# Inhaltskontrolle von Eheverträgen

**Notar Dr. Wolfgang Reetz, Köln**

## Inhaltsverzeichnis:


**I. Grundrechtlicher Rahmen ... 3**
**1. Ausgangspunkt ... 3**
**2. Vertragsfreiheit und -parität (Art. 2 Abs. 1 GG) ... 4**
**3. Gleichberechtigung und Teilhabe (Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG) ... 7**
**4. Kindeswohl (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) ... 10**
**5. Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter (Art. 6 Abs. 4 GG) ... 11**
**II. Grundlagen der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen“ ... 11**
**1. Anwendungsbereich ... 11**
*a) Ausgangspunkt ... 11*
*b) Zweistufiges Prüfungsmodell ... 14*
*c) Inhaltskontrolle als Missbrauchskontrolle ... 15*
*d) Bedeutung der Formgebote und notariellen Belehrung ... 15*
**2. Einfachgesetzlich gewährte Vereinbarungs- und Gestaltungsfreiheit ... 16**
**3. Einfachgesetzliche Beschränkungen ... 17**
**4. Immanenter Schutzzweck des Scheidungsfolgenrechts (Kernbereich) ... 18**
*a) Kein beliebiges Unterlaufen des immanenten Schutzzwecks ... 18*
*b) Schutzzweckverdichtung durch Kernbereichsstufung ... 18*
aa) Kernbereichsstufung als abstraktes Modell ... 18
bb) Stufenmodell im Einzelnen ... 20
**III. Praxis der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen“ ... 21**
**1. Erste Prüfungsstufe: Wirksamkeitskontrolle ... 21**
*a) Wirksamkeitskontrolle als Sittenwidrigkeitsprüfung ... 21*
*b) Maßgeblicher Prüfungszeitpunkt: Vertragsschluss ... 21*
*c) Kernbereichsabstufung und konkrete Situation der Ehegatten ... 22*
*d) Objektive Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs ... 23*
aa) Einseitige Lastenverteilung als objektives Tatbestandsmerkmal ... 23
bb) Lastenverteilung und Halbteilungsgrundsatz ... 23
cc) Tatrichterliche Einzelprüfung und zwingende Gesamtbetrachtung ... 24
dd) Vorhersehbarkeit der einseitigen Lastenverteilungswirkung ... 26
ee) Fehlende Kompensation ... 27
*e) Subjektive Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs ... 28*
aa) Ausgangspunkt ... 28
bb) Beweggründe des begünstigten Ehegatten und Zweck der Vereinbarung ... 28
*(1) Grundlage ... 28*
*(2) Fallgruppe: Erwerbsbetrieb (Unternehmensschutz) ... 29*
cc) Beweggründe des belasteten Ehegatten ... 31
*(1) Parität bei Vertragsschluss ... 31*
*(2) Disparität bei Vertragsschluss ... 31*
(a) Ausgangspunkt ... 31
(b) Erfordernis konkreter Feststellungen ... 32
(c) Anhaltspunkte zur Disparitätsfeststellung und Fallgruppenbildung ... 33
(d) Äußere Umstände beim Zustandekommen des Ehevertrags ... 37
(e) Darlegungs- und Beweislast ... 41
*f) Rechtsfolgenseite ... 41*

aa) Teil- und/oder Gesamtunwirksamkeit (Gesamtschau) ..... 41
bb) Ausnahmslos nachteiliger Vertragsinhalt (Gesamtunwirksamkeit) ..... 43
cc) Gesamtunwirksamkeit und Salvatorische Klauseln ..... 43
dd) Kein ausnahmslos nachteiliger Vertragsinhalt (Teilunwirksamkeit) ..... 44
ee) Teilunwirksamkeit und Salvatorische Klauseln („Erhaltungsabrede“) ..... 45
ff) Zusammenfassende Fallvarianten ..... 45
gg) Bestätigung unwirksamer Eheverträge ..... 46

**2. Zweite Prüfungsstufe: Ausübungskontrolle ..... 47**

*a) Anpassung nach den Maßstäben des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) ..... 47*
aa) Anwendungsbereich ..... 47
bb) Maßgebliche Prüfungszeitpunkte ..... 48
*(1) Scheitern der Ehe ..... 48*
*(2) Nacheheliche Entwicklung (Abänderungsverfahren nach § 238 FamFG) ..... 49*
cc) Nachvertragliche und einvernehmliche Abweichung des gelebten vom geplanten Ehetypus ..... 50
dd) Rechtsfolge: Nachteilsausgleich durch faktische Vertragsanpassung ..... 52
*(1) Richterliche Abwägung ..... 52*
*(2) Ausgleich ehebedingter Nachteile – Besserstellungsverbot ..... 53*
*(3) Grundsätzlich keine Anpassung durch „Hinübergreifen“ in andere Teilhabe- und Ausgleichssysteme des Scheidungsfolgenrechts ..... 55*
*b) Anpassung und Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ..... 57*
aa) Anwendungsbereich und Abgrenzung ..... 57
bb) Geschäftsgrundlage des Ehevertrags ..... 58
cc) Anpassungssperre: vertragliche Risikoübernahme ..... 59
dd) Rechtsfolge: Nachteilsausgleich durch Vertragsanpassung ..... 60

**IV. Einzelne Scheidungsfolgen in der Inhaltskontrolle ..... 61**

**1. Zugewinnausgleich (Güterrecht) ..... 61**
*a) Kernbereichsferne ..... 61*
*b) Dispositionsfester Mindestgehalt und Teilhabegrundsatz ..... 63*
*c) Vorrang des bedarfsorientierten Ausgleichs ..... 64*
*d) Disparität bei Vertragsschluss ..... 65*
*e) Zugewinnausgleich in der Ausübungskontrolle ..... 66*
*f) Funktionsäquivalenz von Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich ..... 68*

**2. Betreuungsunterhalt (§§ 1570, 1585c BGB) ..... 70**
*a) Kernbereich und Schutzzweck ..... 70*
*b) Umfang des Schutzgehalts ..... 70*
*c) Der Disposition nicht gänzlich entzogen ..... 70*
*d) Vereinbarung individueller Altersphasenmodelle ..... 73*
*e) Begrenzungsvereinbarung ..... 74*
*f) Anschlussunterhalt und gleichzeitig gewährter Aufstockungsunterhalt ..... 76*
*g) Situation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ..... 77*
aa) Fallgruppe: gemeinsame Kinder zu erwarten oder vorhanden ..... 77
bb) Fallgruppe: keine gemeinsamen Kinder gewollt oder zu erwarten ..... 77
cc) Fallgruppe: erwerbstätige Ehegatten mit latentem Kinderwunsch ..... 78
*h) Ausübungskontrolle und Anpassung ..... 79*

**3. Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB) oder Krankheit (§ 1572 BGB) ..... 80**
*a) Allgemeine Einordnung ..... 80*
*b) Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB) ..... 81*
*c) Unterhalt wegen Krankheit (§ 1572 BGB) ..... 82*

**4. Versorgungsausgleich ..... 84**
*a) Kernbereich ..... 84*
*b) Wirksamkeitskontrolle ..... 85*
aa) Allgemeines ..... 85
bb) „Ausgleichsbilanz“ auszugleichender Anrechte ..... 86
*c) Ausübungskontrolle ..... 88*

**5. Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 Abs. 1 BGB) ..... 91**
**6. Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB) ..... 92**
**7. Ausbildungs- (§ 1575 BGB) und Billigkeitsunterhalt (§ 1576 BGB) ..... 93**
**V. Inhaltskontrolle von Scheidungsvereinbarungen ..... 94**
**VI. Benachteiligung Dritter, des Trägers der Sozialhilfe oder der Grundsicherung (allgemeine Wirksamkeitsprüfung) ..... 97**
**1. Verzichte mit drittbenachteiligender Wirkung ..... 97**
*a) Einordnung der Sittenwidrigkeitsprüfung ..... 97*
*b) Objektiver Gehalt des Sittenwidrigkeitsvorwurfs ..... 97*
*c) Subjektiver Gehalt des Sittenwidrigkeitsvorwurfs ..... 98*
*d) Bereits bestehende Bedürftigkeit ..... 99*
**2. Verpflichtungen mit drittbenachteiligender Wirkung ..... 100**
*a) Einordnung ..... 100*
*b) Inhaltskontrolle zugunsten des Verpflichteten ..... 101*
**VII. Verfahrensfragen ..... 102**
**VIII. 20 Jahre Inhaltskontrolle von Eheverträgen – vier aktuelle Entscheidungen – ein Gesamtmuster ..... 104**

# I. Grundrechtlicher Rahmen

## 1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkte der Entwicklung zur heute geübten **Inhaltskontrolle von Ehevertragen,** die mittlerweile zu Recht als „Gemeingut“ bezeichnet wird, sind aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Senats- und eine Kammerentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2001.[1] Die jeweils erfolgreichen Verfassungsbeschwerden betrafen Fragen der **Abschluss- und Inhaltsfreiheit** von Eheverträgen (hier: Unterhalts- bzw. Globalverzichte) nach damals geltendem Unterhaltsrecht. Im Ergebnis forderte das BVerfG eine weitreichende inhaltliche Überprüfung ehevertraglicher (Unterhalts-)Vereinbarungen unter Einbeziehung grundrechtsgeprägter Wertentscheidungen. Die tatrichterliche Überprüfung hat danach im Einzelfall zu berücksichtigen, inwieweit ein **erheblich benachteiligender Ehevertrag** das **Ergebnis einseitiger Dominanz** des begünstigten Ehegatten bzw. umgekehrt **„struktureller Unterlegenheit“** des belasteten Ehegatten sein kann.[2] Dabei beruht die (mittelbare) Anwendung grundrechtsgeprägter Wertungen und Leitbilder auf vertragliche Vereinbarungen der Ehegatten untereinander auf deren **drittwirkender Schutzgebots- und Gewährleistungsfunktion**. Das BVerfG hat dabei

[1] Vgl. BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 = FamRZ 2001, 343 mAnm Schwab = FF 2001, 59 mAnm Büttner = MDR 2001, 392 mAnm Grziwotz – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II; zu diesen Beschlüssen zudem Schervier MittBayNot 2001, 213 u. 486; Rauscher DNotZ 2002, 751; Armasow RNotZ 2001, 196; Langenfeld DNotZ 2001, 272; Schubert FamRZ 2001, 733; Bergschneider FamRZ 2001, 1337; Bergschneider FF 2002, 70 und FF 2003, 118; Nachreiner MittBayNot 2001, 356; Grziwotz FamRB 2002, 26 und 58. Zur Diskussion vor den Entscheidungen des BVerfG Schwenzer AcP 196 (1996), 88 ff.; Büttner FamRZ 1997, 600; Büttner FamRZ 1998, 1; Grziwotz DNotZ 1998, 228 (256); Bergschneider Eheverträge 2 ff.

[2] S. bereits Schwenzer AcP 196 (1996), 88 (111 ff.); Anm. Dethloff JZ 1997, 414 (415) zu NJW 1997, 126 = JZ 1997, 411; Büttner FamRZ 1998, 1 (6 ff.); zur problematischen Weiterentwicklung aus der Rspr. zur Verwandtenbürgschaft nach BVerfGE 89, 214 (229 ff.) = NJW 1994, 36; Staudinger/Rehme, 2007, Rn. 74 ff.

insgesamt eine spezifisch ehevertragsbezogene Anwendung der Grundrechte und der durch sie transportierten Wertungen eröffnet.

Die der ersten Entscheidung des BVerfG[3] zugrunde liegende Ehegattenvereinbarung betraf in keiner Weise einen Ehevertrag iSd Abs. 1, sondern eine – nach damaligem Recht formfreie – Unterhalts- und Freistellungsvereinbarung.

Die Verwendung des Bildes von der „strukturellen Unterlegenheit" der schwangeren Frau im Zusammenhang mit dem Zustandekommen eines (Ehe-)Vertrags hat in der Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahre 2001[4] scharfe Kritik hervorgerufen.[5] Allerdings hat das BVerfG in seinen Entscheidungsgründen nicht den Begriff „strukturelle Unterlegenheit" sondern lediglich den der Unterlegenheit verwendet. Der BGH vermeidet den Begriff „strukturelle Unterlegenheit" erkennbar.

## 2. Vertragsfreiheit und -parität (Art. 2 Abs. 1 GG)

Im Privatrechtsverkehr, der selbstverständlich auch ehevertragliche Regelungen umfasst, entfalten die **Grundrechte** nach Auffassung des BVerfG ihre Wirkkraft **als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen**[6] über das Vehikel von Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen; hierzu zählen vor allem die **zivilrechtlichen Generalklauseln.**[7] Es ist insoweit die Aufgabe des Staates (vermittelt durch die Gerichte und möglicherweise auch präventiv durch die Notare im Rahmen ihrer Zuständigkeit) die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzung durch andere, hier durch den dominanten Ehegatten, zu bewahren (= **Schutzgebotsfunktion**).[8] Insbesondere den Gerichten obliegt es daher, den **grundrechtlichen Schutz durch Auslegung und Anwendung des jeweils einschlägigen Rechts** zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren. Dies verlangt auch im Privatrechtsverkehr eine **Abwägung von Grundrechtspositionen** der Privaten im Verhältnis zueinander, also im Wege **praktischer Konkordanz**. Für den Familienrichter ist das Mittel hierzu die **Inhaltskontrolle von Eheverträgen**.

Eine spezifische Nähe der Inhaltskontrolle von ehevertraglichen Vereinbarungen zur Methodik der Inhaltskontrolle von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen" (fr. §§ 8, 9 AGBG aF), von Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen oder zur gerichtlichen Genehmigung von Scheidungsfolgenvereinbarungen nach § 1587o Abs. 2 S. 2 und S. 3 aF ist vor allem den Entscheidungen des BVerfG zu entnehmen.[9] Demgegenüber ist der BGH erkennbar bemüht, trotz Institutionalisierung der Inhaltskontrolle, nicht den Eindruck aufkommen zu lassen, als stünde die ehevertragliche Vereinbarungsfreiheit unter dem Vorbehalt einer Angemessenheits- bzw. Billigkeitskontrolle zur Durchsetzung objektiver Vertragsgerechtigkeit.

Bereits durch Art. 2 Abs. 1 GG wird das Prinzip der privatautonomen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den/die Einzelnen nach seinem/ihrem Willen gewährleistet.[10] Umfasst hiervon ist die

---

[3] BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 = FamRZ 2001, 343 mAnm Schwab = FF 2001, 59 mAnm Büttner = MDR 2001, 392 mAnm Grziwotz – Ehevertrag I.

[4] BVerfGE 103, 89 (100 f.) – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II.

[5] Bspw. Gageik RNotZ 2004, 295; Röthel NJW 2001, 1334; Aramasow RNotZ 2001, 196; Rauscher FuR 2001, 155; MüKoBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, ErgBd. Einl. Familienrecht Rn. 57; Staudinger/Baumann, 2014, § 1585c Rn. 66 ff.

[6] Das BVerfG spricht insoweit von „verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen für alle Bereiche des Rechts": BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38) – Verwandtenbürgschaft; zu den Grundrechten als „allgemeine Wertprinzipien": Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985; grds. gegen die Weiterentwicklung klassischer Abwehrgrundrechte zu einem „allgemeinen Wertprinzip": Staudinger/Baumann, 2014, § 1585c Rn. 71 ff.

[7] Vgl. BVerfGE 89, 214 (229) – Verwandtenbürgschaft; BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II; BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag; dogmatisch grdl. BVerfGE 7, 198 – Lüth.

[8] Vgl. BVerfGE 103, 89 (100) mwN = NJW 2001, 957 – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II; dogmatisch grdl. BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch.

[9] Bergschneider Eheverträge 2 und 69 jeweils mwN; zuvor bereits Dauner-Lieb AcP 201 (2001), 295 (328); hierzu auch BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933).

[10] BVerfGE 72, 155 (170); BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag.

privatautonome Gestaltung der eherechtlichen Verhältnisse, die geradezu exemplarisch den Bereich engster personenbezogener Rechtsbeziehungen darstellen. Insoweit garantiert Art. 2 Abs. 1 GG zweifellos die **Abschluss-, Inhalts- und Gestaltungsfreiheit** von Eheverträgen;[11] grundrechtskonform wird dies durch die einfachgesetzlich verankerte **Vereinbarungsfreiheit** nach § 1408 Abs. 1, § 1585c S. 1 BGB und § 6 Abs. 1 S. 1 VersAusglG umgesetzt. Die Ehevertragspartner bestimmen demnach selbst und autonom, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang.[12] Diese Sichtweise entspricht dem Charakter des Art. 2 Abs. 1 GG als einem klassischen Freiheitsgrundrecht in der Form eines Abwehrrechtes. Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung finden auf diese Weise, nämlich durch das Eingehen und Ausgestalten von vertraglichen Beziehungen, ihre Konkretisierung. Richtigerweise betont das BVerfG, dass der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien idR auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen lässt (**„Richtigkeitsgewähr von Verträgen“**[13]), den der Staat und die Gerichte zu respektieren haben (bestätigt durch § 6 Abs. 2 VersAusglG).[14] Daraus ergibt sich zugleich, dass der **Missbrauch der Vertragsfreiheit als Ausnahmefall** zur grundsätzlich vermuteten Richtigkeitsgewähr privatautonomer Regelungen zu werten ist.

Klarstellend betont das BVerfG allerdings, dass bereits die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie ihrerseits voraussetzt, dass die **Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen** bei Vertragsschluss tatsächlich gegeben sein müssen. Ist aufgrund einer **besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten** (= objektive Benachteiligung) und – kumulativ –[15] **erheblich ungleicher Verhandlungsposition der Vertragspartner** (= subjektiv dominierend) ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt **faktisch einseitig bestimmen** kann, ist es wiederum Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner untereinander hinzuwirken („**drittwirkenden Schutzgebots- und Gewährleistungsfunktion der Grundrechte**“), um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die **Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt**.[16] Im Falle der Verkehrung von Selbst- in Fremdbestimmung (= **gestörte Vertragsparität**) greifen daher im Wege einer **„Inhaltskontrolle der vertraglichen Regelungen“** ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln ein, die als Übermaßverbote wirken, vor allem die §§ 138, 242, 315 BGB.

Für eine Absenkung des Kontrollmerkmals der „besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten“[17] plädiert Meder[18] aus der Sicht des **Gleichstellungsgebots nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.** Das verfassungsrechtliche Gleichstellungsgebot definiert als (richterliche) Eingriffsschwelle lediglich, dass ein Partner durch rollenkonformes Verhalten (hier: Kinderbetreuung und/oder

---

[11] Zur Reichweite und den Schranken der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG grdl. BVerfGE 72, 155 (170); BVerfGE 81, 242 (254 ff.) – Handelvertretervertrag; BVerfGE 89, 214 (231 ff.) – Verwandtenbürgschaft; BVerfGE 103, 89 (100 f.) – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II.

[12] Vgl. BVerfGE 81, 242 (254) – Handelvertretervertrag; BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag.

[13] Zu der insoweit zugrunde liegenden Vertragstheorie Schmidt-Rimpler AcP 147 (1941), 130; zusf. Münch KritV 2005, 209 mwN.

[14] Vgl. BVerfGE 81, 242 (254) – Handelvertretervertrag; BVerfGE 103, 89 (100) – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II; BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag.

[15] Schwab DNotZ-Sonderheft 2001, 9 (15); Schwab FamRZ 2001, 349; Langenfeld DNotZ 2001, 272 (276); aA möglicherweise Schubert FamRZ 2001, 733 (735).

[16] BVerfGE 89, 214 (232) – Verwandtenbürgschaft; BVerfGE 103, 89 (100 f.) – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 = DNotZ 2001, 708 = ZNotP 2001, 241 – Ehevertrag II; BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag.

[17] Der BGH spricht regelmäßig von einer „evident einseitigen Lastenverteilung“.

[18] Meder FPR 2012, 113 (115 f.).

Übernahme der Familien-/Hausarbeit durch die Frau) deutlich stärker als der andere belastet ist. Diesem Ansatz folgt die Rspr. des BGH ersichtlich nicht.[19]

Unklar ist geblieben, warum das BVerfG[20] in seinen grundlegenden Entscheidungen zu Eheverträgen das Kontrollmerkmal einer „typisierten Fallgestaltung", das wiederum Fälle „struktureller Unterlegenheit" abbildet, nicht mehr angesprochen hat; vom Erfordernis eines solchen Kontrollmerkmals war das BVerfG zumindest in der Grundsatzentscheidung zur Verwandtenbürgschaft[21] noch deutlich ausgegangen. In der derzeitigen Praxis findet die notwendige Typisierung jedenfalls durch Fallgruppenbildung im Prüfungsmerkmal „Disparität bei Vertragsschluss" statt.

Die hinter der Formel einer „Verkehrung von Selbstbestimmung in Fremdbestimmung" stehende Frage ist, ob und inwieweit eine ungleiche Machtverteilung zwischen Vertragsbeteiligten im Rahmen von grundsätzlich frei gestaltbaren Vertragsinhalten und -beziehungen (noch) hinzunehmen ist.[22]

Der Schutzauftrag der Grundrechte, der also nicht etwa nur im Sinne eines Freiheitsgrundrechts, die Abwehr staatlicher Eingriffe meint, richtet sich im Falle der vertraglichen **Fremdbestimmung** an den Richter (und präventiv möglicherweise sogar an den Notar), der den objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte in Fällen **gestörter Vertragsparität** mit den Mitteln des Zivilrechts (und ggf. der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens) Geltung zu verschaffen hat.[23] Hierbei ist im Bereich von Eheverträgen die **verfassungsrechtlich geschützte, gleichberechtigte Lebenspartnerschaft** nach Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG als **tragende Wertentscheidung** in entscheidender Weise (mit) zu berücksichtigen. Ein Überschreiten grundrechtskonformer Disposition liegt jedenfalls dann vor, wenn der (einseitig belastende) **Ehevertrag nicht mehr der Ausdruck und das Ergebnis**[24] **gleichberechtigter Lebenspartnerschaft** ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners (= gestörter Vertragsparität) widerspiegelt.

Im Rahmen der gebotenen Abwägung der ggf. widerstreitenden Grundrechtspositionen der bereits durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten und durch die Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG konkretisierten Privatautonomie der Ehegatten gilt somit das **Prinzip der praktischen Konkordanz;** hiernach sind die kollidierenden Grundrechtspositionen der Ehegatten so zu begrenzen, dass sie für beide Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[25] Die Fachgerichte, und damit auch die Familiengerichte, nehmen einen solchen Ausgleich regelmäßig dadurch vor, dass sie Inhalte und Umstände des Zustandekommens des Ehevertrags einer **Gesamtbetrachtung** unterziehen und den zu erwartenden Auswirkungen wertend gegenüberstellen.[26] Dem entspricht die vom BGH[27] seit 2004 entwickelte Methode der **in einer Gesamtbetrachtung eingebetteten, zeitpunktbezogenen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle**.

Die vor 2001 dominante Auffassung des BGH zur **Anerkennung einer nahezu unbeschränkten ehevertraglichen Gestaltungsfreiheit** (Stichwort: „volle Ehevertragsfreiheit") als notwendige Kehrseite der **negativen Eheeingehungsfreiheit** desjenigen, der die Heirat von einer einseitig belastenden Vereinbarung zu den Scheidungsfolgen abhängig machen will, konnte vor dem Hintergrund der Rspr. des BVerfG in der bis dahin geübten Praxis keinen Bestand haben. Bis 2001 hatte der BGH regelmäßig betont, dass selbst ungeachtet der Schwangerschaft der (späteren) Ehefrau, der Drohung mit einem „Platzenlassen der geplanten Hochzeit" und dem nicht ausschließbaren Ausnutzen einer Zwangslage, der Ehemann immer von der Eheschließung absehen (=

---

[19] BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (459); NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (389).

[20] BVerfGE 103, 89 (100 f.) – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 = DNotZ 2001, 708 = ZNotP 2001, 241 – Ehevertrag II.

[21] BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38) – Verwandtenbürgschaft; hierzu auch Münch KritV 2005, 209 (221).

[22] S. hierzu den Überbl. bei Zöller AcP 196 (1996), 1 (16 ff.).

[23] Vgl. BVerfGE 81, 242 (256) – Handelvertretervertrag; BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag.

[24] Zu Recht fragt Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1: „wieso eigentlich: Ergebnis".

[25] Hierzu auch BVerfGE 89, 214 (232) – Verwandtenbürgschaft.

[26] BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag.

[27] Grdl. BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933).

**Argument der Eheeingehungsfreiheit**) und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters zurückziehen könne. Deshalb könne nicht von einer zu missbilligenden Ausbeutung einer Zwangslage ausgegangen werden und also auch sämtliche Scheidungsfolgen, einschließlich des nachehelichen Unterhalts, vollständig abbedungen werden (= **vollen Ehevertragsfreiheit**).[28] Als **Korrektiv im Einzelfall** konnte sich der begünstigte Ehemann nach § 242 BGB nicht auf den Verzicht berufen, wenn und soweit das **Wohl eines zu betreuenden, gemeinsamen Kindes** den Fortbestand der Unterhaltsleistungen an den betreuenden Ehegatten (idR § 1570 BGB aF) erforderlich machte.[29] § 138 Abs. 1 kam zur Anwendung, wenn der Verzicht offenkundig und subjektiv beabsichtigt zulasten Dritter (zB Sozialleistungsträger) konstruiert war. Auf der Rechtsfolgenseite führten die Korrektur über § 242 BGB zur Abmilderung harter Konsequenzen aus der „vollen Ehevertragsfreiheit" zum sog. „notwendigen Unterhalt" und diejenigen über § 138 Abs. 1 BGB zur Anwendung der gesetzlichen Scheidungsfolgen. Methodisch handelte es sich bereits vor der Etablierung der Inhaltskontrolle durch den BGH in seinem Grundlagen-Urteil v. 11.2.2004[30] um Fälle einer **einzelfallbezogenen Wirksamkeits- und/oder Ausübungskontrolle.**[31]

## 3. Gleichberechtigung und Teilhabe (Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG)

Unverkennbar beruht die Rspr. des BVerfG zur grundrechtlich überlagerten Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf einem dominant werdenden Leitbild der „Vertragsgerechtigkeit"[32] und weitergehend sogar auf dem einer „richtigen und gerechten Ehe".[33] Hierbei ist – wie bereits angedeutet – grundlegend, dass nach Auffassung des BVerfG ausschließlich eine **gleichberechtigte Partnerschaft bzw. Lebensgemeinschaft** (Ehe) nach Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt ist;[34] das betrifft auch die **verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehevertragsfreiheit**[35] als solche. Die gleichberechtigte Partnerschaft in der Ehe ist dabei im Ergebnis auf **„gleichgewichtige Beiträge"** und **„gleichmäßige Teilhabe"** der Ehegatten hin angelegt.[36] Gleichberechtigte Partnerschaft in der Ehe und gleichmäßige Teilhabe sind auf diese Weise zwei Seiten einer Medaille und zugleich **tragende Wertentscheidungen** der Grundrechtsordnung; beide sind im Rahmen praktischer Konkordanz (mit) zu berücksichtigen.

Eine Ehe in der Form einer gleichberechtigten Lebensgemeinschaft iSd Art. 6 Abs. 1 GG iVm Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG ist wiederum eine solche, in der die Ehegatten ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung in gemeinsamer Verantwortung bestimmen und insbesondere selbstverantwortlich darüber entscheiden, wie sie untereinander die **Familien- und Erwerbsarbeit**

---

[28] Vgl. etwa BGH NJW 1992, 3164 = FamRZ 1993, 1403 = DNotZ 1993, 524 – zum Nachscheidungsunterhalt; FamRZ 1997, 156 = NJW 1997, 192 (193); 1997, 126 (127 f.) – zum Versorgungsausgleich; zust. insoweit Rauscher FamR Rn. 364, der die vom BVerfG abgelehnte Argumentation des BGH weiterhin für zwingend hält; Grziwotz FamRZ 1997, 58; abl. bereits Büttner FamRZ 1998, 1, (4 ff.); Staudinger/Eichenhofer, 1994, Rn. 62; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Fn. 152.

[29] Vgl. bspw. BGH NJW 1985, 1835; 1997, 192.

[30] BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930.

[31] Ausf. Langenfeld FS Schippel, 1996, 251 (255); s. auch BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933).

[32] Zusf. Münch KritV 2005, 209 mwN.

[33] Zusf. BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 16 f.; instruktiv Grziwotz/Hagengruber DNotZ 2006, 32 unter Hinweis auf die rechtsphilosophischen Grundlagen bei John Rawls, Gerechtigkeit als Fairness, 2003, 33 und die feministische Kritik hieran; ebenso die Hinweise bei Bergschneider Eheverträge 2 ff.; s. auch Muscheler FamR, 2. Aufl., Rn. 447.

[34] BVerfGE 35, 382 (408) = NJW 1974, 227; BVerfGE 103, 89 (101) – Ehevertrag I.

[35] Zur verfassungsrechtlichen Einordnung der Ehe BVerfGE 87, 234 (258); Loschelder FamRZ 1988, 333 (336); Rauscher FamRZ 1997, 1121 (1123); Münch KritV 2005, 209.

[36] Grdl. BVerfGE 105, 1 = NJW 2002, 1185 = RNotZ 2002, 179 mAnm Koch JR 2003, 237 u. Muscheler JZ 2002, 658; zur Diskussion um Teilhabegerechtigkeit Diederichsen FS 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, 945 ff.; grds. abl. Staudinger/Baumann, 2014, § 1585c Rn. 87 ff.

aufteilen.[37] Dabei steht es ihnen frei, für sich **Ehetypen** zu vereinbaren und zu leben, in denen ein Ehepartner allein einer Berufstätigkeit und der andere der Familienarbeit nachgeht (= **Allein- oder Einverdienerehe**). Ebenso können sie entscheiden, beide einen Beruf ganz oder teilweise auszuüben und sich die Familien-/Hausarbeit und die Kinderbetreuung zu teilen oder diese durch Dritte durchführen zu lassen (= **Formen der partnerschaftlichen Doppelverdienerehe**).[38] Korrespondierend zur freien Gestaltung der gleichberechtigten Lebenspartnerschaft hat der Gesetzgeber des 1. EheRG bewusst darauf verzichtet, bestimmte Eheleitbilder oder Rollenverständnisse vorzugeben.[39] Auch die §§ 1353, 1356 BGB gehen von einer leitbildfreien und offenen Rollenverteilung aus.

Der BGH verneint, jedenfalls für den Bereich des Ehevermögensrechts, insbesondere für das Güterrecht, die Schlussfolgerung, dass letztlich nicht ökonomisch zu verstehende „gleichgewichtige Beiträge" zwingend zur ökonomisch „gleichmäßigen Teilhabe" führen müssen.[40]

Gestalten die Ehegatten ihr Ehe- und Familienleben im gleichberechtigten Sinne autonom, sind die Leistungen, die sie jeweils im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung erbringen, als „gleichgewichtig" anzusehen.[41] Familien-/Hausarbeit und Kinderbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner daher keinen geringeren Wert als Einkünfte, die dem Haushalt (zB als Erwerbseinkünfte) im Rahmen des Familienunterhalts oder faktisch zur Verfügung stehen. Im **Unterhaltsverbund der gelebten Ehe** prägen sie gleichermaßen die ehelichen Lebensverhältnisse und tragen zum Unterhalt bzw. Lebensstandard der Familie bei. Dabei betrachten die Ehegatten die für die eheliche Gemeinschaft jeweils erbrachten Leistungen **unabhängig von ihrer (tatsächlichen) ökonomischen Bewertung** als „gleichgewichtig", weshalb kein Beitrag eines Ehegatten höher oder niedriger bewertet werden darf als der des anderen. Bereits § 1360 S. 2 BGB und § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB gehen von einer solchen – unökonomischen – **Gleichgewichtigkeit**[42] der Unterhaltsbeiträge der Ehegatten aus und schließen insoweit einen rechnerischen Leistungsausgleich zwischen den Ehegatten aus.[43] Gleiches gilt für die „unökonomische" Gleichgewichtung von Bar- und Naturalleistungen zum Kindesunterhalt nach § 1612 Abs. 1, § 1612a Abs. 1 S. 1 BGB.

Aus der – nicht ökonomisch – hergeleiteten „Gleichgewichtigkeit" von Familien- (bzw. Haus-) und Erwerbsarbeit leitet der BGH in stRspr zutreffend das **Recht der Ehegatten** ab, in eigenverantwortlicher Gestaltung ihrer Vermögenssphäre (durch Eheverträge) **eigene ökonomische Bewertungen ihrer Beiträge zur Familien- und Hausarbeit** vornehmen zu können.[44] Die nicht ökonomisch zu verstehende „Gleichwertigkeit" führt also keinesfalls zu einem Verbot der vertraglich gestalteten Ökonomisierung. Das hat insbesondere als **Korrekturmechanismus für die stichtagsbezogene Zugewinngemeinschaft** Bedeutung, wenn ehezeitbezogene Vermögenszuwächse entstehen, denen nicht der klassische Ehetyp einer Alleinverdienerehe mit entsprechender Rollenverteilung oder Doppelverdienerehen mit stark divergierenden Einkünften zugrunde liegt bzw. liegen. Das Gleiche gilt, wenn und soweit Zugewinn in den Ausgleich einbezogen werden würde, zu dessen Entstehung der andere Ehegatte nicht

---

[37] BVerfG NJW 2003, 2819 (2820) = FamRZ 2003, 1173; BVerfGE 105, 1 unter Verweis auf BVerfGE 61, 319 (347) = NJW 1983, 271; BVerfGE 66, 84 (94) = NJW 1984, 1523; BVerfGE 68, 256 (268) = NJW 1985, 1211.

[38] BVerfGE 99, 216 (231) = NJW 1999, 557; BVerfGE 105, 1 mwN.

[39] BT-Drs. 7/650, 95; Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 580 (581).

[40] Vgl. BGHZ 158, 81 (98 f.) = FamRZ 2004, 601.

[41] BVerfG NJW 2003, 2819 (2820) = FamRZ 2003, 1173; BVerfGE 105, 1 = NJW 2002, 1185 = RNotZ 2002, 179 unter Verweis auf BVerfGE 66, 84 (94) = NJW 1984, 1523; BVerfGE 79, 106 (126) = NJW 1989, 1599; zuvor bereits grdl. zur sog. Differenzmethode BGH NJW 2001, 2254 = FamRZ 2001, 986 (990 f.).

[42] Den Begriff stellt Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (18) in Frage.

[43] So der Hinweis in BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527 (529) = NJW 2002, 1185; zur Kritik an diesem Vergleich Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (17).

[44] BGH NJW 2013, 2753 (2755) = FamRZ 2013, 1543; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; FamRZ 2004, 601 (605) = NJW 2004, 930; zust. Rauscher DNotZ 2004, 524 (528); Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (18); eher abl. Dauner-Lieb FPR 2005, 141 (143 f.); Rakete-Dombek NJW 2004, 1273 (1277).

beigetragen haben kann (= nicht ehebedingt). Im Übrigen bezeichnet der XII. Senat die „unökonomische" Betrachtung der auf den Familienunterhalt gerichteten Bewertung von Beiträgen der Ehegatten auch als „nur fiktive Gleichwertigkeit".[45]

Sind die Leistungen der Ehegatten in diesem – nicht ökonomischen – Sinne „gleichgewichtig", steht ihnen nach Auffassung des BVerfG dennoch ein **verfassungsrechtlich begründeter Anspruch auf gleiche Teilhabe an dem in der Ehe gemeinsam Erwirtschafteten,** dass ihnen zudem (unabhängig von der zivilrechtlichen Zuordnung) zu gleichen Teilen zuzuordnen ist, zu. Aus Art. 6 Abs. 1 iVm Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG und der „Gleichgewichtigkeit" von Beiträgen folgt gleichsam eine Berechtigung beider Ehegatten auf **gleichmäßige Teilhabe am ehezeitbezogenen Einkünfte- und Vermögenserwerb.**[46] Der sich aus dieser Berechtigung ergebende Anspruch entfaltet seine Wirkung nicht nur in der gelebten Ehe (also der gelebten Teilhabe), sondern als Scheidungsfolgenrecht auch nach Trennung und Scheidung mit Blick auf Unterhalt, Versorgung und Aufteilung des Vermögens (Güterrecht).[47] Zugleich merkt das BVerfG jedoch an, dass die **vorgefundenen gesetzlichen Regelungen** über den Nachscheidungsunterhalt, den Versorgungsausgleich und den Zugewinnausgleich, die alle als konstitutives Element die vertragliche Dispositionsfreiheit der Ehegatten umfassen (vgl. § 1585c S. 1 BGB, § 6 Abs. 1 S. 1 VersAusglG, § 1408 Abs. 1 BGB), den Anforderungen der scheidungsbezogenen Teilhabe genügen.[48] Erstaunlich bleibt dennoch, dass aus einer nicht ökonomisch ableitbaren „Gleichgewichtigkeit" von Familien-(Haus-) und Erwerbsarbeit der Ehegatten eine dennoch anspruchsbegründende gleichberechtigte Teilhabe in einem durchaus ökonomischen Sinne herleitet wird.[49] Andererseits erwächst aus dem Teilhabeanspruch keine nicht disponible Teilhabepflicht und aus Art. 6 Abs. 1 iVm Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG erst recht kein Zwang für die Ehegatten zur ökonomischen Gleichbehandlung ihrer erbrachten Beiträge in der Ehe.[50]

Der **BGH** versteht den **verfassungsrechtlich begründeten Teilhabeanspruch** nicht nach dem Grundsatz eines Erfordernisses zur Halbteilung.[51] Die vertraglich herbeigeführte Abweichung vom **Halbteilungsgrundsatz** ist nicht einmal ein geeigneter Maßstab zur Feststellung einer **evident einseitigen Lastenverteilung von Scheidungsfolgen aus dem** Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts.[52]

Der **BGH** ist bisher allen Versuchen entgegengetreten, den **verfassungsrechtlich begründeten Teilhabeanspruch** – auch unterhalb der Halbteilung – als zwingende Teilhabepflicht und damit als Dispositionsgrenze für Ehegattenvereinbarungen zu begreifen; er betont demgegenüber regelmäßig, dass es **keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen** gibt,[53] und dass zudem keiner der diskutierten Dispositionsgrenzen in rechtsicherer Weise handhabbar wäre. Das gilt beispielsweise für Ansätze im Schrifttum, einen **vereinbarungsfesten Zugewinnausgleichsbetrag,** der einer **hypothetischen Vermögensbildung**

---

[45] Vgl. die Grundlagenentscheidung BGHZ 158, 81 (99) = NJW 2004, 930; ebenso Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (117).

[46] So ausdrücklich BVerfG NJW 2003, 2819 (2820) = FamRZ 2003, 1173; bestätigt durch BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, 842 (844).

[47] BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527 (529) = NJW 2002, 1185 unter Verweis auf BVerfGE 47, 85 (100) = NJW 1978, 629; BVerfGE 63, 88 (109) = NJW 1983, 1417 und in der Fortentwicklung BVerfG NJW 2003, 2819 (2820) = FamRZ 2003, 1173 zur Anwendung des § 1587c aF; s. auch Dauner-Lieb FuR 2009, 361 (367 ff.).

[48] BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527 (529) = NJW 2002, 1185.

[49] Hierzu bereits Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (18).

[50] So auch die zusammenfassende Bewertung in BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (459) unter Verweis auf Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (18).

[51] So aber Maier NJW 2002, 3359 (3365); Goebel FamRZ 2003, 1513 (1516); dagegen Rauscher DNotZ 2004, 524 (526 ff.); s. auch Schumacher FS Otte, 2005, 363 (372).

[52] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; FamRZ 2009, 198; NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (1446).

[53] Vgl. insbes. BGHZ 158, 81 = DNotZ 2004, 550 = FamRZ 2004, 601; BGH NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (1446) und BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (387).

des auf die eigene Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise verzichtenden Ehegatten entspricht, anzunehmen.[54] Gleiches gilt für die zwingende Begrenzung güterrechtlicher Vereinbarungen auf den **Schutz von Unternehmen.**[55] Auch den Ansatz, einen zwingenden (=dispositionsfesten) Zugewinnausgleichsanspruch **in Höhe der ehebedingten Nachteile** zu implementieren, dürfte fehlgeschlagen sein.[56] Brudermüller hat vorgeschlagen, anstelle einer verminderten Dispositionsfreiheit im Güterrecht das Anfangsvermögen fiktiv um diejenigen Beiträge zu erweitern, die nicht auf der Leistung beider Ehegatten beruhen.[57]

Mit Blick auf das positive Scheidungsfolgenrecht verknüpft das BVerfG seine Auffassung von einem **Anspruch auf grundsätzlich gleichmäßige Teilhabe** jedenfalls nicht mit einer Kritik an den gesetzlich vorgesehenen Dispositionsvorbehalten als solchen (seit 2001 zudem erweitert: § 1585c S. 1 BGB, § 6 Abs. 1 S. 1 VersAusglG, § 1408 Abs. 1 BGB), die notwendigerweise – ihre Ausübung vorausgesetzt – eine Abweichung von gesetzlich vorgesehenen Teilhabemechanismen bewirken. Das gilt auch – soweit erkennbar – für den Ehetypus der Allein- bzw. Einverdienerehe.

Der verfassungsrechtlich hergeleitete Teilhabeanspruch dient dem BVerfG allerdings zur Rechtfertigung für den Eingriff des grob und schematisch agierenden Scheidungsfolgenrechts (augenfällig im Zugewinnausgleich) in die auch durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechtspositionen des ausgleichsverpflichteten Ehegatten. Der aus der gleichberechtigten Lebenspartnerschaft abgeleitete Teilhabeanspruch nach Art. 6 Abs. 1 GG iVm Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG rechtfertigt demnach als solcher den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG bei dem ausgleichspflichtigen Ehegatten.[58] Im Hinblick auf das Ehevermögenrecht dient gerade der Zugewinnausgleich (ebenso der Versorgungsausgleich) der Aufteilung vom gemeinsam erwirtschafteten Vermögen der Eheleute, das typischerweise wegen der in der Ehe gewählten Aufgabenverteilung einem der Ehegatten rechtlich zugeordnet ist.[59]

## 4. Kindeswohl (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)

Zu den **tragenden Wertentscheidungen,** die im Rahmen der Inhaltskontrolle abwägungsrelevant sind, gehört der nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistete Schutz der anlagegemäßen Entwicklung gemeinsamer Kinder der Ehevertragspartner. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG begründet dabei für die Eltern gleichermaßen das Recht wie die Pflicht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach den Maßstäben des **Kindeswohls;**[60] Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährt gleichsam ein **Grundrecht im Interesse des Kindes.**[61] Das Kindeswohl muss dabei nicht notwendigerweise identisch mit den Interessen der Eltern sein. Inhaltskontrolle bedeutet also im Rahmen der Wertentscheidungen aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht ausschließlich den Schutz vor einseitiger Dominanz und vertraglicher Disparität innerhalb der elterlichen Vertragsbeziehungen, sondern auch den direkten und indirekten Schutz von Rechten des gemeinsamen Kindes. In den Schutzbereich und Schutzgehalt fällt deshalb die Sicherstellung seines angemessenen Unterhalts (s. auch § 1602 Abs. 2, §§ 1603, 1610 BGB) und die **Sicherstellung der kindeswohlorientierten Betreuung.**[62] Auch der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) ist aus dieser Perspektive vom Schutzgehalt umfasst, weil er dem anspruchsberechtigten Ehegatten im Interesse gemeinsamer Kinder gewährt wird.[63] Wie Eltern diese Aufgaben im Einzelnen erledigen, liegt, auch im

---

[54] Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 605; Meder FPR 2012, 113 (116); abl. BGH NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269.

[55] Dauner-Lieb/Stuhlfelner FF 2011, 382; dagegen Kanzleiter FS Bengel und Reimann, 2012, 191.

[56] Meder FPR 2012, 113 ff.; dagegen wohl BGH NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269.

[57] Brudermüller FS Meo-Micaela Hahne, 2012, 121.

[58] Zusf. BVerfG NJW 2003, 2819 (2820) = FamRZ 2003, 1173 unter Verweis auf BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527, 529 = NJW 2002, 1185.

[59] BVerfG NJW 2003, 2819 (2820) = FamRZ 2003, 1173.

[60] So bereits BVerfGE 24, 119 (143) = NJW 1968, 2233.

[61] Vgl. BVerfGE 75, 201 (218) = NJW 1988, 125.

[62] BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (960) = FamRZ 2001, 343 – Ehevertrag I; BVerfGE 80, 81 (90 f.) = NJW 1989, 2195.

[63] Vgl. BGH NJW 2013, 380 (381).

Falle der Scheidung ihrer Ehe, zwar grundsätzlich in ihrer Entscheidungsfreiheit. Treffen Eltern vertragliche Vereinbarungen, haben diese jedoch am **Kindeswohl orientierte Gesichtspunkte** angemessen zu berücksichtigen. Die Ehegatten trifft mithin eine **unterhaltsrechtliche Verantwortung aufgrund Elternschaft.**[64] Keine kindeswohlorientierten Gesichtspunkte liegen indes vor, wenn finanzielle Mittel zur Bedarfsdeckung des Kindes nur deshalb nachhaltig eingeschränkt werden, weil sich der barunterhaltspflichtige Elternteil seiner nach dem Unterhaltsrecht begründeten Unterhaltslast entziehen will. Das ist bei einer **kindeswohlgefährdenden Freistellungsvereinbarung** der Fall.[65] Hier verzichtet die – zumeist – kinderbetreuende Ehefrau und Mutter auf ihren Unterhalt und übernimmt darüber hinaus, trotz ihrer vergleichsweise beengten wirtschaftlichen Lage, vertraglich die Pflicht, den Ehemann weitgehend von seiner Barunterhaltspflicht gegenüber dem gemeinsamen Kind freizuhalten. Liegen ohnehin schwache Einkommensverhältnisse der betreuenden Mutter vor, müsste sie zusätzlich aus ihrem Einkommen den – gegenüber dem Kind unberührt gebliebenen – Barunterhalt, der sich zudem nach dem höheren Einkommen des Vaters richtet, aufbringen. Es liegt nahe, dass die ehevertraglich herbeigeführte **Verschärfung der wirtschaftlichen Situation der betreuenden Mutter** die Lebensumstände des Kindes in keiner kindeswohlorientierten Weise berührt.

Die grundrechtliche Bedeutung des Kindeswohls ist auch für das das Verständnis des **Betreuungsunterhalts** nach § 1570 Abs. 1 BGB im Rahmen der **Kernbereichslehre des BGH** von erheblicher Bedeutung. Sie begründet die Sonderstellung des § 1570 Abs. 1 BGB innerhalb des Scheidungsfolgenrechts und die Grenzen seiner eingeschränkten Disponibilität.

### 5. Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter (Art. 6 Abs. 4 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 es der Anspruch auf Schutz und Fürsorge der werdenden Mutter aus Art. 6 Abs. 4 GG, die ehevertragliche Vereinbarung aus dem Gesichtspunkt grundrechtlicher Wertung einer besonderen richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen. Auch bei Art. 6 Abs. 4 GG handelt es sich insoweit um eine **tragende Wertentscheidung** und Verdichtung des Schutzes vor Fremdbestimmung, die im Rahmen der Inhaltskontrolle abwägungsrelevant ist. Es ist Aufgabe der Familiengerichte (und ggf. auch vorsorgend der Notare im Rahmen ihrer Zuständigkeit), der schwangeren Frau Schutz vor Druck und Bedrängung aus ihrem sozialen Umfeld oder seitens des Kindesvaters zu gewähren.[66]

Das BVerfG hatte die besondere Schutzbedürftigkeit in seiner Entscheidung noch damit begründet, dass der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt davon abgesehen hatte, bei ehevertraglichen Abreden über Unterhaltslasten, anders als bei Vereinbarungen über den ehelichen Zugewinn oder den Versorgungsausgleich, durch Formerfordernisse oder Verfahrensregelungen einen Schutz vor Übervorteilung eines Vertragsteils zu bieten. Seit dem 1.1.2008[67] sind solche Unterhaltsvereinbarungen indes nach § 1585c S. 2 BGB ebenfalls beurkundungsbedürftig.

## II. Grundlagen der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen“

### 1. Anwendungsbereich

#### *a) Ausgangspunkt*

[64] Hierzu und zur Begriffsbildung auch Münch KritV 2005, 208 (220 f.).

[65] BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (959 f.) = FamRZ 2001, 343 – Ehevertrag I.

[66] BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (958) = FamRZ 2001, 343 mAnm. Schwab – Ehevertrag I unter Verweis auf BVerfGE 88, 203 (296 f.) = NJW 1993, 1751.

[67] Inkrafttreten des UÄndG, BGBl. 2008 I 2942.

**Schema:**

Inhaltskontrolle – vereinfachtes Schema

BGH, 11.02.2004 - XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601 = DNotZ 2004, 550 = Z 158, 81

**I. Wirksamkeits-(Bestands-)kontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB**
[Mehrheit von Einzelklauseln - Typenkompensationsvertrag]
Zeitpunkt: Vertragsschluss – Vorausschaubarkeit – geplanter Ehetypus
1. objektive Tatbestandsseite
   a) Einzelklauselprüfung - Kernbereichsnähe
      [Rechtsfolge: § 139 BGB – Salvatorische Klausel wirksam]
   b) pflichtgemäße Gesamtbetrachtung [Zusammenwirken]
      objektive Tatbestandsseite (Indizwirkung)
2. subjektive Tatbestandsseite (Umstände außerhalb der Urkunde)
   [Rechtsfolge: Gesamtnichtigkeit – Salvatorische Klausel unwirksam]

**II. Ausübungskontrolle nach §§ 242, 313 BGB**
Zeitpunkt: Scheitern der Ehe – gelebter Ehetypus
[Rechtsfolge: Nichtausübung – Anpassung wirksamer Klauseln]
Maßstab: ehebedingter Nachteil – keine Halbteilungskontrolle

**Ausgangspunkt** der heute geübten Praxis der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen" ist das viel beachtete **Grundsatzurteil des BGH v. 11.2.2004.**[68] Mit dieser Entscheidung hat der BGH eine für die beratende und richterliche Praxis handhabbare „Objektivierung"[69] der durch das BVerfG vorgegebenen Kriterien herbeigeführt. „**Inhaltskontrolle von Eheverträgen**" bedeutet seitdem aus der Sicht der Vertragsgestaltung die Suche nach einzelfallbezogenen **Gestaltungsgrenzen** des grundsätzlich **disponiblen Scheidungsfolgenrechts**.

Das BVerfG hat richtigerweise keine einzelnen, dogmatischen Vorgaben zur praktischen Umsetzung der von ihm angemahnten Inhaltskontrolle von Eheverträgen gemacht;[70] es hat die zivilrechtliche Umsetzung vielmehr den Familiengerichten, also dem BGH überlassen. Auch die Hinweise auf zivilrechtliche Normen, durch deren Anwendung das Übermaßverbot verwirklicht wird (§§ 138, 242, 313 BGB), bilden keine Vorgaben, wie die Inhaltskontrolle im Einzelnen zu strukturieren ist.

Im Zentrum der Inhaltskontrolle stehen die vertraglichen Regelungen der Ehegatten zu den traditionellen Scheidungsfolgen, nämlich zum **nachehelichen Unterhalt**, zum **Versorgungsausgleich** und zum

---

[68] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930; zust. Rauscher DNotZ 2004, 524 („Rückkehr zur Rechtssicherheit"); Brambring FGPrax 2004, 175; Münch ZNotP 2004, 122; Wachter ZFE 2004, 132; zumindest skept. Gageik RNotZ 2004, 295 (318); Grziwotz FamRB 2004, 105; Borth FamRZ 2004, 609; Mayer ZEV 2004, 168 (172); Brandt MittBayNot 2004, 278; eher abl. Dauner-Lieb FF 2004, 65 (Zielvorstellung: stärkere Inhaltskontrolle); Brandt MittBayNot 2004, 278; Koch NotBZ 2004, 147; Rakete-Dombek NJW 2004, 1273; zusf., auch zu den Folgeentscheidungen, Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 78 ff.; Bergschneider Eheverträge 14 ff.

[69] Begriff bei Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (2).

[70] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (932); Hahne DNotZ 2004, 84 (93); Schwab DNotZ-Sonderheft 2001, 9 (17); Schwab FamRZ 2001, 349 (350); Langenfeld DNotZ 2001, 272 (273); vgl. auch Dauner-Lieb AcP 201 (2001), 295 (324).

**güterrechtlichen Ausgleich**. Auf der Ebene der immer durchzuführenden **Gesamtbetrachtung bzw. -würdigung** aller vertraglichen Regelungen der Ehegatten umfasst die Inhaltskontrolle zudem die getroffenen Vereinbarungen zu Vermögensfragen außerhalb des Güterrechts, zum Getrenntlebenunterhalt, zum Kindesunterhalt, zu Haushaltsgegenständen, zur Ehewohnung, zur Rechtswahl und ggf. auch zum Namensrecht[71] oder gelegentlich zu (oftmals problematischen) Aufenthaltsregelungen.[72] Unklar ist, ob und inwieweit erbrechtsbezogene Regelungen, wie Erb- und/oder Pflichtteilsverzichte der Ehegatten in die Inhaltskontrolle einbezogen werden können/müssen.

Sittenwidrig können insbesondere Vereinbarungen aus dem Bereich des Kindesunterhalts sein, durch die der betreuende Elternteil im Ergebnis gezielt zusätzlich belasten wird. Das ist signifikant der Fall, wenn der betreuende Elternteil durch eine Kombination von Verzichten und **Freistellungsvereinbarungen** zugunsten des barunterhaltspflichtigen Ehegatten seinen angemessenen Bedarf nicht mehr sicherstellen kann.[73]

Bei der Inhaltkontrolle einer **Rechtswahl** ist entscheidend, inwieweit das gewählte Statut und dessen vertragliche Modifikationen eine einseitige Lastenverteilung gegenüber dem „abgewählten" Statut bewirken.[74] Im Übrigen müssen ausländisches Kollisions- und Sachrecht (zB das anwendbare Güterrecht) bei hinreichendem Inlandsbezug den Maßgaben der Art. 3, 6 GG entsprechen (ordre public).[75] Verstöße gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz und gleichberechtigungswidrige Vermögenszuordnungen sind im Rahmen der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen.

Für die Praxis der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen" kommt es nicht entscheidend darauf an, wann **im zeitlichen Verlauf der Ehe,**[76] oder im Einzelfall sogar nach der Ehescheidung, eine Vereinbarung zu Scheidungsfolgen zwischen den Ehegatten zustande gekommen ist. Alle derartigen Vereinbarungen müssen im Zweifel – bereits unter Berücksichtigung der Rspr. des BVerfG – einer **richterlichen Inhaltskontrolle** nach den Maßstäben der §§ 138, 242, 313 BGB und § 8 Abs. 1 VersAusglG standhalten.[77] Der Inhaltskontrolle unterliegen jedenfalls – mit ggf. unterschiedlichen Prüfungsschwerpunkten – **vorsorgende Eheverträge**, **Krisen-Eheverträge**, **Getrenntleben-** und **Scheidungsvereinbarungen**. Das BVerfG hat es im Übrigen in sachgerechter Weise den Familiengerichten überlassen, die näheren Maßgaben der Inhaltskontrolle von Eheverträgen zu entwickeln.

**Beispiel:** Vereinbarung zur abgetrennten Versorgungsausgleichssache (vgl. § 140 FamFG) nach § 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 VersAusglG.

Die „Inhaltskontrolle von Eheverträgen" stellt längst eine **verselbstständigte Anwendungsvariante der zivilrechtlichen Generalklauseln** dar.

---

[71] Vgl. BGH NJW 2008, 1528 = FamRZ 2008, 859 = DNotZ 2008, 849 mAnm Berger; LG Bonn FamRZ 2008, 1183 = BeckRS 2007, 19988 beurteilen unentgeltliche Vereinbarungen zur Namensführung, obwohl sie das Persönlichkeitsrecht betreffen, nicht als sittenwidrig.

[72] Hierzu Bergschneider Eheverträge 77 mwN.

[73] Vgl. den Fall zu BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (959 f.) = FamRZ 2001, 343 – Ehevertrag I.

[74] Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2003, 1287 = RNotZ 2003, 617 zur Wirksamkeit eines Ehevertrags türkischer Eheleute, in dem deutsches Recht als Güterrechtsstatut gewählt, Gütertrennung vereinbart und der Versorgungsausgleich ausgeschlossen sowie gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt verzichtet worden ist; s. auch Bergschneider Eheverträge 75 mwN.

[75] Vgl. soweit BeckOK BGB/Mörsdorf, 59. Ed. 1.11.2020, EGBGB Art. 15 Rn. 95 und BeckOK BGB/Mörsdorf, 59. Ed. 1.11.2020, EGBGB Art. 14 Rn. 72 jeweils mwN.

[76] Hiermit sind auch die „Eheverträge der Verlobten" oder derjenigen, die, ohne verlobt zu sein, beabsichtigen zu heiraten, gemeint, solche Eheverträge werden mit der Eheschließung wirksam.

[77] Zur Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 20 unter Verweis auf BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 Rn. 15 ff.; s. speziell zur Scheidungsfolge Versorgungsausgleich Wick FPR 2009, 219; Wick FuR 2010, 376; Schmid/Eulering FamRZ 2009, 1269 (1270); Langenfeld FPR 2009, 497; Brambring NotBZ 2009, 429 (430); Bredthauer FPR 2009, 500 (501); Eichenhofer NotBZ 2009, 337 (338); Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 592.

Mit der erstmaligen Erwähnung der „Inhalts- und Ausübungskontrolle“ in **§ 8 Abs. 1 VersAusglG** hat der Gesetzgeber nach seiner eigenen Gesetzesbegründung[78] inhaltlich eine **Bezugnahme auf die vorgefundene und** von ihm **gebilligte Rspr. des BVerfG und des BGH** herstellen wollen; eine eigenständige und gar verschärfende, vom Gesetzgeber vorgezeichnete Struktur einer Inhalts- und Ausübungskontrolle enthält § 8 Abs. 1 VersAusglG hingegen nicht.[79] Das VersAusglG soll vielmehr – und im Ergebnis vielleicht sogar überflüssigerweise[80] – auf die bestehende Rechtslage hinweisen und die Entwicklung der Rspr. insoweit aus der Sicht des Gesetzgebers bestätigen.[81] Genauso wenig wie das VersAusglG eine eigenständige Variante der Inhalts- und Ausübungskontrolle implementiert, soll die singuläre gesetzliche Benennung im VersAusglG im Umkehrschluss zu einem Wegfall der Inhalts- und Ausübungskontrolle bei anderen Vereinbarungen zu Scheidungsfolgen führen.[82]

### *b) Zweistufiges Prüfungsmodell*

In Umsetzung der Rspr. des BVerfG zur Abwehr einseitigen Aufbürdens von vertraglichen Lasten als Ergebnis einer ungleichen Verhandlungsposition und zugleich als Weiterentwicklung seiner eigenen Rspr. zur Inhaltskontrolle vor 2001 sowie unter Einbeziehung der **Kernbereichsabstufung der Scheidungsfolgen** hat der BGH – das nunmehr auch im (verunglückten) Wortlaut der **§ 8 Abs. 1 VersAusglG** Gesetz gewordene – **zweigliedrige Prüfungsmodell** entwickelt, das seit 2004 die Praxis der Inhaltskontrolle weithin bestimmt. Es ist zusammengesetzt aus einer jeweils zeitpunktbezogenen

- **Wirksamkeitskontrolle** (auch als „Bestandskontrolle“ bezeichnet) **nach dem Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB** und
- **Ausübungskontrolle** wirksamer Vereinbarungen **nach den Maßstäben der §§ 242, 313 BGB**.[83]

Methodisch ergänzt wird die **zweigliedrige Inhaltskontrolle** (= Oberbegriff)[84] von einem Zusammenspiel der Bewertung einzelner Regelungen des Ehevertrags und der **Gesamtbetrachtung** aller Regelungen, **Regelungsmotive** der Ehegatten und der **vertraglich bewirkten Lastenverteilung.**

Der **Gesamtbetrachtung** im Rahmen der Inhaltskontrolle entspricht in der Vertragsgestaltung die Regelung des **§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VersAusglG** mit ihrer Einbeziehung der „ehelichen Vermögensverhältnisse“ in die Regelungen zum Versorgungsausgleich; die „Gesamtbetrachtung“ ist auf der Vertragsebene die „Gesamtregelung“.

---

[78] Insoweit eindeutig BT-Drs. 16/10144, 52; Wick Der Versorgungsausgleich Rn. 786; zuvor wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren für das G zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 21.12.2007 (BT-Drs. 16/1830, 22) die Auffassung des BGH über die inhaltlichen Grenzen von Unterhaltsvereinbarungen gebilligt.

[79] Kemper Versorgungsausgleich Kap. VII Rn. 4; Münch FPR 2011, 504 (505 mwN); Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 44; Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Ehescheidung Teil 3 Rn. 30 mit einer kurzen Darstellung zur Entstehungsgeschichte der Norm.

[80] Vgl. Mayer in LHFM Notar-HdB, 2. Aufl., Teil 3 Rn. 172; hiergegen zu Unrecht Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 593; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 44.

[81] Diese Methode des Gesetzgebers hinterlässt Fragen: Ist es wirklich die gestaltende Aufgabe der Legislative, durch Gesetz lediglich auf die richterrechtliche Kompetenz zur Rechtsfortbildung zu verweisen, anstatt selber inhaltlich tätig zu werden?; hierzu bereits Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Fn. 124.

[82] Vgl. Mayer in LHFM Notar-HdB, 2. Aufl., Teil 3 Rn. 175; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 44; s. auch Langenfeld FPR 2009, 497.

[83] Vgl. Hahne DNotZ 2004, 84 (94); Wick FuR 2010, 301 (303); Borth UnterhaltsR Rn. 827.

[84] Hahne DNotZ 2004, 84 (94); Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (3); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 50 mwN; § 8 Abs. 1 VersAusglG setzt offenbar den Begriff „Inhaltskontrolle“ mit „Wirksamkeitskontrolle“ gleich.

### *c) Inhaltskontrolle als Missbrauchskontrolle*

Im Rahmen der zweigliedrigen Inhaltskontrolle ist grundlegend zu berücksichtigen, dass insbesondere die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB Tatbestände abdecken, die die grundsätzlich gewährte **Dispositionsfreiheit** in allen Bereichen des Scheidungsfolgenrechts nur ausnahmsweise und im Einzelfall eingrenzen.[85] Auch das zweistufige Prüfungsmodell der Inhaltskontrolle von Eheverträgen ist deshalb nur ein auf **„Missbrauchskontrolle“** beschränktes Instrument.[86] Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis folgt bereits aus dem Grundsatz der **Richtigkeitsgewähr** privatautonomer Vereinbarungen.

Das durch die **Richtigkeitsgewähr** privatautonomer Vereinbarungen anwendbare Regel-Ausnahmeverhältnis steht der Auffassung entgegen, die Vereinbarungsfreiheit im Eherecht sei „von Anfang an“ lediglich eingeschränkt gewährt, nämlich als „gebundene Freiheit“ oder als Anspruch auf gleiche (ökonomische) Teilhabe.[87] Dieser einschränkenden Auffassung folgt der BGH ausdrücklich nicht.[88]

### *d) Bedeutung der Formgebote und notariellen Belehrung*

Weder die **ehevertraglichen Formgebote** nach §§ 1410, 1585c S. 2 BGB und § 7 Abs. 1 und 3 VersAusglG, noch die nach **§ 17 BeurkG** durch den **Notar** erfolgte – qualifizierte – Belehrung über die rechtlichen (und die ihm erkennbaren wirtschaftlichen) Folgen einer vertraglichen Vereinbarung zu belastenden Regelungen im Bereich des Scheidungsfolgenrechts (= **Tragweitenbelehrung**) lassen die Inhaltskontrolle als solche obsolet werden.[89] Eine **qualifizierte Belehrung** und eine sachgerechte **Gestaltung des Beurkundungsverfahrens** durch den Notar (vgl. auch § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG) wirken jedoch indiziell gegen die Annahme der Unterlegenheit eines Vertragsbeteiligten infolge Unwissenheit und damit gegen das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Sittenwidrigkeit.[90]

Die notarielle Beurkundung, Beratung und Belehrung sollte – im Rahmen der Sachverhaltserfassung und der Gestaltung des Beurkundungsverfahrens – Aspekte einer präventiven Inhaltskontrolle auf der Ebene der Wirksamkeitskontrolle umfassen.[91]

---

[85] So OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1729 = BeckRS 2012, 16681.

[86] So richtigerweise und deutlich Brambring in Hofer/Schwab/Henrich, From Status to Contract?, 2005, 15 (23); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 16 f.; Erman/Heinemann, 15. Aufl. 2017, Rn. 5; Münch FamRB 2014, 71 (73); Münch KritV 2005, 208 (221 mwN); Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 76; Wick FuR 2010, 301 (303); wohl auch HK-VersAusglR/Goetsche VersAusglG § 8 Rn. 13 ff.; Di Fabio DNotZ 2006, 342 (347) warnt gar vor einem „negativen Anreizsystem“.

[87] So möglicherweise jedoch Goebel FamRZ 2003, 1513 (1516); Dauner-Lieb FF 2004, 65 (67).

[88] Ausdr. abl. BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (932 f.)

[89] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = DNotZ 2004, 550 = NJW 2004, 930 (934 f.); OLG Celle NJW-RR 2004, 1585 = FamRZ 2004, 1969; zust. Borth Versorgungsausgleich Rn. 1063; aA Langenfeld DNotZ 2001, 272 (279); zu Recht krit. und eher abl. Di Fabio DNotZ 2006, 342 (349 f.).

[90] Vgl. Rauscher FamR Rn. 366m.

[91] Vgl. OLG Koblenz NJW 2003, 2920 = FamRZ 2004, 200 mAnm Bergschneider; OLG Düsseldorf FamRZ 2003, 1287 (1288) = RNotZ 2003, 617; Mayer/Reetz in LHFM Notar-HdB Teil 3 Rn. 49 f. mwN; Brambring in Hofer/Schwab/Henrich, From Status to Contract?, 2005, 15 (23 ff.).

