

Richterliche Überprüfung von Eheverträgen nach dem Urteil des BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02

Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln/Richterin am OLG Köln

Das Urteil des BGH v. 11.2.2004 wurde mit Spannung erwartet und wird in der Presse bereits intensiv diskutiert. Eine erste Analyse der Urteilsgründe führt zu dem Ergebnis, dass der BGH konkrete Festlegungen bisher weitgehend vermeidet. Dies eröffnet den Instanzgerichten einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum, bedeutet aber gleichzeitig, dass Parteien, Anwälte und Notare nach wie vor mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit leben müssen.

I. Das zentrale Postulat des BVerfG: Partnerschaftliche Verantwortung

Der XII. Senat des BGH war nicht zu beneiden: „Pech für Gretchen“¹ hieß lange seine Devise im Hinblick auf eine richterliche Überprüfung und Korrektur von Eheverträgen.² Er setzte ausschließlich auf das Prinzip „Vertrag ist Vertrag“ und erklärte dementsprechend auch einen Ausschluss sämtlicher gesetzlicher Scheidungsfolgen bereits vor der Eheschließung für juristisch unbedenklich. Begründet wurde dieser rigorose, aber auch rechtssichere Standpunkt damit, dass es den Verlobten auch freistehe, von einer Eheschließung ganz abzusehen.³

Die viel beachteten Entscheidungen des BVerfG v. 6.2.2001⁴ und v. 29.3.2001⁵ haben jedoch diesem problematischen Rückschluss von der Abschlussfreiheit auf die Inhaltsfreiheit⁶ und damit dem Postulat der „vollen Vertragsfreiheit“ den Boden entzogen:⁷ Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt keine einseitige Lastenverteilung, lautet die Kernaussage. Art. 6 Abs. 1 GG gebe den Eheleuten zwar das Recht, ihre jeweilige Gemeinschaft nach innen in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass die eheliche und familiäre Freiheitssphäre ihre verfassungsrechtliche Prägung auch durch Art. 3 Abs. 2 GG erfahre. Verfassungsrechtlich geschützt sei deshalb nur eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen. Der Staat habe infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sei, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende eindeutige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt.⁸

Zentral und unmissverständlich ist zunächst die Aussage, dass die Ehe trotz aller Pluralisierung der Lebensformen und Ehetypen staatlichen Schutz nur als gleichberechtigte Partnerschaft und Solidargemeinschaft genießt und daher die Gestaltungsfreiheit der Ehepartner ihre Grenzen im Prinzip partnerschaftlicher Verantwortung findet. Das Prinzip partnerschaftlicher Verantwortung ist freilich nicht unmittelbar familienrechtlich subsumtionsfähig, sondern bedarf der Konkretisierung. Dabei ist insbesondere die Bedeutung der Figuren der „einseitigen Lastenverteilung“ und der „auf ungleicher Verhandlungsposition basierenden Dominanz“ auszuloten. Für diese schwierige Aufgabe geben die Entscheidungen des BVerfG wenig Hilfestellung. Bewusst

offen gelassen hat das BVerfG auch die praktische, rechtstechnische Umsetzung seiner Vorgaben und damit auch die Rechtsfolgenseite. Infolgedessen stand der BGH vor der anspruchsvollen Herausforderung, die zwar in ihrem Postulat partnerschaftlicher Verantwortung eindeutige, in den Details aber eher diffusen Entscheidungen des BGH in handhabbare, familienrechtliche Kategorien umzusetzen.

II. Die grundsätzlichen Weichenstellungen des BGH

1. Allgemeines

Bei erster Lektüre der Entscheidungsgründe des Urt. v. 11.2.2004 verblüfft – gerade nach dem aufgeheizten Ton der Berichterstattung der Tagespresse – zunächst einmal der Stil. Da findet sich keine Spur des dramatischen und engagierten Ringens um Reichweite und Grenzen der Ehevertragsfreiheit, um die teleologischen Grundlagen der gesetzlichen Scheidungsfolgenregelungen, um einen angemessenen Ausgleich zwischen formaler Vertragsfreiheit und materieller Verantwortung. Nichts deutet auf den ersten Blick darauf hin, dass es nicht um höchstrichterliche Routine geht, sondern um eine schwierige, zentrale Leitentcheidung von hoher familienrechtlicher und familienpolitischer Brisanz. Der Senat zeigt stilistisch wie inhaltlich äußerste Zurückhaltung. Die tragenden Wertungen und Strukturen der Entscheidung werden nur angedeutet oder aber so abstrakt formuliert, dass sie sich erst auf den zweiten Blick erschließen und interpretationsfähig und interpretationsbedürftig bleiben. An einigen Stellen deutet sich eine kühle Distanz zur Aufgabe der Berufstätigkeit zugunsten der Familienarbeit an.

