

Sonderdruck aus:

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Wolfgang Grunsky · Manfred Lieb
Dieter Medicus

Wolfgang Zöllner
Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht

Martin Henssler
Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit

Ingeborg Schwenzer
Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und
Scheidungsfolgenrecht

Jochen Taupitz
Ökonomische Analyse und Haftungsrecht –
Eine Zwischenbilanz

Johannes Hager
Der Schutz der Ehre im Zivilrecht

Tagung der Deutschen Zivilrechtslehrervereinigung
vom 24.–26. September 1995 in Heidelberg

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Wolfgang Grunsky, Manfred Lieb und Dieter Medicus

Band 196 (1996), Heft 1–2

Abhandlungen

<i>Wolfgang Zöllner</i> : Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht	1
<i>Martin Hensler</i> : Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit	37
<i>Ingeborg Schwenzer</i> : Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht	88
<i>Jochen Taupitz</i> : Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz	110
<i>Johannes Hager</i> : Der Schutz der Ehre im Zivilrecht	168

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an die Herausgeber erbeten, und zwar ist zuständig für:

- Abhandlungen zu Themen der ersten drei Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuches, zur Methodenlehre sowie zur Rechtsgeschichte:
Prof. Dr. *Dieter Medicus*, Leopold-Wenger-Institut, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München
- Abhandlungen zum Familien- und Erbrecht sowie zum Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht:
Prof. Dr. *Manfred Lieb*, Albertus-Magnus-Platz, 50931 Köln
- Buchbesprechungen:
Prof. Dr. *Wolfgang Grunsky*, Universitätsstraße 25, 33615 Bielefeld

Rezensionsexemplare werden an den Verlag erbeten.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, daß das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist.

Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im On-Line-Verfahren zu verbreiten.

Unverlangten Manuskripten ist Rückporto beizufügen; es wird für sie keine Haftung übernommen.

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 6 Heften mit je etwa 96–104 Seiten. Einzelheftpreis: DM 52.–, Bandpreis: DM 244.– jeweils zuzüglich Versandkosten. Verlag: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Postfach 20 40, 72010 Tübingen. Vertrieb: erfolgt über den Buchhandel. Eine Einbanddecke ist zum Preis von DM 19.50 lieferbar.

© 1996 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen. – Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gesetzt von Computersatz Staiger in Pfäffingen, gedruckt von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern, Fadenheftung von Heinr. Koch in Tübingen. ISSN 0003-8997

Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht*

von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Basel

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	89
II. Praktische Bedeutung der Vertragsfreiheit	90
1. Grundsatz	90
2. Rechtstatsachen	91
III. Einzelne Regelungen und deren Schranken <i>de lege lata</i>	93
1. Güterrecht	93
a) Grundsatz	93
b) Unbenannte Zuwendungen – Ehegatteninnengesellschaft	94
2. Unterhaltsrecht	95
a) Grundsatz	95
b) Unterhaltsverzicht zu Lasten der Sozialhilfe	96
c) Unterhaltsverzicht zu Lasten gemeinsamer Kinder	97
d) Weitere Fallgruppen	97
3. Versorgungsungleich	98
4. Fazit	100
IV. Legitimation der Vertragsfreiheit	101
1. Stand der Diskussion	101
2. Situation im Eherecht	104
a) Sozio-ökonomische Situation	104
b) Psychologische Situation	106
3. Gleichstellung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen	108
4. Fazit	108
V. Konsequenzen	109
1. Verstärkte Abschußkontrolle	109
2. Ausschluß der Vertragsfreiheit	110
3. Inhaltskontrolle	111
VI. Schlußbetrachtung	113

* Im wesentlichen unveränderte Fassung des Vortrags, den die Verfasserin am 26. 9. 1995 vor der Zivilrechtslehrervereinigung in Heidelberg gehalten hat. Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur sind hinzugefügt.

I. Einleitung

Lassen Sie mich meinen Vortrag mit einem Zitat von Jhering¹ beginnen:

„Es gibt in meinen Augen keinen verhängnisvolleren Irrtum, als daß der Vertrag als solcher, sofern sein Inhalt nur nicht gesetzwidrig oder unmoralisch sei, einen gerechtfertigten Anspruch auf den Schutz des Gesetzes habe ... Das Interesse der Gesellschaft ... geht auf das, was nicht bloß dem Einzelnen, sondern was allen paßt, bei dem alle bestehen können, und das ist ... nichts anderes als die Gerechtigkeit. Sie steht über der Freiheit.“

Im Schuldrecht sind diese Gedanken bekanntlich in diesem Jahrhundert auf fruchtbaren Boden gefallen. Es dürfte dort heute kaum mehr jemand die wesentlichen Grenzen der Vertragsfreiheit in Frage stellen². Allenfalls in mehr oder minder breiten Randbereichen differieren die Auffassungen.

Demgegenüber scheint der Glaube an und das Vertrauen in die Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht bis heute nahezu ungebrochen. Im führenden Handbuch zu Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen³ ist etwa zu lesen: „Die Ehevertragsfreiheit ... hat wiederholte Angriffe, etwa bei den Beratungen zum BGB oder zum Gleichberechtigungsgesetz, unbeschadet überstanden. Auch neueren Angriffen aus den Reihen der Sozialrechtler ... wird sie nicht unterliegen.“

¹ Recht und Sitte, o.J., S. 131.

² Für deren rechtstheoretische Begründung vgl. grundlegend bereits v. Giercke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 23 ff.; Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890, S. 143 ff.; Ludwig Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, S. 277 ff., 282; Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der Gesellschaft, 1953, S. 8 ff.; Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 8 ff.; Merz, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, 1970, S. 14 ff.; Kramer, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 48 ff.; Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 135 ff.; Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130, 149 ff.; Ludwig Raiser, Vertragsfreiheit heute, in: Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, S. 38, 42 f. = JZ 1958, 1 ff.; ders., Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (aaO.), S. 62, 83 ff. = Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1960, S. 101 ff.; ebd. Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 135, 142 ff.; Biedenkopf, Festschrift Franz Böhm, 1965, S. 113 ff.; Zweigert, Festschrift Max Rheinstein, Bd. 2, 1969, S. 493, 502 ff.; Schmidt-Rimpler, Festschrift Ludwig Raiser, 1974, S. 3, 8 ff.; Limbach, JuS 1985, 10 ff.; MünchKomm/Kramer, 3. Aufl. 1993, Vor § 145 BGB Rn. 2 ff.; Reuter, Freiheitsethik und Privatrecht, in: Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, S. 105, 108 ff.; vgl. auch die kurze geschichtliche Zusammenfassung bei Hörm, JuS 1990, 953, 955. Zur Vertragsinhaltskontrolle vgl. Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1990, S. 69 ff.; zur Schuldrechtsreform Jürgen Schmidt, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, 1985, S. 16 ff.; Picker, JZ 1988, 339 ff.

³ Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 2. Aufl. 1989, S. 2 Rn. 5; vgl. auch ders., FamRZ 1987, 9 ff.

II. Praktische Bedeutung der Vertragsfreiheit

1. Grundsatz

Will man sich ein Bild von der Bedeutung des Themas machen, lohnt es sich, zunächst die Bereiche abzustecken, wo den Ehegatten vom Gesetzgeber im Vermögensrecht Optionen eröffnet werden.

Der erste Bereich betrifft das Güterrecht. Die Ehegatten können statt der Zugewinnsgemeinschaft einen der beiden Wahlgüterstände, d.h. Gütertrennung oder Gütergemeinschaft, bestimmen (§ 1408 Abs. 1 BGB); sie können jedoch auch im gesetzlichen Güterstand den Ausgleich des Zugewinns abschließen bzw. Einzelheiten des Ausgleichs abweichend von der gesetzlichen Regelung gestalten⁴. Das Unterhaltsrecht nach Scheidung unterliegt ebenfalls grundsätzlich der Disposition der Ehegatten (§ 1585c BGB). Schließlich kann auch der Versorgungsausgleich von den Ehegatten ausgeschlossen bzw. beschränkt werden (§§ 1408 Abs. 2 Satz 1, 1587o Abs. 1 BGB)⁵. Des weiteren

⁴ Bei Auschluss des Zugewinnausgleichs tritt von Gesetzes wegen Gütertrennung ein, § 1414 Satz 2 BGB.

⁵ Vgl. Einzelheiten bei *Staudinger/Eichenhofer*, 13. Bearb. 1994, § 1408 BGB Rn. 45 ff.; *Soergel/Vorwerk*, 12. Aufl. 1989, § 1587o BGB Rn. 2 ff.; *MünchKomm/Kanzleiter*, 3. Aufl. 1993, § 1408 Rn. 20 ff., § 1587o Rn. 9 ff.; *Palandt/Diederichsen*, 54. Aufl. 1995, § 1408 BGB Rn. 7 ff.; *FamK-Rolland*, 2. Lfg. 1994, § 1408 BGB Rn. 1 ff., § 1587o BGB Rn. 1 ff.; *Johannsen/Henrich/Habne*, Eherecht, 2. Aufl. 1992, § 1587o BGB Rn. 11 ff.; *Schwab*, Familienrecht, 8. Aufl. 1995, Rn. 366 f.; *Habne*, in: *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 3. Aufl. 1995, Teil VI Rn. 289 ff.; *Grziwotz*, in: *Brambring/Jerschke* (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, S. 476 Rn. 112 ff.; ebd. *Riemann*, S. 494 Rn. 48; *Göppinger/Wenz/Märkle*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 6. Aufl. 1988, S. 212 Rn. 351 ff.; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 155 Rn. 536 ff.; *Zimmermann*, Eheverträge, Scheidungs- und Unterhaltsvereinbarungen, 1991, S. 39 ff.; *Naegele*, Der Versorgungsausgleich, 3. Aufl. 1990, S. 1 ff.; *Buschendorf*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, 1987, S. 29 ff., 141 ff., 154 ff.; *Schmidbauer*, Der Versorgungsausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl. 1986, S. 257 ff.; *Langenfeld*, in: *Langenfeld* (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4. 2. Halbbd., 2. Aufl. 1986, S. 1075 f.; *Kanzleiter*, Vereinbarungen unter Ehegatten, 3. Aufl. 1984, S. 73 ff.; *Schreiber*, Gestaltungsfreiheit in Eheverträgen in Ehevertragsdogmatischer und rechtstatsächlicher Sicht, Diss. Konstanz 1983, S. 1 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 21 ff.; *Kanzleiter*, Festschrift Kurt Rebmann, 1989, S. 561 ff.; *Schwab*, 75 Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift (Sonderheft DNotZ), 1977, S. 51, 59; *Eichenhofer*, DNotZ 1994, 213 ff.; *Langenfeld*, MittRhNotK 1988, 111 ff.; *ders.*, DNotZ 1983, 139 ff.; *Zimmermann/Becker*, FamRZ 1983, 1 ff.; *Gaul*, FamRZ 1981, 1134 ff.; *von Maydell*, FamRZ 1981, 623 ff.; *ders.*, FamRZ 1978, 749 ff.; *Langenfeld*, NJW 1978, 1503, 1505 ff.; *Reinartz*, DNotZ 1978, 267, 273 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung von Ehevereinbarungen vgl. *Lehmann*, Ehevereinbarungen im 19. und 20. Jahrhundert, 1989. Zur Beschränkung vgl. insb. BGH vom 4. 10. 1989, FamRZ 1990, 273; BGH vom 28. 5. 1986, FamRZ 1986, 890; OLG München vom 2.5.1994, FamRZ 1995, 95; OLG Hamm vom 19. 9. 1989, FamRZ 1990, 416.

kommt vor allem auch eine Regelung der Auseinandersetzung von Ehemohnung und Hausrat in Betracht⁶.

Sämtliche Bereiche können von den Ehegatten bereits durch Ehevertrag, d.h. vor der Eheschließung oder während der Ehe vorsorgend, oder im Wege einer Scheidungsvereinbarung einer privatautonomen Gestaltung zugeführt werden.

