

nungsmethode, sondern die Differenzmethode zu benutzen, folgt regelmäßig höherer Unterhalt, weil eben der Eigenwerb nicht in voller Höhe, sondern nur im Rahmen des Differenzausgleichs durchschlägt. Das wird die Praxis unvermittelt aufnehmen müssen. Für Ausbildung und Prüfung ist die Bedeutung ähnlich. Wo Kenntnis des Familienrechts sich nicht auf die grundsätzlichen Grundsätze beschränken darf, ist Unterhaltsrecht zwingender Bestandteil dieser Kenntnis. Wenn ca. 40 % der Ehen scheitern und Getrenntlebens- und Nachscheidungsunterhalt die Folge ist, der dem Wechsel der nahehelichen Lebensverhältnisse anzupassen ist, gehören die Grundsätze der Unterhaltsbemessung zum Kenntnisstandard. Und die Grundsätze sind heute durch die Differenzmethode geprägt.

*Prof. Dr. Gerhard Hohloch, Freiburg*

**Anm. d. Red.:** Nachdruck aus JuS 2004, 1010 ff., mit freundlicher Genehmigung des Autors und der Redaktion.

Vgl. außerdem AnwK-BGB/Hohloch, § 1579 Rn 67 ff., und AnwK-BGB/Schürmann, § 1578 Rn 31, sowie Anm. Hohloch, LMK 2004, 221 ff.

## Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle eines notariellen Ehevertrags

— §§ 138, 242, 1408 Abs. 2, 1414, 1587 o BGB

1)

**Zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle eines notariellen Ehevertrags, der neben der Vereinbarung der Gütertrennung und des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs auch Regelungen über den nahehelichen Ehegattenunterhalt, die Übertragung eines Hausanteils auf den Ehemann und eine Ausgleichszahlung des Ehemannes an die Ehefrau enthält (Fortführung des Senatsurteils v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02 – FamRZ 2004, 601; vgl. auch Senatsbeschluss v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03 – zur Veröffentlichung bestimmt).**

BGH, Beschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 110/99 (OLG München AG Neu-Ulm)

**Gründe:** I. Die am 16.12.1977 geschlossene Ehe der Parteien, aus der zwei – am 22.5.1978 und am 1.7.1980 geborene – Kinder hervorgegangen sind, wurde auf den der Ehefrau (Antragsgegnerin, geboren am 31.5.1959) am 10.10.1997 zugestellten Antrag des Ehemannes (Antragsteller, geboren am 15.8.1957) durch Verbundurteil des AG – Familiengericht – v. 30.4.1998 geschieden (insoweit rechtskräftig seit dem 11.8.1998). Die Parteien streiten über die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Mit Ehevertrag v. 24.11.1986 hatten die Parteien Gütertrennung vereinbart und den Versorgungsausgleich ausgeschlossen. Für den Fall der Scheidung erklärte

sich der Ehemann bereit, der Ehefrau, solange sie keine eigenen Einkünfte habe, als Unterhalt „auf der heutigen Basis“ einen monatlichen Betrag von 300 DM und, falls die Ehefrau halbtags arbeite, von 150 DM zu zahlen, soweit er hierzu unter Berücksichtigung seiner Aufwendungen für das gemeinsame Hausgrundstück und den Unterhalt der Kinder in der Lage sei. Die Ehefrau verpflichtete sich für den Fall der Scheidung, ihre Hälfte an dem gemeinsamen Hausgrundstück auf den Ehemann zu übertragen. Der Ehemann seinerseits verpflichtete sich, für den Fall der Scheidung und nach Übertragung des hälftigen Miteigentums an dem Hausgrundstück der Ehefrau in bestimmten Raten einen Betrag von insgesamt 50.000 DM „als freiwillige Entschädigung für die Tätigkeit im Haushalt und die Erziehung der Kinder“ zu zahlen.

Das AG hat die von der Ehefrau beantragte Durchführung des Versorgungsausgleichs – unter Hinweis auf dessen ehevertraglichen Ausschluss – abgelehnt. Das OLG hat die Beschwerde der Ehefrau, mit der diese ihren Antrag auf Durchführung des Versorgungsausgleichs weiterverfolgt hat, zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die – vom OLG zugelassene – weitere Beschwerde der Ehefrau.

II. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG. 1. Nach Auffassung des OLG ist der von den Parteien vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs wirksam. Für die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts komme es auf die Umstände im Zeitpunkt seiner Vornahme an; deshalb seien allein die Folgen des Ausschlusses, hier die fehlende Altersversorgung, nicht entscheidend. Anhaltspunkte dafür, dass die Vereinbarung lediglich zu Lasten des Sozialhilfeträgers geschlossen worden sei, lägen nicht vor; auf die Ausnutzung einer psychischen Zwangslage komme es nicht entscheidend an. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage liege nicht vor. Dazu bedürfe es konkreter Vorstellungen und Erwartungen, die bei Vertragsschluss vorgelegen hätten und zwischenzeitlich entfallen seien; solche Vorstellungen oder Erwartungen seien hier nicht dargetan. Auch hinderten Treu und Glauben (§ 242 BGB) den Ehemann nicht – auch nicht teilweise für die Zeit der Kindererziehung –, sich auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu berufen. Eine solche Ausübungskontrolle werde zwar in der Literatur befürwortet; sie widerspreche aber der Rechtsprechung des BGH. Zudem liege im vorliegenden Fall die Besonderheit vor, dass der Ehemann sich verpflichtet habe, der Ehefrau nach erfolgter Übertragung ihrer Anteile am gemeinsamen Grundstück 50.000 DM als freiwillige Entschädigung für ihre „Tätigkeit im Haushalt und für die Erziehung der Kinder“ zu zahlen.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Wie der Senat in seinem – nach Erlass der hier angefochtenen Entscheidung – ergangenen Ur. v. 11.2.2004 (XII ZR 265/02 – FamRZ 2004, 601, für BGHZ 158, 81 vorgesehen) dargelegt hat, darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzli-

chen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch 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. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die Vereinbarung der Ehegatten über die Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Bei der Ausrichtung am Kernbereich der Scheidungsfolgen wird man für deren Disponibilität eine Rangabstufung vornehmen können, die sich in erster Linie danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben. Der Versorgungsausgleich ist – als gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungsvermögen – einerseits dem Zugewinnausgleich verwandt und wie dieser ehevertraglicher Disposition grundsätzlich zugänglich (§ 1408 Abs. 2, § 1587o BGB). Er ist jedoch andererseits als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen; von daher steht er einer vertraglichen Abbedingung nicht schrankenlos offen. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich müssen deshalb nach denselben Kriterien geprüft werden wie ein vollständiger oder teilweiser Unterhaltsverzicht (Senatsurteil, a.a.O. S. 605). Der Unterhalt wegen Alters gehört, wie der Senat dargelegt hat, zum Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts; das Gesetz misst ihm als Ausdruck ehelicher Solidarität besondere Bedeutung zu – was freilich einen Verzicht nicht generell ausschließt, etwa wenn die Ehe erst im Alter geschlossen wird (Senatsurteil, a.a.O.). Nichts anderes gilt für den Versorgungsausgleich. Ein vereinbarter Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist deshalb einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 138 (Wirksamkeitskontrolle) sowie des § 242 BGB (Ausübungskontrolle) zu unterziehen; maßgebendes Kriterium ist für beide Kontrollschritte die Frage, ob und inwieweit der Ausschluss des Versorgungsausgleichs mit dem Gebot ehelicher Solidarität vereinbar erscheint.

a) In Anwendung dieser Grundsätze hat der Tatrichter zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs, allein oder im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Ehevertrags, schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamt-

würdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Ergibt die umfassende Würdigung dieser Gesichtspunkte, dass die durch den vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs bewirkte Versorgungssituation sich bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung als eine gravierende Verletzung des dem Versorgungsausgleich zugrunde liegenden Gedankens ehelicher Solidarität darstellt, so hat diese Vereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB keinen Bestand. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn ein Ehegatte sich einvernehmlich der Betreuung der gemeinsamen Kinder widmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdichtet sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der jedenfalls nicht ohne Kompensation einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert. Eine solche umfassende Gesamtwürdigung hat das OLG nicht vorgenommen. Eine derartige Würdigung würde Feststellungen über Art und Umfang der von den Ehegatten in der Ehe erworbenen Versorgungsrechte sowie über ihre Vermögenssituation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfordern; sie müsste auch berücksichtigen, in welchem Umfang die Ehefrau, die nach ihrem Vortrag bereits seit ihrer Eheschließung an einer ihre Erwerbsfähigkeit mindernden Rückenerkrankung leidet, im Scheidungsfall ihre eigene Altersversorgung durch künftige versicherungspflichtige Tätigkeit voraussichtlich weiter ausbauen kann. Soweit der Ehefrau im Ehevertrag für den Scheidungsfall eine Entschädigung zugesagt ist, wäre der Frage nachzugehen, ob diese Entschädigung als Gegenleistung für die von der Ehefrau für den Scheidungsfall zugesagte Übertragung ihres Miteigentums am gemeinsamen Hausgrundstück auf den Ehemann anzusehen oder als (teilweiser) Ausgleich für ihren Verzicht auf eine eigene versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit während der Ehe zu verstehen ist; im zweiten Falle wäre zu untersuchen, in welchem Umfang die Ehefrau mit dem Entschädigungsbetrag eigene Versorgungsrechte erwerben könnte. Zu den genannten Gesichtspunkten fehlen die erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen. Das gilt auch für die Frage, welche subjektiven Aspekte die Ehefrau veranlasst haben, sich – mehrere Jahre nach ihrer Eheschließung und der Geburt ihrer Kinder – auf den Ehevertrag und insbesondere auf den darin vorgesehenen Ausschluss des Versorgungsausgleichs einzulassen. Die vom OLG in Bezug genommenen Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils sind hierzu nicht eindeutig: So soll die Ehefrau einerseits – nach dem Tatbestand des