2. Zur Rezeption des Meinungsstandes

Der Senat beginnt seine Rechtsausführungen mit einem ausführlichen Rückblick auf seine frühere Rechtsprechung.⁹ Auch die wenig taktvolle und daher zu Recht von *Büttner*¹⁰ aufgespießte Formulierung, „da der Mann, ungeachtet der

1 Unvergleichlich treffend *Büttner*, FamRZ 1997, 600.

2 Siehe zunächst das Schrifttum aus der Zeit vor den Entscheidungen des BVerfG v. 6.2.2001 (NJW 2001, 957) und v. 29.3.2001 (NJW 2001, 2248); *Gerber*, 50 Jahre Bundesgerichtshof, FS aus Anlass des 50-jährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, 49; *ders.*, Sonderheft DNotZ 1998, 290; *Coester-Waltjen*, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft, 2000, S. 985; *Schippel*, Jura 1999, 57; *Büttner*, FamRZ 1998, 1; *ders.*, FamRZ 1997, 600; *Grziwotz*, Sonderheft DNotZ 1998, 228; *ders.*, FamRZ 1997, 585; *ders.*, MDR 1998, 1327; *Schwab*, FamRZ 1997, 531; *Dethloff*, JZ 1997, 414; *Langenfeld*, in: FS für Schippel, 1996, S. 251; *ders.*, FamRZ 1994, 201; *ders.*, FamRZ 1987, 9; grundlegend *Schwenger*, AcP 196 (1996), 88.

3 Siehe zur Rechtsprechung bis zu den neuen Entscheidungen des BVerfG insbes. BGH, Urt. v. 26.3.1997, FamRZ 1997, 800; Beschl. v. 2.10.1996, FamRZ 1997, 156; v. 18.9.1996, FamRZ 1996, 1536; Urt. v. 30.11.1994, FamRZ 1995, 291; v. 23.7.1994, FamRZ 1994, 1167; Beschl. v. 3.11.1993, FamRZ 1994, 580; v. 27.10.1993, FamRZ 1994, 96; BGH, Urt. v. 9.7.1992, FamRZ 1992, 1403; v. 28.11.1990, FamRZ 1991, 306; v. 19.12.1989, FamRZ 1990, 372; v. 1.4.1987, FamRZ 1987, 691; v. 15.10.1986, FamRZ 1987, 46; v. 24.4.1985, FamRZ 1985, 787; v. 8.12.1982, FamRZ 1983, 137; dazu die authentische Interpretation von *Gerber*, in: FS 50 Jahre BGH (Fn 2), 49; *ders.*, Sonderheft DNotZ 1998, 290.

4 BVerfG, Urt. v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, FF 2001, 59 m. Anm. *Büttner* = FamRZ 2001, 343 m. Anm. *Schwab* = MDR 2001, 392 m. Anm. *Grziwotz* = NJW 2001, 957.

5 BVerfG, Beschl. v. 29.3.2001 – 1 BvR 1966/92, FF 2001, 129 m. Anm. *Dauner-Lieb* = FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248.

6 Kritisch dazu bereits ausführlich *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296, 318 ff.

7 Siehe dazu außerdem die in Fn 4 und 5 genannten Nachweise, ausführlich *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296; *dies.*, FF 2002, 151; *dies.*, Brennpunkte des Familienrechts 2003, Tagungsband der 6. Jahresarbeitstagung des Fachinstituts Familienrecht, 2003, S. 1; *Schwab*, FamRZ 2001, 349; *ders.*, DNotZ Sonderheft 2001, 9; *Bergschneider*, FamRZ 2001, 19; *ders.*, FamRZ 2003, 38; *ders.*, FamRZ 2003, 377; *Grziwotz*, FF 2001, 41; *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272; *Schubert*, FamRZ 2001, 733; *Röthel*, NJW 2001, 1334; *Göbel*, FamRZ 2003, 1513.

8 BVerfG (Fn 4), unter B12 a.

9 BGH unter II 1.

10 *Büttner*, FamRZ 1997, 600, 601.

Schwangerschaft der Frau, von einer Eheschließung hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines mit der Mutter nicht verheirateten Vaters zurückziehen können, könne von einer zu missbilligenden Ausnutzung einer Zwangslage der Frau nicht ausgegangen werden“,¹¹ findet sich wieder. Eine Auseinandersetzung mit dieser Linie unterbleibt ebenso wie ein Hinweis darauf, dass sie im Schrifttum heftig angegriffen worden war.¹² Dementsprechend „neutral“ fällt auch die Überleitung zu den Entscheidungen des BVerfG aus:¹³ Die Formulierung, sie „geben Anlass, die dargestellte Rechtsprechung zu überprüfen“, ist ebenso korrekt, wie sie perfekt sprachlich verhüllt, um was es wirklich geht, nämlich um eine grundlegende Neubesinnung und Korrektur der eigenen, erst kürzlich noch einmal vehement bestätigten¹⁴ Grundposition. Auch die Darstellung der verschiedenen Stellungnahmen zu der Frage, welche Konsequenzen aus den Urteilen des BVerfG zu ziehen sind, bietet – obwohl für sich genommen korrekt – kein wirklich plastisches und realistisches Bild vom aktuellen Meinungsstand. Beiträge von Gewicht bleiben unerwähnt, der Argumentationshaushalt wird in keiner Weise ausgeschöpft. Bemerkenswert ist vor allem, dass der Senat bei der Entfaltung seiner eigenen Auffassung¹⁵ auf die Ansätze des BVerfG und auf die Argumente des Schrifttums so gut wie überhaupt nicht mehr ausdrücklich zurückgreift, sodass für den Leser nicht ohne weiteres zu erkennen ist, welche Positionen sich der Senat zu Eigen macht und welche er lediglich berichtet.

