

Richterliche Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten

Entscheidung des Schweizer Bundesgerichtes vom 10. November 1995¹

mit Anmerkung von *Ingeborg Schwenger*, Basel

Auch ein vor der Heirat abgeschlossener Ehevertrag kann hinsichtlich der Regelung von Nebenfolgen für den Fall der Scheidung der Genehmigungspflicht unterliegen (E. 5b). Der von den Parteien getroffenen Regelung ist die richterliche Genehmigung zu versagen, wenn die Vereinbarung unklar ist und die der Ehefrau zuerkannten Leistungen unbillig sind (E. 5c).

Aus den Erwägungen: „[...]“

5.a) Vor ihrer Verheiratung hatten die Parteien einen Ehevertrag unter Brautleuten geschlossen. In diesem war der Güterstand der Gütertrennung stipuliert und außerdem vereinbart worden, daß der Ehemann im Falle einer Scheidung der Ehefrau aus seinem Vermögen eine ‚Ehesteuer‘ von Fr. 5'000.– pro Ehejahr, höchstens jedoch Fr. 50'000.–, auszurichten habe, es sei denn, die Scheidung erfolge aus grobem Verschulden der Frau.

Sinn und Tragweite der Vereinbarung verstehen die Parteien unterschiedlich; auch das Obergericht empfand sie als unklar. Während die Klägerin die ‚Ehesteuer‘ ausschließlich als Abgeltung für die nur dem Ehemann dienliche Wahl des Güterstandes betrachtet und darin keinen Verzicht auf Leistungen aus Art. 151 und 152 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) erblickt, erachtet der Beklagte die Ansprüche bei Scheidung der Ehe als abschließend geregelt.

b) Ausgehend von der in Art. 158 Ziff. 5 ZGB vorgesehenen Genehmigungsbedürftigkeit von Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung und von solchen über die vorsorglichen Maßnahmen während der Prozeßdauer hält es das Obergericht für sachgerecht und durch die Lehrmeinung von *Hausheer/Reusser/Geiser* bestätigt, daß auch ein vor der Eheschließung im Rahmen eines Ehevertrages erklärter Vorausverzicht auf Unterhaltsansprüche der richterlichen Genehmigung unterliegen müsse. Dafür sprächen die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende starke emotionale Bindung der Brautleute mit dem Wunsch, die Ehe einzugehen, und die darin begründete Gefahr, daß eine Partei ihren Interessen objektiv widersprechende Zugeständnisse mache. Ein richterlicher Eingriff durch Nichtgenehmigung des Ehevertrages sei im vorliegenden Fall einerseits bereits wegen dessen Unklarheit und andererseits wegen sachlicher Unangemessenheit angezeigt.

Die Auffassung des Obergerichts, wonach auch vorprozessuale Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Genehmigungspflicht unterliegen können, wird auch von *Hinderling/Steck* und *Hegnauer/Breitschmid* geteilt. Gegen den von der Vorinstanz angestellten Vergleich der Überprüfungsbedürftigkeit ehevertraglicher Regelungen mit derjenigen von Vereinbarungen im Scheidungsprozeß wendet der Beklagte ein, die In-

¹ Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 121 III 393 ff.; vgl. auch *Alfred Schett*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1996, 96 f.

teressenlage sei in den beiden Fällen eine durchaus unterschiedliche; während der Druck des Scheidungsprozesses die Bereitschaft zu einem Verzicht oder einem Zugeständnis zu fördern vermöge, liege beim vorehelichen Ehevertrag eine normale Verhandlungssituation vor, bei welcher überdies die mögliche Unterlegenheit einer Partei durch den Beurkundungszwang gemindert werde. Daß dem so ist, kann indessen füglich bezweifelt werden. In der Regel wird es sich eher umgekehrt verhalten. Mag vor der Heirat um der angestrebten Ehe willen noch die Bereitschaft zur Nachgiebigkeit bestanden haben und der Gedanke an eine Scheidung zurückgestellt worden sein, so gewinnt, je näher diese bevorsteht, die Sorge der Partner um ihre eigene Zukunft zunehmend an Bedeutung. Dazu kommt, daß die auf den Zeitpunkt der Scheidung abzuschätzenden beidseitigen Bedürfnisse und Ressourcen vor der Ehe oft überhaupt nicht, während des Prozesses aber sehr wohl überblickt und abgeschätzt werden können. Die Tragweite eines Verzichts oder eines Zugeständnisses ist im voraus viel schwerer erkennbar als nach längerer Dauer der Ehe oder selbst bei kurzer Ehedauer nach Abschluß des Beweisverfahrens. Aus allen diesen Gründen ist dem Obergericht beizupflichten, daß Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung auch dann der richterlichen Genehmigung bedürfen, wenn sie schon vor der Ehe getroffen worden sind.