2. Rechtstatsachen

Eheverträge finden sich in der Praxis nach wie vor relativ selten. Die Zahlen variieren erheblich zwischen den einzelnen Bundesländern; sie liegen jedoch regelmäßig unter 10 %⁷ bezogen auf die Gesamtzahl aller Ehen. Dabei wird in über 90 % aller Eheverträge Gütertrennung vereinbart⁸. Der Wahlgüterstand der Gütergemeinschaft spielt in der Praxis als nicht mehr zeitgemäßer Güterstand keine Rolle⁹. In nahezu jedem zweiten Ehevertrag findet sich ein Verzicht auf den Versorgungsausgleich¹⁰, in ca. jedem vierten bis fünften Ehevertrag eine Regelung bezüglich nachehelichen Unterhalts, wobei wiederum in neun von zehn Fällen ein vollständiger, gegenseitiger Unterhaltsverzicht vereinbart wird¹¹. Differenzierte Regelungen, wie sie vom Gesetz her möglich wären und von der Literatur teilweise vorgeschlagen werden¹², sind in Eheverträgen in allen Bereichen offenbar so gut wie nie anzutreffen.

⁶ Vgl. hierzu nur *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, S. 398 ff.; *Schwab*, Familienrecht, 8. Aufl. 1995, Rn. 368 ff.; *Maurer*, in: *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts (o. Fn. 5), Teil VIII Rn. 1 ff.; *Riemann* (o. Fn. 5), S. 505 Rn. 106 f.; *Göppinger/Wenz/Märkle* (o. Fn. 5), S. 453 Rn. 640 ff. Nicht eingegangen wird hier auf Vereinbarungen, die den persönlichen Lebensbereich, wie z.B. eheliche Rollenverteilung, Ehenamen, Einführung des Verschuldensprinzips für die Ehescheidung oder die kindbezogenen Scheidungsfolgen wie Unterhalt, elterliche Sorge und Umgangsrecht betreffen. Zur Vertragsfreiheit der Ehegatten, die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse für die Zeit des Zusammenlebens zu regeln, vgl. *Grziwotz* (o. Fn. 5), S. 458 Rn. 12 ff.; *Hepting*, Ehevereinbarungen, 1984, S. 89 ff.

⁷ Vgl. die rechtstatsächlichen Untersuchungen bei *Stach*, Eheverträge – Gesetz und Rechtstatsachen –, Diss. Berlin 1988, S. 13 ff.; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 167 ff.

⁸ Vgl. *Stach* (o. Fn. 7), S. 63; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 207; ferner *Michaelis*, Die Güterstände in der Praxis, Diss. Hamburg 1968, S. 63: 83%.

⁹ Vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, S. 588; *Gernhuber*, Eherecht und Ehetyphen, 1981, S. 21 f.; *Stach* (o. Fn. 7), S. 65; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 173, 202.

¹⁰ Vgl. *Stach* (o. Fn. 7), S. 88; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 176, 204.

¹¹ Vgl. *Stach* (o. Fn. 7), S. 106 ff.; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 178, 205.

¹² Vgl. *Grziwotz* (o. Fn. 5), S. 456 Rn. 3 f.; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 7 Rn. 18 ff.; *Zimmermann* (o. Fn. 5), Eheverträge, S. 119 ff.; *Langenfeld*, in: *Langenfeld* (Hrsg.), Münchener Vertragshandbuch (o. Fn. 5), S. 1071 ff.; *Naegele*, Eheverträge,

Machen Eheleute vor oder während der Ehe in eher bescheidenem Maße von ihrer Gestaltungsfreiheit Gebrauch, so ändert sich die Situation mit der Scheidung. Nach einer Untersuchung aus den achtziger Jahren¹³ liegen in rund drei Viertel aller Scheidungsverfahren Vereinbarungen über den Ehegattenunterhalt vor, rund zwei Drittel der Scheidungswilligen einigen sich über die Vermögensverteilung und ca. zwei Fünftel über den Versorgungsausgleich. Auch hier überwiegen – wie schon bei den Eheverträgen – die Verzichte bei weitem die positiven Regelungen eines Ausgleichs. So wird nur in 20 % der Scheidungsvereinbarungen, die den Zugewinnausgleich regeln, eine Ausgleichszahlung und/oder die Verteilung von Vermögensgegenständen bestimmt¹⁴; in nur etwa 15 % der Unterhaltsvereinbarungen werden Unterhaltszahlungen an Frauen, die keine eigenen Einkünfte haben, oder ein Unterhaltszuschuß festgelegt¹⁵; Regelungen der Ehegatten zum Versorgungsausgleich enthalten nur zu 10 % Ausgleichsleistungen, zu 90 % bestehen sie gleichfalls aus entschädigungslosen Verzichten¹⁶.

Insgesamt zeigt sich damit, daß die Dispositionsfreiheit, die der Gesetzgeber den Ehegatten zur Verfügung stellt, sowohl im Rahmen von Eheverträgen als auch von Scheidungsfolgenvereinbarungen von den Parteien überwiegend dahingehend genutzt wird, die gesetzlich vorgesehenen Ausgleichsmechanismen abzubedingen. Faktisch betroffen davon sind praktisch ausschließlich Frauen, denn ihnen würden diese Ausgleichsmechanismen zugute kommen. So stellen beispielsweise Unterhaltsansprüche von Männern nach Scheidung singuläre Ausnahmen dar; ihr Anteil liegt bei ca. 0,06 %¹⁷.

Nach diesem Überblick über die praktische Bedeutung der Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht möchte ich nunmehr auf die rechtlichen Schranken, die der Vertragsfreiheit nach dem derzeitigen Stand von Rechtsprechung und Literatur gesetzt sind, eingehen. Ich werde mich dabei auf die drei wichtigsten Bereiche, das Güterrecht, das Unterhaltsrecht und den Versorgungsausgleich, beschränken.

2. Aufl. 1985, S. 8 ff.; *Gernhuber*, Eherecht und Ehetypen (o. Fn. 9), S. 7 ff.; *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 ff.

¹³ Vgl. *Müller/Alten*, Ehescheidung und Scheidungsverträge, 1984, S. 69.

¹⁴ Vgl. *Müller/Alten* (o. Fn. 13), S. 157.

¹⁵ Vgl. *Müller/Alten* (o. Fn. 13), S. 145.

¹⁶ Vgl. *Müller/Alten* (o. Fn. 13), S. 69, 163.

¹⁷ Vgl. *Müller/Alten* (o. Fn. 13), S. 145 Fn. 11.

III. Einzelne Regelungen und deren Schranken de lege lata

1. Güterrecht

a) Grundsatz

Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehegüterrecht waren und sind ein in der Literatur ausgiebig behandeltes Thema¹⁸. Unbestritten ist, daß Eheverträge den zwingenden Vorschriften des Familienrechts¹⁹ und den sich aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB ergebenden Schranken unterliegen. Darüber hinaus ist viel darüber nachgedacht worden, inwieweit Vereinbarungen unwirksam sind, die dem „Wesen der Ehe“ oder dem „Wesen eines Güterstandes“ widersprechen, einen Güterstand „denaturieren“, Phantasie- oder Mischgüterstände schaffen oder gegen das „Verbot der Perplexität“ güterrechtlicher Regelung verstoßen²⁰.

In der Praxis spielen all diese Schranken keine Rolle. Dies verwundert wenig, wenn man sich den rechtstatsächlichen Befund in Erinnerung ruft, daß ein güterrechtlicher Vertrag praktisch immer einfache Gütertrennung oder Ausschluß bzw. Einschränkung des Zugewinnausgleichs bedeutet. Hier käme allenfalls eine Kontrolle anhand von § 138 BGB in Betracht. Insoweit ist sich die Literatur jedoch weitgehend einig, daß Sittenwidrigkeit nur bei Vorliegen ganz außergewöhnlicher Umstände angenommen werden kann und daß auch der

¹⁸ Vgl. *Staudinger/Thiele*, 13. Bearb. 1994, Vorbem. zu §§ 1408 ff. BGB Rn. 13 ff.; *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, Vor § 1408 BGB Rn. 9 ff., § 1408 BGB Rn. 9 ff.; *MünchKomm/Kanzleiter*, 3. Aufl. 1993, § 1408 BGB Rn. 9 ff.; *Erman/Heckelmann*, 9. Aufl. 1993, § 1408 BGB Rn. 5 ff.; *Palandt/Diederichsen*, 54. Aufl. 1995, § 1408 BGB Rn. 19; *Schwab*, Familienrecht, 8. Aufl. 1995, Rn. 185 ff.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, S. 475 ff.; *Giesen*, Familienrecht, 1994, Rn. 254; *Dölle*, Familienrecht, Band 1, 1964, S. 669 ff.; *Schwab*, in: *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts (o. Fn. 5), Teil VII Rn. 255; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 3 Rn. 8 f.; *Börger*, Eheliches Güterrecht, 1989, S. 40 ff.; *Buschendorf* (o. Fn. 5), S. 96 ff.; *Kanzleiter*, Vereinbarungen unter Ehegatten (o. Fn. 5), S. 16 ff.; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 126 ff.; *Schwab*, 75 Jahre DNotZ (Sonderheft DNotZ), 1977, S. 51 ff.; *Mikat*, Festschrift Wilhelm Felgentraeger, 1969, S. 323 ff.; *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 ff.; *Zöllner*, FamRZ 1965, 113 ff.

¹⁹ Vgl. §§ 1409, 1518 BGB.

²⁰ Vgl. hierzu *Staudinger/Thiele*, 13. Bearb. 1994, Vorbem. zu §§ 1408 ff. Rn. 25; *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, § 1408 BGB Rn. 11; *MünchKomm/Kanzleiter*, 3. Aufl. 1993, § 1408 BGB Rn. 13; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, S. 477; *Buschendorf* (o. Fn. 5), S. 107 ff.; *Graf*, Dispositionsbefugnisse über den Versorgungsausgleich im Rahmen einer ehewertraglichen Vereinbarung gem. § 1408 Abs. 2 BGB, 1985, S. 39 f.; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 129 f.; *Körner*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im neuen Ehegüterrecht, Diss. Tübingen 1961, S. 111, 124; *Schwab*, 75 Jahre DNotZ (Sonderheft DNotZ), 1977, S. 51, 52 ff.; *Mikat*, Festschrift Wilhelm Felgentraeger, 1969, S. 323, 327; *Langenfeld*, FamRZ 1987, 9 ff.; *Cypionka*, MittRhNotK 1986, 157, 159; *Zöllner*, FamRZ 1965, 113, 114 f.; *Knur* DNotZ 1957, 463 ff.

Gleichheitssatz von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG nicht die freiwillige Unterwerfung unter ungleiche Regelungen verbietet²¹. Auch aus der Rechtsprechung ist kein Fall bekannt, in dem die Vereinbarung von Gütertrennung oder Modifikationen des Zugewinnausgleichs als gesetz- oder sittenwidrig angesehen worden wären.

b) Unbenannte Zuwendungen – Ehegatteninnengesellschaft

Indirekt werden der Dispositionsfreiheit der Ehegatten, Ausgleichsansprüche auszuschließen, allerdings in bestimmten Fällen durch die Rechtsprechung dann doch Grenzen gesetzt, ohne daß dies freilich als solches kenntlich gemacht wird. Es geht hier vor allem um die in nunmehr fast 25jähriger Praxis anerkannte Figur der „unbenannten Zuwendungen“ zwischen Ehegatten²². Danach kann vor allem in Fällen einer Gütertrennungsehe ein

²¹ Vgl. *Staudinger/Thiele*, 13. Bearb. 1994, Vorbem. zu §§ 1408 BGB Rn. 26; *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, Vor § 1408 BGB Rn. 18 ff.; *MünchKomm/Kanzleiter*, 3. Aufl. 1993, § 1408 BGB Rn. 10; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 3 Rn. 7; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 130; *Körner* (o. Fn. 20), S. 214; *Mikat*, Festschrift Wilhelm Felgentraeger, 1969, S. 323, 331.

