

bisherigen, ganz auf § 138 BGB konzentrierten Rechtsprechung des BGH zunächst sicher nicht ganz fern gelegen, nach den genauen Umständen des Vertragsschlusses zu fragen, nach den Motiven des Ehemannes, nach der notariellen Belehrung, vor allem aber auch danach, wie – man möchte fast ausrufen „um Himmelswillen“ – sich die Ehefrau in dieser Situation auf eine derartige Vereinbarung einlassen konnte. Das OLG München tut dies gerade nicht und wird damit vielleicht nicht dem Buchstaben, wohl aber dem Geist der Entscheidung des BVerfG gerecht. Bei genauerem Hinsehen kann es nämlich für die Tragfähigkeit eines Ehevertrages kaum darauf ankommen, ob die Ehefrau generell unterdrückt oder in der speziellen Situation unter Druck gesetzt, realitätsblind oder nicht ausreichend belehrt war. Es geht auch nicht darum, inwieweit sie ein Recht zu Unvernunft und Irrationalität¹³ hat. Entscheidend ist vielmehr – wie das BVerfG zu Recht hervorgehoben hat – der Gedanke der Gleichwertigkeit von Einkommenserzielung und Haushaltsführung und Kinderbetreuung für das gemeinsame Leben der Ehepartner.¹⁴ Sind freilich die Leistungen, die die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, so haben beide Ehegatten auch grundsätzlich Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten Einkommen, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist.¹⁵ Dies gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung. Hier liegt der zentrale Grund für den Eingriff in die Vertragsfreiheit: Wer sich für den Ehe- und Familientypus der Einverdienerhe entscheidet, muss dafür auch nach der Scheidung in naheheilhafter Solidarität die Verantwortung übernehmen und kann sich nicht vorab ehevertraglich von dieser Verantwortung freizeichnen. Dies gilt nicht nur für den Unterhalt, sondern auch für den Zugewinnausgleich, denn zum einen hat der haushaltsführende Ehegatte auf die Chancen eigener Erwerbserzielung und Vermögensbildung verzichtet, zum andern hat er gerade erst durch diesen Verzicht seinem Ehepartner die Möglichkeit eröffnet, sich vollständig auf die Berufstätigkeit zu konzentrieren.¹⁶ Zu dieser Argumentation, die am Schutz- und Kompensationscharakter des Scheidungsfolgensystems ansetzt, passt freilich das vom OLG München favorisierte, dogmatische Instrument der Inhaltskontrolle nicht. Kompensiert werden muss in erster Linie nicht eine Disparität in der Vertragsabschlussituation, sondern eine Ungleichgewichtslage, die sich im Laufe der Zeit als Konsequenz der gemeinsam praktizierten Lebensform der Einverdienerhe entwickelt. Näher läge daher ein Ausbau des Instruments der Ausübungskontrolle, das einen eigenständigen Rang zwischen den schneidenden Instrumenten der allein auf die Vertragsabschlussituation bezogenen Wirksamkeitskontrolle einerseits und den weichen Instituten einer Anpassung an veränderte und wirklich unvorhersehbare Umstände (z.B. ergänzende Vertragsauslegung) andererseits bekäme.¹⁷ Für die Beratungspraxis ergibt das Urteil des OLG München keinen klärenden Durchbruch, aber auch keine neuen Unklarheiten. Die Berater sind herausgefordert, noch entschiedener als bisher für ausgewogene Eheverträge zu werben. Sie müssen damit rechnen, dass ein vollständiger oder annähernder Verzicht auf das gesetzliche Scheidungsfolgensystem jedenfalls dann nicht hält, wenn er ohne erkennbar sachlichen Grund und ohne adäquaten Ausgleich erfolgt und bereits absehbar ist, dass einer der beiden Ehepartner aufgrund der ehelichen Arbeitsteilung nicht mehr reparabile Nachteile in seiner Erwerbsbiographie hinnehmen muss.

13 Zöllner, Festschrift für Lange, 1992, 973, 986 f.

14 BVerfG FamRZ 2002, 527, 529.

15 BVerfG NJW 2002, 1185, 1186.

16 Vgl. auch Schwab, DNotZ Sonderheft 2001, 9, 16.

17 Dazu ausführlich Dauner-Lieb, AcP (2001), 296, 327 ff.

Anm. d. Red.: Siehe OLG Koblenz v. 4.2.2003 in diesem Heft, AG Tempelhof-Kreuzberg v. 3.12.2002 in diesem Heft, a.A. OLG München FamRZ 2003, 278 mit Anm. Bergschneider.

Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Eine Anmerkung aus rechtsphilosophischer Sicht

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Dr. Ludwig Bergschneider, München

Die Rechtsprechung kann sich insbesondere dann, wenn es um Zulässigkeitsgrenzen geht, nicht der allgemeinen geistigen Entwicklung entziehen und unterliegt damit einer stetigen Wandlung.¹ Dies gilt speziell für die Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB und die unzulässige Rechtsausübung gem. § 242 BGB. Darauf hat das Bundesverfassungsgericht von Anfang an aufmerksam gemacht, wenn es sagt, es

„muss in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat.“²

Zur geistig-kulturellen Entwicklung gehört fraglos die Philosophie.