Der Beklagte glaubt weiter, die in der Form des Ehevertrages geschlossene Vereinbarung von der Genehmigungspflicht ausschließen zu dürfen, weil der Ehevertrag eigenen, abschließend geregelten Formvorschriften unterworfen sei und die Parteien im Rahmen der gesetzlichen Schranken (Art.182 ZGB) Vertragsfreiheit genössen. Dem kann nicht gefolgt werden. Vereinbarungen, welche die Nebenfolgen der Ehescheidung beschlagen und daher von der Sache her der Genehmigung durch den Scheidungsrichter bedürfen, können dieser nicht durch Integration in den Ehevertrag entzogen werden.

c) Ob eine Vertragsbestimmung der Auslegung bedürfe – und damit auch, ob der Vertragstext klar sei – bildet Rechtsfrage (BGE 105 II 16 E.S.18). Bei Vereinbarungen über die rein vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung für die Ehegatten hat der Richter trotz eines Antrages auf Nichtgenehmigung grundsätzlich den Parteiwillen zu respektieren und darf deshalb die Genehmigung nur aus wichtigen Gründen verweigern. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die von den Parteien getroffene Lösung unklar oder unvollständig ist, eine Partei durch die im Prozeß entstandene Lage ausgeñutzt wurde oder wenn die Lösung in einer durch Billigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigenden Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht. Als wichtigen Grund erachtet die Rechtsprechung sodann die wesentliche Veränderung der Verhältnisse seit dem Abschluß der Konvention (BGE 99 II 359 E. 3 c S.362, mit Hinweisen). Diese Grundsätze sind auch hinsichtlich eines von den Parteien geschlossenen Ehevertrages, in dem bereits Nebenfolgen für den Fall der Scheidung geregelt wurden, zu beachten.

Der hier streitigen Regelung, vom Beklagten als Verzicht der Ehefrau auf Ansprüche nach Art.151 ZGB verstanden, ist die richterliche Genehmigung aus einem doppelten Grunde zu versagen. Die Bestimmung ist unklar, weil darin nicht gesagt wird, ob die der Klägerin zugesicherte ‚Ehesteuer‘ nach Art.151 oder Art.152 geschuldet sein soll. Sodann erscheinen die der Ehefrau zuerkannten Leistungen, gemessen an den ihr von Gesetzes wegen zustehenden Ansprüchen, als schlechterdings unbillige Abfindung. Aus den nachstehenden Erwägungen ist ersichtlich, daß das Obergericht ihr mit Recht erheblich mehr zugesprochen hat.“

Anmerkung:

I. Allgemeines

In der privatautonomen Regelung wird oft die optimale Lösung von Konflikten gesehen. Die Gründe dafür sind vielfältig: geringere Kosten und größere Schnelligkeit als bei gerichtlicher Konfliktlösung, Vermeiden von Unsicherheit, die mit einer gerichtlichen Lösung verbunden ist, und Eigenverantwortlichkeit an Stelle der Delegation der Entscheidung an den Richter. Auch vor dem Familienrecht haben diese Gedanken nicht Halt gemacht, das Stichwort Mediation ist bekanntlich inzwischen auch in Europa in aller Munde.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und inwieweit Ehegatten ihre vermögensrechtlichen Beziehungen nach der Scheidung privatautonom gestalten können, sei es vor oder während der Ehe oder im Verlauf eines Scheidungsverfahrens. Diese Frage wird in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich behandelt, dementsprechend unterschiedlich weit entwickelt ist auch der Stand des Problembewußtseins in den einzelnen Rechtsordnungen.

II. Deutsches und österreichisches Recht

Deutschland und Österreich zeigen sich im Hinblick auf die Frage, ob die Ehegatten auf nahehelichen Unterhalt verzichten können, recht großzügig.

Im deutschen Recht unterliegt das Unterhaltsrecht nach Scheidung grundsätzlich der Disposition der Ehegatten (§ 1585 c des Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB), wobei es den Ehegatten unbenommen ist, diese Frage bereits vorsorgend vor der Eheschließung oder während intakter Ehe oder im Wege einer Scheidungsvereinbarung zu regeln. Ein Formzwang besteht im Gegensatz zu güterrechtlichen Vereinbarungen nicht.

