

Zur Wirksamkeit und Ausübungskontrolle von Eheverträgen

Alle Rechte vorbehalten: Dr. Rolf Schmidt – Mai 2005

I. Einführung

Nachdem der BGH bereits vor einiger Zeit ein Grundsatzurteil über die Wirksamkeit von Eheverträgen gesprochen hatte¹, das auf zwei Entscheidungen des BVerfG² zurückzuführen war, hatte er nunmehr mit den Urteilen v. 3.11.2004 (BGH NJW 2005, 142) und v. 12.1.2005 (NJW 2005, 1370) erneut Gelegenheit, über Unterhaltsansprüche zu entscheiden. Anknüpfungspunkt der Diskussion ist die im deutschen Zivilrecht – zumindest im Grundsatz – bestehende und auf Art. 2 Abs. 1 GG zurückzuführende Vertragsfreiheit, die bei grober und unangemessener Benachteiligung einer Vertragspartei jedoch mit Hilfe verschiedener Rechtsinstitute eingeschränkt werden kann. Kardinalnorm ist § 138 Abs. 1 BGB, der bei Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts die Nichtigkeit des Vertrags vorsieht. Sofern trotz Unbilligkeit keine Sittenwidrigkeit vorliegt, kommen Korrekturmöglichkeiten über § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) und/oder über den Grundsatz von Treu und Glaube (§ 242 BGB) in Betracht.

1. Begriff der guten Sitten/Verfassungsmäßigkeit des § 138 Abs. 1 BGB

Der Ausdruck der „guten Sitten“ ist **äußerst unbestimmt**. In der Rechtsprechung wird er wie folgt definiert:

Was zu den guten Sitten gehört bzw. ihnen zuwiderläuft, ist nach dem **Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden** zu bestimmen.³

Diese Definition löst das Problem jedoch nicht, da hierdurch lediglich der eine unbestimmte Ausdruck durch einen anderen ersetzt wird. Zudem ist es höchst fraglich, wie ein Richter, der vielleicht gleich nach Studium und Referendariat in dieses Amt berufen wurde und über keine Berufs- und Lebenserfahrung verfügt, beurteilen will, was „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ entspricht. Da es sehr nahe liegt, die eigenen Moralvorstellungen bei der Beurteilung mit einfließen zu lassen, ist die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB nach der hier vertretenen Auffassung wegen einer Kollision mit dem verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgebot⁴ zumindest verfassungsrechtlich bedenklich. Daher ist der Gesetzgeber berufen, dem dynamischen Begriff der „Sittenwidrigkeit“ (was heute noch verwerflich ist, kann morgen schon gesellschaftsfähig sein) Konturen zu verleihen.⁵

Geht man dennoch mit der h.M. von der Verfassungsmäßigkeit des § 138 Abs. 1 BGB aus, ist es entscheidend, ob das Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach mit den **grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung** unvereinbar ist.⁶

¹ BGH NJW **2004**, 930 ff. (fortgeführt von BGH NJW **2004**, 3431 ff., NJW **2005**, 142 f. und NJW **2005**, 1370 ff.).

² BVerfG NJW **2001**, 957 ff. und 2248 ff.

³ BGHZ **10**, 228, 232; **69**, 295, 297; BGH NJW **1999**, 2266, 2267; BGH 23.2.2005 – VIII ZR 129/04.

⁴ Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 5. Aufl. **2005**, S. 76 f.

⁵ Dieser Appell wird besonders deutlich, wenn man die antiquierte Auffassung des BVerfG zur „Sittenwidrigkeit“ von Prostitution und „Peep-Shows“ betrachtet. Das Gericht hatte bis zum Schluss, d.h. bis zum Erlass des Prostitutionsgesetzes, daran festgehalten, dass die (freiwillige!) Prostitution und das Zur-Schau-Stellen des eigenen Körpers gegen die Menschenwürde verstießen und daher sittenwidrig seien.

⁶ BGH NJW **1998**, 2531, 2532.