Urteils – vorgetragen haben, der Ehemann habe sie „zu dem Zweck, sie zum Notar zu schleppen“, geschlagen; andererseits soll ihrem Vortrag – nach den Urteilsgründen – nicht zu entnehmen sein, dass sie „zum Notar geschleppt oder unlauter gezwungen“ worden sei.

b) Soweit sich der Ausschluss des Versorgungsausgleichs – bei der gebotenen Gesamtwürdigung – nicht schon als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) darstellt, muss der Richter – im Rahmen der Ausübungskontrolle – prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber der vom anderen Ehegatten begehrten Durchführung des Versorgungsausgleichs darauf beruft, dass dieser durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (§ 242 BGB). Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs, allein oder im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Ehevertrags, eine im dargelegten Sinn (vgl. II. 2. vor a)) unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Dabei wird ein wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs einer Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB vielfach dann nicht standhalten, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund einer grundlegenden Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Altersversorgung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (zu Fällen, in denen Ehegatten ihre eheliche und berufliche Lebenssituation – namentlich im Hinblick auf die Betreuung gemeinsamer Kinder – einvernehmlich ändern: vgl. Senatsbeschluss v. heutigen Tag – XII ZB 57/03 – zur Veröffentlichung bestimmt).

Eine solche Ausübungskontrolle hat das OLG – nach der neuen Rechtsprechung des Senats (Senatsbeschluss v. 11.2.2004, a.a.O.) zu Unrecht – für nicht veranlasst erachtet. Folgerichtig hat es auch keine Feststellungen zu den hierfür maßgebenden Umständen – also namentlich zur früheren und zur aktuellen Lebens-, Versorgungs- und Vermögenssituation der Ehegatten sowie zu den Motiven – getroffen, die die Ehegatten zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs bestimmt haben.

3. Die angefochtene Entscheidung kann danach keinen Bestand haben. Der Senat vermag auf der Grundlage der vom OLG bislang getroffenen Feststellungen in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Die Sache war daher an das OLG zurückzuverweisen.

2)

**Zur Anpassung des ehevertraglichen Ausschlusses des Versorgungsausgleichs an geänderte Verhältnisse und zur Beschränkung des im Rahmen der Ausübungskontrolle durchzuführenden Versorgungsausgleichs auf die ehebedingt entstandenen Versorgungs-**

**nachteile eines Ehegatten (Fortführung des Senatsurteils v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02 – FamRZ 2004, 601).**

BGH, Beschl. v. 6.10.2004 – XII ZB 57/03 (OLG Koblenz, AG Betzdorf)

**Gründe:** I. Die am 18.11.1977 geschlossene Ehe der Parteien, aus der zwei – am 12.5.1980 und am 19.6.1983 geborene – Kinder hervorgegangen sind, wurde auf den dem Ehemann (Antragsgegner) am 7.7.2000 zugestellten Antrag der Ehefrau (Antragstellerin) durch Verbundurteil des AG – Familiengericht – v. 28.6.2001 geschieden (insoweit rechtskräftig seit dem 13.11.2001) und der Versorgungsausgleich geregelt.

Mit Ehevertrag v. 17.11.1977 vereinbarten die Parteien für ihre beabsichtigte Ehe Gütertrennung und verzichteten gegenseitig auf den Versorgungsausgleich.

Während der Ehezeit (1.11.1977 bis 30.6.2000; § 1587 Abs. 2 BGB) erwarb die am 25.4.1944 geborene Ehefrau Rentenanswartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (weitere Beteiligte zu 1, BfA) in Höhe von monatlich 390,05 DM. Der am 11.9.1931 geborene Ehemann erwarb während der Ehezeit voll-dynamische Rentenanswartschaften der Berliner Ärzteversorgung (weitere Beteiligte zu 2) in Höhe von monatlich 3.084,81 DM.

Das AG hat den ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs unter Berufung auf § 242 BGB „korrigiert“. Es hat den Versorgungsausgleich dahin geregelt, dass es zu Lasten der für den Ehemann bei der Berliner Ärzteversorgung bestehenden Versorgungsanswartschaft für die Ehefrau Rentenanswartschaften bei der BfA in Höhe von monatlich (3.084,81 DM – 390,05 DM = 2.694,76 DM, davon  $\frac{1}{4}$  =) 673,69 DM, bezogen auf den 30.6.2000, auf dem Rentenkonto der Ehefrau bei der BfA begründet hat.

Auf die Beschwerde des Ehemannes hat das OLG das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und zu Lasten der für den Ehemann bei der Berliner Ärzteversorgung bestehenden Versorgungsanswartschaft für die Ehefrau Rentenanswartschaften bei der BfA in Höhe von monatlich 312,40 DM, bezogen auf den 30.6.2000, auf dem Rentenkonto der Ehefrau bei der BfA begründet.

