

Einleitung

Übersicht

1. Einleitung

a. Übersicht

Familienrechtl. Rechtseinrichtungen treten mit allg. **Vertragsrecht** in häufige Wechselbeziehungen. In manchen Bereichen stehen unterschiedliche Rechtseinrichtungen dabei zur Auswahl, die dann selbst Inhalt und Folgen festlegen (Beispiel: **Güterverträge**); in anderen Ausschnitten bestimmen die Beteiligten (weitgehend) frei, wie die Dinge zwischen ihnen gehandhabt werden sollen, vgl. § 630 ZPO, und zudem können sich auch Familienmitglieder wie andere Parteien in vertraglichen **Vereinbarungen** verbinden, etwa durch **Arbeits-** oder **Gesellschaftsverträge**. Stets bleiben dabei die allg. Vorschriften maßgeblich, also für die Anfechtbarkeit, die Unwirksamkeit nach § 134 BGB oder § 138 BGB u.ä.; allerdings sind gerade Absprachen unter **Familienangehörigen** insoweit besonders anfällig, denn

- steuerliche **Umgebungsgeschäfte** liegen nahe (**Scheinbeschäftigung** gegen Entgelt statt Unterhalt, um Leistungen steuerlich nutzen zu können),
- und auch **Übervorteilung** und Druck sind verbreitet (Unterhaltsverzicht gegen Zugeständnisse im persönlichen Bereich; großzügige **Unterhaltungsgewährung** gegen großzügige Ausgestaltung des **Umgangs** mit den gemeinsamen Kindern)
- und bewusst hingenommene oder gar beabsichtigte **Auswirkungen** auf Dritte (**Unterhaltsverzicht** zu Lasten eines öffentl. **Leistungsträger**), vgl. BVerfG v. 6.2.2001, ausführlich dazu Dauner-Lieb, AcP 201, 295.

Vorausschau in  
die Zukunft

b. Vorausschau in die Zukunft

**Eheverträge**, die für die Parteien verbindliche Rechtsverhältnisse für lange Jahre schaffen sollen, werden häufig schon vor Eingehung der Ehe geschlossen oder während ihres Verlaufs; danach können sich die Verhältnisse in vielfältiger Form verändern, denn:

- Aus der Ehe können Kinder hervorgehen und
- die Vermögensverhältnisse können sich in einer Weise entwickeln, die beide Eheleute bei der Heirat nicht vorhergesehen haben;
- die allg. wirtschaftliche und politische Situation kann sich völlig verändern,
- insbesondere durch **Gesetzesreform** und
- einschneidenden Wechsel in der maßgeblichen Rspr. § 323 ZPO?

#### **Allg. Regeln**

#### **Form, anwaltliche Beteiligung**

#### **c. Allg. Regeln**

##### **aa. Form, anwaltliche Beteiligung**

Für Vereinbarungen unter Eheleuten gelten die allg. rechtsgeschäftlichen Bestimmungen, insbesondere also über die **Anfechtung** wegen **Irrtums** oder **Drohung**, über Nichtigkeit und Unwirksamkeit nach § 134 BGB oder § 138 BGB. Etwa:

Das Versprechen von **Schweigegeld** für eine unterlassene Selbstanzeige beim Finanzamt bei gemeinschaftlich begangener Steuerhinterziehung ist sittenwidrig und nichtig; eine Scheidungsfolgenvereinbarung, die eine solche Zusage enthält, kann insgesamt (damit) unwirksam sein, OLG Nürnberg, NJW-RR 2001, 1587 (während der Ehezeit verschoben die Eheleute erhebliche Gelder ins Ausland; die Klägerin machte gegen ihren Mann Ansprüche in "Millionenhöhe" geltend und erklärte bei den Verhandlungen über die Scheidungsfolgenvereinbarung, sie werde eine steuerliche Selbstanzeige erstatten, wenn ihr Mann ihr nicht - im einzelnen festgelegte - Zuwendungen mache).

#### **Ersatzregelungen**

##### **bb. Ersatzregelungen**

Manchmal empfehlen sich von vornherein **Ersatzregelungen**, etwa wenn

- die **Wechselbeziehungen** offensichtlich sind und
- die jeweiligen Auswirkungen deutlich werden,
- so dass nach den Parteivorstellungen eine Anpassung/Abänderung erfolgen muss.

Haben sich die Parteien - als Beispiel - auf eine großzügige Regelung des **Zugewinnausgleichs** verständigt, haben gleichzeitig aber vereinbart, den **Versorgungsausgleich** auszuschließen und die familiengerichtliche **Genehmigung** einzuholen, sollte daher geregelt werden, was zu geschehen hat, wenn das Familiengericht - wider Erwarten - die Genehmigung nicht erteilt.

#### **Eheverträge und Verfügungen**

##### **cc. Eheverträge und letztwillige Verfügungen**

**Eheverträge** und **letztwillige Verfügungen** stehen häufig in

inhaltlicher Verbindung; bei Beginn der Ehe werden Absprachen aufeinander bezogen, und bei der Krisenintervention anlässlich der Scheidung wird häufig gerade diese Verbindung wieder durchbrochen werden müssen, vgl. auch § 2077 BGB; weitere Einzelheiten unten 5. e.

**Steuerliche  
Erwägungen**

**dd. Steuerliche Erwägungen**

Familienrechtliche Verträge sollten **steuerrechtliche Folgen** bedenken; allerdings wird selten empfehlenswert sein, eine Absprache nur deshalb zu treffen, um bestimmte steuerliche Auswirkungen zu erreichen, dazu Bergschneider, Verträge in Familiensachen, Rz. 44, wenn die Parteien sonst eigentlich andere Ergebnisse erzielen wollen. Oft wird sich bei den Verhandlungen die Beiziehung eines Steuerberaters empfehlen; im übrigen ist zu untersuchen, ob der Anwalt selbst sich nicht eine **Haftungsfreistellung** ausbedingen sollte, soweit steuerliche Auswirkungen betroffen sind. Sinnvoll kann auch sein, zunächst zu vereinbaren, eine verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung einzuholen, und bis dahin nur einen **Vorvertrag** abzuschließen. Auch Steuerberater werden aber über die künftige Entwicklung im Steuerrecht kaum verbindliche Erklärungen abgeben können, die völlige Sicherheit bringen, denn die Vergangenheit hat gelehrt, dass viele Dinge, die früher für selbstverständlich gehalten wurden, sich in der Folgezeit ganz anders entwickelt haben, dazu Bergschneider, Rz. 46.

Für Grundstückserwerb zwischen Partnern einer Ehe sieht § 3 Nr. 4 GrEStG Steuerfreiheit vor, aber sie gilt nicht für entspr. Übertragungsgeschäfte zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, BFH, NJW 2001, 2655 (ohne Verfassungsverstoß, wie der BFH meint). Wird im Rahmen des Zugewinnausgleichs ein Grundstück übertragen - um Ansprüche abzugelten -, können Steuerforderungen entstehen, wenn Spekulationsfristen noch nicht abgelaufen sind, dazu Kath-Zuhorst, FF 2001, 193; zu Ertragssteuern bei Leistungen an Erfüllungs Statt zur Abgeltung eines Anspruchs aus Zugewinnausgleich Götz, FamRB 2004, 89.

**Absprachen über  
Verpflichtungen  
in der ehelichen  
Gemeinschaft**

**2. Absprachen über Verpflichtungen in der ehelichen Gemeinschaft**

In manchen Eheverträgen finden sich immer noch Regelungen zur inneren Ausgestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse, etwa zur Haushaltsführung, zur Betreuung der Kinder und zur **Erwerbs**



**tätigkeit.** Maßgeblich ist im Ausgang **§ 1353 BGB**; danach wird die Ehe auf Lebenszeit geschlossen, und die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet und tragen jeweils für den anderen **Verantwortung**, § 1353 Abs. 1 BGB.

Aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft folgt die Verpflichtung zum **gegenseitigen Beistand**. Bei der **steuerlichen Veranlagung** haben die Ehegatten die Variante zu wählen, die

- insgesamt die größten Vorteile bietet
- und keinen von ihnen benachteiligt.

Ist die gemeinsame **steuerliche Veranlagung** möglich, haben beide zusammenzuwirken, auch wenn einer von ihnen bei der getrennten Veranlagung für sich größere Vorteile erzielen könnte. Gemeinsame steuerliche Veranlagung können die Ehegatten wählen, wenn sie auch nur einen Tag im Jahr zusammengelebt haben, vgl. Hauß, FamRB 2002, 346. Unabhängig von der steuerlichen Veranlagung im Ergebnis ist

- die gegenwärtige Zuordnung von Steuerklassen,
- und auf einseitigen Antrag kann ein Ehegatte von der ungünstigen Steuerklasse V in die für ihn günstigere Steuerklasse II (oder IV) wechseln. Zweckmäßiger ist aber der interne Ausgleich über Unterhaltsverpflichtungen, so dass die bisherigen Steuerklassen beibehalten werden. Andernfalls
- zahlt der Gatte, der bisher besser verdient hat, nur geringeren Unterhalt,
- weil sich seine Einkünfte nach unten verändern,
- während der andere, das ist zugegeben, seinen Verdienst einfach erhöhen kann, aber geringeren Unterhalt erhält. Letztlich sind dann die Finanzbehörden die eigentlichen "Gewinner", denn sie beziehen zinslose Darlehen, weil im nächsten Jahr die überzahlten Beträge zurückzugewähren sind (die im Jahr davor für den Unterhalt nicht zur Verfügung gestanden haben - als Steuererstattung können sich andernfalls Unterhaltsforderungen für die späteren Jahre an ihnen ausrichten).

Die Zustimmung zur gemeinsamen steuerlichen Veranlagung kann im

übrigen nicht davon abhängig gemacht werden, dass der besser verdienende Ehegatte dem anderen die gesamten steuerlichen Nachteile im Veranlagungszeitraum ausgleicht, die diesem entstehen können, BGH, FamRB 2002, 332, anders aber jetzt wieder OLG Frankfurt, NJW-RR 2004, 517, weil die Ehegatten sich eben für diese Form entschieden haben und die ehelichen Lebensverhältnisse auf die Verteilung ausgerichtet waren. Im Trennungsjahr kommt allenfalls eine **quotenmäßige Verteilung** in Frage - vier Monate Zusammenleben, acht Monate Trennung führen dazu, dass der Steuervorteil zu 2/3 abgeschöpft werden kann, dazu Hauß, FamRB 2002, 346. Mit dem beabsichtigten Steuerklassenwechsel könnte sich der Steuerpflichtige nämlich auch "rückwirkend" Vorteile verschaffen, nämlich aus Steuererstattung, während er unterhaltsrechtlich sonst nichts verlangen kann. Insgesamt kann er jedenfalls im Verhältnis zum anderen nicht mehrfach profitieren, etwa in der Weise, dass er

- zunächst Ausgleich der Steuernachteile verlangt und
- seine Unterhaltsansprüche nach den tatsächlich erzielten Einkommensverhältnissen berechnet,
- da er so seine Vorteile verdoppelt (und dem anderen doppelte Belastungen zumutet), Hauß, FamRB 2002, 346 (347); vgl. auch Arens, FamRB 2004, 124; im übrigen OLG Köln, FamRZ 1993, 806 und BGH, FamRZ 2002, 1024. Gesamtschuldnerische Haftung beider Ehegatten nach den steuerrechtlichen Regelungen ist kein steuerlicher Nachteil, der einen der Beteiligten berechtigten könnte, die getrennte Veranlagung zu wählen. Stets kann er auch **Aufteilungsantrag** stellen. Nach OLG Düsseldorf, FamRZ 1990, 160 ergibt sich ein Anspruch darauf, dass ein Ehegatte bei schon bestandskräftiger getrennter Veranlagung seine Anträge gegenüber dem Finanzamt widerruft (das kann er noch, soweit für den anderen das Steuerverfahren noch nicht abgeschlossen ist).

Ist die gemeinsame steuerliche Veranlagung nicht mehr möglich,

ist Unterhalt nach den tatsächlichen Einkünften zu errechnen; im übrigen können Schadensersatzansprüche entstehen. Hat ein Ehegatte bereits die getrennte steuerliche Veranlagung gewählt und ist das Steuerverfahren für ihn abgeschlossen, bleibt die Abrechnung insgesamt allerdings offen, wenn Bestandskraft gegenüber dem anderen Ehegatten noch nicht eingetreten ist. Kann auch er sich gegen seine steuerliche Veranlagung nicht mehr zur Wehr setzen, kann wiederum **Schadensersatz** verlangt werden, wobei mitwirkendes Verschulden (wohl) keine Rolle spielt. Bei gerichtl. Verurteilung ersetzt die Rechtskraft die bisher fehlende Zustimmung, § 894 ZPO. Aufrechnung kann dann wie sonst stattfinden; gegen den Mitwirkungsanspruch bei der Steuerveranlagung selbst ist sie sonst ausgeschlossen.

**Vereinbarungen zur Ehescheidung/zur Unscheidbarkeit der Ehe**     **3. Vereinbarungen zur Ehescheidung/zur Unscheidbarkeit der Ehe**  
**Ehescheidung/zur Unscheidbarkeit der Ehe**     **a. Zustimmung**

**Unscheidbarkeit der Ehe**     Begehrt ein Ehegatte Scheidung der Ehe nach § 1566 Abs. 1 BGB, ist die **Zustimmung** des anderen - neben dem Ablauf des **Trennungsjahres** - notwendig. Entsprechende Erklärungen sind allerdings nicht bindend, und sie können auch nicht durch vertragliche Absprachen verlangt und damit unwiderruflich ausgestaltet werden. Vielmehr ist der Widerruf durch den anderen Ehegatten bis zur letzten mündlichen Verhandlung möglich, **§ 63o Abs. 2 S. 1 ZPO**. Allerdings können Absprachen der Parteien in anderer Form bedenklich werden - wenn sie nämlich die Ehescheidung erschweren, etwa durch besondere finanzielle Belastungen in der Situation, dazu BGH, FamRZ 1997, 156 ("Vertragsstrafe" vs. vernünftige Absicherung eines Partners) und BGH, FamRZ 1990, 372 -

"Herr Dr. G. erklärt, dass er sich von seiner Frau H.G. nicht scheiden lassen werde. Die Parteien sind darüber einig, dass diese Erklärung als Geschäftsgrundlage vorliegenden Vergleichs anzusehen ist. Sofern Herr Dr. G. dennoch Scheidungsantrag stellen sollte, sollen die in diesem Vergleich getroffenen Vereinbarungen, soweit sie Frau G. Rechte zusprechen, als Mindestleistungen bestehen bleiben. Darüber hinaus verpflichtet sich Herr Dr. G. für den Fall, dass er dennoch Scheidungsantrag stellen sollte, an seine Frau H.G. eine Abfindungssumme von 100.000,00 DM als Zukunftssicherung vorbehaltslos zu zahlen. Dieser Anspruch wird fällig bei Eingang eines Scheidungsantrags beim zuständigen Familiengericht. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Vollstreckbarkeit der in diesem Vergleich enthaltenen Ansprüche nach gerichtlicher Protokollierung

auch diesen Anspruch auf Zukunftssicherung umfasst." Herr B. will Frau A. heiraten; sie beurteilt seine finanziellen Verhältnisse außerordentlich großzügig, und deshalb drängt sie darauf, dass im Ehevertrag festgehalten wird: "Für den Fall, dass sich Herr B. von Frau A. scheiden lässt, erhält diese eine einmalige Abfindung von 1,5 Mio Euro."

Unter welchen Voraussetzungen kann sich der Ehemann auf die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung berufen?

Frau A., die die Ehe mit Herrn Dr. M. schließen will, ist Apothekerin, Herr Dr. M. arbeitet als Zahnarzt. Sie rechnete ihm vor, dass sie

- auf ihre berufliche Karriere verzichten müsse, wenn sie mit ihm die Ehe eingehe,
- und wenn sie gearbeitet hätte, hätte sie jeden Monat 1.500,00 Euro "ansparen" können. Für den Fall der Ehescheidung verlangt sie genau diesen Betrag als nachträglichen Ausgleich. Wirksam?

Frau C. ist mit Herrn A. verheiratet. Die Ehe gerät in die Krise. Herr A. möchte aber nicht geschieden werden. In dieser Situation vereinbart seine Frau mit ihm, dass sie, wenn die Ehe nachträglich doch geschieden werde, für jeden weiteren Monat des Fortbestandes 2.500,00 Euro "Ausgleich" erhalte. Ist das zulässig? Kann sich der Ehemann wenigstens darauf berufen, seine Frau habe nachträglich den "Anlass für die Zerstörung der ehelichen Beziehung" gesetzt? Kann er diesen Punkt auch im Vertrag festhalten? Kann er mit ihr "Umkehr der Beweislast" vereinbaren, so dass sie bei einer streitigen Auseinandersetzung beweisbelastet wäre (und ihre "Unschuld" dartun müsste)?

#### **Ausschluss der Scheidung**

##### **b. Ausschluss der Scheidung**

Vor einigen Jahren ist die Frage heftig diskutiert worden, ob Ehegatten durch Parteivereinbarung festlegen können, dass ihre Ehe **unscheidbar** sein soll; maßgeblich können dabei **Versorgungsüberlegungen** sein, andere **wirtschaftliche Gründe** oder auch religiöse **Überlegungen/Überzeugungen**, dazu Hattenhauer, ZRP 1985, 200 und Finger, ZRP 1985, 287. Zwar hindert Eheleute niemand daran, sich Leitbildern in ihrer Ehe zu unterwerfen, die sie selbst entwickeln oder die sie vorgeprägt übernehmen; und niemand verwehrt Eheleuten die Entschließung, diese Leitbilder für sich verbindlich werden zu lassen und sich an ihnen zu orientieren, solange die Grenzen eines vernünftig geordneten Zusammenlebens nicht überschritten werden (und diese Grenzen sind für intime Binnenbereiche außerordentlich weit zu fassen). Doch beweist der Scheidungsantrag eines Gatten, dass er sich an die früher eingegangenen Verpflichtungen nicht mehr halten möchte; dann aber gewinnt **Art. 6 GG** ausschlaggebendes Gewicht.

Aus diesen Gründen ist auch die Vereinbarung einer "**Vertrags**



**strafe**" für den Fall, dass die Ehe geschieden wird, unwirksam, § 138 BGB, vgl. auch BGH, FamRZ 1997, 156 und BGH, FamRZ 1990, 372; OLG Zweibrücken, FamRZ 1994, 982. Können die Parteien bei § 1565 Abs. 2 BGB Vereinbarungen treffen und so ihre "Toleranzen" festlegen? Können Sie Absprachen zu § 1568 BGB festhalten, also etwa

- zur Krankheit eines Gatten oder zu
- sonstigen Übergangszeiten, wobei dann kein Scheidungsantrag gestellt werden darf? Wie lang können dann "Fristen" und Übergangszeiten sein?

**Unterhaltsaus-** **c. Unterhaltsausschluss bei Scheidungsschuld**

**schluss bei Schei-** Nach Bergschneider, Rz. 125 und 126 soll ein vereinbarter  
**dungsschuld** Unterhaltsausschluss für den Fall des eigenen, auch nur überwiegenden Scheidungsverschuldens wirksam sein, doch diese Auffassung ist umstritten, a.A. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 26 I 7. Andererseits legt § 1579 BGB ohnehin schon entspr. Rechtsfolgen fest; wenn ein Verzicht auf Unterhaltsansprüche insgesamt möglich ist, muss auch eine Beschränkung statthaft sein. Betreuungsunterhalt bleibt allerdings unangetastet.

**Vortrag in**  
**Bielefeld**  
Einleitung

**4. Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit**

**a. Einleitung**

aa. Vor einiger Zeit schreckte eine Entscheidung des OLG München, FamRZ 2003, 35 mit Anm. Bergschneider die Betroffenen - Eheleute mit teils vor längerer Zeit abgeschlossenen Eheverträgen, Anwälte, Notare und Familienrechtler - auf; mit den dort entwickelten Maßstäben hätten viele sonst formwirksame und bisher auch durchweg als sachlich verbindlich anerkannte Absprachen ihre Bedeutung verloren und ohne weiteren Übergang, obwohl sich die Beteiligten auf die Regelung eingestellt und (etwa) andere finanzielle Dispositionen getroffen hatten, durch die gesetzlichen Regeln zum Unterhalt, Versorgungsausgleich und im Güterrecht ersetzt werden müssen, § 138 BGB. Dabei orientierte sich das OLG München an den Vorgaben des BVerfG zu den Grenzen ehevertraglicher Gestaltungsfreiheit, die sonst aber von der täglichen Anwendungspraxis durchgängig nicht so ver-

standen worden sind, ohne dass allerdings größere Diskussionen geführt wurden, vgl. dazu insbesondere FamRZ 2001, 343 mit Anm. Schwab und FamRZ 2001, 985, wohl auch, weil die Ergebnisse dort ohne weiteres einleuchtend erschienen, etwa Freistellung vom Kindesunterhalt in schwieriger finanzieller Situation der Mutter. Jedenfalls stand die fachgerichtliche Stellungnahme durch den BGH gerade aus, auf die alle gewartet haben. Nach FamRZ 2004, 930 haben sich die Wogen nun wohl wieder weitgehend geglättet; die dort entwickelten Unterscheidungen

- beim rechtlichen Instrumentarium, §§ 138, 242 BGB, Wegfall der Geschäftsgrundlage und Anpassung,
  - und für den jeweiligen Eingriff bzw. seine Folgen (Unwirksamkeit der Absprache - ganz oder teilweise; Inhaltskontrolle, Vertragsauslegung) werden inzwischen (meist) als sachgerecht eingeschätzt, denn sie erlauben eine abgestufte Behandlung einzelner Abreden der Parteien, die
  - auf die persönliche Situation beim Abschluss des Vertrages und die berechtigten Erwartungen damals ebenso abstellt wie
  - auf die weitere Entwicklung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse.
  - Die gesetzlichen/familienrechtlichen Bestimmungen dienen dabei als Maßstab, die teils verbindlich sind (Kernbereiche), teilweise Hinweise liefern, so dass Abweichungen möglich bleiben, teilweise aber auch nur Anhaltspunkte bilden, über die sich die Parteien dann (mehr oder weniger frei) hinwegsetzen können. Jedenfalls hat der BGH
  - die Entscheidung des OLG München aufgehoben und
  - dabei in der Sache deutlich, wenn auch vielleicht nicht in allen Punkten in offener Form eigene Wege gefunden und sich von den Vorstellungen des BVerfG abgesetzt.
  - Sicherlich wird die Ehefrau nicht die Forderungen durchsetzen können, die ihr das OLG München noch zugestanden hatte.
- bb. Manches war bisher tatsächlich wenig überzeugend.

aaa) Frau A., 21 Jahre alt und ohne abgeschlossene Berufsausbildung, heiratet Flugkapitän B., 36 Jahre alt und vermögend; bei der Heirat betreut sie ein gemeinsames voreheliches Kind und ist wieder schwanger. Die Ehe hält 12 Jahre; dann entscheidet sich B. anders. Seine Ehefrau

- ist immer noch ohne Ausbildung,
- hat während der Ehezeit nur im Haushalt gearbeitet und für die Kinder und die Familie gesorgt.