2. Ehe- und familienbezogene Verträge

Eheverträge sind – wie alle anderen Verträge – an den schuldrechtlichen Korrekturvorschriften (z.B. an den Generalklauseln der §§ 313, 242 BGB), aber auch an den zum Allgemeinen Teil des BGB gehörenden Schutzvorschriften der §§ 134 und 138 BGB zu messen. Die Überprüfung ehevertraglicher Vereinbarungen am Maßstab der zivilrechtlichen Generalklauseln lässt sich daher praktisch in jede familienrechtliche Klausur einbauen, sodass sich insbesondere Examenskandidaten mit diesem Problemkreis auseinander setzen sollten. Denn dieser Personenkreis muss mit Klausuren rechnen, die sich über alle fünf Bücher des BGB erstrecken. Ausgangspunkt jeder Kontrolle ist die Feststellung, dass zwar auch im Bereich der Eheverträge grundsätzlich Vertragsfreiheit (Art. 2 I GG) besteht, diese Vertragsfreiheit wegen Art. 6 GG jedoch stark eingeschränkt ist. Rechtstechnisch vollzieht sich die erforderliche Einschränkung über die genannten Korrekturvorschriften, die allgemein als „Einfallstore“ der Grundrechte bezeichnet werden.⁷ Vereinbarungen, die **gegen das Wesen der Ehe verstoßen**, sind (wegen Art. 6 GG, aber auch wegen Art. 1 I GG) daher sittenwidrig und **nichtig**.

Beispiele⁸: Vereinbarung eines Entgelts oder eines Darlehens für das Eingehen einer Scheinehe; Eheversprechen eines Verheirateten oder eines bereits Verlobten; Vereinbarung über ein dauerndes Recht zum Getrenntleben; Vertragsstrafversprechen zur Sicherung ehedemgemäßen Verhaltens („4 x Sex pro Woche“); Vereinbarung über den Ausschluss einer Scheidung; Vereinbarung, in der der scheidungswillige Partner dem anderen sein Miteigentum an dem gemeinsamen Haus gegen Zahlung etwa der Hälfte des Wertes überträgt und dieser zusagt, im Scheidungsfall falsche Angaben über den Ablauf des obligatorischen Trennungsjahres zu machen.⁹

Dagegen sind nach dem klaren und unmissverständlichen Wortlaut des BGB (vgl. § 1408 Abs. 1 BGB!) **ehevertragliche** Vereinbarungen über den **Zugewinnausgleich** (§ 1414 BGB), den **Unterhalt** (§ 1585c BGB) und den **Versorgungsausgleich** (§ 1408 Abs. 2 S. 1 BGB) zulässig. Diese güterrechtlichen Vereinbarungen können auch schon vor der Eheschließung getroffen werden und auch den Ausschluss der Regelung des § 1365 BGB einbeziehen. Nach der gesetzgeberischen Intention ist auch (freilich unter engen Grenzen) der Ausschluss des **Unterhalts wegen Kindesbetreuung** (§ 1570 BGB) möglich. Sind solche Vereinbarungen aber darauf gerichtet, einen Dritten (etwa das Sozialamt) zu schädigen, sind sie sittenwidrig und damit gem. § 138 Abs. 1 BGB **nichtig**. Sittenwidrig können nach der Rspr. auch Eheverträge sein, die eine Partei **unangemessen benachteiligen**. Nach dem Grundsatzurteil des BGH¹⁰, das auf zwei Entscheidungen des BVerfG¹¹ zurückzuführen ist, steht es den Ehepartnern zwar grundsätzlich frei, ehevertragliche Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt oder ihre Vermögensverhältnisse abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu treffen. Allerdings unterlägen solche Vereinbarungen der **richterlichen Kontrolle**. Die grundsätzliche Vertragsfreiheit, d.h. die Disponibilität der Scheidungsfolgen, dürfe nämlich nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Regelungen beliebig unterlaufen werden.¹² Diese Begründung für das Erfordernis einer

⁷ Sog. Drittwirkung oder mittelbare Geltung der Grundrechte, vgl. *R. Schmidt*, Grundrechte, 7. Aufl. 2005, Rn 111.

⁸ Vgl. BGH NJW 2004, 930 ff.; NJW 2004, 3491 ff. sowie die Nachweise bei *Heinrichs*, in: Palandt, § 138 Rn 46.

⁹ BGH NJW 2003, 1860, 1861.

¹⁰ BGH NJW 2004, 930 ff. (fortgeführt von BGH NJW 2004, 3431 ff., NJW 2005, 142 f. und NJW 2005, 1370 ff.).

¹¹ BVerfG NJW 2001, 957 ff. und 2248 ff.

¹² So zuletzt explizit BGH NJW 2005, 1370, 1371.

richterlichen Kontrolle ist rechtsdogmatisch nicht haltbar. Denn sieht der Gesetzgeber selbst die Disponibilität der betreffenden gesetzlichen Vorschriften vor, kann der Schutzzweck dieser gesetzlichen Vorschriften, die ja gerade nicht gelten sollen, auch nicht durch ehevertragliche Vereinbarung unterlaufen werden. Vielmehr hätte es sich auch für den BGH angeboten, allein auf die mittelbare Grundrechtsgeltung im Zivilrecht abzustellen und die Einschränkung der Vertragsfreiheit gem. Art. 6 I GG, der über die genannten zivilrechtlichen Korrekturvorschriften Beachtung findet und für den übervorteilten Ehepartner streitet, vorzunehmen.

