

Mitgliederversammlung und Herbsttagung 2002

vom 21. bis 23. November 2002 in Würzburg

Donnerstag, 21.11. 2002

- 13.00 – 14.00 Uhr Empfang der Arbeitsgemeinschaft
- 14.00 – 15.00 Uhr Das Kreuz mit den Sachverständigen
Helmut Borth, Präsident des AG Stuttgart
- 15.00 – 16.30 Uhr Ausgewählte Probleme der Unternehmensbewertung
Dr. soc. oec. Gerhard Mayer-Klenk, Sachverständiger, Wendlingen
- 17.00 – 18.30 Uhr Moderne Vermögensanlageformen und ihre Bewertung im Familien- und Erbrecht
Rüdiger Pamp, RiOLG Köln
- 19.30 – 20.30 Uhr Empfang der Stadt Würzburg im Bürgerspital zum Hl. Geist

Freitag, 22. 11. 2002

- 9.00 – 10.30 Uhr Familienrecht
Der Sachverständige aus der Sicht des Psychologen
Dr. Rainer Balloff, Diplom-Psychologe, Berlin
- Parallel Erbrecht
Testierfähigkeitsfragen aus gutachterlicher Sicht
Prof. Dr. Tilmann Wetterling, Universität Frankfurt/Main
- 11.00 – 12.30 Uhr Familienrecht
Auswahl von Sachverständigen, materiellrechtliche Voraussetzungen für die Bestellung
Fritz Finke, RiOLG Hamm
- Parallel Erbrecht
Testierfähigkeit aus richterlicher Sicht
Bernd Lier, RiAG Bonn

- 14.00 – 15.30 Uhr 3 Arbeitskreise
AK I Familienpsychologische Gutachten
Moderation:
Rakete-Dombek, Saathoff, Finke, Prof. Dr. Salzgeber
- AK II Testierfähigkeit
Moderation:
Dr. Frieser, Lier, Kleinwegener
- AK III Bewertung
Moderation:
Dr. Mayer-Klenk, Oenning, Dr. Rohlfing
- 16.00 – 17.30 Uhr Podiumsdiskussion
„Der Sachverständige“
Prof. Dr. Salzgeber, Lier, Dr. Mayer-Klenk, Dr. Balloff
Moderation:
Fritz Finke, RiOLG Hamm
- 19.30 Uhr Geselliges Beisammensein in den Burggaststätten
Festung Marlenberg

Samstag, 23. 11. 2002

- 9.00 – 10.30 Uhr Aktuelle Stunde
„Ehegattinnengesellschaft – Joker im Erb- und Güterrecht“
Notar *Prof. Dr. Gerrit Langenfeld*, Karlsruhe, und
Notar *Prof. Dr. Günter Brambring*, Köln
Moderation:
Prof. Dr. Horst Eidenmüller, Münster
- 11.00 – 13.00 Uhr Mitgliederversammlung
- ab 13.15 Uhr Ausklang im Bürgerspital zum Hl. Geist

Aufsätze

25 Jahre reformiertes Scheidungsrecht

Prof. Dr. Uwe Diederichsen, Göttingen

Eines jedenfalls wird man von dem 1. EheRG von 1976/77 nicht sagen können: dass die Reform dazu beigetragen hätte, die Ehen im deutschen Rechtsraum stabiler zu machen. Ganz im Gegenteil! Das Statistische Bundesamt hat gerade festgestellt, dass die Zahl der Ehescheidungen nach wie vor kontinuierlich steigt und im vorigen Jahr mit fast 197.500 Ehescheidungen einen neuen Höchststand erreicht hat¹. So könnte man vielleicht allein schon daran lernen, was man von Versprechungen des Gesetzgebers halten darf. Früher enthielt das Gesetz lediglich die juristische Aussage, die Ehegatten seien einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; die Reform hat vor diesen Satz und vor die dann kommenden Erleichterungen der Scheidung die rechtspolitische Beteuerung gesetzt: „Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen“ (§ 1353 I 1 BGB).