3. Das doppelspurige Modell

An der Spitze seiner eigenen Überlegungen¹⁶ vollzieht der Senat – ohne dies freilich ausdrücklich deutlich zu machen – eine Weichenstellung im Hinblick auf die dogmatische Grundlage, die für Voraussetzungen und Konsequenzen einer richterlichen Überprüfung von Eheverträgen zentral ist. Er greift nämlich – ohne sich mit anderen denkbaren Ansätzen auseinander zu setzen – auf das bekannte, doppelspurige Modell seiner älteren Rechtsprechung zurück, setzt also einerseits auf eine Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, andererseits auf eine Ausübungskontrolle gem. § 242 bezogen auf den Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft. Damit wird Konzepten, die eine generelle Inhaltskontrolle von Eheverträgen aus einer typischen Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien ableiten,¹⁷ unausgesprochen eine Absage erteilt. Vor diesem Hintergrund erscheint es völlig konsequent, wenn der BGH eine „Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens“ fordert.¹⁸ Die Aufgabe der „Übersetzung“ der zentralen Wertungen des BVerfG in das Zivilrecht wird dadurch freilich noch komplexer, orientiert sich doch das BVerfG mit den Kategorien der „einseitigen Lastenverteilung“ und der „auf ungleicher Verhandlungsposition beruhenden Dominanz eines Vertragspartners“ an dem ganz anders strukturierten Instrument der Inhaltskontrolle.¹⁹

4. Zur Disponibilität der Scheidungsfolgen

Für die somit notwendige Würdigung aller Gesamtumstände durch den Tatrichter entwickelt der BGH zunächst abstrakte Vorgaben. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kenne das geltende Recht nicht.²⁰ Dies entspricht der formalen gesetzlichen Ausgangslage. Die „grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen“²¹ ist freilich für die traditionelle Einverdienerhe, in der ein Partner unter Aufgabe eigener Erwerbstätigkeit die Familienarbeit übernimmt, problematisch,

dient das Scheidungsfolgensystem doch – wie der BGH zu Recht selbst feststellt – vor allem dem Ausgleich ehebündigter Nachteile.²² Vor diesem teleologischen Hintergrund ist freilich die Argumentation des BGH, die auf die Scheidungsfolgen bezogene Vertragsfreiheit entspringe dem legitimen Bedürfnis, Abweichungen von den gesetzlich geregelten Scheidungsfolgen zu vereinbaren, die zu dem individuellen Ehebild der Ehegatten besser passen,²³ ebenso zutreffend, wie sie das Kernproblem der angemessenen rechtlichen Erfassung der Einverdienerhe verfehlt: Die zentrale Frage lautet, welche Legitimation die Ehevertragsfreiheit hat, wenn die Partner gar keine atypische Lebensform praktizieren, sondern ihre Beziehung genau an dem Ehetyp orientieren, auf den die gesetzlichen Scheidungsfolgen ihrem Schutzzweck nach zugeschnitten sind.²⁴ Diese Frage stellt sich umso drängender, als die Privatautonomie ihre zentrale Funktion zunächst im Recht des Güterausstausches hat. Sie ist – neben dem Privateigentum und dem freien Wettbewerb – tragende juristische Säule der Marktwirtschaft. Da es in der Marktwirtschaft an zentralen Steuerungsmechanismen fehlt, erfolgt die Güterallokation über die privaten Erwerbsentscheidungen der Rechtssubjekte. Dementsprechend muss sich jede Einschränkung der Privatautonomie, etwa im Bereich des Verbraucherschutzes, im Hinblick auf seine Auswirkungen auf den jeweiligen Markt legitimieren. Im Familienrecht liegen die Dinge völlig anders. Die Ehevertragsfreiheit hat ihre Wurzel und Rechtfertigung darin, dass es kein einheitliches, juristisch zwingendes Eheleitbild mehr gibt. Daher haben die Partner im Hinblick auf den Inhalt ihrer Ehe weitgehende Gestaltungsfreiheit, die ihre Grenzen freilich in dem Postulat gleichberechtigter, partnerschaftlicher Verantwortung findet.²⁵ Mangels ausreichender teleologischer Verankerung bleiben auch die Bemerkungen des Senats zum Zugewinnausgleich an der Oberfläche: Zutreffend ist zwar die Feststellung, dass der Zugewinnausgleich weniger Ausfluss nahehehlicher Solidarität als Ausdruck einer Teilhabegerechtigkeit ist.²⁶ Zu beachten sind jedoch insoweit die Grundsätze, die das BVerfG unmissverständlich in seinem Urteil v. 5.2.2001 zur Berechnung des nahehehlichen Unterhaltsanspruches formuliert hat:²⁷ Die Gleichwertigkeit der familiären Unterhaltsbeiträge von Ehegatten bemesse sich nicht an der Höhe des Erwerbseinkommens, das einer oder beide Ehegatten erzielen, oder am wirtschaftlichen Wert der Familienarbeit und an deren Umfang. Sie drücke vielmehr aus, dass die von den Ehegatten für die eheliche Gemeinschaft jeweils erbrachten Leistungen gerade unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung gleichgewichtig seien und deshalb kein

