BVerfG befürchten ließ, eine Schwangerschaft müsse in den meisten Fällen zur Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen führen, in denen die Rechtsposition der Schwangeren gegenüber der gesetzlichen Ausgestaltung geschmälert wird, trifft dies im Ergebnis nicht zu. Ausschlaggebend für diese abweichende Entwicklung dürfte die Kernbereichs-Entscheidung des BGH gewesen sein, in welcher der Situation bei Abschluss des Vertrages und somit auch einer Schwangerschaft der Verlobten eine nur untergeordnete Rolle eingeräumt wurde. Der BGH legte stattdessen Wert auf die Betonung der grundsätzlichen Zulässigkeit abweichender Gestaltungen.

Erst in einer späteren Entscheidung ging auch der BGH von einer Indizwirkung der Schwangerschaft für eine unterlegene Verhandlungsposition der Schwangeren aus.⁸⁷⁵ Die Wirkungen des Indizes hielten sich indes in Grenzen: Der BGH leitete aus ihr lediglich eine Verschärfung der gerichtli-

874 Dazu übersichtsweise bereits oben, S. 246.

875 BGH, FamRZ 2005, 1444 (siehe dazu auch oben, S. 200).

chen Kontrolle ab. Für die Beurteilung der Vereinbarung als sittenwidrig verlangte er ausdrücklich die Feststellung weiterer Umstände. Eine besondere Rechtfertigung des Vertragsinhalts verlangte er hingegen nicht. Auch führte die Schwangerschaft nicht zur Umkehr der Beweislast.⁸⁷⁶

Ganz im Sinne dieser Vorgaben haben die Zivilgerichte eine bei Abschluss der Ehevereinbarung bestehende Schwangerschaft der Verlobten lediglich als einen Umstand angesehen, der in Kombination mit weiteren zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen kann,⁸⁷⁷ jedoch einem wirksamen Abschluss einer Ehevereinbarung nicht grundsätzlich entgegensteht.⁸⁷⁸

Die Schwangerschaft der Verlobten führt insbesondere dann zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung, wenn die werdende Mutter für einen wesentlichen Zeitraum ihre Berufstätigkeit aufgeben und sich der Erziehung und Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder widmen soll, und diese Umstände bei der inhaltlichen Gestaltung der Ehevereinbarung nicht berücksichtigt werden. Falls die Ehefrau aufgrund der Planung der Parteien oder aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse im Vergleich zum Ehemann schlechte Aussichten auf den eigenständigen Erwerb von Vermögen und Altersversorgungsanswartschaften hat, werten die Gerichte vertragliche Abbedingungen gesetzlicher Scheidungsfolgen als einseitige Belastung der Ehefrau.⁸⁷⁹ In diesen Fällen wird die Schwangerschaft zumeist gleichzeitig als Anhaltspunkt für eine Unterlegenheit der Verlobten bei Abschluss des Vertrages gewertet.⁸⁸⁰ Inhaltliche Zurückhaltung bei der Abbedingung der

876 So auch *Brandt*, MittBayNot 2006, 48 f.

877 Neben wirtschaftlicher Abhängigkeit und Bedingung für die Eheschließung: OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; neben der Einseitigkeit und Eingriffen in den Kernbereich: OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282; FamRZ 2006, 793; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 454; neben fehlender Kompensation für eingegangene ehebedingte Nachteile: BGH, FamRZ 2006, 1359.

878 Weil eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit der Schwangeren geplant war: OLG Frankfurt/M., FamRZ 2004, 1789; OLG Zweibrücken, 27.04.2006, 5 UF 731/04, Juris; AmtsG Lüdenscheid, FamRZ 2007, 481; weil die Regelung nicht einseitig ausgestaltet war: BGH, FamRZ 2005, 1444; OLG Hamm, FamRZ 2006, 268; 1034; mangels Eingriffs in den Kernbereich: OLG Hamm, FuR 2006, 136.

879 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282; FamRZ 2006, 793; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 454; BGH, FamRZ 2006, 1359.

880 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282; FamRZ 2006, 793.

Scheidungsfolgen führt hingegen in der Mehrzahl der Fälle zur Wirksamkeit der Vereinbarung.⁸⁸¹

Einige Zivilgerichte werteten als Zwangslage der Schwangeren, dass es ihr auf eine eheliche Geburt des gemeinschaftlichen Kindes ankam, der Bräutigam jedoch auf den vorehelichen Abschluss einer Ehevereinbarung bestand.⁸⁸² Nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH führt jedoch selbst diese Konstellation lediglich zu einer verstärkten richterlichen Kontrollpflicht.⁸⁸³ Erst aus der inhaltlichen Betrachtung der vereinbarten Regelungen ergibt sich deren Sittenwidrigkeit, sofern sie zum Ausgleich der ehebedingten Nachteile, welche die Ehefrau nach der zu erwartenden Entwicklung auf sich zu nehmen hat, ungeeignet sind.⁸⁸⁴

Auch bei Vorliegen einer Schwangerschaft bildet also der beurkundete Vertragsinhalt, gemessen an der geplanten Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft den Mittelpunkt der zivilgerichtlichen Abwägung im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle. Die Schwangerschaft ist nicht mehr – allerdings auch nicht weniger – als ein Hinweis auf eine unterlegene Verhandlungsposition der Frau bei Abschluss der Ehevereinbarung. Für das BVerfG stand sie hingegen im Zentrum der Argumentation. Daran wird erneut deutlich, dass der zivilgerichtliche Ansatz, die Untersuchung des Vertragsinhalts auf seine Vereinbarkeit mit dem Schutzzweck des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts, von dem auf die Verhandlungsunterlegenheit abstellenden verfassungsgerichtlichen Ansatz abweicht.

Im Ergebnis beschränkt sich die Bedeutung der Schwangerschaft auf die Notwendigkeit, diesen Umstand bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ehevereinbarung entsprechend zu würdigen.⁸⁸⁵ Dabei ist die Lebensplanung der werdenden Eltern ausschlaggebend. Sofern sie eine Organisation der ehelichen Lebensgemeinschaft anstreben, in welcher der Ehefrau und Mutter

881 In keinem der Fälle, die den in Fn. 878 genannten Entscheidungen zugrunde lagen, wurde ein Globalverzicht oder ein vollständiger Unterhaltsverzicht vereinbart.

882 Siehe bei OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034, das jedoch dennoch keine Sittenwidrigkeit annimmt.

883 BGH, FamRZ 2006, 1359.

884 BGH, FamRZ 2006, 1359 (1362).

885 Für eine Beschränkung der Bedeutung einer Schwangerschaft auch *Gageik*, FPR 2005, 122 (124); *Traulsen*, Grenzen, S. 191.

keine spezifischen, durch die Kindesbetreuung bedingten Nachteile auferlegt werden, sind die künftigen Ehegatten weiterhin frei in der Disposition über die gesetzlichen Scheidungsfolgen. Falls nach der Planung der Vertragsparteien die Ehefrau jedoch zugunsten der Kindesbetreuung auf den eigenständigen Erwerb von Vermögen und Altersversorgungsansprüchen, sowie auf eine eigenständige Absicherung ihres laufenden Unterhaltsbedarfs verzichten soll, muss durch die Ehevereinbarung oder zumindest trotz derselben eine angemessene Absicherung der Ehefrau für den Scheidungsfall sichergestellt werden.

b) Vertragsschluss als Bedingung

Als Situation der Unterlegenheit werten die Gerichte Konstellationen, in denen eine Vertragspartei die Ehevereinbarung nur abschließt, um ein vor ihr angestrebtes Ziel zu erreichen, für das die Mitwirkung des Vertragspartners erforderlich ist, die dieser jedoch an den Abschluss der Ehevereinbarung koppelt. Bei dem angestrebten Ziel handelt es sich zumeist um die Eheschließung, vereinzelt auch um die Fortsetzung der Ehe. Macht der andere Vertragsteil seine Bereitschaft dazu vom Abschluss einer – inhaltlich zumeist vorgegebenen – Ehevereinbarung abhängig, sehen die meisten Gerichte eine Disparität der Verhandlungspositionen und eine Zwangslage des Partners.⁸⁸⁶ Diese Feststellung impliziert, dass es der Gegenseite auf die Eingehung oder Fortsetzung der Ehe nicht oder zumindest in deutlich geringerem Maße ankommt. Je weiter die Interessenlage an diesem Punkt divergiert, desto größer ist die Unterlegenheit in den Vertragsverhandlungen über die von einer Partei einseitig vor die Eheschließung gesetzte Ehevereinbarung.

Insbesondere die voreheliche Konstellation tritt regelmäßig in Zusammenhang mit einer Schwangerschaft der heiratswilligen Frau auf. Dieser kommt es zuweilen darauf an, erst nach der Eheschließung zu gebären. Zu dem Umstand ohnehin eingeschränkter Verhandlungsbereitschaft des Partners tritt in diesen Fällen eine zeitliche Begrenzung für die Verhandlungen über

886 OLG Koblenz, FF 2003, 138; FamRZ 2004, 805; OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567; FamRZ 2006, 1034; BGH, FamRZ 2006, 1359.

das Ob und Wie der Ehevereinbarung. Dadurch wird die Verhandlungsposition der Frau weiter geschwächt. Zusätzlich treten in diesen Konstellationen jene Erwägungen hinzu, die ihren Ursprung in der Schwangerschaft der Frau haben.⁸⁸⁷ Sie führen zu einer weiteren Verschärfung der Unterlegenheit.

Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass die Entscheidung, eine Eheschließung nicht zu den gesetzlichen Bedingungen zu vollziehen oder eine schon bestehende Ehe nur unter geänderten Bedingungen fortzusetzen, jedem Ehegatten freigestellt bleiben muss, sofern der Vertragspartner nicht unter unzulässigen Druck gesetzt wird und soweit die angestrebte vertragliche Gestaltung den Lebensverhältnissen der Ehegatten gerecht wird.⁸⁸⁸ Daher kommt es nicht nur auf die Frage an, ob der Vertragsschluss Bedingung für ein vom Vertragspartner erstrebtes Ziel war, sondern auch auf die Frage, inwieweit der Vertragsinhalt vorgegeben wurde und ob die Vorgaben den konkreten Umständen und Lebensverhältnissen der Parteien gerecht wurden. Der Vertragsinhalt ist stets in der Lage, die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zu verhindern. Je mehr die unbedingte Forderung nach einem Vertragsschluss allerdings durch weitere Umstände zu einer Drucksituation verschärft wird und je unausgewogener der nicht verhandelbare Teil des Vertragsinhalts ist, desto höher sind die Anforderungen an die Angemessenheit des Inhalts insgesamt und desto eher muss von der Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ausgegangen werden.

c) Abhängigkeit vom Vertragspartner

Als weiteren Anhaltspunkt für die Unterlegenheit eines Vertragspartners wird dessen Abhängigkeit vom anderen gewertet. Die Abhängigkeit kann

887 Siehe dazu oben, S. 280.

888 So kommt das OLG Hamm mangels weitergehender Anhaltspunkte für eine Unterlegenheit (FamRZ 2005, 1567) bzw. wegen angemessener Vertragsgestaltung (FamRZ 2005, 1567; FamRZ 2006, 1034) zur Ablehnung der Sittenwidrigkeit der Vereinbarungen, auf deren Abschluss der Mann jeweils bestanden hatte.

wirtschaftlicher Natur sein,⁸⁸⁹ aber auch psychischer Art.⁸⁹⁰ Schließlich kann sich eine Abhängigkeit aus ausländerrechtlichen Aufenthaltsbestimmungen ergeben.⁸⁹¹

Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich jedoch nicht allein aus unterschiedlichen Vermögensverhältnissen.⁸⁹² Erforderlich ist vielmehr, dass das Einkommen eines Ehegatten letztlich von einer unbelasteten Beziehung zum anderen abhängig ist. Eine solche Konstellation wird zumeist vorliegen, wenn ein Ehegatte im Betrieb des anderen mitarbeitet. Ungeachtet denkbarer arbeitsrechtlicher Einschränkungen wird man davon auszugehen haben, dass die Beschäftigung in erster Linie dem gemeinsamen Aufbau von Vermögenswerten und der gemeinsamen Deckung des familiären Lebensbedarfs dient, zumindest aber nach Beendigung der (ehelichen) Lebensgemeinschaft nicht fortgesetzt werden wird. Im Hinblick auf die Vermögensverhältnisse ist eine Abhängigkeit denkbar, wenn gemeinsam geschaffene Vermögenswerte ausschließlich einem Ehegatten zugeordnet sind. Die wirtschaftliche Abhängigkeit beeinträchtigt das Durchsetzungsvermögen der abhängigen Partei regelmäßig in geringerem Umfang als eine Schwangerschaft. Daher handelt es sich um ein schwächeres Indiz für die Unterlegenheit einer Vertragspartei. Andererseits sind grundlegende Absicherungen und Bedürfnisse betroffen, so dass im Einzelfall die Unterlegenheit beträchtlich sein kann.

Eine wesentlich stärkere Schutzbedürftigkeit besteht, wenn ein Ehegatte vom anderen psychisch abhängig ist und sich mit einer nur um den Preis einer Ehevereinbarung zu verhindernden Trennung konfrontiert sieht. Diese Konstellation beinhaltet zusätzlich Elemente der Fallgruppe der Bedingungen.⁸⁹³

889 BGH, NJW 2004, 930; FamRZ 2005, 591; OLG München, NJW 2003, 592; FamRZ 2004, 461; OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420; AmtsG Kandel, FamRZ 2006, 345.

890 OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456.

891 OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

892 BGH, NJW 2004, 930 (935). Einschränkend *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (541 f.): Ehebedingte Einkommensunterschiede könnten eine Unterlegenheit begründen.

893 Siehe oben, S. 283.

Dies trifft auch für die Abhängigkeit zu, die aus ausländerrechtlichen Bestimmungen folgt, insbesondere aus der Aufenthaltsbegrenzung für Inhaber eines Heiratsvisums.⁸⁹⁴ In solchen Konstellationen wird man von einer Unterlegenheit des Visumsinhabers auszugehen haben, sofern die Heirat unerwartet vom Abschluss einer Ehevereinbarung abhängig gemacht wird. Der Grad der Unterlegenheit muss dabei jedoch auch danach bemessen werden, in welchem Ausmaß sich der künftige Ehegatte bereits auf die Eheschließung eingerichtet hat. Der Aufenthalt in Deutschland kann nicht als Selbstzweck angesehen werden, sondern muss im Blick auf die geplante Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft betrachtet werden. Eine besondere Unterlegenheit aufgrund der zusätzlichen bleiberechtlichen Problematik scheidet daher dann aus, wenn eine (zwischenzeitliche) Rückkehr in die eigene Heimat ohne weitere Probleme möglich ist. Ist eine Rückkehr in den ausgeübten Beruf hingegen kaum möglich und z.B. bereits alles territorial gebundene Eigentum aufgegeben worden, sind diese Umstände neben dem der Bedingung zu berücksichtigen.

d) Verhandlungsunterlegenheit mangels ausreichender Kenntnisse vom Vertragsinhalt

Ein Informationsgefälle kann zur Unterlegenheit einer Vertragspartei führen, weil eine adäquate Verhandlung unmöglich ist, wenn ein Verhandlungspartner geringere Kenntnisse vom Vertragsinhalt hat als der andere. Ein solches Informationsgefälle kann auf verschiedene Ursachen zurückzuführen sein.

aa) Überrumpelung

Denkbar ist die Überrumpelung des Vertragspartners mit vor dem Beurkundungstermin nicht besprochenen Vertragsinhalten.⁸⁹⁵ Sie führt zu einem erheblichen Informationsgefälle, wenn die neuen Regelungen von einer gewissen Komplexität sind. Insbesondere bei zusätzlichem Abschlussdruck ist das Informationsgefälle Indiz für eine Unterlegenheit, die im

⁸⁹⁴ Adam, BWNotZ 2006, 29 (34).

⁸⁹⁵ OLG Dresden, 27.03.2006, 23 UF 107/06, Juris; BGH, FamRZ 2005, 691.

Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zu berücksichtigen ist. Relevanter Abschlussdruck kann aus einer knapp bemessenen Zeitspanne für den Vertragsschluss resultieren, z.B. weil der Termin der Eheschließung schon feststeht und der Vertrag vorehelich geschlossen werden soll. Druck kann jedoch auch im Treffen beim Notar aufgebaut werden, den bereits wahrgenommenen Termin zum Vertragsschluss zu nutzen.

Zur Vermeidung des Vorwurfs, eine Unterlegenheitsposition wegen Überumpelung ausgenutzt zu haben, genügt die Einräumung angemessener Bedenkzeit.

bb) Intransparenz der Regelungen

Die Formulierung einer Regelung kann u.U. ihre tatsächlichen Auswirkungen verschleiern.⁸⁹⁶ Das juristisch Gemeinte kann häufig auf verschiedene, für den Nichtjuristen unterschiedlich verständliche Weisen ausgedrückt werden. Unterlegenheit kann daraus nur folgen, wenn die verwendeten Formulierungen in gesteigertem Maße verschleiern und diese Wirkung vom anderen Vertragspartner mit verursacht wurde. Zudem darf die andere Partei aufgrund fachlicher Kenntnisse oder aufgrund des Vorgeschehens von der Intransparenz nicht betroffen sein.

Die Indizwirkung für die Unterlegenheit einer Vertragspartei ist nicht groß, da es grundsätzlich in das Risiko jeder Partei fällt, den von ihr abgeschlossenen Vertrag zu verstehen und eine notarielle Aufklärungspflicht über den Vertragsinhalt besteht.

cc) Mangelnde Sprachkenntnisse

Mangelndes sprachliches Verständnis muss nicht aus der Verwendung einer Fachsprache folgen, sondern kann schon auf der Verwendung einer Fremdsprache beruhen. Verfügt ein Vertragspartner nur über unzureichende Kenntnisse der Vertragssprache, kann dies zu seiner Unterlegenheit führen.⁸⁹⁷ Die Indizwirkung wird jedoch durch die Hinzuziehung staatlich

⁸⁹⁶ OLG Naumburg, FamRZ 2007, 473; OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 498.

⁸⁹⁷ AmtsG Schwäbisch Hall, FamRZ 2003, 1284; OLG Düsseldorf, FamRZ 2004, 461; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1181; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 1447; BGH, FamRZ 2006, 1097. Erwägend auch OLG Koblenz v. 25.05.2004, 11 UF 329/03, Juris.

geprüfter Dolmetscher beseitigt. Dabei sollte darauf geachtet werden, bereits Vertragsentwürfe und Vorbesprechungen übersetzen zu lassen, um nicht unter dem Gesichtspunkt der Überrumpelung ebenfalls ein Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition zu setzen.

Verzichtet der sprachunkundige Ehegatte aus eigenem freien Willen auf die Herbeiziehung eines Dolmetschers, ist der Indiztatbestand nicht verwirklicht, da er dann das Risiko des Nichtverstehens selbst übernimmt.⁸⁹⁸ Die Entscheidung, auf einen Dolmetscher zu verzichten, wird man dann nicht als frei ansehen können, wenn sie aus Gründen erfolgte, die ihrerseits die Unterlegenheit zu indizieren vermögen, wie z.B. die Einhaltung eines engen zeitlichen Rahmens.

dd) Geschäftliche Unerfahrenheit

Zu denken ist auch an eine allgemein geringere geschäftliche Gewandtheit und Erfahrung, die den Zugang zum Vertragsinhalt im Vergleich mit dem erfahreneren Verhandlungspartner erschwert.⁸⁹⁹ Zur Begründung einer Unterlegenheit kann dieses Argument indes nur herangezogen werden, wenn die Umstände des Vertragsschlusses auf eine überdurchschnittlich hohe geschäftliche Gewandtheit ausgelegt waren. Durch die Möglichkeit einer rechtlichen Beratung und die Einräumung ausreichender Bedenkzeit ist die Indizwirkung fehlender geschäftlicher Erfahrung zu beseitigen.

ee) Verfahrensbedingte Unkenntnisse

Schließlich ist es möglich, dass eine Vertragspartei den Inhalt der Vereinbarung nicht mitgeteilt bekommt, weil sie durch einen Dritten oder den eigenen Ehegatten vertreten wird.⁹⁰⁰ Will man dies als Indiz für die Unterlegenheit des vertretenen Ehegatten werten, wird man zu berücksichtigen haben, dass der Vertretung eine Zurechnung immanent ist. Auf die Kenntnisse des Vertretenen kommt es somit im Regelfall nicht an. Bei kollusivem Zusammenwirken von Vertreter und Vertragspartner scheidet eine

898 Noch weitergehend: *Adam*, BWNotZ 2006, 29 (33 f.).

899 OLG Hamm, FamRZ 2006, 268.

900 Ausführlich dazu: *Stresow*, Inhaltskontrolle, S. 248 ff.

Zurechnung bereits nach allgemeinen Grundsätzen aus.⁹⁰¹ Eine Unterlegenheit wegen der Einschaltung eines Vertreters kommt somit allenfalls in Betracht, wenn bei Erteilung der Vollmacht ein Mangel vorlag, etwa weil der Ehegatte zur Vollmachtserteilung gedrängt hat oder sonstige hier erörterte Indizien für eine Unterlegenheit in diesem Zeitpunkt vorlagen.

e) Besondere Bedürfnislage eines Vertragspartners

Ein Ehegatte kann seinem Partner in Verhandlungen unterlegen sein, weil er aufgrund besonderer Umstände auf ihn angewiesen ist. Solche Umstände können z.B. in Erkrankungen bestehen. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn die Erkrankung die Einsichtsfähigkeit trüben kann, wie z.B. im Falle einer Alkoholabhängigkeit.⁹⁰² Eine besondere Rücksicht auf die Bedürfnisse des Ehegatten ist ferner erforderlich, wenn dieser zumindest auch wegen der Eheschließung aus dem Ausland zuzieht, jedoch keine Aussicht hat, nach einer Scheidung selbst für seinen Lebensunterhalt zu sorgen.⁹⁰³

f) Zusammenfassung der Anhaltspunkte für die Unterlegenheit eines Vertragspartners

Die möglichen Anknüpfungspunkte für die Annahme einer Unterlegenheit eines Verhandlungspartners lassen sich in zwei Fallgruppen unterteilen.

Die erste Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass es einer Partei auf die Erreichung eines Ziels ankommt, an dem der andere Vertragspartner ein erheblich geringeres oder gar kein Interesse hat. Dieser knüpft seine erforderliche Mitwirkung an die Verwirklichung eigener Absichten. Diese Fallgruppe ist geprägt von Bedingungen, häufig in Kombination mit einer Schwangerschaft. Typischerweise tritt sie in Zusammenhang mit vorehelichen Vereinbarungen auf, wobei die Verlobte das Ziel der Eheschließung, u.U. innerhalb einer gewissen Zeitspanne, anstrebt, während der Bräutigam an einer für ihn günstigeren Regelung der Scheidungsfolgen interessiert ist.

901 Statt aller: Palandt/*Heinrichs*, § 164, Rn. 13.

902 AmtsG Rheine, FamRZ 2005, 451; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 428.

903 BGH, FamRZ 2007, 450 (451).

Bei unbefangener Betrachtung der Ausgangslage könnte man zu dem Ergebnis kommen, dass es sich um eine häufig vorkommende Verhandlungssituation handelt: Die potentiellen Vertragspartner verfolgen unterschiedliche Interessen und versuchen ihr jeweiliges Anliegen bestmöglich durchzusetzen. Dabei nimmt jede Partei die Umsetzung der Vorstellungen der anderen Seite hin, um auch die eigenen umsetzen zu können.

Zwei Aspekte sind jedoch zu beachten: Erstens ist die Modifikation der Scheidungsfolgen kein eigenständiges Ziel der an ihr interessierten Partei. Kommt es nicht zur Eheschließung, hat eine Regelung der Scheidungsfolgen mangels Möglichkeit einer Scheidung keinen Sinn und somit auch keinen Wert. Somit verfolgt einer der Verhandlungspartner kein eigenes Interesse. Seine Verhandlungsposition ist vielmehr durch eine bedingte Zustimmung geprägt, die eine Abschwächung der Forderung des Verhandlungspartners umfasst. Zweitens werden die Verhandlungspositionen normativ aufgeladen. Eine Eheschließung wird als rechtlich neutral bewertet. Hingegen haftet einer Abbedingung der als Schutz und Kompensation gedachten gesetzlichen Scheidungsfolgen der Makel des Anrühigen und Einseitigen an.

Die zweite Fallgruppe der Anhaltspunkte möglicher Verhandlungsunterlegenheit ist gekennzeichnet durch einen Mangel an Durchsetzungsfähigkeit während der Vertragsverhandlungen. Dieser Mangel kann aus geringeren intellektuellen Fähigkeiten resultieren,⁹⁰⁴ aber auch aus einem gesteigerten Angewiesensein auf den Vertragsschluss oder den Vertragspartner.⁹⁰⁵ Schließlich kann die Verhandlungsposition durch den Ablauf und die Gestaltung der Verhandlungen beeinträchtigt werden.⁹⁰⁶ Eine Partei kann ihre Interessen nicht in dem für einen Interessenausgleich erforderlichen Umfang durchsetzen.

Um beide Fallgruppen miteinander zu harmonisieren, wird man Elemente mangelnder Durchsetzungsfähigkeit auch für die erste Fallgruppe verlangen

904 Dazu zählen mangelnde geschäftliche Erfahrung und sprachliche Defizite.

905 Hier ist an oben dargestellte Abhängigkeitsverhältnisse und Bedürfnislagen zu denken.

906 Verwirklicht z.B. durch Überrumpelung, Intransparenz und Herbeiführung verfahrensbedingter Unkenntnis.

müssen. Nur wenn eine Partei nicht in der Lage ist, ihre eigenen Interessen freiverantwortlich zu erkennen und wahrzunehmen, kann von einer Verhandlungsunterlegenheit gesprochen werden. Allein auf normative Bewertungen der angestrebten Ziele sollte ein solches Urteil nicht gestützt werden.

Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle ist neben der Unterlegenheit einer Partei deren Ausnutzung durch den Verhandlungspartner zu verlangen. Erst dieses kann einen Verstoß gegen die sittlichen Grundzüge des Rechtssystems darstellen, sofern es eine bestimmte Toleranzgrenze überschreitet.

Nochmals sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung, getrieben durch den BGH, dazu tendiert, auch im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle den Schwerpunkt der Prüfung auf die Angemessenheit der vertraglichen Regelungen zu legen, so dass eine unterlegene Verhandlungsposition einer Partei keine zwingende, sondern nur eine verschärfende Voraussetzung für die Möglichkeit gerichtlichen Eingreifens ist.

1.1.3. Bedeutung des Inhalts der Vereinbarung

Neben der Frage nach einer unterlegenen Verhandlungsposition einer der Verhandlungspartner ist im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle die Frage zu stellen, ob der Vertragsinhalt als einseitige Belastung angesehen werden kann. Wie bereits gesehen, stellt der BGH diese Frage zunehmend in den Vordergrund. Dies wird zu einer weitergehenden Klärung der Rechtsprechung führen, die sich in der Vergangenheit zuweilen eher mit der Darlegung oder Verneinung einer Zwangslage beschäftigt hat, obgleich der BGH schon in der Kernbereichs-Entscheidung die Wirksamkeitskontrolle an die einseitige Lastenverteilung gebunden hatte.⁹⁰⁷

Als generelle Aussage der Rechtsprechung kann festgehalten werden, dass ein Verzicht auf eine Scheidungsfolge immer dann im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle unbeanstandet bleibt, wenn für den jeweiligen Bereich von einer wirtschaftlichen Selbstständigkeit der Ehegatten ausgegangen werden kann oder ein Ausgleich zu erwartender Nachteile vorgesehen ist.⁹⁰⁸

907 BGH, NJW 2004, 930 (935).

908 OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789; BGH, FamRZ 2005, 185; 1449; OLG Hamm,

Für die Annahme wirtschaftlicher Selbstständigkeit genügt die Planung der Ehegatten, zumindest falls sie angesichts der Verhältnisse bei Abschluss der Vereinbarung nicht als fernliegend betrachtet werden muss. Umgekehrt folgt aus diesem Standpunkt die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung, falls sich die Lebensplanung nicht in der inhaltlichen Ausgestaltung widerspiegelt.⁹⁰⁹ Die Angemessenheit eines vereinbarten Ausgleichs bemisst sich nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen, die den gesetzlichen Ansprüchen zugrunde liegen, sondern nach einer fiktiven Fortschreibung der wirtschaftlichen Selbstständigkeit. Maßgebend ist, welchen Stand der verzichtende Ehegatte aus eigener Leistungsfähigkeit erreichen kann.⁹¹⁰

Nicht aus den Augen verloren werden darf, dass die Wirksamkeitskontrolle trotz des Versuches, sie mittels der Kernbereichslehre zu strukturieren, in ihrem Ausgangspunkt eine Gesamtwürdigung der Vereinbarung bleibt.⁹¹¹ Eine Summierung tendenziell einseitiger Vereinbarungen oder fehlender Rechtfertigungen in mehreren der nachfolgend dargestellten Teilbereichen kann zur Nichtigkeit der Vereinbarung führen.⁹¹²

a) Vereinbarungen über den nahehelichen Unterhalt

Der naheheliche Unterhalt stellt in der Kernbereichslehre kein einheitliches Element dar. Die einzelnen Unterhaltstatbestände sind verschiedenen Stufen des Kern- und Randbereiches zugeordnet.

FamRZ 2005, 1567; FuR 2006, 136; FamRZ 2006, 1034; OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683; OLG Stuttgart, FamRZ 2007, 291. Abweichend allerdings OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 455: Die während der Ehe geplante fortdauernde Erwerbstätigkeit der Ehefrau sei unerheblich, weil der Unterhaltsverzicht erst im Falle einer Scheidung von Relevanz sei. Dann sei eine Erwerbstätigkeit jedoch nur schwerlich mit der Kindesbetreuung zu vereinbaren. Bei Beurteilung der Angemessenheit der Ausgleichshöhe will *Borth*, FamRB 2005, 177 (182), den Kapitalwert des Anspruchs, auf den verzichtet wurde, ermitteln.

909 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282; BGH, FamRZ 2006, 1097; 1359.

910 Dies ist aus der Billigung solcher Ausgleichs selbst im Rahmen der Ausübungskontrolle abzuleiten, vgl. BGH, FamRZ 2005, 185 (187); 1449 (1451); OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683 (1685).

911 BGH, NJW 2004, 930 (935).

912 BGH, FamRZ 2006, 1097.

Dementsprechend finden sich kaum allgemeine Aussagen.⁹¹³ Das OLG Karlsruhe billigte die Vereinbarung eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs, der sich an den Verhältnissen bei Abschluss der Vereinbarung orientierte, ohne auf einzelne gesetzliche Unterhaltstatbestände einzugehen.⁹¹⁴ Im Übrigen gilt für das Unterhaltsrecht, was bereits für den Vertragsinhalt insgesamt gilt: Sieht die Lebensplanung der Ehegatten die wirtschaftliche Selbstständigkeit beider Partner vor, können sie auf die eheliche Solidarität, die sich im nachehelichen Unterhalt niederschlägt, vollständig verzichten.⁹¹⁵ Keines nachehelichen Unterhalts bedarf es, sofern der Lebensbedarf des verzichtenden und bedürftigen Ehegatten auf andere Weise sichergestellt ist.⁹¹⁶

aa) Betreuungsunterhalt

Der Anspruch auf nachehelichen Betreuungsunterhalt nimmt eine herausgehobene Position in der Kernbereichslehre ein. Ein vollständiger Verzicht auf den Betreuungsunterhalt kann dennoch wirksam vereinbart werden, sofern die Ehegatten ihre eheliche Lebensgemeinschaft auf eine Weise gestalten wollen, die keine Benachteiligung durch die Kindesbetreuung erwarten lässt.⁹¹⁷ Eine solche Ausgestaltung kann in dem geplanten Verzicht auf gemeinschaftliche Kinder bestehen.⁹¹⁸ Denkbar ist auch eine Verteilung der Kindesbetreuung auf beide Ehegatten und / oder Dritte, durch die beide Ehegatten gleichmäßig in ihrer Berufstätigkeit eingeschränkt werden. Schließlich kann der Lebensbedarf des betreuenden Ehegatten nach einer Scheidung durch anderweitige Vereinbarungen, z.B. eine Abfindung, sichergestellt werden. Liegt keine der dargestellten Konstellationen vor,

913 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1762), hält die Schwelle des notwendigen Selbstbehalts für bedeutsam. Erreichen zuerkannte Unterhaltsansprüche diese Höhe, sei die Dispositionsfreiheit verhältnismäßig hoch.

914 FamRZ 2004, 1789.

915 In diesem Sinne auch *Traulsen*, Grenzen, S. 194.

916 OLG Frankfurt/M., FF 2001, 172 (173), hält einen Anspruch auf Zugewinnausgleich für eine mögliche Ersatzsicherung. Dies dürfte jedoch erfordern, dass eine erhebliche Ausgleichsforderung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

917 A.A. *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1518).

918 BGH, FamRZ 2005, 691. Siehe auch Nachweise in Fn. 908 (S. 292).

kann der Eingriff in den Kernbereich regelmäßig nicht gerechtfertigt werden und führt dann zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung.⁹¹⁹

Ehegatten steht es frei, den nachehelichen Betreuungsunterhalt abweichend von der gesetzlichen Lage zu gestalten. Sowohl die Höhe als auch die Bezugsdauer können modifiziert werden.⁹²⁰ Die vom BGH für maßgeblich erklärte Messlatte für die Vereinbarkeit mit den guten Sitten besteht in der generellen Eignung zum Ausgleich der ehebedingten Nachteile.⁹²¹ Dabei sind die Ehegatten nicht an die ehelichen Einkommensverhältnisse gebunden. Eine Beschränkung des Betreuungsunterhalts auf das ungefähre Maß dessen, was der betreuende Ehegatte aus eigener Kraft erwirtschaften könnte, ist daher zulässig. Zulässig ist auch die Beschränkung des nachehelichen Unterhalts auf eine Größenordnung, die jedenfalls den konkreten Bedarf, gemessen auch unter Berücksichtigung der ehelichen Verhältnisse, abdeckt.⁹²²

Angesichts dieser Ausgangslage ist (künftigen) Ehegatten von einem Verzicht auf nachehelichen Betreuungsunterhalt abzuraten: Soll nach ihrer Lebensplanung ein Ehegatte die Kindesbetreuung im Wesentlichen allein übernehmen, führt ein Verzicht auf die auch im Interesse des Kindeswohls eingeräumte Absicherung zu einer einseitigen Belastung, die u.U., insbesondere bei Verstärkung durch weitere einseitige Regelungen, zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarung führen kann. Soll eine eventuelle Kindesbetreuung von beiden Ehegatten gleichmäßig getragen werden oder ist die Gründung einer Familie nicht geplant, führt ein Verzicht auf den Betreuungsunterhalt zwar weder zur Einseitigkeit noch zur Sittenwidrigkeit der Vereinbarungen, jedoch ist nach schon bisheriger ständiger Rechtsprechung ein Berufen auf diesen Verzicht treuwidrig, falls der andere Ehegatte nach

919 OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG München, FamRZ 2006, 1449; BGH, FamRZ 2006, 1359.

920 BGH, FamRZ 2005, 1444; FamRZ 2006, 1359. Bezüglich der Bezugsdauer a.A.: *Borth*, FamRB 2005, 177 (178).

921 BGH, FamRZ 2005, 1444; FamRZ 2006, 1359. Das OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034, will insoweit die geplante Anzahl gemeinschaftlicher Kinder berücksichtigen: Seien mehrere geplant, sei die Vereinbarkeit von Kindesbetreuung mit der Ausübung eines Berufs kaum gegeben und daher seien verschärfte Anforderungen an die Geeignetheit zum Ausgleich ehebedingter Nachteile zu stellen.

922 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216.

der Scheidung wegen der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet. Sind die Ehegatten mit der gesetzlichen Ausgestaltung der nachehelichen Unterhaltsansprüche nicht einverstanden, ist eine modifizierende Vereinbarung, beispielsweise eine Festlegung von Beträgen oder Höchstgrenzen oder eine zeitliche Ausgestaltung, die sich zweckdienlicherweise am Alter der gemeinschaftlichen Kinder orientieren sollte, vorzugswürdig.

bb) Altersunterhalt

Der Altersunterhalt zählt ebenso wie der Betreuungsunterhalt zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts. Daher stellt die Rechtsprechung an die Zulässigkeit eines Verzichtes ebenfalls verschärfte Anforderungen. Sittenwidrig ist ein Verzicht auf den Altersunterhalt, wenn die Parteien einvernehmlich von einer dauerhaften oder langfristigen Erwerbsuntätigkeit des verzichtenden Ehegatten ausgehen.⁹²³ Deutlich wird jedoch der Zusammenhang mit dem Versorgungsausgleich: Der Verzicht auf Altersunterhalt ist unproblematisch, wenn zu erwarten ist, dass beide Parteien nach Abschluss der Vereinbarung eigenständig ausreichende Versorgungsanschaften erwerben können werden.⁹²⁴ Erst recht ist ein Verzicht zulässig, wenn die Altersvorsorge im Wesentlichen bereits abgeschlossen ist, insbesondere weil die Eheschließung bzw. der Verzicht erst im fortgeschrittenen Alter erfolgt.⁹²⁵ Ein Verzicht ist schließlich dann wirksam, wenn er durch die Verpflichtung zur Zahlung von Rentenbeiträgen oder durch sonstige Absicherungen für das Alter, wobei insbesondere an Kapitallebensversicherungen zu denken ist, kompensiert wird.⁹²⁶ Auch eine Abfindung kann einen Verzicht ausgleichen.⁹²⁷

Für eine Modifikation des Unterhaltsanspruchs wird man auf die Erwägungen zurückgreifen können, die für den Betreuungsunterhalt gelten. Rele-

923 BGH, NJW 2004, 930 (936).

924 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; BGH, FamRZ 2005, 691; 1449; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567. Siehe auch Nachweise in Fn. 908 (S. 292).

925 BGH, FamRZ 2005, 691.

926 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; BGH, FamRZ 2005, 691; 1444; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567.

927 BGH, FamRZ 2005, 691.

vant ist insoweit, welches Maß an Altersvorsorge derjenige Ehegatte, der wegen der gemeinschaftlichen Lebensführung seine Erwerbstätigkeit eingeschränkt hat, ohne diese Einschränkung hätte erwirtschaften können.

Der Altersunterhalt ist auch dann (nur) auf den zweiten Rang des Kernbereiches einzuordnen, wenn er als Anschlussunterhalt zuerkannt wird.⁹²⁸ Dies ergibt sich aus der Berücksichtigung der gesetzlichen Systematik bei der grundsätzlichen⁹²⁹ Zuordnung zu einer Rangstufe. Teil dieser Systematik ist bereits die Möglichkeit des Anschlussunterhalts. Was für den Altersunterhalt gilt, ist entsprechend auf alle übrigen Tatbestände für Anschlussunterhalt anzuwenden.

cc) Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen

Der Unterhaltsanspruch wegen Krankheit oder Gebrechen teilt den Rang des Altersunterhalts. Jedoch fehlt ein Zusammenhang zur Altersabsicherung. Zudem fehlt ein direkter Zusammenhang zwischen dem durch den Unterhaltsanspruch gewährten Schutz und ehebedingten Nachteilen. Diese Besonderheit führt trotz des gleichen Rangs zu einer höheren Disponibilität. Die Rechtsprechung folgert die Zulässigkeit eines Verzichtes bereits aus der Unabsehbarkeit, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten der Anspruch von Relevanz sein könnte.⁹³⁰ Des Weiteren wird bereits aus dem Bestehen eines sonstigen Unterhaltsanspruchs eine ausreichende Absicherung abgeleitet.⁹³¹ Aus der Lebensplanung der Parteien kann hingegen keine Rechtfertigung für die Abbedingung gezogen werden. Allerdings können sonstige Absicherungen und Kompensationen den Verzicht rechtfertigen.⁹³² Angesichts der deutlich gesteigerten Disponi-

928 A.A. Wachter, ZFE 2004, 132 (138), der jeglichen Anschlussunterhalt an der Rangstufe des vorgehenden Unterhaltstatbestands teilhaben lassen will.

929 Nicht ausgeschlossen ist, dass der Vorbehalt des BGH zum Tragen kommt, wonach sich die Rangstufe nach der jeweiligen Bedeutung der Unterhaltstatbestände im Einzelfall richten kann. Bislang hat dieser Vorbehalt jedoch keine praktische Bedeutung erlangt.

930 BGH, FamRZ 2005, 691; 1444; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567; FamRZ 2006, 1034.

931 BGH, FamRZ 2005, 1444 (im konkreten Fall bestand ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt).

932 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; BGH, FamRZ 2005, 1449.

bilität ist der Unterhaltsanspruch auch in gesteigertem Umfang modifizierbar.

dd) Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit

Der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit gehört nicht mehr dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts an. Aus dieser Erkenntnis folgert die Rechtsprechung eine wiederum deutlich gesteigerte Wirksamkeit abgeschlossener Verzichte. Das Sittenwidrigkeitsurteil kann auf einen Verzicht auf den Erwerbslosigkeitsunterhalt nicht gestützt werden.⁹³³ Ein Verzicht ist erst recht wirksam, wenn nach der Planung der Ehegatten keine ehelichen Nachteile zu erwarten sind oder er durch eine Abfindung oder die Vereinbarung einer Mindestunterhaltsdauer kompensiert wird.⁹³⁴ Es genügt bereits die Aussicht eines Wiedereinstiegs in den vormals ausgeübten Beruf nach einer Scheidung, insbesondere wenn zusätzlich die Möglichkeit besteht, während der Ehe für Zeiten der Erwerbslosigkeit Rücklagen zu bilden.⁹³⁵ Modifikationen des Anspruchs, die sich innerhalb eines üblichen Rahmens bewegen,⁹³⁶ sind stets unbedenklich.

Bei einem Verzicht auf Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit ist an eine mögliche Sittenwidrigkeit wegen zwangsläufiger Belastung des Sozialhilfeträgers zu denken. Dies sollte freilich nur angenommen werden, wenn keine anderen Unterhaltsansprüche bestehen und nach den bestehenden, geplanten und objektiv zu erwartenden Verhältnissen der Ehegatten die Inanspruchnahme von Sozialhilfe im Falle einer Scheidung unabwendbar erscheint.

933 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; BGH, FamRZ 2005, 691; 1444; 1449; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567.

934 BGH, FamRZ 2005, 691; 1444. Siehe auch Nachweise in Fn. 908 (S. 292).

935 AmtsG Kandel, FamRZ 2006, 345. *Borth*, FamRB 2005, 177 (179), will die Zulässigkeit von Verzichten auf Erwerbslosigkeitsunterhalt nach der Regelung des § 1573 V BGB bemessen.

936 Bedenklich könnten Modifikationen sein, die auf die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten keine Rücksicht nehmen. Vgl. OLG Celle, FamRZ 2004, 1969.

ee) Vorsorgeunterhalt

Während der Verzicht auf den Vorsorgeunterhalt anfangs noch unter Verweis auf die Einordnung im Randbereich des Scheidungsfolgenrechts gerechtfertigt wurde,⁹³⁷ hat dieser Punkt keine Bedeutung mehr, seit der BGH erkannt hat, dass eine Einordnung als eigene Stufe innerhalb der Rangleiter der Kernbereichslehre nicht zu rechtfertigen ist. Schließlich handelt es sich nicht um eigenständige Unterhaltstatbestände, sondern lediglich um Bemessungsregelungen.⁹³⁸

ff) Aufstockungsunterhalt, Unterhalt wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung

Ebenso wie beim Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit begnügen sich die Gerichte beim Aufstockungsunterhalt und beim Unterhalt wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umbildung mit dem schlichten Verweis auf die geringe Bedeutung der Tatbestände innerhalb der Kernbereichslehre.⁹³⁹ Ein Verzicht auf diese Unterhaltstatbestände ist daher stets unbedenklich. Gleiches gilt für eine Modifikation.

b) Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

Auch bei der Behandlung des Versorgungsausgleichs wird der Zusammenhang mit dem Altersunterhalt deutlich. Die Gerichte betrachten den Versorgungsausgleich strukturell als mit dem Zugewinnausgleich verwandt, inhaltlich jedoch als vorweggenommenen Altersunterhalt.⁹⁴⁰ Während aus der Verwandtschaft mit dem Zugewinnausgleich die grundsätzliche Disponibilität gefolgert wird, wird diese durch den Zusammenhang mit dem Altersunterhalt eingeschränkt. Soll ein Ehegatte während der Ehe aufgrund eines gemeinschaftlichen Entschlusses und zur Verwirklichung beidersei-

937 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216.

938 BGH, FamRZ 2005, 1449.

939 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282; BGH, FamRZ 2005, 691; 1444; 1449; OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567.

940 BGH, NJW 2004, 930; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282; BGH, FamRZ 2005, 26; 185; 691.

tiger Interessen auf sozialversicherungspflichtige Erwerbstätigkeit verzichten, ist ein Ausschluss der Durchführung des Versorgungsausgleichs nur wirksam möglich, wenn eine Kompensation vereinbart wird oder aus anderen Gründen die Möglichkeit ausreichender Altersvorsorge besteht.⁹⁴¹

Die Ausgleichswirkung vereinbarter Gegenleistungen bemisst sich nach ihrer Eignung zur Begründung von Versorgungsansprüchen.⁹⁴²

Planen die Ehegatten eine beiderseitige Erwerbstätigkeit während der Ehe, rechtfertigt dies umgekehrt einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs.⁹⁴³

Ein Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs kann insbesondere dann gerechtfertigt sein, wenn die Altersversorgung eines Ehegatten ihm nicht unterfallen würde, z.B. weil er als Selbstständiger keine Rentenbeiträge entrichtet.⁹⁴⁴ Auch aus der vertraglichen Zuerkennung eines Anspruchs auf Altersunterhalt sollte die Zulässigkeit eines Verzichtes auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs geschlossen werden.

Eine Modifikation des Versorgungsausgleichs in den oben dargestellten gesetzlich zulässigen Grenzen⁹⁴⁵ ist zumindest dann wirksam, wenn sich die Altersversorgung des auf weitergehende gesetzliche Ansprüche verzichtenden Ehegatten im ungefähren Rahmen dessen hält, was er aus eigener Leistung hätte erreichen können.

c) Güterrechtliche Vereinbarungen

Die Behandlung des Güterrechts ist geprägt durch die Feststellung, dass es im System des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts keinen gehobenen Stellenwert einnimmt, sondern lediglich dem Randbereich zuzuordnen ist, weil die Ehe keine Vermögensgemeinschaft sein muss.⁹⁴⁶ Vertragliche

941 BGH, NJW 2004, 930; BGH, FamRZ 2005, 26; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; BGH, FamRZ 2005, 1444; OLG Düsseldorf, FamRZ 2006, 793; OLG Dresden, 27.03.2006, 23 UF 107/06, Juris. *Borth*, FamRB 2005, 177 (180).

942 BGH, FamRZ 2005, 26.

943 OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683. Siehe auch Nachweise in Fn. 908 (S. 292).

944 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216.

945 Siehe oben, S. 12.

946 BGH, NJW 2004, 930; OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; OLG Celle, FamRZ 2004, 1489; BGH, FamRZ 2005, 691; OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071; BGH, FamRZ 2005, 1444; OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris; OLG Hamm, FamRZ 2006, 268.

Gestaltungen werden in weitem Umfang gebilligt, einschließlich der Vereinbarung der Gütertrennung. Hat ein Ehegatte vorvertragliches Vermögen, z.B. Grundeigentum oder Unternehmensanteile, das nach der Vorstellung der Parteien nicht am Ausgleich des Zugewinns teilnehmen soll, wird darin eine zusätzliche Rechtfertigung der Modifikation der Zugewinnngemeinschaft oder der Vereinbarung der Gütertrennung erblickt.⁹⁴⁷

Vereinbarungen im güterrechtlichen Bereich sind daher als unproblematisch anzusehen.⁹⁴⁸ Ihre Wirksamkeit ist allenfalls im Rahmen einer Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung in Gefahr. Allerdings kann bei Vornahme der Gesamtwürdigung auch der Ausschluss des Zugewinnausgleichs als einseitige vertragliche Gestaltung angesehen werden und so zur Bewertung der Vereinbarung als sittenwidrig beitragen.

1.1.4. Verhältnis zwischen den Umständen des Vertragsschlusses und dem Vertragsinhalt

Die literarische Kontroverse, in welchem Verhältnis Vertragsinhalt und Umstände des Vertragsschlusses zueinander stehen,⁹⁴⁹ muss im Wesentlichen als überholt angesehen werden. Obgleich die obergerichtlichen Entscheidungen der Abschlussituation bisweilen noch viel Raum in der Urteilsbegründung gewähren, hat sich der BGH auf die alleinige Maßgeblichkeit des Vertragsinhalts festgelegt. Dieser ist zwar an den Verhältnissen zu messen, in denen sich die Parteien bei seiner Vereinbarung befunden haben. Bedeutender als diese ist jedoch die dem Vertrag zugrunde gelegte Planung der künftigen Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft.

Kommt es auf die Unterlegenheit einer Vertragspartei bei Abschluss der Vereinbarung demnach nicht an, ist es auch nicht erforderlich, jene zu vermuten.⁹⁵⁰ Auch die getrennte Feststellung beider Kriterien ist nicht

947 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216; OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071; OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris; OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034.

948 A.A. *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (14 ff.), die den Ausgleich ehebedingter Nachteile auch im Güterrecht für erforderlich hält.

949 Siehe oben, S. 258.

950 So aber die Überlegungen von *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1337 (1339); *Koch*, NotBZ 2004, 147 (149); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (307 ff.); *Mayer*, FPR 2004, 363 (365);

zwingend erforderlich.⁹⁵¹ Die Anforderungen an die subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit sind insoweit geringer als bei der üblichen Anwendung des § 138 I BGB.⁹⁵²

Die Unterlegenheit eines Verhandlungspartners ist – wie bereits gesehen – im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigungsfähig. Vereinbarungen, die zwischen gleichberechtigten Verhandlungspartnern mit den guten Sitten vereinbar sind, können bei Unterlegenheit desjenigen, zu dessen Nachteil sie gereichen, bereits sittenwidrig sein.⁹⁵³ Orientieren sie sich jedoch an den derzeit bestehenden und den geplanten Lebensumständen der Vertragspartner, kann auch eine unterlegene Verhandlungsposition an der Wirksamkeit der Vereinbarung nichts ändern. Haben beide Ehegatten eine gleich starke Verhandlungsposition inne, spricht dies umgekehrt eher für eine gesteigerte Wirksamkeit der Vereinbarung.⁹⁵⁴

1.1.5. Teil- oder Gesamtnichtigkeit als Rechtsfolge der Wirksamkeitskontrolle

Nach der Klarstellung des BGH, dass § 139 BGB für die Rechtsfolgen einer nicht bestandenen Wirksamkeitskontrolle uneingeschränkt zum Einsatz zu bringen ist,⁹⁵⁵ ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung die allgemeinen Regeln auch auf Ehevereinbarung anwenden wird.⁹⁵⁶ Maßgeblich ist daher gem. § 139 BGB der (mutmaßliche) Parteiwille, der die gesetzliche Vermu-

Münch, MittBayNot 2003, 107 (109); ders., FamRZ 2005, 570 (571); ders., KritV 2005, 208 (224 ff.); Schwab, FamRZ 2001, 349; ders., FS Holzhauser, 410 (419), vgl. oben, S. 258.

951 Anders noch Rauscher, DNotZ 2004, 524 (530).

952 Vgl. zu jener statt aller MüKo BGB/Mayer-Maly/Armbüster, § 138, Rn. 129 ff.

953 Der BGH spricht von einer Verstärkung der richterlichen Kontrollpflicht. BGH, FamRZ 2005, 1444; FamRZ 2006, 1359 (1361). Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 (1762), will die Bedeutung der subjektiven Seite mit abnehmendem Rang des in Frage stehenden Tatbestands innerhalb der Kernbereichslehre steigern.

954 A.A. Dauner-Lieb, Brennpunkte FamR 2003, 1 (18).

955 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1447), insoweit die in NJW 2004, 930 (935), gemachte Aussage bestätigend, Ehevereinbarungen seien ganz oder teilweise nichtig.

