die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit spricht[1701], fordert der BGH **verstärkende Umstände außerhalb der Urkunde**, die eine subjektive Imparität erkennen lassen.[1702] Für diese Umstände trägt der benachteiligte Ehegatte, der sich auf die Unterlegenheit beruft, die Beweislast.[1703] Der BGH sieht eine subjektive Unterlegenheit bei **Ausnutzung einer Zwangslage** (Überrumpelung, Drohung etc.), **sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit** (Angewiesenheit auf Eheschließung ohne ökonomischen Rückhalt) oder **intellektueller Unterlegenheit** (Lebenserfahrung, Bildungsniveau, deutlich verstehbare Urkunde).[1704]

889 Den Abschluss des Ehevertrages **kurze Zeit vor der Hochzeit**[1705] oder gar am Tag der Hochzeit[1706] diskutiert der BGH nicht weiter, geht also davon aus, dass dies allein keine subjektive Unterlegenheit begründet. Allerdings nimmt der BGH bei Abschluss des Vertrages am Hochzeitstag die Argumentation des OLG auf, die Ehefrau habe den Entwurf einige Tage vor der Hochzeit erhalten und auch überflogen. Daher sei sie nicht in einer Zwangslage gewesen. Auf die gelegentlich vorgetragene Argumentation der Zwangslage aufgrund getätigter Hochzeitsvorbereitungen[1707] geht der BGH hingegen nicht ein. Das OLG Celle verneint Imparität bei Vertragsschluss einige Tage vor der Hochzeit.[1708]

890 Die Bedeutung der **Schwangerschaft** der Ehefrau bei Abschluss des Ehevertrages fasst der BGH nunmehr so zusammen, dass die Schwangerschaft der Ehefrau für sich allein zwar noch nicht die Sittenwidrigkeit zu begründen vermag, sie **indiziere** aber eine **ungleiche Verhandlungsposition** und damit eine Disparität bei Vertragsabschluss. Hierbei war der vom BGH angenommene Geschehensablauf so, dass die Ehefrau wegen der Schwangerschaft die Ehe schließen wollte, der Hochzeitstermin jedoch wegen des Ansinnens des Ehemannes, einen Ehevertrag zu schließen, mehrmals verschoben worden war.

891 Diese Ansicht wird in einer Urteilsanmerkung[1709] als zu weitgehend kritisiert, da sie an die Grenze vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten bis in die Nähe der Geschäftsunfähigkeit der schwangeren Frau führe und über die Vorgaben des BVerfG hinausgehe.[1710] Das **OLG Hamm** hat deutlich gemacht, dass die Schwangerschaft zu einer psychisch veränderten Situation führe, nicht aber zu einer Verminderung der geistigen Leistungsfähigkeit oder einer Beeinträchtigung der Geschäftsfähigkeit.[1711] Das **OLG Celle** betont,[1712] dass Schwangerschaft zwar eine ungleiche Verhandlungsposition indiziere, nicht aber schon für sich allein die Sittenwidrigkeit begründe. Im konkreten Fall hielt der Vertrag der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle stand, weil Unterhalt und Versorgungsausgleich nicht komplett abbedungen waren und die Ehefrau ihr Arbeitsverhältnis selbst gekündigt hatte. Das **OLG Brandenburg**[1713] hielt einen Vertrag für wirksam, obwohl er mit der schwangeren Ehefrau nur zwei Tage vor der Hochzeit geschlossen wurde. Dabei stellt es vor allem auf die Üblichkeit derartiger Vereinbarungen bei Ehen mit einem selbständigen Partner ab und auf den Vertragsvorlauf, denn es

1701 So schon BGH, FamRZ 2009, 198; Brudermüller, NJW 2013, 1282, 1283.
1702 Unter anderem unter Berufung auf C. Münch, DNotZ 2005, 819, 825 f.
1703 Bergschneider FamRZ 2013, 201, 202 plädiert in diesem Zusammenhang dafür, die Rechtsprechung zur primären und sekundären Beweislast heranzuziehen (BGH, FamRZ 2008, 1325 f.).
1704 Aus diesem Grunde verwirft das OLG Hamm, BeckRS 2014, 22337 einen Ehevertrag wegen intellektueller Unterlegenheit. Auch mit dem zuvor übersandten Vertragsentwurf habe die Ehefrau nichts anfangen können.
1705 BGH, FamRZ 2005, 1444 – zwei Tage vor der Hochzeit; BGH, FamRZ 2011, 1377 – ein Tag vor der Hochzeit.
1706 BGH, FamRZ 2005, 1449.
1707 Gageik, FPR 2005, 122, 124 unter Hinweis auf OLG Koblenz, NJW-RR 2004, 1445.
1708 OLG Celle, FPR 2009, 425.
1709 Bergschneider, FamRZ 2005, 1449.
1710 Krit. zu einer kaum zu widerlegenden Indizwirkung der Schwangerschaft: Langenfeld, 5. Aufl., Rn. 72.
1711 OLG Hamm, FuR 2006, 217.
1712 OLG Celle, FamRZ 2008, 1191.
1713 OLG Brandenburg, NotBZ 2011, 127 = NJOZ 2010, 2596 = BeckRS 2010, 21096.

fand ein gesonderter Vorbesprechungstermin und ein ausführlicher Beurkundungstermin in den Räumen des Notars statt, bei dem sich die Ehefrau allerdings passiv verhielt. Zudem war sie nicht unter Druck gesetzt worden, indem die Hochzeit von der Vertragsunterzeichnung abhängig gemacht worden war.

