

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 – nahehehlicher 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, § 30 ff.; 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 nahehehlichen 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 Schwenger, 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.

schendem Schrifttum vom Tisch und schaffen damit eine völlig neue Ausgangslage. Das BVerfG überträgt seine im Hinblick auf Wettbewerbsverbote für Handelsvertreter und Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger entwickelten Grundsätze zu den Grenzen der Vertragsfreiheit auf Eheverträge und öffnet damit auch diesen Bereich einer richterlichen Überprüfung. Dabei stützt es sich einmal auf das nahe liegende Argument, dass eine Armut der Mutter zwangsläufig auf zu betreuende Kinder durchschlägt. Vor allem aber betont es das Postulat gleichberechtigter Partnerschaft: Eheverträgen seien dort Grenzen zu setzen, wo sie nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft seien, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertige keine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung. Sei ein Ehevertrag vor der Ehe und im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft geschlossen worden, sei die Schwangere davor zu schützen, dass sie durch ihre Situation zu Vereinbarungen gedrängt werde, die ihren Interessen massiv zuwiderlaufen. Es sei Aufgabe der Gerichte, in solchen Fällen gestörter Vertragsparität zur Wahrung beeinträchtigter Grundrechtspositionen eines Ehepartners den Inhalt des Vertrags einer Kontrolle zu unterziehen und ggf. zu korrigieren.

Der vom BVerfG damit eingeforderte Abschied von der „vollen Vertragsfreiheit“ zu Gunsten einer Hinwendung zu Gesichtspunkten „materieller Vertragsgerechtigkeit“ entspricht dem Schutz- und Kompensationscharakter des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts, führt aber geradezu zwangsläufig zu erheblicher Rechtsunsicherheit und stellt damit Praxis und Wissenschaft vor schwierige Herausforderungen. Für die Familiengerichte und die Anwaltschaft ist im Hinblick auf zukünftige Scheidungen keineswegs klar, welche in der Vergangenheit geschlossenen Eheverträge noch Bestand haben und welche angreifbar sind; die Beratungspraxis hat ihrerseits keine klaren Maßstäbe, welche vertraglichen Freiräume ihr bei der Formulierung von Unterhaltsverträgen noch bleiben¹⁷.

So fehlen bereits auf der Tatbestandsseite Maßstäbe für die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen eine Ehevereinbarung einen Partner im konkreten Fall tatsächlich einseitig belastet und seine Interessen nicht angemessen berücksichtigt. Insbesondere ist die Bedeutung einer Schwangerschaft im Einzelnen noch nicht abzuschätzen. So deutet das BVerfG an, eine Schwangerschaft sei nur ein Indiz für eine vertragliche Disparität. Andere Faktoren wie die Vermögenslage sowie die berufliche Qualifikation und Perspektive der Schwangeren könnten „dazu führen, ihre Unterlegenheit auszugleichen“. Im Hinblick auf den Schutz- und Kompensationscharakter des Scheidungsfolgenrechts wäre es systematisch aber auch umgekehrt geboten, die richterliche Kontrolle unabhängig von einer Schwangerschaft bei Eheschließung auf *alle* Fälle einer einseitigen Lastenverteilung zu Gunsten des Ehepartners auszudehnen, der zum Nachteil seiner eigenen Erwerbsbiographie die Familienarbeit übernimmt.

Völlig offen ist auch die Rechtsfolgenseite, also die Frage nach den Konsequenzen einer richterlichen Überprüfung. Das BVerfG verwendet durchgehend den Begriff der „Inhaltskontrolle“. Die Inhaltskontrolle im technischen Sinne führt jedoch – ebenso wie die Sittenwidrigkeitsüberprüfung gemäß § 138 BGB – zur vollständigen Unwirksamkeit der beanstandeten Regelung. Damit stellt sich für Ehevereinbarungen, die sich aus mehreren Elementen – Ausschluss von Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich und nahehelichem Unterhalt – zusammensetzen, die Zusatzfrage, ob man die Sanktion auf einzelne Regelungen beschränken könnte oder ob insoweit das aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bekannte Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion auf das gerade noch akzeptable Maß