11 BGH, Beschl. v. 18.9.1996, FamRZ 1996, 1536, 1537 und v. 2.10.1996, FamRZ 1996, 157 f.

12 Grundlegend *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 88; *Büttner*, FamRZ 1997, 600; *ders.*, FamRZ 1998, 1.

13 BGH unter II 2.

14 Siehe noch *Gerber*, Sonderheft DNofZ 1998, 288, 293.

15 BGH ab III.

16 BGH unter III.

17 *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 88.

18 BGH unter III, am Anfang.

19 Siehe dazu ausführlich *Dauner-Lieb*, Brennpunkte des Familienrechts 2003, Tagungsband (Fn 7), S. 9 ff.

20 BGH unter III 1.

21 BGH unter III 2. am Anfang.

22 BGH unter III 1 a.

23 BGH unter III 1 a.

24 Ausführlich zur teleologischen Verwurzelung der Ehevertragsfreiheit in der Ehetypenfreiheit, *Dauner-Lieb*, Brennpunkte des Familienrechts 2003, Tagungsband (Fn 7), S. 6 ff.

25 Zu diesen Zusammenhängen ausführlich *Dauner-Lieb*, Brennpunkte des Familienrechts 2003, Tagungsband (Fn 7), S. 16 ff., 18.

26 BGH unter III 1 b.

27 BVerfG NJW 2002, 1185 = FamRZ 2002, 527; vgl. zum „verfassungsrechtlichen Anspruch auf Teilhabe aus Art. 6 Abs. 1 GG“ auch BVerfG NJW 2003, 2819 = FamRZ 2003, 1173; Anm. *Sanders*, ZFE 2003, 324, 325 f.

Betrag eines Ehegatten höher oder niedriger bewertet werden dürfe als der des anderen. Seien die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, hätten aber auch beide Ehegatten grundsätzlich einen Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen sei. Dies gelte nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfalte seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung der Ehegatten auf deren Beziehung hinsichtlich Unterhalt, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens. Die Argumentation des Senats im vorliegenden Fall, dies sei eine nur fiktive Gleichgewichtung und schließe daher die Möglichkeit der Ehegatten, ihrer individuell vereinbarten Arbeitsteilung oder einer evident unterschiedlichen ökonomischen Bewertung ihrer Beiträge in der Ehe durch eine vom Gesetz abweichende, einvernehmliche Regelung angemessen Rechnung zu tragen,²⁸ geht wiederum am Kernproblem der Einverdienerehe vorbei. Die zentrale Frage lautet, ob es im Lichte des Prinzips partnerschaftlicher Verantwortung zu rechtfertigen ist, dass die Parteien ohne sachliche Rechtfertigung ihre Beiträge einer anderen „ökonomischen Bewertung“ unterwerfen, als das Gesetz es genau für diesen Eheyp tut.

5. Zu den Grenzen der Ehevertragsfreiheit

Auf das Bekenntnis zur „grundsätzlichen Disponibilität der Scheidungsfolgen“²⁹ folgt die Einschränkung, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen nicht durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden könne. Das wäre der Fall – so lautet der entscheidende Obersatz – „wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstände, 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“. Auffällig ist zunächst, dass der BGH nicht schon eine einseitige Lastenverteilung, sondern erst eine evident einseitige Lastenverteilung für bedenklich hält. Dies erscheint zwar konsequent im Hinblick auf die gewählte rechtstechnische Umsetzung; die Nichtigkeitssanktion gem. § 138 ist ein Einzelfallinstrument, das nur die Einhaltung der äußersten Grenzen der herrschenden Rechts- und Sozialmoral sichern und infolgedessen nur evidente Verstöße sanktionieren soll.³⁰ Dieser Ansatz steht jedoch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Vorgaben des BVerfG, das durchgehend als Aufgreifschwelle eine bloß „einseitige Lastenverteilung“ ausreichen lässt.