Dagegen wendet sich der Ehemann mit der vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit welcher er – unter Berufung auf den ehevertraglichen Ausschluss des Versorgungsausgleichs – dessen Durchführung weiterhin angreift.

II. Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Nach Auffassung des OLG ist die von den Parteien getroffene Abrede über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs nicht schon deshalb zu beanstanden, weil die Antragstellerin bei Vertragsschluss unangemessen benachteiligt worden sei. Für eine ungleiche Verhandlungsposition seien Anhaltspunkte nicht ersichtlich. Bei Abschluss des Ehevertrags v. 17.11.1977 sei die Antragstellerin versicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Sie habe im Jahre 1977 Pflichtbeiträge aus einem Entgelt von 10.321 DM entrichtet, somit eigene Ver-

sorgungsanwartschaften aufgebaut. Konkrete Planungen, nach denen die Antragstellerin ihren Beruf aufgeben sollte, um sich der Kindererziehung zu widmen, hätten nicht bestanden, zumal gemeinsame Kinder weder vorhanden gewesen noch erwartet worden seien. Der Umstand, dass die von der Antragstellerin erworbenen Versorgungsanwartschaften wertmäßig geringer als die vom Antragsgegner erworbenen Versorgungsrechte gewesen seien, reiche nicht aus. Dass der Antragsgegner die Unerfahrenheit der Antragstellerin in verwerflicher Weise ausgenutzt habe, sei nicht erkennbar.

Allerdings sei der Ehevertrag, soweit in ihm der Versorgungsausgleich ausgeschlossen worden sei, nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anzupassen, da sich die Verhältnisse, die beim Vertragsschluss zugrunde gelegt worden seien, nachträglich geändert hätten. Die Parteien seien beim Vertragsschluss davon ausgegangen, dass die Antragstellerin durch ihre Erwerbstätigkeit eine eigene Versorgung aufbauen könne. Dies sei durch die Geburten der gemeinsamen Kinder nicht möglich gewesen. Der Ehevertrag sei deshalb anzupassen und die Antragstellerin so zu stellen, wie sie stünde, wenn sie keine Kinder erzogen, sondern – wie ursprünglich geplant – einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre. Wie sich aus einem vom OLG eingeholten Sachverständigengutachten ergebe, hätte die Antragstellerin eine Rentenanwartschaft von 610,34 DM erwerben können, wenn sie während der Zeit der Kinderbetreuung (Mai 1980 bis Juni 1998) ihre Berufstätigkeit fortgeführt und dabei ein Einkommen erzielt hätte, wie sie es in der Folgezeit (Januar 1996 bis Juni 2000) erzielt habe. Da die Antragstellerin während der Zeit der Kinderbetreuung tatsächlich nur Rentenanwartschaften in Höhe von 297,94 DM erzielt habe, seien der Ehevertrag anzupassen und für die Antragstellerin Rentenanwartschaften in Höhe der Differenz von (610,34 DM – 297,94 DM =) 312,40 DM zu begründen.

2. Diese Ausführungen halten im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand.

Wie der Senat in seinem – nach Erlass der hier angefochtenen Entscheidung – ergangenen Urte. v. 11.2.2004 (– XII ZR 265/02 – FamRZ 2004, 601, vorgesehen für BGHZ 158, 81) dargelegt hat, darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen 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 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.

a) Dabei hat der Tatrichter zunächst im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt,

dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen.

Diese Gesamtwürdigung hat das OLG in tatrichterlicher Verantwortung und ohne revisionsrechtlich bedeutsame Fehler vorgenommen. Insbesondere hat es für die Frage der Wirksamkeit des Ehevertrags mit Recht auf die Verhältnisse im Zeitpunkt seines Abschlusses im Jahre 1977 abgestellt und erwogen, dass die Antragstellerin damals versicherungspflichtig beschäftigt war, mithin eigene Versorgungsanwartschaften aufbauen konnte und dass die Parteien keine konkreten Pläne verfolgten, hieran – etwa im Hinblick auf künftige gemeinsame Kinder – etwas zu ändern. Das OLG hat zwar seine Überlegungen zum wirksamen Zustandekommen des Ehevertrags auf § 242 BGB, nicht jedoch auf § 138 Abs. 1 BGB gestützt. Dies kann hier jedoch im Ergebnis hingenommen werden; denn die vom OLG angestellten Erwägungen tragen auch die vom Senat geforderte Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 BGB. Die Annahme des OLG, dass der Ehevertrag wirksam zustande gekommen ist, ist danach nicht zu beanstanden. Auch die Rechtsbeschwerde erinnert hiergegen nichts.

b) Soweit ein Vertrag – wie hier – Bestand hat, muss der Tatrichter sodann – im Rahmen der Ausübungskontrolle – prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (§ 242 BGB).

aa) Für diese Prüfung sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine im dargelegten Sinn (vgl. II. 2. vor a)) unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht.