Und auch der folgende Satz ist erst durch die Reform ins BGB gekommen, nachdem in den Jahrhunderten davor viele Eheleute vielleicht nur aus Verantwortung für ihre Kinder zusammengeblieben sind, so dass er im alten Eherecht unnötig war: „Die Ehe soll nicht geschieden werden, obwohl sie gescheitert ist, solange ihre Aufrechterhaltung im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist“ (§ 1568 I BGB)². Kaum eine Norm ist deutlicher und wäre angesichts des Trennungselends unserer Kleinen wichtiger; aber kaum eine Norm der Reform führt ein klägliches Schattendasein als sie. Und nur die Wirklichkeit der vom Statistischen Bundesamt genannten Zahlen wirft ein fahles Schlaglicht auf die juristische Szene: 153.500 minderjährige Kinder waren im vergangenen Jahr von der Scheidung ihrer Eltern betroffen – 3,6 % mehr als im Jahr zuvor. Also auch hier eine steigende Tendenz – trotz der vielen nichtehelichen Lebensgemeinschaften, deren Auflösung in keiner Scheidungstatistik erscheint, und trotz des Geburtendefizits in unserer ach doch so effizienten Industriegesellschaft.

¹ Vgl. FAZ v. 28. 8. 2002 Nr. 199 S. 1.

² Lediglich das EheG von 1946 enthielt einen allerdings auf die Heimtrennungsklage beschränkten Scheidungsschutz zugunsten von Kindern.

Minderjährig ist man von der Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs. Verallgemeinert man die aktuellen Zahlen, so sind pro Minderjährigenzyklus 2³/₄ Millionen Kinder betroffen. Was heißt in diesem Zusammenhang „betroffen“? Eine ebenfalls in diesen Tagen publizierte wissenschaftliche Studie hat festgestellt, dass besonders scheidungsanfällig Menschen sind, die vor ihrer Ehe schon einmal in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelebt und dann deren Auflösung durchlitten haben. Doch für die Bereitschaft, sich scheiden zu lassen, bleibt nicht dies der wichtigste Faktor, sondern immer noch: ob demjenigen, der mit dem Lebenspartner Konflikte hat, *seine eigenen Eltern* die Scheidung als Lösungsmodell vorgemacht haben.

Was also die Instabilität und den mangelnden Zusammenhalt der Familien, was das Unglück des allein gelassenen Ehegatten und die Not der als Scheidungswaisen zwischen den Eltern hin- und hergerissenen Kinder anlangt, welcher der Gesetzgeber in nie ermüdendem Reformeifer mit immer neuen Paketen leerlaufender Reformen entgegenzuwirken trachtet – so muss das 1. EheRG als ein unseliges Gesetz bezeichnet werden.