Hat sie auf die (sonst üblichen) Ansprüche im Ehevertrag verzichtet, den ihr B. vor der Heirat mit der Erklärung vorgelegt hat: "Wenn Du nicht unterschreibst, verlasse ich Dich", blieb ihr nach der bisherigen Anwendungspraxis (auch des BGH) nur ein karger Anspruch auf Unterhalt "wegen der Betreuung der Kinder", der mit "Notunterhalt" gleichgesetzt wurde, wobei die Rspr. ihre sonstige persönliche Lage (besondere finanzielle Abhängigkeit, Furcht - Schwangerschaft) nicht für wesentlich hielt. Immerhin wird für die notarielle Praxis neuerdings sogar entsprechende Nachfrage vorgeschlagen, dazu Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 (1765) und unten VI.; andererseits kann Schwangerschaft für sich kein neuer "Unwirksamkeitsgrund" familienrechtlicher Absprachen sein (ebenso wenig wie Unerfahrenheit, jugendliches Alter u.ä.), zumal sich der Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter (am Rande: so schlecht ist dieser Anspruch gar nicht; manchmal bekommt sie, § 1615 I BGB, mehr als die Ehefrau in vergleichbarer Lage, denn Bezugspunkt ist nicht der gemeinsam verwirklichte Bedarf in der Ehe, sondern das eigene, frühere Erwerbseinkommen, das sie nun nicht mehr erzielen kann) "verbessern" wird, weil die strenge Zeitgebundenheit von 36 Monaten aufgegeben werden muss und so "Gleichlauf" mit Ansprüchen in/nach der Ehe hergestellt wird.

bbb) Frau von H. hat für die Dauer des Getrenntlebens beim Amtsgericht in K. in der Nähe von Frankfurt im Wege der einstw. Anordnung für sich Unterhalt von 12.400,00 Euro mtl. bei vom Ehemann gedeckten Wohnbedarf in einem im Eigentum seiner Mutter

stehenden Haus in K. erstritten (mit Vorsorgeunterhalt nach § 1578 Abs. 2 bzw. 3 BGB, der von ihrem Gatten zusätzlich getragen wird). Im Ehevertrag ist der Anspruch für die Zeit nach Rechtskraft des Ehescheidungsurteils auf den "Betreuungsunterhalt" (bei Versorgung gemeinsamer Kinder) nach der jeweiligen Rechtsprechung des BGH "bemessen", für das Jahr 1999 ausdrücklich "auf 1.500,00 DM". Höhere Beträge hätte Frau von H. erst zu erwarten gehabt, wenn sich diese Rechtsprechung geändert hätte (auf vielleicht 1.800,00 DM oder später 2.000,00 DM oder in anderer Form). Weitere Unterscheidungen brachte der BGH jedenfalls nicht an, etwa nach den jeweiligen Standards in der Ehe oder den Bedürfnissen der Kinder, die nun einmal bei "einfachen Verhältnissen" anders sind als bei vermögenden Eltern; das konnte dazu führen, dass

- für das Kind nahezu jeder Luxus (mit Einschränkungen) zu bezahlen war,
- während die Mutter nur eine karge Unterstützung erwarten konnte und darben musste.

cc. Im Ausgang ist BGH, NJW 2004, 930 sicherlich (eher) übersichtlich. Zunächst wird die Situation bei Vertragsabschluss bewertet; sind für sie einschneidende Mängel feststellbar, kann § 138 BGB eingreifen, so dass die Abreden unwirksam sind. Treten Störungen erst im Verlauf auf, kann eine - vorsichtige - Anpassung in Betracht kommen, wobei die gesetzlichen Regelungen Orientierungspunkt sind, aber nicht - stets - an die Stelle der Parteivereinbarung treten. In einigen Ausschnitten

- sind Beschränkungen gar nicht wirksam, vor allem beim Unterhalt wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder, beim Kranken- und Altersunterhalt, weil insoweit eheliche bzw. naheheilige Solidarität besonders gefordert ist,
- nach den beiden Entscheidungen des BGH v. 6.10.2004 auch beim "entschädigungslosen" (= ohne vernünftigen weiteren finanziellen Ausgleich) Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs,

- aber für andere betont der BGH letztlich mit Entschiedenheit die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Partner, die immerhin selbst verfassungsrechtlichen Rang hat, Art. 2 GG. Zwischen diesen beiden Begrenzungen - praktisch unbeschränkte Dispositionsbefugnis der Parteien, weitgehender Vorrang der gesetzlichen Bestimmungen - öffnet sich ein weites Feld für differenzierte Regelungen, etwa für den Aufstockungsunterhalt, den Ausbildungsunterhalt, sonstige Unterhaltsforderungen, Versorgungsausgleich mit "Gegenleistungen" etwa durch Abschluss einer privaten Lebensversicherung bzw. gegen Übertragung von Grundeigentum, Hausratsteilung u.ä., zu Einzelheiten unten VII.; ihre Möglichkeiten sollten die Parteien aber auch nutzen! Selbst für die vom BGH ausdrücklich angesprochenen Bereiche bleiben zumindest im Ausgang die Eheleute selbst "zuständig"; erst wenn ihre Absprachen die nun zu beachtenden Grenzen überschreiten - die oft allerdings erst noch zu entwickeln sind, denn der BGH hat sich nicht in allen Einzelpunkten festgelegt -, sind Anpassung, Ergänzung oder noch weitere Eingriffe (bis zur Unwirksamkeit) statthaft.

dd. Vieles in BGH, NJW 2004, 930 erscheint vorläufig, ausfüllungsbedürftig oder skizzenhaft; so wie bei seiner Rspr. zur Behandlung erstmals nach der Ehescheidung erzielter Erwerbseinkünfte des unterhaltsberechtigten Gatten (von der Anrechnung zur Differenzmethode) steht die weitere Ausdifferenzierung und -dogmatisierung noch offen (und ist dann für die einzelnen Fallgruppen und Fallgestaltungen jeweils konkret zu leisten). Nicht überzeugend wäre jedenfalls in meinen Augen, wenn

- der BGH bei seinen Ausführungen in NJW 2004, 930 bliebe,
- ohne sich in der Folgezeit um diese Aufgaben näher zu bemühen. Die beiden Entscheidungen vom 6.10.2004 lösen die Vorgaben aber ein (zum ausgleichslosen Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs); weitere Erläuterungen werden später nachfolgen. Zumindest vorläufig wird daher die Anwendungspraxis der Oberlandesgerichte unterschiedlich (und daher auch: unüber-

sichtlich) bleiben, vgl. etwa OLG Celle, FamRZ 2004, 1969 und OLG Düsseldorf, FamRZ 2004, 381 einerseits, OLG Koblenz, FamRZ 2004, 1970 (zum Versorgungsausgleich) andererseits, wobei ohnehin Vorbehalte für diese Bewertung anzubringen sind.

ee. Wesentliche Verbesserungen hat der BGH mit seiner Rspr. sicherlich schon jetzt erreicht - in Zukunft werden unsere Eheverträge ausgewogener sein, damit meist auch den gemeinsamen Vorstellungen der Eheleute (eher) entsprechen, denn wer ist schon bei der Heirat im wesentlichen darauf aus, seinen Partner harsch zu beschränken und ihm alle rechtlichen Möglichkeiten zu nehmen, um sich soweit wie möglich Vorteile zu verschaffen? Jedenfalls sollten wir uns (ebenfalls: eher) an der von den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Lastenverteilung orientieren und abgestimmte Lösungen finden, die die Interessen der Ehepartner austariert, zur Zugewinnngemeinschaft bzw. Gütertrennung und ihren verschiedenen Modifizierungsformen § 5 ErbStG und unten VII. 2.

ff. aaa) Unwirksam bzw. anpassungsbedürftig können nicht nur Eheverträge sein, sondern auch Scheidungsfolgenvereinbarungen, allerdings durchgängig nur § 138 BGB, denn an welchen Maßstäben soll die Inhaltskontrolle wegen veränderter Verhältnisse gemessen werden? dazu Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 und IV.

bbb) Schließlich stellen sich besondere Aufgaben bei Auslandsbezug, dazu V.; wie haben wir ehevertragliche Vereinbarungen von Ausländern zu handhaben, deren heimatrechtliche Maßstäbe anders sind als bei uns - strenger? weniger streng? Können Deutsche "ins" Auslandsrecht ausweichen und sich so von Bindungen befreien, die sie bei uns fürchten? zum Fall Boris Becker vgl. zuletzt Reus/Damerow, FPR 2004, 329.

gg. Nicht jede "Benachteiligung" durch den Ehevertrag löst allerdings die Folgen aus, die der BGH, NJW 2004, 930 vermeiden will. Zufälligkeiten sind stets auszuschalten.

Flugkapitän B., jetzt 65 Jahre alt, hat vor 14 Jahren eine damals 19-jährige Philippina geheiratet. Im Ehevertrag vereinba-

ren beide Gütertrennung (und Unterhaltsverzicht pp.). Frau B. ist (nun) 33 Jahre alt, hat in Deutschland eine Ausbildung als Krankenschwester abgeschlossen und arbeitet ganztägig (mit 1.850,00 Euro netto im Monat); sie will sich scheiden lassen. B. hat ihr im Verlauf der Ehe verschiedene Immobilien in Deutschland übertragen; im übrigen hat er, weil die Gesetze dort so sind, für seine Frau weiteres Eigentum auf den Philippinen begründet. Über die Auswirkungen des Ehevertrages beschwert er sich - im gesetzlichen Güterstand hätte er tatsächlich die Schenkungen an seine Frau zu erheblichen Teilen "rückabwickeln" können, denn Zuwendungen unter den Gatten werden anders als Schenkungen von dritter Seite - insbesondere der eigenen Eltern - nicht dem Anfangsvermögen zugerechnet und damit weitgehend neutralisiert, sondern wie sonstiger Erwerb aktiviert und abgerechnet.

Aber diese Folgen hat sich B. selbst zuzuschreiben. Inhaltliche Verbindungen mit dem Ehevertrag bestehen nur in ganz lockerer Form. B. hätte sie ohne weiteres vermeiden können.

**BVerfG, FamRZ 2001 b. BVerfG, FamRZ 2001, 343**

**343**

FamRZ 2001, 343 knüpft an die eigene Rspr. des BVerfG zu

- Bürgschaftsverpflichtungen
- und zu Handelsvertreterverträgen an und überträgt die dort entwickelten Grundsätze (zumindest teilweise) auf das Familienrecht. Privatautonomie ist grundgesetzlich geschützt, Art. 2 GG; sie beruhe aber auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, so dass stets Bestimmungsfreiheit der Beteiligten erforderliche Voraussetzung sei, die auch ausgeübt werde, ohne dass nun im jeweiligen Einzelfall entsprechende Nachweise für sie geführt werden müssten, denn "schon aus Gründen der Rechtssicherheit (dürfe) ein Vertrag nicht (schon) bei jeder (später festgestellten) Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden", BVerfG, NJW 1994, 36 (38). Anders fällt die Bewertung erst aus, wenn
- Absprachen offensichtlich von Vorstellungen eines vernünftigen Interessenausgleichs abweichen und die Lasten unangemessen

umverteilen,

- wobei zu prüfen ist, ob dies "Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke" ist, so dass jedenfalls individuelle Fehler und Nachlässigkeiten unberücksichtigt bleiben (müssen).
- Folglich ist im einzelnen noch nachträglich festzustellen, wie der Vertrag zustande gekommen ist und wie sich der (vielleicht strukturell) stärkere Partner verhalten hat.
- Neutral bleibt das BVerfG bei der Entwicklung zivilrechtlich gebotener Eingriffsmittel, § 138, 242 BGB, hohe Eingriffsschwelle verfassungsrechtlicher Prüfung; die notwendigen Aufgaben haben daher (erst) die Fachgerichte zu leisten -der BGH nimmt nun auch die entsprechende Festlegung vor, NJW 2004, 930.
- Die Vorstellung, im Familienrecht bestehe grundsätzlich eine strukturelle Unterlegenheit einer Seite - nämlich der Ehefrau bei Abschluss eines Ehevertrages -, hat sich dagegen nicht durchsetzen können, dazu Schwenzer, AcP 1996, 88, aber auch Büttner, FamRZ 1997, 600, beide kritisch zur Rspr. des BGH in "Schwangerschaftsfällen", etwa NJW 1997, 126 (schwängere Ehefrau unterschreibt ehevertragliche Verzichtserklärung drei Tage vor der Heirat, die der Ehemann von diesen Zugeständnissen abhängig gemacht hat) bzw. NJW 1997, 192 (Ehemann sah vom beabsichtigten Scheidungsantrag ab, nachdem ihm seine Frau durch entspr. Erklärungen in der von ihm verlangten Form entgegengekommen war); sie müsste dazu führen, ehevertragliche Vereinbarungen
- entweder überhaupt von gerichtlicher Kontrolle abhängig zu machen, wie das manche unserer Nachbarn tun, dazu Schwenzer, FAMPRA.ch 2005, 1,
- oder zumindest bei der Scheidung eine Angemessenheitsprüfung durch das Gericht einzuführen, so immerhin - mit Einschränkungen - die Schweiz und die Türkei, vgl. zu weiteren Einzelheiten Finger, FF 2004, 245 und unten V. Auch das BVerfG geht nicht
- von einer durchgängigen strukturellen Unterlegenheit einer Seite (der Ehefrau) bei entsprechenden Absprachen aus



- und nimmt auch keine situationsbedingte (typisierbare) Abhängigkeit (etwa "bei Schwangerschaft und Berufsaufgabe wegen Kindeserziehung" an; beides gewinnt aber in anderer Form - jeweils geprüft im Einzelfall - durchaus Gewicht. Vielmehr, so FamRZ 2001, 343 (345):

"Im Privatrechtsverkehr entfalten die Grundrechte ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidung durch das Medium der Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, damit vor allem auch durch die zivilrechtlichen Generalklauseln", die im Lichte der Vorgaben des GG aufgelegt und eingesetzt werden müssen.

"Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie setzt voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des einzelnen auch tatsächlich gegeben sind. Maßgebliches Instrument ... (dabei) ist (gerade) der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Wechselseidige Bindung und Freiheit finden so ihre Konkretisierung. Der (geäußerte) übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen", der so hinzunehmen ist. "Ist jedoch aufgrund

- einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und

- einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt praktisch einseitig bestimmen kann, ist es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundsatzpositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt", auch für Eheverträge,

- wenn sie eben nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Absprachen in der Verbindung der Eheleute sind, sondern "eine

auf ungleiche Verhandlungsposition basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners" widerspiegeln, FamRZ 2001, 343 (346), abgesichert durch Art. 3 Abs. 2 und 6 GG. Enthält ein Ehevertrag eine erkennbar einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten der Frau und ist er vor der Ehe und im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft geschlossen worden, gebietet auch der Anspruch und Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter aus Art. 6 GG, die ehevertragliche Vereinbarung einer besonderen richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen, BVerfG, FamRZ 2001, 343 (346); aber die Abrede ist nicht stets, wie das manchmal gesehen wird, unwirksam. Weniger wichtig erscheint mir hingegen, ob die notwendigen Aufgaben

- als Missbrauchskontrolle zu verstehen sind,
- oder als "Leitbild-Abwägungskontrolle", gemessen an den eherechtlichen gesetzlichen Bestimmungen, denn beide Aufgaben überlagern sich zumindest zu großen Teilen, so auch BGH, NJW 2004, 930. Wird in Kernbereiche familienrechtlicher Regelung eingegriffen, ohne dass sich überzeugende und nachvollziehbare Gründe entwickeln lassen, wird regelmäßig Missbrauch vertraglicher Gestaltungsfreiheit durch einen Partner vorliegen, weil er sich über die sonst vorgeschriebene Aufgabenverteilung rücksichtslos hinwegsetzt. Schließlich ist auch die Entwicklung von den Partnern gewählter "Ehemodelle" kaum hilfreich, um so jeweils gesonderte "Leitbilder" entwickeln zu können; was ist, wenn sich die Dinge im Laufe der Zeit anders entwickeln? die Karrierefrau kehrt an den häuslichen Herd zurück und erzieht Kinder - entscheidet dann die ursprüngliche Planung oder die Wirklichkeit? die Hausfrau mit sechs Kindern wird - Ärztin und politisch sehr aktiv! Für § 138 BGB, der auf die Vorstellungen "damals" bei Abschluss des Vertrages abstellt, bleibt dieser Punkt allerdings weiterhin wichtig; auch dabei "bewährt" sich eben die Sicht des BGH mit
- seinem gestuften Instrumentarium und
- seinem schon im Ausgang differenzierten Ansatz.

Dabei kann sich der "Effekt" der einseitigen Belastung (verstärken), je mehr Scheidungsfolgenrechte abbedungen werden, selbst wenn jeweils im Einzelfall vielleicht "kritisch" nur ein sonst von den Parteien regelbarer Bereich betroffen ist (Aufstockungsunterhalt), dazu Hahne, Vertragsfreiheit im Familienrecht, 181 (192).

**BGB, NJW 2004, 930 c. BGH, NJW 2004, 930**

Der BGH stand danach vor der Aufgabe, die allg. gehaltenen und im alltäglichen Anwendungsprozess kaum tragfähigen Überlegungen des BVerfG aufzunehmen und in die familiengerichtliche Praxis umzusetzen, die notwendigen Differenzierungen vorzunehmen - nicht jedes Zugeständnis einer schwächeren Partei führt zur Unwirksamkeit des Vertrages, nicht jeder Nachteil, den ein Partner hinnimmt, berechtigt zur gerichtlichen Korrektur - und das rechtliche Eingriffs- bzw. Kontrollinstrumentarium zu entwickeln. Beginn und zunächst Rahmen ist NJW 2004, 930; inzwischen sind, 6.10.2004, zwei weitere Entscheidungen zum (praktisch) entschädigungslosen Ausschluss des Versorgungsausgleichs hinzugekommen, NJW 2005, 137 und NJW 2005, 139, beide abzurufen über [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), mit denen der BGH seine Position entwickelt und näher erläutert.

aa. Bedeutung der einzelnen Folgen; Kernbereich

aaa) Ausgangspunkt bleibt für den BGH die verfassungsrechtlich gewährleistete Dispositionsbefugnis der Eheleute, über ihr künftiges - oder vorangegangenes - eheliches Leben und die rechtlichen Auswirkungen dabei zu bestimmen, wobei die "Tatsache (wichtig wird), dass das Gesetz keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen vorgibt. Jedoch (und zumindest) lässt sich ihm ein bestimmter Kernbereich entnehmen", vgl. dazu schon Dauner-Lieb, AcP 2001, 295 (314), so dass eben

- wichtige und für die Parteien unantastbare Folgen von
- anderen abzugrenzen sind, die weniger wesentlich sind und deshalb ihrer Disposition (mehr oder weniger) unterliegen,
- so dass "eine Rangabstufung zwischen den einzelnen Schei-

dungsfolgen, gemessen an ihrer Bedeutung für den Berechtigten in seiner jeweiligen persönlichen und wirtschaftlichen Lage" zu erfolgen hat.

Ein wenig verkürzt, aber einprägsam: "Allgemein gilt, je dringlicher eine Scheidungsfolge für die Existenz des Berechtigten ist, desto weniger steht sie zur Disposition", sämtlich Zitate Hahne, 193, eine Sicht, die der "Grobeinteilung" des Gesetzes folgt, die Abfolge im einzelnen dann aber noch festlegen muss. Dabei "rangiert der Zugewinnausgleich auf der rangniedrigsten Stufe" (unter den großen Drei - Unterhalt, Versorgungsausgleich, Güterrecht) und ist "so" der Gestaltung durch die Ehegatten am weitesten unterworfen. Weder ein besonderes Eheverständnis noch der Gedanke nahehelicher Solidarität erfordern zwingend eine gegenseitige Vermögensbeteiligung, da die Ehe nicht notwendig eine Wirtschafts- und Vermögensgemeinschaft ist, eine bemerkenswert deutliche Absage an unsere Vorstellungen von der Behandlung des während der Ehe erwirtschafteten Zugewinns und seiner Verteilung. "Bei einem Ehegatten auftretende Bedarfslagen werden (eben) über das Unterhaltsrecht abgewickelt". "Indem das Gesetz den Ehegatten die Wahl des Güterstandes freigibt, trägt es dem Bedürfnis Rechnung, dass diese ihre interne Vermögenszuordnung ganz individuell ihren jeweiligen vermögensrechtlichen Bedürfnissen anpassen können", Hahne, 194, eher zirkelschlüssig - weil das Gesetz vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten einräumt, sind sie zulässig, und sie sind zulässig, weil die gesetzlichen Bestimmungen eben von dieser Gestaltung ausgehen. Jede andere Lösung wäre allerdings auch praktisch kaum durchsetzbar:

- Eheverträge enthalten in großer Zahl gerade güterrechtliche Absprachen; ihnen kann nicht plötzlich und ohne Übergang - solchen Übergang halten wir stets bei güterrechtlichen Veränderungen bereit, vgl. dazu den Wechsel von der früheren Verwaltungs- und Nutzungsbefugnis des Ehemannes am eingebrachten Gut der Frau durch das GlBerG, den Veränderungen durch das IPR 1986,

dem G für besondere güterrechtliche Regelungen für Vertriebene und Flüchtlinge, schließlich beim Beitritt der neuen Bundesländer - nachträglich und ohne jede Chance der Abwehr die Grundlage entzogen werden.

- Mit Übergängen hätten wir aber unterschiedliche "Güterstände" über lange Zeit gehabt, teils also weiterhin trotz verfassungsrechtlicher Vorbehalte mit wirksamen Rechtsverzicht, aber in dieser Form nicht mehr "wählbar" für die Zukunft und für einen Abschluss für sie.

- Im Hinblick auf ihre Absprachen zum ehelichen Güterrecht haben viele Eheleute anderweitige Vorsorge getroffen, etwa durch private Versicherungsverträge, Übertragung anderer Vermögenswerte u.ä.; sie hätten "rückabgewickelt" werden müssen, wobei - geringerer Eingriff - allerdings wohl auch eine Bewertung von "Leistung" und "Gegenleistung" möglich gewesen wäre, die dann über die Wirksamkeit der Vereinbarung entschieden hätte. Für den Versorgungsausgleich werden wir genau das nach den beiden genannten Entscheidungen des BGH (NJW 2005, 137 und NJW 2005, 139) allerdings (zumindest in Umrissen) tun müssen.

bbb) Zum ehelichen Kernbereich zählen danach

- beim Unterhalt der Anspruch "nach § 1570 BGB wegen Kindesbetreuung, und zwar schon deshalb, weil er in erster Linie dem Schutz des betreuungsbedürftigen Kindes dient, dem die Mutter - oder auch der Vater! P.F. - als Betreuungsperson erhalten bleiben soll. Vertragliche Einschränkungen sind aber bedenkenfrei, wenn etwa das Alter des Kindes, die temporäre Verfügbarkeit anderer Betreuungspersonen (z.B. Großeltern oder angestellte Kinderfrau) oder die Art des Berufs der Mutter (Lehrerin? P.F.) erlauben, Kindesbetreuung und Berufstätigkeit miteinander (zu verbinden", Hahne, 194, 195 und dies., DNotZ 2004, 84 (91), zu weiteren Einzelheiten unten VII. 4.