zum Tragen käme. Gegen einen Rückgriff auf das Instrument der Inhaltskontrolle spricht im Übrigen auch, dass es auf die Umstände bei Vertragsschluss ankommt, so dass spätere Entwicklungen zu Lasten des von der Modifikation des Scheidungsfolgenrechts betroffenen Ehegatten nicht mehr berücksichtigt werden könnten¹⁸. Vor diesem Hintergrund spricht sehr viel dafür, die Umsetzung der Vorgaben des BVerfG mit Hilfe des erprobten und in seinem Anwendungsbereich auszudehnenden Instruments der „Ausübungskontrolle“ zu bewältigen¹⁹. Insoweit ist freilich noch dogmatische Grundlagenarbeit zu leisten.

IV. Brisante Ausstrahlungen der Entscheidung des BVerfG vom 5. 2. 2001?

So kontrovers und intensiv die Diskussion über die Entscheidungen des BVerfG zu Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Bereich der Eheverträge geführt wird, so begrenzt ist derzeit bei genauerer Analyse der „Streitgegenstand“. Gefahrenpotenzial für Eheverträge sieht man vor allem im Hinblick auf eine präventive Beschneidung des nahehelichen Unterhalts, insbesondere eine Abbedingung des § 1570²⁰. Vereinbarungen im Bereich des ehelichen Güterrechts hält man für sich genommen weiterhin für weitgehend unproblematisch, schon wegen der ausdrücklichen Betonung der Vertragsfreiheit in den §§ 1408 ff., aber auch im Hinblick darauf, dass das Regelungsmodell des Zugewinns in seiner Zielsetzung und rechtstechnischen Ausgestaltung nie unumstritten war²¹. Diese Selbstberuhigung könnte sich jedoch angesichts der Entscheidung des BVerfG vom 5. 2. 2001²² zur Gleichbewertung von Familienarbeit und Erwerbsarbeit bei der Bemessung des nahehelichen Unterhalts als voreilig erweisen²³. Neben den fallbezogenen unterhaltsrechtlichen Überlegungen, die durch die Entscheidung des BGH vom 13. 6. 2001²⁴ vorbereitet waren, enthält der Beschluss einige allgemeine Ausführungen zum Stellenwert der Familienarbeit, die höchst brisante Ausstrahlungen auf die Problematik der Eheverträge und noch weiter gehend auf das System des geltenden Güterrechts haben könnten: Da den Ehegatten gleiches Recht und gleiche Verantwortung bei der Ausgestaltung ihres Ehe- und Familienlebens zukommen, seien auch die Leistungen, die sie jeweils im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als gleichwertig anzusehen. Haushaltsführung und Kinderbetreuung hätten für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Gleichermassen prägten sie die ehelichen Lebensverhältnisse und trügen dementsprechend zum Unterhalt der Familie bei. Allerdings bemesse sich die Gleichwertigkeit der familiären Unterhaltsbeiträge von Ehegatten 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 Beitrag eines Ehegatten höher oder niedriger bewertet werden dürfe als der des anderen. Seien die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig,

17 Ausführlich dazu und zum Folgenden *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296, 308 ff.

18 Vgl. dazu ausführlich *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296, 324 ff.

19 Vgl. *Langenfeld*, FS Schippel, 1996, 251; *Grzizowt*, FF 2001, 41; ausführlich zur Ausweitung dieses Instruments *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296, 327 ff.

20 Vgl. nur *Schwab*, (Fn. 1), 10 ff., 17.

21 Vgl. nur *Grzizowt*, DNotZ 2000, 486.

22 BVerfG NJW 2002, 1185 = FamRZ 2002, 527.

23 Siehe schon die Überlegungen von *Schwab*, (Fn. 1), 15.

24 BGH NJW 2001, 2254.

hätten aber auch beide Ehegatten grundsätzlich 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 Vermögens²⁵.