²² Vgl. BGH vom 7. 1. 1972, FamRZ 1972, 201 = NJW 1972, 580 = JR 1972, 244 m. Anm. *Kühne*; BGH vom 29. 5. 1974, NJW 1974, 1554; BGH vom 5. 7. 1974, JR 1975, 156; BGH vom 26. 11. 1981, BGHZ 82, 227; BGH vom 22. 4. 1982, FamRZ 1982, 246; BGH vom 22. 4. 1982, FamRZ 1982, 778; BGH vom 8. 7. 1982, BGHZ 84, 361 = FamRZ 1982, 910; BGH vom 27. 1. 1988, FamRZ 1988, 482; BGH vom 5. 10. 1988, FamRZ 1989, 147, 149; BGH vom 15. 2. 1989, FamRZ 1989, 599; BGH vom 17. 1. 1990, FamRZ 1990, 600; BGH vom 10. 7. 1991, BGHZ 115, 132 = FamRZ 1991, 1169; BGH vom 2. 10. 1991, FamRZ 1992, 293; BGH vom 21. 10. 1992, FamRZ 1993, 289; BGH vom 3. 11. 1993, FamRZ 1994, 228; BGH vom 13. 7. 1994, FamRZ 1994, 1167 = ZEV 1995, 113; vgl. auch OLG Stuttgart vom 30. 12. 1993, FamRZ 1994, 1326; OLG Hamm vom 4. 5. 1992, FamRZ 1992, 1302; *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, Vor § 1408 BGB Rn. 26; *Palandt/Heinrichs*, 54. Aufl. 1995, § 242 Rn. 158 ff.; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 2. Aufl. 1992, § 1414 BGB Rn. 21 ff.; *Giesen*, Familienrecht, 1994, Rn. 336 f.; *Diederichsen*, Vermögensauseinandersetzung bei der Ehescheidung, 5. Aufl. 1995, S. 168 Rn. 472 ff.; *Borth*, in: *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts (o. Fn. 5), Teil IX Rn. 52 ff.; *Riemann* (o. Fn. 5), S. 491 Rn. 32 ff.; *Göppinger/Wenz/Märkle* (o. Fn. 5), S. 343 Rn. 517 ff.; *Berger*, Die modifizierte Zugewinnsgemeinschaft in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Heidelberg 1988, S. 62 ff.; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 105 Rn. 372 ff.; *Wertmann*, Die unbenannte Zuwendung im Privatrechtssystem, Diss. Bielefeld 1990, S. 14 ff.; *Hausmann*, Nichteheleche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, 1989, S. 200 ff., 320 ff.; *Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsanspruch und gesetzlichem Güterstand, 1970, S. 110 ff.; *Hausmann*, ZEV 1995, 129 ff.; *Lipp*, JuS 1993, 89, 93; *Heinle*, FamRZ 1992, 1256 ff.; *Ludwig*, FuR 1992, 201 ff.; *Gernhuber*, NJW 1991, 2238, 2244; *Jaeger*, DNotZ 1991, 431 ff.; *Morhard*, NJW 1987, 1734 ff.; *Cypionka*, MittRhNotK

Ehegatte, der dem anderen während der Ehe größere Vermögenswerte zugewandt hat, diese bei Scheitern der Ehe zurückfordern, wenn die Aufrechterhaltung der damit geschaffenen Vermögensverhältnisse dem Zuwendenden nicht zugemutet werden kann. Dies gilt auch, wenn ein Ehegatte durch Mitarbeit im Betrieb des Ehepartners dessen Vermögen vermehrt hat²³. Im letzteren Falle kommt unter Umständen auch ein gesellschaftsrechtlicher Liquidationsanspruch in Betracht.

Dogmatischer Ansatzpunkt dieser Rechtsprechung ist nun freilich nicht eine Inhaltskontrolle der güterrechtlichen Vereinbarung, sondern im einen Fall ein familienrechtlicher Vertrag sui generis, dessen Geschäftsgrundlage mit Scheitern der Ehe entfallen soll, und im anderen Fall die Annahme einer Ehegatten-Innengesellschaft²⁴. In der Sache kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, daß mit der Annahme eines stillschweigenden, spätere Ausgleichsansprüche zwischen den Ehegatten begründenden Vertrages korrigierend in die güterrechtliche Disposition der Ehegatten eingegriffen wird.

Freilich gilt dies nur, wenn erhebliche vermögenswerte Leistungen auf dem Spiel stehen, wie insbesondere Erwerb von Grundstücken, Wertpapieren oder erhebliche Mitarbeit im Betrieb oder Beruf des anderen Ehegatten. Familienarbeit oder Kinderbetreuung werden hierzu nicht gerechnet. Sie allein gaben bislang noch nie Anlaß zu Ausgleichsansprüchen in Gütertrennungsehen.

2. Unterhaltsrecht

a) Grundsatz

Im Gegensatz zum Unterhaltsanspruch während bestehender Ehe und zwischen Verwandten, auf den für die Zukunft nicht verzichtet werden kann, läßt § 1585c BGB Vereinbarungen über die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten für die Zeit nach der Scheidung grundsätzlich ohne Einschränkung zu.

1986, 157, 159 f.; *Rauscher*, AcP 186 (1986), 529, 552 ff.; hinsichtlich der dogmatischen Begründung kritisch *Hepting* (o. Fn. 6), S. 159 ff.

²³ Vgl. BGH vom 13. 7. 1994, FamRZ 1994, 1167; BGH vom 8. 7. 1982, BGHZ 84, 361 = FamRZ 1982, 910.

²⁴ Zur „stillschweigenden Ehegatteninnengesellschaft“ vgl. nur die Grundsatzentscheidung des BGH vom 20. 12. 1952, BGHZ 8, 249 = NJW 1953, 418; BGH vom 28. 10. 1959, BGHZ 31, 197, 201; BGH vom 8. 7. 1982, BGHZ 84, 361, 366 f.; BGH vom 20. 5. 1981, FamRZ 1982, 141 = NJW 1982, 170; BGH vom 14. 3. 1990, FamRZ 1990, 973; BGH vom 11. 4. 1990, FamRZ 1990, 1219; BGH vom 11. 1. 1995, FamRZ 1995, 1062; *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, Vor § 1408 BGB Rn. 25 f.; *MünchKomm/Ulmer*, 2. Aufl. 1986, Vor § 705 BGB Rn. 45 ff.; *Diederichsen* (o. Fn. 22), S. 172 Rn. 184 ff.; *Göppinger/Wenz/Märkle* (o. Fn. 5), S. 361 Rn. 522, S. 366 Rn. 523 ff.; *Hepting* (o. Fn. 6), S. 126 ff.; *Frank*, FamRZ 1983, 541, 544 ff.

Die Rechtsprechung hat jedoch verschiedene Wege beschritten, um in bestimmten Fällen Unterhaltsverzicht die Wirksamkeit zu versagen²⁵.

b) Unterhaltsverzicht zu Lasten der Sozialhilfe

Die erste Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß der Unterhaltsverzicht eines nicht erwerbsfähigen und nicht vermögenden Ehegatten dazu führt, daß dieser zwangsläufig der Sozialhilfe zur Last fallen muß. In seit 1982 ständiger Rechtsprechung²⁶ hält der Bundesgerichtshof einen solchen Verzicht auch dann als nach § 138 BGB sittenwidrig, wenn die Ehegatten den Träger der Sozialhilfe nicht zu schädigen beabsichtigen.

²⁵ Vgl. ausführlich *Soergel/Häberle*, 12. Aufl. 1989, § 1585c BGB Rn. 2 ff.; Münch-Komm/Richter, 3. Aufl. 1993, § 1585c BGB Rn. 45 ff.; *Ermann/Dieckmann*, 9. Aufl. 1993, § 1585c BGB Rn. 19 ff.; *Palandt/Diederichsen*, 54. Aufl. 1995, § 1585c BGB Rn. 9; *FamK-Rolland*, 2. Lfg. 1994, § 1585c BGB Rn. 20 ff.; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Ehe-recht, 2. Aufl. 1992, § 1585c BGB Rn. 15 ff.; *Schwab*, Familienrecht, 8. Aufl. 1995, Rn. 347; *Firsching/Graba*, Familienrecht, 5. Aufl. 1992, Rn. 567; *Borth*, in: *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, Teil IV Rn. 1279 ff.; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 225 Rn. 753 ff.; *Herb*, Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, Diss. Göttingen 1988, S. 70 ff.; *Frey*, Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, Diss. Tübingen 1988, S. 31 ff.; *Buschendorf* (o. Fn. 5), S. 140 ff.; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 113 ff.; *Bosch*, Festschrift Walter J. Habscheid, 1989, S. 23 ff.; *Meder*, FuR 1993, 12 ff.; *Raub*, MittRhNotK 1988, 187 ff.; *Langenfeld*, MittRhNotK 1988, 111, 114; *Herb*, FamRZ 1988, 123, 126; *Walter*, NJW 1981, 1409 ff.

²⁶ Vgl. BGH vom 8.12.1982, BGHZ 86, 82 = FamRZ 1983, 137 m. Anm. *Bosch* = JR 1983, 195 m. Anm. *Göppinger*; BGH vom 17. 9. 1986, FamRZ 1987, 40, 42 f.; BGH vom 28. 11. 1990, NJW 1991, 913; BGH vom 9. 7. 1992, FamRZ 1992, 1403 = JR 1993, 193 m. Anm. *Koch*; vgl. auch OLG Hamm vom 22. 5. 1990, FamRZ 1991, 88; OLG Köln vom 19. 12. 1989, FamRZ 1990, 634; vgl. zu dieser Frage auch *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, § 1408 BGB Rn. 39; MünchKomm/Richter, 3. Aufl. 1993, § 1585c BGB Rn. 46; *Ermann/Dieckmann*, 9. Aufl. 1993, § 1585c BGB Rn. 21; *FamK-Rolland*, 2. Lfg. 1994, § 1585c BGB Rn. 25; *Johannsen/Henrich/Voelskow*, Ehe-recht, 2. Aufl. 1992, § 1585c BGB Rn. 19; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, S. 459 f.; *Borth*, in: *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts (o. Fn. 5), Teil IV Rn. 1287; *Lohmann*, Neue Rechtsprechung des BGH zum Familienrecht, 7. Aufl. 1993, Rn. 239; *Göppinger/Wax/Hoffmann*, Unterhaltsrecht, 6. Aufl. 1994, S. 763 Rn. 1771; *Köhler/Lutbin*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 8. Aufl. 1993, S. 117 Rn. 491 ff.; *Göppinger/Wenz/Märkle* (o. Fn. 5), S. 177 Rn. 315a; *Herb* (o. Fn. 25), S. 87 ff., 137 ff.; *Frey* (o. Fn. 25), S. 55 ff.; *Zöllner*, Festschrift Hermann Lange, 1992, S. 973, 988; *Rau*, MittRhNotk 1988, 187, 196; *Gütter*, DNotZ 1984, 595, 611; *Walter*, NJW 1981, 1409 ff.; *Dieckmann*, FamRZ 1977, 161, 165.

c) Unterhaltsverzicht zu Lasten gemeinsamer Kinder

In der zweiten Fallgruppe geht es um den Schutz gemeinsamer, betreuungsbedürftiger Kinder. Zwar betont der Bundesgerichtshof immer wieder, daß ein umfassender Unterhaltsverzicht auch in bezug auf den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB zulässig und nicht sittenwidrig sei²⁷. Seit einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1985²⁸ hält er jedoch die Berufung auf den Verzicht als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar, wenn das Wohl eines gemeinsamen, vom anderen Ehegatten betreuten Kindes den Bestand der Unterhaltspflicht fordert. Entsprechend der ausschließlichen Betonung schutzwürdiger Kindesinteressen sind Grund und Höhe des trotz Unterhaltsverzichts verbleibenden Anspruchs allein am Kindeswohl zu orientieren²⁹.