Deshalb kann die frühere Rspr. des BGH nicht beibehalten werden, Hahne, 195 (etwa "Notunterhalt" bei Betreuung von Kindern), aber Hahne selbst hält Ausnahmen für möglich, nämlich

- bei § 1579 BGB (grobe Unbilligkeit in anderer Form),
- wohl auch bei besonders günstigen Lebensverhältnissen der Eltern und ausreichender finanzieller Ausstattung der Mutter,
- wobei insoweit unterschiedliche Lebensstandards (Mutter: ärmlich, Kind: großzügig) nicht zu befürchten sind, pädagogische "Begrenzung" des Kindesunterhalts, Hahne, 195.
- Dem Betreuungsunterhalt im Range nachgeordnet - aber gleichwohl: dem ehelichen Kernbereich zugehörig - sind Unterhaltsforderungen wegen Alters und Krankheit. Eheliche Solidarität verlangt auch für sie besonderen Einsatz. Dabei muss die Bedürftigkeit nicht ehebedingt sein, Hahne, 195, sondern kann auch auf schon früher begründete Anlagen zurückgreifen.
- Nachrangig sind Erwerbslosenunterhalt, denn bereits "das Gesetz hat das Risiko auf den Bedürftigen verlagert", Hahne, 195; dann folgen Alters- und Krankenvorsorgeunterhalt, aber das erscheint so sicher nicht mehr (nach den Entscheidungen zum Versorgungsausgleich).
- Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt sind am ehesten disponibel, da sie vom Gesetz am schwächsten ausgestaltet und sowohl zeitlich als auch der Höhe nach begrenzt werden können, Hahne, 195, wiederum ein wenig kurzläufig und zirkelschlüssig, aber wohl richtig. Lebensstandardgarantien in der bisherigen Form sollen im übrigen nach den bekanntgewordenen Plänen für ein verändertes Unterhaltsrecht zumindest in dieser Form nicht fortbestehen.
- Auch der Versorgungsausgleich kann nicht ohne vernünftige und passende Gegenleistung ausgeschlossen werden; unsere familiengerichtliche Praxis für die notwendige Genehmigung von Parteierklärungen im Verfahren wird damit auf die Absprachen zuvor vorgezogen, denn wir haben diese Aufgaben nun schon bei der Vertragsfassung selbst zu erledigen.
- Bei einem Globalverzicht liegt "die Annahme eines einseitig belastenden Vertrages (besonders) nahe, auch wenn als Unterhaltsanspruch beispielsweise nur der rangniedere Aufstockungs-

unterhalt in Betracht käme. In diesem Fall ist nämlich die ungleiche Belastung auf die Kumulierung des Anspruchsverzichts zurückzuführen, auch wenn die einzelnen Teilelemente für sich allein genommen noch nicht schwer wiegen mögen", Hahne, 196. Deshalb ist insoweit Vorsicht geboten. § 139 BGB wird jedenfalls nicht stets durch entspr. salvatorische Klauseln im Vertrag ausgeschaltet, dazu gleich 2. f.

bb. §§ 138, 313 - Wegfall der Geschäftsgrundlage -, 242 BGB

aaa) Als rechtliches Instrumentarium stehen §§ 138, 242 und 313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) bereit; Anfechtungsregeln (§§ 119 bzw. 123 BGB) und die allg. Bestimmungen in üblicher Auslegung, §§ 134, 138 BGB, sind ohnehin anwendbar, etwa bei "unzulässigen Koppelungsgeschäften" (elterliche Sorge "gegen" Entschädigungszahlung), Erpressung, Scheingeschäften, gemeinsam beabsichtigter Benachteiligung Dritter (Unterhaltsverzicht "gegen" einen Träger staatlicher Transferleistungen) u.ä. § 138 BGB soll Aufgaben der "Wirksamkeitskontrolle" übernehmen, während § 242 BGB "Ausübungskontrolle" zu leisten hat. Damit sind die unterschiedlichen Einsatzzeitpunkte bezeichnet; § 138 BGB schließt an den Abschluss des Vertrages und die Vorstellungen der Parteien und ihre Erwartungen damals an, während über § 242 BGB die weitere Entwicklung zu berücksichtigen und einzubeziehen ist, die die Planungen der Beteiligten (vielleicht) überholt hat. Dispositionsfreiheit der Eheleute ist jedenfalls ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut; deshalb gilt der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs, selbst für § 138 BGB, weil zunächst die Gatten mit ihren Absprachen die für sie verbindlichen Folgen festlegen, Hahne, 198/199. So können aber auch Brüche entstehen,

- denn einerseits ist § 139 BGB zu beachten (aber salvatorische Klauseln werden weitgehend verdrängt), so dass dem Vertrag insgesamt die Grundlage fehlen kann,

- während andererseits, selbst bei Unwirksamkeit nach § 138 BGB, die Aufrechterhaltung wenigstens zu Teilen in Betracht

kommt, Hahne, 199.

bbb) Zunächst ist also die Wirksamkeit der Absprache festzustellen; "im Wege einer auf die individuellen Verhältnisse der Ehegatten bei Vertragsschluss abstellenden Gesamtschau ist zunächst zu prüfen, ob sie schon (damals) offenkundig" einseitig die Lasten für den Scheidungsfall verteilt haben, wobei, wenn diese Feststellung getroffen werden muss ... (Ergebnis) ..., der Wiedereintritt der gesetzlichen Scheidungsfolgen ist". Grundlage wird § 138 BGB. Aber auch in dieser Situation ist nicht die Unwirksamkeit aller Absprachen zwingend; vielmehr sind sie selbst stets vorrangig und daher zu erhalten, soweit dies möglich ist, und deshalb kommt insoweit (auch) "Teilunwirksamkeit" in Betracht, § 139 BGB (wohl aber eher die Ausnahme). Im übrigen können sich im weiteren Verlauf die Dinge anders entwickeln als geplant - der durch den Vertrag benachteiligte Ehegatte hat nun "wieder sein eigenes Auskommen", etwa weil die Kinder älter geworden sind und nicht mehr der Betreuung bedürfen. Aufstockungsunterhalt - da die ursprüngliche Abrede gegen § 138 BGB verstößt - kann er dann nicht verlangen, § 242 BGB, Hahne, 200, weil die vertraglichen Abreden "überholt" sind.

ccc) Scheidungsabsicht bei Vertragsschluss ist nicht notwendig; sie wäre nachträglich - auch viele Jahre nach den Abreden der Parteien - meist gar nicht nachprüfbar, zumal durchgängig subjektive und objektive Merkmale zusammentreffen werden; im übrigen kann man den Ehegatten kaum unterstellen, sie hätten schon vor der Heirat an ihre spätere Trennung und die Auflösung ihrer Ehe gedacht. Doch sind damit nicht sämtliche subjektiven Elemente ausgeschlossen; denn "Missbrauch" vertraglicher Gestaltung setzt eben auch voraus,

- dass die Partei, die sich entspr. Vorwürfen ausgesetzt sieht,
- die Gelegenheit ausgenutzt und sich
- über berechnete Interessen des anderen Teils hinweggesetzt hat.

- Bei umfassenden Verzichtserklärungen (Globalverzicht) wird die



Kenntnis der "fehlenden Vertragsparität" und der Unausgewogenheit der vertraglichen Lösungen, die der eine zum Nachteil des anderen nutzt, allerdings ohne weiteres anzunehmen sein. Also sind die Absichten und Erwartungen der Parteien bei Abschluss des Vertrages festzustellen und zu prüfen, wobei - Parteidisposition im späteren streitigen Verfahren - die maßgeblichen Daten von den Beteiligten zu liefern sind; manche Gerichte neigen allerdings bei Rechtsstreitigkeiten um die Wirksamkeit der Vereinbarung zu umfangreichen Auflagebeschlüssen, etwa mit einem ausgearbeiteten und an der Rspr. des BGH orientierten Fragenkatalog - mir erscheint das so nicht statthaft. Dabei kann der Streit in der Sache selbst zu führen sein - Auskunftsverlangen im Güterrecht trotz verabredeter Gütertrennung, für Unterhaltsforderungen trotz vertraglich vereinbartem Unterhaltsverzicht -, aber auch im Zwischenfeststellungsverfahren, um die maßgeblichen Rechtsfragen in dieser besonderen Form vorab zu klären, § 280 ZPO.

Für künftige Abschlüsse ist darauf zu achten, dass - etwa in einer Präambel - sämtliche maßgeblichen Punkte (Parteiabsichten) ausdrücklich festgehalten werden, dazu Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 (1765); zu den Empfehlungen des letzten DFGT Brudermüller/Schürmann, FuR 2004, 18, im übrigen VI. Zwei Fallgruppen will ich besonders herausgreifen; sie haben auch in der bisherigen Anwendungspraxis - wohl über das notwendige Maß - Beachtung gefunden:

- Bei Schwangerschaft (der Ehefrau) wird ihre Abhängigkeit und ihre besondere Lebenssituation eine (eben besondere) Rolle spielen müssen, aber andererseits ist nicht jede Absprache, die eine schwangere Frau trifft, von vornherein und für sich unwirksam.
- Spricht oder versteht ein Partner nicht ausreichend deutsch, sind Vorkehrungen zu treffen, dass er sich verantwortet auf den vorgesehenen Vertrag einrichten kann, so dass Beiziehung eines Dolmetschers bzw. Übersetzung des Vorentwurfs ebenso notwendig

wird wie nochmalige Übertragung bei der Beurkundung selbst, vgl. Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 (1765) im Anschluss (etwa) an OLG Köln, FamRZ 2004, 457 (aber mit anderem Ergebnis - trotz erheblicher "sprachlicher Schwierigkeiten", die auch das OLG sieht, soll die protokollierte Vereinbarung wirksam sein, denn jeder trage schließlich das Risiko seines eigenen Verständnisses oder dabei auftretender Fehler).

Bei nachträglicher gerichtlicher Überprüfung ist nach diesen Einzelheiten zu fragen; im übrigen ist zu klären:

- Wie waren die Vermögensverhältnisse der Eheleute? Welchen Verdienst haben sie erzielt? Wie war ihre sonstige berufliche Stellung?
- Welche Erwartungen haben sie gehabt? Wie hat sich jeder Ehegatte die weitere Entwicklung vorgestellt? Gab es gemeinsame Planung für Berufstätigkeit bzw. Familienarbeit?, vgl. auch d). ddd) Schlagen die gemeinsamen Erwartungen der Eheleute fehl und entwickeln sich die Dinge anders als sie geplant waren, kommen §§ 242 (bzw. 313 BGB) ins Spiel, (nachträgliche) Ausübungskontrolle; eine Partei kann sich dann auf die getroffenen Abreden nicht (mehr) berufen, weil sie damit ihre gerade aus dem ehelichen Zusammenleben mit dem anderen zu entwickelnden Treue- und Rücksichtspflichten verletzen würde. Wiederum gelten allerdings die Grundsätze des "geringstmöglichen Eingriffs"; deshalb ist zunächst zu prüfen, ob sich nicht schon aus dem Vertrag "ein bestimmter Regelungswille der Parteien" entnehmen lässt, wobei sogar ergänzende Vertragsauslegung in Betracht kommen kann. Vertragsauflösung kann (daher erst) erfolgen, wenn
  - die Anpassung scheitert
  - oder dem benachteiligten Teil "ein Festhalten am Vertrag" und seinen Folgen nicht zuzumuten ist, Hahne, 201. Dabei sind sämtliche Entwicklungen in der Ehe zu berücksichtigen; so kann, wie schon erwähnt, sogar einer zunächst unwirksame Abrede nachträglich - Anpassung! - nun "Wirksamkeit" zuzuerkennen sein, weil sich der begünstigte Ehegatte nicht auf die "früheren Verfeh-

lungen" berufen darf, wenn sie letztlich ohne Auswirkungen bleiben. Auf der Rechtsfolgenseite ist den Belangen beider Ehegatten ebenfalls flexibel Rechnung zu tragen; schließlich sind ihre Absprachen so weit wie möglich zu erhalten, Verhältnismäßigkeitsgrundsätze. So kann beim Unterhalt

- etwa zeitliche Befristung in Betracht kommen,
- Beschränkung der Höhe nach,
- im Vergleichswege .. eine Unterhaltsabfindung, Hahne, 201 (?) .

Wesentlich werden also:

- Haben sich die Dinge im Verlauf der Ehe anders entwickelt als die Eheleute das angenommen haben? Wie ist die finanzielle Situation jetzt? Wie ist der jeweilige Verdienst?
- Wie sind die beruflichen Möglichkeiten? Wann kann ein Teil - meist die Frau - wieder berufstätig werden? Wie ist ihre Situation insgesamt? Ist sie über Unterhalt ausreichend versorgt? Hat sie beim Versorgungsausgleich eine angemessene Gegenleistung erhalten? Einzelheiten hängen davon ab, wie lange die Ehe gedauert hat und mit welchen Ausgleichsforderungen sie rechnen kann.
- Ist sie auf Unterstützung ihres Mannes angewiesen? Hat sie sonstige Erwartungen, auf die sie sich verlassen kann?
- Muss der Ehemann - Blickwinkel: eheliche Solidarität - für sie einstehen?

eee) § 242 BGB (Ausübungskontrolle) kann im Vertrag nicht rechtswirksam abbedungen werden, dazu schon Dauner-Lieb, FF 2001, 129 (130) .

fff) § 139 BGB kann

- bei der Wirksamkeitskontrolle eine Rolle spielen, denn nicht in allen Fällen muss § 138 BGB zur Unwirksamkeit der Vereinbarung führen (Regel-Ausnahme? Regel!).
- Umgekehrt kann auch bei der nachträglichen Ausübungskontrolle die vertragliche Vereinbarung insgesamt ihre Bedeutung verlieren, weil sie für die Parteien in ihrer jetzigen Situation nicht (mehr) passt; dann ist sie unwirksam (Regel-Ausnahme? Ausnahme!).
- Salvatorische Klauseln in der Vereinbarung geben vielleicht Hinweise auf die Vorstellungen der Parteien; doch schließen sie die Unwirksamkeit solcher Folgen nicht aus, die für sich unbedenklich wären, vgl. zu Einzelheiten Sasse, FF 2004, 251 und Grziwotz, FF 2005, 275.
- Reduktionskaskaden - an die Stelle einer unwirksamen Regelung

wird zunächst eine etwas weniger schlimme Klausel gesetzt, für den Fall der Unwirksamkeit (auch) dieser Abrede eine noch etwas "bessere Lösung" etc. - sind unzulässig; aber "vernünftige Alternativen" sollten weiterhin möglich bleiben, die die Parteien in ihrer Abfolge vereinbaren können (etwa: Zugeständnisse beim ehelichen Güterrecht in der Annahme, das Familiengericht werde eine Absprache zum Versorgungsausgleich wie vorgesehen genehmigen mit weiteren Varianten - die weniger großzügig sind - für den Fall, dass die Genehmigung versagt wird, vielleicht sogar mit der ausdrücklichen Verpflichtung, sonstige Zuwendungen zurückzugeben). Insoweit, aber auch nur insoweit, kann eine Erhaltungsklausel nach § 139 BGB

- Gewicht haben und

- wie sonst wirken, dazu Grziwotz, FF 2005, 275 (277).

#### **Scheidungsfolgenvereinbarungen**     **d. Scheidungsfolgenvereinbarungen**

Eheverträge im Vorfeld eines Scheidungsverfahrens oder auch Scheidungsfolgenvereinbarungen haben von vornherein nicht die (wenigstens versteckte) Richtigkeitsgewähr wie sie Eheverträge im allgemeinen sonst haben; schließlich lebt man im Streit, sucht nach seinem eigenen Vorteil (mehr als sonst) und nimmt auf Interessen und Bedürfnisse der anderen Seite keine besondere Rücksicht. Anwaltliche Beratung bildet sicherlich ein gewisses Gegengewicht; sie findet aber nicht immer so statt wie das zu wünschen wäre. Notarielle Beurkundung ist nicht zwingend für alle Abreden vorgesehen, etwa zum Unterhalt (oder zur Hausrats- teilung), wenn sie nicht gerade Bestandteil einer umfassenden Vereinbarung sind, die ihrerseits beurkundet werden muss. Gerichtliche Kontrolle besteht (entgegen den Vorstellungen vieler Parteien) bei uns jedenfalls nicht, wenn nicht die Parteien gerade ein besonderes Streitverfahren eingeleitet haben. Deshalb sind die Absprachen, wenn sich ein Teil später zur Wehr setzt, an den Maßstäben zu messen, die der BGH gerade entwickelt hat, NJW 2004, 930. § 242 BGB (Ausübungskontrolle) wird allerdings durchgängig ausscheiden - an welche Entwicklung soll die Absprache angepasst werden? Aber § 138 BGB - Wirksamkeitskontrol-

le - übernimmt seine Aufgaben wie sonst, vgl. dazu (aber auch mit Anwendung von § 242 BGB) OLG München, FamRB 2005, 3 (4) mit Anm. Grziwotz.

## **Auslandsbezug**

### **e. Auslandsbezug**

#### aa. Ausländer im Inland

aaa) Für das Ehescheidungsverfahren mit Auslandsbezug wenden wir, Art. 17 Abs. 1 EGBGB, das für die persönlichen Ehwirkungen maßgebliche Recht zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages an, vgl. dazu Art. 14 EGBGB. Damit folgen wir der dort beschriebenen "Kegel'schen Leiter", also

- der gemeinsamen Staatsangehörigkeit,
- der letzten gemeinsamen Staatsangehörigkeit, wenn eine Partei in der Zwischenzeit die Staatsangehörigkeit gewechselt hat,
- dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort der Gatten, wenn sie keine gemeinsame oder letzte gemeinsame Staatsangehörigkeit im entscheidenden Zeitpunkt haben,
- dem letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, wenn sich einer von ihnen dort noch aufhält,
- der sonstigen (gemeinsamen) engsten Verbindung der Eheleute zu einem Recht,
- wobei wir, wenn alle diese Orientierungsversuche fehlschlagen, dt. Recht als Ersatzrecht heranziehen.

Häufig bringen wir damit Auslandsrecht zur Anwendung; andere lösen diese Aufgaben anders als wir und stellen schneller auf (eigenes) Aufenthaltsrecht ab, und auch wir denken inzwischen über solche Veränderungen nach, dazu Wagner, FamRZ 2003, 802.

Vereinbarungen über diese rechtlichen Bezüge sind

- allein für Art. 17 EGBGB (zur Ehescheidung) überhaupt nicht möglich,
- und bei Art. 14 EGBGB mit den üblichen Ausstrahlungen für die Scheidung, vgl. Art. 17 EGBGB, nur in dem in Abs. 2 und 3 vorgesehenen Ausmaß, von vornherein also nicht bei gemeinsamer Staatsangehörigkeit.

Kamil, türk. Staatsangehöriger, ist in Frankfurt geboren; zur

Türkei hat er sonst keine Beziehungen, und türkisch spricht er schlecht. Verheiratet ist er mit Zümüt, ebenfalls Türkin, geboren in Deutschland. Für das Scheidungsverfahren der Eheleute wird gleichwohl türkisches Recht Grundlage; deshalb beschäftigen wir uns ausführlich mit türk. Vorschriften und den rechtlichen Entwicklungen in der Türkei. Das OLG Hamm hat dies einmal zu der resignierten Bemerkung veranlasst, in seinem Zuständigkeitsbereich fänden mehr Scheidungen nach türk. Recht statt als in der gesamten Türkei. Sinnvolle Nutzung von Ressourcen betreiben wir damit sicherlich nicht.

Für das eheliche Güterrecht, Art. 15 EGBGB, bestehen dagegen weitere Wahlmöglichkeiten; sogar Deutsche können ausl. Recht für sich "absprechen", so dass ganz eigene, neue Unstimmigkeiten entstehen können.

bbb) Kommt für Ausländer dt. Aufenthaltsrecht zur Anwendung, etwa bei unterschiedlicher Staatsangehörigkeit und gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland, gelten für sie die üblichen Folgen "für" von ihnen abgeschlossene Eheverträge, soweit nicht für güterrechtliche Vereinbarungen - insoweit: Auslandsrecht maßgeblich - abweichende Lösungen geboten sind, die dann den maßgeblichen güterrechtlichen Regeln und den Vorstellungen dort zu entnehmen sind; diese Vorgaben nehmen wir ohne weiteres hin (selbst zum gesetzlichen Güterstand = Gütertrennung).

ccc) Heimatstaatliche, weiterreichende Beschränkungen - oder Beschränkungen aus einem anderen anwendbaren, als Güterrecht also vor allem gewählten Recht - haben wir zu beachten; damit erledigen wir keinesfalls uns völlig fremde Aufgaben, vgl. zum Scheidungsverfahren für iran. Staatsangehörige inzwischen BGH, FamRZ 2004, 1952. So ist in manchen Rechtsordnungen

- gerichtliche "Genehmigung" ehevertraglicher Abreden vorgesehen,
- in anderen, etwa nach schweiz. oder türk. Recht, zumindest bei der einvernehmlichen Ehescheidung "Zustimmung" des zuständigen Familiengerichts notwendig, dazu etwa Art. 166 Abs. 3 und

184 Abs. 5 türk. ZGB, OLG Düsseldorf, FamRZ 2003, 1287, allerdings mit der merkwürdigen Vorstellung, diese Aufgaben hätten die türk. Gerichte zu leisten (wie denn, wenn die Sache in Deutschland entschieden und abgeschlossen wurde? bei der Anerkennung dort?). Wird dt. Recht Grundlage, etwa für den Versorgungsausgleich, zu den Voraussetzungen Art. 17 Abs. 3 EGBGB - ab 1.1.2005 mit einer inhaltsgleichen Entsprechung für den Versorgungsausgleich bei registrierten Lebenspartnerschaften vgl. Art. 17 b Abs. 1 S. 3 EGBGB -, gelten stets und unmittelbar unsere Vorschriften, vgl. jetzt NJW 2005, 137 und NJW 2005, 139. Absprachen, die sich (lediglich?) darauf beschränken, keine entsprechenden Verfahrensanträge zu stellen, sind

- einbezogen, denn sie wirken sich wie ein materieller Rechtsverzicht aus, weil der Verfahrensantrag notwendige Voraussetzung für die Durchsetzung des "Anspruchs" ist,

Art. 17 Abs. 3 EGBGB,

- so dass für sie notarielle Beurkundung notwendig wird, vgl. § 1408 (auch Abs. 2) BGB, anders allerdings OLG Frankfurt 1 UF 34/03, und sie sind unwirksam, so der BGH in den gerade genannten Entscheidungen, wenn kein vernünftiger Ausgleich erfolgt.

ddd) Für den Unterhalt gilt für die Trennungszeit der Eheleute Aufenthaltsrecht, Art. 18 Abs. 1 EGBGB (nicht im Verhältnis zum Iran, Vorrang des dt.-iranischen Niederlassungsabk.); für Forderungen der Kinder wird stets Aufenthaltsrecht maßgeblich (bei einem Aufenthalt in Deutschland also dt. materielles Recht). Unterhaltsansprüche nach einer formalisierten Trennung - Italien, Spanien - oder der Scheidung der Ehe richten sich dagegen nach "dem (insoweit tatsächlich) angewandten Recht", Art. 18 Abs. 4 EGBGB. Wiederum sind Vereinbarungen zur Rechtsanwendung nach unseren Vorstellungen nicht statthaft (allenfalls wie sonst zum Unterhalt mit materiellen Auswirkungen). Sieht Auslandsrecht weitergehende Absprachen vor - oder gewährt ohnehin nur karge Forderungen, Stichwort: iddat-eddat in islam. Rechtsordnungen -, scheitern sie bei deutlichem Inlandsbezug an unse-

ren Vorstellungen, Art. 6 EGBGB, wobei auch die damit verbundene Belastung inländischer Kostenträger Gewicht gewinnen kann, zu weiteren Einzelheiten Finger, FF 2004, 245; BGH, NJW 2004, 930 liefert die sachlichen Vorgaben.

eee) Auch Deutsche können danach ausl. Regeln unterworfen sein; lebt eine (dt.) Partei mit einem ausl. Partner im Ausland, kommt (dortiges) Aufenthaltsrecht zur Anwendung, da eine gemeinsame Staatsangehörigkeit (aus unserer Sicht) fehlt. Zugang zum - auch nachträglichen - Versorgungsausgleich haben beide unter den Voraussetzungen aus Art. 17 Abs. 3 EGBGB; Absprachen, die ihnen diese Befugnis nehmen, sind nur mit vernünftigem Ausgleich statthaft, NJW 2005, 137 bzw. NJW 2005, 139. Dabei stellen wir eigene Zuständigkeiten für dieses (nachträgliche) Verfahren bereit, selbst wenn sie sonst fehlen sollten (anders beim ehelichen Güterrecht).

bb. Deutsche Partner mit Rechtswahl für ausländisches Recht  
Im Rahmen von Art. 15 EGBGB können auch dt. Eheleute ausländisches Güterrecht wählen; wären ihre Absprachen nach unseren Vorstellungen unwirksam, wenn sie sich im dt. materiellen Recht bewegen würden, muss auch dieser von ihnen gewünschte Umweg erfolglos bleiben, wenn so einer in der Sache um ihm sonst zustehende Ausgleichsforderungen gebracht werden soll (Problem: Zuständigkeiten?). Gefährlicher ist aber ohnehin eine "stille Entwertung" unserer Regeln:

- Herr A. hält sich seit längerer Zeit in London auf; dort ist er - beide sind deutsche Staatsangehörige - mit Ulrike A. verheiratet, ohne mit ihr einen Ehevertrag abgeschlossen zu haben. Deshalb leben die Eheleute im (dt.) gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft, soweit wir zu entscheiden haben. Sein Scheidungsverfahren kann Herr A.