892 Man sollte bei der Frage der Imparität aufgrund Schwangerschaft berücksichtigen, dass es nicht die Schwangerschaft allein ist, welche das ungleiche Verhandlungsgewicht herbeiführt, sondern der damit verbundene Wunsch, das Kind als eheliches auf die Welt zu bringen oder eine Lebensgemeinschaft mit dem Vater des Kindes zu begründen.[1714] Bei Abschluss eines Ehevertrages nach Heirat fällt diese »Zwangslage« daher wohl weg.

893 **Hinweis:**

Die Imparität der Vertragsteile bei Vertragsschluss ist Voraussetzung einer Nichtigkeit oder Anpassung des Ehevertrages.

6. Verfahren der Inhaltskontrolle

894 Das BVerfG hatte den Zivilgerichten nicht vorgegeben, wie sie die Inhaltskontrolle durchführen sollen, sondern nur auf die §§ 138 und 242 BGB verwiesen. Der BGH unterscheidet nun unter dem Oberbegriff der Inhaltskontrolle von Eheverträgen[1715] zwischen der **Wirksamkeitskontrolle** zur Überprüfung, ob der Ehevertrag nach den Umständen bei seinem Zustandekommen sittenwidrig i. S. d. § 138 BGB ist, und der **Ausübungskontrolle** nach § 242 BGB, welche prüft, ob sich der Ehepartner insb. aufgrund veränderter Umstände auf den Ehevertrag berufen darf. Hierzu hat der BGH im Urt. v. 25.05.2005[1716] die Prüfungsgrundsätze ausführlich dargelegt, auf die er dann immer wieder Bezug nimmt.

895 Die strenge Trennung der Zeitpunkte wird in der Literatur kritisch diskutiert, v. a. für die Fälle, in denen nicht der Vertragsabschluss zur Sittenwidrigkeit führt, sondern die später unterbliebene Anpassung des Vertrages zu beanstanden ist.[1717] Hierzu wird als Lösung eine entwicklungsorientierte Vertragskontrolle vorgeschlagen, die dann nicht mit der strengen Nichtigkeitsfolge ahndet, sondern ähnlich wie die Ausübungskontrolle zu einer Anpassung führt.[1718]

a) Wirksamkeitskontrolle – § 138 BGB

896 I. R. d. Wirksamkeitskontrolle prüft der BGH zunächst **jeden einzelnen Verzicht** bzw. Teilverzicht daraufhin, ob er sittenwidrig ist.[1719] Hierbei geht der BGH entsprechend seiner Kernbereichslehre von den am wenigsten disponiblen zu den eher verzichtbaren Ansprüchen über.

897 Anschließend – in manchen Urteilen allerdings auch vorab mit der Wertung, schon in der Gesamtschau habe sich die Sittenwidrigkeit gezeigt – unternimmt der BGH eine abschließende **Gesamtschau** aller bereits einzeln überprüften Klauseln um festzustellen, ob sich die Sittenwidrigkeit etwa aus dem Zusammenwirken der ehevertraglichen Regelungen ergibt.[1720] In diesem Rahmen ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, die insb. folgende Kriterien berücksichtigen sollte:

1714 So nunmehr ausdrücklich und m. E. zutreffend OLG Braunschweig, FamRZ 2005, 2071 m. zust. Anm. Bergschneider und OLG Schleswig, NJW-RR 2007, 1012.
1715 Hahne, DNotZ 2004, 84, 94.
1716 BGH, FamRZ 2005, 1444 und 1449.
1717 Sanders; Grziwotz, FamRB 2009, 19, 21.
1718 Sanders, 307 ff.
1719 Zur Ausdifferenzierung der Wirksamkeitskontrolle, bei der dann die Sittenwidrigkeitskontrolle nur noch einen Teil darstellt, vgl. Kappler, 191 ff. (Zusammenfassung).
1720 BGH, 12.01.2005, FamRZ 2005, 691 = FamRB 2005, 126 und BGH, FamRZ 2005, 1444.

- **Gründe des Vertragsabschlusses**, und zwar Veranlassung für den begünstigten Ehegatten zum Vertragsschluss, aber auch Gründe für den belasteten Ehegatten, die Belastungen anzunehmen und den Vertrag zu akzeptieren. Dies ist wohl die Stelle, an welcher auch die ungleiche Verhandlungsposition zum Tragen kommt.
- **Umstände des Zustandekommens des Ehevertrages**; unter diesem Punkt bleibt der **Ablauf einer ordnungsgemäßen notariellen Beurkundung** mit ausführlicher Belehrung und Hinweis auf die Folgen des Vertrages weiterhin zu berücksichtigen.[1721] Die Beurkundung kann eine seelische Zwangslage nicht ausräumen, so wie sie das BVerfG bei der Schwangerschaft der Ehefrau annimmt.[1722] Sie kann auch eine bestehende ungleiche Lastenverteilung nicht beseitigen. Die notarielle Beurkundung wird aber in vielen Fällen die verwerfliche Ausnutzung der Ungleichgewichtslage beseitigen und so die Sittenwidrigkeit ausschließen, sodass der Vertrag dann nicht wegen § 138 BGB unwirksam ist. Möglicherweise kann aber § 242 BGB dennoch i. R. d. Ausübungskontrolle ein Berufen auf einzelne Vertragsklauseln verhindern.
- **Beabsichtigte Gestaltung des Ehelebens**; mit diesem Abwägungsgesichtspunkt wird geprüft, ob die vertragliche Vereinbarung ehetypengerecht ist. Da die Freiheit der Ehegestaltung besteht, sind Eheverträge dann nicht sittenwidrig, wenn sie – auch bei Eingriffen in den Kernbereich – nur die Scheidungsfolgen an das gewählte Ehemodell anpassen und dabei etwaige ehebedingte Nachteile ausgleichen.
- **Auswirkungen auf Ehegatten und Kinder.**