Nimmt man diese gerade nicht auf den Unterhalt beschränkten Argumente beim Wort, dann stellt sich zunächst die Frage, ob das derzeit geltende Güterrecht diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht wird, führt der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft während der Ehe doch gerade zu keiner gemeinsamen Teilhabe. Es besteht im Gegenteil Gütertrennung; der haushaltsführende Ehegatte hat zwar Anspruch auf Haushaltsgeld, muss es aber für die Familie verwenden. Auch der daneben bestehende Anspruch auf Taschengeld ist zu niedrig bemessen, als dass dadurch Vermögen gebildet werden könnte. Während der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft fehlt es daher in der Haushaltsführung an einer gleichen Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten²⁶. Dementsprechend fordert das Zentralkomitee der Deutschen Katholiken bereits eine der wirtschaftlichen Gleichberechtigung während der Ehe dienende Reform des gesetzlichen Güterstandes²⁷. Dies könnte die alte Diskussion über die Errungenschaftsgemeinschaft wieder beleben, die während der Eherechtsreform 1976 sicherlich (gezielt) zu negativ gewürdigt²⁸ und nach der Wiedervereinigung allzu schnell dem zu entsorgenden Bereich sozialistischer Altlasten zugeschlagen wurde²⁹. Der Zeitpunkt für eine güterrechtliche Grundsatzdiskussion wäre auch deshalb günstig, weil es in den europäischen Nachbarstaaten, etwa in Frankreich und den Niederlanden, errungenschaftsgemeinschaftliche Regelungen gibt und die sich derzeit abzeichnenden Ansätze zu einer behutsamen Vereinheitlichung der verschiedenen Familienrechtssysteme eine Bestandsaufnahme und Vergewisserung über die Vorteile und Nachteile der jeweiligen nationalen Modelle voraussetzt³⁰.

Unmittelbare Ausstrahlungen könnten die Ausführungen des BVerfG zur Gleichwertigkeit von Erwerbs- und Familienarbeit aber jedenfalls für die Problematik der Ehevertragsfreiheit haben. Sie lassen den bisher für überwiegend unbedenklich gehaltenen, vorsorglichen Totalverzicht auf Zugewinnausgleich auch ohne sachlichen Grund oder angemessene Kompensation durchaus überprüfungsfähig und ggf. korrekturbedürftig erscheinen. Dafür spricht auch die Handhabung der parallelen Problematik der Abfindungsklauseln in Personengesellschaften³¹. Solche Abfindungsklauseln beschränken die Ansprüche eines Gesellschafters für den Fall seines Ausscheidens, etwa auf den sog. Buchwert. Auch insoweit geht es um die vermögensrechtliche Bewältigung einer langfristigen, inzwischen beendeten Partnerschaft. Auch insoweit haben die Beteiligten bei Vertragsschluss vorsorglich auf bestimmte gesetzliche Positionen verzichtet³². Trotz grundsätzlich unbeschränkter Vertragsfreiheit wird insoweit bei einem groben Missverhältnis zwischen dem wirklichen Wert des Anteils und dem Buchwert ganz überwiegend zu Gunsten des ausscheidenden Gesellschafters ein Korrekturbedarf anerkannt³³. Der Nachweis, dass der Ehepartner, der zu Lasten der eigenen Erwerbsbiographie die Familienarbeit übernommen hat, weniger schutzbedürftig sei als der ausscheidende Gesellschafter, ist bisher nicht geführt, genauer, nicht einmal versucht worden.

V. Flucht in die informelle Partnerschaft?

Eine vorurteilsfreie Diskussion über einen fairen Ausgleich zwischen Lebensgestaltungsfreiheit und Partnerschafts- und Familienverantwortung wird zum Teil mit dem Argument abgeblockt, durch eine Einschränkung der Ehevertragsfreiheit dränge man die Betroffenen in die nichteheliche Lebensgemeinschaft und verschlechtere damit nicht zuletzt die

Position schwangerer Frauen³⁴. In diesem Sinne wird etwa dem BVerfG attestiert, es habe der Eheschließungsfreiheit einen Bärendienst erwiesen³⁵, die Konsequenz des Karlsruher Richterspruchs für die juristischen Berater müsse „nein zur Ehe“ lauten³⁶.