956 So auch OLG Koblenz, FamRZ 2007, 479: Nichtigkeit eines Verzichtes auf Trennungunterhalt berührt Vereinbarung über nahehelichen Unterhalt im Zweifel nicht. Borth, FamRB 2005, 177 (181), will aus der Kernbereichslehre hingegen eine auf den Kernbereich beschränkte Sittenwidrigkeit folgern und im Übrigen § 139 BGB entsprechend anwenden.

tung der Gesamtnichtigkeit widerlegen muss, soll der Vertrag ohne den nichtigen Teil bestehen bleiben.⁹⁵⁷ Anhaltspunkt für einen dahingehenden Parteiwillen ist die Aufnahme einer salvatorischen Klausel in das Vertragswerk.⁹⁵⁸ Je konkreter diese auf das Verhältnis der einzelnen Vertragsbestimmungen eingeht, umso größer ist ihre Indizwirkung.⁹⁵⁹ Allerdings beschränkt sich die Wirkung einer salvatorischen Klausel auf die Umkehr der Beweislast für die Wirksamkeit der Vereinbarung.⁹⁶⁰ Nicht mehr diejenige Partei, die sich auf die Teilwirksamkeit der Vereinbarung beruft, ist beweisbelastet, sondern nunmehr diejenige, welche die Gesamtnichtigkeit geltend macht. Es ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung künftig wieder die allgemeinen Regeln zur Anwendung bringt.⁹⁶¹ Von der grundsätzlichen Teilbarkeit von Vereinbarungen über das eheliche Güterrecht, über den nahehelichen Unterhalt und über den Versorgungsausgleich ist auszugehen.⁹⁶²

Dabei wird deutlich, dass trotz der vom BGH geforderten Gesamtwürdigung eine Teilnichtigkeit der Vereinbarung möglich ist. Dies ist durchaus schlüssig, da auch dann eine Gesamtwürdigung vorgenommen wird, wenn die Sittenwidrigkeit einer nach dem (mutmaßlichen) Parteiwillen selbstständigen Teilregelung nicht nur aus ihrem Inhalt, sondern zusätzlich aus den Umständen des Vertragsschlusses oder einer Wechselwirkung mit anderen Teilregelungen gefolgert wird. Von einer Gesamtnichtigkeit ist hingegen auszugehen, wenn sich die Nichtigkeitsfolge allein aus der inhaltlichen Betrachtung aller Vertragsinhalte ergibt.⁹⁶³ Die Ableitung der Gesamt-

957 Siehe dazu MüKo BGB/*Mayer-Maly/Busche*, § 139, Rn. 28 ff.

958 Palandt/*Heinrichs*, § 139, Rn. 17.

959 Vgl. *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1764); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (314); *Münch*, DNotZ 2005, 819 (823).

960 BGH, NJW 2003, 347.

961 So bereits AmtsG Kandel, FamRZ 2006, 345 (346); eingeschränkt auch OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris, Rn. 57 ff.; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2006, 339 f. Etwas pauschal hingegen OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034 (1037), und OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683. Nicht überzeugend: OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282 (283), das die güterrechtliche Vereinbarung als untrennbar mit der unterhaltsrechtlichen verbunden ansieht.

962 *Brambring*, Status, 17 (32).

963 BGH, FamRZ 2006, 1097 (1098); OLG München, FamRZ 2006, 1449 (1450).

nichtigkeit allein aus den Umständen des Vertragsschlusses⁹⁶⁴ befindet sich mit der jüngsten Rechtsprechung des BGH nicht in Übereinstimmung.

1.2. Zur Ausübungskontrolle

Für die Ausübungskontrolle sind nach Ansicht des BGH „nicht nur“ die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, sondern in erster Linie diejenigen im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft.⁹⁶⁵ Sollte ein Ehegatte durch eine evident einseitige Lastenverteilung unzumutbar benachteiligt werden, komme – je nach Stellenwert der betroffenen Scheidungsfolge in der Rangleiter der Kernbereichslehre – eine Anpassung der Vereinbarung durch den Richter in Betracht. Als einzige Fallgruppe dafür führte der BGH die abweichende Entwicklung der einvernehmlichen Lebensgestaltung gegenüber der ursprünglichen Planung an.

Mit dem „Zeitpunkt des Scheiterns der ehelichen Lebensgemeinschaft“ dürfte der Zeitpunkt der Scheidung gemeint sein. Erst zu diesem Zeitpunkt kann sich aus den ehevertraglichen Regelungen eine Lastenverteilung ergeben, da der Trennungsunterhalt gem. § 1361 IV 4 BGB i.V.m. § 1360a III BGB i.V.m. § 1614 I BGB unverzichtbar ist, während nachehelicher Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich an die Scheidung gebunden sind.⁹⁶⁶

1.2.1. Zur Bedeutung der unangemessenen Lastenverteilung und einer ungeplanten Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft

Unmittelbar im Anschluss an die Kernbereichs-Entscheidung des BGH hielt sich das OLG Celle noch an dessen Vorgabe und konzentrierte seine Untersuchung auf die Frage, ob eine unangemessene Lastenverteilung im Zeitpunkt der Ehescheidung vorlag.⁹⁶⁷ Später rückte dieser Ansatz jedoch

964 So noch OLG Celle, FamRZ 2004, 1489 (1493); OLG Koblenz, FamRZ 2006, 428 (429 f.).

965 BGH, NJW 2004, 930 (935); FamRZ 2005, 1444 (1446).

966 Vgl. auch Schwab, FS Holzhauser, 410 (420): Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung.

967 OLG Celle, FamRZ 2004, 1202 (1204).

zunehmend in den Hintergrund.⁹⁶⁸ Stattdessen wurde die Abweichung der gemeinsamen Lebensumstände der Ehegatten von der dem Vertrag zugrunde gelegten Planung zum zentralen Prüfungspunkt. In einigen Entscheidungen stehen beide Ansätze noch gleichberechtigt nebeneinander,⁹⁶⁹ in anderen begnügen sich die Gerichte schon mit dem Hinweis auf das Fehlen bzw. Vorliegen einer abweichenden Entwicklung.⁹⁷⁰

Von einer gegenüber der ursprünglichen Planung abweichenden Entwicklung der Lebensumstände ist insbesondere auszugehen, wenn die Ehegatten keine Familiengründung anstrebten und von einer beiderseitigen Erwerbstätigkeit ausgingen, jedoch im Verlauf der Ehe einer von ihnen zugunsten der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder auf eine Erwerbstätigkeit verzichtete.⁹⁷¹ Diese Abweichung zieht eine Anpassung der Vereinbarung nach sich, sofern das Festhalten an derselben unter Berücksichtigung des Stellenwertes der betroffenen Scheidungsfolge mit der ehelichen Solidarität schlechthin unvereinbar wäre.⁹⁷²

Unvereinbar mit der ehelichen Solidarität kann das Fehlen einer nach den ursprünglichen Erwartungen der Ehegatten angemessenen Altersversorgung,⁹⁷³ aber auch der Verweis auf die eigenverantwortliche Sicherstellung des Lebensbedarfs und somit das Festhalten an einem abgeschlossenen Unterhaltsverzicht sein.⁹⁷⁴ Hingegen wird in einem Ausschluss des Zugewinnausgleichs regelmäßig keine evident einseitige Benachteiligung erblickt. Da eine Ehe keine zwingende Vermögensgemeinschaft sei, seien

968 Allerdings folgten auch das OLG München, FamRZ 2005, 215 (216), und das OLG Hamm, FamRZ 2006, 268 (269), noch weitgehend den Vorgaben des BGH. Allein auf die Benachteiligung stellte auch das OLG Koblenz, FamRZ 2006, 1447 (1449), ab, das letztlich die alte Rechtsprechung zu § 242 BGB anwandte.

969 OLG Koblenz, FamRZ 2005, 40 (41); OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789 (1790 f.); OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567 (1568); OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris, Rn. 66 ff.; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2006, 339 (340).

970 OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 216 (220); BGH, FamRZ 2005, 691 (693); OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071 (2072); OLG Hamm, FuR 2006, 136 (137); AmtsG Kandel, FamRZ 2006, 345 (346); OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683 (1684).

971 BGH FamRZ 2005, 26 (27), FamRZ 2005, 185 (187); FamRZ 2005, 1449 (1451).

972 BGH FamRZ 2005, 26 (27), FamRZ 2005, 185 (187); FamRZ 2005, 1449 (1451).

973 BGH FamRZ 2005, 26 (27), FamRZ 2005, 185 (187).

974 BGH FamRZ 2005, 1449 (1451).

Benachteiligungen vorrangig mit Hilfe des Unterhaltsrechts auszugleichen.⁹⁷⁵ In Einzelfällen kann sich aber auch aus güterrechtlichen Vereinbarungen eine Benachteiligung ergeben.⁹⁷⁶ Dies kann z.B. anzunehmen sein, wenn die Ehegatten ihre Altersvorsorge ausschließlich durch Vermögen betrieben haben, so dass eine angemessene Beteiligung nur im Rahmen eines güterrechtlichen Ausgleichs des der Altersvorsorge dienenden Vermögens erfolgen kann.⁹⁷⁷

Keine evident einseitige Lastenverteilung ist anzunehmen, wenn beide Ehegatten weitgehend nach ihren jeweiligen Fähigkeiten erwerbstätig waren und entsprechendes Vermögen und Versorgungsanwartschaften erworben haben.⁹⁷⁸ Bei Ermittlung der Benachteiligung können je nach den ursprünglichen Vorstellungen der Ehegatten die ehelichen Verhältnisse mit zu berücksichtigen sein.⁹⁷⁹ Auch ein Vergleich der Situationen beider Ehegatten im Zeitpunkt der Scheidung und bei Abschluss der Vereinbarung kann für die Feststellung einer Benachteiligung von Relevanz sein.⁹⁸⁰ Darüber hinaus hat die Abschlusssituation im Rahmen der Ausübungskontrolle bislang keine Bedeutung erlangt.⁹⁸¹

War die Entwicklung der Lebensumstände auf Grundlage der Planung der Ehegatten vorhersehbar, liegt schon keine grundlegende Abweichung vor.⁹⁸²

975 OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris, Rn. 66 ff.; OLG Frankfurt/M., FamRZ 2006, 339 (340); OLG Hamm, FamRZ 2006, 268 (269); 1034 (1037). So auch Schwab, FS Holzhauser, 410 (411).

976 OLG Hamm, FuR 2006, 136 (137).

977 Borth, FamRZ 2004, 609 (611); ders., FamRB 2005, 177 (180); Rakete-Dombeck, NJW 2004, 1273 (1277).

978 OLG Koblenz, FamRZ 2005, 40 (41).

979 OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789 (1790 f.).

980 OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567 (1568): Erwerbstätigkeit der Ehefrau bei Vertragsschluss war vergleichbar mit derjenigen im Zeitpunkt der Scheidung. OLG Hamm, FamRZ 2006, 1034 (1037): Unverändertes Bedürfnis des Ehemannes, zum Schutz seines Unternehmens das betrieblich gebundene Vermögen vom Ausgleich des Zugewinns auszunehmen.

981 Insoweit ist die Formulierung des BGH, die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seien „nicht nur“ maßgebend (vgl. Fn. 965), irreführend.

982 OLG Koblenz, FamRZ 2005, 40 (41): Annahme einer Anstellung durch den Ehemann. OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567 (1568): Einkommenssteigerung im Rahmen des zu Erwartenden. Hingegen ging das OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789 (1790 f.), von einer nicht vorhersehbaren, unüblichen Steigerung des Einkommens des Ehemannes aus, derentwegen die entgegen der ursprünglichen Planung nicht erwerbstätige Ehefrau durch

Trotz einer grundlegenden Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände erfolgt keine Anpassung der Vereinbarung, falls deren Regelungen in besonderem Maße gerechtfertigt sind. Die Rechtfertigung muss dabei nicht nur zukunftsgerichtet wirken, sondern auch bereits entstandene Versorgungslücken betreffen.⁹⁸³ Worin eine derartige Rechtfertigung bestehen kann, ist derzeit jedoch nicht ersichtlich.

Bei Betrachtung der Entwicklung der gemeinsamen Lebensumstände sollte berücksichtigt werden, inwieweit sie auf gemeinschaftlichen Beschlüssen der Ehegatten beruht. Dies spricht der BGH mit der Einschränkung an, dass derjenige sich nicht auf naheheliche Solidarität berufen könne, der keine eheliche Solidarität praktiziert habe.⁹⁸⁴ Während Verschuldensgesichtspunkte nur als Korrekturmechanismus dienen können, muss es den Ehegatten gestattet sein, Risiken, die nicht auf gemeinschaftliche Entscheidungen zurückgehen, auch nicht gemeinschaftlich zu tragen.⁹⁸⁵

1.2.2. Verhältnis der Ausübungskontrolle zur Störung der Geschäftsgrundlage

Die vom BGH angeführte Fallgruppe erinnert an die in § 313 BGB normierte Störung der Geschäftsgrundlage. Tatsächlich prüfen einige Gerichte im Rahmen der Ausübungskontrolle eine Störung – bzw. in alter Terminologie einen Wegfall – der Geschäftsgrundlage.⁹⁸⁶ Auch der BGH hat in einer Entscheidung nach Ablehnung einer evident einseitigen Benachteiligung die Anwendbarkeit des § 313 BGB auf Ehevereinbarungen bejaht und im konkreten Fall geprüft.⁹⁸⁷ Einschränkend verwies er darauf, dass auf die Einkommensentwicklung allenfalls dann zurückgegriffen werden könne, wenn die Ehegatten ihrer Vereinbarung eine bestimmte Relation der Einkommensverhältnisse zugrunde gelegt hätten.

ihren Unterhaltsverzicht einseitig belastet werde.

983 BGH FamRZ 2005, 1449 (1451); OLG München, FamRZ 2005, 215 (216).

984 BGH, NJW 2004, 930 (935). Siehe auch das Beispiel bei *Brandt*, MittBayNot 2004, 278 (280).

985 Vgl. *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (36); *dies./Sanders*, FF 2003, 117 (118): Es geht um die Verantwortung aus der einvernehmlich praktizierten Lebensform.

986 OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071 (2072); OLG Hamm, FuR 2006, 136 (137).

987 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1448).

Für die Zukunft wird erwartet, dass die Rechtsprechung zukünftig zunächst § 313 BGB prüft. Im Anschluss daran soll ein Rückgriff auf das allgemeine Missbrauchsverbot des § 242 BGB jedoch in Betracht kommen.⁹⁸⁸

1.2.3. Rechtsfolgen der Ausübungskontrolle

Als Rechtsfolge einer nicht bestandenen Ausübungskontrolle verlangt der BGH die Anpassung der Vereinbarung an die geänderten Umstände unter Berücksichtigung der Parteivorstellungen.⁹⁸⁹ Angemessen sei regelmäßig ein Ausgleich der ehebedingten Nachteile.⁹⁹⁰ Dazu sei der benachteiligte Ehegatte so zu stellen, als ob der benachteiligende Umstand (z.B. die Aufgabe der Erwerbstätigkeit zugunsten der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder) nicht eingetreten wäre.⁹⁹¹ Ein Rückgriff auf die ehelichen Lebensverhältnisse sei hingegen nicht erforderlich.⁹⁹² Die Vorstellungen der Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung können für die Anpassung Anhaltspunkte liefern.⁹⁹³ Die Konzentration auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile stellt gleichzeitig eine Modifikation der ursprünglichen Aussage des BGH dar, nach der im Kernbereich ein Rückgriff auf die gesetzliche Regelung nahegelegt wurde.⁹⁹⁴

988 *Hahne*, Vertragsfreiheit, 181 (201); *Münch*, FamRZ 2005, 570 (572).

989 BGH, NJW 2004, 930 (935).

990 Dabei stellt die gesetzliche Ausgleichsregelung die Obergrenze dar, sofern die Parteien die nach den gesetzlichen Vorschriften bestehenden Ansprüche gemindert haben (BGH, FamRZ 2005, 185 (187)).

991 BGH, FamRZ 2005, 185 (187): Versorgungsausgleich ist in der Höhe durchzuführen, wie wenn die Ehefrau durchgängig erwerbstätig gewesen wäre und eigene Anwartschaften erworben hätte (Obergrenze: gesetzliche Ausgleichshöhe). Ebenso: OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 1683 (1685). BGH, FamRZ 2005, 1449 (1451): Ehemann kann sich nicht auf den Verzicht der Ehefrau auf den Altersvorsorgeunterhalt berufen, weil die Ehegatten bei Vertragsschluss entgegen der späteren Entwicklung von der Möglichkeit ausgingen, sie könne während der Ehe eine eigene Altersversorgung aufbauen.

992 BGH, FamRZ 2005, 1449 (1452).

993 OLG München, FamRZ 2005, 215 (216): Freiwillige Mehrleistung kann unter geänderten Umständen keinen Bestand haben. OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1789 (1791): Vorstellung der Parteien über die Höhe der Zuverdienstmöglichkeit bei Berechnung der Unterhaltshöhe maßgeblich.

994 Vgl. BGH, NJW 2004, 930 (935). Auf diese Konsequenz weist *Münch*, FamRZ 2005, 570 (573), hin.

Weil die Vorstellungen der Ehegatten so weit wie möglich berücksichtigt und verwirklicht werden sollen, haben die Gerichte zu ermitteln, inwieweit die Ehegatten mit der getroffenen Vereinbarung eine von den gesetzlichen Vorgaben abweichende Risikoverteilung treffen wollten, die von der Rechtsordnung gebilligt werden kann.⁹⁹⁵

1.2.4. Fazit

Eine Sicherheit, dass getroffene Vereinbarungen der Ausübungskontrolle standhalten werden, kann es zum derzeitigen Zeitpunkt nicht geben. Es kommt allein darauf an, ob sich die Lebensverhältnisse der Parteien in etwa so entwickeln, wie sie es bei Vertragsschluss zugrunde gelegt haben. Allerdings gilt auch für die Ausübungskontrolle, dass aus Zurückhaltung bei Abschluss der Vereinbarung eine höhere Bestandskraft folgt. Denn aus dieser ergibt sich eine Beschränkung der Anhaltspunkte für eine einseitige Lastenverteilung im Zeitpunkt der Scheidung.

In höchstem Maße als bestandskräftig werden sich rein güterrechtliche Vereinbarungen erweisen. Nach wie vor bildet der Betreuungsunterhalt den Gegenpol. Ein Verzicht auf ihn wird schon dann keinen Bestand haben, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind und nicht ausnahmsweise eine hinreichende Kompensation oder anderweitige Absicherung für den Lebensunterhalt des Betreuenden greift. Zumindest vorübergehend wird dem verzichtenden Ehegatten Betreuungsunterhalt nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zustehen. Kritisch ist auch der Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Bei diesem droht eine Anpassung bereits dann, wenn ein Ehegatte im gemeinsamen Interesse beider Ehegatten für eine wesentliche Zeitspanne nicht erwerbstätig war und während dieser Zeit auch keine angemessene sonstige Altersvorsorge aufbauen konnte. Insoweit kann die Anpassung der Vereinbarung vermieden werden, indem der erwerbstätige Ehegatte in die Rentenversi-

995 Einer einseitigen Risikoverlagerung für den Fall der Geburt gemeinschaftlicher Kinder dürfte die Rechtsordnung schon wegen der gemeinschaftlichen Verantwortung kritischer gegenüberstehen als Risikoverlagerungen im güterrechtlichen Bereich oder für den Fall nahehehlicher Erwerbslosigkeit. Siehe auch bereits oben, S. 211, Anmerkung zu OLG Hamm, FuR 2006, 136, und *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (203).

cherung des kinderbetreuenden⁹⁹⁶ Ehegatten oder zu dessen Gunsten in eine Kapitallebensversicherung oder eine sonstige private Altersvorsorgeversicherung einzahlt.

Trotz der verhältnismäßig hohen Gefahr eines gerichtlichen Eingreifens und der daraus folgenden geringen Rechtssicherheit, die eine Ehevereinbarung nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung noch bieten kann, muss die von der Ausübungskontrolle ausgehende Beeinträchtigung relativiert werden. Eine Anpassung der Vereinbarung erfolgt lediglich punktuell und unter teilweiser Aufrechterhaltung der von den Parteien angestrebten Regelungen. Insbesondere wird nicht auf die gesetzliche Regelung zurückgegriffen, sondern es wird der Gedanke der wirtschaftlichen Eigenverantwortung, der die Ehegatten zum Abschluss von Verzichtvereinbarungen bewogen hat, berücksichtigt. Er führt zu einem auf die ehebedingten Nachteile beschränkten Ausgleich. Insoweit stellt sich die gerichtliche Korrektur der Vereinbarung lediglich als jene Anpassung des Vertrages dar, die der durch die Entwicklung der Lebensumstände benachteiligte Ehegatte von seinem Partner billigerweise hätte verlangen können.

2. Besonderheiten aufgrund des Abschlusszeitpunktes

Die soeben aufgeführten Grundsätze, die sich aus der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen ableiten lassen, erheben zwar grundsätzlich den Anspruch, auf alle Ehevereinbarungen anwendbar zu sein, letztlich handelt es sich jedoch um eine Reihe von Einzelfallentscheidungen, die in Teilen lediglich für den entschiedenen Fall Geltung beanspruchen können.

Angesichts der unterschiedlichen Situationen der Ehegatten stellt sich die Frage, inwieweit die Grundsätze je nach Zeitpunkt des Vertragsschlusses einer modifizierten Anwendung unterliegen. Insoweit kann unterschieden

⁹⁹⁶ Die Kindesbetreuung ist der Regelfall für eine „ehebedingte“ Benachteiligung. (Angesichts der Unabhängigkeit der Elternschaft vom ehelichen Status trifft die Terminologie eigentlich nicht ganz.) Andere Beispiele sind jedoch denkbar, z.B. die Pflege von Angehörigen, die im Interesse beider Ehegatten liegt oder zumindest einvernehmlich beschlossen wird. Denkbar ist auch eine Aufgabe der Erwerbstätigkeit, um sich ganz-tätig um die Verwaltung des Familiensitzes zu kümmern. Maßgeblich sollte der gemeinsam getragene Entschluss und ein gemeinschaftliches Interesse sein.

werden zwischen vorehelichen und ehelichen Ehevereinbarungen, trennungs- bzw. scheidungsbezogenen Vereinbarungen und nachehelich getroffenen Vereinbarungen zwischen den geschiedenen Ehegatten.

2.1. Voreheliche Ehevereinbarungen

Voreheliche Ehevereinbarungen nehmen einen besonderen Stellenwert innerhalb der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen ein, weil der Ausgangsentscheidung des BVerfG eine voreheliche Ehevereinbarung zugrunde lag. Die verfassungsgerichtliche Argumentation, die wiederum den Ausgangspunkt für die zivilgerichtliche Umsetzung darstellt, ist infolgedessen in weitem Umfang auf die Besonderheiten der Situation vor der Eheschließung zugeschnitten.

Bei vorehelichen Ehevereinbarungen steht die Wirksamkeitskontrolle im Zentrum der Betrachtungen. Dies ist unmittelbare Folge der verfassungsgerichtlichen Argumentation, die insoweit auf § 138 BGB verweist, als sie auf die Ausnutzung einer unterlegenen Verhandlungsposition abstellt. Schon aus diesem Grunde spielt die Erörterung einer möglichen Zwangslage der durch den Vertrag benachteiligten Partei⁹⁹⁷ eine wichtige Rolle. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass die Frage nach der Ausnutzung einer Zwangslage zu den klassischen Anwendungsbereichen des § 138 II BGB zählt, wodurch sie auch auf die Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB ausstrahlt. Daher war sie auch im Bereich der Ehevereinbarungen bereits vor den Entscheidungen des BVerfG Gegenstand der zivilgerichtlichen Erörterungen.⁹⁹⁸

Innerhalb der Wirksamkeitskontrolle vorehelicher Ehevereinbarungen dominiert wiederum die Fallgruppe der schwangeren Verlobten, wie sie bereits der Entscheidung des BVerfG zugrunde gelegen hatte. Die besondere Bedeutung dieser Konstellation ergibt sich wohl aus dem Umstand,

997 Die Benachteiligung muss sich nicht unmittelbar aus dem Vertragsinhalt ergeben. Herangezogen werden stets zusätzlich die Umstände der Vertragsparteien. Die Bewertung des Vertrages als benachteiligend ist daher letztlich eine Prognose, in deren Rahmen zumeist auf die voraussichtlich schlechtere Vermögensentwicklung eines Ehegatten (i.d.R. der Ehefrau) wegen zumindest vorübergehend fehlender Erwerbstätigkeit (i.d.R. wegen der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder) abgestellt wird.

998 Vgl. oben, S. 33.

dass sich nur bei vorehelichem Vertragsschluss eine Absicherung aufgrund der Eheschließung und eine weitgehenden rechtlichen Unverbindlichkeit⁹⁹⁹ der elterlichen Beziehung als echte Alternativen gegenüberstehen. Zur faktischen Bedeutung dieser Situation hat sich das BVerfG ausführlich geäußert.¹⁰⁰⁰ Gleichwohl sieht die Zivilrechtsprechung davon ab, aus einer vorehelichen Schwangerschaft mehr zu folgern als eine Verstärkung der Pflicht zur gerichtlichen Inhaltskontrolle, selbst falls der Bräutigam seine Bereitschaft zur Eheschließung von dem Vertragsschluss abhängig macht.¹⁰⁰¹

Bei vorehelichen Ehevereinbarungen stellt sich ein generelles Problem, das insbesondere die Durchführung der Wirksamkeitskontrolle betrifft, in seiner gravierendsten Form: Die Auswirkungen einer Ehevereinbarung hängen von dem Zeitpunkt der Scheidung ab, vor allem jedoch von den Verhältnissen, in denen die Ehegatten zu diesem Zeitpunkt leben. Es ist nicht mit Sicherheit auszuschließen, dass eine bei Vereinbarung einseitig erscheinende Regelung im Zeitpunkt der Scheidung zu ausgewogenen Ergebnissen führt.¹⁰⁰² Auch eine umgekehrte Entwicklung ist denkbar.¹⁰⁰³ Diesen Umstand haben die Gerichte bei Vornahme ihrer Prognose so weit

999 Abgesehen von § 1615I BGB bestehen keine gesetzlichen Ansprüche zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern.

1000 BVerfG, NJW 2001, 957 (siehe oben, S. 93 ff.).

1001 BGH, FamRZ 2006, 1359. Siehe auch bereits oben, S. 282.

1002 Denkbar ist, dass die Ehegatten davon ausgingen, die Ehefrau werde die gemeinschaftlichen Kinder betreuen und der Ehemann erwerbstätig sein. Ein angesichts dieser Lebensplanung abgeschlossener Globalverzicht müsste sicherlich genau untersucht werden, wobei eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Einordnung als sittenwidrig spricht. Im Verlauf der Ehe nimmt die Ehefrau schneller wieder eine Erwerbstätigkeit an, als geplant. Der Ehemann macht sich selbstständig, sein Unternehmen gerät nach einiger Zeit jedoch in Insolvenz. Aus der aus dem Nichtbestehen der Wirksamkeitskontrolle resultierenden Nichtigkeit folgt nun möglicherweise eine Benachteiligung der Ehefrau: Der Ehemann hat keine Versorgungsanwartschaften erworben, besitzt kein aktuelles Einkommen und hat wegen seiner Schulden kein Endvermögen. Er hat daher gegen seine Ehefrau Anspruch auf nachehelichen Unterhalt, Versorgungs- und Zugewinnausgleich. Der mit der Wirksamkeitskontrolle eigentlich angestrebte Schutz der Ehefrau verkehrt sich ins Gegenteil und den Ehegatten wird ein Maß an nachehelicher Solidarität aufgezwungen, das sie eigentlich vermeiden wollten.

1003 Hier ist in erster Linie an die Fallgruppe zu denken, dass die Ehegatten von beidseitiger Erwerbstätigkeit und vollständiger wirtschaftlicher Eigenverantwortung ausgingen, einer von ihnen jedoch die Betreuung der außerplanmäßig geborenen gemeinschaftlichen Kinder übernimmt und deswegen nicht erwerbstätig sein kann.

wie möglich zu berücksichtigen. Wohl auch aus diesem Grund hat der BGH den vorehelichen Ausschluss von Alters- und Krankheitsunterhalt gebilligt, weil „im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Parteien noch gar nicht absehbar war, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten die Antragsgegnerin wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte“.¹⁰⁰⁴

Dieses generelle Problem bei der juristischen Beurteilung künftiger Entwicklungen darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gerichte ihrer Prognose die von ihnen für die wahrscheinlichste gehaltene Entwicklung zugrunde legen werden. Dabei werden sie davon ausgehen, dass Fallgestaltungen, in denen sich eine ursprünglich „evident“ einseitig belastende Regelung nachträglich als angemessen, weil nicht mehr evident oder nicht mehr bzw. sogar umgekehrt einseitig herausstellt, seltene Ausnahmen sind. Deswegen ist nicht damit zu rechnen, dass sie bei der Wirksamkeitskontrolle im Rahmen von Ehevereinbarungen¹⁰⁰⁵ auf die Einbeziehung des Vertragsinhalts verzichten werden.¹⁰⁰⁶

Die Ausübungskontrolle vorehelicher Vereinbarungen unterliegt keinen rechtlichen Besonderheiten. Allerdings sprechen tatsächliche Gründe für eine Häufung von Korrekturen, da der Abstand zur Scheidung – typisiert betrachtet – besonders groß ist. Eine von den Vorstellungen der Verlobten abweichende Entwicklung der gemeinsamen Lebensumstände kommt daher in besonderem Umfang in Betracht, zumal die Ehegatten, sofern sie in jungen Jahren heiraten, verhältnismäßig wenig Lebenserfahrung haben und die Möglichkeiten der Vereinbarkeit von Familie und Beruf möglicherweise

1004 BGH, FamRZ 2005, 691 (692). Die Parteien der streitigen Ehevereinbarung waren bei deren Abschluss in mittlerem Lebensalter (44 und 46 Jahre). Siehe zur Entscheidung und zur Problematik dieser Argumentation bereits oben, S. 189.

1005 Auch bei ehelichen Ehevereinbarungen stellt sich das Problem in abgeschwächter Form, weil auch diese Vereinbarungen zukunftsgerichtet sind. Die Abschwächung ergibt sich daraus, dass ein weiterer Teil der Lebensspanne der Vergangenheit angehört und somit bekannt ist. Der Grad der Abschwächung richtet sich nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Relation zur Eheschließung und dem Lebensalter.

1006 Der BGH bekräftigte o.g. Aussage (Fn. 1004) in FamRZ 2005, 1444 (1448). In diesem Verfahren waren die Parteien bei Vertragsschluss erst 31 und 37 Jahre alt. Das OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567 (1568), übertrug die Argumentation auf eine eheliche Ehevereinbarung zwischen zwei berufstätigen Ehegatten, die im Alter von 18 und 21 Jahren geheiratet und 18 Jahre später die Ehevereinbarung geschlossen hatten.

zu günstig einschätzen.¹⁰⁰⁷ Dennoch führt allein die Planung bereits zur Wirksamkeit der Vereinbarung. Fehleinschätzungen der Verlobten können daher allein im Rahmen der Ausübungskontrolle aufgefangen werden.

2.2. Eheliche Ehevereinbarungen

Die Gruppe der ehelichen Ehevereinbarungen reicht von solchen, die unmittelbar nach der Eheschließung abgeschlossen werden bis hin zu denjenigen, die nach mehreren Jahrzehnten Ehedauer beurkundet werden. Dieses Spektrum erschwert das Aufstellen abstrakter Sonderregelungen.

Für die Wirksamkeitskontrolle sind zwei Aspekte festzuhalten. Erstens entfällt die Drucksituation, die voreheliche Vereinbarungen prägen kann. Bei bestehender Ehe droht nicht mehr das Fehlen nahezu jeglicher rechtlicher Absicherung. Selbst soweit die Ehegatten von einer unterschiedlichen Rollenverteilung ausgehen, sind ihre Verhandlungspositionen schon wegen der rechtlichen Ausgangslage gleichberechtigter. Die an Stelle des Unterlassens der Eheschließung tretende „Drohung“ der Scheidung kann die Verhandlungsposition schon wegen der dann im Regelfall gegebenen gesetzlichen Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt nicht in gleichem Umfang beeinträchtigen.¹⁰⁰⁸ Auch durch eine Schwangerschaft kann die Verhandlungsposition der Ehefrau daher nur in geringerem Maße beeinträchtigt werden.¹⁰⁰⁹ Es verbleibt allein die gesteigerte Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung, gerade wenn die Ehegatten zuvor keine Familiengründung planten.¹⁰¹⁰

Zweitens ist bei der Wirksamkeitskontrolle zu berücksichtigen, dass ein Verzicht nicht mehr allein zukünftige, unsichere Ansprüche betrifft, sondern bereits entstandene Anwartschaften. Dieser Punkt gewinnt desto mehr Gewicht, je länger die Ehegatten ohne vertragliche Regelung verheiratet gewesen waren und je mehr ihre Einkommens- und Vermögenslage voneinander abweicht, d.h. je wahrscheinlicher das Entstehen gesetzlicher

1007 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (20); *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1764).

1008 OLG Hamm, FamRZ 2005, 1567.

1009 OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071.

1010 OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 455; OLG Dresden, 27.03.2006, 23 UF 107/06, Juris.

Ansprüche im Falle einer Scheidung im Zeitpunkt ihrer vertraglichen Abbedingung bereits war. Je mehr die Vereinbarung von Verzichten auf bereits entstandene Anwartschaften geprägt ist, desto eher hat sich die Prüfung der Sittenwidrigkeit auch an den Kriterien wucherähnlicher Rechtsgeschäfte messen zu lassen. Auch wird die Einseitigkeit der Vereinbarung deutlicher, wenn die Verzichtserklärungen der Parteien wirtschaftlich präziser bewertet werden können, und somit deutlicher absehbar ist, welche Partei durch eine Regelung nachteilig betroffen sein wird. Dieser Aspekt kann für die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung streiten. Bei ehelichen Vereinbarungen dürfte der Blick daher im Vergleich zu vorehelichen noch stärker auf den Inhalt des Vertrages gerichtet werden.

Im Rahmen der Ausübungskontrolle spielen die gesenkten Prognoseschwierigkeiten, die sich aus der fortgeschrittenen Ehe ergeben, keine Rolle. Wiederum ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung abzustellen. Allerdings werden eheliche Ehevereinbarungen wegen der – wiederum typisiert betrachtet – leichteren Prognose die Ausübungskontrolle häufiger bestehen.

2.3. Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen

Die Tendenzen, die sich bei ehelichen Vereinbarungen gezeigt haben, gelten für trennungsorientierte Vereinbarungen in verschärftem Umfang. Dies bedeutet, dass die Möglichkeit der Eheschließung im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle keine Bedeutung mehr hat. Auch die Möglichkeit der Scheidung wird allenfalls noch in Konstellationen von Bedeutung sein, in denen zumindest einer der Ehegatten eine dauerhafte Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anstrebt. Im Übrigen ist eine unterlegene Verhandlungsposition lediglich aus Gründen denkbar, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der ehelichen Verbundenheit der Vertragspartner aufweisen. Bei der inhaltlichen Betrachtung der Vereinbarung ist zu berücksichtigen, dass die Werthaltigkeit und die Bedeutung der gesetzlichen Ansprüche nahezu feststehen. Dies werden die Parteien ihren Regelungen zugrunde legen. Je stärker die Vereinbarung Auseinandersetzungscharakter hat, desto eher ist daran zu denken, dass die

tragenden Überlegungen wirtschaftlich geprägt sind, so dass bei Anwendung des § 138 BGB eine an wirtschaftliche Austauschverträge angeglichenen Handhabung in Betracht gezogen werden kann. Von reinen Austauschverträgen unterscheiden sich Trennungsvereinbarungen möglicherweise noch durch ihre emotionale Aufladung, die berücksichtigt, jedoch nicht überbetont werden sollte.

Für die Ausübungskontrolle bleibt bei trennungsbezogenen Vereinbarungen kaum ein Anwendungsbereich.¹⁰¹¹ Sollte eine evident einseitige Benachteiligung vorliegen, wird eher an ein Nichtbestehen der Wirksamkeitskontrolle zu denken sein. Eine grundlegende Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände kommt naturgemäß regelmäßig nicht in Betracht, da die sich trennenden Ehegatten keine gemeinsamen Lebensumstände mehr haben.¹⁰¹² In Ausnahmefällen kann nach langer Trennungszeit eine Anpassung der Vereinbarung notwendig sein, falls die Ehegatten bestimmte Einkommenssituationen zur Grundlage der Vereinbarung gemacht haben. Insoweit dürfte es bereits mit der Anwendung des § 313 BGB sein Bewenden haben.¹⁰¹³

2.4. Nacheheliche Vereinbarungen

Nach Rechtskraft des Scheidungsurteil können keine Eheverträge i.S.d. § 1408 BGB mehr abgeschlossen werden. Möglich sind allerdings noch Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt gem. § 1585c BGB. Eine Notwendigkeit, die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen auf sie zu übertragen, besteht jedoch nicht. Besteht kein Anhaltspunkt für eine Sittenwidrigkeit, die auch bei nachehelichen Unterhaltsvereinbarungen gegeben sein kann, dürfte die Anwendung des § 313 BGB zur Befriedigung von Schutzbedürfnissen während der Vertragslaufzeit genügen. An diese Grundsätze hält sich die Rechtsprechung teilweise jedoch nicht, sondern überträgt die Kernbereichslehre auch auf nachehelich geschlossene Vereinbarungen.¹⁰¹⁴

1011 *Kornxl*, FamRZ 2004, 1609 (1611).

1012 So auch *Gageik*, FPR 2005, 122 (129).

1013 Ähnlich, aber mit einer Tendenz zur weitergehenden Durchführung der Ausübungskontrolle: *Borth*, FamRB 2005, 177 (181).

1014 OLG München, FamRZ 2005, 215.

3. Richtlinien für das notarielle Verfahren

Als Folge der gerichtlichen Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen ändert sich das Vorgehen des Notars vor und bei Beurkundung von Ehevereinbarungen nicht grundsätzlich.¹⁰¹⁵ Die korrekte und umfassende Ermittlung des zu regelnden Sachverhalts, zu dem sowohl die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien, als auch deren Motive und Regelungsziele zählen, gehört ohnehin zu den Amtspflichten des Notars.¹⁰¹⁶ Nunmehr wird der Notar verstärkt auf mögliche Unterlegenheitspositionen einer Vertragspartei zu achten haben.¹⁰¹⁷

Ebenfalls zu den Pflichten des Notars zählt das Bemühen um die Beurkundung einer wirksamen Vereinbarung, also die Vermeidung ihrer Sittenwidrigkeit.¹⁰¹⁸ Dabei hat er nunmehr auf die Besonderheiten der Wirksamkeitskontrolle zu achten. Dies ist ihm ohne Weiteres möglich, da die Wirksamkeitskontrolle an die Verhältnisse bei Abschluss der Vereinbarung anknüpft. Die Abweichung des Pflichtenkatalogs bei Beurkundung von Ehevereinbarungen beschränkt sich auf die anzuwendenden Kriterien. Die Terminologie von einer Vorwegnahme der gerichtlichen Wirksamkeitskontrolle ist daher nicht weiterführend.¹⁰¹⁹

Die Ausübungskontrolle kann durch den Notar hingegen nicht vorweggenommen werden, da sie sich an den noch ungewissen Verhältnissen im Zeitpunkt der Scheidung der Ehegatten orientiert. Der Notar hat allerdings Gestaltungsmöglichkeiten, die im Rahmen der Ausübungskontrolle Gewicht erlangen können. Für vorhersehbare Entwicklungen können alternative Rechtsfolgen oder auflösende Bedingungen vereinbart

1015 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311).

1016 Siehe § 17 I BeurkG. *Brambring*, FGPrax 2004, 175 (176); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3073); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311); *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1613); *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (359); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (415 ff.); *ders.*, ZFE 2004, 132 (137).

1017 Dies wird vor allem für die Frage einer Schwangerschaft empfohlen: *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3073); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (312). Für geschäftlich unerfahrene Parteien ergibt sich dies schon aus § 17 I 2 BeurkG.

1018 *Winkler*, BeurkG, § 4, Rn. 8.

1019 *Brambring*, FGPrax 2004, 175; *ders.*, Status, 17 (25 f.); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3073); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311).

werden.¹⁰²⁰ Des Weiteren können die Parteien auf die Notwendigkeit einer Anpassung hingewiesen werden.¹⁰²¹ Schließlich besteht die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Dokumentation der Verhältnisse sowie der Regelungsziele und der Motivation der Ehegatten in einer Präambel der Vereinbarung, die es dem Richter im Streitfall erlaubt, aus den Parteivorstellungen bei Abschluss der Vereinbarung Erkenntnisse für die Durchführung der Ausübungskontrolle zu gewinnen.¹⁰²² Dabei ist darauf zu achten, die rechtliche Bedeutung der Dokumentation deutlich zu machen, damit diese nicht als Bestandteil der Vereinbarung oder deren Geschäftsgrundlage angesehen wird.¹⁰²³ Neben dieser Dokumentation kann eine möglichst konkrete Belehrung über die derzeit noch bestehende Rechtsunsicherheit bzw. die Besonderheiten der Rechtsprechung zu Ehevereinbarungen erfolgen und ggf. in die Urkunde aufgenommen werden.¹⁰²⁴ Eine Ablehnung der Beurkundung ist demgegenüber nur in Ausnahmefällen möglich.¹⁰²⁵

Bei der Ausgestaltung des Verfahrens können einige Anhaltspunkte für eine unterlegene Verhandlungsposition eines Ehegatten beseitigt werden,¹⁰²⁶ z.B. indem ggf. ein staatlich geprüfter Übersetzer in das gesamte Beurkundungsverfahren eingebunden wird,¹⁰²⁷ den Ehegatten ausreichende Bedenkzeit nach der Vorbesprechung¹⁰²⁸ und der Übermittlung eines Entwurfes einge-

1020 *Brambring*, FGPrax 2004, 175 (178); *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (314); *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1612); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (315); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (129), bezeichnet dies als vorweggenommene Ausübungskontrolle.

1021 *Brambring*, Status, 17 (28); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3073); *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1612), will sogar einen Anpassungsanspruch vertraglich vereinbaren lassen, obgleich dadurch die Rechtssicherheit der Parteien nicht gestärkt werden dürfte; *Wachter*, ZFE 2004, 132 (141).

1022 *Brambring*, Status, 17 (26 f.); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (311); *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (359).

1023 *Brambring*, FGPrax 2004, 175 (176); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (312); *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (203); *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609 (1612).

1024 *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3074); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (313 f.).

1025 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (312); *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (359).

1026 *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (359).

1027 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3074); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (315); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (130); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (417 ff.); *ders.*, ZFE 2004, 132 (137).

1028 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (315); *Münch*, ZNotP 2004, 122 (129 f.); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (414); *ders.*, ZFE 2004, 132 (136).

räumt wird¹⁰²⁹ oder bei anwaltlicher Beratung eines Ehegatten auf rechtlichen Beistand auch für den Vertragspartner hingewirkt wird.¹⁰³⁰ Bei Beurkundung der Vereinbarung sollten beide Ehegatten persönlich anwesend sein.¹⁰³¹ Beurkundung unter Zeitdruck sollte vermieden werden.¹⁰³² Im Zweifel sollte die Vereinbarung, sofern die Verhältnisse der Parteien es zulassen, erst nach der Eheschließung beurkundet werden.¹⁰³³

Inhaltlich kann weiterhin auf die Erkenntnisse zur ehetyppgerechten Vertragsgestaltung zurückgegriffen werden.¹⁰³⁴ Auf die Angemessenheit der Vereinbarung für die geplante Ehe ist allerdings noch stärker zu achten. Nach verbreiteter Ansicht bemisst sie sich nicht mehr an der Situation zwischen nicht miteinander verheirateten Paaren, sondern an den gesetzlichen Scheidungsfolgen.¹⁰³⁵ Dies ist nur insoweit zutreffend, als das Argument mangelnder Verpflichtungen nichtehelicher Väter nicht länger trägt. Es genügt jedoch der Ausgleich ehebedingter Nachteile. Ein solcher setzt einen Vergleich mit der vorehelichen Situation voraus, da Maßstab nicht die ehelichen Lebensverhältnisse sind, auf die das Scheidungsfolgenrecht abstellt, sondern dasjenige, was die Ehegatten bei wirtschaftlicher Eigenständigkeit an Einkommen und Versorgungsanwartschaften erzielen können.¹⁰³⁶

Dennoch sollte bei der Beratung über eine Ehevereinbarung an eine Begrenzung auf die wesentlichen Regelungsziele gedacht werden, wenn die

1029 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3074); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (315 f.); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (419); *ders.*, ZFE 2004, 132 (137).

1030 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1765); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3074); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (315); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (420); *ders.*, ZFE 2004, 132 (137).

1031 *Münch*, ZNotP 2004, 122 (130); *Stresow*, Inhaltskontrolle, S. 248 ff.; *Wachter*, ZFE 2004, 132 (137).

1032 *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (419 f.); *ders.*, ZFE 2004, 132 (137).

1033 Siehe oben, S. 313. A.A. *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3073), der darauf verweist, dass nach der Eheschließung auf entstandene Ansprüche verzichtet wird. Erfolgt die Beurkundung in einigermaßen engem zeitlichen Zusammenhang mit der Eheschließung, ist dies wohl zu vernachlässigen.

1034 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (227); *Langenfeld*, ZEV 2004, 311 (315).

1035 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1760); *Nachreiner*, MittBayNot 2001, 356 (360); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (422).

1036 *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (251).

Nebenziele die Belastung einer Seite verstärken können.¹⁰³⁷ Zur Sicherstellung der Angemessenheit kann verstärkt auf die Aufnahme kompensatorischer Regelungen hingewirkt werden.¹⁰³⁸ Bei der Formulierung salvatorischer Klauseln sollte anstelle einer Standardformulierung das von den Parteien gewünschte Verhältnis der Wirksamkeit einzelner Regelungen untereinander deutlich gemacht werden.¹⁰³⁹

Diese Anforderungen an eine fach- und sachgerechte notarielle Beurkundung dienen der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der Ehevereinbarung. Der Notar wird hierbei seiner Funktion als rechtlicher Betreuer der Beteiligten (§ 14 I BNotO) gerecht. Darüber hinaus folgt allein aus der notariellen Beratung und Beurkundung keine erhöhte Bestandskraft der Vereinbarung.¹⁰⁴⁰

4. Zur Behandlung von Altfällen

Eine Inhaltskontrolle ist auch bei Vereinbarungen vorzunehmen, die bereits vor Änderung der Rechtsprechung abgeschlossen wurden. Tatsächlich wurden nahezu alle Vereinbarungen, die bislang Gegenstand einer gerichtlichen Inhaltskontrolle waren, vor Änderung der Rechtsprechung abgeschlossen. Insoweit besteht kein umfassender Vertrauensschutz.¹⁰⁴¹

Im weiteren Sinn ist der Wirksamkeitskontrolle gleich zweifach ein gewisser Vertrauensschutz immanent. Zum einen sind bei Anwendung des § 138 BGB stets die Wertanschauungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zugrunde zu legen.¹⁰⁴² Diese sind zwar schwierig zu ermitteln und zu beweisen. Einen ungefähren Anhaltspunkt wird man jedoch der Rechtspre-

1037 *Münch*, ZNotP 2004, 122 (130); *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (313).

1038 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (313 f.); *Wachter*, ZFE 2004, 132 (139).

1039 *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 (1764); *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (226); *Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3075); *Grziwotz*, FamRB 2004, 199 (203); *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (423). Hingegen salvatorische Klauseln für nicht mehr relevant haltend:

Langenfeld, ZEV 2004, 311 (314); *Wachter*, ZFE 2004, 132 (142).

1040 BGH, NJW 930 (934); *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2004, 1 (8 f.).

1041 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (316); *Wachter*, ZFE 2004, 132 (142); *ders.*, ZNotP 2004, 408 (424). *Langenfeld*, FPR 2005, 134; in ZEV 2004, 311 (315), weist er hingegen auf den Vertrauensschutz hin, den der BGH betone.

1042 BGH, NJW 1983, 2692.

chung entnehmen können, die eine Änderung der Wertanschauungen der Gesellschaft nachzuvollziehen hat.¹⁰⁴³ Übertragen auf Ehevereinbarungen kann insoweit die Ausgangsentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2001 als Orientierung dienen. Zum anderen will der BGH bei Ermittlung der Vereinbarkeit mit dem Schutzzweck des Scheidungsfolgenrechts auch das Vertrauen des bevorzugten Ehegatten in die Geltung der Vereinbarung berücksichtigen.¹⁰⁴⁴ Dies ermöglicht eine gleitende Anhebung der Schwelle zur Sittenwidrigkeit je nach Alter der zu beurteilenden Vereinbarung im Verhältnis zu den Entscheidungen des BVerfG und des BGH.

Darüber hinaus wird Vertrauensschutz durch das allgemeine Instrument der Verjährung gewährleistet. Gem. §§ 197 I Nr. 2, II, 195, 199 I BGB verjähren Unterhaltsansprüche mit Ablauf des dritten Jahres nach Anspruchsentstehung und Kenntniserlangung. Die Kenntnis muss sich dabei nur auf die zugrunde liegenden Tatsachen erstrecken. Die rechtliche Würdigung ist keine Tatsache. Daher kommt es ebenfalls auf die gesellschaftlichen Wertanschauungen an. Wiederum wird man hilfsweise auf die Rechtsprechung zurückgreifen können. Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt, die aus Scheidungen im Jahr 2001 entstanden sind, sind daher Ende 2004 verjährt. Ansprüche auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs unterliegen gem. § 197 I Nr. 2 BGB einer dreißigjährigen Verjährungsfrist, die noch nicht abgelaufen ist. Sie können daher noch geltend gemacht werden, sofern sie nicht durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen wurden.¹⁰⁴⁵ Ansprüche aus Zugewinnausgleich verjähren gem. § 1378 IV 1 BGB innerhalb von drei Jahren nach Beendigung des Güterstandes. Stammen sie aus Scheidungen im Jahr 2001, sind sie bereits im Laufe des Jahres 2004 verjährt.

Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob die Ehegatten bereits geschieden sind oder noch nicht.¹⁰⁴⁶ Allerdings ist eine Heilung der Nichtigkeit einer Ehevereinbarung nicht durch Verjährung möglich, da diese gem.

1043 *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (316).

1044 BGH, NJW 2004, 930 (934).

1045 Eine abweisende Entscheidung steht einer Geltendmachung nur entgegen, wenn die Feststellung der Nichtdurchführung in Rechtskraft erwachsen ist. Trotz entsprechenden Tenors kann es sich dabei lediglich um einen Hinweis auf die (vermeintliche) Rechtslage handeln, der nicht rechtskräftig wird (BGH, FamRZ 1991, 681).

1046 A.A. *Wachter*, ZFE 2004, 132 (142).

§ 194 BGB nur Ansprüche betrifft. Erforderlich wäre stattdessen eine Bestätigung, die gem. § 141 BGB als Neuvernahme gilt und daher ggf. erneut dem Formzwang gem. § 1410 BGB unterliefe.¹⁰⁴⁷ Schließlich bedarf es der Anspruchsentstehung, die an die Ehescheidung gebunden ist. Der Geltendmachung der Nichtigkeit langjähriger Ehevereinbarungen steht bei noch miteinander verheirateten Paaren folglich lediglich o.g. Vertrauensschutz und die Maßgeblichkeit der früheren Wertanschauungen entgegen, nicht jedoch eine mögliche Verjährung, sofern die Geltendmachung der Ansprüche nicht erst nach Ablauf der mit Anspruchsentstehung beginnenden Verjährungsfrist erfolgt.

Im Rahmen der Ausübungskontrolle wendet das Gericht stets die bei der Entscheidung geltende Rechtslage an. Die gesellschaftlichen Wertanschauungen sind dabei nicht von Relevanz. Der einzige Vertrauensschutz, der für die Vertragsanpassung maßgeblich ist, ist daher die in die Ausübungskontrolle integrierte Abwägung. Das Gericht hat sich an den Interessen der Parteien bei Abschluss der Vereinbarung zu orientieren und das Vertrauen der Ehegatten in die Geltung der Vereinbarung zu berücksichtigen.¹⁰⁴⁸

1047 Bei einer Bestätigung ist zusätzlich zu beachten, dass aufgrund der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischenzeitlich Anwartschaften oder Ansprüche erworben worden sein könnten, an denen sich die Vereinbarung bei der Bestätigung messen lassen muss. Die Vereinbarung kann dadurch u.U. einen stärkeren Verzichtscharakter erhalten (*Bredthauer*, NJW 2004, 3072 (3076)).

1048 BGH, NJW 2004, 930 (935).

5. Anmerkungen zum Verfahrensrecht

Die Frage nach der Wirksamkeit einer Ehevereinbarung und nach ihrem Inhalt, d.h. einer möglichen Anpassung im Wege der Ausübungskontrolle, kann Gegenstand eines zivilgerichtlichen Verfahrens werden, wenn ein Ehegatte im Rahmen des Scheidungsverfahrens eine Folgesache i.S.d. § 623 ZPO anhängig macht.¹⁰⁴⁹ Dabei ist auch an eine Stufenklage zu denken, bei der ein Auskunftsbeghären vorgeschaltet ist,¹⁰⁵⁰ sowie an einen Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe.¹⁰⁵¹ In diesen Verfahren ist eine Abweisung des gestellten Antrags möglich, wenn das in der Hauptsache verfolgte Begehren mangels Anspruchs keine Aussicht auf Erfolg hat,¹⁰⁵² wofür die Wirksamkeit und der Inhalt einer Ehevereinbarung maßgeblich sein kann.