Allein unter Rückgriff auf Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB versagt die Rechtsprechung Unterhaltsverzicht in einzelnen Fallgruppen die Wirksamkeit. 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 muß². In der zweiten Fallgruppe geht es um den Schutz gemeinsamer, betreuungsbedürftiger Kinder. Hier wird die Berufung auf den Verzicht als mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar angesehen, wenn das Wohl eines gemeinsamen, vom anderen Ehegatten betreuten Kindes den Bestand der Un-

² Vgl. grundlegend *Bundesgerichtshof (BGH)* 8.12. 1982, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 86, 82 = *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1983, 137.

terhaltungspflicht fordert³. Außerhalb dieser beiden Fallgruppen, in denen der Eingriff in die Vertragsfreiheit der Ehegatten primär den Schutz von Drittinteressen bezweckt, sind nur höchst vereinzelte Entscheidungen von Oberlandesgerichten bekannt, in denen zum Schutze der Ehefrau allein korrigierend in eine Unterhaltsverzichtvereinbarung eingegriffen worden ist⁴.

Ganz ähnlich stellt sich die Situation im österreichischen Recht dar. Obwohl nach § 66 des Ehegesetzes (EheG) der Unterhalt nach Scheidung nach wie vor verschuldensabhängig ausgestaltet ist, läßt § 80 EheG ausdrücklich Vereinbarungen über die Unterhaltungspflicht für die Zeit nach der Scheidung zu. Diese können auch schon vor der Scheidung geschlossen werden. Dabei gilt wie im deutschen Recht das Prinzip der Formfreiheit⁵. Auch der völlige Unterhaltsverzicht wird als zulässig erachtet⁶. Einzige Grenze soll auch nach österreichischem Recht die Sittenwidrigkeit sein, wobei als Beispielfälle in der Literatur wiederum der Unterhaltsverzicht zwecks Schädigung Dritter und zu Lasten der Sozialhilfe genannt werden⁷. In der Praxis scheint diese Einschränkung der Vertragsfreiheit der Ehegatten freilich bislang noch keine entscheidende Rolle gespielt zu haben, fehlen doch publizierte Entscheidungen zu dieser Frage.

Parallel zur Bewertung von Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten gestaltet sich die Rechtslage im Hinblick auf güterrechtliche Verträge. So werden im deutschen Recht weder Eheverträge noch das Güterrecht betreffende Scheidungsvereinbarungen richterlich überprüft⁸; dasselbe gilt für den ehevertraglichen Ausschluß des Versorgungsausgleichs. Allein Modifikationen des Versorgungsausgleichs anläßlich der Ehescheidung unterliegen einer Inhaltskontrolle (§ 1587 o Abs. 2 BGB). Auch im österreichischen Recht werden der Vertragsfreiheit der Ehegatten praktisch keine Grenzen auferlegt. Dort hat sie jedoch insoweit einen wesentlich anderen Stellenwert, als den ordentlichen Güterstand die Gütertrennung darstellt⁹. Nur durch Ausübung der Vertragsfreiheit kann somit eine Beteiligung der Ehegatten am Vermögenszuwachs des jeweils anderen vorgesehen werden.

³ Vgl. grundlegend BGH 24. 4. 1985, FamRZ 1985, 767; BGH 30.11. 1994, FamRZ 1995, 291.

⁴ Vgl. Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe 7.3. 1990, FamRZ 1991, 332; OLG Köln 5.2. 1981, Deutsche Notarzeitung (DNotZ) 1981, 444.

⁵ Vgl. Oberster Österreichischer Gerichtshof (OGH) 13.12. 1988, Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (EF-Slg) 1990, Nr. 57608; OGH 12.9. 1991, EF-Slg 1993, Nr. 66494; Landesgericht für Zivilrechtssachen (LGZ) Wien 13.1. 1993, EF-Slg 1994, Nr. 72459; Helmut Pichler, in: Peter Rummel (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, 1992, § 80 EheG, Rn. 1.

⁶ Vgl. LGZ Wien 11.11. 1994, EF-Slg 1996, Nr. 75577.

⁷ Vgl. Rummel/Pichler (Fn. 5) § 80 EheG, Rn. 7; Wolfgang Zankl, in: Michael Schwimann (Hg.), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1990, § 66 EheG, Rn. 70, § 80 EheG, Rn. 10; Fritz Schwind, Kommentar zum österreichischen Eherecht, 2. Auflage, 1980, S. 300; derselbe, in: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 3. Buch: das Familienrecht, 3. Auflage, 1984, S. 126.

⁸ Vgl. Einzelheiten bei Ingeborg Schwenzer, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 196 (1996), 88, 93 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁹ Vgl. § 1237 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB).

III. Schweiz

Etwas anders als in Deutschland und Österreich stellt sich die Situation in der Schweiz dar.

Nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB bedürfen Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung oder Trennung zur Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch den Richter¹⁰. In der Literatur wird nun freilich vertreten, daß im Hinblick auf die Angemessenheit einer Scheidungsvereinbarung betreffend die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung für die Ehegatten nur eine beschränkte Prüfung durch den Richter stattfinden soll¹¹. Über die Zulässigkeit eines Unterhaltsverzichts schweigt sich das ZGB im Gegensatz zum BGB und zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB) aus. Gleichwohl geht man auch in der Schweiz davon aus, daß Vereinbarungen zwischen den Ehegatten über den Unterhalt nach Scheidung möglich sind. Ein völliger Verzicht auf nachehelichen Unterhalt soll nach überwiegender Lehre allerdings nur im Hinblick auf Art. 151 ZGB, wonach der an der Scheidung schuldige Ehegatte zur Ausrichtung einer Rente an den nicht schuldigen Ehegatten verpflichtet werden kann¹², zulässig sein. Art. 152 ZGB, der bei Bedürftigkeit eines Ehegatten auch den nicht schuldigen Ehegatten zu nachehelichem Unterhalt verpflichtet¹³, wird aus ähnlichen Erwägungen heraus, wie sie in Deutschland und Österreich im Rahmen der Sittenwidrigkeit angestellt werden, als unabdingbar betrachtet¹⁴. Einer hierauf abzielenden Scheidungsvereinbarung wäre mithin die richterliche Genehmigung zu versagen.

Das nunmehr vorliegende Urteil des Bundesgerichtes bringt in verschiedenen Punkten eine wichtige Klärung und Ergänzung der bislang nur in der Literatur cursorisch behandelten Problematik.

Zunächst unterwirft das Bundesgericht alle Unterhaltsvereinbarungen – unabhängig vom Zeitpunkt ihres Zustandekommens – der richterlichen Genehmigungspflicht nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB. Zu Recht weist das Bundesgericht darauf hin, daß sich die Interessenlage bei vorehelichen Vereinbarungen

¹⁰ Grundsätzlich unterliegt zwar das Scheidungsverfahren kantonalem Prozeßrecht, das Bundesrecht gibt jedoch bestimmte Eckdaten vor.

¹¹ Vgl. *Walter Bühler/Karl Spühler*, in: *Berner Kommentar*, Band II, 1. Teilband, 2. Hälfte, 1980, Art. 158 ZGB, Rn. 183; *Karl Spühler*, in: *Ergänzungsband zum Berner Kommentar*, Band II, 1. Teilband, 2. Hälfte, 1991, Art. 158 ZGB, Rn. 183.

¹² Dogmatisch wird dieser nacheheliche Unterhaltsanspruch als Schadenersatzanspruch begriffen, vgl. BGE 107 II 396, 400; 115 II 6, 8 f.; *Cyril Hegnauer/Peter Breitschmid*, *Grundriss des Eherechts*, 3. Auflage, 1993, Rn. 11.15; *Bühler/Spühler* (Fn. 11) Art. 151 ZGB, Rn. 9; *Spühler*, *Ergänzungsband* (Fn. 11) Art. 151, Rn. 9; *Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser*, *Kommentar zum Eherecht*, Band I, 1988, Art. 159, Rn. 46.

¹³ Die Bedürftigkeitsrente liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel ca. 20% über dem Existenzminimum, vgl. hierzu BGE 114 II 301, 304; 117 II 359, 366; 117 II 519, 521; 118 II 97, 99 ff.; 119 II 12, 13.

¹⁴ Vgl. *Bühler/Spühler* (Fn. 11) Art. 158 ZGB, Rn. 189; *Hans Hinderling/Daniel Steck*, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, 4. Auflage, 1995, S. 518, Fn. 11.

nicht von Vereinbarungen im Scheidungsprozeß unterscheide, daß vielmehr eine mögliche Unterlegenheit einer Partei – regelmäßig der Frau – durch richterliche Kontrolle zu kompensieren sei¹⁵.