## 2. Einfachgesetzlich gewährte Vereinbarungs- und Gestaltungsfreiheit

Ausgangspunkt jeder Inhaltskontrolle ist die für den (vorsorgenden) Ehevertrag und das Scheidungsfolgenrecht konstitutiv gewährte, einfachgesetzliche **Vereinbarungs- und Gestaltungsfreiheit.** Für vertragliche Vereinbarungen zu den klassischen – teilhabebezogenen – Scheidungsfolgen Zugewinn-, Versorgungsausgleich und zum nachehelichen Unterhalt ergibt sich die Befugnis zur einvernehmlichen Modifikation bis hin zum gänzlichen Ausschluss (im Falle des Güterrechts für die Vereinbarung der Gütertrennung) im Einzelnen aus **§ 1408 Abs. 1** (s. auch § 1363 Abs. 1 BGB[92] und § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB), **§ 6 Abs. 1 S. 1 VersAusglG** und **§ 1585c S. 1 BGB.** Im Rahmen des hier primär interessierenden § 1408 Abs. 1 BGB umfasst die einfachgesetzlich gewährte Vereinbarungsfreiheit nicht nur die Wahl eines Güterstandes (= genereller Ehevertrag), sondern auch dessen inhaltliche Abänderung bzw. Ausgestaltung (= spezieller Ehevertrag). Der gesetzliche Güterstand (Zugewinngemeinschaft) ist nach diesem Systemgedanken lediglich ein Ordnungsvorschlag des Gesetzgebers.

Die **weitgehende Gestaltungsbefugnis** ist der sachgerechte Ausgleich für die nach wie vor geltende Orientierung des Gesetzgebers am Leitbild der „Ein- oder Alleinverdienerehe“,[93] die der sozialen Wirklichkeit zunehmend weniger entspricht.[94] Die Regelungsbefugnis der Ehegatten umfasst folgerichtig auch deren Recht, in eigenverantwortlicher Gestaltung ihrer Vermögenssphäre (durch Eheverträge) eine **eigene ökonomische Bewertung ihrer Beiträge zur Familien- und Hausarbeit** vornehmen zu können.[95] Vertragliche Gestaltungsfreiheit als Prinzip gilt – historisch – in besonderem Maße für das **eheliche Güterrecht**. Der BGH konkretisiert zur Scheidungsfolge „Versorgungsausgleich“ – mit Blick auf alle Scheidungsfolgen –, dass die Eheleute in einer gelebten, **partnerschaftlichen Doppelverdienerehe** die Unzulässigkeit einer von ihnen gewünschten Ausschlussvereinbarung und eine ihrem frei gebildeten Vertragswillen widersprechende Zwangsteilhabe an den Anrechten des wirtschaftlich erfolgreicheren Ehegatten als staatliche Bevormundung empfinden müssten.[96]

Der BGH[97] weist zudem – in Übereinstimmung mit dem BVerfG – darauf hin, dass bereits die §§ 1353, 1356 BGB den Ehegatten das Recht einräumen, ihre eheliche Lebensgemeinschaft eigenverantwortlich und frei von gesetzlichen Vorgaben entsprechend ihren individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen zu gestalten. Die auf die Scheidungsfolgen bezogene Vertragsfreiheit ist insoweit eine notwendige Ergänzung dieses verbürgten Rechts und entspringt dem legitimen Bedürfnis, Abweichungen vom gesetzlichen Güterstand (Zugewinngemeinschaft) und von den gesetzlich geregelten Scheidungsfolgen zu vereinbaren, die zu dem **individuellen Ehebild** der Ehegatten besser passen. So können etwa Lebensrisiken eines Partners, wie sie in einer bereits vor der Ehe zu Tage getretenen Krankheit oder in einer Ausbildung, die offenkundig keine Erwerbsgrundlage verspricht, angelegt sind, von vornherein aus der gemeinsamen Verantwortung der Ehegatten füreinander herausgenommen werden. Dem steht auch der in § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB implementierte Verantwortungsgrundsatz nicht entgegen.[98]

Die **Motive** zum Bürgerlichen Gesetzbuch („eheliches Güterrecht“)[99] führen zur Bedeutung der Ehevertragfreiheit bereits aus: „Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist für das Güterrecht in Deutschland seit jeher anerkannt worden. Das deutsche Rechtsbewußtsein verlangt, dass die Gatten innerhalb der durch das sittliche Wesen der Ehe gezogenen Schranken ihre äußeren Verhältnisse frei nach ihrem Ermessen ordnen können. Das Bedürfniß einer solchen Freiheit wird durch die Einführung eines einheitlichen

---

[92] Vgl. Staudinger/Thiele, 2007, § 1363 Rn. 37.

[93] Den Begriff „Alleinverdienerehe“ verwendet BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101.

[94] Ausf. und weiterhin gültig Gruntkowski MittRhNotK 1993, 1 (10); s. zudem MüKoBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, Vor § 1363 Rn. 3; Staudinger/Rehme, 2007, Rn. 43; MüKoBGB/Kanzleiter, 5. Aufl. 2010, Rn. 18; Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 579; s. auch Mayer/Reetz in LHFM Notar-HdB Teil 3 Rn. 171.

[95] BGH NJW 2013, 2753 (2755) = FamRZ 2013, 1543; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601 (605).

[96] So ausdr. BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 unter Verweis auf Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 651.

[97] Hierzu insgesamt BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933) mwN.

[98] So aber Goebel FamRZ 2003, 1513 (1516).

[99] Vgl. Mugdan IV, Mot. 78 (79); s. auch Schwab FS Holzhauer, 2005, 410 (426).

gesetzlichen Güterrechtes nicht vermindert, …". Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Ehevertragsfreiheit im Güterrecht (§ 1432 BGB 1900) auch als Akzeptanz-Instrument zur Vereinheitlichung des ansonsten regional zersplitterten Güterrechts verstanden wurde.[100]

Die Gewährung weitestgehender Vertragsfreiheit hat der Gesetzgeber – dies wird leicht übersehen – als Instrument und Ausdruck des Gleichberechtigungsgedankens angesehen und ausgebaut.[101]

In Anknüpfung an die bereits einfachgesetzlich gewährte, umfassende Vereinbarungs- und Gestaltungsfreiheit findet sich in nahezu allen, seit dem Grundsatzurteil v. 11.2.2004[102] ergangenen Entscheidungen, mit denen der **BGH** die **Weiterentwicklung oder Klarstellung seiner Rspr. zur Inhaltskontrolle** betreibt,[103] der einleitende Satz: „Einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht".[104] Mit dieser Einleitungsformel dokumentiert der BGH zudem sein grundsätzliches Anknüpfen an seine Rspr. zur „vollen Ehevertragsfreiheit". Zugleich enthält das Verneinen eines unverzichtbaren Mindestgehalts auch den Hinweis darauf, dass die durch Vertrag herbeigeführte Benachteiligung gegenüber dem gesetzlich verankerten Scheidungsfolgenrecht von der Vereinbarungsfreiheit gedeckt ist.[105] Die einfachgesetzlich gewährte Vereinbarungs- und Gestaltungsfreiheit widerspricht als konstitutiver Bestandteil des Scheidungsfolgenrechts zudem (auch) nicht den Anforderungen der scheidungsbezogenen Teilhabe.[106]

## 3. Einfachgesetzliche Beschränkungen

Gesetzliche Beschränkungen der bereits einfachgesetzlich gewährten Vereinbarungs- und Gestaltungsfreiheit für den Bereich (vorsorgender) Eheverträge oder für die Gestaltung von Krisen-, Getrenntleben- und Scheidungsvereinbarungen bestehen lediglich punktuell. Solche Beschränkungen ergeben sich etwa aus § 1614 Abs. 1 BGB (Verwandte- und Kindesunterhalt) oder aus § 1360a Abs. 3, § 1361

---

[100] Vgl. hierzu etwa Sanders, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung – Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, 2008, 108 f. mwN.

[101] Ausf. Hofer in Hofer/Schwab/Henrich, From Status to Contract?, 2005, 1 (9 ff.).

[102] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601.

[103] Grundlegende Entscheidungen des BGH: BGH NJW 2005, 137 = FamRZ 2005, 26; NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185; NJW 2005, 1370 = FamRZ 2005, 691; NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444; NJW 2005, 2391 = FamRZ 2005, 1449; NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider; NJW 2006, 3142 = FamRZ 2006, 1359; NJW 2007, 904 = FamRZ 2007, 197 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 128 mAnm Grziwotz; NJW 2007, 907 = FamRZ 2007, 450 mAnm Bergschneider; NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974 mAnm Bergschneider; NJW-RR 2007, 1370 = FamRZ 2007, 1157 (ergänzend zu FamRZ 2006, 450); NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310; NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386; NJW 2008, 1080 = FamRZ 2008, 582; NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider; NJW 2009, 842 = FamRZ 2009, 198 mAnm Bergschneider; NJW 2009, 2124 = FamRZ 2009, 1041 mAnm Bergschneider; BeckRS 2011, 19738 = FamRZ 2011, 1377 mAnm Bergschneider; NJW 2013, 380 = FamRZ 2013, 195; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269 mAnm Bergschneider; NJW 2013, 1359 = FamRZ 2013, 770; NJW 2013, 2753 = FamRZ 2013, 1543 mAnm Bergschneider = DNotZ 2014, 128 mAnm Reetz; NJW 2014, 1101 = DNotZ 2014, 361; FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978; BGHZ 221, 308 = FamRZ 2019, 953; BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 und zusf. zur BGH-Rspr. Hahne in Hager, Vertragsfreiheit im Ehevertrag, 2007; zusf. Einzeldarstellungen der Entscheidungen bei Staudinger/Baumann, 2014, § 1585c Rn. 99 ff.; Sanders, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung – Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, 2008, 153 ff.; Bergschneider Eheverträge 14 ff.; Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 83 ff.

[104] Bspw. in BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933); BGH NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 und BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (387).

[105] Ebenso Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 11.

[106] BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527 (529) = NJW 2002, 1185.

Abs. 4 S. 4, § 1614 Abs. 1 BGB (Familien- und Getrenntlebenunterhalt) als **Verbot auf künftigen Unterhalt zu verzichten** (§ 134 BGB), nicht aber im Zusammenhang mit Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt nach § 1585c S. 1. Im Rahmen des Versorgungsausgleichs sind wiederum die besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach **§ 8 Abs. 2 VersAusglG** zu beachten. Schranken ergeben sich im Güterrecht punktuell aus zwingenden Vorschriften der einzelnen Güterstände und einem Mindestmaß an güterrechtlichem **Typenzwang**; für die fortgesetzte Gütergemeinschaft sind § 1518 S. 1 BGB, §§ 1483–1517 BG zwingendes Recht. § 1409 BGB hat indes lediglich formalen Charakter und verbietet die Vereinbarung alten oder ausländischen Güterrechts durch sog. **Stichwortverträge**, stellt aber als solcher keine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit der Ehegatten dar.[107] Als **allgemeine Vorschriften** sind §§ 134, 137 S. 1, §§ 138, 242, 313 BGB zu beachten, auch soweit durch sie **verfassungsrechtliche Wertentscheidungen** transportiert werden. § 138 Abs. 1 BGB ist außerhalb der Wirksamkeitskontrolle als ein spezifischer Bestandteil der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen“ zudem in den Fällen (ehe-)vertraglicher Vereinbarungen mit Drittbelastungswirkung anwendbar.

§ 138 Abs. 2 BGB **(Wucher und wucherähnliche Geschäfte)** ist auf familienrechtliche Verträge hingegen grundsätzlich nicht anzuwenden, weil es sich um **kein Austauschgeschäft** handelt.[108]

## 4. Immanenter Schutzzweck des Scheidungsfolgenrechts (Kernbereich)

### *a) Kein beliebiges Unterlaufen des immanenten Schutzzwecks*

**Der BGH** ergänzt seine wiederholte Betonung der gesetzlich vorgefundenen Vereinbarungs- und Gestaltungsfreiheit regelmäßig mit dem Hinweis, „die ehevertragliche Gestaltungsfreiheit dürfe nicht so verstanden werden,[109] dass der **Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen zum Scheidungsfolgenrecht** durch vertragliche Vereinbarungen **beliebig unterlaufen** werden könne.“[110] Das aber wäre der Fall, wenn durch vertragliche Vereinbarungen (objektiv) für den Scheidungsfall eine **evident einseitige** und **durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde,** die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten, auch unter Berücksichtigung der angemessenen Belange des anderen Ehegatten, seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe, unzumutbar erscheint.[111]

### *b) Schutzzweckverdichtung durch Kernbereichsstufung*

#### aa) Kernbereichsstufung als abstraktes Modell

---

[107] Vgl. Staudinger/Thiele, 2018, § 1409 Rn. 2; MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 11; aA möglicherweise Ludwig DNotZ 1982, 651 (653).

[108] BGH DNotZ 1993, 524 = FamRZ 1992, 1403; OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220; MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 40.

[109] Insoweit dem BVerfG FamRZ 2001, 343 (346) folgend.

[110] Bspw. BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 18; FamRZ 2018, 577 = NJW 2018, 1015 Rn. 12; FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 f., jeweils mwN aus seiner Rspr.

[111] Vgl. bspw. BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 18; FamRZ 2018, 577 = NJW 2018, 1015 Rn. 12; FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 f.; NJW 2008, 3426 und BGHZ 158, 81 (97 ff.) = NJW 2004, 930; s. auch Hahne FamRZ 2009, 2041 (2044).

Die Ableitung des immanenten Schutzzweckes der einzelnen Scheidungsfolgen erfolgt zunächst auf **abstrakter Ebene** aufgrund wertender Kriterien. Hierdurch soll eine differenzierende Gewichtung der einzelnen, gesetzlich vorgehaltenen Tatbestände erreicht und ein **Hierarchieverhältnis** der Scheidungsfolgen dargelegt werden. Im Ergebnis mündet die Gewichtung der Schutzzwecke in eine **Kernbereichsabstufung**.[112] Im derart abstrakten **Abstufungsmodell** erfasst der BGH als kernbereichsnah Scheidungsfolgen, die sich aus dem **Unterhaltsverbund** innerhalb der gelebten Ehe herleiten lassen.[113] Dazu gehören die einzelnen Tatbestände des Nachscheidungsunterhalts und der Versorgungsausgleich. Bereits auf der abstrakten Ebene, also noch bevor die Kernbereichsabstufung auf die konkrete Lebensführung der Eheleute angewandt wird, setzt das Modell des BGH ein „Mitdenken" von **Ehetypen** voraus; eine differenzierende Gewichtung der einzelnen Scheidungsfolgen ohne unterlegte Ehetypen ist nicht denkbar.

Den weithin üblich gewordenen Begriff „Kernbereichslehre" verwendet der BGH zurückhaltend; der XII. Senat[114] spricht vielmehr von einer „Rangabstufung" der einzelnen Scheidungsfolgen.

Mit seinem Abstufungsmodell vermeidet der BGH die Diskussion um eine **Leitbildfunktion des Ehe- und Scheidungsfolgenrechts.** Die Vermeidung ist folgerichtig, weil das dispositive Eherecht bewusst keine Leitbild-Ehetypen vorgibt.[115] Das Scheidungsfolgerecht stellt lediglich für den Ehetypus der „Ein- oder Alleinverdienerehe" ein „Abwicklungsmodell" zur Verfügung, das inhaltlich Teilhabe- und Solidaritätsgrundsätze verwirklicht.

Die **praktische Bedeutung** der wertenden Abstufung von Scheidungsfolgen nach ihrem immanenten Schutzzweck liegt ua in ihren **Auswirkungen auf die vertraglichen Dispositionsmöglichkeiten** der Ehegatten; sie bestimmt damit (einzelfallbezogen) auch den Umfang vertraglicher Gestaltungsfreiheit. Zudem dient die abstrakte Abstufung als **Benachteiligungsindikator**[116] vertraglicher Vereinbarungen der Ehegatten mit der weitergehenden Funktion, dem Tatrichter die **Prüfungsintensität** vorzugeben. Hierbei gilt, dass je weitreichender einzelne Scheidungsfolgen aus dem Kernbereich (= aus dem „Unterhaltsverbund") abbedungen werden, desto eher wird der Tatrichter auf der objektiven Tatbestandsebene einen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB annehmen können.[117] Grundsätzlich ist dabei allerdings zu berücksichtigen, dass der Sittenwidrigkeitsvorwurf insgesamt nur dann in Betracht kommen wird, wenn durch die Ehegattenvereinbarung Regelungen aus dem Kernbereich (= im Wesentlichen aus der 1. und 2. Stufe) ganz oder zu erheblichen Teilen (und kompensationslos bzw. durch anderweitige Vorteile nicht gemildert) abbedungen werden.

**Beispiel:** In einer **Ein- bzw. Alleinverdienerehe mit Kind** (= Ehetyp) wird der kompensationslose Ausschluss des hochrangigen Versorgungsausgleichs (= 2. Stufe des Kernbereichs) vielfach eine verfehlte Gestaltung sein.

Nicht zu Unrecht wird von einem **schleichenden Funktionswandel der Kernbereichsabstufung** hin zu einem Disparitätsindiz gesprochen.[118] Jedenfalls wird die Bedeutung der Kernbereichsabstufung durch den Lehrsatz von der **„Vermeidung verbleibender, ehebedingter Nachteile"** überlagert.[119] Im Rahmen des vertraglichen Gestaltungsziels der Vermeidung ehebedingter Nachteile wirkt die Kernbereichsabstufung der Scheidungsfolgen nachrangig. Es ist daher (gleichrangige) Aufgabe aller

---

[112] Grdl. BGHZ 158, 81 (97 ff.) = NJW 2004, 930 im Anschluss an Dauner-Lieb AcP 201 (2001), 295 (319 ff.); Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (12 f.); für die Aufgabe der Kernbereichsabstufung Wiemer, Inhaltskontrolle von Eheverträgen, 2007.

[113] Ähnl. auch Borth UnterhaltsR Rn. 826 aE.

[114] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (458); s. auch Jüdt FuR 2014, 92 (95).

[115] Vgl. hierzu BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933) mwN.

[116] Vgl. Erman/Norpoth/Sasse, 15. Aufl. 2017, VersAusglG § 8 Rn. 4.

[117] S. etwa Johannsen/Henrich/Holzwarth, 6. Aufl. 2015, VersAusglG § 8 Rn. 4, der von „Toleranzgrenzen" für vertragliche Eingriffe spricht.

[118] Milzer NZFam 2014, 773.

[119] Hierzu bereits Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (21 f.); iErg ebenso Johannsen/Henrich/Holzwarth, 6. Aufl. 2015, VersAusglG § 8 Rn. 3.

Scheidungsfolgenregelungen aus dem Unterhaltsverbund, ehebedingte Nachteile in der Erwerbs- und Versorgungsbiografie auszugleichen, die ein Ehegatte aus der einvernehmlich gewählten **Rollenverteilung innerhalb der gelebten Ehe** (signifikant: Kindererziehung anstelle beruflichen Fortkommens) hingenommen hat. Verbleibt beispielsweise allein der relativ rangniedrige **Aufstockungsunterhalt** als einziges Mittel zum Ausgleich ehebedingter Nachteile,[120] wird ein vollständiges Abbedingen kaum möglich sein.[121] Wertende Unterschiede zwischen einzelnen Scheidungsfolgen nach der Kernbereichsabstufung werden auf diesem Wege hinter die Vermeidung ehebedingter Nachteile zurücktreten müssen.

### bb) Stufenmodell im Einzelnen

Innerhalb der abstrakten **Kernbereichsabstufung** rangiert **auf der höchsten Stufe der kindbezogene Betreuungsunterhalt** nach § 1570 Abs. 1 BGB, der bereits wegen seiner Kindeswohlausrichtung nur in besonderen Rechtfertigungslagen der Disposition der Ehegatten unterliegt.

Unklar ist demgegenüber die Einstufung der **rein elternbezogenen Verlängerungsmöglichkeit des Betreuungsunterhalts** nach § 1570 Abs. 2 BGB.

Auf der **zweiten Stufe** der Wertigkeit steht der **Unterhalt wegen Alters und/oder Krankheit** (§§ 1571, 1572 BGB) und der **Versorgungsausgleich** (§ 1587 BGB iVm §§ 1 ff. VersAusglG),[122] der sich unter dem Blickwinkel der Kernbereichsabstufung weniger vermögensbezogen, sondern überwiegend als „**vorweggenommener Altersunterhalt“** darstellt.[123]

Auf **nachrangigen Stufen** befinden sich die Unterhaltsansprüche wegen **Erwerbslosigkeit** (§ 1573 Abs. 1 BGB) und die Ansprüche auf **Alters-, Kranken- und Pflegevorsorgeunterhalt** (§ 1578 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BGB), es sei denn, letztere dienen der Beseitigung eines ehebedingten Nachteils im Zusammenspiel mit einem vorrangigen Anspruch (zB nach § 1570 Abs. 1 BGB).[124]

Am ehesten **verzichtbar** sind Ansprüche auf **Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt** (§ 1573 Abs. 2, § 1575 BGB)[125] sowie auf **Billigkeitsunterhalt** (§ 1576 BGB).[126]

Der dem Versorgungsausgleich strukturell – nicht funktionell – vergleichbare **Zugewinnausgleich** (§§ 1378 ff. BGB) findet sich gänzlich außerhalb der Stufenfolge wieder.[127]

Die in der Kernbereichsabstufung zum Ausdruck kommenden Wertungen sind im zeitpunktbezogenen, zweigliedrigen Prüfungsmodell der Inhaltskontrolle sowohl im Rahmen der Wirksamkeits- als auch der Ausübungskontrolle zu berücksichtigen.

---

[120] Vgl. Schwab in Limmer/Schwab, Scheidung, Trennung, Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, 2008, 68 (89 ff.); Eickelberg RnotZ 2009, 1 (27).

[121] Hierzu auch Hahne in Brennpunkte des Familienrechts, FamRZ-Buch 20, 181 (196); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 35.

[122] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; KG FamRZ 2011, 1587 mablAnm Reetz FamFR 2011, 339; OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls.); zusf. BeckFormB FamR/Weil Form. K.I. Anm. 3.

[123] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; OLG Hamm NotBZ 2012, 390 = BeckRS 2012, 01678; s.- auch Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (114).

[124] BGH NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (1446); NJW 2005, 2391 = FamRZ 2005, 1449 (1451).

[125] BGH NJW 2005, 2391 = FamRZ 2005, 1449 (1450).

[126] BGH NJW 2005, 2391 = FamRZ 2005, 1449 (1450).

[127] Zusf. BGH NJW 2013, 457; OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls.).

# III. Praxis der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen“

## 1. Erste Prüfungsstufe: Wirksamkeitskontrolle

### *a) Wirksamkeitskontrolle als Sittenwidrigkeitsprüfung*

**Wirksamkeitskontrolle** ist auf der **ersten Ebene der Inhaltskontrolle** eine **Sittenwidrigkeitsprüfung** nach § 138 Abs. 1 BGB. Dabei bedient sich der BGH ehevertragsspezifischer Maßstäbe, die sich nicht allein – nach der klassischen Formel – aus einem Widerspruch zum „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ ableiten lassen,[128] obwohl die Rspr. diese Formel durchaus verwendet.[129] Im Anschluss an die Auffassung des BVerfG[130] von der **besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten** (= objektives Element) als Folge (= Ausnutzen) **erheblich ungleicher Verhandlungspositionen der Ehevertragspartner** (= subjektives Element) hat der BGH vielmehr subsumtionsfähige Kategorien einer Sittenwidrigkeitsprüfung von Eheverträgen unter Einbeziehung des Schutzgehaltes der gesetzlich vorgehaltenen Scheidungsfolgen (= „Kernbereichsabstufung“) entwickelt. Wenig subsumtionsgeeignet sind demgegenüber Begriffe wie „verständige Berücksichtigung“ oder gar das juristisch kaum fassbare „Wesen der Ehe“.[131]

Ist das Ergebnis der ehevertragsspezifischen Wirksamkeitsprüfung, dass die Vereinbarung offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise zu versagen ist, ist die Regelung (ggf. auch der ganze Ehevertrag) auf der **Rechtsfolgenseite** von Anfang an gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Eine **Ausübungskontrolle** ist in diesem Fall entbehrlich.

### *b) Maßgeblicher Prüfungszeitpunkt: Vertragsschluss*

Der **maßgebliche Zeitpunkt,** auf den sich die tatrichterliche Wirksamkeitsprüfung bezieht, ist allein der **Zeitpunkt des Zustandekommens der Vereinbarung** zwischen den Ehegatten. **Spätere Änderungen** des Gesetzes oder der Rspr., die im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe den Ehevertrag retrospektiv nicht (mehr) sittenwidrig erscheinen lassen, sind bei der zeitpunktbezogenen Wirksamkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen;[132] sie können indes die Geschäftsgrundlage betreffen oder im Rahmen der Ausübungskontrolle zu berücksichtigen sein. **Zukünftige Umstände** der Ehegatten, wie sie insbesondere bei einer späteren Scheidung retrospektiv ersichtlich sind, bleiben ebenfalls unberücksichtigt.[133] Im Zeitpunkt des Zustandekommens muss die Vereinbarung objektiv – losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und des sodann gelebten Ehetypus und gerade ohne „Seitenblick

---

[128] BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 58; Wiemer, Inhaltskontrolle von Eheverträgen, 2007, 33 Fn. 139; besondere Maßstäbe wohl eher abl. Koch in Bayer/Koch, Schranken der Vertragsfreiheit, 2007, 79 (84 f.); MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 35.

[129] BGH NJW 1990, 703 (704) = FamRZ 1990, 372.

[130] Vgl. BVerfGE 103, 89 (100 ff.) mwN = NJW 2001, 957 = FamRZ 2001, 343 – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II.

[131] Zutr. Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen 2007, 1 (12); s. auch Schwab DNotZ-Sonderheft 1977, 51 (53 mwN).

[132] OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 1; aA OLG Jena NJW-RR 2010, 649; Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 8.

[133] Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen 2007, 1 (3); MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 36 f.; s. auch Borth UnterhaltsR Rn. 827.

auf die Situation zum Zeitpunkt der Ehescheidung“[134] – offenkundig und objektiv zu einer vollkommen einseitigen Lasten- und korrespondierenden Vorteilsverteilung für den Scheidungsfall führen.[135] Bei der zeitpunktbezogenen Prüfung sind indes Gesichtspunkte der **Vorhersehbarkeit des Entstehens einseitiger Nachteile**, wie sie sich insbesondere aus dem (realistisch) geplanten oder bereits verwirklichten Ehetypus ergeben (müssen), zu berücksichtigen. Derartige Vorstellungen und Pläne der Ehegatten sind im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegenwärtig und im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle heranzuziehen.[136]

Ist beispielsweise eine Ausschlussvereinbarung nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG Teil eines vorsorgenden Ehevertrags und wird diese Vereinbarung zu einem Zeitpunkt (mit) abgeschlossen, der als weit von einem denkbaren Renteneintritt der Ehegatten bezeichnet werden kann (= **rentenferne Jahrgänge**), ist zu berücksichtigen, dass die Annahmen der Ehegatten zu ihrem beiderseitigen Anrechteerwerb vor und nach einer denkbaren Scheidung selten als anfänglich unrealistisch zu bewerten sein werden. Eine daran anknüpfende Ausschlussvereinbarung wird man deshalb auf den Zeitpunkt ihres Zustandekommens betrachtet, kaum als sittenwidrig einstufen können.[137]

**Anfängliche Sittenwidrigkeit** nach § 138 Abs. 1 BGB mit der Folge, dass einem Ehevertrag die Anerkennung durch die Rechtsordnung **ganz** oder **teilweise** zu versagen ist, kommt auf der Grundlage einer Einzelfallbetrachtung nur dann in Betracht, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt auf der **objektiven Tatbestandsseite** Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass zugleich die dadurch **objektiv eintretenden Nachteile** für den belasteten Ehegatten durch andere Vorteile gemildert (= **Kompensation, Gegenleistung**) oder

- durch die **besonderen Verhältnisse** der Ehegatten,
- dem von ihnen angestrebten Ehetypus,
- dem bei Vertragsschluss bereits **gelebten Ehetypus** oder
- durch sonstige **gewichtige Belange** des begünstigten Ehegatten

gerechtfertigt sind.[138] Dabei ist das Eingehen der Ehe oder deren Fortführung kein korrespondierender Vorteil, der eine scheidungsbezogene, einseitige Lastenverteilung rechtfertigen könnte.[139]

Damit sind insbesondere die unmittelbar aus der Ehe erwachsenen rechtlichen Vorteile, wie beispielsweise das Ehegattenerbrecht, die Witwen-/Witwerversorgung, die Familienkrankenversicherung, die ertrag-, grunderwerb-, schenkung- und erbschaftsteuerlichen Besserstellungen etc. aus der Kompensationsbetrachtung ausgeschlossen.

### *c) Kernbereichsabstufung und konkrete Situation der Ehegatten*

Im Rahmen der konkreten Wirksamkeitskontrolle werden die (zunächst) abstrakt eingestuften und durch die Ehegatten ganz oder teilweise abbedungenen Scheidungsfolgen einzelfallbezogen geprüft.

---

[134] MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 36; Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 15; Staudinger/Rehme, 2007, Rn. 80.

[135] Zuletzt BGH FamRZ 2014, 1978 = NJW 2015, 52 (53); FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 45.

[136] Vgl. Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (3).

[137] Zu einer Scheidungsvereinbarung OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 mwN = FamFR 2013, 249 mAnm Holzwarth.

[138] Zu diesem „Lehrsatz“ des BGH und seiner Bedeutung Hahne DNotZ 2004, 84 (94); Wachter ZFE 2004, 132 (134); Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 292; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 51.

[139] Vgl. Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 9 mwN.

Unter Berücksichtigung des abstrakten Schutzzwecks jeder einzelnen Scheidungsfolge ist nunmehr der Bezug und die tatsächliche Bedeutung zu der **von den Ehegatten** (realistischerweise) **beabsichtigten oder bereits verwirklichten Lebensführung** auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses herzustellen und damit der **konkrete Schutzzweck** zu ermitteln. Je weniger Bezug und (wirtschaftliche) Bedeutung eine konkret benannte Scheidungsfolge zur Lebensführung der Ehegatten hat (oder vorhersehbar haben wird), umso eher kann sie (ggf. auch kompensationslos) abbedungen werden. Schon aus diesem Grund kann es keine grundsätzlich vereinbarungsfesten Scheidungsfolgen geben. Letztlich führt die Anwendung der Kernbereichsabstufung auf die konkrete Ehe zur Frage nach der einzelfallbezogenen, konkreten **Lastenverteilung,** wie sie durch den Ehevertrag mitbestimmt wird.

Die Ehegatten einer **rentenfernen, partnerschaftlichen Doppelverdienerehe** ohne Kinder, in der jeder aus eigenem Einkommen seine Altersvorsorge sicherstellt, können daher zweifellos und trotz hoher Einstufung der Scheidungsfolge „Versorgungsausgleich" ehevertraglich einen vollständigen Ausschluss vereinbaren (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG) und nach ihrem geplanten oder bereits verwirklichten Ehetypus im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB verzichten.

### *d) Objektive Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs*

#### aa) Einseitige Lastenverteilung als objektives Tatbestandsmerkmal

Die durch die vertraglichen Regelungen im Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts tatsächlich bewirkte Lastenverteilung (= Belastungen eines Ehegatten und korrespondierende Vorteile des anderen Ehegatten) ist im Zusammenhang der Wirksamkeitskontrolle Teil der Prüfung der **objektiven Tatbestandsseite** des Sittenwidrigkeitsvorwurfs. Sittenwidrigkeit kann hiernach nur dann vorliegen, wenn die vertraglichen Regelungen insgesamt eine **schwere (evident) einseitig Lastenverteilung** bewirken.

Wird zum maßgeblichen Prüfungszeitpunkt eine evident einseitige Aufbürdung vertraglicher Lasten, also eine objektive Benachteiligung festgestellt, führt dies nur dann zur Unwirksamkeit des Ehevertrags, wenn sie – kumulativ[140] – das Ergebnis einer ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner (= **subjektiver Tatbestand**) widerspiegelt. Ein lediglich auf objektiver Lastenverteilung basierendes Sittenwidrigkeitsverdikt kann nicht das Ergebnis einer Inhaltskontrolle sein.

#### bb) Lastenverteilung und Halbteilungsgrundsatz

Die Inhaltskontrolle am Maßstab (evident) **einseitiger Lastenverteilung von Scheidungsfolgen bedeutet** nach zutreffender Ansicht des BGH **selbst im** Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts **keine Halbteilungskontrolle.**[141] Das erscheint bereits vor dem Hintergrund der tatsächlichen (wirtschaftlichen) Bedeutung der jeweils abbedungenen Scheidungsfolge für die konkrete Lebensführung der Ehegatten zwingend. Der **Halbteilungsgrundsatz** ist hiernach und für sich genommen kein tauglicher Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob ein Ehegatte durch die verzichtenden Regelungen in einem Ehevertrag – zB den gegenseitigen oder einseitigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs – evident einseitig belastet wird. Maßstab ist vielmehr ein durch die Vereinbarung herbeigeführter oder sich verfestigender (= bleibender) **ehebedingter Nachteil**, dessen Beseitigung wiederum durch die Halbteilung nach oben begrenzt ist. Diese Sichtweise entspricht im Übrigen dem Regelungsgedanken des § 1578b Abs. 1 S. 2 und 3 BGB zum Nachscheidungsunterhalt.

---

[140] Schwab DNotZ-Sonderheft 2001, 9 (15); Schwab FamRZ 2001, 349; Langenfeld DNotZ 2001, 272 (276); aA möglicherweise Schubert FamRZ 2001, 733 (735).

[141] Vgl. BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 (Versorgungsausgleich); FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; NJW 2009, 842 = FamRZ 2009, 198; NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (1446); OLG Hamm FamRZ 2014, 1926 = BeckRS 2014, 22337; Erman/Norpoth/Sasse, 15. Aufl. 2017, Rn. 3; Münch FamRZ 2014, 805.

Umgekehrt bedeutet die Unmaßgeblichkeit des Halbteilungsgrundsatzes bzw. die Maßgeblichkeit ehebedingter Nachteile, dass ein vertraglich bewirkter Verzicht oder Ausschluss scheidungsbedingter **Teilhabe an nicht ehebedingten Ausgleichspositionen,** die das Scheidungsfolgenrecht beispielsweise aufgrund pauschalierender Betrachtung gewährt, nicht sittenwidrig sein kann.[142] Das Gleiche gilt erst recht für Ausgleichspositionen, die bereits nach dem jeweiligen Scheidungsfolgenrecht als Übermaßausgleich gewertet werden (s. etwa § 1381 BGB für Zugewinnausgleich, § 27 VersAusglG für den unbilligen Ausgleich oder § 1579 BGB für Verwirkungstatbestände).

### cc) Tatrichterliche Einzelprüfung und zwingende Gesamtbetrachtung

Die Berücksichtigung der durch die Kernbereichsabstufung vermittelten Schutzzwecke des Scheidungsfolgenrechts **im Rahmen der eheindividuellen Verhältnisse** bewirkt, dass sich keine allgemeine und für alle denkbaren Fälle abschließende Antwort geben lässt, unter welchen Voraussetzungen eine durch den Ehevertrag objektiv herbeigeführte, einseitige Belastung nach § 138 Abs. 1 BGB zur anfänglichen Unwirksamkeit führt (oder ein Berufen auf einzelne Regelungen unzulässig macht, § 242 BGB).[143] Vielmehr ist es die Aufgabe des **Tatrichters,** das Zusammenwirken

- aller getroffenen, vertraglichen Vereinbarungen (also auch derjenigen außerhalb des Kernbereichs des Scheidungsfolgenrechts),
- der konkreten Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie
- der beabsichtigten (oder bereits verwirklichten) Gestaltung des ehelichen Lebens (= geplanter Ehetypus)[144]

im Wege einer **Gesamtbetrachtung** („Gesamtschau") zu berücksichtigen und auf diese Weise die eheindividuelle Bedeutung der relevanten Scheidungsfolgen, die ehevertraglich abbedungen oder eingeschränkt sind, sowie die dadurch bewirkte, einseitig Lastenverteilung festzustellen. Die **zwingend anzustellende Gesamtbetrachtung** führt daher dazu, dass es der **Tatrichter** (und letztlich präventiv der Vertragsgestalter) nicht bei einer isolierten Prüfung einzelner Klauseln zu einzelnen Scheidungsfolgen belassen kann. Vielmehr ist die konkrete Bedeutung anderer Scheidungsfolgen (einschließlich der wirtschaftlichen Gesamtsituation der Ehegatten) auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Ehegattenvereinbarung (auch) Regelungen zu anderen Scheidungsfolgen enthält. Auch das unveränderte Beibehalten anderer Scheidungsfolgen ist in die konkret anzustellende Gesamtschau einzubeziehen.[145] Gleiches gilt, wenn die Ehegatten bereits in vorangegangenen Vereinbarungen Regelungen zu Scheidungsfolgen getroffen haben; auch diese beibehaltenen „Altvereinbarungen" sind somit einzubeziehen.

Die **obligatorische Gesamtbetrachtung** ist nicht lediglich ein Aufsummieren der einschränkenden Einzelregelungen der Ehegattenvereinbarung und ihrer (Einzel-)Wirkungen. Wesentlich ist vielmehr deren **vorhersehbares Zusammenwirken** für den Scheidungsfall. Deswegen kann mit Sicht auf die Gesamtvereinbarung eine (schwere) einseitige und evidente Lastenverteilung

---

[142] So bereits Schwenzer AcP 196 (1996), 88 (113).

[143] BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933) und ebenso deutlich Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen 2007, 1 (13).

[144] So ausdr. BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933); zust. Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen 2007, 1 (2).

[145] Ebenso Johannsen/Henrich/Holzwarth, 6. Aufl. 2015, VersAusglG § 8 Rn. 3 aE.

nicht bereits dann verneint werden, wenn in der Einzelbetrachtung der geregelten Scheidungsfolgen jeder Einzelverzicht (Ausschluss) für sich allein nicht schwer wiegt.[146]

Die abstrakte Kernbereichsabstufung hat in diesem Zusammenhang die Funktion, für jede einzelne, abbedungene Scheidungsfolge und für das Zusammenwirken der Vertragsklauseln (= Gesamtbetrachtung) dem Tatrichter die **Prüfungsintensität** vorzugeben. Im Ergebnis werden einseitig wirkende Belastungen des einen Ehegatten umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer (= höherstufiger) der vertragliche Eingriff in eine gesetzliche Regelung den **Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts** erfasst. Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der **Betreuungsunterhalt** nach § 1570 BGB.[147]

Dass sich eine ehevertragliche Vereinbarung (objektiv) überwiegend oder allein zulasten eines Ehegatten auswirkt, rechtfertigt nicht die Annahme der Sittenwidrigkeit mit der Begründung, die **Scheidung** werde wegen der fehlenden wirtschaftlichen Absicherung **unzulässig erschwert.** Folgerichtig kann auch nicht der Vorwurf ausreichen, eine vertraglich vereinbarte Unterhaltshöhe bleibe hinter dem Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen zurück. Sittenwidrigkeit kann nur das Ergebnis einer **Gesamtwürdigung** aller Umstände des Einzelfalles unter Einbeziehung aller objektiven und subjektiven Gegebenheiten sein.

Aus dem **Ausschluss des Betreuungsunterhalts** (§ 1570 BGB) ergibt sich – trotz seiner „Spitzenposition" in der Scheidungsfolgenabstufung – dann **keine unzumutbare Lastenverteilung,** die (auf der objektiven Tatbestandsseite) Sittenwidrigkeit begründen könnte, wenn völlig unabhängig von der vertraglichen Regelung ohnehin kein Anspruch auf Betreuungsunterhalt entsteht und dies auch der grundsätzlichen Planung der Eheleute entspricht. Insbesondere kann sich ein Ehegatte im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe nicht darauf berufen, der Ehevertrag war bei Vertragsschluss unwirksam, wenn –entgegen des geplanten und auch verwirklichten Ehetypus – Kinder geboren worden wären.[148]

Die bei der tatrichterlichen Prüfung und Subsumtion stets zu berücksichtigenden Gesamtumstände beziehen sich nicht nur auf das Einbeziehen aller vertraglichen Regelungen, also auch derjenigen, die nicht kernbereichsnah sind, sondern insbesondere auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten, und zwar als wirtschaftliche Gesamtbetrachtung im Rahmen der gesamten Folgeregelungen für den Fall einer Scheidung. Die für die Prüfung notwendigen Gesichtspunkte der **Gesamtbetrachtung** sind insoweit **nicht auf Angaben in der notariellen Urkunde beschränkt;** die Gesamtbetrachtung bezieht die wirtschaftlich relevanten Fakten immer als solche ein. Dabei bleibt die Prüfung allerdings auf die erkennbaren Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogen. Umfasst sind im Einzelnen:[149]

- die nacheheliche Einkommenssituation (korrespondierend: Angewiesensein auf Nachscheidungsunterhalt);
- die Altersvorsorge (korrespondierend: Angewiesensein auf Versorgungsausgleich);
- die auf Güterrecht beruhende Ausgleichslage (korrespondierend: Zugewinnausgleich);
- die Verteilung der Haushaltsgegenstände;
- ggf. die Zuweisung der Ehewohnung;
- die Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts

---

[146] Ähnlich auch BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809; zusf. Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 9 mwN.

[147] Vgl. etwa BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (381).

[148] OLG Jena NJW-RR 2010, 649.

[149] Zuletzt BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; NJW 2013, 380 = FamRZ 2013, 195; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; grdl. auch insoweit BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935); s. zudem OLG Bremen FamRZ 2017, 1571 = BeckRS 2017, 113394; Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253; zusf. auch OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1729 = BeckRS 2012, 16681; Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 15; Wick FuR 2010, 301 (303); Borth UnterhaltsR Rn. 827; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

- sowie (in bedeutender Weise) die Auswirkungen auf gemeinsame Kinder.

Zu den im Einzelfall beachtenswerten Gesamtumständen zählt richtigerweise auch die notarielle Beurkundung selbst und der sie begleitenden Umstände, einschließlich der konkreten Verfahrensgestaltung.[150] Sie spiegeln sich allerdings typischerweise auf der subjektiven Tatbestandsseite der Prüfung des § 138 Abs. 1 BGB wider.

In Fällen der **Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich**, in denen ein Ehegatte als Selbstständiger voraussichtlich seine Altersversorgung durch Vermögensbildung betreibt, während der andere Ehegatte voraussichtlich zur Altersversorgung lediglich Anrechte erwerben wird, die dem Versorgungsausgleich unterliegen, führt der ehevertragliche Ausschluss des Zugewinnausgleichs unter Beibehaltung des Versorgungsausgleichs zu einem faktisch **einseitigen Ausschluss des „versicherten" Ehegatten** von der Teilhabe am „funktionalen Altersvorsorgevermögen" des anderen im Scheidungsfall. In einem solchen Fall liegt – objektiv – eine einseitige Lastenverteilung vor.[151] Eine korrespondierende Ausschlussvereinbarung nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG kann die Belastung des „versicherten" Ehegatten mindern.

### dd) Vorhersehbarkeit der einseitigen Lastenverteilungswirkung

Bewirkt der Ehevertrag – vor allem die jeweils für sich betrachtete Einzelklausel – eine einseitige Lastenverteilung, liegen nur dann die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen für einen Sittenwidrigkeitsvorwurf nach § 138 Abs. 1 BGB vor, wenn die einseitig belastende Wirkung schon **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** erkennbar gewesen ist (= **Vorhersehbarkeit** der einseitigen Lastenverteilungswirkung).[152] Umfasst sind damit vor allem die Vorstellungen und Planungen der Ehegatten von dem von ihnen (realistischerweise) geplanten oder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits verwirklichten **Ehetypus;** derartige Vorstellungen und Planungen gelten als gegenwärtig. Liegt keine Vorhersehbarkeit vor, ist umgekehrt der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 regelmäßig nicht begründet. Die (anschließende) Durchführung der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB bleibt davon unberührt.

**Fälle der Vorhersehbarkeit** einseitiger Lastenverteilungswirkung sind beispielsweise gegeben, wenn die Ehegatten einer Doppelverdienerehe mit Kinderwunsch (erst recht der Einverdienerehe) bei ihrer Lebensplanung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits davon ausgegangen sind, dass der Verzichtende (und einseitig Belastete) sich dauerhaft oder doch langfristig (völlig) aus dem Erwerbsleben zurückziehen und der Familienarbeit widmen wird. In einem solchen Fall wäre dem Verzichtenden vorhersehbar die Sicherung seines Bedarfs und der Aufbau einer eigenen Sicherung gegen die Risiken des Alters (Versorgungsanrechte) auf Dauer verwehrt, und es würde zwangsläufig eine stete Abhängigkeit vom anderen Ehegatten begründet.[153] Damit spielt auch beim Tatbestandsmerkmal der „Vorhersehbarkeit" der von den Ehegatten anfänglich gewollte oder bei Beurkundung bereits verwirklichte Ehetypus eine entscheidende Rolle.

Regelmäßig **keine Vorhersehbarkeit** ist gegeben, wenn (vornehmlich junge) Eheleute in vorsorgenden Eheverträgen zu Beginn ihrer geplanten partnerschaftlichen Doppelverdienerehe den gegenseitigen Ausschluss des Betreuungsunterhalts vereinbaren und im Zeitpunkt der Beurkundung (des Vertragsschlusses) nichts für eine Veränderung des geplanten Ehetyps ersichtlich ist und eine solche

---

[150] Münch DNotZ 2004, 913; zust. Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 15.

[151] OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220, wobei das OLG iErg unzutr. zur Nichtigkeit der Gütertrennung gelangt.

[152] Vgl. BGH DNotZ 2017, 870 R. 32 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; BGH NJW 2006, 2331 (2333) = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider (iÜ ein Gesamtverzicht bei gravierendem Alters-, Bildungs-, Einkommens- und Verständnisunterschied; zudem Bleiberechtsfall); OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 38 (Unterhalt wegen Alters und Krankheit) = NJOZ 2020, 745; Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (3).

[153] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (607) = NJW 2004, 930; s. auch BGH NJW 2009, 2124 = FamRZ 2009, 1041.

Absicht auch nicht naheliegend erscheint.[154] Unzulässig ist es, jungen Eheleuten, die nach Auffassung des Tatrichters „gebärfähig“ sind, allein deswegen einen Kinderwunsch und eine daraus abgeleitete Verteilung der Familien- und Erwerbstätigkeit zu unterstellen.[155]

### ee) Fehlende Kompensation

Die Wirksamkeit ehevertraglicher Verzichts- und Ausschlussvereinbarungen hängt nicht von einer Gegenleistung als solcher ab, schon gar nicht von einer äquivalenten, oder im Falle des Versorgungsausgleichs, von einer versorgungsgeeigneten Gegenleistung. Dennoch ist eine Gegenleistung des begünstigten Ehegatten ein geeignetes Mittel, die anderenfalls sittenwidrige Vereinbarung bestehen zu lassen, wenn durch sie zugleich die **durch den Ehevertrag objektiv bewirkten Nachteile** (= einseitige Lastenverteilungswirkung) mittels anderer Vorteile ausgeglichen oder gemildert werden (= **Kompensationsprüfung**). Der Kompensationsgedanke setzt dabei nicht voraus, dass eine **vollständige oder wertäquivalente Ausgleichsleistung erbracht wird**.[156] Ausreichend wird es regelmäßig sein, dass die Kompensation (annähernd)[157] geeignet ist, **ehebedingte Nachteile** des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten zu egalisieren.[158] Den Ehegatten steht insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Kompensation ist insbesondere dann ein zu beachtender Gestaltungsfaktor, wenn der Ehegatte in einer bestehenden Ehe auf **bereits erlangte Rechtspositionen** verzichtet.[159] Unklar ist, ob eine Kompensation auch nachträglich vereinbart werden und auf diese Weise die zeitpunktbezogene Unwirksamkeit bei Vertragsschluss beseitigen kann. Keine geeignete Kompensation im Sinne einer Vermeidung oder Beseitigung ehebedingter Nachteile ist das Eingehen der Ehe selbst oder das Versprechen zu deren Fortführung.[160]

Wird beispielsweise der **Versorgungsausgleich** faktisch „entschädigungslos“ oder jedenfalls „überwiegend kompensationslos“ ausgeschlossen (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG) und wirkt die Ausschlussvereinbarung **vorhersehbar einseitig belastend (zB in der Ein- oder Alleinverdienerehe),** weil nur der andere Ehegatte über belastbaren Anrechteerwerb verfügt, kann dies einen Fall der Sittenwidrigkeit begründen. Es fehlt hingegen auf der objektiven Tatbestandsseite im Ergebnis an einer einseitigen Lastenverteilungswirkung, wenn der Ehevertrag zugleich die Begründung einer „anderweitigen Alterssicherung“, beispielsweise die Beitragsentrichtung in eine private Rentenversicherung oder auch die Übertragung einer Immobilie vorsieht und somit den objektiven Versorgungsnachteil kompensiert. An einer einseitigen Lastenverteilung fehlt es trotz unterlassener Kompensation auch dann, wenn ein nicht wesentlicher Teil der Altersversorgung bereits erworben ist.[161]

---

[154] BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (381); FamRZ 2008, 583 = NJW 2008, 1080 (1082); FamRZ 2005, 691 = NJW 2005, 1370; FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391; FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2388); MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 68.

[155] So aber OLG Celle NJW 2018, 3462 = BeckRS 2018, 22277; BeckRS 2021, 7858.

[156] Für den Versorgungsausgleich, Wick FPR 2009, 219 (222); NK-BGB/Götsche, 3. Aufl. 2014, VersAusglG § 6 Rn. 21; Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Ehescheidung Teil 3 Rn. 80; überholt ist durch BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 insoweit OLG München (Familiensenat Augsburg) FamRZ 2003, 35 mAnm Bergschneider = RNotZ 2003, 130 mAnm Dorsel, das einen ¾-Ausgleich für unwirksam hielt.

[157] Vgl. BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386; FamRZ 2006, 1359 = NJW 2006, 3142 mAnm Rakete-Dombek.

[158] Zuletzt BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 unter Verweis auf Münch FPR 2011, 504 (508); Münch FamRZ 2014, 805.

[159] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[160] S. auch Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 9 mwN.

[161] BGH NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185; Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 9.

Im Bereich des **Nachscheidungsunterhalts** kann beispielsweise die Vereinbarung einer zeitlich verlängerten Gewährung des Betreuungsunterhalts, die Nichtanrechenbarkeit von Eigeneinkünften etc kompensierenden Charakter haben.

Das OLG Hamm[162] nimmt ohne nähere Prüfung an, dass die nachträgliche und ergänzende Vereinbarung von Kompensationsleitungen die anfängliche Sittenwidrigkeit der bei Vertragsschluss kompensationslosen Vereinbarung nicht mehr beseitigen kann. Das überzeugt nicht, wenn die ergänzende Vereinbarung zugleich als **Bestätigung der Ausgangsvereinbarung** wirkt. Dies kann auch das Ergebnis einer Auslegung der Kompensationsvereinbarung sein.

### *e) Subjektive Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs*

#### aa) Ausgangspunkt

Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle sind neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs zwingend die subjektiven Voraussetzungen zu prüfen, unter denen die Vereinbarungen der Ehegatten zustande gekommen sind. Die **Prüfung der subjektiven Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs** bezieht sich dabei auf beide Ehegatten. Insbesondere genügt nicht lediglich die Subsumtion anhand der Formel des BVerfG[163] von der „erheblich ungleichen Verhandlungspositionen der Ehevertragspartner“ den Maßstäben einer umfassenden Prüfung der subjektiven Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs nach § 138 Abs. 1 BGB. Im Einzelnen sind vielmehr die von beiden Ehegatten mit der vertraglichen Abrede **verfolgten Zwecke** sowie die sonstigen **Beweggründe,** die einerseits den **begünstigten Ehegatten** zu seinem Verlangen nach der konkreten ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und andererseits den **benachteiligten Ehegatten** dazu bewogen haben, diesem Verlangen nachzugeben, zu berücksichtigen.[164] Solche Beweggründe (beider Ehegatten), die subsumtionsfähige Bestandteile **im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle darstellen,** sind, auch wenn sie als Erwartungen oder Planungen der Ehegatten auf die Zukunft gerichtete sind, im Zeitpunkt des Ehevertragsabschlusses bereits gegenwärtig und einzubeziehen.[165]

#### bb) Beweggründe des begünstigten Ehegatten und Zweck der Vereinbarung

##### *(1) Grundlage*

Verfolgt der begünstigte Ehegatte mit den von ihm geforderten vertraglichen Gestaltungen, die im Ergebnis eine evident einseitige Lastenverteilung bewirken, keine eigenen berechtigten Interessen außerhalb seiner massiven Begünstigung (= **Beweggrund**), sondern spiegelt die vertragliche Gestaltung lediglich das **Ausnutzen der subjektiven Unterlegenheit** des belasteten Ehegatten wider, dann ist der Ehevertrag das Ergebnis „**vertraglicher Disparität**“ (= „ausgenutzte Unterlegenheit“[166], bzw. plastisch: „Zwangslage der Frau und Skrupellosigkeit des Mannes“[167]) und insgesamt sittenwidrig.

---

[162] Vgl. OLG Hamm BeckRS 2014, 22337 = FamRZ 2014, 1926 (Ls.).

[163] Vgl. BVerfGE 103, 89 (100 ff.) mwN = NJW 2001, 957 – Ehevertrag I; BVerfG FamRZ 2001, 985 = NJW 2001, 2248 – Ehevertrag II.

[164] BGHZ 158, 81 (100); BGH MittBayNot 2005, 308 (310) = FamRZ 2005, 26 mAnm Bergschneider; NJW 2005, 139 (140) = FamRZ 2005, 185; BGHZ 170, 77 (83); BGH DNotZ 2009, 294 unter Verweis auf BVerfG FamRZ 2001, 243 (247).

[165] Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (3).

[166] Hierzu bereits OLG München (Familiensenat Augsburg) FamRZ 2003, 35 = RNotZ 2003, 130 als Vorinstanz zur Grundsatzentscheidung BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933).

[167] Brambring NJW 2007, 865 (866 f.).

Verfolgt der begünstigte Ehegatte mit ehevertraglich einseitig belastenden Vereinbarungen hingegen ein **berechtigtes Interesse** und liegt hierin zugleich der **Beweggrund,** die seinen Ehegatten belastende Vereinbarung zu verlangen, liegt regelmäßig kein Fall von Sittenwidrigkeit vor. Allein das Durchsetzen eines anzuerkennenden, berechtigten Interesses durch den letztlich begünstigten Ehegatten bietet demnach auch **keine Indizwirkung** für das Ausnutzen einer ungleichen Verhandlungsstärke.

### *(2) Fallgruppe: Erwerbsbetrieb (Unternehmensschutz)*

Ein **anerkannter Beweggrund** und eine **berechtigte Interessenverfolgung** durch einen Ehegatten liegt im **Bereich Güterrecht** regelmäßig dann vor, wenn der **Zweck** der von dem anderen Ehegatten verlangten, einseitig belastenden Vereinbarung dem **Erhalt der wirtschaftlichen Substanz eines Unternehmens** als Wirtschafts- und Lebensgrundlage dienen soll.[168] Das Gleiche gilt für den Erhalt des dem Begünstigten vorhersehbar anfallenden Geschäfts seiner Eltern oder hinsichtlich des Erhalts von Wertzuwächsen des Unternehmens während der Ehe. Allerdings ist die berechtigte Interessenverfolgung nicht auf das Güterrecht und den Unternehmensschutz beschränkt.

Die zur Erreichung des Regelungsziels zumeist verwendeten Vertragsgestaltungen sind die der „modifizierten Zugewinngemeinschaft", der „Herausnahme von Vermögenswerten aus der Zugewinnberechnung" oder sogar die Vereinbarung der Gütertrennung.

Ein **berechtigtes Interesse aus dem Bereich des Versorgungsausgleichs** – und nicht des Güterrechts – kann beispielsweise gegeben sein, wenn der bereits geschiedene Ehegatte seine gekürzte Altersvorsorge vor weiteren Kürzungen schützen will. Ein berechtigtes Interesse aus dem Bereich des Versorgungsausgleichs liegt auch vor, wenn der berechtigte Ehegatte erworbene Anrechte aus Mitteln seines güterrechtlichen „Anfangsvermögens" nach § 1374 Abs. 1 BGB oder seines „privilegierten Erwerbs" nach § 1374 Abs. 2 BGB nach dem Erwerb von Anrechten hieraus, einseitig schützen will.

Der BGH akzeptiert ein legitimes **Interesse des Unternehmer-Ehegatten** (ebenso bei Selbständigen, Freiberuflern und Gewerbetreibenden), das Vermögen des Erwerbsbetriebs beispielsweise durch die Vereinbarung der Gütertrennung einem möglicherweise existenzbedrohenden Zugriff im Scheidungsfall zu entziehen und damit nicht nur für sich, sondern auch für die Familie die Lebensgrundlage zu erhalten;[169] diese Wertung teilt auch der Gesetzgeber.[170] Das dem Interesse eines Unternehmer-Ehegatten entsprechende Regelungsziel ehevertraglicher Vereinbarungen ist zumeist auf die Vermeidung von Liquiditätsbelastungen durch Zugewinnausgleichsforderungen im Scheidungsfall (§ 1378 Abs. 3 S. 1 BGB), die Vermeidung von umfangreichen Auskunftserteilungen (§ 1379 BGB) und von Bewertungsstreitigkeiten über das Unternehmen sowie auf das Ausschalten des Zustimmungserfordernisses zu Gesamtvermögensgeschäften (§ 1365 BGB) gerichtet.[171] Anerkannte, berechtigte Interessen eines Unternehmer-Ehegatten können auch mit solchen Dritter identisch sein (zB Arbeitnehmer des eigenen Unternehmens; Arbeitsplatzsicherung etc).[172] Besonders schutzwürdig sind Interessenwahrnehmungen

---

[168] Ausf. BGH NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 f.; das OLG Brandenburg NJOZ 2010, 2596 wertet Gütertrennung bei Unternehmern sogar als Indiz gegen Sittenwidrigkeit; s. auch OLG München FamRZ 2003, 378 mAnm Bergschneider; MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 69 ff. und MüKoBGB/Münch, § 1408 Vor § 1414 Rn. 9; HK-FamR/Bergschneider Rn. 22.

[169] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386; NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 (1311); OLG Hamm NJW 2006, 3719 = FamRZ 2006, 1034 mAnm Bergschneider; OLG Köln FamRZ 2010, 29 = BeckRS 2010, 00233; krit. für Fälle der „Funktionsäquivalenz" zum Versorgungsausgleich Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 580 (604); Bergschneider FamRZ 2010, 1857 (1859); Reetz FamFR 2011, 339 (341); Brudermüller NJW 2008, 3191 (3192 f.); zusf. Bergschneider/Wolf NZFam 2018, 392; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[170] Vgl. BT-Drs. 10798, 11.

[171] Vgl. etwa OLG Hamm FamRZ 2006, 1034 mAnm Bergschneider.

[172] BeckOK BGB/Mayer, 39. Ed. 1.5.2015, Rn. 28 mwN; s. auch BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 45.

zur Erhaltung kleinerer oder mittlerer **Familienunternehmen**.[173] Als Beweggrund kommen zudem Drittverpflichtungs- oder Drittkontrahierungsvereinbarungen in Betracht, wie sie sich beispielsweise in gesellschaftsvertraglichen Güterstandsklauseln wiederfinden.

Von der Lit. wird vor dem Hintergrund des Teilhabegrundsatzes eine Beschränkung der hohen Disponibilität im Güterrecht auf Fallgestaltungen des Unternehmensschutzes vorgeschlagen.[174] Soweit erkennbar folgt dem die Rspr. zutreffend nicht.

Der güterrechtlich gerechtfertigte Schutz des (Familien-)Unternehmens kann hingegen regelmäßig keinen umfassenden **Unterhaltsverzicht** rechtfertigen.[175] Das OLG Hamm versagt im Ergebnis einen rechtfertigenden Schutz des Unternehmers sogar für den Fall der Vereinbarung einer Gütertrennung oder einer modifizierten Zugewinngemeinschaft, die nicht auf die Herausnahme des Unternehmens beschränkt bleibt.[176] Dem ist schon unter dem Gesichtspunkt der Kernbereichsferne des Güterrechts nicht zuzustimmen.

Das berechtigte Interesse am **Unternehmensschutz** gilt auch, soweit der selbstständig erwerbstätige Ehegatte seine Altersvorsorge nicht durch den Erwerb oder Ausbau von Vorsorgeanrechten iSd § 2 VersAusglG, sondern durch Vermögensaufbau betreibt, der Vermögensaufbau also auch der Altersvorsorge dient („Funktionsäquivalenz"). Der Unternehmensschutzgedanke setzt sich auf der Ebene der Wirksamkeitskontrolle auch dann durch, wenn bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses absehbar ist, dass sich der andere Ehegatte ganz oder teilweise aus dem Erwerbsleben zurückzieht („Einverdienerehe") und ihm vorhersehbar eine nicht kompensierte Lücke in der Altersversorgung entsteht und verbleiben wird.[177] Die ehevertragliche Regelung, dass das Betriebsvermögen beim Zugewinnausgleich unberücksichtigt bleibt („Herausnahmegestaltung"), ist selbst dann grundsätzlich rechtswirksam, wenn die Ehefrau **bei Vertragsschluss schwanger** war.[178]

Einen **Anspruch auf Auskunftserteilung** (§ 1379 BGB) über Gegenstände des Betriebsvermögens des Unternehmer-Ehegatten ist nicht gegeben, wenn die Eheleute in einem Ehevertrag unter Inanspruchnahme des berechtigten Interesses des Unternehmer-Ehegatten vereinbart haben, dass das betriebliche Vermögen bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs außer Betracht bleiben soll.[179] Das ist jedoch weithin zweifelhaft, wenn zwischen „herausgenommenem" Betrieb und sonstigem Vermögen des Unternehmer-Ehegatten Zahlungsflüsse erfolgen oder Surrogationsfälle aufgetreten sind.

Unter sachgerechter Berücksichtigung des Unternehmensschutzes oder vergleichbarer Interessen sind insbesondere alle Gestaltungen, die einzelne Vermögensgegenstände oder Sachgesamtheiten aus dem Zugewinnausgleich herausnehmen, in einem besonders hohen Maß von der Dispositionsfreiheit erfasst. Ein legitimes Interesse an der Herausnahmegestaltung liegt idR immer vor.

Der BGH betont allerdings zur berechtigten Interessenverfolgung eines Ehegatten immer wieder, dass im Einzelfall eine esamtschau (= Gesamtbetrachtung) maßgebend ist, die insgesamt die Versorgungs- und Existenzsicherungslage des nicht oder nicht voll erwerbstätigen Ehegatten einzubeziehen hat.[180]

---

[173] Vgl. zu einem Hof iSd HöfeO OLG Hamm NJW-RR 2006, 793 = FamRZ 2006, 268 mAnm Bergschneider.

[174] Vgl. Dauner-Lieb/Stuhlfelner FF 2011, 382; dagegen Kanzleiter FS Bengel und Reimann, 2012, 191.

[175] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 Rn. 45; OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 69 = NJOZ 2020, 745; OLG Celle NJW 2018, 3462 = BeckRS 2018, 22277.

[176] OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 69 („Ausschluss des Zugewinnausgleichs hinsichtlich des Privatvermögens") = NJOZ 2020, 745.

[177] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; aA HK-FamR/Bergschneider Rn. 24; Bergschneider FamRZ 2010, 1857 (1859).

[178] OLG Hamm NJW 2006, 3719 = FamRZ 2006, 1034 mAnm Bergschneider.

[179] Vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2021, 3620; hierzu auch OLG Hamm NJW 2006, 3719 = FamRZ 2006, 1034 mAnm Bergschneider.

[180] BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; OLG Celle NJW 2004, 1961 = FamRZ 2004, 1202 (1203); s. auch Grziwotz FamRB 2004, 239; Bergschneider FamRZ 2004, 1205.

### cc) Beweggründe des belasteten Ehegatten

#### *(1) Parität bei Vertragsschluss*

Liegen zwischen den Ehegatten **paritätische Vertragsverhältnisse** vor („faire Verhandlungsbedingungen“[181], Verhandeln auf „gleicher Augenhöhe“[182], „gleich starke Verhandlungspartner“[183]), herrscht auch unter dem Gesichtspunkt der Inhaltskontrolle und möglicherweise bis an die Grenze zur Drittbelastung **volle Ehevertragsfreiheit.** Einseitig belastende Regelungen sind in einem solchen Fall von der Rechtsordnung grundsätzlich gedeckt und hinzunehmen,[184] ebenso **Vertragsgestaltungen unter bewusster Risikoübernahme** im Anwendungsbereich des § 313 BGB. Das Prüfungsinstrument der Inhaltskontrolle ist jedenfalls keine Methode zur Durchsetzung abstrakter **Vertragsgerechtigkeit** im Ehevertragsrecht.[185] Akzeptiert der belastete Ehegatte als Ergebnis eines paritätischen Verhandelns, beispielsweise die Herausnahme wesentlicher Vermögenswerte aus der Zugewinnausgleichsberechnung aus Unternehmensschutzgründen, liegen keine Anzeichen eines Sittenwidrigkeitsvorwurfs vor. Unbenommen bleibt es dem Familiengericht allerdings, auch in Fällen einer paritätischen Verhandlungssituation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Korrektur des wirksamen Ehevertrags im Wege der **Ausübungskontrolle** (§§ 242, 313 BGB) vorzunehmen, wenn infolge des gelebten Ehetypus nach Vertragsschluss und im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe relevante Situationen **einseitiger Unzumutbarkeit** oder Gesichtspunkte eines **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** beachtlich geworden sind.[186] Kommt es zur Feststellung einseitiger Unzumutbarkeit zulasten eines Ehegatten als Ergebnis eines (konsensual herbeigeführten) abweichend von den ursprünglichen Vorstellungen gelebten Ehetypus, ergibt sich bereits aus dem Begriff der Unzumutbarkeit, dass jedenfalls im Anwendungsbereich der Generalklausel des § 242 BGB der Einwand der bewussten Risikoübernahme ausscheidet.[187] Ehevertragliche Klauseln zur Risikoübernahme bei abweichendem Eheverlauf gehen insoweit ins Leere.