Bemerkenswert ist aber vor allem, dass der BGH im Folgenden eine Rangabstufung der Scheidungsfolgen vornimmt und dem Kernbereich vor allem den Betreuungsunterhalt gem. § 1570 zuordnet. Dieser Ansatz könnte eine höchst fruchtbare Diskussion über die teleologische Tragfähigkeit des geltenden Systems der Unterhaltstatbestände auslösen, die mittel- oder langfristig zu einer Bereinigung de lege ferenda führen könnte. Dies wäre schon deshalb sinnvoll, weil es ja gerade gewisse Reizthemen wie „Lebensstandardgarantie“ gewesen sind, die die Furcht vor lebenslanger Unterhaltsknechtschaft geschürt und damit das Interesse an vorbeugenden Eheverträgen überhaupt erst geweckt haben. Ganz konsequent ist der BGH freilich an dieser Stelle nicht. So kann der Unterhalt wegen Alters gem. § 1571 – wie die Ziff. 2 ausdrücklich dokumentiert – durchaus auch an ehebedingte Nachteile anknüpfen und muss insoweit daher (gerade auf der Grundlage der Prämissen des BGH) dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zugeordnet werden.³¹

Im Ausgangspunkt zuzustimmen ist der These, dass der Zugewinnausgleich sich ehevertraglicher Dispositionen am

weitesten zugänglich erweist. Auch insoweit ist freilich die Einzelargumentation des Senats problematisch. Insbesondere werden Sinn und Zweck des Zugewinnausgleichs erneut sehr verkürzt. Es fehlt vor allem die moderne Konzeption, die im Zugewinnausgleich einen Ausgleich für den Verzicht auf eigene gleichrangige Berufstätigkeit zugunsten der Familienarbeit und damit auf die Chance eigener Vermögensbildung sieht.³² Die vom BGH in den Mittelpunkt gestellte Frage nach Bedarfslagen geht an dieser Deutung von vornherein vorbei. Ob die Vorstellung, die Partner könnten Berufstätigkeit und Familienarbeit nach eigenen ökonomischen Maßstäben beurteilen, mit den Wertungen des BVerfG vereinbar ist, bleibt – wie bereits ausgeführt – ohnehin zweifelhaft.

III. Zur Überprüfung von Eheverträgen im Einzelnen

1. Keine Entbehrlichkeit richterlicher Überprüfung bei notarieller Belehrung

Den allgemeinen Ausführungen zu Reichweite und Grenzen der Ehevertragsfreiheit schließen sich für die Praxis besonders bedeutsame Hinweise zur konkreten Handhabung der Sittenwidrigkeitsprüfung gem. § 138 einerseits, der Ausübungskontrolle gem. § 242 andererseits an.³³ Zu Recht knapp fällt dabei der Hinweis aus, dass eine inhaltliche Überprüfung eines Ehevertrags nicht schon deshalb entbehrlich wird, weil der belastete Ehegatte über Inhalt und Konsequenzen des Vertrags belehrt wurde. Entsprechenden Ansätzen einer argumentativen „Schadensbegrenzung“³⁴ waren schon durch die zweite Entscheidung des BVerfG v. 29.3.2002 der Boden entzogen worden.

2. Zur Wirksamkeitskontrolle gem. § 138

Bemerkenswert und für die auf greifbare Maßstäbe hoffende Praxis unerfreulich knapp sind die konkreten Bemerkungen zur Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 ausgefallen.³⁵ Die bereits an anderer Stelle aufgeführten Elemente der erforderlichen Gesamtwürdigung³⁶ werden noch einmal wiederholt und variiert. Zu berücksichtigen seien die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss, die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, der geplante oder bereits verwirklichte Zuschnitt der Ehe sowie die Auswirkungen auf die Ehegatten und die Kinder; subjektiv seien 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 hätten, diesem Verlangen zu entsprechen.³⁷ Entscheidend ist die Feststellung, dass ein Verdikt der Sittenwidrigkeit regelmäßig nur in Betracht komme, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werde.

Wichtige und auf der Hand liegende Fragen werden jedoch nicht einmal angesprochen. Problematisch ist zunächst, in welchem Verhältnis der Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zu den anderen Beurteilungssele-

28 BGH unter III 1 b.

29 BGH unter III 2 am Anfang.

30 Siehe nur *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 17 ff.

31 Dazu schon ausführlich *Dauner-Lieb*, Brennpunkte des Familienrechts 2003, Tagungsband (Fn 7), S. 29 ff.

32 *Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970, S. 180 f.

33 BGH unter III 3.

34 *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272.