- wegen seinem länger als einjährigen Aufenthalt in England führen, Art. 3 VO Nr. 2201/2003 (ab 1.3.2005), der das Vereinigte Königreich angehört,

- aber auch bei dt. Gerichten (örtlich zuständig: AG Berlin-



Schöneberg), da beide Parteien dt. Staatsangehörige sind. Englische Gerichte wenden anders als wir Aufenthaltsrecht an; gesetzlicher Güterstand in England ist Gütertrennung, wobei der Richter allenfalls allgemeine Entschädigungsleistungen als Ausgleich festlegen kann, financial relief. In Deutschland kann sich Frau A. gegen die Absichten ihres Mannes güterrechtlich nicht zur Wehr setzen, sondern sie kann allenfalls das Scheidungsverfahren rechtzeitig hier betreiben; wir stellen insoweit keine "Ausnahmezuständigkeiten" bereit, ein Punkt, über den wir noch einmal nachdenken sollten. Selbst gezieltes Vorgehen bleibt möglich, zum Fall Boris Becker zuletzt Reus/Damerow, FPR 2004, 329.

**Folgen für die  
notarielle Praxis**

**f. Folgen für die notarielle Praxis**

Deshalb sind im Ehevertrag die Lebensverhältnisse der Parteien im einzelnen ebenso zu schildern wie ihre Vorstellungen und Erwartungen von ihrem künftigen Zusammenleben, etwa in einer Präambel, die dabei obj. Daten, aber auch die für die Parteien maßgeblichen Überlegungen und Pläne zusammenfasst. Ausführliche notarielle Belehrung ist ohnehin selbstverständlich, die "über die bisherige Praxis" hinausreichen wird; der "Vorbesprechung sollte breiterer Raum (als heute üblich) eingeräumt werden". Im übrigen "ist den Parteien ausdrücklich eit zu geben", damit sie sich auf sicherer Grundlage entscheiden können; vor der Beurkundung ist ihnen ein Vorentwurf zuzuleiten, dazu § 17 Abs. 3 a Nr. 2 BeurkG, bei Ausländern (oder Beteiligung eines Ausländers) in der jeweiligen Fremd-/ Muttersprache. In schwierigen Fällen (?) sollen beide auf die (ergänzende?) "Notwendigkeit einer unabhängigen anwaltlichen Beratung hingewiesen werden," Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 (1765).

- Bei Verträgen, die unmittelbar vor der Heirat oder unter dem Druck eines Scheidungstermins - zielt wiederum auf Scheidungsfolgenvereinbarung, P.F. - abgeschlossen werden sollen, ist ganz besondere Sorgfalt am Platze.

- Dies gilt auch für die "Beteiligung schwangerer Frauen" (aber was ist, wenn die Schwangerschaft - noch - nicht sichtbar ist?

Soll gefragt werden dürfen, "ob die Frau schwanger ist"? Welche Folgen haben bewusst/unbewusst falsche Angaben? Anfechtung nach den allg. Bestimmungen?).

- "Wird ein Ehegatte vor die Wahl gestellt, zu heiraten und den Ehevertrag abzuschließen oder nicht zu heiraten und ein uneheliches (sic!) Kind zu haben"? Wie erfährt der Notar Einzelheiten? "Wie steht es mit der psychischen Verfassung der Vertragsparteien"? dazu auch OLG Koblenz, FamRZ 2004, 205.

- Dem Partner, der die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrscht, ist eine Übersetzung vorzulegen (Vorentwurf); bei den Verhandlungen/Vorgesprächen und im Beurkundungstermin sollte ein Dolmetscher anwesend sein, anders noch OLG Köln, FamRZ 2002, 457. Auf Sprachkenntnisse kann man auch "nach einem längeren Aufenthalt in Deutschland nicht ohne weiteres vertrauen", Bergschneider, FamRZ 2004, 1757 (1765); vgl. auch die Empfehlungen des DFGT 2003, wiedergegeben bei Brudermüller/Schürmann, FuR 2004, 18.

Herr B., angestellter Pflegeheimleiter in Darmstadt, 46 Jahre alt, geschieden, ein Kind (14 Jahre), lernt eine Lehrerin aus der Mongolei kennen, Mutter eines 11-jährigen Sohnes, der noch, denn er soll nach Deutschland kommen, in Ulan Bator lebt. Beide wollen heiraten; sie wollen

- im Ehevertrag Gütertrennung vereinbaren,
- für den Versorgungsausgleich in Deutschland Abweichungen von den gesetzlichen Verteilungsregeln treffen (... soll keine weitere Rolle spielen),
- vor allem aber auf Unterhaltsansprüche (außer der gegenseitigen Unterhaltspflicht für die Betreuung ehgemeinschaftlicher Kinder bzw. wegen Alters oder Krankheit) verzichten, für die dann die gesetzlichen Regeln gelten sollen, also "insbesondere auf Aufstockungs- bzw. Ausbildungsunterhalt" bzw. auf Unterhalt, weil einer von ihnen keine Erwerbstätigkeit finden kann. Festlegen können sie auch, dass der Ehefrau "jede Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis zuzumuten ist, auch wenn sie

(die Beschäftigung) nicht den sonstigen ehelichen Lebensverhältnissen entsprechen sollte", insbesondere als Küchenhilfe, Gebäudereinigerin etc., wobei dieser Verdienst dann in vollem Umfang auf den Unterhalt zur Anrechnung gebracht werden soll. - Die Notarin, die die Vereinbarung protokollieren soll, verweigert ihre Mitwirkung.

**Was bleibt möglich? g. Was bleibt möglich?**

aa. Im weiteren Verlauf wird der BGH zu einzelnen Lebenssituationen/ehevertraglichen Abreden Stellung zu nehmen und seine Vorstellungen zu präzisieren haben; für den Versorgungsausgleich sind dabei gerade zwei weitere Entscheidungen bekannt geworden, NJW 2005, 137 und NJW 2005, 139. Daher mit aller gebotenen Vorsicht:

bb. Für das eheliche Güterrecht betont auch der BGH die fortbestehende und letztlich uneingeschränkte Dispositionsfreiheit der Parteien, die Verfassungsrang hat, Art. 2 Abs. 1 GG; ob das (stets und für alle Fälle) so bleiben wird, ist dagegen offen, und manche Stimmen - etwa Dauner-Lieb, FF 2004, 65 (67) - fordern nochmalige Überprüfung der Ansicht des BGH durch das BVerfG, das sicherlich auch erneut eingeschaltet wird. Für einen ehevertraglich erklärten Gesamtverzicht (mit anderen Regelungen, dann auch in einer Scheidungsfolgenvereinbarung) müssen ohnehin gute Gründe bestehen und nachvollziehbar bleiben. Deshalb sollten

- die Vorstellungen und Absichten der Parteien auch insoweit jeweils geschildert/festgehalten werden,
- um bei der späteren Bewertung, § 138 BGB, erkennbar werden zu lassen, wie sich beide verhalten haben, um dem Eindruck entgegenzuwirken, ein Teil habe letztlich rücksichtslos seine Interessen zum Schaden des anderen durchzusetzen versucht (bei Eheverträgen ist die Ausgangslage meist ohnehin und von vornherein anders - durchgängig suchen beide nach differenzierten Folgen und sind froh über jede Hilfe und Unterstützung bei ihrer Vertragsgestaltung). Modifizierte Zugewinnsgemeinschaft empfiehlt

sich schon aus                   erbschaftsteuerlichen Gründen, vgl. § 5 Abs. 1 und 2 ErbStG. Sonderregelungen für Betriebsvermögen bzw. Geschäfts- oder Gesellschaftsbeteiligungen sind häufig durch die vertraglichen Vorgaben dort (Gesellschaftsvertrag pp.) veranlasst; im übrigen ist an sonstige Ausgleichszahlungen zu denken. Herausnahme sonstiger werthaltiger Positionen sollte schon wegen der (meist) beschränkten Auswirkungen zulässig sein (Wertsteigerungen für ererbtes oder diesem gleichgestelltes Vermögen, Surrogate/Ersatzanschaffungen); im übrigen sind unsere gesetzlichen Bestimmungen ohnehin eher fragwürdig, und andere (etwa: Schweiz - Ausgleich nur bei eigenen Beiträgen für sie und in diesem Rahmen) handhaben die Dinge anders.

cc. Bei Absprachen zum Versorgungsausgleich sind BGH, NJW 2005, 137 und BGH, NJW 2005, 139 zu beachten; vollständiger/entschädigungsloser Verzicht ist - im Ergebnis - unwirksam, denn Leistungen aus dem VA werden "so" behandelt wie (fortgesetzter) Altersunterhalt, den der BGH ebenfalls der Disposition der Parteien weitgehend entzieht, nachwirkende eheliche Solidarität. "Zuwendung" (übertragene Rentenanwartschaften) und "Gegenleistung" müssen daher in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden, eine Aufgabe, die die Familiengerichte auch jetzt schon bei ihrer Genehmigungspraxis zu erledigen haben (Übertragung von Grundeigentum, Begründung einer - meist billiger und besser - privaten Lebensversicherung mit Sicherstellung der künftigen Prämienzahlung u.ä.). Eigene Absicherung im Alter in anderer Form, etwa bei einer eigenen hohen Erbschaft oder Grundbesitz aus Familienvermögen, kann ebenfalls Berücksichtigung finden, zumal dann, wenn der Teil, der zur Übertragung von Anwartschaften (sonst) verpflichtet ist, weit zurückstände. Da weitere Beschränkungen beim Unterhalt erfolgen können, ist nach meiner Auffassung aber auch zulässig, den

- Versorgungsausgleich der Höhe nach auf die (fiktiv weitergeführte) eigene Erwerbstätigkeit zu beschränken, die der sonst ausgleichsberechtigte Teil vor oder noch während der Ehe ausge-

übt hat,

- weitere Vorsorgeformen, die sich ein Ehegatte mit eigenen Mitteln schafft (private Rentenversicherung pp.) auszunehmen,
- bzw. Ausgleich auf sonstige ehebedingte Ausfälle zu beschränken, insbesondere also für Zeiten der Kinderbetreuung oder Erkrankung (wobei die technische Ausgestaltung eher zweitrangig bleibt - insoweit wäre auch an Rücktrittsbefugnisse des ausgleichsberechtigten Ehegatten zu denken, der dann selbst entscheidet, ob er sie ausübt).

Im übrigen sollten die Parteien darauf achten, zufällige Ergebnisse zu vermeiden, die entstehen können,

- wenn einzelne Werte und Ausgleichspositionen beim ausgleichspflichtigen Gatten herausgenommen werden,
- so dass nun der andere Teil mit geringeren Anwartschaften in der Pflicht wäre,
- weil dann die wechselseitigen Bezüge verloren gehen. Zu beachten ist ohnehin, in welche Richtung die Absprachen wirken; denn wenig sinnvoll wäre, einer Vereinbarung zum Versorgungsausgleich die Wirksamkeit zu nehmen, wenn der Ehemann begünstigt wird, weil er
- etwa als Selbständiger keine verteilungsfähigen Versorgungsanwartschaften geschaffen hat,
- wohl aber die Ehefrau, die aus ihrem Beschäftigungsverhältnis versicherungspflichtig war (und ist).

dd. Zum Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen zählt der BGH

- neben dem Versorgungsausgleich vor allem
- den Betreuungsunterhalt bei Versorgung ehegemeinschaftlicher Kinder,
- den Unterhalt wegen Alters und
- nach Krankheit,
- während andere Unterhaltsforderungen (mehr oder weniger, denn stets sind die Auswirkungen im einzelnen maßgeblich) der Bestimmung/Regelung durch die Parteien zugänglich sind (bis zum

vollständigen Ausschluss). Allerdings bleiben auch insoweit die Parteien berufen, die Ausstattung jeweils zu bestimmen, und selbst begrenzende Regelungen (und ihr Ausschluss) sind für sie möglich. Für die Dauer des Getrenntlebens ist in die Zukunft weisender Unterhaltsverzicht nicht wirksam - für die Vergangenheit ist das anders -, aber die Festlegung und Ausgestaltung ihrer Ansprüche nehmen die Eheleute letztlich selbst vor; diese Überlegungen ließen sich übertragen, wobei die Grenzen zwischen Verzichtserklärung und inhaltlicher Ausprägung sicherlich oft schwierig zu ziehen sein werden und fließend bleiben. Deshalb kann auch dann

- Unterhalt der Höhe nach bemessen werden,
- allerdings nicht mit dem früheren Betrag von 1.500,00 DM oder in anderer Form und in allen Lebenslagen und ohne Rücksicht auf die sonstige Situation der Beteiligten,
- sondern angepasst an die Verhältnisse in dieser Ehe, wobei andere Höchstbeträge - OLG Frankfurt: relative Sättigungsgrenze, sonst: Unterhalt nach den konkret nachgewiesenen Bedürfnissen während der Ehezeit - vielleicht mit wertgesicherten Zuschlägen ebenfalls in Betracht kommen können.
- Zudem können die gesetzlichen Einsatzzeitpunkte der einzelnen Unterhaltstatbestände in der Unterhaltsvereinbarung ausdrücklich wiederholt (bzw.: abgewandelt und zu Teilen ausgeschlossen) werden; so ist sichergestellt, dass Unterhalt eben nur bei Kindesbetreuung, Alter oder Krankheit geleistet werden muss, nicht für anschließende Zeiträume, für die diese Voraussetzungen fehlen.
- Weiter können die Parteien von den üblichen Altersvorgaben beim Kindesunterhalt abweichen (Halbtagsbeschäftigung bei Vollendung des 8. Lebensjahres etc.) und sie vernünftig, angepasst und nachvollziehbar verschieben. Ist die Versorgung des Kindes im Kindergarten/Hort oder in anderer Form ausreichend sichergestellt, kann - etwa - eine Lehrerin verpflichtet sein, schon ab dem 6. Lebensjahr des Kindes halbtags, ab dem 8./9.

Geburtstag ganztags erwerbstätig zu sein, wenn die Eheleute das bei Vertragsabschluss so für sinnvoll halten und sich die Dinge nicht völlig anders entwickelt haben, § 242 BGB.

- Schließlich können die Parteien von der Rspr. des BGH abweichende Anrechnungsregeln vereinbaren, die zwischen Differenz- und Anwendungsmethode wechseln und den Lebensverhältnissen im einzelnen und abgestimmt gerecht zu werden versuchen. Weichen ihre Vorstellungen (im Vertrag) von den späteren Abläufen ab, kann wiederum § 242 BGB eingreifen (Anpassung, die sich an eigenen Regeln orientiert, aber keine Unwirksamkeit schlechthin herbeiführt, die erst die gesetzlichen Bestimmungen ins Spiel bringen könnte).

- Schließlich können die Parteien den konkreten Lebensbedarf des unterhaltsberechtigten Gatten erfassen und seine Forderungen so festlegen/begrenzen,

- und sie können die Anrechnung "überobligationsmäßiger Einkünfte" bestimmen, wobei schon die bisherige Praxis zu § 1577 BGB variabel bleibt.

- Für die "Angemessenheit" einer Erwerbsverpflichtung des unterhaltsberechtigten Teils können sich die Eheleute von den gesetzlichen Bestimmungen (mehr oder weniger weit) lösen und für sich andere Ergebnisse vereinbaren, wobei allerdings schnell die Grenze nachhaltiger Beeinträchtigung erreicht sein kann, insbesondere wenn die Ehe länger dauert bzw. die "richtige" Absprache von den tatsächlichen Verhältnissen überholt wird, so dass wiederum nachträgliche Anpassung aus § 242 BGB notwendig werden kann.

- Auch Aufstockungsunterhalt kann in diesen Grenzen ausgeschlossen werden; allenfalls gilt (wie sonst) § 242 BGB - lange Ehe, besonderer Vertrauenstatbestand für den nun unterhaltsberechtigten Gatten. Zu berücksichtigen ist auch, ob öffentliche Leistungsträger belastet werden.

- Selbst Abfindungsvereinbarungen (im Scheidungsverfahren) bzw. bei der Scheidung selbst müssen sich an den üblichen Regeln

messen lassen; der ausgehandelte Betrag muss daher, wenn Unterhalt wegen Kindesbetreuung geleistet wird, der Forderung/den Ansprüchen zumindest nahe kommen, die sonst zu erfüllen wären.

Beispiel:

Herr A., 46 Jahre alt und gut verdienender Werbekaufmann, lässt sich von Frau A., 40 Jahre alt, scheiden; aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, Yasmin, acht Jahre, Claus, nun zehn Jahre alt. Frau A. ist ausgebildete Hotelkauffrau mit Fremdsprachenkenntnissen in englisch und französisch sowie (ganz gut) arabisch und (ähnlich) indonesisch. Im Augenblick absolviert sie einen Kurs, um ihre Computerkenntnisse zu verbessern; danach möchte sie gerne als "Chefsekretärin" arbeiten. Die Parteien verständigen sich auf eine einmalige "Entschädigung" in Höhe von 45.000,00 Euro. Wirksam? Nach den Einkünften von Herrn A. könnte Frau A. neben dem Kindesunterhalt Forderungen von zumindest 2.000,00 Euro im Monat stellen (hinzu käme noch Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt, da auf beiden Seiten jedenfalls der sonst notwendige Unterhalt gedeckt ist). Demnächst müsste sie allenfalls eine Halbtagsstelle suchen; ob sie sie findet, steht dahin. Ganztags erwerbstätig müsste sie ab Vollendung des 14. Lebensjahres des jüngeren Kindes werden, wobei (Aufstockungsunterhalt) ein - ganz oder teilweise - Unterhaltsverzicht danach auch nach den Vorstellungen des BGH in Betracht käme. Was ist aber, wenn alle Anstellungsbemühungen von Frau A. fehlschlagen, sie den gezahlten Abfindungsbetrag verbraucht hat und nun wieder auf Unterstützung durch ihren Mann angewiesen ist, weil sie weiterhin die Kinder betreut? Ist sie gehindert, weitere Forderungen zu stellen? Oder können sogar Verpflichtungen zur "Doppelzahlung" entstehen? Für (von beiden Parteien für möglich gehaltene) Unterhaltsansprüche von (vielleicht) 6 Jahren, denn dann ist das jüngste Kind 14 Jahre alt, legen sie einen einmaligen Geldbetrag fest, den der Ehemann auch auszahlt; nach drei Jahren fordert die Frau (nun wieder)



Unterhalt, weil sie "mittellos" sei - ihre Selbständigkeit, für die sie die Abfindung verwendet habe, habe nicht zu dem gewünschten Erfolg geführt und eine Anstellung habe sie auch nicht gefunden. Was ist, wenn sie in ein Beschäftigungsverhältnis eingetreten ist, ihren Arbeitsplatz dann aber wieder - bevor nachhaltige Sicherung erreicht war - verloren hat? Wie sind die Dinge zu bewerten, wenn sie krank wird?

ee. Erbrechtliche Absprachen und ihre Auswirkungen auf Pflichtteilsansprüche des anderen Ehegatten sollten wie güterrechtliche Absprachen behandelt werden; in diesen Grenzen sind die Eheleute ungebunden (und meist wird ohnehin nur ein Teilverzicht gewünscht sein, wenn Unternehmensbeteiligungen oder Gesellschaftsanteile, ererbtes Vermögen oder ähnliche Werte "in der Familie" erhalten werden sollen). Auf eine Trennung beider Bereiche - Familienrecht/Erbrecht - schon "im" Vertrag sollten sie aber achten, damit Ausstrahlungen aus einem Bereich auf den anderen sicher (mit entsprechenden Unwirksamkeitsfolgen) sicher vermieden werden.

Auch § 1586 b BGB ist zu beachten. Mit dem Tod des Verpflichteten geht seine Unterhaltspflicht auf seine Erben als Nachlassverbindlichkeit über, § 1586 b Abs. 1 S. 1 BGB; allerdings haften sie nur bis zu dem Betrag, der dem Pflichtteil entspricht, der dem anderen zustünde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre, S. 3. Besonderheiten des Güterstandes, in dem die Ehegatten gelebt haben, bleiben jedenfalls außer Betracht, Abs. 2.

Das bedeutet:

- In die Berechnung der Haftungsgrenze sind (fiktive) Ansprüche auf Pflichtteilsergänzung nach §§ 2325 ff. BGB einzubeziehen, dazu BGH, NJW 2001, 828 und NJW 2003, 1769, denn dem Unterhaltspflichtigen soll der Anreiz genommen werden, seinen Nachlass durch Schenkung zu Lebzeiten zu vermindern, um so den nach seinem Tod weiterhin bestehenden, ohnehin beschränkten Unterhaltsanspruch seines geschiedenen Ehegatten zu entwerten.
- Keine Rolle spielt dagegen der Anspruch nach § 2329 BGB (we-

gen der Beschränkung des Anspruchs nach § 1586 b BGB gegen Erben und Erbeserben).

- Unterhaltslasten entfallen, wenn der überlebende Ehegatte auf seinen Pflichtteil verzichtet hat, ein Punkt, der allerdings umstritten ist, zu Einzelheiten Dieckmann, FamRZ 1999, 1029.

Schließlich stehen Erb- und Unterhaltsrecht in untrennbarer Verbindung; die Unterhaltsforderung hat Ersatzfunktion für das weggefallene Erbrecht zur Sicherstellung des Ehegatten, a.A. etwa Pentz, FamRZ 1998, 1344 und Bergschneider, FamRZ 2003, 1049.

- Unterhaltsverwirkung ist möglich; als Erbe kann sich der Leistungsverpflichtete auch "erstmals" auf § 1579 BGB berufen, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich auf diese Befugnis verzichtet hatte, BGH, FamRZ 2004, 614 m. Anm. Büttner.

- Den gesetzlichen Unterhaltsanspruch nur ausgestaltende, unselbständige Unterhaltsvereinbarungen zwischen den geschiedenen Eheleuten/dem überlebenden Ehegatten und dem Erblasser binden den Erben, OLG Koblenz, NJW 2003, 439. Unter den Berechtigten des Leistungsverhältnisses sind nun (erneut) vertragliche Vereinbarungen möglich, Hanbitzer, FPR 2003, 157 - gelten dann die Beschränkungen aus NJW 2004, 930?