#### *(2) Disparität bei Vertragsschluss*

##### (a) Ausgangspunkt

Im Rahmen der Wirksamkeitsprüfung nach § 138 Abs. 1 BGB gibt es selbst bei einer durch Ehevertrag bewirkten, **evident einseitigen Lastenverteilung** keine „bereits objektive Seite“, die an sich die

---

[181] So BGH NJW 2013, 457 (459) = FamRZ 2013, 269.

[182] So OLG Hamm NJW-RR 2003, 1659 = FamRZ 2004, 201 (202).

[183] Vgl. BGH NJW 2008, 3426 Rn. 22 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider.

[184] Ebenso BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 16 f.; Münch KritV 2005, 208 (221); Coester-Waltjen FS 50 Jahre BGH, Bd. I, 985 (1002); Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 11; s. auch Rauscher DNotZ 2004, 524 (544); Isensee in Bayer/Koch, Schranken der Vertragsfreiheit, 2007, 9 (28); s. zudem OLG Hamm FamRZ 2012, 232 = BeckRS 2011, 18368.

[185] Zur Kritik an der Vertragsgerechtigkeit bei Eheverträgen Koch in Bayer/Koch, Schranken der Vertragsfreiheit, 2007, 79 (86 f.); Koch FamRZ 2007, 509; s. auch Soergel/Gaul/Althammer Rn. 36.

[186] Krit. hierzu Sethe in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 23 (32 f.)

[187] IErg ähnlich Mayer/Reetz in LHFM Notar-HdB Teil 3 Rn. 59.

Herleitung eines Sittenwidrigkeitsurteils rechtfertigen könnte.[188] Zur subjektiven Tatbestandsseite gehört daher regelmäßig die Beantwortung der Frage, ob die objektiv nachteiligen, vertraglichen Vereinbarungen eine auf **ungleicher Verhandlungsposition** basierende **einseitige Dominanz** eines Ehegatten widerspiegeln, die zugleich das nicht gerechtfertigte **Ausnutzen einer Zwangslage**[189] darstellt.

Es werden auch Begriffe wie „vertragliche Disparität", „Imparität", „situationsbedingte Unterlegenheit", „strukturelle Unterlegenheit" oder „Leichtgläubigkeit" und „Unerfahrenheit" (vgl. § 138 Abs. 2 BGB) eines Vertragspartners verwendet.[190]

Das OLG Celle[191] unterscheidet – ohne nähere Begründung – bei den subjektiven Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsvorwurfs zwischen Einzelklausel- und Gesamtschau-Prüfung. Danach soll es in subjektiver Hinsicht für die Feststellung, eine einzelne Regelung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen (= Einzelklausel im Ehevertrag, zB die Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt) sei nichtig, nicht der Ausnutzung der unterlegenen Verhandlungsposition des objektiv belasteten Ehegatten bedürfen. Es bedürfe insoweit auch keiner Feststellungen zu den außerhalb der Vertragsurkunde liegenden Umständen, die für eine bewusst ausgenutzte unterlegene Verhandlungsposition sprechen. Nach OLG Celle reicht – im Rahmen der Einzelklauselprüfung – allein die objektive Sittenwidrigkeit der betreffenden Klausel aus, das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale anzunehmen. Das führt faktisch immer zur Nichtigkeit der Einzelklausel bei sog. „Typenverfehlung" und verhindert insoweit die nachgelagerte Korrektur von Einzelklauseln durch die Ausübungskontrolle nach §§ 242, 313 BGB . Genau gegenteilig und zutreffend argumentieren BGH und das OLG Stuttgart (Vorinstanz),[192] die für den Fall der Einzelklauselprüfung und der obligatorischen Gesamtschauprüfung jeweils vom Erfordernis einer gesonderten Prüfung der subjektiven Umstände ausgehen, die nicht allein aus der objektiv einseitigen Belastung eines Ehegatten abgeleitet werden können.

### (b) Erfordernis konkreter Feststellungen

Zutreffend stellt der BGH deshalb regelmäßig klar, dass **konkrete Feststellungen** zur Störung der **subjektiven Verhandlungsparität bei Vertragsschluss** nicht etwa deswegen entbehrlich sind, weil die Vertragsbeteiligten ohne nachvollziehbaren Grund eine evident einseitig belastende Regelung getroffen haben. Allein aus einer (auch ausgeprägten) **Unausgewogenheit des Vertragsinhalts** ergibt sich die Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags nicht; das gilt für alle Ehetypen. Eine irgendwie geartete **Vermutungswirkung** für das Vorliegen einer gestörten Verhandlungsparität bei objektiv nachteiligen Abreden ist **im Rahmen der ehevertraglichen Wirksamkeitskontrolle nicht anerkannt**.[193] Selbst

---

[188] Vgl. auch Rauscher FamR Rn. 364 (Fn. 87) gegen Bergschneider FamRZ 2006, 430.

[189] Vgl. BGH FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386; zusf. BGH NJW 2013, 457 (460); s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 52.

[190] S. bspw. BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (388); OLG Koblenz NJW-RR 2009, 939 (MTA ist einem Arzt nicht strukturell unterlegen); OLG Saarbrücken FamRZ 2008, 1189 (1190) = BeckRS 2007, 18783; OLG München BeckRS 2007, 12639 = FamRZ 2007, 1244 mAnm Bergschneider (Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei ausländerrechtlicher Drucksituation); OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 461 (unwirksamer Unterhaltsverzicht, wirksamer Ausschluss des Versorgungsausgleichs); OLG Koblenz NJW 2003, 2920 = FamRZ 2004, 200 (wirksamer Ausschlusses des Zugewinnausgleichs, des Versorgungsausgleichs und des nachehelichen Unterhalts, wenn beiderseitige Berufstätigkeit bei Eheschließung geplant war); eing. Gageik RNotZ 2004, 295 (305 ff.); Rauscher DNotZ 2004, 524 (539); s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 52.

[191] OLG Celle BeckRS 2021, 7858 (Zusammenfasung in Ls. 4); OLG Celle NJW 2018, 3462 Rn. 25 f. = BeckRS 2018, 22277.

[192] BGH NJW 2009, 2124 Rn. 13 f. und 17 f. = FamRZ 2009, 1041 (zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs in der Einzelklausel-Prüfung); BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 = NJW 2020, 3243 Rn. 9 f. und OLG Stuttgart BeckRS 2019, 45645 Rn. 40 f. (Vorinstanz).

[193] Hierzu insbes. BGHZ 178, 322 = NJW 2009, 842; BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 Rn. 39; NJW 2013, 457 (460); OLG Bremen FamRZ 2017, 1571 = BeckRS 2017, 113394 Rn. 22 f.; zuvor bereits BGH NJW 1985, 1833 = FamRZ 1985, 788 (789); DNotZ 1993, 524 = FamRZ 1992, 1403 (1404); anders jedoch OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls.); Schwab DNotZ-Sonderheft

der beurkundete **Global- oder Totalverzicht** auf alle typischen Scheidungsfolgen führt nicht zu einer (widerlegbaren) Vermutung subjektiver Verhandlungsimparität.[194] Die Anerkennung einer Vermutungswirkung zugunsten imparitätischer Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses würde letztlich zur Anwendung der Maßstäbe des § 138 Abs. 2 BGB (wucherähnliche Geschäfte) führen, der jedoch auf familienrechtliche Verträge mangels eines Austauschverhältnisses gerade keine Anwendung findet.[195]

Selbst für Fälle der **Allein- bzw. Einverdienerehen** ist für Vereinbarungen zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts keine teleologische Reduktion vorzunehmen, die im Ergebnis dazu führt, dass auf die Feststellung der Imparität verzichtet werden könnte.[196]

Der BGH folgt nicht dem Ansatz der Lehre, dass die **subjektive Verhandlungsparität in personalen Näheverhältnissen,** wie sie gerade in der Ehe und Lebenspartnerschaft zum Ausdruck kommen, typischerweise nicht in der erforderlichen Intensität von Gesichtspunkten wirtschaftlicher Rationalität geprägt sind.[197] Diese Einschätzung gilt auch bei Annahme eines spezifischen **„Überoptimismus“** im Zeitpunkt der Eheschließung. Die Grundlagen einer Typisierung, die regelmäßig eine situationsbezogene „strukturelle Unterlegenheit“ darstellen könnte, lassen sich für eine deutlich überwiegende Anzahl derartige Fälle kaum sicher und nachvollziehbar herleiten und rücken daher in den Bereich einer Unterstellung. Allerdings berücksichtigt der BGH im Einzelfall den sodann tatsächlich festgestellten „Überoptimismus“ im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB.[198]

Auch wenn das Zusammenwirken aller in einem Ehevertrag enthaltenen Regelungen auf eine einseitige Benachteiligung des (potenziell) einkommensschwächeren Ehegatten hinausliefe (= **Gesamtwürdigungsebene**), kann dies, da es ein unverzichtbares Mindestmaß an Scheidungsfolgen nicht gibt, nach stRspr des BGH Sittenwidrigkeit nur dann begründen, wenn sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt.[199]

### (c) Anhaltspunkte zur Disparitätsfeststellung und Fallgruppenbildung

Da sich ein Ehevertrag nur dann infolge einer **Gesamtwürdigung** („Gesamtbetrachtung“) als sittenwidrig (und daher auf der Rechtsfolgenseite als insgesamt nichtig) erweisen kann, wenn **konkrete Feststellungen** zu einer unterlegenen Verhandlungsposition des benachteiligten Ehegatten getroffen worden sind,[200] liegt ein Schwerpunkt der Ehevertragsprüfung im Auffinden von Disparitätsgesichtspunkten (= **Imparitätsmerkmale**) außerhalb der notariellen Niederschrift. Im Einzelfall können

---

2001, 9 (15); s. auch die Hinweise in BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (933); zusf. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 52.

[194] So jedoch die Empfehlung A. III. 4. des 15. Deutschen Juristentages FuR 2004, 129 (20); mit Einschränkungen zust. Münch KritV 2005, 209 (226); anders jedoch BGH NJW 2018, 1015 = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider; OLG Brandenburg BeckRS 2021, 6918 Rn.33 mwN.

[195] BGHZ 178, 322 Rn. 31= FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842; BGH NJW 1985, 1833 = FamRZ 1985, 788 (789); DNotZ 1993, 524 = FamRZ 1992, 1403; OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220; MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 40.

[196] So aber Dauner-Lieb AcP 201 (2001), 295 (323); Goebel FamRZ 2003, 1513 (1518).

[197] So aber Dauner-Lieb FS Brudermüller, 2014, 99 (113); Coester-Waltjen FS 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, 985 (1001 ff.).

[198] Hierzu die Ausführungen von Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (10 f.).

[199] Zuletzt BGH NJW 2018, 1015 = FamRZ 2018, 577; BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; FamRZ 2014, 1978 = NJW 2015, 52 (53); FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101.

[200] So ausdr. im Ls.: BGH NJW 2013, 380 = FamRZ 2013, 195 mAnm Bergschneider = NJW 2013, 380; s. auch OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253.

allerdings umfassende Feststellungen zum objektiven Zusammenwirken aller Vertragsklauseln entbehrlich sein, wenn bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses offensichtlich keine Imparitätsmerkmale bei dem benachteiligten und belasteten Ehegatten vorliegen.[201]

Bei der **Imparitätsprüfung** wirkt der einseitig benachteiligende und belastende Vertragsinhalt lediglich als **Indiz,** das jedoch als solches keinesfalls ausreicht, disparitätische Verhältnisse bei Vertragsschluss und deren Ausnutzen anzunehmen.[202] Anhaltspunkte und Feststellungen zu zusätzlichen notwendigen Imparitätsmerkmalen ergeben sich dabei typischerweise aus Umständen, die außerhalb der notariellen Ehevertragsurkunde zu finden sind.[203] **Anhaltspunkte** außerhalb der Urkunde und ihres niedergeschriebenen Inhalts können fallgruppenartig wie folgt beschrieben werden:

- gravierende **wirtschaftliche** (sowie soziale) **Imparität,** wie sie sich typischerweise aus einem Einkommen- und Vermögensgefälle ergeben können;[204]
- signifikante **intellektuelle Unterlegenheit** („Bildungshintergrund");[205]
- erheblicher **Alters- und Erfahrungsunterschied** bzw. deutliche **Geschäftsunerfahrenheit**;[206]
- Alkoholabhängigkeit;[207]
- extreme psychische Abhängigkeit oder Krankheit;[208]
- **Beteiligung ausländischer Ehegatten,** ggf. auch in sog. **„Bleiberechtsehen"**[209] und

---

[201] In diese Richtung wohl auch BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 30 ff. und OLG Stuttgart BeckRS 2019, 45645 Rn. 40 ff. (= Vorinstanz).

[202] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 Rn. 39.

[203] S. etwa BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; zusf. auch BGH NJW 2013, 380 = FamRZ 2013, 195; OLG Celle NJW-RR 2009, 1302 (1304); Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 10; Rauscher FamR Rn. 366m; Münch DNotZ 2005, 819 (825 f.); Bergschneider FamRZ 2007, 1246.

[204] BGH NJW 2018, 1015 Rn. 19 = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider (Gesamtverzicht im „Bleiberechtsfall"); BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 (nahezu Gesamtverzicht bei wirtschaftlicher Abhängigkeit); BGH NJW 2013, 457 (460); 2008, 3426 (Versorgungsausgleich); OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls., hier: Versorgungsausgleich); NJW 2008, 3426 Rn. 22 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider (Jurist/Lehrerin mit signifikantem Altersunterschied); BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider (Gesamtverzicht bei gravierendem Alters-, Bildungs-, Einkommens- und Verständnisunterschied; zudem Bleiberechtsfall).

[205] S. etwa BGH NJW 2018, 1015 Rn. 19 = FamRZ 2018, 577; DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; NJW 2013, 457 (460).

[206] BGH NJW 2006, 2331 (2333) = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider; OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253; gegen die Verwendung der „Unerfahrenheit" wendet sich unter Hinweis auf § 123 zutr. Kanzleiter DNotZ 1983, 697.

[207] Vgl. AG Rheine FamRZ 2005, 451 (452) = BeckRS 2006, 00925; NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 17.

[208] Vgl. OLG Naumburg FamRZ 2002, 456 = DNotZ 2002, 791; NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 17.

[209] BGH NJW 2018, 1015 = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider; NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider; OLG München BeckRS 2007, 12639 = FamRZ 2007, 1244 mAnm Bergschneider; OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls., hier: Bildungsunterschied zwischen Hauptschul- und Hochschulabschluss); zusf. Kanzleiter notar 2008, 354; Wick Der Versorgungsausgleich Rn. 791 mwN.

- im Einzelfall die **Beteiligung von Schwangeren**.[210]

Das **Vorliegen von Disparitätsindizien** bzw. Imparitätsmerkmalen bedeutet indes nicht, dass im konkreten Einzelfall nicht weiter dargelegt und bewiesen werden müsste, dass die vertragliche Gestaltung **unter Ausnutzen der subjektiven Unterlegenheit** (vgl. § 138 Abs. 2 BGB)[211] zustande gekommen ist, also gerade das Ergebnis „vertraglicher Disparität" ist (= Kausalität). Unzutreffend ist daher die Aussage: „Aus dem objektiven Zusammenspiel der einseitig belastenden Regelungen kann auf die erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigen Ehegatten geschlossen werden."[212] Im Bereich **wirtschaftlicher Imparität** reichen daher gute Einkommens- und Vermögensverhältnisse des begünstigten Ehegatten für sich betrachtet gerade nicht aus, um tatsächlich eine wirksam gewordene, ungleiche Verhandlungsposition anzunehmen,[213] vielmehr müssen zumindest Gesichtspunkte des (ökonomischen) **Angewiesenseins auf die Eheschließung** hinzukommen.

Zudem kommt es für die Annahme einer relevanten Imparitätslage bei Vertragsschluss typischerweise nicht allein auf ein Merkmal an; die Imparität kann und wird vielfach aus einer **Kombination mehrerer Imparitätsmerkmale** herleitbar sein. Ist etwa in einer **Bleiberechtsehe** der belastete Ehegatte beim Vertragsschluss erst 23 Jahre alt, in Deutschland fremd, der deutschen Sprache nicht mächtig, und verfügt er zudem über keine Ausbildung, während zugleich der begünstigte Ehegatte elf Jahre älter ist, in Deutschland beheimatet und im öffentlichen Dienst wirtschaftlich abgesichert war, liegt geradezu eine allumfassende Kombination verschiedener Imparitätsmerkmale vor. Eine Kombination mehrerer Imparitätsgründe ist auch gegeben, wenn der Ehemann als Jurist zudem wirtschaftlich dominant ist und die Ehefrau zugleich keine ausreichende Zeit erhalten hat den für sie nachteiligen Ehevertrag zu prüfen oder prüfen zu lassen.[214]

Der BGH folgt auch für den **Fall einer objektiv erheblichen Unausgewogenheit** des Vertragsinhalts nicht der Rspr. für sog. „Knebelungsverträge", bei denen auf die Feststellung subjektiver Umstände der Schädigungsabsicht durch einen Rückgriff auf die Kenntnis von Umständen außerhalb des Vertrags verzichtet werden kann.[215] Die Anwendung dieser Grundsätze würde indes vom BVerfG sicherlich nicht beanstandet werden.[216]

Bei einem **gravierenden Einkommens- oder Vermögensgefälle** zwischen den Ehegatten ist der Rückschluss auf eine gestörte subjektive Vertragsparität nur zulässig, wenn zugleich auch eine ausgeprägte soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit besteht. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der mit dem Verlangen auf Abschluss eines Ehevertrags konfrontierte Ehegatte erkennbar in einem besonderen Maße auf die Eheschließung angewiesen ist, weil er ohne den ökonomischen Rückhalt der Ehe einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen würde.[217]

---

[210] Vgl. BGH NJW 2008, 3426 Rn. 23 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider; BGH FamRZ 2005, 1444 (1446) = NJW 2005, 2386; BGH NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 (1311); hierzu auch Münch FPR 2011, 504 (507).

[211] Allerdings ist § 138 Abs. 2 als solcher nicht auf Eheverträge anwendbar, vgl. OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220.

[212] So aber OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls.); insoweit ebenfalls abl. Hoppenz FamFR 2013, 191 (= Anm. zu OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310); s. auch OLG Hamm NJW-RR 2006, 941 = FamRZ 2006, 337; bewusst offen gelassen in BGH NJW 2008, 3426 Rn. 22 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 52.

[213] BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935).

[214] BGH NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011; hierzu auch Johannsen/Henrich/Holzwarth, 6. Aufl. 2015, VersAusglG § 8 Rn. 9 mit weiterem Beispiel.

[215] Vgl. etwa BGH NJW 1993, 1587 (1589).

[216] So eindeutig die Aussage in BVerfG NJW 2006, 596 – Künstlervertrag.

[217] So ausdr. BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (460); NJW 2009, 2124 = FamRZ 2009, 1041.

Die **Schwangerschaft der Frau** bei Abschluss eines Ehevertrags, der sie objektiv einseitige belastet, vermag, wie der BGH mehrfach dargelegt hat,[218] für sich allein noch nicht die Sittenwidrigkeit ehevertraglicher Vereinbarungen zu bewirken. Die Schwangerschaft -als ein Umstanden außerhalb des Vertrags- **indiziert** indes **eine ungleiche Verhandlungsposition** und damit eine beachtenswerte Situation der **Disparität bei Vertragsabschluss.** Die indizierte Disparität rechtfertigt es, den Vertrag einer verstärkten (vorsorgenden notariellen und vor allem tatrichterlichen) Inhaltskontrolle zu unterziehen, wobei abermals die **Gesamtbetrachtung** aller maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen ist.

Das OLG Hamm[219] stellt dem äußeren Umstand der Schwangerschaft bei Vertragsschluss und der damit verbundenen Indizwirkung den Fall gleich, dass die Frau bei Eheschließung bereits **Kinder mit dem künftigen Ehemann** hat und während der Zeit des nichtehelichen Zusammenlebens ihre Erwerbstätigkeit eingeschränkt oder aufgegeben hatte.

Benachteiligende Eheverträge unter **Beteiligung ausländischer Ehegatten („Bleiberechtsfälle"):** Disparität bei Vertragsschluss unter Beteiligung ausländischer Ehegatten (Verlobten) kann zudem gegeben sein,[220] wenn dem ausländischen Beteiligten ohne eine Eheschließung der **Ablauf der Aufenthaltsbewilligung** oder eine sonstige **ausländerrechtliche Maßnahme** droht (auch als **Bleiberechtsfälle** bezeichnet).[221] Derart zustande gekommene Eheverträge erwecken den Anschein des „Abkaufs von gesetzlichen Scheidungsfolgen" in einer konkreten Drucksituation **(Ausweisungsdruck)**[222] und der einseitigen Gestaltungshoheit durch den inländischen Ehegatten (= zumeist der deutsche Ehemann). Ähnliches gilt im Zusammenhang mit dem Verlust oder dem Erwerb sozialer Transferleistungen an den ausländischen Ehegatten. Gestaltungen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine objektiv (evident) einseitig Lastenverteilung bewirken und der ausländische Ehegatte sich in einer klar **wirtschaftlich schwächeren Position** befindet (= **ökonomische Abhängigkeit**) und dies nach einer Ehescheidung auch mutmaßlich bleiben wird, können Ausdruck von Imparität sein.[223]

Dem **Beurkundungsverfahren** als solchen kann durch frühzeitige Entwurfsübersendung, schriftliche Übersetzung des Ehevertragsentwurfs, Besprechung im Beisein eines qualifizierten Übersetzers etc erhebliche Bedeutung zur Beseitigung von Imparität zukommen.[224] Mehr als tunlich ist es beispielsweise, dem sprachunkundigen (durch den Vertrag belasteten) Ehegatten im Vorfeld einer Beurkundung einen eigenen Vertragsentwurf zu überlassen, damit ihm nicht von vornherein die Möglichkeit genommen wird, sich den Vertragstext – wenigstens in groben Zügen – vorab schriftlich in die Heimatsprache übersetzen zu lassen. Es ist nicht ausreichend, den belasteten Ehegatten auf „die unangenehme und voraussichtlich mit einer Verzögerung des Vertragsschlusses verbundene Möglichkeit [zu verweisen], sich im Notartermin einer Genehmigung der Niederschrift ohne vorherige Aushändigung einer schriftlichen Übersetzung zu widersetzen (vgl. § 16 Abs. 2 S. 2 BeurkG)"[225]. Ein Rückzug auf die Mindestvoraussetzungen des § 16 BeurkG kann aus dem Gesichtspunkt der Imparitätsvermeidung zu wenig sein; das Verfahren ist

---

[218] BGH FamRZ 2005, 1444 (1447) = NJW 2005, 2386; FamRZ 2006, 1359 (1361) = NJW 2006, 3142 mAnm Rakete-Dombek; FamRZ 2006, 1437 mAnm Bergschneider; nochmals zusf. NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310; FamRZ 2008, 386; BGH NJW 2008, 3426 Rn. 23 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider; s. auch OLG Celle FamRZ 2008, 1191; OLG Hamm NJW 2006, 3719 = FamRZ 2006, 1034 mAnm Bergschneider; Rauscher DNotZ 2004, 524 (539).

[219] OLG Hamm NotBZ 2012, 390 = BeckRS 2012, 01678.

[220] S. etwa BGH NJW 2007, 904 = FamRZ 2007, 197 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 128 mAnm Grziwotz; OLG Nürnberg BeckRS 2008, 26148 = FamRZ 2005, 454 (schwangere Philippina).

[221] Ausf. und zusf. Kanzleiter notar 2008, 354; Wick Der Versorgungsausgleich Rn. 791 mwN.; BGH NJW 2018, 1015 Rn. 20 ff. = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider (Gesamtverzicht); nicht überzeugend OLG Schleswig MittBayNot 2006, 54.

[222] Vgl. BGH NJW 2018, 1015 Rn. 21 = FamRZ 2018, 577; NJW 2007, 907 = FamRZ 2007, 450; OLG München BeckRS 2007, 12639 = FamRZ 2007, 1244 mAnm Bergschneider.

[223] BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider; OLG München BeckRS 2007, 12639 = FamRZ 2007, 1244 mAnm Bergschneider; OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls., hier: Bildungsunterschied zwischen Hauptschul- und Hochschulabschluss).

[224] Vgl. BGH NJW 2018, 1015 Rn. 22 = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider; OLG Koblenz NJW 2003, 2920 = FamRZ 2004, 200 mAnm Bergschneider; anders wiederum OLG Köln MittBayNot 2002, 293; s. auch Mayer/Reetz in LHFM Notar-HdB Teil 3 Rn. 49 f.; Bergschneider Eheverträge 84.

[225] BGH NJW 2018, 1015 Rn. 22 = FamRZ 2018, 577.

situationsbezogen anzupassen.[226] Der Notar sollte auf persönlicher Anwesenheit des ausländischen Ehegatten bestehen und Vertretungssituationen vermeiden.[227]

**„Sprachliche Unterlegenheit“** kann bedeuten, dass die nach § 16 BeurkG erforderliche mündliche oder schriftliche Übersetzung des Urkundstextes derart **sinnentstellend** ist, dass sie signifikant fehlerhafte Vorstellungen des nicht ausreichend sprachkundigen Ehegatten über den tatsächlichen Inhalt der in der maßgeblichen deutschen Sprache getroffenen Regelungen erzeugt. Die für die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 bedeutsame „sprachliche Unterlegenheit“ bleibt unabhängig von der **Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung** und vom Ablauf der Anfechtungsfristen (§ 121 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) relevant.[228]

In seiner äußerst kontrovers aufgenommenen Entscheidung zur „russische Pianistin“[229] hat der BGH die Anforderungen an vorsorgende Eheverträge mit ausländischen Ehegatten um das Kriterium einer **„nachwirkenden Verantwortung“** erweitert. Danach kann sich der inländische Ehegatte ehevertraglich nicht von jeder Verantwortung in Fällen freizeichnen, in denen der ausländische Ehegatte ehebedingt seine **Heimat endgültig verlässt** und schon bei Vertragsschluss die Möglichkeit nicht fernlag, dass er sich – etwa aufgrund **mangelnder Sprachkenntnisse,** aufgrund seiner **Ausbildung** oder auch infolge einer **Krankheit** – im Fall des Scheiterns der Ehe nicht selbst werde unterhalten können. Unklar ist, ob die voraufgeführten Merkmale kumulativ vorliegen müssen oder ob bereits einzelne von ihnen zur Annahme einer **nachwirkenden Verantwortung** ausreichen. Problematisch ist zudem das Abstellen auf einen absehbaren Krankheitsverlauf einer bei Eheschließung bereits vorhandenen Krankheit. Zur Beachtlichkeit vorhandener Krankheiten hatte der BGH in anderem Zusammenhang gegenteilig entschieden.[230] In Weiterenwicklung dieser Rspr. kann insbesondere eine Störung der subjektiven Vertragsparität vorliegen, wenn die nach Deutschland zugereiste Ausländerin (regelmäßig sind Frauen betroffen):[231]

- in ihrer Heimat eine lukrative Arbeitsstelle mit schon erreichter Zusage einer Altersversorgung erlangt hatte, und diese aufgegeben hat,
- vom inländischen Ehemann wirtschaftlich und in persönlicher Hinsicht (vollkommen) abhängig ist,
- einkommenslos und gegenüber ihrem aus einer Vorerehe stammenden, minderjährigen Kind unterhaltspflichtig ist,
- zunächst ohne Anerkennung ihrer erworbenen beruflichen Qualifikation bleibt,
- auf den guten Willen ihres Mannes wegen ihres nach Deutschland mitgebrachten Kindes angewiesen ist,
- möglicher gemeinsamer Nachwuchs geplant ist,
- sich in dem für sie fremden Land erst zurechtfinden muss.

**Unbeachtliches Argument** gegen die Annahme einer objektiv einseitigen Belastung eines ausländischen Ehegatten ist der Hinweis darauf, dass sich -unabhängig von einer Eheschließung- die erwerbsrechtliche Situation in Deutschland besser darstelle als im Heimatland des ausländischen Ehegatten und mangelnde Sprachkenntnisse relativ einfach und eigeninitiativ ausgeglichen werden könnten.[232] Unbeachtlich ist auch der Einwand, der geschiedene Ehegatte könne in sein Heimatland zurückkehren, wo ihn keine spezifischen Benachteiligungen treffen, die ehebedingt wären.

### (d) Äußere Umstände beim Zustandekommen des Ehevertrags

Auf der subjektiven Tatbestandsseite kommt – zudem – den **äußeren Umständen des Zustandekommens einer vertraglichen Vereinbarung** mit erheblicher Verzichts- und Ausschlusswirkung

---

[226] S. etwa die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens in OLG Koblenz NJW 2003, 2920 = FamRZ 2004, 200 mAnm Bergschneider.

[227] Zutr. Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 318 (allgemein zur persönlichen Anwesenheit).

[228] Vgl. insgesamt OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 53 = NJOZ 2020, 745.

[229] BGH NJW 2007, 907 = FamRZ 2007, 450 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 302 mAnm Grziwotz = MittBayNot 2007, 405 mAnm Brandt.

[230] Vgl. insbes. BGHZ 158, 81 (95) = DNotZ 2004, 550 = FamRZ 2004, 601; s. auch BGH NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 128 mAnm Grziwotz DNotZ 2007, 130 ff.

[231] Kriterien nach OLG Karlsruhe NZFam 2021, 461 mAnm Bergschneider = RNotZ 2021, 366 = BeckRS 2021, 6702.

[232] BGH NJW 2007, 907 = FamRZ 2007, 450 mAnm Bergschneider; Kanzleiter notar 2008, 354 (357).

**Indizienwirkung** für oder gegen das Vorliegen „vertraglicher Disparität“ zu. Die ihm erkennbaren Umstände des Zustandekommens vertraglicher Vereinbarung sollte daher bereits der **beurkundende Notar** in seine „präventive Inhaltskontrolle“ einbeziehen.[233] Der Notar arbeitet mit den Mitteln des BeurkG und durch die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens gegen die Imparität. Kein geeignetes Kriterium für das Vorliegen von Imparität ist es allerdings, dass der begünstigte Ehegatte den Notar „ausgesucht“ hat;[234] implizit unterstellt dies dem Notar nämlich Parteilichkeit, die aber gerade dargelegt und bewiesen werden müsste.

Zu den **äußeren Umständen des Zustandekommens** eines Ehevertrags, die indiziell und im Einzelfall – vor allem auch, wenn mehrere der nachfolgenden Punkte zusammenkommen – Imparität begründen können (nicht müssen), gehören beispielsweise:[235]

- sog. **„last-minute-Eheverträge“** (Stichworte: **„Überrumpelung“; „zeitliche Drucksituation“**), es sei denn, über ihn wurde bereits vor Eheschließung und nach Entwurfsvorlage angemessen verhandelt;[236]
- Ehegatte nicht in die **Vertragsverhandlung und -gestaltung** eingebunden („Schwiegerelternvertrag“);[237]
- Ehegatte „wurde zum Notar geschleppt“;[238]
- Vertrag „nie in die Hand bekommen“, selbst bei der Beurkundung nicht;[239]
- **Ablenkung** durch das noch nicht einmal ein Monat alte, gemeinsame Kind in der Beurkundung;[240]
- Ehegatte hatte vor dem Notartermin **keine Kenntnis** von intendierten Verzichts- und Ausschlussgestaltungen (= **kein eigener Entwurf** vor Beurkundung).[241]

Der BGH[242] hat es dahinstehen lassen, ob ein Notar mit der Beurkundung eines die (künftige) Ehefrau einseitig belastenden Ehevertrags, der weder mit beiden künftigen Ehegatten vorbesprochen noch der rechtsunkundigen und im neunten Monat schwangeren Ehefrau rechtzeitig vor der notariellen Verhandlung zur Kenntnis gebracht worden ist, seinen Standespflichten genügt.

---

[233] Vgl. die Zusammenfassung bei Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890.

[234] So aber OLG Hamm BeckRS 2014, 22337.

[235] Zusammenstellung bei Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 52.

[236] BGH NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011; OLG Köln FamFR 2010, 23 (Trennungsvereinbarung); KG FamRZ 2011, 1587 mablAnm Reetz FamFR 2011, 339; OLG Oldenburg NJW-RR 2004, 650 = FamRZ 2004, 545 mAnm Bergschneider; Rauscher DNotZ 2004, 524 (541); Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890; den Begriff „Überrumpelung“ verwendet BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (460).

[237] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[238] BGH NJW 2005, 137 = FamRZ 2005, 26 (27); Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890.

[239] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[240] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 53 = NJOZ 2020, 745; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[241] BGH NJW 2008, 3426 Rn. 23 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider; s auch BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 53 = NJOZ 2020, 745; Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 938.

[242] BGH NJW 2008, 3426 Rn. 23 = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider.

Eine gesteigerte Aufmerksamkeit ist geboten, wenn folgende äußere Umstände des Zustandekommens eines Ehevertrags vorliegen:[243]

- Ehegatte ist bereits **bei Vertragsschluss erkrankt;**[244]
- **Ehegatte ohne Ausbildung** hat keine vernünftigen Berufschancen (und damit unter anderem auch keine Möglichkeit zum Aufbau einer Altersversorgung);[245]
- der eine Ehegatte verfügt über ein abgeschlossenes **Hochschulstudium,** der andere über einen **Hauptschulabschluss** (Gesichtspunkt der intellektuellen Unterlegenheit),[246]
- Ehegatte hat **keine** oder nur **mangelhafte deutsche Sprachkenntnisse**, die auch nicht durch einen fachkundigen Übersetzer in der Beurkundungsverhandlung beseitigt worden sind (Fallgruppe: „**sprachliche Unterlegenheit**“);[247]
- Ehefrau ist **schwanger** und die beabsichtigte (teilweise) Berufsaufgabe erfolgt kompensationslos[248] (klassische Konstellation: Ehefrau wird vor die Alternative gestellt, entweder Ehevertrag oder nichteheliches Kind und alleinerziehend);
- Ehegatte muss nach Scheidung und/oder im Alter oder bei Invalidität infolge vertraglicher Verzichts- und Ausschlussvereinbarungen **voraussichtlich oder zumindest vorhersehbar Sozialhilfe oder Grundsicherung nach Kap. IV SGB XII** in Anspruch nehmen;[249]
- bei Ausschlussvereinbarungen zum Versorgungsausgleich liegt ein vorhersehbarer Fall der **Frühpensionierung** vor;[250]
- Ehegatte ist bei Vertragsabschluss nicht persönlich anwesend und die Vertragsgestaltung benachteiligt ihn **(Vertretung/vollmachtlose Vertretung);**[251]
- Zustimmung zum Ausschluss nur erfolgt, um die eigentlich schon **gescheiterte Ehe** zu **retten;**[252]

---

[243] Zusammenstellung bei Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 52.

[244] OLG Koblenz FamRZ 2006, 428 (429) = BeckRS 2005, 14059; OLG Naumburg DNotZ 2002, 791 = FamRZ 2002, 456; Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890.

[245] BGH NJW 2007, 907.

[246] So jedenfalls OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls.); s. auch BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 31.

[247] Hierzu instruktiv OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 53 = NJOZ 2020, 745.

[248] OLG Dresden FamRZ 2006, 1546 = BeckRS 2008, 24689.

[249] OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1942 = BeckRS 2013, 00112; Wick FuR 2010, 301 (304); Wick Der Versorgungsausgleich Rn. 793; FachAnwK-FamR/Wick, 4. Aufl. 2011, VersAusglG § 8 Rn. 11; Hauß FamRB 2008, 282 (284); Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890; Eichenhofer in Schriften zum Notarrecht 13, 153 (156); s. auch BT-Drs. 16/10144, 53.

[250] OLG Schleswig FamRZ 2007, 1891 = NJW-RR 2007, 1012; Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 934.

[251] Ruland Versorgungsausgleich, 2. Aufl. 2009, Rn. 811.

[252] OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 869 = MittRhNotK 1996, 412.

- Verzicht erfolgt erkennbar – wenn auch nicht ausdrücklich – gegen verbessertes **Umgangsrecht** mit dem gemeinsamen Kind (= Kommerzialisierungsverbot);[253]
- Verzicht erfolgt erkennbar – wenn auch nicht ausdrücklich – gegen **Sorgerechtszugeständnisse** für das gemeinsame Kind (= Kommerzialisierungsverbot).[254]
- Verzichte haben im Ergebnis **Strafcharakter**.

Ein vertraglicher Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, der nur dann eintritt, wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte die sich bisher beim unterhaltsverpflichteten (Obhuts-)Elternteil befindlichen gemeinsamen minderjährigen Kinder zu sich nehmen würde, hat nicht nur **Strafcharakter,** er macht auch in sittenwidriger Weise (§ 138 Abs. 1 BGB) das **Wohl des Kindes**, und damit die Belange eines Dritten, zum Gegenstand einer Unterhaltsvereinbarung.[255] Unzulässigen Strafcharakter haben zudem vertragliche Klauseln, die Nachteile zulasten desjenigen Ehegatten begründen, der bei einer gescheiterten Ehe den **Scheidungsantrag** stellt.[256]

Das Verlangen eines Ehegatten, eine **Ehe nur unter der Bedingung eines Ehevertrags** eingehen oder in einer Krisensituation fortsetzen zu wollen, begründet für sich genommen für den anderen Ehegatten noch keine Lage, aus der ohne Weiteres auf dessen unterlegene Verhandlungsposition geschlossen werden kann.[257] Das Gleiche gilt, wenn die **Ehevertrags-Initiative** lediglich von einem Ehegatten ausgegangen ist.[258]

Etwas anderes kann wiederum bei einem **erheblichen Einkommens- oder Vermögensgefälle** zwischen den Ehegatten gelten (= wirtschaftliche Imparität), wenn der mit dem Verlangen auf Abschluss eines Ehevertrags konfrontierte Ehegatte erkennbar in einem besonderen Maße auf die Eingehung oder Fortführung der Ehe angewiesen ist, weil er ohne den ökonomischen Rückhalt der Ehe einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen würde.[259]

Der Umstand, dass **Hochzeitsvorbereitungen** vergeblich gewesen wären, kann keinen dermaßen subjektiv unlösbaren Konflikt begründen, der eine vertragliche Vereinbarung von vornherein zu einer evident einseitigen Übervorteilung machen würde.[260] Der Ehevertragsschluss **kurz vor der Hochzeit** indiziert für sich betrachtet ebenfalls keine Imparität,[261] rechtfertigt es also nicht, den Vertrag einer verstärkten tatrichterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen. So lässt allein der Umstand, dass der Ehevertrag – nach einer langen Phase des nichtehelichen Zusammenlebens – **ein Tag vor der Eheschließung** beurkundet worden ist, keinen Schluss auf eine besondere Zwangslage der benachteiligten Ehefrau

---

[253] Das hinter dem Umgangs- und Sorgerecht stehende Kindeswohl kann niemals „Austauschobjekt“ sein, vgl. OLG Karlsruhe FuR 2001, 72 und bereits zuvor BGH FamRZ 1986, 444 (445 f.) = NJW 1986, 1167; NJW 1984, 1951 (1952).

[254] Ebenso Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Ehescheidung Teil 3 Rn. 38.

[255] OLG Karlsruhe MDR 2000, 1016.

[256] BGH NJW 1990, 703 = FamRZ 1990, 372 (Vertragsstrafe bei Betreiben der Scheidung); OLG Oldenburg FamRZ 1994, 1454.

[257] BGH FamRZ 2018, 577 = NJW 2018, 1015 Rn. 21; FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 (1105); FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457; FamRZ 2009, 1041 = NJW 2009, 2124; ebenso OLG Brandenburg BeckRS 2018, 37636.

[258] Zur Ehevertrags-Initiative als Prüfungsgesichtspunkt BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 33.

[259] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 (1105).

[260] So KG BeckRS 2011, 16441; hierzu jedoch die Revisionsentscheidung BGH NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 52; s. auch Gageik FPR 2005, 122 (124).

[261] Vgl. BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (am Tag vor der Hochzeit); NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (zwei Tage vor Hochzeit); FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391 (am Tag der Hochzeit); s. auch NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011; KG BeckRS 2011, 16441 mablAnm Reetz FamFR 2011, 339.

oder eine dadurch herbeigeführte Unterlegenheit zu.[262] Das gilt erst recht, wenn den Ehegatten zur Vorbereitung der Beurkundung Entwürfe zugeleitet worden sind, wodurch wiederum die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens in den Vordergrund tritt. Imparität liegt zudem nicht bereits dann vor, wenn der benachteiligte Ehegatte die Bedeutung und Tragweite des Abschlusses eines Ehevertrags grundsätzlich erkennt, die konkreten Vertragsbestimmungen jedoch nicht versteht, und sodann weitere Beratung und Aufklärung vor Abschluss des Ehevertrags deshalb nicht einholt, weil er **seinem Ehegatten „blind" vertraut.** Der bewusste Verzicht darauf, im Rahmen der Vertragsverhandlungen selbst oder durch Berater die eigenen Interessen zu wahren, rechtfertigt für sich betrachtet nicht die Bejahung des subjektiven Sittenwidrigkeitselements.[263] Andererseits kann die **widerstandslose Hinnahme** eines objektiv benachteiligenden Ehevertrages nicht als Zustimmung gewertet werden; es ist nicht erforderlich, dass der benachteiligte Ehegatte den Ehevertrag nur mit Bedenken oder quasi widerwillig hinnimmt.[264]

Kein Unterlegenheitsindiz bewirkt die Behauptung, dass der durch eine Ehevertragsklausel belastete Ehegatte den **vorhandenen Vertragstext vor der Beurkundung nicht gelesen** und daher die ihn belastende Klausel (zB Ausschluss des Versorgungsausgleichs) übersehen haben will. Ein derartiges Verhalten kann bei rechtzeitigem Vorliegen von Vertragsentwürfen nicht zulasten des anderen Ehegatten gehen.[265]

Ergibt sich aus dem Wortlaut der Urkunde, dass der **Notar** die Beteiligten eingehend über die Folgen der Vereinbarung und einzelnen Klauseln belehrt hat und diese die Gestaltung angesichts ihrer beiderseitigen persönlichen Verhältnisse für sachgerecht, ausgewogen und angemessen hielten, kann dies die Behauptung widerlegen, den Vertragsinhalt nicht verstanden zu haben.[266]

### *(e) Darlegungs- und Beweislast*

Der sich auf die Sittenwidrigkeit des Ehevertrags berufende Ehegatte trägt nach den allgemeinen Grundsätzen für eine von ihm behauptete Imparität bei Vertragsschluss die **Darlegungs- und Beweislast.**[267]

### *f) Rechtsfolgenseite*

#### aa) Teil- und/oder Gesamtunwirksamkeit (Gesamtschau)

Betrachtet man die Wirksamkeitskontrolle von der **Rechtsfolgenseite** her, bedeutet nachgewiesene Unwirksamkeit zuallererst, dass anstelle einer oder einzelner nichtiger Klauseln die **gesetzlichen**

---

[262] BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (am Tag vor der Hochzeit); OLG Celle FPR 2009, 425 mAnm Born; von einer Beurkundung kurz vor Eheschließung oder Geburt eines Kindes abratend Mayer in LHFM Notar-HdB, 4. Aufl. 2015, Teil 3 Rn. 52 mwN.

[263] OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220.

[264] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[265] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 34.

[266] Hierzu BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 34.

[267] BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (460); BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386; OLG Hamm FamRZ 2012, 232 (234) = BeckRS 2011, 18368.

**Regelungen** des jeweils betroffenen Scheidungsfolgenrechts zur Anwendung gelangen.[268] Dies setzt allerdings nicht nur eine auf einer **Einzelprüfung**[269] basierende einzelne nichtige Klausel des Ehevertrags voraus (= „isolierte Betrachtung der Einzelregelungen")[270], sondern auch, dass nichtige Einzelklauseln isoliert betrachtet werden können. Die Beantwortung dieser Frage entscheidet sich nicht allein durch die Anwendung der **Vermutungswirkung des § 139 BGB,** sondern zunächst – und der Prüfung des § 139 BGB insoweit vorgelagert – aufgrund einer spezifischen **Gesamtschau** aller Elemente (= Klauseln) des Ehevertrags in ihrem spezifischen Zusammenwirken. Dabei ist die Gesamtschau der ehevertraglichen Einzelklauseln (= „das Zusammenspiel" oder „objektiver Gehalt der Gesamtregelung"[271]), die gelegentlich auch als **Gesamtbetrachtung** bezeichnet wird, ein **zwingend durchzuführender Prüfungsschritt der ehevertraglichen Wirksamkeitskontrolle.** Sie bewirkt bereits auf der Ebene der Feststellung der objektiv einseitigen und unangemessenen Benachteiligung eines Ehegatten, dass neben der Prüfung einzelner Klauseln immer auch die **Gesamtwirkung aller vertraglichen Regelungen** in ihrem spezifischen Zusammenwirken für die konkrete Ehe festzustellen und zu beachten ist.[272]

Verworfen hat der BGH eine Prüfung nichtiger Einzelklauseln nach dem Grundsatz einer **geltungserhaltenden Reduktion** mit dem Ziel, die gerade noch zulässige Restwirksamkeit einer beanstandeten Klausel zu retten (anderes gilt im Rahmen der Ausübungskontrolle).[273] Insoweit begreift der BGH – ansonsten sinnvolle – **salvatorische Klauseln** nicht als Erhaltungsklauseln zulasten desjenigen Ehegatten, der aufgrund einer ungleichen Verhandlungsposition benachteiligt ist.[274] Dabei ist die Frage der geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer Einzelklauseln von derjenigen der Teil- und Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags nach dem Maßstab des § 139 zu unterscheiden.

Der **Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit** eines Ehevertrags (oder einzelner Klauseln) kann nach überwiegender Auffassung erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens erhoben werden.[275]

Der zwingend durchzuführende Prüfungsschritt der **Gesamtschau** aller Elemente des Ehevertrages beinhaltet im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf der objektiven Seite die Beurteilung des Zusammenwirkens der Ehevertragsklauseln, und zwar unter Einbeziehung der tatsächlichen (wirtschaftlichen) Verhältnisse in dem von den Ehegatten realistisch geplanten oder bereits verwirklichten Ehetypus. Damit finden die äußeren wirtschaftlichen Umstände der (künftigen) Ehegatten Eingang in die Prüfung durch den Tatrichter. Auch die Gesamtschau ist dabei streng auf den **Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags** und die faktenbasierte **Absehbarkeit** des Zusammenwirkens der Ehevertragsklauseln für den Fall der Scheidung bezogen.

Ggf. ist sodann im Anschluss an den Prüfungsschritt der Gesamtschau – und wenn diese nicht bereits zur Gesamtnichtigkeit geführt hat – in einem weiteren Prüfungsschritt (auch) anhand der **Kriterien des § 139** die Frage einer Gesamtnichtigkeit des Ehevertrages als Folge der gesetzlichen **Vermutungswirkung** aus einer oder einzelnen nichtigen Klauseln zu prüfen. Hierbei können echte

---

[268] Vgl. etwa BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (387).

[269] Zum Erfordernis der Einzelklauselprüfung zuletzt BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809; Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 15.

[270] Vgl. BGH NJW 2008, 3426 Rn. 13 = FamRZ 2008, 2011.

[271] Vgl. BGH NJW 2008, 3426 Rn. 21 f. = FamRZ 2008, 2011.

[272] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886.

[273] Schwab FS Holzhauer, 2005, 410 (423); Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (6); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 62 unter Verweis auf Borth FamRB 2005, 177 (181); Rauscher DNotZ 2004, 543 f.; zusf. Grziwotz NZFam 2020, 650 mit alternativen Prüfungsansätzen nach dem realistisch vereinbarten Ehetypus.

[274] BGH NJW 2006, 2331 (2333) = FamRZ 2006, 1097; NJW 2008, 3426 (3429); NJW 2013, 380; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 62; Brambring FPR 2005, 130 (133); s. auch Grziwotz FF 2004, 275.

[275] S. etwa OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2005, 14296; Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 15.

Verknüpfungsabreden oder **salvatorische Klauseln** („Erhaltungsabreden“) von Bedeutung bzw. **richtungsweisend** sein. Vor die Prüfung, ob die Eheleute zwischen verschiedenen Regelungen ihres Vertrags eine Verknüpfung gewollt haben oder eine solche im Zweifel zu vermuten ist (vgl. § 139 BGB), muss demnach festgestellt werden, dass nicht bereits die Gesamtschau zu einer Gesamtnichtigkeit des Ehevertrages geführt hat.

### bb) Ausnahmslos nachteiliger Vertragsinhalt (Gesamtunwirksamkeit)

Die Sittenwidrigkeit eines **einseitig belastenden Ehevertrags in seiner Gesamtwirkung** (aufgrund Gesamtschau und -würdigung), der also für einen Ehegatten ausnahmslos nachteilig wirkt, erfasst nach der Auffassung des BGH „notwendig den gesamten Vertrag“;[276] **salvatorische Klauseln** werden in diesen Fallgestaltungen von der Gesamtunwirksamkeit erfasst und bleiben wirkungslos.

**Sittenwidrigkeit als Gesamtwirkung** ist typischerweise gegeben, wenn gerade die Summe einer Vielzahl unwirksamer Einzelregelungen die Sittenwidrigkeit auf der Ebene ihres Zusammenwirkens ergibt und der Vertrag dadurch **ausnahmslos nachteilige Folgen** hat (s. Fallvariante 5). Sittenwidrigkeit als Gesamtwirkung kann im Wege der Gesamtwürdigung indes auch dann das Rechtsfolgenergebnis sein, wenn nur eine Einzelklausel für sich betrachtet nichtig ist, diese aber die ausnahmslos nachteilige Wirkung erzeugt (s. ebenfalls Fallvariante 5).

**Sittenwidrigkeit als Gesamtwirkung** kann auch dann eintreten, wenn die Einzelprüfung von Vertragsklauseln zu den Scheidungsfolgen gerade keine Unwirksamkeit einer oder einzelner Klauseln als Ergebnis der isolierten Prüfung erbracht hat (s. Fallvariante 5).[277] Gesamtnichtigkeit ist nämlich nicht notwendig das Aufsummieren von Einzelnichtigkeiten, sondern dann anzunehmen, wenn gerade das **Zusammenwirken aller vertraglichen Einzelregelungen** (unter Einbeziehung der kernbereichsfernen Scheidungsfolgen, wie zB des Zugewinnausgleichs), die jeweils für sich betrachtet nicht unwirksam sein müssen, auf die ausnahmslos einseitige **Benachteiligung** eines Ehegatten **abzielt.**[278] Das gleiche gilt, wenn die Gesamtwürdigung eines Ehevertrags ergibt, dass dessen Inhalt für einen Ehegatten im Ergebnis **ausnahmslos nachteilig** ist und dessen Einzelregelungen wiederum durch keine berechtigten Belange der anderen Partei (s. ebenfalls Fallvariante 5) gerechtfertigt werden kann.

### cc) Gesamtunwirksamkeit und Salvatorische Klauseln

Führt die Untersuchung der Einzelklauseln und die notwendige **Würdigung ihres Zusammenwirkens** bereits auf der Prüfungsstufe des § 138 Abs. 1 BGB zur anfänglichen (Gesamt-)Nichtigkeit, erübrigt sich nicht nur die Frage nach § 139 BGB; auch ggf. vereinbarte **salvatorische Klauseln** sind in einem solchen Fall bedeutungslos und letztlich von der Gesamtnichtigkeit umfasst (s. Fallvarianten 4

---

[276] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 38; NJW 2018, 1015 Rn. 23 = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider; FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 Rn. 31; NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 (1098) mAnm Bergschneider; NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011 (2014) mAnm Bergschneider; zu Recht krit. Brambring NJW 2007, 865 (867).

[277] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[278] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 (1106); FamRZ 2013, 380 (381); NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011 (2014) mAnm Bergschneider; FamRZ 2005, 691 (693) = NJW 2005, 1370; OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 32 = NJOZ 2020, 745; OLG Hamm NotBZ 2015, 44 = BeckRS 2014, 08891; nicht überzeugend hingegen OLG Hamm BeckRS 2014, 22337; s. auch Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 15.

und 5).[279] Die salvatorische Klausel kann nicht im Interesse des begünstigten Ehegatten aufrechterhalten werden, um einen Restbestand des insgesamt schwer benachteiligenden Ehevertrags rechtlich abzusichern. In einem solchen Falle spiegelt sich vielmehr auch in einer salvatorischen Klausel selbst die auf ungleicher Verhandlungsposition beruhende Störung der Vertragsparität zwischen den Ehegatten wider.[280] Das Verdikt der **Gesamtnichtigkeit infolge einer Gesamtwürdigung** kann auch nicht dadurch verwässert werden, dass bereits die Anwendung einzelner gesetzlicher Scheidungsfolgen die Gesamtbelastung des benachteiligten Ehegatten entscheidend verbessern würde. Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob ein **gegenseitiger Global- oder Totalverzicht,** der einen Ehegatten bei Vertragsschluss einseitig und schwer belastet, im Rahmen der Gesamtschau immer zur Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags führen muss. Denn ein gegenseitiger Global- oder Totalverzicht muss für den bei Vertragsschluss subjektiv unterlegenen Ehegatten nicht zwingend und „ausnahmslos" benachteiligend wirken.[281]

Nach einer „Gesamtschau" (= Gesamtbetrachtung) lässt sich deshalb die Gesamtnichtigkeit mit Blick auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs deshalb nicht dadurch abwenden, dass infolge der Nichtigkeit des ebenfalls vereinbarten Unterhaltsverzichts ein Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt besteht, der es dem Ehegatten ermöglicht, seine eigene Altersvorsorge aufzubauen.[282]

**Beispiel:** Bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses benachteiligt der beurkundete „**gegenseitige Global- oder Totalverzicht**" die subjektiv unterlegene Ehefrau schwer; der Ehemann nutzt die Unterlegenheit der Frau für das Zustandekommen des Vertrags aus, berechtigte Belange verfolgt er nicht. Würde sich nunmehr die Nichtigkeitsfolge auf den gesamten Vertrag erstrecken und für eine Teilnichtigkeit kein Raum bleiben, könnte sich die ursprünglich benachteiligte Ehefrau nach einem unerwarteten Verlauf der Ehe (sie hat bei Scheidung höhere Einkünfte, nachhaltige Anrechte zur Altersvorsorge und erheblichen Zugewinn) nicht auf die sie begünstigende Ausschlusswirkung berufen. Im Gegenteil, der Ehemann könnte „unerwartet" und unter Berufung auf die subjektive Unterlegenheit seiner Ehefrau bei Vertragsschluss hoffen, infolge der Gesamtnichtigkeitsrechtsfolge nunmehr selbst Scheidungsfolgen in Anspruch nehmen zu können.

### dd) Kein ausnahmslos nachteiliger Vertragsinhalt (Teilunwirksamkeit)

Liegt **kein ausnahmslos nachteiliger Inhalt** eines Ehevertrags und liegt auch **keine gezielte Benachteiligung** vor, sondern enthält der Vertrag **auch vorteilhafte (Einzel-)Regelungen** zugunsten des grundsätzlich benachteiligten Ehegatten, kann er in Teilen wirksam bleiben (**Teilunwirksamkeit; s. auch Fallvariante 1**).[283] Ein solcher Fall liegt jedenfalls dann vor, wenn die Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags den schützenswerten Ehegatten insgesamt schlechter stellen würde. Ist demnach in einem Ehevertrag der Alleinverdienerehe mit Kindern unzweifelhaft der Unterhaltsverzicht unwirksam, können dennoch vorteilhafte Abreden zum Versorgungsausgleich oder zum Güterrecht Bestand haben.[284]

---

[279] So eindeutig BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 (1098 u. Ls.) mAnm Bergschneider; NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011 (2014) mAnm Bergschneider; NJW 2018, 1015 Rn. 23 = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider; Kanzleiter notar 2008, 354 (355); aA offenbar OLG Hamm NotBZ 2012, 390 = BeckRS 2012, 01678; OLG Zweibrücken FamRB 2005, 317.

[280] Zusf. BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 Rn. 31; bestätigt in BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 38; NJW 2018, 1015 Rn. 23 = FamRZ 2018, 577 mAnm Bergschneider.

[281] Hierzu bereits Brambring NJW 2007, 865 (867).

[282] BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 (1098) mAnm Bergschneider.

[283] Nach MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 32 mwN kann dies nur ausnahmsweise der Fall sein; anders hingegen Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (5).

[284] Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (5).

Als unzutreffend hat sich jedenfalls die Befürchtung herausgestellt, der Ansatz einer zwingend vorzunehmenden Gesamtbetrachtung oder -würdigung stehe der Möglichkeit einer Teilunwirksamkeit eines Ehevertrags bei Feststellung nichtiger Einzelklauseln entgegen.[285]

**Beispiel:** Bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses benachteiligt der beurkundete **Verzicht auf Unterhalt** die subjektiv unterlegene Ehefrau einseitig; der Ehemann nutzt die Unterlegenheit der Frau für das Zustandekommen des Vertrags aus, berechtigte Belange verfolgt er nicht. Die mitbeurkundete **Gütertrennung** wirkt – trotz des Abbedingens eines Teilhabeanspruchs – nicht ausnahmslos benachteiligend, weil der Ehemann zuvor eine ehebedingte Zuwendung an seine Ehefrau getätigt hatte, die ihr vertragsgemäß bei Scheidung der Ehe ohne güterrechtliche oder sonstige Ausgleichsansprüche verbleiben soll.

Der BGH[286] hat allerdings Gesamtnichtigkeit aufgrund Gesamtbetrachtung angenommen, obwohl sich in einer **Unternehmerehe** der **Ausschluss des Versorgungsausgleichs** aus dem Blickwinkel des Zeitpunkts des Vertragsschlusses für den ansonsten benachteiligten Ehegatten vorteilhaft auswirken würde. Der BGH begründet seinen Vorwurf der Gesamtnichtigkeit letztlich damit, dass insgesamt durch die Übernahme der Familienarbeit Versorgungsnachteile entstanden sind, die durch Kindererziehungszeiten nicht hinreichend kompensiert wurden.

### ee) Teilunwirksamkeit und Salvatorische Klauseln („Erhaltungsabrede“)

Liegt **keine Gesamtnichtigkeit** infolge einer Gesamtbetrachtung (und Gesamtbewertung) vor, ist allerdings – sofern einzelne Klauseln unwirksam sind – in einem weiteren Schritt § 139 zu beachten; er bewirkt eine Vermutung der Gesamtnichtigkeit. Im Anwendungsbereich des § 139 können wiederum **salvatorische Klauseln („Erhaltungsabrede“)**[287], andere vertraglich vereinbarte „Auffangklauseln“ oder „Verknüpfungsabreden“ richtungsweisend sein **(s. Fallvarianten 1, 2 und 3**).[288]

Sind salvatorische Klauseln oder vergleichbare Abreden vereinbart, bewirkt dies zunächst (nur) eine **Veränderung der Darlegungs- und Beweislast** gegen die Vermutungswirkung der Gesamtnichtigkeit aus § 139 BGB.[289] Die Annahme der Gesamtnichtigkeit trotz ausdrücklicher Abbedingung des § 139 in Kombination mit einer salvatorischen Klausel geht Gerichten allerdings gelegentlich „flott von der Hand“.[290]

### ff) Zusammenfassende Fallvarianten

Zusammenfassend lassen sich folgende Fallvarianten für die Prüfung der Rechtsfolgenseite einer Wirksamkeitskontrolle unterscheiden:[291]

---

[285] So Gageik FRP 2005, 122 (124); Gageik RNotZ 2004, 295 (309 f.); Rakete-Dombek NJW 2004, 1273 (1275); möglicherweise auch Münch ZNotP 2004, 122 (127); wiederum anders Dauner-Lieb FF 2004, 65 (68 f.); s. auch Brandt MittBayNot 2004, 221 (226).

[286] Vgl. BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886; Vorinstanz: OLG Bamberg BeckRS 2016, 118611; s. auch Reetz DNotZ 2017, 809.

[287] So die Bezeichnung in BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 37.

[288] BGH FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386; Wick Der Versorgungsausgleich Rn. 794 mwN; Langenfeld in Heiß/Born UnterhaltsR Kap. 15 Rn. 74.

[289] BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 (1098) mAnm Bergschneider; OLG Hamm FamRZ 2006, 1034 (1037) = NJW 2006, 3719; Münch DNotZ 2005, 819 (823); Brambring FPR 2005, 130; Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 15 mwN.

[290] Vgl. OLG Hamm NotBZ 2012, 390 = BeckRS 2012, 01678.

[291] S. auch Brambring FPR 2005, 130 (132).

**Fall 1:** Eine oder einzelne Vertragsklauseln ist/sind nichtig, gleichzeitig gewährt der Vertrag dem benachteiligten Ehegatten auch Vorteile (und die Vermutungswirkung des § 139 BGB greift nicht ein). Diese Konstellation führt zur Teilnichtigkeit, ansonsten hat der Vertrag Bestand (salvatorische Klauseln sind richtungsweisend).

**Fall 2:** Eine oder einzelne Vertragsklauseln ist/sind nichtig, gleichzeitig gewährt der Vertrag dem benachteiligten Ehegatten auch Vorteile (indes: die Vermutungswirkung des § 139 BGB greift ein). Diese Konstellation führt im Zweifel zur Gesamtnichtigkeit (Grund: verwertbare salvatorische Klauseln sind nicht vorhanden).

**Fall 3:** Eine oder einzelne Vertragsklauseln ist/sind nichtig, gleichzeitig gewährt der Vertrag dem benachteiligten Ehegatten auch Vorteile (und es bestehen ausdrücklich Verknüpfungsvereinbarungen mit der nichtigen Einzelklausel). Diese Konstellation führt wahrscheinlich zur Gesamtnichtigkeit (salvatorische Klauseln sind richtungsweisend).

**Fall 4:** Die einzelnen Vertragsklauseln sind für sich betrachtet wirksam (= Einzelbetrachtung), die Gesamtbetrachtung aller Klauseln ergibt dennoch eine (gezielte oder durch keine Belange gerechtfertigte) ausnahmslos erheblich belastende Gesamtwirkung. Diese Konstellation führt zur Gesamtnichtigkeit (sind salvatorische Klauseln vorhanden, sind sie bedeutungslos).

**Fall 5:** Lediglich eine oder einzelne Vertragsklauseln ist/sind nichtig (= Einzelbetrachtung), die Gesamtbetrachtung aller Klauseln ergibt jedoch in ihrem Zusammenwirken eine (gezielte oder durch keine Belange gerechtfertigte) ausnahmslos erheblich belastende Gesamtwirkung. Diese Konstellation führt zur Gesamtnichtigkeit (sind salvatorische Klauseln vorhanden, sind sie bedeutungslos).

### gg) Bestätigung unwirksamer Eheverträge

Die **Bestätigung** (§ 141 BGB) eines für den ersten Vornahmezeitpunkt nichtigen/unwirksamen Ehevertrags durch **spätere Wiedervornahme,** also mittels eines formwirksamen Ehevertrags, ist möglich und im Zweifel ratsam. Die bestätigende Wiedervornahme ist indes abermals unwirksam, wenn sich die maßgebenden Unwirksamkeitsumstände im späteren Bestätigungszeitpunkt nicht verändert haben.[292] Die Wirksamkeit der Ehegattenvereinbarung tritt vom Zeitpunkt der Bestätigung ab ein; sie kann in einer „Änderungsurkunde“ zum Ursprungsvertrag oder in einer „Scheidungfolgenvereinbarung“[293] enthalten sein. Die bloße Erklärung der Ehegatten in einer späteren (ergänzenden oder abändernden) Ehegattenvereinbarung, dass die in der (unwirksamen) Vorurkunde getroffenen Vereinbarungen aufrechterhalten bleiben sollen und auch gegenwärtig dem ausdrücklichen Willen beider Ehegatten entsprechen, stellt regelmäßig keine ausreichende Bestätigung nach § 141 BGB dar.[294] Zwar bedarf es für eine Bestätigung iSd § 141 BGB keiner völligen Neuvornahme des Rechtsgeschäfts, in dem Sinne, dass das unwirksame Geschäft überhaupt nicht beachtet werden darf. Grundsätzlich reicht es nämlich aus, dass die die Bestätigung enthaltende Urkunde auf die Urkunde Bezug nimmt (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeurkG, § 13a BeurkG), die das zu bestätigende Rechtsgeschäft enthält;[295] zudem muss die in Bezug genommene Urkunde nicht mit in die bestätigende Niederschrift einbezogen werden. Allerdings muss der **Bestätigungswille der Ehegatten** und damit das entsprechende Erklärungsbewusstsein vorhanden sein, denn die Bestätigung nach § 141 BGB erfordert eine neue Einigung der Ehegatten.[296] Das setzt wiederum voraus, dass die Ehegatten die mögliche Unwirksamkeit der Ausgangsvereinbarung kennen oder zumindest Zweifel an deren Rechtswirksamkeit haben.[297] Das ist jedenfalls

---

[292] KG NJW-RR 2010, 730; AG Lemgo FamRZ 2021, 748 mAnm Borth.

[293] AG Lemgo FamRZ 2021, 748 mAnm Borth.

[294] OLG Brandenburg BeckRS 2016, 12669.

[295] BGH NJW 1999, 3704 = DNotZ 2000, 288; NJW 2012, 1570 = DNotZ 2012, 755; OLG Brandenburg BeckRS 2016, 12669.

[296] AG Lemgo FamRZ 2021, 748 mAnm Borth; grds. zur Bestätigung BGH NJW 2012, 1570 = DNotZ 2012, 755 Rn. 17 mwN.

[297] BGHZ 129, 371 = NJW 1995, 2290; BGH NJW 2012, 1570 = DNotZ 2012, 755; OLG Brandenburg BeckRS 2016, 12669

nicht anzunehmen, wenn zumindest einer der Ehegatten die Ausgangsvereinbarung stets für rechtswirksam gehalten hat.[298]

Das OLG Hamm[299] nimmt an, dass allein die nachträgliche und ergänzende Vereinbarung von Kompensationsleitungen eine anfängliche Sittenwidrigkeit der kompensationslosen Vereinbarung nicht mehr beseitigen kann.