Für den Ehegatten, der unsicher ist, ob die von ihm abgeschlossene Ehevereinbarung in der vorliegenden Form rechtlich verbindlich ist, kann darüber hinaus die Frage relevant werden, ob die Erhebung einer Feststellungsklage zulässig ist. Hierfür bedarf es gem. § 256 ZPO eines Feststellungsinteresses des klagenden Ehegatten. Dieses ist gegeben, wenn einem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr droht, die durch das begehrte Urteil beseitigt werden würde.¹⁰⁵³ Darüber hinaus darf keine prozessökonomischere Leistungsklage zur Verfügung stehen.¹⁰⁵⁴

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen verneinte das OLG Frankfurt/M. für die Feststellungsklage einer in Trennung lebenden Ehefrau.¹⁰⁵⁵ Angesichts des geregelten Trennungsunterhalts und der Unsicherheit, ob es zu einem Scheidungsverfahren kommen werde, habe sie kein rechtlich anerkanntes Interesse an einer alsbaldigen Feststellung der Unwirksamkeit der

1049 In Ausnahmefällen ist es auch denkbar, dass ein Ehegatte aus der Vereinbarung ein Recht ableitet, das er gerichtlich durchsetzen will.

1050 OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 455; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 420; OLG Hamm, FuR 2006, 136; OLG Zweibrücken, 19.07.2005, 5 UF 20/05, Juris; OLG München, FamRZ 2006, 1449.

1051 OLG München, FamRZ 2005, 215; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 454; OLG Celle, FamRZ 2004, 1969; OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071; OLG Hamm, FamRZ 2006, 268.

1052 Vgl. zur Auskunftsklage statt aller Musielak/*Foerste*, § 254, Rn. 5.

1053 MüKo ZPO/*Lüke*, § 256, Rn. 37 m.w.N.

1054 MüKo ZPO/*Lüke*, § 256, Rn. 49 f. m.w.N.

1055 FamRZ 2005, 457.

Ehevereinbarung.¹⁰⁵⁶ Hingegen halten *Borth* und *Herr* eine Feststellungsklage, gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit grundsätzlich für möglich.¹⁰⁵⁷ *Borth* will dies allerdings auf Globalverzichte beschränken, während *Herr* eine Feststellungsklage erst ab Trennung der Ehegatten für zulässig hält.¹⁰⁵⁸

Wenigstens für den konkreten Vertragsinhalt wird man, soweit eine Ausübungskontrolle im Raum steht, ein Feststellungsinteresse außerhalb des Scheidungsverfahrens verneinen müssen,¹⁰⁵⁹ da die Verhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung maßgeblich sind. Zuvor kann eine Veränderung nicht ausgeschlossen werden, so dass eine Vertragsanpassung im Regelfall ausscheidet. Kommt sie ausnahmsweise doch in Betracht – etwa weil güterrechtliche Regelungen korrigiert werden müssen – wäre eine Leistungsklage auf Anpassung des Vertrages vorrangig.

Die Nichtigkeit der geschlossenen Vereinbarung kann hingegen im Wege der Feststellungsklage gerügt werden, soweit der klagende Ehegatte davon bereits betroffen ist. Dies kommt insbesondere im Güterrecht in Betracht, durch das die Vermögenszuordnung während der Ehe betroffen sein kann und von dem Rechte der Ehegatten abhängig sein können.¹⁰⁶⁰ Anders stellt sich die Lage für die Bereiche des nahehelichen Unterhalts und des Versorgungsausgleichs dar. Sie entfalten frühestens mit Rechtskraft der Scheidung Rechtswirkungen. Daher ist eine gegenwärtige Gefahr für bestehende Rechte erst anzunehmen, wenn eine Scheidung absehbar ist. Dafür sollte allerdings eine ernsthafte Ehekrise, die mit einer Trennung der Parteien

1056 OLG Frankfurt/M., FamRZ 2005, 457. Die Ehevereinbarung sah einen Ausschluss des Zugewinnausgleichs vor. Auf nahehelichen Unterhalt mit Ausnahme des Betreuungsunterhalts hatten die Ehegatten verzichtet, letzteren jedoch auf 730 € begrenzt und mit zeitlichen Grenzen versehen. Die Ehefrau betreute das gemeinschaftliche Kind, das zum Zeitpunkt der Entscheidung noch kein Jahr alt war.

1057 *Borth*, FamRZ 2004, 609 (612); *Herr*, FamRZ 2005, 458.

1058 *Borth*, FamRZ 2004, 609 (612); *Herr*, FamRZ 2005, 458.

1059 So auch *Herr*, FamRZ 2005, 458.

1060 Dabei ist zum einen an die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft zu denken. Eine solche wird jedoch regelmäßig nicht wegen einseitiger Benachteiligung sittenwidrig sein können. Im Übrigen ist die Frage, ob die Zugewinnngemeinschaft wirksam durch eine Gütertrennung ersetzt wurde, insbesondere für die Anwendung der §§ 1365 ff., 1369 f. BGB von Relevanz. Auch für die Ordnung des eigenen Nachlasses spielt der Güterstand eine Rolle.

einhergeht, ausreichend sein. Ab diesem Zeitpunkt sollte die Unsicherheit über die wirtschaftlichen Verhältnisse der eigenen Zukunft auch rechtlich anerkannt werden.¹⁰⁶¹

Ist ein Scheidungsverfahren anhängig oder steht es unmittelbar bevor, besteht kein Feststellungsinteresse mehr, da die als Folgesachen anhängig zu machende Leistungsklagen wirtschaftlicher sind. Sind Scheidungsfolgesachen in mehreren Prozessen anhängig, kann eine Feststellungsklage hingegen die wirtschaftlichste Form sein, Wirksamkeit und Inhalt der Vereinbarung einheitlich für alle Verfahren zu klären.¹⁰⁶²

1061 Ähnlich: *Herr*, FamRZ 2005, 458.

1062 Dies ergibt sich aus der nach der Rechtsprechung bestehenden Beschränkung der Bindungswirkung von Zwischenfeststellungsklagen auf den jeweiligen Prozess, vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2005, 282 (oben, S. 175, Fn. 557); BGHZ 125, 251 (257). A.A. MüKo ZPO/Lüke, § 256, Rn. 75; Musielak/Foerste, § 256, Rn. 39.

X. Allgemeine Schranken – besondere Anwendung? Eine dogmatische Gesamtwürdigung der Zivilrechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen

Im Folgenden soll untersucht werden, auf welche verfassungsrechtliche Grundlagen die Inhaltskontrolle im Ehevertragsrecht zurückzuführen ist (1.). Sodann soll geprüft werden, ob die zivilrechtliche Umsetzung mit diesen übereinstimmt (2.). Im Anschluss daran werden spezifisch zivilrechtliche Grundlagen in den Blick genommen (3.).

Auf dieser Grundlage wird die Eingliederung der Inhaltskontrolle in die zivilrechtliche Dogmatik näher gewürdigt (4.). Schließlich wird zu klären sein, ob sich aus diesen Erkenntnissen Rückschlüsse auf den künftigen Umgang mit der Problematik ziehen lassen (5.).

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die inhaltliche Kontrolle von Ehevereinbarungen gehen zurück auf frühere Entscheidungen des BVerfG über die inhaltliche Kontrolle anderer Verträge. Diese werden im Folgenden dargestellt (1.1.) und gewürdigt (1.2.). Anschließend soll auf die tatsächliche Übertragung und die Übertragbarkeit auf die Fallgestaltungen des Ehevertragsrechts eingegangen werden (1.3.)

1.1. Frühere Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle

Der grundlegende Umbruch in der Zivilrechtsprechung, der zur zweistufigen Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen führte, beruhte – wie dargestellt – auf der ausdrücklichen Forderung des BVerfG.¹⁰⁶³ Dieses berief sich auf frühere Entscheidungen, in denen es die Durchführung einer Inhaltskontrolle in anderen Rechtsgebieten und Konstellationen, namentlich bei Verträgen zwischen selbstständigen Handelsvertretern und den von ihnen vertretenen Unternehmen sowie Bürgschaftsverträgen zugunsten naher Angehöriger für erforderlich erklärt hatte. Um die Legitimität einer Über-

¹⁰⁶³ Vgl. oben, S. 93 ff.

tragung der dort aufgestellten Grundsätze auf die Situation zwischen Ehegatten zu klären, bedarf es zunächst eines näheren Blicks auf die angesprochenen Entscheidungen.

1.1.1. Die Handelsvertreterentscheidung

Der Verfassungsbeschwerde, über die das BVerfG am 7. Februar 1990 entschied,¹⁰⁶⁴ lag ein Vertrag zwischen einem selbstständigen Handelsvertreter und einer Sekt- und Weinkellerei zugrunde. Der Handelsvertreter wurde auf Grundlage des unbefristeten Vertrages ausschließlich für dieses Unternehmen tätig. Der Vertrag enthielt eine Wettbewerbsklausel, nach der es dem Handelsvertreter für die Dauer von 2 Jahren nach Vertragsbeendigung untersagt war, als Vertreter für ein Konkurrenzunternehmen oder als Inhaber eines solchen tätig zu werden. Das entschädigungslose Wettbewerbsverbot stand unter der Bedingung einer Kündigung durch das Unternehmen aus wichtigem, von dem Vertreter verschuldeten Grund.

Nach dem zum Zeitpunkt des Vertragsschluss geltenden § 90a HGB war ein Wettbewerbsverbot für die Dauer von maximal 2 Jahren nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zulässig. Die Wirksamkeit der Vereinbarung war grundsätzlich von der gleichzeitigen Vereinbarung einer Entschädigung abhängig. Im Unterschied zur heute geltenden Fassung sah § 90a II 2 HGB a.F. den automatischen Ausschluss des Entschädigungsanspruchs des Handelsvertreters vor, wenn ihm aus wichtigem, verschuldeten Grund gekündigt wurde.¹⁰⁶⁵ Der abgeschlossene Vertrag gab also lediglich die ohnehin geltende gesetzliche Regelung wieder.

Das BVerfG erklärte den zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits außer Kraft getretenen § 90a II 2 HGB a.F. jedoch für verfassungswidrig. Der Gesetzgeber habe damit einen unverhältnismäßigen Ausgleich zwischen den Interessen der Unternehmer und der Handelsvertreter getroffen, weil der generelle Ausschluss der Entschädigung zu undifferenziert sei.

1064 NJW 1990, 1469.

1065 § 90a II 2 HGB in der bis zum 31.12.1989 geltenden Fassung: „Kündigt der Unternehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, so hat dieser keinen Anspruch auf Entschädigung.“

Trotz dieses Ergebnisses betonte das BVerfG das Erfordernis einer Begrenzung der Privatautonomie. Zwar könnten sich Verhandlungspartner grundsätzlich auf ihre Privatautonomie berufen und Verträge, die in Wahrnehmung der Vertragsfreiheit geschlossen würden, seien staatlicher Kontrolle im Regelfall entzogen. Jedoch habe der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen, dass ein Vertragspartner nicht aufgrund eines Verhandlungsungleichgewichts durch den anderen fremdbestimmt werde. Aufgabe des Gesetzgebers sei es daher gewesen, einen angemessenen Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechten der Vertragsparteien zu schaffen. Dabei habe ihm ein großer Ermessensspielraum zugestanden, der auch den Erlass zwingenden Rechts eingeschlossen habe. Entscheide sich der Gesetzgeber nicht zum Erlass spezieller Vorschriften, griffen die zivilrechtlichen Generalklauseln, vor allem §§ 138 I, 242 BGB, ein. Ihre Anwendung biete ausreichende Möglichkeiten, den grundrechtlich gebotenen Schutz vor einer Fremdbestimmung zivilrechtlich umzusetzen.

Nach der Einschätzung des Bundesgesetzgebers, die sich vertretbar im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative halte, sei bei Verhandlungen zwischen Handelsvertretern und den zu vertretenen Unternehmern von einer Störung des Verhandlungsungleichgewichts auszugehen. Nachdem § 90a II 2 HGB a.F. grundgesetzwidrig sei, habe das mit der Sache befasste OLG zur Durchführung der gebotenen Inhaltskontrolle nach anderen Umsetzungsmöglichkeiten im geltenden Zivilrecht zu suchen.

1.1.2. Die Bürgschaftsentscheidungen

Am 19. Oktober 1993 entschied das BVerfG über zwei Verfassungsbeschwerden, die einen ähnlichen Sachverhalt aufwiesen.¹⁰⁶⁶ Die Beschwerdeführer schlossen jeweils Bürgschaftsverträge mit Kreditinstituten für die Verbindlichkeiten naher Angehöriger. Dabei kamen nahezu einheitliche Formulare der Banken zum Einsatz. Die Bonität der Bürgen wurde nicht überprüft. Von den Kreditinstituten wurde diese verbreitete Vorgehensweise damit begründet, die Bürgschaft diene nicht nur der Verbreiterung der Haftungsmasse, sondern auch dem Schutz vor Vermögens-

1066 NJW 1994, 36.

verlagerungen von den Schuldnern auf ihre Angehörigen und der Steigerung der Rückzahlungsbereitschaft durch den zusätzlichen Druck, der sich aus der Mithaftung der Angehörigen ergebe. Die Bürgen waren nach ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zur Tilgung der übernommenen Verbindlichkeit in der Lage. Meistens waren sie zudem geschäftlich unerfahren.

Nachdem die Zivilrechtsprechung derartige Verträge zunächst einer Inhaltskontrolle nach §§ 138 I, 242 BGB oder § 310 BGB unterzogen hatte, ging sie später weitestgehend von der Wirksamkeit solcher Vereinbarungen aus. Das zentrale Argument lautete, die Vertragsfreiheit gewähre auch die Freiheit zum Abschluss von Verträgen, deren Erfüllung nur unter besonders günstigen Umständen gelingen könne. Zudem seien die Kreditinstitute wegen der Volljährigkeit der Bürgen nicht zu einer gesteigerten Aufklärung über die mit den Bürgschaften einhergehenden Risiken verpflichtet. Lediglich Täuschungen über die Höhe des Risikos führten zur Unwirksamkeit der Vereinbarung. Nach Erlass der angegriffenen Entscheidungen, aber noch vor Erlass der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung hatte der BGH allerdings die Handelsvertreterentscheidung des BVerfG übertragen und die Notwendigkeit einer gerichtlichen Inhaltskontrolle anhand des § 138 I BGB bei Verträgen betont, bei deren Vereinbarung einer der Partner eine so überlegene Verhandlungsposition innegehabt hatte, dass er die Vertragsbestimmungen faktisch einseitig festsetzen konnte.¹⁰⁶⁷

Dennoch setzte sich das BVerfG noch einmal ausführlich mit den Verfassungsbeschwerden auseinander, mit denen eine unter diesem Gesichtspunkt überholte Rechtsprechung angegriffen wurde. Es betonte erneut den grundsätzlich hohen Stellenwert der Vertragsfreiheit, die grundrechtlich geschützt sei und auch durchgesetzt werden können müsse. Dabei dürfe wegen des Erfordernisses der praktischen Konkordanz zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen der Vertragspartner allerdings nicht schlichtweg das Recht des Stärkeren gelten. Während dies bei ungefähr vergleichbaren Verhandlungsstärken durch den übereinstimmenden Willen der Vertragspartner garantiert werde, bestehe in einer Konstellation, in der einer

¹⁰⁶⁷ BGH, NJW 1991, 923.

der Verhandlungspartner eine überlegene Verhandlungsposition innehat, die Gefahr einer einseitigen Festlegung des Vertragsinhalts. Dadurch werde der Verhandlungspartner mit der unterlegenen Verhandlungsposition durch den anderen Teil fremdbestimmt. Einer solchen Fremdbestimmung könne das Recht zwar nicht in jedem Fall entgegenwirken, dies sei jedoch wegen der grundgesetzlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 I GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 I, 28 I GG) seine Aufgabe, wenn es sich um eine typisierbare Fallgestaltung handle, in der ein Vertragsteil strukturell unterlegen sei, durch die Folgen der Vereinbarung ungewöhnlich stark belastet werde und der Vertragsinhalt als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen sei.¹⁰⁶⁸ Zur Erfüllung dieser Aufgabe gebe es zwar keine speziellen Regelungen im Bankvertragsrecht, mit den Generalklauseln enthalte das Zivilrecht aber Instrumente, um auf strukturelle Störungen der Vertragsparität angemessen zu reagieren. Aufgabe der Zivilgerichte sei es, mittels einer an den Wertungen des Grundgesetzes orientierten Auslegung eine Fremdbestimmung durch vertragliche Vereinbarungen zu vermeiden.

Diesen Anforderungen werde die den angefochtenen Entscheidungen zugrunde liegende Auslegung nicht gerecht, da sie weder auf die Unerfahrenheit der Bürgen in geschäftlichen Angelegenheiten, noch auf die besondere Höhe der übernommenen Risiken eingegangen sei.¹⁰⁶⁹

1068 BVerfG, NJW 1994, 36 (38, 39).

1069 Das BVerfG unterschied insoweit zwischen den beiden gemeinsam entschiedenen Verfahren. Im ersten Verfahren wurde der erst 21jährigen, noch in der Ausbildung befindlichen Tochter eines Selbstständigen eine Bürgschaft für geschäftliche Verbindlichkeiten und darauf zu leistende Zinsen in unbeschränkter Höhe auferlegt. Damit habe sie sich einer teilhaberähnlichen Haftung ausgesetzt, die selbst geschäftlich Erfahrene nur schwer hätten überblicken können. Mit dem bloßen Verweis auf die Volljährigkeit der Bürgin und der Ablehnung einer Aufklärungspflicht werde den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt. Im zweiten Fall ging es hingegen nur um einen Konsumkredit zum Ausbau eines Hauses. Die Kreditsumme war zwar erheblich, jedoch nicht ungewöhnlich hoch. Die Bürgin – die Ehefrau des Kreditnehmers – habe zudem ein Eigeninteresse gehabt, da sie das Haus, in das der aufgenommene Kredit investiert werden sollte, mit bewohnte. Da die Bank zudem das Haftungsrisiko nicht geschönt habe, sei es nicht zu beanstanden, dass das LG sich nach Abwägung der Argumente trotz der Einkommenslosigkeit der Bürgin gegen eine Anwendung der §§ 138 I, 242 BGB entschieden habe.

In einer weiteren Entscheidung vom 5. August 1994 bekräftigte das BVerfG seine Rechtsprechung.¹⁰⁷⁰ Der BGH hatte – noch vor Erlass der Handelsvertreterentscheidung – die Durchführung einer Inhaltskontrolle verweigert, obwohl die Bürgen nicht in der Lage waren, die laufenden Zinsen der Verbindlichkeit zu decken, über keine qualifizierte berufliche Ausbildung verfügten, geschäftlich unerfahren waren, durch persönliche Beziehungen zum Schuldner in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wurden (die Bürgen waren die Tochter und der künftige Schwiegersohn) und ihnen gegenüber das Risiko bagatellisiert worden war. In dieser Fallgestaltung sah das BVerfG die zuvor aufgestellten Voraussetzungen erfüllt und die Beschwerdeführer durch die Ablehnung einer Inhaltskontrolle in ihren Grundrechten verletzt.

1.1.3. Zusammenfassung der Grundlage des BVerfG für die Entscheidung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen

Bei allen Neuerungen will sich das BVerfG nach eigenem ausdrücklichen Bekunden an zwei Grundpfeiler halten: Erstens gewährt das Grundgesetz Privaten Vertragsfreiheit. Zweitens sind diese bei deren Wahrnehmung nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden, wenngleich insbesondere die zivilrechtlichen Generalklauseln im Lichte der Verfassung zu interpretieren sind, so dass die Grundrechte mittelbar auch für privatautonome Vereinbarungen Bedeutung erlangen. Freilich haben Zivilgerichte bei Auslegung und Anwendung des Zivilrechts einen Ermessensspielraum, der vom BVerfG nur auf die Verletzung spezifisch verfassungsrechtlicher Grenzen überprüft wird.

Auf diese Pfeiler will das BVerfG die eigentliche Neuerung gründen und diese dabei als bloße Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung darstellen. Bindeglied ist die Feststellung, dass der Staat eine Schutzpflicht zugunsten der Grundrechte hat. Diese sind vor unzulässigen Einwirkungen zu schützen, und zwar auch im Vertragsrecht. Das neue Element im grundrechtsdogmatischen Gebäude folgt sodann: Unzulässige Einwirkungen

1070 NJW 1994, 2749.

können sich bereits aus dem Grundrechtsgebrauch Anderer ergeben, wenn dieser sich nicht im Rahmen praktischer Konkordanz hält und die Verhandlung als üblicherweise funktionierender Ausgleichsmechanismus wegen unterschiedlich starker Verhandlungspositionen nicht geeignet ist, zu einem verfassungskonformen Interessenausgleich zu führen. Kommt der Gesetzgeber in Wahrnehmung seines Ermessensspielraums dem primär ihn treffenden Schutzauftrag nicht durch den Erlass spezieller Regelungen nach, muss ihn die Rechtsprechung unter Rückgriff auf die zur Verfügung stehenden Generalklauseln ausfüllen.

Für die Verpflichtung der Gerichte zu einer Inhaltskontrolle zum Schutz der Vertragsfreiheit stellt das BVerfG vier kumulative Voraussetzungen auf:

1. Eine Vertragspartei ist strukturell unterlegen.
2. Die Fallgestaltung, aus der die Unterlegenheit folgt, ist typisierbar.
3. Aus der Unterlegenheit folgt eine ungewöhnliche Belastung des unterlegenen Teils.
4. Die geschlossene Vereinbarung ist als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen.

Die vorgegebenen Kriterien sind verfassungsrechtliche und als solche keiner unmittelbaren zivilrechtlichen Subsumtion zugänglich. Sie bedürfen vielmehr der Übertragung in zivilrechtliche Tatbestandsmerkmale.¹⁰⁷¹ Dabei sind die vom BVerfG zugrunde gelegten Wertungen und nicht die dafür verwendeten Begriffe maßgeblich.¹⁰⁷²

Ausschlaggebendes Moment für den Eingriff des BVerfG war die Unterlegenheit einer der beteiligten Vertragsparteien. Diese allein will das Gericht jedoch nicht genügen lassen. Zur Eingrenzung fordert es zunächst die Typisierbarkeit der Fallgestaltung. Erforderlich ist demnach eine bestimmte Art und Weise der Unterlegenheit. Die beiden entschiedenen

1071 *Dieterich*, WM 2000, 11 (14); *Fastrich*, RdA 1997, 65 (67); *Frey*, WM 1996, 1612 (1614); *Wellenhofer-Klein*, ZIP 1997, 774 (775).

1072 *Gernhuber*, JZ 1995, 1086 (1091): „erheblich ist das Gemeinte auch dann, wenn es den richtigen sprachlichen Ausdruck nicht fand“, gegen *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2468), der den Begriff „strukturelle Unterlegenheit“ auf den Marxismus und die Theorie der gestörten Vertragsparität auf den Nationalsozialismus zurückführt.

Konstellationen lassen sich insoweit freilich nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen. In der Handelsvertreterentscheidung stand eine Form der Abhängigkeit im Vordergrund, da vom Vertragsschluss die berufliche Existenzgrundlage abhing. Hingegen war in den Bürgschaftsentscheidungen die durch die familiäre Beziehung geprägte emotionale Bindung des Bürgen zum Hauptschuldner maßgeblich. Haben somit beide Konstellationen wenig Gemeinsamkeiten, lassen sich aus ihnen auch kaum Erkenntnisse ableiten, unter welchen Umständen verfassungsrechtlich von einer typisierbaren Fallgestaltung ausgegangen werden muss.¹⁰⁷³ Eine Typisierbarkeit dürfte voraussetzen, dass in einer vergleichbaren Konstellation der Beteiligten zueinander ein identisches Machtgefälle im Sinne einer Unterlegenheit des einen und einer Überlegenheit des anderen Teils herrscht. Das BVerfG scheint sich insoweit an den Rollen der Beteiligten zu orientieren: auf der einen Seite der Unternehmer bzw. das Kreditinstitut, auf der anderen Seite der Vertreter bzw. der Bürge.

Die Unterlegenheit des Handelsvertreters lässt sich aus seiner Abhängigkeit von der Entscheidung des Unternehmers, ihn mit der Vertretung seines Unternehmens zu betrauen, herleiten und ergibt sich somit aus den unterschiedlich starken Marktpositionen der Parteien. Sofern die Prämisse des BVerfG bzw. der Bundesregierung¹⁰⁷⁴ von der typischerweise gegebenen Verhandlungsübermacht der Unternehmer richtig ist, ergibt sich daraus schlüssig eine korrespondierende Unterlegenheit des Handelsvertreters und eine aus seiner Perspektive nicht zu verhindernde Fremdbestimmung bei Abschluss des Vertrages.

Zur Begründung der Unterlegenheit des Bürgen greift das BVerfG neben der Rollenverteilung der Parteien auf weitere Kriterien zurück: die geschäft-

1073 *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2468); *Frey*, WM 1996, 1612 (1614 f.); *Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1228); *Zöllner*, AcP 1996, 1 (30 f.).

1074 Das BVerfG stützte sich auf die Einschätzung der Bundesregierung vor Erlass des § 90a HGB (vgl. BVerfG, NJW 1990, 1469 (1470, 1471)). Kritisch zur Verwendung der Regierungsbegründung als Einschätzung des Gesetzgebers äußert sich *Zöllner*, AcP 1996, 1 (10), mit dem zusätzlichen Hinweis, dass nach Meinung von „Kennern der Materie“ im konkreten Fall keine Unterlegenheit des Handelsvertreters bestanden habe. Zu beachten ist auch, dass sich eine Unterlegenheit noch nicht aus dem arbeitnehmerähnlichen Vertreterverhältnis ergeben konnte, das durch den geschlossenen Vertrag erst begründet werden sollte.

liche Unerfahrenheit, der Ausbildungsstand, die Höhe des Risikos und das Verhalten der Angestellten des Gläubigers. Anders als im Fall des Handelsvertreters besteht die Marktmacht des Vertragspartners, d.h. des Kreditinstituts, primär nicht im Verhältnis zum Bürgen, sondern im Verhältnis zum kreditsuchenden Hauptschuldner. Der Bürge ist insoweit nur mittelbar betroffen, weil er nicht auf den Vertragsschluss, der im Verhältnis zum Kreditinstitut nur dessen Interessen dient, angewiesen ist. Die Vertragsverhandlungen des Bürgen mit dem Kreditinstitut leiden somit eher an fehlender Risikowahrnehmung des Bürgen bzw. an einem dem Risiko entsprechenden Verhalten als an einer Fremdbestimmung durch den Angestellten des Kreditinstituts. Worin in dieser Konstellation die Typisierbarkeit liegt, ist nicht mit hinreichender Sicherheit zu sagen.

Die Gemeinsamkeit beider Konstellationen besteht darin, dass einer der Verhandlungspartner keine Verhandlungsmacht hat. Weder der Handelsvertreter noch der Bürge sind in der Lage, auf den Vertragsinhalt Einfluss zu nehmen. Letztlich zieht das BVerfG die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle wohl aus diesem Umstand. Unter der „Typisierbarkeit der Fallkonstellation“, die von der Struktur der Unterlegenheit wohl nicht getrennt betrachtet werden kann, ist dann ein erheblicher Druck zum Abschluss des Vertrages zu verstehen, der sich nicht nur aus dem Einzelfall ergibt, sondern bei vergleichbaren Beziehungen der Parteien untereinander üblicherweise besteht. Er ergibt sich beim Handelsvertreter aus der Notwendigkeit der Einkommenserzielung zur Existenzsicherung und beim Bürgen aus dem familiär induzierten Altruismus.

Die letzten beiden Voraussetzungen, d.h. die Unangemessenheit der gestellten Bedingungen und die aus ihnen folgende ungewöhnliche Belastung, sind als Korrekturmöglichkeit zu verstehen, um zu weit geratene Typisierungen wieder auf ein tragbares Maß staatlichen Eingreifens beschränken zu können. Denn in der Unbestimmtheit der Kriterien liegt die vom BVerfG erkannte Gefahr zu umfangreicher staatlicher Eingriffe. Zur Verdeutlichung dessen genügt es, sich die Nähe zwischen der Konstellation Unternehmer – Handelsvertreter und der Konstellation Unternehmer – Verbraucher zu verdeutlichen. Letzterer wird grundsätzlich als in einem noch

größeren Umfang schutzbedürftig angesehen. Auch der Verbraucher hat bei Vertragsschluss mit einem Unternehmer regelmäßig keine Verhandlungsmacht. Eine daran geknüpfte Verpflichtung zur Durchführung einer Inhaltskontrolle wäre allerdings wohl zu weitgehend, wie sich auch an den differenzierteren gesetzlichen Regelungen im Verbraucherschutzrecht ersehen lässt.

1.2. Kritische Würdigung der Rechtsprechung des BVerfG zur zivilrechtlichen Inhaltskontrolle

Die Bedeutung der Handelsvertreter- und Bürgschafts-Entscheidungen des BVerfG ergibt sich erst aus einer Einordnung in den richtigen Kontext. Dazu ist es unerlässlich, das Verhältnis zu den bereits erwähnten Grundpfeilern der Entscheidungen näher zu beleuchten und anhand dessen Umfang und Schlüssigkeit der Neuerungen zu untersuchen. Ferner sollen alternative Begründungsmöglichkeiten in den Blick genommen werden.

1.2.1. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht

In seiner vorangegangenen Rechtsprechung hatte das BVerfG die Lehre von der mittelbaren Grundrechtswirkung im Zivilrecht entwickelt.¹⁰⁷⁵ Nach dieser Lehre gelten die Grundrechte zwischen Privaten nicht unmittelbar, jedoch stellen sie in ihrer Gesamtheit eine Werteordnung dar, die bei der Auslegung und Anwendung des Zivilrechts zu beachten ist. Insbesondere bei Anwendung zivilrechtlicher Generalklauseln haben die gem. Art. 1 III GG an die Grundrechte gebundenen Zivilgerichte die von dem grundgesetzlichen Wertesystem gezogenen Grenzen auch gegenüber privatautonomen

¹⁰⁷⁵ Die grundlegende Entscheidung ist unter der Bezeichnung „Lüth-Urteil“ bekannt geworden: BVerfGE 7, 198. Zum Sachverhalt: Lüth, Senatsdirektor und Leiter der Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg, hatte 1950 die Bevölkerung, Theaterbesitzer und Filmverleiher zum Boykott des Films „Unsterbliche Geliebte“ von Veit Harlan aufgerufen, weil dieser sich an der Produktion des nationalsozialistischen Propagandafilms „Jud Süß“ beteiligt habe. Die Zivilgerichte beurteilten den Boykottaufruf als sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB. Gegen die zivilgerichtlichen Entscheidungen erhob Lüth erfolgreich Verfassungsbeschwerde, weil er sich in seiner Meinungsfreiheit verletzt sah. Weitere Entscheidungen zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte: BVerfGE 34, 269; 52, 131, jeweils m.w.N.

Vereinbarungen durchzusetzen. Da das mit der Streitentscheidung befasste Gericht lediglich das zwischen den Parteien ohnehin geltende Recht, das durch die Anrufung des Gerichtes nicht verändert wird, feststellt,¹⁰⁷⁶ folgt aus der Lehre von der mittelbaren Grundrechtswirkung, dass bereits die privatrechtlich agierenden Parteien das vom Grundgesetz aufgestellte Wertesystem zu beachten haben. Der Verweis des BVerfG auf die Bindung der Gerichte an das Grundgesetz ist insoweit nur ein Vehikel, um dem Wortlaut des Art. 1 III GG gerecht zu werden. Gegenüber einem privaten Vertragspartner kann man sich daher zwar nicht unmittelbar auf seine grundrechtlich geschützten Freiheiten berufen, jedoch kann die Beachtung des durch das Grundgesetz vorgegebenen und ggf. zivilrechtlich konkretisierten Wertesystems und damit eine gewisse Rücksicht des Vertragspartners auf die eigenen Belange verlangt werden.

Diesem Ansatz hält *Zöllner* entgegen, dass sich trotz mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte derjenige Vertragspartner nicht mehr auf seine Vertragsfreiheit berufen könne, der wirksam auf die Ausübung seines Grundrechts verzichtet habe.¹⁰⁷⁷ Dabei übersieht er freilich, dass im Rahmen ihrer mittelbaren Wirkung Grundrechte nicht als Normen, sondern nur als Werte angewandt werden, wobei die in der Grundrechtsdogmatik unterschiedenen Grundrechtsfunktionen¹⁰⁷⁸ keine unmittelbare Bedeutung haben. Ein Verzicht ist jedoch nur bezogen auf ein Recht oder dessen Ausübung im Einzelfall denkbar. Hingegen kann auf den objektiven Wertgehalt eines Grundrechts nicht verzichtet werden. Dem Argument *Zöllners* liegt eine an Normen orientierte Vorstellung zugrunde, die den Besonderheiten der nur mittelbaren Geltung der Grundrechte im Zivilrecht nicht gerecht wird.

Zur Ermittlung der Werteordnung ist eine Gesamtbetrachtung und eine gewisse Abwägung der Grundrechte untereinander erforderlich.¹⁰⁷⁹ Diese

1076 *Eschenbach/Niebaum*, NVwZ 1994, 1079 (1081); *Zöllner*, AcP 1996, 1 (8, Fn. 29).

1077 AcP 1996, 1 (12 f.). Das BVerfG hat nach Ansicht *Zöllners* versäumt, darzulegen, warum der Grundrechtsverzicht der als unterlegen bezeichneten Partei unwirksam sein soll.

1078 In der Grundrechtsdogmatik wird bei den subjektiv-rechtlichen Funktionen von Grundrechten zwischen Abwehr-, Schutzgewähr-, Anspruchs-, Teilhabe-, Leistungs- und Verfahrensrechten unterschieden (*Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 57 ff.).

1079 Vgl. *Dieterich*, WM 2000, 11 (12): „Grundrechte bieten keine Abwägungsergebnisse, sondern nur Abwägungskriterien.“

folgt nach Ansicht des BVerfG den Vorgaben praktischer Konkordanz.¹⁰⁸⁰ Danach sind miteinander kollidierende Grundrechte in einen Interessenausgleich zu bringen, der die bestmögliche Durchsetzung aller beteiligten Grundrechte ermöglicht. Sofern nicht ausnahmsweise ein Grundrecht vollständig zurückzutreten hat, ist dabei regelmäßig ein Schutz jedes Grundrechts vor der uneingeschränkten Durchsetzung kollidierender Rechte sicherzustellen.¹⁰⁸¹ Diese Abwägung zu treffen ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers.¹⁰⁸² Kommt er ihr durch das Aufstellen von Generalklauseln nach, haben die Gerichte bei deren Anwendung auf die Verwirklichung der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung zu achten.¹⁰⁸³

1.2.2. Zur Ableitung eines Schutzauftrags aus der mittelbaren Drittwirkung

Die Handelsvertreterentscheidung und die Bürgschaftsentscheidungen unterscheiden sich von der Konstellation des Lüth-Urteils und den übrigen bis dahin entschiedenen Fällen, in denen es um eine mittelbare Grundrechtswirkung ging, durch die geltend gemachte Schutzrichtung. Bisher monierten die Beschwerdeführer einen unzulässigen Eingriff in ihr Grundrecht. Hingegen beriefen sich Handelsvertreter und Bürgen nicht auf das Recht zur Durchsetzung ihrer Vertragsfreiheit gegenüber Beschränkungen,

1080 BVerfG, NJW 1994, 36 (38).

1081 Siehe statt aller: HbGR/Kokott, § 22, Rn. 60 f. Kritisch zu dieser Betrachtung im konkreten Fall: Fastrich, RdA 1997, 65 (69), der eine faktische Abschaffung der Privatautonomie fürchtet, stellte man sie unter den Vorbehalt praktischer Konkordanz. Zudem weist er auf den prinzipiellen Vorrang der Privatautonomie trotz Beeinträchtigungen von Eigentum oder Berufsfreiheit hin.

1082 BVerfG, NJW 1990, 1469 (1470); NJW 1994, 36 (38); 2749 (2750).

1083 Diese Verpflichtung trifft sie im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte: BVerfG, NJW 1990, 1469 (1470); NJW 1994, 36 (38). Kritisch dazu: Zöllner, AcP 1996, 1 (11), der die grundrechtliche Schutzpflicht auf den Gesetzgeber beschränkt wissen will, falls man diese von ihm abgelehnte Rechtsfigur überhaupt anerkennen wolle. Damit kann er jedoch nicht schlüssig darlegen, warum sich die Notwendigkeit einer an den Wertvorgaben des Grundgesetzes orientierten Auslegung zivilrechtlicher Normen auf die Berücksichtigung der abwehrrechtlichen Funktion beschränken sollte. Die Schutzfunktion eines Grundrechts ist lediglich grundrechtsdogmatisch auf andere Rechtswirkungen ausgelegt, ihr liegt jedoch keine andere Wertung zugrunde als der Abwehrfunktion. Soweit grundrechtlich eine über das Wesensgehaltsgebot hinausgehende Schutzfunktion anzuerkennen ist, beruht dies sogar auf der überragenden Bedeutung des Grundrechts (vgl. Dreier/Dreier, Vorb., Rn. 102; Dirnberger, DVBl. 1992, 879).

die sich aus Rechten Dritter ableiteten, sondern wandten sich gegen eine Beschneidung der Vertragsfreiheit durch Fremdbestimmung. Die Konstellationen sind zueinander spiegelbildlich: Während in der Lüth-Entscheidung die grundrechtlich geschützte Freiheit des Beschwerdeführers zur Einschränkung des zivilrechtlichen Schutzes der Rechte seines Prozessgegners führte, soll nun wegen des grundrechtlichen Schutzes der Rechte des Beschwerdeführers die zivilrechtliche Freiheit des Prozessgegners beschränkt werden. Diese Spiegelbildlichkeit der Auswirkungen steht einer Einbeziehung auch der Schutzfunktion in die mittelbare Grundrechtswirkung jedoch nicht grundsätzlich im Wege.¹⁰⁸⁴

1.2.3. Differenzierte Betrachtung der Bedeutung der Vertragsfreiheit

Betrachtet man die vom BVerfG im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung ins Feld geführte Vertragsfreiheit genauer, ist es hilfreich, zwischen der Inhalts-, der Abschluss- und der Formfreiheit zu differenzieren.¹⁰⁸⁵ Durch die vom BVerfG monierte Fremdbestimmung werden zwei Aspekte betroffen: Die sich aus der überlegenen Marktposition ergebende Verhandlungsübermacht des Unternehmers gegenüber dem Handelsvertreter und des Kreditinstituts gegenüber dem Bürgen ermöglicht eine einseitige Festlegung der Vertragsbedingungen und beeinträchtigt dadurch die Inhaltsfreiheit der unterlegenen Partei. Hingegen wird die Abschlussfreiheit erst durch andere

1084 Ebenso: *Dieterich*, WM 2000, 11 (12); *Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1225), der allerdings wegen der grundsätzlichen Richtigkeitsvermutung im Vertragsrecht nur eine beschränkte mittelbare Drittwirkung zulassen will. A.A. *Eschenbach/Niebaum*, NVwZ 1994, 1079 (1081), nach denen die Anwendung zivilrechtlicher Generalklauseln nicht durch grundrechtliche Wertungsmaßstäbe erzwungen werden kann. Dieses Argument übersieht indes, dass die zivilrechtlichen Generalklauseln jeder Anwendung des Zivilrechts immanent sind, da sie als zwingendes Recht immer zu berücksichtigen sind und übergeordnete Rechtsgrundsätze verkörpern. Werden sie in einer juristischen Fallbearbeitung nicht explizit erwähnt, ist lediglich die fehlende Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen offensichtlich. Insoweit stellt die Rechtsprechung des BVerfG bloß einen konkretisierenden Hinweis auf die verfassungskonforme Interpretation der Tatbestandsvoraussetzungen dar, nicht jedoch eine Erweiterung der Verpflichtung zu ihrer Anwendung.

1085 Vgl. *Larenz/Wolf*, AT, § 34, Rn. 24, 45, 63. Die Formfreiheit wird im Rahmen der Bürgschaft durch das Schriftformerfordernis des § 766 BGB beschränkt. Diese gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit, die zum Schutz des Bürgen besteht, spielte in den Entscheidungen des BVerfG jedoch keine Rolle.

Umstände beeinträchtigt, nämlich einerseits dem Bedürfnis nach einem geregelten Einkommen zur Sicherung des Lebensunterhalts und andererseits dem aus der familiären Beziehung herrührenden emotionalen Druck. Diese Umstände stammen nicht aus der Sphäre der überlegenen Partei.

Das BVerfG argumentierte im Wesentlichen mit der zur Fremdbestimmung führenden überlegenen Verhandlungsposition des Vertragspartners, also der Beeinträchtigung der Inhaltsfreiheit der verhandlungsschwächeren Partei. Ergänzend bezog das BVerfG unter dem Topos „ungewöhnliche Belastung“ die Rechtsfolgen der Vereinbarung in die Betrachtung ein.¹⁰⁸⁶ Eine Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit ergibt sich durch diese allerdings nicht. Nur eine untergeordnete argumentative Rolle spielten schließlich die zur Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit führenden Umstände des Vertragsschlusses.¹⁰⁸⁷ Das BVerfG ging nicht darauf ein, dass die Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit aus einer anderen Sphäre stammte als die Beeinträchtigung der Inhaltsfreiheit.

Die auf die Unterlegenheit gestützte Argumentation des BVerfG wäre schlüssig, wenn die Verfassung ein von Privaten zu beachtendes Gebot aufstellte, bei der Gestaltung eines Vertrages den Wert der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit der jeweils anderen Partei angemessen zu berücksichtigen und ihr einen entsprechenden Spielraum einzuräumen. Dies setzte voraus, dass die Inhaltsfreiheit des überlegenen Verhandlungspartners durch die Inhaltsfreiheit des unterlegenen Teils begrenzt würde. Eine solche Beschränkung müsste sich zudem aus der Bedeutung der Inhaltsfreiheit im Gefüge des Grundgesetzes ergeben.

Bereits dargelegt wurde, dass die grundrechtliche Werteordnung wegen ihrer mittelbaren Auswirkungen tatsächlich eine Rücksichtnahme auf die Rechte von Vertragspartnern verlangt. Zu denen zählt auch die Vertragsfreiheit. Allerdings kann im Rahmen einer nur mittelbaren Grundrechtsanwendung keine schlichte Abwägung der einen Vertragsfreiheit gegen die

1086 BVerfG, NJW 1994, 36 (38, 39).

1087 BVerfG, NJW 1990, 1469 (1470); NJW 1994, 36 (38); 2749 (2750). *Fastrich*, RdA 1997, 65 (71), sieht hingegen den maßgeblichen Aspekt in der Situation des Bürgen nicht in der Überlegenheit des Kreditinstituts, sondern allein in den Umständen des Vertragsschlusses.

andere erfolgen. Vielmehr ist der objektive Wert zu ermitteln, der sich nach der primären Funktion der Vertragsfreiheit richtet. Die primäre Funktion der Inhaltsfreiheit – wie der gesamten Vertragsfreiheit – ist die Sicherung der Freiheit, mit anderen Privaten frei von staatlicher Kontrolle und Korrektur rechtlich bindende Vereinbarungen schließen zu können.¹⁰⁸⁸ In erster Linie räumt das Grundgesetz eine Freiheit gegenüber dem Staat ein. Deren Grundlage ist die Annahme, dass jeder selbst dafür verantwortlich ist, seine eigenen Interessen erfolgreich in Vertragsverhandlungen einzubringen. Der Staat hat es den Parteien zu überlassen, die Günstigkeit einer Regelung nach ihren eigenen Vorstellungen zu beurteilen und auf diese Weise ihre eigenen Gewichtungen zwischen dem vorgestellten Optimum, der erzielbaren Übereinkunft und einem Unterlassen des Vertragsschlusses vorzunehmen. Dadurch wird die Vertragsfreiheit zur Grundlage des marktwirtschaftlichen Systems. Diese Grundausrichtung ist im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung zu beachten, wenn die Vertragsfreiheit als Bestandteil eines objektiven Wertgefüges betrachtet wird. Zudem steht eine objektive Betrachtungsperspektive einer Unterscheidung zwischen einzelnen Rechtsträgern entgegen. Eine Abwägung des objektivierten Stellenwertes setzt als Gegenpol stets einen anderen Bestandteil der objektiven Werteordnung voraus. Gegen sich selbst kann der Wert der Inhaltsfreiheit nicht abgewogen werden.¹⁰⁸⁹ Würde die Abwägung eines Grundrechts gegen sich selbst verlangt, setzte dies eine subjektivierte, d.h. auf einzelne Rechtssubjekte ausgerichtete, Betrachtungsweise voraus. Diese wäre jedoch mit der Prämisse der mittelbaren Geltung der Grundrechte als objektives Wertesystem nicht vereinbar. Die Inhaltsfreiheit des einen Vertragspartners wird nicht durch die des anderen begrenzt. Durch die undifferenzierte

1088 *Eschenbach/Niebaum*, NVwZ 1994, 1079 (1080); v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Art. 2 Abs. 1, Rn. 145. Auf den grundgesetzlichen Schutz der Privatautonomie weist auch *Schapp*, ZBB 1990, 30 (36), hin. Weil das Zivilrecht in gewissen Grenzen unter dem Schutz der Verfassung stehe, müsse es nicht aus dieser abgeleitet werden. Solches versuche das BVerfG jedoch.

1089 Auch *Eschenbach/Niebaum*, NVwZ 1994, 1079 (1081), sehen „logische Schwierigkeiten“. In Übereinstimmung damit erblickt *Zöllner*, AcP 1996, 1 (9, 11), in den Entscheidungen des BVerfG eine – zumindest im Ergebnis – unmittelbare Anwendung der Grundrechte, für die es an einer Legitimation fehle.

Verwendung des Begriffs der Vertragsfreiheit durch das BVerfG wird dieser Zusammenhang nicht hinreichend deutlich.

1.2.4. Rechtfertigung einer Inhaltskontrolle aus weiteren Gründen

Die zentrale Begründung des BVerfG ist in der gegebenen Form nicht tragfähig.¹⁰⁹⁰ Indem es maßgeblich auf die Kollision der Vertragsfreiheit des unterlegenen Vertragsteils mit der Vertragsfreiheit des überlegenen Vertragsteils abstellt und dabei die inhaltliche Gestaltungsfreiheit im Blick hat, behandelt es keinen im Rahmen der für das Zivilrecht maßgebenden objektivierten Abwägung geeigneten Gegenpol. Allerdings deutet das BVerfG bereits in den Hilfsargumenten weitere Gesichtspunkte an, wie z.B. den Einfluss des Sozialstaatsprinzips.¹⁰⁹¹ Ob sich aus diesem und/oder aus weiteren grundgesetzlich verankerten Werten das Ergebnis des BVerfG dennoch rechtfertigen lässt, soll im Folgenden untersucht werden.

a) Sozialstaatsprinzip

Das BVerfG zieht zur Begründung der Inhaltskontrolle nicht nur den Schutz der Vertragsfreiheit, sondern zusätzlich das Sozialstaatsprinzip heran. Das Sozialstaatsprinzip, geregelt in Art. 20 I, 28 I GG, verpflichtet als Staatszielbestimmung alle staatliche Gewalt¹⁰⁹² und zielt auf einen sozialen Ausgleich zwischen den Einwohnern und auf deren soziale Absicherung.¹⁰⁹³ Teil dessen ist das Bestreben nach Gewährleistung und Verbesserung der allgemeinen Voraussetzungen zum Gebrauch der durch das Grundgesetz

1090 Kritisch ebenfalls: *Adomeit*, NJW 1994, 2467; *Eschenbach/Niebaum*, NVwZ 1994, 1079; *Loritz*, DNotZ 1994, 543; *Spieß*, DVBl. 1994, 1222; *Zöllner*, AcP 1996, 1. Zustimmung hingegen: *Dieterich*, WM 2000, 11. Mit Einschränkungen auch *Gernhuber*, JZ 1995, 1086, und *Rittner*, NJW 1994, 3330. Nur das Ergebnis, nicht jedoch die Begründung des BVerfG teilen *Fastrich*, RdA 1997, 65; *Schapp*, ZBB 1999, 30; *Wellenhofer-Klein*, ZIP 1997, 774; *Wiedemann*, JZ 1994, 411. *Frey*, WM 1996, 1612, und *Höger*, Kontrolle, S. 134, nehmen die Entscheidungen des BVerfG als unabänderlichen Zustand weitgehend kritiklos hin.

1091 BVerfG, NJW 1990, 1469 (1470); NJW 1994, 36 (38); 2749 (2750).

1092 V. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, Art. 20, Rn. 103.

1093 Dreier/Gröschner, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 35; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, Art. 20, Rn. 103.

eingräumten Freiheit¹⁰⁹⁴ und der Schutz der sozial Schwächeren.¹⁰⁹⁵ Nach Auffassung *Freys* streitet das Sozialstaatsprinzip – konsequent zu Ende gedacht – sogar dafür, dass der Einzelne keinerlei subjektive Nachteile aus abgeschlossenen Verträgen erleidet.¹⁰⁹⁶

Die Ableitungen aus dem Sozialstaatsprinzip sind jedoch schon aufgrund seiner auf Beiworte beschränkten Normierung begrenzt. Aus dem textlichen Befund folgt die Notwendigkeit einer Betrachtung im Zusammenhang mit anderen materiellen Grundgesetzbestimmungen, insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip.¹⁰⁹⁷ Es ist darauf zu achten, dass das Sozialstaatsprinzip nicht an die Stelle der durch die Privatautonomie eingeräumten Freiheit tritt und Freiheitsrechte nicht in soziale Forderungsrechte umwandelt.¹⁰⁹⁸ Diese immanenten Grenzen überschreitet die Interpretation *Freys*. Generell kommt eine Beschränkung der Privatautonomie durch das Sozialstaatsprinzip jedoch durchaus in Betracht.¹⁰⁹⁹ Um das Verhältnis zwischen Freiheitsrecht und Schutzauftrag nicht zu konterkarieren, muss die Beschränkung jedoch auf Ausnahmen begrenzt werden. Bei Vorliegen eines großen Ungleichgewichts zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien harmonisiert eine Beschränkung der Vertragsfreiheit des überlegenen Verhandlungspartners mit dem auf Ausgleich bedachten sozialstaatlichen Grundanliegen.¹¹⁰⁰ Ist gleichzeitig der unterlegene Teil auf den Abschluss des Vertrages angewiesen und sind die erreichbaren

1094 Dreier/*Gröschner*, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 19; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Sommermann*, Art. 20, Rn. 112.

1095 V. Mangoldt/Klein/Starck/*Sommermann*, Art. 20, Rn. 112.

1096 WM 1996, 1612 (1615).

1097 V. Mangoldt/Klein/Starck/*Sommermann*, Art. 20, Rn. 107.

1098 Dreier/*Gröschner*, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 32; Sachs/*Sachs*, Art. 20, Rn. 54.

1099 Dem BVerfG (siehe Fn. 1091) insoweit zustimmend: *Fastrich*, RdA 1997, 65 (67); *Eschenbach/Niebaum*, NVwZ 1994, 1079 (1080); *Schapp*, ZBB 1999, 30 (41). Anderer Ansicht noch *Schlechtriem*, 40 Jahre GG, S. 46 ff., der in der Existenz der Pfändungsfreigrenzen einen ausreichenden Schutz sieht. Die Pfändungsfreigrenzen stellen eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips im Zivilrecht dar, ohne dass sich daraus ergebe, dass diese Konkretisierung abschließender Natur ist.

1100 Auch Dreier/*Dreier*, Vorb., Rn. 99, versteht die verfassungsgerichtliche Formulierung von der Fremdbestimmung in Fällen gestörter Vertragsparität als Variante sozialstaatlicher Grundrechtsinterpretation.

Bedingungen unzumutbar, tritt auch das Anliegen der sozialen Sicherung für die Rechtfertigung einer Begrenzung ein.

b) Ordnungsfunktion

Anstelle des Sozialstaatsprinzips zieht *Fastrich* die Notwendigkeit einer Begrenzung der Vertragsfreiheit im Einzelfall aus einem Versagen der Ordnungsfunktion der Privatautonomie.¹¹⁰¹ Die vom Grundgesetz eingeräumte Privatautonomie führt *Fastrich* auf zwei Gedanken zurück: Auf die Anerkennung der rechtlichen Erheblichkeit von Willens- und Handlungsfreiheit und auf eine Ordnungsfunktion.¹¹⁰² Letztere ergebe sich aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch an das Privatrecht, nicht lediglich eine formale Rechtsordnung aufzustellen, sondern eine an den Wertvorstellungen des Grundgesetzes orientierte, materiell „richtige“ Rechtsordnung.¹¹⁰³ Im Regelfall würden diese Anforderungen durch die geltenden Regeln der Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre erfüllt, die in ihrer Gesamtheit dafür sorgten, dass sich eine insgesamt vernünftige und gerechte Ordnung ergebe, die den Interessen aller Vertragspartner angemessen sei.¹¹⁰⁴ Jedoch gebe es Teilbereiche, in denen diese Selbstregulierung aus unterschiedlichen Gründen versage.¹¹⁰⁵ Dann müsse die Ordnungsfunktion wiederhergestellt werden. Dies könne im Wege einer Inhaltskontrolle erfolgen,¹¹⁰⁶ habe jedoch vorrangig durch die Sicherstellung der Voraussetzungen der Selbstregulierung – etwa mittels Formvorschriften, Aufklärungspflichten und Widerrufsmöglichkeiten – zu erfolgen, da diese Vorgehensweisen einen geringeren staatlichen Eingriff darstellten.¹¹⁰⁷

Trotz des anderen Ansatzpunktes geht es auch *Fastrich* um den Schutz des Schwächeren, soweit die Selbstregulierung aus Gründen versagt, die auf

1101 RdA 1997, 65 (68); *ders.*, Inhaltskontrolle, S. 52 ff. Zustimmung *Münch*, KritV 2005, 208 (212).

1102 *Fastrich*, RdA 1997, 65 (68); *ders.*, Inhaltskontrolle, S. 55.