- Für selbständige Unterhaltsvereinbarungen ist zu entscheiden, ob diese nach dem Willen der Vertragsparteien auch über den Tod des Verpflichteten hinaus gelten sollten, BGH, NJW 2004, 2896 (2897).

ff. Sind die Absprachen anzupassen, Ausübungskontrolle (§ 242 BGB), weil sich die Dinge anders entwickelt haben als die Parteien das zunächst voraussehen konnten, sind stets "flexible Lösungen" geboten; keinesfalls tritt an die Stelle der nicht mehr bindenden Vereinbarung die gesetzlich vorgeschriebene Folge, wenn nicht gerade die Anpassung selbst ihre Gleichsetzung erfordert.

gg. Dabei fasst der BGH sämtliche Einzelheiten der Lebenssituation und der Folgen der vertraglichen Vereinbarungen bei der

notwendigen Bewertung zusammen, § 242 BGB, Beispiel:

Die Parteien, 1942 geboren (Ehemann) und 1944 (Ehefrau) haben 1988 geheiratet; für beide war es die zweite Ehe. Wie vorgesehen arbeitete der Mann bis zu seiner Erwerbsunfähigkeit 1996 als Zahnarzt. Die Ehefrau, gelernte Rechtsanwaltsgehilfin, war bei ihrem ersten Ehemann in dessen Bekleidungsgeschäft beschäftigt und hatte schon vor der Eheschließung gegen Entgelt in der Praxis ihres (späteren) Mannes kaufmännische Arbeiten übernommen. Im Ehevertrag vor der Heirat vereinbarten

- beide Eheleute Gütertrennung,
- schlossen den Versorgungsausgleich aus und
- verzichteten wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt.
- Gleichzeitig verpflichtete sich der Mann für den Fall der Scheidung, an die Ehefrau für jedes vollendete Ehejahr eine "Unterhaltsabfindung" in Höhe von 10.000,00 DM, insgesamt jedoch nicht mehr als 80.000,00 zu zahlen;
- im übrigen sagte er ihr zu, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zur Vollendung ihres 60. Lebensjahres die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile nach einem mtl. Bruttoentgelt von 2.000,00 DM (fiktiv) zu entrichten, falls sie "unverschuldet" keine eigene Erwerbstätigkeit ausüben könne.

Diese Regelungen hält der BGH für wirksam. Denn:

- Betreuungsunterhalt spiele keine Rolle; bei Heirat war mit gemeinsamen Kindern der Parteien nicht mehr zu rechnen.
- Ausschluss des Unterhalts wegen "Alters" führt (ausnahmsweise) nicht zur Sittenwidrigkeit des Vertrages, obwohl dieser Teil zum "Kernbereich" der Scheidungsfolgen gehört. Beide waren im Zeitpunkt der Eheschließung 44 bzw. 46 Jahre alt, "mithin in einem Alter, in dem ein nicht unwesentlicher Teil der Versorgung üblicherweise bereits erworben ist." Ohnehin wollte der Ehemann für die Zeit nach einer Scheidung den weiteren Ausbau der Altersversorgung seiner Partnerin durch Zahlung freiwilliger Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung sicherstellen,

wobei die Parteien von einem - realistischen - Einkommen bei ihr von 2.000,00 DM ausgegangen sind.

- Auch der Ausschluss des Unterhalts wegen Krankheit führt nicht zur Unwirksamkeit der Absprachen. Der Ehemann hat "mit dem Ehevertrag eine naheheliche Verantwortung für die Ehefrau nicht schlechthin abbedungen, sondern lediglich auf eine Kapitalzahlung von 80.000,00 DM begrenzt";

- der Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit, auf den die Parteien ebenfalls verzichtet haben, "gehört nicht zum Kernbereich der Scheidungsfolgen", so dass ein "Ausschluss... auch deshalb unbedenklich" ist, weil ehebedingte Nachteile der Ehefrau, die durch diesen Unterhalt im Einzelfall ausgeglichen werden können, nicht zu erwarten sind. Gütertrennung "lässt einen Ehevertrag grundsätzlich nicht stets (als) sittenwidrig erscheinen". Ausschluss des Versorgungsausgleichs (gehört zwar wie Unterhalt wegen Alters zum Kernbereich der Scheidungsfolgen), ist (aber) "namentlich deshalb hinzunehmen, weil die Lebensplanung der Parteien vorsah, dass die Ehefrau aufgrund ihrer versicherungspflichtigen Tätigkeit in der Praxis des Ehemannes auch in der Ehe ihre Altersversorgung weiter ausbauen konnte". Ausübungskontrolle führt zu keinem anderen Ergebnis; damit kann sich der Ehemann auf den (wirksamen) Ausschluss des Versorgungsausgleichs berufen, denn er verhält sich nicht treuwidrig.

## **Schluss**

### **h. Schluss**

Auch nach der Rspr. des BGH bleibt für vernünftige und abgestimmte Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen - wie ich meine - ausreichend Raum; ihn sollten die Beteiligten aber auch nutzen, in der notwendigen Form differenzieren und nach (vielleicht) ausgewogenen Ergebnissen suchen - sie lassen sich finden!

## **Güterrechtliche Vereinbarungen**

### **5. Güterrechtliche Vereinbarungen** **a. Vorschussleistung; Verrechnung**

**Eheverträgen** **Vorschussleistung,** die ein Ehegatte erbracht hat, sind später

**Sachverhalt** zu verrechnen; Vereinbarungen dieser Art können zweckmäßig

**Vorschussleistung;** sein, wenn mit dem Auszug aus der Ehwohnung besondere Kosten

**Verrechnung** verbunden sind, etwa

- für den Umzug,
- für die Maklerprovision und
- als Mietkaution,

denn ob insoweit (zusätzliche) Unterhaltsverpflichtungen bestehen, ist zumindest zweifelhaft.

Auch **Prozesskostenvorschüsse** sind Vorschussleistungen, die allerdings als Unterhalt geschuldet sind. Ob und in welcher Form eine spätere Verrechnung erforderlich wird, ist unsicher. Aber letztlich sind solche Vorschüsse über Unterhaltsverpflichtungen geschuldet und deshalb wohl eher nicht "verrechnungspflichtig". Selbstverständlich können aber die Parteien die Anrechnung vertraglich festlegen. Also:

Herr A. leistet seiner Frau für das Scheidungsverfahren und die Rechtsvertretung in diesem Verfahren einen einmaligen Beitrag in Höhe von Euro 3.750,--. Dieser Beitrag ist mit dem späteren Zugewinnausgleich, den Herr A. seiner Frau schuldet, zu verrechnen.

**Güterrechtliche Ausgleichszahlungen** sind für die Berechnung des Unterhalts ohne Bedeutung; der ausgleichspflichtige Teil kann - etwa - nicht Ratenzahlungen, die der andere ihm zugestanden hat, von seinem Einkommen in Abzug bringen, um so den Unterhalt zu schmälern. Aber die Parteien können sich auf diese Vorgehensweise ausdrücklich durch Vertrag verständigen. **Zinseinnahmen**, die der ausgleichsberechtigte Ehegatte nach Zahlung erzielt und erzielen kann, sind bei ihm allerdings als eigenes Einkommen anzusetzen, so dass sich sein Unterhaltsanspruch ändert - die Parteien sollten darauf achten, ob sie die **Anrechnungs-** oder die **Differenzmethode** bei ihren Vereinbarungen heranziehen wollen, denn sonst ist die Zuordnung nicht völlig eindeutig (Zinseinnahmen können an die Stelle von "Familienarbeit" treten, aber sie können auch eine ganz andere Grundlage haben - im übrigen ist ihre Behandlung nach der Differenzmethode im allgemeinen jedenfalls wenig einsichtig).

#### **Steuerliche Gesichtspunkte**

##### **b. Steuerliche Gesichtspunkte**

Ausgleichszahlungen nach § 1378 Abs. 1 BGB (und/oder § 1371 Abs. 2 BGB) sind nicht schenkungssteuer- oder erbschaftssteuerpflichtig, § 5 Abs. 2 ErbStG; Ausgleichsforderungen können jedoch steuerpflichtig werden, vor allem dann, wenn eine höhere als die gesetzliche Ausgleichsquote vereinbart wird, und deshalb sind genau abgestimmte Vereinbarungen wichtig.

Nach § 5 Abs. 1 ErbStG ist "fiktiver Zugewinnausgleich" von der Erbschaftssteuer befreit, also der Betrag, den ein Ehegatte im Falle der Scheidung als Zugewinnausgleich hätte beanspruchen können, zu Einzelheiten Sontheimer, NJW 2001, 1315. Gerade deshalb empfiehlt sich häufig die "modifizierte Zugewinnngemeinschaft", wobei

- Gütertrennung nur für den Fall der Scheidung vereinbart

wird,

- sonst aber der gesetzliche Güterstand bestehen bleibt,
- und so entstehen eben erhebliche erbschaftssteuerrechtliche Vorteile für den überlebenden Ehegatten.

Also: Wir vereinbaren als Ehevertrag:

Für unsere Ehe soll grundsätzlich der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelten. Endet unsere Ehe anders als durch den Tod eines Ehegatten, etwa durch Scheidung, findet ein Zugewinnausgleich nicht statt, dazu Sontheimer, NJW 2001, 1315 (1317).

Schenkungssteuer fällt ohnehin nicht an. Vereinbaren die Ehegatten vorzeitigen Zugewinnausgleich, ohne den Güterstand zu beenden, kann diese Forderung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 des ErbStG der Schenkungssteuer unterliegen, aber wenn der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten oder zu Lebzeiten beendet und die im Wege des vorweggenommenen Zugewinnausgleichs erhaltene Zuwendung auf die spätere Ausgleichsforderung angerechnet wird, § 1380 Abs. 1 BGB, erlischt insoweit nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG die ursprünglich erhobene Steuer nachträglich, dazu Sontheimer, NJW 2001, 1315 (1317), dort auch zu weiteren steuerrechtlichen Folgen güterrechtlicher Vereinbarungen.

**Ehevertrag/  
Scheidungsver-  
einbarung?**

**c. Ehevertrag/Scheidungsvereinbarung**

**Eheverträge** können vor der Ehe geschlossen werden, während der Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft und auch im Vorfeld der Ehescheidung. **Scheidungsvereinbarungen** werden mit der Scheidung vorgenommen (oder für sie festgelegt). Überschneidungen sind vielfältig; doch bestehen auch Unterschiede. So kann nur ein **"Ehevertrag"** die Frist aus § 1408 Abs. 2 BGB auslösen, nicht eine Scheidungsfolgenvereinbarung, so dass insoweit selbst bei Fristüberschreitung familiengerichtl. Genehmigung (für Absprachen zum Versorgungsausgleich) notwendig bleibt. Mit der Zustellung des Scheidungsantrags ist lediglich der Abrechnungszeitraum für den ehelichen Zugewinn festgelegt, aber die Zugewinnngemeinschaft selbst nicht beendet, und manche Rechtswirkungen aus ihr bestehen fort, etwa Verfügungsbeschränkungen, zu Einzelheiten Bergschneider, FPR 2001, 79 (80 f.).

Veränderungen zwischen

- der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages und während der Dauer des Verfahrens und
- der Beendigung des Güterstandes

wirken sich allerdings aus und schmälern die Ausgleichsforderung, § 1378 Abs. 2 BGB, eine wenig überzeugende Regelung, zu Einzelheiten Finger, JR 2003, 481. Denn nach dieser Bestimmung

wird die Höhe der Ausgleichsforderung durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstandes vorhanden ist, und beendet wird die Zugewinnsgemeinschaft erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils, vgl. im übrigen gleich i.

Eine zum Stichtag bestehende Ausgleichsforderung kann sich daher bis zur Rechtskraft stark in ihrem Bestand "mindern" (oder sich völlig auflösen); Zuwächse kann der ausgleichspflichtige Teil dagegen in

keinem Fall erzielen.

- § 1378 Abs. 2 BGB kann nicht "abbedungen" werden, dazu Winckelmann, FuR 1998, 14.
- Illoyale Vermögensverfügungen bleiben zwar bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs außer Ansatz; doch schafft § 1375 Abs. 2 BGB nur fiktives Vermögen, so dass selbst Manipulationen erfolgreich sind.
- Die Parteien können aber den für die Abrechnung maßgeblichen Zeitpunkt vorverlegen, OLG Köln, FamRZ 1988, 174; Schröder, FamRZ 1997, 1 (6); a.A. allerdings BGH, NJW 1988, 2369; vgl. auch die Nachweise bei Palandt/ Brudermüller, § 1378 BGB Rz. 8.
- Haben sich die Vermögensverhältnisse des Ausgleichschuldners zwischen letzter mündlicher Verhandlung und Rechtskraft der Scheidung in einer für § 1378 Abs. 2 BGB relevanten Weise verändert, kann er Vollstreckungsgegenklage erheben, § 767 Abs. 2 ZPO, dazu Dieckmann, ZZP 92, 392 (396); Winckelmann, FuR 1998, 14 (18),
- aber auch der Gläubiger kann "Neuklage" anhängig machen, und die Rechtskraft des Urteils steht dann nicht entgegen, Palandt/Brudermüller, § 1378 BGB Rz. 21.
- Sind zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlungen Änderungen schon eingetreten, kann eine Abtrennung des Verfahrens zum Zugewinn nach § 628 Abs. 1 Nr. 4 ZPO erfolgen, aber nicht nach Nr. 1, a.A. OLG Oldenburg, FamRZ 1989, 88 mit abl. Anm. Schwackenberg.
- Deshalb sollten häufiger als bisher die Möglichkeiten des vorzeitigen Zugewinnausgleichs genutzt werden, dazu § 1386 BGB. Mit gerichtl. Urteil, Gestaltungsurteil, wird dann Gütertrennung hergestellt, und anschließend kann Zahlungsklage erhoben werden, wenn Zahlungsansprüche schon möglich sind; sonst ist zunächst Auskunft zu verlangen, a.A. OLG Celle, FamRZ 2000, 1369 und Scherer, FamRZ 2001, 1112. Allerdings können die Parteien ausdrücklich vereinbaren, dass
- bei vorzeitigem Zugewinnausgleich
- mit Klageerhebung Auskunft in der üblichen Form geschuldet ist. Zulässig soll allerdings auch eine Klageverbindung sein, nämlich mit dem bedingten Leistungsantrag, für den Fall des zusprechenden Gestaltungsurteils Auskunftserteilung gerichtlich festzulegen, dazu Scherer, FamRZ 2001, 1112 (1116/1117). Dabei wird zum Teil beklagt, dass eine Beteiligung des ausgleichsberechtigten Ehegatten am weiterhin erzielten Zugewinn nicht mehr erfolgt. Deshalb können die Parteien vereinbaren, dass
- vorzeitiger Zugewinnausgleich stattfindet,
- der in der vorgesehenen Form abgerechnet wird,
- gleichzeitig aber danach wieder Zugewinnsgemeinschaft gelten soll,
- so dass Ausgleichsansprüche fortbestehen. Meist wird aber



wohl zu dieser Vereinbarung wenig Bereitschaft bestehen, zu Einzelheiten Palandt/Brudermüller, § 1388 BGB Rz. 3 und 4.

Nach **§ 1389 BGB** kann, wenn Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns erhoben oder Antrag auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe gestellt ist, **Sicherheitsleistung** verlangt werden. Doch bezieht sie sich stets eben nur auf den Anspruch selbst, der aus § 1378 Abs. 2 BGB gefährdet sein kann. Geltend zu machen sind die Ansprüche durch selbständige Klage, die nicht im **Scheidungsverbund** erhoben werden kann, a.A. allerdings AG Detmold, FamRZ 1994, 1387. Vorläufiger Rechtsschutz erfolgt durch einstweilige **Verfügung**, OLG Koblenz, FamRZ 1999, 97, a.A. OLG Celle, FamRZ 1996, 1429, aber dann ist **Arrest** statthaft (zum Teil werden auch beide Möglichkeiten nebeneinander zugelassen).

**Vollstreckung** erfolgt nach § 887 ZPO - nach Übergang des Wahlrechts auf den Gläubiger - etwa durch Hinterlegung auf Kosten des Schuldners, dazu OLG Düsseldorf, FamRZ 1984, 704, wobei die Sicherheit erst nach Fälligkeit der Ausgleichsforderung (bzw. Einredefreiheit) verwertet werden kann. Bei Verfügungen über "das Vermögen im Ganzen" ist Hinweis an das Grundbuchamt möglich; sie kann auch schon vorliegen bei beantragter Teilungsversteigerung eines gemeinsamen Grundstücks, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen (Vermögen im Ganzen) vorliegen.

**Verzicht auf Ausgleich für die Vergangenheit**

**d. Verzicht auf Ausgleich für die Vergangenheit**

Vereinbaren die Parteien während der Ehe die Beendigung des gesetzlichen Güterstandes, können sie gleichzeitig erklären, dass sie auf Zugewinn für die Vergangenheit verzichten; fehlt eine solche Bestätigung,

- wirkt die Abrede nur in die Zukunft,
- und für die Vergangenheit bestehen Ausgleichspflichten wie sonst.

Unter Eheleuten ist die Verjährung gehemmt, solange die Ehe besteht, **§ 204 BGB**.

**Umfassender Verzicht**

**e. Umfassender Verzicht**

Auf Ausgleichsforderungen aus dem gesetzlichen Güterstand können die Eheleute durch Vertrag **verzichten**; Vereinbarungen dieser Art bedürfen der notariellen Beurkundung (oder müssen in einen gerichtlichen Vergleich aufgenommen werden). Sonst sind sie unwirksam.

Selbst der vollständige Verzicht bedarf nicht - etwa - der **familiengerichtlichen Genehmigung**.

Bei einem Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs - aber auch bei einem Teilausschluss - sollte klargestellt werden, ob damit auch Unterhaltsansprüche nach **§ 1578 Abs. 3 BGB** erfasst sein sollen. Nach **§ 1414 S. 2 BGB** bedeutet,

wenn die Parteien keine Ausnahmen vorgesehen haben, der Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs gleichzeitig die Vereinbarung von Gütertrennung.

Also:

Für den Fall der Scheidung ihrer Ehe verzichten die Eheleute A. auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Ihnen ist bekannt, dass damit Gütertrennung vereinbart ist.

Oder: Für den Fall der Scheidung ihrer Ehe verzichten die Eheleute A. auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs; sie halten allerdings ausdrücklich fest, dass damit die in § 1414 S. 2 BGB vorgesehene Folge - Gütertrennung - nicht verbunden sein soll, denn sie wollen weiterhin im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben und den Zugewinnausgleich so regeln, wie das die gesetzlichen Vorschriften vorsehen.

Oder: Modifizierungen des güterrechtlichen Ausgleichs. Ist der (mögliche) Unterhaltsgläubiger alkoholabhängig, und weiß der andere Teil um diese Krankheit, ist ein Unterhaltsausschluss unwirksam, § 138 BGB, da er  
- allein den Unterhaltsschuldner freistellen soll und  
- das Sozialamt belastet, OLG Köln, FamRZ 1999, 920. Die Unwirksamkeit erfasst auch eine gleichzeitige Vereinbarung über den Zugewinn.

Wird einem Ehegatten eine "erhöhte güterrechtliche Ausgleichsforderung" verschafft, liegt eine steuerliche Schenkung auf den Todesfall bzw. eine Schenkung unter Lebenden vor, die die üblichen Steuerfolgen auslöst. Umgekehrt kann bei einem Verzicht des berechtigten Ehegatten auf die geltend gemachte Ausgleichsforderung, sofern Bereicherung und Wille zur Unentgeltlichkeit gegeben sind, eine Schenkung unter Lebenden an den anderen, verpflichteten Ehegatten vorliegen, dazu R. 12 der Einkommensteuerrichtlinien zu § 5 ErbStG.

**Teilverzicht/  
Modifizierung**

#### **f. Teilverzicht/Modifizierung**

Ist der Verzicht auf Ausgleichsforderungen möglich, können die Parteien ihre güterrechtlichen Ansprüche auch in anderer Form regeln, einschränken, besonders bestimmen und modifizieren.

Verbreitet sind folgende Varianten:

**Wertfestlegung**

#### **aa. Wertfestlegung**

Die Eheleute verständigen sich darauf, dass für das gesamte Vermögen oder einzelne Teile verbindlich bestimmte **Werte** angesetzt werden. Dabei können die Festlegungen das **Anfangs-**, aber auch das **Endvermögen** betreffen. Also:

- Die Eheleute A. sind sich darüber einig, dass das Anfangsvermögen, das nach § 1374 Abs. 1 BGB festzustellen ist, für den Ehemann Euro 25.000,-- beträgt, für die Ehefrau Euro 50.000,--.

- Die Parteien sind sich darüber einig, dass das Grundstück Großer Hasenpfad 66, 60598 Frankfurt am Main zum maßgeblichen Stichtag 15.03.1999 einen Wert von Euro 292.500,-- hat.

Sollten wir die Ehe fortsetzen, sind wir darüber einig, dass nicht die Wertsteigerungen dieser Immobilie zu einem späteren Zeitpunkt für die Berechnung des Zugewinns herangezogen werden sollen, sondern die Größe .. aus den Berich-

**Herausnahme einzelner Gegenstände**

Besonders wichtig kann die verabredete Bewertung bei einer **Anwaltspraxis**, einer **Arztpraxis**, einer **Zahnarztpraxis**, einer **Apotheke**, bei sonstigem **Betriebsvermögen**, **Gesellschaftsbeteiligungen**, dazu unten 13.a. und BGH, EzFamRaktuell 1999, 98 (99), der Praxis eines Steuerberaters, dazu ebenfalls BGH, EzFamRaktuell 1999, 98, Antiquitäten, **Musikinstrumenten** oder **Kunstgegenständen**. Überschneidungen mit ehelichem Hausrat sind offensichtlich; insoweit sind vertragl. Vereinbarungen aber fragwürdiger, denn die gerichtl. Entscheidung erfolgt nach "Billigkeitsgesichtspunkten", für die sich die Parteien verständigen können, aber die sie nicht selbst festlegen. Zumindest eine "Notausstattung" muss stets bleiben. Beispiel:

Prof. W., ein bekannter Bildhauer, behält von seinen eigenen Werken stets ein "Belegexemplar" bei sich; nach 34 Jahren Ehe beantragt Frau W. Scheidung und verlangt Zugewinnausgleich. Die einzelnen Kunstgegenstände, die sich im Haushalt ihres Mannes befinden, bewertet sie mit Marktpreisen - dann wäre Prof. W. gezwungen, alle "Belegstücke" zu verkaufen. Kann er dazu gezwungen werden? Sicherlich wäre sinnvoll gewesen, wenn sich die Parteien rechtzeitig darauf verständigt hätten, dass

- jedenfalls nicht die Marktpreise gelten sollten,
- sondern andere Wertmaßstäbe.
- Im übrigen hätten sie festlegen sollen, dass die "Belegexemplare" aus dem Zugewinn überhaupt ausgeschlossen werden.

Können sich die Parteien auf eine Bewertung verständigen, können sie auch einzelne **Vermögenswerte** aus der Abrechnung völlig ausschließen; so sehen **GmbH-Verträge** regelmäßig vor, dass ein Gesellschafter bei Heirat einen Ehevertrag abschließen muss, und dann sollte auch festgehalten werden, dass die Gesellschaftsbeteiligung jedenfalls nicht ausgeglichen wird (oder mit besonders festgelegten Werten, etwa dem **Buchwert** u.a.).