Ein bei seiner Beurkundung sittenwidriger Ehevertrag wird durch einen Wertungswandel oder eine Gesetzesänderung auch nicht ipso iure gültig. Auch in diesen Fällen bedarf es einer bestätigenden Wiedervornahme nach § 141 BGB.[300]

Das AG Freiburg[301] hält es indes für möglich, dass die Wirksamkeit eines Ehevertrages (Gütertrennung) durch die Einbeziehung des ersten Vertrags in den zweiten notariellen Vertrag wiederhergestellt wird (das AG spricht von „Heilung"), obwohl einer der Ehegatten immer von der Wirksamkeit des ersten Ehevertrages ausgegangen und ein gemeinsamer Bestätigungswille nicht ansatzweise erkennbar ist. Im Übrigen beruht die Entscheidung wohl auch auf einem Missverständnis des § 16 BeurkG.

## 2. Zweite Prüfungsstufe: Ausübungskontrolle

### *a) Anpassung nach den Maßstäben des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB)*

#### aa) Anwendungsbereich

Sind die ehevertraglichen Regelungen wirksam zustande gekommen und haben die Kontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB „überstanden", hat der Richter auf der **zweiten Stufe der Inhaltskontrolle** mit den Instrumenten der **Ausübungskontrolle**[302] zu prüfen, ob und ggf. inwieweit der durch die Vereinbarung begünstigte Ehegatte die ihm vertraglich eingeräumte **Rechtsmacht entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben missbraucht,** wenn er **im Scheidungsfall** die vertraglich vereinbarte, vom Gesetz abweichende Regelung tatsächlich durchsetzt und sich auf sie beruft (§ 242 BGB **Rechtsmissbrauchskontrolle**).[303]

Der **Anwendungsbereich der Ausübungskontrolle,** die sich ebenfalls als eine „eigene familienrechtliche Rechtsfigur"[304] etabliert hat, ist somit nur und erst dann eröffnet, wenn die umstrittene vertragliche Regelung als solche wirksam (= nicht sittenwidrig) im Zeitpunkt des Ehevertragsschlusses zustande gekommen, aber dennoch für einen der Ehegatten aus normativen Gesichtspunkten ganz oder teilweise nicht hinnehmbar (geworden) ist. Im Ergebnis kommen damit auch solche ehevertraglichen

---

[298] BGHZ 129, 371 (377) = NJW 1995, 2290; BGH NJW 2012, 1570 = DNotZ 2012, 755; OLG Brandenburg BeckRS 2016, 12669.

[299] Vgl. OLG Hamm BeckRS 2014, 22337 = FamRZ 2014, 1926 (Ls.).

[300] OLG Hamm FamRZ 2009, 2093 = NJW 2010, 947 (948); Grüneberg/Ellenberger, BGB § 1408 § 138 Rn. 10.

[301] AG Freiburg BeckRS 2020, 49691.

[302] S. bspw. BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 55; SWK-FamR/Reetz Inhalts- und Ausübungskontrolle Rn. 10; zu den dogmatischen Grundlagen insbes. Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (13 ff.).

[303] BGHZ 158, 81 (100 f.) = NJW 2004, 930; BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 40; BeckRS 2018, 16247 Rn. 31 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 55; Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 16.

[304] Zutr. Bergschneider Eheverträge 98.

Regelungen im Wege der Inhaltskontrolle zur Korrektur, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Ergebnis paritätischer Vertragsverhandlungen waren.[305]

Während § 138 Abs. 1 BGB (= Wirksamkeitskontrolle) vermehrt auf das Zustandekommen des einseitig belastenden Ehevertrags als Folge von Imparität abstellt,[306] ist die Anwendung des § 242 BGB (= Ausübungskontrolle) eine Fortentwicklung der Praxis zur Korrektur von Unterhaltsverzichten, wie sie bereits vor der Rspr. des BVerfG durch die Familiengereichte geübt wurde.[307]

Die Ausübungskontrolle ist durch die Rspr. des BVerfG zur „Inhaltskontrolle von Eheverträgen" insoweit indiziert, als im Rahmen der Inhaltskontrolle die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Anwendung kommen und der Tatrichter über diese immer auch die grundrechtlichen Wertungen zu berücksichtigen sind. Hiervon ist § 242 BGB in vergleichbarem Umfang betroffen wie § 138 BGB.[308]

Insgesamt kommt der ehevertragsspezifischen Ausübungskontrolle in der Praxis eine höhere Bedeutung zu, als der zur Nichtigkeit führenden Wirksamkeitskontrolle; letztere scheint beschränkt auf Fälle anfänglicher Entsolidarisierung trotz Übernahme der Familienarbeit.[309] Im Übrigen gehen die Instrumente der **Vertragsauslegung** und der **ergänzenden Vertragsauslegung** in der Prüfungsreihenfolge vor.[310]

### bb) Maßgebliche Prüfungszeitpunkte

#### *(1) Scheitern der Ehe*

**Maßgeblicher Zeitpunkt** für die richterliche Prüfung ist zunächst und in erster Linie, unbeschadet der Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der **Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe**. Zu diesem Zeitpunkt muss sich die ehedem vereinbarte Modifikation oder der Ausschluss der streitbefangenen Scheidungsfolgen als eine **evident einseitige Lastenverteilung erweisen,** die hinzunehmen dem belasteten Ehegatten auch unter **angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten** und unter Beachtung des **Vertrauens in die Geltung der** (im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirksam) **getroffenen Abrede** nach den Maßstäben nachehelicher Solidarität unzumutbar (= Wirkung der Lastenverteilung) ist.[311] Die tatsächlich bereits verwirklichten oder (realistisch) geplanten Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sind insoweit von Bedeutung, als sie die Vergleichsgrundlage zu den Umständen im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe darstellen.[312] Damit hat die Ausübungskontrolle in erster Linie **nachträglich** (= nach Ehevertragsschluss) **eintretende Umstände** in der gelebten Ehe im Blick.[313]

---

[305] Vgl. Sethe in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 23 (32 f.).

[306] Vgl. hierzu Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen 2007, 1 (3).

[307] Vgl. bspw. BGH NJW 1985, 1835; 1997, 192.

[308] AA wohl Sethe in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 23 (32 f.).

[309] Bergschneider FamRZ 2013, 201; s. auch Sanders FF 2013, 239.

[310] Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 16; MüKoBGB/Kanzleiter, 7. Aufl. 2017, Rn. 32 unter Verweis auf OLG Zweibrücken FamRZ 2010, 1008 = BeckRS 2010, 03813; s. auch BGH NJW 2013, 2753 = MittBayNot 2013, 485 = FamRZ 2013, 1543 mAnm Bergschneider = DNotZ 2014, 128 mAnm Reetz; zu dieser Entscheidung auch Böhne FamFR 2013, 84; OLG Nürnberg MittBayNot 2012, 390 mAnm Bergschneider sowie Obermann FamFR 2012, 227.

[311] Vgl. BGH NJW 2015, 52 (53) = FamRZ 2014, 1978; NJW 2008, 3426; grdl. BGHZ 158, 81 (101) = NJW 2004, 930; Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 16.

[312] Vgl. BGH NJW 2008, 3426; 2006, 2331 (2332); grdl. BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935).

[313] Ebenso Borth UnterhaltsR Rn. 828.

Es ist nicht geklärt, was **„Scheitern der Ehe“** als maßgeblicher Prüfungszeitpunkt tatsächlich bedeutet. Denkbar ist ein Abstellen auf das Scheitern der ehelichen Lebensgemeinschaft, den Eintritt des Getrenntlebens nach § 1567 BGB, die Zustellung des Scheidungsantrags (vgl. § 1384 BGB und § 3 Abs. 1 VersAusglG) oder – wie zur Feststellung des „Maßes der ehelichen Lebensverhältnisse“ nach § 1578 Abs. 1 BGB – der letzte Tag der mündlichen Verhandlung vor Rechtskraft der Scheidung.

**Zeitlich vor dem Stichtag der Eheschließung,** aber gerade im Hinblick auf die Eingehung der Ehe, **bereits vorgenommene Veränderungen der Erwerbs- und/oder Versorgungsbiografie** (einschließlich der Berufsaufgabe infolge der Geburt gemeinsamer Kinder), die nach der Scheidung letztlich als Nachteil (aber eben nicht ehebedingter Nachteil im engeren Sinne) verbleiben, sind mit dem vorehelichen Anteil des erlittenen Nachteils nicht zu berücksichtigen.[314] Dies entspricht dem Grundsatz, dass allein das **Zusammenleben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft** keine rechtlich gesicherte Position für die nachfolgende Ehe begründet.[315]

### *(2) Nacheheliche Entwicklung (Abänderungsverfahren nach § 238 FamFG)*

Auch wenn für die erstmalige Bewertung eines möglichen Rechtsmissbrauchs im Rahmen der Ausübungskontrolle eines funktional erweiterten Ehevertrags nach § 242 BGB der **Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe** maßgeblich ist, kann sich durch die weitere – nacheheliche – Entwicklung ergeben, dass ein späteres Berufen seitens des von dem Ehevertrag begünstigten Ehegatten auf eine entsprechende ehevertragliche Regelung iSd § 242 BGB nicht mehr rechtsmissbräuchlich ist. Dies kann sodann grundsätzlich **im Rahmen eines Verfahrens zur Unterhaltsabänderung nach § 238 FamFG** berücksichtigt werden.[316] Dem steht die Bindungswirkung des Ausübungskontrollergebnisses der rechtskräftigen Ausgangsentscheidung nicht grundsätzlich entgegen. Die in der Ausübungskontrolle auf den Zeitpunkt des Scheiterns bezogene **Missbrauchskontrolle** (§ 242 BGB) soll „ehebedingte Nachteile“ unter Fortbestand der vertraglichen Regelung im Übrigen ausgleichen. Soweit im Abänderungsverfahren die weitere tatsächliche Entwicklung der Verhältnisse, also des Unterhaltsrechtsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis maßgebend ist, kann auch das Berufen auf Regelungen aus den bereits geprüften Regelungen zum Nachscheidungsunterhalt wieder Bedeutung erlangen. Die **im Zeitpunkt der Abänderung maßgebenden Verhältnisse** können bewirken, dass der ursprüngliche Verzicht oder Teilverzicht zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr rechtsmissbräuchlich ist. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der **Unterhaltsberechtigte in einer neuen Partnerschaft** lebt oder den **Altersvorsorgeunterhalt nicht zweckentsprechend verwendet.** Ebenso kann Anlass für eine Neubewertung im Rahmen der Ausübungskontrolle sein, dass sich der **Unterhaltsberechtigte auf einen anderen Unterhaltstatbestand beruft.** In derartigen, zur Abänderung nach § 238 FamFG geeigneten Kostellationen, wirkt die ehevertragliche Verzichtsvereinbarung mit ihrer nicht etwa unwirksamen, sondern lediglich zunächst nicht durchsetzbaren Verzichtswirkung fort.

Werden **nacheheliche Entwicklungen von Relevanz** in der Unterhaltsabänderung nach § 238 FamFG geltend gemacht, müssen deren Anwendungsvoraussetzungen als solche erfüllt sein, um eine abweichende Bewertung der Ausübungskontrolle aus der abzuändernden – rechtskräftigen – Ausgangsentscheidung erreichen zu können. Es müssen mithin Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich eine wesentliche Veränderung der der Entscheidung zugrunde liegenden **tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse** ergibt. Nicht ausreichend ist es, lediglich eine „neue Bewertung“ des unliebsamen Ausübungskontollergebnisses erreichen zu wollen.

Sind „ehebedingte Nachteile“ bei der Prüfung im Verfahren nach § 238 FamFG nicht vorhanden oder bereits vollständig kompensiert, dient die richterliche Ausübungskontrolle nicht dazu, dem durch den Ehevertrag belasteten Ehegatten zusätzlich

---

[314] BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359 (zum Versorgungsausgleich); NJW 2012, 1506 = FamRZ 2012, 776; FamRZ 2013, 860 = NJW 2013, 1444 mAnm Born (zum Nachscheidungsunterhalt); die zeitliche Grenze der Eheschließung verwischt hingegen OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1893 (Ls.).

[315] BGH FamRZ 2013, 860 = NJW 2013, 1444 (1445) für den nachehelichen Unterhalt.

[316] BGHZ 229, 128 = FamRZ 2021, 1114 mAnm Bergschneider = NJW 2021, 1752 mAnm Born NJW 2021, 1755 = BeckRS 2021, 11354.

entgangene ehebedingte Vorteile zu gewähren und ihn dadurch besserzustellen, als hätte es die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit nicht gegeben. Maßgeblich ist insoweit, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die beiden Eheleute von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht und dadurch bei dem belasteten Ehegatten ehebedingte Nachteile entstanden sind, die durch den Ehevertrag nicht angemessen kompensiert werden.[317]

Nach zutreffender Auffassung des BGH[318] bleibt hingegen die absolute Bindungswirkung der in der – rechtkräftigen – Ausgangsentscheidung durchgeführten **Wirksamkeitskontrolle** (= § 138 Abs. 1 BGB) auch in einem Abänderungsverfahren unangetastet. Für die Frage der Sittenwidrigkeit ist allein und abschließend auf die im **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** objektiven und subjektiven Umstände abzustellen. Diese können sich im Zeitpunkt der nachgelagerten Abänderung nicht verändert haben und stehen somit (rechtskräftig) fest.

### cc) Nachvertragliche und einvernehmliche Abweichung des gelebten vom geplanten Ehetypus

Eine **unzumutbare Lastenverteilung** ergibt sich aus dem Blickwinkel des Scheiterns der Ehe insbesondere, wenn die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse (= **„gelebter Ehetypus“**) von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde gelegten Lebensplanung (= **„geplanter Ehetypus“** oder **„bereits verwirklichter Ehetypus“**)[319] erheblich abweicht und genau dadurch – und bezogen auf den Zeitpunkt ab Abweichung – ein **nicht mehr aufholbarer, ehebedingter Nachteil entstanden ist**.[320] Maßgeblich sind daher die nachvertraglichen Verhältnisse der Eheleute in der gelebten Ehe und damit das Ergebnis der tatsächlichen Gestaltung des ehelichen Zusammenlebens (s. auch „Prüfungszeitpunkt“).[321] Die gelebten Abweichungen vom „geplanten Ehetypus“ realisieren ein typisches **Abweichungsrisiko** eines vorsorgenden Ehevertrags.

Aus unterhaltsrechtlicher Sicht liegt ein **ehebedingter Nachteil** regelmäßig dann vor, wenn der berechtigte Ehegatte nachehelich nicht die Einkünfte erzielt, die er ohne Ehe und Kinderbetreuung erzielen würde.[322] Ein **nicht mehr aufholbarer – perpetuierter – ehebedingter Nachteil** kann sich beispielsweise ergeben, wenn die Ehefrau in einer **partnerschaftlichen Doppelverdienerehe**[323] **zweier Freiberufler** vermehrt Betreuungsaufgaben für Kinder übernimmt, ihre Praxis veräußert und damit den wesentlichen Teil ihrer, auf Vermögensaufbau beruhenden Altersvorsorge aufgibt, den Veräußerungserlös teilweise in die Anschaffung einer ehegemeinsamen Wohnimmobilie investiert und schließlich in dieser Immobilie lediglich eine deutlich verkleinerte Berufstätigkeit ausüben kann.[324]

---

[317] BGHZ 229, 128 = FamRZ 2021, 1114 mAnm Bergschneider = NJW 2021, 1752 mAnm Born NJW 2021, 1755 = BeckRS 2021, 11354 Rn. 28 unter Verweis auf BGH FamRZ 2018, 1415 Rn. 20 und 31.

[318] BGHZ 229, 128 = FamRZ 2021, 1114 mAnm Bergschneider = NJW 2021, 1752 mAnm Born NJW 2021, 1755 = BeckRS 2021, 11354 Rn. 24 f.

[319] Vgl. zur Ehetypenlehre Gernhuber, Eherecht und Ehetypen, 1981; Langenfeld DNotZ-Sonderheft 1985, 167; Langenfeld FamRZ 1987, 9; Kornexl FamRZ 2011, 692.

[320] Vgl. BGH NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185; NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1448; krit. Dauner-Lieb JZ 2004, 1027; s. auch Koch NotBZ 2004, 147; Münch DNotZ 2005, 821 (823).

[321] Vgl. BGH NJW 2011, 1066 (zum Unterhalt); NJW 2010, 3653 = FamRZ 2010, 2059.

[322] BGH NJW 2018, 2638 Rn. 23 = FamRZ 2018, 1506 mAnm Maurer; BGH NJW 2016, 2016, 2256 = FamRZ 2016, 1345 Rn. 14 mwN.

[323] Den in der Kautelarpraxis entwickelten Begriff verwendet BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 18 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider.

[324] So bspw. KG FamRZ 2011, 1587 als Vorinstanz zu BGH NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 56.

Die feststellbaren **Abweichungen der tatsächlichen Lebensverhältnisse** (= gelebter Ehetypus) von der ursprünglichen, dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung (= geplanter oder bereits verwirklichter Ehetypus) müssen, um einen richterlichen Eingriff in den Ehevertrag zu rechtfertigen, Ausdruck einer **einvernehmlichen Veränderung der Lebensführung** bzw. der **Rollenverteilung in der gelebten Ehe** sein (zu **unbeeinflussten Veränderungen**).[325] Ein „einseitiges Ausbrechen" aus der konsentierten Lebensführung bzw. Rollenverteilung in der Ehe reicht demgegenüber nicht. Der faktisch als Korrektur wirkende, richterliche Eingriff in das wirksam zustande gekommene Ehevertragsgefüge durch die Mittel der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) wird erst durch die – zumindest konkludente – **Willensübereinstimmung der Ehegatten** über eine abweichende Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse legitimiert. Erst durch eine **gemeinsame Willensbetätigung** der Ehegatten distanziert sich auch der durch den Ehevertrag ehedem begünstigte Ehegatte vom ursprünglich geschlossenen Vertrag und seinen Grundlagen, was insbesondere dessen **Vertrauen in den Bestand des Ehevertrags** als weniger schutzwürdig erscheinen lässt.[326] Allerdings dürften an eine konkludente Willensübereinstimmung bei der einvernehmlichen Veränderung der Lebensumstände keine überzogenen Anforderungen zu stellen sein. Umfasst ist auch die nicht als solche thematisierte und schlicht herbeigeführte und widerspruchslos gelebte Abweichung vom geplanten Ehetypus, die letztlich den gemeinsamen Veränderungsentschluss der Ehegatten dokumentiert. Das gilt insbesondere dann, wenn der nunmehr gegen das Bestehen von Einvernehmen intervenierende Ehegatte die Vorteile der veränderten Lebensführung in Anspruch genommen hat. Klauseln in einem Ehevertrag, die für „Vertragsänderungen" eine gewillkürte Form vorschreiben, stehen der Berücksichtigung von tatsächlich feststellbaren Veränderungen durch den „gelebten Ehetypus" nicht entgegen.

**Abgrenzung:** Beruht eine abweichende Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse auf einer (nachträglichen) von den Ehegatten **unbeeinflussten Veränderung von Umständen außerhalb von Ehe und Familie** , sieht der BGH den Anwendungsbereich des § 313 BGB in Abgrenzung zur faktischen Anpassung nach § 242 BGB eröffnet.[327]

Der BGH folgt damit im Rahmen der Ausübungskontrolle von Eheverträgen (nicht Scheidungsvereinbarungen)[328] unter Berücksichtigung der Unzumutbarkeit und des Bestandsschutzes der Ausgangsvereinbarung dem in der Lehre geforderten Ansatz einer **entwicklungsorientierten Vertragsanpassung** infolge der dynamischen und entwicklungsoffenen Struktur einer gelebten Ehe; allerdings auf der Basis **einvernehmlich** herbeigeführter Veränderungen in der ehelichen Lebensführung.[329] Die entwicklungsorientierte Vertragsanpassung ist unter Berücksichtigung der *besonderen Gefährdung* der Eigeninteressen der Ehegatten bei Eingehen einer *langfristigen Rechtsbeziehung mit extremem* ***Prognoserisiko,*** *die zudem* aufgrund persönlichen Vertrauens zustande kommt, geboten.[330] Einen typisierten Fall „struktureller Unterlegenheit" wegen eines aus dem persönlichen Näheverhältnis resultierenden „Überoptimismus" im Zeitpunkt der Eheschließung, schließt der BGH hingegen zutreffend aus.

Für den Anwendungsbereich der Ausübungskontrolle betont der BGH ausdrücklich die **Notwendigkeit eines auf Einvernehmen beruhenden Abweichens** von der ursprünglichen, dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung.[331] Damit kann für

---

[325] So eindeutig BGH NJW 2015, 52 (53) = FamRZ 2014, 1978 unter Verweis auf BGHZ 158, 81 (101) = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601; aA KG FamRZ 2011, 1587 mablAnm Reetz FamFR 2011, 339.

[326] BGH NJW 2015, 52 (53) = FamRZ 2014, 1978 mwN.

[327] BGH DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 = BeckRS 2018, 16247 Rn. 20 unter Verweis auf BGH FPR 2013, 340 = FamRZ 2012, 525 Rn. 39 (Unterhaltsvereinbarung); Volker in Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB § 15 Rn. 384; Sanders, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung – Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, 2008, 287 ff.; Sanders FF 2013, 239 (242); Münch NJW 2015, 288 (289).

[328] Zutr. MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 44 mwN.

[329] Vgl. BGH NJW 2015, 52 (53) = FamRZ 2014, 1978 unter Verweis auf Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, 507.

[330] Hierzu nachdrücklich Sanders, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung – Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, 2008, 343 (376); Wiemer, Inhaltskontrolle von Eheverträgen, 2007, 196 ff.; Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 580 (596 ff.); MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 44 mwN; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 16 f.

[331] BGH NJW 2015, 52 (53) = FamRZ 2014, 1978 mwN.

die Ausübungskontrolle von Eheverträgen nicht schematisch auf die **Rspr. des BGH zu § 1578b BGB** zurückgegriffen werden, nach der bereits ein **rein tatsächliches Abweichen,** das nicht notwendig einvernehmlich zustande gekommen sein muss, – berücksichtigungsfähige – ehebedingte Nachteile entstehen lässt.[332]

Ist die objektiv feststellbare Änderung in der gelebten Eheführung nicht einvernehmlich herbeigeführt und auch nicht als ein „einseitiges Ausbrechen" zu begreifen, kann ein Fall des **Wegfalls** oder der **Störung der Geschäftsgrundlage** nach § 313 BGB vorliegen; sofern die Änderung in der gelebten Eheführung keinen Fall der bewussten Risikoübernahme darstellt.

Auch bei Rechtsfiguren wie der Ehegatten-Innengesellschaft oder anderen innerehelichen Vertragsverhältnissen, die vornehmlich konkludent zustande kommen, stellt die Rspr. gewöhnlicherweise keine allzu hohen Anforderungen.

Allerdings führt **nicht jede Abweichung** der nachvertraglichen Lebensverhältnisse von der ursprünglich zugrunde gelegten Lebensplanung zu einer **unzumutbaren Lastenverteilung,** die ein Abrücken von einem ehevertraglichen Ausschluss von Scheidungsfolgen rechtfertigen würde. Ein Berufen auf Treu und Glauben kommt vielmehr nur unter abermaliger Berücksichtigung der Rangordnung der Scheidungsfolgen (= **Kernbereichsabstufung**) in Betracht.[333]

### dd) Rechtsfolge: Nachteilsausgleich durch faktische Vertragsanpassung

#### *(1) Richterliche Abwägung*

Hält die ehevertragliche Regelung der Ausübungskontrolle nicht stand (§ 242 BGB), führt dies auf der **Rechtsfolgenseite** weder zur gänzlichen Unwirksamkeit der streitbefangenen Vertragsklausel noch dazu, dass die gesetzliche Teilhaberegelung in Vollzug gesetzt wird.[334] Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die die **berechtigten Belange beider Ehegatten** in der Situation der gelebten Ehe zum Zeitpunkt ihres Scheiterns **in ausgewogener Weise** berücksichtigt (= **Abwägungsvorgang auf der Rechtsfolgenseite**).[335] Das Ergebnis ist eine **faktisch wirkende Vertragsanpassung** als Ausdruck der **Rechtsmissbrauchskontrolle.**

Der Abwägungsvorgang nach § 242 BGB unterscheidet sich methodisch von der Anpassung als Rechtsfolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) dadurch, dass nicht der hypothetische Parteiwille im Vordergrund steht,[336] sondern die **„Fortschreibung" des Ehevertrags** in der gelebten Ehe als Ergebnis konsentierter Abweichung der Lebensführung unter Beachtung des **Besserstellungsverbots**.

**Verschuldensgesichtspunkte** können im Rahmen der Ausübungskontrolle bei Verstößen gegen Grundsätze der (nachehelichen) Solidarität eine Rolle spielen. Soweit es im Scheidungsfolgenrecht jedoch um einen **angemessenen Ausgleich ehebedingter Nachteile** geht, stehen objektive Kriterien im Vordergrund.[337]

---

[332] Zusf. BGH FamRZ 2011, 628 = BeckRS 2011, 04762; NJW 2010, 3653 = FamRZ 2010, 2059.

[333] BGH NJW 2005, 2391 (2392) = FamRZ 2005, 1449; BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935); Göppinger/Rakete-Dombek/Kilger/Pfeil Ehescheidung Teil 5 Rn. 95.

[334] So bereits BGHZ 158, 81 (101) = NJW 2004, 930; BGH NJW 2005, 2391 (2393) = FamRZ 2005, 1449 – zum Unterhalt.

[335] Grdl. BGHZ 158, 81 (101) = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601; zuletzt BGH NJW 2015, 52 (53) = FamRZ 2014, 1978; NJW 2013, 1359 = FamRZ 2013, 770; NJW 2013, 457 (459) = FamRZ 2013, 269; Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 18; s. auch Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (7).

[336] Vgl. Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (10).

[337] Vgl. BGHZ 158, 81 (101) = NJW 2004, 930; zusf. Wick FuR 2010, 301 (304); zutr. BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 63 mwN.

Wird der Nachscheidungsunterhalt im Wege der Ausübungskontrolle angepasst, ist – auch auf „Altverträge“ – das seit 2008 geltende Unterhaltsrecht anzuwenden.[338]

Der Gesichtspunkt der „bewußten Risikoübernahme“ für die Folgen einer abweichenden Lebensführung der Ehegatten steht der richterlichen Vertragsanpassung unter dem Aspekt der festgestellten Unzumutbarkeit im Anwendungsbereich des § 242 BGB nicht entgegen.[339]

Da sich die auf der Rechtsfolgenseite vorzunehmende **Abwägung** erneut an der **Rangabfolge der Scheidungsfolgen** (= Kernbereichsabstufung) zu orientieren hat, ist das Abstufungsmodell des BGH im Rahmen der Inhaltskontrolle **mehrfachrelevant,** nämlich auf der Ebene der Wirksamkeits- und der Ausübungskontrolle. Allerdings ist die eheindividuelle Rangabstufung im Zusammenhang der Ausübungskontrolle durch den Tatrichter nunmehr auch auf den Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe festzustellen (= Feststellung der Lastenverteilung). Je höherrangig die vertraglich ausgeschlossene und nunmehr dennoch begehrte Scheidungsfolge ist und in der sich nunmehr der ehebedingte Nachteil widerspiegelt, umso schwerwiegender müssen die Gründe sein, die für die Hinnahme ihres Ausschlusses oder ihrer nachhaltigen Modifikation sprechen.

### *(2) Ausgleich ehebedingter Nachteile – Besserstellungsverbot*

Das Ergebnis der **richterlichen Abwägung** und die auf der Rechtsfolgenseite faktisch bewirkte Vertragsanpassung nach § 242 dienen vorrangig und in sachgerechter Weise dazu, festgestellte **ehebedingte Nachteile,** die zeitlich nach der einvernehmlich herbeigeführten Abweichung der tatsächlichen Lebensverhältnisse (= gelebter Ehetypus) von der ursprünglichen, dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung (= geplanter oder bereits verwirklichter Ehetypus) entstanden sind, auszugleichen.[340]

Sind relevante ehebedingte Nachteile nicht vorhanden oder bereits vollständig kompensiert (zB durch vermögensrechtliche Leistungen etc), dient die richterliche Ausübungskontrolle nicht dazu, dem durch den Ehevertrag belasteten Ehegatten zusätzlich **(entgangene) ehebedingte Vorteile** zu gewähren und ihn dadurch besserzustellen, als hätte es die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit nicht gegeben.[341] Die am **Nachteilsausgleich** orientierte Anpassung korrigiert somit die mit dem wirksamen Ehevertrag ursprünglich verfolgte Absicht der Ehegatten für den Fall der sodann abweichenden Lebensgestaltung gegenüber der vorgestellten Lebensplanung am **Maßstab der Verhältnismäßigkeit.**

Die faktisch bewirkte Vertragsanpassung ist hingegen **kein Instrument der Besserstellung** des vertraglich benachteiligten Ehegatten; er soll nach Durchführung der Ausübungskontrolle gerade nicht besser stehen, als er ohne die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit stünde.[342] Die Ausübungskontrolle hat sich daher im Ausgangspunkt daran zu orientieren, wie der benachteiligte Ehegatte in Bezug auf die beanstandete Vertragsklausel zu einer konkreten Scheidungsfolge ohne die Ehe und die ehebedingte

---

[338] BGH FamRZ 2011, 1377 mAnm Bergschneider = NJW 2011, 2969 mAnm Mayer; NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 26.

[339] IErg ähnlich Mayer/Reetz in LHFM Notar-HdB Teil 3 Rn. 59.

[340] BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; NJW 2005, 137 = FamRZ 2005, 26; NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185 (187).

[341] Zuletzt BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 31 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; NJW 2015, 52 Rn. 26 = FamRZ 2014, 1978; NJW 2013, 1359 Rn. 22 = FamRZ 2013, 770; NJW 2007, 2848 Rn. 28 = FamRZ 2007, 974.

[342] Vgl. BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 31 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; NJW 2015, 52 (54) = FamRZ 2014, 1978; NJW 2013, 1359 = FamRZ 2013, 770; NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974; aA Hoppenz FamRZ 2013, 758.

Rollenverteilung bei eigener Erwerbstätigkeit stehen würde;[343] allerdings unter möglichst weitest gehender **Wahrung des noch hinnehmbaren Regelungsgehalts aus dem Ehevertrag.** Maßstab der Anpassung kann auch die **ehevertraglich versprochene, hinreichende Kompensation** für den Ausschluss einer Scheidungsfolge (zB des Versorgungsausgleichs) sein, deren Leistung unterbleibt und in der Ehezeit (beiden) Ehegatten „aus den Augen geraten ist".[344]

Damit hat im Rahmen der Ausübungskontrolle der wirksam zustande gekommene Ehevertrag auch in der faktischen Vertragsanpassung Wirkkraft. Zutreffend lässt sich die faktische Vertragsanpassung im Wege der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) als eine Art **„geltungserhaltender Reduktion"**[345] des Ausgangsvertrags begreifen. Die ehezeitbezogene **Halbteilung** hat im Rahmen der faktisch bewirkten Vertragsanpassung die Funktion einer Obergrenze.

Obsolet ist die ehedem geübte unterhaltsrechtliche Praxis, im Rahmen der Scheidungsfolge „Unterhalt" höchstens den **notwendigen Unterhalt** zu gewähren.[346] Der durch den Ehevertrag benachteiligte Ehegatte soll allerdings durch eine **Anpassung im Nachscheidungsunterhalt** auch nicht besser gestellt werden, als er ohne die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit stünde („Höchstgrenze" der Anpassung).[347] Deswegen kann es auch nicht die Aufgabe der faktischen Vertragsanpassung im Wege des § 242 BGB sein, den benachteiligten Ehegatten an einem unerwartet höheren Einkommen des anderen Ehegatten teilhaben zu lassen.[348] Im **Versorgungsausgleich** hat sich die richterliche Anpassung daran zu orientieren, welche Versorgungsanrechte der sich durch den Ausschluss des Versorgungsausgleichs benachteiligt sehende Ehegatte ohne die Ehe und die ehebedingte Rollenverteilung durch eigene Berufstätigkeit hätte erwerben können.[349] Ein „Mehr" soll faktische Vertragsanpassung hingegen nicht leisten, insbesondere keine „Überkompensation". Das mit einem **Ehevertrag** von den Ehegatten **verfolgte Regelungsziel** bleibt somit auch für den Bereich des Versorgungsausgleichs **maßgebend;** die **Ergebnisse** der Dispositionsfreiheit werden zumindest teilweise gewahrt.[350]

Der **Unterhaltsanspruch,** der trotz eines wirksamen vertraglichen Ausschlusses im Ergebnis angepasst dennoch besteht, ist kein Anspruch aus § 242, sondern bleibt seiner Rechtsnatur nach ein Anspruch aus der betreffenden unterhaltsrechtlichen Anspruchsgrundlage (§§ 1570 ff.). Der angepasste Anspruch ist allerdings sowohl dem Umfang nach als auch zeitlich begrenzt und nur soweit und solange gegeben, wie dies unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten in ausgewogener Weise erforderlich ist.[351] Darüber hinaus führt der wirksame Unterhaltsverzicht zum Erlöschen des nachehelichen Unterhaltsanspruchs.[352] Die im Wege der Ausübungskontrolle „angepasste" Unterhaltsgewährung unterliegt ihrerseits wiederum der Anpassung nach § 239 FamFG.

Ist der Ehegatte, der seine Erwerbstätigkeit für die Betreuung gemeinsamer Kinder eingeschränkt hat, im Zeitpunkt der Scheidung erwerbsunfähig erkrankt, wird sich die ehevertragliche Ausübungskontrolle im Hinblick auf die geänderten Verhältnisse grundsätzlich an dem Gedanken zu orientieren haben, dass dieser Ehegatte aufgrund der tatsächlichen Rollenverteilung in der Ehe nicht ausreichend für den Fall seiner **krankheitsbedingten Erwerbsminderung** vorsorgen konnte und seine Erwerbsminderungsrente (wenn ein solcher Anspruch überhaupt besteht) infolge dessen geringer ist, als sie es gewesen wäre, wenn er seine

---

[343] BGH NJW 2015, 52 (54) = FamRZ 2014, 1978; NJW 2013, 1359 = FamRZ 2013, 770.

[344] OLG Brandenburg BeckRS 2022, 1779.

[345] So ausdrücklich Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (8).

[346] Dauner-Lieb AcP 201 (2001), 295; Palandt/Brudermüller, BGB 76 Aufl. 2017, § 1408, , Rn. 16 unter Verweis auf BGH DNotZ 1993, 524 = FamRZ 1992, 1403; NJW-RR 1997, 897 = FamRZ 1997, 873.

[347] BGH NJW 2015, 52 (54) = FamRZ 2014, 1978; FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974.

[348] Vgl. hierzu BGH NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974.

[349] Vgl. BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359.

[350] Vgl. Ls. 4 aus BGH NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974 mAnm Bergschneider.

[351] Vgl. Bergschneider Eheverträge 99.

[352] Hierzu bereits BGH NJW-RR 1997, 897 = FamRZ 1997, 873.

(vollschichtige) Berufstätigkeit entsprechend der ursprünglichen Lebensplanung bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit fortgesetzt hätte. Der vertraglich ausgeschlossene **Versorgungsausgleich** ist somit derart angepasst durchzuführen, dass die dem belasteten Ehegatten durch die Einschränkung der Erwerbstätigkeit entgangenen Anrechte auszugleichen sind.[353]

**Ehevertragliche Regelungen,** die nicht die faktisch angepasste Scheidungsfolge selbst betreffen, aber mit der angepassten Regelung möglicherweise in einem Regelungszusammenhang stehen, bleiben von der gerichtlichen Anpassung grundsätzlich unberührt und sind ausschließlich nach den für sie geltenden Maßstäben zu beurteilen.[354] Die faktisch wirkende Anpassung einer Ehevertragsklausel nach § 242 BGB führt nicht zur Anwendung des § 139 BGB.

Im Hinblick auf eine denkbare Anpassung einer vertraglichen Einzelregelung bedarf es daher sinnvoller vertraglicher **Verknüpfungsvereinbarungen,** wenn nach dem Willen der Ehegatten Regelungszusammenhänge bestehen, die auch den Fall der faktischen Vertragsanpassung (und nicht nur den Fall der anfänglichen Unwirksamkeit) erfassen sollen.

Der durch den wirksamen Ehevertrag belastete Ehegatte muss die Einrede des § 242 BGB geltend machen; er trägt die **Darlegungs- und Beweislast** für alle Umstände, aus denen sich der behauptete Missbrauch der Rechtsmacht nach dem Ehevertrag ergibt.[355] Für das Vorliegen einer einvernehmlich herbeigeführten **Abweichung der tatsächlichen Lebensverhältnisse** von der ursprünglichen, dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung und der daraus resultierenden „ehebedingten Nachteile" gelten die zu § 1578b BGB entwickelten Grundsätze zur sekundären Darlegungslast entsprechend.[356]

#### *(3) Grundsätzlich keine Anpassung durch „Hinübergreifen" in andere Teilhabe- und Ausgleichssysteme des Scheidungsfolgenrechts*

Eine Anpassung im Wege der Ausübungskontrolle erfolgt grundsätzlich nicht durch ein „**Hinübergreifen**" von einer anpassungsbedürftigen vertraglichen Regelung zu einer bestimmten Scheidungsfolge in vertragliche Regelungen zu einer anderen Scheidungsfolge, also ein anderes scheidungsbezogenes Teilhabe- und Ausgleichssystem. Daraus ergibt sich umgekehrt, dass die richterliche Anpassung (§ 242 BGB) wirksamer vertraglicher Vereinbarungen der Ehegatten grundsätzlich im Rahmen des Ausgleichssystems zu erfolgen hat, dessen vertragliche Gestaltung zum maßgeblichen Prüfungszeitpunkt nicht (mehr) hinnehmbar bzw. tatsächlich anpassungsbedürftig geworden ist. Sind demnach die wirksamen Vereinbarungen der Ehegatten zum Versorgungsausgleich nach § 242 BGB nicht durchsetzbar, ist der erforderliche Ausgleich über eine Anpassung der Regelungen zum Versorgungsausgleich herzustellen, nicht jedoch über einen güterrechtlichen Ausgleich bei wirksam vereinbarter Gütertrennung bzw. „modifizierten Zugewinnausgleichs" oder durch eine Korrektur der wirksamen Vereinbarungen zum Nachscheidungsunterhalt.

**Beispiel:**[357] Die Anpassung (§ 242 BGB BGB) der wirksamen Ausschlussvereinbarung nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG führt zu keiner Beseitigung eines ehebedingten Versorgungsnachteils des haushaltsführenden Ehegatten; ein „Hinübergreifen" in den güterrechtlichen Ausgleich – der helfen könnte – ist wiederum durch wirksame Vereinbarung der Gütertrennung (oder „modifizierten" Zugewinngemeinschaft) versperrt.

---

[353] Einzelheiten in BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359.

[354] S. etwa Wick FuR 2010, 301 (305).

[355] Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 27.

[356] MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 74 unter Verweis auf BGHZ 185, 1 = FamRZ 2010, 875 zu § 1578b; ebenso Münch NJW 2015, 288 (289).

[357] Vgl. BGH BeckRS 2018, 16247 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider.

Lediglich in seltenen Einzelfällen („besondere Sachverhaltskonstellationen“[358]) und unter „engsten Voraussetzungen“[359] der **Funktionsäquivalenz** der jeweiligen Ausgleichssysteme sind nach Andeutungen des BGH[360] „hinübergreifende“ Ausnahmen denkbar. Dabei umschreibt der Begriff der Funktionsäquivalenz beispielsweise Konstellationen, nach denen der durch die wirksamen ehevertraglichen Vereinbarungen der Gütertrennung begünstigte Ehegatte auf der Grundlage seiner **individuellen Vorsorgestrategie** durch seinen geschützten Vermögensaufbau faktisch, nämlich „funktionsäquivalent“ seine Altersvorsorge betreibt und sicherstellt, jedoch keine nennenswerten Anrechte nach § 2 VersAusglG erwirbt.

**Beispiel:**[361] Der selbstständige Ehemann hat keine Anrechte erworben, die dem Versorgungsausgleich unterliegen; er betreibt Altersvorsorge durch Vermögensaufbau. Es ist unter anderem wirksam Gütertrennung (oder „modifizierte Zugewinngemeinschaft“) vereinbart. Zum Zeitpunkt der Beurkundung des Ehevertrags war auf realistischer Grundlage eine **partnerschaftliche Doppelverdienerehe**[362] der „geplante Ehetypus“. Für die sodann planwidrig haushaltsführende Ehefrau können ehebedingt erlittene Altersvorsorgenachteile im Wege der Ausübungskontrolle primär über den nachehelichen Unterhalt ausgeglichen werden. Ein „Hinübergreifen“ in die wirksamen güterechtlichen Vereinbarungen wäre – unter noch nicht genau geklärten Umständen – nur ausnahmsweise möglich, wenn die Ehefrau im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe unzumutbar belastet und tatbestandlich nicht unterhaltsberechtigt ist und dennoch ein „Angewiesensein“ vorliegt.

Die angedeuteten aber keineswegs geklärten **Eingriffsvoraussetzungen eines „Hinübergreifens“ bei Funktionsäquivalenz** liegen zum Ausgleich nicht bereits **anderweitig kompensierter „ehebedingter Nachteile“** einzelfallbezogen vor, wenn:

- in dem betroffenen Ausgleichssystem **keine effektive Anpassung möglich** ist,
- keine **vorrangige Kompensation** über Unterhalt (zB nach § 1571 BGB) zu erlangen ist,
- das Ergebnis der ehevertraglichen Regelungen **unzumutbar** ist und
- der benachteiligte Ehegatte **auf den Ausgleich „angewiesen“** ist.

**Anderweitig kompensiert** ist ein „ehebedingter Nachteil“ im primären Ausgleichssystem des Versorgungsausgleichs bereits dann, wenn ein auf Vermögensausgleich gerichteter Anspruch (zB ein modifizierter Zugewinnausgleichsanspruch) den als korrespondierenden Kapitalwert ausgerechneten „ehebedingten Nachteil“ ziffernmäßig nahezu abdeckt.[363]

Grundsätzlich keinen Raum für ein „Hinübergreifen“ im Wege der Ausübungskontrolle ist nach Auffassung des BGH[364] dann gegeben, wenn im primären Ausgleichssystem (hier: Versorgungsausgleich) ein nach den ehelichen Lebensverhältnissen zwar geringer Ausgleich unter Anwendung des ehezeitbezogenen Halbteilungsgrundsatzes stattfindet, dieser jedoch zumindest eine **(Basis-)Absicherung** bietet. Ist jedoch beispielsweise der Weg zu einer tatrichterlichen Anpassung (§ 242 BGB) durch das Gewähren eines „hinübergreifenden“ Ausgleichsanspruchs aus dem „primären Ausgleichssystem“ des Versorgungsausgleichs in das „fremde Ausgleichssystem“ des Güterrechts (zum „Hinübergreifen“ in eine güterrechtliche Vereinbarung, s.u.) eröffnet, sind wiederum als **Obergrenzen des Ausgleichs** zu beachten:

---

[358] BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 24 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider.

[359] BGH NJW 2015, 52 (55) = FamRZ 2014, 1978.

[360] Vgl. BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 24 ff. = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978 Rn. 30.

[361] Vgl. BGH NJW 2015, 52 (54) = FamRZ 2014, 1978; BGH BeckRS 2018, 16247 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; hierzu auch Münch NJW 2015, 288 (289 f.).

[362] Den in der Kautelarpraxis entwickelten Begriff verwendet BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 18 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415.

[363] Vgl. BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 28 ff. = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider.

[364] BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 27 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider.

- der **fiktiv zu ermittelnde Zugewinnausgleichsanspruch** (der vertraglich wirksam ausgeschlossen ist) und zugleich
- der **konkret zu bestimmende „ehebedingte Nachteil“,** der innerhalb des eigentlich betroffenen Ausgleichssystems nicht korrigiert werden konnte.

Zusammenfassend hält der BGH limitierte **Ausnahmefälle** eines „Hinübergreifens“ vom Versorgungsausgleich in das **Unterhaltsrecht**[365] und in das **Güterrecht**[366] für denkbar; eine noch weitergehende Zurückhaltung übt er hingegen bei einem „Hinübergreifen“ in den **Versorgungsausgleich** (zum „Hinübergreifen“ in eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich s.u.).[367] Abschließende Anwendungskriterien lassen sich der Rspr. des BGH bisher (noch) nicht entnehmen.

### *b) Anpassung und Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)*

#### aa) Anwendungsbereich und Abgrenzung

Im Rahmen der Ausübungskontrolle von Eheverträgen können nach stRspr des BGH auch die Grundsätze über die **Störung** bzw. den **Wegfall der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) Anwendung finden.[368] Geschäftsgrundlage sind die nicht zum eigentlichen Inhalt des Ehevertrages erhobenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsbeteiligten sowie die dem einen Vertragsbeteiligten erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der **Geschäftswille der Beteiligten** auf diesen Vorstellungen aufbaut.[369] Voraussetzung dafür, dass bestimmte Vorstellungen der Beteiligten zur Geschäftsgrundlage erhoben werden, ist allerdings, dass diese in den gemeinsamen Geschäftswillen der Beteiligten aufgenommen werden und nicht bloß einseitige Erwartungen eines Beteiligten darstellen.[370] Ein gemeinsamer Geschäftswille der Ehevertragsbeteiligten kann auch dann vorliegen, wenn eine einseitige Vorstellung von der Geschäftsgrundlage dem anderen Beteiligten erkennbar geworden und von ihm nicht beanstandet worden ist.[371]

---

[365] Vgl. BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (382) = MittBayNot 2013, 240 mAnm Münch MittBayNot 2013, 246 f.

[366] Vgl. BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 24 ff. = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978 Rn. 30; NJW 2013, 457 (458) = FamRZ 2013, 269 mAnm Bergschneider; NJW 2013, 2662 (2668).

[367] BGH NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978 mit insoweit ablAnm Kanzleiter DNotZ 2015, 138 (139 f.).

[368] BGH DNotZ 2021, 204 Rn. 46 = FamRZ 2020, 1347 = MittBayNot 2021, 256 = NZFam 2020, 772; BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 20 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (382) = MittBayNot 2013, 240 mAnm Münch MittBayNot 2013, 246 f.; NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (1448); NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (389).

[369] BGH DNotZ 2021, 204 Rn. 46 f. = FamRZ 2020, 1347 = MittBayNot 2021, 256 = NZFam 2020, 772; FamRZ 2015, 734 Rn. 17.

[370] BGH DNotZ 2021, 204 Rn. 46 f. = FamRZ 2020, 1347 = MittBayNot 2021, 256 = NZFam 2020, 772; FamRZ 2012, 1363 Rn. 20.

[371] BGH DNotZ 2021, 204 Rn. 46 = FamRZ 2020, 1347 = MittBayNot 2021, 256 = NZFam 2020, 772; NJW 2001, 2464 (2465).

Systematisch sind die Tatbestände des § 313 BGB (eigentlich) vorrangig, nämlich vor der Einrede nach § 242 BGB zu prüfen; gleichwohl bleibt die **Einrede des Rechtsmissbrauchs** nach § 242 BGB neben § 313 BGB anwendbar.[372]

Die Kontrollmechanismen nach § 313 BGB und § 242 BGB behandeln Fragen der „(Un-)Zumutbarkeit" des Festhaltens an den Regelungen des zu prüfenden Ehevertrags (s. etwa § 313 Abs. 1 BGB aE). Teilweise erfolgt die Prüfung der Geschäftsgrundlage ausdrücklich außerhalb der Ausübungskontrolle, die wiederum allein der Einrede des § 242 BGB vorbehalten sein soll, teilweise wird sie einbezogen. Tatsächlich kommt § 313 innerhalb der Inhaltskontrolle von Eheverträgen kaum durchgehend zur Anwendung; § 242 BGB erweist sich schlicht als flexiblerer Anpassungsmechanismus. Unabhängig von der Einordnung der Störung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in die Inhaltskontrolle von Eheverträgen, ist § 313 BGB nach allgemeinen Grundsätzen, also **außerhalb der Ausübungskontrolle** als Teil einer ehevertragsspezifischen Inhaltskontrolle anwendbar.

§ 313 BGB will erreichen, dass in denjenigen Fällen, in denen ein unverändertes Festhalten an den wirksamen Regelungen des Ehevertrags zumindest für einen Ehegatten unzumutbar ist, als Rechtsfolge ein **durchsetzbarer Anpassungsanspruch** entsteht (§ 313 Abs. 1 BGB). Ist die Anpassung nicht möglich, gewährt § 313 Abs. 3 S. 1 BGB ein **Rücktrittsrecht.** Anders als § 242 BGB eröffnet § 313 BGB allerdings keine Möglichkeit der Anpassung im Wege der richterlichen Gestaltung; hierin liegt die unausgesprochene Schwäche des § 313 BGB als Instrument der ehevertraglichen Inhaltskontrolle.

Die **Abgrenzung** der §§ 242 BGB und 313 BGB im Anwendungsbereich der Ausübungskontrolle ist **nicht abschließend geklärt;** eine praxisrelevante Bedeutung der Unterschiede wird zudem verneint.[373] Der BGH grenzt jedenfalls danach ab, ob die abweichende Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse auf einer (nachträglichen) **einvernehmlichen Entscheidung der Eheleute** (= § 242 BGB)[374] oder auf einer von ihnen **unbeeinflussten Veränderung von Umständen außerhalb von Ehe und Familie** beruht (= § 313 BGB).[375]

### bb) Geschäftsgrundlage des Ehevertrags

Ob tatbestandlich ein Fall der Störung der Geschäftsgrundlage angenommen werden kann, bestimmt sich zunächst nach dem der vertraglichen Einigung zu Grunde gelegten Willen der Ehegatten. Dieser ist Geltungsgrund der vertraglichen Abreden und entscheidet zudem darüber, welche Umstände und Verhältnisse überhaupt zur Grundlage des Ehevertrags gehören und wie die Ehegatten diese Umstände und Verhältnisse bewertet haben.[376]

**Beispiel 1:**[377] Entwickeln sich die Einkommensverhältnisse der Ehegatten nach Vertragsschluss erheblich auseinander; begründet dies regelmäßig keine Störung (Wegfall) der Geschäftsgrundlage für unterhaltsrechtliche Begrenzungsvereinbarungen. Gerade für derartige Fälle sollen ehevertraglich Verzichts- bzw. Teilverzichtsvereinbarungen typischerweise „vorsorgen"; eine mögliche

---

[372] Vgl. MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 182.

[373] So ausdr. Bergschneider Eheverträge 88; s. auch NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 23; Sanders, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung – Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, 2008, 180.

[374] Vgl. BGH NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978 Rn. 24.

[375] BGH DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 = BeckRS 2018, 16247 Rn. 20 unter Verweis auf BGH FPR 2013, 340 = FamRZ 2012, 525 Rn. 39 (Unterhaltsvereinbarung); Sanders, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung – Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, 2008, 287 ff.; Sanders FF 2013, 239 (242); Münch NJW 2015, 288 (289).

[376] Zur Anpassung eines Unterhaltsvergleichs im Rahmen des § 239 FamFG BGH NJW 2012, 1356 (1358) = FamRZ 2012, 699; s. hierzu auch BGH NJW 2010, 440 = MittBayNot 2010, 210 mAnm Münch.

[377] Vgl. BGH NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444; hierzu auch Bergschneider Eheverträge 87; NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 25.

Einkommensdifferenz muss also bereits „mitgedacht" worden sein, wenn eine Unterhaltsbegrenzung Vertragsgegenstand ist. Etwas anderes mag gelten, wenn die Ehegatten bei Vertragsschluss – nachweislich – von einer bestimmten Einkommensentwicklung ausgegangen sind, die sodann in der gelebten Ehe nicht eintrifft.[378]

**Beispiel 2:** Gehen die Ehegatten bei einer Ausschlussvereinbarung zum Versorgungsausgleich (vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG) davon aus, der Begünstigte werde die als Gegenleistung vereinbarte regelmäßige Beitragsleistung in eine Lebensversicherung dauerhaft aus seinem Einkommen erbringen können, kann die dauernde Einkommenserzielung in ausreichender Höhe Geschäftsgrundlage der Vereinbarung sein.

**Beispiel 3:** Die Geschäftsgrundlage ist auch dann weggefallen, wenn in konkreter Scheidungsabsicht der Ausschluss des Versorgungsausgleichs beurkundet wird, und sodann vor Scheidung eine erfolgreiche Versöhnung der Ehegatten erfolgt.[379]

Erforderlich ist zudem, dass die Parteien des Ehevertrags für den Fall des Voraussehens der **schwerwiegend veränderten Umstände und Verhältnisse** den Ehevertrag nicht oder nicht derart abgeschlossen hätten, wie er nunmehr zur Unzumutbarkeit führt **(hypothetische Betrachtung** nach § 313 Abs. 1 BGB).

Die tatsächlichen Voraussetzungen zur Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage decken sich in viele Fälle in auffälliger Weise mit denen, die die Rspr. Im Rahmen der Inhaltskontrolle dem Anwendungsbereich des § 242 BGB zurechnet. Auch auf der normativen Ebene setzen § 313 Abs. 1 BGB aE und § 242 BGB eine letztlich **nicht hinnehmbare Unzumutbarkeit** voraus. Danach kann ein Wegfall der Geschäftsgrundlage und ebenso ein Fall des § 242 BGB vorliegen, wenn die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse (= **„gelebter Ehetypus"**) von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde gelegten Lebensplanung (= **„geplanter Ehetypus"** oder **„bereits verwirklichter Ehetypus"**)[380] erheblich abweicht und dadurch ein **nicht mehr aufholbarer, ehebedingter Nachteil** entstanden ist,[381] dessen Hinnahme unzumutbar erscheint. Das Entstehen eines solchen (nicht hinnehmbaren) ehebedingten Nachteils ergibt sich wiederum daraus, wie sich die Verhältnisse der Eheleute in der gelebten Ehe (= nachvertraglich) entwickelt haben und wie das eheliche Zusammenleben tatsächlich gestaltet war.[382]

### cc) Anpassungssperre: vertragliche Risikoübernahme

Anders als nach § 242 BGB stehen Korrekturmöglichkeiten von letztlich unzumutbaren Ergebnissen eines Ehevertrags über § 313 BGB dann nicht (mehr) zur Verfügung, wenn die nach dem Vertragsschluss eintretenden Entwicklungen der äußeren Lebensumstände (= gelebter Ehetypus) von den Ehegatten **für möglich gehalten** bzw. **vorhergesehen** oder sogar **(ansatzweise) im Ehevertrag geregelt** worden sind.[383] Das ist etwa dann der Fall, wenn in einer geplanten partnerschaftlichen Doppelverdienerehe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Kinderwunsch zwar nicht besteht aber dennoch thematisiert wurde. Liegen derartige Erwägungen noch im Bereich des der Einigung zugrunde gelegten

---

[378] NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 25.

[379] Vgl. OLG Koblenz FamRZ 2010, 212 = BeckRS 2009, 21917.

[380] Vgl. zur Ehetypenlehre Gernhuber, Eherecht und Ehetypen, 1981; Langenfeld DNotZ-Sonderheft 1985, 167; Langenfeld FamRZ 1987, 9; Kornexl FamRZ 2011, 692.

[381] Vgl. BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (383) = MittBayNot 2013, 240 mAnm Münch MittBayNot 2013, 246 f.; NJW 2011, 2969 = FamRZ 2011, 1377; NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386; NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185; FamRZ 2005, 1448 = NJW 2005, 2386; krit. Dauner-Lieb JZ 2004, 1027; s. auch Koch NotBZ 2004, 147; Münch DNotZ 2005 821 (823).

[382] Vgl. BGH NJW 2011, 1066 (zum Unterhalt); NJW 2010, 3653 = FamRZ 2010, 2059.

[383] Vgl. Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 16; MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 46; Schwab FS Holzhauer, 2005, 410 (421); Koch NotBZ 2004, 147 (149); Münch FamRZ 2005, 570 (574); ähnlich MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 119.

Willens der Ehegatten, liegt das spätere Eintreten der entsprechenden Ereignisse, nämlich die Geburt gemeinsamer Kinder, gerade nicht außerhalb der Geschäftsgrundlage der ehevertraglichen Regelungen, obwohl ggf. unzumutbare Ergebnisse im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe entstanden sind. In derart gelagerten, nicht selten vorkommenden Fällen, scheidet das Instrument der „Störung der Geschäftsgrundlage“ aus; die Ehegatten haben insoweit eine abschließende und **bewusste Risikoübernahme** vorgenommen.[384]

**Beispiel:**[385] Die Ehegatten haben nach ihrem geplanten Ehetypus keinen – auch nicht latenten – Kinderwunsch, gleichwohl schließen sie in ihrem vorsorgenden Ehevertrag (vorsichtshalber) auch den Betreuungsunterhalt ausdrücklich aus. Hier sind die durch die dennoch geborenen Kinder eingetretenen Umstände bereits bei Vertragsschluss thematisiert und sogar geregelt worden; die veränderten Umstände liegen deshalb nicht außerhalb der Geschäftsgrundlage. Die hypothetische Veränderung der äußeren Umstände ist sogar Vertragsinhalt.

Hinzu kommt, dass sich der Ehegatte, der die entscheidende Änderung der Verhältnisse verschuldet oder in sonst zurechenbarer Weise verursacht, aus der dadurch herbeigeführten Störung der Geschäftsgrundlage keine Rechte herleiten kann.[386] Ihm gegenüber fehlt es an der Unzumutbarkeit.

Allerdings darf für den Bereich der Ausübungskontrolle von Eheverträgen nicht übersehen werden, dass der unspezifische Verweis auf die §§ 242, 313 BGB auch dazu verwendet wird, ehebedingte Nachteile selbst dann auszugleichen, wenn sie (eigentlich) in den Bereich bewusster Risikoübernahme fallen.[387]

### dd) Rechtsfolge: Nachteilsausgleich durch Vertragsanpassung

Sind die ehevertraglichen Regelungen – ausnahmsweise – nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu betrachten, führt auch dies auf der **Rechtsfolgenseite** jedenfalls nicht dazu, dass die gesetzliche Regelung der betroffenen Scheidungsfolge in Vollzug gesetzt wird. Vielmehr soll der unzumutbar benachteiligte Ehegatte in den Fällen der veränderten Geschäftsgrundlage im Wege der von dem Ehegatten verlangten **Vertrags- oder Klauselanpassung** (§ 313 Abs. 1 BGB) so gestellt werden, wie er stünde, wenn die bei Vertragsschluss beabsichtigte Lebensplanung verwirklicht worden wäre.[388] **(Abweichungs-)Maßstab** ist somit der Verlauf des geplanten oder bei Vertragsschluss bereits verwirklichten Ehetypus im Hinblick auf die nunmehr begehrte Scheidungsfolge. Demnach kann es auch im Anwendungsbereich des § 313 BGB erforderlich sein, eine hypothetische Erwerbs- oder Versorgungsbiografie vorzutragen.

Auch die Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB soll vorrangig die gegenüber den Vorstellungen der Ehegatten bei Vertragsschluss wirksam gewordenen abweichenden Lebensumstände, die wiederum verbleibende **„ehebedingte Nachteile“** hinterlassen, ausgleichen.[389] Dabei kann die Anpassung

---

[384] NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 25.

[385] Bsp. bei Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (9 f.).

[386] Vgl. etwa BGHZ 129, 297 (310) = FamRZ 1985, 861 = NJW 1995, 2028; BGH NJW-RR 1993, 880 (881); Grüneberg/Grüneberg, BGB § 313 Rn. 22; BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn. 29; MüKoBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 75.

[387] Vgl. insoweit Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (10).

[388] BGH NJW 2015, 52 (54) = FamRZ 2014, 1978; NJW 2011, 2969 = FamRZ 2011, 1377.

[389] BGH NJW 2015, 52 (54) = FamRZ 2014, 1978; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 58; Reetz FamFR 2011, 1.

im Einzelfall auch lediglich einen bestimmten nachehelichen Zeitraum, wie beispielsweise die Zeit der Betreuung gemeinsamer Kinder, umfassen.[390]

# IV. Einzelne Scheidungsfolgen in der Inhaltskontrolle

## 1. Zugewinnausgleich (Güterrecht)

### *a) Kernbereichsferne*

Der **Zugewinnausgleich ist nicht vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts umfasst** und erweist sich deswegen – bei isolierter Betrachtung aller Regelungen – am weitesten ehevertraglich gestaltbar.[391] Der von den Ehegatten vereinbarte **Wahlgüterstand der Gütertrennung** rechtfertigt, wie der BGH mehrfach betont hat,[392] schon nach der Bedeutung des Güterrechts im System des Scheidungsfolgenrechts das Verdikt der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) regelmäßig nicht.[393] Das gilt grundsätzlich auch für den geplanten oder bereits verwirklichten **Ehetypus der Einverdienerehe**,[394] erst recht für alle Varianten einer **partnerschaftlichen Doppelverdienerehe** oder einer **Diskrepanzehe.** Das BGB verzichtet zudem – auch für den Fall der „Einverdienerehe" – ganz bewusst darauf, einem bestimmten Ehetypen einen bestimmten Güterstand zuzuordnen.[395]

Auf die in der Praxis weit überwiegende Beurkundungspraxis der „modifizierten Zugewinngemeinschaft" sind diese Grundsätze ohne Weiteres übertragbar.[396]

Für den Ehetypus der **Einverdienerehe,** der letztlich den Güterstand der Zugewinngemeinschaft legitimiert, ist bisher nicht abschließend geklärt, ob im Einzelfall der – kompensationslose – Verzicht auf Zugewinnausgleich **während oder bei Beendigung einer langjährigen Ehe** zulasten des haushaltsführenden Ehegatten (gerade auch der Verzicht auf bereits begründete

---

[390] S. Münch FPR 2011, 504; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 58.

[391] So bereits BGHZ 158, 81 (95, 98 f.) = FamRZ 2004, 601 (605 u. 608) = NJW 2004, 930; BGH NJW 2013, 457 (458) = FamRZ 2013, 269 mAnm Bergschneider; FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 (1104); NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (388); NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 (1311 f.); FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391; FamRZ 2005, 691 = NJW 2005, 1370; ebenso OLG Hamm FamRZ 2006, 337; OLG Celle NJW 2004, 1961 = FamRZ 2004, 1202 (1203); OLG Braunschweig BeckRS 2008, 26262 = FamRZ 2005, 2071 (2072) mAnm Bergschneider; MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 65 ff.; HK-FamR/Bergschneider Rn. 21; s. auch Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (116); SWK-FamR/Reetz Inhalts- und Ausübungskontrolle Rn. 26; anders Dauner-Lieb FF 2004, 65 (69); Dethloff FamR § 5 Rn. 38.

[392] Vgl. BGHZ 158, 81 (98 f.) = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601; BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

[393] BGH FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (1448); NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 (1311); NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (388); NJW 2013, 457 (458) = FamRZ 2013, 269; FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 (1104); ebenso OLG Celle FamRZ 2004, 1202 mAnm Bergschneider; OLG Hamm FamRZ 2006, 268 mAnm Bergschneider; s. auch Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (19).

[394] So BGHZ 158, 81 (98) = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601; BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

[395] Staudinger/Thiele, 2007, Vor § 1408 Rn. 12.

[396] Einschränkend hierzu OLG Naumburg FamRZ 2002, 456 = DNotZ 2002, 791.

Rechtspositionen)[397] wirksam erfolgen kann, zumal wenn der Verzichtende **auf den Vermögensausgleich angewiesen** ist.[398] Zuletzt hat Braeuer[399] unter Berufung auf den BGH postuliert, dass bei Ende der Ehe ein vertraglicher Verzicht auf einen (untechnisch) bereits entstandenen Zugewinnausgleichsanspruch – also mittels Scheidungsvereinbarung oder „Krisen-Ehevertrag" – nicht uneingeschränkt möglich sei; während eine anfängliche Güterstandsvereinbarung zur Gütertrennung oder zum „modifizierten Zugewinnausgleich" (in einem vorsorgenden Ehevertrag zu Ehebeginn) wegen der vermögensrechtlichen Zuordnungswirkung für die Zukunft (also im gelebten Güterstand) ohne weiteres möglich bleibt.

Das **Güterrecht insgesamt,** und damit auch der **Güterstand der Zugewinngemeinschaft** als grob typisierter Teilhabegüterstand, ist schon wegen der vom Gesetz ausdrücklich zur Verfügung gestellten, sehr verschiedenen (Wahl-)Güterstände der ehevertraglichen Gestaltung besonders („am weitesten") zugänglich.[400] Man kann insoweit, legt man die Maßstäbe der Kernbereichsabstufung zugrunde, von **Kernbereichsferne des Güterrechts** sprechen.[401] Insgesamt verzichtet das BGB, und zwar ohne Rücksicht auf die in der Rechtswirklichkeit konkret gelebten Ehetypen und vom Bild einer gleichberechtigten Partnerschaft von Mann und Frau, bewusst auf eine bestimmte Zuordnung des Vermögenserwerbs zwischen den Ehegatten. Die eheliche Lebensgemeinschaft ist nicht zugleich eine **Vermögensgemeinschaft** und auch nicht notwendigerweise eine **Vermögenszugewinngemeinschaft.**[402] Auch das Gebot der ehelichen Solidarität erfordert keinen Vermögensausgleich und keine Vermögensbeteiligung.[403]

Selbst wenn der **Güterstand des Zugewinnausgleichs eine grob typisierte Teilhabe** der Ehegatten an dem während der Ehezeit erwirtschafteten Vermögen vorsieht, hindert das gerade nicht daran, durch Modifizierung[404] (= spezieller Ehevertrag) oder Güterstandswahl (= genereller Ehevertrag) die **innereheliche Vermögenszuordnung** einvernehmlich an die individuellen Verhältnisse eines beabsichtigten oder bereits verwirklichten (gelebten) Ehetypus anzupassen und dabei die eigene Wertung an die Stelle der gesetzlichen Typisierungen zu stellen.[405] Die Zugewinngemeinschaft ist eben nur ein gesetzlich angebotener Ordnungstyp unter mehreren vorgesehenen Typisierungen der güterrechtlichen

---

[397] Hierzu BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883.