35 BGH unter III 3 a.

36 BGH unter III am Anfang.

37 BGH unter III 3 a.

menten stehen soll. Liest man die Ausführungen des BGH unbefangen, dann drängt sich der Eindruck auf, dass auch ein solcher Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts für sich genommen grundsätzlich noch nicht ausreicht, denn nur bei dieser Deutung erscheint der ausführliche Hinweis auf die verschiedenen denkbaren Umstände des Einzelfalls sinnvoll. Auf der Grundlage dieser Prämisse stellt sich freilich sofort die Folgefrage, ob es neben der Schwangerschaft weitere Konstellationen gibt, in denen ein vertraglicher Eingriff in den Kernbereich sittenwidrig erscheint. Problematisch ist insbesondere die offensichtlich nicht seltene Fallgestaltung, dass der Ehemann seinen Verbleib in der Ehe von der Unterzeichnung eines entsprechenden Ehevertrags abhängig macht. Insoweit hätte man sich vom BGH einen ersten Hinweis gewünscht, zumal es nicht ganz unwahrscheinlich erscheint, dass eine entsprechende Motivlage auch im konkret zu entscheidenden Fall vorgelegen hat. Umgekehrt könnte man bei der Lektüre dieser Passage zu der Schlussfolgerung kommen, dass bei Fehlen eines Eingriffs in den Kernbereich der Scheidungsfolgen ein Sittenwidrigkeitsurteil in aller Regel von vornherein nicht in Betracht kommt, sodass den übrigen Prüfungselementen in diesen Fällen keine Bedeutung mehr zukäme. Gegen diese Schlussfolgerung sprechen freilich die konkreten Überlegungen zum OLG München.³⁸ Unnötig und unerfreulich ist schließlich, dass der BGH im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Sittenwidrigkeitsurteils nicht für Klarheit sorgt, sondern im Gegenteil neue Probleme aufwirft. In der Formulierung, es sei zu prüfen, ob der Vereinbarung „ganz oder teilweise“ die Anerkennung der Rechtsordnung zu versagen sei, könnte sich andeuten, dass der BGH als Sanktion anstelle der normalerweise eingreifenden Totalnichtigkeit eine Teilnichtigkeit oder eine geltungserhaltende Reduktion für möglich hält. Dies hätte für die Beratungspraxis sicherlich den Charme, dass man im Bereich der Unterhaltsansprüche in aller Ruhe die derzeit noch unscharfen Grenzen des Kernbereichs der gesetzlichen Scheidungsfolgen austesten könnte, ohne befürchten zu müssen, dass die Nichtigkeit einer Unterhaltsregelung auch einen eventuellen Zugewinnausschluss infiziert. Mit den eigenen Prämissen des BGH ließe sich freilich eine solche Teilnichtigkeit schlecht vereinbaren. Beschränkt man nämlich das Sittenwidrigkeitsurteil tatsächlich auf offenkundige, evidente Verstöße, dann besteht kein Anlass, den Adressaten der rechts- und sozialetischen Missbilligung auch noch durch die Zubilligung einer bloßen Teilnichtigkeit des Vertrages zu privilegieren und belohnen.

3. Zur Ausübungskontrolle gem. § 242

Auch die konkreten Ausführungen zur Ausübungskontrolle bieten der Praxis nur erste Anhaltspunkte. Zunächst stellt sich die auch praktisch bedeutsame Frage des Verhältnisses der Ausübungskontrolle zur ergänzenden Vertragsauslegung und zum Wegfall der Geschäftsgrundlage.³⁹ Der offensichtlich als zentrales Regelbeispiel genannte Fall, dass die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundsätzlich abweicht,⁴⁰ hätte man auch ohne Rückgriff auf die dogmatisch noch wenig kontrollierte Ausübungskontrolle lösen können. Wirklich aufregend ist die Andeutung, für die konkrete Handhabung der Ausübungskontrolle könnten Verschuldungsgesichtspunkte eine gewisse Rolle spielen. Zwar liegt sicherlich eine der tieferen Wurzeln des Booms von Eheverträgen auch in der Abschaffung des Verschuldensprinzips. Es ist dem „billig und gerecht denkenden“ Normalbürger schwer zu vermitteln, dass derjenige, der gegen seinen Willen verlassen wird, auch noch zahlen muss. Die Mitberücksichtigung einer Verletzung ehelicher Solidarität könnte

damit sicherlich die Einzelfallgerechtigkeit fördern. Die Arbeit der Instanzgerichte würde dadurch freilich noch komplexer und unkalkulierbarer. Dies würde zweifellos einen weiteren Verlust an Rechtssicherheit bedeuten. Für die Rechtsfolgen der Ausübungskontrolle gilt dies ohnehin: Die vom BGH eröffnete Möglichkeit der Vertragsanpassung bietet Raum für flexible Lösungen, macht aber andererseits eine Prognose der jeweiligen rechtlichen Entscheidung schwierig. Man mag sich damit trösten, dass diese Unsicherheit bei kluger anwaltlicher Beratung die Vergleichs- und Versöhnungsbereitschaft der Parteien befördern wird.

IV. Schlussfolgerungen für den Ausgangsfall

1. Zur Sittenwidrigkeit der konkreten Vereinbarung

Der BGH hat dem OLG München zunächst einmal aufgegeben, noch einmal zu überprüfen, ob der angegriffene Ehevertrag mit § 138 vereinbar ist. Vor dem Hintergrund der vorab abstrakt entwickelten Grundsätze für eine Gesamtwürdigung ist dies bemerkenswert, stellt doch der BGH eindeutig fest, dass der unmittelbare Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen von der Vereinbarung nicht tangiert wird.⁴¹ Wäre – wie sich an anderer Stelle andeutet – ein solcher Eingriff tatsächlich unverzichtbare Voraussetzung eines Sittenwidrigkeitsurteils, dann käme es auf weitere Umstände gar nicht mehr an, sodass für eine erneute Prüfung des OLG München insoweit von vornherein kein Raum mehr wäre. Aus der Tatsache, dass der BGH trotz Verneinung eines Eingriffs in den Kernbereich die subjektive Seite eines Sittenverstößes überprüft wissen will, lässt sich der Schluss ableiten, dass auch Eheverträge, die den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts unberührt lassen, sittenwidrig sein können, etwa wegen Vorliegens einer Zwangslage.