Eine grundlegende Abweichung der tatsächlichen Lebenssituation von den beim Vertragsschluss zugrunde gelegten

Lebensumständen hat das OLG – im Hinblick auf die dem Ehevertrag nachfolgende Geburt der Kinder und die mit deren Betreuung einhergehende eingeschränkte Erwerbstätigkeit der Antragstellerin – mit Recht bejaht. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde greifen nicht durch; insbesondere hat das OLG nicht wesentlichen Prozessstoff außer Acht gelassen: Auch wenn die Parteien, wie die Rechtsbeschwerde unter Hinweis auf deren Instanzvortrag geltend macht, keine kinderlose Ehe geplant, sondern bei ihrer Abrede über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs beabsichtigt haben, die Betreuung von Kindern mit der Berufstätigkeit beider Ehegatten zu verbinden, haben sie diese Vorstellung später nicht verwirklicht. Vielmehr war die Antragstellerin während der Zeit der Betreuungsbedürftigkeit der Kinder nur zeitweise und in unterschiedlichem Umfang erwerbstätig.

bb) Allerdings lässt nicht jede Abweichung der späteren tatsächlichen Lebensverhältnisse von der ursprünglich zugrunde gelegten Lebensplanung es als unzumutbar erscheinen, am ehevertraglichen Ausschluss von Scheidungsfolgen festzuhalten. Die Frage, ob eine einseitige Lastenverteilung nach Treu und Glauben hinnehmbar ist, kann vielmehr nur unter Berücksichtigung der Rangordnung der Scheidungsfolgen beantwortet werden: Je höherrangig die vertraglich abgeschlossene und nunmehr dennoch geltend gemachte Scheidungsfolge ist, umso schwerwiegender müssen die Gründe sein, die – unter Berücksichtigung des inzwischen einvernehmlich verwirklichten tatsächlichen Ehezuschnitts – für ihren Ausschluss sprechen (Senatsurteil, a. a. O., S. 606).

Der Versorgungsausgleich ist – als gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungsvermögen – einerseits dem Zugewinnausgleich verwandt und wie dieser ehevertraglicher Disposition grundsätzlich zugänglich (§ 1408 Abs. 2, § 1587o BGB). Er ist jedoch andererseits als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen; von daher steht er einer vertraglichen Abbedingung nicht schrankenlos offen. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich müssen deshalb nach denselben Kriterien geprüft werden wie ein vollständiger oder teilweiser Unterhaltsverzicht (Senatsurteil a. a. O. 605). Der Unterhalt wegen Alters gehört, wie der Senat dargelegt hat, zum Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts; das Gesetz misst ihm als Ausdruck ehelicher Solidarität besondere Bedeutung zu – was freilich einen Verzicht nicht generell ausschließt, etwa wenn die Ehe erst im Alter geschlossen wird (Senatsurteil, a. a. O.). Nichts anderes gilt für den Versorgungsausgleich. Ein wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs hält deshalb einer Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB dann nicht stand, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund einvernehmlicher Änderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn ein Ehegatte sich einvernehmlich der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet

und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdichtet sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert.

cc) In einem solchen Fall ist es im Rahmen der nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 242 BGB vorrangig vorzunehmenden Vertragsanpassung regelmäßig angemessen und sachgerecht, jeweils nur die ehebedingten Versorgungsnachteile eines Ehegatten beim Aufbau seiner eigenständigen Altersversorgung auszugleichen, um zu vermeiden, dass er – wie es bei uneingeschränkter Durchführung des Versorgungsausgleichs auftreten könnte – Versorgungsrechte in einem Umfang erhält, die die ehebedingten Nachteile nicht nur ausgleichen, sondern sogar übersteigen.

Im vorliegenden Fall war es der Antragstellerin nach den nicht angegriffenen Feststellungen des OLG durch die Geburt der beiden Kinder der Parteien nicht möglich, ihre eigene Versorgung in der Ehe weiter auszubauen. Es erscheint deshalb unbillig, der Antragstellerin die sich hieraus ergebenden nachteiligen Konsequenzen für ihre Altersversorgung unter Berufung auf den Ehevertrag allein aufzubürden. Deshalb ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das OLG den Nachteil der Antragstellerin beim Aufbau einer eigenständigen Altersversorgung, weil ehebedingt, im Rahmen der ihm aufgegebenen Ausübungskontrolle angemessen ausgleicht.

Eine solche Handhabung, welche die Ehefrau wirtschaftlich so stellt, wie sie bei Weiterführung ihrer Erwerbstätigkeit ohne die Kinderbetreuung gestanden hätte, liegt im Rahmen der dem Tatrichter obliegenden Vertragsanpassung an den mutmaßlichen Parteiwillen im Falle geänderter Umstände. Mit dem Ausschluss des Versorgungsausgleichs geben die Eheleute regelmäßig zu erkennen, keine Teilhabe an den von dem jeweils anderen Ehegatten gegebenenfalls erworbenen höherwertigen Versorgungsrechten beanspruchen zu wollen, sondern jeder Ehegatte sollte – auch im Fall der Scheidung – diejenigen Versorgungsrechte behalten, die er eigenständig mithilfe seines jeweiligen Einkommens erwerben würde.