Neben dem Ausschluss sind auch **Modifizierungen** des Ausgleichsanspruchs möglich, also etwa Ratenzahlung, **Stundung** u.ä., wobei an eine zusätzliche Verzinsung des Restkapitals ebenfalls zu denken ist. Für das **Anfangsvermögen** können sich die Parteien ebenfalls verständigen; insbesondere können Sie dabei für einzelne Vermögensteile (Gesellschaftsbeteiligungen; freiberufliche Praxis u.ä.) Werte ansetzen, die dann außer Streit stehen, und sie können sich darauf verständigen, dass für die Umrechnung nach der bekannten Indizierungsformel des BGH auf "Endvermögen" andere Einsatzzahlen gelten sollen. Im übrigen können sie im einzelnen definieren, was sie unter "Anfangsvermögen" verstehen, dazu und im einzelnen Wellkamp, FuR 2000, 461.

<b>Sonstige inhaltliche Beschränkung</b>	<b>cc. Sonstige inhaltliche Beschränkung</b>	<b>inhaltliche Beschränkung</b>
	Die Parteien können weiterhin vereinbaren, dass Zugewinnausgleich nicht in allen Fällen geschuldet sein soll, den die gesetzlichen Bestimmungen vorsehen, sondern nur in bestimmten Situationen, also etwa bei	
	- <b>Tod</b> eines Ehegatten, so dass für den Fall der <b>Scheidung</b> keine Ausgleichspflichten bestehen, überhaupt eine vernünftige Gestaltungsform (unter erbschaftsteuerlichem Gesichtspunkt), denn Zuwendungen zum Ausgleich des Zugewinns lösen keine entsprechenden Steuerpflichten aus, so dass es auf Freibeträge/ Steuersätze überhaupt nicht ankommt (verbunden werden sollte die güterrechtliche Lösung in einem zusätzlichen erbrechtlichen Verzicht, auch auf Pflichtteilsansprüche),	
	- bei einer längeren <b>Ehedauer</b> (etwa von 15 Jahren),	
	- wobei zusätzliche Unterscheidungen möglich sind (bei 5 Jahren Ehezeit 1/3 des sonst "verdienten" Ausgleichs, bei 10 Jahren Ehezeit 1/2 u.ä.).	
	- Schließlich können sich die Parteien verständigen, dass Ausgleichsansprüche nur geschuldet sind, wenn die Ehe eine bestimmte <b>Mindestzeit</b> bestanden hat und/oder aus ihr Kinder hervorgegangen sind. In dieser Situation kann auch ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht verabredet werden.	
	Beispiel von Bergschneider, Rz. 117:	
	"Die Eheleute A. vereinbaren Gütertrennung. Die Ehefrau ist jedoch berechtigt, von diesem Ausschluss des Zugewinnausgleichs zurückzutreten, wenn ein gemeinsames Kind geboren wird. Der Rücktritt, der der notariellen Form bedarf, ist dem Ehemann gegenüber zu erklären. Ab dem Zugang der Rücktrittserklärung gilt zwischen den Eheleuten der Güterstand der Zugewinngemeinschaft". Ob eine vereinbarte Rückwirkung zweckmäßig ist, ist auch vor der steuerrechtlichen Regeln jeweils konkret zu prüfen.	
<b>Zahlungsmodalitäten</b>	<b>dd. Zahlungsmodalitäten</b>	
	Für Ausgleichszahlungen können sich die Partner auf Ratenzahlungen verständigen, auf eine Stundung - die im einzelnen geregelt werden muss -, auf den Ausschluss bestimmter Vermögenswerte, schließlich auch auf die Abrechnung nach anderen Wertmaßstäben, etwa nach einer <b>Buchwertklausel</b> für ein Wirtschaftsunternehmen.	

Dabei kann auch eine **Verzinsung** - mit einem im einzelnen geregelten Zinsfuß - des verbliebenden Restkapitals festgelegt werden.

**Festlegung des Abrechnungsstichtages**

**ee. Festlegung des Abrechnungsstichtages**

Schließlich können die Parteien vereinbaren, zu welchem **Stichtag** die Abrechnung der Vermögenswerte erfolgen soll; sonst bestimmt **§ 1384 BGB** für die Scheidung, dass für die Berechnung des Zugewinns der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags an die Stelle der Beendigung des Güterstandes tritt, wobei - wie sonst - die Zustellung der Antragschrift an den Antragsgegner maßgeblich wird. Allerdings bestehen insoweit unterschiedliche Möglichkeiten der Einflussnahme.

Diese Regel gilt auch bei längerem, etwa fünfjährigem oder gar neunjährigem, dazu OLG Hamm, FamRZ 1992, 1180, Ruhen des Scheidungsverfahrens, KG, NJW-RR 1996, 1090, oder bei Abweisung des Antrags (oder seiner Rücknahme), die Ehe aber auf Gegenantrag der anderen Seite geschieden worden ist, Heckelmann, FamRZ 1968, 59. Bei mehrfacher Anhängigkeit entscheidet der Antrag, der schließlich zur Scheidung selbst geführt hat, BGH, NJW 1979, 2099 und OLG Koblenz FamRZ 1981, 260; das gilt selbst bei zwischenzeitlicher Versöhnung, BGH, FamRZ 1983, 350. Ohne Bedeutung bleibt jedenfalls der Beginn des Getrenntlebens. Beendet wird der Güterstand erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils, vgl. auch **§ 1378 Abs. 2 S. 1 BGB**.

Also:

Wir vereinbaren, dass der Zugewinn in unserer Ehe per 31.12.1999 abgerechnet und ausgeglichen werden soll; ausdrücklich verzichten wir darauf, spätere Ausgleichsansprüche zu stellen.

Diese Vereinbarung gilt auch dann, wenn das gegenwärtig betriebene Scheidungsverfahren ruhen sollte oder wenn Herr A. seinen Antrag zurücknimmt.

Für uns ist wichtig, zunächst die persönlichen Fragen zu klären; wir wollen insoweit nicht unter Druck geraten, wobei nicht ganz klar ist, ob nicht **§ 1378 Abs. 2 S. 1** entgegensteht (diese Bestimmung ist der offenen Disposition der Parteien entzogen), vgl. gleich i.

**Zurückbehaltungsrecht**

**ff. Zurückbehaltungsrecht**

Unter besonderen Voraussetzungen kann ein **Zurückbehaltungsrecht** ausgeübt oder die **Aufrechnung** mit einem noch nicht titulierten Anspruch auf Zugewinnausgleich gegenüber einem Anspruch auf

Teilauskehrung des hinterlegten Versteigerungserlöses für einen früher gemeinschaftlichen Gegenstand geschiedener Ehegatten erklärt werden, BGH, FamRZ 2000, 355; Voraussetzung ist,

- dass die Gegenforderung genau bezeichnet ist, wie das für ein Zurückbehaltungsrecht notwendig ist,
- wobei Treu und Glauben den Rahmen bilden,
- so dass die Erfüllung einer nach Grund und Höhe unbestrittenen Forderung nicht wegen solcher Gegenforderungen verweigert werden darf, deren Klärung so schwierig und zeitraubend ist, dass dadurch die Durchsetzung der Forderung auf unabsehbare Zeit verhindert würde, BGHZ 71, 73 (83).
- Auf der anderen Seite sind **Sicherungsbedürfnisse** zu berücksichtigen, so dass nicht eine Forderung jetzt erfüllt werden darf, wenn demnächst eine Gegenforderung entstehen kann, die aber schwierig zu realisieren erscheint.
- Wie beim Zurückbehaltungsrecht kann eine "an sich zulässige" Aufrechnung gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die erhobene Forderung sofort bedient werden muss, die Gegenforderung dagegen langwieriger Aufklärung bedarf, BGH, FamRZ 2000, 355 (357), sehr kritisch jetzt Gruber, FamRZ 2000, 399.

**§ 1378 Abs. 2 BGB g. § 1378 Abs. 2 BGB**

*aa. Einleitung*

Für die Ermittlung des Zugewinns und seinen Ausgleich im Scheidungsverfahren sind drei Eckdaten entscheidend. Geläufig sind dabei §§ 1373, 1374 Abs. 1 BGB (Anfangsvermögen) und §§ 1375 Abs. 1, 1384 BGB (Endvermögen, zeitlich festgelegt durch die Zustellung des Scheidungsantrags an den Ag.), aber der "dritte Stichtag", vgl. dazu § 1378 Abs. 2 BGB, ist längst nicht so bekannt. Selbst für viele Anwälte sind die Folgen der Regelung - hat sich bis zur Beendigung des Güterstandes, die erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils eintritt, das ausgleichspflichtige Vermögen des Anspruchsg. gemindert oder ist weggefallen, ist für Forderungen der anderen Seite der nunmehrige Bestand begrenzend - überraschend; insgesamt sind sie jeden-

falls in der Sache kaum zu vermitteln und schon deshalb wenig überzeugend<sup>1/2</sup>, denn selbst offenen Manipulationen scheinen Tür und Tor geöffnet.

Beispiel: Herr A. ist vermögend; während der Ehe hat er bis zur Zustellung des Scheidungsantrags im Sommer 2001 insbesondere durch bis dahin gewinnbringende Börsengeschäfte und Investitionen im Osten 5 Mio DM ausgleichspflichtigen Zueinn erzielt. Doch hat auch er unter den wirtschaftlichen Folgen seitdem zu leiden; seine Objekte in Ostdeutschland sind - nachgewiesen - im Wert stark gemindert, weil Mietgarantien ausgelaufen sind und sie zu großen Teilen leerstehen, und seine Wertpapiere sind auf einen Bestand von unter 100.000,00 Euro gesunken. Bei der Ehescheidung im Juni 2003 weist er ein Vermögen von noch 63.000,00 Euro nach - und auf diesen Betrag begrenzt § 1378 Abs. 2 BGB dann den Ausgleich, den er seiner Frau schuldet. Nicht einmal manipulative Geschäfte schaden, dazu § 1375 BGB, die noch vor Antragstellung erfolgt sind, einmal abgesehen von der Verantwortlichkeit des jeweiligen (dritten) Partners aus § 1390 BGB mit dem dortigen Verweis (nicht nur) auf Bereicherungsrecht<sup>3</sup>.

Kann sich der ausgleichsberechtigte Ehegatte vor diesen (drohenden) Ausfällen schützen? Was kann er tun? Können die Beteiligten noch zu Zeiten, zu denen sie sich weniger feindselig gegenüberstehen, passende Vereinbarungen treffen und so eine Regelung finden, die ihren Vorstellungen entspricht? Können sie § 1378 Abs. 2 BGB ganz ausschließen oder wenigstens begrenzen? Oder bleibt die Bestimmung - Gläubigerschutz - ihrem unmittelbaren Zugriff entzogen? Wie sind Fernwirkungen zu beurteilen? Welche Wege sind ihnen sonst eröffnet?

*bb. § 1378 Abs. 2 BGB im Einzelnen*

Zielrichtung

§ 1378 Abs. 2 BGB stellt auf die (rechtl.) Beendigung des ehe-

---

<sup>1</sup> Wie im Bereich der EheGVO, dazu *Finger*, JR 2001, 177, die auch bei Verfahrensführung in Deutschland bereits mit der Anbringung des Verfahrens bei Gericht eintritt, Art. 12 Abs. 4; ob allerdings damit auch materiell-rechtliche Folgen verbunden sind, ist zweifelhaft - die EheGVO bezieht ihre Wirkungen selbst nur auf "Zwecke dieses Artikels", dazu *Finger*, JR 2001, 177 (179), aber mit eher formaler Betrachtung.

<sup>2</sup> So ist mir vor kurzem auf einem Ausbildungslehrgang in Bochum (Fachanwalt im Familienrecht) kaum gelungen, den Teilnehmern Bedeutung und Reichweite von § 1378 Abs. 2 BGB zu vermitteln; vgl. auch OLG Köln, FamRZ 1988, 174 (§ 1374 BGB wird herangezogen), aber so wird § 1378 Abs. 2 BGB schlicht beseitigt, kritisch deshalb auch *Kogel*, FamRB 2003, 124 f.).

<sup>3</sup> Zu § 1375 Abs. 2 in diesem Zusammenhang auch *Kogel*, FamRB 2003, 124 (125 f. mit Nachw.) und unten 2 b) und 4 a); BGH, NJW 1988, 2369 - die sonstigen Gläubiger des

lichen Güterstands ab. Für die Berechnung der Ausgleichsforderung wird bei der Scheidung der Zeitpunkt aus § 1384 BGB maßgeblich, so dass gerade bei längerer Verfahrensdauer erhebliche Lücken entstehen können, die sich (auch) passend nutzen lassen. Zuerwerb nach dem Stichtag beeinflusst den Ausgleich nicht (mehr), aber Abflüsse - selbst manipulativ, dazu § 1375 Abs. 2 BGB und b) - wirken sich aus, denn nur der Vermögensrest steht dem anderen Ehegatten für seine Ansprüche noch zur Verfügung.

Durchgängig wird § 1378 Abs. 2 BGB die Aufgabe zugewiesen, andere Gläubiger des sonst belasteten Gatten zu schützen<sup>4</sup>; ihnen soll durch "schnellen Zugriff" des ausgleichsberechtigten Ehepartners nicht ihre Haftungsmasse entzogen und damit "die Deckung ihrer Forderungen gefährdet" werden.<sup>5</sup> Nicht einmal dieses Ziel erfüllt allerdings § 1378 Abs. 2 BGB tatsächlich. Deshalb ist die Behauptung, der Gl. der Ausgleichsforderung erhalte "nur das, was zur Berichtigung der anderen Verbindlichkeiten nicht erforderlich" sei<sup>6</sup>, zumindest so nicht richtig, denn im Wettlauf der Ast. kann sich durchaus auch der andere Ehegatte durchsetzen, weil er nicht von vornherein im Rang zurücktreten muss<sup>7</sup>. Die Furcht, gerade die Eheleute, die sonst miteinander streiten, könnten sich zusammentun, um die anderen Gl. zu benachteiligen, wäre aus meiner Sicht jedenfalls unbegründet. Im übrigen<sup>8</sup> soll der ausgleichspflichtige Ehegatte selbst vor der Notwendigkeit bewahrt werden, sich zum Zwecke der Erfüllung des Ausgleichsanspruchs verschulden zu müssen<sup>9</sup>, eine Nachwirkung der ehelichen Verbindung und Ausdruck nahehelicher Solidari-

---

Ausgleichspflichtigen sollen eben Vorrang haben.

<sup>4</sup> Palandt/Brudermüller, § 1378 BGB Rdn. 8 mit Nachw.; ausf. Schwab/Schwab, Hd. des Scheidungsrechts, VII Rdn. 174 f. mit Nachw.

<sup>5</sup> MünchKomm/Koch, § 1378 BGB Rdn. 7.

<sup>6</sup> MünchKomm/Koch, § 1378 BGB Rdn. 7.

<sup>7</sup> So auch MünchKomm/Koch, § 1378 BGB Rdn. 8.

<sup>8</sup> Ob § 1378 Abs. 2 BGB "auch" Schuldnerschutz leisten soll, ist allerdings umstr., vgl. Schwab/Schwab (Fn. 4), VII Rdn. 174 Fn. 1 mit Nachw.

<sup>9</sup> Schwab/Schwab (Fn. 4), VII Rdn. 174 mit Nachw.; vgl. auch MünchKomm/Koch, § 1378 BGB Rdn. 8 a.E.



tät.

Verbreitet ist aber auch die Kritik an § 1378 Abs. 2 BGB ("problematische Vorschrift"<sup>10</sup>). Manipulationen zu Lasten des Ausgleichsgl. bleiben möglich, gegen die sich dieser - so hat es den Anschein - praktisch nicht wehren kann, zu § 1375 Abs. 2 BGB gleich b). Manche Auswege werden ihm in seiner misslichen Situation zwar angeboten. Durchweg sind sie aber (gleichwohl) versperrt oder führen nicht zum Ziel bzw. bleiben eher unzulänglich; § 1390 BGB (Haftung des Empfängers einer Zuwendung nach § 1375 BGB) schafft jedenfalls kaum Entlastung und setzt gerade illoyales Verhalten des anderen Ehegatten voraus, das nicht notwendig vorliegen muss:

- § 1378 Abs. 2 BGB greift nicht ein, wenn § 1375 Abs. 2 BGB erfüllt ist<sup>11</sup> und die Zuwendung vor dem Abrechnungsstichtag erfolgt; doch schafft § 1375 Abs. 2 BGB nur "fiktives" Vermögen, das eben gerade nicht (mehr) vorhanden ist<sup>12</sup>, während § 1378 Abs. 2 BGB auf den tatsächlichen Bestand im maßgeblichen Zeitpunkt (rechtl. Beendigung des Güterstandes) abstellt<sup>13</sup>. - Gläubigerschutz? eine Frage, die ungeklärt bleibt.
- Bestimmend ist bei § 1378 Abs. 2 BGB nicht die Beendigung des Güterstandes, sondern wie sonst der Zeitpunkt aus § 1384 BGB<sup>14</sup>, eine Sicht, die das vielleicht richtige Ergebnis für sich vorbringen kann, aber den eindeutigen Wortlaut aus §§ 1378 Abs. 2 BGB/§ 1384 BGB gegen sich hat und im übrigen die mit § 1378 Abs. 2 BGB verfolgten Zwecke praktisch verfehlt (folgerichtig müsste sie sich wohl für die Streichung der Bestimmung einsetzen)<sup>15</sup>.
- § 1389 BGB gibt dem Ausgleichsschuldner die Befugnis, Sicherheitsleistung zu verlangen; insoweit wird § 1378 Abs. 2 BGB

---

<sup>10</sup> So der noch eher zurückhaltende Hinweis bei *Palandt/Brudermüller*, § 1378 BGB Rdn. 8 aA.

<sup>11</sup> *Kogel*, MDR 1998, 56.

<sup>12</sup> *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 174.

<sup>13</sup> *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 174 mit Nachw.; Übersicht bei *Palandt/Brudermüller*, § 1378 BGB Rdn. 8.

<sup>14</sup> OLG Köln, FamRZ 1988, 174, aber auch *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 176.

"verdrängt"<sup>16</sup>. Aber § 1389 BGB setzt gerade Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich voraus (oder Scheidungsantrag), und weitere Folgerungen lassen sich aus der Bestimmung nicht ableiten<sup>17</sup>, zumal dann nicht, wenn ein solches Verfahren noch gar nicht anhängig ist.

- § 1375 Abs. 2 BGB wird auf Vermögensverfügungen ausgedehnt, die nach dem Stichtag aus § 1384 BGB vorgenommen werden und den Ausgleichsanspruch des Gl. wegen § 1378 Abs. 2 BGB beeinträchtigen<sup>18</sup>. Allerdings wird so die Folge aus der selbst gesetzten Voraussetzung abgeleitet - § 1378 Abs. 2 BGB erscheint korrekturebedürftig, und deshalb wird § 1375 Abs. 2 BGB in seiner Ausrichtung verändert -, ohne dass gegenüber Versuchen, die unmittelbar bei § 1378 Abs. 2 BGB ansetzen, nennenswerte Vorteile gewonnen wären<sup>19</sup>.

- Bleibt § 242 BGB<sup>20</sup>, sicherlich mit einigen Unwägbarkeiten, Unsicherheiten im einzelnen und schwer vorhersehbaren Ergebnissen<sup>21</sup>, aber gerade deshalb vielleicht mit eher Vor- als Nachteilen (Flexibilität in den Voraussetzungen und für die Folgen), wobei sich im weiteren Verlauf ohnehin einzelne Fallgruppen mit je eigener Behandlung (und festeren Grenzen) ausdifferenzieren können.

§ 1375 Abs. 2 BGB

Durch das (mögliche) Zusammenspiel mit § 1375 Abs. 2 BGB wird die Situation für den Ast., der so weitere Nachteile hinnehmen muss, noch prekärer.

Beispiel: Herr A. stellt im Mai 2001 Scheidungsantrag; im Herbst 2001 überträgt er seiner neuen Freundin C. erhebli-

<sup>15</sup> Kritisch auch *Palandt/Brudermüller*, § 1378 BGB Rdn. 8.

<sup>16</sup> Vgl. die Nachweise in *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 179; abl. ohnehin BGH, FamRZ 1988, 925 - Sicherheitsleistung ist stets akzessorisch.

<sup>17</sup> *Palandt/Brudermüller*, § 1378 BGB Rdn. 8; etwas weiter *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 179 wenigstens dann, wenn Sicherheit geleistet ist, weil nun Vermögen in ausreichender Höhe zur Verfügung steht (auch für diesen Gl.).

<sup>18</sup> Nachw. bei *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 177 Abs. 2.

<sup>19</sup> Zutreffend *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 177 Abs. 2

<sup>20</sup> *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 180.

<sup>21</sup> So *Schwab/Schwab* (Fn. 4), VII Rdn. 174 in seiner eigenen Einschätzung; vgl. auch Fn. 53.

che Vermögenswerte, und erst Anfang 2003 wird seine Ehe geschieden. Ausgleichsansprüche von Frau A. können durch § 1378 Abs. 2 BGB gefährdet sein; dabei können

- Geschäfte nach § 1375 Abs. 2 BGB Grundlage werden,
- aber auch andere Zuwendungen, die nach dem maßgeblichen Stichtag erfolgen.

Ist der Erwerbsvorgang "unentgeltlich", gewährt § 1390 BGB Ausgleichsansprüche gegen den Drittempfänger. Damit

- erfasst § 1390 BGB keineswegs alle (möglichen) Verluste,
- die dem Ausgleichsberechtigten drohen,
- sondern verlangt eigene, enge tatbestandliche Voraussetzungen. Unentgeltlichkeit und kollusives Verhalten beider Geschäftsteilnehmer führen zu keinem bestandsfesten Erwerb; im übrigen werden "in der Differenzzone" die Interessen des Dritten höher bewertet als die Interessen des ausgleichsberechtigten Ehegatten, dazu MünchKomm/Koch, § 1390 BGB Rz. 1 und 2<sup>22</sup>.

#### cc. *Parteiabsprachen*

Diese Folgen (aus §§ 1375 Abs. 2, 1378 Abs. 2 BGB) könnten allerdings erträglicher erscheinen, wenn sich die Parteien - zu einer Zeit, als sie noch nach gemeinsamen Zielen suchten - durch Absprachen sichern und "bessere" Regelungen für sich vereinbaren dürften. Doch sind solche Abreden allenfalls in Grenzen zulässig bzw. erfolgsversprechend, wenn nicht § 1378 Abs. 2 BGB überhaupt jeder Einflussnahme durch die Parteien entgegensteht.

Vertraglicher Ausschluss von § 1378 Abs. 2 BGB

Jedenfalls können die Eheleute weder durch Ehevertrag noch in einer Scheidungsfolgenvereinbarung, bezogen auf ein bereits anhängiges oder von ihnen beabsichtigtes Scheidungsverfahren, § 1378 Abs. 2 BGB durch vertragliche Erklärungen ausschließen; insoweit besteht Einigkeit<sup>23</sup>. Denn die Bestimmung regelt vorrangig den Schutz anderer Gl. und steht deshalb nicht zur Parteidisposition.

Vereinbarte Beendigung des Güterstandes bei Antragstellung

---

<sup>22</sup> Bei Vermögen mit starken Wertschwankungen möchten manche auf Durchschnitte aus einem längeren Bemessungszeitraum abstellen, nicht auf den zufälligen Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, Nachw. bei Schwab/ Schwab (Fn. 4), VII Rdn. 178; doch bleibt unklar, ob so nur im Bereich von § 1378 Abs. 2 BGB gerechnet werden soll, und im übrigen ist § 1378 Abs. 2 BGB mit diesen Vorschlägen in seinen Auswirkungen nur manchmal und eher zufällig abgemildert, aber nicht "entschärft"; vgl. zu diesen Punkten auch Winckelmann, FPR 2003, 167 (172).