[398] Ausdr. offengelassen in BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 (1104); s. auch Schwab DNotZ-Sonderheft 2001, 9 (17); Grziwotz FamRB 2004, 239; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 49; Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 360; auf Kompensation stellt wiederum HK-FamR/Bergschneider Rn. 25 ab.

[399] Braeuer NZFam 2014, 457 f. (= Anm zu BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101); ähnlich Braeuer NJW 2018, 2876 (= Anm. zu BGH NJW 2018, 2871 = FamRZ 2018, 1415); diesem zust. Münch in Schriften zum Notarrecht 44, 31 (70 f.).

[400] BGHZ 158, 81 (101) = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601; BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; s. auch OLG Celle NJW 2004, 1961 = FamRZ 2004, 1202 (1203); OLG Frankfurt ZNotP 2003, 413; OLG Hamm NJW-RR 2006, 941 = FamRZ 2006, 337; Volker in Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB § 15 Rn. 378.

[401] Vgl. BGH NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; zuvor bereits Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (19); gegen die geringe Wertigkeit des Zugewinnausgleichs: Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 580; Dauner-Lieb/Sanders FPR 2005, 141; NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 13; Brudermüller FS Hahne, 2012, 121; zweifelnd auch: Brambring DNotZ 2008, 724 (738); Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 9 (für den Fall der Funktionsäquivalenz zum Versorgungsausgleich); Rakete-Dombek FPR 2009, 270.

[402] Vgl. BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (931); BGH NJW 2008, 3436; MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 65 ff. mwN; Schwab DNotZ-Sonderheft 2001, 9 (16); Sanders FF 2009, 111 (112); Brandt RNotZ 2015, 117 (118).

[403] Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (127).

[404] Vgl. Wachter ZFE 2004, 132 (140).

[405] S. auch Rauscher DNotZ 2004, 524 (527 ff.); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 42 f.

Beziehungen der Ehegatten, die zudem nur einen Teilausschnitt ihrer Vermögensbeziehungen zu regeln vermag.

### *b) Dispositionsfester Mindestgehalt und Teilhabegrundsatz*

Die **güterrechtliche Wahlfreiheit** der Eheleute vor, während und bei Beendigung ihrer Ehe wird auch **nicht durch den verfassungsrechtlich begründeten Teilhabegrundsatz nachdrücklich eingeschränkt**;[406] aus dem Teilhabegrundsatz lässt sich zudem kein **dispositionsfester Mindestbetrag eines Zugewinnausgleichs** herleiten.

Aus der vom BVerfG[407] abgeleiteten – nicht ökonomischen – „Gleichgewichtigkeit" von Familien(Haus)- und Erwerbsarbeit und dem daraus resultierenden Teilhabeanspruch am gemeinsam Erwirtschafteten folgt nach Ansicht des BGH keine durchgreifende Einschränkung der vertraglichen Modifikationsmöglichkeiten.[408] Verfassungsgerichtlich geklärt ist die Reichweite des Teilhabeanspruchs im Ehevermögensrecht indes nicht.[409] Der XII. Senat unterstreicht jedenfalls in stRspr zutreffend das **Recht der Ehegatten,** in eigenverantwortlicher Gestaltung ihrer Vermögenssphären (durch Eheverträge) auch **eigene ökonomische Bewertungen ihrer Beiträge zur Familien- und Hausarbeit** vornehmen zu können, die auf die ehezeitbezogenen Vermögenszuwächse durchschlagen.[410] Diese Auffassung wird durch den Gesetzgeber[411] eindeutig gestützt und erzeugt für die Vertragsgestaltung die notwendige Rechtssicherheit.

Die umfassende **ehevertragliche Gestaltungsbefugnis** rechtfertigt sich zudem **als notwendiges Korrektiv** aus dem lediglich formal und schematisch („grob") ausgestalteten Zugewinnausgleich selbst. Der Zugewinnausgleich greift als vereinfachendes Teilhabemodell bereits als solcher über die teleologischen Grundlagen des verfassungsrechtlich verankerten Teilhabeanspruchs deutlich hinaus. Er unterwirft nämlich auch dann ehezeitliche Vermögenszuwächse dem Ausgleich, wenn eine spezifisch auf die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Vermögensbildung wirkende Rollenverteilung in der Ehe gar nicht vorgelegen hat. Zudem ist – mit Ausnahme des privilegierten Erwerbs nach § 1374 Abs. 2 BGB – auch der Vermögenszuwachs in den Ausgleich einbezogen, zu dem der andere Ehegatte in keiner Weise beigetragen haben kann (= „nicht ehebedingt");[412] das gilt signifikant für ehezeitliche Wertsteigerungen des Anfangsvermögens, die Unschärfe der Stichtagsregelungen oder auch nur für das Beispiel der Einbeziehung von Schmerzensgeld. Der sich in der **Zugewinnausgleichsberechnung** ausdrückende, praxisorientierte **Grundsatz der Pauschalierung und Vereinfachung** ist zwar **als Methode legitim,** rechtfertigt aber keinesfalls eine Dispositionsgrenze.

Der Dispositionsbefugnis der Ehegatten ist aus Teilhabegesichtspunkten auch nicht derjenige **Betrag von Anfang an entzogen,** der – nach oben durch den Halbteilungsgrundsatz begrenzt – dem Betrag einer **„hypothetischen Vermögensbildung"** des auf die eigene Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise verzichtenden Ehegatten entsprechen würde.[413] Der Maßstab einer „hypothetischen Vermögensbildung" lässt sich nach Ansicht des BGH nur schwerfällig und mit kaum nachvollziehbaren, rechtssicheren

---

[406] Vgl. BGH NJW 2013, 2753 (2755) = FamRZ 2013, 1543 = DNotZ 2014, 128; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310; BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (605) = NJW 2004, 930; zuvor bereits Münch MittBayNot 2003, 107 (109); zust. Rauscher DNotZ 2004, 524 (528); eher abl. Dauner-Lieb FPR 2005, 141 (143 f.); Rakete-Dombek NJW 2004, 1273 (1277).

[407] BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527 (529) = NJW 2002, 1185 = RNotZ 2002, 179.

[408] BGH NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; zuvor bereits Münch MittBayNot 2003, 107 (109); Rauscher DNotZ 2004, 524 (527 ff.).

[409] S. zu dieser offenen Flanke BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 49; Mayer FPR 2004, 363 (371); Bergschneider FamRZ 2010, 1857; Bergmann FF 2007, 16 (18); zuvor bereits Rakete-Dombek NJW 2004, 1273 (1277); Dauner-Lieb FF 2004, 65 (67); anders Staudinger/Thiele, 2007, Rn. 71.

[410] BGH NJW 2013, 2753 (2755) = FamRZ 2013, 1543 = DNotZ 2014, 128; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2389); FamRZ 2004, 601 (605); Hahne DNotZ 2004, 84 (92 f.); eher abl. Dauner-Lieb/Sanders FPR 2005, 141; Dauner-Lieb FS Brudermüller, 2014, 99 (102).

[411] Vgl. BT-Drs. 10798, 11.

[412] Hierzu auch Koch in Bayer/Koch, Schranken der Vertragsfreiheit, 2007, 79 (82).

[413] So aber Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 580 (605 ff.); Dauner-Lieb AcP 201 (2001), 295 (312 ff.); s. auch Meder, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinngemeinschaft, 2010, 11 ff.; Meder FPR 2012, 113 (116); dagegen jedoch BGH NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269; s. auch Hoppenz FamRZ 2011, 1697 (1699).

Kriterien herleiten.[414] Der Maßstab einer „hypothetischen Vermögensbildung“ kann lediglich in besonderen Einzelfällen erforderlich werden,[415] ist jedoch nicht zu einer verallgemeinerungsfähigen Beschränkung der Dispositionsbefugnis im Güterrecht geeignet.[416] Etwas anderes gilt hingegen für den Maßstab einer **„hypothetischen Versorgungsbiographie“** im Zusammenhang der Anpassung von Ausschlussvereinbarungen zum Versorgungsausgleich. Zudem können die Ehegatten den Maßstab einer „hypothetischer Vermögensbildung“ zum Gegenstand einer vertraglichen Ausgleichsregelung machen.

Auch andere **Begründungsmodelle für einen dispositionsfesten Anspruch auf Teilhabe am Vermögen des anderen Ehegatten** hat der BGH als letztlich nicht handhabbar und dogmatisch nicht überzeugend verworfen.[417] Das gilt beispielsweise für die Theorie vom Ausgleich für den Verzicht eigenverantwortlicher Vermögensbildung als Folge des Verzichts auf eigene Erwerbstätigkeit,[418] für die Theorie vom Ausgleich für die (zeitliche) Ermöglichung des Vermögenserwerbs durch den anderen Ehegatten, und für die Theorie vom Ausgleich für Konsumverzicht während der Ehe. Auch der Forderung, die Modifizierbarkeit der Zugewinngemeinschaft auf den Unternehmensschutz zu begrenzen,[419] ist der BGH nicht gefolgt. Für eine Zurechnung nichtehebedingten Wertzuwachses zum Anfangsvermögen bei gleichzeitig restriktiver Handhabung von Dispositionsmöglichkeiten in der Zugewinngemeinschaft plädiert Brudermüller.[420]

### *c) Vorrang des bedarfsorientierten Ausgleichs*

Die „Kernbereichsferne“ des güterrechtlichen Ausgleichs im Verhältnis zum bedarfsorientierten Scheidungsfolgenrecht begründet der BGH – neben allen anderen Argumenten – erkennbar auch mit seinem Verständnis der (nachehelichen) **Solidarität.**[421] Die sich aus der Solidarität ergebende Verantwortung der Ehegatten füreinander (gerade auch nach der Scheidung) ist typischerweise bedarfs- und versorgungsorientiert, weil die gelebte Ehe zu allererst als ein **Unterhaltsverbund** und nicht als eine Vermögensgemeinschaft zu begreifen ist. Gegenüber den aus der gelebten Ehe als Unterhaltsverbund abgeleiteten Scheidungsfolgen des Nachscheidungsunterhalts und des Versorgungsausgleichs sind die §§ 1363 ff. BGB lediglich auf einen einmaligen Ausgleich gerichtet (§ 1378 Abs. 1 BGB). Während also Unterhalt und Versorgungsausgleich (als Variante des Altersunterhalts) als fortgesetzte Solidarität der Ehegatten durch rentenartige Leistungen den **regelmäßigen (Lebens-)Bedarf des Berechtigten** sichern, stellt das **Güterrecht gerade kein Ausgleichssystem zur Regelung aktueller Bedarfslagen** oder zur bedarfsorientierten Existenzsicherung zur Verfügung.[422] Der BGH entnimmt die wertende Differenzierung zwischen Vermögensausgleich einerseits und bedarfsdeckendem Ausgleich (Unterhalt und Versorgungsausgleich) andererseits gerade auch der Rspr. Des BVerfG in dessen Betonung der Gleichwertigkeit von Erwerbstätigkeit und Familienarbeit für den Bereich des Familienunterhalts.[423] An dieser einschränkenden Bewertung ändert sich im Grundsatz auch nichts dadurch, dass vertragliche

---

[414] Dagegen NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 13; Sanders FF 2013, 239.

[415] Vgl. hierzu BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380.

[416] Zusf. BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 43; Münch FamRB 2013, 160; s. auch Hoppenz FamRZ 2011, 1697 (1699).

[417] Zusf. BGH NJW 2013, 457 (458 f.) = FamRZ 2013, 269 unter Verweis auf Muscheler FamR Rn. 336; ebenso Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (16 f.); zuvor bereits Schwab DNotZ-Sonderheft 1977, 51 (54).

[418] Anders lässt sich allerdings BGH FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2389) lesen.

[419] Dauner-Lieb/Stuhlfelner FF 2011, 382; Dauner-Lieb FS Brudermüller, 2014, 99 ff.

[420] Vgl. Brudermüller FS Hahne, 2012, 121; s. auch den Regelungsgedanken des § 1519 iVm Art. 9 Abs. 2 WZGA (= deutsch-französische Wahl-Zugewinngemeinschaft nach dem Abkommen vom 4.2.2010).

[421] Hierzu auch Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (19).

[422] Vgl. BGHZ 158, 81 (98 f.) = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601; Schwab DNotZ-Sonderheft 2001, 9; Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (117 f.); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 43.

[423] S. hierzu BGHZ 158, 81 (98) = NJW 2004, 930 = FamRZ 2004, 601 unter Verweis auf BVerfGE 105, 1 = FamRZ 2002, 527 (529) = NJW 2002, 1185.

Regelungen zum Güterrecht bei der **Gesamtbetrachtung** ehevertraglicher Vereinbarung im Rahmen der Inhaltskontrolle Bedeutung erlangen können.

Die zur differenzierenden Bewertung herangezogene Unterscheidung zwischen bedarfsorientierten Scheidungsfolgen (Nachscheidungsunterhalt und Versorgungsausgleich) und einmaligem Vermögensausgleich (Zugewinnausgleich) darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass gerade der Versorgungsausgleich nach dem Grundsatz der Realteilung von in der Ehezeit erworbenen Anrechten zur Altersvorsorge eine Form des Vermögensausgleichs darstellt.[424] Hieran ändert sich nichts dadurch, dass der Versorgungsausgleich funktional zur Sicherung der Bedarfsdeckung im Alter beiträgt und deshalb – anders als der Zugewinnausgleich – in der Kernbereichsabstufung auf der zweiten Stufe steht. Tatsächlich ist der Versorgungsausgleich **Teilhabe** an dem in der Ehe erwirtschafteten Vermögen der Ehegatten, nämlich deren **Vorsorgevermögen**.

Der Vorrang aller (bedarfsorientierten) Varianten des Nachscheidungsunterhalts und des Versorgungsausgleichs gegenüber dem güterrechtlichen Ausgleich gilt auch im Ehetypus der **Ein- oder Alleinverdienerehe.** Auch für diesen Ehetypus erkennt der BGH **keine besondere Schutzfunktion des Zugewinnausgleichs** an,[425] der insoweit als Ausgleich für den Verzicht des für die Familienarbeit zuständigen Ehegatten auf eigene Einkommens- und Vermögensbildung und eben nicht nur als (schematische) **Teilhabe** am ehezeitlichen Vermögensaufbau zu begreifen wäre.[426]

Ob dieser Einschätzung des Güterrechts so immer zu folgen ist, bleibt allerdings für Fälle fraglich, in denen der ausgleichspflichtige Ehegatte Altersversorgung ausschließlich durch Vermögensbildung betreibt,[427] also eine **versorgungsäquivalente Funktion** innehat. Hier sind eng gefasste Ausnahmen denkbar, die ein Angewiesensein auf einen ehezeitbezogenen Vermögensausgleich widerspiegeln. Zudem überzeugt der Rückgriff auf bedarfsorientierte Solidaritätsgesichtspunkte dann nicht abschließend, wenn das Scheidungsfolgenrecht insgesamt und vermehrt den **Ausgleich ehebedingter Nachteile** als Legitimation in den Vordergrund rückt; solche können sich nämlich auch in einem unterschiedlichen Vermögenausbau und den faktischen Möglichkeiten hierzu manifestieren. Im Übrigen bedeutet der vom BGH postulierte Vorrang der bedarfsorientierten Ausgleichssysteme (= Unterhaltsverbund) auch, dass im Rahmen der **Ausübungskontrolle** eine Korrektur vertraglichen Vereinbarungen zunächst über den Unterhalt und den Versorgungsausgleich erfolgt.[428]

Gegen eine Kernbereichsferne und den Vorrang bedarfsorientierter Ausgleichssysteme in der Ausübungskontrolle sprechen sich die Empfehlungen des 20. Deutschen Familiengerichtstages 2013 aus; dort heißt es unter II. (Güterrecht) Ziff. 1:[429] „Eine Inhalts- und Ausübungskontrolle ehevertraglicher Gütertrennungs- und modifizierter Zugewinnausgleichsklauseln kommt unter dem Gesichtspunkt der Teilhabegerechtigkeit grundsätzlich in Betracht, und zwar auch dann, wenn daneben ein Anspruch auf gesetzlichen Unterhalt und/oder Versorgungsgleich besteht."

### *d) Disparität bei Vertragsschluss*

Auch für den Fall, dass Indizien für eine Disparität bei Vertragsschluss (zB Schwangerschaft der Ehefrau) vorliegen oder tatsächlich ein Fall der Imparität gegeben ist, führt dies – bei isolierter Betrachtung der güterrechtlichen Vereinbarungen – nicht notwendigerweise zur Annahme der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) eines Verzichts auf den Zugewinnausgleich (oder die Vereinbarung der Gütertrennung), wenn nicht **zugleich ein Ausnutzen der subjektiven Unterlegenheit** festgestellt werden kann. Trotz Imparität kann eine evidente (und objektive) Benachteiligung hinzunehmen sein, wenn für den Ausschluss (oder die Modifikation) des Zugewinnausgleichs **überwiegende, anzuerkennende**

---

[424] Folgerichtig betont bereits BGH NJW 2005, 137 = FamRZ 2005, 26 die strukturelle Verwandtschaft von Versorgungs- und Zugewinnausgleich.

[425] So iErg BGH NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269.

[426] Hierzu ausf. Dauner-Lieb AcP 201 (2001), 295 (312 ff.); s. auch Meder, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinngemeinschaft, 2010, 11 ff.

[427] Vgl. hierzu BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

[428] Vgl. Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (117 f.).

[429] Vgl. FamRZ 2013, 1948.

**und berechtigte Interessen des objektiv bevorzugten Ehegatten** sprechen. Ein solches Interesse ist typischerweise das an der **Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz eines Unternehmens** (zB das dem Begünstigten vorhersehbar durch Erbfolge in Zukunft anfallende Geschäft seiner Eltern; der Wertzuwachs eines Unternehmens aus der Anfangsvermögen etc) als Wirtschafts- und Lebensgrundlage.[430] Die Durchsetzung eines legitimen Interesses ist – auch im Bereich des Güterrechts – gerade nicht durch das Ausnutzen einer ungleichen Verhandlungsstärke indiziert.

Gestaltungen, die einzelne Vermögensgegenstände oder Sachgesamtheiten aus dem Zugewinnausgleich herausnehmen sind hiernach in einem besonders hohen Maß von der Dispositionsfreiheit erfasst. Ein legitimes Interesse an der Herausnahme liegt idR immer vor.

Der BGH betont allerdings, dass im Einzelfall eine **Gesamtschau** („Gesamtbetrachtung") der Versorgungs- und Existenzsicherungssituation des nicht oder nicht voll erwerbstätigen Ehegatten anzustellen und für die Beurteilung der vertraglichen Regelungen letztendlich maßgebend ist. Die Gesamtschau kann wiederum zur **Gesamtnichtigkeit** des Ehevertrags – und zwar auch unter Einbeziehung der güterrechtlichen Regelungen – ohne Rücksicht auf **salvatorische Klauseln** führen.[431] Das gilt insbesondere, wenn bereits die Gesamtwürdigung eines Ehevertrags ergibt, dass dessen Inhalt für einen Ehegatten **ausnahmslos** (oder gezielt) **nachteilig** ist und dessen Einzelregelungen gerade nicht durch berechtigte Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt werden.[432] In einem solchen Fall erfasst die Nichtigkeitsfolge notwendig den gesamten Vertrag und zieht die güterrechtlichen Regelungen „mit ins Verderben",[433] ohne dass für eine Teilwirksamkeit der güterrechtlichen Regelungen Raum bliebt.[434]

Gefährdet sind insbesondere **„Global- bzw. Totalverzichtsvereinbarungen",** bei denen zusätzlich zum güterrechtlichen Ausgleich oder der Vereinbarung der Gütertrennung auf alle teilhabebezogenen Scheidungsfolgen (Nachscheidungsunterhalt, Versorgungsausgleich) verzichtet wird.[435] Regelmäßig sind in derartigen Fällen bei isolierter Prüfung der Vertragsklauseln nicht die Vereinbarungen zum Güterrecht unwirksam.

### *e) Zugewinnausgleich in der Ausübungskontrolle*

Die Maßgaben der **Ausübungskontrolle** sind grundsätzlich auch auf güterrechtliche Vereinbarungen der Ehegatten anwendbar; das soll möglicherweise sogar für den vertraglich herbeigeführten **Güterstandeswechsel,** beispielsweise von der Zugewinngemeinschaft in die Gütertrennung gelten.[436] Gehen die Ehegatten beim Abschluss eines Ehevertrags, der den lebzeitigen Zugewinn ausschließt oder die Gütertrennung herbeiführt übereinstimmend davon aus, beide werden in Zukunft nachhaltig auskömmliche Erwerbseinkünfte erzielen, aus denen jeder Vermögen aufbauen kann (geplanter Ehetypus:

---

[430] Ausf. BGH NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 f.; ebenso Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (117); s. auch SWK-FamR/Reetz Inhalts- und Ausübungskontrolle Rn. 27.

[431] Vgl. BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider; BGH NJW 2008, 3426 Rn. 23 f. = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider.

[432] Vgl. BGH NJW 2008, 3426 Rn. 23 f. = FamRZ 2008, 2011 mAnm Bergschneider.

[433] Bergschneider Eheverträge 62.

[434] Vgl. Ls. aus BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider.

[435] Vgl. BGH NJW 2006, 2331 = FamRZ 2006, 1097 mAnm Bergschneider; OLG Nürnberg BeckRS 2008, 26148 = FamRZ 2005, 454; OLG Hamm FPR 2004, 26 = FamRZ 2004, 545; OLG Celle BeckRS 2004, 30469849 = FamRZ 2004, 1489 mAnm Bergschneider (Schwangerschaft).

[436] Vgl. BGH NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978 mAnm Bergschneider; wohl auch Wagenitz in Höland/Sethe, Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1 (19); keine Ausübungskontrolle der Güterstandswahl zur Gütertrennung hält Braeuer Zugewinnausgleich Rn. 892 für möglich.

partnerschaftliche Doppelverdienerehe[437]) und lässt sich diese Vorstellung als gelebter Ehetypus nachvertraglich nicht verwirklichen (entgegen des geplanten Ehetypus entsteht eine Großfamilie und Einverdienerehe[438]), liegen grundsätzlich die Voraussetzungen eines Anpassungsfalls zum Güterrecht im Rahmen der Ausübungskontrolle vor.[439] Voraussetzung ist allerdings, dass die gegenüber dem geplanten Ehetypus verändert herbeigeführten Lebensumstände in den gemeinsamen Risikobereich der Ehegatten fallen.[440]

Die **tatrichterliche (nachtägliche) Anpassung einer Güterstandswahl** (= genereller Ehevertrag) wie beispielsweise der ehevertraglich herbeigeführten Gütertrennung, ist abzulehnen, weil sie wegen der weitreichenden Wirkungen des Güterstands über scheidungsbezogene Ausgleichsmechanismen hinausgehen müsste. Unverhältnismäßige Drittwirkung hätte eine Anpassung der gesamten Güterstandswahl beispielsweise auf das **güterstandsbezogene Erb- und Pflichtteilsrecht** (§ 1931 Abs. 1, § 1371 Abs. 1 BGB).[441] Liegen in eng begrenzten Einzelfällen die Voraussetzungen für eine Anpassung im Wege der Ausübungskontrolle vor, ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und ohne Eingriff in den Güterstand als solchen eine Kompensation durch einen sonstigen schuldrechtlichen Ausgleich herzustellen. Der subsidiäre schuldrechtliche Ausgleich ist sodann durch einen fiktiv zu berechnenden Zugewinnausgleich **der Höhe nach begrenzt** und zugleich auf den **Nachteilsausgleich** beschränkt.[442] Jedenfalls wird – aus den vorgenannten Gründen – die Anpassung einer „modifizierten Zugewinngemeinschaft", die zu keinem Güterstandswechsel führt, für eher möglich gehalten als der Eingriff in den Güterstand als solchen.[443]

Allerdings wird sich eine wirksam vereinbarte Gütertrennung oder der wirksam ehevertraglich herbeigeführte (modifizierende) Ausschluss des Zugewinns für den Scheidungsfall nur **unter sehr engen** („engsten"[444]) **Voraussetzungen** als rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) oder anpassungserforderlich (§ 313 BGB) erweisen.[445] Insgesamt sind die Mittel der Ausübungskontrolle gegenüber Güterrechtsvereinbarungen außerordentlich restriktiv und **nachrangig vor anderen Ausgleichsmechanismen** anzuwenden.[446] Der BGH äußerst sich insgesamt erkennbar zurückhaltend und merkt zur Ausübungskontrolle von güterrechtlichen Vereinbarungen an: „völlig ausgeschlossen ist dies aber nicht". Genaue Kriterien einer Anpassung wirksamer güterrechtlicher Vereinbarungen im Wege der Ausübungskontrolle lassen sich (noch) nicht erkennen. Nicht ausreichend ist es jedenfalls, dass sich die beiderseitigen Vermögensverhältnisse entgegen den ursprünglichen Planungen in einem besonders auffälligen Missverhältnis entwickelt haben.[447] Eine solche Möglichkeit liegt schlicht in der Natur der Eheführung, die bewusst und vertraglich vereinbart auf Vermögensausgleich zu verzichten. Im Einzelfall

---

[437] Den in der Kautelarpraxis entwickelten Begriff verwendet BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 18 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415.

[438] Bsp. OLG Hamm MittBayNot 2006, 511; s. auch OLG Celle NJW-RR 2008, 881.

[439] BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (389); BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (608) = DNotZ 2004, 550 = NJW 2004, 930; OLG Celle NJW-RR 2008, 881; OLG Hamm MittBayNot 2006, 511 (ohne nähere Auseinandersetzung mit vorrangigen Korrekturmöglichkeiten).

[440] BGH NJW 2015, 52 (55 mwN) = FamRZ 2014, 1978.

[441] Hierzu auch Bergschneider Eheverträge 64 f.

[442] Dies deutet auch BGH NJW 2015, 52 (55) = FamRZ 2014, 1978 an; s. auch Braeuer FamRZ 2014, 78 (80 f.); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 48 f.

[443] Vgl. Braeuer Zugewinnausgleich Rn. 892 f.

[444] So die Diktion in BGH NJW 2015, 52 (55) = FamRZ 2014, 1978.

[445] BGH FamRZ 2005, 691 = DNotZ 2005, 705 = NJW 2005, 1370; NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444; NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 mAnm Bergschneider; NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386; nicht überzeugend OLG Celle NJW-RR 2008, 881; s. auch MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 65; NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 13 Fn. 9; Bergschneider FamRZ 2006, 269; Dauner-Lieb FF 2004, 61 (62 und 67).

[446] AA Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 580 (591).

[447] AA NK-FamR/Bergschneider Rn. 26, der gerade in diesem Fall auf § 242 zurückgreifen will.

können allerdings **nebengüterrechtliche Ausgleichsansprüche** zur Anwendung kommen und letztlich unzumutbare Ergebnisse beseitigen oder abmildern.

Höchstrichterliche Rspr. Zur Anpassung güterrechtlicher Regelungen im Wege der **Ausübungskontrolle** ist – soweit bekannt – bisher nicht ergangen. Allerdings behebt oder mildert der BGH (erhebliche) nachteilige Auswirkungen gelegentlich durch die Zuerkennung rein schuldrechtlicher Ausgleichsansprüche, etwa aus einer **Ehegatten-Innengesellschaft** oder einem **familienrechtlichen Kooperationsvertrag**.[448] Derartige – nicht güterrechtliche Ausgleichsmechanismen – stehen der restriktiven Handhabung der Inhaltskontrolle im Bereich des Güterrechts nicht entgegen und widerlegen auch nicht deren dogmatischen Ansatz,[449] weil sie letztlich auf einer in jedem Einzelfall feststellbaren vertraglichen Grundlage beruhen, die auch in der Zugewinngemeinschaft bestehen kann.

Liegen ausnahmsweise Fälle einer **werterhöhenden Zuwendung** (Leistungserbringungen) **im Endvermögen** des durch den Ehevertrag begünstigten Ehegatten vor, die beispielsweise **Schwiegereltern** erbracht haben (zB Werkleistungen durch den Schwiegervater am Familienwohnheim, das im Eigentum des Schwiegerkindes steht), sind vorrangig Ausgleichsansprüche infolge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eines konkludent geschlossenen familienrechtlichen Kooperationsvertrags oder einer Schwiegereltern-Sachzuwendung zu prüfen.[450] Da im Falle **schwiegerelterlicher Zuwendungen** eine Schenkung im Verhältnis zwischen Schwiegerkind und Schwiegervater/-eltern zustande kommt, kommt es auf die Frage, ob das eigene Kind über eine Anpassung güterrechtlicher Vereinbarungen im Wege der Ausübungskontrolle an der Zuwendung profitieren muss, regelmäßig nicht (mehr) an.[451] Die gleichen Grundsätze gelten bei Zuwendungen anderer naher Verwandter, bei denen der Fortbestand der Ehe ebenfalls die Geschäftsgrundlage der Zuwendung darstellt.

### *f) Funktionsäquivalenz von Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich*

Selbst in der Einverdienerehe und bei gleichzeitiger **Funktionsäquivalenz von Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich** kann sich der benachteiligte Ehegatte nur ausnahmsweise und unter „engsten Voraussetzungen“[452] auf § 242 BGB berufen, um das Durchsetzen wirksamer güterrechtlicher Vereinbarungen ganz oder auch nur teilweise im Wege der Ausübungskontrolle zu verhindern.[453] Das ergibt sich nach Ansicht des BGH bereits daraus, dass der in Fällen der Funktionsäquivalenz erlittene Versorgungsnachteil vorrangig und systemgerecht über den Versorgungsausgleich auszugleichen ist, nicht jedoch durch ein „**Hinübergreifen**“ in güterrechtliche Vereinbarungen.[454] Im Verhältnis der Ausgleichssysteme Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich folgt dies daraus, dass das Gesetz diesen unterschiedliche Vermögensbestandteile der Ehegatten zugeordnet hat (= „Vorsorgevermögen“

---

[448] Darauf weist ausdr. Hahne DNotZ 2004, 84 (92 f.) hin; BGHZ 127, 48 = FamRZ 1994, 1167 (Ausgleich nach jahrelanger Mitarbeit im Unternehmen des Ehegatten trotz Gütertrennung); BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (461) unter Verweis auf Büte Zugewinnausgleich Rn. 527; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 64 f.

[449] Vgl. Hahne DNotZ 2004, 84 (92 f.).

[450] BGH FamRZ 2010, 985 mAnm Wever; FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (461) unter Verweis auf Büte Zugewinnausgleich Rn. 527; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 64 f.; s. auch Hahne DNotZ 2004, 84 (92 f.).

[451] BGH NJW 2015, 1014 = FamRZ 2015, 393; FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (461); BGHZ 184, 190 = NJW 2010, 2202 = FamRZ 2010, 958; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 64 f.; Börger in Göppinger/Börger, 10. Aufl. 2013, Ehescheidung Teil 6 Rn. 35.

[452] BGH NJW 2015, 52 (55) = FamRZ 2014, 1978.

[453] BGH BeckRS 2018, 16247 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; FamRZ 2014, 1978 = NJW 2015, 52 (54 f.); FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (461); NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386; OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220; nur OLG Celle FamRZ 2008, 2115 (2116) kommt zur Durchführung des Zugewinnausgleichs im Wege der Ausübungskontrolle; s. auch OLG Hamm MittBayNot 2006, 511, allerdings ohne Auseinandersetzung mit vorrangigen Korrekturmöglichkeiten.

[454] BGH FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (461) unter Verweis auf Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl. 2009, Rn. 46; Münch FamRB 2008, 350 (353 f.).

und „sonstiges Erwerbsvermögen“) und für deren Ausgleich sehr unterschiedliche Mechanismen bereithält.[455] Der BGH scheint zudem davon auszugehen, dass Versorgungsnachteile – wenn eine systemkonforme Anpassung nicht zu erlangen ist – vorrangig über den Nachscheidungsunterhalt beseitigt werden können.[456] Für einen „hinübergreifenden“ – güter- oder vermögensrechtlichen – Nachteilsausgleich verbleibt daher regelmäßig wenig Raum; vielmehr kann auch insoweit von einem Grundsatz der **subsidiären Ausübungskontrolle wirksamer güterrechtlicher Vereinbarungen** ausgegangen werden.

Gegen ein „Hinübergreifen“ in das Güterrecht (wie auch in den Versorgungsausgleich) im Wege der Ausübungskontrolle spricht zudem, dass das VersAusglG für beide Ausgleichssysteme nicht nur sehr unterschiedliche Mechanismen bereithält. Vielmehr differenziert das VersAusglG bereits auf der Ebene des ehezeitbezogenen Anrechteerwerbs ausdrücklich (und wohl auch abschließend) nach der von den Ehegatten vorgenommenen konkreten Funktionszuweisung des Vermögens. Das wird deutlich, wenn durch **§ 2 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG** der **Anrechteerwerb aus „Vermögen“** gänzlich ohne Rücksichtnahme auf güterrechtliche Wertungen in Bezug auf die Mittelherkunft dem Versorgungsausgleich zugeordnet wird. Hinzu kommt, dass das Gesetz in **§ 2 Abs. 4 VersAusglG** ein klares **Vorranggebot** und damit letztlich auch eine klare Trennung beider Scheidungsfolgenbereiche kodifiziert. Hierdurch soll erreicht werden, dass nicht etwa eine allgemeine Funktionszuweisung an das Vermögen (nämlich die Sicherung des Alters zu verbessern oder zu gewährleisten) über das Ausgleichssystem entscheidet, sondern nur diejenige, durch die Vermögen konkret und ausdrücklich in einen Anrechteerwerb zur Altersvorsorge investiert wird.

Der BGH[457] hält folgerichtig den wirksamen Ausschluss des Zugewinnausgleichs für nicht anpassungsbedürftig, wenn der begünstigte Ehegatte – entsprechend den gemeinsamen Vorstellungen der Parteien bei Vertragsschluss – in der Ehe einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und deshalb keine Anrechte, die dem Versorgungsausgleich unterliegen, erworben hat (und der letztlich benachteiligte Ehegatte auf den Zugewinnausgleich nicht angewiesen ist). Eine später auftretende Versorgungslücke des durch die güterrechtliche Vereinbarung benachteiligten Ehegatten ist in einer solchen Konstellation keine Folge des fehlenden güterrechtlichen Ausgleichs, sondern gerade das Ergebnis des von Anfang an planmäßigen Nichterwerbs von Versorgungsanrechten.

Grundsätzlich dominiert in der Rspr. des BGH die Auffassung, dass die einzelnen Scheidungsfolgen streng isoliert zu betrachten und ein kompensierendes **„Hinübergreifen“** in andere Scheidungsfolgen, und damit auch in das Güterrecht, abzulehnen ist. Daher kommt selbst in Fällen einer sich aufdrängenden **Funktionsäquivalenz** unterschiedlicher Scheidungsfolgen nur in besonders gelagerten **Ausnahmefällen** der **Unzumutbarkeit** und des **Angewiesenseins** eine Anpassung güterrechtlicher Vereinbarungen im Rahmen der Ausübungskontrolle in Betracht.[458] Es ist nicht abschließend geklärt, welche **„engen“ Kriterien** vorliegen müssen, die einerseits die Annahme der „Unzumutbarkeit“ und des hinübergreifenden „Angewiesensein“ auf zugewinnausgleichsrechtliche Ansprüche (beispielsweise zur Sicherstellung der Altersvorsorge) rechtfertigen und andererseits eine vorrangige Kompensation über den Nachscheidungsunterhalt ausschließen.[459] Der BGH hat jedoch wiederholt klargestellt, dass **Korrekturen mittels Ausübungskontrolle** der güterrechtlichen Vereinbarungen vorstellbar sind.[460]

(Extremes) **Beispiel:**[461] Die Eheleute der anfänglichen partnerschaftlichen Doppelverdienerehe schlossen kurz vor ihrer Hochzeit Zugewinn und Versorgungsausgleich wirksam aus. Anders als nach der geplanten Eheführung beabsichtigt, betreut die Frau 14 Jahre die gemeinsamen Kinder und später den erkrankten Ehemann. Der Ehemann hatte zunächst in einem erheblichen Umfang Beiträge in die gRV eingezahlt; diese aber kurz vor Eheende erstattet bekommen, weil er als Organ einer GmbH keine Anrechte in der gRV erwerben konnte. Die Voraussetzungen zur faktischen Anpassung des wirksamen Ehevertrages nach § 242 BGB

---

[455] Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (118).

[456] BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 (388).

[457] BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386; FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

[458] Vgl. insgesamt BGH FamRZ 2014, 1978 = NJW 2015, 52 (Ls. 4).

[459] Hierzu auch Dauner-Lieb FPR 2005, 141; Dauner-Lieb AcP 210 (2010), 580 (603); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 49; Grüneberg/Siede, BGB § 1408 Rn. 9.

[460] BGH BeckRS 2018, 16247 Rn. 24 = DNotZ 2018, 835 = FamRZ 2018, 1415 mAnm Bergschneider; NJW 2013, 380; FamRZ 2013, 269 = NJW 2013, 457 (461); FamRZ 2014, 1978 = NJW 2015, 52 (54 f.); offengelassen in OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220.

[461] OLG Celle NJW-RR 2008, 881 = FamRZ 2008, 2115 (2116) mAnm Bergschneider; hierzu auch Münch FamRB 2008, 350; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2013, Rn. 50 ff.

liegen vor. Allerdings setzt eine Anpassung im Versorgungsausgleich eine signifikante „ehebedingte Lücke in der Versorgungsbiographie“ der Ehefrau voraus. Eine Teilhabe an den „funtionsäquivalenten“ Beträgen aus der Rückerstattung der gRV (die sich im Endvermögen des Mannes befinden), scheitert an der wirksamen güterrechtlichen Vereinbarung. Die Frau ist allerdings auf Alterssicherung angewiesen. Ist der ehebedingte Nachteil nicht bereits „anderweitig kompensiert“ und kann auch nicht über Unterhalt beseitigt werden, bliebe nur eine Anpassung der güterrechtlichen Regelungen zur Nachteilsausgleichung.

Vorrangig betroffen dürften **Konstellationen der Einverdienerehe** (jedenfalls keine Doppelverdienerehe) sein, in denen der haushaltführende Ehegatte, der zugunsten der Familienarbeit auf die Ausübung einer versorgungsbegründenden Erwerbstätigkeit verzichtet hat, im Falle der Scheidung im Versorgungsausgleich keine Kompensation für seine Nachteile beim Aufbau von Versorgungsvermögen erlangt, weil sein (selbstständig) erwerbstätiger Ehegatte aufgrund seiner individuellen Vorsorgestrategie keine nennenswerten Versorgungsanrechte erworben, sondern seine Altersvorsorge bei vereinbarter Gütertrennung (oder modifizierter Zugewinngemeinschaft) allein auf die Bildung sonstigen Vermögens ausgerichtet hat. Hier kann es auf der Ebene der Ausübungskontrolle zu einem schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch zum Aufbau der entgangenen Versorgungsanrechte – doppelt begrenzt durch den „ehebedingten Versorgungsnachteil“ und die Höhe eines „fiktiven Zugewinnausgleichs“ analog § 1378 Abs. 1 BGB – kommen.[462]

Die Kriterien für derartige Ausnahmefälle eines „Hinübergreifens“ werden schon aus Gründen der **Rechtssicherheit** und der **Berechenbarkeit** eng sein müssen. Denn auch bei unveränderter Anwendung des Scheidungsfolgenrechts ohne modifizierende vertragliche Regelungen wird man ein Hinübergreifen in das sonstige Vermögen eines Ehegatten für den Fall eines „Angewiesenseins“ zur Sicherstellung der Altersvorsorge außerhalb des Versorgungsausgleichs oder des Nachscheidungsunterhalts kaum begründen können. Zudem ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber den Fall eines „Hinübergreifens“ primär durch den „Altersvorsorgeunterhalt“ (§ 1578 Abs. 3 BGB) hergestellt hat. Keine Ansatzpunkte sind indes erkennbar, dass der Gesetzgeber ein „Hinübergreifen“ in das sonstige Vermögen ermöglichen wollte.

## 2. Betreuungsunterhalt (§§ 1570, 1585c BGB)

### *a) Kernbereich und Schutzzweck*

Zum **Kernbereich** des Scheidungsfolgenrechts gehört auf der **obersten Stufe** der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB).[463] Mit Blick auf seine (auch) drittschützende Funktion in Richtung auf eine altersgemäße Entwicklung des betreuten Kindes und die verfassungsrechtliche Bedeutung des Kindeswohls, unterliegt der Betreuungsunterhalt nach § 1570 Abs. 1 BGB **nur in einem eingeschränkten Umfang der freien Dispositionsbefugnis** der Ehegatten und Eltern. Die hohe Wertigkeit des Betreuungsunterhalts im System der Kernbereichsabstufung korrespondiert dabei mit seiner Funktion. Er soll es dem betreuenden Ehegatten – zumeist der Mutter – überhaupt erst ermöglichen, sich für eine **kindgerechte, persönliche Betreuung** entscheiden zu können.[464] Als Ausdruck der Kindesinteressen stellt der Betreuungsunterhalt zudem sicher, dass das Kind nach der Trennung der Eltern nicht auch noch weitgehend auf die persönliche Betreuung durch einen Elternteil verzichten muss, weil dieser seinen Lebensunterhalt vollständig durch eigene Erwerbstätigkeit verdienen muss.[465]

Bewirkt eine ehevertragliche Vereinbarung eine **rigide Herabsetzung des Lebensstandards** des betreuenden und unterhaltsberechtigten Elternteils, beeinflusst das evident die Gestaltung der Betreuung als solche. Das hat regelmäßig erhebliche Auswirkungen auf das Wohl der bei Abschluss des Vertrags gewünschten oder für möglich gehaltenen, gemeinsamen Kinder, für die der betreuende Elternteil (zumeist die Ehefrau) persönlich zur Verfügung stehen soll.[466]

---

[462] BGH FamRZ 2014, 1978 = NJW 2015, 52 (54 f.) unter Verweis auf Münch FamRB 2008, 350 (354); Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2013, Rn. 50 ff.; s. auch OLG Celle NJW-RR 2008, 881 = FamRZ 2008, 2115 (2116) mAnm Bergschneider.

[463] Vgl. etwa BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (381); FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2388); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 28.

[464] BGH FamRZ 2005, 1449 (1451) = NJW 2005, 2392; BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 Rn. 31; MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 107.

[465] Vgl. etwa BGH NJW 1996, 1815 (1816).

[466] Vgl. OLG Celle NJW 2018, 3462 Rn. 24 = BeckRS 2018, 22277.

Die durch die Betreuung gemeinsamer Kinder realisierten (und ggf. bleibenden) **Nachteile in der Erwerbsbiografie** des betreuenden Ehegatten sind in signifikanter Weise **ehebedingt.** Anfängliche Sittenwidrigkeit kann sich demnach ergeben, wenn **ehebedingte Nachteile** in der Erwerbsbiografie des betreuenden Ehegatten, die gerade infolge der Kinderbetreuung entstanden sind oder zwangsläufig entstehen (werden), unterhaltsrechtlich in einem Ehevertrag oder durch eine Scheidungsvereinbarung **festgeschrieben** werden sollen und auf diese Weise (kompensationslos) verbleiben. Hiervon kann auch ein Verzicht auf die elternbezogene Verlängerung nach § 1570 Abs. 2 BGB erfasst sein. Sittenwidrig sind zudem Vereinbarungen, die den betreuenden Elternteil im Ergebnis **gezielt zusätzlich belasten,** wie beispielsweise durch die Kombination von Verzichten und **Freistellungsvereinbarungen** zugunsten des barunterhaltspflichtigen Ehegatten.[467]

### *b) Umfang des Schutzgehalts*

Vom Schutzgehalt umfasst ist nicht nur der **Elementarunterhalt,** sondern auch der **Alters-, Kranken- und Pflegevorsorgeunterhalt** nach § 1578 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 BGB („Vorsorgeunterhalt"), wenn durch dessen Gewährung ehebedingte Nachteile in der Vorsorgebiografie beseitigt werden.[468] Die sich durch die Betreuung ergebende Lastenverteilung kann nicht lediglich auf den Elementarunterhalt durchschlagen und die bedarfsrelevanten Elemente des Vorsorgeunterhalts aussparen.[469] Besteht für eine geschiedene Ehefrau die Notwendigkeit zum Abschluss einer **privaten Krankenversicherung,** um den Umfang ihres in der Ehe gewährten Versicherungsschutzes aufrechtzuerhalten, kann in den hierdurch ausgelösten Mehrkosten ein fortwirkender ehebedingter Nachteil liegen.[470]

Da der **Vorsorgeunterhalt** nach § 1578 Abs. 2 und 3 BGB lediglich eine Frage der Höhe des geschuldeten Unterhalts ist, richtet sich die Disponibilität nach dem insgesamt auslösenden Unterhaltstatbestand, hier also § 1570 BGB.[471] Grundsätzlich kann der Vorsorgeunterhalt auf den Ausgleich des ehebedingten Nachteils beschränkt werden.[472]

### *c) Der Disposition nicht gänzlich entzogen*

Trotz hoher Kernbereichseinstufung und drittbezogener Schutzrichtung ist der **Betreuungsunterhalt einer vertraglichen Modifikation nicht gänzlich entzogen.**[473] Grundsätzlich kann daher auch auf den Betreuungsunterhalt ganz oder teilweise verzichtet werden.[474] Das gilt erst recht, wenn dem

---

[467] Vgl. den Fall zu BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (959 f.) = FamRZ 2001, 343 – Ehevertrag I.

[468] Vgl. BGH FamRZ 2005, 1449 (1451) mAnm Bergschneider = NJW 2005, 2392 = DNotZ 2005, 857 mAnm Münch.

[469] BGH FamRZ 2005, 1449 (1451) mAnm Bergschneider = NJW 2005, 2392 = DNotZ 2005, 857 mAnm Münch; NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 21.

[470] Vgl. OLG Hamm NJW-RR 2010, 577.

[471] Vgl. BGH FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391 (2392); ebenso Koch in Koch UnterhaltsR Rn. 2279; Bergschneider Verträge Familiensachen Rn. 384; anders noch BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (605) = NJW 2004, 930.

[472] BGH FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391 (2392); NJW 2013, 380 = FamRZ 2013, 195; Bergschneider Verträge Familiensachen Rn. 385 mit Fallbeispiel.

[473] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; NJW 2013, 380 Rn. 19 = FamRZ 2013, 195; BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930.

[474] BGH NJW 2013, 380 Rn. 19 = FamRZ 2013, 195; FamRZ 2006, 1359 = NJW 2006, 3142 (3145) mAnm Rakete-Dombek; s. zuvor bereits BGH FamRZ 1985, 787 = NJW 1985, 1835 (1836).

begehrenden Ehegatten auch nach den gesetzlichen Regelungen kein Betreuungsunterhalt zustünde.[475] Im Hinblick auf den Umfang von Dispositionsmöglichkeiten der Ehegatten ist – unabhängig von den einzelfallbezogenen Unterschieden – zwischen kind- und eltern- bzw. ehebezogenen Elementen des Betreuungsunterhalts zu unterscheiden. Große Unsicherheiten bestehen, welche Maßstäbe bei einer eltern- bzw. ehebezogenen Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach § 1570 Abs. 2 BGB anzuwenden sind.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der grundsätzlichen Gleichstellung des Basisunterhalts nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB mit demjenigen des nichtehelichen Elternteils nach § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB. Insbesondere folgt aus dem Verzichtsverbot des § 1615l Abs. 3 S. 1 iVm § 1614 Abs. 1 BGB kein Verzichtsverbot für die kindbezogenen Elemente des Betreuungsunterhalts.[476] Eine grundrechtsrelevante Ungleichbehandlung liegt nicht vor, weil das Gesetz für den Fall der Ehescheidung vielfältige Folgeansprüche und eine potenziell höhere Bemessungsgrundlage aus dem Unterhaltsverbund der Ehe und einen Vermögensausgleich zur Verfügung stellt. Zudem ist Ausgangspunkt der Unterhaltsbemessung bei Scheidung die (höheren) ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 Abs. 1 BGB im Unterschied zum angemessenen Bedarf nach § 1615l Abs. 3 S. 1 iVm § 1610 Abs. 1 BGB.

Eingeschränkte Dispositionsbefugnisse betreffen vorrangig den **kindbezogenen Betreuungsunterhalt nach § 1570 Abs. 1 BGB,** einschließlich der **Verlängerungsmöglichkeit nach § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB;** teilweise wird sogar eine grundsätzliche Unwirksamkeit bzw. Undurchsetzbarkeit von Verzichtsvereinbarungen zum Betreuungsunterhalt aus kindbezogenen Gründen gesprochen.[477] Besonderen Schutz genießt dabei der sog. **Basisunterhalt** nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. auch § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB = 3-Jahresgrenze).[478] Selbst wenn der nunmehr betreuende Ehegatte bereits vor Erreichen des dritten Lebensjahres des Kindes in der gelebten Ehe eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hatte, sollte von einem Verzicht auf den Basisunterhalt abgesehen werden, weil der betreuende Ehegatte regelmäßig berechtigt sein wird, die Erwerbstätigkeit zugunsten der persönlichen Betreuung zu reduzieren oder gar aufzugeben.

Eine **kindbezogene Verlängerung nach § 1570 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB** kommt auch infrage, wenn das Kind bislang mehr oder weniger umfassend zu Hause betreut worden ist und damit die Kindesbelange einem abrupten Verweis des betreuenden Elternteils auf eine (Vollzeit-)Erwerbstätigkeit entgegenstehen (= Übergangsregelung). Unbedingt zu beachtende, kindbezogene Gründe sind neben allgemeinen Fragen aus dem Bereich der Fremdbetreuungsmöglichkeiten immer gesundheitliche Belange des Kindes, die im Rahmen einer Fremdbetreuung nicht kindgerechten aufgefangen werden können. Bei der Gestaltung von Scheidungsvereinbarungen werden kindbezogene Verlängerungsgründe (§ 1570 Abs. 1 S. 3 BGB) häufig in ein individuelles, auf das Kind zugeschnittenes Altersphasenmodell münden.[479] Im Übrigen sind die kindbezogenen Verlängerungsmöglichkeiten – unter Beachtung der Belange des Kindes – im Rahmen der typisierten Billigkeitserwägungen nach § 1570 Abs. 1 S. 3 BGB vertraglich gestaltbar.[480]

Nicht geklärt ist hingegen, ob auch die **eltern- bzw. ehebezogene Verlängerungsmöglichkeit § 1570 Abs. 2 BGB** zur obersten Stufe des Kernbereichs zählt und nur eingeschränkt disponibel ist. Jedenfalls hat der Gesetzgeber mit der Neugestaltung des nachehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung aufgegeben.[481] Zudem besteht der Anspruch nach § 1570 Abs. 2 BGB nur, solange der betreffende Elternteil das Kind auch tatsächlich betreut.[482] Richtigerweise ist eine vertragliche Gestaltung möglich, und zwar unabhängig von den Wertungen der Parallelvorschrift des § 1615l BGB.[483] Maßgeblich ist das in der Ehe gewachsene Vertrauen in die vereinbarte und vor allem auch die praktizierte Rollenverteilung, sowie die vor der Trennung der Ehegatten gemeinsam geschaffene Ausgestaltung der

---

[475] OLG Jena NJW-RR 2010, 649; Koch in Koch UnterhaltsR Rn. 2278.

[476] So aber wohl NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 20; s. auch Eickelberg RNotZ 2009, 1 (25 mwN); Goebel FamRZ 2003, 1513 (1518); Schwab in Limmer/Schwab, Scheidung, Trennung, Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, 2008, 68 (83).

[477] NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 20; Schumann FF 2007, 227 (229); Peschel-Gutzeit FPR 2008, 24 (26); zu Recht diff. Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 70 ff.

[478] Vgl. Bergschneider FamRZ 2007, 1312 (1313); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 40; zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit der zeitlichen Grenze BVerfGE 118, 45 = FamRZ 2007, 965; s auch MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 69.

[479] Vgl. BeckFormB BHW/Reetz Form. V. 24 Anm. 5.

[480] So iErg auch Bergschneider DNotZ 2008, 95; Eickelberg RNotZ 2009, 1 (25); Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 77 f.

[481] BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 = NJW 2009, 1876.

[482] BGH FamRZ 2010, 1050 = NJW 2010, 2277 = NotBZ 2011, 290.

[483] Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 388 ff.; Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 80 mwN; aA NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 20.

Kinderbetreuung.[484] Vorsicht ist geboten, wenn § 1570 Abs. 2 BGBtatsächlich und erkennbar die Funktion eines Ausgleichs ehebedingter Nachteile übernimmt.

Sowohl nach der seit der Grundsatzentscheidung des BGH v. 10.2.2004 ergangenen Rspr., als auch unter Einbeziehung der Änderungen des § 1570 durch das UÄndG 2008[485] sind vertragliche Gestaltungen möglich, die es dem betreuenden Elternteil **während jeder Altersphase des Kindes** gestatten (also grundsätzlich auch der nach § 1570 Abs. 1 S. 1), ohne Betreuungseinbußen einer Erwerbs- und Berufstätigkeit nachzugehen und ggf. dritte Personen bereits vor und nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes zu dessen Betreuung heranzuziehen.[486] Damit einher geht die Möglichkeit, unter Beachtung des Kindeswohls auch eine zeitliche und/oder höhenmäßige Begrenzung der Unterhaltsgewährung (auch stufenweise) ehevertraglich zu vereinbaren.[487]

§ 1570 Abs. 1 BGB schützt im Übrigen nicht nur die Betreuung minderjähriger Kinder.[488] Auch die persönliche Betreuung eines volljährigen, aber ggf. behinderten Kindes kann die kindbezogene, verlängerte Unterhaltsgewährung nach § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB begründen. Hierbei ist allerdings darzulegen und notfalls zu beweisen, dass die Betreuung in einer geeigneten Betreuungseinrichtung nicht sichergestellt werden kann. Die Erwerbsobliegenheit richtet sich insoweit nach dem Umfang, den der betreuende Elternteil noch persönlich zu erbringen hat.[489]

Für die Gestaltungspraxis geht es vielfach um Fragen der Vereinbarung von **Unterhaltshöchstgrenzen** bzw. **-beträgen** (und ggf. der Gewährungsdauer) unter Abweichung vom Maßstab der **ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 Abs. 1 BGB.**[490] Insgesamt kann zur Konkretisierung auf die Billigkeitserwägungen des **§ 1578b Abs. 1 BGB** zurückgegriffen werden, weil insoweit der Ausgleich ehebedingter Nachteile und der Gedanke der nachehelichen Solidarität einbezogen ist. Eine grundsätzliche Beschränkung von Begrenzungsvereinbarungen auf „gehobene Einkommensverhältnisse" ist nicht gerechtfertigt.[491]

### *d) Vereinbarung individueller Altersphasenmodelle*

Auch wenn das Abstellen der Gerichte auf ein **pauschalierendes Altersphasenmodell,** das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein auf das Alter des Kindes abstellt, den Anforderungen des § 1570 Abs. 1 BGB nicht (mehr) gerecht wird,[492] zeigt gerade die Altersgrenze des § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB, dass jedenfalls vertragliche Regelungen der Ehegatten, die sich an **individuellen Altersphasenmodellen** orientieren, sachgerechte Vereinbarungen sein können.[493] Hierbei handelt es sich nicht um rein unterhaltsrechtliche Fragen zu § 1570 Abs. 1 BGB, sondern auch um eine Gestaltung des den Eltern zustehenden **Personen-Sorgerechts** und des von ihnen privilegierten **Erziehungs- und Betreuungskonzepts.** Das vereinbarte, individuelle

---

[484] Vgl. BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 = NJW 2009, 1876; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 28 f.; SWK-FamR/Reetz Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt Rn. 20.

[485] G zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 21.12.2007 (BGBl. I 3189).

[486] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (934); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 28; BeckFormB BHW/Reetz Form. V. 24 Anm. 3.

[487] Zuletzt BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883.

[488] S. bereits BGH NJW 1985, 909.

[489] Vgl. BGH FamRZ 2010, 802 = NJW 2010, 1665; s. auch BeckFormB BHW/Reetz Form. V. 24 Anm. 3.

[490] Vgl. BGH FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2389); s. auch MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 29.

[491] So möglicherweise BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 28; Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 2 Rn. 383 ff.; Gageik RNotZ 2004, 295 (303); aA wohl Rauscher DNotZ 2004, 524 (537).

[492] Vgl. BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 = NJW 2009, 1876; BGH FamRZ 2011, 791 = NJW 2011, 1582.

[493] So iErg auch BGH FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2389); NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310; Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Kap. 9 Rn. 66 ff.; Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 88 ff.

Altersphasenmodell – das nicht zwingend zu einer Begrenzung des Unterhalts führen muss – ist im Idealfall nichts anderes als das Ergebnis einer zuvor von den Eltern angestellten Prognose über die Bedürfnisse zur persönlichen Betreuung ihres gemeinsamen Kindes unter Berücksichtigung der (überobligatorischen) Leistungen des Betreuungselternteils.

Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung eines Ehevertrags ist beispielsweise ein teilweiser Unterhaltsverzicht unbeanstandet geblieben, in dem der Betreuungsunterhalt nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des jüngsten Kindes beansprucht werden kann und der betreuende Ehegatten sodann ab diesem Zeitpunkt zum Wiedereintritt in das Erwerbsleben verpflichtet war.[494]

### *e) Begrenzungsvereinbarung*

Eine Begrenzungsvereinbarung auf Unterhalt nach Maßgabe des **angemessenen Lebensbedarfs,** also nach der eigenen (und hypothetisch fortgeschriebenen) Lebensstellung des berechtigten Ehegatten, ist grundsätzlich zulässig; das ergibt sich schon aus § 1578b Abs. 1 S. 1 und § 1615l Abs. 3 S. 1, § 1610 Abs. 1 BGB. Das gilt auch, wenn wegen der noch fortdauernden Kindesbetreuung eine Befristung des Betreuungsunterhalts ausgeschlossen ist.[495] Ungeklärt und unklar ist demgegenüber, ob eine Absenkung auf den angemessenen Bedarf bereits für den **Basisunterhalt** nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB vereinbart werden kann; dies sollte einzelfallabhängig, jedoch restriktiv gehandhabt werden. Eine vertragliche Begrenzung kommt jedenfalls bei einer insgesamt erheblichen Differenz zwischen den ehelichen Lebensverhältnissen und dem angemessenen Bedarf des betreuenden Elternteils in Betracht (= **Einkommensdifferenzehe**), wenn der Unterhalt nach dem angemessenen Bedarf dennoch gute Lebensverhältnisse vermittelt. Bei einem niedrigen vorehelichen Einkommen des betreuenden Elternteils und hohen Einkünften des Verpflichteten muss allerdings eine angemessene Höherstufung erfolgen.[496] Der aus dem Mindestbedarf abgeleitete Mindestunterhalt ist immer zu berücksichtigen.

War der betreuende Elternteil bis zur Geburt des Kindes erwerbstätig, gilt für die Feststellung des **angemessenen Lebensbedarfs** dessen bis dahin nachhaltig erzieltes Einkommen. Der Unterhaltsbedarf ist somit nach diesem Einkommensniveau auszurichten (und ggf. fortzuschreiben), soweit das nicht dazu führt, dass dem Berechtigten aus eigenen Einkünften und Unterhaltszahlungen insgesamt mehr zur Verfügung steht, als dem Verpflichteten verbleibt.[497] Die Rspr. Des BGH[498] zum **Mindestbedarf** und **Mindestunterhalt** ist zu berücksichtigen.

Die kompensationslose ehevertragliche Beschränkung des Betreuungsunterhalts auf das **Existenzminimum** führt bereits bei nicht auszuschließendem Kinderwunsch zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung, wenn bei Vertragsschluss absehbar war, dass berufliche Einschränkungen aufgrund der Kinderbetreuung nur einen, nämlich den betreuenden Ehegatten treffen würden.[499] Auch wenn der unterhaltsrechtliche Mindestbedarf des Berechtigten noch niedriger anzusetzen ist, ist eine anfänglich Begrenzung auf den **notwendigen Unterhalt**[500] oder das **Existenzminimum** des unterhaltsberechtigten, erwerbstätigen Ehegatten nach der Teil B Anm. V. der Düsseldorfer Tabelle (derzeit – 2024 – monatlich 1.600 EUR) ein ungeeigneter Maßstab, wenn und soweit dies den angemessenen Lebensbedarf

---

[494] Vgl. BGH NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 mAnm Bergschneider.

[495] Graba FamRZ 2008, 1217 (1222); BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 = NJW 2009, 1876.

[496] BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 28; Münch ZNotP 2004, 122 (130); iErg ebenso Wachter ZFE 2004, 132 (140).

[497] Vgl. BGH FamRZ 2005, 442 (443 f.) = NJW 2005, 818.

[498] BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 = NJW 2010, 937; BGH FamRZ 2010, 444 = NJW 2010, 1138 (1139).

[499] So jedenfalls OLG Celle NJW 2018, 3462 = BeckRS 2018, 22277.

[500] BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 28 mwN aus der Rspr. des BGH vor 2004; BGH FamRZ 2006, 1359 = NJW 2006, 3142 (3145) mAnm Rakete-Dombek; Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 823 mwN; s. auch Bergschneider FamRZ 2004, 1757 (1761); Hahne DNotZ 2004, 84 (90).

des Berechtigten nicht annähernd widerspiegelt. Auch eine **betragsmäßig festgelegte Begrenzung** des Betreuungsunterhalts, die im Zeitpunkt der Beurkundung **knapp über dem notwendigen Eigenbedarf** liegt (und zudem keine **Wertsicherungsklausel** enthält), ist regelmäßig ungeeignet.[501] Orientiert sich die vertragliche Festlegung eines Höchstbetrags außerhalb des Basisunterhalts nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB am **angemessenen Lebensbedarf** (vgl. auch § 1578b Abs. 1 S. 1 BGB), der sich nach der vorehelichen – und hypothetisch fortgeschriebenen – Lebensstellung des Berechtigten bemisst, kann dagegen kaum mehr anfängliche Sittenwidrigkeit angenommen werden.

Weil aber die Abwägung aller für die Billigkeitsentscheidung nach § 1578b BGB in Betracht kommender Gesichtspunkte Aufgabe des Tatrichters ist,[502] unterliegen sie in gleichem Maße der Disposition der Ehegatten. Eine Dispositions-Untergrenze kann daher dem Einzelaspekt des „angemessenen Lebensbedarfs" nicht entnommen werden.

**Minimal-Begrenzungen,** die anfänglich den angemessenen Lebensbedarf des Berechtigten unterschreiten, sind in Vereinbarungen risikobehaftet; sie gehen regelmäßig zulasten des aus den „besseren Verhältnissen" abgeleiteten Lebensstandards der zu betreuenden Kinder. Denkbar sind Unterschreitungen in der Endphase eines Staffelmodells, wie dem vertraglich vereinbarten, individuellen Altersphasenmodell oder vergleichbaren Gestaltungen. Es ist allerdings auch für Unterhaltsvereinbarungen zum Betreuungsunterhalts nach Auslaufen der kind- und elternbezogenen Verlängerung (§ 1570 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB) dringend zu raten, die Grenzen des sog. **Mindestbedarfs** und damit des **Mindestunterhalts** (= Existenzminimum) nicht aus den Augen zu verlieren.[503]

Der BGH geht für den **Betreuungsunterhalt** nach § 1570 BGB (und § 1615l Abs. 2 BGB), der eine aus kind-, eltern- und ehebezogenen Gründen notwendige persönliche Betreuung des gemeinsamen Kindes in den ersten Lebensjahren ermöglichen soll, davon aus, dass zumindest das **Existenzminimum** des Unterhaltsberechtigten nicht unterschritten werden darf.[504] Selbst wenn der betreuende Elternteil vor der Geburt des Kindes von Sozialleistungen gelebt hat oder seine Einkünfte darunter lagen und er deswegen auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen war, ist unterhaltsrechtlich das Existenzminimums sicherzustellen. Die Höhe darf insoweit mit dem **notwendigen Selbstbehalt eines nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen** (**= Existenzminimum)** pauschaliert werden (derzeit [2024]: **monatlich 1.475 EUR** nach Teil B Anm. V). Der Mindestbedarf bestimmt idS auch die unterste Schwelle des Unterhaltsbedarfs nach der Lebensstellung des Bedürftigen (= angemessener Lebensbedarf).

Jeder Fall einer **höhenmäßigen Begrenzungsvereinbarung** im Rahmen des Betreuungsunterhalts setzt voraus, dass die notwendige Erziehung und Betreuung des gemeinsamen Kindes trotz des abgesenkten Unterhalts sichergestellt und das **Kindeswohl nicht beeinträchtigt** ist, während zugleich eine fortdauernde Teilhabe des betreuenden Elternteils an den abgeleiteten, ehelichen Lebensverhältnissen unbillig erscheint.[505] Grundsätzlich hat sich auch eine Begrenzungsvereinbarung am effektiven **Ausgleich ehebedingter Nachteile** orientieren.[506] Vereinbarte Höchstgrenzen bzw. -beträge sollten – vor allem sofern sie in vorsorgenden Eheverträgen enthalten sind – **wertgesichert** werden.[507]

Auch bei **kinderloser Ehe** kann die Berufung des Verpflichteten auf den Unterhaltsverzicht rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Berechtigte einvernehmlich mit dem begünstigten Ehegatten seine berufliche Tätigkeit während der Ehe aufgegeben oder entscheidend verringert hat.[508]

---

[501] So der Fall BGH FamRZ 2006, 1359 = NJW 2006, 3142 (3145).

[502] BGH NJW 2018, 2638 Rn. 26 = FamRZ 2018, 1506 mAnm Maurer.

[503] Zum Mindestbedarf BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 = NJW 2010, 937 mAnm Hoppenz; BGH FamRZ 2010, 444 = NJW 2010, 1138 (1139).