Mit dieser einseitigen Zuspitzung wird freilich der Kern des Problems verfehlt: Es geht – wie das BVerfG überzeugend dargelegt hat – um die gemeinsame Folgeverantwortung für die gewählte und gelebte Ausgestaltung des Ehe- und Familienlebens, insbesondere im Hinblick auf die Betreuung gemeinschaftlicher Kinder. Entscheiden sich die Ehepartner – und sei es auch nur für die Phase „aktive Elternschaft“ – gegen ein Modell gleichrangiger Berufstätigkeit, mit der Folge, dass ein Ehepartner spürbare Nachteile in seiner Erwerbsbiographie und seiner finanziellen Absicherung erleidet, dann ist der andere Teil zur Solidarität verpflichtet, und zwar vor allem auch deshalb, weil ihm die Familienarbeit des anderen Teils eine von zahlreichen Alltagswidrigkeiten befreite Berufstätigkeit ermöglicht und damit in der Regel erhöhte Aufstiegs- und Karrierechancen eröffnet hat. Ein schützenswertes Interesse, sich bereits vor der Eheschließung von dieser Verantwortung für eine eventuelle Scheidung frei zu zeichnen, ist für den Regelfall nicht ersichtlich. Im Übrigen kann durchaus bezweifelt werden, ob die verfassungsgerichtlich gebotene Einschränkung der Ehevertragsfreiheit tatsächlich in nennenswertem Umfang Heiratswillige abhalten wird. Vielmehr liegt die Prognose näher, dass die juristisch vorbereitete Ehe schließlich genau zu den Konditionen abgeschlossen wird, die der Berater als rechtlich zulässig und damit tragfähig vorschlägt. Es bleibt jedenfalls abzuwarten, ob in Zukunft tatsächlich geplante Hochzeiten abgeblasen werden, weil der Notar erläutert, dass er einen unbedingten Globalauschluss aller Scheidungsfolgen nicht beurkunden wird. Im Übrigen könnte eine zusätzliche Stärkung des Verantwortungsprinzips im Familienrecht auch – wie wiederum das Zentralkomitee der Deutschen Katholiken vorgeschlagen hat³⁷ – dadurch erreicht werden, dass man die Vorteile des Ehegattensplitting an das Vorliegen einer gleichberechtigten Wirtschafts- und Erwerbsgemeinschaft der Eheleute koppelt, die den Vorstellungen einer partnerschaftlichen Solidargemeinschaft entspricht.

Im Hinblick auf die Option einer Flucht in die „informelle Partnerschaft“ bleibt daran zu erinnern, dass es schon jetzt einen (unverzichtbaren!) Betreuungsunterhalt zwischen den Eltern eines nicht ehelichen Kindes gibt³⁸, mag dieser auch (verfassungsrechtlich problematisch) noch nicht das Niveau des § 1570 erreicht haben. Im Übrigen erscheint es keineswegs sicher, dass der Gesetzgeber und die Gerichte das nicht eheliche Zusammenleben auch in Zukunft als weitgehend „rechtsfreien“ Raum belassen wird. Denkbar wäre etwa eine Verrechtlichung nichtregistrierter Gemeinschaften durch die Annahme stillschweigender Verträge³⁹.

Als **Fazit** ist damit festzuhalten, dass an einer gewissen Einschränkung der Ehevertragsfreiheit so lange kein Weg

25 BVerfG NJW 2002, 1185, unter I 1b, c.

26 Siehe dazu besonders *Scholz*, FamRZ 2002, 733.

27 Erklärung der Vollversammlung des Zentralkomitees der Deutschen Katholiken vom 3. 5. 2002, S. 14.

28 Vgl. die sehr einseitige BT-Drucks 2/224, S. 27 bis 37.

29 Nach wie vor sehr instruktiv *Lipp*, FamRZ 1996, 1117.

30 Siehe insbesondere dazu bereits *Henrich*, FamRZ 2000, 6.

31 Dazu ausführlich *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296, 311 f.; vgl. auch schon *Langenfeld*, FS Schippel (Fn. 19).