<sup>23</sup> Dazu Übersicht bei MünchKomm/Koch, § 1378 BGB Rdn. 36;

Hilfreich<sup>24</sup> könnte aber eine notariell beurkundete Vereinbarung der Parteien sein, dass bereits mit Anhängigkeit des (späteren) Scheidungsantrags nicht nur die Ausgleichsforderungen entstehen, sondern gleichzeitig der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft beendet sein soll. Doch sollten sich die Gatten - wenn sie so etwas überhaupt noch planen sollten - zumindest im Vorfeld des Scheidungsverfahrens nicht auf die Wirksamkeit ihrer Absprachen verlassen, da ihre Absichten, bezogen auf § 1378 Abs. 2 BGB, offensichtlich sind und so der Vorwurf der Umgehung naheliegt<sup>25</sup>. Weit zurückliegende Verpflichtungen - etwa im Ehevertrag bei oder kurz nach der Eheschließung eingegangen - erscheinen dagegen (eher) unbedenklich, wenn die Beendigung des Güterstandes an den Eintritt einer fernen Bedingung geknüpft wird und Gläubigerinteressen, die entgegenstehen könnten, zumindest zu dieser Zeit noch nicht sichtbar sind. Andererseits sind Fernwirkungen deutlich, die die Beteiligten verfolgen; § 1378 Abs. 2 BGB soll verdrängt werden, und deshalb erscheint mir die Wirksamkeit der Regelung auch in dieser Form nicht völlig zweifelsfrei<sup>26/27</sup>. Zulässig ist allerdings wohl eine Absprache schon im Vorfeld des Scheidungsverfahrens (Scheidungsfolgenvereinbarung), mit der die Parteien

- den Güterstand auflösen und
- Gütertrennung vereinbaren, aber sie setzt eben Einverständnis beider Seiten voraus.

Pauschalierung des Ausgleichsbetrags

Sicherlich bleibt den Ehegatten unbenommen, durch passende Abreden dem ausgleichspflichtigen Teil "mehr" als den ihm sonst zustehenden Betrag zuzuwenden oder seine Forderung zu pauscha-

*Winckelmann*, FuR 1998, 48 (51).

<sup>24</sup> So *Winckelmann*, FuR 1998, 48 (51).

<sup>25</sup> So ist wohl auch der Einwand von *Palandt/Brudermüller*, § 1378 BGB Rdn. 8 zu verstehen.

<sup>26</sup> Mit dem Risiko der Haftung des beratenden Anwalts und/oder des berufenen Notars verbunden, die bekanntlich stets nach dem "sicheren Weg" für den Mandanten/der Parteien suchen müssen.

<sup>27</sup> Bedenken jedenfalls bei *Palandt/Brudermüller*, § 1378 BGB Rdn. 8.

lieren; dies können sie so in ihrem Ehevertrag, aber auch in einer Scheidungsfolgenvereinbarung regeln. Wiederum gibt § 1378 Abs. 2 BGB aber die Grenzen vor, die sie nicht überschreiten können/dürfen - Gläubigerschutz<sup>28</sup>.

*dd. Vorzeitiger Zugewinnausgleich*

Bleibt die Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, §§ 1385 ff. BGB. Mit ihrem rechtskräftigen Abschluss ist nämlich der bisherige Güterstand beendet, weil Gütertrennung eintritt, § 1388 BGB, so dass weitere Veränderungen folgenlos sind. § 1384 BGB wird dabei durch § 1387 BGB ersetzt; maßgeblich für die Berechnung des "Endvermögens" ist nicht die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, sondern die der vorzeitigen Ausgleichsklage, für die die Bestimmungen der EheGVO ohne Auswirkungen sind. Auch in diesem Zusammenhang wird allerdings darüber geklagt<sup>29</sup>, die gesetzlichen Bestimmungen seien unzulänglich, und schon deshalb könnten vertragliche Ergänzungen/Erweiterungen durch die Parteien § 1378 Abs. 2 BGB nicht abmildern<sup>30</sup>, dazu im übrigen e). Sicherlich fasst § 1386 BGB die Voraussetzungen für den vorzeitigen Zugewinnausgleich eng, das ist einzuräumen; aber viele Möglichkeiten, die die gesetzliche Regelung bietet, werden bisher nicht (einmal) genutzt.

Werden vor der endgültigen Erledigung der Sache Vermögensgegenstände, die beiden Parteien gemeinsam zu Eigentum zustehen, veräußert, kann hilfreich sein,

- Verteilungsabsprachen zu treffen,
- die die Werte jeweils zuordnen,
- ohne dass sich später dann noch Einfluss auf die Höhe des Ausgleichsbetrags ergeben soll. Damit ist verhindert, dass ein Ehegatte diesen Erlös mit nun begründeten Verbindlichkeiten verrechnet und den beim anderen noch vorhandenen Rest
- selbst in Anspruch nimmt oder
- zumindest erreicht, dass im übrigen Ausgleich möglich wird, weil er sich auf § 1378 Abs. 2 BGB (maßgeblich: Rechtskraft des Scheidungsurteils) beruft.

§ 1385 BGB

Leben die Ehegatten seit (mindestens) drei Jahren voneinander getrennt, dazu § 1567 BGB, kann "jeder von ihnen den vorzeiti-

---

<sup>28</sup> Zu diesen Punkten MünchKomm/Koch, § 1378 BGB Rdn. 37 mit Nachw. insbes. in Fn. 59 und 60.

<sup>29</sup> Bergschneider, Verträge in Familiensachen, Rdn. 523 f.

<sup>30</sup> Bergschneider (Fn. 29), Rdn. 523.

gen Ausgleich des Zugewinns verlangen"; maßgeblich ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, nicht (etwa) der Antragstellung im Scheidungsverfahren<sup>31</sup>.

§ 1386 Abs. 1 BGB

Nach § 1386 Abs. 1 BGB kann ein Ehegatte auf vorzeitigen Zugewinnausgleich klagen, wenn der andere "längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat und anzunehmen ist, dass er sie auch in Zukunft nicht erfüllen wird". Gefährdung der Ausgleichsforderung oder nur (möglicher) Einfluss auf sie ist dabei nicht erforderlich. Im übrigen verlangt der "Blick in die Zukunft" eine auf Tatsachen begründete Prognose<sup>32</sup>; für die Fortsetzung des pflichtwidrigen Verhaltens muss mehr sprechen als für seine Änderung<sup>33</sup>.

§ 1375 BGB

Eher selten werden Rechtsgeschäfte nach § 1365 sein, die der Ausgleichskl. der anderen Seite vorwerfen kann, § 1386 Abs. 2 Nr. 1 BGB; wer verfügt schon über sein "Vermögen im Ganzen"<sup>34</sup>? Wichtig wird dagegen Nr. 2; danach kann ein Ehegatte auf vorzeitigen Zugewinnausgleich klagen, wenn der andere "sein Vermögen durch eine der in § 1375 (BGB) bezeichneten Handlungen vermindert und (das gilt auch für Nr. 1) eine erhebliche Gefährdung der Ausgleichsforderung zu besorgen ist", also anders als in § 1386 Abs. 1 BGB. Angesichts der klaren Fassung der Vorschrift und der Orientierung auf § 1378 Abs. 2 BGB ist dieser Weg allerdings dem Ausgleichsschuldner versagt, der sich also nicht wie sein Partner zur Wehr setzen kann, eine weitere merk-

---

<sup>31</sup> Palandt/Brudermüller, § 1385 BGB Rdn. 3.

<sup>32</sup> Palandt/Brudermüller, § 1386 BGB Rdn. 4.

<sup>33</sup> MünchKomm/Koch, § 1386 BGB Rdn. 15.

Zu Auskunftsansprüchen beim Zugewinnausgleich allg. - und zu den Unzulänglichkeiten bei der Auskunftserteilung - vgl. Kogel, FamRB 2003, 303.

<sup>34</sup> Auch wenn Verfügungen über Vermögensteile oder einzelne Gegenstände einbezogen sind, falls sie nur sonst die Voraussetzungen aus § 1365 BGB erfüllen, zu diesen Punkten Palandt/Brudermüller, § 1365 BGB Rdn. 5 mit ausf. Nachw.

würdige

Ungereimtheit<sup>35/36</sup>.

Beispiel: Herr A. hat während der Ehe 150.000,00 Euro ausgleichspflichtigen Zugewinn erwirtschaftet, Frau A. in Höhe von 100.000,00 Euro; nun wirft Herr A. seiner Frau illoyale Vermögensverschiebungen nach § 1375 BGB vor (in Höhe von insgesamt 50.000,00 Euro). Ausgleichspflichtig ist Herr A., entweder in Höhe von 50.000,00 Euro : 2 oder von 100.000,00 Euro : 2, aber selbst nach seinem eigenen Vorbringen ist er (zumindest zunächst) nicht ausgleichsberechtigt. Deshalb ist ihm der Weg aus § 1386 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht eröffnet<sup>37</sup>, um wenigstens weiteren Schaden von sich abzuwenden. Verfügungen nach Einleitung des Scheidungsverfahrens unterfallen, da der Stichtag nach § 1384 BGB so festgelegt ist, nicht (mehr) § 1375 Abs. 2 BGB; deshalb kann auch kein vorzeitiger Zugewinnausgleich (mit dieser Begründung) verlangt werden, obwohl sonst der Betrieb der Sache mit der Scheidung statthaft ist.

Auskunftsverweigerung, § 1386 Abs. 3 BGB

§ 1386 Abs. 3 BGB gibt einem Ehegatten im übrigen die Befugnis, auf vorzeitigem Zugewinnausgleich zu klagen, wenn sich der andere "ohne ausreichenden Grund beharrlich weigert, (ihn) über den Bestand seines Vermögens zu informieren". Dabei muss nicht etwa das übliche Bestandsverzeichnis vorgelegt werden, vgl. dazu § 1379 BGB; ausreichend ist vielmehr "eine Information wenigstens in groben Zügen"<sup>38</sup>. Einmal entstandene Klagerechte erlöschen jedenfalls nicht durch

- spätere Unterrichtung

- bzw. die erklärte, nachträgliche Bereitschaft zur Auskunft, denn allein die Zeit, die inzwischen verstrichen ist, kann schon zu Gefährdungen oder Verlusten geführt haben<sup>39</sup>. Nur selten werden die verlangten Erklärungen überhaupt abgelehnt werden können, etwa wenn nachvollziehbare Anhaltspunkte für Missbrauch

---

<sup>35</sup> Palandt/Brudermüller, § 1386 BGB Rdn. 6; anders etwa MünchKomm/Koch, § 1386 BGB Rdn. 21 und 22, jeweils mit Nachw., auch zu abw. Positionen.

<sup>36</sup> Zu den sonstigen Anforderungen von § 1386 BGB - Erheblichkeit der Gefährdung; Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts etc. - vgl. MünchKomm/Koch, § 1386 BGB Rdn. 23.

<sup>37</sup> In der Tat nicht überzeugend, vgl. wiederum MünchKomm/Koch, § 1386 BGB Rdn. 21 und 22.

<sup>38</sup> BGH, FamRZ 1978, 677 (dort Schreibfehler im LS).

<sup>39</sup> Palandt/Brudermüller, § 1386 BGB Rdn. 7; vgl. auch MünchKomm/Koch, § 1386 BGB Rdn. 24 - "güterstandspezifische Sanktion".

zu sehen sind ("unlauterer Gebrauch der mitgeteilten  
Tatsachen")<sup>40</sup>.

Beispiel: ... "weiter fordere ich Ihren Herrn Mandanten auf, mir für meine Mandantin Auskunft über seinen gegenwärtigen Vermögensstand zu geben, insbesondere zu (folgt Aufzählung einzelner Positionen). Frist: ..." Reagiert Herr A. oder sein Verfahrensbevollmächtigter nicht, ist der Weg aus § 1386 Abs. 3 BGB offen, ohne dass mit der Klage (wie in Abs. 2) eine "erhebliche Gefährdung der künftigen Ausgleichsforderung" dargetan werden müsste (eine Gefährdung ergibt sich vielmehr von selbst). Nachhaltige Nachfragen sind allerdings empfehlenswert ("beharrliche Weigerung").

Vertragliche Ergänzungen

Im übrigen sollen die Parteien die Möglichkeit haben, §§ 1385, 1386 BGB durch Vereinbarung zu erweitern. So sollen sie die Fristen aus § 1385 BGB abkürzen können.

Beispiel: Die Eheleute A. sind sich darüber einig, dass in Abweichung von § 1385 BGB jeder von ihnen auf vorzeitigen Zugewinnausgleich klagen kann, wenn sie seit mindestens sechs Monaten getrennt leben<sup>41</sup>/wenn einer von ihnen oder sein Verfahrensbevollmächtigter dem anderen gegenüber seine ernsthafte Scheidungsabsicht anzeigt, aber auch jeden anderen (wichtigen) Grund als für sich und eine vorzeitige Ausgleichsklage für ausreichend erklären können<sup>42</sup>. Dabei besteht Einigkeit, dass auf "das Erfordernis der rechtsgestaltenden gerichtlichen Entscheidung nicht verzichtet werden kann"<sup>43</sup>. Zwar ist die Einflussnahme (doppelt) vermittelt, denn die Wirkungen der Absprachen setzen sich erst nach einem Verfahren bei Gericht durch (und reichen weit in die Zukunft); doch bleiben Verbindungen gerade zu § 1378 Abs. 2 BGB - fehlende Parteidisposition! -, so dass die Wirksamkeit der Vereinbarung wiederum keineswegs gesichert erscheint<sup>44</sup>.

Sicherheitsleistung, § 1389 BGB

Auch bei Erhebung der vorzeitigen Ausgleichsklage kann Sicherheit (unter den dort genannten Voraussetzungen) verlangt werden, § 1389 BGB. Stets gilt die Sicherheitsleistung aber nur für die Forderung selbst; unterliegt sie weiteren Einflüssen, § 1378 Abs. 2 BGB, steht sie nicht für einen höheren Betrag, son-

---

<sup>40</sup> Palandt/Brudermüller, § 1386 BGB Rdn. 7; zu weiteren Einzelheiten auch MünchKomm/Koch, § 1386 BGB Rdn. 27 f.

<sup>41</sup> Bergschneider (Fn. 29), Rdn. 525.

<sup>42</sup> Bergschneider (Fn. 29), Rdn. 523, vgl. auch Rdn. 493.

<sup>43</sup> Bergschneider (Fn. 29), Rdn. 524 aE.

<sup>44</sup> So gibt Bergschneider selbst die Empfehlung, in den Ehevertrag - oder die Scheidungsfolgenvereinbarung - den Hinweis aufzunehmen, die getroffenen Absprachen der Parteien könnten "möglicherweise unwirksam sein", Rdn. 524.

<sup>44a</sup> Zum einstw. Rechtsschutz und § 1385 BGB Winckelmann, FPR 2003, 167 (171 f. mit Nachw.), aber zu Recht mit dem Hinweis, dass so keine Absicherung gegen materielle Rechtsverluste aus § 1378 Abs. 2 BGB erreicht wird, 171/172, denn letztlich bezieht sich die Sicherheit immer nur auf die Ausgleichsforderung, wie sie tatsächlich



dern ist entsprechend beschränkt.<sup>44a</sup>

*ee. Verfahrensfragen*

Rechtshängigkeit mehrerer Anträge; Rücknahme

Maßgeblich für die Berechnung des ausgleichspflichtigen Zugewinns ist die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, § 1384 BGB (Endvermögen; zweiter Stichtag). Rücknahme beseitigt die Folgen, aber bringt nun § 1375 BGB wieder ins Spiel (für Verfügungen nach Rechtshängigkeit des zurückgenommenen Antrags). Haben beide Parteien Scheidungsantrag - im selben Verfahren - gestellt, ist der Stichtag entscheidend, der mit dem (ersten) Scheidungsantrag festgelegt war, auch wenn dieser inzwischen zurückgenommen ist und so nicht (mehr) Grundlage der gerichtl. Entscheidung sein kann<sup>45</sup>, sondern durch den "zweiten" Antrag ersetzt ist. Bei mehreren Anträgen im jeweils eigenen Verfahren legt die Rechtshängigkeit des Antrags die Abrechnung fest, der tatsächlich zur Ehescheidung führt bzw. geführt hat<sup>46</sup>.

Abtrennung, § 628 Abs. 1 Nr. 1 ZPO?

Sonst ist, wenn § 1378 Abs. 2 BGB eine Rolle spielen kann, über die Scheidung vorab zu entscheiden, so dass für sie Rechtskraft eintritt, und die Folgesache Güterrecht abzutrennen, § 628 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, damit sich der Ausgleichsschuldner aus § 1378 Abs. 2 BGB in der "gebotenen Form" zur Wehr setzen kann. Erfolgt die Abtrennung nicht, ist der früher (manchmal) eröffnete Weg<sup>47</sup> über die "außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit" (sie einmal unterstellt) nach den Veränderungen durch die ZPO-Reform versperrt<sup>48/49</sup>.

besteht.

<sup>45</sup> BGH, FamRZ 1996, 1142.

<sup>46</sup> BGH, NJW 1979, 2099.

<sup>47</sup> Dazu die Übersicht bei *Finger*, MDR 2000, 247; vgl. auch *Winckelmann*, FuR 1998, 14 (18).

<sup>48</sup> Knapp *Abramenko*, NJW 2003, 1356 (1357); *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193; weitergehend BFH, FamRZ 2003, 677 und wohl auch BVerfG, NJW 2002, 1924.

Zu außerordentlichen Rechtsbehelfen wegen Verletzung rechtl. Gehörs oder bei besonders groben Rechtsverstößen allg., auch § 321 a ZPO, BGH, NJW 2002, 1577 und OLG Frankfurt, 1 WF 155/03.

<sup>49</sup> Vor den Veränderungen durch die ZPO-Reform insbes. für die Berufung erschien verlockend, und zumindest teilw.

## Berufung

Dann spricht aber viel für die Statthaftigkeit der Berufung, wenn sich der "belastete" Gatte mit seinen sonstigen Gegenstellungen nicht durchsetzen können. Formal und wenig überzeugend wäre jedenfalls der Einwand, Befugnisse aus § 1378 Abs. 2 BGB "entständen" erst nach rechtskräftigem Abschluss des Scheidungsverfahrens, denn tatsächlich können sie nur zuvor nicht geltend gemacht werden (und ihre frühere Entstehung ist durchaus strittig). Rechtskraft ist zwar (noch) nicht eingetreten, aber sie könnte ohne weiteres herbeigeführt werden, wenn die Parteien im Termin auf Rechtsmittel verzichten. Verweigerter Abtrennung der Folgesache und "Präklusion" im Berufungsverfahren<sup>50</sup> sollten sich jedenfalls nicht zu einem Geflecht verdichten, in dem sich der Anspruchsteller verfangen kann und das ihm endgültige Verluste aufzwingt<sup>51</sup>. Ohnehin erlaubt § 531 ZPO neues Vorbringen noch in der Berufungsinstanz, wenn die dortigen Voraussetzungen (nicht) erfüllt sind<sup>52</sup>. § 1378 Abs. 2 BGB mag eine kaum einsichtige Rechtsregel enthalten; hohe, fast unüberwindliche verfahrensrechtl. Zugangssperren erscheinen mir aber kaum als "angemessener Ausgleich", dazu im übrigen ohnehin d).

§ 767 Abs. 2 ZPO

Kann sich der Ausgleichsschuldner mit seinen Befugnissen aus §

konnte so auch § 1378 Abs. 2 BGB abgemildert werden, weil zumindest der Abrechnungsstichtag vorverlegt werden konnte:

- A. stellte Scheidungsantrag, obwohl das Trennungsjahr noch nicht abgelaufen war,
- den er/sie (unzureichend) aus § 1565 Abs. 2 Abs. 2 BGB begründete.

- Den Antrag wies das FamG ab,
- und A. legte Berufung ein (Tatsacheninstanz).

War so zur Zeit der Verhandlung in der Berufung § 1566 Abs. 1 BGB erfüllt (Trennungszeit),

- konnte geschieden werden (oder war zurückzuverweisen),
- wobei sich Kostenfolgen allenfalls aus § 97 Abs. 2 ZPO ergeben (konnten), dazu MünchKomm/Finger, § 629 b ZPO Rdn. 4 mit Nachw.

<sup>50</sup> So ausdrücklich Kogel, FamRB 2003, 124 (125).

<sup>51</sup> Dazu auch Kogel, FamRB 2003, 124 (125), aber mit formaler Betrachtung.

<sup>52</sup> Vgl. gerade zu nachträglich entstandenen Angriffs- und Verteidigungsmitteln (auch aus rechtl. Gründen) MünchKomm/Rimmelspacher (Aktualisierungsband 2002), § 531 ZPO Rdn. 25.

1378 Abs. 2 BGB sonst nicht durchsetzen - § 628 Abs. 1 Nr. 1 BGB, Berufung nach Rechtskraft des Scheidungsausspruchs -, bleibt ihm jedenfalls die Vollstreckungsgegenklage, § 767 Abs. 2 ZPO<sup>53</sup>.

*ff. Anwaltshaftung*

Belehrt der Anwalt - auf Schuldner-, aber auch auf Gläubigerseite - nicht ausreichend über die Folgen aus § 1378 Abs. 2 BGB, macht er sich schadensersatzpflichtig.<sup>54</sup> Vertritt er den Ausgleichsschuldner, muss er auf die Möglichkeiten aus § 1378 Abs. 2 BGB ausdrücklich hinweisen, ohne nun vielleicht allzu sehr die Rechtsfolgen anzupreisen und seinen Mandanten erst auf die Idee zu bringen, das ausgleichspflichtige Vermögen auszuhöheln.<sup>55</sup> Zumindest Sicherstellung der Ausgleichsansprüche wird wichtig (soweit das möglich ist).

*Zusammenfassung*

§ 1378 Abs. 2 BGB bringt für den Ausgleichsgl. beim Zugewinn erhebliche Gefährdungen mit sich. In ihrer Zielrichtung bleibt die Bestimmung letztlich unklar (Gläubigerschutz; keine Verschuldung des ausgleichspflichtigen Ehegatten). Parteiabsprachen bringen manche Entlastung, doch sind sie zumindest zu Teilen in ihrer Wirksamkeit zweifelhaft, da die Ausrichtung auf § 1378 Abs. 2 BGB deutlich ist, eine Bestimmung, die selbst der Parteidisposition entzogen ist. Gerade deshalb sollten aber die vorhandenen Möglichkeiten genutzt werden; das geschieht zu selten (vor allem § 1385 BGB - vorzeitiger Zugewinnausgleich nach dreijähriger Trennung -, § 1386 Abs. 3 BGB - bei beharrlich verweigerter Auskunft über die eigenen Vermögensverhältnisse). Sonst bleibt § 242 BGB, eine Bestimmung, der die Rspr. - angeführt vom BGH - auch sonst wichtige Kontrollaufgaben zu-

---

<sup>53</sup> *Winckelmann*, FuR 1998, 14 (18); *Kogel*, FamRB 2003, 124 (125); *ausf. MünchKomm/Koch*, § 1378 BGB Rdn. 33 aE im Anschluss an *Dieckmann*, ZZP 92 (1979), 392 (396).

<sup>54</sup> *Winckelmann*, FPR 2003, 167.