[504] Vgl. BGHZ 184, 13 = FamRZ 2010, 357 = NJW 2010, 937 (940); BGH FamRZ 2010, 444 = NJW 2010, 1138 (1139).

[505] Vgl. BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 = NJW 2009, 1876.

[506] Vgl. hierzu BGH FamRZ 2006, 1359 = NJW 2006, 3142 (3145) mAnm Rakete-Dombek; FamRZ 2008, 2011 = NJW 2008, 3426 (3427) zum Versorgungsausgleich; FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2389); ebenso Mayer FPR 2004, 363 (371).

[507] Auch hierzu BGH FamRZ 2006, 1359 = NJW 2006, 3142 (3145).

[508] Vgl. SWK-FamR/Reetz Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt Rn. 16 mwN.

### *f) Anschlussunterhalt und gleichzeitig gewährter Aufstockungsunterhalt*

Vertraglich einschränkbar ist der sog. **Anschlussunterhalt,** dessen Tatbestände mit dem Einsatzzeitpunkt nach Beendigung der Betreuung zum Zuge kommen können. Regelungsbedarf besteht insbesondere in Scheidungsvereinbarungen, weil hier die Situation zum Ende der Betreuung prognostizierbar ist. Zu den Anschlusstatbeständen kann der auf der zweiten Stufe des Kernbereichs angesiedelte Unterhalt wegen Krankheit (§ 1572 Nr. 2 BGB) oder wegen Alters (§ 1571 Nr. 2 BGB) gehören, wobei letzterer auch als Anschlussunterhalt nach Krankheit zu gewähren sein kann (§ 1571 Nr. 3 BGB). Übernehmen diese Unterhaltstatbestände nach Beendigung der Betreuung erkennbar eine **Funktion zum Ausgleich ehebedingter Nachteile** – was auch für einen Anschluss-Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB) denkbar ist – ist allerdings eine Dispositionsgrenze erreicht. Ist für das Eingreifen von Anschlussunterhaltstatbeständen im Zeitpunkt der Beurkundung (des Vertragsschlusses) nichts ersichtlich und auch nicht naheliegend (= keine Erkennbarkeit), wird es bei unzumutbaren Ausschluss-Ergebnissen im Rahmen der **Ausübungskontrolle nach § 242 BGB** zur Anpassung kommen. Hiervon betroffen sind zumeist vorsorgende Eheverträge, die bei Eingehen der Ehe geschlossen werden.

Soweit neben einem Anspruch auf Betreuungsunterhalt wegen einer teilweisen Erwerbstätigkeit des betreuenden Ehegatten auch ein **(Teil-)Anspruch auf Aufstockungsunterhalt** nach § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht kommt,[509] kann auf diesen relativ rangniedrigen Unterhalt ganz oder teilweise verzichtet werden.[510] Der Aufstockungsanteil nimmt nicht am Rangprivileg des Betreuungsunterhalts teil.[511] Der Aufstockungsteil spiegelt insoweit lediglich den erhöhten Lebensstandard der ehelichen Lebensverhältnisse wieder, während der (Teil-)Anspruch aus § 1570 BGB die Eigeneinkünfte des Unterhaltsberechtigten zumeist auf den angemessen Bedarf ergänzen wird.[512] Eine andere Einschätzung ist geboten, wenn der Aufstockungsteil klar feststellbar auch dem Ausgleich ehebedingter Nachteile dient[513] oder das Kindeswohl gefährdet ist.

Der BGH[514] unterscheidet für die Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen wegen eines Erwerbshindernisses aus § 1570 BGB und aus § 1573 Abs. 2 BGB (= Aufstockung) danach, ob wegen der Betreuung eine Erwerbstätigkeit vollständig oder nur zT ausgeschlossen ist. Ist die Erwerbstätigkeit vollständig ausgeschlossen, ergibt sich der Unterhaltsanspruch allein aus § 1570 BGB, und zwar auch für den Teil des Unterhaltsbedarfs, der nicht durch die Betreuung als Erwerbshindernis verursacht worden ist, sondern auf dem den angemessenen Lebensbedarf übersteigenden Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen (voller Unterhalt) nach § 1578 Abs. 1 BGB beruht. Nur bei einer teilweisen Erwerbshinderung (= Aufnahme einer teilschichtigen Tätigkeit) durch die Betreuung ist der Unterhalt allein wegen des durch die Erwerbshinderung verursachten Einkommensausfalls auf § 1570 BGB zu stützen und darüber hinaus auf § 1573 Abs. 2 BGB.

Jede Art der vertraglich herbeigeführten Begrenzung steht allerdings generalklauselartig unter dem Vorbehalt der Billigkeit und umfasst an erster Stelle die Wahrung der altersgemäßen Entwicklung des

---

[509] Vgl. BGH FamRZ 1990, 492 (493 f.) = NJW 1990, 1847; BGHZ 148, 368 = FamRZ 2001, 1687 (1691) = NJW 2001, 3618; FamRZ 2009, 406 (407) = NJW 2009, 989; BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 = NJW 2009, 1876.

[510] Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 758; Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 135; aA Gageik RNotZ 2004, 295 (303); einschränkend Eickelberg RNotZ 2009, 1 (27).

[511] Anders wohl Gageik RNotZ 2004, 295 (303); einschränkend Eickelberg RNotZ 2009, 1 (27); insoweit nicht eindeutig BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 = DNotZ 2004, 550 (556 f.).

[512] BGH FamRZ 2009, 406 = NJW 2009, 989 (991).

[513] Für den Fall der Aufstockung als Anschlussunterhalt Eickelberg RNotZ 2009, 1 (27); ebenso BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 29 unter Verweis auf BGH NJW 2014, 1101; FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; anders wiederum Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 135.

[514] S. etwa BGH FamRZ 2009, 406 = NJW 2009, 989 (990 f.).

Kindes sowie der Beibehaltung eines angemessenen Lebensstandards sowohl für das betreute Kind wie für den betreuenden Ehegatten.[515]

### *g) Situation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses*

#### aa) Fallgruppe: gemeinsame Kinder zu erwarten oder vorhanden

Sind beim Abschluss des Ehevertrags mit Verzichtswirkung bereits Kinder der Ehegatten vorhanden oder sind Kinder gewollt, ist der **vollständige Verzicht** auf den Betreuungsunterhalt **im Regelfall ausgeschlossen** oder nur in besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen und unter Beachtung adäquater Betreuungssituationen der gemeinsamen Kinder vertretbar. **Ungeeignet** ist ein Ausschluss in dieser Konstellation jedenfalls dann, wenn die Betreuung der vorhandenen oder geplanten Kinder vorhersehbar nur durch einen der Ehegatten erfolgen soll und deswegen eine Einschränkung der Erwerbstätigkeit erwogen wird oder zwangsläufig erfolgen muss (= Vorhersehbarkeit einseitiger Lastenverteilungswirkung).[516]

Ein **teilweiser Ausschluss des Betreuungsunterhalts** stellt sich als Verkürzung der Dauer und/oder der Höhe der Gewährung des Unterhalts dar; hier gelten keine anderen Grundsätze als für den gänzlichen Verzicht. Eine vertragliche **Verkürzung des Basisunterhalts** (§ 1570 Abs. 1 S. 1 BGB) mag zwar „nicht schlechthin sittenwidrig" sein, erscheint aber nur dann ausnahmsweise gerechtfertigt, wenn die Ehegatten nach ihrem geplanten Ehetypus ein (realistisches und verwirklichungsfähiges) Betreuungsmodell für ihre Kinder unter drei Jahren haben und gerade keine signifikanten Einschränkungen der beiderseitigen Erwerbstätigkeit planen. Jedenfalls will § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB kein von den Ehegatten gewolltes, vom Konzept der persönlichen Betreuung, abweichendes Betreuungskonzept verhindern oder grundsätzlich erschweren. Allerdings gewährt § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB Schutz vor einer rein unterhaltrechtlich motivierten und vertraglich übernommenen Pflicht zur Fremdbetreuung.

Der Ablauf des Drei-Jahreszeitraums nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet, unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen zur einzelfallbezogenen Verlängerung, nicht das sofortige Ende jeder Unterhaltspflicht. Das Gesetz mutet keinen abrupten Übergang auf eine Vollzeittätigkeit zu, sondern idR nur einen stufenweisen Übergang.[517] Auch diesen Übergang kann eine Unterhaltsvereinbarung gestalten.

In den meisten Fällen wird es in dieser Fallgruppe um Vereinbarungen zur Höhe des Unterhalts und/oder zur Dauer der Gewährung unter Beachtung der Interessen der gemeinsamen Kinder gehen. Soweit der Betreuungsunterhalt durch eine Ehegattenvereinbarung **der Höhe nach beschränkt** worden ist, und dadurch die persönliche Kinderbetreuung durch den unterhaltsberechtigten Ehegatten nicht in Frage gestellt ist, wirft eine solche Regelung im Hinblick auf das Kindesinteresse keine Bedenken auf.[518]

#### bb) Fallgruppe: keine gemeinsamen Kinder gewollt oder zu erwarten

---

[515] Gutachten DNotI-Report 2005, 17 (19); insges. zurückhaltender Koch NotBZ 2004, 147 (148), die nur die vom BGH benannten Ausnahmefälle zulässt.

[516] Rückschluss aus BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (381).

[517] Vgl. etwa BGH FamRZ 2009, 1391 = NJW 2009, 2592; FamRZ 2011, 791 = NJW 2011, 1582; s. auch BeckFormB BHW/Reetz Form. V. 24 Anm. 4.

[518] Vgl. BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883.

Ein (vollständiger) vertraglicher Ausschluss des Betreuungsunterhalts – beispielsweise im Rahmen eines Globalverzichtes – kann bei der Gesamtwürdigung des Ehevertrags im Rahmen der **Wirksamkeitskontrolle** dann unberücksichtigt bleiben, wenn für eine Absicht der Ehegatten, eine Familie mit gemeinsamen Kindern zu begründen, im Zeitpunkt der Beurkundung (des Vertragsschlusses) nichts ersichtlich ist und eine solche Absicht auch nicht naheliegend erscheint (= **keine Vorhersehbarkeit** einseitiger Lastenverteilungswirkung).[519] Hiervon erfasst sind Paare, die im fortgeschrittenen Alter die Ehe miteinander eingehen oder bei denen andere Gründe einen gemeinsamen Kinderwunsch eher ausschließen. Eine typische Fallkonstellation sind Paare mit beiderseitiger nachhaltiger Erwerbstätigkeit in der Zweitehe. Das gilt vor allem dann, wenn gerade mit Blick auf die Kinder aus der Erstbeziehung keine weiteren Kinder gewünscht sind.

Zulässig ist es daher, in einer entsprechenden Ehekonstellation zugleich den Verzicht auf Zugewinn, den Ausschluss des Versorgungsausgleichs und des nachehelichen Unterhalts gegen Zahlung einer Unterhaltsabfindung und die Entrichtung von Beiträgen zu einer geeigneten Altersvorsorge zu vereinbaren. Dass hier auch auf Betreuungsunterhalt und auf Unterhalt wegen Alters und Krankheit verzichtet worden ist, fällt nicht ins Gewicht, wenn realistisch Kinder nicht mehr erwartet worden waren. Zudem zeigt die konkrete Gestaltung, dass eine **nacheheliche Verantwortung nicht schlechthin abbedungen** war, weil **kompensierende Leistungen** vereinbart worden sind.

Für den **Ehetypus der partnerschaftlichen Doppelverdienerehe ohne Kinderwunsch** („double income no kids"-Ehe) ist ein vollständiger Verzicht auf alle gesetzlichen Scheidungsfolgen – einschließlich des Betreuungsunterhalts – weithin möglich, ohne dass insoweit anfängliche Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 befürchtet werden muss. Werden später dennoch Kinder geboren (ggf. auch adoptiert) und gibt der betreuende Elternteil sodann seine Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise auf, kann – einzelfallbezogen – die Anpassung der wirksamen Verzichtsvereinbarung im Wege der Ausübungskontrolle erfolgen (§ 242 BGB).

### cc) Fallgruppe: erwerbstätige Ehegatten mit latentem Kinderwunsch

Auch für den **Ehetypus der partnerschaftlichen Doppelverdienerehe mit latentem Kinderwunsch** im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben sich keine grundlegenden Einschränkungen der Dispositionsbefugnis.[520] Das gilt umso mehr, wenn sich – wie dies in der Beurkundungspraxis häufig anzutreffen ist – bei Abschluss der Unterhaltsvereinbarung mit Verzichtswirkung der berufstätigen Ehegatten trotz eines latenten Kinderwunsches (noch) **keine Tendenzen zu einer Alleinverdienerehe** oder einer entsprechenden Rollenverteilung zwischen Familien- und Erwerbsarbeit abzeichnen, weil beide Ehegatten von einer gleichgewichtigen Kinderbetreuung oder davon ausgehen, dass durch die spätere Geburt von gemeinsamen Kindern – etwa wegen einer besonders günstigen Kinderbetreuungssituation – kein Ehegatte seine Erwerbstätigkeit in nennenswerter Weise einschränken muss (= keine Vorhersehbarkeit einseitiger Lastenverteilungswirkung).[521] Eine Einschränkung der Dispositionsfähigkeit über den Nachscheidungsunterhalt doppelverdienender Ehegatten unter dem **Gesichtspunkt der „Gebärfähigkeit"**[522] junger Ehegatten ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium und soll lediglich den Weg zur Ausübungskontrolle abschneiden, um die Verzichtsklausel in der Wirksamkeitskontrolle für unwirksam erklären zu können.

---

[519] BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (381); FamRZ 2008, 583 = NJW 2008, 1080 (1082); FamRZ 2005, 691 = NJW 2005, 1370 = DNotZ 2005, 703; FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391; FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2388); MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 67.

[520] Hierzu ausdr. BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (381) unter Verweis auf Rauscher DNotZ 2004, 524 (537).

[521] Ausdr. BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (381).

[522] So jedoch OLG Celle NJW 2018, 3462 Rn. 21 = BeckRS 2018, 22277.

Bei zunächst kinderlosen **Ehegatten im gebärfähigen Alter** soll, trotz gegenteiliger Äußerung bei Beurkundung, dennoch auf einen latenten Kinderwunsch abzustellen sein, weil die Absicht, eine Familie zu gründen, bei Gebärfähigen naheliegt. Den Erklärungen der Ehegatten ist nach Ansicht des OLG Celle[523] nicht zu trauen, denn fehle es bei einer Heirat im dritten oder vierten Lebensjahrzehnt an der Absicht, innerhalb der Ehe Kinder zu zeugen, so wäre dies (angesichts der auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft) mit der Gefahr dauerhafter Kinderlosigkeit verbunden. Zwar bestehe durchaus die Möglichkeit, dass die Eheleute eine Lebensgemeinschaft ohne Kinder begründen oder die Entscheidung über die Gründung einer Familie noch aufschieben wollen. Im Grundsatz und ohne entgegenstehende Anhaltspunkte ist aber davon auszugehen, dass eine Heirat in einem Alter, in dem üblicherweise Familien gegründet werden, auch mit einem konkreten Kinderwunsch einhergehe. Es ist daher hier davon auszugehen, dass Eheleute, die bei Heirat 31 Jahre (Ehemann) und 24 Jahre (Ehefrau) waren, einen konkreten und zeitnah umzusetzenden Kinderwunsch hegen.

Etwas anderes ist anzunehmen (= Vorhersehbarkeit), wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein latenter Kinderwunsch bestand, und – typischerweise – die Ehefrau wegen der Betreuung der gemeinsamen Kinder ihre Erwerbstätigkeit aufgeben soll (will).[524] Hier ist das Entstehen (bleibender) ehebedingter Nachteile in der Erwerbs- und Versorgungsbiografie evident; unter Beachtung der subjektiven Voraussetzungen der Imparität liegt die Annahme anfänglicher Sittenwidrigkeit einer Verzichtsgestaltung nahe.

### *h) Ausübungskontrolle und Anpassung*

Kommt es zur **Anpassung im Wege der Ausübungskontrolle** (§§ 242, 313 BGB) ist es auch im Bereich des Betreuungsunterhalts **regelmäßig sachgerecht,** diesen nicht etwa in vollem Umfang zu gewähren, sondern **nur die ehebedingten Nachteile in der Erwerbsbiografie** des benachteiligten Ehegatten **auszugleichen**;[525] allerdings immer unter Berücksichtigung der Betreuungsbelange des bzw. der Kinder.

**Zeitlich vor dem Stichtag der Eheschließung,** aber gerade im Hinblick auf die Eingehung der Ehe, **bereits vorgenommene Veränderungen der Erwerbsbiografie** (einschließlich der Berufsaufgabe infolge der vorehelichen Geburt gemeinsamer Kinder), die nach der Scheidung letztlich als Nachteil verbleiben, sind dabei mit dem vorehelichen Anteil des erlittenen Nachteils nicht zu berücksichtigen.[526]

**Andere vertragliche Regelungen der Ehegatten,** die nicht den Betreuungsunterhalt selbst betreffen, aber mit der angepassten Regelung möglicherweise in einem Regelungszusammenhang stehen, bleiben grundsätzlich von der gerichtlichen Anpassung unberührt und sind ausschließlich nach den für sie geltenden Maßstäben zu beurteilen.[527] Im Hinblick auf eine denkbare Anpassung der vertraglichen Regelungen zum Versorgungsausgleich bedarf es daher sinnvoller vertraglicher **Verknüpfungsvereinbarungen.**[528]

---

[523] OLG Celle NJW 2018, 3462 = BeckRS 2018, 22277.

[524] Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 1.

[525] S. etwa BGH NJW 2015, 52 (54) = FamRZ 2014, 1978; NJW 2013, 1359 = FamRZ 2013, 770; NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974.

[526] BGH NJW 2012, 1506 = FamRZ 2012, 776; FamRZ 2013, 860 = NJW 2013, 1444 mAnm Born; FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359 = DNotZ 2013, 773 (Versorgungsausgleich); die zeitliche Grenze der Eheschließung verwischt hingegen OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1893 (Ls.).

[527] Zusf. Wick FuR 2010, 301 (305); s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 89.

[528] Vgl. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 89.

## 3. Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB) oder Krankheit (§ 1572 BGB)

### *a) Allgemeine Einordnung*

Unterhaltsansprüche **wegen Alters** (§ 1571 BGB) und **wegen Krankheit** oder Gebrechens (§ 1572 BGB) sind Teil des **Kernbereichs** des Scheidungsfolgenrechts **auf der zweiten Stufe**. Für diese hohe Einstufung steht nicht etwa der Ausgleich ehebedingter Nachteile, sondern die gesetzlich gewollte fortwirkende Einstandspflicht der Ehegatten als Ausdruck der **nachehelichen Solidarität** (auch „nacheheliche Verantwortung") im Vordergrund.[529] Die hohe Einstufung beschränkt die vertragliche Disponibilität. Andererseits sind Verzichte oder vertragliche Modifikationen trotz hoher Einstufung beider Unterhaltstatbestände nicht schlechthin ausgeschlossen.[530]

Soweit neben einem Anspruch wegen Alters oder Krankheit wegen einer teilweisen Erwerbstätigkeit des Ehegatten auch ein **(Teil-)Anspruch auf Aufstockungsunterhalt** nach § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht kommt,[531] kann auf diesen relativ rangniedrigen Unterhalt ganz oder teilweise verzichtet werden.[532] Der Aufstockungsanteil nimmt regelmäßig nicht am Rangprivileg des Unterhalts wegen Krankheit oder Alters teil. Dass der Aufstockungsteil in diesen Fällen dem Ausgleich ehebedingter Nachteile dienen könnte, erscheint eher unwahrscheinlich.

Kommt der Unterhalt wegen Alters oder Krankheit als sog. **Anschlussunterhalt** mit dem Einsatzzeitpunkt nach Beendigung der Betreuung zum Zuge, steht dies einer vertraglichen Disposition ebenfalls nicht grundsätzlich entgegen. Übernehmen die § 1571 Nr. 2, § 1572 Nr. 2 BGB als Anschlussunterhaltstatbestände nach Beendigung der Betreuung allerdings zugleich eine **Funktion zum Ausgleich ehebedingter Nachteile** ist die Disposition eingeschränkt. Ist – beispielsweise bei jungen Ehegatten – für das Eingreifen der Anschlusstatbestände im Zeitpunkt der Beurkundung (des Vertragsschlusses) nichts ersichtlich oder naheliegend, wird es bei unzumutbaren Ausschluss-Ergebnissen im Rahmen der Ausübungskontrolle zur Anpassung nach § 242 BGB kommen.

Werden bei einem beurkundeten **Total-** oder **Globalverzicht** zwar der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) und die kernbereichsnahen Anschlusstatbestände wegen Alters und Krankheit vom Ausschluss ausdrücklich ausgenommen (eine weit verbreitete Gestaltung), bleibt die vertraglich gewollte Ausschlusswirkung für andere Einsatzzeitpunkte (vgl. § 1571 Nr. 1 und 3, § 1572 Nr. 1 und 3–4 BGB) im Zweifel bestehen.[533] Für die Möglichkeiten der vertraglichen Disposition gelten insoweit die Regeln der Rspr. Über die Vorhersehbarkeit entsprechender Unterhaltslagen und den Ausgleich ehebedingter Nachteile.

Begrenzungsvereinbarungen der Ehegatten, die sich im Hinblick auf die Dauer und/oder die Höhe der Unterhaltsleistungen an die Wertungen des § 1578b Abs. 1 BGB anlehnen, sind immer zulässig.

---

[529] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (934) = DNotZ 2004, 550; BGH NJW 2009, 2124 = FamRZ 2009, 1041; FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391 (2392); FamRZ 2005, 1444 = NJW 2005, 2386 (2389); FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; Grüneberg/v. Pückler, § 1572 Rn. 1.

[530] Vgl. BGHZ 158, 81 (97) = NJW 2004, 930; BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; FamRZ 2010, 1414 = NJW 2010, 2953 mAnm Maurer; FamRZ 2011, 188 = NJW 2011, 300; DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 mAnm Born NJW 2017, 1886.

[531] Vgl. BGH FamRZ 1990, 492 (493 f.) = NJW 1990, 1847; BGHZ 148, 368 = FamRZ 2001, 1687 (1691) = NJW 2001, 3618; FamRZ 2009, 406 (407) = NJW 2009, 989; BGHZ 180, 170 = FamRZ 2009, 770 = NJW 2009, 1876.

[532] So Rauscher DNotZ 2004, 524 (538); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 30.

[533] Vgl. etwa DNotI-Report 2004, 185 (189).

### *b) Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB)*

Der **Unterhalt wegen Alters** hängt in seinem Entstehen vom Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen zum jeweils maßgeblichen **Einsatzzeitpunkt** ab (§ 1571 Nr. 1–3 BGB); das Anknüpfen an die verschiedenen Einsatzzeitpunkte kann Einfluss auf die Disponibilität erlangen. Im Übrigen unterliegt auch der ranghohe Unterhalt wegen Alters der Billigkeitsbeschränkung nach § 1578b BGB.

Der gänzliche oder teilweise Ausschluss des Altersunterhalts wird – für sich genommen – unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB zumeist in vorsorgenden Eheverträgen schon deshalb keinen durchgreifenden Bedenken begegnen, weil **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** regelmäßig (noch) **nicht vorhersehbar** ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte wegen Alters unterhaltsbedürftig werden könnte.[534] Zusätzlich ist zu berücksichtigen, ob der später benachteiligte Ehegatte **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** eine sozialversicherungspflichtige Vollzeitbeschäftigung ausübte (also auch Beiträge zum Aufbau einer Altersvorsorge erwirtschaftet) und ob zu jener Zeit konkrete Pläne verfolgt wurden, dies wegen eines Kinderwunsches oder vergleichbare Veränderungen der Lebensplanung zu ändern. Hierfür werden sich retrospektiv regelmäßig keine Anhaltspunkte finden lassen. Korrekturen aus Gründen der Unzumutbarkeit nach den Maßgaben der Ausübungskontrolle bleiben von diesen Erwägungen ausgenommen.

Den Ehegatten ist es zudem im Laufe ihrer Ehe unbenommen, bestimmte **Lebensrisiken eines Partners** aus der wechselseitigen Verantwortung füreinander auszunehmen.[535] Hierzu zählen – trotz der Ableitung des Unterhalts aus dem Solidaritätsgebot – auch das Alter und die sich daraus möglicherweise ergebenden Bedarfslagen. Das Lebensrisiko Alter ist zudem nicht ehebedingt.[536] Kein abdingbares Lebensrisiko ist gegeben, wenn Unterhalt wegen Alters im konkreten Fall (auch) die Funktion hat, ehebedingte Nachteile abzumildern. Das kann der Fall sein, wenn der Unterhaltsberechtigte aufgrund der Rollenverteilung in der Ehe nicht ausreichend für den Fall der altersbedingten Bedürftigkeit vorgesorgt hat.

Fälle **„vorhandener Lebensrisiken“,** deren ggf. unterhaltsbegründende Folgen ehevertraglich ausgeschlossen werden können, sind neben dem Alter eine bereits vor der Ehe aufgetretene oder erkennbar angelegte Krankheit oder die bei Vertragsschluss bestehende Sozialhilfebedürftigkeit.

Disponibilität ist jedenfalls gegeben, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

- die Eheleute im unterhaltsrechtlichen Sinne bereits als „alt“ gelten (zB die „Rentnerehe“);[537]
- die Eheleute sich bereits in einem Lebensabschnitt (jedenfalls zwischen dem 44. und 46. Lebensjahr)[538] befinden, in dem ein nicht unwesentlicher Teil der Alters- und Erwerbsunfähigkeitsversorgung üblicherweise bereits erworben worden ist;[539]

---

[534] BGH FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (382); FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883.

[535] Vgl. bereits BGHZ 158, 81 (94 f.) = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (934); BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = DNotZ 2009, 294 = NJW 2009, 842 mAnm Grziwotz.

[536] Vgl. auch NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 19.

[537] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (934); s. auch Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 457.

[538] Vgl. BGH FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; s. auch BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

[539] BGH FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (382).

- Altersunterhalt als Anschlusstatbestand an Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB (= Einsatzzeitpunkt nach § 1571 Nr. 2 BGB) realistischerweise nicht in Betracht kommt;
- bei jungen Eheleuten in der Erstehe mit auskömmlicher Berufsausbildung und Beitragsleistung in die Altersvorsorge ein Nachdenken über Altersunterhalt gekünstelt erscheint (eine Kompensationsabrede ist regelmäßig nicht erforderlich[540]).

Der **Vorwurf der Sittenwidrigkeit** nach § 138 Abs. 1 BGB (= Wirksamkeitskontrolle) kann ein Ausschluss oder Teilausschluss – unter Einbeziehung der notwendigen subjektiven Voraussetzungen – hingegen dann begründet sein, wenn die Ehegatten bei ihrer **Lebensplanung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** bereits davon ausgegangen sind (= Vorhersehbarkeit), dass der Verzichtende sich dauerhaft oder doch langfristig völlig aus dem Erwerbsleben zurückziehen und der Familienarbeit widmen sollte; denn in diesem Falle wäre dem Verzichtenden der Aufbau einer eigenen Sicherung gegen die Risiken des Alters auf Dauer verwehrt, und es würde eine stete Abhängigkeit vom anderen Ehegatten begründet.[541] Damit spielt der von den Ehegatten anfänglich gewollte Ehetypus im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abermals eine wichtige Rolle.

### *c) Unterhalt wegen Krankheit (§ 1572 BGB)*

Auch der ranghohe **Unterhalt wegen Krankheit oder anderer Gebrechen,** der sich nicht primär aus dem Gesichtspunkt des Ausgleichs ehebedingter Nachteile herleitet, hängt in seinem Entstehen vom Vorliegen bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen zum jeweils maßgeblichen **Einsatzzeitpunkt** ab (vgl. § 1572 Nr. 1–4 BGB); die verschiedenen Einsatzzeitpunkte können Einfluss auf die Disponibilität erlangen.

Aus dem Gesichtspunkt des § 1578b BGB, dessen Billigkeitserwägungen immer auch einen Absatzpunkt für vertragliche Modifikationen bieten, ist eine Erkrankung nicht schon deshalb als „ehebedingter Nachteil" anzusehen, weil die Krankheit zeitlich während der Ehe eingetreten ist. Das gilt auch dann, wenn eine latent vorhandene psychische Erkrankung durch die Ehekrise und Trennung ausgelöst worden ist.[542] Das Lebensrisiko Krankheit ist nicht ehebedingt.[543] Grundsätzlich ist eine zeitlich unbegrenzte Unterhaltsverpflichtung nicht ohne weiteres zu rechtfertigen, weil es sich bei einer Krankheit regelmäßig um eine schicksalhafte Entwicklung handelt, die nur zufällig in den zeitlichen Rahmen der Ehe fällt.[544]

Der gänzliche oder teilweise Ausschluss des Unterhaltsanspruchs nach § 1572 BGB wird vor allem in vorsorgenden Eheverträgen – für sich genommen (= Einzelbetrachtung) und trotz Kernbereichsnähe – unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB zumeist Bestand haben, weil **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** regelmäßig nicht absehbar ist, ob ein Ehegatte wegen Krankheit oder anderer Gebrechen unterhaltsbedürftig werden könnte.[545] Eine ansatzlose, vorsorgliche Regelung für den Fall der Krankheit aus dem allgemeinen Gebot der Vorsicht, ist jedenfalls nach Maßgabe des § 138 Abs. 1 BGB nicht geboten.

---

[540] So aber der Rat von Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 457; restriktiv unter Hinweis auf die demografische Entwicklung Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 106.

[541] BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (607) = NJW 2004, 930.

[542] Vgl. BGH FamRZ 2010, 1414 = NJW 2010, 2953 mAnm Maurer; FamRZ 2011, 188 = NJW 2011, 300; s. auch SWK-FamR/Reetz Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt Rn. 18.

[543] NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 19.

[544] SWK-FamR/Reetz Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt Rn. 18.

[545] BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883 (Multiple Sklerose); FamRZ 2013, 195 = NJW 2013, 380 (382); FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

Hinzu kommt, dass eine dauerhafte Unterhaltsverantwortung des geschiedenen Ehegatten für das allein in zeitlichem Zusammenhang mit der Ehe stehende Krankheitsrisiko nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen ist.

Es ist den Ehegatten daher – trotz der Ableitung des Unterhalts aus dem Solidaritätsgebot – unbenommen, bestimmte **Lebensrisiken eines Partners** aus der wechselseitigen Verantwortung füreinander auszunehmen;[546] hierzu zählen auch **Erkrankungen,** die bei Eheschließung oder Vertragsschluss **bereits vorhanden oder latent angelegt** sind. Kein abdingbares Lebensrisiko liegt indes vor, wenn Unterhalt wegen Krankheit im konkreten Fall (auch) die Funktion hat, ehebedingte Nachteile abzumildern. Das kann der Fall sein, wenn der Unterhaltsberechtigte aufgrund der Rollenverteilung in der Ehe nicht ausreichend für den Fall der krankheitsbedingten Erwerbsminderung vorgesorgt hat.

Fälle **„vorhandener Lebensrisiken“,** deren ggf. unterhaltsbegründende Folgen ebenfalls ehevertraglich ausgeschlossen werden können, sind das Alter des Ehegatten oder die bei Vertragsschluss bestehende Sozialhilfebedürftigkeit.

Grundsätze einer **nachwirkenden Verantwortung** sollen indes gelten, wenn der bereits kranke, ausländische Ehegatte ehehalber nach Deutschland einreist.[547]

Gegen den vertraglich vereinbarten Ausschluss oder die Modifikation des Unterhaltsanspruchs nach § 1572 BGB bestehen – unter dem **Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit** (§ 138 Abs. 1 BGB – Wirksamkeitskontrolle) – dann keine Bedenken, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses[548]

- für die Eheleute nicht absehbar war, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten der verzichtende Ehegatte wegen einer Krankheit oder anderer Gebrechen unterhaltsbedürftig werden könnte;[549]
- eine ggf. unterhaltsauslösende Krankheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (oder gar des Eingehens der Ehe) bereits ausgebrochen oder erkennbar angelegt war;[550]
- der Unterhalt wegen Krankheit als Anschlussunterhalt an Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB (= Einsatzzeitpunkt § 1572 Nr. 2 BGB) nach realistischer Einschätzung nicht in Betracht kommt;
- sich die Eheleute bereits in einem Lebensabschnitt (jedenfalls zwischen dem 44. und 46. Lebensjahr)[551] befinden, in dem ein nicht unwesentlicher Teil der Vorsorge für Erwerbsunfähigkeit üblicherweise bereits erworben ist.[552]

---

[546] S. bereits BGHZ 158, 81 (94 f.) = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (934); BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842 mAnm Grziwotz; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 30; Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 116.

[547] BGH NJW 2007, 907 = FamRZ 2007, 450 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 302 mAnm Grziwotz = MittBayNot 2007, 405 mAnm Brandt.

[548] Zu einer Beschränkung auf zeitbezogenen Regelungen neigen Münch Ehebezogene Rechtsgeschäfte Rn. 771; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 30.

[549] Vgl. BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370.

[550] Vgl. etwa BGHZ 158, 81 (94 f.) = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (934); BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = DNotZ 2009, 294 = NJW 2009, 842 mAnm Grziwotz; Schmitz in Münch FamR § 3 Rn. 116.

[551] Vgl. BGH FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; s. auch BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

[552] BGH FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

## 4. Versorgungsausgleich

### *a) Kernbereich*

Im Rahmen der (abstrakten) **Kernbereichsabstufung** gehört der **Versorgungsausgleich** infolge seiner sozial realitätsbezogenen Einordnung als **vorweggenommener Unterhalt wegen Alters** (vgl. § 1571 BGB) auf die **zweite Stufe**. Vereinbarungen zum (entschädigungslosen) Global- oder Totalausschluss werden daher im Ergebnis **nach denselben Kriterien** geprüft werden **wie ein Verzicht auf Altersunterhalt** ohne hinreichende Kompensation.[553] Der Versorgungsausgleich ist aus der Sicht der Kernbereichsabstufung weniger vermögens- bzw. güterechtsbezogen, sondern **überwiegend unterhaltssichernd,** nämlich als ehezeitbezogene Teilhabe zur Absicherung des wiederkehrenden Unterhaltsbedarfs bei Alter oder Invalidität zu verstehen.[554] Diese Einordnung bringt den Versorgungsausgleich als Scheidungsfolge trotz des Ausgleichs von „Vorsorgevermögen" in den **„Unterhaltsverbund"**.

Der dem Versorgungsausgleich strukturell – jedoch nicht funktional – vergleichbare **Zugewinnausgleich** (§§ 1378 ff. BGB) findet sich gänzlich außerhalb der Stufenfolge wieder.[555]

Die abstrakt hochrangige Einstufung sieht der BGH[556] auch dadurch veranlasst, dass die **Ansammlung von Vorsorgevermögen** – gerade in den Regelsicherungssystemen (vgl. § 32 VersAusglG) – der wirtschaftlichen Dispositionen der Ehegatten weitgehend entzogen ist und auf diese Weise sichergestellt werden soll, dass das gebildete Vermögen entsprechend seiner Zweckbestimmung für die Absicherung bei Alter oder Invalidität tatsächlich zur Verfügung steht.

Ob allerdings gerade dieses Argument eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis trägt, darf bezweifelt werden. Der nunmehr bereits wiederholt vom BGH verwendete Satz setzt unterschwellig die Disposition über Vorsorgevermögen als solches, beispielsweise durch eine Auszahlung an den Versicherungsnehmer, mit dem Anspruch auf Durchführung des Versorgungsausgleichs gleich. Bei scheidungsbezogenen Vereinbarungen geht es aber nicht um die Frage, ob das Vorsorgevermögen als solches -also im Verhältnis zum Versorgungsträger- der Disposition der Ehegatten entzogen ist, sondern vielmehr wie es als Vorsorgevermögen unter den Ehegatten auf vertraglicher Basis verteilt werden kann. Hierzu geht § 6 Abs. 1 VersAusglG jedoch von einer hohen Verfügbarkeit aus.

Die abstrakt hochrangige Einstufung des Versorgungsausgleichs bedeutet jedenfalls, dass Vereinbarungen mit einseitig belastendem Ausschlusscharakter in einem besonderen Maße durch die **individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse** mit Blick auf die **Altersvorsorgebiografie** und auch unter Beachtung der berechtigten Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt und im Gesamtergebnis eine hinnehmbare und **gerechtfertigte Lastenverteilung** darstellen muss.[557]

Ob und inwieweit die vergleichsweise strengen Anforderungen an die Disponibilität auch **Modifikationen des Versorgungsausgleichs** (also Teilausschlüsse) betreffen, die in ihren Wirkungen deutlich

---

[553] Vgl. BGHZ 158, 81 (98) = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930 (934); BGH NJW 2005, 137 = FamRZ 2005, 26 (27); NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185 (187); FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011 (2013); NJW 2009, 2124 = FamRZ 2009, 1041 (1043); BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 22; ähnl. auch OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls.); Bergschneider Eheverträge 69.

[554] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; OLG Hamm NotBZ 2012, 390 = BeckRS 2012, 01678; s. auch Johannsen/Henrich/Holzwarth, 6. Aufl. 2015, VersAusglG § 8 Rn. 5; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 74.

[555] Zusf. BGH NJW 2013, 457; OLG Brandenburg BeckRS 2013, 05310 = FamRZ 2013, 1893 (Ls.).

[556] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; NJW 2013, 457 = FamRZ 2013, 269.

[557] Vgl. BGH NJW 2008, 1076 = FamRZ 2008, 386 f.; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 74; zusf. Hahne FamRZ 2009, 2041 (2044).

unterhalb eines Totalausschlusses liegen, ist in Einzelheiten unklar.[558] Der BGH[559] stellt jedoch regelmäßig heraus, dass Gestaltungen, die die Grenze eines **Ausgleichs „ehebedingter Versorgungsnachteile“** beachten, immer möglich sind. Maßstab einer einseitigen Benachteiligung ist jedenfalls auch im Bereich des Versorgungsausgleichs nicht der **Halbteilungsgrundsatz**.[560]

### *b) Wirksamkeitskontrolle*

#### aa) Allgemeines

Unter **Berücksichtigung der hohen Kernbereichseinstufung** gelten für die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB keine spezifischen Besonderheiten. Allerdings zeigt die Scheidungsfolge Versorgungsausgleich, dass der BGH zur Vermeidung einer objektiven Benachteiligung typengerechte Verträge voraussetzt, wenn nicht gar verlangt. Das entspricht dem Anspruch notarieller Gestaltung. Hiernach ist der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs – trotz der hohen Einstufung dieser Scheidungsfolge – für sich genommen dann nicht sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB), wenn beispielsweise in einer **„partnerschaftlichen Doppelverdienerehe“ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** für beide Ehegatten redlicherweise **nicht absehbar** war (= Merkmal der Vorhersehbarkeit), ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten für den verzichtenden Ehegatten im Alter signifikante und verbleibende Lücken in der Versorgung entstehen und verbleiben könnten (= verbleibende Nachteile in der Versorgungsbiografie),[561] die **ehebedingt** sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn beide Ehegatten bei Vertragsschluss für die Zukunft und für die Rollenverteilung in ihrer Ehe davon ausgingen und auch ausgehen durften, dass sie weiterhin (sozialversicherungsrelevante) Erwerbseinkünfte erzielen werden und deshalb der Ausbau der Altersversorgung jeweils durch die eigene Erwerbstätigkeit sichergestellt ist.[562] An der Vorhersehbarkeit fehlt es auch, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf Seiten eines **Unternehmer-Ehemannes** zu erwarten war, dass dieser keine Anwartschaften aufbauen würde, die dem Versorgungsausgleich unterliegen und dessen Altersvorsorge im Wesentlichen durch den Wert des Unternehmens und ggf. auch Kapitallebensversicherungen sichergestellt werden soll. Im Zeitpunkt des für die Prüfung der Sittenwidrigkeit maßgeblichen Vertragsschlusses war daher zu erwarten, dass der andere Ehegatte von der Durchführung eines Versorgungsausgleichs nicht profitieren würde.[563]

Findet der Ausschluss (vgl. § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VersAusglG) im Rahmen eines vorsorgenden Ehevertrags zu einem Zeitpunkt statt, der als weit von einem denkbaren Renteneintritt der Ehegatten bezeichnet werden kann (**„rentenferne Jahrgänge“**), ist zudem zu berücksichtigen, dass die Annahmen der Ehegatten zu ihrem beiderseitigen Anrechteerwerb vor und nach einer denkbaren Scheidung selten als anfänglich unrealistisch zu bewerten sein werden. Eine daran anknüpfende Ausschlussvereinbarung wird man deshalb auf den Zeitpunkt ihres Zustandekommens betrachtet, kaum als sittenwidrig

---

[558] Vgl. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 75.

[559] BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101.

[560] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 24 (zu einer Scheidungsfolgenvereinbarung); ebenso NK–BGB/Götsche, 2. Aufl. 2010, VersAusglG VersAusglG § 8 Rn. 7.

[561] BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; FamRZ 2005, 691 (692) = NJW 2005, 1370; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 80.

[562] Vgl. BGH DNotZ 2017, 870 = FamRZ 2017, 884 = NJW 2017, 1883; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 80.

[563] Vgl. OLG Hamm BeckRS 2020, 4314 Rn. 40 = NJOZ 2020, 745.

einstufen können (= keine Vorhersehbarkeit einseitiger Lastenverteilungswirkung).[564] Zudem kommt bei Scheidungsvereinbarungen rentenferner Jahrgänge der Gesichtspunkt in Betracht, dass selbst bei entstandenen ehebedingten Versorgungsnachteilen „noch ausreichend Zeit und Gelegenheit zum weiteren Ausbau der Altersvorsorge“ besteht.[565]

Erst recht ist es bei einer gescheiterten **partnerschaftlichen Doppelverdienerehe** kein geeigneter Ansatz zur Sittenwidrigkeitsprüfung, wenn beide Ehegatten ihr **geplantes Ehemodell tatsächlich verwirklicht** und deshalb beide ihre eigene Altersversorgung „plankonform“ auf- oder ausgebaut haben, der eine Ehegatte aber aus nicht ehebedingten Gründen deutlich mehr Versorgungsanrechte erworben hat und deshalb im Alter evident besser dastehen wird.[566]

Ebenfalls erst recht kann ein vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs auch bei den in einer **Ehekrise** oder im Zusammenhang mit einer bereits **beabsichtigten Scheidung** geschlossenen Eheverträgen (= **Krisen-Eheverträge**) oder echten **Scheidungsvereinbarungen** nicht dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterworfen werden, wenn ein nach der gesetzlichen Regelung stattfindender Versorgungsausgleich von beiden Ehegatten nicht gewünscht wird, und soweit dies mit dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs vereinbar ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn beide Ehegatten **während der Ehezeit** vollschichtig und von der Ehe unbeeinflusst berufstätig waren und **jeder seine eigene Altersversorgung aufgebaut oder aufgestockt hat,** wobei aber der eine Ehegatte aus nicht ehebedingten Gründen mehr Versorgungsanrechte erworben hat als der andere.[567]

**Sittenwidrigkeit** einer Ausschlussvereinbarung ist hingegen anzunehmen, wenn der **objektive Gehalt einer ehevertraglichen Gesamtregelung** erkennbar auf eine **einseitige Benachteiligung** eines Ehegatten angelegt ist und der **Ausschluss kompensationslos** bleibt (und auf der subjektiven Seite eine ungleiche Verhandlungsposition ausgenutzt wird).[568] Die Tatsache, dass sich ein vereinbarter Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs nachteilig auswirkt, führt jedoch für sich genommen noch nicht zwingend zur Sittenwidrigkeit der insoweit getroffenen Abrede.[569]

Ein Fall der anfänglichen Sittenwidrigkeit liegt mit Blick auf den Versorgungsausgleich und im Rahmen der vorrangigen **Einzelklauselprüfung** vor, wenn in einer **„Allein- oder Einverdienerehe“**[570] der Ausschluss – erkennbar – dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten (oder zu diesem Zeitpunkt schon verwirklichten) Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und verfügen wird. Häufig wird in einem solchen Fall ein Sachverhalt zugrunde liegen, in dem ein Ehegatte – wie bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geplant oder gar verwirklicht – der Betreuung der gemeinsamen Kinder widmet und deshalb auf eine

---

[564] Jeweils zu Scheidungsvereinbarungen BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 27; OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 mwN = FamFR 2013, 249 m Anm Holzwarth; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 80.

[565] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 27.

[566] So iErg auch BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101.

[567] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 24; s. auch BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 Rn. 28 f.

[568] Im Fall BGH FamRZ 2009, 2011 mAnm Bergschneider war die Ehefrau bei Vertragsschluss im neunten Monat schwanger, die Berufsaufgabe wegen Kinderbetreuung war absehbar und der Vertragsentwurf ist erstmals in der notariellen Verhandlung bekannt gegeben worden; s. auch BGH NJW 2009, 2124 = FamRZ 2009, 1041 mAnm Bergschneider.

[569] Vgl. BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 21.

[570] Die Bezeichnung verwendet BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101.

versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet.[571] Die Ausschlussvereinbarung ist in einer solchen Konstellation (= Aufteilung der Familien- und Erwerbsarbeit) mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar, falls die erkennbaren Nachteile nicht hinreichend kompensiert werden.[572] Die Ausschlussgestaltung führt hier zwangsläufig zu einer (bleibenden) ehebedingten **Lücke in der Versorgungsbiografie.** Andererseits führt die bei Ehevertragsabschluss bereits erkennbare Konstellation einer **zeitweise vollständigen und teilweisen Unterbrechung der Erwerbstätigkeit** eines Ehegatten wegen Kinderbetreuung nicht zwangsläufig zu bedeutsamen betreuungsbedingten Versorgungsnachteilen; eine Einzelfallbetrachtung ist vielmehr erforderlich. Dem **Umfang nach geringe betreuungsbedingte Nachteile,** die jedenfalls die Annahme objektiver Sittenwidrigkeit ausschließen, entstehen nach Ansicht des BGH etwa, wenn in 14 Jahren der gesetzlichen Ehezeit (vgl. § 3 Abs. 1 VersAusglG) der kinderbetreuende Ehegatte rund sechs Jahre gar nicht und für einen weiteren Zeitraum von maximal sieben Jahren nur in Teilzeit beschäftigt war, weil solche Versorgungsnachteile aufgrund der **Höherbewertung der Kindererziehungszeiten** zwischenzeitlich nahezu kompensiert sind (vgl. § 70 Abs. 2 SGB VI, § 249 Abs. 1 SGB VI).[573]

Die Beispiele aus dem Bereich der **„Doppelverdienerehe“** und der **„Alleinverdienerehe“** zeigen, dass es bei Ehegattenvereinbarungen (auch) um das Erfassen von **vereinbarungsgeeigneten Ehetypen**[574] **zur** Vermeidung einer anfänglichen **Typenverfehlung geht.**[575]

In Fällen der **Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich**, in denen ein Ehegatte als Selbstständiger voraussichtlich seine Altersversorgung durch Bildung von grundsätzlich dem Zugewinnausgleich unterfallenden Vermögen betreiben wird, während der andere Ehegatte voraussichtlich zur Altersversorgung lediglich Anrechte erwerben wird, die dem Versorgungsausgleich unterliegen, führt der ehevertragliche Ausschluss des Zugewinnausgleichs unter Beibehaltung des Versorgungsausgleichs zum **einseitigen Ausschluss eines Ehegatten von der Teilhabe an der Altersvorsorge** des anderen im Scheidungsfall. In einem solchen Fall liegt – objektiv – eine einseitige Lastenverteilung vor.[576]

### bb) „Ausgleichsbilanz“ auszugleichender Anrechte

Findet eine Inhaltskontrolle versorgungsausgleichsrechtlicher Gestaltungen statt, kann die Feststellung, welcher der beiden Ehegatten durch die vertraglichen Vereinbarungen gegenüber dem Ergebnis der Durchführung des Versorgungsausgleichs nach den gesetzlichen Vorschriften „**insgesamt erheblich benachteiligt**“ ist, von Belang sein, sofern sich aus der Gesamtbetrachtung keine sofort erkennbare Sicherstellung des verzichtenden Ehegatten ergibt.[577] Das Erfordernis einer auf die Versorgungsanrechte konzentrierten Nachteilsfeststellung durch Aufstellen einer Gesamtbilanz der Anrechte jedes Ehegatten und deren Vergleich miteinander (**„Ausgleichsbilanz“**) wird auch durch § 47 Abs. 6 VersAusglG und den dort enthaltenen Verweis auf § 8 Abs. 1 VersAusglG angedeutet. Ist ein Ehegatte

---

[571] So ausdr. BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101 unter Hinweis auf BGH NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011.

[572] Vgl. insbes. BGH NJW 2008, 3426 = FamRZ 2008, 2011; Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 934; Brambring EheV und Vermögenszuordnung Rn. 90.

[573] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 26 f.

[574] Hierzu Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 584; Goering FamRB 2004, 64 (67); Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Ehescheidung Teil 3 Rn. 62 mwN.

[575] S. bspw. Haußleiter/Schiebel NJW-Spezial 2004, 7; Rauscher FamR Rn. 366h.

[576] OLG Karlsruhe NZFam 2015, 126 = FamRZ 2015, 500 = RNotZ 2015, 220.

[577] Zusf. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 76 ff.

außerhalb des Erwerbs von Anrechten aus dem „Netto-Wertausgleich“ **erkennbar gut abgesichert** und nicht auf den Versorgungsausgleich angewiesen, wird die Ermittlung einer Ausgleichsbilanz hingegen überflüssig.

Eine **Ausgleichsbilanz** zeigt idealerweise den tatsächlichen Wertunterschied, der sich nach einem **Hin- und Herausgleich** ergeben würde. Grundsätzlich wird man hierzu an Barwertberechnungen und – mit Abstrichen beim „korrespondierenden Kapitalwert“ – an die Angaben der Versorgungsträger im Rahmen ihrer Auskunft anknüpfen können. Eine für die Inhaltskontrolle insgesamt aussagekräftige B**ilanz,** die eine durch Vereinbarung herbeigeführte **„objektive Benachteiligung“** ermitteln will, muss zudem im Wege einer **Gesamtbetrachtung** auch die außerhalb des Wertausgleichs liegenden **Gegenleistungen und Kompensationen** einbeziehen (s. etwa den Fall des § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VersAusglG).[578]

### *c) Ausübungskontrolle*

Ein wirksam vereinbarter (Teil-)Ausschluss des Versorgungsausgleichs hält der **Ausübungsprüfung** nicht stand, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund der Änderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem **Gebot ehelicher Solidarität** schlechthin unvereinbar ist.[579] Spezifische Besonderheiten gelten insoweit für den Versorgungsausgleich nicht.

Der im Einzelfall erforderlichen Anpassung kann der Ausgleichsverpflichtete jedenfalls nicht entgegenhalten, der Berechtigte habe es selbstverschuldet unterlassenen, in der Ehezeit eigene Anrechte zu erwerben, wenn die Veränderung der Lebensumstände schicksalhaft oder auf einer gemeinsamen Lebensplanung beruht oder vom Ausgleichspflichtigen **geduldet** oder gar **gebilligt** worden ist.[580]

Kommt es zur **Anpassung** (§ 8 Abs. 1 Alt. 2 VersAusglG iVm §§ 242, 313 BGB) ist es auch im Bereich des Versorgungsausgleichs **regelmäßig sachgerecht,** diesen nicht etwa in vollem Umfang durchzuführen, sondern **nur die ehebedingten Versorgungsnachteile** des benachteiligten Ehegatten **auszugleichen**.[581] Die am Nachteilsausgleich orientierte Anpassung korrigiert die mit einem wirksamen (Teil-)Ausschluss ursprünglich verfolgte Absicht der Ehegatten bei einer später abweichenden Lebensgestaltung gegenüber der vorgestellten Lebensplanung am **Maßstab der Verhältnismäßigkeit.**[582]

Der BGH lässt damit auch für die Scheidungsfolge „Versorgungsausgleich“ den ursprünglichen Willen der Ehegatten derart bestehen, dass der verzichtende Ehegatte jedenfalls nicht an der Versorgung des insgesamt höherwertig versorgten Ehegatten hälftig teilhat. Maßstab der Anpassung ist vielmehr eine **„hypothetische Versorgungsbiografie“** (unter Einbeziehung typischer Karriereentwicklungen) des benachteiligten Ehegatten, die anhand von Rentenberechnungen aufzustellen ist.[583] Neuerdings verwendet der BGH auch die Figur eines von den Ehegatten **„beabsichtigten Versorgungskonzepts“** als Maßstabsversorgung. Jedenfalls ist § 287 ZPO zur Feststellung des ehebedingten

---

[578] So iErg auch BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 78.

[579] BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185 (187).

[580] So ausdr. der Ls. von BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359.

[581] BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; NJW 2005, 137 = FamRZ 2005, 26; NJW 2005, 139 = FamRZ 2005, 185 (187); s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 87 mwN.

[582] Vgl. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 87.

[583] Vgl. BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; Bergschneider Eheverträge 31 f.; Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 935 f.; zusf. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 88; BeckFormB FamR/Weil Form. K.I. Anm. 3.

Versorgungsnachteils und der „hypothetischen Versorgungsbiographie“ anwendbar,[584] **ggf.** sind **gutachterliche Feststellungen** erforderlich.[585] Es werden dann – einzelanrechtsbezogen und im Rahmen der einzelnen Ausgleichswerte – derart viele Anteile von Anrechten übertragen, bis der ehebedingte Versorgungsnachteil hinlänglich ausgeglichen ist. Die **Obergrenze des Ausgleichs** durch Anpassung ist immer die Höhe des Anspruchs bei uneingeschränkter Durchführung des Versorgungsausgleichs.[586]

Keine hypothetische Betrachtung unter Verwendung § 278 ZPO oder gutachterlicher Feststellungen lässt der BGH im Bereich des Güterrechts zu.

Bei einer **längeren Aufgabe oder Einschränkung der Erwerbstätigkeit** kann zur Vereinfachung der Berechnung auch der durchschnittliche Erwerb von Entgeltpunkten in der gesetzlichen Rentenversicherung (vgl. § 63 SGB VI) im Kalenderjahr zugrunde gelegt und sodann dieser **Durchschnittswert** auf den gesamten Betrachtungszeitraum übertragen werden.[587] Die Grenzen einer solchen Durchschnittsbetrachtung sind vielfach erreicht, wenn die „hypothetische Erwerbsbiografie“ mit einem beruflichen Aufstieg einhergegangen wäre. Der Ausgleich ist jedenfalls immer beschränkt auf einen Anrechteerwerb, den der vertraglich benachteiligte Ehegatte selbst hätte erwerben können.[588] Unklar kann sein, wie die Anpassung im Einzelnen und zulasten welcher Anrechte durchzuführen ist, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte eine **Vielzahl von Einzelanrechten** unterschiedlicher Art erworben hat. Unklar ist auch, wie der Eigenanteil an einem ehebedingten Nachteil bei einer Vertragsanpassung auf der Grundlage einer „hypothetischen Versorgungsbiographie“ zu berücksichtigen.[589]

**Zeitlich vor dem Stichtag der Eheschließung,** aber gerade im Hinblick auf die Eingehung der Ehe, **bereits vorgenommene Veränderungen der Versorgungsbiografie** (einschließlich der Berufsaufgabe infolge der vorehelichen Geburt gemeinsamer Kinder), die nach der Scheidung letztlich als Versorgungsnachteil verbleiben, sind mit dem vorehelichen Anteil des erlittenen Nachteils nicht zu berücksichtigen.[590] Dies entspricht dem Grundsatz, dass allein das Zusammenleben in nichtehelicher Lebensgemeinschaft vor der Eheschließung keine rechtlich gesicherte Position begründet.[591]

**Andere vertragliche Regelungen der Ehegatten,** die nicht den Versorgungsausgleich selbst betreffen, aber mit der angepassten Regelung möglicherweise in einem Regelungszusammenhang stehen, bleiben von der gerichtlichen Anpassung grundsätzlich unberührt und sind ausschließlich nach den für sie geltenden Maßstäben zu beurteilen.[592]

Im Hinblick auf eine denkbare Anpassung der vertraglichen Regelungen zum Versorgungsausgleich bedarf es daher sinnvoller vertraglicher **Verknüpfungsvereinbarungen.**

---

[584] BGH NJW 2013, 380; Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 936; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 88.

[585] Vgl. Wick FuR 2010, 301 (305); Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 88.

[586] Vgl. BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359; Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111 (115); s. das Berechnungsbeispiel bei Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 936; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 89 f.

[587] So BGH NJW 2013, 380; erneut bestätigt durch BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359.

[588] BGH FamRZ 2014, 1978 = NJW 2015, 52 = DNotZ 2015, 131 mAnm Kanzleiter; überzogen die Vorinstanz KG BeckRS 2011, 16441 mAnm Reetz FamFR 2011, 339; ebenso Münch FPR 2011, 504.

[589] Vgl. Rauscher FamR Rn. 366q.

[590] Ausdr. für den Versorgungsausgleich BGH FamRZ 2013, 770 = NJW 2013, 1359 unter Weiterentwicklung der Beschlüsse BGH NJW 2012, 1506 = FamRZ 2012, 776; FamRZ 2013, 860 = NJW 2013, 1444 mAnm Born; die zeitliche Grenze der Eheschließung verwischt hingegen OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1893 (Ls.); s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 88.

[591] BGH FamRZ 2013, 860 = NJW 2013, 1444 (1445) für den nachehelichen Unterhalt.

[592] S. etwa Wick FuR 2010, 301 (305).

Als **Fälle relevant abweichender Lebensgestaltung** gegenüber der vorgestellten Lebensplanung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (in vorsorgenden Eheverträgen) gelten im Rahmen der **Ausübungskontrolle** zum Versorgungsausgleich:[593]

- beide Ehegatten wollten eigentlich immer erwerbstätig sein;[594]
- die spätere, jedoch zunächst ausgeschlossene **Berufsaufgabe der Frau** (zB wegen der Betreuung gemeinsamer Kinder/Pflege eines Familienangehörigen / berufsbedingter (Mit-)Umzug des Ehegatten in eine andere Stadt);[595]
- die (letztlich auch versorgungsgeeigneten) **Vermögensverhältnisse beider Ehegatten** erschienen zunächst gesichert und verschlechtern sich deutlich;[596]
- beträchtliche **Altersversorgungen** waren bei Eheschließung **bereits erworben** und fallen später weg;[597]
- anfänglich realistische Vorstellung über den Aufbau einer jeweils eigenen Altersversorgung zerschlagen sich;[598]
- **Erkrankung** eines Ehegatten;[599]
- allgemein das Nichtleisten von versprochenen Kompensationsleistungen.[600]

Trotz **relevanter abweichender Lebensgestaltung** gegenüber der vorgestellten Lebensplanung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (in vorsorgenden Eheverträgen) können vertragliche Ausschlussgestaltungen ohne Anpassung und ohne vereinbarte Kompensation Bestand haben, wenn[601]

- der benachteiligte Ehegatte bereits vorehelich einen signifikanten Teil seiner Altersvorsorge erworben hatte und nach den Regeln des Ehevertrags – wenn auch eingeschränkt – ausbauen kann;[602]

---

[593] Zusf. zu den diversen Fallgruppen Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 91 mwN.

[594] BGH NJW 2007, 2851 = FamRZ 2007, 1310 (ein Ehegatte selbstständig, der andere angestellt); OLG Frankfurt FamRZ 1997, 1450.

[595] Vgl. OLG Koblenz RNotZ 2009, 487 (Auswirkung der Geburt eines Kindes auf Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei ursprünglich beabsichtigter Kinderlosigkeit); ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 347 = NJW 2006, 2049; OLG Dresden FamRZ 2006, 1546 (1547) = BeckRS 2008, 24689; OLG Schleswig FamRZ 2007, 1891 (1893) = NJW-RR 2007, 1012.

[596] Vgl. OLG Braunschweig FamRZ 2005, 2071 = BeckRS 2008, 26262; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 736 (737) = NJW-RR 2007, 226 zu Unternehmensgewinnen.

[597] BGH FamRZ 2005, 691 = NJW 2005, 1370.

[598] OLG München FamRZ 2003, 376 = MittBayNot 2003, 226; OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 477 (478) = BeckRS 2006, 11976.

[599] BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080.

[600] Vgl. BGH NJW 2005, 2386 = FamRZ 2005, 1444 (1449).

[601] Zusf. Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890; zu den diversen Fallgruppen auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 92 mwN.

[602] Vgl. BGH NJW 2005, 1370 = FamRZ 2005, 691 mAnm Bergschneider.

- die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit durch den Erwerb von **Kindererziehungszeiten** in der gesetzlichen Rentenversicherung kompensiert ist (anders möglicherweise, wenn die Unterbrechung deutlich länger als drei Jahre andauert);[603]
- ein **hoher Geldbetrag** gezahlt wurde, den der betreffende Ehegatte zur Alterssicherung hätte verwenden können;[604]
- in der Alters-Differenzehe als Zweitehe der begünstigte Ehegatte ein erhebliches Interesse daran, dass seine Versorgung durch eine Scheidung nicht weiter geschmälert wird (**„berechtigtes Interesse“**).[605]

Ein lediglich nicht ehebedingter, **unterschiedlicher Anrechteerwerb in der Ehezeit,** rechtfertigt für sich betrachtet keine Anpassung.[606]

In Fällen einer **Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich**, in denen ein Ehegatte als Selbstständiger seine Altersversorgung bewusst und ausschließlich durch Vermögensbildung betreibt (= „funktionales Altersvorsorgevermögen“, das aber im Bereich des Güterrechts gebildet wird), während der andere Ehegatte zu seiner Altersversorgung Anrechte nach § 2 VersAusglG erwirbt, führt der Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG zu einem faktisch **einseitigen Verlust der Alterssicherung,** wenn der vom Versorgungsausgleich ausgeschlossene Ehegatte sein „funktionales Altersvorsorgevermögen“ (ehebedingt oder schicksalhaft) verliert.[607] In einem solchen Fall liegt – objektiv – eine einseitige Lastenverteilung vor. Wie genau Konstellationen für „Hinübergreifen“ in einen wirksam ausgeschlossenen Versorgungsausgleich im Wege der Ausübungskontrolle aussehen könnten, ist ungewiss. Der BGH handhabt ein „Hinübergreifen“ in den Versorgungsausgleich zu Recht restriktiv und wohl nur als seltene subsidiäre Lösung. Das gilt jedenfalls für die Ausübungskontrolle bei einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs in einer **Doppelverdienerehe von Freiberuflern.**[608]

## 5. Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 Abs. 1 BGB)

Der Unterhalt bis zur Erlangung einer angemessenen Erwerbstätigkeit (§ 1573 Abs. 1 BGB) ist nach Ansicht des BGH in der Kernbereichsabstufung nachrangig (= 3. Stufe) und als solcher einer **vertraglichen Modifikation weitgehend zugänglich.**[609] Gegen einen Ausschluss des nachrangigen Unterhalts

---

[603] Vgl. BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468; Nicht-Pflichtversicherte erwerben ebenfalls EP in der gRV, zu den entsprechenden Regelungen für Beamtinnen (Bund) gilt die Elternzeitverordnung (EltZV).

[604] AG Mönchengladbach-Rheydt FamRZ 2007, 1026 (1027) = BeckRS 2007, 11190; Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890.

[605] OLG Saarbrücken FamRZ 2008, 1189 (1190) = BeckRS 2007, 18783: Fall eines entschädigungslosen Ausschlusses zwischen zwei berufstätigen Ehegatten ohne Kinder.

[606] Vgl. etwa BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101; OLG Koblenz BeckRS 2004, 05457 = FamRZ 2005, 40 (Ausschluss trotz Kinderwunsch); Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 93.

[607] Hierzu KG BeckRS 2011, 16441 als Vorinstanz zu BGH NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978.

[608] BGH NJW 2015, 52 = FamRZ 2014, 1978 mit insoweit ablAnm Kanzleiter DNotZ 2015, 138 (139 f.); hierzu auch Münch NJW 2015, 288 (289 f.).

[609] Vgl. BGHZ 158, 81 (97) = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930; BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; s. auch Borth UnterhaltsR Rn. 839 ff.

wegen Erwerbslosigkeit sind daher unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB (= Wirksamkeitskontrolle) regelmäßig Bedenken nicht zu erheben, weil das Gesetz das Arbeitsplatzrisiko ohnehin auf den Berechtigten verlagert, sobald dieser einen nachhaltig gesicherten Arbeitsplatz gefunden hat (§ 1573 Abs. 4 BGB; vgl. auch § 1573 Abs. 5 BGB).[610]

Der Unterhaltsanspruch kann allerdings auch dem **Ausgleich erwerbsbiografischer Nachteile** dienen, die ein Ehegatte um der Ehe willen in Kauf genommen hat und die deshalb im Scheidungsfall auf beide Ehegatten verteilt werden sollen. Das kann insbesondere bei einer langjährigen Ehe und im Anschluss an einen längeren Zeitraum der Kinderbetreuung gelten.[611] Insoweit kann Erwerbslosigkeitsunterhalt (oder wegen Ausbildung nach § 1575 BGB) Teil des **ehebedingten Nachteilsausgleichs** sein, dem der BGH entscheidende systematische Bedeutung im Zusammenhang des Scheidungsfolgenrechts beimisst. Der Gesichtspunkt des Nachteilsausgleichs kann deshalb bei einer **Gesamtbetrachtung** benachteiligender, ehevertraglicher Regelung ins Gewicht fallen. Regelmäßig werde diese Fragen jedoch im Rahmen der Ausübungskontrolle zu berücksichtigen sein.[612]

Bei der Beurkundung einer Unterhaltsvereinbarung kann der **Wiedereingliederungsgesichtspunkt** bzw. der ehebedingte Nachteilsausgleich auch im Rahmen einer ausführlicheren Vereinbarung zu § 1570 Abs. 2 BGB berücksichtigt werden. Nach einer restriktiven Ansicht – der für die Gestaltungspraxis so nicht zu folgen ist – sollten sich abdingende Vereinbarungen zum Erwerbslosenunterhalt nach den Maßgaben des § 1578b richten und quasi nur bestätigend wirken.[613]

Die Ehegatten sind immer berechtigt, im Zusammenhang einer Unterhaltsvereinbarung für ihre Ehe die Billigkeitsgesichtspunkte des § 1578b BGB, der auf den Unterhalt nach § 1573 BGB anwendbar ist, zu definieren und beispielsweise zeitlich Bezugsgrenzen für den Unterhalt festzulegen.