32 Siehe dazu insbes. *Dauner-Lieb*, ZHR 158 (1994), 271, 290 f.

33 Siehe nur *Ulmer/Schäfer*, ZGR 1995, 134.

34 *Grziwotz*, FamRZ 1997, 585, 587; *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9, 14.

35 *Rauscher*, FuR 2001, 155.

36 *Grziwotz*, MDR-Report Heft 7/2001.

37 Erklärung der Vollversammlung des Zentralkomitees der Deutschen Katholiken vom 3. 5. 2002, S. 15.

38 Zu diesem Argument siehe nur *Schwab*, (Fn. 1), 27.

39 Völlig zutreffend *Schwab*, (Fn. 1), 39 ff.

vorbeiführt, wie (auch nur phasenweise) nach wie vor die traditionelle Rollenverteilung praktiziert und politisch an der Wahlfreiheit der Mutter zwischen Erwerbstätigkeit und Familienarbeit festgehalten wird. Das derzeit unbestreitbare Kontroll- und Korrekturbedürfnis würde erst dann entfallen, wenn auch junge Ehepartner mit kleinen Kindern typischerweise durchgängig gleichrangig berufstätig bleiben würden. Ob eine solche Entwicklung wirklich wünschenswert ist, steht auf einem anderen Blatt und bedarf eines breiten gesellschaftlichen Konsenses. Voraussetzung für einen derart einschneidenden gesellschaftlichen Wandel wäre jedenfalls die Schaffung eines zuverlässigen, flächendeckenden und bezahlbaren Kinderbetreuungsangebots, wie es etwa in Frankreich existiert. Dies ist jedoch für die Bundesrepublik vorläufig nicht in Sicht.

Versorgungsausgleich mit Auslandsbezug, Art. 17 III EGBGB

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Dr. Peter Finger, Frankfurt/M.

I. Einleitung

1. Anknüpfung von Scheidung und Scheidungsfolgen nach Art. 17 I 1 i. V. m. Art. 14 EGBGB

Nach Art. 17 I 1 EGBGB unterliegt bei (relevantem¹) Auslandsbezug nach unseren Vorstellungen die Scheidung mit ihren (scheidungsrechtlichen) Folgen, wenn keine besonderen Regeln vorrangig sind, dem zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit² des Scheidungsantrags für die allg. Wirkungen der Ehe maßgeblichem Recht, vgl. dazu Art. 14 EGBGB. Der dort entworfenen Stufenfolge (Kegelsche Leiter) nachgehend, haben wir also zu prüfen, ob

– die Parteien eine gemeinsame Staatsangehörigkeit oder eine letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit haben bzw. hatten, wenn einer von ihnen sie beibehalten hat^{3/4}, wobei für Doppelstaatler ihre effektive Staatsangehörigkeit prägend wird (mit der in Art. 5 I 2 EGBGB vorgesehenen Privilegierung für Deutsche – ihre Staatsangehörigkeit ist aus unserer Sicht stets effektiv und legt damit die Anknüpfung fest), danach ob sie

– einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt oder einen letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben bzw. zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, schließlich

– ob beide Gatten dem Recht eines Staates auf andere Weise am engsten verbunden⁵ sind.

– Sind sonst keine tragfähigen Bezüge zu einem Recht zu finden, entscheiden wir, wenn wir zu entscheiden haben, nach dt. Recht als Ersatzrecht⁶.

Nach Art. 14 II und III EGBGB haben die Eheleute in allerdings beschränktem Umfang Wahlmöglichkeiten, so dass sie sich noch im Verlauf, aber eben vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens, zu einem Recht bekennen und so die Rechtsanwendung festlegen können, zur Form (notarielle Beurkundung) s. unter IV.