d) Weitere Fallgruppen

Außerhalb der vorstehend genannten beiden Fallgruppen, in denen der Eingriff in die Vertragsfreiheit der Ehegatten primär den Schutz von Drittin-teressen bezweckt, sind kaum Entscheidungen bekannt, in denen zum Schutze des Ehegatten, bzw. – genauer gesagt – zum Schutze der Ehefrau, korrigierend in eine Unterhaltsverzichtsvereinbarung eingegriffen worden wäre. Judikate von Oberlandesgerichten³⁰, die nach über zwanzigjähriger Haus-frauenehe einen Unterhaltsverzicht dann als sittenwidrig gebrandmarkt haben, wenn gleichzeitig ohne Gegenleistung auf Zugewinn- und Versorgungs-

²⁷ Vgl. BGH vom 30. 11. 1994, FamRZ 1995, 291; BGH vom 9. 7. 1992, FamRZ 1992, 1403; BGH vom 28. 11. 1990, FamRZ 1991, 306; BGH vom 15. 10. 1986, FamRZ 1987, 46; BGH vom 24. 4. 1985, FamRZ 1985, 788; vgl. auch *Soergel/Häberle*, 12. Aufl. 1989, § 1585c BGB Rn. 16; *Göppinger/Wax/Hoffmann* (o. Fn. 26), S. 768 Rn. 1779; *Göppinger/Wenz/Märkle* (o. Fn. 5), S. 174 Rn. 308; *Langenfeld*, NJW 1981, 2377 ff. Zur rechtspolitischen Zielsetzung dieser Norm s. BVerfG vom 14. 7. 1981, BVerfGE 57, 361, 381 ff. = NJW 1981, 1771; BT-Drs. 7/650, S. 135; *Frey* (o. Fn. 24), S. 75.

²⁸ Vgl. BGH vom 24. 4. 1985, FamRZ 1985, 767; BGH vom 24. 4. 1985, FamRZ 1985, 787 = NJW 1985, 1833; BGH vom 15. 10. 1986, FamRZ 1987, 46 = JR 1987, 112 m. Anm. *Göppinger*; BGH vom 1. 4. 1987, FamRZ 1987, 691; BGH vom 28. 11. 1990, FamRZ 1990, 306; BGH vom 28. 11. 1990, FamRZ 1991, 306 = NJW 1991, 913; BGH vom 9. 7. 1992, FamRZ 1992, 1403 = JR 1993, 193 m. Anm. *Koch*; BGH vom 30. 11. 1994, FamRZ 1995, 291; vgl. auch OLG Celle vom 11. 10. 1991, FamRZ 1992, 447; OLG Hamburg vom 1. 10. 1991, FamRZ 1992, 444; OLG Köln vom 19. 9. 1990, NJW 1991, 2776; OLG Hamburg vom 14. 3. 1991, FamRZ 1991, 1317; OLG Bamberg vom 7. 2. 1991, FamRZ 1991, 1060 = NJW 1991, 2776; OLG Hamm vom 22. 5. 1990, FamRZ 1991, 88 m. Anm. *Bosch*; OLG Hamm vom 16. 9. 1988, FamRZ 1989, 398.

²⁹ Vgl. BGH vom 30. 11. 1994, FamRZ 1995, 291 = NJW 1995, 1148.

³⁰ Vgl. OLG Karlsruhe vom 7. 3. 1990, FamRZ 1991, 332; OLG Köln vom 5. 2. 1981, DNotZ 1981, 444 m. Anm. von *Hornhardt*.

ausgleich verzichtet wurde, sind vereinzelt geblieben³¹ und in der Literatur³² überwiegend auf erhebliche Kritik gestoßen. Auch die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage wird außerhalb der obengenannten Fallgruppen im Regelfall abgelehnt³³.

3. Versorgungsausgleich

Was die Vertragsfreiheit der Ehegatten im Hinblick auf Ausschluß oder Beschränkung des Versorgungsausgleichs angeht, ist von Gesetzes wegen nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung zu unterscheiden. Der in einem Ehevertrag erfolgte Verzicht unterliegt nach § 1408 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich keinen Schranken. Demgegenüber normiert § 1587o Abs. 2 Satz 2, 3 BGB³⁴ eine richterliche Inhaltskontrolle, wenn die Vereinbarung im Zusammenhang mit der Scheidung erfolgt. Innerhalb eines Jahres vor Stellung des Scheidungsantrags ist der Verzicht nur im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung, nicht jedoch in einem Ehevertrag zulässig (§ 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Was den Verzicht auf den Versorgungsausgleich in einem Ehevertrag betrifft, so ist man sich zwar ebenfalls einig³⁵, daß dieser seine Grenze an § 138

³¹ Vgl. demgegenüber OLG Hamm vom 25. 11. 1992, FamRZ 1993, 973; OLG Köln vom 19. 10. 1994, FamRZ 1995, 929; OLG Bamberg vom 1. 3. 1984, FamRZ 1984, 482, 484; OLG Hamm vom 28. 9. 1982, FamRZ 1982, 1215 ff.

³² Vgl. *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, § 1408 BGB Rn. 39; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 164 Rn. 567; *von Hornhardt*, DNotZ 1981, 444, 447; *Frey* (o. Fn. 25), S. 88 f., 96 ff.; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 48, 118; zustimmend MünchKomm/Richter, 3. Aufl. 1993, § 1585c BGB Rn. 46a; *Diederichsen*, Das Recht der Ehescheidung und der Scheidungsfolgesachen in der anwaltlichen Praxis, 5. Aufl. 1982, S. 228; vgl. auch *ders.*, NJW 1977, 217, 223.

³³ Vgl. MünchKomm/Richter, 3. Aufl. 1993, § 1585c BGB Rn. 42; *Johannsen/Henrich/Voelskow*, Eherecht, 2. Aufl. 1992, § 1585c BGB Rn. 21; *Göppinger/Wax/Hoffmann* (o. Fn. 26), S. 766 Rn. 1776; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 225 Rn. 753; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 121; *Rau*, MittRhNotK 1988, 187, 197; *Scheld*, JZ 1980, 643, 645; a.A. *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, § 1408 BGB Rn. 40; vgl. aber BGH vom 1. 4. 1987, FamRZ 1987, 691, 692: Verzicht nach 30-jähriger Ehe, wobei Verzicht 10 Jahre vor Scheidung unter wesentlich anderen wirtschaftlichen Verhältnissen abgeschlossen und die Ehe danach fortgesetzt wurde; ferner BGH vom 15. 10. 1986, FamRZ 1987, 46, 48; BGH vom 29. 5. 1991, FamRZ 1991, 1175, 1176; OLG Frankfurt vom 2. 10. 1987, FamRZ 1988, 289, 290.

³⁴ Zur Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung vgl. BVerfG vom 4. 5. 1982, BVerfGE 60, 329 = FamRZ 1982, 769; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. *Staudinger/Eichenhofer*, 13. Bearb. 1994, § 1408 BGB Rn. 47; BT-Drs. 7/650, S. 169 f.; vgl. auch BVerfG vom 28. 2. 1980, BVerfGE 53, 257, 296 = FamRZ 1980, 326, 333.

³⁵ Vgl. MünchKomm/Kanzleiter, 3. Aufl. 1993, § 1408 BGB Rn. 5; *FamK-Rolland*, 2. Lfg. 1994, § 1408 BGB

BGB findet; praktische Bedeutung hat diese Form der Kontrolle – im Gegensatz zum Unterhaltsrecht – bislang jedoch nicht erlangt³⁶. Denn die Abbedingung des Versorgungsausgleichs als solche soll nicht sittenwidrig sein³⁷.

Als weiteres Kontrollinstrumentarium für den Ausschluß des Versorgungsausgleichs in Eheverträgen wird in der Literatur teilweise noch auf die Rechtsgrundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hingewiesen³⁸. In der Praxis wurden diese Prinzipien freilich nur in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung des OLG München³⁹ angewandt, wo nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Ehevertrages das Motiv der Parteien für den Ausschluß des Versorgungsausgleichs war, daß beide Ehegatten einen erlernten Beruf hatten und ihre Altersversorgung getrennt aufbauen wollten, aber in der Folgezeit die Frau dann doch ihren Beruf wegen Kinderbetreuung aufgab. Wo es an einer solchen ausdrücklichen Bezugnahme auf die Motive der Ehegatten fehlt, die Ehefrau womöglich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits schwanger war, wurden die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bislang nicht in Erwägung gezogen⁴⁰.

Zeigt sich damit, daß die Gerichte bei ehevertraglicher Vereinbarung über den Versorgungsausgleich praktisch keine Kontrolle ausüben, so ist die Ausgangslage bei Scheidungsvereinbarungen, die insoweit durch das Familiengericht genehmigt werden müssen (§ 1587o Abs. 2 Satz 2 BGB), eine völlig andere. Den Maßstab der Inhaltskontrolle gibt das Gesetz selbst (§ 1587o Abs. 2 Satz 3 BGB): Danach soll unter Einbeziehung der Unterhaltsregelung und der Vermögensauseinandersetzung geprüft werden, ob die vereinbarte Leistung nicht offensichtlich zur Sicherung der Berechtigten ungeeignet ist oder zu kei-

Rn. 15 ff.; *Firsching/Graba*, Familienrecht, 5. Aufl. 1992, Rn. 343; *Borth*, Versorgungsausgleich, 2. Aufl. 1992, S. 306 Rn. 9; *Graf* (o. Fn. 20), S. 31 ff., 67; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 42 ff.; *Eichenhofer*, DNotZ 1994, 213, 222.

³⁶ Vgl. etwa OLG Köln vom 19. 10. 1994, FamRZ 1995, 929. Lediglich in einer Entscheidung des AG Solingen vom 12. 7. 1989, FamRZ 1990, 635, wurde die Sittenwidrigkeit bejaht, weil der Verzicht einen Tag vor der Hochzeit von der schwangeren Frau unter erheblichem Druck abgeschlossen worden war.

³⁷ Vgl. *Erman/Heckelmann*, 9. Aufl. 1993, § 1408 BGB Rn. 11; *Palandt/Diederichsen*, 54. Aufl. 1995, § 1587o BGB Rn. 14; *FamK-Rolland*, 2. Lfg. 1994, § 1408 BGB Rn. 36; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 163 Rn. 565; *Schreiber* (o. Fn. 5), S. 43; *Eichenhofer*, DNotZ 1994, 213, 222; *Langenfeld*, NJW 1978, 1505 ff.; *Reimartz*, NJW 1977, 82 ff.; a.A. *Ruland*, NJW 1976, 1715 ff.

³⁸ Vgl. *Soergel/Gaul*, 12. Aufl. 1989, § 1408 BGB Rn. 40; MünchKomm/Kanzleiter, 3. Aufl. 1993, § 1408 BGB Rn. 33. Die Möglichkeit der nachträglichen Anpassung nach § 10a Abs. 9 VAHRG spielt für die hier behandelte Problematik keine Rolle.

³⁹ Urteil vom 2. 5. 1994, FamRZ 1995, 95.

⁴⁰ Vgl. nur OLG Köln vom 19. 10. 1994, FamRZ 1995, 929; OLG Schleswig vom 26. 9. 1985, FamRZ 1986, 70, 71; OLG Düsseldorf vom 23.3.1984, FamRZ 1984, 1115, 1116.

nem angemessenen Ausgleich führt. Ein entschädigungsloser Verzicht kann danach jedenfalls nicht bei einer dem Versorgungsausgleich als Idealtypus zugrundeliegenden Hausfrauenehe genehmigt werden⁴¹.