Auch hier lag eine Nivellierung des Versorgungsgefälles nicht in der Absicht der Parteien. Dies hatten die Ehegatten allerdings in der Erwartung vereinbart, dass die Ehefrau durch ihre weitere Berufstätigkeit eine ihrer Ausbildung und ihrer Tätigkeit entsprechende angemessene Altersversorgung erwerben würde. Wenn sich diese Erwartung nicht verwirklicht hat, besteht jedenfalls Anlass, die insoweit entstandenen Versorgungsdefizite bei der Ehefrau auszugleichen. Maßstab für den Ausgleich der ehebedingten Nachteile ist dabei grundsätzlich diejenige Versorgung, die der berechtigte Ehegatte bei Weiterführung seiner beruflichen Tätigkeit voraussichtlich hätte erzielen können. Daher sind die fiktiven, im Wege einer Prognose festgestellten Versorgungsrechte des berechtigten Ehegatten zugrunde zu legen. Dabei sind – je nach den

Gegebenheiten des Einzelfalles – verschiedene Berechnungswege denkbar, wobei den Gerichten grundsätzlich auch eine überschlägige Schätzung nach § 287 ZPO offen steht.

Handelt es sich – wie hier – um eine Altersversorgung in der gesetzlichen Rentenversicherung, können die fiktiven Versorgungsanwartschaften mit vertretbarem Aufwand ermittelt werden, indem die – gegebenenfalls nach § 287 ZPO zu schätzenden – Entgelte, die der berechtigte Ehegatte bei gedachter Weiterführung der Erwerbstätigkeit in der Zeit der ehebedingten Berufspause hätte erzielen können, zu den in dieser Zeit jeweils gegebenen Durchschnittsentgelten aller Versicherten ins Verhältnis gesetzt und daraus die jährlichen Werteinheiten bzw. jetzt Entgeltpunkte und damit die erzielbaren Rentenanwartschaften errechnet werden. Möglich und in der Regel noch einfacher ist auch die rechnerisch auf dasselbe Ergebnis hinauslaufende (im vorliegenden Fall auch vom Sachverständigen angewandte) Methode, nach der zunächst die von der Ehefrau später in der Zeit nach Wiederaufnahme ihrer vollen Berufstätigkeit (v. 1.1.1996 bis 30.6.2000) erworbenen Entgelte und die sich daraus ergebenden Entgeltpunkte ermittelt und sodann die durchschnittlichen monatlichen Entgeltpunkte für diesen Zeitraum auf den zurückliegenden Zeitraum der Kindererziehung (1.5.1980 bis 30.6.1998) übertragen werden. Denn die Verwendung dieser durchschnittlichen Entgeltpunkte als Verhältniswert trägt jedenfalls den sich allgemein ergebenden Einkommenssteigerungen Rechnung, ohne dass es noch eines Rückgriffs auf die aufwändige Einzelberechnung der vergangenen Jahre bedarf. Damit ist jedenfalls die vom OLG aufgrund des Sachverständigengutachtens zugrunde gelegte fiktive Rentenanwartschaft der Ehefrau in Höhe von 312,40 DM, die sie bei voller Weiterführung ihrer Erwerbstätigkeit ohne die Kinderbetreuung zusätzlich hätte erlangen können, zum Nachteil des Ehemannes revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. In dieser Höhe konnte daher das OLG die bei der Ehefrau entstandene Versorgungslücke durch Begründung von gesetzlichen Rentenanwartschaften zu Lasten der berufsständischen Versorgung des Ehemannes füllen. Obere Grenze des Versorgungsausgleichs ist dabei immer dasjenige, was die Ehefrau bei Durchführung des Ausgleichs nach den gesetzlichen Vorschriften unter Beachtung des Halbteilungsgrundsatzes erhalten hätte, wenn der Ausgleich nicht ehevertraglich abgeschlossen worden wäre. Diese Grenze ist hier ersichtlich nicht überschritten.

#### \_\_\_\_\_ Anmerkung

Nach der grundlegenden Entscheidung des BGH zu den Eheverträgen vom 11.2.2004 (FF 2004, 79 = FamRZ 2004, 601 in Abkehr von seinen früheren Entscheidungen FamRZ 1996, 1536 und FamRZ 1997, 156) war schon absehbar, dass zahlreiche weitere Entscheidungen folgen würden. *Hahne*, die Vorsitzende des entscheidenden Senats, hat mit Recht gesagt: „Ehe und Eheverträge sind ein Problem – immer noch“ (Ver-

tragsfreiheit im Familienrecht in Familienrecht im Brennpunkt (2004) S. 181 (182).