Aber lassen wir in einem Land, in welchem es bald mehr unter Denkmalsschutz gestellte und sorgfältig restaurierte Kirchen geben könnte als Kirchgänger, die Kirche, wie man zu sagen pflegte, im Dorf. Dass man dies nach dem 2. Weltkrieg nicht getan, sondern in geradezu fundamentalistischer Weise in einem verfassungsrechtlich doch säkularisierten Staat unser bürgerliches Recht der Konfession untergeordnet hat – das war nämlich eine der Hauptursachen für das 1. EheRG und kaum jemals war ein rechtspolitisches Anliegen so gerechtfertigt. Damals erklärte ein Bonner Staatssekretär sinngemäß: Es wäre nie zu der Reform des Eherechts gekommen, wenn nicht der für die Ehescheidung zuständige Senat des Bundesgerichtshofs aus der Vorschrift des § 48 II EheG, die der endgültigen Zerrüttung einer Ehe durch deren Auflösbarkeit auch gegen den Willen des an der Ehe festhaltenden Teils jedenfalls theoretisch Rechnung trug, praktisch eine unüberwindbare Ehescheidungssperre gemacht hätte. Damals gab es Männer und Frauen, die nach dem Gesetz einander zur „ehelichen Lebensgemeinschaft“ verpflichtet waren, die sich nach jahrelanger Trennung, wenn sie sich zufällig auf der Straße begegnet wären, nicht einmal wiedererkannt hätten. In etwa der Hälfte der Heimtrennungsklagen widersetzten sich Ehefrauen nach fast zwanzigjährigem Getrenntleben noch immer dem Scheidungswunsch ihres Mannes, wenn oder weil er eine jüngere Frau heiraten wollte³. Und der BGH hatte angesichts der darin liegenden Kränkung nicht nur Mitgefühl, sondern gab ihnen in einer noch heute kulturgeschichtlich bemerkenswerten Ausdrucksweise Recht: „Der Umstand, dass ein Scheidungskläger die im Ehebruch erzeugten unehelichen Kinder durch eine Ehe mit der Ehebrecherin legitimieren will, nimmt dem Widerspruch der Scheidungsbeklagten nicht die Beachtlichkeit“⁴. Wenn wir denn nun aber endlich wissen, wieviel mehr für das Verhalten des Einzelnen gute und schlechte Vorbilder zu bewirken vermögen, so war ein kirchlich indoktriniertes Recht das Allerschlechteste.

Insgesamt eine unselige Ausgangssituation auch für eine Reform des Eherechts. Denn in Wirklichkeit ging es um den Schutz der alternden Frau vor der Gefahr, von ihrem Mann verlassen zu werden und einer wirtschaftlich unsicheren Zukunft entgegensehen zu müssen⁵. Der Reformgesetzgeber stand vor der Alternative, in einer langfristigen Übergangsregelung Althehen von der (noch durch unwiderlegliche Vermutungen gesteigerten) absolutisierten Zerrüttungsscheidung auszunehmen oder den bisherigen Hausfrauen einen hinreichenden wirtschaftlichen Schutz durch das neue nacheheliche Unterhaltsrecht zu gewährleisten.

Das 1. EheRG hat den zweiten Weg beschritten. Und während sich die Eheleute in der Krise mit dem materiellen

Scheidungsrecht relativ schnell abgefunden haben und heute sogar die Mehrzahl der Scheidungsanträge von den Ehefrauen gestellt wird, ist der im Gesetz als Kernprinzip verankerte Grundsatz der unterhaltsrechtlichen Eigenverantwortung – wie voraussehbar – „in einem Meer von nachehelichen Unterhaltsansprüchen“ untergegangen⁶. Das 1. EheRG erkaufte sich vor einem Vierteljahrhundert die gesellschaftspolitische Zustimmung zur sofortigen Erstreckung des neuen Rechts auch auf Althehen durch eine Garantie des durch die Ehe erworbenen wirtschaftlichen Status und ersetzte durch Versteinerung der nachehelichen Unterhaltsansprüche die unheilvolle Perpetuierung des gesetzlichen Ehebandes des früheren Rechts durch Schaffung einer bisweilen nicht minder quälenden nachehelichen „Unterhaltsehe“⁷ – mit zum Teil grotesken Übertreibungen: z. B. der Bemessung des Unterhalts nach dem Gehalt eines Oberstleutnants, obwohl die geschiedene Frau immer nur und ggf. auch die kürzeste Zeit ihrer Ehe mit einem Major verheiratet war⁸.

Das Kuckucksei eines gerechten nachehelichen Unterhaltsrechts ist uns – längst zum gefräßigen Kuckuck geschlüpft – als Reformdesiderat geblieben, ebenso die Sorge um ein psychologisch-pädagogisch effizientes elterliches Sorge- und Umgangsrecht nach der Scheidung. In Letzterem zeigt sich wahrscheinlich das Hauptmanko nicht nur des modernen Familienrechts: dass in einer Gesellschaft, die sich zunehmend materialistisch definiert und ebenso auch juristisch reguliert, die moralischen Kräfte der Bevölkerung nicht mehr genügend gefordert werden oder – fast schlimmer noch – von einer vernünftigen Ökonomie der Ethik aus betrachtet, nur als fehlgeleitet angesehen werden können: etwa wenn man bedenkt, was manche Eltern mit dem allerbesten Willen heute an Anstrengungen unternehmen, um bei ihren Kindern die Folgen der Trennung der Familie zu kompensieren⁹.