Abgesehen von dieser rechtsdogmatischen Unzulänglichkeit unterscheidet der BGH im Rahmen der Inhaltskontrolle zwischen einer **Wirksamkeitskontrolle** gemäß § 138 BGB und einer **Ausübungskontrolle** gemäß § 242 BGB. Dabei sei bei der Wirksamkeitskontrolle auf den Zeitpunkt des Zustandekommens des Ehevertrags abzustellen, und zwar losgelöst von der späteren Entwicklung der Ehegatten und deren Lebensverhältnisse. Sei demnach der Ehevertrag wirksam, werde er nicht dadurch unwirksam, dass sich die Verhältnisse später verändert hätten. Hätten sich die Lebensverhältnisse später aber so krass verändert, dass ein Festhalten an der ehevertraglichen Vereinbarung für den benachteiligten Ehepartner unzumutbar sei, müsse der Scheidungsrichter überprüfen, ob die Berufung der bevorteilten Partei auf einzelne vertragliche Regelungen nunmehr unzulässig sei und ob daher eine Vertragsanpassung vorgenommen werden müsse. Abzustellen sei dabei auf die aktuellen Lebensverhältnisse der Parteien im Zeitpunkt der Beendigung der Lebensgemeinschaft.

Fazit: Diese Vorgehensweise ist nicht etwa eine Neuentwicklung der Rechtsprechung, sondern bereits von dem Institut der **Störung der Geschäftsgrundlage** her bekannt, wonach wirksame Verträge, deren Geschäftsgrundlage sich im Nachhinein derart verändert hat, dass das Festhalten an dem Vertrag für eine Partei unzumutbar geworden ist, inhaltlich an die nunmehr bestehende Interessenlage der Parteien anzupassen ist. Der BGH übeträgt diese Rechtsfigur lediglich auf Eheverträge, prüft aber zunächst die Wirksamkeit des Ehevertrags.

⇒ Bei der **Wirksamkeitskontrolle** kommen nach Meinung des BGH eine Sittenwidrigkeit und damit eine Nichtigkeit des Vertrags in Betracht, „wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem *Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts* ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen wurden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch besondere Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt“ sei. Die Bestimmung des Kernbereichs des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts stelle sich dabei wie folgt dar¹³:

Gruppe 1 enthalte mit dem Kindesbetreuungsunterhalt (§ 1570 BGB), der ehebedingte Nachteile für den die Kinder betreuenden Ehepartner ausgleichen soll, den absoluten Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts. Das bedeute jedoch jedoch, dass der Ausschluss von Kindesbetreuungsunterhalt stets sittenwidrig und damit nichtig wäre. So könnten Ehegatten, die übereinstimmend ein Doppelverdienermodell ohne Kinder planten, auch auf diesen Kernbereich nahehehlicher Ansprüche verzichten, während ein solcher Verzicht bei anderen Ehemodellen evident einseitig erscheine, wenn nicht die

¹³ Vgl. BGH NJW **2004**, 930 ff.; BGH NJW **2004**, 3431 ff.; BGH NJW **2005**, 142 f.; BGH NJW **2005**, 1370, 1372; OLG Karlsruhe NJW **2004**, 355. Vgl. auch *Roßmann-Gläser/Roßmann*, JuS **2005**, 425; *Bergschneider*, FamRZ **2004**, 1205 u. 1757; *Borth*, FamRZ **2004**, 609, 610; *Hahne*, DNotZ **2004**, 84, 87; *Rauscher*, DNotZ **2004**, 524, 527; *Rakete-Dombek*, NJW **2004**, 1273, 1276; *Löhnig*, JA **2005**, 344, 345.

durch den Verzicht entstehenden Nachteile durch andere Vermögenswerte Vorteile kompensiert würden.