Und werden es immer bleiben, könnte man hinzufügen, denn in jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob die Vereinbarung nicht nach § 138 BGB nichtig ist, weil sie schon bei ihrem Abschluss zu einer einseitigen durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigten Lastenverteilung führte (Inhaltskontrolle) oder ob sie nach § 242 BGB anzupassen ist, weil sie wegen der weiteren Entwicklung zu einer unzumutbaren Lastenverteilung führt (Ausübungskontrolle). Das gilt für notarielle und privatschriftliche Vereinbarungen gleichermaßen. Der BGH geht nicht von einer unterschiedlichen Behandlung aus, auch bei einem notariellen Vertrag spricht keine wie immer geartete Vermutung für die Wirksamkeit, sondern es kommt auf die Einzelfallumstände an. Ein Notar wird allerdings über die Rechtsprechung des BGH belehren (instruktiv dazu *Brambring*, FGPrax 2004, 175 ff. und *Dauner-Lieb*, FF 2004, 65 ff.) und insoweit wird es bei Notarverträgen seltener zum Verdikt der Nichtigkeit kommen.

Der BGH hat an diesen beiden Parametern in der besprochenen Entscheidung (XII ZB 110/99) und in einer weiteren Entscheidung vom 6.10.2004 (XII ZB 57/03) mit Recht festgehalten, denn das sind die Grundstrukturen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG FamRZ 2001, 343 m. Anm. *Schwab* und FamRZ 2001, 985), die die Abkehr von der früheren BGH-Rechtsprechung gefordert hat. Ich vermag nicht zu erkennen, wieso die Entscheidung des BVerfG Rechtsunsicherheit ausgelöst hätte (so aber *Dorsel*, RNotZ 2004, 496 (499)), vielmehr hat der BGH nur nachvollzogen, was in diesen Entscheidungen gesagt war, wobei die Einzelanwendung natürlich der Fachgerichtsbarkeit vorbehalten war. Es heißt die Dinge auf den Kopf stellen, wenn man von einer Verunsicherung durch das BVerfG und von einer Klarstellung durch den BGH ausgeht. Vielmehr war es das BVerfG (krit. zur alten Rspr. des BGH schon *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 88; *Dethloff*, JZ 1997, 414; *Büttner*, FamRZ 1997, 600 und 1998, 1), dass die Rechtsprechungsänderung des BGH herbeigeführt hat. Vor den Entscheidungen des BVerfG war von der Notwendigkeit einer Kontrolle nach § 138 BGB meist nicht die Rede, sondern mit der Ehevertragsfreiheit wurden einseitig belastende Verträge gerechtfertigt.

Auch an seiner Auffassung, dass es für § 138 BGB und für § 242 BGB darauf ankomme, ob und wie schwerwiegend die vertraglichen Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreifen, hält der BGH mit Recht in beiden Entscheidungen fest.

Die Vertragsfreiheit der Ehegatten wird damit nur eingeschränkt bestätigt, denn es kommt unabhängig von der Vertragsfreiheit in jedem Einzelfall darauf an, zu prüfen, ob § 138 BGB oder § 242 BGB zu bejahen ist. Jubelnde Bemerkungen (z. B. *Dorsel*, RNotZ 2004, 496), der BGH habe nach der unklaren Rechtsprechung des BVerfG den Grundsatz der Vertragsfreiheit bestätigt, haben mit den Entscheidungen

vom 6.10.2004 einen Dämpfer bekommen. Der BGH folgt vielmehr in vollem Umfang dem BVerfG, denn auch dieses hatte keineswegs gesagt, dass Eheverträge nicht mehr wirksam geschlossen werden könnten.

*Nach der Entscheidung des BGH ist sowohl auf die objektive Sachlage bei Vertragsschluss (unter Berücksichtigung der Eingriffe in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts, dazu gehört auch der Altersunterhalt und als seine Ausprägung der Versorgungsausgleich) als auch subjektiv auf die mit der Vereinbarung verfolgten Zwecke und sonstigen Beweggründe abzustellen. Erst die umfassende Würdigung dieser Gesichtspunkte ergibt, ob die Vereinbarung nach § 138 BGB Bestand hat (hier: Versorgungsausgleichsverzicht ohne Kompensation, weil Kompensation nur für Grundstücksübertragung). Mit Recht sagt der BGH, dass das OLG eine solche umfassende Würdigung nicht vorgenommen hat (allerdings stammte die Entscheidung vom 15.7.1999 – also noch zur Geltung der überholten Rechtsprechung des BGH).*

Auch bei der weiteren Prüfung des § 242 BGB für den Zeitpunkt des Scheitern der Ehe ist wiederum zu fragen, ob sich durch die Regelung im Ehevertrag eine unzumutbare Lastenverteilung infolge der unvorhergesehen veränderten Verhältnisse (hier: Übernahme der Betreuung der Kinder) ergibt. *Grziwotz* (FF 2004, 275) ist zuzustimmen, wenn er salvatorische Klauseln nur für wirksam hält, soweit sie nicht eine solche unzumutbare Lastenverteilung ergeben.