Was nun die richterliche Kontrolle selbst betrifft, so sieht das Bundesgericht zwei Ansatzpunkte: Auslegung im Wege der sogenannten Unklarheitenregel einerseits und eigentliche Inhaltskontrolle andererseits. Erfreulich – gleichzeitig erstaunlich – ist es, daß das Bundesgericht hier nicht – wie es bei der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis heute noch der Fall ist – auf der Stufe „Kontrolle durch Auslegung“ stehenbleibt, sondern sich einer echten Inhaltskontrolle öffnet. Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der Unterhaltsvereinbarung ist derjenige Betrag, der sich aufgrund der Art. 151 und 152 ZGB ergeben würde. Gemessen hieran erschien die von den Ehegatten vorehelich vereinbarte Unterhaltsleistung als unbillig. Bemerkenswert ist nun des weiteren, daß das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz auch insoweit billigt, als dieser den Scheidungsunterhalt ganz ohne Ansehen der Vereinbarung festlegt und diese nicht im Wege geltungserhaltender Reduktion – wie sie im Schuldvertragsrecht in der Schweiz vertreten wird¹⁶ – auf das erlaubte Maß zurückführt. In der Sache dürfte nunmehr entgegen der bislang in der Literatur vertretenen und oben berichteten Auffassung klargelegt sein, daß ein völliger Unterhaltsverzicht sowohl hinsichtlich Art. 151 ZGB als auch hinsichtlich Art. 152 ZGB allenfalls noch in Ausnahmefällen nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB genehmigungsfähig ist.

Es bleibt zu ergänzen, daß damit auch der Ausgleich von Versorgungsanswartschaften anlässlich der Ehescheidung praktisch unverzichtbar ist. Denn mangels eines dem deutschen Versorgungsausgleich verwandten Instituts im geltenden Schweizer Recht wird diese Problematik heute noch von der Rechtsprechung über das Unterhaltsrecht gelöst, wobei auch eine Übertragung von Versorgungsanswartschaften erfolgen kann¹⁷.

Zwei wesentliche Fragen bleiben nach der Entscheidung des Bundesgerichtes offen: welche Auswirkungen wird dieses Urteil in der erstinstanzlichen

¹⁵ Vgl. auch *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 88, 108.

¹⁶ Vgl. BGE 47 II 462, 464; 57 II 588, 593 f.; 80 II 327, 334; 93 II 189, 192; 106 II 369, 379; 114 II 159, 163; 107 II 218; 120 II 35, 40 ff.; 120 II 341, 349 ff.; *Ernst Kramer*, in: *Berner Kommentar*, Band VI, 2. Teilband, 1. Unterteilband, 1. Lieferung, 1990, Art. 19–20 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR), Rn. 354 ff., 380 ff.; *Peter Gauch/Walter Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage, 1995, Rn. 706 ff.; *Theo Gohl/Alfred Koller/Jean Nicolas Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, 1991, S. 44; *Alfred Koller*, Das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 1996, Rn. 888 ff.

¹⁷ Vgl. Art. 22 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (FZG). Für die Revision des Scheidungsrechtes ist ein ausdrücklicher Versorgungsausgleich vorgesehen (vgl. Art. 122 ff. des ZGB-Entwurfes). Ein Verzicht hierauf soll nur möglich sein, wenn eine entsprechende Alters- und Invalidenvorsorge auf andere Weise gewährleistet ist (Art. 123 Abs. 1 ZGB-Entwurf). Zum ganzen vgl. *Botenschaft über die Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995*, *Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BBl.)* 1996 I 1, 99 ff.

Praxis haben? Und inwieweit läßt sich das Postulat richterlicher Inhaltskontrolle auf andere vermögensrechtliche – namentlich güterrechtliche – Vereinbarungen zwischen Ehegatten übertragen?

Die Antwort auf die erste Frage erscheint deshalb unsicher, weil die Praxis im Hinblick auf die Genehmigung von Scheidungsvereinbarungen in den verschiedenen Schweizer Kantonen völlig uneinheitlich ist¹⁸. Nur in wenigen Kantonen erfolgt eine echte richterliche Überprüfung von Scheidungskonventionen, die die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den geschiedenen Ehegatten regeln. In den meisten Kantonen ist der Richter kaum mehr als eine bloße Urkundsperson, die Vereinbarungen ohne eigene Nachforschungen – vor allem, wenn sie von anwaltlich vertretenen Parteien vorgelegt werden – absegnet. Eine echte Kontrolle könnte hier nur stattfinden, wenn das Gericht verpflichtet würde, zumindest Daten zur Einkommens- und Vermögenssituation der Eheleute zu erheben.

Was die zweite Frage betrifft, so dürfte aufgrund des vorliegenden Urteils zumindest klar sein, daß auch andere vermögensrechtliche Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung nach Art.158 Ziff. 5 ZGB einer Angemessenheitskontrolle zu unterziehen sind. Fraglich ist jedoch, ob davon auch vor oder während intakter Ehe geschlossene Eheverträge, mit denen die Ehegatten zum Beispiel Gütertrennung vereinbaren oder den gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zu Lasten eines Ehegatten modifizieren, betroffen sind. Die Argumentation des Bundesgerichtes schließt diese Möglichkeit jedenfalls nicht aus. In der Sache besteht auch hier kein Grund, Eheverträge anders als Scheidungsvereinbarungen zu behandeln, auch wenn das Gesetz diese in Art.182 ZGB ausdrücklich zuläßt und sie lediglich der notariellen Beurkundung unterwirft¹⁹.