Über diesen Desastern geraten wir fast in die Gefahr zu vergessen, was an dem 1. EheRG gut war. Da gab es vor allem die Einführung des Familiengerichts mitsamt dem neuartigen Verfahren in Familiensachen¹⁰. Durch den Versorgungsausgleich wurde den Normaljuristen wie den Betroffenen zumeist zum ersten Mal bewusst, dass es bei uns ein kompliziertes, aber überaus interessantes Netz der Altersvorsorge gibt, an der die Ehefrau zu beteiligen durchaus nicht unfair erschien. Allem voran aber führten die vielen Neuerungen für viele Juristen zu dem Erlebnis eines einmaligen gemeinsamen Engagements in einem sich jetzt als eigenständiges Fachgebiet etablierenden juristischen Bereich. Jeder von uns hat mit Richtern, Rechtsanwälten, Rentenversicherungsrechtlern und Psychologen zusammengearbeitet, deren fachliches Können und soziales Ethos große Bewunderung verdienen.

Und in diesem Zusammenhang verdient nun schließlich auch hervorgehoben zu werden, dass speziell im Gefolge des 1. EheRG diese Berufsfelder für unsere *Juristinnen* den Durchbruch zu einer soziologisch sichtbaren und, wenn sie wollten, auch charmannten Präsenz brachten, in der jedermann alsbald Gelegenheit bekam zu größter Hochachtung vor der (längst auch in allen anderen Gebieten bewiesenen) fachlichen Kompetenz der Kolleginnen – im Rahmen einer auf wechselseitiger Anerkennung aufbauenden Kollegialität zwischen Frauen und Männern, die allen, die mit dem Familienrecht befasst waren, viel Arbeit erspart hätte, wenn

3 Vgl. *Elisabeth Schwarzhaupt*, FamRZ 1961, 466.

4 BGHZ 18, 13.

5 So wörtlich *Dölle*, Familienrecht, 2 Bde. 1964, Bd. I, S. 534 f.

6 Vgl. *Diederichsen*, NJW 1977, 353.

7 Der die ganze Misere auch über die Jahrzehnte hin treffende Ausdruck stammt von *Holzhauser*, JZ 1977, 73.

8 BGH FamRZ 1982, 684; vgl. ferner BGH FamRZ 1988, 145; 1990, 1090; 1991, 307.

9 Vgl. *Rakete-Dombek*, Das „Wechselmodell“ und die Folgen für wen auch immer FF 2002, 16 ff.

10 Vgl. jetzt dazu *Peschel-Gutzeit*, NJW 2002, 2737.

sich ihrer auch nur ein Bruchteil der Ehemänner und Ehefrauen im täglichen Umgang miteinander befließigt hätten. Das 1. EheRG – ein unseliges Gesetz? Ich möchte mit einer irritierenden Beobachtung schließen: Jeder, der von Rechts wegen mit dem „neuen“ Scheidungsrecht arbeitet, hat eine Menge unglücklicher Ehen gesehen. Aber jeder, der in Gedanken in seinem Bekanntenkreis die Geschiedenen durchgeht, wird auf Anhieb erstaunlich viele glückliche Zweitehen nennen können, vom 1. EheRG ermöglicht: *selige* Eheleute, die niemals an eine Scheidung denken und die sogar bereit sind, Scheidungskuckuckskinder des Partners mit großzuziehen. Es sind Beziehungen, denen wir auf Anhieb und auf Dauer die größeren Glücksmöglichkeiten zugestehen, die den „bösen“ geschiedenen Ehegatten sich moralisch „besser“ entfalten lassen und die jedenfalls in *seiner* Biographie die jeweilige Erstehe bestenfalls zu einem missglückten Versuch abwerten. Warum so viele Erstverbindungen scheitern und ob man nicht vielleicht von Gesetzes wegen die Erst-Ehen überhaupt verbieten oder zumindest einen begleiteten Umgang zwischen Erstehegatten anordnen müsste – darüber muss man vielleicht wirklich einmal nicht nur partnerschaftspsychologisch, sondern auch verfassungsrechtlich nachdenken – vielleicht in einem 2. EheRG?