Gruppe 2 enthalte Scheidungsfolgen, die ebenfalls dem Kernbereich angehörten. Dazu zählten Unterhaltsansprüche wegen Alters oder Krankheit (§§ 1571, 1572 BGB) sowie der Anspruch auf Versorgungsausgleich, weil der Versorgungsausgleich als vorweggenommener Altersunterhalt ebenfalls der Absicherung im Alter diene. Der Versorgungsausgleich stehe mit dem Altersunterhalt daher auf gleicher Stufe.¹⁴

Gruppe 3 enthalte schließlich die am Rande des Kernbereichs liegenden anderen Unterhaltstatbestände (etwa den Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit, den sog. Aufstockungsunterhalt und den Billigkeitsunterhalt, vgl. §§ 1573, 1576 BGB) sowie den außerhalb des Kernbereichs liegenden Anspruch auf Zugewinnausgleich. Aber auch Versorgungsausgleichsansprüche (§§ 1408 Abs. 2, 1587 o BGB), soweit sehr hohe Einkommen in Rede stünden, gehörten hierher, weil der Versorgungsausgleich insoweit eher mit dem Zugewinnausgleich verglichen werden könne. Daher er anderer-seits aber als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen sei, sei sein ehe-vertraglicher Ausschluss nicht grenzenlos zulässig. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich müssten daher an denselben Maßstäben geprüft werden, wie der Altersunterhalt.¹⁵

Betrachtet man die aufgezeigte Abstufung, wird deutlich, dass der BGH die Sicherung des laufenden Lebensbedarfs und die Versorgung im Alter für wichtiger hält als die Gewährung von Zugewinnausgleich. Das führt zu folgendem Befund:

Der ehevertragliche Ausschluss von Ansprüchen, die in Gruppe 1 zusammengefasst sind, ist i.d.R. objektiv sittenwidrig, bei Gruppe 2 ist erheblicher Spielraum für eine Einzelfallentscheidung und der Ausschluss der in der Gruppe 3 genannten Ansprüche (mit Ausnahme des Versorgungsausgleichs) ist i.d.R. zulässig.

Schließlich ist zu beachten, dass der evident einseitige Vertragsinhalt, der auf einer erheblichen Ungleichheit in der Selbstbestimmung der beiden Ehegatten beruht, nur dann ausreicht, eine Sittenwidrigkeit anzunehmen, wenn er schon wegen seines **Inhalts** *objektiv sittenwidrig* ist. Dann kommt es auf die Vorstellungen der beteiligten Parteien nicht an.¹⁶ Führt dagegen erst die **Gesamtbeurteilung** des Rechtsgeschäfts zu dessen Sittenwidrigkeit, ist zur objektiven Sittenwidrigkeit auch eine **subjektive** Seite erforderlich. Der übervorteilte Ehegatte muss in diesem Fall die zur Sittenwidrigkeit führenden objektiven Umstände erkannt und zur Bestimmung des Vertragsinhalts ausgenutzt haben, sodass sich die Selbstbestimmung des benachteiligten Partei in Fremdbestimmung verkehrt hat. Es ist zu ermitteln, welche Zwecke und Motive den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach ehevertraglicher Gestaltung und den benachteiligten Ehegatten zu seinem Einverständnis veranlasst haben. Ein evident einseitiger Vertragsinhalt kann jedoch bei einem Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts die widerlegliche Vermutung einer Störung der Vertragsfreiheit des benachteiligten Ehegatten auslösen¹⁷, sodass für die sonstigen Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB eine Beweislastumkehr stattfindet. In anderen Fällen muss die benachteiligte Partei objektive und subjektive Umstände vollständig darlegen und beweisen.

¹⁴ Problematisch kann etwa ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs dann sein, wenn sich ein Ehegatte absprachegemäß allein der Kindererziehung widmet und deshalb keine eigene Alters-versorgung aufbauen kann. Andererseits können Krankheits- oder Altersunterhalt etwa dann ausgeschlossen werden, wenn bereits bei Eheschließung die Voraussetzungen der §§ 1571, 1572 BGB vorliegen, weil ein Ehegatte bereits an einer Krankheit leidet oder ein hohes Lebensalter aufweist.

¹⁵ So ausdrücklich BGH NJW **2005**, 1370, 1372.

¹⁶ Vgl. insbesondere BGHZ **94**, 268, 272 f. Diese Rspr. übersieht *Löhnig*, JA **2005**, 344, 345, der undifferenziert von dem Erfordernis eines subjektiven Elements ausgeht.

¹⁷ *Dauner-Lieb*, FF **2004**, 65, 69; *Löhnig*, JA **2005**, 344, 345.

Beispiel¹⁸: M erklärt seiner hochschwangeren Freundin F, sie nur dann zu heiraten, wenn sie einen Ehevertrag, der von M aufgesetzt würde, unterzeichne. Der Ehevertrag hat einen evident einseitigen Inhalt dergestalt, dass F im Falle der Scheidung praktisch leer ausgehen würde und allein für den Unterhalt des Kindes aufkommen müsste. Nachdem es nach wenigen Jahren zur Scheidung kommt, macht F Unterhaltsansprüche geltend und beruft sich auf die Unwirksamkeit der ehevertraglichen Vereinbarung.