4. Fazit

Insgesamt zeigt sich damit im Hinblick auf die richterliche Kontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen ein buntes und teilweise widersprüchliches Bild: Güterrechtliche Vereinbarungen werden an sich nicht überprüft, jedoch werden teilweise entgegen der güterrechtlichen Regelung Ausgleichsansprüche für vermögenswerte Investitionen in das Vermögen des anderen Ehegatten gewährt⁴². Beim Unterhaltsverzicht werden im Wege richterlicher Kontrolle die Interessen Dritter, nämlich des Trägers der Sozialhilfe und gemeinsamer, betreuungsbedürftiger Kinder, nicht jedoch allein die des verzichtenden Ehegatten geschützt. Der ehevertragliche Ausschluß des Versorgungsausgleichs wird ebenfalls grundsätzlich nicht überprüft; allein Modifikationen des Versorgungsausgleichs anlässlich der Ehescheidung unterliegen einer Inhaltskontrolle.

Festgehalten kann damit werden, daß jedenfalls im Verhältnis der Ehegatten untereinander der Vertragsfreiheit nach wie vor ein überragender Stellenwert beigemessen wird⁴³. Es fragt sich, ob diese Position angesichts der realen Situation von Ehepartnern, die einen Ehevertrag oder eine Scheidungsvereinbarung abschließen, aufrechterhalten werden kann.

⁴¹ Vgl. nur BGH vom 4. 2. 1987, FamRZ 1987, 467 = NJW 1987, 1768. Einzelheiten hierzu bei *Soergel/Vorwerk*, 12. Aufl. 1989, § 1587o BGB Rn. 18; *MünchKomm/Strobel*, 3. Aufl. 1993, § 1587o BGB Rn. 35; *Erman/v. Maydell*, 3. Aufl. 1993, § 1587o BGB Rn. 16; *Palandt/Diederichsen*, 54. Aufl. 1995, § 1587o BGB Rn. 14 ff.; *Johannsen/Henrich/Hahne*, Eherecht, 2. Aufl. 1992, § 1587o BGB Rn. 29; *Hahne*, in: *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrecht (o. Fn. 5), Teil VI Rn. 298; *Riemann* (o. Fn. 5), S. 496 Rn. 59; *Schmidbauer* (o. Fn. 5), S. 258; *Langenfeld*, MittRhNotK 1988, 111, 112; *ders.*, DNotZ 1983, 139, 145 f. Zur Genehmigungspflicht eines vereinbarten Verzichts vgl. nur BGH vom 3. 11. 1993, FamRZ 1994, 234; BGH vom 24. 3. 1982, NJW 1982, 1464; BGH vom 24. 2. 1982, NJW 1982, 1463.

⁴² Vgl. auch die Parallelwertung im Schweizer Recht, das in Art. 165 ZGB für derartige Fälle einen güterstandsunabhängigen Ausgleichsanspruch vorsieht.

⁴³ Vielen allerdings gehen die Eingriffe in die Vertragsfreiheit schon heute zu weit, vgl. *Zöllner*, Festschrift Hermann Lange, 1992, S. 973, 985 ff. m.w.N.

IV. Legitimation der Vertragsfreiheit

Bevor freilich auf die Besonderheiten des Vertragsschlusses zwischen Ehegatten eingegangen wird, sei ein kurzer Ausflug ins Schuldrecht gestattet, wo die Diskussion um die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen nicht nur ihren Ausgangspunkt genommen, sondern inzwischen auch zu einer weithin akzeptierten Konsolidierung gefunden hat.

1. Stand der Diskussion

Unstreitig ist, daß auch heute noch Vertrag und Vertragsfreiheit für eine liberale, auf dem Ordnungsprinzip der Marktwirtschaft aufbauende Gesellschaft die entscheidenden privatrechtlichen Rechtsinstitute darstellen⁴⁴. Einigkeit besteht jedoch heute auch, daß formale Vertragsfreiheit durch Vertragsfreiheit in einem materialen Sinne ergänzt werden muß⁴⁵. Oder wie *Zweigert/Kötz*⁴⁶ provokant formulieren: „Die moderne Aufgabe liegt darin, Kriterien und Verfahren für die Vertragsgerechtigkeit zu entwickeln, die herzustellen gerade nötig ist, weil es eine Vertragsfreiheit in Wahrheit nicht gibt.“

So hat denn auch das Bundesverfassungsgericht in seinen wegweisenden Entscheidungen zum Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter⁴⁷ und zur

⁴⁴ Vgl. hierzu *MünchKomm/Kramer*, 3. Aufl. 1993, Vor § 145 BGB Rn. 2; *Erman/Hefermehl*, 9. Aufl. 1993, Vor § 145 BGB Rn. 26a; *Jürgen Schmidt* (o. Fn. 2), S. 190 ff.; *Hönn* (o. Fn. 2), S. 30 ff.; *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens (o. Fn. 2), S. 22 ff.; *Ludwig Raiser*, Vertragsfreiheit heute (o. Fn. 2), S. 38, 47; *ders.*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (o. Fn. 2), S. 62, 88; *Bunte*, Vertragsfreiheit und soziale Verantwortung, in: *Giger/Linder* (Hrsg.), Sozialismus Ende einer Illusion, 1988, S. 427 ff.; *Derleder*, Festschrift Rudolf Wassermann, 1985, S. 643, 644 f.; *Reuter* (o. Fn. 2), S. 105, 109. Zum Wirtschaftsliberalismus vgl. *Böhm*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, S. 195 ff.; *Encken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952, S. 275, 278; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235; zusammenfassend *Hönn*, JuS 1990, 953, 956.

⁴⁵ Vgl. *Soergel/Manfred Wolf*, 12. Aufl. 1987, Vor § 145 Rn. 29 ff.; *MünchKomm/Kramer*, 3. Aufl. 1993, § 145 Rn. 5; *Palandt/Heinrichs*, 54. Aufl. 1995, Einf v § 145 BGB Rn. 7, 13 ff.; *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 44 ff.; *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 44 ff.; *Hönn* (o. Fn. 2), S. 20 f., 298 ff.; *Kramer*, Die „Krise“, des liberalen Vertragsdenkens (o. Fn. 2), S. 19 ff.; *Manfred Wolf* (o. Fn. 2), S. 30 ff.; *Wieacker* (o. Fn. 2), S. 18; *Ludwig Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (o. Fn. 2), S. 62, 76, 85 f.; *Biedenkopf*, Festschrift Franz Böhm, 1965, S. 113, 132 ff.; *Hönn*, JuS 1990, 953, 955; *Limbach*, JuS 1985, 10, 15.

⁴⁶ Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. 2, 2. Aufl. 1984, S. 10; ebenso *Zweigert*, Festschrift Max Rheinstein, Bd. 2, 1969, S. 493, 503 f. mit dem Hinweis auf die grundlegende US-amerikanische Entscheidung *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 17 (1914); vgl. auch *Kramer*, Die „Krise“, des liberalen Vertragsdenkens (o. Fn. 2), S. 19 ff.

⁴⁷ Vgl. BVerfG vom 7. 2. 1990, BVerfGE 81, 242, 255 f.

Bürgerschaft vermögensloser Angehöriger⁴⁸ betont, daß die Zivilrechtsordnung zur grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips (Artt. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) Korrekturen eines Vertrages ermöglichen muß, wenn es sich „um eine typisierbare Fallgestaltung (handelt), die eine strukturelle Unterlegenheit⁴⁹ des einen Vertragsteils erkennen läßt und ... die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend sind.“ Den Zivilgerichten obliege „die Pflicht, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln darauf zu achten, daß Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen“⁵⁰.

Die Bereiche, in denen der Gedanke der gestörten Vertragsparität oder einer fehlenden „Richtigkeitsgewähr“ eine Inhaltskontrolle durch die Rechtsprechung fordert, sind hinreichend bekannt und dürfen in ihrem Kernbereich auf fast allseitige Zustimmung rechnen: Der Vertragsschluß unter Zugrundelegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁵¹, das Recht der Wohnraum-

⁴⁸ Vgl. BVerfG vom 5. 8. 1994, FamRZ 1994, 151 = NJW 1994, 2749 = BB 1994, 2296 = WM 1994, 1837, vgl. hierzu *Kiethe/Groeschke*, BB 1994, 2291 ff.; BVerfG vom 19. 10. 1993, BVerfGE 89, 214, 232 = NJW 1994, 36 = WM 1993, 2199; vgl. hierzu *Schimansky*, WM 1995, 461, 465; *Adomeit*, NJW 1994, 2467, 2468; *Berkemann*, JR 1994, 177 ff.; *Frenz*, JR 1994, 92 ff.; *Heinrichsmeier*, FamRZ 1994, 129 ff.; *Heinrich Honsell*, NJW 1994, 565, 566; *Köndgen*, NJW 1994, 1508 ff.; *Preis/Rolfs*, DB 1994, 261 ff. Zur neueren Rechtsprechung des BGH bei Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger vgl. nur BGH vom 5. 1. 1995, WM 1995, 237 = ZIP 1995, 203; BGH vom 24. 2. 1994, NJW 1994, 1278 = ZIP 1994, 520; BGH vom 24. 2. 1994, ZIP 1994, 614; BGH vom 22. 1. 1991, NJW 1991, 923 m. Anm. *Grün*.

⁴⁹ Zum Begriff vgl. *Limbach*, JuS 1985, 10, 13; *Reich/Tonner*, JA 1977, 145; kritisch hierzu *Adomeit*, NJW 1994, 2467, 2468. Allgemein zur Lehre von der Gleichgewichtslage vgl. *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 1994, S. 19 ff.; *Preis* (o. Fn. 2), S. 216 ff.; *Hönn* (o. Fn. 2), S. 88 ff.; *Preis/Rolfs*, DB 1994, 261, 266; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 19; *Manfred Wolf*, JZ 1974, 456, 468.

⁵⁰ BVerfG vom 19. 10. 1993, BVerfGE 89, 214, 234; ferner BVerfG vom 7. 2. 1990, BVerfGE 81, 242, 255; so auch schon *Ludwig Raiser*, Vertragsfreiheit heute (o. Fn. 2), S. 38, 47 f.

⁵¹ Vgl. nur *Ludwig Raiser*, AGB (o. Fn. 2), S. 15; *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens (o. Fn. 2), S. 12 ff.; *Manfred Wolf* (o. Fn. 2), S. 14 ff., 230 ff.; *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 79 ff.; *Biedenkopf*, Festschrift Franz Böhm, 1965, S. 113, 122 ff.; *Bunte* (o. Fn. 44), S. 427, 435. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Richtlinie des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 93/13/EWG – ABLEG Nr. L 95/29 v. 21. 5. 1993 und den hierzu ergangenen Gesetzentwurf zur Änderung des AGBG vom 1. 9. 1995, BT-Drs. 528/95.

miete⁵², das Arbeitsrecht⁵³ und das Recht der Publikumspersonengesellschaften⁵⁴.

Eheverträge oder Scheidungsvereinbarungen werden weder von Schuldrechtlern noch von Familienrechtlern hierzu gerechnet⁵⁵. Auch § 23 Abs. 1 AGBG schließt Verträge auf dem Gebiete des Familienrechts von seinem sachlichen Anwendungsbereich aus.