Eheverträge im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und verfassungsrechtlicher Aufwertung der Familienarbeit

Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln*

I. Der Ausgangsbefund: Vom Status zum Vertrag

Die Pluralisierung der Lebensformen und das Ringen um eine Gleichberechtigung von Frau und Mann in Beruf und Gesellschaft haben das Bild der Ehe nachhaltig verändert¹. Das *institutionelle Eheverständnis*, nach dem die Ehe eine vom Willen der Ehegatten unabhängige, sittliche, inhaltlich weitgehend zwingend vorgegebene Ordnung war², ist durch eine *interindividuelle Sicht* abgelöst worden³. Danach bestimmen die Ehegatten ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung in gemeinsamer Verantwortung selbst: Zur selbstverantwortlichen Lebensgestaltung gehöre – so prägnant das BVerfG⁴ – neben der Entscheidung, ob die Ehegatten Kinder haben wollen, insbesondere auch die Vereinbarung über die innerfamiliäre Arbeitsteilung und die Entscheidung, wie das gemeinsame Familieneinkommen durch Erwerbsarbeit gesichert werden solle. Dabei stehe es den Ehepartnern frei, ihre Ehe so zu führen, dass ein Ehepartner allein einer Berufstätigkeit nachgehe und der andere sich der Familienarbeit widme, ebenso wie sie sich dafür entscheiden könnten, beide einen Beruf ganz oder teilweise auszuüben und sich die Hausarbeit und Kinderbetreuung zu teilen oder diese durch Dritte durchführen zu lassen⁵. Damit rückt der Vertragscharakter der Ehe in den Vordergrund⁶. Dementsprechend hatte schon der Gesetzgeber des ersten EheRG⁷ das Leitbild der Hausfrauenehe, wie es noch in § 1353 Abs. 1 a. F. normiert war⁸ aufgegeben. Nach § 1356 n. F. regeln die Eheleute die Organisation ihrer Partnerschaft im gegenseitigen Einvernehmen, ohne dass der Gesetzgeber ihnen eine zwingende Rollenverteilung vorgibt⁹.

II. Ehevertragsfreiheit und ihre Zweckentfremdung

Diese Ehevertragsfreiheit rechtfertigt überhaupt erst die Ehevertragsfreiheit¹⁰: Nur weil die Ehepartner in der Ausgestaltung ihrer Partnerschaft frei sind, können sie auch das ge-