Die in Frage stehende Regelung könnte sittenwidrig und daher gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Zwar wird man nicht davon ausgehen können, dass die Selbstbestimmung jeder (hoch)schwangeren Frau beeinträchtigt ist. Der vorliegende Fall hat jedoch die Besonderheit, dass der Ehemann nur bei Abschluss eines derartigen Ehevertrags zur Eheschließung bereit war und die Frau sich in einer gewissen Drucksituation befand. Damit können eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung und die übrigen Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit angenommen werden.

Das Gleiche gilt, wenn z.B. die schwangere Frau bereits im Haus der Schwiegereltern wohnt und in deren Geschäft mitarbeitet und dadurch erheblichem Druck ausgesetzt ist.¹⁹ Eine Drucksituation liegt auch dann vor, wenn ein Ehegatte den anderen am Hochzeitstag mit einem Ehevertrag „überrascht“ und droht, die Hochzeit platzen zu lassen, wenn der Vertrag nicht unterschrieben werde.²⁰ Auch erhebliches Bildungs- oder Altersgefälle kann auf eine Ungleichheit in der Selbstbestimmung der Ehegatten hinweisen, nicht hingegen allein ein wirtschaftliches Ungleichgewicht.²¹

Rechtsfolge: Ist eine Vertragsklausel (etwa der Verzicht auf den Kindesbetreuungsunterhalt) sittenwidrig, führt dies zu ihrer Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB. Das führt zu der Frage nach dem Schicksal der anderen Vertragsbestimmungen. Soweit eine sog. salvatorische Klausel²² nicht in das Vertragswerk aufgenommen wurde, gilt § 139 BGB. Danach ist der gesamte Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde. Es ist also eine Frage der Vertragsauslegung, ob die vertragsschließenden Parteien die Gültigkeit des Vertrags auch ohne die unwirksame Klausel wollten.²³

- ⇒ Bei der **Ausübungskontrolle**, bei der es nicht mehr um die Wirksamkeit des Ehevertrags, sondern um eine inhaltliche Korrektur desselben geht, will der BGH von den Scheidungsrichtern überprüft wissen, inwieweit der Übervorteilte die ihm durch die Vereinbarung eingeräumte Rechtsmacht entgegen § 242 BGB missbrauche, wenn er sich auf die im Ehevertrag vorgesehene Regelung berufe. Dafür seien anders als bei der Wirksamkeitskontrolle die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft maßgebend. Ergebe sich aus diesem Blickwinkel eine einseitige Lastenverteilung, die für die benachteiligte Vertragspartei unter angemessener Berücksichtigung der Belange der anderen Partei und deren Vertrauen in die Geltung der getroffenen Vereinbarung sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar sei, sei vom Scheidungsrichter diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien Rechnung trage. Dabei werde man sich umso stärker an der gesetzlichen Regelung orientieren müssen, „je zentraler die Rechtsfolge im Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts angesiedelt“ sei.²⁴

¹⁸ In Anlehnung an BVerfG NJW **2001**, 957 ff.

¹⁹ OLG Celle FamRZ **2004**, 1489.

²⁰ OLG Koblenz FF **2003**, 138.

²¹ *Rakete-Dombek*, NJW **2004**, 1273, 1276; *Löhnig*, JA **2005**, 344, 345.

²² I.d.R. enthalten Verträge Bestimmungen der folgenden Art: „Sofern sich eine Klausel als unwirksam herausstellen sollte, bleibt die Gültigkeit der anderen Bestimmungen hiervon unberührt“.

²³ Vgl. auch OLG Celle FamRZ **2004**, 1489.

²⁴ Vgl. nun auch BGH NJW **2005**, 142 f.; *Roßmann-Gläser/Roßmann*, JuS **2005**, 425, 426. Vgl. auch *Haußleiter/Schiebel*, NJW Spezial **2004**, 248, 249; *Rakete-Dombek*, NJW **2004**, 1273, 1275; *Bredthauer*, NJW **2004**, 3072 ff.; *Brudermüller*, NJW **2004**, 3233, 3235.