1103 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 55, unter Berufung auf BVerfGE 66, 116 (142); 81, 242 (254).

1104 *Fastrich*, RdA 1997, 65 (68); *ders.*, Inhaltskontrolle, S. 55.

1105 *Fastrich*, RdA 1997, 65 (68 f.); *ders.*, Inhaltskontrolle, S. 55 f.

1106 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 56.

1107 *Fastrich*, RdA 1997, 65 (69).

einer spezifischen Schwäche oder Unterlegenheit beruhen.¹¹⁰⁸ Insoweit dürften sich die Ergebnisse seines Ansatzes mit den Beschränkungen aufgrund des Sozialstaatsprinzips decken. Darüber hinausgehen dürfte die von ihm ebenfalls angeführte Fallgruppe leichtsinniger Verkehrskreise, die sich nicht durch eine besondere soziale Schwäche auszeichnet.¹¹⁰⁹ Diese Fallgruppe ist insbesondere weiter als der von *Zöllner* vertretene Ansatz, ein Eingriff in die Vertragsfreiheit sei nur bei Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Zwang gerechtfertigt.¹¹¹⁰ Auch mit dem Ansatz *Fastrichs* lassen sich wohl der Schutz von Handelsvertretern, insbesondere jedoch der Schutz von mittellosen Bürgen rechtfertigen. In letzterer Konstellation beruht das Versagen der Selbstregulierung auf dem nicht marktorientierten Handeln des Bürgen, der sich von der persönlichen Beziehung leiten lässt, anstatt rationalen wirtschaftlichen Überlegungen zu folgen. Jedoch mahnt *Fastrich* auch zur Zurückhaltung bei Einschränkungen der Wirksamkeit privatautonomer Vereinbarungen. Er sieht die Gefahr, durch eine zu weitgehende Kontrolle das Bewusstsein für die prinzipielle Wirksamkeit privatrechtlicher Verträge über Gebühr zu mindern.¹¹¹¹ Auch drohe eine Verletzung der Vertragsfreiheit des überlegenen Teils, wenn die Vertragsbedingungen zu seinem Nachteil angepasst würden.¹¹¹² Wohl deswegen verlangt *Fastrich* ein über den Einzelfall hinausgehendes generelles Versagen der Ordnungsfunktion in einem abgrenzbaren Teilbereich der Rechts-

1108 Als Fallgruppen dafür führt er die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit und die auf der Komplexität des vorgelegten Bedingungswerkes beruhenden Verhandlungsunterlegenheit an (RdA 1997, 65 (69)).

1109 Vgl. *Fastrich*, RdA 1997, 65 (69). Beispielhaft rechtfertigt *Fastrich* unter Rückgriff auf diese Fallgruppe die Inhaltskontrolle im Bereich der Publikumspersonengesellschaften. Anleger zeichnen sich jedoch gerade dadurch aus, dass sie überschüssige Finanzmittel haben, womit sie nicht zu den sozial Schutzbedürftigen zählen.

1110 Vgl. unten, S. 346. Gegen diesen Ansatz wendet sich *Fastrich* ausdrücklich in RdA 1997, 65 (67).

1111 *Fastrich*, RdA 1997, 65 (69). So auch *Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1229); *Wiedemann*, JZ 1994, 411 (412).

1112 *Fastrich*, RdA 1997, 65 (68). *Schlechtriem*, 40 Jahre GG, S. 48 f., fordert äußerste Zurückhaltung bereits bei der Anwendung von Verfassungsrecht im Zivilrecht. Dass dies nicht erforderlich sei, sei an der parallelen Entwicklung in Rechtsordnungen, in denen die Verfassung keine derartigen Vorgaben enthalte, zu sehen. Ausreichend sei die schlichte Anwendung des Zivilrechts, einschließlich der Möglichkeit zu Analogieschlüssen.

ordnung.¹¹¹³ Dieses Kriterium ähnelt dem des BVerfG, das die Typisierbarkeit der strukturellen Unterlegenheit verlangt.¹¹¹⁴

c) Moralverstoß

Beschränkt auf die Bürgschaftsfälle bietet *Gernhuber* einen weiteren Ansatzpunkt. Er führt die Unwirksamkeit von existenzgefährdenden Bürgschaften naher Angehöriger auf deren Verstoß gegen die Moral zurück. Es sei unanständig, zur Erlangung eines Kredits den möglichen Ruin eines Angehörigen in Kauf zu nehmen. An diese Wertung habe sich auch das Kreditinstitut zu halten.¹¹¹⁵ Ergänzend führt *Gernhuber* den verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 I GG) an. Eine direkte Ableitung seiner These aus Art. 6 I GG nimmt er jedoch nicht vor. Dies dürfte auch schwerlich gelingen, ist doch durch die Übernahme der Bürgschaft nicht die Familie betroffen, sondern nur das Vermögen des bürgenden Angehörigen. Somit verbleibt allein die moralische Wertung als Grundlage eines Eingriffs. Schon *Gernhuber* gesteht allerdings ein, dass deren Grenze – soll sie sich auf die Moralvorstellungen der Mehrheit stützen – schwer zu ermitteln und zu belegen ist.¹¹¹⁶ Zudem würde die Einschränkung der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit durch außerrechtliche Wertvorstellungen einen hohen Begründungsdruck auslösen. Sollten sich derartige Wertungen tatsächlich feststellen lassen, haben sie ihren Ort in dem dafür geschaffenen Rechtsbegriff der guten Sitten im Rahmen des § 138 BGB. Verfassungsrechtliche Relevanz erlangt die Moral hingegen nicht.

d) Abwägung der Inhaltsfreiheit mit der Abschlussfreiheit

Als Gegenpol für eine Abwägung mit der Inhaltsfreiheit kommt die Abschlussfreiheit als selbstständiger Bestandteil der Vertragsfreiheit in Betracht. Dafür finden sich im Zivilrecht verschiedene Beispiele, bei denen

1113 *Fastrich*, RdA 1997, 65 (71); *ders.*, Inhaltskontrolle, S. 56.

1114 Vgl. oben, S. 331.

1115 *Gernhuber*, JZ 1995, 1086 (1094).

1116 *Gernhuber*, JZ 1995, 1086 (1094).

der Schutz der Abschlussfreiheit im Vordergrund steht: Je stärker deren Beeinträchtigung ist, umso weniger Bedeutung kommt der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit der Gegenseite noch zu.

Eine der stärksten Formen der Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit ist die Androhung von rechtswidrigem Verhalten für den Fall eines Unterlassens des Vertragsschlusses. § 123 I Alt. 2 BGB knüpft daran die Möglichkeit, sich mittels Anfechtung von dem Vertrag zu lösen. Die Interessen der Gegenseite müssen aufgrund des verwerflichen Verhaltens hinter den Interessen des Bedrohten zurücktreten. Allerdings tritt die Rechtsfolge – vollständige Nichtigkeit des Vertrages ohne Kompensation für den Drohenden – nicht automatisch ein, sondern erst nach einseitiger Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten. Dadurch erhält dieser die zusätzliche Möglichkeit, den geschlossenen Vertrag gelten zu lassen, womit der Zivilgesetzgeber dem Umstand Rechnung trägt, dass allein seine Interessen beeinträchtigt wurden, so dass es auch seiner Entscheidung anheim gestellt werden kann, ob die ursprünglich unerwünschten Rechtsfolgen rechtlich verbindlich bleiben sollen.

Die gleichen Rechtsfolgen knüpft § 123 I Alt. 1 BGB an die ebenfalls starke, wenngleich mangels Willensbeugung nur mittelbare Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit durch arglistige Täuschung. Der Getäuschte will den Vertrag zwar abschließen, allerdings nur, weil er sich über maßgebliche Umstände irrt. Durch den arglistigen Eingriff des Täuschenden wird die Grundlage für die Ausübung der Abschlussfreiheit beseitigt.

Bei der Abwägung der Stellenwerte von Inhalts- und Abschlussfreiheit dominiert somit regelmäßig die Abschlussfreiheit: Eine unbeeinträchtigte Abschlussfreiheit führt zur Wahrung der Vertragsfreiheit insgesamt. Dies stimmt mit der Überlegung überein, dass allein die Vorlage eines unausgewogenen und nicht verhandelbaren Vertragsentwurfes noch keine Belastung des potentiellen Vertragspartners erzeugt. Erst der Zwang zum Abschluss des inhaltlich abgelehnten Vertrages kann eine Fremdbestimmung verursachen.

Auch *Zöllner* sieht die Festlegung des Vertragsinhalts durch den Vertragspartner nicht als hinreichend für die Vornahme einer gerichtlichen Kontrolle oder Korrektur an. Er hält das Vorliegen von Zwang für erforderlich.¹¹¹⁷ Allerdings ist nach *Zöllner* nicht nur jener Zwang rechtlich erheblich, der aus einer unausweichlichen Notwendigkeit zum Abschluss des Vertrages rührt. Relevant soll auch sein, wenn ein Vertragsschließender durch einen Verzicht auf den Vertragsschluss in seiner persönlichen oder wirtschaftlichen Existenz entscheidend berührt werde. Wenn gleichzeitig eine unausgewogene Marktstruktur einen vertraglichen Interessenausgleich hindert, kommt für *Zöllner* eine Korrektur vertraglicher Absprachen, insbesondere von Dauerschuldverhältnissen, in Betracht.¹¹¹⁸ Bei den Bürgschaftsentscheidungen des BVerfG sieht er diese Voraussetzungen nicht als erfüllt an.¹¹¹⁹ *Zöllner* ist zuzugeben, dass das Vorliegen von Zwang zu einer Einschränkung der Abschlussfreiheit führt und somit eine Beschneidung der Inhaltsfreiheit des anderen Teils rechtfertigt. Auch ist bei fehlender Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit allein aus der Kollision der Inhaltsfreiheiten keine Rechtfertigung für eine Beschränkung zu entnehmen. Allerdings ist damit noch nicht dargelegt, dass eine Einschränkung der Vertragsfreiheit nicht auch aus anderen Erwägungen folgen kann.

Im Falle nicht durch arglistige Täuschung bedingter Irrtümer kommt den Interessen des Vertragspartners ein höherer Stellenwert zu, der sich in der Entschädigungspflicht des § 122 BGB niederschlägt. Auch im Übrigen genügt nicht jede Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit. So stellt das Wucherverbot des § 138 II BGB verhältnismäßig hohe Anforderungen an die Unterlegenheit des Bewucherten. Sind diese nicht erfüllt, setzt sich die Inhaltsfreiheit des Begünstigten gegenüber einer möglicherweise in geringerem Umfang beeinträchtigten Abschlussfreiheit des durch den Vertrag Benachteiligten durch. Dies gilt in ähnlichem Maße für wucherähnliche Rechtsgeschäfte, die nach § 138 I BGB nichtig sind und mit einer mittelbaren Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit einhergehen.¹¹²⁰

1117 *Zöllner*, AcP 1996, 1 (30 ff.).

1118 *Zöllner*, AcP 1996, 1 (33 f.).

1119 *Zöllner*, AcP 1996, 1 (36).

1120 Bei wucherähnlichen Rechtsgeschäften sind die Anforderungen des § 138 II BGB nicht

Stammt die Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit nicht aus der Sphäre des vom Vertrag Begünstigten, fordert der Schutz seiner Inhaltsfreiheit entweder eine Zurechnung des Abschlusszwangs oder eine Kompensation für den Schutz des unterlegenen Teils. Die geringste Anforderung an eine Zurechnung besteht in der Kenntnis von der Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit. Eine höhere Hürde verlangt man mit der bewussten Ausnutzung derselben.¹¹²¹ Auf eine Zurechnung der zum Abschluss der Verträge drängenden Umstände zur begünstigten Partei geht das BVerfG weder in der Handelsvertreter-, noch in den Bürgschaftsentscheidungen ein.¹¹²² Erörterungsbedürftig wäre gewesen, ob bereits die bloße Kenntnis genügt oder weitere Umstände erforderlich sind (z.B. eine Beeinflussung der Bereitschaft zum Abschluss des Vertrages, wie es durch eine Verharmlosung der Bedeutung der Bürgschaft in einem Fall erfolgte).

e) Abwägung der Inhaltsfreiheit mit anderen Werten

Die Inhaltsfreiheit wird durch zivilrechtliche Vorschriften auch aus anderen Gründen als einer Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit der Gegenseite begrenzt. Beispiele dafür sind sowohl §§ 134, 138 I BGB¹¹²³ als auch

erfüllt, jedoch treten an die Stelle des nicht erfüllten Wuchermerkmals andere Umstände (Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 34). Dies sind regelmäßig subjektive Umstände, die der wucherähnlich Handelnde erfüllt, z.B. dessen verwerfliche Gesinnung. In diesem Fall wird die Abschlussfreiheit des durch den Vertrag objektiv Benachteiligten nicht in Folge eines eigenen Defektes beeinträchtigt, sondern erst durch die Unredlichkeit des Vertragspartners, dessen Motive bei Offenlegung einen Vertragsschluss verhindert hätten. Es besteht insoweit eine Vergleichbarkeit zur Situation des § 123 I Alt. 1 BGB.

1121 Je nach Schwere und Art der Beeinträchtigung, der inhaltlichen Gestaltung und dem Grad der Einseitigkeit bei der Durchsetzung können beide Zurechnungsvoraussetzungen ihre Berechtigung haben. Die Möglichkeit einer Kompensation weist § 122 BGB. Hingegen verlangt § 123 II 1 BGB Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis.

1122 Von einer Kenntnis der Bedürfnisse des Handelsvertreters bzw. der Bürgen durch den Unternehmer bzw. die Angestellten der Kreditinstitute wird man nach den gegebenen Sachverhalten allerdings auszugehen haben.

1123 Die Nichtigkeit eines Vertrages wegen eines Verstoßes gegen § 134 BGB schützt die Interessen der Allgemeinheit oder des durch das Verbotsgesetz geschützten Personenkreises. Bei § 138 I BGB werden die Interessen der Allgemeinheit und bei Vertragsschluss nicht beteiligter Dritter insbesondere durch das Verbot von Verträgen zum Nachteil Dritter oder der Allgemeinheit geschützt (siehe dazu Palandt/*Heinrichs*, § 138, Rn. 40 ff.).

§§ 305 ff. BGB.¹¹²⁴ Durch die Verwendung von AGB wird regelmäßig nicht die Abschlussfreiheit des Vertragspartners des AGB-Verwenders, sondern nur dessen Inhaltsfreiheit beeinträchtigt.¹¹²⁵ Im Vergleich zu den auf stärkere Beeinträchtigungen zurückgehenden §§ 119, 120, 123, 134, 138 BGB übt der Staat folgerichtig auf zweierlei Weise Zurückhaltung gegenüber der ausgeübten Vertragsfreiheit der Parteien: Zum einen mit einer Begrenzung der Rechtsfolge auf die Ersetzung nicht gebilligter Klauseln durch das von ihnen abbedungene Recht anstelle einer Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung. Zum anderen durch die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle auf Nebenabreden – und zwar nur solche, die eine zuvor vom Gesetzgeber getroffene Wertung abändern –, unter Auslassung der essentialia des Vertrages. Bei einem Vergleich zur gerichtlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist zudem zu beachten, dass diese auf verfassungsrechtlich nicht beanstandetem Zivilrecht¹¹²⁶ beruht, es jedoch keine verfassungsgerichtliche Vorgabe zur Ein- oder Durchführung der Kontrolle gab.¹¹²⁷

1124 Die AGB-Kontrolle verfolgt verschiedene Schutzzwecke: Schutz des Vertragspartners des Verwenders vor einer einseitigen Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit (*Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, Rn. 29), Ausgleich nicht funktionierenden Wettbewerbs (*MüKo BGB/Basedow*, Einl. AGBG, Rn. 5 f.), Wahrung der sozialstaatlichen Ordnung (*Palandt/Heinrichs*, vor § 305, Rn. 7).

1125 Die Abschlussfreiheit wird durch die Einbeziehungskontrolle gewahrt. AGB müssen als Vertragsbestandteil Gegenstand der Einigung der Vertragsparteien sein. Daher muss der Verwender gem. § 305 II BGB auf ihre Einbeziehung hinweisen und sein Vertragspartner muss mit der Geltung einverstanden sein. Die Beeinträchtigung der Inhaltsfreiheit folgt aus der fehlenden Verhandlungsmacht des Vertragspartners. Zumindest bei Vertragsschlüssen zwischen Verbrauchern und Unternehmern dürfte es dem Verbraucher in der Regel nicht gelingen, über die Einbeziehung und Ausgestaltung der vom Unternehmer gestellten AGB ernsthaft zu verhandeln. Insbesondere zwischen Kaufleuten kann dies durchaus abweichend zu beurteilen sein, so dass keine Beeinträchtigung der Inhaltsfreiheit vorliegt. Dass die AGB-Kontrolle qua gesetzlicher Anordnung dennoch durchzuführen ist, zeugt vom Vorliegen verschiedener Schutzzwecke (vgl. Fn. 1124).

1126 Heute auf §§ 305-310 BGB, zuvor auf dem AGBG. Vor Erlass des AGBG wandte die Rechtsprechung §§ 242, 315 BGB an, ohne dass dies verfassungsgerichtlich beanstandet wurde.

1127 *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 80, weist zutreffend darauf hin, dass die Durchführung der AGB-Kontrolle auf der Linie des BVerfG liegt. Dies ergibt sich daraus, dass bei Verwendung von AGB eine deutlich abgrenzbare Fallgestaltung vorliegt, die als strukturelle Unterlegenheit i.S.d. verfassungsgerichtlichen Äußerungen betrachtet werden kann, nämlich die einseitige Vorformulierung und die Verweigerung oder das schlichte Fehlen eines Aushandelns der Vertragsbedingungen. Insoweit kann vermutet werden,

Die §§ 305 ff. BGB stellen eine gesetzliche Anordnung einer Inhaltskontrolle dar, die mit der vom BVerfG geforderten jedoch nicht zwingend deckungsgleich sein muss, da das BVerfG argumentativ auf die Gesamtnichtigkeit beanstandeter Verträge zielt, während AGB nur teilunwirksam sind. Neben diesem Unterschied beruht die gesetzliche Anordnung auf verschiedenen Überlegungen, deren Übertragbarkeit auf Konstellationen, in denen eine Unterlegenheit aus nicht marktorientierten Gründen vorliegt, nicht unmittelbar einsichtig ist. Allerdings zeigt das Beispiel der AGB-Kontrolle, dass sich eine – wenngleich nur einfachrechtlich normierte – Pflicht zur staatlichen Kontrolle des Inhalts einer privatrechtlichen Vereinbarung durchaus aus der Vertragsfreiheit entgegenstehenden Überlegungen ergeben kann. Darüber hinaus bestehen unter §§ 134, 138 I BGB fallende Grenzen für die inhaltliche Gestaltung eines Vertrages, die letztlich ebenfalls auf verfassungsrechtliche Wertungen zurückzuführen sind.

1.2.5. Kritik an den Kriterien des BVerfG

Nicht nur die Begründung des BVerfG ist auf Kritik¹¹²⁸ gestoßen, auch die von ihm erarbeiteten Kriterien¹¹²⁹ wurden einer kritischen Würdigung unterzogen.

Moniert wurde zum einen die Unbestimmtheit aller Kriterien, die sich dadurch einer Subsumtion entzögen.¹¹³⁰ Zum anderen wurde dem BVerfG eine Vereinfachung des zivilrechtlichen Meinungsstands vorgeworfen.¹¹³¹

dass das BVerfG eine Verpflichtung zur Inhaltskontrolle aufstellen würde, sollten die Zivilgerichte bei fehlender spezialgesetzlicher Regelung deren Durchführung ablehnen.

1128 Siehe Nachweise in Fn. 1090 (S. 340).

1129 Siehe oben, S. 331.

1130 *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2468); *Loritz*, DNotZ 1994, 543 (544); *Schapp*, ZBB 1990, 30 (35 f.); *Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1227); *Wellenhofer-Klein*, ZIP 1997, 774 (775), will die Kriterien des BVerfG durch das Merkmal der „existentiellen Abhängigkeit“ ersetzen; *Zöllner*, AcP 1996, 1 (35). *Frey*, WM 1996, 1612 (1614), wandte dagegen ein, es sei nicht Aufgabe des BVerfG, zivilrechtliche Tatbestandsmerkmale zu entwickeln.

1131 Der Meinungsstand sei keinesfalls so konsolidiert, wie das BVerfG es darstelle. *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2468), und *Schapp*, ZBB 1990, 30 (34 f.), führten die Grundlage der Entscheidungen des BVerfG auf *Schmidt-Rimpler*, *Wolf* und *Preis* zurück. Vgl. Nachweise aaO. Während *Schapp* lediglich auf die Herkunft verweist, sieht *Adomeit* darin eine Anlehnung an die 68er-Bewegung, den Marxismus und auf den Nationalsozialismus ausgerichteten Theorien. Dagegen *Rittner*, NJW 1994, 3330.

Schließlich stießen die Kriterien im Einzelnen überwiegend auf Widerstand des Schrifttums.

Gegen den Ansatz des BVerfG, nach dem die Unterlegenheit Voraussetzung einer gerichtlichen Inhaltskontrolle ist, wurde eingewandt, dass das Zivilrecht eine gleiche Verhandlungsstärke beider Vertragspartner nicht zur Voraussetzung erkläre.¹¹³² Dies sei auch nicht denkbar. Die Unterlegenheit eines Verhandlungspartners könne sich – wolle man sie tatsächlich ermitteln – aus verschiedenen Kriterien ergeben. So müsste nicht nur die wirtschaftliche, sondern z.B. auch die intellektuelle Leistungsfähigkeit betrachtet werden.¹¹³³ Dies sei in der Vertragspraxis nicht zu leisten, weil von den vertragsschließenden Parteien nicht zu ermitteln und vom Gericht nicht zu beurteilen.¹¹³⁴ Überdies würde eine solche Forderung dazu führen, dass der Großteil der Verträge einer Inhaltskontrolle unterzogen werden müsste, würden doch die meisten zwischen einander nicht ebenbürtigen Parteien geschlossen. Die Forderung des BVerfG sei vor diesem Hintergrund geradezu utopisch.¹¹³⁵

Soweit das BVerfG eine *strukturelle* Unterlegenheit und eine Typisierbarkeit verlange, sei dies einer Konkretisierung nicht zugänglich. Anstelle einer Generalisierung sei stets eine Einzelfallprüfung erforderlich.¹¹³⁶ Die Vorgehensweise, bestimmte Vertragstypen als Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle festzulegen, fand immerhin teilweise Zustimmung, stieß aber auch auf Ablehnung.¹¹³⁷ Betont wurde auch das Fehlen eines

1132 Schapp, ZBB 1990, 30 (35).

1133 Adomeit, NJW 1994, 2467 (2468); Grunsky, Vertragsfreiheit, S. 12 ff.; Schapp, ZBB 1990, 30 (35).

1134 Schapp, ZBB 1990, 30 (35 f.); Spieß, DVBl. 1994, 1222 (1227 f.).

1135 Schapp, ZBB 1990, 30 (35).

1136 Schapp, ZBB 1990, 30 (38); Spieß, DVBl. 1994, 1222 (1227). Andere stehen einer Einzelfallprüfung ablehnend gegenüber: Wellenhofer-Klein, ZIP 1997, 774 (780), wegen der damit einhergehenden Beeinträchtigung der Rechtssicherheit; Wiedemann, JZ 1994, 411 (413), will die Kontrolle auf den Inhalt des Vertrages beschränkt halten und insoweit von einer Prüfung der individuellen Umstände des Vertragsschlusses absehen.

1137 Gegen die pauschale Anwendung auf Bürgschaftsverträge sprechen sich aus: Frey, WM 1996, 1612 (1614 f.); Schapp, ZBB 1990, 30 (38); Spieß, DVBl. 1994, 1222 (1228), wegen des Nichtvorhandenseins eines typischen Verbrauchers. Wiedemann, JZ 1994, 411 (413), anerkennt zwar die Existenz typischer Ungleichgewichtslagen, fordert darüber hinaus jedoch Einzelfallprüfungen.

zwingenden Zusammenhangs zwischen einer bestehenden Unterlegenheit und der Unangemessenheit der Regelung, da die Unterlegenheit regelmäßig durch Marktmechanismen, insbesondere den Wettbewerb zwischen Unternehmern, kompensiert werde.¹¹³⁸ Ein Schluss von einer strukturellen Unterlegenheit auf eine Fremdbestimmung sei deswegen unzulässig.

Die vom BVerfG geforderte ungewöhnliche Belastung sei gerade in den entschiedenen Fällen der Bürgschaft kaum zu ermitteln,¹¹³⁹ wenn auch tendenziell ein brauchbares Merkmal.¹¹⁴⁰ Allerdings könne sich aus der Verfassung kein genereller Schutz vor einem wirtschaftlichen Ruin ergeben, da diese Möglichkeit der finanziellen Betätigung immanent sei.¹¹⁴¹ Es müsse stattdessen auf das Vorliegen eines Marktversagens abgestellt werden.¹¹⁴²

Schapp weist darauf hin, dass das BVerfG, indem es die Generalklauseln §§ 138, 242 BGB auf ein gemeinsames Prinzip zurückgeführt habe, eine nicht weiterführende Abstraktion vorgenommen habe, da sich auch weiterhin allenfalls einzelne Fallgruppen beider Normen auf das vom BVerfG erkannte Prinzip der Fremdbestimmung zurückführen ließen.¹¹⁴³

Der Literatur ist es gelungen, zahlreiche Mängel in der Argumentation des BVerfG aufzuzeigen. Verdienstvoll ist vor allem der Hinweis auf die Unzulässigkeit, von einem Gefälle zwischen den Verhandlungspositionen der Vertragsparteien auf die Unausgewogenheit der Vereinbarung zu schließen. Ein solcher Schluss ist nur dann zulässig, wenn zugleich das Versagen der regelmäßig greifenden Kontroll- und Kompensationsmechanismen und das Ausnutzen dieses Versagens nachgewiesen wird. Dieses Erfordernis steht in einem latenten Spannungsverhältnis zu der vom BVerfG geforderten Typisierbarkeit. Auf eine solche kann gleichwohl nicht ohne Weiteres verzichtet werden, da sich die Entscheidungen ohne ein abstrahierendes

1138 *Grunsky*, Vertragsfreiheit, S. 12 ff.; *Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1228); *Zöllner*, AcP 1996, 1 (33).

1139 *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2468).

1140 *Frey*, WM 1996, 1612 (1614); wohl auch *Wellenhofer-Klein*, ZIP 1997, 774 (780 f.).

1141 *Loritz*, DNotZ 1994, 543 (545); *Wiedemann*, JZ 1994, 411 (413).

1142 *Grunsky*, Vertragsfreiheit, S. 14 f., 16.

1143 ZBB 1990, 30 (36 ff.).

Element auf die bloße Forderung nach einer Einzelfallbetrachtung jedes Vertragsschlusses beschränkten. Da eine solche dem Zivilrecht ohnehin immanent ist, wäre durch die Entscheidungen des BVerfG nichts gewonnen.

Bei aller Unschärfe der Kriterien und allem ihnen innewohnenden Konkretisierungsbedarf, kann doch nicht verkannt werden, dass schon aus ihrem Zusammenspiel eine Korrektur folgt, die wesentliche Forderungen der Literatur umsetzt. So ist vor allem die aus der Unterlegenheit folgende Fremdbestimmung zwar Ausgangspunkt des BVerfG, jedoch ist Voraussetzung für ein Eingreifen der Zivilgerichte zusätzlich eine ungewöhnliche Belastung durch den Vertragsinhalt. Diese kann wiederum als Teil eines Nachweises für das Ausnutzen des Versagens der Marktmechanismen verstanden werden. Jenes Versagen kann darüber hinaus Bestandteil der geforderten Typisierung sein. In der Typisierbarkeit der Fallgestaltung kann zudem die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit berücksichtigt werden.

Die auftretenden Schwierigkeiten bei der Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Erkenntnisse und Vorgaben in zivilrechtliche Strukturen und Tatbestandsmerkmale können indes nicht ausschließlich – wie vielfach geschehen –¹¹⁴⁴ dem BVerfG angelastet werden. Aufgabe des BVerfG ist lediglich die Auslegung der Verfassung, nicht jedoch die Entwicklung zivilrechtlicher Tatbestandsmerkmale.¹¹⁴⁵ Aus diesem Grund hat das BVerfG schon den normativen Aufhänger einer Umsetzung ins Zivilrecht offen gelassen, wenngleich es die §§ 138 und 242 BGB besonders hervorgehoben hat und seine Argumentation auf § 138 I BGB zu zielen scheint. Die konkrete Umsetzung bleibt Aufgabe der Zivilgerichte, welche die zentralen Wertungen des BVerfG und nicht den Wortlaut der entwickelten Kriterien unter Tatbestandsmerkmale zivilrechtlicher Normen zu subsumieren haben.

1144 Vgl. Nachweise in Fn. 1130 (S. 349).

1145 Kritisch dazu: *Adam*, BWNNotZ 2006, 29 (30), der die Entscheidung des BVerfG für falsch erachtet, sollte eine Übertragung in zivilrechtliche Tatbestandsmerkmale nicht möglich sein. Den Beweis für die Unmöglichkeit einer Übertragung bleibt er jedoch schuldig. Darüber hinaus ist die Aussage vor dem Hintergrund des Vorrangs des Verfassungsrechts überaus fragwürdig.

1.2.6. Fazit zu den früheren Forderungen des BVerfG nach einer zivilrechtlichen Inhaltskontrolle

Auf den ersten Blick stellen sich die Entscheidungen des BVerfG als einschneidende Neuerung dar. Allerdings vermag die im Schwerpunkt gegebene Begründung das Ergebnis nicht zu tragen. Wird dieses hingegen auf andere, teilweise in den Entscheidungen bereits angedeutete oder angesprochene Begründungen gestützt, relativiert sich zugleich der revolutionäre Gehalt. Die Entscheidungen harmonisieren dann mit einer Reihe zuvor erlassener Entscheidungen, die auf eine breite Anerkennung gestoßen sind. Unter diesem Blickwinkel wären sie eigentlich nicht erforderlich gewesen, hätte der BGH sich zu einer etwas beherzteren Anwendung des Zivilrechts durchringen können. Wesentliche neue Elemente werden diesem durch die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nicht hinzugefügt. Die maßgeblichen Wertungen waren vielmehr bereits bekannt, die notwendigen Mittel zur Erreichung sachangemessener Ergebnisse entwickelt. Ein solches Vorgehen hätte die Unsicherheit um die Bedeutung und Reichweite der verfassungsrechtlichen Ausstrahlung, die von vielen als Einmischung empfunden wurde, verhindert. Durch das Unterlassen wurde die Zivilrechtsprechung vor die zusätzliche Aufgabe gestellt, bei der Entwicklung der erforderlichen Tatbestandsmerkmale und Abgrenzungen auf die verfassungsgerichtliche Terminologie einzugehen, obwohl eine direkte Übertragung der Vorgaben des BVerfG nicht möglich war.

1.3. Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BVerfG zur zivilrechtlichen Inhaltskontrolle auf Ehevereinbarungen

Nachdem die verfassungsgerichtlichen Grundsätze im Bürgschaftsrecht in die Zivilrechtsprechung übernommen worden waren und sich dort als Fallgruppe des § 138 I BGB etabliert hatten, wurde das BVerfG einige Zeit später mit der Frage konfrontiert, ob und inwieweit sich die Grundsätze ins Ehevertragsrecht übertragen lassen. Wie gesehen, lehnte die Zivilrechtsprechung eine Vergleichbarkeit der Situation und somit eine Übertragbarkeit

der Vorgaben ab. Sie wurde darin von der h.L. unterstützt.¹¹⁴⁶ Die Begründung des BVerfG für die dennoch vorgenommene Übertragung soll einer näheren Untersuchung unterzogen werden.

1.3.1. Tatsächliche Übertragung durch das BVerfG

Ungeachtet aller Kritik des Schrifttums an den Bürgschaftsentscheidungen übertrug das BVerfG in den bereits oben dargestellten Entscheidungen¹¹⁴⁷ seine Rechtsprechung auf Ehevereinbarungen. Die in den Bürgschaftsentscheidungen vorgenommenen Wertungen ergänzte es durch weitere verfassungsrechtliche Gesichtspunkte. Zunächst folgerte es aus Art. 6 I GG einen weitergehenden Schutz für Vereinbarungen über den Innenraum der ehelichen Gemeinschaft, schränkte diesen jedoch gleichzeitig unter Berufung auf Art. 3 II, 6 IV und 6 II GG ein. Ehegatten stehe es nicht frei, sich mittels Ehevereinbarung über die verfassungsrechtlichen Wertungen der Gleichberechtigung von Mann und Frau, sowie des Schutzes der (werdenden) Mutter und des Kindeswohls hinwegzusetzen. Eine Erweiterung der (Ehe-) Vertragsfreiheit wegen des Schutzes der Eheschließungsfreiheit lehnte das BVerfG ab.

Die Unterlegenheit der vom Vertrag benachteiligten Partei führte das BVerfG deutlich detaillierter aus als in den Bürgschaftsentscheidungen. Dabei beschränkte es sich freilich im Wesentlichen auf die den Entscheidungen zugrunde liegende Situation unverheirateter Schwangerer, die das Gericht als besonders schutzbedürftig vor dem Abschluss nachteiliger Verträge ansah. Zur Darlegung der besonderen Zwangssituation unverheirateter Schwangerer führte das BVerfG zahlreiche empirische Erwägungen an. Mit solchen begründete es auch die Unzulässigkeit von nicht am Kindeswohl orientierten Vereinbarungen über den Kindesunterhalt. Hingegen wertete es ein in einer Ehevereinbarung enthaltenes Eheversprechen aufgrund einer rein normativen Betrachtung als für beide Parteien neutral.

¹¹⁴⁶ *Coester-Waltjen*, FS BGH, 985; *Gerber*, FS BGH, 49 (53), *Grziwotz*, MDR 1998, 1327; *ders.*, FamRZ 1997, 585; *Langenfeld*, FS Schippel, 251; *Staudinger/Rehme*, § 1408, Rn. 74 ff. A.A. *Büttner*, FamRZ 1998, 1; *Dethloff*, JZ 1997, 414; *Schwenzer*, AcP 1996, 88.

¹¹⁴⁷ Siehe S. 93 ff.

1.3.2. Schlüssigkeit der Argumentation des BVerfG zur Übertragung

Auf der Grundlage seiner Bürgschaftsrechtsprechung steht für das BVerfG die prinzipielle Übertragbarkeit der Grundsätze auf Ehevereinbarungen nicht in Frage.¹¹⁴⁸ Ergibt sich bereits aus den kollidierenden Vertragsfreiheiten der Parteien deren jeweilige Beschränkung, muss dies auch im Ehevertragsrecht gelten, sofern sich nicht aus den speziell für die Ehe geltenden Grundrechten etwas anderes ergibt. Indem das BVerfG die durch Art. 6 I GG geschützte Freiheit der Ehegatten, ihre Ehe gerade mittels Ehevereinbarungen zu gestalten, betont, scheint es zunächst so, als ob das BVerfG tatsächlich einen höheren verfassungsrechtlichen Freiraum für die Vertragsfreiheit im Ehevertragsrecht annehmen will. Allerdings wird aus der vermeintlichen Erweiterung in der Zusammenschau mit Art. 3 II, 6 IV GG sogar eine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit. Unabhängig von einer Ungleichgewichtslage zwischen den Verhandlungspartnern sind Ehegatten demnach an die verfassungsmäßig verordnete Struktur der Ehe und des zwi- schengeschlechtlichen Verhältnisses gebunden.

Vor einem näheren Blick auf die Ableitungen aus den zusätzlichen Gesichtspunkten (c), soll die Vergleichbarkeit der Situation zwischen den (künftigen) Ehegatten und den Bürgen bzw. Handelsvertretern beleuchtet (a) und auf die Argumente zur Übertragung der bekannten Kriterien eingegangen werden (b).

a) Vergleich der Situationen von Ehegatten und Bürgen

Die vom BVerfG erkannte Verhandlungsunterlegenheit ergibt sich in den Fallgruppen der früheren Entscheidungen deutlicher. Handelsvertreter und Bürge haben in den an ökonomischen Gesichtspunkten orientierten Verhandlungen weniger Marktmacht als ihre Verhandlungspartner und können aus diesem Grunde auf die Bedingungen des Vertrages keinen Einfluss ausüben. Sie befinden sich in einer mit dem Schlagwort „take-it-or-leave-it“ bezeichneten Situation. Bei Verlobten ist die Situation

1148 Zustimmend: *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (9).

zumindest im ersten Zugriff eine andere: Es stehen sich zwei gleichberechtigte Partner gegenüber, die ein gemeinsames Projekt anstreben. Eine grundsätzlich überlegene Stellung ergibt sich für keinen von beiden aus seiner Marktposition, da die Ehe als personengebundenes Rechtsgeschäft nicht an Marktprinzipien orientiert ist.¹¹⁴⁹ Anders als zumindest im Bereich der Bürgschaften ist das zu verhandelnde Rechtsgeschäft nicht für eine Partei ein Massengeschäft, in dem der einzelne Vertragsschluss nur eine sehr geringe Bedeutung hat, während die andere Partei ein überragendes Interesse am Vertragsschluss hat. Vielmehr handelt es sich bei der mit dem Vertrag vorbereiteten Ehe für beide Seiten um einen gleich bedeutsamen Schritt.

Eine Unterlegenheit kann sich erst dann ergeben, wenn die Eheschließung für eine Partei keine oder nur geringe Bedeutung hat, während die andere sie mit Nachdruck anstrebt.¹¹⁵⁰ Unter dieser Prämisse kann auch für die vorsorgende Ehevereinbarung eine „take-it-or-leave-it-Situation“ aufgebaut werden, wenn die Bereitschaft zur Eheschließung mit dem Abschluss einer inhaltlich festgelegten Ehevereinbarung verknüpft wird. Derartige Konstellationen hat das BVerfG in seinen Entscheidungen angenommen. An die Stelle des ungleichen Bestrebens, die Ehe einzugehen, tritt bei während der Ehe abgeschlossenen Vereinbarungen das Bestreben, die Ehe fortzuführen, kombiniert mit einer Verknüpfung zwischen dem Nichteinreichen eines Scheidungsantrags und dem Abschluss einer inhaltlich festgelegten Ehevereinbarung.

Die Notwendigkeit von Einschränkungen ist indes kein grundlegender Unterschied. Auch die Unterlegenheit der Bürgen konnte nicht allein aus der Rollenverteilung abgeleitet werden, ohne zusätzliche Umstände zu berücksichtigen. Gleiches gilt bei Ehevereinbarungen. Insbesondere gilt es für den besonderen Umstand der Schwangerschaft, der vom BVerfG beinahe schon als Rolle gewertet wird. Allein aus einer Schwangerschaft,

1149 So auch *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1519).

1150 Hingegen will *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1519), wegen der fehlenden Marktorientierung der Verlobten die Imparitätsrechtsprechung nicht auf Ehevereinbarungen übertragen, sondern stattdessen ein nicht an der Privatautonomie orientiertes Ehevertragsrecht entwickeln.

ohne Hinzutreten weiterer Umstände, ergibt sich keine Unterlegenheit gegenüber dem Vertragspartner.

Gemeinsam ist Bürgen und künftigen Ehegatten, dass sie nicht allein aus ökonomischen Gründen handeln. Allerdings ist der Hauptantrieb des Bürgen das altruistische Verhalten zugunsten seiner Angehörigen, während die Ehegatten zumindest die Eheschließung aus emotionalen Gründen anstreben. Bei Abschluss der Ehevereinbarung stehen, soweit gesetzliche Regelungen zum Schutz des Partners abbedungen werden, nicht altruistische, sondern egoistische Motive im Vordergrund, die wenigstens teilweise durchaus von einer rationalen, ökonomischen Betrachtungsweise getragen werden.¹¹⁵¹ Allerdings attestiert das BVerfG insbesondere Schwangeren auch altruistische Motive zugunsten des ungeborenen Kindes. Diese beziehen sich, zumindest in den hier relevanten Konstellationen, nicht auf den Abschluss der Ehevereinbarung, sondern auf die davon abhängige Eheschließung. Der entscheidende Unterschied zwischen den Motiven des Bürgen und jenen der Schwangeren dürfte dennoch darin bestehen, dass es der Schwangeren maßgeblich um ihre persönliche Zukunft geht, so dass ihre Motivation regelmäßig stärker sein dürfte, als die eines Bürgen, der lediglich einen – wenngleich im Einzelfall eventuell wichtigen – Gefallen leisten will. Daraus dürfte – stets die Ungleichheit der Motivationslage zwischen den künftigen Ehepartnern vorausgesetzt – eine Verstärkung der Ungleichgewichtslage folgen.

Gemeinsam ist beiden Situationen ferner, dass die unterlegene Partei nicht vor aktuellen Nachteilen, sondern vor potentiellen zukünftigen Nachteilen geschützt werden soll. Weder der Bürge noch der Heiratswillige kann absehen, ob die zukünftige Entwicklung zu finanziellen Nachteilen führen wird. Die Verwirklichung der Risiken hängt im ersten Fall von der Vermögensentwicklung des Hauptschuldners ab, im letzteren von der Entwicklung der Lebensgemeinschaft und der eigenen Einkommens- und Vermögensentwicklung. Weder Zeitpunkt noch Höhe des Risikos lassen sich im Vorfeld einschätzen. Weil es um die Verhinderung zukünftiger, ungewisser Risiken geht, ist die Vorgehensweise des BVerfG, auf den Zeitpunkt des

1151 Ähnlich: *Adam*, BWNZ 2006, 29 (30); *Münch*, KritV 2005, 208 (222).

Vertragsschlusses abzustellen, wiederholt kritisiert worden.¹¹⁵² Betrachtete man diese Herangehensweise als einzigen Lösungsansatz für das Problemfeld der Benachteiligung durch Ehevereinbarungen, mag diese Kritik zutreffend sein. Dennoch bleibt die Ausnutzung einer Unterlegenheitsposition in Konstellationen, wie den oben vorgestellten, ein Umstand, an den legitimerweise ein erhöhter Schutz geknüpft werden kann.

b) Übertragung der Argumente des BVerfG aus früheren Entscheidungen

Der Ansatz des BVerfG bleibt unverändert die Unterlegenheit eines Vertragspartners bei Abschluss des Vertrages. Die in den Bürgschaftsentscheidungen geforderte Struktur wird nicht mehr ausdrücklich erwähnt, dürfte sich jedoch – gemeinsam mit der Typisierbarkeit – in der allein entschiedenen Fallgruppe unverheirateter Schwangerer verbergen.¹¹⁵³ Zur Begründung der Unterlegenheit heiratswilliger Schwangerer gegenüber ihrem Auserkorenen greift das BVerfG auf einen Strauß bunt gemischter Argumente zurück. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Darlegung wirtschaftlicher Nachteile durch eine Verminderung des Einkommens, die nicht durch Unterhaltsleistungen des Kindesvaters kompensiert wird, weil einerseits die statistische Zahlungsmoral nichtehelicher Väter schlechter ist und andererseits die rechtliche Absicherung der Unterhaltsansprüche nicht mit der Absicherung vergleichbar ist, in deren Genuss eine Ehefrau kommt. Daneben werden auch gesellschaftliche und soziale Zwänge angeführt, welche die Schwangere zur Eheschließung drängen. Schließlich will das BVerfG biologische Gegebenheiten mit rechtlicher Relevanz versehen, nämlich die körperlichen Veränderungen und gesundheitlichen Risiken der Schwangerschaft.

Die Bestandsaufnahme des BVerfG sei als Wiedergabe der Realität so hingenommen. Nur ergibt sich daraus noch nicht, welche Bedeutung den ange-

¹¹⁵² Vgl. dazu schon oben, Fn. 395 (S. 102).

¹¹⁵³ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 957 (959): „Gerade wegen ihrer Sorge auch um die Zukunft des Kindes und unter dem Druck der bevorstehenden Geburt befindet sich die Schwangere *typischerweise* in einer dem Vertragspartner gegenüber weit unterlegenen Position.“ (Hervorhebung vom Verfasser).

fürten Umständen tatsächlich zukommt. Zu einem nicht unwesentlichen Teil erweisen sie sich als Folge einfachrechtlicher Normierungen. Das gilt bis zur angemahnten Gesetzesänderung vor allem für die schlechtere unterhaltsrechtliche Absicherung unverheirateter Mütter. Aber auch die Last der Verantwortung für das Neugeborene bürdet das BGB, das insoweit der Biologie folgt, der Mutter auf, ohne deren Einwilligung der Vater im Gegenzug nicht sorgeberechtigt ist. Diese Regelung stellt indes keine willkürliche Diskriminierung dar, sondern entspringt der wohl auch heute noch gültigen Erkenntnis, dass die Betreuung des Kleinkindes üblicherweise von der Mutter übernommen wird, falls die Eltern in keiner Lebensgemeinschaft leben. Soweit § 1615l BGB an das regelmäßige Fehlen einer Lebensgemeinschaft eine zeitliche Beschränkung des Unterhaltsanspruchs der Mutter knüpft, wird dies keinen Bestand haben können. Die Norm kann nach der verfassungsgerichtlichen Beurteilung auch nicht als Respektierung der Entscheidung gegen eine Formalisierung einer dennoch praktizierten Lebensgemeinschaft durch eine Eheschließung verstanden werden.

Festzuhalten bleibt, dass die vom BVerfG zur Begründung der Unterlegenheit der Schwangeren angeführten Umstände auf einer gesetzlichen Normierung und somit auf einer Entscheidung des Gesetzgebers beruhen. Diese mögen zwar die Schwangere zu einer Eheschließung motivieren, allerdings erscheint es problematisch, aus der gesetzlichen Wertung ohne Weiteres auf die Unterlegenheit der von ihr benachteiligten Partei zu schließen und daran wiederum Rechtsfolgen zu knüpfen, die in einem deutlichen Spannungsverhältnis zur gesetzlichen Systematik stehen.¹¹⁵⁴ Dieser insbesondere für Fälle vor der Entscheidung des BVerfG zu § 1615l BGB geltende Befund kann auf die zu erwartende Situation nach Änderung des § 1615l BGB und / oder des § 1570 BGB nicht übertragen werden. Allerdings dürfte bei Verwirklichung der verfassungsgerichtlich geforderten Gleichbehandlung die durch die gesetzliche Regelung geförderte Motivation entfallen. Entfällt die schlechtere Stellung nicht verheirateter Kinderbetreuender Mütter werden diese auch nicht mehr durch das Unterhaltsrecht zu einer Eheschließung motiviert.

1154 Vgl. auch *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (245).

Auch wenn die gesetzliche Grundlage der für die Schwangere drohenden Nachteile bei Unterlassen der Eheschließung unbeachtet bleiben und die Nachteile allein nach ihrer tatsächlichen Wirkung auf die Motivation der Schwangeren beurteilt werden, enthält die Entscheidung Wertungswidersprüche: Erstens geht das BVerfG nicht auf die tatsächliche individuelle Situation ein. Die mit dem Unterlassen einhergehenden Nachteile hängen letztlich allein an der Beziehung der werdenden Eltern zueinander. Wird auch von Eltern zunehmend ein Zusammenleben ohne Trauschein praktiziert und dies gesellschaftlich akzeptiert, kann aus einer Schwangerschaft nicht auf eine Veränderung der Lebensgemeinschaft geschlossen werden. Die vom BVerfG aufgezeigte Alternative „in Zukunft entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schließenden, sie aber stark belastenden Ehevertrags“¹¹⁵⁵ besteht in dieser Absolutheit sicherlich nicht mehr. Im Zeitpunkt des Abschlusses der vom BVerfG beurteilten Ehevereinbarungen mag dies noch anders gewesen sein.

Zweitens bewertet das BVerfG die von der Schwangeren angestrebte Situation nach anderen Maßstäben, indem es nicht auf empirische, sondern auf normative Erwägungen abstellt. Das BGB gestaltet die Ehe als gleichberechtigte Gemeinschaft aus, so dass die Ehegatten gleichmäßig berechtigt und verpflichtet werden und unter diesem Blickwinkel das Eheversprechen für beide die gleiche Werthaltigkeit hat. Die rechtlichen Ausführungen des BVerfG sind insoweit nicht anzuzweifeln. Konsequenterweise müsste allerdings auch die Bewertung der Auswirkungen einer Eheschließung gleichermaßen auf deren tatsächliche Bedeutung für die Schwangere ausgerichtet sein. Das BVerfG geht anscheinend davon aus, dass die Eheschließung von der Schwangeren forciert wird, während der Kindsvater üblicherweise eher wenig Interesse daran zeigt. Gerade in einer solchen – zwar durchaus existenten, aber kaum verallgemeinerungsfähigen – Konstellation liegt die Schlussfolgerung nahe, dass sich die Schwangere von der Eheschließung Vorteile verspricht, während ihr künftiger Gatte eher mit Nach-

1155 BVerfG, NJW 2001, 957 (958).

teilen zu rechnen hat. Dem entspricht es, dass immer noch ein großer Teil der Ehen Einverdiener- oder Zuverdienstehen sind, die bereits während der Ehe eine monetäre Transferleistung vom Ehemann auf die Ehefrau beinhalten. Diese Lastenverteilung setzt sich nach der Ehe fort. Dass das BGB wegen der Gleichwertigkeit der Beiträge der Ehegatten zur Verwirklichung der Lebensgemeinschaft diese Transferleistung nicht als Nachteil ansieht, ist wiederum eine rechtliche, jedoch keine tatsächliche Bewertung. Die Vorteile, die mit einer Eheschließung einhergehen, scheinen der Heiratswilligen offenbar auch dann noch erstrebenswert, wenn sie ehevertraglich auf die Ehezeit beschränkt werden. Freilich sind die mit einer Eheschließung unter diesen Umständen noch erstrebten Vorteile nicht offensichtlich, setzt man als Alternative eine Fortführung des bisherigen Status an. Auch in diesem Fall dürfte eine finanzielle Unterstützung des Partners erfolgen, falls eine Fortführung der Erwerbstätigkeit aufgrund einer gemeinsamen Entscheidung zugunsten der Kindesbetreuung unterbleibt. Von Bedeutung dürften vor allem drei Aspekte sein: Erstens ist einer der Hauptantriebe für eine Eheschließung sicherlich die Absicherung der Lebensgemeinschaft. Trotz der hohen Scheidungsquote vertrauen Eheschließende auf den Bestand ihres Ehebandes. Zweitens geht es um die Veränderung des sozialen Status, bei der es allerdings zunehmend weniger um das Verheiratetsein als solches geht. Von Relevanz ist jedoch noch das Auftreten der Familie als Einheit, insbesondere unter einem einheitlichen Familiennamen. Drittens sind steuer- und versicherungsrechtliche Konsequenzen, die zu einer Erhöhung des tatsächlich verfügbaren Einkommens der Lebensgemeinschaft beitragen, zu berücksichtigen. Die mit einer Eheschließung darüber hinaus verbundenen Folgen wie z.B. das Ehegattenerbrecht oder der strafrechtliche Angehörigenstatus werden im Regelfall nicht im Blickfeld der Eheschließenden stehen.