Haben sich Ehegatten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine (teilweise) Erwerbstätigkeit des Unterhaltsberechtigten vorgestellt, kommt eine **Vertragsanpassung im Wege der Ausübungskontrolle** nach § 242 BGB (hier zur Leistung von Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit) nur in Betracht, wenn die vorgestellte, aber nicht verwirklichte Erwerbstätigkeit des betreffenden Ehegatten erheblich sein sollte und ihm ein unverändertes Festhalten am Ehevertrag deshalb nicht zumutbar ist.[614] Eine Anpassung ist regelmäßig auf einen Betrag beschränkt, der der Entlohnung einer geplanten (Teil-)Erwerbstätigkeit entspricht.

Im Rahmen einer Anpassung darf der Unterhaltsberechtigte zudem nicht bessergestellt werden, als er ohne die Ehe und seinem mit dieser einhergehenden Erwerbsverzicht stünde. Insbesondere dürfen **Erwerbsnachteile,** die sich bereits **aus einer ersten Ehe** ergeben hatten, aus der ein Kind hervorgegangen war, nicht dem zweiten Ehegatten entgegengehalten werden.[615]

## 6. Aufstockungsunterhalt (§ 1573 Abs. 2 BGB)

Dem Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB kommt in der unterhaltsrechtlichen Praxis erhebliche Bedeutung zu. Sein vertraglicher Ausschluss ist weithin möglich und wird als angemessen

---

[610] Vgl. BGHZ 158, 81 (97) = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930; BGH FamRZ 2008, 582 = NJW 2008, 1080; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 30.

[611] Borth UnterhaltsR Rn. 840; s. auch Eikelberg RNotZ 2009, 1 (26 f.); Schwab in Limmer/Schwab, Scheidung, Trennung, Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, 2008, 68 (84).

[612] S. auch BeckFormB BHW/Reetz Form. V. 12 Anm. 6.

[613] Borth UnterhaltsR Rn. 839.

[614] BGH NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974 mAnm Bergschneider.

[615] BGH NJW 2007, 2848 = FamRZ 2007, 974 mAnm Bergschneider.

betrachtet,[616] weil er vielfach als nicht gerechtfertigtes Mittel zur Perpetuierung des ehelichen Lebensstandards gilt.[617]

Aufstockungsunterhalt wird nach § 1573 Abs. 2 BGB geschuldet, wenn die Einkünfte des Berechtigten nicht den eheangemessenen Bedarf (§ 1578 Abs. 1 BGB) decken, obwohl dieser der Ausübung einer angemessenen Erwerbstätigkeit nachgeht.[618] Als Einsatzzeitpunkte kommt insbesondere die Scheidung in Betracht, genauso aber der Anschluss nach den Unterhaltstatbeständen gem. §§ 1570–1572, 1573 Abs. 1 und 4 BGB, §§ 1575 und 1576 BGB (s. § 1573 Abs. 1 und 3 BGB).

Aufstockungsunterhalt kann auch bei Teilerwerbstätigkeit des Berechtigten gleichzeitig und neben §§ 1570–1572 BGB als **ergänzender Aufstockungsunterhalt** entstehen, soweit die Summe aus den eigenen Einkünften des Unterhaltsberechtigten und dem Unterhaltsanteil nach §§ 1570–1572 BGB den eheangemessenen Bedarf nach § 1578 Abs. 1 BGB nicht erreicht. Dieser ergänzende (Teil-)Unterhalt ist weithin abdingbar.[619]

Auch nach einer länger als 20 Jahre andauernden Ehen kann eine (vertragliche) Begrenzung des nachehelichen Aufstockungsunterhalts angemessen sein, während sie bei erheblich kürzeren Ehen aus Gründen des **Nachteilsausgleichs** ausgeschlossen sein kann.[620] Dient der Aufstockungsunterhalt dem **Ausgleich ehebedingter Nachteile,**[621] ist eine vertragliche Beschränkung nach den Maßstäben des angemessenen Lebensbedarfs möglich.[622]

## 7. Ausbildungs- (§ 1575 BGB) und Billigkeitsunterhalt (§ 1576 BGB)

Ein von den Ehegatten vereinbarter ganzer oder teilweiser Verzicht oder eine inhaltliche Modifikation des **Ausbildungsunterhalt nach** § 1575 BGB und/oder des **Billigkeitsunterhalts** nach § 1576 BGB rechtfertigt, wie der BGH bereits in seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 2004 dargelegt hat,[623] schon nach der Bedeutung dieser Unterhaltstatbestände im System des Scheidungsfolgenrechts das Verdikt der Sittenwidrigkeit regelmäßig nicht. Wiederum kann einzelfallbezogen etwas anderes gelten, wenn ehebedingte Nachteile des berechtigten Ehegatten ausgeglichen werden sollen.

Aufstockungs-, **Ausbildungs-** und **Billigkeitsunterhalt** waren bereits vor dem Inkrafttreten des UÄndG 2008 gesetzlich modifizierbar ausgestaltet, nämlich der Höhe und der Leistungsdauer nach begrenzbar (vgl. § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB, § 1573 Abs. 5 BGB, § 1575 Abs. 1 S. 2 BGB aF). Derartige Begrenzungsmöglichkeiten sind nunmehr in § 1578b BGB zusammengefasst und erweitert sowie auf alle Unterhaltstatbestände anwendbar.

---

[616] Vgl. BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (606) = NJW 2004, 930; BGH FamRZ 2008, 582 (585) = NJW 2008, 1080.

[617] Vgl. BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 35 mwN.

[618] SWK-FamR/Reetz Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt Rn. 38.

[619] BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 35.

[620] Vgl. BGH FamRZ 2007, 2049 = NJW-RR 2008, 1 (3); FamRZ 2006, 1006 (1007) = NJW 2006, 2401.

[621] Vgl. Schwab in Limmer/Schwab, Scheidung, Trennung, Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, 2008, 68 (89 ff.); Eickelberg RNotZ 2009, 1 (27).

[622] Hahne in Brennpunkte des Familienrechts, FamRZ-Buch 20, 181 (196); BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 35.

[623] Vgl. BGHZ 158, 81 (98) = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930; FamRZ 2005, 1449 = NJW 2005, 2391; FamRZ 2008, 582 (585) = NJW 2008, 1080; Schwab in Limmer/Schwab, Scheidung, Trennung, Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen, 2008, 68 (89 ff.); Eickelberg RNotZ 2009, 1 (27).

## V. Inhaltskontrolle von Scheidungsvereinbarungen

Die Maßgaben der Inhaltskontrolle sind auch auf **scheidungsnahe** und **echte Scheidungsvereinbarungen** anwendbar;[624] allerdings können sich Besonderheiten ergeben.

Auch das VersAusglG unterscheidet im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 VersAusglG, in dem die Inhaltskontrolle ausdrücklich benannt ist, nicht zwischen (vorsorgenden) Eheverträgen und scheidungsnahen Vereinbarungen. Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich müssen nach hM einheitlich einer richterlichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle gem. § 8 Abs. 1 VersAusglG iVm §§ 138, 242, 313 BGB standhalten.[625]

Der Funktionsunterschied zwischen einem (vorsorgenden) Ehevertrag und einer Scheidungsvereinbarung, die durch den Regelungsanlass der nahen Scheidung und der Abwicklung der gemeinsamen wirtschaftlichen Verflechtung gekennzeichnet ist, ist geeignet, die Scheidungsvereinbarung überwiegend unter dem Aspekt der **Wirksamkeitskontrolle** (§ 138 Abs. 1 BGB) und weniger dem der **Ausübungskontrolle** zu beurteilen.[626] Ein Auseinanderfallen vom „geplanten“ und „gelebten Ehetypus“ zwischen Vertragsabschluss und Rechtskraft der Scheidung besteht naturgemäß nicht; die Ehe ist bereits im „Abwicklungsmodus“. Zumeist werden die Ehegatten in einer scheidungsnahen Vereinbarung eher geneigt und auch in der Lage sein, ihre Interessen zu erkennen und wahrzunehmen.

Regelmäßig wird den Ehegatten das unterhaltsrelevante und versorgungsrechtliche Ergebnis ihres bisherigen Eheverlaufes – hinreichend – präsent sein, damit auch der Ausgangspunkt für die Zeit nach ihrer Scheidung. Dadurch steigt die **Richtigkeitsgewähr** ihrer scheidungsbezogenen Vereinbarungen.[627] Mit der einerseits retrospektiven und anderseits prognostischen Sichtweise der Ehegatten korrespondiert sodann die tatrichterliche Aufgabe. Anstelle der Beurteilung des Auseinanderfallens von „geplantem“ und „gelebtem Ehetypus“ hat der Tatrichter auf den maßgeblichen Prüfungszeitpunkt den bisherigen Eheverlauf und zudem die künftigen Erwerbschancen der Ehegatten (= naheliegende, fortgesetzte Erwerbs- und Versorgungsbiografie) zu berücksichtigen.

Bei der **uneingeschränkt durchzuführenden Wirksamkeitskontrolle** ist zu klären, inwieweit die scheidungsnahe Vereinbarung **bereits entstandene ehebedingte Nachteile** kompensiert oder möglicherweise sogar perpetuiert.[628] Hiervon betroffen sind wiederum in erster Linie die Scheidungsfolgen aus dem „Unterhaltsverbund“, weniger jedoch güterrechtliche Folgen der Scheidung. So können

---

[624] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 20 (für die Ausübungskontrolle offenlassend in Rn. 41); FamRZ 2014, 629 Rn. 17 = NJW 2014, 1101; OLG Celle FamRZ 2004, 1202 = NJW 2004, 1961 = DNotI-Report 2004, 81; OLG Brandenburg FamRZ 2013, 335 = BeckRS 2013, 09142; OLG Hamm NotBZ 2012, 390; OLG Celle NJOZ 2007, 3130 = FamRZ 2007, 1566 mAnm Bergschneider (Vergleich vor einem österreichischen Gericht); OLG Jena FamRZ 2007, 2079 (zu gerichtlichem Vergleich); OLG Köln RNotZ 2010, 55 mAnm Langenfeld FamFR 2010, 23 (lehrbuchartig zu einer Vereinbarung nach Trennung); OLG Naumburg FF 2002, 69 mAnm Bergschneider (zu den Vorgaben des BVerfG); NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 14; Hahne in Schriften zum Notarrecht 44, 111; Bergschneider Eheverträge 36 mwN; Göppinger/Rakete-Dombek/Kilger/Pfeil Ehescheidung Teil 5 Rn. 116; Kornexl FamRZ 2004, 1609 (1611); Brandt MittBayNot 2004, 278 (281); Gageit FPR 2005, 122 (129); Eickelberg RNotZ 2009, 23; Bergschneider/Wolf NZFam 2018, 392 (394).

[625] Wick FPR 2009, 219; Schmid/Eulering FamRZ 2009, 1269 (1270); Langenfeld FPR 2009, 497; Brambring NotBZ 2009, 429 (430); Bredthauer FPR 2009, 500 (501); Eichenhofer NotBZ 2009, 337 (338); Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 59; BeckFormB FamR/Weil Form. K.I. Anm. 3; Langenfeld Eheverträge-HdB, 6. Aufl. 2011, Rn. 592.

[626] In OLG Koblenz RNotZ 2011, 608 wird die Ausübungskontrolle nur noch beiläufig angemerkt; ebenso OLG Jena FamRZ 2007, 2079 = NJOZ 2007, 3138 (Ls. 3); OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253; iErg ebenso Göppinger/Rakete-Dombek/Kilger/Pfeil Ehescheidung Teil 5 Rn. 95; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 60.

[627] IErg ebenso Bergschneider FamRZ 2014, 727.

[628] Ähnl. Johannsen/Henrich/Holzwarth, 6. Aufl. 2015, VersAusglG § 8 Rn. 8.

beispielsweise Fragen zur Scheidungsfolge „Versorgungsausgleich“ eine bedeutende Rolle spielen. Eine **objektiv einseitige Lastenverteilung** reicht allerdings auch im Sachzusammenhang einer Scheidungsvereinbarung für die Annahme der Nichtigkeit infolge Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB (noch) nicht aus. Erforderlich ist – wie bei einem (vorsorgenden) Ehevertrag – eine **Gesamtbetrachtung bzw. -würdigung** der individuellen Verhältnisse und sachgerechten Prognosen bei dem scheidungsnahen Vertragsschluss. Aus einer einseitig belastenden Regelung kann nur dann auf eine verwerfliche Gesinnung geschlossen werden, wenn der unausgewogene Vertragsinhalt die auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende einseitige Dominanz des begünstigten Ehegatten widerspiegelt.[629] Das enthebt auch bei scheidungsnahen Vereinbarungen nicht davon, konkrete **Feststellungen zur Imparität** machen zu müssen.[630]

Demgegenüber vertritt Braeuer[631] unter Berufung auf den BGH die These, dass gerade bei Ende der Ehe ein Verzicht auf einen (untechnisch) bereits entstandenen Zugewinnausgleichsanspruch – also mittels Scheidungsvereinbarung oder „Krisen-Ehevertrag“ – nicht uneingeschränkt möglich ist; während eine anfängliche Güterstandsvereinbarung zur Gütertrennung oder zum „modifizierten Zugewinnausgleich“ (in einem vorsorgenden Ehevertrag zu Ehebeginn) wegen der vermögensrechtlichen Zuordnungswirkung für die Zukunft der Ehe ohne Weiteres möglich bleibt. Hiernach würde der nahe Scheidungszeitpunkt die güterrechtliche Dispositionsbefugnis einschränken; dies ist abzulehnen.

Gehört der auf den Wertausgleich von Anrechten im Versorgungsausgleich verzichtende Ehegatte (vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG) zu einem sog. **rentenfernen Jahrgang,** bei dem der Zeitraum zwischen der Scheidung bis zum Renteneintritt noch einen verwertbaren Anrechteerwerb erwarten lässt, steht eine sich tatsächlich auswirkende Benachteiligung regelmäßig nicht fest. Es lässt sich bei **rentenfernen Jahrgängen** nämlich nicht mit genügender Sicherheit vorhersehen, dass die Annahme eines künftigen Anrechteerwerbs von Anfang an unrealistisch und deshalb eine scheidungsbezogene Ausschlussvereinbarung schon bei ihrem Zustandekommen sittenwidrig ist.[632]

Soweit die Regelungen einer Scheidungsvereinbarung der Wirksamkeitskontrolle standhalten, ist im Rahmen einer **Ausübungskontrolle** zu prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insofern, ob sich im **Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe** aus dem vereinbarten Ausschluss von Scheidungsfolgen eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt.[633]

**Die Anpassung vertraglicher Vereinbarungen im Wege der nachträglichen Ausübungskontrolle** (§§ 242, 313 BGB) wird scheidungsnahe Vereinbarungen nicht nur wenig betreffen,[634] es wird zudem bei Vereinbarungen, bei denen der **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** mit demjenigen des **Scheiterns der Ehe** praktisch identisch ist, idR kein Raum für eine Ausübungskontrolle verbleiben.[635] Zugleich gelten Besonderheiten für die einzelnen **kernbereichsnahen Scheidungsfolgen,** wie beispielsweise für den Versorgungsausgleich.[636]

---

[629] Hierzu OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253 mwN.

[630] Vgl. BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 30 ff.

[631] Braeuer NZFam 2014, 457 f. (= Anm. zu BGH FamRZ 2014, 629 = NJW 2014, 1101); zust. Münch in Schriften zum Notarrecht 44, 31 (70 f.); aA wohl Bergschneider FamRZ 2014, 727.

[632] Vgl. OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253 mwN; AG Ludwigslust BeckRS 2011, 08946; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 60.

[633] So BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 30 unter Verweis auf BGH FamRZ 2018, 1415 Rn. 20 mwN.

[634] Göppinger/Rakete-Dombek/Kilger/Pfeil Ehescheidung Teil 5 Rn. 116; aA Bergschneider Eheverträge 37.

[635] BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 41.

[636] OLG Jena FamRZ 2007, 2079 = NJOZ 2007, 3138 (Ls. 3); Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Ehescheidung Teil 3 Rn. 75; aA wohl Münch FPR 2011, 504; OLG Celle NJW-RR 2004, 1585 (als Korrektur der fehlenden Abänderungsbefugnis für nachehelichen Unterhalt).

Das in der Ausübungskontrolle typischerweise zu beachtende **Abweichungsrisiko** zwischen den **Erwartungen beim Vertragsschluss** einerseits (= „realistisch geplanter Ehetypus“ oder zum Vertragsschluss „bereits verwirklichter Ehetypus“) und den tatsächlichen **Verhältnissen zum Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe** (= „gelebter Ehetypus“) andererseits besteht bei einer scheidungsnahen Vereinbarung gerade nicht. Die Einigung der Eheleute beruhte typischerweise nicht auf einer Risikoeinschätzung, sondern auf einer Betrachtung und Bewertung bereits vollendeter Tatsachen.[637] Den Ehegatten in einer scheidungsnahen Beurkundungssituation sind zumeist alle wesentlichen Fragen ihres Bedarfs, ihrer Altersvorsorge und ihrer Vermögensverhältnisse bekannt. Ein Abweichungsrisiko auf den Zeitpunkt der Scheidung besteht daher kaum.[638] Das Abweichungsrisiko kann sich jedoch auf die Entwicklung der Erwerbs- und Versorgungsbiografie nach Scheidung beziehen; dies ist jedoch nur insoweit relevant, als sich die nach der Scheidung realisierte Abweichung als ehebedingt erweisen lässt. Mit Blick auf den Zeitablauf zwischen Vertragsschluss und Scheidung (bzw. dem jeweils maßgeblichen Ehezeitende) fehlt es indes regelmäßig an einem signifikanten Zeitablauf.[639] Ausnahmen sind allerdings bei längerem Getrenntleben vorstellbar (auch bei Getrenntlebenvereinbarungen und nachfolgender Scheidung).

Ein zu beachtendes **Abweichungsrisiko** kann im Einzelfall **bei Vereinbarungen zum Nachscheidungsunterhalt** auftreten.[640] Hier beginnt das Unterhaltsrechtsverhältnis als Dauerschuldverhältnis erst mit der Rechtskraft der Scheidung und findet seine Legitimation in nachehelicher Solidarität. Demgemäß hat die Rspr. den in einer Scheidungsvereinbarung erklärten, einseitigen Verzicht auf Nachscheidungsunterhalt nachträglich der **allgemeinen Ausübungskontrolle** unterzogen, wenn die „geplanten“ Verzichtsvoraussetzungen später, also nach Scheidung, wegfallen.[641] Selbst ein **nach der Scheidung (wirksam) vereinbarter Unterhaltsverzicht** unterliegt insoweit der Inhaltskontrolle und kann bei Kinderbetreuung im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB dazu führen, dass sich der Pflichtige während der Dauer der Kinderbetreuung nicht auf den Verzicht berufen darf.[642] Veränderungen nach Scheidung (und nach dem Abschluss einer Scheidungsvereinbarung) sind allerdings vorrangig im Rahmen der Anpassung nach § 239 FamFG zu berücksichtigen, sofern die Ehegatten dessen Anwendung nicht ausgeschlossen haben.

Auf den **Ausschluss des Versorgungsausgleichs** in einer Scheidungsvereinbarung (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG) lassen sich die Grundsätze zur Anpassung einer Unterhaltsvereinbarung nicht ohne weiteres übertragen.[643] Derartige Vereinbarungen führen über den gerichtlichen Beschluss nach § 224 Abs. 3 FamFG (iVm § 6 Abs. 2 VersAusglG) zur Rechtskraft der Entscheidung über den Wertausgleich bei Scheidung. Außerhalb des schuldrechtlichen Ausgleichs (§§ 20 ff. VersAusglG) entsteht zwischen den geschiedenen Ehegatten **kein nacheheliches Dauerschuldverhältnis;** die Abänderungsvoraussetzungen nach § 227 Abs. 2 FamFG, § 225 FamFG sind wiederum keine Anpassungsfälle der Ausübungskontrolle. Der ggf. modifiziert durchgeführte oder aufgrund des Vertrags gerade nicht durchgeführte – rechtskräftige – Ausgleich bei Scheidung lässt sich nicht mehr im Sinne einer Fehlerkorrektur nachholen. Für nachträgliche Anpassungen als Ergebnis einer Ausübungskontrolle nach Scheidung besteht nach der Systematik des VersAusglG gerade kein Raum.

---

[637] OLG Brandenburg BeckRS 2014, 15890.

[638] Ebenso BGH FamRZ 2020, 1347 mAnm Bergschneider = RNotZ 2020, 468 Rn. 41.

[639] So auch OLG Brandenburg BeckRS 2014, 15890; OLG Brandenburg FamRZ 2013, 335 = BeckRS 2013, 09142; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 60; Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 942.

[640] S. insoweit Borth Versorgungsausgleich, 6. Aufl. 2011, Rn. 942; Borth FamRZ 2004, 609; Bergschneider FamRZ 2005, 453; OLG München FamRZ 2005, 215; anders wohl NK-BGB/Sanders, 3. Aufl. 2014, § 1585c Rn. 23.

[641] Zu einem Verzicht nach Scheidung OLG München FamRZ 2005, 215 = FamRB 2005, 3 mAnm Grziwotz; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 61.

[642] OLG München FamRZ 2005, 215; vergleichbares Bsp. bei Bergschneider Eheverträge 37.

[643] Zusf. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 61 f.

# VI. Benachteiligung Dritter, des Trägers der Sozialhilfe oder der Grundsicherung (allgemeine Wirksamkeitsprüfung)

## 1. Verzichte mit drittbenachteiligender Wirkung

### *a) Einordnung der Sittenwidrigkeitsprüfung*

Eine ehevertragliche Vereinbarung, die der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen", als spezifischem Instrument des Familienvertragsrechts zwischen den Ehegatten standhält, kann sich dennoch als anfänglich **sittenwidrig** erweisen und nichtig sein (§ 138 Abs. 1 BGB), weil Gesichtspunkte einer allgemeinen Wirksamkeitskontrolle, insbesondere des Drittschutzes, durchgreifen.[644] Die ehevertragsspezifische Wirksamkeitsprüfung als Teil der „Inhaltskontrolle von Eheverträgen" ist letztlich nicht identisch mit der **allgemeinen Wirksamkeitsprüfung;** es handelt sich vielmehr um zwei verschiedene und eigenständige Anwendungsvarianten des § 138 Abs. 1 BGB.

Die allgemeine Wirksamkeitsprüfung umfasst insbesondere die „älteren Maßstäbe" der Rspr. zur Sittenwidrigkeit von vertraglichen Verzichtsvereinbarungen der Ehegatten **zulasten der öffentlich-rechtlichen Träger sozialer Transferleistungen** (einschließlich der **Grundsicherung im Alter).** In derartigen Fällen erfolgt das **sittenwidrige Verhalten gegenüber** der **Allgemeinheit** oder **Dritten** – und nicht gegenüber dem Ehegatten – Rechtsfolge ist anfängliche Unwirksamkeit.[645]

### *b) Objektiver Gehalt des Sittenwidrigkeitsvorwurfs*

Im Mittelpunkt der Prüfung stehen Vereinbarungen der Ehegatten, die entweder **zwangsläufig** dazu führen (müssen) oder in seltenen Fällen sogar **zielgerichtet** deswegen abgeschlossen werden, damit einer der Ehegatten nach einer Scheidung **Sozialhilfe- oder andere soziale Transferleistungen** in Anspruch zu nehmen berechtigt ist.[646] Primär betroffen sind **Unterhaltsverzichte,** die bei dem Berechtigten eine Bedürftigkeit hinterlassen, die vor dem Hintergrund des **sozialhilferechtlichen Nachrang-grundsatzes** (s. etwa § 2 Abs. 1 SGB XII, § 7 Abs. 1 Nr. 3 SGB II) ganz oder teilweise aus Nachscheidungsunterhalt zu decken sind (bzw. wären).[647] Umfasst sind allerdings auch vertragliche Regelungen mit (Fern-)Wirkung zulasten der **Grundsicherung im Alter nach dem Kap. IV SGB XII**.[648] Selbst der unterlassene Zugewinnausgleich könnte ggf. Hilfsbedürftigkeit verhindern.

---

[644] S. bereits BGH NJW 2007, 904 = FamRZ 2007, 197 (199) mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 128 mAnm Grziwotz; Pauling in Wendl/Dose UnterhaltsR, 7. Aufl. 2008, § 6 Rn. 608; Göppinger/Rakete-Dombek/Kilger/Pfeil Ehescheidung Teil 5 Rn. 100; s. auch MüKoBGB/Münch, § 1408 Rn. 40.

[645] BGHZ 86, 82 (86) = FamRZ 83, 137 = NJW 1983, 1851; Grüneberg/Ellenberger, § 138 Rn. 40 und 45a.

[646] Vgl. BGH DNotZ 2009, 294; OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 461; OLG Köln FamRZ 2003, 767 = NJOZ 2004, 100; OLG Naumburg FamRZ 2002, 456 = DNotZ 2002, 791; s. zudem Brambring EheV und Vermögenszuordnung Rn. 90; Heß FamRZ 1996, 981.

[647] BGH DNotZ 2009, 294 unter Verweis auf die Grundsatzentscheidung BGHZ 86, 82 = FamRZ 83, 137 = NJW 1983, 1851; s. auch BGH NJW 1987, 1546; Staudinger/Rehme, 2007, Rn. 65 spricht zu Unrecht von einer nur noch untergeordneten Bedeutung dieser Rspr.; s. auch FachAnwK-FamR/Wick, 4. Aufl. 2011, VersAusglG § 8 Rn. 11 mwN.

[648] OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253; OLG Koblenz RNotZ 2011, 608; OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1942 = BeckRS 2013, 00112; BT-Drs. 16/10144, 53; Wick FuR 2010, 301 (304); Wick Der

**Beispiel:**[649] Eine **Scheidungsvereinbarung,** in der ein nicht erwerbsfähiger und nicht vermögender Ehegatte auf nachehelichen Unterhalt verzichtet mit der Folge, dass er zwangsläufig der Sozialhilfe anheimfallen muss.

Der **Anspruch auf Grundsicherung** (§§ 41 ff. SGB XII) umfasst derzeit den Regelbedarf iHv 563 EUR nach der Anlage zu § 28 SGB XII und weiteren Zusatzbedarf für Unterkunft und Heizung. Andere Voraussetzungen gelten für Leistungen in einer stationären Einrichtung.[650]

Durch derartige Ehegattenvereinbarungen werden die wirtschaftlichen Risiken einer Scheidung bzw. die **ehebedingten Familienlasten** objektiv auf den Träger der Sozialhilfe, der Grundsicherung oder einer vergleichbaren Transferleistung verlagert und **gleichsam „sozialisiert".**[651] Deswegen handelt es sich um nicht mehr schützenswürdige Gestaltungen der Ehe in Bezug auf **bestehende oder angelegte Lebensrisiken**,[652] sondern um eine sich zum Nachteil Dritter auswirkende Gestaltung. Im Anwendungsbereich des **Kap. IV SGB XII** ist dies immer dann der Fall, wenn ein Ehegatte künftig auf die **Grundsicherung im Alter** oder bei Erwerbsminderung angewiesen ist, dies aber ohne die (Ausschluss-)Vereinbarung nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG nicht der Fall wäre.

### *c) Subjektiver Gehalt des Sittenwidrigkeitsvorwurfs*

Maßgebend sind allerdings auch bei der „allgemeinen Wirksamkeitsprüfung" nicht nur der objektive Gehalt der getroffenen Vereinbarungen (und ihre Fernwirkungen), sondern ebenso die **subjektiven Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts.**[653] Die erforderliche **Gesamtbetrachtung und -würdigung** hat dabei abermals auf die individuellen Verhältnisse und Motivlagen der Beteiligten bei Vertragsschluss abzustellen.[654]

Haben die Ehegatten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die **Absicht,** den Träger der Sozialhilfe, der Grundsicherung oder anderer Transferleistungen durch die von ihnen gewählte Vertragsgestaltung in Anspruch zu nehmen (= Schädigungsabsicht), liegen ohne Weiteres auch die erforderlichen **subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen eines Sittenwidrigkeitsvorwurfs** vor.[655]

**Schädigungsabsicht** als solche ist indes **nicht unbedingt erforderlich.**[656] Ausreichend ist vielmehr, dass sich die Ehegatten **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** einer **möglichen späteren Bedürftigkeit bewusst** waren[657] oder sich einer solchen Erkenntnis **grob fahrlässig verschlossen** haben.[658] Ist also **bei Beurkundung** eines Unterhaltsverzichts oder eines Ausschlusses bzw. Teilausschlusses des

---

Versorgungsausgleich Rn. 793; FachAnwK-FamR/Wick, 4. Aufl. 2011, VersAusglG § 8 Rn. 11; Hauß FamRB 2008, 282 (284); Ruland Versorgungsausgleich Rn. 890; Eichenhofer in Schriften zum Notarrecht 13, 153 (156).

[649] Sachverhalt zur Grundsatzentscheidung BGHZ 86, 82 = FamRZ 83, 137 = NJW 1983, 1851.

[650] S. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Fn. 185.

[651] So ausdr. in BGH NJW 2007, 904 = FamRZ 2007, 197 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 128 mAnm Grziwotz; zusf. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 63 ff.

[652] S. BGH NJW 2007, 904 = FamRZ 2007, 197 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 128 mAnm Grziwotz.

[653] Möglicherweise unbewusste Prozesse der Beteiligten lässt MüKoBGB/Eichenhofer, 5. Aufl. 2010, VersAusglG § 7 Rn. 15 f. ausreichen.

[654] BGHZ 86, 82 (Ls.) = FamRZ 83, 137 = NJW 1983, 1851.

[655] Vgl. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 65.

[656] Vgl. BGH NJW 1983, 1851 = FamRZ 1983, 137; NJW 1985, 1833 = FamRZ 1985, 788.

[657] S. auch OLG Köln FamRZ 1999, 920 = MittBayNot 1999, 383; FamRZ 2003, 767 = NJOZ 2004, 100; Pauling in Wendl/Dose UnterhaltsR, 7. Aufl. 2008, § 6 Rn. 605 mwN.

[658] BGH NJW 1985, 1833 = FamRZ 1985, 788 (790).

Versorgungsausgleichs davon auszugehen (= **Vorhersehbarkeit der Bedürftigkeitslage**), dass der vertraglich verzichtende Ehegatte nach Rechtskraft der Scheidung oder im Alter zwangläufig auf Leistungen der Sozialhilfe bzw. der Grundsicherung angewiesen sein wird, liegt bereits ein Fall von Sittenwidrigkeit vor, sofern keine besonderen, **rechtfertigenden Motive oder Umstände** eingreifen.[659] Andererseits reicht die **lediglich allgemeine oder abstrakte Gefahr,** dass eine Bedürftigkeitslage (auch) infolge einer ehevertraglichen Gestaltung entstehen könnte, für einen Sittenwidrigkeitsvorwurf gerade nicht aus. Ändern sich die äußeren Umstände nach der Beurkundung in Richtung auf eine bis dahin nicht vorhersehbare, sozialhilferechtliche Bedürftigkeit, reicht auch dies nicht aus, die subjektiven Voraussetzungen für die Annahme der Sittenwidrigkeit im Zeitpunkt der Beurkundung anzunehmen.

Beim **Versorgungsausgleich** steht dem die Kenntnis davon gleich, dass der verzichtende Ehegatte bis zum Renteneintrittsalter in keinem nennenswerten Umfang mehr Anrechte zur Altersvorsorge erwerben wird. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der verzichtende Ehegatte einen Schlaganfall erlitten hat und sich seitdem im Krankenstand befindet und zudem sein Alter und seine bisherige Erwerbsbiografie das Erreichen einer ausreichenden Rentenanwartschaft nicht mehr „nahelegen".[660]

Ob nach den Vorstellungen der Ehegatten eine mögliche Inanspruchnahme des Trägers der Sozialhilfe oder der Grundsicherung bei dem für den Scheidungsfall vorsorgenden Ehevertrag – also bei einer in der Zukunft liegenden Lebenssituation – überhaupt im Rahmen der **Vorhersehbarkeit bei Vertragsschluss** liegt, wird zu Recht bestritten.[661] Ungeklärt ist, nach welchen allgemeinen Kriterien sich eine sinnvolle **Prognose** über die **„Grundsicherungsgefahr"** zum allein maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses durchführen lässt. Bei sog. **rentenfernen Jahrgängen** ist es jedenfalls außerordentlich problematisch, zu prognostizieren, dass ein Ehegatte nur aufgrund einer Ausschlussvereinbarung auf die Grundsicherung angewiesen sein wird.[662] Bei der Prognose ist jedenfalls zu berücksichtigen, inwieweit Anwartschaften in der Zeitspanne bis zum Abschluss der Vereinbarung im Verhältnis zur regelmäßig anzunehmenden gesamten Erwerbszeit erworben worden sind, wobei typischerweise in späteren Zeitabschnitten höhere Anwartschaften erworben werden als in früheren.[663] Für den beurkundenden Notar ist das **Prognoserisiko** praktisch nicht handhabbar, wenn nicht in einer scheidungsnahen Vereinbarung der Renteneintritt der Ehegatten bevorsteht.

### *d) Bereits bestehende Bedürftigkeit*

Allerdings sind die anhand des Unterhaltsverzichts entwickelten Grundsätze der Rspr. zu beachtet, nach denen nicht jede Verzichts- oder **Ausschlussvereinbarung,** die sich – vorhersehbar oder nicht vorhersehbar – im Ergebnis zulasten eines Trägers der Sozialhilfe oder Grundsicherung auswirkt, nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und deshalb nichtig sein muss. **Kein Fall der Sittenwidrigkeit** liegt dann vor, wenn ein bereits **bei Eingehung der Ehe bedürftiger Ehegatte** im Scheidungsfall auf soziale Transferleistungen angewiesen bleibt, während er ohne vorsorgliche Vereinbarungen mit seinem Ehegatten von diesem Unterhalt (oder später Rentenleistungen aus einem ausgeglichenen Anrecht) beanspruchen und deshalb soziale Transferleistungen nicht mehr in Anspruch nehmen müsste.[664]

Grundsätzlich ist es den Ehegatten erlaubt, im Rahmen ihrer grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit **Lebensrisiken eines Ehegatten** (zB eine bei Vertragsschluss schon bestehende Krankheit und das

---

[659] Vgl. BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842 mAnm Grziwotz.

[660] So der Fall des OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1942 = BeckRS 2013, 00112, wobei das Gericht auf keinerlei subjektiven Umstände eingeht; zusf. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 63.

[661] OLG Hamm NJW-RR 2003, 1659 (Unterhalt); zweifelnd auch Wick Der Versorgungsausgleich Rn. 793; Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Teil 3 Rn. 26; s. auch Reetz NotBZ 2009, 37 (41).

[662] So ausdr. der amtl. Ls. von OLG Hamm FamRZ 2013, 1311 = NJW 2013, 3253; ähnl. auch Wick Der Versorgungsausgleich Rn. 793; Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Ehescheidung Teil 3 Rn. 26.

[663] Vgl. hierzu OLG Brandenburg BeckRS 2014, 15890.

[664] BGH NJW 2007, 904 = FamRZ 2007, 197 mAnm Bergschneider = DNotZ 2007, 128 mAnm Grziwotz; Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 66; s. auch Kanzleiter notar 2008, 354 (356).

daraus etwa resultierende Sozialhilfe- oder Grundsicherungsrisiko) aus der gemeinsamen Verantwortung der Ehegatten füreinander herauszunehmen. Deshalb ist es auch **im Verhältnis zum Sozialhilfeträger nicht sittenwidrig, dass durch einen Unterhaltsverzicht (oder Ausschluss des Versorgungsausgleichs) eine bereits bestehende (manifeste) Bedürftigkeit eines Ehegatten bestehen bleibt.** Eine bereits manifeste Bedürftigkeit ist nicht ehebedingt und kann somit auch keine unverzichtbare Teilhabe zwischen den Ehegatten begründen. Die **berechtigten Belange des Sozialhilfe- oder Grundsicherungsträgers** gebieten es Ehegatten gerade nicht, mit Rücksicht auf ihn Regelungen zu unterlassen, die von den gesetzlichen Scheidungsfolgen abweichen, ihrem individuellen Ehebild aber besser gerecht werden als die gesetzliche Regelung. Eine Pflicht der Eheschließenden oder Ehegatten zur Begünstigung des Grundsicherungs- oder Sozialhilfeträgers für den Scheidungsfall kennt das geltende Recht nicht.[665] Umgekehrt hat der Sozialhilfe- oder Grundsicherungsträger keinen Anspruch darauf, dass er von seiner gesetzlich verankerten Unterstützungspflicht durch die Heirat des Bedürftigen und der dann gegen den Ehegatten entstehenden Ansprüche endgültig befreit wird.

**Beispiel:**[666] Legitimes Regelungsziel der Ehegatten, dass gerade nicht zur Sittenwidrigkeit führt, kann es sein, einerseits die erwartete Rente der Ehefrau vor einem Zugriff des arbeitslosen Ehemannes (= Vereinbarung nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG) und gegenleistungsartig den einzigen Vermögenswert des Mannes (ein kleines Haus in Polen), vor dem Zugriff der Ehefrau zu sichern (= Vereinbarung der „modifizierten Zugewinngemeinschaft" oder der Gütertrennung). Es ist nicht unwahrscheinlich, dass der Ehemann im Scheidungsfall Grundsicherung in Anspruch nehmen muss.

Andererseits können sich aus der konkreten Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse, insbesondere aus der Verteilung von Erwerbs- und Familienarbeit, **ehebedingte Nachteile** ergeben, die die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit des betreffenden Ehegatten vertiefen. Hier können die Ehegatten die ehebedingten Nachteile, die der Nachscheidungsunterhalt ausgleichen soll, nicht durch einen Unterhaltsverzicht auf den Träger der Sozialhilfe verlagern.[667] Das gleiche gilt, wenn die **Bedürftigkeitslage erst durch die Eheschließung** herbeigeführt oder erweitert wird.

Eine echte **Risikoverlagerung durch Eheschließung** auf den Träger der Sozialhilfe liegt vor, wenn ein mittelloser ausländischer Staatsangehöriger durch die Eheschließung **ausländerrechtliche Vorteile** erstrebt, die zu einer dauerhaften oder doch langfristigen Inanspruchnahme des Sozialhilfeträgers führen würden, wenn der von den Ehegatten vereinbarte Unterhaltsverzicht wirksam wäre.[668]

## 2. Verpflichtungen mit drittbenachteiligender Wirkung

### *a) Einordnung*

Die allgemeine Wirksamkeitsprüfung betrifft nicht nur drittschädigende Verzichts- oder Ausschlussvereinbarungen, sondern auch Abreden, die bewirken, dass der **vertraglich Verpflichtete** finanziell nicht mehr in der Lage ist, seine eigene Existenz zu sichern und gerade deswegen **ergänzender Sozialleistungen bedarf.**[669] Auch bei vertraglichen Gestaltungen der Ehegatten, die zu einer **ausgedehnten Leistungsverpflichtung** führen, können wirtschaftliche Risiken einer Scheidung objektiv auf den

---

[665] BGH FamRZ 2007, 197 = NJW 2007, 904 zur Sozialhilfe; s. auch Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 66.

[666] BGH FamRZ 2007, 197 = NJW 2007, 904 zur Sozialhilfe.

[667] BGH FamRZ 2007, 197 = NJW 2007, 904 (906).

[668] Bsp. aus BGH FamRZ 2007, 197 = NJW 2007, 904 (906); ebenso BGHZ 170, 77 = FamRZ 2007, 450 = DNotZ 2007, 302 mAnm Grziwotz.

[669] BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842 Rn. 36 unter ausdrücklichem Verweis auf BGHZ 86, 82, 90; s. auch OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 11976 = FamRZ 2007, 477 (Vorinstanz); Reetz NotBZ 2009, 37; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 74.

Träger der Sozialhilfe verlagert und gleichsam „sozialisiert“ werden. Betroffen sind zumeist ehevertraglich begründete, **bedürftigkeitsunabhängige Unterhaltsleistungen** (zB in einer „novierenden Unterhaltsvereinbarung“) selbständige **Leibrentenversprechen** oder **vertraglich begründete Beitragsleistungen,** die als Gegenleistung für einen Unterhaltsverzicht, eine güterrechtliche Regelung oder eine Ausschlussvereinbarung nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VersAusglG versprochen werden.

Maßgebend für die rechtliche Einordnung als sittenwidrig sind neben dem objektiven Gehalt der getroffenen Vereinbarungen (einschließlich ihrer Folgen) abermals die **subjektiven Verhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts**. Hierbei genügt es, dass sich die Beteiligten im Hinblick auf die finanzielle Situation und Leistungsfähigkeit des Schuldners der vertraglich begründeten Unterhaltsleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses **grob fahrlässig** verhalten oder, soweit sie daran gar nicht gedacht haben, **ein sich grob fahrlässiges Verschließen** vorliegt.

### *b) Inhaltskontrolle zugunsten des Verpflichteten*

Die Grundsätze zur „Inhaltskontrolle von Eheverträgen“ sind zwar anhand von Fallgestaltungen entwickelt worden, die regelmäßig eine **Benachteiligung des Unterhaltsberechtigten** (nämlich der Ehefrau) zum Gegenstand hatten. Unzweifelhaft kann jedoch auch auf Seiten eines ehevertraglich Verpflichteten eine erhebliche Unterlegenheitsposition vorliegen, die kausal zu einer **evident einseitigen Aufbürdung vertraglicher Lasten** führt, die wiederum durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigt ist und deshalb für den Verpflichteten zu einer unzumutbaren Lastenverteilung führt (= Wirksamkeitskontrolle). Ebenso sind Konstellationen denkbar, die wegen veränderter Lebensumstände in der gelebten Ehe eine Anpassung eingegangener Verpflichtungen zugunsten des Verpflichteten notwendig erscheinen lassen (= Ausübungskontrolle). Zutreffend hat der BGH deshalb festgestellt, die **Grundsätze** seiner Rspr. Zur Inhaltskontrolle **gelten auch zugunsten des unterhaltsverpflichteten Ehegatten** (= „überforderter Unterhaltsschuldner“).[670] Es obliegt also dem **Tatrichter,** auch zugunsten eines vertraglich Verpflichteten, Schutz vor einer unangemessenen Benachteiligung zu bewirken.[671]

Auch gegenüber dem „an sich“ Verpflichteten ist die bloße **Verletzung des Halbteilungsgrundsatzes** jedoch kein geeigneter Maßstab, um seine evident einseitige Lastenverteilung mit dem Ergebnis der Sittenwidrigkeit anzunehmen.[672] Die **Ehevertragsfreiheit** umfasst nämlich grundsätzlich auch die Freiheit zu bestimmen, in welcher Weise die Ehegatten die Verteilung der die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Einkünfte für ihren jeweiligen nachehelichen Lebensbedarf vorsehen. Falls einer der Ehegatten sich insofern zu besonderer Großzügigkeit veranlasst sieht, ist dies zunächst seine privatautonome, von ihm selbst zu verantwortende Entscheidung.[673]

Eine vertraglich übernommene Leistungsverpflichtung (beispielsweise aus einem Leibrentenversprechen) wird allerdings die Grenze, die durch die **Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen** (§ 1581 BGB) gezogen ist, wohl nicht in unzumutbarer Weise überschreiten dürfen. Dies ist jedenfalls

---

[670] BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842 mAnm Grziwotz; OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 11976 = FamRZ 2007, 477 (Vorinstanz); Reetz NotBZ 2009, 37; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 74.

[671] BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842 mAnm Grziwotz; OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 11976 = FamRZ 2007, 477 (Vorinstanz); OLG Celle NJW-RR 2004, 1585 = FamRZ 2004, 1969 mAnm Bergschneider; Bergschneider Eheverträge 42; Reetz NotBZ 2009, 37.

[672] So ausdr. BGHZ 178, 322 Rn. 22 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 74.

[673] Vgl. BGHZ 178, 322 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842; OLG Brandenburg NJW-RR 2002, 578 (579); OLG Stuttgart FamRZ 1998, 1296 (1297) = BeckRS 1997, 30945918.

für (wiederkehrende) Unterhalts- oder unterhaltsähnliche Leistungen anerkannt. Die Grenze ist daher überschritten, wenn der Verpflichtete nach Erbringen der vertraglich geschuldeten Leistung nicht mehr in der Lage ist, seine eigene Existenz zu sichern.[674] Die Leistungsverpflichtung endet somit bei einem Betrag, den der Schuldner für seinen eigenen Unterhalt und den Unterhalt vorrangiger Berechtigter benötigt. Diese Grenze ist indes nicht schon mit dem bloßen Unterschreiten des sog. **„notwendigen Selbstbehalts“** erreicht, sondern erst, wenn von einem **nicht mehr gewährleisteten Existenzminimum** auszugehen ist.[675]

Dem ist für die Fälle der gesetzlich verordneten Verpflichtung zur Leistung von Unterhalt beizupflichten. Denn die Anwendung unterhaltsrechtlicher Gesetzesnormen darf schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zu Ergebnissen führen, die eine unverhältnismäßige Belastung des Unterhaltspflichtigen bedeuten.[676]

Nach der „Düsseldorfer Tabelle 2024“, Teil B Anm. V und IV betragen das **Existenzminimum** eines erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen monatlich 1.600 EUR und der **Eigenbedarf (Selbstbehalt)** monatlich 1.450 EUR.

## VII. Verfahrensfragen

Die Unwirksamkeit eines Ehevertrags oder ehevertraglicher Vereinbarungen kann **im Scheidungsverfahren** auf verschiedene Art geltend gemacht werden.[677] Der sich auf die Unwirksamkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) und/oder die Nichtdurchsetzbarkeit bzw. Rechtsmissbräuchlichkeit (§§ 242, 313 BGB) ehevertraglicher Vereinbarungen berufende Ehegatte kann in Bezug auf **jede einzelne Scheidungsfolge** entweder im Verbund nach § 137 Abs. 1, 2 FamFG oder auch isoliert einen **Leistungsantrag** (zB auf nachehelichen Unterhalt trotz vereinbarten Verzichts) stellen, der regelmäßig im Wege eines **Stufenantrags** mit einem Auskunftsverlangen verbunden ist. Zur Begründung beruft sich der Antragsteller sodann unter anderem darauf, dass die ehevertraglichen Verzichts- und Ausschlussvereinbarungen dem Leistungsbegehren nicht entgegenstehen, weil sie nichtig sind, oder der Antragsgegner sich nicht auf sie berufen kann, oder weil sie anzupassen sind. Die Entscheidung des Familiengerichts erfolgt **inzidenter.**[678]

Im Rahmen des Verbunds oder isolierter Leistungsanträge kann der jeweilige Ehegatte zudem **Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO** (§ 111 Nr. 9 FamFG, § 112 Nr. 2 FamFG, § 261 Abs. 1 FamFG, § 113 Abs. 1, 5 FamFG) stellen.[679] Es ist ebenso möglich, die Frage der Wirksamkeit und/oder Undurchsetzbarkeit und/oder Anpassung einzelner oder mehrerer Regelungen eines Ehevertrags oder die Nichtigkeit des gesamten Ehevertrags im Wege eines **Zwischenfeststellungs-** oder **Zwischenfeststellungswiderantrags** geltend zu machen, sofern die Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO gegeben sind.[680] Die Bindungswirkung des Feststellungsbeschlusses würde sodann ggf. über das anhängige

---

[674] BGHZ 178, 322 Rn. 31 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842 unter Verweis auf BVerfG FamRZ 2001, 1685 f. u. BVerfG FamRZ 2002, 1397 (1398 f.).

[675] BGHZ 178, 322 Rn. 22 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842; vgl. bereits Bergschneider Eheverträge 42.

[676] BGHZ 178, 322 Rn. 23 = FamRZ 2009, 198 = NJW 2009, 842.

[677] Zusf. BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 76; Borth UnterhaltsR Rn. 831 u. 851; Bergschneider Verträge Familiensachen Rn. 153; Kogel FamRB 2006, 117; Gomille NJW 2008, 274.

[678] Borth UnterhaltsR Rn. 831.

[679] BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 76; Borth UnterhaltsR Rn. 831 u. 851; Bergschneider Verträge Familiensachen Rn. 153; Kogel FamRB 2006, 117; Gomille NJW 2008, 274.

[680] BGHZ 178, 322 = NJW 2009, 842; BGH NJW 2005, 1370 (1370) = FamRZ 2005, 691 mAnm Bergschneider; OLG Brandenburg BeckRS 2021, 6918 Rn.16 mwN; OLG Düsseldorf NJW-RR 2005, 1 = FamRZ 2005, 282; Borth UnterhaltsR Rn. 831 u. 851 mwN; Borth FamRB 2005, 126; Manderscheid ZFE 2005, 76.

Leistungsverfahren hinausgehen;[681] zudem hemmt der Antrag nach § 204 Nr. 1 BGB den Eintritt der Verjährung nach § 195 BGB.[682]

Soweit es um Fragen rechtsmissbräulicher Durchsetzung vertraglicher Regelungen oder deren Anpassung im Wege der Ausübungskontrolle geht, bedarf es eingehender Feststellungsanträge.[683]

Der einschränkenden Auffassung, die einen Zwischenfeststellungsantrag auf Unwirksamkeit des Ehevertrags erst mit Geltendmachung der jeweils entsprechenden Folgesachen für zulässig erachtet, ist nicht zu folgen.[684] Im Scheidungsverbund ist von Amts wegen eine Entscheidung über den Versorgungsausgleich zu treffen, dessen Durchführung nach den ehevertraglichen Bestimmungen ausgeschlossen ist. An einem wirksamen Ausschluss des Versorgungsausgleichs fehlt es, wenn – wie zwischenfestgestellt werden kann – der dem Ausschluss zugrunde liegende Ehevertrag nichtig ist.[685]

Umstritten ist allerdings, ob das Erheben eines **allgemeinen (isolierten) Feststellungsantrags** zulässig ist, oder ob ein solcher Antrag erst ab Stellung des Scheidungsantrags[686] oder mit Eintritt des Getrenntlebens möglich ist.[687] Zumeist wird das Bestehen des erforderlichen **Feststellungsinteresses** (§ 113 Abs. 1 FamFG, § 256 Abs. 1 ZPO) bestritten.[688] Das wird man allerdings aus Gründen der Verfahrensökonomie bejahen können, wenn der antragstellende Ehegatte bei einem **Global- oder Totalverzichtsvertrag** dessen Ausschlusswirkung insgesamt nicht gegen sich geltend lassen will.[689] Gegen die missbräuchliche Rechtsausübung vertraglicher Gestaltungen können dagegen in isolierten Verfahren geltend gemacht werden.

Der **überforderte Unterhaltsschuldner** kann jedenfalls in zulässiger Weise Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO erheben und derart die Feststellung des Nichtbestehens des ihn belastenden Unterhaltsrechtsverhältnisses (zB in einem Ehevertrag vereinbartes Leibrentenversprechen anstelle des Unterhalts) begehren.[690] Sein **Feststellungsinteresse** beruht auf der fortgesetzten Geltendmachung der sodann streitgegenständlichen Ansprüche durch den geschiedenen Ehegatten. Eine Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 795, 797 Abs. 4 ZPO, § 767 ZPO wäre nicht vorrangig.

**Teilbeschlüsse** zu einzelnen Scheidungsfolgen, die zwar verfahrensrechtlich ergehen könnten, können dennoch unzulässig sein, wenn sie auf einer Gesamtabwägung verschiedener Regelungen des Ehevertrags zu verschiedenen Scheidungsfolgen basieren und der Teilbeschluss andere Folgesachen insoweit präkludieren würde.[691]

---

[681] Vgl. BGH NJW 2005, 1370 (1370) = FamRZ 2005, 691 mAnm Bergschneider; s auch MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 157.

[682] Borth UnterhaltsR Rn. 851.

[683] BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 76; Machulla-Notthoff ZFE 2006, 404 (407).

[684] So jedenfalls OLG Köln FamRZ 2006, 1768 = NJW-RR 2006, 1513; anders wohl BGH NJW 2005, 1370 = FamRZ 2005, 691 mAnm Bergschneider; ebenso BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 76.

[685] Vgl. BGHZ 221, 308 Rn. 18 = NJW 2019, 2020 = MittBayNot 2019, 508; OLG Brandenburg BeckRS 2021, 6918 Rn. 16.

[686] OLG Frankfurt FamRZ 2006, 713 = FuR 2006, 186 = ZFE 2006, 153 mAnm Viefhues; Bergschneider Verträge Familiensachen Rn. 153a mwN; BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 76.

[687] Herr FamRZ 2005, 457 (in Urteilsanmerkung zu OLG Frankfurt BeckRS 2005, 14296); Kogel FamRB 2006, 117.

[688] OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2006, 713 = FuR 2006, 186 = ZFE 2006, 153 mAnm Viefhues; s auch MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 157.

[689] Vgl. OLG Brandenburg BeckRS 2021, 6918 Rn. 16; Borth UnterhaltsR Rn. 831 u. 851 mwN.

[690] S. hierzu OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 11976 = FamRZ 2007, 477 als Vorinstanz zu BGHZ 178, 322 = NJW 2009, 842.

[691] OLG Hamm NJW-RR 2006, 941 = FamRZ 2006, 337; ebenso BeckOK BGB/Scheller/Sprink, § 1408 Rn. 76.

Zwar gilt in **Versorgungsausgleichssachen** (§ 111 Nr. 7 FamFG) der Amtsermittlungsgrundsatz nach §§ 217 ff., 26 FamFG, dennoch hat der BGH[692] entschieden, dass die für das Geltendmachen der Unwirksamkeit eines **Ausschlusses des Versorgungsausgleichs** (vgl. § 8 Abs. 1 VersAusglG) der Veranlassungsgrundsatz gilt. Hiernach ist es zunächst **Sache des jeweiligen Ehegatten,** eine einseitige schwerwiegende Benachteiligung durch die vertragliche Gestaltung **vorzutragen,** um auf diese Weise das Familiengericht in die Prüfung eintreten zu lassen.[693] Für „Streitigkeiten" über die Unwirksamkeit, die Nichtdurchsetzbarkeit bzw. Rechtsmissbräuchlichkeit gelten keine Besonderheiten.[694]

## VIII. 20 Jahre Inhaltskontrolle von Eheverträgen – vier aktuelle Entscheidungen – ein Gesamtmuster

Stand der Rspr. und Beurkundungspraxis – aktuelle Diskussion: ist die Sittenwidrigkeitsprüfung einer einzelnen Vertragsklausel verschieden von derjenigen in der „Gesamtschau" aller Klauseln, die iZw zur Gesamtnichtigkeit führt? (BGH FamRZ 2023, 927; insb. OLG Celle MittBayNot 2022, 351 und OLG Stuttgart BeckRS 2019, 45645)

### 1. BGH: Inhaltskontrolle eines Ehevertrages – Sittenwidrigkeit (Wirksamkeitskontrolle und subj. Voraussetzungen - IPR-Rechtswahl - nachehelicher Unterhalt – Zugewinnausgleich – Vereinbarungen zum Scheidungsverschulden – Heimatland – elterliche Sorge als vertraglicher Regelungsgegenstand - ordre public – Anwendung deutschen Sachrechts - Zwischenfeststellungklage

**BGH** Beschl. v. 29.11.2023 – XII ZB 531/22, BeckRS 2023, 40784

**Vorinstanz: OLG Celle** (15. ZS), Beschl. v. 14.12.2022 – 15 UF 137/21, FamRZ 2023, 927 mAnm Aiwanger = RNotZ 2023, 589 = BeckRS 2022, 48353 = NZFam 2023, 758 (Milzer)

**Stichworte**:

- Inhaltskontrolle eines Ehevertrages
- Sittenwidrigkeit (= Wirksamkeitskontrolle und subj. Voraussetzungen)
- Einzelklausel und Gesamtschau
- Verstöße gg gesetzliche Verbote iSd § 134 BGB und Gesamtschau
- IPR-Rechtswahlen zu Folgesachen (konkludent)
- Vereinbarungen zum Scheidungsverschulden und Zerrüttungsprinzip
- elterliche Sorge als vertraglicher Regelungsgegenstand

---

[692] BGH FamRZ 2014, 629; ebenso Wick FuR 2010, 301; Wick FPR 2009, 219 (220); Schwamb in Göppinger/Rakete-Dombek Teil 3 Rn. 30; Johannsen/Henrich/Hahne, 5. Aufl. 2010, VersAusglG § 8 Rn. 1 aE; Grüneberg/Siede, VersAusglG § 8 Rn. 5 u. Einl Rn. 13.

[693] Vgl. Reetz, Notarformulare Versorgungsausgleich, 2013, VersAusglG § 8 Rn. 73.

[694] Vgl. MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2019, § 1585c Rn. 156.

- deutscher ordre public
- Anwendung deutschen Sachrechts

**Normen:** §§ 134, 138 Abs. 1, 139, 1408 Abs. 1, 1414 BGB; § 256 Abs. 2 ZPO
Art. 3 Abs. 2, Art. 6 GG; Art. 3, 8 lit. a HUP 2007; Art. 5 lit c., 8 Rom III-VO; Art. 6 § 15, Art. 229 § 28 und § 47 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 iVm Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 (idF bis zum 28.1.2019)

**Leitsätze BGH (amtl.):**

1. Zur Zulässigkeit eines **Zwischenfeststellungsantrags** betreffend die Wirksamkeit eines Ehevertrags in der Folgesache Güterrecht.
2. Zur Inhaltskontrolle von **Scheidungsfolgenvereinbarungen** *(?)*

**Einschub: Leitsätze der Vorinstanz OLG Celle (redaktionell):**

1. **Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages** bei Verwendung eines Musters für deutsch- islamischen Ehevertrag.
2. Von einer **konkludenten ehewirkungsrechtlichen Rechtswahl** ist nur dann auszugehen, wenn der Abschluss des Ehevertrags eindeutig auf der Basis eines bestimmten Rechts erfolgt und auch die allgemeinen Ehewirkungen und nicht nur das Ehegüterrecht betrifft (so auch BayObLG BeckRS 1998, 4232).
3. Ein **vertraglicher Ausschluss der Ehescheidung ist nichtig**. Dies gilt auch für solche in einem Ehevertrag vereinbarten Regelungen, die die Möglichkeiten eines Ehegatten, die Scheidung zu beantragen, in einem Maße einschränken, dass dies – vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus betrachtet – zu einem teilweisen Ausschluss seines Scheidungsrechts führt.
4. Auch eine **ehevertragliche Regelung zur elterlichen Sorge für gemeinsame Kinder**, die eine "Mindestdauer" der elterlichen Sorge der Ehefrau, getrennt für Söhne und Töchter, vorsieht, wie sie nur das islamische Recht kennt, ist **nichtig**.
5. Wenn bereits die **Gesamtwürdigung eines Ehevertrags**, dessen Inhalt für eine Partei ausnahmslos nachteilig ist und dessen Einzelregelungen durch keine berechtigten Belange der anderen Partei gerechtfertigt werden, dessen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB ergibt, erfasst die sich daraus ergebende Nichtigkeitsfolge notwendigerweise den gesamten Vertrag. In einem solchen Fall bleibt für eine **Teilnichtigkeit** kein Raum, selbst wenn die Ehegatten eine entsprechende salvatorische Klausel hierfür in den Vertrag aufgenommen hatten (ebenso BGH BeckRS 2008, 29657).

**Fall**:

**M** und **F** streiten im Rahmen des Scheidungsverbunds in der Folgesache Güterrecht auf der Auskunftsstufe über die Wirksamkeit eines Ehevertrags und hierbei insbesondere der **Vereinbarung von Gütertrennung**.

M ist libanesischer Staatsangehöriger, M ist deutsche Staatsangehörige. Sie schlossen in 1996 in Deutschland die Ehe. Zuvor hatten sie **in Deutschland in Anwesenheit zweier muslimischer Zeugen einen notariellen Ehevertrag** vor einem Notar geschlossen, der weitgehend einem damals **vom Bundesverwaltungsamt veröffentlichten Mustertext** für deutsch-libanesische Ehen entsprach.

**Ehevertrag (teilweise wörtlich)**

Der **Vertragstext des Ehevertrages** enthält unter anderem eine Klausel, wonach die Beteiligten nach der Eheschließung ihren Wohnsitz in Deutschland beibehalten würden. Als Güterstand vereinbarten die Beteiligten **Gütertrennung**. Weiter sahen sie eine Verpflichtung des M zur Zahlung einer – teilweise bei Eheschließung und im Übrigen bei Auflösung der Ehe fälligen – **Morgengabe** in Höhe von insgesamt 5.000 DM sowie einer bei Auflösung der Ehe fälligen **„Abstandssumme"** von 1.000 DM vor.

Zu den **Voraussetzungen der Ehescheidung** trafen die Beteiligten folgende Regelung:

„*Ich, der Erschienene zu 1. (= M), ermächtige und bevollmächtige hiermit die Erschienene zu 2. (= F) als zukünftige Ehefrau, sich durch Scheidung aus dem ehelichen Band zu befreien, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, insbesondere in Fällen des Gesetzes, falls*

*aa) der Ehemann eine andere Frau nimmt,*
*ab) der Ehemann länger als drei Monate abwesend ist,*
*ac) der Ehemann den Unterhalt für die Ehefrau nicht zahlt,*
*ad) der Ehemann die Ehefrau in einem Grade misshandelt, dass das eheliche Zusammenleben unerträglich wird,*
*ae) der Ehemann die Ehefrau an der Ausübung eines standesgemäßen Berufs hindert.*"

Zum **nachehelichen Unterhalt** enthält der Vertrag folgende Regelung:

„*Ich, der Erschienene zu 1. (= M), verpflichte mich hierdurch für den Fall einer Scheidung meiner Ehe mit der Erschienenen zu 2. (= F) aus meinem Verschulden, der Erschienenen zu 2. (= F) einen standesgemäßen Unterhalt zu gewähren. Diese Verpflichtung soll eintreten, wenn der Ehemann die Scheidung veranlaßt oder die Ehefrau die Ehescheidung aus einem der gesetzlichen und vorstehend vereinbarten in der Person des Ehemannes liegenden Gründe verlangt.*"

Zum **Sorgerecht für gemeinsame Kinder** regelten die Beteiligten unter anderem, dass F im Falle der Auflösung der Ehe dieses weiterhin innehaben sollte, und zwar **für Söhne mindestens sieben Jahre** und **für Töchter mindestens neun Jahre nach der Geburt**. Weiter heißt es dort:

„*Die Kosten werden durch den Richter oder im Einvernehmen der Parteien festgesetzt.*"

Weiter ist abschließend geregelt (**Salvatorische Klausel**):

„*1. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Ehevertrages unwirksam sein oder werden, so wird davon die Wirksamkeit des übrigen Vertragsinhalts nicht berührt.*
*2. Wir, die Erschienenen zu 1. und 2., entbinden hierdurch den amtierenden Notar von jeder Haftung aus Nicht- oder Falschanwendung anderen als Deutschen Rechts*".

M und F leben seit dem 30.8.2018 getrennt. Der Scheidungsantrag der F ist M am 25.7 2019 zugestellt worden. F hat Stufenantrag zur Folgesache Güterrecht gestellt, mit dem sie zunächst die Verpflichtung des M begehrt, ihr **Auskunft über sein Anfangs-, sein Trennungs- und sein Endvermögen** zu erteilen und die Auskunft zu belegen. Dem ist M unter Hinweis auf die **im Ehevertrag vereinbarte Gütertrennung** entgegengetreten.

**Normen:**

**§ 256 ZPO – Feststellungsklage**

(1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

(2) Bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses **streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde**.

## Lösung:

**Zwischenfeststellungsantrag** nach § 113 Abs. 1 FamFG iVm § 256 Abs. 2 ZPO ist zulässig:

**Zwischenfeststellungsantrag** ist zulässig, unabhängig davon, ob die vom OLG Celle mit Blick auf das **Gebot der Widerspruchsfreiheit** angestellten Erwägungen zur Erforderlichkeit eines solchen Antrags zutreffen (vgl. dazu etwa BGHZ 189, 79 = NJW 2011, 1815 Rn. 17 f.), weil die Wirksamkeit des des zur Überprüfung gestellten Ehevertrag (oder der – isoliert betrachtet – Gütertrennung) für die Entscheidungen über den geltend gemachten Auskunftsanspruch und einen Anspruch der F auf Zugewinnausgleich **vorgreifliches Rechtsverhältnis** iSv § 256 Abs. 2 ZPO ist (vgl. BGHZ 221, 308 = FamRZ 2019, 953 Rn. 18 mwN). Denn die geltend gemachten güterrechtlichen Ansprüche wären nach der vereinbarten Gütertrennung ausgeschlossen, wenn diese Vereinbarung wirksam wäre. Dass die Entscheidung zum Güterrecht die Rechtsbeziehungen der Beteiligten im Hinblick auf den Ehevertrag nicht erschöpfend regelt, weil dessen Wirksamkeit auch für andere Scheidungsfolgen und nacheheliche Rechtsbeziehungen der Beteiligten relevant ist, hindert die Zulässigkeit des Zwischenfeststellungsantrags der F nicht, weil nur durch die Überprüfung des Ehevertrags auf seine Gesamtnichtigkeit eine abschließende und einheitliche Klärung dieser Streitfrage erreicht werden kann (vgl. BGHZ 221, 308 = FamRZ 2019, 953 Rn. 18 mwN).

Der Zulässigkeit des Antrags steht auch nicht entgegen, dass er **erstmals im Beschwerdeverfahren gestellt** wurde. Insbesondere wird dem Antragsteller hierdurch nicht etwa unzulässigerweise eine Tatsacheninstanz genommen (vgl. BGHZ 169, 153 = NJW 2007, 82 Rn. 10). OLG ist im Beschwerdeverfahren volle zweite Tatsacheninstanz entscheidet (vgl. BT-Drucks. 16/6308 S. 225; Sternal/Weber FamFG 21. Aufl. § 117 Rn. 1 mwN).