Bewertung: Die vom BGH angeordnete Ausübungskontrolle ist mehreren Einwänden ausgesetzt: Zunächst erstaunt bereits die Anwendung des § 242 BGB, werden doch vor allem Fälle erfasst, die eine Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB betreffen. Jedoch lässt sich für die Anwendung des § 242 BGB ins Felde führen, dass (jedenfalls nach Auffassung des BGH) § 313 BGB nicht weiterhilft, wenn die Parteien eine Abweichung als möglich erkannt und dennoch eine bestimmte Regelung getroffen haben. Deswegen arbeitet das Gericht mit dem Rechtsinstitut der missbräuchlichen und deshalb unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB. Inhaltlich hat das Gericht den Grundsatz der Vertragsfreiheit, der immerhin vom Gesetz vorgesehen ist, praktisch ausgehebelt. Das führt zu der Konsequenz, dass ein Ehevertrag praktisch nur Bestand hat, wenn die Abweichung vom Scheidungsfolgenrecht, welches das Gesetz für den Fall des Nichtvorliegens eines Ehevertrags vorsieht, nur marginal abweicht. Für diesen Fall aber macht ein Ehevertrag in der Regel keinen Sinn. Man stelle sich nur den Fall vor, dass der eine Ehepartner eine Firma aufbaut und 50 Angestellte beschäftigt. Würde hier das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht greifen, wären praktisch alle Arbeitsplätze mit einem Schlag vernichtet, wenn der andere Ehepartner von seinem Zugewinnausgleichsanspruch Gebrauch machte. Die Familiengerichte entscheiden in solchen Fällen völlig indifferent und versuchen einen großen volkswirtschaftlichen Schaden. Hinzu kommt, dass die vom BGH angeordnete Inhaltskontrolle dazu führt, dass der Scheidungsrichter die Höhe des Unterhaltsanspruchs nach seinem Ermessen festsetzt. Ob damit das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtssicherheit eingehalten wird, darf ebenfalls bezweifelt werden. Vielmehr ist zu befürchten, dass in den Unterhaltsprozessen diejenige Rechtsfolge festgesetzt wird, die der Richter nach seinem (subjektiven) Empfinden für angemessen hält. Eine derartige Freiheit des Richters kann vor dem Rechtsstaatsprinzip keinen Bestand haben. Insbesondere steht die Rspr. des BGH nicht im Einklang mit der gesetzlichen Formulierung der §§ 1408 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 1414, 1585c BGB, die – als Ausdruck der verfassungsrechtlich garantierten Vertragsautonomie – Eheverträge gerade zulassen. Auch der BGH ist an Recht und Gesetz gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG). Möchte er eine Korrektur von Eheverträgen vornehmen, hätte er eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 1408 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 1414, 1585c BGB am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 GG vornehmen und ggf. eine konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG einleiten müssen, sofern er zu der Überzeugung gelangt wäre, dass diese Bestimmungen mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar seien. Doch stattdessen setzt er neues Recht, indem er – unter Missachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben – den Instanzgerichten die Befugnis verleiht, eine im Einzelfall angemessene Rechtsfolge zu setzen. So etwas mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar.

Insgesamt ist der Gesetzgeber berufen, eine Gesetzeslage zu schaffen, die allen Beteiligten gerecht wird. Es ist aber zu befürchten, dass eine sachangemessene Regelung ausbleiben wird. Denn in Zeiten leerer Haushaltskassen entlastet es den Staat, wenn sich der geschiedene bedürftige Ehepartner an den anderen hält, statt die Arbeitslosenversicherung oder die Sozialkassen zu beanspruchen.

Anwendungsfall²⁵: M und F hatten 1988 geheiratet; im August 2003 trennten sie sich, und im Oktober 2004 wurden sie geschieden (§§ 1564, 1565 Abs. 2 BGB). Vor der Eheschließung hatten sie einen notariellen Ehevertrag geschlossen. Bei gleichzeitiger Vereinbarung der Gütertrennung begrenzten sie den Geschiedenenunterhalt eines „etwaigen Berechtigten“ auf

²⁵ In Anlehnung an OLG Karlsruhe NJW **2004**, 355. Vgl. auch BGH NJW **2005**, 142; *Roßmann-Gläser/Roßmann*, JuS **2005**, 425.

das Gehalt eines Beamten der Besoldungsgruppe A 3 in der 10. Dienstaltersstufe, wobei ein etwaiger Zuverdienst bis zur Höhe dieses Unterhalts außer Betracht bleiben sollte.

Bei Abschluss des Vertrags gingen beide Seiten davon aus, dass es F, die bei Vertragsschluss mit der 1989 geborenen Tochter schwanger war, gelingen würde, neben der Kinderbetreuung wieder zu arbeiten und zusätzlich geringe Einkünfte aus schriftstellerischer Tätigkeit zu erzielen.