Dass Eheschließungen stärker als andere Vertragsschlüsse von Emotionen und sozialen Erwägungen überlagert werden, ist sicherlich ein wichtiger Aspekt. Dies kann auf die Verhandlungen über eine Ehevereinbarung durchschlagen. Gleichwohl kann diese nicht allein aus diesem Grund mit dem Verdacht der Unwirksamkeit belegt werden. Ansonsten geriete man

leicht in die Nähe zur Theorie der strukturellen Verhandlungsunterlegenheit von Frauen.¹¹⁵⁶ Dies scheint, insbesondere da auch heiratswillige Männer die Eheschließung eher selten aus kühlem Kalkül ihrer rechtlichen Folgen anstreben dürften, nicht ratsam zu sein.

c) Übertragung der zusätzlichen Argumente des BVerfG für eine Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen

Neben den bereits in den Bürgschaftsentscheidungen herangezogenen Kriterien führte das BVerfG weitere verfassungsrechtliche Erwägungen an, namentlich die Gleichberechtigung von Mann und Frau und den Schutz der Mutter und des Kindeswohls. Darüber hinaus spielte in der Argumentation die Eheschließungsfreiheit des Ehemannes eine Rolle.

aa) Gleichheit der Ehegatten

Die Forderung des BVerfG, Verträgen zwischen Ehegatten seien von den Zivilgerichten dort Grenzen zu setzen, wo sie von der Staatszielbestimmung des Art. 3 II GG abweichen und von einer einseitigen Dominanz eines Ehegatten geprägt seien, vermag nicht vollends zu überzeugen.¹¹⁵⁷ Nach der eigenen ständigen Rechtsprechung sind Ehegatten als Private nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Auch Art. 3 II GG bindet sie daher nur mittelbar, d.h. als Bestandteil der von der Verfassung vorgegebenen Werteordnung, die ihnen gleichzeitig auch das Recht zur freien Gestaltung von Verträgen und ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft einräumt. Dieses verfassungsrechtliche Wertungsproblem hat der einfachrechtliche Gesetzgeber in eine formale Gleichheit bei Abschluss von Ehevereinbarungen umgesetzt. Von Ehegatten kann keine darüber hinausgehende materielle Wertung verlangt werden. Eine solche ergibt sich auch nicht aus

1156 Siehe dazu oben, S. 78 ff.

1157 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 957 (958). *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 (533), bezieht die Forderung des BVerfG nicht auf inhaltliche Gleichheit, sondern allein auf die Gewährleistung von Verhandlungsgleichheit. Das BVerfG verlangt jedoch ausdrücklich, dass der Vertrag „Ausdruck und Ergebnis“ einer gleichberechtigten Partnerschaft sein soll. Damit wird zwar ein Bezug zur ungleichen Verhandlungsposition hergestellt, jedoch auch der Inhalt des Vertrages in den Blick genommen.

der vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 5. Februar 2002 aufgestellten grundsätzlichen Forderung nach einer Halbteilung des während der Ehe erwirtschafteten Vermögens.¹¹⁵⁸ Dies gilt insbesondere, da die Reichweite der verfassungsgerichtlichen Forderung insoweit unklar ist, als in der Entscheidung Ehevereinbarungen keine Rolle spielten, so dass eine vertragliche Modifikation der geforderten Halbteilung zulässig sein könnte.¹¹⁵⁹

bb) Eheschließungsfreiheit des künftigen Ehemannes

Wenigstens im Ausgangspunkt ist dem verfassungsgerichtlichen Argument zuzustimmen, die Eheschließungsfreiheit gebe keine uneingeschränkte Vertragsgestaltungsfreiheit.¹¹⁶⁰ Zwar ist jedem das Recht eingeräumt, eine Eheschließung anzustreben oder diese zu verweigern. Dabei gewähren die Vertragsfreiheit aus Art. 2 I GG und die Ehevertragsfreiheit aus Art. 6 I GG das Recht, die gesetzlichen Folgen von Eheschließung und Scheidung in gewissen Grenzen an die eigenen Vorstellungen anzupassen. Jedoch ist dieser Schutz nicht weitergehend als im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit. Der Heiratswillige ist auf einen Konsens mit seinem zukünftigen Ehegatten angewiesen. Wird dieser nicht erreicht, steht es ihm frei, von seiner negativen Eheschließungsfreiheit Gebrauch zu machen. Eine Abwägung, die ihm ein Recht einräumte, den Inhalt einer Ehevereinbarung einseitig durchzusetzen, kann der Eheschließungsfreiheit nicht entnommen werden. Weil auch die Ehevertragsfreiheit in einem Zusammenhang zu anderen grundgesetzlichen Wertentscheidungen steht, kann sie durch solche eingeschränkt werden. Ebenso wie im sonstigen Zivilrecht ist nicht jeder Vertragsinhalt in jeder Situation zulässig. Insoweit gelten keine Besonderheiten.

1158 Vgl. oben, S. 97.

1159 *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (224).

1160 Zustimmung auch *Büttner*, FamRZ 1998, 1 (5), der die Argumentation des BGH freilich mit derjenigen vor Erlass der Bürgschaftsentscheidungen gleichsetzt, nach welcher der Bürge nicht schutzbedürftig sei, weil es ihm freigestanden habe, die Bürgschaft zu verweigern. Dagegen weist aber schon *Gerber*, FS BGH, 49 (53), zutreffend darauf hin, dass schutzbedürftig nicht der Bürge und der Ehemann – deren Abschlussfreiheit bzw. Eheschließungsfreiheit diskutiert werden –, sondern der Bürge und die Ehefrau seien. Insoweit schlägt das Argument *Büttners* fehl.

Dagegen kann auch nicht der Einwand *Rauschers* durchgreifen, unter Berufung auf die Eheschließungsfreiheit sei es zulässig, Bedingungen für eine Eheschließung aufzustellen, solange nicht die Bedingungen selbst sittenwidrig seien, weil nach der gesetzlichen Ausgangslage auch im Falle einer Schwangerschaft keine Eheschließung geschuldet werde, sondern lediglich Unterhalt nach § 1615I BGB.¹¹⁶¹ Denn es geht dem BVerfG gerade um die Sittenwidrigkeit der Bedingungen. Der Einwand *Rauschers* ist nur insoweit berechtigt, als es nicht um deren Sittenwidrigkeit ihrer Art nach geht, sondern nur wegen ihrer Ausgestaltung im Einzelfall, wobei auch die Verhandlungssituation der Ehegatten zu berücksichtigen ist. Entschließen sich die werdenden Eltern zur Eheschließung, können sie sich nicht mehr uneingeschränkt auf die für nicht verheiratete Eltern geltende Rechtslage berufen.

Allerdings hätte das BVerfG gut daran getan, seinen Ausgangspunkt weiter zu differenzieren. Denn anders als bei dem Gros sonstiger zivilrechtlicher Verträge führt eine Annullierung einer Ehevereinbarung nicht automatisch zur Wiederherstellung des Status quo ante. Die durch die Vereinbarung geregelte Ehe bleibt bestehen. Deren Ausgestaltung und die Rechtsfolgen einer Scheidung richten sich wieder ausschließlich nach den gesetzlichen Anordnungen. Dies ist – von Wertverschiebungen infolge der verstrichenen Zeit abgesehen – nur im Fall von während der Ehe getroffenen Vereinbarungen der Status quo ante. Bei vorsorgenden Ehevereinbarungen besteht hingegen ein Zusammenhang zur Eheschließungsfreiheit: Wenigstens ein Ehegatte lebt nach der Annullierung der Vereinbarung in einer Ehe, die er zu diesen Bedingungen nicht hatte eingehen wollen.¹¹⁶² Angesichts dieser Konsequenzen ist die Eheschließungsfreiheit für die zu treffende Abwägung nicht bedeutungslos, sondern bei einer Wertung im Rahmen des § 138 I BGB zu beachten. Darüber hinaus streitet sie für einen größeren Freiraum der Parteien, d.h. einer stärkeren Zurückhaltung der Gerichte bei der

1161 Vgl. *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (754 f.). In die gleiche Richtung argumentiert *Gerber*, FS BGH, 49 (52 f.). *Rauscher* betont auch die Besserstellung der Ehefrau durch die sich anschließende Eheschließung, die einen maßgeblichen Unterschied zur Situation des Bürgen darstelle, der lediglich zusätzliche Risiken übernehme.

1162 So auch *Fastrich*, RdA 1997, 65 (68). Auf diesen Zusammenhang weisen auch hin: *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (755); *Schervier*, MittBayNot 2001, 486 (487).

Annullierung von vorsorgenden Ehevereinbarungen. Diese haben nach Möglichkeit zunächst auf weniger einschneidende Rechtsfolgen zurückgreifen, so etwa auf eine Teilnichtigkeit der Vereinbarung oder eine Anpassung nicht gebilligter Klauseln. Für eine solche Vorgehensweise, die Elemente einer geltungserhaltenden Reduktion enthält, spricht zusätzlich die vom anderen Ehegatten geschuldete eheliche Solidarität.

Dagegen kann nicht eingewandt werden, dass der Fortbestand der Ehe trotz Unwirksamkeit der vorsorgenden Ehevereinbarung eine einfachrechtliche Entscheidung ist, die bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung nicht maßgebend sein kann. Angesichts des besonderen Schutzes, den Art. 6 GG der Ehe einräumt, wäre eine rechtliche Abhängigkeit zwischen der Wirksamkeit beider Rechtsgeschäfte, z.B. im Sinne einer Bedingung, wohl nicht zulässig.

cc) Schutz der werdenden Mutter

Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der (werdenden) Mutter nach Art. 6 IV GG bietet einen starken Anhaltspunkt für eine besondere Behandlung von Schwangeren. Dies führt das BVerfG zutreffend aus. Dabei sollten die Ausführungen in einem Punkt freilich wörtlich genommen werden: Die Schwangerschaft kann nur für solche Verträge von Bedeutung sein, die *in Zusammenhang* mit ihr stehen, nicht hingegen für alle Verträge, die *während* der Schwangerschaft geschlossen werden. Das Schutzgebot der Verfassung verbietet es dem künftigen Gatten, die Schwangerschaft zur Benachteiligung der Schwangeren auszunutzen. Insbesondere setzt sich derjenige in einen Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Wertentscheidung, der die Schwangerschaft seiner Zukünftigen als Druckmittel in den Verhandlungen über eine Ehevereinbarung nutzt. Andererseits kann einer Schwangeren trotz ihrer besonderen Situation nicht die Fähigkeit zum Abschluss von Ehevereinbarungen abgesprochen werden.

Eine nähere Abgrenzung gestaltet sich schwierig, wird die Schwangerschaft doch häufig Anlass für eine Eheschließung sein und als solcher einen gewissen Zusammenhang zur Ehevereinbarung herstellen. Zudem vermischt sich in der Motivationslage der werdenden Eltern, was das

Unterhaltsrecht auseinander hält: die Absicherung des Lebensunterhalts des betreuenden Elternteils und des Kindes.

Wiederum kann von den Parteien beim Nachvollziehen der verfassungsrechtlichen Wertungen nicht mehr verlangt werden als vom Gesetzgeber, der diese einfachrechtlich zu konkretisieren hat. Dabei hat er die Selbstverantwortung der Eltern nur durch die Regelung des § 1615I BGB durchbrochen, der dem betreuenden Ehegatten einen zeitlich begrenzten Unterhaltsanspruch zugesteht. In der Kombination mit der Sorgerechtsverteilung des § 1626a BGB bedeutet dies praktisch, dass die Geburt eines Kindes in das wirtschaftliche Risiko der nicht verheirateten Mutter fällt, sofern sich die Eltern nicht anders einigen. Es muss auch heiratswilligen Eltern gestattet sein, sich bei den Verhandlungen über die Ausgestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft und den Rechtsfolgen eines eventuellen Scheiterns an dieser gesetzlichen Ausgangslage zu orientieren.¹¹⁶³ Zumal die von Art. 6 IV GG geforderte Fürsorge durch die Gemeinschaft nicht mit einer Versorgung der Mutter durch den nicht unmittelbar an Art. 6 IV GG gebundenen Kindesvater gleichzusetzen ist.¹¹⁶⁴ Freilich folgt aus dem zwingenden Zusammenhang einer Ehevereinbarung mit einer Ehe die Pflicht, die aufgrund der Ehe geschuldete Solidarität bei der Ausgestaltung der Vereinbarung zu berücksichtigen. Insoweit befinden sich die Ehegatten in einer anderen Situation als sonstige Vertragspartner, die allein auf ihren eigenen Vorteil bedacht sein können. Die Vorwirkung der ehelichen Solidarität streitet für eine angemessene Berücksichtigung der Schwangerschaft bereits bei der Verhandlung über vorsorgende Ehevereinbarungen.

Dieser Gesichtspunkt wird an Bedeutung verlieren, wenn der Gesetzgeber die unterhaltsrechtliche Stellung betreuender Eltern unabhängig von einer früheren ehelichen Verbindung ausgestaltet. Zwar ist bislang nicht ersichtlich, dass die Stellung des nichtehelichen Vaters verbessert werden wird, jedoch ist zu erwarten, dass die wirtschaftliche Absicherung der nichtehelichen Mutter verbessert, zumindest jedoch mit der einer verheirateten Mutter

1163 *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (250).

1164 *Adam*, BWNotZ 2006, 29 (33), sieht den Schutzauftrag durch die Einrichtung von Sozialhilfe ausreichend umgesetzt; *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 (755).

gleichgestellt werden wird. Insoweit werden die Vorwirkungen der ehelichen Solidarität entfallen. Die Verpflichtung des nicht betreuenden Elternteils ist von der Frage der Eheschließung unabhängig zu beurteilen. Dies mindert die wirtschaftliche Bedeutung der Schwangerschaft.

Indem das BVerfG die Schwangerschaft zu einem Indiz für die Unterlegenheit der Frau gegenüber ihrem künftigen Ehegatten erklärt hat, dürfte es somit einerseits über das Ziel hinaus geschossen sein, andererseits hat es jedoch auch Möglichkeiten aufgezeigt, eine zu große Gewichtung der Schwangerschaft zu vermeiden. Von Bedeutung ist insbesondere die Relativierung nach der Lebensplanung der Parteien. Auch aus dem gesellschaftlichen Wandel ergibt sich eine Einschränkung der verfassungsgerichtlichen Ausführungen, die das BVerfG auch erkannt hat. Der gesellschaftliche Druck zur Eheschließung aufgrund einer Schwangerschaft hat in immer größerem Umfang abgenommen. Dies führt zu einer Stärkung der Verhandlungsposition der Schwangeren, die zunehmend eine Alternative zur Eheschließung hat. Nicht auszuschließen ist, dass diese Entwicklung zusätzlich dazu führen wird, die eheliche Solidarität mit neuem Inhalt zu füllen und so den Vergleichsmaßstab für modifizierende Ehevereinbarungen zu senken.

dd) Kindeswohl

Mit der Freistellungsvereinbarung kommt eine weitere Ebene in die verfassungsrechtliche Würdigung hinein. Sie erfordert, die Abwägung auf die Belange des Kindes auszudehnen. Das BVerfG nimmt eine Begrenzung der Gestaltungsfreiheit der Ehegatten durch das Kindeswohl an. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Auf zwei Punkte sei allerdings hingewiesen: Erstens ist zu berücksichtigen, dass die Eingriffsschwelle des Staates in familiäre Beziehungen üblicherweise recht hoch ist.¹¹⁶⁵ Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sollte bei Freistellungsvereinbarungen oder sonstigen für das Kind nachteiligen Rechtsgeschäften genau untersucht werden, ob sie die Eingriffsschwelle überschreiten. Zweitens müssen die Auswirkungen der Vereinbarung unter einem anderen Aspekt beleuchtet

¹¹⁶⁵ Vgl. *Grziwotz*, oben, Fn. 382 (S. 101).

werden: Eine Freistellungsvereinbarung hat keine Auswirkungen im Innenverhältnis zwischen Unterhaltsschuldner und -gläubiger.¹¹⁶⁶ Deshalb kommt es gerade in schlechten finanziellen Verhältnissen nicht zu einem Nachteil des Kindes, das den Unterhaltsschuldner unverändert in Anspruch nehmen kann, während dessen Freistellungsanspruch mangels pfändbaren Einkommens des Betreuenden ins Leere läuft.

d) Übertragung weiterer Argumente für eine Inhaltskontrolle

Neben den soeben untersuchten, vom BVerfG angeführten Gesichtspunkten können möglicherweise auch für die Entscheidungen über die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen jene Gesichtspunkte herangezogen werden, die im Rahmen der Kritik der Bürgschaftsentscheidungen untersucht wurden.¹¹⁶⁷

Bereits dargelegt wurde, dass die Argumentation des BVerfG nur in Konstellationen nachvollziehbar ist, die den entschiedenen in den wesentlichen Punkten gleichen. Dies setzt erstens eine ungleiche Motivation beider Partner zur Eingehung oder Aufrechterhaltung der Ehe voraus und zweitens eine Verknüpfung des einseitig erstrebten Ziels mit dem Abschluss einer Ehevereinbarung, deren Inhalt vom Partner festgesetzt wird. Nur in diesen Konstellationen ist die Inhaltsfreiheit des unterlegenen (künftigen) Ehegatten eingeschränkt.

Die Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit kann in ähnlicher Weise wie in den Konstellationen der Bürgschaftsentscheidungen durch die Einflussnahme von Angehörigen oder sonstigen Dritten erfolgen, die aus als moralisch verstandenen oder aus wirtschaftlichen Gründen zur Eingehung einer Ehe drängen. Der unterlegene Partner kann die Ehe freilich auch aus eigenen moralischen, emotionalen und / oder wirtschaftlichen Motiven anstreben. Vom (künftigen) Partner geht hingegen – von atypischen und nicht weiter diskussionsbedürftigen Fällen abgesehen – keine unmittelbare Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit aus. Freilich bedarf es zweier Ein-

¹¹⁶⁶ Palandt/*Diederichsen*, § 1606, Rn. 21.

¹¹⁶⁷ Siehe dazu oben, S. 340 ff.

schränkungen. Erstens ist wohl eine Mitverantwortlichkeit anzunehmen, soweit die bevorstehende Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes die Schwangere in Bedrängnis bringt. Zwar kann auch insoweit keine über die gesetzliche Wertung hinausgehende Verantwortung des werdenden Vaters für die werdende Mutter postuliert werden, jedoch müssen die Nachteile aus der erforderlichen Kindesbetreuung zwischen beiden Eltern gleichmäßig verteilt werden. Daher fallen Zwänge aus der Sicherstellung der Kindesbetreuung auch in die Sphäre des Kindesvaters. Zweitens ist daran zu erinnern, dass der Abschlusszwang wegen der Vorwirkung der ehelichen Solidarität in größerem Umfang als zwischen einander nicht nahe stehenden Personen zu beachten ist. Die eheliche Solidarität greift freilich nur, wenn es zum Abschluss einer Ehevereinbarung kommt. Wird keine Eheschließung angestrebt, kann die eheliche Solidarität keine Vorwirkung entfalten. Auch unter Berücksichtigung der aus der Vaterschaft folgenden Verantwortung, die in erster Linie dem Kind gilt, gibt es selbstverständlich keinen Zwang zur Eheschließung. Dies gilt insbesondere, weil die werdende Mutter nicht existentiell auf die Eheschließung angewiesen ist. Kann sie nicht selbst für ihren Lebensunterhalt sorgen, hat sie Anspruch auf staatliche Unterstützung. Auch der gesellschaftliche Druck ist in heutigen Tagen nicht mehr so hoch, dass aus der Schwangerschaft eine moralische Verpflichtung zur Eheschließung folgt. Dies gilt entsprechend für die Situation in einer bestehenden Ehe. Eine Scheidung stellt kein gesellschaftliches Stigma mehr dar, so dass diesbezüglich empfundene Zwänge auch nicht über das Vehikel der ehelichen Solidarität dem anderen Ehegatten zuzurechnen sind.

Sozialstaatliche Erwägungen streiten beim unterlegenen Ehegatten ebenso wie beim Bürgen für eine Absicherung vor einer dauerhaften Armut und für einen Schutz desjenigen, der in einer konkreten Situation unterlegen ist.¹¹⁶⁸

1168 Siehe dazu schon oben, S. 340. *Adam*, BWNotZ 2006, 29 (30), weist darauf hin, dass bei einem bloßen Unterhaltsverzicht ein Unterschied zur Situation des Bürgen in dem Fehlen einer Zahlungsverpflichtung des unterlegenen Teils bestehe. Die Übertragung hänge insoweit an der Freistellungsvereinbarung, der sich die Ehefrau im entschiedenen Fall unterworfen hatte. Darüber hinaus wird man dem Sozialstaatsprinzip jedoch auch ein Bestreben nach einer Absicherung des unterhaltsbedürftigen Ehegatten entnehmen müssen.

Erneut geht es um den Schutz des Schwächeren und die Sicherstellung der Möglichkeit, die eingeräumte Freiheit gebrauchen zu können. Dies gilt insbesondere, wenn zwischen den Vermögensverhältnissen der werdenden Eltern ein erhebliches Gefälle besteht. Allerdings ist das Sozialstaatsprinzip vorrangig auf eine größere soziale Gruppe bezogen. Die Absicherung der Mutter kann daher nicht unter Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip zur alleinigen Aufgabe des Vaters ihres Kindes erklärt werden.

Im Bereich der Ehevereinbarungen kann die Privatautonomie schließlich nur eine begrenzte Ordnungsfunktion¹¹⁶⁹ ausüben. Aufgrund der personenbezogenen Bindung gibt es keinen Markt, der mittels Wettbewerbs zu einer Steuerung und Begrenzung der Vereinbarungen führen könnte. *Goebel* geht sogar darüber hinaus und bescheinigt der Privatautonomie eine grundsätzliche Überforderung beim Abschluss von Unterhaltsvereinbarungen, weil deren Konsequenzen stets unabsehbar seien.¹¹⁷⁰ Nach seiner Ansicht entfällt daher die Ordnungsfunktion zumindest im Bereich des Unterhaltsrechts, wenn nicht gar im gesamten Bereich der Ehevereinbarungen. Hingegen betont *Armasow* die Freiheit zum Abschluss nachteiliger Verträge, die ihre Grenze erst in einer Übervorteilung finde.¹¹⁷¹ Damit weist *Armasow* zurecht auf die Geltung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehren auch zwischen Ehegatten hin. Dies gilt nicht nur für die inhaltlichen und situativen Grenzen, sondern bereits für die Voraussetzungen eines Vertrages. Auch zwischen Ehegatten ist ein Einvernehmen erforderlich, das grundsätzlich einen Interessenausgleich herbeiführt. Daher kann ein Versagen der Ordnungsfunktion bei Ehevereinbarungen wohl nur angenommen werden, wenn der Vertragsinhalt einseitig festgesetzt und unzulässigerweise durchgesetzt wird. Dies setzt wiederum eine Unterlegenheit einer Partei im Sinne der verfassungsgerichtlichen Ausführungen voraus, so dass sich *Fastrichs* Ansatz insoweit mit dem des BVerfG deckt.

1169 Siehe dazu oben, S. 342.

1170 FamRZ 2003, 1513 (1518 f.).

1171 RNotZ 2001, 196 (202 f.).

1.3.3. *Verfassungswidrigkeit des BGB?*

Überlegungen über eine Verfassungswidrigkeit des Bürgschaftsrechts aufgrund der Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle scheiterten schon im Ansatz an der Argumentation des BVerfG, der Gesetzgeber habe durch das Aufstellen der zivilrechtlichen Generalklauseln hinreichende Instrumente zur Verfügung gestellt, die Vorgaben der Verfassung umzusetzen.

An diese Überlegung schließt sich die Frage an, ob sie auf die Konstellation bei Ehevereinbarungen übertragbar ist. Das BVerfG scheint von einer Übertragbarkeit auszugehen. Ansonsten hätte man wohl eine andere Vorgehensweise erwarten können, insbesondere die Feststellung der Verfassungswidrigkeit konkreter Normen oder einen Auftrag an den Gesetzgeber, in einer näher konkretisierten Weise tätig zu werden. Zwar ist in dem Argument, eine gesteigerte gerichtliche Kontrolle sei auch wegen des Fehlens gesetzlicher Schutzvorkehrungen erforderlich, eine Kritik der Verfassungsrichter am geltenden Recht zu sehen, jedoch erreicht diese nicht die Schwelle der Verfassungswidrigkeit. Stattdessen erfolgt – ganz wie in den Entscheidungen zum Bürgschafts- und Handelsvertreterrecht – ein argumentativer Rückgriff auf die existenten Generalklauseln.

Die Normierungen des BGB wären nur verfassungswidrig, wenn sie keiner verfassungskonformen Interpretation zugänglich und somit eine untaugliche Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben wären. Der wesentliche Unterschied zwischen den Normierungen des Bürgschafts- und des Ehevertragsrechts und somit ein Ansatzpunkt für eine mögliche Verfassungswidrigkeit liegt in der ausdifferenzierten Systematik der in einer Ehevereinbarung üblicherweise geregelten Bereiche. Das BGB gestaltet das naheheliche Unterhaltsrecht, das eheliche Güterrecht und das Recht des Versorgungsausgleichs umfangreicher aus als das Bürgschaftsrecht oder das HGB das Recht des Handelsvertreters. Hinzu kommt, dass Ehegatten mit jenen Vereinbarungen, die das BVerfG kritisiert hat, zwar von gesetzlichen Vorgaben abweichen, dabei jedoch gleichzeitig von gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen.

Aus der durch §§ 1408, 1585c BGB eingeräumten Möglichkeit einer Anpassung der gesetzlichen Normierungen an die Parteivorstellungen wird

eine weitgehende Gestaltungsfreiheit gefolgert.¹¹⁷² Mit dieser Schlussfolgerung harmoniert die Anerkennung der Ehevertragsfreiheit aus Art. 6 I GG durch das BVerfG.¹¹⁷³ Indes schließen auch Handelsvertreter und Bürgen einen gesetzlich vorgesehenen Vertrag, bei dem ihnen grundsätzlich Gestaltungsfreiheit zukommt. Allein aus dem detaillierteren Regelungsgrad der durch die Vereinbarung zu modifizierenden Materie kann nicht auf den Umfang der Freiheit bei ihrer Gestaltung geschlossen werden. Der verfassungsgerichtliche Ansatz gilt hier wie dort gleichermaßen: Es gibt keine unbegrenzte Freiheit zur inhaltlichen Gestaltung privatrechtlicher Vereinbarungen, weil der Inhaltsfreiheit des Einzelnen andere verfassungsrechtliche Werte entgegenstehen. Deren Bedeutung für den Einzelfall hängt auch von der Konstellation der Beteiligten bei Abschluss des Vertrages ab. Wie auch im Rahmen von Bürgschaften kann es beim Abschluss von Ehevereinbarungen zur Fremdbestimmung kommen oder der gewünschte Inhalt mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Werten unverträglich sein.

Neben den Unterschieden in der Normierung der Rechtsmaterie besteht zwischen Bürgen und Ehegatten ein situativer Unterschied: Während der Bürge erst durch den Abschluss des Bürgschaftsvertrages eine Sonderverbindung zum Kreditinstitut begründet, befinden sich Ehegatten bereits in einer solchen, bzw. antizipieren sie bei Abschluss einer von ihr abhängigen vorsorgenden Ehevereinbarung. Im Verhältnis zur bereits geschlossenen oder geplanten Ehe ist die Ehevereinbarung ein gestaltender Folgevertrag. Verfassungsrechtlich zieht dies eine erhöhte Verpflichtung zur Rücksichtnahme nach sich, die im Vergleich zu sonstigen privatrechtlichen Vereinbarungen zu einer weitergehenden Einschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit führen kann.

Dennoch geht das BGB nach überwiegender Ansicht von einer Wertneutralität der Güterstände aus.¹¹⁷⁴ Ehegatten sind nach dieser Ansicht frei

1172 Soergel/Gaul, Vor § 1408, Rn. 21; MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 13; Röthel, NJW 2001, 1334, sieht in § 1585c BGB ein ausdrückliches Votum des Gesetzgebers, das auf seine Verfassungsmäßigkeit hätte überprüft werden müssen; Staudinger/Thiele, Vorbemerkung zu §§ 1408 ff., Rn. 11.

1173 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 957 (958).

1174 Ausdrücklich: Schwab, DNotZ 2001, SH 9 (16 f.), der auch aus der Entscheidung des BVerfG keinen grundsätzlich anderen Schluss ziehen will, da der Güterstand in

darin, unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ihrer Lebenssituation den gesetzlichen Güterstand beliebig zu modifizieren oder durch andere Güterstände zu ersetzen.¹¹⁷⁵ Andere stellen hingegen eine Verbindung zwischen der Freiheit zur freien tatsächlichen Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft und der Freiheit zur rechtlichen Gestaltung her.¹¹⁷⁶ Nach dieser Ansicht stehen die Gestaltungsmöglichkeiten des Zivilrechts unter dem Vorbehalt einer entsprechend gestalteten ehelichen Lebensgemeinschaft. Die rechtliche Regelung der Lebensgemeinschaft müsse der Teleologie der gesetzlichen Normierungen Rechnung tragen. Eine Abweichung sei nur zulässig, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers auf die konkrete Lebensgemeinschaft nicht zuträfen und die Geltung der gesetzlichen Regelung daher teleologisch nicht zu rechtfertigen sei.

Teilweise findet letztere Ansicht eine Stütze in der Entscheidung des BVerfG, das bei der Beurteilung des Vertragsinhalts, der die Unterlegenheit einer Partei widerspiegeln soll, auf tatsächliche Benachteiligungen abstellt. Eine solche wird es wohl auch im Ausschluss des Zugewinnausgleichs erblicken, sofern ein Ehegatte keine Aussicht auf einen nennenswerten Vermögenszuwachs hat, während mit einem erheblichen Vermögenszuwachs des anderen Ehegatten zu rechnen ist. Freilich fordert das BVerfG keine vollständige Übereinstimmung zwischen der gelebten Gemeinschaft und ihrer rechtlichen Gestaltung, sondern verlangt nur eine Verhinderung vertraglicher Fremdbestimmung. Ein entsprechender Schutz kann durch eine angepasste Handhabung der Generalklauseln auch im Ehevertragsrecht gewährleistet werden. Weil auch die gesetzlichen Befugnisse zur Regelung von nahehelichem Unterhalt, Versorgungsausgleich und Güterrecht unter dem Vorbehalt der Generalklauseln stehen, befindet sich diese Vorgehensweise in Übereinstimmung mit den Auslegungsregeln des Zivilrechts. Die genaue Abgrenzung bleibt eine Frage der Auslegung der Generalklauseln.

Zusammenhang mit anderen Ausgleichsmechanismen, insbesondere dem nahehelichen Unterhalt, gesehen werden müsse.

1175 Soergel/Gaul, Vor § 1408, Rn. 21; MüKo BGB/Kanzleiter, § 1408, Rn. 13; Staudinger/Thiele, Vorbemerkung zu §§ 1408 ff., Rn. 11.

1176 Dauner-Lieb, AcP 2001, 295 (313 ff.); dies., Brennpunkte FamR 2003, 1 (6 ff.); Goebel, FamRZ 2003, 1513 (1515 ff.).

Die normierten Möglichkeiten zum Abschluss von Ehevereinbarungen sind daher verfassungskonform auslegbar, folglich sind sie nicht verfassungswidrig. Die Forderungen des BVerfG erwecken allerdings den Anschein, dass die Generalklauseln bei der gerichtlichen Beurteilung von Ehevereinbarungen eine größere Bedeutung haben, als im übrigen Vertragsrecht. Falls diese Situation unwillkommen erscheint, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, durch den Erlass neuer Vorschriften Klarheit über die Grenzen der Ehevertragsfreiheit zu schaffen.

Nicht in den Fokus der verfassungsgerichtlichen Argumentation gerückt ist die Regelungssystematik des Zugewinnausgleichs, die eine Kompensation vermögensrechtlicher Disparitäten erst nach Beendigung des gesetzlichen Güterstands vornimmt. Auch soweit das BVerfG eine gemeinsame Teilhabe der Ehegatten am gemeinsam erwirtschafteten verlangt,¹¹⁷⁷ scheint ihm eine nachgelagerte Verwirklichung seinen Vorstellungen zu genügen.¹¹⁷⁸

Außerhalb der Sonderbeziehung Ehe steht die Anordnung des § 16151 BGB, die den Schutzauftrag aus Art. 6 IV GG ins Unterhaltsrecht umsetzt. Das BVerfG hat einen Verstoß gegen Art. 6 V GG festgestellt. Eine gesetzliche Änderung hat bis zum 31. Dezember 2008 zu erfolgen. Maßgebend hierfür war die gesetzliche Systematik insofern, als das BVerfG die Tatbestände des § 1570 BGB und des § 16151 BGB für vergleichbar erachtete. In beiden sah es nur das Kindeswohl verwirklicht. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung würden jedoch nichteheliche Kinder entgegen des Verfassungsauftrags des Art. 6 V GG benachteiligt.

1177 BVerfG, NJW 2002, 1185 (1186).

1178 So bereits *Scholz*, FamRZ 2002, 733. *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (225), will keine Teilung nach Köpfen aus dem Verfassungsrecht ableiten und sieht daher keine Verfassungswidrigkeit des geltenden Rechts. Auch die Bundesregierung sieht keine Änderungsnotwendigkeit (BT-Drucks. 15/1435). A.A. *Maier*, NJW 2002, 3359 (3364), der im Grundgesetz den Gedanken der gleichen Teilhabe der Ehegatten am erwirtschafteten Vermögen verankert sieht. Daher seien Unterhaltsansprüche keine schuldrechtlichen Ansprüche, sondern dienen der Korrektur einer vorangegangenen formal unrichtigen Vermögenszuordnung. *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1276), und *Scholz*, aaO., befürworten eine Anpassung des gesetzlichen Güterstandes.

1.3.4. Fazit zur Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BVerfG auf Ehevereinbarungen

Was für die Bürgschaftsrechtsprechung galt, gilt gleichermaßen für die Ehevertragsrechtsprechung: Bei der Interpretation der verfassungsgerichtlichen Kriterien ist eine gewisse Vorsicht geboten. Dies betrifft insbesondere die Grundlage des BVerfG. Die Unterlegenheit einer Partei bei Vertragsschluss kann zwar durchaus einen Anhaltspunkt für eine Anwendung zivilrechtlicher Generalklauseln ergeben, jedoch kann dabei nicht schlicht auf eine Kollision der inhaltlichen Gestaltungsfreiheiten beider Parteien abgestellt werden. Allein eine solche reicht im Ehevertragsrecht ebenso wenig für eine gerichtliche Inhaltskontrolle wie im Bürgschafts- oder im Handelsvertreterrecht. Allerdings können zusätzliche Umstände hinzutreten, durch die weitere verfassungsrechtliche Gesichtspunkte eine Abwägung eröffnen. Wiederum gilt das erste Augenmerk einer Beeinträchtigung der Abschlussfreiheit desjenigen Vertragspartners, der die Bedingungen des Vertrages nicht bestimmen kann. Erst wenn eine Kombination von Beeinträchtigungen der Inhalts- und der Abschlussfreiheit vorliegt, sollte von einer Unterlegenheit eines Vertragspartners gesprochen werden. So verstanden stellt sie einen sinnvollen Anknüpfungspunkt für die Überprüfung einer Abweichung des Vertrages – entweder aufgrund seines Inhalts oder aufgrund der Umstände seines Abschlusses – von grundlegenden verfassungsrechtlichen Wertungen dar.

Bei einer solchen Überprüfung – und der Sache nach handelt es sich bei den zivilrechtlichen Generalklauseln um nichts anderes – kommen neben den Elementen der Privatautonomie weitere Werte ins Spiel. Zusätzlich zum sozialstaatlichen Ansatz, der bereits im Rahmen der Bürgschaftsrechtsprechung von Relevanz war, betreten bei Ehevereinbarungen spezielle Normierungen die verfassungsrechtliche Bühne. Dies betrifft insbesondere die grundgesetzliche Forderung nach einer Gleichberechtigung der Geschlechter, die Einräumung der Ehe-, Ehevertrags- und Eheschließungsfreiheit und den Schutzauftrag zugunsten der Mütter. Die Ableitungen des BVerfG aus diesen Wertungen sind insbesondere deswegen nicht überzeugend, weil sie nicht mit den nicht beanstandeten einfachrechtlichen Kon-

ketisierungen harmonieren, an die sich die Ehegatten zuvorderst zu halten haben.

Von zentraler Bedeutung ist der Hinweis auf den notwendigen Zusammenhang zwischen einer Ehevereinbarung und einer durch sie geregelten Ehe. Diese Sonderverbindung zwischen den Vertragsparteien stellt einen maßgeblichen Unterschied zur Situation zwischen Bürgen und Bank dar. Da sie gerade nicht wertneutral sein will, ergeben sich aus ihr Einschränkungen der nach der gesetzlichen Ausgangslage formal uneingeschränkten Vertragsfreiheit. Ehegatten sind aufgrund ihrer Ehe zu einer weitergehenden Solidarität untereinander verpflichtet als nicht miteinander verheiratete Vertragsparteien.

Den Zivilgerichten fällt die Aufgabe zu, neben der Verhinderung einer Ausnutzung von Unterlegenheit bei Abschluss einer Ehevereinbarung – auch einer vorsorgenden –, die Verwirklichung der ehelichen Solidarität zu gewährleisten, ohne dabei die eingeräumte Vertragsfreiheit im Eherecht zu einer inhalts- und wertlosen Formel zu degenerieren. Diese Aufgabe bedarf einer vorsichtigen und grundlegenden Bestimmung, welche Inhalte unter welchen Gegebenheiten unabdingbar zum Kern der Ehe und zum Kern der Vertragsfreiheit zählen.

2. Übertragung der verfassungsrechtlichen Grundlagen ins Zivilrecht

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben bilden den Rahmen, an dem sich die Zivilrechtsprechung messen lassen muss. Diese hat die sich aus der Verfassung ergebenden Schutzpflichten umzusetzen, ohne die grundrechtlichen Gewährleistungen zu verletzen. Sie wird im Wesentlichen durch die Vorgaben des BGH geprägt, daneben ist jedoch auch die unter- und instanzgerichtliche Entwicklung, wie sie in Kapitel IX dargestellt ist, zu berücksichtigen.

Innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist das Augenmerk im besonderen Maße auf die Interpretation durch das BVerfG zu richten. Im Folgenden wird daher untersucht, in welchem Umfang die Rechtsprechung

der Zivilgerichte mit den Vorgaben des BVerfG und den Grenzen des Grundgesetzes vereinbar ist.

2.1. Verwirklichung der Vorgaben des BVerfG durch die Rechtsprechung des BGH

Bei der Überprüfung der Vereinbarkeit der Zivilrechtsprechung mit den verfassungsrechtlichen und -gerichtlichen Vorgaben bietet sich eine getrennte Betrachtung der Wirksamkeits- und der Ausübungskontrolle an. Beide Instrumente werden zwar in der Kernbereichslehre zu einer Einheit verknüpft, beruhen jedoch auf unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen, denen wiederum verschiedene Erwägungen zugrunde liegen. Es erscheint daher durchaus vorstellbar, dass beide Instrumente in unterschiedlichem Umfang mit den Vorgaben des Verfassungsrechts vereinbar sind.

2.1.1. Vereinbarkeit der Wirksamkeitskontrolle mit dem Vorgaben des BVerfG

a) Nach den Argumenten des BVerfG

Wie bereits dargelegt wurde, ging der BGH das Problem der Reichweite der Vertragsfreiheit bei Ehevereinbarungen von einem anderen Ausgangspunkt als das BVerfG an. Wo jenes einen Schutz vor Fremdbestimmung forderte, installierte dieser eine Kontrolle auf Vereinbarkeit des Vertragsinhalts mit dem Schutzzweck der gesetzlichen Regelung. Zwar lässt sich dieser Ansatz nicht aus den Vorgaben des BVerfG ableiten,¹¹⁷⁹ dies bedeutet jedoch nicht notwendigerweise, dass er sie nicht ausreichend umsetzt.¹¹⁸⁰

Zentrale Forderung des BVerfG war der Schutz schwangerer Frauen vor einer Ausnutzung ihrer vom Gericht konstatierten Unterlegenheit beim Abschluss von Ehevereinbarungen durch einseitig belastende Regelungen.

Die Unterlegenheit ist nur ausgenutzt worden, wenn sie sich in der Vereinbarung niedergeschlagen hat. Der Vertragsinhalt ist daher auch für das

1179 Adam, BWNotZ 2006, 29 (32 f.).

1180 So aber wohl Münch, KritV 2005, 208 (221), der eine Unterlegenheit bei Abschluss der Vereinbarung für eine notwendige Voraussetzung zur Durchführung einer Inhaltskontrolle hält.

BVerfG für die Inhaltskontrolle relevant. Umgekehrt stellt die Schwangerschaft auch für den BGH ein Indiz für die Unterlegenheit der Frau beim Abschluss von Ehevereinbarungen dar. Jedoch ist die Unterlegenheit lediglich ein Punkt innerhalb einer Gesamtwürdigung und führt zu einer Verschärfung der richterlichen Kontrollpflicht und somit zu einer Verschiebung der Schwelle für die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung.¹¹⁸¹

Der Ansatz des BGH führt mit anderen Worten dazu, dass die inhaltliche Unangemessenheit der Regelung weniger ausgeprägt sein muss, wenn die benachteiligte Partei bei ihrer Vereinbarung unterlegen war. Somit schützt auch der BGH schwangere Frauen vor einer Ausnutzung ihrer Verhandlungsunterlegenheit und verwirklicht so den Auftrag des BVerfG, den dieses aus Art. 2 I GG und aus Art. 6 IV GG abgeleitet hatte.

Neben der Unterlegenheit leitete das BVerfG die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle aus Art. 3 II GG und der Forderung nach einer gleichberechtigten Ehe ab. Auch hierauf geht der BGH nicht unmittelbar ein. Wiederum werden die Anforderungen des BVerfG jedoch mittelbar umgesetzt, indem der BGH den Schutzzweck der gesetzlichen Scheidungsfolgenansprüche für verbindlich erklärt. Denn die gesetzlichen Ansprüche zielen auf einen vermögensrechtlichen Ausgleich zwischen den Ehegatten, der zu einer gleichberechtigten Teilhabe beider am während der Ehe erworbenen Vermögen führt. Dies wird insbesondere beim Zugewinnausgleich deutlich, der die Vermögenszuwächse während der Ehezeit nivelliert. Nach dem gleichen Prinzip verfährt der Versorgungsausgleich für die Altersversorgungsansprüche. Schließlich misst das nacheheliche Unterhaltsrecht den Bedarf der Geschiedenen an den ehelichen Lebensverhältnissen, so dass beide weiterhin in gleichem Umfang an diesen partizipieren.

Zum Kindeswohl, das vom BVerfG ebenfalls als Argument für eine Inhaltskontrolle angeführt wurde, hat sich der BGH noch nicht ausdrücklich äußern können. Jedoch sind Verträge zulasten Dritter schon zuvor als Fallgruppe des § 138 I BGB anerkannt gewesen. Überdies ist das Kindeswohl im hohen Stellenwert des Betreuungsunterhalts abgebildet, dessen gesetz-

1181 Zustimmend: *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (21); *dies.*, FF 2002, 151 (152).

liche Ausgestaltung der BGH als in besonderem Maße bindend angesehen hat.

Soweit sich der BGH von der Situation der Schwangerschaft, die den Entscheidungen des BVerfG zugrunde lag, gelöst hat, dürfte dies dem Geist der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen entsprechen.¹¹⁸² Für das BVerfG dürfte es letztlich unerheblich sein, ob sich eine Unterlegenheit aus einer Schwangerschaft oder aus sonstigen Faktoren ergibt. Auch ohne dem ausdrücklichen Erfordernis einer unterlegenen Verhandlungsposition gelingt es dem BGH, die Schutzvorgaben des BVerfG umzusetzen.

b) Unter Berücksichtigung weiterer Argumente

In der Analyse der Entscheidung des BVerfG ist deutlich geworden, dass die Unterlegenheit des Verhandlungspartners nur dann als tragendes Kriterium herangezogen werden kann, wenn sie dem überlegenen Verhandlungspartner zuzurechnen ist. Dies gilt für die Entscheidungen zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen ebenso, auch wenn das BVerfG dem Vertragsinhalt mehr Gewicht als in früheren Entscheidungen beigemessen und dadurch den Einwand teilweise entkräftet hat. Den BGH trifft der Einwand nicht, obwohl er sich zur Frage der Zurechnung ebenfalls nicht äußert, weil er der Ausgewogenheit des Vertragsinhalts den Vorrang gegenüber den Umständen des Vertragsschlusses einräumt und die Fragestellung somit umgeht.

Beim Aufstellen der Forderung nach einer gerichtlichen Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen hat das BVerfG außer Acht gelassen, dass sich die schlechtere rechtliche Position der Schwangeren aus einfachrechtlichen Normierungen ergibt, die wegen ihrer Sachangemessenheit vom Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt sind. Der BGH entgeht diesem Vorwurf zwar insoweit, als er die sich aus den gesetzlichen Regelungen ergebende Unterlegenheit der werdenden Mutter nur als ein Kriterium unter mehreren und nur in der subjektiven Tatbestandsseite der Wirksamkeitskon-

¹¹⁸² Zustimmend auch *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151 (152); *Münch*, KritV 2005, 208 (224). Ablehnend hingegen *Adam*, BWNotZ 2006, 29 (33), der aus der Entscheidung des BVerfG letztlich keine neuen Schranken für die Ehevertragsfreiheit ableiten will (aaO., S. 34).

trolle heranzieht. Auch soll die Wirksamkeitskontrolle nur in Extremfällen zur Nichtigkeit der Vereinbarung führen, wodurch die künftigen Ehegatten regelmäßig frei darin sind, die bei Vertragsschluss geltenden gesetzlichen Regelungen zur Grundlage ihrer Verhandlungen zu machen. Jedoch geht auch der BGH nicht auf die rechtlichen Verhältnisse ein, die bei einem vorehelichen Ehevertragsschluss gelten. Stattdessen legt er der Kernbereichslehre lediglich das Scheidungsfolgenrecht zugrunde. Dadurch wird für alle Fälle, in denen ehebedingte Nachteile schon bei Abschluss der Vereinbarung als sicher anzusehen sind oder im Rahmen einer Ausübungskontrolle später festgestellt werden, das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht zumindest in Teilen – bei der Ausübungskontrolle beschränkt auf den Ausgleich tatsächlich entstandener ehebedingter Nachteile – zu zwingendem Recht. Die rechtlichen Verhältnisse vor der Eheschließung werden in diesen Konstellationen somit ignoriert. Verbleibt es bei der Beschränkung auf Extremfälle, dürfte sich der im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle stattfindende Eingriff in die Vertragsfreiheit allerdings in einem auch sonst üblichen Rahmen halten und dadurch gerechtfertigt sein.

Sozialstaatliche Prinzipien nimmt der BGH in seine Abwägung nicht ausdrücklich auf. Dies ist jedoch entbehrlich, da bereits die gesetzlichen Ansprüche auch auf sozialstaatlichen Erwägungen beruhen. Insbesondere naheheliche Unterhaltsansprüche sorgen für eine Absicherung des Lebensbedarfs des bedürftigen Ehegatten. Der Schutzzweck der gesetzlichen Ansprüche ist wiederum Grundlage der Kernbereichslehre, die somit mittelbar sozialstaatliche Erwägungen berücksichtigt.

2.1.2. Vereinbarkeit der Ausübungskontrolle mit den Vorgaben des BVerfG

a) Nach den Argumenten des BVerfG

Innerhalb der Ausübungskontrolle ist die Situation bei Abschluss der Vereinbarung praktisch nicht von Bedeutung. Kern der Ausübungskontrolle ist die Abwägung, ob die Auswirkungen der Vereinbarung zu einer nicht hinnehmbaren einseitigen Lastenverteilung führen. Die Vertragsschluss situa-

tion kann zwar als Argument herangezogen werden. Ihre Bedeutung muss jedoch marginal bleiben, ist die Ausübungskontrolle doch zukunftsgerichtet, soweit es um die Anpassung der Vereinbarung geht, und gegenwartsbezogen im Bezug auf die Prüfung der Lastenverteilung und deren Hinnehmbarkeit. Somit kann sich die Ausübungskontrolle im Gegensatz zur Wirksamkeitskontrolle nicht auf die Forderung des BVerfG stützen, Private vor Ausnutzung ihrer Verhandlungsunterlegenheit zu schützen.¹¹⁸³

Die Forderung des BVerfG nach einer gleichberechtigten Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft setzt die Ausübungskontrolle hingegen in besonderem Maße um. Indem ehebedingte Nachteile grundsätzlich auszugleichen sind, erhalten beide Ehegatten die gleichen Chancen eingeräumt, die eigenen Fähigkeiten zu verwirklichen. Stellt ein Ehegatte seine Chancen im Interesse beider zurück, führt die Ausübungskontrolle ab einer gewissen Toleranzgrenze zum Ausgleich der dadurch erlittenen Nachteile und stellt dadurch die Chancen in dem Umfang wieder her, in dem dies nachträglich möglich ist. Eine solche Umsetzung der Gleichberechtigung ist in den Entscheidungen des BVerfG zwar nicht angelegt, ist aber mit ihnen vereinbar.

Der Schutz von (werdenden) Müttern erfolgt durch die Ausübungskontrolle wiederum mittelbar. Das Instrument dazu ist der besondere Rang des Anspruchs auf nahehelichen Betreuungsunterhalt, den der BGH auf die oberste Stufe des Kernbereiches gesetzt hat. Diese Einordnung zieht eine besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit für von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen nach sich. Der von der gesetzlichen Normierung intendierte Schutz des betreuenden Ehegatten wird somit in höchstmöglichem Maße umgesetzt. Auch dieses Vorgehen ist daher mit den Entscheidungen des BVerfG vereinbar.

b) Unter Berücksichtigung weiterer Argumente

Auch in der Ausübungskontrolle wird weder auf die Eheschließungsfreiheit des Ehemannes noch auf die einfachrechtliche Normierung des Verhältnisses nicht miteinander verheirateter Eltern eingegangen. Deswegen trägt sie das Potential in sich, die Eheschließungs- und die Vertragsfreiheit

¹¹⁸³ Ebenso: Adam, BWNotZ 2006, 29 (32).

stärker zu begrenzen, als die Entscheidungen des BVerfG dies vorsehen. Allerdings können beide Aspekte bei der Abwägung über die Angemessenheit der vertraglichen Auswirkungen berücksichtigt werden. Bei vorsichtiger Anwendung kann die Ausübungskontrolle daher auf die rechtlichen Wertungen des BGB zur Rechtslage nicht miteinander verheirateter Eltern und auf die Bedeutung der Eheschließungsfreiheit Rücksicht nehmen. Bei einer solchen Handhabung verwirklicht die Ausübungskontrolle lediglich die eheliche Solidarität, ohne die Vertragsfreiheit der Ehegatten zu verletzen. Dabei werden die Vorwirkungen der ehelichen Solidarität allerdings nachträglich durchgesetzt, soweit die Ehegatten sie nicht berücksichtigt haben.

2.1.3. Fazit zur Verwirklichung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben durch den BGH

Ogleich die Umsetzung des BGH einen grundlegend anderen Ansatzpunkt wählt als die Ausgangsentscheidungen des BVerfG, wird der geforderte Schutz in der Kernbereichslehre umgesetzt. Dies ist insbesondere deswegen möglich, weil sich die beiden verschiedenen Ansätze auf der Ebene der inhaltlichen Abweichung von dem bereits durch das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht verwirklichten materiellen Schutz des schlechter gestellten Ehegatten treffen. Weil die inhaltliche Benachteiligung für das BVerfG immerhin noch eine notwendige, für den BGH jedoch eine hinreichende Bedingung ist, sinkt das Schutzniveau des BGH nicht unter das verfassungsgerichtlich geforderte Niveau herab.

Mit den übrigen zuvor erörterten verfassungsrechtlichen Vorgaben ist die Kernbereichslehre zumindest dann vereinbar, wenn diese bei ihrer Umsetzung nicht außer Acht gelassen werden. Die Vorgaben des BGH ermöglichen die erforderliche angemessene Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Bezüge.

2.2. Vereinbarkeit der Rechtsprechung des BGH mit dem Grundgesetz

Neben der Vereinbarkeit der Zivilrechtsprechung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben soll untersucht werden, ob die zivilrechtliche Umsetzung einem direkten verfassungsrechtlichen Gebot entspringt. Einem positiven Ergebnis in diesem Punkt wäre eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung immanent. Anderenfalls müsste sich die Rechtsprechung an den verfassungsrechtlichen Grenzen messen lassen.

2.2.1. Verfassungsrechtliche Gebotenheit der Zivilrechtsprechung in ihrer konkreten Form

Einer Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung bedürfe die Rechtsprechung des BGH nicht, falls sie sich zwingend aus dem Verfassungsrecht ergäbe.

Allerdings werden sich nur in Ausnahmefällen unmittelbar aus dem Grundgesetz Vorgaben über die Art und Weise der zivilrechtlichen Umsetzung der materiellen Wertentscheidungen ermitteln lassen. Ein solcher Ausnahmefall liegt bei der Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen nicht vor. Wäre dies anders, hätte bereits das BVerfG die Herleitung des zivilrechtlichen Instrumentariums vorgenommen. Stattdessen hat es lediglich auf die Notwendigkeit einer inhaltlichen Kontrolle von Ehevereinbarungen hingewiesen, um einen angemessenen Schutz vor Fremdbestimmung bei Abschluss solcher Vereinbarungen zu erzielen.