Nachfolgend soll am Beispiel der Philosophie von Jürgen Habermas dargestellt werden, wie zumindest eine ihrer gegenwärtigen Strömungen Eingang in die Interpretation von Grundrechten gefunden und zur Änderung der verfassungsgerichtlichen Judikatur über die richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen geführt hat.³

Für diese Rechtsprechung ist besonders bemerkenswert, dass der Ansatz der beiden hier einschlägigen Urteile des Bundesverfassungsgerichts vom 6.2. und 29.3.2001⁴ formaler Art ist. Ausgangspunkt beider Entscheidungen ist nämlich, dass eine Verhandlungssituation gleichberechtigter Partner verlangt wird, ohne die Dominanz des einen Partners. So setzt denn auch die Kritik des Bundesverfassungsgerichts an der angegriffenen OLG-Entscheidung wie folgt an:

„Dabei ist zu berücksichtigen, dass die eheliche und familiäre Freiheitssphäre ihre verfassungsrechtliche Prägung auch durch Art. 3 Abs. 2 GG erfährt. Verfassungsrechtlich geschützt ist deshalb eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen. Der Staat hat 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 ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Es ist Aufgabe der Gerichte, in solchen Fällen gestörter Vertragsparität über die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehevertragspartners den Inhalt des Vertrages einer Kontrolle zu unterziehen und gegebenenfalls zu korrigieren.“⁵

Exemplarisch für eine sich aus einer ungleichen Verhandlungsposition ergebenden „Situation von Unterlegenheit“ nimmt das Bundesverfassungsgericht die Verhandlungsposi-

1 Vgl. Bergschneider, Verträge in Familiensachen, Rn 117.

2 BVerfG NJW 1958, 257.

3 Siehe dazu auch Kraška, Der Umgang des Notars mit aktuellen Rechtsentwicklungen, DNotZ 2002, 677, 682 f.

4 FamRZ 2001, 343 mit Anm. Schwab = FF 2001, 59 mit Anm. Böttner bzw. FamRZ 2001, 985 = FF 2001, 128 mit Anm. Dauner-Lieb.

5 BVerfG 2001, FamRZ 343, 345 f. = FF 2001, 59 (Fettdruck vom Verfasser) ohne Angabe der vom BVerfG abgegebenen Fundstellen aus früherer Rechtsprechung; so auch BVerfG FamRZ 2001, 985 = FF 2001, 128.

tion einer nicht verheirateten schwangeren Frau an, die vor die Entscheidung gestellt wird, entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder den Kindesvater durch einen sie stark belastenden Ehevertrag in die Ehe einzubinden. Dazu das Bundesverfassungsgericht:

„Ihre Verhandlungssituation wird hier geschwächt sein durch die tatsächliche Lage, in der sie sich befindet ...“.

Ist eine solch ungleiche Verhandlungsposition gegeben, was nicht nur bei einer schwangeren Frau der Fall sein kann, sondern bereits durch eine erkennbar einseitige Lastenverteilung indiziert wird, so ist die ehevertragliche Vereinbarung einer besonderen richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen.

Die damit zum Ausdruck kommende Annahme, dass ein diskursiver Prozess gleichberechtigter Verhandlungspartner auch zu einem ausgewogenen inhaltlichen Ergebnis des Ehevertrages komme und – gleichsam als Gegenprüfung – ein inhaltlich nicht ausgewogener Ehevertrag ein Indiz dafür darstelle, dass keine gleichberechtigte Verhandlungsposition gegeben war, lässt unschwer erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht rechtsphilosophische Tendenzen aus jüngerer Zeit, insbesondere Teile der Philosophie von *Habermas* in seine Judikatur aufgenommen hat.

Man gewinnt bereits eine Vorstellung vom geistigen Humus, auf dem die Urteile des Bundesverfassungsgerichts gediehen sind, wenn man an die von *Habermas* geprägten Stichworte „diskursive Begründung von Normen“ und „konsensuale Wahrheit“ denkt. Aber noch mehr: Seine insbesondere in seinem Buch *Faktizität und Geltung*⁶ beschriebene Diskurstheorie, mit der *Habermas* zu bestimmen versucht, was in diesem Sinne Recht ist, lässt – auf die ehevertragliche Rechtsgestaltung angewandt – eine frappierende Ähnlichkeit mit der Grundstruktur und der Formulierung der beiden Urteile des Bundesverfassungsgerichts erkennen. Zusammenfassend⁷ bildet den Kern der Theorie von *Habermas* die These von der Verfahrensrationalität. Das bedeutet, dass die Diskurstheorie des Rechts eine prozedurale Theorie sei, nämlich eine Theorie des fairen Verfahrens beim Zustandekommen von Rechtsnormen. Für die Diskurstheorie des Rechts komme es vornehmlich auf die Institutionalisierung von Kommunikationsvoraussetzungen und Diskursverfahren an. Kommunikationsvoraussetzungen in einer Kommunikationsgemeinschaft seien die Anerkennung der Gleichwertigkeit und das Ernstnehmen aller Gesprächspartner. Das Diskursverfahren sei damit geprägt durch die argumentative Suche nach plausiblen und somit für alle Betroffenen tragbaren Ergebnissen. Die Aufrechterhaltung der Institutionalisierung solcher diskursiver Verfahren sei eine Aufgabe des Staates.