Angesichts der dargestellten Abwägungsgesichtspunkte und des Obersatzes von der grds. Vertragsfreiheit sowie der harschen Rechtsfolge der Nichtigkeit wird das Urteil der **Sittenwidrigkeit auf Extremfälle beschränkt** bleiben müssen.[1723] Allerdings wird die Rechtsprechung des BGH als nicht ganz einheitlich bezeichnet und einzelne Fälle, die der BGH für sittenwidrig gehalten hat, hätten auch über die Ausübungskontrolle gelöst werden können.[1724]

898 Eine Sittenwidrigkeit kommt nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig nur in Betracht, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:
- Abbedingen von Regelungen aus dem **Kernbereich** ganz oder zum erheblichen Teil,
- **keine** ausreichende **Kompensation**,
- keine Rechtfertigung durch die Besonderheiten des **Ehetyps** und
- keine **sonst gewichtigen Belange** des begünstigten Ehegatten.

899 Nach dem ersten Urteil des BGH blieb umstritten, wie sich die Nichtigkeit einzelner Klauseln auf den Gesamtvertrag auswirkt. Während sich ein Teil der Literatur für eine **Teilnichtigkeit** aussprach,[1725] sahen andere bei der Unwirksamkeit einzelner Klauseln den Gesamtvertrag als unwirksam an.[1726] So stellte sich die Frage, ob eine **salvatorische Klausel** helfen kann, die Nichtigkeit auf einen Teilbereich zu beschränken.

900 Hier fühlt sich der BGH missverstanden, wenn man den bisherigen Urteilen entnehmen wolle, der BGH erwäge bei Eheverträgen entgegen § 139 BGB nur eine Teilnichtigkeit oder eine geltungserhaltende Reduktion. Vielmehr schließt der BGH aus der Nichtigkeit einer einzelnen Klausel nach **§ 139 BGB** auf die Gesamtnichtigkeit, es sei denn, dass der Vertrag auch ohne die nichtige Klausel ge-

1721 Vgl. C. Münch, DNotZ 2004, 901 ff.; ausdrücklich zustimmend Staudinger/Thiele, Vorbem. Zu §§ 1408 ff. Rn. 15.
1722 Dauner-Lieb, AcP 201 (2001), 295, 321.
1723 So OLG Hamm, FamRZ 2006, 268; siehe jetzt auch Sanders, FF 2013, 239 f.
1724 Bergschneider, Inhaltskontrolle, 93.
1725 Borth, FamRB 2005, 177, 181 – unwirksam ist nur der Teil, welcher dem Kernbereich zuzuordnen ist; Borth, FamRZ 2004, 611; Löhning, JA 2005, 344; J. Mayer, FPR 2004, 363, 370; Rauscher, DNotZ 2004, 543 f.
1726 Gageik, FPR 2005, 122, 124; Dauner-Lieb, FF 2004, 65, 68 interpretiert den BGH so, als halte dieser Teilnichtigkeit und geltungserhaltende Reduktion für möglich, spricht sich aber selbst dagegen aus, JZ 2004, 1027, 1028; Gageik, FPR 2005, 141, 145; Rakete-Dombek, NJW 2004, 1273, 1275.

schlossen worden wäre. Letzteres kann sich insb. aus einer im Ehevertrag enthaltenen salvatorischen Klausel ergeben.

901 Somit lässt sich nunmehr wohl wie folgt unterscheiden:

Ist bei **Prüfung der Einzelklauseln** eine Klausel nichtig, so kann dies nach § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit führen. Sind die Einzelklauseln für sich gesehen wirksam, so kann sich aus der abschließenden **Gesamtschau** ergeben, dass der Vertrag in seiner Gesamtheit durch das Zusammenwirken der einzelnen Klauseln sittenwidrig ist. Eine **salvatorische Klausel** kann dann im ersten Fall bei der Nichtigkeit einer **Einzelklausel** die Nichtigkeit auf diese einzelne Klausel begrenzen, **nicht hingegen** im zweiten Fall, wo die Nichtigkeit gerade aus der **Gesamtschau** resultiert.[1727]

902 Dieses Ergebnis wird bestätigt durch ein weiteres Urteil des BGH.[1728] Das Gericht spricht hier deutlich aus, dass dann, wenn bereits die Gesamtwürdigung eines Ehevertrages, dessen Inhalt für eine Partei ausnahmslos nachteilig ist und dessen Einzelregelungen durch keine berechtigten Belange der anderen Partei gerechtfertigt werden, zur Sittenwidrigkeit führt, notwendig der gesamte Vertrag nichtig ist. In einem solchen Fall helfe keine salvatorische Klausel. Lediglich von der Prüfungsreihenfolge hat der BGH hier offensichtlich die Gesamtschau vorgezogen (»bereits«).[1729]

903 Die salvatorische Klausel sollte im Ehevertrag jedoch **keineswegs** eine **Standardformulierung** sein.[1730] Vielmehr kann manchmal eine Klausel für die Vertragsteile so wichtig sein, dass ohne diese auch eine andere keinen Bestand haben soll. So muss etwa bei Nichtigkeit eines Unterhaltsverzichts auch die vertragliche Zusage einer Kompensation unwirksam werden. Solche Interdependenzen muss die Vertragsformulierung berücksichtigen. Daher sollte der Vertragsgestalter die salvatorische Klausel mit den Vertragsteilen individuell besprechen bzw. fassen. Jedenfalls bestehen Zweifel, ob eine Standardklausel dem Vertrag die teilweise Wirksamkeit erhalten kann.[1731]

904 Kritisch wird zu dieser Rechtsprechung des BGH angemerkt, dass die Gesamtnichtigkeit auch zulasten des ursprünglich benachteiligten Ehegatten gehen kann, wenn die Lebensumstände sich unvorhergesehen so entwickelt haben, dass dieser nun ausgleichspflichtig ist. Für diesen Fall wird vorgeschlagen, den Verzicht des ursprünglich bevorzugten Ehegatten aufrechtzuerhalten.[1732]

b) Ausübungskontrolle – Störung der Geschäftsgrundlage

905 Nach der Wirksamkeitskontrolle schließt sich die Ausübungskontrolle an, die der BGH auf § 242 BGB stützt. Allerdings ist das genaue dogmatische Fundament der Ausübungskontrolle noch immer nicht vollends geklärt. Der BGH will geprüft wissen, ob sich nunmehr, d. h. im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe, der Ausschluss der Scheidungsfolgen als eine evident einseitige Lastenverteilung darstellt, sodass es dem begünstigten Teil verwehrt ist, sich auf den – wirksam vereinbarten – Verzicht zu berufen.