Begründet wird dies meist lapidar mit dem fehlenden Kontrollbedürfnis⁵⁶. Lediglich *Gernhuber* hat sich bislang mit der Frage etwas eingehender auseinandergesetzt. Er hat bereits im Jahre 1981⁵⁷ auch und gerade für das Ehevermögensrecht darauf hingewiesen, daß Privatautonomie Sachrichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Regelung nicht verbürge. Seine Aussage basierte auf der bekannten und durch die bereits erwähnten rechtstatsächlichen Untersuchungen erhärteten Tatsache, daß unzählige Hausfrauen auf Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich verzichten, obwohl gerade sie in deren Genuß kommen sollten. Diese Tatsache allein reicht jedoch m.E. nicht aus, um einen Eingriff in die Vertragsfreiheit zu fordern⁵⁸. Hinzu kommen muß vielmehr – genau wie im Schuldrecht –, daß es sich bei Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen um einen typischen Fall struktureller Unterlegenheit eines Vertragsteils handelt. Dies führt zu der für das Thema zentralen Frage, ob Ehever-

⁵² Vgl. *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 109 ff.; *Ludwig Raiser*, Vertragsfreiheit heute (o. Fn. 2), S. 38, 44.

⁵³ Vgl. nur BAG vom 19. 6. 1970, BAG AP Nr. 144 zu § 242 BGB; BAG vom 10. 5. 1971, BAG AP Nr. 152 zu § 242 BGB; BAG vom 4. 7. 1972, BAG AP Nr. 6 zu § 65 HGB; BAG vom 18. 7. 1972, BAG AP Nr. 158 zu § 242 BGB; BAG vom 26. 10. 1973, BAG AP Nr. 161 zu § 242 BGB; BAG vom 18. 12. 1975, BAG AP Nr. 170 zu § 242 BGB; BAG vom 16. 5. 1985, DB 1986, 132; BAG vom 25. 4. 1991, BAG AP Nr. 138 zu § 611 BGB; BAG vom 24. 11. 1993, BAG AP Nr. 46 zu § 315 BGB; BAG vom 16. 3. 1994, BAG AP Nr. 6 zu § 242 BGB; *Preis* (o. Fn. 2), S. 147 ff.; *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 159 ff.; *Hönn* (o. Fn. 2), S. 192 ff.; *Ludwig Raiser*, Vertragsfreiheit heute (o. Fn. 2), S. 38, 44; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 5 ff., 30 ff.; *Manfred Wolf*, RdA 1988, 270; *Gumpert*, BB 1974, 139. Kritisch zu der von der Rechtsprechung vorgenommenen Inhaltskontrolle *Papier*, RdA 1989, 137 ff.; *Zöllner*, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), 221, 236 f.

⁵⁴ Vgl. BGH vom 21. 3. 1988, BGHZ 104, 50; BGH vom 3. 5. 1982, BGHZ 84, 11; BGH vom 14. 4. 1975, BGHZ 64, 238; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, § 5 III 4; *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 125 ff.; *Hönn* (o. Fn. 2), S. 223 ff.; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 8 ff., 29 f.; *Hönn*, JA 1987, 337, 343; *U. Schneider*, ZGR 1978, 1, 7 ff.

⁵⁵ Andeutungsweise wird die Problematik angesprochen von *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 23, 29.

⁵⁶ Vgl. *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 237 f., der jedoch eine auf § 242 BGB gestützte Inhaltskontrolle aus dogmatischer Sicht nicht ausschließt.

⁵⁷ Vgl. *Eherecht und Ehetypen* (o. Fn. 9), S. 17 f.

⁵⁸ Vgl. etwa *Zöllner*, Festschrift Hermann Lange, 1992, S. 973, 986: „Vielmehr ist gerade hier auch ‚Irrationalität‘ zu respektieren“.

trägen und Scheidungsvereinbarungen typischerweise eine „Richtigkeitsgewähr“⁵⁹ bzw. eine „Richtigkeitschance“⁶⁰ inhärent ist, oder mit anderen Worten ausgedrückt: ob in diesem Bereich beide Vertragspartner in der Lage sind, ihre jeweiligen Interessen den Interessen des anderen entgegenzusetzen⁶¹.

2. Situation im Eherecht

Will man diese Frage beantworten, so ist man notwendigerweise auf die Erkenntnisse aus den Nachbardisziplinen angewiesen. Waren es im Schuldrecht u.a. auch die Wirtschaftswissenschaften⁶², die in diesem Jahrhundert zu einer Abkehr von einer falsch verstandenen Vertragsfreiheit beitrugen, so kann man auf dem Gebiet des Familienrechts die Ergebnisse soziologischer und psychologischer Forschung nicht übergehen.

a) Sozio-ökonomische Situation

Zunächst seien einige sozio-demographische Daten zur Situation von Ehepaaren erwähnt.

Nach wie vor besteht zwischen Ehepartnern ein deutliches Altersgefälle. Bei Erstehen sind die Männer im Bundesdurchschnitt 2,5 Jahre älter als die Frauen, bei Wiederverheiratung nach Scheidung beträgt der Altersunterschied im Durchschnitt 3,5 Jahre⁶³.

Auch bei den Bildungsabschlüssen besteht ein deutliches Gefälle zwischen den Geschlechtern. So haben schon auf die Gesamtbevölkerung bezogen Frauen insgesamt nach wie vor niedrigere Bildungsabschlüsse als Männer⁶⁴. Zwar sind Frauen mittlerweile mit 50 % bei allen Arten von Schulabschlüssen vertreten, jedoch beträgt der Anteil der weiblichen Auszubildenden nur ca. 42 %, der der weiblichen Studienanfänger nur 44 %⁶⁵.

⁵⁹ Zum Begriff vgl. *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 151; vgl. auch *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 51 ff.; *Ludwig Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (o. Fn. 2), S. 62, 77; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 14 ff.

⁶⁰ Vgl. *Manfred Wolf* (o. Fn. 2), S. 73 f.

⁶¹ Vgl. *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 19.

⁶² Vgl. nur *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, S. IX; *Ludwig Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit (o. Fn. 2), S. 62, 87 ff.

⁶³ Vgl. *Dorbirtz*, ZBevWiss 1993/94, 393, 402; 5. Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7560, S. 50; MünchKomm/Rebmann, 3. Aufl. 1993, Einleitung zu den §§ 1297–1588 Rn. 214; vgl. auch *Brod*, 6 Yale J.L. & Fem. 229, 245 (1994).

⁶⁴ Einzelheiten bei *Schwarz*, ZBevWiss 1989, 361, 363; 5. Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7560, S. 201 ff.

⁶⁵ Vgl. *Bundesanstalt für Arbeit*, „Arbeitsmarktreport für Frauen“, Beilage zu den Amtlichen Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit (ANBA) 1/1994, S. 41 f.

Betrachtet man sich die Partnerwahl von Männern und Frauen, so sind die Unterschiede im Bildungsstand zwischen Ehepartnern sogar wesentlich gravierender als es die Verteilung in der Gesamtbevölkerung erwarten ließe. Beispielsweise sei hier nur das Heiratsverhalten von Akademikern und Akademikerinnen erwähnt⁶⁶. Während von den Akademikerinnen 68 % ebenfalls einen Akademiker heiraten, ehelichen von den Akademikern nur 32 % eine Frau mit Hochschulabschluß; 16 % der Akademiker heiraten eine Frau mit Hochschulabschluß, 26 % mit Berufsfachschulabschluß, 19 % mit Mittlerer Reife und 7 % mit Abitur. Die auf den ersten Blick eigenartige Diskrepanz folgt u.a. daraus, daß Frauen umso weniger geneigt sind, eine Ehe einzugehen, je höher ihr Bildungsabschluß ist, während bei Männern die Tendenz eher in umgekehrter Richtung verläuft⁶⁷.

Schließlich sei auch die Situation von Frauen auf dem Arbeitsmarkt erwähnt.

Bei den Erwerbstätigen ist das formale Qualifikationsniveau von Frauen im bisherigen Bundesgebiet immer noch deutlich ungünstiger als das der Männer⁶⁸. Erwerbstätige Frauen erzielen in der Bundesrepublik nur 73 % des Einkommens, das Männer erzielen⁶⁹. Aufgrund der geschlechtsspezifischen Segregation des Arbeitsmarktes konzentrieren sich Frauen auf einige typische Berufe und Branchen, die gleichzeitig solche mit niedriger Entlohnung sind. Hinzu kommt die hauptsächlichliche Beschäftigung von Frauen in weniger qualifizierten Positionen, der höhere Frauenanteil an den Teilzeitbeschäftigten, die wegen Unterbrechungen aus Familiengründen geringeren Beschäftigungszeiten der Frauen sowie ihre überwiegende Beschäftigung in Klein- und Mittelbetrieben. Doch selbst bei vergleichbaren Voraussetzungen und Rahmenbedingungen bleiben gravierende Einkommensungleichheiten zwischen Männern und Frauen bestehen, die umso größer ausfallen, je höher die jeweilige berufliche Position einzustufen ist.

In Führungspositionen spielen Frauen nach wie vor weder in der Privatwirtschaft noch im öffentlichen Dienst mehr als eine marginale Rolle⁷⁰. So beträgt z.B. der Anteil der Beamtinnen im höheren Dienst und der Richterinnen in Bundesbehörden und Bundesgerichten lediglich 8,5 %⁷¹.

⁶⁶ Vgl. *Schwarz*, ZBevWiss 1989, 361, 375; vgl. zu Bildungsunterschieden bei Paaren bei Erstheirat auch 5. Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7560, S. 202.

⁶⁷ Vgl. *Schwarz*, ZBevWiss 1989, 361, 370.

⁶⁸ Vgl. *Bundesanstalt für Arbeit* (o. Fn. 65), S. 47.

⁶⁹ Vgl. *BMFSFJ*, Bericht der Regierung der Bundesrepublik Deutschland für die 4. Weltfrauenkonferenz 1995, S. 38; vgl. auch *Brod*, 6 Yale J.L. & Fem. 229, 241 f. (1994).

⁷⁰ Vgl. *Bundesanstalt für Arbeit* (o. Fn. 65), S. 49.

⁷¹ Vgl. *BMFSFJ* (o. Fn. 69), S. 21.

Dagegen sind Frauen zu über 30 % teilzeiterwerbstätig – im Bundesgebiet West sogar zu mehr als 35 % –, wohingegen die entsprechende Quote für Männer nur bei ca. 2 % liegt⁷². Es sind ganz überwiegend Frauen, die einer sozialversicherungsfreien – und damit nicht abgesicherten – Beschäftigung nachgehen⁷³.

Die Liste der Daten, die alle in dieselbe Richtung weisen, ließe sich nahezu beliebig verlängern.

Faßt man diese sozio-ökonomischen Befunde zusammen, läßt sich daraus der soziologische Normaltypus des deutschen Ehepaares entwickeln: Der Mann ist älter als die Frau, hat einen höheren Ausbildungsstand und verdient wesentlich mehr als die Frau. Im Laufe der Ehe verschlechtern sich die Bedingungen zu Lasten der Frau dann noch zusätzlich infolge von durch Familienarbeit reduzierter oder unterbrochener Erwerbstätigkeit. Ehepaare, die einen Ehevertrag oder im Verlauf der Scheidung eine Scheidungsvereinbarung abschließen, unterscheiden sich – so übereinstimmend die rechtstatsächlichen Untersuchungen⁷⁴ – hinsichtlich Bildungsstand, Erwerbstätigkeit und Vermögen in nichts von diesem, eben skizzierten Durchschnitt der Bevölkerung.

b) Psychologische Situation

Zur sozio-ökonomischen Benachteiligung der Frau, die allein sicher noch keinen Eingriff in die Vertragsfreiheit rechtfertigen würde, tritt noch die psychologische Situation hinzu.

Erwähnt sei zunächst, daß entsprechende Untersuchungen ergeben haben, daß fast jede dritte Frau Gewalt durch ihren Partner erfährt⁷⁵. Gerade in Ehen, die geschieden werden, dürfte diese Quote noch deutlich höher liegen. Es kann nicht daran gezweifelt werden, daß Gewalt während der Ehe die Verhandlungssituation der betroffenen Frau bei einer Scheidungsvereinbarung nachhaltig zu ihren Lasten beeinflusst, selbst wenn die Gewalt nicht mehr andauert. Allein dieser Befund läßt bei vielen Scheidungsvereinbarungen eine „Richtigkeitsgewähr“ als fraglich erscheinen.