Damit entfernt sich das Schweizer Recht nicht unwesentlich von den beiden anderen Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises, nähert sich dabei aber deutlich anderen europäischen Rechtsordnungen an.

IV. Frankreich

In Frankreich waren Scheidungskonventionen bis zum Jahre 1975 gänzlich verboten, da man in ihnen ein Mittel zur Förderung der Ehescheidung erblickte. Seit der Reform des Scheidungsrechtes durch das Gesetz Nr.75-617 vom 11.Juli 1975 müssen die Ehegatten nun allerdings beim inzwischen in der Praxis wichtigsten Scheidungsgrund, der Scheidung auf gemeinsames Be-

¹⁸ Vgl. *Monika Binkert/Kurt Wyss*, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht (bislang unveröffentlichtes Manuskript einer Untersuchung im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 35 „Frauen in Recht und Gesellschaft“).

¹⁹ Einzelheiten bei *Schwenzer*, ACP 196 (1996), 88, 104 ff.

gehen beider Ehegatten (Art.230ff. des Code civil, Cc), gemäß Art.230 Abs.1 Cc zusammen mit dem Scheidungsantrag den Entwurf einer Scheidungskonvention vorlegen. Nach Art.278 Cc muß diese Vereinbarung auch eine Regelung zur nachehelichen Ausgleichsleistung, der „prestation compensatoire“, enthalten. Die Scheidungskonvention ist nach Art.232 Abs.1 Cc jedoch vom Richter zu genehmigen. Die Genehmigung ist zu versagen und die Scheidung nicht auszusprechen, wenn der Richter feststellt, daß die Vereinbarung die Interessen der Kinder oder eines Ehegatten nicht ausreichend wahrt (Art.232 Abs.2 Cc), wozu insbesondere auch eine angemessene Regelung der „prestation compensatoire“ gehört (Art.278 Abs.2 Cc). Um die Angemessenheit beurteilen zu können, kann der Richter von den Parteien alle Arten von Auskünften verlangen²⁰. In der französischen Praxis scheint von dieser Prüfungskompetenz auch effektiv Gebrauch gemacht zu werden. Wiederholt haben französische Gerichte einer Scheidungskonvention die Genehmigung versagt, wenn sie die Interessen der Frau nur unzureichend berücksichtigte²¹.

Außerhalb eines Scheidungsverfahrens wird jede Vereinbarung über die „prestation compensatoire“ als unwirksam angesehen, da diese Unterhaltscharakter besitzt und deshalb einem Verzicht oder einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich sei²². Erfolgt die Scheidung nicht auf gemeinsames Begehren beider Ehegatten, sondern wird sie aufgrund des Antrags eines Ehegatten, dem der andere zustimmt (Art.233 ff. Cc), aufgrund Verschuldens (Art.242 ff. Cc) oder aufgrund mindestens 6-jähriger Trennung (Art.237 ff. Cc) ausgesprochen, so ist ebenfalls kein Raum für eine privatautonome Regelung des nachehelichen Unterhalts. Bei den ersten beiden Scheidungsformen setzt der Richter die „prestation compensatoire“ fest (Art.270 ff. Cc), die Scheidung wegen „rupture de la vie commune“ läßt gar die eheliche, nicht disponible Unterhaltspflicht²³ unberührt.

Die restriktive Haltung des französischen Rechts im Hinblick auf die Vertragsfreiheit der Ehegatten spiegelt sich auch im Ehegüterrecht wider. Zwar sind die Ehegatten vor der Eheschließung frei, im Wege eines Ehevertrages den gesetzlichen Güterstand der „communauté légale“ (Art.1400 ff. Cc) abzu-

²⁰ Vgl. J.-Cl. Groslière, in: Encyclopédie Dalloz, Répertoire civile (Rép. civ.), Divorce (Procédure), Nr.402; vgl. auch Art.259-3 Cc.

²¹ Vgl. Paris 10.10.1990, Recueil Dalloz Sirey (D.) 1990. Informations Rapides (IR). 275: Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf die Frau, die sich als wertlos herausstellten; Tribunal de Grande Instance (TGI) La Rochelle 19.10.1977, La Gazette du Palais (Gaz.Pal.) 1978.1154 mit Anmerkung Brazier: prestation compensatoire, die im Falle der Wiederverheiratung oder stabiler nichtehelicher Lebensgemeinschaft enden sollte; vgl. auch Cour de Cassation, 2^e Chambre Civile (Cass. Civ. 2^e) 16.1.1985, Gaz.Pal. 1985.2.Panor.211 mit Anmerkung Grimaldi.