Die **Ausübungskontrolle nach § 242 BGB** zeichnet sich ferner durch eine **flexible Rechtsfolge** aus. Ist die Berufung auf eine Klausel nicht zulässig, so gilt nicht automatisch anstelle dieser Klausel das gesetzliche Recht, sondern der **Richter kann die gültige Rechtsfolge bestimmen**. Je zentraler die Rechtsfolge, deren Abbedingen beanstandet wurde, zum Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen gehört, desto näher muss die richterliche Rechtsfolge der gesetzlichen sein.

1727 Vgl. Brambring, FPR 2005, 130, 132.
1728 BGH, 17.05.2006, FamRZ 2006, 1097 = FF 2006, 200.
1729 Zweifelnd, was dieses Wort im Entscheidungszusammenhang bedeuten mag: Bergschneider, FamRZ 2006, 1098.
1730 Wagenitz, in: Höland/Sethe, 1, 6.
1731 Bergschneider, FamRZ 2005, 1449. Formulierungsvorschlag Teil 2 A. IV. Rdn. 672 ff., 681.
1732 Brambring, NJW 2007, 865 ff.

906 Nach Auffassung des BGH, die dieser in einigen Urteilen ausgesprochen hat, finden aber auch die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, Anwendung,[1733] soweit die tatsächliche Entwicklung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung abweicht.[1734]

Die Anwendung der **Grundsätze des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage** in diesem Zusammenhang beurteilt die Literatur unterschiedlich. Während einerseits die Anwendung befürwortet[1735] und der Rückgriff auf die dogmatisch wenig geklärte Ausübungskontrolle kritisiert wird,[1736] halten andere § 313 BGB gar nicht für anwendbar, da der Verzicht die Ansprüche gerade auch bei Änderung der Lebensumstände ausschließen sollte.[1737] Ein vermittelnder Vorschlag geht dahin, § 313 BGB nur auf solche Veränderungen von Umständen anzuwenden, die außerhalb der Familie geschehen.[1738]

907 Man wird wohl so unterscheiden müssen:[1739] Als Erstes ist zu fragen, ob eine **Auslegung** des Ehevertrages oder – soweit der Vertrag eine Lücke aufweist – nach allgemeinen Grundsätzen[1740] eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht kommt. Dies stellt der BGH nunmehr in einem Beschluss zur Inhaltskontrolle ausdrücklich fest.[1741]

Alsdann könnte ein **Wegfall bzw. Störung der Geschäftsgrundlage** vorliegen, wenn sich diejenigen Umstände, welche Geschäftsgrundlage des Vertrages sind, nach Vertragsabschluss verändert haben. Zu einer Anpassung führen allerdings nur schwerwiegende Änderungen.[1742] Der BGH macht deutlich, dass ein Wegfall bzw. Störung der Geschäftsgrundlage **nicht schon** dann in Betracht kommt, wenn ein Vertragspartner ein **erheblich höheres Einkommen** als der andere hat, da Eheverträge üblicherweise gerade deswegen geschlossen werden.[1743] Der BGH stellt ferner deutlich heraus, dass die Vertragsteile wirksam den nachehelichen Unterhalt von der späteren Einkommensentwicklung der Parteien abkoppeln können.[1744] Ferner müssten die Vertragsteile den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen haben, wenn sie die Veränderung vorausgesehen hätten.[1745]

908 Anders jedoch in den **Fällen der vertraglichen Risikoübernahme**; hier kommt ein Rückgriff auf die Störung der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht.[1746] Wenn also die Vertragsparteien ein Risiko sehenden Auges eingehen, so ist kein Anwendungsbereich für § 313 BGB. Dies trifft auf viele notariell beurkundete Eheverträge zu, denn bei der notariellen Beurkundung werden vielfach übliche Risiken – wie etwa das Auftreten beruflicher Nachteile bei der Geburt von Kindern – angesprochen.[1747]

1733 BGH, FamRZ 2005, 185; vgl. auch Hahne, in: Schwab/Hahne, 181, 200: Aus § 242 BGB nun ausgegliederter Bereich des Wegfalls der Geschäftsgrundlage; ebenso Palandt/Grüneberg, § 313 Rn. 10, 50 ff.; für ungeklärt hält die Frage Sarres, FF 2006, 242, 244.

1734 Kritisch gegen die flächendeckende Ausübungskontrolle im Hinblick auf die Vorrangstellung des § 313 BGB als der spezielleren Norm Göppinger/Börger, 1. Teil, Rn. 59.