Zwar weist die Wirksamkeitskontrolle einen verhältnismäßig großen Bezug zu den Ausführungen des BVerfG auf, da beide auf den Zeitpunkt und die Umstände des Vertragsschlusses bezogen sind. Eine Umsetzung der Forderungen des BVerfG ohne Rückgriff auf § 138 I BGB scheint kaum vorstellbar. Jedoch wird die Wirksamkeitskontrolle maßgeblich durch die Kernbereichslehre konkretisiert, die auf den Vertragsinhalt abstellt. Dass diese die einzige zulässige Konkretisierung der verfassungsgerichtlichen Forderung nach einem zivilrechtlichen Schutz vor einseitigen Vereinbarungen darstellte, kann nicht angenommen werden. Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich zum Bürgschaftsrecht, in dem die Zivilrechtsprechung

die Forderung nach einer Inhaltskontrolle durch die Bildung von Fallgruppen umsetzte, die im Wesentlichen auf die Umstände des Vertragsschlusses abstellen und nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung des Bürgschaftsvertrages.¹¹⁸⁴ Es ist nicht ersichtlich, dass eine entsprechende Vorgehensweise, die sich im Schwerpunkt auf die Ausnutzung einer schwächeren Verhandlungsposition stützte, im Ehevertragsrecht unmöglich wäre.

Dass die Ausübungskontrolle verfassungsrechtlich nicht geboten sein kann, ergibt sich bereits aus der fehlenden Ableitbarkeit aus den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen. Wollte man die verfassungsrechtliche Vorstellung von der Ehe so verstehen, dass die eheliche Solidarität ein Abweichen von den derzeit einfachrechtlich normierten Scheidungsfolgenansprüchen nicht zuließe, führte dies nicht zur Notwendigkeit einer Ausübungskontrolle nach dem Maßstab der Kernbereichslehre, sondern zur (teilweisen) Verfassungswidrigkeit der Dispositionsbefugnisse, die das BGB den Ehegatten einräumt.

Gegen eine zwingende Ableitung der speziellen Ausgestaltung der Kernbereichslehre aus dem Verfassungsrecht spricht auch die Allgemeinheit des Ansatzpunktes des BVerfG, das einen allgemeinen Schutz vor Fremdbestimmung verlangt. Dieser muss in allen Rechtsgebieten gleichermaßen verwirklicht werden, sofern eine typisierbare Unterlegenheitsposition vorliegt. Mangels einer Beschränkung auf das Ehevertragsrecht kann aus diesem Gedanken nicht die spezielle Ausgestaltung der Kernbereichslehre folgen. Die umgekehrte Argumentation trifft für die verfassungsgerichtliche Ableitung des Schutzgedankens aus Art. 6 II, IV GG zu. Wegen der auf die Familie bezogenen Spezialität kann aus diesen Normen nicht zwingend die auch auf Ehegatten ohne Kinder anwendbare Kernbereichslehre abgeleitet werden.¹¹⁸⁵ Schließlich kann die Kernbereichslehre auch nicht aus dem Gedanken der gleichberechtigten Partnerschaft abgeleitet werden.

Somit entspricht die vom BGH aufgestellte Kernbereichslehre keinem zwingenden verfassungsrechtlichen Gebot zur Behandlung von Ehevereinbarungen.

1184 Siehe dazu MüKo BGB/*Armbrüster*, § 138, Rn. 92 ff.

1185 *Adam*, BWNNotZ 2006, 29 (33).

2.2.2. *Verfassungskonformität der Zivilrechtsprechung*

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es nicht ausreichend, dass die Rechtsprechung des BGH den Schutzauftrag des BVerfG umsetzt. Darüber hinaus darf sie nicht ihrerseits zu einer unzulässigen Beeinträchtigung verfassungsrechtlich geschützter Freiheiten führen oder gegen verfassungsrechtliche Prinzipien verstoßen.

a) Keine Anwendung von Billigkeitsgrundsätzen entgegen dem gesetzlichen Wortlaut

Die Rechtsprechung ist gem. Art. 20 III GG an die geltenden Gesetze gebunden. Daher können Billigkeitsgrundsätze nicht entgegen einem klaren Gesetzeswortlaut zur Anwendung gebracht werden.¹¹⁸⁶ Wegen der gesetzlichen Ermächtigungen zur privatautonomen Disposition über die gesetzlichen Scheidungsfolgenansprüche gem. §§ 1408 I, II, 1585c, 1587o I BGB könnte man daran denken, der Kernbereichslehre diesen Einwand entgegen zu halten.

Dieses Argument greift freilich nicht durch, da die genannten Normen keine qualifizierte Form der Disponibilität begründen. Vielmehr trifft das Gegenteil zu: §§ 1408, 1585c, 1587o I BGB haben lediglich deklaratorische Wirkung und bestätigen die ohnehin bestehende Vertragsfreiheit durch die Beseitigung jeglicher Möglichkeit, Güter-, Unterhalts- und Versorgungsausgleichsrecht als zwingende Regelungen anzusehen. Hingegen enthalten sie keine Anhaltspunkte zur Beseitigung der für alle Rechtsgeschäfte geltenden Schranken, zu denen auch §§ 138 I und 242 BGB gehören. Daher verstößt die Anwendung dieser Normen auf Ehevereinbarungen nicht gegen einen klaren Gesetzeswortlaut, sondern entspricht ihm.

Ob die konkrete Auslegung der §§ 138 I, 242 BGB und ihre Anwendung auf Ehevereinbarungen sachangemessen und verfassungskonform ist, ist keine Frage eines klaren Wortlauts, sondern in erster Linie eine systematische und teleologische Fragestellung. Für sie lässt sich aus der Wortlautgrenze keine Schlussfolgerung ableiten.

¹¹⁸⁶ BVerfG, NJW 1981, 1771 (1773); 108 (109).

b) Wahrung der Vertragsfreiheit

Die von Art. 2 I GG umfasste Vertragsfreiheit räumt Privaten das Recht ein, Verträge belastenden Inhalts zu schließen, soweit sie dabei freiwillig, d.h. selbstbestimmt handeln. Eine Fremdbestimmung ergibt sich niemals allein aus dem Inhalt des Vertrages, sondern setzt schon begrifflich eine Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung voraus.¹¹⁸⁷ Nähme die Kernbereichslehre auf diesen Umstand keine Rücksicht, verstieße sie gegen die grundrechtlich garantierte Vertragsfreiheit und stelle somit verfassungswidriges Richterrecht dar.

Allerdings beschränkt sich die Kernbereichslehre nicht auf die inhaltliche Betrachtung und Gewichtung der Vereinbarung. Der BGH hat ein weiteres Kriterium aufgestellt: Der Vertragsinhalt muss „bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar“ sein. Dadurch nimmt die Rechtsprechung nicht nur die (vorzeitigen) Wirkungen der ehelichen Solidarität, sondern auch die objektivierete Vertragsschlussituation in den Blick. Der Vertragsinhalt wird an seiner der geplanten oder gelebten Ehe und den Vorstellungen und Ziele der Parteien gemessen. Die Vorstellungen und Ziele der Ehegatten werden unter anderem von ihrer Selbstbestimmtheit geprägt. Sie dürfen nicht durch den Blick auf die objektive Situation übergangen werden, weil das Grundgesetz der Freiheit der Ehegatten zur Ausgestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft einen hohen Stellenwert einräumt.¹¹⁸⁸

Nur wegen des korrigierenden Merkmals der Angemessenheit ist die Kernbereichslehre auch in der Lage, die unterschiedliche Bedeutung einer ehevertraglichen Klausel wegen der unterschiedlichen Situation der Vertragsschließenden zu berücksichtigen. Der gleitende Übergang einer Verzichtserklärung von der Regelung eines nicht absehbaren Sachverhalts hin zu einem Verzicht auf ein vermögenswertes Recht oder eine wirtschaftlich werthaltige Anwartschaft, der mit dem zeitlichen Verlauf der Lebensgemeinschaft einhergeht, und sich bei vorehelichen Vereinbarungen anders darstellt als bei ehelichen oder bei Scheidungsvereinbarungen, erfordert eine

1187 Siehe auch *Münch*, KritV 2005, 208 (209), m.w.N.

1188 Vgl. schon *Frey*, WM 1996, 1612 (1615), der vor einer übergroßen Objektivierung unter Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip warnt. Wegen der Ehegestaltungsfreiheit gilt dieser Einwand erst recht bei Ehevereinbarungen.

solche Rückkoppelung an die Verhältnisse, Vorstellungen und Absichten der Parteien.

Nach Ansicht *Adams* verletzt die Ausübungskontrolle die Vertragsfreiheit, da Ehevereinbarungen gem. Art. 2 I GG zulässig seien, womit eine nachträgliche Korrektur wegen später eingetretener Umstände nicht vereinbar sei.¹¹⁸⁹ Dieser Einwand greift freilich zu kurz. Eine nachträgliche Korrektur geschlossener Vereinbarungen ist kein singulärer, auf Ehevereinbarungen beschränkter Vorgang, sondern gem. § 313 BGB bei allen Rechtsgeschäften vorgesehen. Sie berücksichtigt den Kontext des Rechtsgeschäfts, das auch dann von bestimmten Rahmenbedingungen abhängig ist, wenn sich die Abhängigkeit nicht in den Vertragsbedingungen widerspiegelt. Im Falle von Ehevereinbarungen tritt neben diesen Gedanken die besonders enge Verbindung der Vertragspartner, die sie gegenüber gewöhnlichen Vertragspartnern zu einer besonderen Solidarität füreinander verpflichtet. Dies rechtfertigt sogar eine Anpassung unter niedrigeren Voraussetzungen, als sie von § 313 BGB aufgestellt werden.

2.2.3. Fazit zur Vereinbarkeit der Rechtsprechung des BGH mit dem Grundgesetz

Aus vorstehenden Ausführungen ist zu folgern, dass die Rechtsprechung, die sich auf die Kernbereichslehre des BGH gründet, keine zwingende Folge der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist.

Wegen der ihr immanenten Möglichkeiten einer ausreichenden Rückkoppelung an die objektive Situation, aber auch an die Selbstbestimmung der Ehegatten, stellt die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen freilich auch keinen unzulässigen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Dies erfordert es allerdings, dass sich die Gerichte bei ihrer Anwendung nicht allein auf inhaltliche Aspekte beschränken.

1189 *Adam*, BWNotZ 2006, 29 (33).

3. Zivilrechtliche Grundlagen für die Rechtsprechung des BGH

Ist die Zivilrechtsprechung zwar mit der Verfassung vereinbar, jedoch nicht die Erfüllung eines unmittelbaren verfassungsrechtlichen Auftrages, muss sie sich auf weitere Erwägungen stützen. Insoweit kommen neben den bereits angesprochenen verfassungsrechtlichen Bezügen lediglich einfachrechtlich verankerte Grundlagen in Betracht.

Auf diese Begründungsansätze soll im Folgenden näher eingegangen werden. Soweit sie einander nicht widersprechen, können sie auch gemeinsam die Grundlage für die Zivilrechtsprechung bilden.

3.1. Teleologie des Scheidungsfolgenrechts

Eine Einschränkung der Ehevertragsfreiheit wird z.T. abgeleitet aus dem Sinn und Zweck des Scheidungsfolgenrechts. Dies betrifft sowohl die Rechtsprechung des BGH als auch Ansätze des Schrifttums. Diese Ansätze werden auch unter Rückgriff auf die Erwägungen des Gesetzgebers auf ihre Schlüssigkeit untersucht.

3.1.1. *Argumentation des BGH*

Der BGH beruft sich bei Aufstellung der Kernbereichslehre auf den Schutzzweck des Scheidungsfolgenrechts. Nach seiner Interpretation steht dieser einer ehevertraglichen Gestaltung entgegen, die sich nicht an den ehelichen Lebensverhältnissen orientiert.¹¹⁹⁰ Dieser Ansatz schlägt sich insbesondere in den Ausführungen zum Betreuungsunterhalt nieder, dessen Disponibilität der BGH an die Verwirklichung des Zwecks – die Betreuung des Kindes – auf andere Weise als durch eine persönliche Betreuung durch die Mutter knüpft.¹¹⁹¹ Auch bei den Unterhaltstatbeständen wegen Krankheit und

1190 BGH, NJW 2004, 930 (934): „Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und *durch die individuelle Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte* Lastenverteilung entstünde“ (Hervorhebung vom Verfasser).

1191 BGH, NJW 2004, 930 (934). Die Ausführungen des BGH wird man wohl geschlechtsneutral zu lesen haben, da bei einer Betreuung durch den Vater dieser in gleicher Weise von § 1570 BGB geschützt wird.

Alters sieht der BGH eine gesteigerte Disponibilität, wenn die Situation der Ehegatten von der vom Gesetz zugrunde gelegten Normallage abweicht, weil die Eheschließung erst im Alter oder nach Ausbruch der Krankheit erfolgte und die Bedürfnislage deswegen keinen zeitlichen Zusammenhang zur ehelichen Lebensgemeinschaft aufweist.¹¹⁹²

Bei den Scheidungsfolgenansprüchen, die dem Randbereich zuzuordnen sind, verlangt der BGH hingegen keine Rechtfertigung einer Abbedingung durch die Lebensumstände. Stattdessen begnügt er sich mit dem Hinweis auf die schwächere systematische Ausgestaltung durch das BGB, aus der er eine geringere Bedeutung für den Berechtigten ableitet. Wie gesehen, folgt aus dieser Feststellung eine bis auf Ausnahmefälle uneingeschränkte Disponibilität der dem Randbereich zugeordneten Scheidungsfolgenansprüche.

Zugunsten der Disponibilität über den Zugewinnausgleich argumentiert der BGH nicht nur mit der Möglichkeit, die gesetzlichen Vorgaben an die Besonderheiten der gelebten Beziehung anzupassen, sondern räumt den Ehegatten zusätzlich die Freiheit ein, bei der Bewertung der jeweiligen Beiträge zur Lebensgemeinschaft von der gesetzlichen Fiktion der Gleichwertigkeit abzuweichen.¹¹⁹³ Des Weiteren sieht der BGH im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft keine Anordnung einer zwingenden Vermögensbeteiligung beider Ehegatten am Vermögen des jeweils anderen. § 1353 I 2 HS 2 BGB verlange nur Verantwortung füreinander, die sich nahehelich in der Deckung aktueller Versorgungsbedürfnisse und mithin im Unterhaltsrecht, hingegen grundsätzlich nicht im Vermögensrecht niederschlage.¹¹⁹⁴ Aus diesen Besonderheiten des Zugewinnausgleichs gegenüber dem nahehelichen Unterhaltsrecht folgert der BGH die Zuordnung zum Randbereich und eine erhöhte Disponibilität, die von der geplanten und gelebten Lebensgemeinschaft nicht in vollem Umfang gerechtfertigt sein muss.

1192 BGH, NJW 2004, 930 (934).

1193 BGH, aaO.

1194 BGH, aaO. Das Vermögensrecht könne allenfalls hilfsweise zur Deckung von Versorgungsdefiziten herangezogen werden.

Der Versorgungsausgleich wird im Grundsatz als Altersunterhalt verstanden. Wegen des damit einhergehenden Zusammenhangs zur gegenseitigen Verantwortung unterliegt jede Disposition einem erhöhten Rechtfertigungsdruck und wird an den geplanten und gelebten ehelichen Verhältnissen gemessen. Erst bei gehobenen Versorgungsverhältnissen folgert der BGH aus der technischen Ähnlichkeit zum Zugewinnausgleich einen größeren Freiraum zur Gestaltung des Versorgungsausgleichs.¹¹⁹⁵

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der BGH für die dem Kernbereich zugeordneten Scheidungsfolgenansprüche zumindest im Grundsatz eine Rechtfertigung jeglicher Disposition durch die geplanten oder verwirklichten Lebensverhältnisse der Ehegatten fordert. Im Randbereich ist eine solche Rechtfertigung hingegen grundsätzlich nicht erforderlich.

3.1.2. Vergleichbare Standpunkte in der Literatur

Mit dieser Vorgehensweise nähert sich der BGH der Argumentation *Dauner-Liebs* an, die das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht als Schutzsystem zugunsten des Ehepartners, der in einer Einverdiener Ehe mit Kindern die Familienarbeit übernimmt, betrachtet.¹¹⁹⁶ Nach ihrer Ansicht findet die Ehevertragsfreiheit ihre Rechtfertigung und Notwendigkeit allein als Korrelat der Ehetypenfreiheit, die es den Ehegatten gestatte, vom gesetzlichen Leitbild der Einverdiener Ehe mit Kindern abzuweichen.¹¹⁹⁷ Nur soweit die Ehegatten von diesem Leitbild tatsächlich abweichen, sei daher auch die Modifizierung bzw. Abbedingung des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts unbedenklich. Allerdings anerkennt auch *Dauner-Lieb* eine weitergehende Disponibilität jener Unterhaltstatbestände, die sich nicht als Befriedigung ehebedingter Bedürftigkeit verstehen lassen.¹¹⁹⁸

1195 BGH, aaO.

1196 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (313); *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (12). So auch *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1515). Ähnlich *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272 (277).

1197 *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (315); *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (6 f., 12).

1198 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (13).

3.1.3. *Erwägungen des Gesetzgebers*

Der Schutz- und Kompensationsgedanke stand auch bei der Verabschiedung des 1. Eherechtsreformgesetzes im Vordergrund. Die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf nennt als Grundgedanken für nachehelichen Unterhalt, dass die Verantwortlichkeit der Ehegatten füreinander nicht mit der Scheidung ende und der sozial und wirtschaftlich stärkere Ehegatte seinem ehemaligen Partner daher beizustehen habe.¹¹⁹⁹ Der Rechtsausschuss greift hingegen direkt auf die Notwendigkeit eines Ausgleichs für ehebedingte Bedürfnislagen zurück.¹²⁰⁰ Diese Gemengelage führt dazu, dass bereits in der Regierungsbegründung deutlich wird, dass sich die Unterhaltstatbestände nicht auf eine einheitliche Grundlage zurückführen lassen. So begnügt sich die Regierungsbegründung beim Unterhalt wegen Krankheit mit der Feststellung, eines Kausalzusammenhangs zur Ehe bedürfe es nicht, weil bis zur Scheidung die Schicksalsgemeinschaft der Ehegatten fortbestehe, so dass ein Einstehen für die Krankheit des Partners erwartet werden könne.¹²⁰¹ Der Unterhaltsanspruch bis zur Erlangung einer angemessenen Beschäftigung wird ohne weitere Rückbindung an die eheliche Lebensgemeinschaft mit der Begründung gewährt, selbst bei konjunkturell bedingter Unmöglichkeit, eine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden, sei dies Ergebnis der ehelichen Arbeitsteilung, die eine frühere Aufnahme der Erwerbstätigkeit ausgeschlossen habe.¹²⁰² Diese Argumentation vermag nicht zu verbergen, dass es sich bei der Erwerbslosigkeit des geschiedenen Ehegatten nicht in jedem Fall um eine ehebedingte Bedürfnislage handelt. Gleiches gilt für den Unterhalt wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung, bei dem ebenfalls auf einen Kausalzusammenhang verzichtet wurde.¹²⁰³ Die Regierungsbegründung sieht die Gefahr des Missbrauchs, nimmt diesen jedoch billigend in Kauf und verweist auf das regel-

1199 BT-Drucks. 7/650, S. 121.

1200 BT-Drucks. 7/4361, S. 16.

1201 BT-Drucks. 7/650, S. 124. Erst nach deren Ende werde die Erkrankung zu einem Schicksalsschlag, der im alleinigen Risiko des geschiedenen Ehegatten liege. Auf die weiteren Einsatzzeitpunkte will die Regierung die gegebene Begründung übertragen, obgleich die Schicksalsgemeinschaft zu diesen Zeitpunkten nur noch aus der Unterhaltsverpflichtung besteht.

1202 BT-Drucks. 7/650, S. 126.

1203 Ebenso: *Schürmann*, FPR 2005, 492 (495).

mäßig vorliegende Einverständnis des Partners mit dem Abbruch oder dem Unterlassen der Ausbildung.¹²⁰⁴ In diesem Verweis offenbart sich freilich die Abweichung vom Anliegen, ehebedingte Bedürfnislagen auszugleichen. Einen Abbruch der Ausbildung kann der Partner nämlich unabhängig von seinem Einverständnis kaum verhindern.

Diese Inkonsistenz der nahehelichen Unterhaltsansprüche ist heute auch von jenen anerkannt, die aus dem mit dem nahehelichen Unterhalt verfolgten Schutz eine Einschränkung seiner Disponibilität ableiten.¹²⁰⁵ Die fehlende Konsequenz dürfte auch der Grund dafür sein, dass der BGH im Randbereich des Scheidungsfolgenrechts eine weitgehende Dispositionsfreiheit anerkennt.

3.1.4. Schlüssigkeit der Folgerungen aus der Teleologie des Scheidungsfolgenrechts

Will man aus der Teleologie des Scheidungsfolgenrechts den Umfang der Dispositionsfreiheit der Ehegatten ermitteln, darf neben dem von den Scheidungsfolgenansprüchen bezweckten Schutz des wirtschaftlich schlechter abgesicherten Ehegatten nicht die Intention derjenigen Normen, die den Ehegatten Vertragsfreiheit einräumen, außer Acht gelassen werden. Ein Schluss aus dem mit den nahehelichen Unterhaltstatbeständen angestrebten Schutz auf deren zwingenden Charakter wäre unzulässig, überginge er doch die gleichzeitige gesetzliche Einräumung der Ehevertragsfreiheit.

Dauner-Lieb und *Goebel* ordnen der Ehevertragsfreiheit lediglich die Funktion zu, denjenigen Ehegatten die Anpassung der rechtlichen Ordnung der Ehe zu ermöglichen, deren Lebensverhältnisse vom gesetzlichen Leitbild der Einverdiener Ehe mit Kindern abweicht.¹²⁰⁶ Darüber hinaus soll die Dispositionsfreiheit der Ehegatten über die gesetzlichen Scheidungsfolgen trotz formal fehlender Einschränkung wegen der Teleologie des Schei-

1204 BT-Drucks. 7/650, S. 131.

1205 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamRZ 2003, 1 (12); *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1515). Siehe auch *Schürmann*, FPR 2005, 492 (493).

1206 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamRZ 2003, 1 (12); *dies.*, AcP 2001, 295 (314 f.); *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1516).

dungsfolgenrechts¹²⁰⁷ bzw. wegen der zwingenden gegenseitigen Verantwortung der Ehegatten füreinander¹²⁰⁸ eingeschränkt sein.

Diese Argumentation geht zunächst davon aus, dass die Einverdiener Ehe mit Kindern diejenige Organisationsform einer Ehe ist, in der das Schutzbedürfnis für den betreuenden Ehegatten am größten ist. Dies ergibt sich schlüssig daraus, dass er wegen der Kindesbetreuung i.d.R. am Aufbau eines eigenständigen Vermögens und einer unabhängigen Absicherung für das Alter gehindert und zudem zur Sicherung seines Unterhalts auf seinen Partner angewiesen ist. Aus dem umfangreichsten Schutz zugunsten des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten folgt zugleich die größtmögliche Belastung des wirtschaftlich Stärkeren. Diese Bestandsaufnahme kann nicht ernsthaft in Frage gestellt werden.

Allerdings bleibt fraglich, ob die Ehevertragsfreiheit tatsächlich nur besteht, um eine Anpassung der gesetzlichen Scheidungsfolgen an eine vom gesetzlichen Leitbild abweichende Lebensgestaltung zu ermöglichen. Gestalten die Ehegatten ihre Ehe in einer Art und Weise, die zu einem geringen Schutzbedürfnis als bei einer Einverdiener Ehe führt, wird nämlich automatisch auch der Umfang des gewährten Schutzes vermindert und die Belastung des anderen Ehegatten verringert. Denn die gesetzlichen Scheidungsfolgenansprüche sind darauf angelegt, Unterschiede in der Einkommens- und Vermögenslage der Ehegatten zu nivellieren. Werden diese schon durch die Lebensführung verringert oder ausgeglichen, sinkt der Umfang des durch das Scheidungsfolgenrecht vorgenommenen Ausgleichs.

Weil die den gesetzlichen Regelungen immanente Anpassung ein gesteigertes Dispositionsinteresse der Ehegatten daher nicht trägt, kann allein der Hinweis auf das geringere Schutzbedürfnis keine uneingeschränkte Dispositionsfreiheit über die zuvor quasi als zwingend angesehenen Scheidungsfolgenansprüche begründen. So bleiben für die ehelichen Lebensverhältnisse, die gem. § 1578 I 1 BGB für den nahehelichen Unterhalt maßgebend sind, im Regelfall allein die Einkommensverhältnisse der Ehegatten von Bedeutung. Sind beide Ehegatten erwerbstätig, mag der

1207 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamRZ 2003, 1 (12 f.); *dies.*, AcP 2001, 295 (314 ff.).

1208 *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1516 f.).

Ehegatte mit dem geringeren Einkommen zur Sicherung seines Lebensunterhalts nicht mehr oder nicht mehr vollständig auf seinen Partner angewiesen sein. Dennoch würde ein Unterhaltsverzicht bedeuten, dass er im Falle einer Scheidung seine Lebensführung nicht mehr an den ehelichen Lebensverhältnissen bemessen kann, sondern auf sein eigenes Einkommen verwiesen würde. Gleiches gilt für den Bereich des Versorgungsausgleichs im Hinblick auf die Absicherung des Ruhestandes. Dabei sei eine geringere Schutzbedürftigkeit des erwerbstätigen Ehegatten gegenüber einem nicht erwerbstätigen Ehegatten zugestanden. Jedoch greift das Schutzanliegen der Unterhaltstatbestände auch in diesen Konstellationen. Das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht füllt die naheheliche Solidarität mit dem Inhalt, dass der Bedarf der Ehegatten auch nach einer Scheidung an den gleichen Verhältnissen gemessen wird wie während der Ehe und der wirtschaftlich stärkere Ehegatte weiterhin für entsprechende ausgleichende Transferleistungen aufzukommen hat. Dies gilt grundsätzlich auch für Ehegestaltungen, die nicht oder nicht vollständig dem gesetzlichen Eheleitbild entsprechen.¹²⁰⁹

3.1.5. Berücksichtigung des Zwecks der Ehevertragsfreiheit

Kann die eingeräumte Ehevertragsfreiheit also nicht allein mit der Möglichkeit einer Anpassung des Scheidungsfolgenrechts an vom gesetzlichen Leitbild abweichende Ehegestaltungen begründet werden, muss sie sich auf weitere Erwägungen stützen. Die den Ehegatten vom BGB eingeräumte Freiheit, Scheidungsfolgen über die mit einer wirtschaftlich ausgeglicheneren Ehegestaltung ohnehin einhergehenden Anpassung hinaus zu modifizieren, erscheint nur sinnvoll, wenn man sie zugleich als Freiraum versteht, eigene Vorstellungen über eine gerechte Vermögensverteilung mit rechtlicher Relevanz zu versehen.¹²¹⁰ Denn eine von den Vorstellungen der Ehegatten unabhängige Anpassung der Scheidungsfolgen an Ehege-

1209 BVerfGE 9, 237 (243).

1210 Auch *Münch*, KritV 2005, 208 (216 f.), sieht die Funktion der Ehevertragsfreiheit nicht nur in der Anpassung an eine von der Einverdienerhe abweichende Lebensgestaltung, sondern auch in der Verwirklichung eigener Vorstellungen der Ehegatten.

staltungen, die von der Einverdienerreihe abweichen, könnte schon durch entsprechende gesetzliche Klauseln und Vorbehalte bewerkstelligt werden.

Mit der Zuerkennung von Vertragsfreiheit anerkennt das BGB zugleich, dass auch Ehe- und insbesondere Scheidungsvereinbarungen teilweise unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geschlossen werden.¹²¹¹ Diese Tatsache kann nicht durch den Hinweis auf familienrechtliche Besonderheiten beim Abschluss von Ehevereinbarungen¹²¹² verdeckt werden. Schließlich harmonisiert die Eingliederung des Ehevertragsrechts in das von Privatautonomie und Selbstverantwortung geprägte allgemeine Vertragsrecht des BGB sowohl mit der Anerkennung der Ehegestaltungsfreiheit als auch mit dem Befund einer teilweisen wirtschaftlichen Ausrichtung von Ehevereinbarungen.

Neben dem wirtschaftlichen Gestaltungsspielraum ermöglicht es die Ehevertragsfreiheit Ehegatten, ihre Vorstellungen von der ehelichen Solidarität konkretisierend an die Stelle der gesetzlichen Regelungen zu setzen. Es steht ihnen z.B. frei, ihre eheliche Gemeinschaft im Wesentlichen als gestaltete Liebesbeziehung zu verstehen. Mit einer solchen Betrachtung mag es nicht immer vereinbar sein, dass durch die Abfolge der gesetzlichen Unterhaltsansprüche eine Lebensstandardgarantie für beide Ehegatten geschaffen wird. Daher kommt eine Modifikation der gesetzlichen Ansprüche bezüglich ihrer Anspruchsvoraussetzungen in Betracht. Dies mag durch die Aufnahme einer zeitlichen Grenze, z.B. in Abhängigkeit von der Dauer der Ehe, oder durch eine Abbedingung oder Abänderung der Einsatzzeitpunkte von Unterhaltsansprüchen geschehen.

Nach alledem kann die Ehevertragsfreiheit nicht allein als Ergänzung zur Ehegestaltungsfreiheit betrachtet werden. Sie bezweckt vielmehr auch die Schaffung eines Gestaltungs- und Bewertungsfreiraums, der nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang zur gelebten Rollenverteilung steht. Angesichts dessen sind die Aussagen sowohl des BGH als auch *Dauner-Liebs* in ihrer Absolutheit nicht zu halten.

1211 Staudinger/*Rehme*, § 1408, Rn. 78; *Schwab*, FS Holzhauser, 410 (411); *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (249 f.).

1212 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (18).

3.1.6. Grenzen der Ehevertragsfreiheit

Freilich besteht auch die Ehevertragsfreiheit nicht grenzenlos. Dieser eigentlich selbstverständliche Umstand ist durch die Entscheidungen des BVerfG erneut in das Bewusstsein der Rechtsanwender geholt worden. Zum einen unterliegt sie den situationsabhängigen Schranken, die der bürgerlichen Rechtsordnung immanent sind. Wegen der Eingliederung der Eheverträge ins allgemeine Vertragsrecht führt das Ausnutzen von Drucksituationen u.U. zur Sittenwidrigkeit oder zur Anfechtbarkeit der Vereinbarung. Zum anderen ergeben sich aus dem Eherecht selbst systematische Begrenzungen der Ehevertragsfreiheit. In aller Deutlichkeit weist *Goebel* darauf hin.¹²¹³ Die gegenseitige Verantwortung der Ehegatten füreinander ist kennzeichnend für den Vertrag Ehe. Sie kann nicht durch eine in Form einer Ehevereinbarung getroffene Nebenabrede außer Kraft gesetzt werden. Dies wäre schon mit dem Ehebild des Grundgesetzes unvereinbar. Vielmehr verlangen gerade dessen Wertungen eine besondere Berücksichtigung der Ehe bei Abschluss einer Vereinbarung, die in unmittelbarem Zusammenhang zu dieser stehen.

Die Begrenzungen der Ehevertragsfreiheit sind jedoch nicht als teleologische Reduktion des Scheidungsfolgenrechts auf zwingende Rechtssätze zu verstehen, sondern bilden nur den äußeren Rahmen für die sowohl vom einfachen Recht wie auch von der Verfassung anerkannte Gestaltungsfreiheit. Dieser Zusammenhang wird nicht deutlich, wenn die Ehevertragsfreiheit auf ein Korrelat zur Ehegestaltungsfreiheit beschränkt wird, wie *Dauner-Lieb* dies vorschlägt.

Auch aus dem Ansatz des BGH ergibt sich dieser Zusammenhang nicht unmittelbar, da er nur von dem Verbot spricht, den Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen (gemeint sind die Regelungen der Scheidungsfolgen) nicht zu unterlaufen. Diese Formulierung läuft Gefahr, den Zweck der Disponibilität aus dem Blick zu verlieren.¹²¹⁴ Gleichwohl ermöglicht die vom BGH aufgestellte Kernbereichslehre bei entsprechender Umsetzung die Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums, den das BGB auch denjenigen

1213 *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1515 ff.).

1214 Vgl. dazu auch *Staudinger/Rehme*, § 1408, Rn. 79.

Ehegatten einräumen will, die eine Einverdiener Ehe mit Kindern führen.¹²¹⁵ Bei vorsichtiger Handhabung kann die Kernbereichslehre nämlich als Ausfluss der besonderen Solidarität, die sich Ehegatten gegenseitig schulden, verstanden werden.

Die eheliche Solidarität unterscheidet die Ehe von anderen Vertragsbeziehungen. Sie gehört zu den *essentialia negotii* des Eherechts und verlangt von beiden Ehegatten gegenseitige Rücksichtnahme und die Wahrnehmung von Verantwortung füreinander.¹²¹⁶ Daher stellt sie ein qualifiziertes Ausnutzungsverbot einer schlechteren Verhandlungsposition bei Abschluss einer Ehevereinbarung und ein qualifiziertes Anpassungsgebot an die nachträgliche Entwicklung auf. Beides ist schuldrechtlichen Vereinbarungen zwischen nicht miteinander verheirateten Vertragspartnern fremd.¹²¹⁷ Darin zeigt sich die Besonderheit des Ehevertragsrechts.

3.2. Der Topos von den ehebedingten Nachteilen

Eine Einschränkung der Vertragsfreiheit im Eherecht wird auch direkt mit der Notwendigkeit, die Ehebedingtheit vorhandener Bedürfnislagen zu berücksichtigen, zu begründen versucht.¹²¹⁸ Der BGH stützt zwar nicht die Herleitung der Kernbereichslehre auf derartige Erwägungen, wendet sich ihnen jedoch bei ihrer Anwendung zu.

Für die Ausübungskontrolle deutete sich dies bereits in der Kernbereichs-Entscheidung an.¹²¹⁹ In Folgeentscheidungen wurde der Ausgleich ehebedingter Nachteile ausdrücklich zum Maßstab der Ausübungskontrolle.¹²²⁰ Auch für die Wirksamkeitskontrolle gewann der Gedanke des Ausgleichs ehebedingter Nachteile Bedeutung. Zum Maßstab für die Zulässigkeit eines

1215 Auch *Münch*, KritV 2005, 208 (219), sieht in dem Urteil des BGH eine grundsätzliche Anerkennung der Disponibilität.

1216 BVerfGE 53, 257 (296); Staudinger/*Hübner/Voppel*, § 1353, Rn. 24 ff.

1217 Auf die eheliche Solidarität beruft sich auch *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1516), der einen gesetzlichen Ausgleich für die in der Ehe liegende Abweisung anderer Lebenschancen verlangt.

1218 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (13); MüKo BGB/*Maurer*, § 1569, Rn. 8.

1219 BGH, NJW 930, 935. Der BGH sah weniger Raum für die Anwendung von Verschuldensgesichtspunkten bei Scheidungsfolgen, die einen Ausgleich ehebedingter Nachteile beabsichtigen.

1220 BGH, FamRZ 2005, 185 (187).

Unterhaltshöchstbetrages erhob der BGH die anfängliche Eignung der Vereinbarung zum Ausgleich ehebedingter Nachteile.¹²²¹

3.2.1. Bedeutung des Topos innerhalb der Kernbereichslehre

Die bereitwillige Übernahme dieses Ansatzes in die Kernbereichslehre muss erstaunen, ist er doch weder mit der ursprünglich gegebenen Begründung, noch mit den ursprünglichen Vorgaben vereinbar.¹²²² Die Kernbereichslehre wurde mit einer rechtssystematisch ermittelten Abstufung der Scheidungsfolgen begründet. Daraus entwickelte der BGH eine Rangfolge, die sich nicht an dem Maß des Ausgleichs ehebedingter Nachteile orientiert. Denn der Kompensationsgedanke für eingegangene Nachteile ist lediglich ein Gedanke unter mehreren, auf denen die Scheidungsfolgenansprüche aufbauen. Sie sind nicht im Schwerpunkt darauf ausgerichtet.¹²²³ Als ehebedingt wird insbesondere der Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes gem. § 1570 BGB angesehen.¹²²⁴ Auch der Unterhaltsanspruch wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung gem. § 1575 BGB weist wegen der tatbestandlichen Koppelung von Abbruch der Ausbildung und Ehe einen starken Bezug zur Ehe auf, wenngleich eine Kausalität nicht erforderlich ist.¹²²⁵ Somit entscheidet bereits bei diesem Anspruch die jeweilige Konstellation darüber, ob durch die Gewährung des Anspruchs im Einzelfall ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden. Dies gilt gleichermaßen für die übrigen

1221 BGH, FamRZ 2005, 1444 (1447 f.). Die Vereinbarung dürfe nicht von Anfang an offensichtlich ungeeignet sein, ehebedingte Nachteile auszugleichen. Siehe auch BGH, FamRZ 2005, 691 (692); FamRZ 2006, 1359 (1362).

1222 Schwab, FS Holzhauser, 410 (425); Volmer, ZNotP 2005, 242 (251).

1223 Siehe schon oben, S. 391.

1224 Einhellige Auffassung, siehe nur MüKo BGB/Maurer, § 1570, Rn. 1. Wegen der Entwicklung der modernen Partnerschaftsformen sei der Hinweis gestattet, dass der Unterhaltstatbestand keine kausale Verknüpfung zur Ehe hat. Das gemeinschaftliche Kind beruht vielmehr nur auf der Partnerschaft, so dass der wirtschaftliche Nachteil, der aus der Erziehung des Kindes folgt, eigentlich kindes- statt ehebedingt genannt werden müsste (ähnlich: Schürmann, FPR 2005, 492 (494)). Angesichts des Leitbildes des BGB wird man dennoch von einem ehebedingten Nachteil sprechen dürfen.

1225 BT-Drucks. 7/650, S. 131. MüKo BGB/Maurer, § 1575, Rn. 1, sieht den Anspruch dennoch als ehebedingten Anspruch an.

Unterhaltstatbestände. Je nach vorangegangener Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten handelt es sich bei dem jeweiligen Anknüpfungspunkt um ein Moment, für das eheliche Solidarität beansprucht werden kann oder nicht. So kann die Erwerbslosigkeit, die u.U. einen Unterhaltsanspruch nach § 1573 I BGB begründet, auf einer freien Entscheidung beruhen, die entweder zugunsten und in Übereinstimmung mit der Familie oder aus eigennützigen Motiven getroffen wurde. Sie kann auch auf mangelnde Ausbildung zurückzuführen oder den jeweiligen Arbeitsmarktverhältnissen geschuldet sein. Ebenso kann das Alter, das möglicherweise gem. § 1571 BGB zum nahehelichen Unterhalt berechtigt, dadurch einen Zusammenhang zur Ehe aufweisen, als es unbillig wäre, den Ehegatten nach mehreren Jahrzehnten gelebter Rollenteilung und einverständlichem Fernbleiben vom Arbeitsleben schlicht auf seine Selbstverantwortung zu verweisen. Erfolgte die Eheschließung freilich erst wenige Jahre zuvor, ist ein Zusammenhang zwischen dem erreichten Alter und der gelebten Partnerschaft nicht ersichtlich.¹²²⁶ Beim Unterhaltsanspruch wegen Krankheit oder Gebrechen ist es eher fernliegend, von einem ehebedingten Nachteil zu sprechen.¹²²⁷

Angesichts dieses Befundes kommt dem Ausgleichsgedanken für ehebedingte Nachteile in der Kernbereichslehre kein entscheidendes Gewicht zu. Stattdessen setzt sie auf eine Abwägung, ob die Vereinbarung nach Inhalt und Umständen ihres Abschlusses unzumutbar ist, weil sie bei Beendigung der Lebensgemeinschaft zu einseitigen, nicht hinnehmbaren Belastungen führt. Vom Ansatz ist dies auf einen Vergleich zwischen den Verhältnissen einer den gesetzlichen Regelungen unterworfenen und einer vertraglich geregelten Ehe ausgerichtet. Hingegen ist der Vergleichspunkt für den Ausgleich ehebedingter Nachteile eine Entwicklung, bei der die Ehe als „Störfaktor“ hinweggedacht wird, so dass der Vergleich zwischen der Ehe und einer Nicht-Ehe stattfindet.¹²²⁸

1226 Ähnlich MüKo BGB/Maurer, § 1571, Rn. 1.

1227 MüKo BGB/Maurer, § 1572, Rn. 1, führt den Unterhaltsanspruch auf eine ethische Entscheidung zurück.

1228 Volmer, ZNotP 2005, 242 (251), der dem Kriterium des Ausgleichs ehebedingter Nachteile dennoch zustimmen will. Zum Vergleichszeitpunkt in der Kernbereichslehre siehe

3.2.2. *Synthese des Topos mit der Kernbereichslehre*

Verstünde man die Forderung nach einem Ausgleich für ehebedingte Nachteile als Grundprinzip, enthielte die Kernbereichslehre keine darüber hinausgehende präzisierende Aussage und wäre somit entbehrlich.¹²²⁹ Allerdings ist eine Synthese beider Ansätze nicht von vornherein ausgeschlossen. So kann der Ausgleich ehebedingter Nachteile im Kernbereich als Regel-Mindestanforderung an eine Ehevereinbarung verstanden werden, die weder in der Wirksamkeits- noch in der Ausübungskontrolle beanstandet wird. Gleichzeitig kann den Ehegatten darüber hinaus Raum gewährt werden, eigene Bewertungen und Lebensentwürfe zu verfolgen und zu verwirklichen. Insbesondere mit abweichenden Bewertungen der Beiträge zur Lebensgemeinschaft kann einhergehen, dass der Angemessenheitsprüfung nicht die Vergleichssituation einer unterlassenen Eheschließung zugrunde gelegt wird. Bei der Erwägung, welche Versorgungs- und Vermögenslage ein Ehegatte aus eigener Kraft erlangt hätte, ist dann die von den Ehegatten einvernehmlich vorgenommene Bewertung seines Unterhaltsbeitrags zugrunde zu legen.¹²³⁰

3.2.3. *Relativierung der Bedeutung des Topos*

Bei dem so skizzierten Vorgehen ist zu berücksichtigen, dass die Ehegatten anstelle der gesetzlichen Ausgleichsmechanismen andere Methoden beabsichtigen und praktizieren können, durch die ehebedingte Nachteile vermieden, ausgeglichen oder doch zumindest erheblich gemildert werden. Dabei ist insbesondere an eine Vermögensverteilung zu denken, die sich nicht an der von der Zugewinnngemeinschaft zugrunde gelegten Gütertrennung orientiert. In vielen Ehen sind beide Ehegatten gleichermaßen an den zentralen Vermögensgegenständen, z.B. dem Familien-

schon oben, S. 318.

1229 So die Schlussfolgerung von *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (251).

1230 Man mag eine Übereinkunft, die letztlich davon ausgeht, dass der Beitrag des haushaltsführenden Ehegatten geringwertiger ist als der des erwerbstätigen, kritisieren. Jedoch kann einerseits nicht erwartet werden, dass die abstrakte gesetzliche Wertung der Gleichwertigkeit von allen Betroffenen geteilt wird, während andererseits eine suboptimale Nutzung der eigenen Möglichkeiten auch im Eherecht respektiert werden sollte, solange sie auf einer freien Entscheidung des davon Benachteiligten beruht.

heim, beteiligt. Auch dürfte vielfach eine gemeinschaftliche Verwendung des möglicherweise einseitig erzielten Einkommens zu einem im Wesentlichen gleichmäßigen Vermögensaufbau führen, insbesondere wenn beide Ehegatten ein gemeinsames Konto führen, an dem sie gleichermaßen berechtigt sind. Auch bei der privaten Altersvorsorge, die zunehmend an Bedeutung gewinnt, können je nach gewählter Anlageform beide Ehegatten beteiligt sein und auf diese Art und Weise die Bedeutung des Versorgungsausgleichs schmälern.

Wählen die Ehegatten derartige Instrumente, um das ihnen zur Verfügung stehende Einkommen zu verwenden und zu verteilen, verlieren Verzichtserklärungen, deren Wirkungen wegen einer unterschiedlichen Einkommenslage der Ehegatten einseitig erscheinen, ihre durchschlagende Bedeutung, da sie von der gelebten Partnerschaft widerlegt werden.¹²³¹

Weiterhin gilt es zu beachten, dass in manchen Konstellationen auch das uneingeschränkt angewandte gesetzliche Scheidungsfolgenrecht nicht in der Lage ist, ehebedingte Nachteile auszugleichen. Insbesondere wenn die Ehegatten kein nennenswertes Vermögen zum Verteilen haben und auch das laufende Einkommen nicht zur Abdeckung der Bedürfnisse beider genügt, kann nach einer Scheidung für keinen von beiden das Niveau der ehelichen Lebensgemeinschaft aufrecht erhalten werden. Häufig steht auch kein Vermögen zur Verfügung, um z.B. geleistete Mitarbeit auszugleichen, weil das gemeinsam betriebene Erwerbsgeschäft kaum Erträge abgeworfen hat.

Zur Relativierung der Bedeutung der ehebedingten Nachteile als Rechtfertigung für die Einschränkung der Ehevertragsfreiheit sei auf eine bereits ausgeführte notwendige Einschränkung hingewiesen: Bei Durchführung des Ausgleichs ist darauf zu achten, dass nicht der ursprünglich benachteiligte Ehegatte vollständige Kompensation erfährt, die zu einer Benachteiligung des anderen Ehegatten führt. Eine solche umgekehrte Benachteiligung wäre gleichermaßen ungerechtfertigt.¹²³² Dies muss gelten, obgleich die Berechnung sich in den Fällen als schwierig erweisen wird, in denen zusätzlich ein

1231 Auf die Maßgeblichkeit der gelebten Ehe weist auch *Münch*, KritV 2005, 208 (220), hin. Ähnlich *Hohmann-Dennhardt*, KritV 2005, 197 (204 f.).

1232 Siehe oben, S. 187.

Nachteil nicht vollständig kompensiert werden kann, z.B. weil ein Ehegatte so lange nicht erwerbstätig war, dass angesichts seiner Ausbildung von einer unterbliebenen Karriere ausgegangen werden muss. Eine solche kann weder im nahehelichen Unterhalt korrekt abgebildet, noch bei Berechnung der ehebedingten Nachteile exakt erfasst werden.

3.2.4. *Verhältnis zum Vertrauensschutz*

Die Forderung nach einem Ausgleich ehebedingter Nachteile als Richtschnur innerhalb der Kernbereichslehre steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Vertrauensschutz, den der BGH ebenfalls berücksichtigen will. Denn Vertrauensschutz zielt auf die Aufrechterhaltung der Vereinbarung ohne Berücksichtigung einer von der ursprünglichen Planung abweichenden Entwicklung der gemeinschaftlichen Lebensverhältnisse. In Abweichung vom BGH will *Goebel* dieses Spannungsverhältnis dadurch auflösen, dass er eine vertrauensbildende Wirkung von Unterhaltsverzichten verneint und allein auf die gelebte Ehe abstellen will.¹²³³ Damit dürfte er jedoch zu kurz greifen. Während der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft gewähren die Ehegatten einander ehelichen Unterhalt nach ihren jeweiligen Lebensverhältnissen. Aus diesen Umständen kann nicht ohne Weiteres eine Aussage für eine etwaige Gewährung nahehelichen Unterhalts abgeleitet werden. Wäre dies anders, hätte der Abschluss von Unterhaltsvereinbarungen keinerlei Sinn. Dieses Ergebnis stünde jedoch in deutlichem Gegensatz zur gesetzlichen Systematik. Allerdings verdient *Goebel* insoweit Zustimmung, als aus der ehelichen Solidarität durchaus ein gesteigertes Anpassungsgebot für Vereinbarungen folgen kann.¹²³⁴ Somit folgt aus einem abgeschlossenen Verzicht ein geringeres Maß an Vertrauen, als dies bei Austauschgeschäften zwischen beliebigen Dritten der Fall ist, bei denen das Vertrauen in die Geltung eines abgeschlossenen Vertrages nur in Ausnahmefällen zerrüttet werden kann.¹²³⁵

1233 FamRZ 2003, 1513 (1517).

1234 Siehe oben, S. 397.

1235 Neben der Möglichkeit einer Geschäftsgrundlagenstörung i.S.d. § 313 BGB ist hier an eine konkludente Vertragsänderung oder den Einwand widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) zu denken. Diese Einschränkungen gelten selbstverständlich auch für Ehevereinbarungen. Das Vertrauen in ihre Geltung kann durch das

3.3. Bedeutung von Gleichberechtigung und gleicher Teilhabe der Ehegatten

Einschränkungen der Ehevertragsfreiheit werden des Weiteren mit der Forderung nach Gleichberechtigung und gleicher Teilhabe an den von den Ehegatten erwirtschafteten Vermögenswerten begründet.¹²³⁶ Die Unausgewogenheit von Ehevereinbarungen soll unter Berücksichtigung der Lebenslage und Aufgaben der Ehegatten unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung überprüft und bei Abweichung korrigiert werden.¹²³⁷ Diese Notwendigkeit, Ehevereinbarungen zu kontrollieren und zu korrigieren, wird auch auf die fehlenden Möglichkeiten zurückgeführt, Gleichberechtigung durchgängig praktizieren zu können.¹²³⁸ Das BVerfG leitete seine Forderung nach einer gleichberechtigten Ausgestaltung der Ehe aus der Forderung des Art. 3 II GG ab.¹²³⁹

Der BGH erkennt zwar die Verankerung der Gleichberechtigung der Ehegatten und der gleichmäßigen Teilhabe am während der Ehe erworbenen Vermögen im BGB, weicht jedoch insoweit von den Wertungen des BVerfG ab, als er sie unter den Vorbehalt konkretisierender und abweichender Vereinbarungen der Ehegatten stellt.¹²⁴⁰ Gegen die Ableitung einer Inhaltskontrolle und Vertragskorrektur aus den Feststellungen des BVerfG wird auch eingewandt, dass es an einem tragfähigen Maßstab für eine gerechte Verteilung fehle und insbesondere nicht jede vertragliche Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben als einseitige Belastung verstanden werden könne.¹²⁴¹ Die Fragestellung nach der Teilhabe der Ehegatten am während der Ehe erworbenen Vermögen wird zudem unter Gerechtigkeitsa-

Erzeugen eines Vertrauens in die Nichtgeltung seine Schutzbedürftigkeit verlieren.

1236 BVerfG, NJW 2001, 957 (958); NJW 2002, 1185 (1186).

1237 *Hohmann-Dennhardt*, KritV 2005, 197 (203).

1238 *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151 (154), mit dem Hinweis auf fehlende Betreuungsmöglichkeiten, durch die Ehepaare die Möglichkeit hätten, ohne wesentliche Ausfallzeiten einer beiderseitigen Erwerbstätigkeit nachzugehen.

1239 BVerfG, NJW 2001, 957 (958).

1240 BGH, NJW 2004, 930 (933).

1241 *Münch*, KritV 2005, 208 (216). Ähnlich auch *Volmer*, ZNotP 2005, 242 (249 f.), der als Kern jeder ehevertraglichen Vereinbarung die Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben hervorhebt und sich dagegen wendet, Ehevereinbarungen schlicht als Verzichtverträge zu behandeln.

spekten untersucht, wobei auf die fehlende Ableitbarkeit der gesetzlichen Teilhabeansprüche aus der Rechtsphilosophie hingewiesen wird.¹²⁴²

Der Hinweis des BVerfG auf Art. 3 II GG vermag im Ergebnis weder zu überzeugen noch eine grundrechtliche Forderung nach einer gleichberechtigten Ausgestaltung der Ehe zu tragen. Art. 3 GG befasst sich, wie aus Art. 3 I GG deutlich hervorgeht und allen Grundrechten zueigen ist, zuvorderst mit dem Verhältnis des Staates zum Bürger. Über die ohnehin geltenden Vorbehalte einer Ausdehnung dieser Zielrichtung durch eine unmittelbare Übertragung der Rechtssätze auf Private¹²⁴³ hinaus, ist es nicht einsichtig, mit welcher Begründung gerade aus Art. 3 II GG ein besonderes Gebot für Ehepaare abzuleiten sein sollte. Denn auch ansonsten werden weder die Forderung des Art. 3 I GG noch die des Art. 3 II GG in andere grundrechtliche Gewährleistungen hineingelesen und z.B. die Gewährleistung von Vertragsfreiheit, Meinungsfreiheit oder Religionsfreiheit auf solche Ausübungen beschränkt, die sich an Gleichheitskriterien oder Gleichberechtigung orientieren. Auch wird die Ehe, gerade weil sie der Normierung des Art. 6 GG und nicht der des Art. 3 GG unterfällt, nicht als Verstoß gegen das geschlechtsspezifische Benachteiligungs- bzw. Bevorzugungsverbot des Art. 3 III GG gesehen, sondern ist nach wie vor allein Ehepartnern verschiedenen Geschlechts vorbehalten.¹²⁴⁴

Auch der Hinweis auf Schwierigkeiten einer durchgängigen Praktizierung von Gleichberechtigung vermag die Forderung nach Kontrolle von Ehevereinbarungen nicht zu tragen. Zwar besteht derzeit tatsächlich ein erhebliches Defizit an insbesondere ganztägigen Betreuungsmöglichkeiten, so dass eine beidseitige, ganztägige Berufstätigkeit beider Ehegatten ohne den Einsatz erheblicher finanzieller Mittel zur Sicherstellung einer privaten Betreuung kaum zu realisieren sein dürfte, jedoch ist eine solche auch nicht Voraussetzung für eine gleichberechtigte Ausgestaltung einer Ehe. Neben der Möglichkeit einer gleichmäßigen Reduzierung der Erwerbstätigkeit zur Betreuung gemeinschaftlicher Kinder steht auch die Möglichkeit im Raum,

1242 *Diederichsen*, FamRZ 1992, 1 ff.