Die Ausführungen des BGH zum Fehlen einer Zwangslage im konkreten Fall überzeugen allerdings nicht: Die Argumentation, eine völlige wirtschaftliche Abhängigkeit der Antragsgegnerin vom Antragsteller sei zu verneinen, weil sie über eine akademische Ausbildung verfüge, die sie bereits erfolgreich genutzt habe, und weil die mit der Geburt ihres ersten Kindes einhergehende Unterbrechung ihrer Berufsausübung erst mehr als zwei Jahre zurückliege, erscheint ziemlich lebensfremd. Die Existenz eines Kindes im Kindergarten- oder Grundschulalter macht angesichts der tatsächlich herrschenden Betreuungssituation eine Teilnahme an Forschungsprojekten auf auswärtigen, vielleicht sogar ausländischen Grabungsstätten ohne die moralische und tatsächliche Unterstützung des Ehemannes so gut wie unmöglich. Geradezu zynisch wirkt die Bemerkung, der Umstand, dass die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft auf Wunsch des Antragstellers eine von ihr angestrebte Promotion nicht betrieben habe, sei für die Frage der Sittenwidrigkeit ihres Verzichts auf gesetzliche Scheidungsfolgen ohne Belang. Gerade dieser Verzicht auf die für ihren Beruf zentrale Qualifikation hat die Erwerbsbiographie der Antragstellerin und ihre Chancen eines Wiedereinstiegs in den erlernten Beruf einschneidend und nachhaltig beeinträchtigt. Sollte dies tatsächlich auf Wunsch ihres Ehemannes geschehen sein, ist es kaum einzusehen, warum dieser Umstand bei der Gesamtwürdigung nicht berücksichtigt werden sollte und sei es auch nur unter dem Gesichtspunkt eines „venire contra factum proprium“.

³⁸ Dazu gleich unter IV.

³⁹ Dazu ausführlich *Dauner-Lieb*, Brennpunkte des Familienrechts 2003, Tagungsband (Fn 7), S. 25 ff.

⁴⁰ BGH unter III 3 b.

⁴¹ BGH unter IV 1 b; ob das nach den Prämissen des Senats unter III 2 a ohne weiteres überzeugt, erscheint zweifelhaft.

Gespannt darf man darauf sein, welche Motive für den Vertragsschluss dem OLG München nunmehr präsentiert werden. Halbwegs nachvollziehbare rechtsethisch unproblematische Gründe sind angesichts der konkreten Lebenssituation der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses allerdings nicht ohne weiteres vorstellbar. Damit besteht die Gefahr, dass das OLG München bei seiner erneuten Entscheidung über den Fall auch nicht sehr viel klüger ist als vor dem Urteil des BGH.

2. Zur Ausübungskontrolle

Konsequent erscheinen die Ausführungen zur Ausübungskontrolle im Hinblick auf den Unterhalt. Nach den vom BGH selbst entwickelten Grundsätzen wäre es in der Tat unbillig, die Antragsgegnerin an ihrem Verzicht auf Unterhalt nach Ende der Betreuungsbedürftigkeit der gemeinsamen Kinder festzuhalten, wenn es dem gemeinsamen Entschluss der Parteien entsprochen hatte, dass die Antragsgegnerin im Interesse der Familie für längere Zeit auf eine weitere Tätigkeit in ihrem erlernten Beruf verzichten sollte. Offen bleibt freilich die Frage, welche Konsequenzen es hätte, wenn die Parteien mehr oder weniger deutlich schon bei Abschluss des Ehevertrages von einem entsprechenden Lebensentwurf ausgegangen wären. Ist man bereit, die Ausübungskontrolle auch auf solche Fallkonstellationen zu erstrecken, in denen sich die Benachteiligung eines Ehegatten aus Umständen ergibt, die beim Vertragsschluss bereits absehbar waren,⁴² dann ergeben sich keine Probleme. Lehnt man dies freilich ab – der BGH äußert sich zu dieser Fragestellung nicht ausdrücklich –, dann muss man wohl von einer Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ausgehen, will man nicht für den statistisch häufigsten und wertungsmäßig brisantesten Fall eine Schutzlücke in Kauf nehmen, die in kaum auflösbarem Wertungswiderspruch zum Geist der Entscheidungen des BVerfG stünde. Oder anders formuliert: Denkt man das Modell des BGH konsequent zu Ende, dann greift bei vertraglichen Eingriffen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts bei Praktizierung einer Einverdienerhe entweder die Nichtigkeitssanktion oder die Ausübungskontrolle. Damit käme man aber de facto für diesen Ehetyp doch noch zu einem im Normalfall unvermeidbaren Mindestscheidungsrecht. Dies ist freilich auch von Sinn und Zweck des Scheidungsfolgenrechts nicht nur gerechtfertigt, sondern möglicherweise sogar geboten und könnte ein erster Anknüpfungspunkt für eine Reform des Unterhaltsrechts de lege lata sein.