Doch auch in Fällen, wo keine Gewalt im Spiel ist, zeigen psychologische Untersuchungen, daß in der Vertragssituation ein Verhalten, das in der Regel eher bei Männern denn bei Frauen anzutreffen ist, mit größerem individuellen Erfolg gepaart ist.

⁷² Vgl. *Bundesanstalt für Arbeit* (o. Fn. 65), S. 26.

⁷³ Vgl. *Bundesanstalt für Arbeit* (o. Fn. 65), S. 30 f.

⁷⁴ Vgl. *Stach* (o. Fn. 7), S. 36 ff.

⁷⁵ Vgl. *BMFSFJ* (o. Fn. 69), S. 45.

Nicht erst seit den grundlegenden Arbeiten der amerikanischen Psychologin *Gilligan*⁷⁶ ist bekannt, daß Männer und Frauen grundlegend andere Wege beschreiten, um Konflikte zu lösen. Während Männer sich im allgemeinen bei der Konfliktlösung von einer Ethik des Rechts leiten lassen, steht bei Frauen eine Ethik der Anteilnahme im Vordergrund. D.h. das moralische Verständnis von Männern basiert eher auf der überragenden Bedeutung individueller Rechte, während das von Frauen eher von dem Gefühl geprägt ist, für die Beziehungen zwischen Menschen verantwortlich zu sein.

Dieses unterschiedliche Moralverständnis der Geschlechter spiegelt sich im Verhandlungsverhalten wider. Viele psychologische Studien haben bestätigt, daß Männer in Verhandlungssituationen mehr dazu tendieren, ihre eigenen Interessen durchzusetzen, während Frauen mehr an einer befriedigenden Beziehung zwischen den Verhandlungspartnern, denn an ihrem eigenen Vorteil gelegen zu sein scheint⁷⁷. Im durch die Spieltheorie inzwischen auch in juristischen Kreisen bekannten Prisoner's Dilemma-Versuch⁷⁸ zeigte sich beispielsweise, daß Frauen gerade im Zusammenspiel mit Männern ihre Wahlmöglichkeiten nicht optimal ausnutzten, während die männlichen Versuchspersonen von dem Bedürfnis geleitet waren, soviel wie möglich zu gewinnen⁷⁹. Andere psychologische Untersuchungen machen deutlich, daß Männer im Hinblick auf die angewandten Verhandlungsstrategien Frauen in der Regel weit überlegen sind⁸⁰.

Vergleicht man die Ergebnisse dieser Studien mit den Faktoren, die etwa *Mnookin* und *Kornhauser*⁸¹ für den individuellen Erfolg bei Vergleichsverhandlungen herausgearbeitet haben, so zeigt sich sehr schnell, daß Frauen gerade in Verhandlungen mit Männern nicht nur aufgrund ihrer sozio-ökonomischen Situation, sondern auch und gerade aufgrund der bei ihnen vorherrschenden Ethik der Anteilnahme unterlegen sind, während Männer im allgemeinen wesentlich besser in der Lage sind, ihre individuellen Interessen durchzusetzen. Dies ist ein Faktor, der die Verhandlungssituation ebenfalls zweifellos nachhaltig zu Lasten der betroffenen Frauen beeinflusst⁸².

⁷⁶ Vgl. *Gilligan*, In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development, 1982 = Die andere Stimme, Lebenskonflikte und Moral der Frauen, 1984; *Bedont*, 12 C.F.L.Q. 21, 34 (1994).

⁷⁷ Vgl. *Bedont*, 12 C.F.L.Q. 21, 31 ff. (1994) m.ausf.N.

⁷⁸ Zur Versuchsanordnung vgl. *Antons*, Praxis der Gruppendynamik, 4. Aufl. 1976, S. 127 ff.

⁷⁹ Vgl. *Kahn/Hottes/Davis*, 17 Journal of Personality and Social Psychology 267 ff. (1971).

⁸⁰ Vgl. *Falbo/Peplan*, 38 Journal of Personality and Social Psychology 628 ff. (1980).

⁸¹ Vgl. *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 950 ff. (1979); vgl. auch *Schelling*, Versuch über das Aushandeln, in: *Brübl* (Hrsg.), Konflikt und Konfliktstrategie, 1972, S. 235 ff.

⁸² Vgl. *Bedont*, 12 C.F.L.Q. 21, 36 (1994).

3. Gleichstellung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen

Die dargestellten Nachteile für Frauen in der Verhandlungssituation mit Männern gelten sowohl für Eheverträge im engeren Sinne als auch erst recht für in der Krise im Hinblick auf eine Trennung geschlossene Eheverträge und für Scheidungsvereinbarungen.

Wird ein Ehevertrag vor der Ehe oder während funktionierender Ehe geschlossen, so werden die Ehepartner regelmäßig davon ausgehen, daß sie zu den zwei Dritteln aller Ehepaare gehören werden, deren Ehe nicht durch Scheidung aufgelöst wird, d.h. daß die ehevertragliche Regelung mit ihren im allgemeinen negativen Konsequenzen für die Frau nicht zum Tragen kommt. In dieser Situation kommt der überwiegend anzutreffenden Einstellung der Frau, daß ihr die Beziehung wichtiger ist, als eigene Vorteile durchzusetzen, besondere Bedeutung zu. Hinzu kommt ein nicht abschätzbare Prognoserisiko: Die Partner mögen bei Abschluß des Ehevertrages davon ausgehen, daß beide während der Ehe berufstätig sind oder die Frau nach einer kurzen Übergangszeit der Kinderbetreuung ihre Berufstätigkeit wieder aufnimmt; die Verhältnisse können sich dann aber ganz anders entwickeln.

Bei Verträgen, die erst im Hinblick auf eine konkrete Trennung oder Scheidung geschlossen werden, verschiebt sich das Prognoserisiko insoweit, als nunmehr häufig unsicher ist, ob und inwieweit die Frau in der Lage sein wird, ihren Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit sicherzustellen. Oft erschwert auch das Vorhandensein von Kindern die Situation der Frau zusätzlich. Denn ausgehend von ihrer Ethik der Anteilnahme und der aufgrund der gesamtgesellschaftlichen Situation nach wie vor primären Zuständigkeit der Mütter für die Kinder befürchten Frauen oft, daß die Durchsetzung ihrer eigenen Rechte den Kindern indirekt schaden könnte⁸³, indem sich der Ehemann aufgrund der Auseinandersetzung mit der Frau etwa auch aus seiner Vaterrolle ganz zurückziehen könnte. Die Problematik verschärft sich, wenn es die Frau war, die den ersten Schritt zur Scheidung unternommen hat, oder wenn sie sich für das Scheitern der Ehe verantwortlich fühlt. In einer solchen Situation wird sie regelmäßig das In-den-Vordergrund-Stellen eigener Interessen als unmoralisch und als Verstoß gegen ihre Verantwortung gegenüber der Familie erleben.

4. Fazit

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, daß sowohl bei Eheverträgen als auch bei Scheidungsvereinbarungen von einer strukturellen Unterlegenheit

⁸³ Vgl. *Bedont*, 12 C.F.L.Q. 21, 37 (1994); zum Einfluß von „parental preferences“ auf das Verhandlungsergebnis vgl. auch *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 950, 966 (1979).

der Frau auszugehen ist, daß also grundsätzlich diesen Verträgen eine Richtigkeitsgewähr, die die Basis für das Postulat der Vertragsfreiheit abgibt, nicht innewohnt, weil die Frau in der Regel nicht in der Lage ist, ihre Interessen denen des Mannes adäquat entgegenzusetzen. Allein diese strukturelle Unterlegenheit ist entscheidend, nicht hingegen, ob im konkreten Einzelfall eine individuelle Unterlegenheit gegeben ist. Dies belegt wiederum ein Vergleich mit dem Schuldrecht, wo sich ja beispielsweise auch Professoren der Rechtswissenschaft auf den Schutz, den Gesetz und Rechtsprechung Mietern oder Verbrauchern einräumen, berufen können.

V. Konsequenzen

Fraglich ist, welche Konsequenzen aus diesem rechtstatsächlichen Befund zu ziehen sind.

1. Verstärkte Abschlußkontrolle

Als erstes könnte man an eine verstärkte Abschlußkontrolle für Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen denken. Schon heute finden sich in diesem Bereich vielfältige Formvorschriften. Allein Vereinbarungen über den Unterhalt nach Scheidung können formlos getroffen werden⁸⁴. Vereinbarungen betreffend das Güterrecht und den Versorgungsausgleich bedürfen der notariellen Beurkundung oder des Prozeßvergleichs (§§ 1378 Abs. 3 Satz 2, 1410, 1587o Abs. 2 BGB). Darüber hinaus könnte man beispielsweise an weitergehende Informations- und Offenlegungspflichten denken, wie sie etwa im amerikanischen Recht aufgestellt werden⁸⁵.

⁸⁴ Vgl. aber § 630 ZPO zur Konventionalscheidung; hierzu MünchKomm/Klauser, 1992, § 630 ZPO Rn. 3 ff.; *Baumbach/Lauterbach/Albers*, 53. Aufl. 1995, § 630 ZPO Rn. 2 ff.; *Göppinger/Wenz/Märkle* (o. Fn. 5), S. 36 Rn. 38 ff.; ferner *Zöllner*, Festschrift Hermann Lange, 1992, S. 973, 975 f.

⁸⁵ Vgl. hierzu § 6 (a) (2) (i), (iii) des Uniform Premarital Agreement Act, der bis anhin in 19 US-amerikanischen Bundesstaaten umgesetzt wurde. Zu Rechtslage in den USA vgl. *Fick v. Fick*, 851 P.2d 445, 449 (Nev. 1993); *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162, 167 (Pa. 1990); *Williams v. Williams*, 801 P.2d 495, 498 (Ariz.App. 1990); *In Re Marriage of Osborn*, 564 N.E.2d 1325, 1328 (Ill.App. 1990); *De Lorean v. De Lorean*, 511 A.2d 1257, 1260 (N.J.Super. 1896); *In Re Marriage of Manzo*, 659 P.2d 669, 671 (Colo. 1983); *Gross v. Gross*, 464 N.E.2d 500, 505 (Ohio 1984); *Frey v. Frey*, 471 A.2d 705, 711 (Md. 1984); *Osborn v. Osborn*, 428 N.E.2d 810, 816 (Mass. 1981); *Posner v. Posner*, 233 So.2d 381 (Fla. 1970); *Weitzmann*, *The Marriage Contract*, 1981, S. 353 ff.; *Green/Long*, *Marriage and Family Law Agreements*, 1984/Suppl. 1994, §§ 2.09, 2.15 ff, 4.06; *Brod*, 6 Yale J.L. & Fem. 229 ff. (1994); *Smith*, 28 Idaho L.Rev. 833 ff. (1991/92); *Levy*, B.Y.U.L. Rev.

Indes sind höhere Anforderungen auf der Abschlußebene grundsätzlich nicht geeignet, das vorhandene strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Verhandlungspartnern auszugleichen. Für das Erfordernis notarieller Beurkundung ist dies im Hinblick auf vorformulierte Vertragsbedingungen schon lange weithin anerkannt⁸⁶; im Eherecht ist eine abweichende Beurteilung nicht angebracht. Zudem fehlen dem Notar sowohl bei Eingehung eines Ehevertrages als auch bei einer Scheidungsvereinbarung die für eine umfassende und sachgemäße Aufklärung erforderlichen Daten. Eine auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten abgestellte konkrete Einzelberechnung gehört außerdem nicht zu den Aufgaben des Notars⁸⁷. Schliesslich würde auch die Pflicht einer vollständigen Aufklärung über die Vermögensverhältnisse etwa bei Abschluß eines Ehevertrages die Verhandlungssituation von Frauen gegenüber Männern nicht nachhaltig verbessern, da die geschilderte Benachteiligung gerade nicht auf fehlende Information zurückzuführen ist.