1735 Bergschneider, FamRZ 2003, 376, 378.

1736 Vgl. Dauner-Lieb, JZ 2004, 10127, 1028; Kuchinke, FuR 2006, 125 ff.

1737 Koch, NotBZ 2004, 147, 149; MünchKomm-BGB/Maurer, § 1585c Rn. 50; a. A. wohl Hahne, in: Schwab/Hahne 181, 200.

1738 Sanders, FF 2013, 239, 242.

1739 Dauner-Lieb, Brennpunkte, 1, 25 ff.; dieser Unterscheidung folgend Bamberger/Roth/J. Mayer, § 1408, Rn. 56 f.

1740 BGH, NJW 1953, 937; BGH, NJW 2006, 54; BGH, NJW 2012, 526; Palandt/Grüneberg, § 313, Rn. 10.

1741 BGH, FamRZ 2013, 1543; im konkreten Fall hat die Regelungsdichte in Verbindung mit der verständlich gefassten Belehrung den BGH aber überzeugt, dass kein Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung war.

1742 Palandt/Grüneberg, § 313 Rn. 18.

1743 BGH, FamRZ 2005, 1444.

1744 BGH, NJW 2007, 2848.

1745 Palandt/Grüneberg, § 313 Rn. 18.

1746 Palandt/Grüneberg, § 313 Rn. 20.

1747 Dauner-Lieb, Brennpunkte, 1, 25; C. Münch, FamRZ 2005, 570, 574.

909 Gleichwohl findet nach Auffassung des BGH auch in diesen Fällen vertraglicher Risikoübernahme eine **Ausübungskontrolle** statt.[1748] Auch wenn dies dogmatisch nur schwer unter die allgemeine Rechtsmissbrauchskontrolle subsumierbar ist,[1749] können nach Auffassung der Rechtsprechung auch bewusst in den Parteiwillen aufgenommene Risikozuweisungen später bei Vorliegen evident einseitiger Belastungen korrigiert werden.[1750] Aktuell ist aber zweifelhaft, ob der BGH an dieser Ansicht festhält oder ob er unter Stärkung der Privatautonomie auch anerkennt, dass es den Ehegatten nach entsprechender Belehrung freisteht, auch unvernünftige Entscheidungen zu treffen.[1751]

910 Weil der BGH mehrfach auf die Umstände beim Scheitern der Ehe abgestellt hat, wird daraus der Schluss gezogen, dass auch nur Umstände bis zum Scheitern der Ehe bei der Ausübungskontrolle berücksichtigt werden können.[1752] Allerdings unterwerfen die Gerichte nunmehr auch Scheidungsvereinbarungen[1753] und Unterhaltsvereinbarungen nach Scheidung[1754] der Inhaltskontrolle. Hierbei berücksichtigt die Rechtsprechung auch Umstände, die erst weit nach der Scheidung eingetreten sind (z. B. den Wegfall der Voraussetzungen des § 1579 Nr. 7 BGB). Gleiches wird dann auch für Prozessvergleiche zu gelten haben.[1755]

911 Die Ausübungskontrolle hat – im Gegensatz zur Nichtigkeit – zusätzlich auch eine **zeitliche Komponente**. Das bedeutet, dass die Berufung auf Scheidungsfolgeregelungen ggf. auch nur für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen sein kann, so etwa bei einem kompletten Unterhaltsverzicht für die Zeit der Kindesbetreuung.[1756]

912 **Maßstab** der Anpassung bei der Ausübungskontrolle ist nach der neueren Rechtsprechung des BGH nicht mehr nur die gesetzliche Rechtslage, sondern **auch der abgeschlossene Ehevertrag**, dessen Intention berücksichtigt werden muss.[1757] Wenn der Ehevertrag eine hälftige Teilhabe gerade ausschließt, beschränkt sich die Anpassung ggf. auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile.[1758]

V. Konsequenzen der Inhaltskontrolle für die Vertragsgestaltung

913 Der BGH stellt in seinem Urt. v. 11.02.2004 bereits fest, dass es nicht den allgemein gültigen und richtigen Ehevertrag geben kann. Daher treffen die beiden Bewertungen des Urteils »nach dem Urteil ist vor dem Urteil«[1759] und »die Rückkehr der Rechtssicherheit«[1760] beide so nicht zu. Vielmehr geben das vorliegende Urteil und die Folgeentscheidungen sozusagen einen Leitfaden für die Gestaltung von Eheverträgen. Die Folgeentscheidungen haben nun auch mehr Rechtssicherheit im Detail gebracht, sodass – legt man die Rechtsprechung des BGH zugrunde – nur noch einzelne offene Fra-

1748 So etwa der Sachverhalt des Urteils BGH, FamRZ 2005, 1444, wo der Notar ausdrücklich angeregt hatte, den Unterhaltsverzicht unter die auflösende Bedingung zu stellen für den Fall, dass aus der Ehe Kinder hervorgehen.
1749 Dauner-Lieb, Brennpunkt 26; so auch Wagenitz, in: Höland/Sethe, 10: BGH sprengt bewusst den überkommenen Rahmen dieses Instituts.
1750 BGH, FamRZ 2005, 1449; Hahne, in: Schwab/Hahne, 181, 201; Wachter, ZFE 2004, 132, 141; vgl. aber auch BGH, FamRZ 2010, 192 f., Tz.15, wonach eine abschließende Einigung zum Vertragsinhalt wird und nicht nur Geschäftsgrundlage. Das kann nur bedeuten, dass dann eine bewusste Risikozuweisung eben nicht nach § 313 BGB korrigiert wird.
1751 Hierzu näher C. Münch, FamRB 2014, 71.
1752 Oppermann, RNotZ 2004, 566, 567.
1753 OLG Celle, DNotI-Report 2004, 81; OLG Celle, FamRZ 2004, 1969; OLG München, FamRB 2005, 3.
1754 OLG München, FamRB 2005, 3.
1755 Grziwotz, FamRB 2005, 4.
1756 MünchKomm-BGB/Maurer, § 1585c Rn. 53.
1757 So das OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 519 unter Berufung auf C. Münch, FamRZ 2005, 570 f.
1758 BGH, FamRZ 2005, 185; BGH, FamRZ 2005, 1449; Löhning, JA 2005, 344, 346.
1759 Rakete-Dombek, NJW 2004, 1273 ff.
1760 Rauscher, DNotZ 2004, 524.

gen zu klären sind. Ob das BVerfG unter Berufung auf den Halbteilungsgrundsatz weiter gehende Anforderungen stellt, wird man abwarten müssen.