Im Fall XII ZB 57/03 bejahte der BGH dagegen mit Recht (auf die Revision des Ehemannes) die Korrektur des OLG nach § 242 BGB in Bezug auf den Versorgungsausgleich, weil die Rechtsanwendung des OLG, die Ehefrau so zu behandeln, als wenn sie weitergearbeitet hätte, jedenfalls nicht zu seinen Lasten war (aber wie hätte er entschieden, wenn auch die Ehefrau Revision eingelegt hätte?).

Die Fragen, die der BGH in seiner Entscheidung vom 11.2.2004 (FF 2004, 79 = FamRZ 2004, 601) offen gelassen hat, werden auch in Zukunft im Wesentlichen offen bleiben, denn es bleibt nichts anderes übrig als im Einzelfall zu prüfen, ob die Vereinbarung gegen § 138 BGB oder gegen § 242 BGB verstößt. Inzwischen ergangene Entscheidungen der OLG zu Eheverträgen (OLG Celle (15.) NJW-RR 2004, 1585; OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1445; OLG Celle (19.) OLG-Report 2004, 581; OLG Düsseldorf OLG-Report 2004, 505) bestätigen dies.

*Dr. Helmut Büttner, Vors. Richter am OLG Köln*

## Ablehnung der Abtrennung einer Scheidungsfolgensache

— §§ 628, 567 Abs. 1 ZPO

**Zur Anfechtung der Ablehnung, eine Scheidungsfolgensache abzutrennen.**

BGH, Beschl. v. 20.10.2004 – XII ZB 35/04 (OLG Zweibrücken, AG Pirmasens)

**Gründe:** I. Zwischen den Parteien ist ein Scheidungsverfahren rechtshängig. Das AG – Familiengericht – hat den Antrag des Antragsgegners abgelehnt, dem Scheidungsantrag wegen unzumutbarer Härte gem. § 628 S. 1 Nr. 4 ZPO vor der Entscheidung über die Folgesache Güterrecht stattzugeben. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Antragsgegners hat das OLG mit der Begründung als unzulässig verworfen, das Rechtsmittel sei nicht statthaft. Mit der – wegen dieser Frage zugelassenen – Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsgegner sein Begehren, die Folgesache Güterrecht aus dem Scheidungsverbund abzutrennen, weiter.

II. Das Rechtsmittel ist nicht statthaft.

1. Nach der Neufassung des Beschwerderechts durch das Zivilprozessreformgesetz v. 27.7.2001 (BGBl. I 1887, 1902 ff.) kann der BGH gegen Beschlüsse des Beschwerdegerichts ausschließlich in den Fällen des § 574 Abs. 1 ZPO angerufen werden. Danach ist die Rechtsbeschwerde nur statthaft, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder wenn das Beschwerdegericht sie in dem angefochtenen Beschl. zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

Gegen Beschlüsse, durch die eine sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen wurde, ist die Rechtsbeschwerde nach dem Gesetz nicht allgemein eröffnet. Im vorliegenden Fall hat das OLG die Rechtsbeschwerde zwar zugelassen. Der Senat ist aber an die Zulassung durch das Beschwerdegericht nicht gebunden. Durch die Zulassung wird dem Beschwerdeführer die Rechtsbeschwerde nur dann zugänglich gemacht, wenn sie nach dem Gesetz an sich statthaft ist. Sie wird dagegen nicht in den Fällen eröffnet, in denen die Anfechtbarkeit einer Entscheidung gesetzlich ausgeschlossen ist (BGH, Beschl. v. 12.9.2002 – III ZB 43/02 – NJW 2002, 3554; v. 8.10.2002 – VI ZB 27/02 – NJW 2003, 211, und v. 10.12.2003 – IV ZB 35/03 – FamRZ 2004, 437). Eine solche Entscheidung bleibt – auch bei irriger Rechtsmittelzulassung – unanfechtbar. Das gilt erst recht, wenn schon das Rechtsmittel zu dem Beschwerdegericht nicht statthaft war (Senatsbeschl. v. 21.4.2004 – XII ZB 279/03 – FamRZ 2004, 1191, 1192, und v. 6.10.2004 – XII ZB 137/03 – zur Veröffentlichung vorgesehen). Das war hier aber der Fall.

2. Das OLG ist zu Recht davon ausgegangen, dass gegen die Ablehnung der Abtrennung einer Scheidungsfolgensache kein Rechtsmittel gegeben ist.

a) Nach § 567 Abs. 1 ZPO findet die sofortige Beschwerde gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der AG und LG statt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder wenn es sich um solche eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen handelt, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Die Voraussetzungen beider Alternativen sind hier nicht gegeben. Die Vorschriften der §§ 622 ff. ZPO sehen eine sofortige Beschwerde gegen die verweigerte Abtrennung einer Schei-