setzliche Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht der individuell gewählten Lebensform anpassen¹¹. Das gesetzliche Schutzsystem – naheheleicher Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich – erscheint in dem Maße entbehrlich und damit modifikationsfähig, in dem der geplante und gelebte Ehetyp von der Partnerschaftsform der Hausfrauenehe (politisch korrekt: Einverdienernehe) abweicht. Diese teleologische Verwurzelung der Ehevertragsfreiheit wurde freilich lange vernachlässigt: Das gesetzliche Schutzsystem wurde zunehmend auch für solche Ehen ausgeschlossen, in denen die Übernahme der Familienarbeit durch einen (nicht berufstätigen) Partner von vornherein geplant oder jedenfalls nicht ganz unwahrscheinlich war. Die juristische Befreiung der Frau von Rollenzwängen führte dementsprechend faktisch zu ihrer Gefährdung, soweit die Ehepartner – häufig unter Druck der gesellschaftlichen Verhältnisse – nach wie vor die traditionelle Rollenverteilung praktizieren. Das wachsende Unbehagen an einer solchen, dem Schutzzweck des gesetzlichen Scheidungsfolgensystems zuwiderlaufenden Instrumentalisierung der Ehevertragsfreiheit¹² beeindruckten BGH und h. M. freilich nicht: Die Zulässigkeit selbst eines Ausschlusses sämtlicher gesetzlicher Scheidungsfolgen bereits vor der Eheschließung wurde vor allem damit begründet, dass es den Verlobten schließlich auch frei stehe, von einer Eheschließung ganz abzusehen. Daher sollte es auch nicht zu beanstanden sein, wenn ein künftiger Vater die Eheschließung von einem Globalverzicht der werdenden Mutter abhängig macht, obwohl sich eine traditionelle Rollenverteilung bereits abzeichnet¹³. Die Legitimation ohne gesetzliche Scheidungsfolgen sei für Ehefrau und Kinder immer noch besser als gar keine Ehe¹⁴.

III. Eine neue Ausgangssituation: Die Urteile des BVerfG vom 6. 2. 2001 und vom 29. 3. 2001

Diese Linie ist nicht mehr zu halten. Die Entscheidungen des BVerfG vom 6. 2. 2001¹⁵ und vom 29. 3. 2001¹⁶ wischen die Argumentation von Rechtsprechung und herr-

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europäische Privatrechtsentwicklung und Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln.

1 Prägnant und gerade auch für Praktiker unbedingt lesenswert *Schwab*, *From Status to Contract?*, DNotZ, Sonderheft 2001, 9; zu den Grundlagen siehe auch *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296; vgl. *Dauner-Lieb*, FF 2000, 110.

2 Vgl. Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band IV, Amtliche Ausgabe 1888, 562.

3 Vgl. dazu *MünchKomm/Wacke*, BGB, Bd. 7 Familienrecht I, 4. Aufl. 2000, § 1353 Rn. 1; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 3; dazu *Hepting*, Ehevereinbarungen, 1984, § 30ff.; aus der Sicht der Praxis siehe dazu etwa *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 ff.; sehr kritisch *Gernhuber*, Eherecht und Ehetypen, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin, 1981.

4 BVerfG, Beschl. v. 5. 2. 2002, NJW 2002, 1185 (Berechnung des naheheleichen Unterhaltsanspruchs).

5 BVerfG, NJW 2002, 1185, unter I 1a.

6 *Gernhuber* (Fn. 3), 7.

7 Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976, BGBl. I, 1421.

8 Vgl. dazu *MünchKomm/Koch*, (Fn. 3), Einleitung zum Familienrecht I, Rn. 97 ff.

9 Vgl. zu den Einzelheiten nur *MünchKomm/Wacke*, (Fn. 3), § 1353 Rn. 4 ff.; ausführlich zu den praktischen Konsequenzen etwa *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9.

10 Siehe zu diesen Zusammenhängen ausführlich *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296, 314 f.

11 Dazu ausführlich *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9, 11 ff.

12 Bahnbrechend *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 88; *Büttner*, FamRZ 1998, 1; *ders.*, FamRZ 1997, 600; *Coester-Waltjen*, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festschrift, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, 985.

13 BGH FamRZ 1997, 156; vgl. auch BGH FamRZ 1996, 1536; vgl. dazu insbes. *Gerber*, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festschrift aus Anlass des 50-jährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 49; *ders.*, Sonderheft DNotZ 1998, 290.

14 *Grzivotz*, FamRZ 1997, 585, 587; vgl. schon *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9, 14.

15 BVerfG, Urt. v. 6. 2. 2001, NJW 2001, 957 = FamRZ 2001, 343.

16 BVerfG, Beschl. v. 29. 3. 2001, NJW 2001, 2248.