2. Ausschluss der Vertragsfreiheit

Eine andere Möglichkeit wäre, de lege ferenda die Vertragsfreiheit im Bereich des Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrechts abzuschaffen und die ganze Materie durch zwingendes Recht zu regeln. *Gernhuber*⁸⁸ hat im Jahre 1981 einen derartigen Vorschlag für das Güterrecht unterbreitet. Er befürwortete einen entsprechend den verschiedenen Ehetyphen ausdifferenzierten Güterstand, basierend auf der Gütertrennung mit je typenbezogenen Ausgleichsregelungen. Ein derart feinziseliertes Güterstand solle dann der Disposition der Ehegatten entzogen sein⁸⁹.

43 ff. (1991); *Younger*, 40 Rutgers L.Rev. 1059 ff. (1988); *Weyrauch/Katz/Olsen*, Cases and Materials on Family Law, 1994, S. 41 ff.; *Westfall*, Family Law, 1994, S. 1020 ff.; *Arren*, Cases and Materials on Family Law, 3rd ed. 1992, S. 816 ff.; *Krause*, Family Law, 3rd ed. 1990, S. 87 ff. 691 ff.

⁸⁶ Vgl. BGH vom 29.6.1989, BGHZ 108, 164; BGH vom 17. 9. 1987, BGHZ 101, 351; BGH vom 5. 4. 1979, BGHZ 74, 204; zustimmend *Bunte* (o. Fn. 44), S. 427, 439; *Wiedemann*, Festschrift Max Kummer, 1980, S. 175, 185; *Schlosser*, JR 1988, 327, 329; *Habersak*, AcP 189 (1989), 403 ff. m.w.N.; *Kramer*, ZHR 146 (1982), 105, 113 f.; ablehnend *Klebau*, Die richterliche Inhaltskontrolle von Klauseln in notariellen Individualverträgen, Diss. Augsburg, 1992, S. 155 ff.; *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 94 ff.; *Medicus*, Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, 1989, S. 30 ff.; *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71, 91; *Lieb*, DNotZ 1989, 274, 286 ff.; *Brambring*, NJW 1987, 97, 99; *Hönn*, JZ 1983, 677, 678.

⁸⁷ Vgl. BVerfG vom 4. 5. 1982, BVerfGE 60, 329 = FamRZ 1982, 769, 773 (Verfassungsmäßigkeit des § 1587o Abs. 2 Satz 3 BGB).

⁸⁸ Eherecht und Ehetyphen (o. Fn. 9), S. 20 ff.

⁸⁹ Vgl. *Gernhuber* (aaO.), S. 24.

Verschiedene Gründe sprechen indes gegen diese Lösung. Zum einen hiesse die gänzliche Aufgabe der Vertragsfreiheit in diesem Bereich, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Zum anderen dürfte es wohl kaum gelingen, die vielen unterschiedlichen Ehetyphen in Gesetzesform zu gießen, ohne dann doch einzelnen unter ihnen Gewalt anzutun, ganz abgesehen davon, daß ein solcher Versuch wohl in ein gesetzgeberisches Monstrum münden müßte.

3. Inhaltskontrolle

Als geeigneter Lösungsweg bleibt damit nur die Inhaltskontrolle. Wie bereits erwähnt⁹⁰ haben die Zivilgerichte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes⁹¹ die Pflicht, bei der Auslegung der Generalklauseln darauf zu achten, daß Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen. Im Bereich des Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrechts ist dabei über die grundrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und des Sozialstaatsprinzips (Artt. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) hinausgehend auch Art. 6 Abs. 1 GG und die seit 1994 in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG aufgenommene Staatszielbestimmung⁹² zu beachten, wonach der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frau und Mann fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt. Wo, wie im hier behandelten Bereich, eine typischerweise strukturelle Benachteiligung von Frauen besteht, haben die staatlichen Organe, d.h. auch die Zivilgerichte, Maßnahmen zur Erreichung der tatsächlichen Gleichberechtigung zu ergreifen.

Dogmatischer Ansatzpunkt für die Inhaltskontrolle sollte hier wie im Schuldrecht⁹³ § 242 BGB, bzw. der übergeordnete Grundsatz von Treu und

⁹⁰ Vgl. oben sub IV.1.

⁹¹ Vgl. nur BVerfG vom 5. 8. 1994, FamRZ 1994, 151; BVerfG vom 19. 10. 1992, BVerfGE 89, 214, 232; BVerfG vom 7. 2. 1990, BVerfGE 81, 242, 255; sowie die hierzu (o. Fn. 48) genannten Publikationen.

⁹² Vgl. dazu *Hofmann*, FamRZ 1995, 257, 261 ff.; *Vogel*, Festschrift Ernst Benda, 1995, S. 395 ff.; ferner *Fisahn*, NJ 1995, 352 ff.; vgl. auch *Söllner*, Die Bedeutung des Gleichberechtigungsgrundsatzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, 1994.

⁹³ Vgl. hierzu *Medicus*, Schuldrecht I, 8. Aufl. 1993, § 16 II 3; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1995, § 10 III; *Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl. 1992, § 27 I 2; *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 70 ff.; *Ludwig Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Die Aufgabe des Privatrechts (o. Fn. 2), S. 124, 135 ff. = *Summum ius – summa iniuria*, 1963, 145, 167 („Verbot institutionellen Rechtsmissbrauchs“); *ders.*, AGB (o. Fn. 2), S. 280 ff.; *Wiedemann*, Festschrift Max Kummer, 1980, S. 175, 187; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 11 m.w.N.; gegenüber § 242 BGB als Grundlage einer Inhaltskontrolle ablehnend *Hönn*, JuS 1990, 953, 955; *ders.*, JZ 1983, 677, 680 ff.

Glauben sein und nicht die Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 BGB, auf die sich herrschende Rechtsprechung und Lehre bislang abstützen⁹⁴. Dies gilt schon wegen des unterschiedlichen Maßstabes, der mit den beiden Vorschriften verbunden ist. Zum anderen richtet sich das Sittenwidrigkeitsurteil nach den Umständen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁹⁵; namentlich bei Eheverträgen, bei denen sich die Umstände zwischen Vertragsschluß und faktischem Eintritt der Vertragswirkungen gravierend verändern können, muß jedoch auf diesen späteren Zeitpunkt abgestellt werden. Insoweit nimmt die Inhaltskontrolle auch Elemente des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in sich auf.

Fraglich ist, an welchem Maßstab sich die Inhaltskontrolle zu orientieren hat. Vom Schuldrecht her ist man gewohnt, zunächst das dispositive Gesetzesrecht als Leitbild für die Inhaltskontrolle heranzuziehen⁹⁶. Eine Übertragung dieser Prinzipien auf das Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht erscheint freilich wenig sachgerecht. Denn das dispositive Recht ist durchweg zu wenig ausdifferenziert, als daß es den verschiedenen Ehe- und Familientypen gerecht werden könnte⁹⁷. So knüpfen sowohl die Zugewinnngemeinschaft als auch der Versorgungsausgleich eindeutig an die tradierte Hausfrauenehe an. In manchen Doppelverdienererehen, wo Berufswahl wie später erreichte Qualifikation und Erfolg nicht ehebedingt sind, wo mithin Einkommens- und Vermögensunterschiede nicht auf die Ehe bezogen werden können, führen diese Institute zu einer kaum zu rechtfertigenden Nivellierung zwischen den Ehegatten. Ähnliches gilt für das Unterhaltsrecht. Auch hier beschränkt sich das Gesetz nicht auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile, sondern geht weit darüber hinaus⁹⁸. In der Literatur⁹⁹ ist die Akribie des Gesetzgebers im Unterhaltsrecht auf vielfältige Kritik gestoßen; sie gar noch zum Leitbild für eine anzustrebende Inhaltskontrolle zu erheben, hieße sicher über das Ziel hinauszuschießen.

⁹⁴ Vgl. hierzu oben sub III.

⁹⁵ Vgl. BGH vom 20. 9. 1993, NJW 1993, 3193; BGH vom 28. 2. 1989, NJW 1989, 1276, 1277; BGH vom 28. 2. 1989, BGHZ 107, 92, 96; BGH vom 15. 4. 1987, BGHZ 100, 353, 359; *Palandt/Heinrichs*, 54. Aufl. 1995, § 138 BGB Rn. 9; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 163 Rn. 567; *Rau*, MittRhNotk 1988, 187, 194.

⁹⁶ Vgl. hierzu schon *Ludwig Raiser*, AGB (o. Fn. 2), S. 293 ff.; ferner *MünchKomm/Kramer*, 3. Aufl. 1993, Vor § 145 BGB Rn. 20; *Fastrich* (o. Fn. 2), S. 285 ff.; für das Arbeitsrecht vgl. *Preis* (o. Fn. 2), S. 305 ff.

⁹⁷ Für das Güterrecht vgl. *Gernhuber*, Eherecht und Ehetypen (o. Fn. 9), S. 21; vgl. auch *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 7 Rn. 18.

⁹⁸ Nachweise zur Rechtsprechung bei *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, S. 80 f.

⁹⁹ Vgl. *Gernhuber*, Eherecht und Ehetypen (o. Fn. 9), S. 7 ff.; *Langenfeld*, Handbuch (o. Fn. 3), S. 201 Rn. 685 ff.

Anknüpfend an den Satz des Bundesverfassungsgerichtes im Bürgschaftsurteil¹⁰⁰, daß eine Vertragskorrektur nicht nur eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils voraussetzt, sondern auch die Folgen für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend sein müssen, wird man das dispositive Gesetzesrecht nur insoweit als Leitbild für die Inhaltskontrolle heranziehen dürfen, als und soweit es einen Ausgleich ehebedingter Nachteile gewährleisten will. Es sind die typischen Fälle, in denen aufgrund jahrelanger Familienarbeit vermögens- und einkommenslose Frauen auf jede Art von Ausgleich verzichtet haben, die eine Korrektur durch den Richter erheischen.

Bei der Inhaltskontrolle sollte man sich von der gesetzlichen Aufgliederung in Güterrecht, Unterhaltsrecht und Versorgungsausgleich lösen und stattdessen eine Gesamtbetrachtung der Ausgleichsleistungen vornehmen, wie es das Gesetz heute schon für die richterliche Kontrolle des Ausschlusses oder der Begrenzung des Versorgungsausgleichs in Zusammenhang mit der Scheidung vorsieht¹⁰¹. Die damit erreichte Flexibilität ermöglicht es insbesondere, berechnete Interessen des Ausgleichspflichtigen, wie z.B. die Festlegung von Vermögenswerten in einem Unternehmen, hinreichend zu berücksichtigen.

VI. Schlußbetrachtung

Entgegen der derzeit in Rechtsprechung und Literatur einmütig vertretenen Auffassung sollten Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen einer richterlichen Inhaltskontrolle unterworfen werden, weil ihnen nicht typischerweise eine Richtigkeitsgewähr innewohnt. Als unverzichtbarer Kernbestand, der die Grenze der Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht markiert, muß dabei der Ausgleich ehebedingter Nachteile angesehen werden.

Wenn im Vorstehenden bewusst immer von Frauen, die Familienarbeit leisten, die Rede war, so stellt dies nichts anderes als einen Spiegel der gesellschaftlichen Realität dar. Sollte ausnahmsweise einmal ein Hausmann und Vater von einer ihn völlig rechtlos stellenden Regelung in einem Ehevertrag oder einer Scheidungsvereinbarung betroffen sein, so wäre wohl auch hier eine – allerdings einzelfallbezogene – Inhaltskontrolle zu diskutieren.

¹⁰⁰ Vgl. BVerfG vom 19. 10. 1993, BVerfGE 89, 214, 234.

¹⁰¹ Vgl. dazu oben sub III.3. a.E.