1243 Siehe dazu bereits oben, S. 334 ff.

1244 Vgl. die Billigung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, BVerfG, NJW 2002, 2543 (2549).

eine einseitige Reduzierung der Erwerbstätigkeit zu kompensieren. Selbst soweit man Gleichberechtigung als zwingende Voraussetzung jeder Ehe ansehen wollte, wäre sie daher auch bei einem Verzicht auf die gesetzlichen Scheidungsfolgen möglich. Allerdings würde diese Annahme Art. 6 GG und § 1353 I 2 BGB, die lediglich ein gewisses Maß an Solidarität verlangen, überbeanspruchen.¹²⁴⁵

3.4. Das Wesen der Ehe

Bei seiner Forderung, ein Unterlaufen des gesetzlichen Schutzzwecks zu verhindern, weist der BGH auch auf das Erfordernis einer verständigen Würdigung des „Wesens der Ehe“ hin.¹²⁴⁶ Die Verwendung eines Begriffs wie des „Wesens der Ehe“, der sich in hohem Maße dem Verdacht der Beliebigkeit aussetzt, führt nicht zu Erkenntnisgewinnen.¹²⁴⁷ Allerdings ist dem BGH zugute zu halten, dass er keine erkennbaren Ableitungen aus diesem Kriterium vorgenommen hat. Angesichts dieses Umstandes ist zwar die Erwähnung entbehrlich. Freilich wird man sie wohl als Rückkoppelung an den Kern der Ehe verstehen können. Darunter dürfte die Grundaussage sowohl des Art. 6 GG als auch des § 1353 I 2 BGB zu verstehen sein, dass Ehe immer ein gewisses Maß an Solidarität umfasst, die zwingendes Recht ist und einschränkende Wirkungen für die Ehevertragsfreiheit hat.¹²⁴⁸ Somit mag man das „Wesen der Ehe“ in diesem Kontext als Ausprägung der ehelichen Solidarität verstehen. Ein deutlicherer Bezug auf diese sich hinter dem Begriff verbergende zentrale Wertung des Eherechts wäre wünschenswert gewesen.

3.5. Fazit zu den zivilrechtlichen Grundlagen für die zivilgerichtliche Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen

Die Kernbereichslehre des BGH kann sich weder auf den gesetzlichen Schutzgedanken des Ausgleichs ehebedingter Nachteile noch auf die grundsätzliche Forderung nach einer gleichberechtigten Ausgestaltung der Ehe

¹²⁴⁵ *Münch*, KritV 2005, 208 (220).

¹²⁴⁶ BGH, NJW 2004, 930 (934).

¹²⁴⁷ *Mikat*, FS Felgentraeger, 323 (329 f.).

¹²⁴⁸ Siehe oben, S. 397.

stützen. Sie kann jedoch als Ausfluss der ehelichen Solidarität verstanden werden und so das in § 1353 I 2 BGB und Art. 6 GG normierte zwingende Recht umsetzen. Dabei ist es vertretbar, das Bestreben nach einem Ausgleich ehebedingter Nachteile zur Konkretisierung des rechtlich Zulässigen heranzuziehen.

Bei der Anwendung der Kernbereichslehre auf den konkreten Sachverhalt ist stets zu berücksichtigen, dass eheliche Solidarität, verstanden als Verantwortung füreinander, nicht ausschließt, dass die Ehegatten in gemeinsamer, freier Entscheidung von den gesetzlichen Wertungen abweichen. Solchermaßen vorgenommene Abweichungen sind als Ausfluss der Ehevertragsfreiheit zulässig und für den Rechtsanwender bindend, solange sie sich nicht in einen Widerspruch zur zwingenden Solidarität stellen. Aufgrund der ehelich geschuldeten Solidarität vermögen Ehevereinbarungen nicht in gleichem Umfang wie Verträge unter nicht miteinander verheirateten Parteien Vertrauen zu begründen. Jedoch ist Vertrauen, das nicht durch die Lebensgestaltung widerlegt worden ist, durchaus zu berücksichtigen.

4. Dogmatische Einordnung der Kernbereichslehre ins Zivilrecht

Die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen steht als Inhaltskontrolle nicht singulär dar. Dies rechtfertigt einen Blick auf die wichtigsten sonstigen Anwendungsfälle für eine Inhaltskontrolle im Zivilrecht. Sie zeichnet sich jedoch durch die Aufgliederung in eine Wirksamkeits- und eine Ausübungskontrolle aus. Deren Verhältnis zur allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik bildet den Schwerpunkt dieses Abschnitts.

4.1. Die Kernbereichslehre als Inhaltskontrolle

Neben dem Ehevertragsrecht und der gesetzlichen Anordnung der §§ 305 ff. BGB für den Bereich einseitig vorformulierter Vertragsbedingungen wird eine inhaltliche Kontrolle insbesondere im Bereich des Arbeits- und des Publikumpersonengesellschaftsrecht vorgenommen.

4.1.1. Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht

Unter Hinweis auf die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber unterzieht die Rechtsprechung arbeitsrechtliche Vereinbarungen einer inhaltlichen Kontrolle.¹²⁴⁹ Der Maßstab für die Kontrolle wird §§ 138 I, 242, 315 BGB entnommen. Sie wird durch Hinweis auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt.¹²⁵⁰

Eine Regelung, die eine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Lastenverteilung enthält und nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt oder durch besondere Begünstigungen kompensiert wird, ist gem. § 138 I BGB nichtig oder gem. § 242 BGB unwirksam.¹²⁵¹ Die Arbeitsgerichte nehmen häufig keine klare dogmatische Trennung zwischen den Generalklauseln vor.¹²⁵² Sie orientieren sich stattdessen mehr an deren Leitgedanken, die durch die Leitgedanken des AGBG konkretisiert wurden.¹²⁵³ Seit Eingliederung des AGBG in das BGB und der damit einhergehenden Aufhebung der Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht wird die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen auf §§ 305 ff. BGB gestützt.¹²⁵⁴

4.1.2. Inhaltskontrolle im Publikumpersonengesellschaftsrecht

Auch die Inhaltskontrolle von auf Publikumpersonengesellschaften bezogenen Gründungs- und Beitrittsverträgen wurde in Anlehnung an die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen entwickelt.¹²⁵⁵ Die Situation ist insoweit vergleichbar, als die einer Publikumpersonengesellschaft beitretenden Gesellschafter genau wie der Vertragspartner eines AGB-Verwenders, einen vorformulierten, regelmäßig nicht verhandelbaren Vertragsentwurf zu unterzeichnen haben, wenn sie die angestrebte Hauptleis-

1249 BAG, DB 1994, 1726 (1727).

1250 BAG, NJW 1964, 171 (172); DB 1974, 294; BB 1987, 1461 (1462); DB 1994, 1726 (1727); NJW 1999, 443 (444).

1251 Ausführlich *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 159 ff.

1252 *Höger*, Kontrolle, S. 139.

1253 Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht/*Wisskirchen*, Teil 1 C, Rn. 354; *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 164 f.

1254 Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht/*Wisskirchen*, Teil 1 C, Rn. 354.

1255 BGHZ 64, 238 (240 ff.).

tung erreichen wollen.¹²⁵⁶ Die Rechtsprechung sieht darin die Gefahr einer einseitigen Benachteiligung der beitretenden Gesellschafter, die sie mit einer inhaltlichen Kontrolle der Vereinbarung anhand des § 242 BGB zu vermeiden sucht.¹²⁵⁷ Materiell ist diese Fallgruppe daher ein Unterfall der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

4.1.3. Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Hauptanwendungsfall und Grundlage für eine zivilgerichtliche Kontrolle von privatautonom geschlossenen Vereinbarungen ist nach alledem die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Sie ist heute in den §§ 305 ff. BGB geregelt. Schon vor Erlass des AGBG war sie von der Rechtsprechung entwickelt worden.¹²⁵⁸ Der Gesetzgeber hat die Rechtsprechung im Wesentlichen unverändert kodifiziert.

Die Rechtsprechung begründete die Notwendigkeit einer inhaltlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen mit fehlendem Verhandlungsspielraum des Vertragspartners gegenüber dem Verwender.¹²⁵⁹ Auch die Gesetzesbegründung der Bundesregierung folgte aus der Vorformulierung und dem Bestreben des Verwenders nach einer einseitigen Ausgestaltung der AGB die Schutzbedürftigkeit der Vertragspartner.¹²⁶⁰ Ein sozialstaatliches Anliegen sei es, die Vertragsgerechtigkeit durch die Ermöglichung einer gerichtlichen Kontrolle wiederherzustellen.¹²⁶¹

Fastrich weist darauf hin, dass das fehlende Aushandeln der Vertragsbedingungen keine hinreichende Bedingung für den Schluss auf eine eingeschränkte Nutzung der Vertragsfreiheit durch den Vertragspartner des AGB-Verwenders sei.¹²⁶² Erforderlich sei zusätzlich das Versagen der üblicherweise eingreifenden Korrekturmechanismen. Das Ausbleiben der korrigierenden Wirkung des Wettbewerbs beruhe bei der Verwendung von AGB

1256 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 125.

1257 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 125 f. m.w.N.

1258 Vgl. Darstellung in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung zum AGBG, BT-Drucksache 7/3919, S. 10 f.

1259 BGHZ 64, 238 (241).

1260 BT-Drucksache 7/3919, S. 9.

1261 BT-Drucksache 7/3919, S. 9, 13.

1262 *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 80.

darauf, dass der Inhalt der AGB für die Vertragsschlussentscheidung des Vertragspartners nicht ausschlaggebend sei.¹²⁶³

Diesen Umständen wirkt die gesetzliche Regelung entgegen. Die §§ 305 ff. BGB zwingen den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen dazu, die Interessen seiner Vertragspartner schon bei Aufstellung der AGB mit zu berücksichtigen,¹²⁶⁴ will er nicht die Unwirksamkeit seiner Regelungen riskieren. Dadurch verlieren AGB in einem gewissen Umfang ihre einseitige Wirkung.

Das ausdifferenzierte System der §§ 307-309 BGB tritt konkretisierend an die Stelle der unbestimmten Generalklauseln §§ 138 I, 242 BGB. Aufgrund der gesetzlichen Regelung unterliegt die Durchführung einer gerichtlichen Inhaltskontrolle im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht mehr dem ursprünglichen Rechtfertigungsdruck, dem jedes Richterrecht ausgesetzt ist.

4.1.4. Inhaltskontrolle im Ehevertragsrecht

Setzt man die soeben dargestellten Anwendungsfälle gerichtlicher Inhaltskontrolle in eine Beziehung zur Kontrolle von Ehevereinbarungen, ergeben sich sowohl Parallelen als auch Differenzen.

Die Argumentation im Rahmen der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen stützt sich auf den besonderen Schutz, der von Art. 12 I GG ausgeht. Das Ehevertragsrecht steht unter dem grundrechtlichen Schutz des Art. 6 I GG. Allerdings werden Arbeitsverträge durch den Arbeitgeber häufig in vergleichbarer, wenn nicht sogar identischer Form abgeschlossen. Sie sind darin den Massenverträgen, aufgrund derer die AGB-Kontrolle eingeführt wurde, vergleichbar. Ehevereinbarungen werden hingegen von beiden Vertragsparteien regelmäßig allenfalls vereinzelt abgeschlossen.

Sowohl bei Arbeitsverträgen als auch bei sonstigen Massenverträgen unter Verwendung von AGB¹²⁶⁵ ist die Unterlegenheit einer Vertragspartei deutli-

¹²⁶³ Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 81.

¹²⁶⁴ Vgl. BT-Drucksache 7/3919, S. 10, 13.

¹²⁶⁵ Wobei zugrunde gelegt werden darf, dass eine Massenleistung am Markt regelmäßig nicht unter deutlich voneinander zu unterscheidenden AGB angeboten wird, so dass der Vertragspartner zwar die Wahl des Verwenders hat, im Wesentlichen aber nicht die über

cher, als dies bei Ehevereinbarungen der Fall ist. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass in jedem von den §§ 305 ff. BGB erfassten Fall der Vertragspartner vom Verwender abhängig wäre. Denn die Spanne der von der Kontrolle umfassten Rechtsgeschäfte umfasst sowohl existentiell notwendige als auch vollständig entbehrliche. Auf eine Abhängigkeit des Vertragspartners vom Verwender kommt es dabei ebenso wenig an wie auf eine bestimmte Bedeutsamkeit des Rechtsgeschäfts. Im Ehevertragsrecht scheint ihr hingegen eine größere Bedeutung zugeschrieben zu werden.

Die deutliche Aufteilung der Inhaltskontrolle im Ehevertragsrecht in eine Wirksamkeits- und eine Ausübungskontrolle ist eine Neuerung, die sich auf keine direkten Vorbilder stützen kann. Auch für die Aufstellung der Kernbereichslehre findet sich insbesondere aufgrund ihrer detaillierten Abstufung kein Beispiel. Sie dürfte freilich nur eine Korrelation zur besonderen Gliederung des Scheidungsfolgenrechts sein.

Neben dem regelmäßigen Fehlen einer einseitigen Vorformulierung besteht ein deutlicher Unterschied zur Kontrolle von AGB darin, dass sich die Kontrolle von Ehevereinbarungen nicht auf Nebenabreden beschränkt, sondern gerade auf die Hauptabreden abzielt.¹²⁶⁶ Die Ursache für diese Abweichung von der für AGB geltenden Dogmatik dürfte darin liegen, dass eine Ehevereinbarung gerade die Nebenabrede zur Ehe darstellt und als solche verstanden wird.

Die Unterschiede im Verhältnis zwischen der bisherigen zivilgerichtlichen Inhaltskontrolle und der im Ehevertragsrecht etablierten überwiegen somit sowohl in der Ausgangslage als auch in der Vorgehensweise. Dies schränkt auch die Möglichkeiten ein, aus den bisherigen Erfahrungen Ableitungen mit Geltung für das Ehevertragsrecht vorzunehmen.

4.2. Die Wirksamkeitskontrolle als Anwendungsfall des § 138 BGB

Bei Anwendung des § 138 I BGB soll die Kernbereichslehre als Richtlinie für die vorzunehmende Gesamtwürdigung dienen. Da eine Gesamtwürdi-

die Einbeziehung der AGB entscheiden kann.

1266 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (24).

gung stets zur Anwendung des § 138 I BGB gehört, weicht die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen im Ansatz nicht von der bisherigen Dogmatik ab.¹²⁶⁷

Eine Abweichung von der üblichen Vorgehensweise wäre es allerdings, wenn die Integration der Kernbereichslehre dazu führte, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 138 I BGB immer dann als gegeben betrachtet würden, wenn die Ehegatten auf Scheidungsfolgenansprüche verzichtet haben, die dem Kernbereich zugeordnet werden. Dann übernehme § 138 I BGB Funktionen, die § 134 BGB vorbehalten sind. In die Nähe einer solchen Vorgehensweise sind einige Gerichtsentscheidungen bereits geraten. Sie ist mit der Kernbereichsentscheidung des BGH jedoch nicht beabsichtigt. Der Kernbereich fungiert dort vielmehr als Negativschanke: Ohne Eingriff in den Kernbereich kommt die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung in aller Regel nicht in Betracht. Darin liegt lediglich eine bereichsspezifische Typisierung der Anwendung des § 138 I BGB. Eine solche Typisierung ist wiederum keine Besonderheit, liegt sie doch jeder anerkannten Fallgruppe des § 138 I BGB zugrunde.

Die Eingliederung in die bisherige Dogmatik des § 138 I BGB dürfte auch der tiefere Grund dafür sein, die Kriterien des § 1587o II 4 BGB für den Bereich des Versorgungsausgleichs nicht zu verallgemeinern.¹²⁶⁸ Allerdings wäre eine Verallgemeinerung einer gesetzlich begrenzten Anordnung methodisch auch überaus fragwürdig gewesen. Schließlich ist die von *Grziwotz* in die Diskussion eingebrachte Möglichkeit einer späteren Korrektur des Sittenwidrigkeitsurteils, wenn sich dies zugunsten des zunächst benachteiligten Ehegatten auswirken sollte,¹²⁶⁹ abzulehnen, weil ein solches Vorgehen mit der Dogmatik des § 138 I BGB nicht zu vereinbaren wäre.

Auch im Verhältnis zur Anfechtung ergeben sich letztlich keine Besonderheiten durch die Einführung der Kernbereichslehre. Ein latentes Spannungsverhältnis besteht zwischen § 138 I BGB, der auch die Umstände

¹²⁶⁷ So sieht auch *Münch*, KritV 2005, 208 (224), keine speziell familienrechtliche Auslegung des § 138 I BGB.

¹²⁶⁸ Dafür aber *Volmer*, ZNotP 2005, 242.

¹²⁶⁹ *Grziwotz*, ZIP 2006, 9 (10).

des Vertragsschlusses berücksichtigt, und § 123 I BGB, der bei widerrechtlicher Drohung oder arglistiger Täuschung ein Anfechtungsrecht einräumt. Bei Anwendung der Kernbereichslehre ist darauf zu achten, dass nach wie vor nicht allein aus einer Täuschung auf die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung geschlossen werden kann.¹²⁷⁰ Erst bei Hinzutreten weiterer, insbesondere inhaltlicher Umstände kommt die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung in Betracht.

4.3. Die Ausübungskontrolle als Anwendungsfall des § 242 BGB

Die Ausübungskontrolle ist sowohl im Hinblick auf ihr Verhältnis zu § 313 BGB (4.3.1.), als auch zur ergänzenden Vertragsauslegung (4.3.2.) und zu weiteren richterrechtlichen Instituten des Ehegüterrechts (4.3.3.), namentlich der Figur ehebedingter Zuwendungen und des Instituts der Ehegattinnenengesellschaft, zu untersuchen.

4.3.1. Verhältnis der Ausübungskontrolle zur Störung der Geschäftsgrundlage

Im Rahmen der Ausübungskontrolle tendiert die Rechtsprechung dazu, im Schwerpunkt auf das Abweichen der tatsächlichen Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft von der bei Vertragsschluss erwarteten abzustellen. Weil die Ehegatten anhand ihrer Vorstellung von der künftigen Entwicklung ihrer Lebensverhältnisse über die Aufnahme bestimmter Regelungen in ihre Ehevereinbarung entscheiden, bildet diese Vorstellung die Grundlage für den Abschluss der Ehevereinbarung. Somit handelt es sich bei dieser zentralen Fallgruppe der Ausübungskontrolle materiell um einen Fall der Geschäftsgrundlagenstörung. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Verhältnis die Ausübungskontrolle zur gesetzlichen Normierung der Geschäftsgrundlagenstörung in § 313 BGB steht.

¹²⁷⁰ MüKo BGB/*Armbrüster*, § 138, Rn. 6; *Staudinger/Sack*, § 138, Rn. 152 f. Siehe auch oben, S. 109.

a) *Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 313 BGB*

Eine Anwendung des § 313 BGB auf Ehevereinbarungen ist unproblematisch möglich, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Ehevereinbarung wird dann nach Maßgabe der Parteivorstellungen im Zeitpunkt ihres Abschlusses an die aktuellen Lebensverhältnisse angepasst. Dies entspricht im Wesentlichen zugleich den Ergebnissen der Ausübungskontrolle.

In zahlreichen Fällen wird man freilich zu dem Ergebnis gelangen, dass die Anwendung des § 313 BGB daran scheitert, dass die Parteien die Veränderung vorausgesehen haben und die Ehevereinbarung dennoch abgeschlossen haben. Dabei handelten sie möglicherweise im Vertrauen darauf, den Eintritt der Umstände abwenden zu können. Ist die getroffene Regelung als abschließend zu betrachten, obwohl die Parteien die eingetretene Entwicklung für möglich gehalten haben, kommt eine Vertragsanpassung auf Grundlage des § 313 BGB nicht in Betracht.¹²⁷¹

Bevor dies festgestellt werden kann, bedarf es stets einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalls. Angesichts der Unwägbarkeiten einer jeden Lebensplanung könnte man nämlich auf den Gedanken kommen, Ehegatten stets zu unterstellen, sie hätten mit einer abweichenden Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft gerechnet. Dieser Einwand würde die Anwendung des § 313 BGB auf Ehevereinbarungen praktisch ausschließen. Er ist jedoch wegen seiner Pauschalität nicht gerechtfertigt. Erforderlich ist vielmehr, die konkreten Vorstellungen der Ehegatten bei Vertragsschluss zu ermitteln und auf ihre Verwirklichung zu untersuchen. Selbst falls diese die Ehevereinbarung schlossen, obwohl sie gleichzeitig die Absicht hatten, eine Familie zu gründen, können sie von einer beidseitigen Erwerbstätigkeit ausgegangen sein. Dies gilt erst recht, wenn die Ehegatten bei Vertragsschluss nicht beabsichtigten, eine Familie zu gründen.

Bei vorsorgenden Ehevereinbarungen kommt ein Einwand in umgekehrter Stoßrichtung in Betracht: Haben die Ehegatten in der Vorstellung gehandelt, die Vereinbarung werde wegen des Fortbestehens der Ehe keine

¹²⁷¹ *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (327); *dies.*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (25); *Münch.*, FamRZ 2005, 570 (572); *MüKo BGB/Roth*, § 313, Rn. 61; *Schwab*, FS Holzhauser, 410 (421).

Rechtswirkungen entfalten und nur der Form halber oder zur Sicherheit geschlossen, könnte man diese Vorstellung im Rahmen des § 313 II BGB für erheblich halten. Würde man auf dieser Grundlage die Vereinbarung korrigieren, führte dies jedoch zu einer faktischen Unverbindlichkeit der Vereinbarung. Eine solche Ausnahme von der Verbindlichkeit rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen geriete in einen Konflikt zur Wertung des § 116 BGB und ist nicht gerechtfertigt. Die Vorstellung, die Ehevereinbarung werde nicht zum Tragen kommen, muss nach alledem unbeachtet bleiben.

b) Vertragsanpassung über § 313 BGB hinaus

Insbesondere für Konstellationen, in denen die Ehegatten auf den Nichteintritt für möglich gehaltener Entwicklungen vertraut haben, schlägt *Dauner-Lieb* eine über § 313 BGB hinausgehende Vertragsanpassung vor.¹²⁷² Die Ehegatten seien mit einer Risikoverteilung überfordert.¹²⁷³

Die Planung einer dauerhaften Lebensgemeinschaft unter Einschluss einer möglichen Familiengründung ist eine Angelegenheit hoher Komplexität, die aufgrund zahlreicher unsicherer Elemente ein erhöhtes Risiko eines Fehlschlags aufweist. Allein deswegen allen Ehegatten eine Überforderung bei der rechtlichen Planung ihrer Ehe zu unterstellen, wäre freilich wohl eine unzulässige Pauschalisierung. Die Risiken, die in der Entwicklung einer Lebensgemeinschaft liegen, können als bekannt vorausgesetzt werden.

Das eigentliche Problem bei der Abfassung von Ehevereinbarungen ist die zutreffende Gewichtung der Risiken und Möglichkeiten. Eine für viele Gestaltungen angemessene rechtliche Umsetzung kann hingegen bereits durch die verhältnismäßig einfache Verwendung von auflösenden Bedingungen gelingen. Daher kann es Ehegatten im Grundsatz durchaus zugetraut und zugemutet werden, ihre Lebensgemeinschaft auch rechtlich zu überblicken und zu planen. Vor dieser Aufgabe steht auch jeder andere, der eine langfristige Vereinbarung abschließt.

1272 AcP 2001, 295 (328 f.); Brennpunkte FamR 2003, 1 (26); FF 2003, 117 (118).

1273 *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (20). In die gleiche Richtung wohl *Hohmann-Dennhardt*, KritV 2005, 197 (206).

Dauner-Lieb ist jedoch dahingehend zuzustimmen, dass Ehevereinbarungen wegen ihres engen Zusammenhangs zur Ehe in einem besonderen rechtlichen Kontext stehen. Die eheliche Verbindung, die deren Bezugspunkt und Voraussetzung für den wirksamen Abschluss einer Ehevereinbarung ist, verlangt den Ehegatten ab, die einander geschuldete eheliche Solidarität materiell zu berücksichtigen. Ehevereinbarungen sind daher keine inhaltlich beliebigen Verträge, sondern bedürfen einer besonderen Rückkoppelung. Aufgrund dieser Rückkoppelung an die Ehe ist es nicht nur zulässig, sondern sogar erforderlich, auch im Wirkungszeitpunkt von Ehevereinbarungen verstärkt nach der Wahrung der ehelichen Solidarität zu fragen.

Eine Möglichkeit, dies zu erreichen, wäre die vom BGH und von *Dauner-Lieb* angedachte Vertragsanpassung. Sie steht jedoch in einem Spannungsverhältnis zu § 313 BGB, soweit dessen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Konstruktiv wäre eine solche Vertragsanpassung als neue Fallgruppe des § 242 BGB anzusehen. Das Aufstellen einer neuen Fallgruppe muss notwendigerweise mit einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit einhergehen, bis die Grenzen derselben mit hinreichender Gewissheit abgesteckt sind. Bevor eine neue Fallgruppe begründet werden kann, sollte daher der Nachweis geführt werden, dass die Anwendung der bereits anerkannten Fallgruppen nicht ausreicht, die Problematik angemessen zu lösen.

c) Grundrechtsgeleitete Interpretation des § 313 BGB

Anstelle der Schaffung einer neuen Fallgruppe des § 242 BGB könnte zunächst daran gedacht werden, § 313 BGB im Lichte der ehelichen Solidarität, gewissermaßen verfassungskonform – treffender: grundrechtsgeleitet¹²⁷⁴ – zu interpretieren. Ergebnis einer solchen Interpretation wäre es, die Anforderungen an die im Rahmen des § 313 BGB relevante Voraussicht der Ehegatten zu erhöhen. Vorausgesehen i.S.d. § 313 BGB hätten die Ehegatten dann nur solche Entwicklungen, die sich materiell in der Vereinba-

¹²⁷⁴ Für eine echte verfassungskonforme Interpretation bedürfte es einer Unklarheit bei der Auslegung, die mehrere Alternativen zuließe, von denen (nur) eine verfassungskonform wäre (Dreier/*Dreier*, Art. 1 III, Rn. 84). Daran fehlt es angesichts des verfassungsrechtlich unbedenklichen und eindeutigen Wortlauts des § 313 BGB.

rung niedergeschlagen haben und jene, die sie ohne Verletzung der ehelichen Solidarität bei der Abweichung von der gesetzlichen Regelung übergehen durften. Die anfängliche Rechtsunsicherheit bei Verfolgen dieser Lösungsmöglichkeit dürfte geringer sein als bei Schaffung einer neuen Fallgruppe des § 242 BGB, weil die Konturen durch § 313 BGB bereits vorgezeichnet sind. Allerdings handelte es sich auch bei diesem Ansatz um eine vom Wortlaut nicht mehr gedeckte Erweiterung der gesetzlichen Normierung und somit um eine Analogie. Eine solche setzt das Vorliegen einer Regelungslücke voraus.

d) Übertragung des Einwands rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

An einer Regelungslücke fehlt es jedoch, wenn bereits eine Anwendung des § 242 BGB eine Lösung der Problematik ermöglicht. Als anerkannte Fallgruppe des § 242 BGB kann der Gedanke des Rechtsmissbrauchs herangezogen werden. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs steht dem Berufen auf eine vertragliche Vereinbarung entgegen, wenn diese im Zeitpunkt ihrer Erfüllung wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nicht wirksam vereinbart werden könnte.¹²⁷⁵

Dieser Einwand soll nach *Dauner-Lieb* abgeschnitten sein, wenn die Ausübung des vertraglichen Rechts nicht in einer aus Sicht des Vertragschlusses atypischen Situation erfolgt.¹²⁷⁶ Bei Ehevereinbarungen erfolge das Berufen auf den vereinbarten Verzicht jedoch gerade in der Situation, für die er abgeschlossen worden sei, nämlich nach der Scheidung.¹²⁷⁷ Diese Betrachtung greift jedoch zu kurz. Der Blick kann nicht auf den Umstand beschränkt werden, dass die Wirkungen der Vereinbarungen nach der Scheidung eintreten und dies gewollt war. Es muss vielmehr auch berücksichtigt werden, dass die Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung mit dem Verzicht eine bestimmte Vorstellung verbunden haben, nämlich dass dieser nicht zu einem Missverhältnis führen werde, weil ein Ehegatte seinen Lebensbedarf nicht selbstständig decken kann. Denn in der Vorstellung der

¹²⁷⁵ Staudinger/*Looschelders/Olsen*, § 242, Rn. 500.

¹²⁷⁶ AcP 2001, 295 (328).

¹²⁷⁷ *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 (328).

Ehegatten war der Verzicht bei seinem Abschluss kein Verstoß gegen die einander geschuldete, gemeinschaftlich interpretierte eheliche Solidarität. Bezieht man diese Vorstellung in die Betrachtung mit ein, steht einer Anwendung des Instituts des Rechtsmissbrauchs nichts im Wege.

Aus § 313 BGB ergibt sich keine Sperrwirkung für einen Rückgriff auf § 242 BGB, da § 313 BGB im Grunde nur eine Auslagerung aus § 242 BGB darstellt und eine einzelne Fallgruppe konkret normiert.¹²⁷⁸ Dass die Berufung auf einen Verzicht keine Rechtsausübung im engeren Sinne darstellt und die Begrifflichkeit des Rechtsmissbrauchs daher nicht die glücklichste Wahl ist, sollte der Anwendung der Fallgruppe nicht entgegenstehen.¹²⁷⁹ Einer Anpassung bedarf die Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs freilich insoweit, als nach überwiegender Auffassung die Wirksamkeit des Rechts durch den entgegenstehenden Einwand aus § 242 BGB nicht berührt wird.¹²⁸⁰ Würde dies auf den Verzichtsvertrag, der ein Erlassvertrag i.S.d. § 397 I BGB ist, übertragen, so führte der wirksame Verzicht zum Erlöschen des Unterhaltsrechts. Eine Unterhaltsleistung erfolgte dann ohne Rechtsgrund. Der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens führt, wird er gegenüber Verzichtsverträgen ausgeübt, daher zum erneuten Entstehen des verzichteten Rechts.¹²⁸¹

Das Heranziehen der anerkannten Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs geht trotz der geringfügigen Korrektur, nach der aus dogmatisch-konstruktiven Gründen von einer Rechtsentstehung auszugehen ist, mit einer höheren Rechtssicherheit im Vergleich zur Bildung einer neuen Fallgruppe einher. Die Besonderheiten bei der Beurteilung von Ehevereinbarungen werden schon dadurch berücksichtigt, dass § 138 I BGB fiktiv im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vereinbarung zugrunde gelegt wird. Somit ist es nicht erforderlich, sowohl für die Anwendung des § 138 I BGB als auch für die des § 242 BGB Sonderregeln für Ehevereinbarungen zu entwickeln.

1278 Für die Möglichkeit eines Rückgriffs auf § 242 BGB auch Staudinger/*Looschelders/Olsen*, § 242, Rn. 380 f.

1279 Staudinger/*Looschelders/Olsen*, § 242, Rn. 226, halten die Fallgruppe auch für anwendbar, um ein Recht zuzusprechen. Dies macht deutlich, dass die Begrifflichkeit nicht als Grenze der Fallgruppe angesehen wird.

1280 Vgl. nur Höger, Kontrolle, S. 171.

1281 Dies ist in Übereinstimmung mit der Ansicht *Looschelders* und *Olsens* (s. Fn. 1279).

Bei der Berücksichtigung der Wertungen des § 138 I BGB im Rahmen des Rechtsmissbrauchs handelt es sich freilich nicht um eine schlichte Anwendung des nach wie vor auf den Abschlusszeitpunkt bezogenen § 138 I BGB.¹²⁸² So kommt es für die Beurteilung der Freiwilligkeit als Ausschlussmerkmal für das Vorliegen einer Sittenwidrigkeit weiterhin allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Andererseits kann die Wertung nunmehr auch die tatsächliche Bedeutung und die Werthaltigkeit der verzichteten Ansprüche berücksichtigen. Daher werden nicht nur Ungleichgewichtslagen erfasst, die schon im Zeitpunkt der Vereinbarung angelegt waren, sondern auch solche, die sich erst im Laufe der ehelichen Gemeinschaft entwickelt haben, sofern sie die erforderliche Erheblichkeit aufweisen.

Bei Anwendung des § 242 BGB unter dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs sollte verstärkt die Möglichkeit einer nur teilweisen Erfassung der Vereinbarung in Betracht gezogen werden, schon um dem Vertrauensschutz Rechnung zu tragen. Auch wäre der Einwand des Rechtsmissbrauchs unverhältnismäßig, würde er stets die gesamte Vereinbarung erfassen.

e) Fazit zum Verhältnis zwischen der Ausübungskontrolle und der Geschäftsgrundlagenstörung

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist somit geeignet, den besonderen Anforderungen, die sich aus der ehelichen Solidarität ergeben und nicht von § 313 BGB erfasst werden, gerecht zu werden. Der Entwicklung eines neuen Instruments, das sich an eine allgemeine Vertragskontrolle annähert,¹²⁸³ bedarf es daher nicht.¹²⁸⁴

1282 Staudinger/Looschelders/Olsen, § 242, Rn. 502.

1283 Auch Münch, KritV 2005, 208 (227), sieht die Gefahr einer Billigkeitskontrolle.

1284 Langenfeld, FS Schippel, 251 (263), spricht sich zwar für die Einführung einer neuen Fallgruppe der Ausübungskontrolle aus, erkennt jedoch gleichzeitig, dass diese sich aus Elementen der Geschäftsgrundlagenstörung und des Rechtsmissbrauchs zusammensetzt.

4.3.2. Verhältnis der Ausübungskontrolle zur ergänzenden Vertragsauslegung

Die Rechtsprechung betont die Maßgeblichkeit des (mutmaßlichen) Parteiwillens für die Ausübungskontrolle. Auch bei Anwendung des § 313 BGB und sogar im Rahmen des Einwands rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ist stets auf den Parteiwillen, der der Vereinbarung zugrunde liegt, zu achten. Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis der Ausübungskontrolle zur ergänzenden Vertragsauslegung auf. Auch diese geht nämlich von der Maßgeblichkeit des mutmaßlichen Parteiwillens aus.¹²⁸⁵

Kein Raum für die Anwendung ergänzender Vertragsauslegung bleibt, wenn die fraglichen Vereinbarungen eindeutig und abschließend formuliert sind. Dies wird angesichts der rechtlichen Schlichtheit insbesondere bei Verzichtvereinbarungen der Regelfall sein. Dann verbleibt zumeist auch kein Raum, aus den mitbeurkundeten Umständen und Absichten der Ehegatten eine abweichende Interpretation der Vereinbarung abzuleiten. Selbst soweit dies möglich sein sollte, handelte es sich dabei allerdings nicht um ergänzende Vertragsauslegung.

Eine solche setzt voraus, dass die Vereinbarung nur eine lückenhafte Regelung trifft.¹²⁸⁶ Somit hat die ergänzende Vertragsauslegung andere Tatbestandsvoraussetzungen als die Ausübungskontrolle. Zwischen beiden Instrumenten besteht also kein direktes Spannungsverhältnis. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt allerdings auch in Betracht, wenn die Vereinbarung nachträglich lückenhaft wird.¹²⁸⁷

Die Anpassung eines Vertrages nach § 313 BGB oder im Rahmen der Ausübungskontrolle sollte nicht zu einer solchen Regelungslücke führen. Denn der Sache nach wird zugleich eine ergänzende Vertragsauslegung durchgeführt, indem die wegfallende Regelung durch eine neue ersetzt wird. Bei der Anpassung wird der (mutmaßliche) Wille der Parteien bei Abschluss der Vereinbarung berücksichtigt.

1285 MüKo BGB/Mayer-Maly/Busche, § 157, Rn. 26; Staudinger/Roth, § 157, Rn. 30.

1286 MüKo BGB/Mayer-Maly/Busche, § 157, Rn. 27; Palandt/Heinrichs, § 157, Rn. 3; Staudinger/Roth, § 157, Rn. 15; BGHZ 127, 138 (142).

1287 Palandt/Heinrichs, § 157, Rn. 3; Staudinger/Roth, § 157, Rn. 16, m.w.N.

Denkbar ist es jedoch, dass eine nur teilweise negativ ausfallende Wirksamkeitskontrolle eine ausfüllungsbedürftige Lücke in der Vereinbarung hinterlässt. Diese sollte vorrangig im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden, sofern dem nicht die zum Sittenwidrigkeitsurteil führenden Wertungen entgegenstehen. Möglich ist es des Weiteren, dass auch der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu einer Lücke führen kann, die durch eine ergänzende Auslegung der Vereinbarung geschlossen werden kann. Ein solches Vorgehen wird zwar die Ausnahme zu bleiben haben, um einen Widerspruch zur Konstruktion der Einrede des Rechtsmissbrauchs zu vermeiden. Jedoch ist es durchaus vorstellbar, dass die alleinige Erhebung der Einrede nach dem Parteiwillen ebenso treuwidrig wie die Durchsetzung der ursprünglichen Vereinbarung wäre. Dies ist z.B. anzunehmen, wenn die Parteien den übereinstimmenden unbedingten Willen hatten, das dispositive Gesetzesrecht auszuschließen. In einer solchen Situation ist es ein denkbarer Ausweg, die Erhebung der Einrede rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zuzulassen und sie mit einer ergänzenden Vertragsauslegung zu verbinden.

4.3.3. Die Ausübungskontrolle im Lichte weiterer richterrechtlicher Korrekturen

In der Diskussion um die Inhaltskontrolle ehevertraglicher Vereinbarungen wird immer wieder auf die Rechtsprechung zu ehebedingten Zuwendungen und zur Ehegatteninnengesellschaft hingewiesen.¹²⁸⁸ Mit beiden von der Rechtsprechung ausgestalteten Fallgruppen lägen weitere Beispiele für Korrekturen an güterrechtlichen Vorgaben vor.

Eine Ehegatteninnengesellschaft besteht, wenn die Ehegatten eine nicht im Rechtsverkehr auftretende Gesellschaft gegründet haben. Dies wird zumeist konkludent erfolgen. Voraussetzung ist die gemeinschaftliche Verfolgung eines über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zwecks, der in der Regel in der Bildung von Vermögen liegt.¹²⁸⁹ Mit

¹²⁸⁸ Brandt, MittBayNot 2004, 278 (279); Schwab, DNotZ 2001, SH 9 (13); Schwenzler, AcP 1996, 88 (94).

¹²⁸⁹ MüKo BGB/Koch, Vor § 1363, Rn. 21; BGH, NJW 1999, 2962 (2964); FamRZ 1987, 907 (908); BGHZ 47, 157 (163).

der Anerkennung einer Ehegatteninnengesellschaft wird im Ergebnis der Vorrang der güterrechtlichen Vermögensauseinandersetzung im Falle einer Scheidung durchbrochen.¹²⁹⁰ Die wesentliche Motivation dürfte das Bemühen sein, Gerechtigkeitsvorstellungen auch im Ehegüterrecht stärker zu berücksichtigen. Konstruktiv handelt es sich allerdings gerade um eine Übertragung allgemeiner zivilrechtlicher Institute in das Eherecht. Das Handeln der Ehegatten wird als privatautonome Vereinbarung verstanden. Das Gesellschaftsrecht gelangt ebenso zur Anwendung, wie es zwischen nicht miteinander verheirateten Personen angewandt würde. Nur der ureigenste Bereich des Eherechts, die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft, wird von gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsmechanismen freigehalten und dem Ehegüterrecht überantwortet. Die Figur der Ehegatteninnengesellschaft ist daher ein Argument für die Übertragung allgemeiner zivilrechtlicher Institute in das Eherecht und gegen die Schaffung neuer, auf das Eherecht zugeschnittener Rechtsfiguren.

Im Rahmen ehebedingter Zuwendungen geht die Rechtsprechung einen entgegengesetzten Weg. Zwar soll auch diese Figur letztlich Gerechtigkeitsvorstellungen entgegen den Entscheidungen des Ehegüterrechts durchsetzen. Die eigentlich einschlägigen allgemeinen zivilrechtlichen Institute werden jedoch richterrechtlich korrigiert. Insbesondere wird die Anwendung des Schenkungsrechts ausgeschlossen.¹²⁹¹ Eine Rückforderung des unentgeltlich dem anderen Ehegatten zugewandten Vermögenswertes wegen groben Undanks ist in der Regel nicht möglich. Nur in Ausnahmefällen, wenn die Aufrechterhaltung der geschaffenen Vermögensverteilung unzumutbar ist, gesteht die Rechtsprechung dem zuwendenden Ehegatten einen Rückforderungsanspruch zu.¹²⁹² Im Übrigen erfolgt die Rückabwicklung ausschließlich nach den Regeln des Ehegüterrechts. Im Falle der Zugewinnngemeinschaft führt dies zu einer hälftigen Rückabwicklung des zugewandten Wertes.

1290 *Diederichsen*, FS BGH, 945 (950 ff.).

1291 BGH, FamRZ 1990, 600, m.w.N.; NJW 1999, 2962 (2965); *Diederichsen*, FS BGH, 945 (972 f.).

1292 BGH, siehe Fn. 1291.

Die Figur der ehebedingten Zuwendungen ist, soweit sie nicht schon vom Grundsatz als nicht nachvollziehbar abzulehnen ist,¹²⁹³ auch als Auswirkung der ehelichen Solidarität zu verstehen. Denn sie geht von der Vermutung aus, dass Zuwendungen unter Ehegatten grundsätzlich mit Rücksicht auf die bestehende Lebensgemeinschaft und ohne Rückforderungsmöglichkeit im Falle einer Scheidung erfolgen.

Somit ergeben beide hier skizzierten Fallgruppen, betrachtet man sie gemeinsam, durchaus eine Parallele zur Diskussion um die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarung. Das Eherecht muss sich positionieren zwischen den ihm eigenen Besonderheiten und dem Umstand seiner Einbettung in das allgemeine Zivilrecht. Dies führt dazu, aus der ehelichen Solidarität Einschränkungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre abzuleiten. Jede Einschränkung muss sich jedoch daran messen lassen, ob sie erforderlich ist, um unangemessene Ergebnisse einer Anwendung des allgemeinen Zivilrechts zu verhindern.

4.4. Zusammenfassung der dogmatischen Einordnung der Kernbereichslehre

Das Instrument der Inhaltskontrolle ist nicht für das Ehevertragsrecht erfunden worden. Es wurde bereits zuvor in anderen Rechtsgebieten praktiziert. Die Inhaltskontrolle wurde dabei stets richterrechtlich eingeführt, wenngleich sie heute z.T. gesetzlich kodifiziert ist.

Die Inhaltskontrolle ehevertraglicher Vereinbarungen fügt sich in dieses Schema ein. Es gibt durchaus ernst zu nehmende Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit einer weitergehenden inhaltlichen Kontrolle im Ehevertragsrecht. Diese leiten sich insbesondere aus der ehelichen Solidarität ab. Auf diese werden die Ehegatten von den Wertungen des Grundgesetzes verpflichtet.

Die Besonderheit bei Einführung der ehevertraglichen Inhaltskontrolle liegt in der besonderen Ausdifferenzierung zwischen der Wirksamkeits- und der Ausübungskontrolle und der Verknüpfung mit der Kernbereichslehre. Mit

¹²⁹³ Vgl. dazu *Diederichsen*, FS BGH, 945 (975 ff.). Im Ergebnis dürften seine Einwendungen gegen die Figur der ehebedingten Zuwendung durchschlagen.

der Kernbereichslehre versucht die Rechtsprechung dem Umstand der vorhandenen gesetzlichen Systematik Rechnung zu tragen. Die Unterscheidung zwischen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle ist ein Zugeständnis an die weitreichende Freiheit zur Gestaltung von Ehevereinbarungen, die das BGB den Ehegatten einräumt.

In dieser Unterscheidung liegt nicht nur eine Abweichung von der bisherigen Dogmatik der Inhaltskontrolle, sondern vor allem die Möglichkeit, die Inhaltskontrolle nicht als eigenständige Fallgruppe des Billigkeitsrechts zu verstehen, sondern sie in die allgemeinen, für alle Verträge geltenden Instrumente einzugliedern. Dies ist insbesondere für die Wirksamkeitskontrolle unproblematisch möglich. Sie ist im Grunde lediglich eine Sittenwidrigkeitsprüfung unter besonderer Berücksichtigung der für den untersuchten Vertragstyp geltenden grundrechtlichen Wertungen.

Die nahtlose Eingliederung der Ausübungskontrolle bereitet deutlich mehr Schwierigkeiten. Dies ist gleichzeitig ein Anzeichen dafür, dass sie Gefahr läuft, die anerkannten dogmatischen Grenzen des BGB zu sprengen. Eine Notwendigkeit dafür besteht jedoch im Ergebnis nicht. Auch die Ausübungskontrolle kann, wird sie auf ihren berechtigten Kern zurückgeführt, in die vorhandenen Instrumentarien der §§ 313, 242 BGB eingebunden werden. Dabei können und müssen wiederum die Besonderheiten der ehelichen Solidarität beachtet werden. Die Schaffung einer eigenständigen Fallgruppe der Ausübungskontrolle ist hingegen nicht erforderlich.

5. Anpassungsbedarf

Nachdem die vorstehenden Untersuchungen die Grundlagen der Inhaltskontrolle und das Verhältnis der Kernbereichslehre zu benachbarten zivilrechtlichen Instituten aufgezeigt haben, wird im Folgenden näher darauf eingegangen, welche Konsequenzen sich daraus für die künftige Anwendung in der Rechtsprechung (1) und rechtsgestaltenden Praxis (4) ergeben. Außerdem soll untersucht werden, inwieweit auch der Gesetzgeber gefordert ist (2, 3).

5.1. Empfehlungen für die zukünftige Rechtsprechung

In den vorstehenden Untersuchungen hat sich gezeigt, dass die Kernbereichslehre einerseits eine Neuerung sowohl dogmatischer als auch inhaltlicher Art ist. Andererseits kann sie bei umsichtiger Handhabung durchaus mit der bestehenden gesetzlichen Systematik in Übereinstimmung gebracht werden.

Aus diesem Befund ergibt sich, dass die Kernbereichslehre dogmatisch-konstruktiv betrachtet nicht erforderlich ist, um die Besonderheiten des Ehevertragsrechts zivilrechtlich angemessen zu erfassen und sie einer gerechten Lösung zuzuführen. Eine Anwendung der Kernbereichslehre sollte daher nur erfolgen, wenn sie eine deutliche Vereinfachung und Steigerung der Rechtssicherheit bedeutet und dabei keine Gefahr besteht, dogmatisch unhaltbare Methoden anzuwenden oder Ergebnisse zu erzielen.

Eine deutliche Steigerung der Rechtssicherheit ist zum derzeitigen Zeitpunkt noch nicht gewährleistet. Die Rechtsprechung ist noch auf der Suche nach Anwendungsleitlinien. Eine einheitliche Interpretation und Anwendung der vom BGH aufgestellten Eckpunkte erfolgt noch nicht.

Bei der Kernbereichslehre handelt es sich jedoch im Wesentlichen um den Versuch, Konkretisierungen für die Anwendung der Generalklauseln im Ehevertragsrecht zu entwickeln. Jeder Anwendung einer Generalklausel wird stets ein gewisses Maß an Unsicherheit immanent bleiben, weil nur auf diese Art und Weise Einzelfallgerechtigkeit herbeigeführt werden kann. Daher kann auch von der Kernbereichslehre keine vollständige Rechtssicherheit verlangt werden.

Die größtmögliche Steigerung der Rechtssicherheit ergäbe sich, verstünde man die Kernbereichslehre als starre Grenzziehung. Zu dieser Handhabung tendieren einige gerichtliche Entscheidungen. Demnach wären die dem Kernbereich zugeordneten Tatbestände des Scheidungsfolgenrechts zwingendes Recht, während die Ehegatten in ihrer Dispositionsbefugnis über den Randbereich nicht beschränkt wären. Eine solche Interpretation widerspricht jedoch nicht nur der Kernbereichs-Entscheidung des BGH, sondern auch der gesetzlichen Systematik, der kein prinzipieller Unter-

schied in der Disponibilität der einzelnen Tatbestände des Scheidungsfolgenrechts zu entnehmen ist.

Auch unter Anwendung der Kernbereichslehre muss es daher bei der vom BGH geforderten Gesamtwürdigung im Rahmen einer Abwägung bleiben. Jedoch vermag die Kernbereichslehre eine die Abwägung leitende Funktion zu übernehmen, indem sie den Gerichten eine Richtlinie über die Wertigkeit der einzelnen Tatbestände des Scheidungsfolgenrechts an die Hand gibt.

Auf längere Sicht wird die Anwendung der Kernbereichslehre durch verschiedene Gerichte gleichmäßig erfolgen und es so (künftigen) Ehegatten ermöglichen, die Grenzen zulässiger Vereinbarungen zu erkennen. Dabei fällt es in den Verantwortungsbereich der erkennenden Gerichte, die Grenzen der anerkannten zivilrechtlichen Dogmatik nicht zu überschreiten und das Instrument der Inhaltskontrolle nicht zu einer reinen Billigkeitskontrolle zu missbrauchen. Die vorstehenden Untersuchungen haben indes gezeigt, dass eine besonnene Anwendung der Kernbereichslehre nicht zu einer Verletzung dogmatischer Prinzipien führt und den Ehegatten gleichzeitig einen angemessenen Raum zur Wahrnehmung ihrer vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten einräumt.

Die Kernbereichslehre ist nicht auf alle Konstellationen anzuwenden, in denen die Wirksamkeit von Vereinbarungen zwischen Ehegatten im Raume steht. Diese können nämlich bereits aus anderen Gründen als einer inhaltlichen Kontrolle nichtig sein. Neben der Möglichkeit einer Anfechtung ist hier auch an eine Sittenwidrigkeit wegen einer Belastung Dritter zu denken. Die klassische Fallgruppe der Herbeiführung von Sozialhilfebedürftigkeit ist nach wie vor aktuell. Allerdings leidet sie unter den Schwierigkeiten ihres Nachweises. Im Einzelfall kann auch die Vereinbarung einer Freistellung des Ehegatten von Unterhaltsansprüchen des Kindes als sittenwidrige Belastung des Kindes anzusehen sein, wenngleich dieses im Regelfall mangels Außenwirkung der Vereinbarung keine unmittelbaren rechtlichen Nachteile erleidet.

Die Akzente bei der Anwendung der Inhaltskontrolle unterscheiden sich je nach der Situation der Ehegatten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

erheblich. Gleichwohl werden die Gerichte regelmäßig zum gleichen Zeitpunkt, nämlich erst nach Beendigung der Ehe mit der Überprüfung der Ehevereinbarung befasst. Zwar ist eine Feststellungsklage eines Ehegatten durchaus denkbar, wegen des zeitlichen Bezugspunktes der Ausübungskontrolle auf das Ende der ehelichen Lebensgemeinschaft jedoch kaum zweckdienlich.

Bei vorsorgenden Vereinbarungen wird der Schwerpunkt regelmäßig im Bereich der Ausübungskontrolle liegen. Denn die Wirksamkeitskontrolle ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogen. Zu diesem Zeitpunkt können häufig aber noch keine sicheren Aussagen über die Entwicklung der künftigen oder weiteren ehelichen Lebensgemeinschaft getroffen werden. Die Prüfung muss sich daher auf einen Vergleich der getroffenen Regelungen mit der bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Planung beschränken. Nur in besonders ausgeprägten Ausnahmefällen wird dabei die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung festgestellt werden können. Dafür muss bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine gravierende, nicht zu rechtfertigende Benachteiligung sicher feststehen.

Je stärker der zeitliche Bezug der Vereinbarung zur Trennung oder Scheidung und somit zur Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist, desto mehr verliert die Ausübungskontrolle zugunsten der Wirksamkeitskontrolle an Bedeutung. Bei reinen Scheidungsvereinbarungen kommt der Ausübungskontrolle regelmäßig keinerlei Bedeutung mehr zu. Die Auswirkungen der geschlossenen Scheidungsvereinbarung stehen nämlich zumeist bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses fest, so dass sie sich nur noch an den Vorgaben der Wirksamkeitskontrolle messen lassen muss.

Die inhaltliche Gestaltung der Ehevereinbarung hat ebenfalls einen Einfluss auf den Kontrollumfang der Inhaltskontrolle. Beschränken sich die (künftigen) Ehegatten auf güterrechtliche Absprachen, wird die Inhaltskontrolle allenfalls in Ausnahmefällen zur Beanstandung der Vereinbarung führen. Je mehr Dispositionen über die gesetzlichen Regelungen getroffen werden, umso intensiver wird die Inhaltskontrolle ausfallen. Unterhaltsrechtliche und versorgungsrechtliche Vereinbarung unterliegen schon deswegen einer

genaueren Kontrolle, weil sie die Absicherung des laufenden Lebensunterhalts des geschiedenen Ehegatten beeinträchtigen können. Dabei ist die Kontrolle wiederum größer, wenn der modifizierte Anspruch eine Ausgleichsfunktion für ehebedingte Nachteile aufweist. Insbesondere der Betreuungsunterhalt nimmt auch aus diesem Grunde eine Sonderstellung ein.