²² Vgl. Cass.civ. 2^e 27.6.1985, D. 1986230 mit Anmerkung Philippe; Cass.civ. 2^e 21.3.1988, D. 1988.IR.99 = Gaz.Pal. 1989.1.38 mit Anmerkung Massip; Cass.civ. 2^e 10.5.1991, Bulletin des Arrêts Civils (Bull.civ.) II, Nr.140; vgl. auch schon Cass.civ. 12.12.1921, Dalloz Recueil Périodique et critique de jurisprudence de la législation et de doctrine (D.P.) 1922.1153 mit Anmerkung Capitant.

²³ Vgl. Art.1388 Cc.

bedingen²⁴, sind sie jedoch einmal verheiratet, so ist ein Ehevertrag erst zwei Jahre, nachdem die Ehegatten unter einem bestimmten Güterstand gelebt haben, möglich und bedarf wiederum der richterlichen Genehmigung (Art. 1397 Abs. 1 Cc).

V. England

Das Common Law hat lange gezögert zuzulassen, daß die Ehegatten die Folgen des Scheiterns der Ehe durch Vertrag regeln²⁵. Bis heute ist der Verzicht eines Ehegatten auf gerichtliche Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen im Falle einer Scheidung unwirksam²⁶. Der Grund wird darin gesehen, daß die Befugnis des Gerichts, namentlich zugunsten der Frau finanzielle Regelungen zu treffen, ein notwendiger Bestandteil des staatlichen Scheidungsmonopols sei.

Allerdings sind heute Vereinbarungen zwischen den Ehegatten bezüglich ihrer finanziellen Beziehungen während und nach der Ehe zulässig (Section 34 des Matrimonial Causes Act, MCA, 1973). Eine solche private Vereinbarung kann jedoch auf Antrag jedes Ehegatten jederzeit vom Gericht abgeändert werden, namentlich wenn sich die Umstände nach Abschluß der Vereinbarung geändert haben (Sec. 35 MCA 1973). In der Praxis sind solche Vereinbarungen allerdings selten, da sie – wie gesagt – die Möglichkeit eines Ehegatten, das Gericht zur Regelung der finanziellen Folgen bei Scheidung anzurufen, nicht ausschließen können. Häufig sind jedoch sogenannte „consent orders“, bei denen das gerichtliche Urteil auf der Vereinbarung der Parteien aufbaut (Sec. 33A MCA 1973). Auch insoweit liegt die Regelung der finanziellen Folgen der Scheidung jedoch im Ermessen des Gerichtes, die Vereinbarung der Parteien ist lediglich ein zu berücksichtigender Faktor. Dementsprechend sind die Parteien, auch wenn sie eine Vereinbarung vorlegen, verpflichtet, dem Antrag detaillierte Informationen insbesondere über die jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnisse beizufügen²⁷. Damit ist eindeutig klar gestellt, daß dem Gericht auch bei einer „consent order“ die Überprüfung der Vereinbarung zwischen den Ehegatten zukommt. Freilich weiß man wenig darüber, inwieweit diese Überwachungsfunktion in der Praxis von den Instanzgerichten tatsächlich auch wahrgenommen wird²⁸.

²⁴ Vgl. Art. 1395 Cc.

²⁵ Vgl. *Stephen M. Cretney/Judith M. Masson*, Family Law, 5. Auflage, 1990, S. 446 ff.

²⁶ Vgl. Section 34 Abs. 1 Matrimonial Causes Act (MCA) 1973; *Sutton v. Sutton*, [1984] Chancery Division (Ch.) 184 = [1984] 1, The All England Law Reports (All ER) 168; vgl. auch schon *Hyman v. Hyman*, [1929] Appeal Cases (A.C.) 601 House of Lords (H.L.) = [1929] All ER 245 (H.L.).

²⁷ Vgl. Rule 2.61 Family Proceedings Rules 1991; vgl. auch schon *Livesey v. Jenkins*, [1985] 2 Weekly Law Reports (WLR) 47 (H.L.).

²⁸ Vgl. *Cretney/Masson* (Fn. 25) 458.