Für beide Parteien überraschend entwickelte sich das Einkommen des M während der Ehe außerordentlich gut. Bei der Trennung der Parteien verfügte er über ein monatliches Nettoeinkommen von 11.000,- €. E dagegen verfügt über keinerlei Einkünfte. Von einer realen Chance auf Eingliederung ins Erwerbsleben ist nicht auszugehen.

E ist der Auffassung, die Höhe des Unterhalts sei nach konkretem Bedarf zu bemessen.

Lösungsgesichtspunkte: Der geltend gemachte Unterhaltsanspruch könnte sich aus den gesetzlichen Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt ergeben. Allerdings haben die Parteien einen Ehevertrag geschlossen (vgl. §§ 1569 ff. BGB), der dem geltend gemachten Anspruch (teilweise) entgegenstehen könnte. Freilich setzt dies voraus, dass der Vertrag **wirksam** ist. Gem. § 1408 Abs. 1 BGB ist es – als Ausdruck der verfassungsrechtlich gewährten Vertragsautonomie – den Ehegatten freigestellt, ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag zu regeln. M und F haben einen solchen Vertrag geschlossen, wonach der Geschiedenenunterhalt eines „etwaigen Berechtigten“ auf das Gehalt eines Beamten der Besoldungsgruppe A 3 in der 10. Dienstaltersstufe begrenzt ist, wobei ein etwaiger Zuverdienst bis zur Höhe dieses Unterhalts außer Betracht bleiben sollte.

Der Ehevertrag entfaltet jedoch nur dann Rechtswirkungen, soweit er gültig ist. Von einem wirksamen Zustandekommen (auch i.S.v. § 1410 BGB) ist auszugehen. Möglicherweise ist er aber in materieller Hinsicht ganz oder teilweise **unwirksam** mit der Folge, dass insoweit die gesetzlichen Regelungen gelten. In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB.

Nach dem Grundsatzurteil des BGH (s.o.) kann ein Ehevertrag zwar ganz oder teilweise **wirksam** sein, obwohl die Parteien mit dem Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen haben, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert werde oder durch besondere Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt sei. Allerdings kann in einem solchen Fall eine **Berufung auf den Ehevertrag** ganz oder teilweise **unzulässig** sein.²⁶ Dabei sei der Ausschluss des Zugewinnausgleichs grundsätzlich nicht zu beanstanden, wohingegen der Ausschluss des Unterhalts und des Versorgungsausgleichs grundsätzlich mit der gesetzlichen Wertung nicht zu vereinbaren seien.

Vorliegend wurde der Unterhaltsanspruch lediglich begrenzt. Beide Seiten hielten den Unterhalt bei Abschluss des Vertrags für angemessen im Verhältnis zu den damaligen Gegebenheiten. Selbst die durch die Schwangerschaft bei Vertragsschluss möglicherweise bestehende Zwangslage führt nicht zur Nichtigkeit, da F über die Regelung zum Zuverdienst in Anbetracht des damaligen Einkommens des Ehemanns sogar besser gestellt wurde als ohne Vertrag.

Nach dem Urteil des OLG Karlsruhe ist daher auch der zwischen M und F geschlossene Ehevertrag **zwar wirksam**, jedoch dürfe sich M unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht vollumfänglich auf die vereinbarte Unterhaltsbegrenzung **berufen**.²⁷

²⁶ Trotz Wirksamkeit des Vertrags kann eine Partei also an der Ausübung der vertraglichen Rechte gehindert sein.

²⁷ OLG Karlsruhe NJW **2004**, 355. Das Gericht erklärte die betreffenden Bestimmungen des Ehevertrags also nicht für nichtig, sondern korrigierte vielmehr den Ehevertrag im Rahmen der vom BGH (NJW **2004**, 930 ff.) vorgesehenen Ausübungskontrolle.

Anders als bei der Wirksamkeitskontrolle komme es bei der Ausübungskontrolle auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft an. Ergebe sich aus diesem Blickwinkel eine einseitige Lastenverteilung, die für den belasteten Ehegatten unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und dessen Vertrauen in die Geltung der vertraglichen Vereinbarungen sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist, sei diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien Rechnung trägt. Dabei werde man sich umso stärker an der gesetzlichen Regelung orientieren müssen, „je zentraler die Rechtsfolge im Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts angesiedelt ist.“²⁸

So lägen die Dinge im zu entscheidenden Fall. Einerseits habe sich das Einkommen des M erheblich besser entwickelt als vorhergesehen und damit einen höheren Bedarf geschaffen als geplant. Andererseits hätten sich die Pläne der F, selbst zu arbeiten und aus schriftstellerischer Tätigkeit einen weiteren Zuverdienst zu erzielen, nicht bewahrheitet. Durch die Vereinbarung der Gütertrennung habe auch kein anderweitiger, die Situation mildernder Ausgleich statt gefunden.