2. Art. 17 III EGBGB

Für den Versorgungsausgleich wird Art. 17 III EGBGB (Sonderanknüpfung) maßgeblich. Entscheidend ist zunächst das sonst in der Sache berufene Recht (wobei sich vielfältige Qualifikationsfragen stellen – was „ist“ Versorgungsausgleich? dazu II. 4.b), und ist nach diesem Recht ein Ausgleich nicht möglich, etwa weil der Versorgungsausgleich dem ausl. Recht, das für die Scheidung anzuwenden ist,

nicht bekannt ist, ist er auf Antrag eines Ehegatten (dazu III. 1.a) nach dt. Recht durchzuführen, wenn

1. der andere Ehegatte in der Ehezeit eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat, oder
2. wenn die allg. Wirkungen der Ehe während eines Teils der Ehezeit einem Recht unterlagen, das den Versorgungsausgleich kennt, wobei zusätzlich besondere Billigkeitserwägungen anzustellen sind, die § 1587c BGB ergänzen (III. 2.).

3. Vorrang staatsvertraglicher Regeln

Staatsvertragliche Regeln gehen nationalem Recht vor, auch nationalem (autonomen) Kollisionsrecht, Art. 3 III 1 EGBGB. Angesprochen ist dabei vor allem das dt.-iranische Niederlassungsabk. v. 17. 2. 1929⁷. In Art. 8 III des Schlussprotokolls legt dieses Abk. fest, dass (alleinige⁸) Staatsangehörige der beiden Vertragsstaaten auch auf dem Gebiet

1 Wobei wir, ein wenig zirkelschlüssig, die Relevanz des Auslandsbezuges mit den Maßstäben messen, die wir dann auch in der Sache für die Rechtsanwendung heranziehen; beim Unterhalt, vgl. Art. 18 EGBGB, oder der Regelung der elterlichen Sorge, Art. 21 EGBGB oder MSA/KSÜ, werten wir daher anders als bei Art. 17 EGBGB bzw. Art. 14 EGBGB.

2 Im Verhältnis der EU-Staaten untereinander (außer Dänemark) wird Rechtshängigkeit seit dem 1. 3. 2001 einheitlich behandelt (und anders als sonst nach unseren Vorstellungen), vgl. dazu die Vorschriften der VO des Rates Nr. 1347/2000 v. 29. 5. 2000, ABl. EG, L 160 F 19, jetzt auch FamRZ 2000, 1140; zu Vorentwürfen *Hau*, FamRZ 1999, 484 und *Finger*, FuR 1998, 348; ausführlich *Hau*, FamRZ 2000, 1333; *Vogel*, MDR 2000, 1045 und *Wagner*, IPrax 2001, 73; sie tritt mit Anhängigkeit bei Gericht ein und legt so die Zuständigkeit fest („Rechtshängigkeitssperre“). Ab 1. 3. 2002 hat die EuGVVO auch in ihrem Anwendungsbereich die Dinge (so) geregelt, die das EuGVÜ abgelöst hat, dazu *Krusche*, MDR 2000, 677. Geändert ist bereits das dt. AVAG (v. 19. 2. 2001), BGBl. 2001 I, 288 und dazu *Finger*, FuR 2001, 97; zur Abänderung ausl. Unterhaltstitel *Hohlloch*, DEuFamR 2000, 193.

3 Das gilt auch bei einem Wechsel in die dt. Staatsangehörigkeit nach der Eheschließung (oder ihrem Hinzuerwerb), selbst wenn sie sonst aus unserer Sicht als effektiv angesehen wird, vgl. dazu Art. 5 I 2 EGBGB, denn wir verändern die Rechtsanwendung erst mit einem Wechsel der sonst prägenden gemeinsamen Staatsangehörigkeit, wenn diese auf beiden Seiten eingetreten ist, dazu *Staudinger/von Bar/Mankowski*, Art. 14 EGBGB Rn. 47 mit Änderungsvorschlägen und *MüKo/Siehr*, Art. 17 EGBGB Rn. 14.