Denkt man an die hervorstechenden Stichworte in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts (Vermeidung einer auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende Dominanz des einen Ehepartners, Situation von Unterlegenheit, Schwächung einer Verhandlungsposition), dann hat man die im juristischen Kleid auftretenden Begriffe der Diskurstheorie von *Habermas* mit der Anerkennung der Gleichwertigkeit der Gesprächspartner und der argumentativen Suche nach plausiblen und somit für alle Vertragspartner tragbaren Ergebnissen. Und der vom Bundesverfassungsgericht verlangten richterlichen Inhaltskontrolle entspricht bei *Habermas* die dem Staat zukommende Aufgabe der Institutionalisierung solcher diskursiver Verfahren. So heißt es bei *Habermas*:⁸

„Die Existenzberechtigung des Staates liegt nicht primär im Schutz gleicher subjektiver Rechte, sondern in der Gewährleistung eines inklusiven Meinungs- und Willensbildungsprozesses, worin sich freie und gleiche Bürger darüber verständigen, welche Ziele und Normen im gemeinsamen Interesse aller liegen.“

Fazit: Wenn rechtsphilosophischen Entwicklungen wohl auch in Zukunft nicht das Hauptaugenmerk der Rechtspraktiker gelten wird, so sollte ihnen doch bewusst sein, dass nicht nur die Änderung in Wirtschaft und Politik, sondern auch die allgemeine geistige Entwicklung und damit die Rechtsphilosophie Einfluss auf die künftige Rechtsentwicklung nehmen und deshalb insbesondere bei der Vertragsgestaltung in die Planung mit einbezogen werden sollten.⁹ Ein Weiteres möge meine Anmerkung zeigen. Die neue Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen ist die Ausprägung einer verbreiteten und tief gehenden rechtsphilosophischen Haltung, die auf allgemeinen Demokratisierungsvorstellungen beruht und für die *Habermas* nur ein Beispiel ist. Als weiterer Repräsentant wäre in erster Linie *John Rawls*¹⁰ zu nennen. Es ist deshalb nicht damit zu rechnen, dass diese neuere Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen nur interimistischen Charakter hätte. Wie einige obergerichtliche Entscheidungen¹¹ zeigen, ist nicht einmal ausgeschlossen, dass die Grenzen für die Gestaltung von Eheverträgen in Zukunft noch enger gezogen werden, als das Bundesverfassungsgericht es in seinen beiden Urteilen getan hat. Hier haben die Rechtsanwälte und Notare bei der Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, die meist für eine lange Zeit maßgebend sind, Vorsorge zu treffen.

6 Frankfurt/M. 1992.

7 Vgl. *Horster*, Jürgen Habermas zur Einführung, S. 100.

8 Faktizität und Geltung w.o. S. 329.

9 Vgl. dazu *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, Rn 82 ff.

10 Vgl. dazu *Braun*, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, S. 121 ff.

11 Vgl. OLG München FamRZ 2003, 39 mit Anm. *Bergschneider* = FF 2002, 30 (LS).

Beispielfälle zur Mangelverteilung unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH v. 22.1.2003*

Richter am Oberlandesgericht *Fritz Finke*, Hamm

Die neue Mangelfallentscheidung des BGH wird für die Praxis eine sehr große Bedeutung haben. Die nachfolgenden Beispiele sollen die Auswirkungen aufzeigen, und zwar nicht nur im klaren Mangelfall, sondern auch im Grenzbereich, d.h. Sachverhalten, bei denen das Vorliegen eines Mangelfalls zweifelhaft sein könnte bzw. ein Mangelfall mit einer hohen Verteilungsquote vorliegt und es nicht ausgeschlossen ist, dass rechnerisch mit Mangelfallberechnung ein höherer Unterhaltsanspruch ermittelt wird als ohne. Der BGH hat diese Problematik ausdrücklich angesprochen, obwohl es in dem entschiedenen Fall auf Grund der niedrigen Verteilungsquote hierauf im Ergebnis nicht ankam. Von besonderer Bedeutung ist auch die Frage, welche Bedeutung dem Kindergeld im Mangelfall zukommt.

1. Beispiel:

M: 1.550 € Nettoeinkommen

F: kein Einkommen

K¹ 8 Jahre

K² 5 Jahre

1. Stufe: Bedarfsermittlung

1.550 € anrechenbares Einkommen des M

– 260 € Unterhalt K¹ Tabellen-Bedarfssatz der 3. Eink.-Gr./ 2. AS

– 215 € Unterhalt K² Tabellen-Bedarfssatz der 3. Eink.-Gr./ 1. AS

1.075 € × 3/7

= 461 € Bedarf der F nach den ehelichen Lebensverhältnissen

* XII ZR 2/00, FF 2003, 54 = FamRZ 2003, 363.