Inhaltlich stellt der BGH die Vertragsfreiheit als hohes Gut und zwingendes Korrelat der Ehegestaltungsfreiheit voran. Zugleich beschränkt er die wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Eheverträge auf exFtreme Fälle. Damit ist eine befürchtete Entwertung der Ehevertragsfreiheit, wie sie das Urteil der Vorinstanz bedeutet hätte, ausgeblieben. **Eheverträge** bleiben weiterhin **möglich, sinnvoll** und **notwendig**. Was bereits abgeschlossene Eheverträge anbelangt, so wird man nach den Kriterien des BGH eine Sittenwidrigkeit nur in wenigen besonderen Fällen befürchten müssen.

914 Allerdings ist auch Wasser in den Wein zu gießen. Der BGH eröffnet ein weites Feld der Ausübungskontrolle. Dies wird dazu führen, dass **nahezu jeder Ehevertrag** mit der Behauptung, er enthalte evidente Belastungsunterschiede, einer **richterlichen Prüfung** unterzogen wird. Dies wird auch für solche Eheverträge gelten, die vor der Rechtsprechungswende abgeschlossen wurden. Allerdings sollte hier auch der Rechtssicherheit der gebührende Rang verschafft werden, die davon ausgeht, dass Verträge einzuhalten sind.[1761] Zu Recht wird betont, dass Vertragsfreiheit eben auch die Freiheit sei, einen für sich nachteiligen Vertrag abzuschließen.[1762] Zudem wird die Rechtsprechung des BGH bei den vielen Urteilen, die inzwischen ergingen, als »nicht ganz einheitlich«[1763] kritisiert, weil er nun doch in Fällen zu einer Nichtigkeit gekommen ist, die man durchaus noch über Ausübungskontrolle hätte lösen können. Es sei dazu nochmals auf die hier vertretene Meinung verwiesen, dass die Ausübungskontrolle auch als Methode zur Anpassung an eine anfängliche Unzulänglichkeit des Vertrages dienen kann, wenn diese die Schwelle der Sittenwidrigkeit nicht erreicht.

915 Anwälten und Notaren muss es außerdem gelingen, Wege zur einvernehmlichen Anpassung von Eheverträgen zu finden, damit nicht in den Fällen, die ehevertraglich – also zu einem Zeitpunkt einmal einvernehmlich – geregelt sind, am Ende weniger einvernehmliche Scheidungen zustande kommen als in den Fällen des gesetzlichen Regimes.

916 Für die Praxis von Eheverträgen lässt sich anhand der Rechtslage, wie sie sich auf der Grundlage des Urt. v. 11.02.2004, der weiteren Entscheidungen des BGH, der obergerichtlichen Folgerechtsprechung und der dazu bisher erschienenen Anmerkungen derzeit darstellt, Folgendes sagen:

1. Beurkundungsverfahren

917 Im Hinblick auf die Parität der Ehegatten kann die notarielle Beurkundung Schutzwirkung entfalten. Die Umstände der notariellen Beurkundung sind insoweit i. R. d. Gesamtabwägung zu berücksichtigen.[1764] Das erfordert zugleich, dass die notarielle Beurkundung von Eheverträgen einen gewissen Verfahrensstandard[1765] einhält, damit die Herstellung der Parität zwischen den Ehegatten gelingt.[1766]

918 Dem **Notar** kommt in diesem Rahmen zugleich die Bedeutung zu, dass er gleichsam als **vorweggenommene Instanz der Inhaltskontrolle** fungiert.[1767] Er ist als Wirksamkeitskontrollinstanz vor-

1761 Auf den Vertrauensschutz des anderen Ehegatten weist hin Hahne, DNotZ 2004, 84, 95.
1762 Wendl/Staudigl/Pauling, 6. Aufl. 2004, § 6 Rn. 609a.
1763 Bergschneider, Inhaltskontrolle, 93.
1764 Hierzu näher C. Münch, DNotZ 2004, 901 ff.
1765 Vorschläge für den gerichtlichen Verfahrensstandard gipfeln darin, nur noch gemischtgeschlechtlich besetzte Senate entscheiden zu lassen, Bergmann, FF 2007, 16, 20.
1766 Ausführlich zum Verfahrensgang: C. Münch, MittBayNot 2003, 107 ff.; Wachter, ZNotP 2003, 408 ff.; für einen verstärkten Schutz durch Verfahren: J. Mayer, FPR 2004, 363, 369; zustimmend Reul, DNotZ 2007, 184, 199.
1767 Ausführlich hierzu C. Münch, DNotZ Sonderheft 2007, 94, 104 ff.; diese Funktion herausstellend Di Fabio, DNotZ-Sonderheft 2012, 28, 29.

geschaltet, so dass er ähnlich einem unabhängigen Richter die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes zu prüfen hat.[1768] Vor der richterlichen Inhaltskontrolle findet also schon eine notarielle statt.[1769]

a) Vertragsvorlauf

919 Ratsam ist es, **beide Vertragsteile** rechtzeitig in die Vertragsgestaltung einzubinden und mit ihnen eine **Vorbesprechung** über den beabsichtigten Inhalt des Ehevertrages und seine Konsequenzen zu führen. Aus dieser Vorbesprechung sollte ein **Vertragsentwurf** resultieren, den die Vertragsteile **rechtzeitig** vor Beurkundung erhalten.[1770] Der BGH hat als einen Gesichtspunkt der subjektiven Unterlegenheit ausdrücklich betont, solche liege auch dann vor, wenn ein Vertragsteil gar keine Chance hatte, sich mit dem Ehevertrag vor Beurkundung auseinander zu setzen.[1771]

Hinweis:

Gelegentlich ist es Vertragsteilen, die den Notar zur Festlegung eines einvernehmlichen Ehevertrages aufsuchen, zu empfehlen, dass der verzichtende Vertragsteil sich – auch im Interesse des anderen Vertragsteiles, der einen wirksamen Vertrag erstrebt – eigens anwaltlich beraten lässt; dies insb. dann, wenn auf der Seite des begünstigten Ehegatten eigene Anwälte, Firmenjuristen etc. bereits tätig geworden sind.