VI. Schweden

Abschließend sei kurz die Rechtslage in Schweden erwähnt. Bereits in den 60er Jahren hat der oberste Gerichtshof²⁹ Schwedens einen Unterhaltsverzicht seitens der Ehefrau als gegen Treu und Glauben verstoßend bezeichnet und damit nach allgemeinem Vertragsrecht³⁰ als unwirksam angesehen. Inzwischen hat sich der Gesetzgeber der Problematik im EheG ausdrücklich angenommen, so daß ein Rückgriff auf vertragsrechtliche Grundsätze nicht mehr erforderlich ist³¹.

Grundsätzlich steht es den Ehegatten auch heute noch nach schwedischem Recht frei, ihre vermögensrechtlichen Beziehungen durch Vertrag zu regeln. Nach § 11, 6. Kapitel EheG vom 15.4. 1987 kann der Richter jedoch einen Vertrag über den Unterhalt anpassen, wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder wenn der Vertrag unangemessen ist im Hinblick auf die Umstände bei seinem Zustandekommen oder den sonstigen Verhältnissen. Damit soll insbesondere auch eine Abänderung von Verträgen, die unter Mißbrauch der Verhandlungslage zustande gekommen sind, ermöglicht werden³². Auch Bestimmungen in Eheverträgen betreffend die güterrechtliche Beziehung der Ehegatten können vom Richter nach § 3, 12. Kapitel EheG angepaßt werden oder unberücksichtigt bleiben, wenn sie im Hinblick auf den Inhalt des Ehevertrages, auf die Umstände bei der Entstehung des Ehevertrages, auf die späteren Verhältnisse oder sonstige Umstände unangemessen sind.

Wie das englische Recht sieht demnach auch das schwedische Recht eine richterliche Inhaltskontrolle im gesamten Bereich der finanziellen Beziehungen zwischen den Ehegatten vor.

VII. Schlußbetrachtung

Insgesamt zeigt sich damit im Hinblick auf die Vertragsfreiheit der Ehegatten in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen ein recht heterogenes Bild. Gänzlicher Ausschluß derselben und weitestgehende Zulassung markieren Extremstandpunkte, die richterliche Inhaltskontrolle beschreitet einen Mittelweg.

Alle drei Spielarten lassen sich dabei Entwicklungsstufen im Hinblick auf die jeweilige Auffassung bezüglich der Ehe im allgemeinen und bezüglich des Verhältnisses zwischen den Ehegatten im besonderen zuordnen. Die erste Stufe ist gekennzeichnet durch einen weitgehenden Eheinstitutionenschutz.

²⁹ Vgl. *Nytt juridiskt arkiv* (NJA) 1961, 124.

³⁰ Vgl. § 33 *Avtalslagen* (VertragsG), *Stateus författnings samling* (SFS) 1915:218.

³¹ Vgl. *Anders Agell*, *Aktenskap, Samboende, Partnerskap*, 1995, S.123 ff.

³² Vgl. *Anders Agell*, *Underhall till barn och make*, 4. Auflage, 1988, S.142 ff.

Ihr entspricht ein rigides Scheidungsrecht und die Furcht, vermögensrechtliche Vereinbarungen zwischen den Ehegatten könnten einer möglichen Scheidung Vorschub leisten. Auf der zweiten Stufe herrscht (paläo-)liberales³³ Denken vor, das strikt von einer formal-egalitären Beziehung der Ehegatten ausgeht und faktisch bestehende Unterschiede weitgehend ausblendet. Hiermit korreliert der ungebrochene Glaube an die Vertragsfreiheit der Ehegatten. Auf der dritten Stufe wird die faktisch bestehende Ungleichheit zwischen den Ehegatten in den Vordergrund gestellt und der Versuch unternommen, materiale Gleichheit zu erreichen. Dies schließt Vertragsfreiheit zwischen den Ehegatten zwar nicht aus, erfordert jedoch eine richterliche Inhaltskontrolle zum Schutze der Ehefrau, die sich grundsätzlich in einer schwächeren Verhandlungsposition als der Ehemann befindet³⁴.

³³ Vgl. *Ernst Kramer*, in: Münchener Kommentar, 3. Auflage, 1993, vor § 145 BGB, Rn. 2, der diesen Begriff für das Schuldrecht geprägt hat.

³⁴ Einzelheiten bei *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 88, 104 ff.

aufgespießt

“This argument about the novelty of the action does not appeal to me in the least. It has been put forward in all the great cases which have been milestones of progress in our law, and it has always, or nearly always, been rejected. If you read the great cases of . . . you will find that in each of them the judges were divided in opinion. On the one side there were the timorous souls who were fearful of allowing a new cause of action. On the other side there were the bold spirits who were ready to allow it if justice so required. It was fortunate for the common law that the progressive view prevailed” (Denning, LJ, in: *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 KB 164 (178)).