Es sei nicht billig und der F nicht zuzumuten, dass sie allein die Konsequenzen aus der gemeinsamen Entscheidung der Führung einer Hausfrauenehe zu tragen habe. Die ehebedingten Erwerbsnachteile seien daher im Rahmen der Ausübungskontrolle auszugleichen. Um den Erwerbsnachteil zu ermessen, könne auf die Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss zurückgegriffen werden. Danach sei den Parteien ein Zuverdienst der Ehefrau in Höhe des Unterhalts für wahrscheinlich erschienen. Die Eheleute seien mithin davon ausgegangen, dass in Höhe des zweifachen Betrags des Unterhalts der Bedarf gedeckt werden würde. Der Ehevertrag sei daher richterlich dahingehend abzuändern, dass F einen Unterhaltsanspruch in Höhe des zweifachen Grundgehalts der Beamtenbesoldungsgruppe A 3 beanspruchen könne.²⁹

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Prüfung von Eheverträgen hat demnach regelmäßig in folgenden Schritten zu erfolgen:

⇒ Zunächst ist im Prüfungsschritt „Anspruch entstanden – Nichtvorliegen von rechtshindernden Einwendungen“ eine **Wirksamkeitskontrolle** gem. § 138 Abs. 1 BGB vorzunehmen. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung danach zu fragen, ob *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* die individuellen Verhältnisse der Ehegatten, insbesondere die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und der geplante oder bereits verwirklichte Lebenszuschnitt die Annahme einer Sittenwidrigkeit zulassen. Die Sittenwidrigkeit dabei i.d.R. nur dann anzunehmen sein, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls teilweise zu erheblichen Teilen abbedungen wurden, ohne dass dieser Nachteil durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt wird. In den „Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts“ fällt jedenfalls der nacheheliche Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Ob auch der Ausschluss des Krankheitsunterhalts (§ 1572 BGB), des Altersunterhalts (§ 1571 BGB) und des Versorgungsausgleichs zur Sittenwidrigkeit und damit zur Nichtigkeit des Ehevertrags führt, ist nach Auffassung des BGH im Einzelfall zu entscheiden. Dagegen ist der Ausschluss des Zugewinnausgleichs selbst nach dem BGH unter erleichterten Voraussetzungen abdingbar. Letztlich wird unter dem Gesichtspunkt „rechtsvernichtende Einwendung“ die Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit des Vertrags nur bei evidenter und schwerwiegender einseitiger Lastenverteilung anzunehmen sein.

²⁸ Vgl. nun auch BGH NJW **2005**, 142 f.; *Robmann-Gläser/Robmann*, JuS **2005**, 425, 426.

²⁹ OLG Karlsruhe NJW **2004**, 355.

- ⇒ Ergibt diese Prüfung jedoch, dass der Ehevertrag ausnahmsweise „ganz oder teilweise“ (vgl. § 139 BGB) unwirksam ist, treten an die Stelle der unwirksamen Klauseln die gesetzlichen Regelungen. Bei Teilnichtigkeit des Vertrags gilt § 139 BGB.
- ⇒ Ist der Ehevertrag jedoch wirksam (was bis auf die genannten Evidenzfälle die Regel ist), ist nunmehr auf der Stufe „Anspruch untergegangen – Vorliegen einer rechtsvernichtenden Einwendung“ im Wege einer Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB zu prüfen, ob und wie weit die Berufung auf den Ehevertrag angesichts der Verhältnisse *im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft* nunmehr rechtsmissbräuchlich erscheint und deshalb das Vertrauen des Begünstigten in den Fortbestand des Vertrags nicht mehr schutzwürdig ist. Das ist beim vollständigen oder weitgehenden Ausschluss des **nachehelichen Unterhalts** oder des **Versorgungsausgleichs** regelmäßig der Fall. Sollte (wegen einer der genannten Punkte) eine Anpassung erforderlich sein, gilt nicht etwa das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht, sondern der Scheidungsrichter (d.h. der Klausurbearbeiter) hat die Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in ausgewogener Weise Rechnung trägt (im Klartext: er kann die Rechtsfolge anordnen, die er nach seinem (subjektiven) Empfinden für angemessen hält). Dagegen ist der Ausschluss des **Zugewinnausgleichs** i.d.R. nicht zu beanstanden. Lediglich bei grob unbilligen Ergebnissen räumt sich die Rspr. auch hier ein Recht zur Korrektur ein. Für Rechtsunsicherheit ist also auch hier gesorgt.