920 Die **eigene anwaltliche Beratung** allein im Interesse des verzichtenden Mandanten kann ganz erheblich zur Herstellung der Parität beitragen,[1772] wenngleich sie allein nicht vor der Inhaltskontrolle bewahrt, wie das erste Urteil des BVerfG zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen zeigt.[1773] Dort hatte gerade die verzichtende Ehefrau den schriftlichen Unterhaltsverzicht anwaltlich ausarbeiten lassen. Solche Beratung ist also nicht zwingend, aber in bestimmten Fällen durchaus sinnvoll, gerade wenn entsprechende Ergänzungen zugunsten des verzichtenden Teiles im Ergebnis erreicht werden. Sie liegt insoweit sogar im Interesse des vermeintlich stärkeren Vertragsteiles.[1774] Als Beispiel hierzu mag ein Urteil des **OLG Hamm** dienen,[1775] in dem das Gericht ausgeführt hat, der zunächst eingeschaltete Notar habe ausdrücklich dahin beraten, die Ehefrau möge zur Wahrung ihrer Interessen selber einen Anwalt konsultieren. Dann sei es nach Treu und Glauben ausgeschlossen, sich auf unzureichende Beurteilungsgrundlagen zu berufen, wenn man aus Ersparnisgründen solche Beratung nicht eingeholt und das Risiko einer nicht optimalen Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung bewusst in Kauf genommen habe. Das LG Bonn hat ausgeführt, ein Verhandlungsungleichgewicht liege schon deshalb nicht vor, weil die Ehefrau »bei der Scheidung und den Verhandlungen im Vorfeld von einer bundesweit renommierten Fachanwältin für Familienrecht vertreten wurde«.[1776]

921 Da verschiedentlich eine Zwangslage im Abschluss eines Ehevertrages unmittelbar vor der Hochzeit erblickt wurde, insb. wenn der eine Vertragspartner diesen Vertrag dem anderen unvermittelt unter-

1768 Brambring, NJW 2007, 865, 869
1769 Heinrichs, NJW 1995, 153, 158; zur Gegenansicht, welche die Funktion des Notars nicht darin sieht, bedenkliche Verträge zu verhindern: Grziwotz, FS Bengel und Reimann, 159, 170,
1770 Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764 weist auf den Maßstab des § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG hin und plädiert für eine vergleichbare Frist; vgl. auch Bredthauer, NJW 2004, 3072 f.; Bergschneider in FS Spiegelberger, 971, 973.
1771 BGH, NJW 2008, 3426.
1772 So ausdrücklich OLG Koblenz, FamRZ 2004, 205; OLG Hamm, OLGR 2006, 731 f.; Wachter, ZFE 2004, 132, 137; Kilger, FF 2005, 292.
1773 BVerfG, DNotZ 2001, 222 = FamRZ 2001, 343; andererseits hält das OLG Stuttgart, FamRZ 2007, 291 m. Anm. Bergschneider einen Globalverzicht unter Hinweis darauf für wirksam, dass der Bevorteilte nicht den Ehevertrag veranlasst hat, sondern die Benachteiligte.
1774 Haußleiter/Schiebel, NJW Spezial 2004/1, 7.
1775 OLG Hamm, OLGR 2006, 731.
1776 LG Bonn, MittBayNot 2008, 134, 135.

breitete, sollte **zwischen** dem **Vertragsabschluss und** dem **Hochzeitstermin** noch **ausreichend Zeit** liegen. Wenn dies nicht mehr möglich ist, weil die Parteien zu spät zur Beratung kommen, kann auf das gesteigerte Risiko hingewiesen werden. Allerdings vertrete ich die Ansicht, dass – nach entsprechenden Hinweisen auf die Bedeutung der vertraglichen Abreden – ein Ehegatte, der einen solchen Vertrag nicht unterzeichnen will, auch in der Lage sein sollte, dies selbst angesichts getroffener Hochzeitsvorbereitungen zu vertreten, jedenfalls dann wenn längerfristige Verhandlungen über den Abschluss des Ehevertrages vorangegangen sind und nur der Abschluss selbst zeitlich nahe dem Hochzeitstermin stattfindet. Anders mag dies dann sein, wenn ein Partner erst unmittelbar vor der Hochzeit mit einem bereits vorbereiteten Ehevertrag konfrontiert wird.[1777] Der BGH[1778] geht freilich hierauf nicht gesondert ein, obwohl der Vertrag nur einen Tag vor der Hochzeit geschlossen wurde. Daraus wird man schließen müssen, dass allein der Vertragsschluss unmittelbar vor der Hochzeit noch keine Zwangslage begründet. Entscheidend ist, ob sich der Ehegatte mit dem Vertrag auseinandersetzen konnte.