Die **Würdigung des Ehevertrags** und damit auch der darin getroffenen Vereinbarung über die **Gütertrennung** als sittenwidrig iSd § 138 Abs. 1 BGB **hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand**.

Zutreffend geht das OLG davon aus, dass auf den vorliegenden Sachverhalt **mangels eindeutiger und wirksamer Rechtswahl** zu Gunsten ausländischen Rechts **deutsches Sachrecht Anwendung findet**.

**Nunmehr:** Einzelklauselbetrachtung nach Maßgabe der Inhaltskontrolle – § 138 Abs. 1 BGB Stufe 1: Wirksamkeitskontrolle

Zutreffend ist die Annahme des OLG, dass die von den Beteiligten getroffene **Vereinbarung der Gütertrennung bei isolierter Betrachtung keinen Wirksamkeitsbedenken unterliegt**, weil das Güterrecht nicht dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zuzuordnen ist und der Zugewinnausgleich daher – auch wegen der gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen verschiedenen Güterstände – ehevertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich ist (grundlegend BGHZ

158, 81 = FamRZ 2004, 601 (602 ff.); vgl. BGH FamRZ 2018, 1415 Rn. 18; BGH FamRZ 2018, 577 Rn. 14 mwN).

Bedenkenfrei und im Einklang mit der Rechtsprechung des XII. Senats ist das OLG überdies davon ausgegangen, dass sich die **Unwirksamkeit einer Vereinbarung über die Gütertrennung**, auch wenn sie bei isolierter Betrachtung den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermag, trotz einer im Ehevertrags enthaltenen **salvatorischen Klausel** gemäß § 139 BGB daraus ergeben kann, dass sich der Ehevertrag im Rahmen der **nach § 138 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Gesamtwürdigung** als **insgesamt sittenwidrig** erweist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH FamRZ 2020, 1347 Rn. 38 mwN; BGH FamRZ 2018, 577 Rn. 23 mwN).

**Sodann:** Gesamtbetrachtung nach Maßgabe der Inhaltskontrolle – § 138 Abs. 1 BGB Stufe 2: Wirksamkeitskontrolle

**Die Würdigung des Vertrags als sittenwidrig hält indes auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen rechtlicher Nachprüfung nicht stand**.

Im Rahmen der **Wirksamkeitskontrolle** hat der Tatrichter zunächst zu prüfen, ob die Vereinbarung schon **im Zeitpunkt ihres Zustandekommens** offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). **Erforderlich ist** dabei eine **Gesamtwürdigung**, die (auf der **objektiven** Seite) auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und etwaige Kinder. **Subjektiv** sind sodann die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die die Ehegatten dazu bewogen haben, den Ehevertrag zu schließen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem **Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts** ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen **angestrebten oder gelebten Ehetyp** oder durch **sonstige gewichtige Belange** (= zB Unternehmerschutzinteresse) des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (vgl. BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601 (606); BGH FamRZ 2014, 629 Rn. 17 mwN; vgl. auch BGH FamRZ 2020, 1347 Rn. 19 mwN).

Das **Gesetz kennt keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten**, so dass auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter **erforderliche verwerfliche Gesinnung** des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich **in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt**. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen indes nicht aufstellen. Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn **außerhalb der Vertragsurkunde** keine **verstärkenden Umstände** zu erkennen sind, die auf eine **subjektive Imparität**, insbesondere infolge der **Ausnutzung einer Zwangslage**, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (BGH FamRZ 2020, 1347 Rn. 29 mwN).

*Bei* Vorliegen derartiger Umstände würde indes auch die hier in den Vertrag aufgenommene **salvatorische Klausel** bei Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln nichts an der Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags und der damit einhergehenden Unwirksamkeit der Vereinbarung über die Gütertrennung ändern. Zwar ist eine salvatorische Klausel für die Beurteilung der Frage, ob ein

Ehevertrag auch ohne einzelne sittenwidrige und daher nichtige Vertragsbestandteile geschlossen worden wäre, nicht von vornherein ohne Bedeutung. Wenn sich das **Verdikt der Sittenwidrigkeit aus der Gesamtwürdigung** eines einseitig belastenden Ehevertrages ergibt, **erfasst die Nichtigkeitsfolge aber notwendig den gesamten Vertrag**, ohne dass eine Erhaltungsklausel hieran etwas ändern könnte. Denn in diesem Falle spiegelt sich auch in der Vereinbarung der Erhaltungsklausel selbst eine etwa auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende Störung der Vertragsparität zwischen den Ehegatten wider (BGH FamRZ 2020, 1347 Rn. 38 mwN und BGH FamRZ 2018, 577 Rn. 23 mwN).

**Nichts anderes gilt, wenn sich die Nichtigkeit von Einzelregelungen aus § 134 BGB ergibt und der Vertragsschluss Ausdruck einer Störung der Vertragsparität ist.**

Der Beschluss des OLG Celle enthält indes **keinerlei Feststellungen zu den Voraussetzungen einer subjektiven Imparität**, etwa aufgrund ungleicher Verhandlungspositionen der Beteiligten und sonstiger Randumstände bei Vertragsschluss, und folgerichtig keinerlei diesbezügliche rechtliche Würdigungen.

Auch greift 134 BGB (der isoliert keine subjektiven Voraussetzungen kennt) iVm § 139 BGB bei Aufnahme mehrerer Regelungen in eine einheitliche Vertragsurkunde nicht durch. Diese Vermutung (= § 139 BGB – Einheitlichkeitswille) greift nicht ein, weil die Beteiligten durch Aufnahme der **salvatorischen Klausel** in den Vertrag eindeutig zu verstehen gegeben haben, dass im Zweifel keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags gewollt ist.

**Segelhinweise des XII. Senats:**

Bei Auslegung des Vertrags ist zu überprüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit die ehevertraglichen Vereinbarungen nach den Vorstellungen der Beteiligten neben das deutsche Gesetzesrecht treten sollten, etwa für den Fall, dass ein mit der Ehescheidung der Beteiligten oder einer sonstigen Auslegung des Ehevertrags **befasstes Gericht libanesisches Recht anwendet** (vgl. hierzu Aiwanger FamRZ 2023, 931; Finger FamRB 2023, 352, (354)). Daneben wird es gegebenenfalls auch genauer in den Blick zu nehmen haben, inwieweit **beiderseitige Unterhaltsansprüche** ausgeschlossen sind und wie die **Sorgerechtsregelung** zu verstehen ist.

Falls das OLG bei der Auslegung der **Vereinbarung zu den Scheidungsvoraussetzungen** zu dem gleichen Auslegungsergebnis wie in der angefochtenen Entscheidung kommt, ist zutreffend, dass die Regelung mit den **zwingenden Scheidungsvoraussetzungen nach §§ 1564 ff. BGB unvereinbar** wäre. Wegen des damit verbundenen Eingriffs in die in Art. 6 Abs. 1 GG verankerte **negative Eheschließungsfreiheit** verstieße sie dann gegen ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB und wäre nicht nur mit einer einseitigen Benachteiligung der Antragsgegnerin verbunden, sondern nach deutschem Recht unwirksam. Mit Blick auf die **Sorgeregelung** wird zudem zu berücksichtigen sein, dass eine Vereinbarung der Eltern über die elterliche Sorge, die **ohne Rücksicht auf das Wohl der gemeinsamen Kinder** getroffen wird, **gegen die guten Sitten verstoßen kann** (vgl. BGH FamRZ 1986, 444 (445 mwN). Hinsichtlich der **Vereinbarung der Gütertrennung** wird sich das OLG schließlich die Frage vorzulegen haben, ob diese für die Antragsgegnerin vor dem Hintergrund der seinerzeit erwarteten beidseitigen Vermögensentwicklung der Beteiligten **überhaupt nachteilig** war.

## 1.a) Einschub: Rechtsprechung des OLG Celle:

**OLG Celle Inhaltskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB („Wirksamkeitskontrolle“):**
**Zusammenfassung als Lehrbuch - Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer einzelnen Vertragsklausel sind verschieden von der Sittenwidrigkeitsprüfung aufgrund Gesamtschauprüfung, die dann zur Gesamtnichtigkeit führt? - außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände, die für eine bewusst ausgenutzte unterlegene Verhandlungsposition sprechen**

**OLG Celle** (17. Zivilsenat - Senat für Familiensachen -) Beschl. v. 09.03.2021 – 17 UF 172/20, MittBayNot 2022, 351 = BeckRS 2021, 7858

**Stichworte**:

- zuvor bereits: **OLG Celle NJW 2018, 3462 Rn. 25 f. = BeckRS 2018, 22277**
- Verfahrensgestaltung durch den Notar
- Inhaltskontrolle: Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB
- Inhaltskontrolle: Gesamtschau-Prüfung
- Inhaltskontrolle: Einzelklausel-Prüfung - Kernbereichsabstufung
- Subjektive Seite: unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe
- subjektive Seite: Umstände außerhalb der Urkunde
- Unternehmerehevertrag
- „Hinübergreifen“ und „Funktionsäquivalenz“
- Bedeutung der Kompensation
- Typenkombinationsvertrag

**Normen:** §§ 138 Abs. 1, 242, 1408, 1414, 1570, 1580, 1605 Abs. 1 BGB

**Achtung:** Durchgriff in das Güterrecht bei Gesamtschau-Nichtigkeit;

**Abermals:** hohe **Bedeutung des Beurkundungsverfahrens** iwS und **des typengerechten Ehevertrages**

**Leitsätze (amtlich):**

als klare Lehrbuchanweisung für die Familiengerichte erster Instanz?

1. Die gesetzlichen Regelungen über den nachehelichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich unterliegen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten (ebenso BGH BeckRS 2020, 15779 Rn. 31).
2. Die vertragliche Dispositionsbefugnis der Ehegatten darf allerdings nicht dazu führen, dass dadurch der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen unterlaufen wird. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten - unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede - bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint (ebenso BGH BeckRS 2020, 15779 Rn. 31).
3. Die Belastungen des einen Ehegatten wiegen umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten bedürfen umso genauerer Prüfung, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (ebenso BGH BeckRS 2020, 15779 Rn. 31).

4. In **subjektiver Hinsicht** bedarf es für die Feststellung, eine Regelung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen sei nichtig, **nicht der Ausnutzung der unterlegenen Verhandlungsposition** eines Ehegatten. **Insofern unterscheiden sich die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer einzelnen Bestimmung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen von den Anforderungen, die an die Sittenwidrigkeit aufgrund eines insgesamt unausgewogenen Vertrags gestellt werden und bei denen außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände erforderlich sind, die für eine bewusst ausgenutzte unterlegene Verhandlungsposition sprechen** (ebenso OLG Celle BeckRS 2018, 21383 Rn. 40).
5. Der Ausschluss des **Versorgungsausgleichs** ist sittenwidrig, wenn sich ein Ehegatte, wie schon bei Vertragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe - weitgehend - verzichtet hat. In diesem Verzicht liegt ein Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der **ohne Kompensation** nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (ebenso BGH BeckRS 2014, 5166 Rn. 35).
6. Hat ein Ehegatte durch die **Übernahme der Haushaltsführung** Nachteile beim Aufbau einer eigenen Altersversorgung erlitten, und führt der Versorgungsausgleich zu einer Halbteilung der von den Ehegatten in der Ehezeit erworbenen Versorgungsanrechte, besteht auch im Hinblick auf die sog. **Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich** kein Anlass für ein Hinübergreifen der Sittenwidrigkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs auf den Ausschluss des Zugewinnausgleichs, und zwar auch dann nicht, wenn die ehebedingten Versorgungsnachteile des haushaltsführenden Ehegatten durch den Versorgungsausgleich nicht vollständig kompensiert werden konnten und der erwerbstätige Ehegatte in der Ehezeit zusätzlich zu seinen Versorgungsanrechten ein zur Altersversorgung geeignetes Privatvermögen aufgebaut hat.

**Fall**:

M und F haben im Dezember 1986 geheiratet; aus ihrer Ehe sind vier Kinder hervorgegangen (Geburtsjahre: 1989, 1990, 1992 und 1994). Die Eheleute lebten seit Januar 2017 getrennt, der Scheidungsantrag der F wurde im Februar 2017 zugestellt.

In dem zwischen den Eheleuten umstrittenen Ehe-, Erbverzichts- und Erbvertrag aus Nov. 1986 ist Gütertrennung vereinbart, der VA ausgeschlossen und Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt wie folgt (mit-)beurkundet:

*„Sofern die F nach einer Ehescheidung einen Unterhaltsanspruch gegen den M hat, wird dieser Anspruch der Höhe nach unter Anrechnung aller sonstigen Nettoeinkünfte der F von den Vertragspartnern auf monatlich DM 2.500 (...) begrenzt und verzichtet die F hiermit unwiderruflich, und zwar auch für den Fall des Notbedarfs, auf die Fortzahlung des Unterhalts durch den M*

*a) bei kinderlos gebliebener Ehe über den Zeitraum eines Jahres hinaus und,*

*b) sofern Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind, über den Zeitraum von drei Jahren hinaus,*

*jeweils gerechnet vom Tage der Rechtskraft der Ehescheidung an“*

Zudem hat F auf ihr Erb- und Pflichtteilsrecht am Nachlass des M verzichtet (§ 2346 BGB). Für den Fall des Fortbestandes der Ehe vermacht M der F erbvertraglich bindend

den ihm gehörenden Hausrat. Der Vertrag enthält zudem folgende salvatorische Klausel:

> *„Sollte eine dieser Vereinbarungen unwirksam sein oder werden, so sollen die übrigen Vereinbarungen dennoch wirksam bleiben“*

Der vorehelich eingegangene Ehevertrag ist von dem Vater des M veranlasst, der insbesondere die Unternehmensübergabe (Autohaus etc. i.F. von GmbHs, KGs und diverse nicht betriebsgebundene Immobilien) an M vom Ehevertragsabschluss abhängig gemacht hatte. F ist promovierte Kinderärztin, die später als HNO-Assistenzärztin tätig war. Nach der Geburt der Kinder gab sie ihre Erwerbstätigkeit im Konsens mit M auf und übernahm deren Betreuung und den gesamten Haushalt etc. Drei der vier gemeinsamen Kinder sind hörbehindert und bedurften erhöhter Betreuung.

F verfügt über Zinseinkünfte aus einem der Autohaus … GmbH gewährten, mit rund 270.000 € valutierenden Darlehen iHv mtl. ca. 1.400 €; hinzu kommen - geringe - Kapitalerträge aus Sparbüchern sowie Pachteinkünfte. Ferner ist F teilzeitbeschäftigt in einer privatärztlich geführten Praxis mit einem mtl. Bruttoeinkommen iHv 1.750 €. Ohne die Eheschließung hätte F eine medizinische Karriere aufgebaut.

**Lösung**:

Rechtsmittel der F hat teilweise Erfolg.

**Ausschluss des VA** und die **Unterhaltvereinbarung** sind sittenwidrig nach **§ 138 Abs. 1 BGB nichtig** und unwirksam (also ein Fall der „Unwirksamkeit von Einzel-Klauseln“ und kein Fall der „Gesamtnichtigkeit aufgrund Gesamtschau“).

**Gütertrennung** „für sich“ betrachtet wirksam und auch nicht im Wege der Ausübungskontrolle über das Vehikel des „Hinübergreifens“ bei Funktionsäquivalenz zwischen Güterrecht und Versorgungsausgleich nach § 242 BGB anzupassen (Rn. 30).

Zunächst prüft der Senat nach den Dispositionsformeln des BGH, wie sie aus LS 1 und 2 (Dispositionsbefugnis) ergeben. Ein Fall nach der BGH-Formel:

> *Sind die einzelnen Regelungen des Ehevertrages für sich genommen wirksam, so kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus einer <u>Gesamtwürdigung</u> (= Gesamtschau) des Vertrages ergeben, wenn das <u>Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen</u> erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt und der andere Ehegatte insofern die unterlegene Verhandlungsposition dieses Ehegatten ausgenutzt hat (vgl. BGH NJW 2013, 380 Rn. 22 ff. mwN).*
>
> [aus dieser Formulierung schließt das OLG Celle letztlich (und später in der Entscheidung), dass der subjektive Maßstab mangelnder Vertragsparität nur iRd Gesamtschau gelten soll]

soll hingegen nicht vorliegen.

**- <u>Versorgungsausgleich</u>**

VA = auch hier nach BGH-Formel:

> **** ist der Versorgungsausgleich dem Kernbereich der Scheidungsfolgen zugeordnet und steht als vorweggenommener Altersunterhalt einer*

> *vertraglichen Gestaltung nur begrenzt offen. So ist ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 138 Abs. 1 BGB schon für sich genommen unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität unvereinbar erscheint (BGH BeckRS 2020, 15779 Rn. 23 mwN).*
>
> *Eine Sittenwidrigkeit liegt auch dann nahe, wenn sich ein Ehegatte, wie schon bei Vertragsschluss geplant oder verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbe-gründende Erwerbstätigkeit in der Ehe - weitgehend - verzichtet hat. In diesem Verzicht liegt ein Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. BGH NJW 2014, 1101 Rn. 20).*

Es liegt **keine Sittenwidrigkeit zulasten der Grundsicherung** (SGB XII) vor, sondern ein Fall der **anfänglichen Typenverfehlung** (Rn. 37 ff.). Das OLG Celle bleibt bei seiner seltsamen Behauptung (NJW 2018, 3462 Rn. 56), junge -gebärfähige- Ehegatten bekommen nach der Lebenserfahrung (*der Richter*) Kinder, was iÜ auch die Differenzierung im nachehelichen Unterhalt zeigt (*auch dies dürfte falsch sein, weil es sich um kautelarjuristische Vorsorge und nicht um konkrete Lebensplanung handelt*). Es gibt im Bereich der Annahme der Sittenwidrigkeit einen Unterschied zwischen feststehendem Kinderwunsch bei Vertragsschluss und Vorsorge für den Fall, dass möglicherweise Kinder geboren werden, ohne dass dies bei Vertragsschluss beabsichtigt war. Erst Recht gilt dies für das Entstehen dauernder ehebedingter Versorgungsnachteile. Auch gibt es kein Indiz auf anfängliche Sittenwidrigkeit (= Zeitpunkt des Vertrags-schlusses), wenn später vier anstelle eines Kindes geboren werden.

> *Auch die Tatsache, dass aus der Ehe der Beteiligten vier Kinder hervorgegangenen sind, spricht indiziell für einen von Anfang an vorhandenen Kinderwunsch.* (Rn. 37) – wieso eigentlich?

Der Senat hält die dauernde Unterbrechung der Erwerbstätigkeit (und damit den Eintritt perpetuierter ehebedingter Versorgungsnachteile) der F -vollkommen inkonsequent argumentierend- für „vorhersehbar“ (Figur des sich anfänglich gewollt ***„plangemäß aus dem Erwerbsleben zurückziehenden Ehegatten“*** nach BGH NJW 2018, 1015 Rn. 15). Tatsächlich werden Argumente aus der „Vorhersehbarkeit“ (= objektiv) als Folge des gewählten und gewollten Ehetypus mit solchen der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ (= subjektiv Seite der Sittenwidrigkeitsprüfung) vermischt.

Der Senat behauptet -ohne erkennbare Begründung-, es müsse zur Abwendung anfänglicher Sittenwidrigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses konkret geplant sein, dass F zeitlich nur in dem Rahmen „aussetzen“ würde, der durch die damals geltende Rechtslage zur sog. Anrechnung von Kindererziehungszeiten auf die gesetzliche Rentenversicherung abgedeckt war. *(würde das stimmen kann dem mit Formular-ergänzung begegnet werden).* Selbst das Einstellen einer Kinderfrau und au pair sprechen nach Auffassung des OLG Celle für die anfängliche Annahme einer gewollten „Einverdienerehe“.

**Freiwillige Kompensationsleistungen** (Beitragsleistungen in die Ärzteversorgung) sind nicht Bestandteil des Vertrages und bleiben daher unberücksichtigt (Rn. 40).

In **subjektiver Hinsicht** -behauptet das OLG Celle Rn. 40 f.- bedürfe es für die Feststellung, eine Regelung aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen sei nichtig, nicht der Ausnutzung der unterlegenen Verhandlungsposition eines Ehegatten. Insofern

unterscheide sich die **Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit einer einzelnen Vertrags-klausel** aus dem Kernbereich der Scheidungsfolgen von den Anforderungen, die an die Sittenwidrigkeit aufgrund eines insgesamt unausgewogenen Vertrags gestellt werden und bei denen außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände erforderlich sind, die für eine bewusst ausgenutzte unterlegene Verhandlungsposition sprechen (so bereits unter Verweis auf den BGH, der das an der zitierten Stelle indes nicht gesagt hatte: OLG Celle NJW 2018, 3462 Rn. 25; OLG Schleswig, Beschl. v. 31.08.2020 – 15 UF 100/19 n.v.).

**Ganz anders das OLG Stuttgart** BeckRS 2019, 45645 Rn. 40 ff.:

> *„Ob hier auf der objektiven Seite durch eine Einzelprüfung der Vereinbarung zu jeder Scheidungsfolge im Rahmen der Kernbereichslehre oder zumindest bei Würdigung der objektiven Seite im Wege einer Gesamtschau der objektive Aspekt des Vertrags vom … zu beanstanden ist, kann dahin-gestellt bleiben.*
>
> *Denn weiterhin wäre erforderlich, dass auch die Überprüfung der subjektiven Seite zu einer massiven Beanstandung des Vertrags führt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine etwaige einseitige Lastenverteilung aus objektiver Sicht allein noch nicht geeignet ist, eine tatsachliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit zu begründen, da das Gesetz einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zu Gunsten des berechtigten Ehegatten nicht kennt (BGH, FamRZ 2013, 195 Rn. 24; Breuers in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 42 f.).*
>
> *Dementsprechend müssen außerhalb der Vertragsurkunde verstärkende Umstände zu erkennen sein, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere in Folge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten können (BGH, FamRZ 2013, 195 Rn. 24).“*

Die Ausführungen des OLG Stuttgart (Vorinstanz) sind -auch in diesem Punkt- durch den BGH in seiner Rechtsbeschwerdeentscheidung zitiert worden und unbeanstandet gebleiben: **BGH** FamRZ 2020, 1347 m.Anm. Bergschneider = ZNotP 2020, 311 = NJW 2020, 3243 Rn. 10 f.:

> *„Insoweit hat das* OLG *zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass von einer Wirksamkeit des Vertrags zum Zeitpunkt seines Abschlusses auszugehen sei. Ob der Vertrag auf der objektiven Seite – entweder infolge einer Prüfung der Einzelregelungen oder aufgrund einer Gesamtwürdigung – zu beanstanden sei, könne dahinstehen. Denn zusätzlich müsse auch die Überprüfung der subjektiven Seite zu einer massiven Beanstandung des Vertrags führen. Eine objektiv einseitige Lastenverteilung allein sei noch nicht geeignet, eine tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit zu begründen.“*

Weiter führt das **OLG Celle** im Ausgangsfall fort:

> *“In die Beurteilung einzubeziehen sind aber die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke und ihre Beweggründe, die zur Vereinbarung der Klausel geführt haben. Ergeben sich weder aus dem Ehevertrag, noch*

*aus dem Zuschnitt der Ehe oder den Lebensverhältnissen der Ehegatten Umstände, aufgrund derer die einseitige, den Kernbereich der Scheidungs-folgen betreffende Lastenverteilung subjektiv anerkennenswert und gerechtfertigt erscheinen kann, so ist die Regelung sittenwidrig."*

Das Argument (berechtigtes Interesse) des „**Unternehmensschutzes**" aus Bereich „Unternehmerehevertrag" rechtfertigt keinen Ausschluss des Versorgungsausgleichs.

**- <u>nachehelicher Unterhalt</u>**

Die beschränkende Unterhaltsvereinbarung (gestaffelte zeitliche befristet und betragsmäßige der Höhe nach begrenzt = Höchstdauer von 3 Jahren und höchstens 2.500,-- DEM [ohne Wertsicherung] + volle Anrechnung) ist nach Auffassung des OLG Celle im Zusammenhang der Einzelklausel-Prüfung ebenfalls sittenwidrig und nichtig, obwohl sie kein Totalausschluss darstellt:

Der Senat prüft unter dem Gesichtspunkt der Auswirkungen auf kernbereichswirksamen Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB (a.F. und n.F.; Rn. 43 ff.); dabei soll die Einschränkung der Erwerbstätigkeit der F bei Vertragsschluss „absehbar" gewesen sein.

Befristung auf drei Jahre soll auch nach Maßgabe des § 1570 BGB a.F. zu kurz, was sich allerdings nach der Literatur aus 1986 nicht bestätigen lässt. Auch t. soll die -nicht wertgesicherte- Höchstgrenze von 2.500,-- DEM ersichtlich nicht geeignet, die ehebedingten Nachteile der Antragsgegnerin auszugleichen. Hierzu verweist der Senat zutreffend auf BGH NJW 2006, 3142 Rn. 29 f., verschweigt indes, dass der BGH die Einzelklauselprüfung zum nachehelichen Unterhalt als Ergebnis vertraglicher Disparität prüf. Richtig ist wiederum, dass der nicht wertgesicherte Höchstbetrag ungeeignet weit weg vom „angemessenen Bedarf" ist.

Der Wertung als objektiv sittenwidrig steht nach Auffassung des OLG Celle auch nicht entgegen, dass der nach dem bei Vertragsschluss erzielten Einkommen des M errechnete Unterhaltsanspruch der F betragsmäßig geringer gewesen wäre. Beide Beteiligte sollen nämlich ersichtlich davon ausgegangen sein, dass sich die Einkommensverhältnisse des M durch die Realisierung der geplanten Betriebsübernahme deutlich verbessern würden; diese Erwartung hat sich in der Folgezeit unstreitig auch erfüllt.

Seltsamerweise prüft das OLG bei den su subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit, dass keine Kompensation vorliegt, was eher unter dem Gesichtspunkt der einseitigen Belastung zu prüfen wäre.

Schließlich rechnet das OLG negativ an, dass Unterhaltsansprüche des M gegen die F in der Unterhaltsvereinbarung in keiner Form beschränkt werden.

Bezogen auf die verschiedenen Unterhaltstatbestände nach § 1570 ff. BGB verneint das OLG das Wirksamwerden der salvatorischen Klausel; vielmehr soll über § 139 BGB Gesamtnichtigkeit eintreten. M und F sollen ihre Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt als einheitliche Klausel gefasst haben, die nicht nach verschiedenen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen differenziert. Eine geltungserhaltende Reduktion innerhalb einer einheitlichen Klausel ist in der von den Beteiligten vereinbarten salvatorischen Klausel nicht vorgesehen, so dass die aus der sittenwidrigen Begrenzung des Betreuungsunterhalts resultierende Teilunwirksamkeit der Unterhaltsvereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB zu deren Gesamtnichtigkeit führt.

**- Güterrecht**

Gütertrennung bleibt bei Einzel- und Gesamtbetrachtung bestehen:

Zugewinnausgleich zählt nicht zum Kernbereich der Scheidungsfolgen („Kernbereichsferne“).

> *„Ehe-, Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag im Ergebnis insgesamt und ausschließlich nachteilig für die Antragsgegnerin.“* (Rn. 50) ??
>
> - ist aber nicht das Ergebnis einer Disparität bei Vertragsschluss.

> *Behauptung der F, sie habe vor Unterzeichnung des Vertrags keinen Entwurf und bei der Beurkundung kein Leseexemplar erhalten und sei durch den Vertragsinhalt überrumpelt worden, sowie der unstreitige Vortrag, der Notar sei der „Hausnotar“ des Vaters des M gewesen und hätte diesen von Person gekannt, sind nicht geeignet, eine ungleiche Verhandlungsposition zu begründen. Die Umstände unterscheiden sich hier auch auf Grundlage der Darstellung der Antragsgegnerin deutlich von den Umständen, die dem vom BGH* durch Beschluss vom 15. März 2017 *entschiedenen Fall zu Grunde lagen (vgl. BGH* NZFam 2017, 408*). Dort musste die Ehefrau die Beurkundung mit einem Säugling bewältigen; zudem ließ der geschäftserfahrene Ehemann gleichzeitig gesellschaftsrechtliche Vorgänge, an denen die (nicht geschäftserfahrene) Ehefrau nicht beteiligt war, beurkunden.*

Mit Blick auf die nichtigen Einzelklauseln zum VA und nachehelichen Unterhalt kommt nun doch wieder der „salvatorischen Klausel“ entscheidende Bedeutung zu (vgl. BGH NJW 2013, 457 Rn. 31mwN).

**- Funktionsäquivalenz**

Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) der güterrechtlichen Vereinbarung führt nach dem Konzept der Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich (**vgl. insbesondere BGH NJW 2018, 2871; BGH NJW 2015, 52; BGH NJW 2013, 457**) zu keiner Anpassung der wirksam vereinbarten Gütertrennung:

- maßgeblicher Prüfungszeitpunkt - Scheiterns der Lebensgemeinschaft (Ehe)

- keine geplante Doppelverdienerehe

Das OLG Celle meint -ohne dass das zureichend geklärt ist-, dass eine Korrektur nach den Grundsätzen des Hinübergreifens bei Funktionsäquivalenz dann nicht in Betracht kommt, wenn erwerbstätige Ehegatte seine Altersvorsorge allein auf die Bildung von Privatvermögen gerichtet hat, das güterrechtlich nicht auszugleichen ist.

---

## 2. KG: Anforderung an einen Ehevertrag für sog. „Bleiberechtsfälle“ – Eigenangaben und § 16 BeurkG – „modifizierte Zugewinngemeinschaft“ geht immer! – Ausschluss des VA in guter Absicht – „Altersphasenmodell“ für den Betreuungsunterhalt ist angemessen! – Höchstsummen und Nachteilsausgleich

**KG**, Beschl. v. 19.07.2024 – 16 UF 39/22, BeckRS 2024, 23037.

**Stichworte**:

- Inhaltskontrolle eines Ehevertrages der Kategorie „Bleiberechtsfälle“!
- Bedeutung der Angaben zu § 16 BeurkG,

- „modifizierte Zugewinngemeinschaft“ geht immer!
- Ausschluss des VA in guter Absicht
- „Altersphasenmodell“ für den Betreuungsunterhalt
- Höchstsummen und Nachteilsausgleich

**Normen:** § 16 BeurkG; §§ 138, 1408 Abs. 1, 1410, 1585c, 1570, 1571 BGB §§ 6, 7 VersAusglG

**Leitsatz (amtl.):**

2. Wenn der Beteiligte einer Beurkundungsverhandlung **gegenüber dem beurkundenden Notar unzutreffende Angaben zu seinen Sprachkenntnissen macht**, sich der Notar aufgrund dieser Angaben eine (möglicherweise unzutreffende) Überzeugung von den Sprachkenntnissen des Beteiligten verschafft und der Beteiligte im Verlauf der Beurkundung auch nicht auf seine (angeblich) fehlenden bzw. unzureichenden Sprachkenntnisse aufmerksam macht, muss der Beteiligte die vom beurkundenden Notar getroffenen, in der Urkunde vermerkten Feststellungen gegen sich gelten lassen mit der Folge, dass es ihm in einem nachfolgenden Rechtsstreit verwehrt ist, aus diesem Umstand Bedenken in Bezug auf die Gültigkeit des notariell beurkundeten Ehevertrags herzuleiten (Bejahung der Kenntnis der thailändische Amtssprache, obwohl angeblich nur ein thailändischer Regionaldialekt beherrscht werden soll).

3. **Von einer Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages kann im Allgemeinen nicht ausgegangen werden, wenn**:

a) der vereinbarte **modifizierte Zugewinnausgleich**, wonach es bei einer Beendigung der Ehe durch Tod eines Ehegatten bei den gesetzlichen Bestimmungen sein Bewenden haben soll, wohingegen im Scheidungsfall kein Zugewinnausgleich erfolgen soll, dazu dient, im Scheidungsfall den **Bestand des (kleinen) Unternehmens eines der beiden Ehegatten abzusichern**, das für diesen Ehegatten dessen Lebensgrundlage und alleinige Altersvorsorge darstellt und dessen Bestand deshalb nicht durch eventuelle Ausgleichszahlungen gefährdet werden soll;

b) der vereinbarte **Ausschluss des Versorgungsausgleichs** aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles ausschließlich dem wirtschaftlich schwächeren Ehegatten zugutekommt, weil der andere, als Unternehmer selbständig erwerbstätige Ehegatte keinerlei spezifische Altersvorsorge betrieben hat und dies auch künftig nicht beabsichtigt, wohingegen der wirtschaftlich schwächere Ehegatte aufgrund einer abhängigen Erwerbstätigkeit bzw. aufgrund der Betreuung eventueller, aus der Ehe hervorgehender Kinder Versorgungsanrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben soll (und auch tatsächlich erworben hat), die ihm im Scheidungsfall auf diese Weise ungeschmälert erhalten bleiben;

c) der vereinbarte Ausschluss nachehelicher Unterhaltsansprüche die **Unterhaltsansprüche wegen Kinderbetreuung und wegen Alters nach §§ 1570, 1571 BGB** und damit solche Unterhaltsansprüche vom vereinbarten nachehelichen Unterhaltsverzicht ausnimmt, die nach der Kernbereichslehre des Bundesgerichtshofs an erster und zweiter Stelle rangieren. Dass die vom Unterhaltsausschluss ausgenommenen Unterhaltsansprüche im Hinblick auf Höhe und Dauer

beschränkt werden, ist **unschädlich, wenn die Beschränkung insgesamt maßvoll ausfällt** und sich an den „Eckwerten“ des früheren, bis zur Unterhaltsrechtsreform üblichen „**Altersphasenmodells**“ orientiert;

***Muster:***

***I.***
***Vorbemerkung:***

*(1) Wir beabsichtigen, am *** 2024 vor dem Standesbeamten des Standesamtes in *** die Ehe miteinander zu schließen.*

*(2) Wir haben beide ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und werden zum Zeitpunkt unserer Eheschließung unseren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in *** haben, wo wir unseren gewöhnlichen Aufenthalt auch derzeit innehaben.*

*(3) Wir haben bisher einen Ehevertrag nicht abgeschlossen.*

*(4) Aus unserem Zusammenleben ist bisher ein Kind hervorgegangen, nämlich unsere am 4. ** 2023 geborene Tochter T.*

*Herr M hat zudem aus erster Ehe zwei Kinder, nämlich*
*a) ***, geboren am *** 2011 und*
*b) ***, geboren am *** 2014,*
*denen gegenüber er unterhaltspflichtig ist.*

*(5) Herr M ist als Senior Partner in *** in Vollzeit erwerbstätig.*

*Frau F ist als Associate Partner ebenfalls in *** in Teilzeit erwerbstätig.*

*Herr M und Frau F werden in der Ehezeit voraussichtlich beide Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung und betriebliche Anrechte nach dem BetrAVG erwerben. Zudem betreiben sie private Altersvorsorge, insbesondere auch durch privaten Vermögensaufbau.*

*(6) Beide künftigen Ehegatten stellen derzeit ihren Unterhalt nachhaltig durch eigene Erwerbseinkünfte -in unterschiedlicher Höhe- sicher; sie verfügen im Übrigen über die gleiche berufliche Qualifikation.*

*Beide künftigen Eheleute beabsichtigen auch während ihrer Ehe - unter Berücksichtigung der Belange gemeinsamer Kinder und ihrer künftigen Entscheidungen zur Verteilung der Erwerbs- und Familienarbeit - ihre jeweilige Erwerbstätigkeit aufrecht zu erhalten bzw. nach familienbedingter Unterbrechung wieder aufzunehmen und fortzuführen. Vor dem Hintergrund ihrer äquivalenten beruflichen Ausbildung und Qualifikation beabsichtigen beide Ehegatten ihre berufliche Laufbahn als *** zu festigen und auszubauen. Beide künftigen Ehegatten schließen es dennoch nicht aus, dass die Ehe über einen familienbedingten Zeitraum als sog. „Einverdiener-Ehe“ geführt wird.*

*(7) Herr M und Frau F wollen durch den nachstehenden Ehevertrag den Güterstand der Zugewinngemeinschaft für ihre künftige Ehe modifizieren, den Versorgungsausgleich ausschließen sowie Regelungen zum nachehelichen Unterhalt treffen.*

*(8) Beide Beteiligten erklärten auf der Grundlage ihrer gemeinsamen Ehevorstellungen, nämlich von einer grundsätzlich gewünschten partnerschaftlichen Doppelverdienerehe mit Kind, dass das Zustandekommen dieses Ehevertrages nicht auf ungleichen Verhandlungspositionen beruht, insbesondere schließt jeder Beteiligte für sich das Bestehen einer Disparität bei Vertragsschluss aus. Das Eingehen der Ehe ist in keiner Weise vom Zustandekommen dieses Ehevertrages abhängig und das Ergebnis des Aushandelns der einzelnen Klauseln auf „Augenhöhe“. Die nachfolgenden Bestimmungen haben jederzeit und in vollem Umfang zur Disposition beider Beteiligten gestanden und wurden ausführlich erörtert.*

*Entwürfe wurden den Beteiligten durch den Notar zugesandt.*

*Beide Beteiligten stellen klar, dass trotz des geplanten Ehetypus einer partnerschaftlichen Doppelverdienerehe rollenbedingte Nachteile in der Erwerbsbiographie der Frau F aufgrund der Betreuungsbelange des gemeinsamen Kindes T entstehen werden und ggf. verbleiben.*

*(9) Die derzeitigen Vermögensverhältnisse und die Anwartschaften zur Altersvorsorge des jeweils anderen Ehegatten sind einem jeden von uns bekannt und wurden jeweils offengelegt.*

***II.***

*Wir schließen folgenden*

***Ehevertrag**:*

***§ 1***
***Modifizierte Zugewinngemeinschaft***

*(1) Der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft soll für unsere Ehe mit folgender Abweichung gelten:*

*(2) Wird der Güterstand der Zugewinngemeinschaft auf andere Weise als durch den Tod eines von uns beendet, wird insbesondere unsere Ehe geschieden oder der vorzeitige Zugewinnausgleich bzw. die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft verlangt, nicht jedoch für den Fall der Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft durch Ehevertrag, sollen die nachfolgenden Vermögensgegenstände*

*-zusammenfassend "**herausgenommenes Vermögen**" oder*
*„**herausgenommene Vermögensgegenstände**" genannt -*

*bei der Ermittlung des Zugewinns eines jeden Ehegatten vollständig außer Betracht bleiben, also weder in dessen Anfangs- noch Endvermögen berücksichtigt werden:*

- *dasjenige Vermögen nach Abzug von Verbindlichkeiten, das jedem der Ehegatten bei Eintritt des Güterstandes als Anfangsvermögen i.S.d. § 1374 Abs. 1 BGB gehörte,*
- *dasjenige Vermögen, die ein Ehegatte i.S.d. § 1374 Abs. 2 BGB nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht oder durch Schenkung oder als Ausstattung zu Eigentum bzw. Inhaberschaft erwirbt,*
- *diejenigen Vermögensgegenstände***.*
- *die von jedem der Ehegatte jetzt und in der Zukunft gehaltenen Anteile an der *** derzeit die Anteile des Herrn M (Senior-Partnerschaft), und alle damit zusammenhängenden Rechte und Verpflichtungen.*

*(3) Bei der Ermittlung des Anfangs- und Endvermögens ist herausgenommenes Vermögen auch dann nicht anzusetzen, wenn sich dessen Wertentwicklung, gleichviel aus welchem Grund, bis zum Endvermögensstichtag bzw. bis zur Beendigung des Güterstandes vermindert oder erhöht; ein herausgenommener Vermögensgegenstand soll auch dann nicht angesetzt werden, wenn dessen Wert, gleichviel aus welchem Grund und unabhängig von der anzuwendenden Bewertungsmethode, zum Zeitpunkt der Ermittlung des Anfangs- und/oder Endvermögens negativ ist. Klargestellt wird, dass auch sämtliche mit den herausgenommenen Vermögensgegenständen im Zusammenhang stehenden Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des Zugewinns nicht zu berücksichtigen sind.*

*(4) Bei der Ermittlung des jeweiligen Zugewinns sollen ferner in gleicher Weise alle Vermögensgegenstände und Rechte außer Betracht bleiben, die als Surrogate der herausgenommenen Vermögensgegenstände angesehen werden können. Dies gilt insbesondere für Rechte, die als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung geleistet werden oder die ansonsten durch ein Rechtsgeschäft erworben werden, das sich auf herausgenommene Vermögensgegenstände bezieht. Umfasst ist insbesondere ein endgültig erzielter Erlös aus der rechtsgeschäftlichen Veräußerung herausgenommener Vermögensgegenstände.*

*Werden Ersatzvermögensgegenstände lediglich teilweise durch Vermögen angeschafft, das von der Ausgleichsrechnung nach dieser Urkunde ausgenommen ist, bleiben sie mit dem Anteil unberücksichtigt, der für die Anschaffung/Erwerb aus herausgenommenem Vermögen verwendet wird.*

*Es ist im Zweifel allein Angelegenheit desjenigen Ehegatten, der sich auf Gegenstände des Surrogatvermögens beruft, die Zugehörigkeit eines Ersatzgegenstandes zu dem herausgenommenen Vermögen darzulegen und zu beweisen.*

*(5) Aufwendungen bzw. Verwendungen eines jeden der beiden Ehegatten aus seinem, grundsätzlich dem Zugewinnausgleich unterliegenden Vermögen, die zugunsten seines herausgenommenen Vermögens erfolgen, werden nur dann mit ihrem Wert zum Zeitpunkt der Vornahme der Aufwendung bzw. Verwendung seinem Endvermögen hinzugerechnet, wenn diese innerhalb von drei Jahren vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags erfolgen. In einem solchen Fall unterliegen derartige Aufwendungen, um den Geldwertverfall berichtigt, der Berechnung des Zugewinnausgleichs. Zu Verwendungen und Aufwendungen in diesem Sinne gehören auch solche, die für die Tilgung und Verzinsung von Verbindlichkeiten verwandt werden, die ausgleichsfreies Vermögen betreffen.*

*(6) Aufwendungen bzw. Verwendungen eines jeden der Ehegatten auf herausgenommenes Vermögen des jeweils anderen Ehegatten, sind diesem im Zweifel darlehensweise zur Verfügung gestellt. Für ein solches Darlehen gelten die Vereinbarungen bei Hingabe der Darlehenssumme, ersatzweise wird das Darlehen zur Rückzahlung fällig mit der Veräußerung des ausgleichsfreien Vermögensgegenstandes, spätestens jedoch mit Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Bis zur Fälligkeit ist das Darlehen nicht zu tilgen und unverzinslich. Sicherheiten bzw. eine Sicherstellung können nicht verlangt werden. Erfolgen Aufwendungen bzw. Verwendungen aus dem Anfangsvermögen, gilt sowohl der Rückzahlungsanspruch als auch der zurückgezahlte Betrag einschließlich Zinsen als auf den Hingabezeitpunkt zu indizierendes Anfangsvermögen.*

*(7) Zur Befriedigung einer sich etwa ergebenden Zugewinnausgleichsforderung oder anderer vermögensrechtlicher Ansprüche der Ehegatten untereinander gilt das jeweils herausgenommene Vermögen im Sinne von § 1378 Abs. 2 BGB als vorhandenes Vermögen. Soweit einer der Ehegatten gegen den anderen bei Beendigung des Güterstandes Zugewinnausgleich beanspruchen kann, ist die Zwangsvollstreckung wegen der Beitreibung der Ausgleichsforderung in die nach dieser Urkunde herausgenommenen Vermögensgegenstände erst dann und nur insoweit zulässig, als die Vollstreckung in ausgleichspflichtiges Vermögen nicht zum Erfolg geführt hat oder unzumutbar ist.*

*(8) Sämtliche Gegenstände des herausgenommenen Vermögens einschließlich sämtlicher an ihre Stelle tretenden Surrogatgegenstände und alle Erträge hieraus sollen der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB nicht unterliegen.*

*(9) Der Notar hat den Beteiligten nachdrücklich empfohlen, unabhängig von Auskunfts- und Belegpflichten, das nach diesem Vertrag herausgenommene Vermögen stets getrennt von dem übrigen Vermögen zu verwalten und insbesondere alle relevanten Aufwendungs-, Verwendungs- und Surrogationsfälle eindeutig und nachvollziehbar zu dokumentieren.*

*(10) Ein Ehegatte ist insoweit nicht verpflichtet, seinen Zugewinn auszugleichen, als er auf der Grundlage einer Berechnung des Zugewinnausgleichs nach Maßgabe des Gesetzes, d.h. unter Einbeziehung des herausgenommenen Vermögens seines Ehegatten, nicht zur Ausgleichung verpflichtet wäre (Vergleichsberechnung).*

*(11) Im Übrigen sollen für unsere Ehe die Vorschriften über den Güterstand der Zugewinngemeinschaft nach den Vorschriften der §§ 1363 ff. BGB gelten.*

*Der Notar hat uns eingehend über die Bedeutung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft und die in diesem Ehevertrag vereinbarten Abweichungen von den gesetzlichen Vorschriften zur Ausgleichsberechnung und die damit verbundenen Folgen belehrt. Er hat uns insbesondere darauf hingewiesen, dass durch die vereinbarte Modifikation für einen der Ehegatten erhebliche Nachteile entstehen können.*

## *§ 2*
## *Ausschluss des Versorgungsausgleiches*

*(1) Der Versorgungsausgleich nach § 1587 BGB iVm. §§ 1 ff. VersAusglG soll im Fall der Scheidung unserer Ehe vollständig und in jeder Richtung ausgeschlossen sein. Die Ehegatten verzichten somit beiderseits auf die Geltendmachung von Ansprüchen auf Wertausgleich jeglicher Art in Bezug auf alle Anrechte. Die Ehegatten nehmen den vorstehenden Ausschluss hiermit wechselseitig an. Ein jeder von ihnen ist nach eigenem Bekunden in der Lage, für sein Alter selbst vorzusorgen; ehebedingte Nachteile in der Versorgungsbiographie entstehen unter Berücksichtigung des geplanten Ehetypus nicht oder sind wegen der Rentenferne der Beteiligten aufholbar.*

*(2) Der Notar hat uns über die Bedeutung des Versorgungsausgleichs, den Ausgleichswert von Anrechten und die Tragweite des Ausschlusses der Teilung von Anrechten einschließlich der Folgen eines solchen Ausschlusses für die soziale, insb. die Alterssicherung nach einer Scheidung belehrt. Es ist uns bekannt, dass bei Wirksamkeit des vorstehend vereinbarten Ausschlusses, die insoweit erworbenen Ehezeitanteile von Anrechten, also Anwartschaften auf zukünftige oder bereits laufende Versorgungen nicht zwischen uns aufgeteilt oder verrechnet werden.*

*(3) Der Notar hat uns ferner darauf hingewiesen, dass der vorstehend vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs, sofern er Dritte benachteiligt, nichtig oder im Einzelfall ein Berufen auf diesen Ausschluss unzulässig sein kann. Zudem unterliegen die Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich, Teile davon und im Wege einer Gesamtschau auch andere Regelungen dieses Vertrages bei Scheidung unserer Ehe der richterlichen Inhaltskontrolle und ggfls. auch der Anpassung.*

## *§ 3*
## *Nachehelicher Unterhalt*

*(1) Wir vereinbaren für den Fall der Scheidung unserer zukünftigen Ehe den gegenseitigen und vollständigen Verzicht auf die Gewährung jeglichen nachehelichen Unterhalts nach allen gesetzlichen Unterhaltstatbeständen und auch in unvorhersehbaren oder außergewöhnlichen Fällen oder Umständen, soweit im nachstehenden Abs. (2) ff. nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist. Wir nehmen den vorstehend erklärten Verzicht hiermit wechselseitig an.*

*(2) Von dem nach Abs. (1) vereinbarten Unterhaltsverzicht nicht erfasst sind ausschließlich der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB nach Maßgabe der Vereinbarungen in Abs. (3) sowie der Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechens bzw. Alters nach § 1572 Nrn. 1 bis 3 BGB bzw. § 1571 Nrn. 1 bis 3 BGB (ohne Anknüpfung an § 1573 BGB) zu den dort genannten Einsatzzeitpunkten und bleibt daher vorbehalten. Die Dauer und die Höhe eines etwa geschuldeten Kranken- bzw. Altersunterhaltes sind nach den gesetzlichen Maßgaben festzustellen.*

*(3) Für den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB gilt folgendes:*

*a) Soweit Betreuungsunterhalt nach den gesetzlichen Vorschriften zu gewähren ist, ist dieser in voller Höhe unter Berücksichtigung der Billigkeit und der Belange gemeinsamer Kinder, der Ehedauer, der Gestaltung der Kinderbetreuung und der Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils nach dem Maß der ehelichen Lebensverhältnisse bis zur Vollendung des 5. Lebensjahres des Kindes zu zahlen, und zwar ausdrücklich ohne Eingreifen einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils.*

*b) Nach Vollendung des 5. Lebensjahres bis zur Vollendung des 10. Lebensjahres des Kindes vereinbaren wir für die rechnerische Bestimmung nachehelichen Unterhalts 60% - sechzig vom Hundert- des Maßes der ehelichen Lebensverhältnisse als Bedarfsobergrenze.*

*c) Nach Vollendung des 10. Lebensjahres bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres des Kindes vereinbaren wir für die rechnerische Bestimmung nachehelichen Unterhalts*

*40% -vierzig vom Hundert- des Maßes der ehelichen Lebensverhältnisse als Bedarfsobergrenze.*

*d) Ab dem 15. Lebensjahr des Kindes trifft den Unterhaltsberechtigten eine Erwerbsobliegenheit zur vollschichtigen Tätigkeit. Auf nachehelichen Unterhalt ab diesem Zeitpunkt wird verzichtet.*

*e) Betreut der berechtigte Ehegatte mehr als ein gemeinsames Kind, gelten die Regelungen nach Ziff. 1 bis 4 jeweils in Bezug auf das jüngste unserer Kinder.*

*f) Unterhaltsrelevante eigene Einkünfte hat sich der Unterhaltsberechtigte anrechnen zu lassen; Einkünfte aus überobligatorischer Erwerbstätigkeit hat sich der Unterhaltsberechtigte nicht anrechnen zu lassen.*

*g) Als Inhalt unseres elterlichen Erziehungs- und Betreuungskonzepts vereinbaren wir, dass es der Billigkeit und den Belangen gemeinsamer Kinder nicht entspricht, den betreuenden Ehegatten auf die Inanspruchnahme bestehender Fremdbetreuungsmöglichkeiten bis zur Vollendung des 5. Lebensjahres unseres jüngsten Kindes zu verweisen. Freiwillige Inanspruchnahme bleibt unberührt.*

*h) § 239 FamFG und § 313 BGB bleiben unberührt.*

*Diese Unterhaltsvereinbarung, die die Dauer der Unterhaltsgewährung, der Bestimmung des Bedarfs und das Eingreifen von Erwerbsobliegenheiten selbstständig festlegt, führt nach dem Willen der Beteiligten nicht zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast.*

*(4) Die Ehegatten verzichten unabhängig von der Wirksamkeit oder Durchsetzbarkeit der vorstehenden Vereinbarung wechselseitig auf jegliche Art eines Aufstockungsunterhalts, und zwar auch für den Fall, dass dieser gleichzeitig mit Betreuungsunterhalt zu gewähren wäre.*

*(5) Der Notar hat uns über die Folgen der Unterhaltsvereinbarung eingehend belehrt. Uns ist bekannt, dass*

- *im Falle der Scheidung unserer Ehe der Grundsatz der Eigenverantwortung und Unterhaltsgewährung nach Leistungsfähigkeit gilt,*
- *die vorliegende Unterhaltsvereinbarung nicht nur Verzichtscharakter hat, sondern auch zu einer Ausdehnung der Unterhaltsgewährung führen kann,*
- *bei Vorhandensein mehrerer Unterhaltsberechtigter und für den Fall, dass der Unterhaltsverpflichtete außerstande ist, allen den vollen Unterhalt zu gewähren, insbesondere seine minderjährigen Kinder oder diese betreuende Elternteile bevorrechtigt sind (§ 1609 BGB).*

*Der Notar hat uns ferner darauf hingewiesen, dass ein vorstehend vereinbarter Verzicht, sofern er Dritte benachteiligt, nichtig oder im Einzelfall ein Berufen auf Verzichte unzulässig sein kann. Zudem können die Unterhaltsvereinbarung, Teile davon und im Wege einer Gesamtschau auch andere Regelungen dieses Vertrages der richterlichen Inhaltskontrolle und Anpassung unterliegen.*

## *§ 4*
## *Allgemeine Bestimmungen*

*(1) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Ehevertrages rechtsunwirksam sein oder werden, so wird dadurch die Gültigkeit aller übrigen Bestimmungen nicht berührt. Anstelle der unwirksamen Bestimmung soll eine andere vereinbart werden, die unter Berücksichtigung des im Übrigen unveränderten Vertragsinhalts der ursprünglich beabsichtigten Regelung in rechtlich zulässiger Weise am nächsten kommt. Die Beteiligten sind verpflichtet, am Zustandekommen einer solchen Ersatzbestimmung mitzuwirken.*

*(2) Der Notar hat uns über die Vorschriften belehrt, nach denen dieser Ehevertrag aufgehoben oder geändert werden kann. Ein einseitiges Rücktrittsrecht von diesem Vertrag behalten wir uns nicht vor.*

*(3) Weitere Bestimmungen wollen wir zurzeit nicht treffen, insbesondere nicht zum Erb- und Pflichtteilsrecht und zwar auch nicht in Bezug auf das vom Zugewinnausgleich herausgenommene Vermögen.*

*(4) Wir nehmen alle in dieser Urkunde abgegebenen Erklärungen hiermit wechselseitig an.*
*(5) Die mit dieser Urkunde verbundenen Kosten tragen wir.*
*(6) Wir erbitten je eine Ausfertigung dieser Urkunde an uns.*

---

## 3. OLG Zweibrücken: Sittenwidrigkeit, Familienunternehmen, Schwangerschaft

**OLG Zweibrücken**, Beschl. v. 18.06.2024 – 2 UF 166/23, BeckRS 2024, 25293

**Stichworte**:

- Unternehmerehevertrag,
- Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB,
- Gesamtschau-Prüfung,
- subj. Unterlegenheit durch Irrtumserregung (?)

**Normen:** § 138 BGB

**Leitsatz (amtl.):**

1. Soweit der Abschluss eines Ehevertrages (mit „Globalverzicht“) von der im Zuge der notariellen Beratung angestellten Erwägung getragen ist, die Ehefrau könne und wolle die finanziellen Risiken eines Familienunternehmens nicht tragen, so spricht dies für eine **unterlegene Verhandlungsposition der Ehefrau**. Dies gilt vor allem dann, wenn die Ehefrau in der **irrigen Annahme bestärkt** wurde, sie mindere durch Abschluss des Ehevertrages ein Haftungsrisiko, das in Wirklichkeit überhaupt nicht bestanden hat.
2. Zur Inhaltskontrolle eines Ehevertrages mit einer **Schwangeren**.

---

## 4. BGH: Verknüpfung einer Umgangsvereinbarung mit Zugewinnausgleich – Kommerzialisierung des Umgangs – Auslandsberührung – Kindeswohl – vertragsstrafenähnliche Wirkung der Vereinbarung – subjektive Seite des § 138 BGB

**BGH** Beschl. v. 31.01.2024 – XII ZB 385/23, NJW 2024, 1256 = NZFam 2024, 354 mAnm Obermann = FF 2024, 160 mAnm Finke = JuS 2024, 464 = MDR 2024, 446

für BGHZ vorgesehen

**Stichworte**:

- Kindeswohl,
- Sittenwidrigkeit eines ger. Vergleich,
- Umgangsregelung und Sorgerecht,
- Verknüpfung mit Zugewinnausgleich,
- vertragsstrafenähnliche Regelung bzw. Wirkung

**Normen:** § 138 BGB, §§ 89, 156 Abs. 2 FamFG

**Leitsatz (amtl.):**

Die **Regelung in einem zwischen geschiedenen Ehegatten** geschlossenen gerichtlichen Vergleich, welche die **Fälligkeit einer ratenweise zu zahlenden Zugewinnausgleichsforderung mit der tatsächlichen Gewährung von Umgang mit den gemeinsamen Kindern verknüpft**, ist jedenfalls dann sittenwidrig, wenn sie dazu bestimmt ist, die **vereinbarte Umgangsregelung unter Ausschluss einer gerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Kindeswohls** erzwingbar zu machen.

**Fall**:

**M** und **F** waren im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft miteinander verheiratet; die in 2002 geschlossene Ehe wurde 2017 rechtkräftig geschieden. Aus der Ehe sind die Tochter T und der Sohn S hervorgegangen. M ist deutscher, F ausschließlich peruanische Staatsangehörige; nach der Scheidung ist F ohne Absprache mit M mit den minderjährigen Kindern nach Peru zurückgekehrt.

M und F streiten um die Wirksamkeit und die verfahrensbeendende Wirkung eines in einem güterrechtlichen Verfahren geschlossenen **gerichtlichen Vergleichs**. Im gegenständlichen Verfahren macht F im Rahmen des Zugewinnausgleichs eine Teilforderung in Höhe von 80.000 € nebst Zinsen geltend, nachdem sie zuvor einen Vorausempfang auf den **Zugewinnausgleich** in Höhe von 30.000 € erhalten hatte. M hat sich u.a. auf **Verwirkung güterrechtlicher Ansprüche** der F berufen, weil diese die beiden gemeinsamen Kinder ohne Absprache von einer durch den Antragsgegner bereits bezahlten deutschen Schule in Peru abgemeldet habe und ihm einen Umgang mit den Kindern in Deutschland verweigere. Im Termin vor FamG aus 12. 2021 haben sie folgende gerichtlichen Vergleich geschlossen:

*„Vereinbarung:*

*1. M verpflichtet sich, zur Abgeltung sämtlicher Zugewinnausgleichsansprüche unter Berücksichtigung eines schon geleisteten Teilbetrages in Höhe von 30.000,00 € an die Antragstellerin einen Gesamtbetrag von weiteren € 60.000,00 zu zahlen.*

*2. M wird nachgelassen, diesen weiteren Gesamtbetrag in Höhe von € 60.000,00 in drei jährlichen Raten zu € 20.000,00 an die Antragstellerin wegzufertigen.*
*Die jährliche Rate ist jeweils erst dann fällig, wenn die gemeinsamen Kinder der Beteiligten S. (...) und M. (...) drei Wochen Umgang mit dem Vater in Deutschland gehabt haben. Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass die dreiwöchige Umgangszeit bedeutet, dass Flugzeiten nicht zu den Umgangszeiten gehören.*
*M ist nachgelassen, die Kinder auch in den peruanischen Winterferien, d.h. im europäischen Sommer, in Peru zu besuchen. M wird in den peruanischen Winterferien zumindest zehn Tage ungestört Umgang mit den Kindern haben.*

*3. Die jeweilige Rate von 20.000,00 € ist spätestens zwei Wochen nach Beendigung des dreiwöchigen Nettoumgangs des Vaters mit den gemeinsamen Kindern in Deutschland zur Zahlung an die F fällig.*
*Sofern der Sohn S dies wünschen sollte, verpflichtet sich M, dass F in Deutschland während des Umgangs des Kindes in Deutschland sehen kann.*

*4. Die Beteiligten sind darüber einig, dass mit der Zahlungsverpflichtung über € 60.000,00 sämtliche güterrechtlichen Ansprüche abgegolten sind. Vorsorglich verzichten die Beteiligten wechselseitig auf allfällig darüber hinausgehende güterrechtliche Ansprüche und nehmen diesen Verzicht jeweils wechselseitig an.*

*5. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.“*

Im Mai 2022 hat F beantragt, das güterrechtliche Verfahren fortzuführen und im Wege des Zwischenbeschlusses festzustellen, dass die im Dezember 2021 vor dem Amtsgericht geschlossene

Vereinbarung „unwirksam und nichtig“ sei und „nicht zu einer Beendigung des Verfahrens geführt“ habe.

**Lösung:**

In der Sache ist die in Ziff. 2 u. 3 des Vergleichsenthaltene Stundungsabrede wegen ihrer Verknüpfung mit der Umgangsregelung als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB zu qualifizieren. Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde allerdings geltend, dass der von den Beteiligten geschlossene Vergleich von vornherein schon unter dem **Gesichtspunkt einer Kommerzialisierung des Umgangsrechts** nach § 138 Abs. 1 BGB insgesamt sittenwidrig wäre.

Zwar weist F zu Recht darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Senats Elternvereinbarungen unwirksam sind, in denen ein Verzicht auf das Umgangsrecht mit vermögenswerten Gegenleistungen in einer Weise verknüpft werden, dass das Kind darin zum Gegenstand eines Handels gemacht wird. Eine derartige Vereinbarung, bei der die zusagten wirtschaftlichen Vorteile einen ständigen Anreiz dafür bieten, ohne Rücksicht auf das Wohl des Kindes aus finanziellen Erwägungen von der Ausübung des Umgangsrechts abzusehen, ist als **unzulässige Kommerzialisierung des elterlichen Umgangsrechts** anzusehen und damit gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig (vgl. BGH FamRZ 1984, 778 (779)).

*Daraus* lässt sich aber noch nicht ohne weiteres herleiten, dass schlechthin jede Verknüpfung zwischen einer Elternvereinbarung zum persönlichen Umgang mit dem Kind und einer Beilegung vermögensrechtlicher Streitigkeiten zwischen den Eltern bereits als unzulässige Kommerzialisierung des Umgangsrechts einzuordnen wäre. **Wird das Recht und die Pflicht des Elternteils zum persönlichen Umgang mit dem Kind nicht in Frage gestellt, sondern (lediglich) eine konkrete und kindeswohldienliche Gestaltung des Umgangsrechts angestrebt, deren Zustandekommen durch vermögensrechtliche Zugeständnisse noch gefördert wird, könnte das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht gerechtfertigt sein** (vgl. Staudinger/Dürbeck BGB [2023] § 1684 Rn. 142). Etwas anderes mag dann gelten, wenn im Einzelfall die Annahme berechtigt ist, dass ein offensichtlich nicht kindeswohldienlicher **Umgang** durch vermögenswerte Gegenleistungen – etwa durch die Zahlung eines nicht oder nicht in dieser Höhe geschuldeten Zugewinnausgleichs – „erkauft“ werden soll (vgl. Erman/Döll BGB 17. Aufl. § 1684 Rn. 16). So liegt der Fall hier jedoch erkennbar nicht.

**Das ändert aber nichts an der Beurteilung, dass die Verknüpfung von Vermögensbelangen der Eltern und dem persönlichen Umgang mit dem Kind aus dem Blickwinkel des Kindeswohls grundsätzlich immer bedenklich erscheinen muss, weil sie die Gefahr mit sich bringt, dass Gewährung und Ausgestaltung des Umgangs maßgeblich von den wirtschaftlichen Interessen der Eltern bestimmt werden und das Kind auf diese Weise zum Objekt eines Handels gemacht und besonderen Loyalitätskonflikten ausgesetzt wird.**

Eltern können das Erfordernis der gerichtlichen Billigung als notwendiger Voraussetzung der Vollziehbarkeit einer Umgangsvereinbarung nicht dadurch umgehen, dass sie eine **Vertragsstrafe** für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die von ihnen getroffenen Umgangsregelungen vereinbaren (vgl. Staudinger/Dürbeck BGB [2023] § 1684 Rn. 152; Erman/Döll BGB 17. Aufl. § 1684 Rn. 16; Grandel/ Stockmann/Reetz Stichwortkommentar Familienrecht 3. Aufl. „Vereinbarungen zum elterlichen Sorge- und Umgangsrecht“ Rn. 27; aA wohl Bergschneider Verträge in Familiensachen 7. Aufl. Rn. 294).

*D*ie Bestimmungen in Ziff. 2 u. 3 des gerichtlichen Vergleichs weisen Ähnlichkeiten mit einer Vertragsstrafenvereinbarung auf. Zudem hat eine am Maßstab des Kindeswohls ausgerichtete gerichtliche Kontrolle der in den gerichtlichen Vergleich aufgenommenen Umgangsregelungen nicht stattgefunden.

***Immer wieder wichtig zu betonen:***

Richtig ist zudem, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 138 BGB gegen die guten Sitten verstößt, nicht nur der objektive Inhalt des Geschäfts, sondern auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, und die von

den Parteien verfolgten Absichten und Beweggründe zu berücksichtigen sind (vgl. BGH WM 2023, 742 Rn. 31 mwN.; BGH NJW-RR 1998, 590 (591 mwN)).

Zutreffend ist ferner, dass im Schrifttum **vertragsstrafenbewehrte Umgangsvergleiche in Fällen mit Auslandsberührung ausnahmsweise für zulässig angesehen** werden, wenn ihnen das grundsätzlich billigenswerte Motiv des umgangsberechtigten Elternteils zugrunde liegt, bei der Durchsetzung seines Umgangsrechts nicht auf eine ineffektive grenzüberschreitende Vollstreckung angewiesen sein zu müssen (vgl. Rauscher NZFam 2015, 95). Vertragsstrafenvereinbarungen werden in Auslandsfällen vor diesem Hintergrund insbesondere dann als möglich angesehen, wenn sie der Durchsetzung eines gerichtlich gebilligten Umgangsvergleichs dienen und im Ergebnis entsprechend den §§ 86 ff. FamFG ausgestaltet sind (vgl. Hammer in Bayer/Koch Scheidungsfolgenvereinbarungen S. 75, 88). Allerdings *müsste* stets eine Berücksichtigung von Kindeswohleinreden gewährleistet sein.

Die angefochtene Entscheidung kann daher keinen Bestand haben. Soweit die im gerichtlichen Vergleich getroffene Umgangsregelung und die mit ihr verknüpfte Ratenzahlungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig sind, ist weiter zu prüfen, ob die Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB auch **die weiteren Bestimmungen des gerichtlichen Vergleichs erfasst (= Zugewinnausgleich)** und dessen verfahrensbeendende Wirkung in Frage stellt.