Zur Privilegierung dt. Staatsangehöriger nach Art. 17 I 2 vgl. KG, IPrax 2000, 544 und *Wagner*, IPrax 2000, 512.

4 Für Flüchtlinge und anerkannte Asylberechtigte ist dt. Recht Personalstatut, Genfer Konvention, und ist nur einer von ihnen entspr. berechtigt, haben aber beide eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, ist dieser „Wechsel“ anders als sonst aus unserer Sicht beachtlich, so LG München I, NJW 1997, 1354 (für den Iran); gibt einer dann seinen Flüchtlingsstatus nachträglich auf, bleibt dt. Personalstatut als letztes gemeinsames Merkmal dagegen erhalten, OLG Karlsruhe, FamRZ 1996, 1146, und haben beide in Deutschland geheiratet und hier gelebt, kann dt. Recht als Aufenthaltsrecht zur Anwendung kommen, OLG Köln, FamRZ 1999, 1517. Unter Günstigkeitsgesichtspunkten, vgl. Art. 12 Genfer Konvention, kann aber auch Heimatrecht – oder Recht eines Zwischenstaates, vgl. dazu für eine Ehe von Afghanen im Iran StAZ 2001, 115 – eine Rolle spielen, denn erworbene Rechte sind zu erhalten, vgl. *Jayme*, IPrax 1984, 115 und OLG Düsseldorf, StAZ 1989, 282.

5 Nach der Gesetzesbegründung 1986 können „Sprache, Kultur, Herkunft (im weiteren Sinne), gemeinsame soziale Bindungen oder berufliche Tätigkeiten“ wesentlich werden, aber auch die gemeinsame Zukunftsplanung oder die beabsichtigte Begründung einer Staatsangehörigkeit oder eines Aufenthaltes, dann auch die bewusste Zuordnung zu einem Staat (etwa durch Teilnahme an Wahlen oder durch sonstige politische Tätigkeiten, vgl. zu Einzelheiten BT-Drucks 10/5632 S. 41; BGH, NJW 1993, 2047 – die nachträgliche Durchführung des Versorgungsausgleichs nach Inlandsrecht kann die allg. Entscheidung für dieses Recht einschließen, vgl. auch *Dörr/Hansen*, NJW 1994, 2456 (2457 f.).

6 Dazu (etwa) *Spickhoff*, JZ 1993, 336 (341); *MüKo/Siehr*, Art. 14 EGBGB Rn. 38 und *Palandt/Heldrich*, Art. 14 EGBGB Rn. 10. Dagegen soll die „alleinige“ Vereinbarung des Scheidungsstatus ohne Festlegung der allg. Ehwirkungen unzulässig sein, dazu *Wagner*, IPrax 2000, 512 (514), aber wir sollten uns stets um eine Auslegungsmöglichkeit bemühen, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet, BGH, NJW 1971, 1034 (1035); möglich ist jedenfalls, dass sich die Rechtswahl der Parteien auf das Scheidungsverfahren beschränkt (etwa: weil sie bereits getrennt leben und Scheidungsantrag gestellt, aber die Zustellung bisher noch nicht erfolgt ist); güterrechtliche Vereinbarungen können auch noch im laufenden Verfahren getroffen werden.

7 RGBl. 1930 II, 1002; BGBl. 1955 II, 829.

8 Deshalb sind Doppelstaatsangehörige von vornherein nicht einbezogen, dazu *Finger*, FuR 1999, 158 (159) und KG, OLG 1979, 187, ohne dass wie sonst Effektivitätsgesichtspunkte maßgeblich wären; für die Rechtsanwendung bei Flüchtlingen und anerkannten Asylbewerbern dabei LG München I, FamRZ 1997, 1354 (Genfer Konvention ist vorrangig und daher prägend) und Fn. 4 m. N.; *Finger*, FuR 1999, 158 (160).