3. Zum Ausschluss des Zugewinnausgleichs

Äußerst bemerkenswert sind schließlich die Überlegungen des BGH zur Ausübungskontrolle im Hinblick auf den Ausschluss des Zugewinnausgleichs.⁴³ Auf den ersten Blick scheint es vor dem Hintergrund der vom BGH entwickelten Voraussetzungen zunächst ohne weiteres konsequent, wenn er nunmehr feststellt, dass die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung sich nur unter engsten Voraussetzungen als missbräuchlich erweisen wird. Umso mehr verblüfft es dann freilich, wenn der BGH als Beispielsfall nun ausdrücklich die Konstellation nennt, dass die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger, ökonomisch vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich aber später nicht verwirklichen lässt. Warum es sich bei dieser Konstellation um einen seltenen Ausnahmefall handeln soll, ist nicht nachvollziehbar. Im Gegenteil ist angesichts des glänzenden Ausbildungsniveaus junger Frauen und vor dem Hintergrund ihrer doch zumindest theoretisch vorzüglichen Karrierechancen die Planung einer gleichrangigen Berufstätigkeit unter partnerschaftlicher Verteilung der Familienarbeit bzw. ihrer Delegation an be-

zahlte Dritte fast schon statistische Normalität. Gerade diese Entwicklung legt die Schlussfolgerung nahe, dass der Zugewinnausgleich möglicherweise nie aktueller und sachgerechter war als heute. Der BGH will jedenfalls selbst in den Konstellationen, in denen eine Berufung auf die wirksam vereinbarte Gütertrennung unbillig erscheint, die güterrechtliche Regelung selbst unangetastet lassen und eventuelle Nachteile eines Verzichts auf eine eigene Erwerbstätigkeit über die Höhe des zuzuerkennenden Unterhaltsanspruchs einzelfallgerecht kompensieren.

V. Fazit

Der BGH lässt viele Fragen offen. Damit bleibt eine nicht unbeachtliche Rechtsunsicherheit, aber auch Raum für einen vertieften Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis. Im Übrigen ist der Ertrag der Entscheidung für die Praxis keineswegs gering. Die Beratungspraxis hat Anlass bei der Gestaltung von Eheverträgen junger Eheleute, bei denen eine Entwicklung des gemeinsamen Lebens hin zum Ehetypus der Einverdienerhe nicht von vornherein ausgeschlossen ist, noch gründlicher zu beraten und die Motive für eine Abbedingung gesetzlicher Scheidungsfolgen sowie die Planung für die interne Arbeitsteilung insbesondere auch für den Fall der Geburt von Kindern klar und unmissverständlich zu dokumentieren. Im Übrigen sollte der Ehevertrag zum Schutz eines eventuell die Familienarbeit übernehmenden Ehepartners zumindest eine Regelung enthalten, dass er nach der Scheidung angemessenen Unterhalt verlangen kann, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann oder wenn er nach Abschluss der Kinderbetreuung ein bestimmtes Alter erreicht hat und ihm deshalb eine Erwerbstätigkeit nicht mehr zumutbar ist.⁴⁴ Bei Verträgen, die vor den Entscheidungen des BVerfG und des BGH geschlossen worden sind, erscheint eine richterliche Überprüfung dann aussichtsreich, wenn in den Kernbereich des Unterhaltsrechts eingegriffen worden ist und der Ehetypus der Einverdienerhe entweder von vornherein geplant oder aber jedenfalls zum Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe tatsächlich praktiziert wurde.

42 So Dauner-Lieb, AcP 201 (2001), 296, 328 f.

43 BGH unter IV 2 b.

44 Vgl. den Formulierungsvorschlag von Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 5. Aufl. 2003, Rn 114 a.E.

Befangenheitsanträge im familiengerichtlichen Verfahren

Dr. Bruno Bergerfurth, Vorsitzender Richter am OLG a.D., Essen

A. Aktuelle Gesetzeslage

Die auch für das familiengerichtliche Verfahren geltenden allgemeinen Vorschriften über die Befangenheitsablehnung (§§ 42–48 ZPO) sind durch die ZPO-Reform in einem wesentlichen Punkte, nämlich hinsichtlich der **Entscheidungszuständigkeit**, geändert worden:

Hält der abgelehnte Familienrichter das Ablehnungsgesuch für unbegründet, so entscheidet hierüber **im Regelfall nicht** mehr (wie bisher) das Oberlandesgericht, sondern **ein anderer Richter des Amtsgerichts** (§ 45 Abs. 2 ZPO). An Stelle der übergeordneten Instanz wird mithin der nahe Kollege zum Kontrollorgan, eine sowohl für die ablehnende Partei als auch für die beiden beteiligten Richter nur schwer zu-