<sup>55</sup> Allg. zur Verpflichtung eines Anwalts, im Ausgleichsverfahren rechtzeitig die Ansprüche seines Mandanten zu sichern vgl. OLG Hamm, FamRZ 2003, 758 mit kurzer Anm. *Schnitzler*, FF. 2003, 185 (186).

weist,<sup>56/57</sup> selbst wenn die Konturen nicht völlig eindeutig nachzuzeichnen sind und die Rechtsfolgen erst noch (angepasst und variabel) entwickelt werden müssen. Wird die Folgesache Güterrecht nicht abgetrennt, ist jedenfalls Vollstreckungsgegenklage, § 767 Abs. 2 ZPO, statthaft.

Vielleicht bietet sich auch folgender Ausweg an:

a. Der ausgleichsberechtigte Teil verfolgt das Scheidungsverfahren, um möglichst schnell zu seinem Abschluss zu gelangen; Folgeanträge werden ausdrücklich nicht gestellt, sondern dem isolierten Verfahren vorbehalten.

b. Auf diese Weise kann das Scheidungsurteil schnell ergehen, und dann kann der Zugewinnausgleich isoliert geltend gemacht werden – aber wenn die Gegenseite sofort reagiert (und nun ihrerseits Folgeanträge stellt), lassen sich die beabsichtigten Ziele nicht erreichen.

## Auskunft

### h. Auskunft

**Auskunftspflichten** entstehen nach § 1379 BGB nach Beendigung des Güterstandes bzw. im Scheidungsfall; doch können die Parteien festlegen, dass sie zu anderer Zeit Auskunft zu erteilen haben, etwa auf jeweiliges schriftliches Verlangen der anderen Seite (das für sich natürlich nicht missbräuchlich sein darf). Für die Beendigung des Güterstandes muss sich eine anwaltlich beratene Partei die Kenntnis ihres Verfahrensbevollmächtigten zurechnen lassen, OLG Hamm, NJW-RR 1999, 1678; ein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe kann die Verjährung nur dann hemmen, wenn er ordnungsgemäß begründet und vollständig ist, wobei die gleichzeitige Einreichung (nur) eines Bescheides über den Bezug von Arbeitslosengeld die Formularerklärung nach § 117

---

<sup>56</sup> So schon Schwab (Fn. 4), VII Rdn. 174 mit Nachw.

<sup>57</sup> Vgl. dazu beim vereinbarten Unterhaltsausschluss für die Zeit nach Rechtskraft des Ehescheidungsurteils trotz Kinderbetreuung, Betreuungsunterhalt, BGH, NJW 1987, 1739; BGH, JR 1991, 332 mit Anm. Hohloch und BGH, NJW 1992, 3164; Nachw. bei Hess, FamRZ 1996, 981 (986); gute Übersicht bei Göppinger/Wax/Hoffmann, Unterhaltsrecht, 8. Aufl. 2003, Rdn. 1386 f.; für den Versorgungsausgleich bei langer Trennungszeit der Parteien OLG Brandenburg, NJW-RR 2003, 723 und OLG Karlsruhe, FamRB 2003, 210 mit Anm. Neumann; krit. aber Erk/Deisenhofer, FamRZ 2003, 134, und Rechtsmissbrauch seines Partners kann ein Ehegatte dadurch begegnen, dass er den Scheidungsantrag binnen einer angemessenen Frist nach dem Wegfall derjenigen Umstände stellt, die das Vertrauen in die Redlichkeit des anderen für ihn begründet haben, BGH, NJW 1993, 1004 (der Ehefrau selbst waren sämtliche Umstände im Mai 1986 bekannt, aber sie hat ihren eigenen Scheidungsantrag erst in einem weiteren Verfahren gestellt, das wiederum vom Mann betrieben wurde, nämlich Anfang 1987).

Abs. 2 ZPO nicht entbehrlich macht, OLG Hamm, NJW-RR 1999, 1678.

**Negatives Anfangs- i. Negatives Anfangsvermögen/nichteheliche Partnerschaft vermögen/nichtehe- liche Partner- schaft**

Ist das Anfangsvermögen eines Ehegatten negativ, folgt aus § 1374 Abs. 1 BGB, dass Vermögenserwerb bis zum Ausgleich der Verbindlichkeiten keinen Zugewinn ergibt. In dieser Situation können die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen und Ausgleichsverpflichtungen festlegen. Die steuerlichen Auswirkungen sind unsicher. Ausdrücklich können die Parteien in den Zugewinnausgleich durch entspr. Vereinbarung auch voreheliche Zeiten - etwa während einer nichtehelichen Partnerschaft - einbeziehen und so ausgleichspflichtig werden lassen.

**Vorzeitiger Zuge- j. Vorzeitiger Zugewinnausgleich winnausgleich**

Nach § 1386 BGB kann ein Ehegatte auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns klagen, wenn der andere Ehegatte längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat und anzunehmen ist, dass er sie auch in Zukunft nicht erfüllen wird; die Grenzen sind hoch. Abs. 2 berechtigt einen Ehegatten, auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns zu klagen, wenn der andere Ehegatte

1. ein Rechtsgeschäft der in § 1365 BGB bezeichneten Art ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommen hat oder

2. sein Vermögen durch eine der in § 1375 BGB bezeichneten Handlung vermindert hat

und eine erhebliche Gefährdung der künftigen Ausgleichsforderung zu besorgen ist.

Schließlich kann ein Ehegatte auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns klagen, Abs. 3, wenn der andere Ehegatte sich ohne ausreichenden Grund beharrlich weigert, ihn über den Bestand seines Vermögens zu unterrichten.

Abweichend von diesen gesetzlichen Regeln können die Parteien Vereinbarungen schließen, die in anderer Situation zum vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns berechtigen, wobei wiederum frag-

---

lich ist, wie weit § 1378 Abs. 2 S. 1 reicht. Insbesondere können sie die in § 1385 BGB sonst vorgesehene Frist von drei Jahren Trennungszeit verkürzen, etwa auf zwei Jahre (oder einen anderen Zeitraum), wobei festgehalten werden sollte, von welchem Zeitpunkt an die Frist läuft. Allerdings ist sehr darauf zu achten, wie die steuerlichen Auswirkungen sind, denn verpflichtet sich die Parteien zur Zahlung eines vorzeitigen Zugewinnausgleichs, ohne gleichzeitig den Güterstand zu beenden, kann eine steuerpflichtige Schenkung vorliegen.

Bei Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich muss zunächst Verurteilung erfolgen, und erst dann kann Auskunft nach § 1379 Abs. 1 BGB verlangt und zugesprochen werden, a.A. allerdings OLG Celle, FamRZ 2000, 1369; dazu sehr kritisch Scherer, FamRZ 2001, 1112. Gerade wegen der fortbestehenden Unsicherheiten können allerdings die Parteien ausdrücklich vereinbaren, dass

- bei vorzeitigem Zugewinnausgleich
- mit Klageerhebung Auskunft in der üblichen Form geschuldet wird.

Doch ist auch Klageverbindung möglich, nämlich mit dem "bedingten" Leistungsantrag, für den Fall des zusprechenden Gestaltungsurteils auch Auskunftserteilung gerichtlich festzulegen, dazu Scherer, FamRZ 2001, 1112 (1116/1117).

#### **Lebensversicherung k. Lebensversicherung**

Zum Ausgleich des Zugewinns kann auch die Begründung einer **Lebensversicherung** in Betracht kommen. Der sonst ausgleichspflichtige Ehegatte kann dabei hohe Einmalzahlungen in eine solche Versicherung leisten, um die Altersversorgung der anderen Seite sicherzustellen; er kann sich auch zu Beitragsleistungen verpflichten. Schließlich kommt die Übertragung eines Hausgrundstücks in Betracht. (**Spekulationssteuer!**) Werden laufende Leistungen geschuldet, ist für Absicherung zu sorgen; zumindest ist ein Bedingungs-zusammenhang herzustellen, so dass

- bei Ausfall von (etwa) zwei Beiträgen in die Lebensversicherung
  - wieder der festgelegte Betrag als Zugewinn geschuldet wird,
- auflösende Bedingung.**

#### **Geschuldeter Zugewinn der anderen Seite**

1. **Geschuldeter Zugewinn der anderen Seite**  
 Durch Absprachen, die den Zugewinnausgleich für einen Partner beschränken, können Auswirkungen für die andere Seite entstehen. Werden Vermögenswerte ausgenommen, kann Zugewinn für ihn -  
 rechnerisch - geschuldet sein. Diese Zusammenhänge sind zu be-

achten; dabei können die Parteien

- Ausgleichsforderungen des anderen ebenfalls insgesamt ausschließen oder
- inhaltlich beschränken bzw. die Werte einbeziehen,
- die beim Partner sonst bei einem eigenen Anspruch gerade angenommen sind.
- Dann bleibt eine "fiktive Berechnung" möglich, und nur wenn das Vermögen des Anspruchstellers danach immer noch Forderungen auslöst, wird er ausgleichspflichtig.

**Rücktrittsvorbehalt**

**m. Rücktrittsvorbehalt**

Güterrechtliche Vereinbarungen können mit Rücktrittsvorbehalt versehen werden. Den Parteien bleibt dann selbst die Wahl, ob sie

- an den ursprünglichen Regelungen festhalten wollen oder
- ihre vorbehaltenen Befugnisse ausüben.

Beispiel:

Herr M. und Frau M. vereinbaren den Ausschluss des Zugewinns; sie legen Gütertrennung fest. Frau M. soll allerdings die Möglichkeit haben, von dieser Absprache zurückzutreten, wenn

- die Ehe länger als zehn Jahre dauert oder
- ein Kind oder Kinder aus ihr hervorgehen.

Mit dem Rücktritt gelten dann die üblichen gesetzlichen Regeln.

**Güterrechtl. Rechtsbeziehungen mit Auslandsbezug**

**n. Güterrechtl. Rechtsbeziehungen mit Auslandsbezug**

Art. 15 EGBGB legt die güterrechtl. Folgen der Ehescheidung/Auflösung der Ehe für Auslandsbezug auf den Zeitpunkt der Eheschließung selbst fest, Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatus; sonst sind die Anknüpfungsschritte maßgeblich, die sich aus Art. 14 EGBGB für die allg. Wirkungen der Ehe ergeben. Vereinbarungen können die Parteien schließen; sie sind auch gebräuchlich. Dabei sollten beide allerdings darauf achten,

- Regelungen zustande zu bringen,
- die auch im jeweiligen "anderen" Staat Anerkennung finden,

Stichwort: Boris Becker.

- Nach den Bestimmungen der EheGVO ist gerade in Europa die "Wahl" unter unterschiedlichen Gerichtsständen möglich, und sie vergleicht; entscheidet dann ein ansich zuständiges Gericht nach seinem Heimatrecht, etwa: England, während andere Gerich-

te, die ebenfalls zuständig wären, andere Rechtsgrundsätze zugrunde legen, können Brüche entstehen, die von den Parteien taktisch genutzt werden können. Ausweg:

- Erweiterte Wahlmöglichkeiten auf der kollisionsrechtl. Ebene,
- Orientierung der Rechtsanwendung nicht nur auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit, sondern auf dem gemeinsamen bzw. letzten gemeinsamen Aufenthaltsort,
- wobei alle Staaten in Europa diesen Regeln folgen müssen,



- vielleicht sogar Zulässigkeit von  
Gerichtsstandsvereinbarungen.

Zusätzliche Ungereimtheiten entstehen dadurch, dass manche Staaten güterrechtl. und andere Absprachen unter den Ehegatten zulassen, ohne weitere Kontrollen vorzunehmen, andere zumindest für die Scheidungsfolgen gerichtl. Überprüfung fordern (etwa: Türkei, aber auch Frankreich und die Schweiz), schließlich manchmal sogar für den Ehevertrag selbst und seine Regelungen verbindliche Vorgaben eingehalten werden müssen, denen die Par

teilen nicht ausweichen können. Umso näher liegt dann der Wechsel in eine

- andere gerichtl. Zuständigkeit und damit manchmal eben auch
- in ein anderes Recht.

**Rückforderungsrechte, insbes. bei Schenkungen bzw. unbenannten Zuwendungen**

**o. Rückforderungsrechte, insbes. bei Schenkungen bzw. unbenannten Zuwendungen**

Ehegatten übertragen sich häufig Vermögenswerte, vor allem um dem Zugriff der jeweils eigenen Gläubiger auszuweichen; auf der anderen Seite soll die Übertragung nicht endgültig erfolgen, sondern zurückgefordert werden können,

- insbesondere wenn sie die von beiden vorausgesetzten Ziele nicht verwirklichen und
- (etwa) die Ehe geschieden wird.

a) Anfechtung

Zunächst ist zu klären, ob die Übertragung als "Schenkung" oder als entgeltliches Rechtsgeschäft anzusehen ist; davon hängen die Fristen für die Anfechtung durch den (möglichen) Gläubiger ab, entweder außerhalb des Insolvenzverfahrens nach den Bestimmungen des AnfG oder während der Insolvenz nach § 134 Abs. 1 InsO. Meist wird keine Schenkung gewollt sein, sondern eine "Verfügung", die sonst als unbenannte Zuwendung einzuschätzen wäre. Anfechtungsrechtl. werden aber keine Unterschiede bestehen, denn

- die Zusammenhänge etwa mit ehelichen Güterrecht
- berühren Gläubigerinteressen nicht.

Nach Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Eheleuten, Rz. 150 f. kann allerdings die "Herbeiführung der Entgeltlichkeit künstlich" geschehen, nämlich durch spätere Vereinbarung von Gütertrennung. Ein entgeltlicher oder überwiegend entgeltlicher Vertrag zwischen den Eheleuten liegt dann vor, wenn

- zum einen die Übertragung nach längerer Ehedauer im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Gütertrennung zur Erfüllung des nunmehr fälligen Anspruchs des bisher entstandenen Zugewinns erfolgt

- wobei allerdings der Anspruch in Höhe des Wertes des Zugewin-

nes tatsächlich bestehen muss, Brambring, Rz. 144. Dann "sinkt" die Anfechtungsfrist auf zwei Jahre (aber die Vereinbarung von Rückforderungsrechten ist in dieser Ausgestaltung eigentlich nicht vereinbart).

#### b) Pfändung von Rückforderungsrechten

Fraglich ist, in welcher Form der Zuwendende seine Leistung zurückfordern kann.

- Bei einer unbenannten Zuwendung ist dies überhaupt nicht möglich,
- bei einer echten Schenkung unter Ehegatten kann allenfalls § 530 BGB (grober Undank) weiterhelfen.
- Güterrechtl. Ausgleichsansprüche bestehen, aber nur als Geldforderung, nicht in der Sache (und wiederum: Zuwendung ohne gleichzeitige weitere Absicherung macht wenig Sinn).
- Bereicherungsansprüche bestehen nicht; selbst durch Scheidung werden die Zuwendungen nicht "rechtsgrundlos", BGH, FamRZ 1989, 147; zum Ganzen Baldringer/Jordans, FPR 2004, 1 (3).

Also müssen die Parteien vertragl. tätig werden. Das können sie auch. Sie können Rückforderungsrechte vereinbaren bzw. dem zuwendenden Teil eine Widerrufs Klausel einräumen, Brambring, Rz. 147. Dabei kann

- § 158 Abs. 2 BGB zugrunde gelegt werden, aber diese Lösung ist in aller Regel zu schematisch.
- Rückübertragung sollte daher nur nach Ausübung eines eigens für sie vorgesehenen Gestaltungsrechts erfolgen. Allerdings sollte der Widerruf nicht "frei" möglich sein, weil damit der Zuwendungsempfänger nicht ausreichend abgesichert ist. Deshalb sind Einschränkungen anzubringen, etwa die Scheidung, der Vermögensverfall oder der Tod des anderen Ehegatten. Meist ist zudem sicherzustellen, dass der Empfänger nicht ohne weiteres über das Grundstück verfügen kann; entspr. vertragl. Verfügungsverbote sind zwar nicht wirksam, aber "für den Fall abredewidriger Verfügung kann ein bedingter Rückauflassungsanspruch" vereinbart und durch Vormerkung dinglich gesichert werden, dazu

Kohler, DNotZ 1993, 342. Unwiderrufliche Vollmacht an den Zuwendenden ist dagegen weniger zweckmäßig. Gegenansprüche des Erwerbs sollten ebenfalls berücksichtigt werden, also etwa

- Ersatz von Aufwendungen und
- sonstige Kosten.

Rückforderungsansprüche dieser Art sind pfändbar, dazu BGH, FPR 2004, 38. Hat sich der Übertragene Teil das Recht vorbehalten, jederzeitige Rückgabe zu verlangen, ist

- dieses Recht zu pfänden und dem Gläubiger zu überweisen,
- der dies zusammen mit dem künftigen oder aufschiebend bedingten nur durch eine Vormerkung gesicherten Rückkaufungsanspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen kann, dazu BGH, FPR 2004, 38. Dabei ist aber wohl noch zu unterscheiden in

- Insolvenz oder Zwangsvollstreckung des Zuwendenden, und dann sind die Rechte pfändbar,
- und Fälle des Vorversterbens und einer Verfügung, die der Zuwendende nicht wollte; insoweit wird meist die Pfändbarkeit verneint, dazu Baldringer/Jordan, FPR 2004, 1 (3), und auch sonst sind viele Einzelheiten umstritten (Widerruf wegen groben Undanks, Verfehlungen des Beschenkten, Entziehung des Pflichtteils u.ä. - dabei könnte der "höchstpersönliche Charakter" der Befugnisse überwiegen, die eben zur freien Ausübung des benachteiligten Gatten stehen sollen, vgl. dazu auch Schuschke, LMK 2003, 112.

Pfändung und Überweisung zur Einziehung allein des Rückforderungsanspruches hilft nicht weiter; im Wege der Doppelpfändung muss daher das Gestaltungsrecht, wenn es pfändbar ist, ebenfalls gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, Heinze, NotBZ 2003, 1231. Ob eine vertragl. Ausgestaltung als "höchstpersönlich" zwischen den Parteien ausreicht, und die Berechtigung den Gläubigern den Zuwendenden zu entziehen, ist unsicher, Baldringer/Jordans, FPR 2004, 1 (9). Ist die Rückübertragung an das "Scheitern der Ehe" geknüpft, können die Gläubiger erst auf

das Grundstück des Ehemannes zugreifen, wenn tatsächlich die

Voraussetzungen erfüllt sind, dazu Schuschke, LMK 2003, 114 und Baldringer/Jordans, FPR 2004, 1 (9).

**Zu ausgewählten p. Zu ausgewählten Fragen des ehelichen Güterrechts**

**Fragen des ehelichen Güterrechts** Neuere Rspr.

1. Wie ist eine Kapital-Lebensversicherung der Parteien zu bewerten, die dem Begünstigten ein Rentenwahlrecht einräumt, das er tatsächlich erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausübt? Abrechnungsdaten für den Versorgungsausgleich sind festgelegt; dort kann jedenfalls eine einmalige Summe, die nach Festlegung ausgezahlt werden muss, nicht ausgeglichen werden. Deshalb geht der BGH davon aus, dass die Abrechnung beim Zugewinn zu erfolgen hat, selbst wenn - streng genommen - die maßgeblichen Daten schon vorher feststehen, nämlich mit Zustellung des Scheidungsantrags. In der Sache nimmt der BGH damit eine "Rückwirkung" vor, zu Einzelheiten BGH, FamRZ 2003, 664 und BGH, FamRZ 2003, 923. Misslich ist die Situation natürlich für den "Begünstigten", wenn er keinen Zugewinnausgleich verlangen kann, etwa
  - weil die Parteien im vereinbarten Güterstand der Gütertrennung leben oder
  - das Verfahren sonst bereits rechtskräftig abgeschlossen ist. Nachträgliche "Ergänzungen" erfolgen jedenfalls nicht. Was ist zu tun? Die Parteien können sich, wenn die notwendigen Auskünfte erteilt sind, unabhängig von den sonstigen Wirkungen einer Vereinbarung bzw. eines gerichtlichen Urteils Ergänzung und ergänzende Zahlungen vorbehalten; im übrigen können sie auch den Versicherungsnehmer dazu verpflichten, das ihm zustehende Wahlrecht nicht auszuüben, wobei Schadensersatzansprüche entstehen (bzw. festgelegte Vertragsstrafen fällig werden), wenn er sich abredewidrig verhält.
 Wie ist eine Kapital-Lebensversicherung mit einem Rentenwahlrecht zu behandeln? Sie ist beim Zugewinn auszugleichen, wenn das Wahlrecht noch nicht ausgeübt war. Versorgungsausgleich steht nicht offen. Der Begünstigte wird auch kaum entsprechend tätig werden, wenn er den (tatsächlichen) Fortführungswert mit der anderen Seite schon geteilt hat. Sonst könnte auch nachträgliche Abänderung der gerichtlichen Entscheidung zum Versorgungsausgleich erfolgen.
2. Wie sind laufende Einkünfte beim Zugewinn zu behandeln? Bezieht der Ehemann - etwa - noch Gehalt, das auf seinem Konto verbucht ist, aber eben vor dem Stichtag,
  - und sind von diesen Geldern die laufenden Kosten für den eigenen Lebensunterhalt,
  - die Miete,
  - sonstige Ausgaben und
  - vor allem Unterhalt an die andere Seite zu bezahlen, ist eine "nochmalige" Berücksichtigung beim Zugewinnausgleich (mit der Hälfte) für den anderen Teil eigentlich nicht gerechtfertigt, aber der BGH nimmt gleichwohl einen solchen Ausgleich vor, FamRZ 2003, 1544. Dabei liegt kein "ehebender Gewinn" vor, der zu verteilen sein könnte. Vertragliche Vereinbarungen sind natürlich möglich; einseitiger "Schutz" ist nicht zu erreichen. Wie soll der Ehemann wissen, welche Belastungen auf ihn zukommen und wie die Abrechnungsdaten für den Zugewinn - zufällig mit der Zustellung an die andere Seite - festgelegt werden?
3. Gilt diese Rechtsprechung auch für Leistungen aus Sozialhilfe?

Beispiel: Frau A. erhält Sozialhilfe; auf ihrem Konto befinden sich dann die Ehefrau wieder bedürftig? Müssen staatliche Träger einspringen? Sicherlich nicht, aber das zeigt, dass die Rspr. des BGH in diesem Zusammenhang eben insgesamt verfehlt ist.

4. Nach OLG Koblenz, NJW 2003, 1675 können auch Zuwendungen an den Schwiegersohn bzw. die Schwiegertochter als unbenannte Zuwendung gelten; sie sind jedenfalls nicht als Schenkung zu bewerten.

Das bedeutet, dass der Leistungsgegenstand unter den sonst üblichen Voraussetzungen zurückgefordert werden kann. Wie steht es beim Zugewinn? Kann dann das eigene Kind von seinem Ehepartner Ausgleich fordern, denn eine Schenkung, die dem Anfangsvermögen hinzugerechnet werden müsste/könnte liegt gerade nicht vor? ja, so tatsächlich OLG Celle, FamRZ 2003, 1657 und OLG Koblenz, NJW 2003, 1675. OLG Celle, FamRZ 2003, 1657 verwehrt den Eltern sogar einen Rückforderungsanspruch, weil dem Ehegatten beim Zugewinn eine Ausgleichsforderung zusteht. Müsste dieses Ergebnis wiederum anders ausfallen, wenn kein Zugewinn gefordert werden kann, etwa wegen

- Gütertrennung oder
- sonstigen vertraglichen Ausschluss bzw. Rechtskraft eines entspr. Urteils?

-