Nach der Entscheidung des BVerfG zu § 1615I BGB¹²⁹⁴ wird sich die Bedeutung einer Modifikation des Betreuungsunterhalts freilich verschieben. Mit der zu erwartenden Gleichbehandlung von nichtehelichen und geschiedenen betreuenden Elternteilen verliert der Betreuungsunterhalt den Bezug zur Ehe. Damit reduziert sich die Prüfung auf eine Benachteiligung gegenüber der gesetzlichen Regelung, die dann auch für niemals miteinander verheiratete Eltern gilt, und auf die Frage, ob Modifikationen dieses Anspruchs nach der gesetzlichen Neugestaltung noch und ggf. in welchem Umfang zulässig sind. Lässt der Gesetzgeber nach wie vor eine Disposition über den Betreuungsunterhalt zu, kommt auch nach der Neuregelung noch eine Benachteiligung wegen des konkreten Inhalts in Betracht.¹²⁹⁵

5.1.1. Zur Anwendung der Wirksamkeitskontrolle

Mit der Wirksamkeitskontrolle hat die Rechtsprechung eine neue Fallgruppe des § 138 I BGB für Ehevereinbarungen geschaffen. Durch die Kernbereichslehre soll den Gerichten die Notwendigkeit erspart bleiben, bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit unmittelbar unter die eheliche Solidarität zu subsumieren. Die Benachteiligung eines Ehegatten, die einen Verstoß gegen die guten Sitten begründen kann, wird ermittelt durch den Umfang der Abweichung vom gesetzlichen Schutzsystem zugunsten des bedürftigen geschiedenen Ehegatten. Sie kann jedoch im Rahmen der Ehevertragsfreiheit kompensiert werden, wenn die abweichende Gestaltung durch die

¹²⁹⁴ Siehe oben, S. 251.

¹²⁹⁵ Nach Inkrafttreten der Unterhaltsrechtsreform zum 1. Januar 2008 steht nunmehr fest, dass eine Vereinbarung über den Betreuungsunterhalt nach wie vor möglich ist. Die Unterhaltsansprüche nichtehelicher und geschiedener Elternteile werden nunmehr in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich gleich behandelt.

Umstände, Planungen und Wertungen der Ehegatten gerechtfertigt oder kompensiert wird.

Eine ausreichende Rechtfertigung für eine Abweichung vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht kann in der (geplanten) wirtschaftlichen Selbstständigkeit der Ehegatten liegen. Den Ehegatten muss es auch künftig freistehen, den Inhalt ihrer Lebensgemeinschaft auf die persönlichen und die nicht zu ihrer Disposition stehenden rechtlichen Wirkungen zu beschränken. Eine Wirtschafts- und Risikogemeinschaft entspricht zwar dem gesetzlichen Modell einer Ehe, wird vom BGB aber nicht für zwingend erklärt. Handeln beide Ehegatten übereinstimmend und mit freiem Willen, können sie die eheliche Solidarität auf das nicht disponible Minimum beschränken. Dieses steht bei nur durch die Ehe miteinander verbundenen Partnern einer Ausklammerung der wirtschaftlichen Wirkungen nicht entgegen. Erst bei Eintritt ehebedingter Nachteile verlangt die Wertung des GG ein Entstehen aufgrund der ehelichen Verbindung, das auch wirtschaftliche Folgen haben kann.

Aus den vorstehenden Untersuchungen ergibt sich, dass die Absicht der – insbesondere künftigen – Ehegatten, die Lasten der geplanten Lebensgemeinschaft gleichmäßig auf beide zu verteilen, der Sittenwidrigkeit einer vorsorgenden Ehevereinbarung regelmäßig entgegensteht. Umgekehrt besteht bei Scheidungsvereinbarungen die Notwendigkeit, Verzichtserklärungen entweder zu kompensieren oder durch die Besonderheiten der geführten Ehe zu rechtfertigen. Die Abwägung nähert sich dann den Grundsätzen, die auf Austauschverträge angewandt werden, an. Dies ist bei Abwicklungsverträgen auch gerechtfertigt, weil der gestaltende Aspekt für die zukünftige eheliche Gemeinschaft entfällt.

Ein vorsorgender Ehevertrag sollte nicht allein oder hauptsächlich wegen eines Verzichtes auf nachehelichen Betreuungsunterhalt für sittenwidrig erklärt werden. Denn ein solcher Verzicht müsste sicher zu einer Benachteiligung des betreuenden Ehegatten nach einer Scheidung führen. Ob zu diesem ungewissen Zeitpunkt überhaupt die Voraussetzungen eines Betreuungsunterhaltsanspruchs gegeben sein werden, ist bei Abschluss der Ver-

einbarung nicht mit hinreichender Sicherheit vorauszusehen. Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn die Ehegatten übereinstimmend davon ausgehen, dass ein Ehegatte auf seine Erwerbstätigkeit verzichtet, um die gemeinsamen Kinder zu betreuen. Mit einer solchen Lebensplanung harmoniert der gleichzeitige Verzicht auf Betreuungsunterhalt nur ausnahmsweise, z.B. wenn der betreuende Ehegatte anderweitig abgesichert wird. Eine solche Absicherung kann z.B. in einer zugunsten des betreuenden Elternteils von der gesetzlichen Vorgabe abweichenden Regelung des Zugewinnausgleichs liegen. Auch die gesetzliche oder sogar eine zulasten des betreuenden Elternteils modifizierte Regelung des Zugewinnausgleichs vermag im Einzelfall einen Verzicht auf den Betreuungsunterhalt rechtfertigen können, wenn der von den Ehegatten erwartete Ausgleich eine Absicherung des Lebensbedarfs gewährleistet.

Daneben spricht auch die Unterhalts-Entscheidung des BVerfG¹²⁹⁶ dagegen, einen Verzicht auf Betreuungsunterhalt schon als hinreichenden Grund für die Sittenwidrigkeit der gesamten Vereinbarung anzusehen. Denn nach Ansicht des BVerfG hat der Anspruch auf nachehelichen Betreuungsunterhalt keinen unmittelbaren Zusammenhang zur ehelichen Solidarität. Zwar legt es der Zweck, die Verwirklichung des Kindeswohls, nahe, einen Verzicht auf Betreuungsunterhalt bei fehlender Kompensation oder Rechtfertigung als Vertrag zulasten des betreuten Kindes für nichtig zu halten. Wegen des unterschiedlichen Anknüpfungspunktes – eheliche Solidarität hier, Kindeswohl dort – liegt in diesem Fall die Annahme einer Teil-Sittenwidrigkeit in Abweichung von § 139 BGB aber nahe.

Bei der Beurteilung von Verzichten auf andere Unterhaltsansprüche ist insbesondere deren Bezug zum Ausgleich ehebedingter Nachteile maßgebend. Dass die Unterhaltstatbestände keinen unmittelbaren abstrakten Bezug zum Ausgleich ehebedingter Nachteile aufweisen, wurde bereits oben aufgezeigt.¹²⁹⁷ Somit kann sich nur aus den konkreten Umständen, insbesondere aus der geplanten Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, ein zur Sittenwidrigkeit einer Verzichtsvereinbarung führender ausreichender

1296 Siehe oben, S. 251.

1297 Siehe oben, S. 398.

Bezug ergeben. Bei vorsorgenden Ehevereinbarungen wird dieser wiederum regelmäßig fehlen, da sich sowohl das Entstehen ehebedingter Nachteile als auch die genaueren Umstände für diese nicht nur aus dem Verlauf der Ehe, sondern gerade auch aus den Umständen im Zeitpunkt der Scheidung ergeben. Ein nur geplanter Verlauf der ehelichen Gemeinschaft, der zur zwingenden Entstehung solcher ehebedingter Nachteile führt, die von den Unterhaltsansprüchen abgedeckt werden, erscheint kaum denkbar. Sollte er im Einzelfall dennoch vorliegen, folgt daraus bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – insbesondere einer fehlenden Kompensation oder Rechtfertigung und der erforderlichen subjektiven Merkmale – die Sittenwidrigkeit der unterhaltsrechtlichen Regelungen.

Die größte Nähe zur ehelichen Solidarität weist noch der Versorgungsausgleich auf. Dieser soll den Anteil der während der Ehezeit gewährten unterhaltsrechtlichen Absicherung, der auf die Altersvorsorge entfällt, vom Fortbestand der Ehe lösen. Ein Verzicht auf die Altersvorsorge birgt demnach das größte Potential für eine Sittenwidrigkeit. Indes gilt auch für diesen Bereich die notwendige Einschränkung für vorsorgende Ehevereinbarungen. Die Schwierigkeiten einer Prognose stehen der Schlussfolgerung auf eine zweifelsfrei einseitige Auswirkung eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs regelmäßig entgegen. Bei Vereinbarungen, die nach Entstehen eines bedeutenden Anwartschaftsrechts auf eine Übertragung von Altersversorgungsanwartschaften getroffen werden, ist jedoch im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle die Rechtfertigung oder anderweitige Kompensation des Ausschlusses von erheblicher Bedeutung.

Güterrechtlichen Regelungen wohnt schon wegen der gesetzlich vorgesehenen Wahlmöglichkeit zwischen den Güterständen nur ein geringer Bezug zur ehelichen Solidarität inne. Sie sind daher in weitem Umfang zulässig, ohne eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zu begründen. Jedoch können sie im Rahmen der Gesamtwürdigung das ausschlaggebende Moment für eine solche sein.

Auf dieser Gesamtwürdigung liegt nach wie vor der Schwerpunkt der Prüfung einer Sittenwidrigkeit. Einzelne Dispositionen über das gesetzliche

Scheidungsfolgenrecht verstoßen regelmäßig nicht in dem erforderlichen Umfang gegen die guten Sitten. Erst bei einem Zusammentreffen mehrerer einseitig wirkender Regelungen kommt das Verdikt der Sittenwidrigkeit ernsthaft in Betracht.

Bei Durchführung der Wirksamkeitskontrolle sollten die Gerichte darauf achten, dass Sittenwidrigkeit nur vorliegt, wenn ein Element mangelnder Durchsetzungsfähigkeit festzustellen ist.¹²⁹⁸ Nur wenn ein solches besteht und vom Vertragspartner ausgenutzt wurde, ist die Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit ausreichend, um aus der unausgewogenen Regelung die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung zu folgern. Allein das Vorliegen einer Schwangerschaft der (künftigen) Ehefrau wird man nicht als ausreichendes Kriterium für das Bestehen einer Zwangslage ansehen können. Dies wird nach der zu erwartenden unterhaltsrechtlichen Gleichbehandlung nicht verheirateter und geschiedener betreuender Elternteile umso mehr gelten, da der finanzielle Druck zur Absicherung des eigenen Lebensunterhalts durch eine Eheschließung erheblich abgeschwächt werden wird.

Das subjektive Element kann nach allgemeiner Lebenserfahrung vermutet werden, wenn die inhaltliche Gestaltung ohne jeden Ansatz einer Rechtfertigung vollständig einseitig ist. Im Übrigen sollte sich die Rechtsprechung mit Vermutungen jedoch zurückhalten und sich stattdessen mit den konkreten Umständen bei Abschluss der Vereinbarung auseinandersetzen. Im Zweifel ist die Vereinbarung schon wegen der sich noch anschließenden Ausübungskontrolle für mit den guten Sitten vereinbar anzusehen.

Zuzustimmen ist dem Ansatz des BGH, nach dem für die Anwendung des § 139 BGB keine Besonderheiten gelten. Die Teilnichtigkeit einer Ehevereinbarung ist demnach möglich, wenn sich dies aus den Vorstellungen und Wertungen der Ehegatten bei ihrem Abschluss ergibt. Anhaltspunkte für eine entsprechende Wertung kann die Aufnahme einer salvatorischen Klausel sein. Stark ist dieser Anhaltspunkt freilich nur, wenn es sich nicht um eine pauschale Klausel handelt, sondern sich in ihr tatsächliche Vorstellungen über das Verhältnis einzelner Vertragsbestandteile widerspiegeln.

¹²⁹⁸ Siehe dazu schon oben, S. 289.

Ansonsten verbleibt es bei der gesetzlichen Vermutung für eine Gesamtnichtigkeit. *Brambring* schlägt demgegenüber vor, die Sittenwidrigkeit getrennt für die Erklärungen des Mannes und der Frau zu beurteilen.¹²⁹⁹ Dadurch will er verhindern, dass derjenige Ehegatte Vorteile aus der Nichtigkeit der Vereinbarung erlangt, der ursprünglich von der Einseitigkeit profitieren sollte.¹³⁰⁰ Eine getrennte Beurteilung der nach dem Parteiwillen einheitlichen Regelungen dürfte im Regelfall jedoch ausscheiden. Der von *Brambring* angesprochenen Problematik wird schon dadurch Rechnung getragen, dass die Ehevereinbarung nur sittenwidrig ist, wenn ihre Einseitigkeit mit hinreichender Sicherheit feststeht.

5.1.2. Zur Anwendung der Ausübungskontrolle

Indem der BGH die Ausübungskontrolle als zweite Stufe der Inhaltskontrolle eingeführt hat, hat er sich um die dogmatische Klärung des Verhältnisses zwischen den einzelnen Elementen einer Inhaltskontrolle sehr verdient gemacht.

Der Blick auf die Ausübungskontrolle war gleichwohl von Anfang an zwiegespalten. Einerseits erfuhr sie viel Zustimmung, weil man in ihr die Möglichkeit sah, die strikte Nichtigkeitsfolge des § 138 I BGB zu vermeiden. Andererseits weist sie keinen unmittelbaren Zusammenhang zu den verfassungsgerichtlichen Vorgaben auf. Dadurch war ihre Legitimität von vornherein geschwächt. Mit ihrer Einführung wurde zudem die Gefahr geschaffen, dass Ehevereinbarungen keiner Rechts-, sondern einer Billigkeitskontrolle unterzogen werden.

Die vorstehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass die Einführung einer neuartigen Fallgruppe des § 242 BGB für die Durchführung der Ausübungskontrolle nicht erforderlich ist. Den Anforderungen, die für die rechtliche Behandlung von Ehevereinbarungen aus dem Grundgesetz abzuleiten sind, kann die Rechtsprechung ohne Weiteres gerecht werden, indem sie anstelle einer einheitlichen Ausübungskontrolle eine wiederum zweistufige Prüfung nach den §§ 242, 313 BGB vornimmt. In einem ersten Schritt

1299 NJW 2007, 865 (867).

1300 *Brambring*, NJW 2007, 865 (868).

ist demnach zu untersuchen, ob die Vereinbarung infolge einer Geschäftsgrundlagenstörung an die Verhältnisse im Entscheidungszeitpunkt, der zugleich Wirkungszeitpunkt der Vereinbarung sein sollte, anzupassen ist. Der zweite Schritt besteht in einer Prüfung auf die Möglichkeit des Benachteiligten, den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu erheben. Diese Möglichkeit wird insbesondere dann zum Tragen kommen, wenn die Anwendung des § 313 BGB scheitert, weil die Ehegatten die eingetretenen Entwicklungen für möglich gehalten haben. Gerade in einer von den Ehegatten vorausgesehenen Situation liegt die Prüfung nahe, ob der Vertragsschluss auch unter Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung noch zulässig wäre.

Ob diese Prüfung unter der Bezeichnung „Ausübungskontrolle“ zusammengefasst wird oder nicht, ist eine rein terminologische Frage. Gegen eine solche Bezeichnung spricht letztlich nichts. Sie mag zur Verdeutlichung dienen, dass beide Prüfungen gewissermaßen als Einheit der Prüfung der Sittenwidrigkeit in der sogenannten Wirksamkeitskontrolle nachgelagert sind.

Bei Durchführung einer Vertragsanpassung haben die Gerichte darauf zu achten, dass die Vorstellungen und Absichten der Ehegatten, die diese bei Abschluss der Vereinbarung hatten und mit dieser verfolgten, auch die Grundlage der angepassten Vereinbarung bilden. Wegen der regelmäßig auch von den Ehegatten nachvollzogenen Wertung der ehelichen Solidarität spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass ein Ausgleich der nicht beabsichtigten ehebedingten Nachteile regelmäßig den Interessen und Vorstellungen der Ehegatten gerecht wird.

Ein solcher Ausgleich darf jedoch nicht als einseitiger Ausgleich der einem Partner entstandenen Nachteile verstanden werden. Vielmehr bedeutet er die gleichmäßige Verteilung der beiden Ehegatten gemeinsam entstandenen Nachteile. Aus der geschlossenen Vereinbarung kann sich sogar ein anderer Verteilungsmaßstab ergeben, der an die Stelle der Gleichmäßigkeit tritt. Dieser Maßstab kann sowohl in dem Verbleib eines überproportionalen Teils der Belastung bei dem durch die Vereinbarung benachteiligten Ehe-

gatten bestehen, als auch in einer überproportionalen oder vollständigen Übernahme bestimmter Nachteile durch den durch die Vereinbarung eigentlich begünstigten Ehegatten.

Lassen sich solche Abweichungen nicht feststellen, besteht eine mögliche Vorgehensweise in der Fortschreibung der Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten Einkommen vor Eintritt des die Benachteiligung auslösenden Umstands für die Zeit nach der Trennung. So kann z.B. ermittelt werden, in welchem Umfang der Ehegatte am Einkommen des jeweils anderen beteiligt war. Aus einem Vergleich dieser Verteilungsquote mit der Situation nach Eintritt der ehebedingten Nachteile (z.B. der Geburt eines Kindes und dem Einstellen einer Erwerbstätigkeit) ergibt sich die jeweilige Benachteiligung der Ehegatten. Die in einer Korrektur der Vereinbarung festzusetzenden Ausgleichsleistungen sollten dann zur Wiederherstellung der ursprünglichen Beteiligungsquote führen. Eine Vereinfachung, die sich aus Praktikabilitätsgründen anbietet, liegt in einer Beschränkung der Betrachtung auf das jeweils erzielte Einkommen anstelle der Zugrundelegung der jeweiligen Beiträge zum gemeinsamen Haushalt. Eine Beteiligung des nicht mehr erwerbstätigen Ehegatten kann nur bis zu jenem Verhältnis erfolgen, in dem er auch zuvor aufgrund seines eigenen Einkommens am gemeinsam erwirtschafteten Vermögen beteiligt war.¹³⁰¹ Diese Beteiligungsquote ist der Berechnung von Unterhalt und Versorgungsausgleich zugrunde zu legen. Würde hingegen z.B. der Versorgungsausgleich schlichtweg nach dem fortgeschriebenen Einkommen des nicht mehr bzw. vorübergehend nicht erwerbstätigen Ehegatten berechnet, erhielte dieser eine Überkompensation unter gleichzeitiger Benachteiligung des durchgängig erwerbstätigen Ehegatten.

1301 Beispiel: Erzielt der Ehemann ein Einkommen i.H.v. 40.000 EUR jährlich und die Ehefrau eines i.H.v. 30.000 EUR jährlich, stehen die Einkommen in einem Verhältnis von 4:3 zueinander. Entfällt das Einkommen der Ehefrau, kann diese nur in gleichem Verhältnis am Einkommen des Ehemannes beteiligt werden, d.h. i.H.v. ca. 17.000 EUR. Eine hälftige Verteilung führte hingegen zu einer Überkompensation.

5.2. Erforderlichkeit einer Anpassung der gesetzlichen Regelungen?

Änderungen an der geltenden Rechtslage sind bereits von einigen Autoren gefordert worden. Güterrechtliche Reformen werden von *Scholz* und *Dauner-Lieb* befürwortet.¹³⁰² *Rakete-Dombeck* und *Röthel* fordern die Anpassung der gesetzlichen Regelung an die geänderte Rechtsprechung.¹³⁰³ *Goebel* nimmt die Ausführungen des BVerfG zum Anlass, ein originäres Ehevertragsrecht für erforderlich zu halten.¹³⁰⁴ Daneben steht der den Gesetzgeber bindende Auftrag des BVerfG, bis zum 31. Dezember 2008 die Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Rahmen des Betreuungsunterhalts zu beseitigen.¹³⁰⁵

Aus der Problematik um die Gewährleistung von Selbstbestimmung im Rahmen von Ehevereinbarung ergeben sich mehrere Anhaltspunkte für mögliche Gesetzesänderungen.

Bereits seit geraumer Zeit verlangt die Literatur nach der Einführung einer Formvorschrift für Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt.¹³⁰⁶ Auch das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen die Schutzwirkung einer solchen hervorgehoben.¹³⁰⁷

Seit dem 1. Januar 2008 schreibt § 1585c S. 2 BGB für nach Rechtskraft der Scheidung getroffene Vereinbarungen die notarielle Beurkundung vor. Ob die Schutzwirkung einer notariellen Beglaubigung tatsächlich den Umfang hat, wie es nach den Argumenten der Befürworter zu erwarten wäre, muss freilich bezweifelt werden. Die überragende Mehrzahl der Unterhaltsvereinbarungen wurden schon bisher gemeinsam mit Regelungen getroffen, für die eine notarielle Beglaubigung vorgeschrieben ist. Eine Beratung durch den Notar fand daher schon nach bisheriger Praxis in der Regel statt. Dennoch zeigen die Erfahrungen, dass die Ehegatten dadurch nicht gehindert waren, einseitige Regelungen zu treffen. Allerdings stellte die

1302 *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151 (153); *Scholz*, FamRZ 2002, 733.

1303 *Rakete-Dombeck*, NJW 2004, 1273 (1276); *Röthel*, NJW 2001, 1334 (1335).

1304 *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1518).

1305 Siehe dazu oben, S. 251. Diesem Auftrag ist der Gesetzgeber zwischenzeitlich mit der zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Reform des Unterhaltsrechts nachgekommen.

1306 *Grziwotz*, FamRZ 1997, 585 (586) m.w.N.; *Wachter*, ZNotP 2003, 408 (421).

1307 BVerfG, NJW 2001, 957 (958).

Formfreiheit angesichts der erheblichen Bedeutung des nahehelichen Unterhalts eine Systemwidrigkeit dar. Unter diesem Gesichtspunkt sprach einiges für die Einführung eines Formzwangs für Vereinbarungen über nahehelichen Unterhalt.

Beim Umfang des Schutzes ist der Gesetzgeber jedoch einen nicht nachvollziehbaren Kompromiss eingegangen: Der Schutz der notariellen Beurkundung greift nur bei Vereinbarungen, die vor Rechtskraft der Scheidung getroffen werden. Geschiedene Ehegatten sind nach wie vor frei darin, ohne Einhaltung einer besonderen Form über ihre Unterhaltsansprüche zu verfügen. Zwar besteht zu diesem Zeitpunkt eine gewisse Sicherheit über die Höhe und die Bedeutung der Ansprüche. Dennoch ist es angesichts der zentralen Bedeutung des nahehelichen Unterhalts für die Sicherstellung des Lebensunterhalts nicht nachvollziehbar, die frühere Systemwidrigkeit teilweise aufrecht zu halten. Auch besteht nach der Scheidung durchaus ein Bedürfnis nach Schutz vor übereilten Entscheidungen. Denn die vielfältigen Fragen, vor die geschiedene Ehegatten im Rahmen der gegenseitigen Loslösung gestellt werden, haben oftmals Verbindungslinien und sind daher nur gemeinsam sinnvoll zu beantworten.

In Anlehnung an die Regelung des § 1378 III 3 BGB könnte darüber nachgedacht werden, die Ungewissheiten über die Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch eine zeitliche Grenze für Vereinbarungen über den nahehelichen Unterhalt zu begrenzen. Die Ehegatten könnten dann erst während des Scheidungsverfahrens Vereinbarungen über den nahehelichen Unterhalt treffen. Dadurch würde dessen Schutzfunktion erheblich gestärkt. Allerdings würde eine solche Regelung zugleich dazu führen, dass den Ehegatten die Möglichkeit genommen würde, die Reichweite ihrer Solidargemeinschaft eigenständig festzulegen. Eine derartige Begrenzung sollte daher nicht pauschal für alle Unterhaltsansprüche eingeführt werden. Denkbar erscheint sie insbesondere für die Ansprüche wegen Krankheit, wegen Alters und wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung. Bei diesen Ansprüchen ist der Zusammenhang zur ehelichen Solidarität ausgeprägter als insbesondere beim Anspruch auf nahehelichen Unterhalt wegen Fehlens einer angemessenen Erwerbstätigkeit. Dagegen erscheint es gut

möglich, die Absicherung der Erwerbstätigkeit von vornherein aus der Solidargemeinschaft der Ehe auszuklammern, ohne damit gegen die grundlegende Wertung zu verstoßen. Der Betreuungsunterhalt dürfte insoweit eine Sonderstellung einnehmen, als er wegen der Intensität seines Schutzes von der ehelichen Gemeinschaft unabhängig ist. Gerade bei der zu erwartenden Angleichung der Ansprüche nichtehelicher betreuender Elternteile ist eine Konkretisierung der solidarischen Einstandspflicht nach dem Eheverständnis der Parteien kaum vorstellbar. Eine zeitliche Begrenzung ist daher für den Betreuungsunterhalt grundsätzlich zu befürworten. Allerdings ist die Bedeutung derselben nur gering, weil die zu erwartende Neuregelung einer Abbedingung im Regelfall ohnehin entgegenstehen dürfte.

Schürmann schlägt vor, Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt grundsätzlich zu befristen, um die Eigenverantwortung der Ehegatten umzusetzen.¹³⁰⁸ Daraus resultierte eine teilweise Umkehr der geltenden Rechtslage. Nicht mehr die zeitliche Begrenzung, sondern die Verlängerung eines Unterhaltsanspruchs wäre rechtfertigungsbedürftig aufgrund besonderer Umstände. Ein solches Vorgehen kann ernsthaft erwogen werden. Es bedarf jedoch einer gesellschaftlichen Akzeptanz, dass die Eigenverantwortung schon während der Ehe von jedem Ehegatten die Schaffung einer eigenständigen Lebensgrundlage für den Fall einer Beendigung der Lebensgemeinschaft verlangt.¹³⁰⁹ Eine solche Überzeugung ist derzeit noch nicht vorhanden. Sie steht auch in einem gewissen Widerspruch zur Konzeption der Ehe als lebenslange Gemeinschaft. Überdies dürfte der Gesetzgeber, wenn er von beiden Ehegatten eine durchgängige Erwerbstätigkeit verlangt,¹³¹⁰ gehalten sein, ihnen zuvor z.B. durch die Schaffung von Kinderbetreuungseinrichtungen die Möglichkeit dazu zu eröffnen.

1308 FPR 2005, 492 (495). Bei Vorliegen von Umständen, die eine Befristung als unangemessen erscheinen lassen, will er die Möglichkeit einer Verlängerung einräumen (aaO., 496). Die Regelung soll darüber hinaus erst nach einer Übergangsfrist auf bestehende Ehen übertragen werden.

1309 Dies erkennt auch *Schürmann*, FPR 2005, 492 (495).

1310 Dies ist auch nach Ansicht *Schürmanns*, FPR 2005, 492 (495), letztlich Voraussetzung für ein Maß an Eigenverantwortung, das eine grundsätzliche Befristung der Unterhaltsansprüche ermöglicht.

Auch für den Bereich des Versorgungsausgleichs kommt eine zeitliche Schranke für die Zulässigkeit von Vereinbarungen in Betracht. Allerdings führte sie in diesem Bereich dazu, dass die Ehegatten auf entstandene Anwartschaften verzichten müssten. Zwar weist der Versorgungsausgleich Bezüge zum Altersunterhalt auf. Jedoch ist er zugleich durch das Erfordernis einer langjährigen Vorsorge geprägt. Ehegatten haben daher ein legitimes Interesse daran, sich bereits während des Bestands der ehelichen Gemeinschaft über die Notwendigkeit und die Art und Weise der zu treffenden Altersvorsorge im Klaren zu sein. Es gibt zahlreiche Möglichkeiten, eine Altersvorsorge zu treffen und somit auch die gesetzliche Regelung zu ersetzen. Eine Ersetzung der gesetzlichen Regelung kann sinnvoll sein, z.B. wenn nur die Versorgungsansprüche eines Ehegatten erfasst würden, weil der andere Ehegatte ausschließlich privat vorsorgt. In einer solchen Situation müssen die Ehegatten die Möglichkeit haben, ihre Altersvorsorge auf einer verlässlichen Grundlage frühzeitig abweichend zu regeln. Daher sollten Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich nicht erst während des Scheidungsverfahrens ermöglicht werden.

Wollte der Gesetzgeber angesichts der wieder in den Vordergrund gerückten Besonderheiten des Ehevertragsrechts das geltende Güterrecht reformieren, wäre zu überlegen, inwieweit die Tatbestände so modifiziert werden können, dass sie möglichen Ungleichbehandlungen vorbeugen. Eine Teilhabe beider Partner am gemeinsam erwirtschafteten Vermögen schon während der Ehe, wie sie von *Scholz* gefordert und von *Dauner-Lieb* mit dem Vorschlag einer Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand konkretisiert wird, dürfte dabei über das Ziel hinausgehen.¹³¹¹ Das Erfordernis einer solch weitgehenden wirtschaftlichen Gemeinschaft kann der ehelichen Solidarität nicht entnommen werden. Diese verlangt nicht, dass alle Unterschiede zwischen den Ehegatten nivelliert werden, sondern dass die Ehegatten füreinander Verantwortung tragen.

Denkbar wäre auch die Einführung eines Tatbestandsmerkmals, das die Schutzwirkungen insbesondere des Zugewinnausgleichs an die Führung

1311 *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151 (153); *Scholz*, FamRZ 2002, 733. Gegen die Forderung nach einer Errungenschaftsgemeinschaft: *Battes*, FamRZ 2007, 313 (316).

einer Einverdiener Ehe knüpft. Ein solches würde allerdings zu einer sehr viel komplexeren Rechtsanwendung führen. Wesentliche Vorteile sind davon hingegen nicht zu erwarten, da eine Abweichung von dem Modell der Einverdiener Ehe regelmäßig automatisch zu einer Anpassung des Ausgleichsanspruchs führt, weil sie zumeist zugleich zum Entstehen von Vermögen des erwerbstätigen Ehegatten beiträgt.

Die Forderung *Goebels* nach einem eigenen Vertragsrecht für Ehevereinbarungen¹³¹² scheint wenig praktikabel. Schon durch die Einführung der Inhaltskontrolle dürften seine wesentlichen Forderungen erfüllt worden sein. Auch ist seinem Argument fehlender Rationalität entgegen zu halten, dass der Abschluss einer Ehevereinbarung nicht notwendigerweise von (künftigen) Ehegatten erfolgt, die sich in einer Phase extremer Verliebtheit und damit einhergehender Minderung ihrer rationalen Entscheidungsfähigkeit befinden. Schließlich fehlt es an Instrumenten, die an die Stelle einer vertraglichen Einigung treten könnten, sofern nicht nach oben geschilderten Ansätzen die Disponibilität der gesetzlichen Regelungen eingeschränkt wird. Die Ausgestaltung der nahehelichen Rechtsbeziehungen in die Hand des Scheidungsrichters zu legen, kann angesichts dessen fehlender Detailkenntnis von den Lebensumständen der Ehegatten kaum eine bessere Alternative darstellen.

Schließlich hat die Untersuchung der Rechtsprechung gezeigt, dass mit Ausnahme des Betreuungsunterhalts keine Reform der geltenden gesetzlichen Regelungen zwingend erforderlich ist, weil diese bei angemessener Handhabung durchaus eine systemkonforme Lösung der gestellten Probleme ermöglichen. Insoweit ist eher die Rechtsprechung gefordert, die Grenzen des dogmatisch Zulässigen nicht zu überschreiten.

5.3. Die Novelle des Unterhaltsrechts

Der Gesetzgeber hat zwischenzeitlich die Änderung des Unterhaltsrechts vollzogen. Das Inkrafttreten hatte sich mehrfach verzögert, weil der Entwurf aufgrund neuer politischer und rechtlicher Vorgaben überarbeitet

1312 *Goebel*, FamRZ 2003, 1513 (1518).

wurde. Er trat dann recht überraschend und kurzfristig zum 1. Januar 2008 in Kraft.¹³¹³

5.3.1. Ziele und wesentliche Regelungen

Mit der Neuregelung soll laut Begründung der Bundesregierung¹³¹⁴ das Kindeswohl und die Eigenverantwortung der geschiedenen Ehegatten gestärkt und das Unterhaltsrecht vereinfacht werden. Zur Stärkung des Kindeswohls wird die Rangfolge mehrerer Unterhaltsberechtigter in § 1609 BGB neu geregelt, der Mindestunterhaltsanspruch des § 1612a BGB an das Existenzminimum nach dem EStG angepasst und der Betreuungsunterhalt für nichteheliche Elternteile gestärkt.¹³¹⁵ Der Stärkung der Eigenverantwortung dient neben der Neuformulierung des § 1569 BGB die Erschwerung des Wiederauflebens gem. § 1586a BGB und die Erweiterung der Beschränkungs- und Versagungsmöglichkeiten gem. § 1579 BGB. Bei Letzterer handelt es sich freilich nur um die Aufnahme bestehender Rechtsprechung.¹³¹⁶

Unterhaltsvereinbarungen i.S.d. § 1585c BGB bedürfen nunmehr einer notariellen Beurkundung, womit die Forderungen der Literatur und die Anregung des BVerfG aufgenommen wurden. Die Formbedürftigkeit ist auf Vereinbarungen beschränkt, die vor Rechtskraft der Scheidung geschlossen werden.¹³¹⁷

Mit weitreichenden Verschiebungen im nahehelichen Unterhaltsrecht aufgrund der Reform ist nicht zu rechnen. Es handelt sich im Wesentlichen um Akzentverschiebungen. Die bedeutendsten praktischen Auswirkungen wird die Veränderung der Rangfolge mehrerer Unterhaltsberechtigter haben. Sie

1313 Übergangsvorschriften sind in § 36 EGZPO normiert. Dieser stellt auf die Zumutbarkeit einer Anpassung an die neue Rechtslage ab. Es handelt sich somit um eine sehr flexible, aber dadurch auch sehr unbestimmte Regelung, welche in den nächsten Jahren für eine entsprechende Mehrbelastung der Gerichte sorgen wird.

1314 BR-Drucksache 253/06.

1315 Eine Verlängerung des Unterhaltsanspruchs ist jetzt bei Billigkeit möglich, womit die bisherige Beweislage, nach der eine Nichtverlängerung grob unbillig sein musste, umgekehrt wird.

1316 *Borth*, FamRZ 2006, 813 (817), bezweifelt eine ausreichende Rechtfertigung für die Beschränkung.

1317 Siehe dazu schon oben, S. 435.

führt zu einem Vorrang unterhaltsberechtigter minderjähriger Kinder, der sich insbesondere in Mangelfällen auswirken wird.¹³¹⁸

Soweit die Eigenverantwortung durch die Umformulierung des § 1569 BGB gestärkt wurde, dürfte es sich um eine kosmetische Korrektur ohne echte Auswirkungen handeln. Bedeutender ist in diesem Zusammenhang die Verschiebung im Rahmen der §§ 1570, 1574 BGB. Die ehelichen Lebensverhältnisse sind künftig nicht mehr ein gleichrangiges Kriterium zur Ausbildung etc., sondern werden erst zweitrangig berücksichtigt. Ob eine Erwerbstätigkeit erwartet werden kann, hängt künftig auch von den Möglichkeiten einer Kindesbetreuung ab (§§ 1570 I 3, 1615I II 5 BGB).¹³¹⁹

Berücksichtigt hat die Reform die Forderung des BVerfG nach einer Gleichbehandlung betreuender Elternteile unabhängig von einer ehelichen Bindung.¹³²⁰ Dies soll durch eine einheitliche Mindestunterhaltsdauer von 3 Jahren gem. § 1615I II 3 BGB und § 1570 I 1 BGB erreicht werden. Eine Verlängerung des Unterhaltsanspruches kommt jeweils in Betracht, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht (§§ 1615I II 4, 1570 I 2 BGB). Allerdings ist bei der Verlängerung von nachehelichen Unterhaltsansprüchen zusätzlich die Gestaltung der Kindesbetreuung während der Ehezeit zu berücksichtigen (§ 1570 II BGB).

Beide Ansprüche haben sich gegenüber der früheren Rechtslage erheblich einander angenähert, werden jedoch noch nicht vollständig gleich behandelt. Eine verfassungskonforme Auslegung der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe scheint möglich.

5.3.2. Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen

Auswirkungen auf die Tauglichkeit der Kernbereichslehre als leitendes Abwägungskriterium für die Anwendung der Generalklauseln §§ 138 I, 242 BGB sind nicht auszuschließen.

1318 *Kirchhof*, FamRZ 2007, 241 (246), sieht in der starren Rangfolge einen Verstoß gegen das Konkordanzgebot.

1319 Kritisch dazu *Kirchhof*, FamRZ 2007, 241 (245), der eine Stärkung der Eigenverantwortung zulasten des Kindeswohls befürchtet.

1320 Siehe dazu oben, S. 251.

Die Betonung der Eigenverantwortung steht einer Inhaltskontrolle dabei nicht zwingend entgegen. Sie ist als Indiz dafür anzusehen, dass auch Ehegatten grundsätzlich Vertragsfreiheit zukommt. Wesentliche Änderungen werden sich aus ihr nicht ergeben.¹³²¹

Der vom BGH eingeführten Abstufung läuft allerdings die Vereinheitlichung der Herabsetzungs- und Begrenzungsmöglichkeiten gem. § 1578b BGB entgegen. Die Unterschiede der Unterhaltsansprüche waren die Grundlage für die Abstufungen der Kernbereichslehre. Mit zunehmender Gleichbehandlung entfällt daher ein Teil derselben.

Die Reform nimmt in § 1578b BGB den Gedanken des Ausgleichs ehebedingter Nachteile erstmalig ausdrücklich in das BGB auf. Dieser Gedanke steht in Übereinstimmung mit der Inhaltskontrolle von Ehevereinbarungen, die ihn insbesondere im Rahmen der Ausübungskontrolle berücksichtigt.¹³²²

Der Topos von der nahehelichen Solidarität, auf den die Inhaltskontrolle maßgeblich gestützt ist, wird vom Gesetzgeber mit der Änderung der Wiederauflebensgründe des § 1586a BGB und der Aufnahme des Beschränkungs- und Versagungsgrundes der Führung einer verfestigten Lebensgemeinschaft in § 1579 Nr. 2 BGB aufgenommen.

Nach alledem steht auch die Änderung des Unterhaltsrechts einer Anwendung der Kernbereichslehre nicht grundsätzlich entgegen. Die Bedeutung der Abstufungen dürfte jedoch noch weiter geschwächt werden. Dies verdeutlicht die Notwendigkeit einer Rückbesinnung auf die tragende Wertung hinter der Inhaltskontrolle, die Wahrung ehelicher Solidarität. Die Betonung der Eigenverantwortung der geschiedenen Ehegatten diene dabei als Mahnung, nicht übermäßig in die Ehevertragsfreiheit einzugreifen und auch die Grenzen ehelicher Solidarität zu berücksichtigen.

1321 Anders sieht dies *Kroppenberg*, JZ 2006, 439 (444), die im Rahmen des § 1570 BGB eine Anpassung der Altersstruktur erwartet und dadurch die Statik der Kernbereichslehre beeinträchtigt sieht.

1322 *Kroppenberg*, JZ 2006, 439 (441), weist zu Recht darauf hin, dass mit der Aufnahme keine grundlegende Neuorientierung der teleologischen Grundlage des Unterhaltsrechts verbunden ist, sondern dieses weiterhin auf eine Gemengelage unterschiedlicher Zielsetzungen gestützt bleibt.

5.4. Empfehlungen für die künftige Beratungs- und Beurkundungspraxis

Die Vertreter der rechtsgestaltenden Berufe, insbesondere die Notare, stehen weiterhin vor der Aufgabe, aus der geänderten Rechtsprechung angemessene Richtlinien für den Inhalt von Ehevereinbarungen und die Gestaltung des Verfahrens bei Abschluss der Vereinbarung abzuleiten.

Dem notariellen Verfahren kommt die Aufgabe zu, eine möglichst ausgeglichene Verhandlungsposition zu schaffen. Dies wird vornehmlich durch eine ausführliche, verständliche und einzelfallbezogene Erläuterung des Vertragsinhalts gegenüber beiden Ehegatten erreicht. Der Umfang des damit verbundenen Risikos sollte dabei im Mittelpunkt der notariellen Aufklärung stehen. Hilfreich kann es sein, den Vertragsschließenden eine ausreichende Frist einzuräumen, die geplanten Regelungen im Anschluss an eine gründliche Aufklärung zu überdenken.

Selbstverständlich sollte sein, besondere Bedürfnisse der Parteien, z.B. eine Übersetzung, zu erkennen und zu befriedigen. Bei nicht mit dem deutschen Rechtssystem Vertrauten wird auch die Belehrung über die Wirkungen einer Regelung intensiver zu erfolgen haben.

Bezugspunkt für die Beratung ist dabei nicht allein die Situation der künftigen Ehegatten vor einer Eheschließung, sondern immer auch die gesetzliche Ausgestaltung, von der abgewichen werden soll.

Um eine angemessene Beratung leisten zu können, wird es unverändert erforderlich sein, die Wünsche der (künftigen) Ehegatten zu ermitteln. Insbesondere bedarf es einer Untersuchung, welche Lebensgemeinschaft sich die Ehegatten vorstellen und welche Planungen, Ziele und Absichten sie verfolgen.

Es erscheint gerade im Hinblick auf eine spätere Vertragsanpassung sinnvoll, die so ermittelten Grundlagen, insbesondere die Planungen und Erwartungen und die abgegebenen Belehrungen, den eigentlichen Vereinbarungen voranzustellen.

Bei der inhaltlichen Gestaltung ist zur Zurückhaltung zu raten. Den Ehegatten sollte nur zum Abschluss derjenigen Regelungen geraten werden, die

sie tatsächlich aufgrund der Besonderheiten ihrer (geplanten) Lebensumstände für erforderlich erachten. Für einseitige wirtschaftliche Interessendurchsetzung sollte künftig kein Raum mehr sein. Es ist auch davon abzuraten, Regelungen mit zu beurkunden, um einen Notartermin zu sparen, obwohl die in Frage stehende Regelung der derzeitigen Lage der Ehegatten nicht angemessen ist.

Sinnvoll kann es sein, das beabsichtigte Gestaltungsziel nicht durch eine vollständige Abbedingung der gesetzlichen Regelung zu erzielen, sondern durch eine Abänderung derselben. In Fällen, in denen den Ehegatten die gesetzliche Regelung zu weitreichend erscheint, ist z.B. die Modifizierung der Anspruchsvoraussetzungen oder die Einführung dynamischer Grenzen für naheheliche Ansprüche, z.B. eine betragsmäßige oder zeitliche Begrenzung des Unterhalts in Abhängigkeit von der Dauer der Ehe, denkbar. Dadurch kann die Furcht vor einer Lebensstandardgarantie genommen werden, ohne den nach Beendigung der Beziehung bedürftigen Ehegatten, der während der Ehe im Vertrauen auf ihren Bestand u.U. Dispositionen getroffen hat, unverhältnismäßig zu benachteiligen.

Stellen sich die Ehegatten eine Abweichung von der gesetzlich vorgesehenen Art und Weise des Ausgleichs zwischen ihnen vor, sollten gleichzeitig mit der Abbedingung der gesetzlichen Regelung Kompensationsleistungen beurkundet werden.

Bei vorsorgenden Vereinbarungen kommt in der Regel die Aufnahme von Anpassungsklauseln für den Fall eines Eintritts von im Bereich des Möglichen liegenden Umständen ernsthaft in Betracht. Der Hauptanwendungsfall dafür wird die Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes darstellen. Zwar ist von einem Verzicht auf Betreuungsunterhalt ohnehin grundsätzlich, d.h. sofern nicht ausnahmsweise ein Ersatz in Betracht kommt, abzuraten, da eine Verzichtserklärung im Regelfall nicht durchsetzbar ist. Jedoch kann die Geburt eines gemeinsamen Kindes auch Änderungen im Bereich der Altersvorsorge oder des Güterrechts erfordern. Hier könnte neben der Bedingung auch ein vertraglicher Anspruch auf Anpassung der getroffenen Vereinba-

rung aufgenommen werden. Dieser sollte dann freilich in den wesentlichen Grenzen bereits vorgezeichnet sein.

Den Ehegatten ist zudem dringend zu raten, die geschlossene Ehevereinbarung als dynamische Grundlage des dynamischen Sachverhalts Ehe zu betrachten. Im Falle einer Änderung wesentlicher Umstände bedarf die Regelung einer Anpassung, selbst wenn kein Anpassungsanspruch vereinbart wurde.

Durch die Aufnahme auflösender Bedingungen kann die Bereitschaft zur Vertragspflege möglicherweise gestärkt werden. Bei potentiell konfliktträchtigen Vereinbarungen kann eine auflösende Bedingung gekoppelt werden mit einem Anpassungsanspruch und der Vereinbarung der Fortgeltung der Regelung bei Vorlage eines notariell beglaubigten Änderungsantrags. Dies kann einer Verhinderung einer Anpassung entgegenwirken.

In diesem Zusammenhang ist auch daran zu denken, für die Ausgestaltung und Durchführung eines vertraglichen Anpassungsanspruchs die Anrufung eines Schiedsgerichts zu vereinbaren.¹³²³

Zur Vorsorge gehört nunmehr auch eine genaue Befassung mit den Möglichkeiten salvatorischer Klauseln. Diese sollten keinesfalls pauschal aufgenommen werden. Gefordert ist vielmehr die exakte Erfassung des Verhältnisses zwischen einzelnen Vertragsbestandteilen.

Trotz dieser Änderungen können die Notare als Ausgangspunkt ihrer Beratung auch weiterhin die für einzelne Ehetypen und Ehephasen vorgeschlagenen Ehevertragsmodelle heranziehen. Allerdings ist darauf zu achten, dass nicht die Ehe an das Modell, sondern das Modell an die Ehe angepasst werden muss.

1323 Wachter, ZNotP 2003, 408 (423).

XI. Schluss

Die Thematik um eine gerichtliche Kontrolle von Ehevereinbarungen ist nicht allein unter Rückgriff auf rechtliche Erwägungen abschließend zu behandeln. Wie sich in den voranstehenden Untersuchungen gezeigt hat, laden rechts- und gesellschaftspolitische Erwägungen die rechtliche Argumentation auf.

Ehevereinbarungen haben naturgemäß einen überaus engen Zusammenhang zur Ehe. Diese steht als Institution immer wieder im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses. Sie ist Gegenstand gesellschaftlicher Dispute und ihre Bedeutung unterliegt einem stetigen Wandel.

Daher ist es nicht verwunderlich, ja sogar zwingend erforderlich, dass auch die rechtliche Diskussion durch Leitbilder von Ehe und Familie mitbestimmt wird.¹³²⁴ Hierbei geht es um die Frage, welche Bedeutung das Rechtsinstitut der Ehe in der heutigen und künftigen Gesellschaft ausfüllen kann und soll. Dahinter steht eine gesellschaftliche Entwicklung, die die Ehe zunehmend unter Druck setzt. Die momentan einzig verfügbare „echte“ Alternative, die nichteheliche Lebensgemeinschaft, vermag die Lücke, die durch den Bedeutungsrückgang der Ehe hinterlassen wird, jedoch nicht vollständig auszufüllen. Sie scheint vielen Paaren zu unverbindlich zu sein.

Der Bedeutungswandel der Ehe zeichnet sich am deutlichsten in der auf hohem Niveau verharrenden Scheidungsrate bei gleichzeitig sinkender Eheschließungsrate ab. Weil die Scheidung entgegen der ursprünglichen Konzeption der lebenslangen Ehe kein seltener Ausnahmefall mehr ist, gerät das Scheidungsfolgenrecht unter Rechtfertigungsdruck. Die Lebensstandardgarantie, die mit der Systematik der nachehelichen Unterhaltsansprüche einhergeht, stößt nicht länger auf ungeteilte Zustimmung. Dies nötigt zu einer erneuten Ausbalancierung der Lasten- und Risikoverteilung zwischen

¹³²⁴ Siehe z.B. bei *Brandt*, MittBayNot 2004, 221 (226): „Leitbild der Scheidungsfolgen“; *Dauner-Lieb*, Brennpunkte FamR 2003, 1 (2); *Grziwotz*, FamRB 2004, 239 (240); *Schwab*, FS BGH, 921 (943); *ders.*, FS Holzauer, 410 (429).

dem Betroffenen selbst, seinem ehemaligen Ehegatten, einem möglicherweise neuen Lebenspartner und der Gemeinschaft als Ganzem.¹³²⁵

Diese gesellschaftliche Problematik wird ergänzt durch einen sich abzeichnenden Umbruch im Verständnis der Elternschaft. Es ist nicht länger unangetasteter gesellschaftlicher Konsens, dass eine Elternschaft einer gleichzeitigen Erwerbstätigkeit beider Elternteile entgegensteht. Veränderungen in diesem Bereich wirken sich unmittelbar auf den Umfang der Abhängigkeit eines Ehegatten vom anderen wegen der vorübergehenden Unmöglichkeit einer eigenständigen Gewährleistung des derzeitigen und künftigen Lebensunterhalts aus.

Schließlich geht es auch um die Abgrenzung zwischen der staatlich nicht anzutastenden Privatautonomie und dem Umfang des erforderlichen Schutzes zur Schaffung und Sicherung ihrer tatsächlichen Voraussetzungen. Diese Frage ist im Umfeld der Ehe von besonderer Brisanz, weil die in Frage stehenden Entscheidungen die Regelung der Lebensgemeinschaft und somit einen zentralen Bereich der persönlichen Entfaltung betreffen.

Den Veränderungen der gesellschaftlichen Wertungen steht die bewahrende Funktion des Grundgesetzes gegenüber. Dieses will und soll gesellschaftlichen Wandel zwar nicht verhindern, passt sich aber auch nicht ohne Weiteres jeder Zeitströmung an. Daraus folgt ein gewisser Wertkonservatismus, der die Rechtsprechung mitunter zwingt, gesellschaftliche Anschauungen erst mit einem gewissen zeitlichen Abstand nachzuvollziehen.

Mit der Aufnahme und vor allem mit der Klärung der gesellschaftspolitischen Diskussion ist die Rechtsprechung überfordert. Ihre Aufgabe ist es nicht, gesellschaftliche Wertungen weiterzuentwickeln. Die Aufgabe der Rechtsprechung ist es vielmehr, das geltende Recht sachgerecht und angemessen auf den jeweils zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden. Gesellschaftliche Wertungen können dabei nicht außen vor bleiben. Dies zeigt sich insbesondere in § 138 BGB, der ausdrücklich zur Aufnahme außer-

¹³²⁵ Meder, FuR 1993, 12 (20).

rechtlicher Wertungen bestimmt ist. Diese Aufnahme erfolgt jedoch nachvollziehend und nicht als Vorreiter der gesellschaftspolitischen Diskussion.

Zu einer grundlegenden Klärung, als die Rechtsprechung zu leisten im Stande ist, ist der Gesetzgeber aufgerufen. Nur er kann in Wahrnehmung seines politischen Gestaltungsauftrags neue Richtlinien über die künftige Bedeutung von Ehe und Familie aufstellen.

Bis zu einer solchen Klärung muss sich die Rechtsprechung mit den Instrumentarien begnügen, die ihr zu Gebote stehen. Es hat sich gezeigt, dass die Entwicklung der Kernbereichslehre hierbei ein sinnvoller Schritt sein kann, um die Frage nach der Grenze zulässiger Vereinbarungen zwischen Ehegatten für den Moment neu abzustecken. Eine solche Lösung kann jedoch keine dauerhafte darstellen. Wenn der gesellschaftliche Wandel fortschreitet ist auch die Rechtsprechung aufgerufen, in den Grenzen von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz flexibel zu agieren. Hierfür hält die eingeführte Inhaltskontrolle noch ausreichend Potential vor, sofern sie zurückhaltend angewandt wird. Vor einer allzu pauschalen und restriktiven Anwendung kann hingegen nur gewarnt werden. Dies gilt insbesondere für einen Bereich, in dem der gesellschaftliche Wandel so intensiv zu bemerken ist, wie im Familienrecht.

Dem gesellschaftlichen Wandel kann und sollte sich die Rechtsprechung nicht entgegenstemmen. Sie kann ihn aber rechtlich begleiten und dafür Sorge tragen, dass diejenigen Wertungen, die sowohl in der Vergangenheit wie auch in der Zukunft zu den tragenden Säulen des Rechts gehörten und gehören sollen, ausreichend gewürdigt werden. Dazu gehört nicht nur die Gewährung von Vertragsfreiheit gerade im persönlichen Umfeld, sondern eben auch der Schutz des Schwächeren vor der Ausnutzung durch einen überlegenden Vertragspartner.