b) Übersetzung

922 Sofern einer der Beteiligten Ausländer ist, sollte unbedingt ein **Dolmetscher** herangezogen werden, und zwar zur **Vorbesprechung**, zur Übersetzung des Vertragsentwurfes und auch zur **Beurkundung**. Das Urteil des OLG Köln, das einen Ehevertrag trotz erheblicher sprachlicher Schwierigkeiten für wirksam erklärt,[1779] wird kein Allheilmittel sein, wenn es um die Frage unterlegener Verhandlungsposition geht. Dass ein Ehevertrag mit Ausländern bei Einhaltung und sorgfältiger Beachtung aller Übersetzungen hält, auch wenn der ausländische Partner, wie dies im Scheidungsfall sehr oft geschieht, vorträgt, er habe der Beurkundung sprachlich nicht folgen können, zeigt ein Urteil des OLG Koblenz.[1780] Man sollte sich daher angewöhnen, stets eine **schriftliche Übersetzung** anfertigen zu lassen, auch wenn § 16 Abs. 2 BeurkG dies nicht zwingend vorschreibt. Der Einwand, dass der ausländisch sprechende Ehegatte Verständnisprobleme hatte, kann häufig sonst nicht widerlegt werden. Die Übersetzung sollte von einem öffentlich vereidigten Übersetzer durchgeführt werden, damit gewährleistet ist, dass die Fachsprache ausreichend berücksichtigt wurde.[1781]

c) Persönliche Anwesenheit

923 Damit eine unterlegene Verhandlungsposition schon von der formalen Seite her nicht gegeben ist, sollte man von der nach der Rechtsprechung des BGH[1782] möglichen Gestaltung eines Vertragsabschlusses aufgrund formloser Vollmacht durch den anderen Vertragsteil keinen Gebrauch mehr machen, sondern **auf der persönlichen Anwesenheit beider Vertragsteile bestehen**.

924 Neben dem Vertragsvorlauf wird auch die Dauer des Beurkundungstermins selbst in Betracht gezogen, da sie die Intensität der Befassung mit dem Vertrag widerspiegelt.[1783] Hier sollten allerdings die Zeiten der Vorbesprechungen und der Beurkundung insgesamt gewertet werden, denn es kann durchaus sein, dass ein Beurkundungstermin weniger lang wird, weil es bereits zwei intensive Vorgespräche mit beiden Beteiligten gegeben hat, in denen die vorgesehene Urkunde bereits Wort für Wort besprochen wurde.

1777 So auch Rauscher, DNotZ 2004, 524, 541; vgl. Büttner, FF 2001, 65, 66.
1778 BGH, FamRZ 2005, 1449.
1779 OLG Köln, MittBayNot 2002, 293.
1780 OLG Koblenz, NJW 2003, 2920 = FamRZ 2004, 200 m. Anm. Bergschneider.
1781 Hierzu Wachter, ZNotP 2003, 408, 418; für dieses strengere Prozedere nun auch Langenfeld, Rn. 30, 31; Bergschneider, Inhaltskontrolle, 84; Sanders, FuR 2005, 104, 109 sieht Fehler des Übersetzers dem Notar nach § 278 BGB zurechenbar, eine Ansicht, welche die Anforderungen an die Arbeit des Notars deutlich überspannt; Bergschneider, FS Spiegelberger, 971, 975 hält vor allem gerichtlich protokollierte Vergleiche mit Ausländern für beanstandungsanfällig.
1782 BGH, DNotZ 1999, 46; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 1410 Rn. 4; krit. Wegmann, Rn. 74.
1783 Bergschneider, Inhaltskontrolle, 80.

d) Dokumentation

925 Die notarielle Urkunde sollte dieses Verfahren auch dokumentieren. Empfehlenswert ist es also, den Entwurfsversand und die Besprechungen ebenso in der Urkunde festzuhalten wie die anwaltliche Vertretung.

926 Den Schriftverkehr mit den Mandanten und die verschiedenen Entwurfsfassungen sollte man bei den Nebenakten komplett aufbewahren und nach § 5 Abs. 4 DONot mit einem Vermerk über eine längere Aufbewahrungsfrist versehen.

927 Dokumentieren sollten die Notare auch die zur Urkunde gegebenen Erläuterungen und Belehrungen durch ausführliche Belehrungsvermerke. Gleiches gilt für die im Vorfeld beteiligten anwaltschaftlichen Vertreter.

928 **Hinweis:**

Ganz wichtig ist es, die Rechtsprechung des BGH zur Inhaltskontrolle auch im Beurkundungsverfahren umzusetzen und insoweit den Ehegatten Schutz durch Verfahren zu gewähren.[1784]

2. Allgemeine Urkundsbestandteile

929 Nach dem Verfahren soll der Blick zunächst auf die allgemeinen Urkundsbestandteile gerichtet sein, bevor inhaltliche Regelungsmöglichkeiten angesprochen werden.

a) Präambel

930 Der 15. Deutsche Familiengerichtstag[1785] gibt folgende Empfehlung:

»Die Vertragsgrundlagen in Bezug auf die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse (jeweilige berufliche Tätigkeit des Ehegatten, Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes, Führung einer kinderlosen Ehe) sind im Ehevertrag so konkret wie möglich festzuhalten.«

931 Nach Auffassung des BGH im Urt. v. 11.02.2004[1786] und in den Folgeurteilen ist in die **Gesamtschau** sowohl die beabsichtigte wie auch die verwirklichte Gestaltung des ehelichen Lebens einzubeziehen. Danach hat der Richter später i. R. d. Wirksamkeitskontrolle auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abzustellen, insb. also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den **geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe** sowie auf die Auswirkungen für Ehegatten und Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit dem Vertrag verfolgten Zwecke und sonstigen Beweggründe bedeutsam. Wenn der Richter dies in seiner späteren Wirksamkeitskontrolle berücksichtigen muss, dann wird auch der Anwalt und der Notar für seine Beurteilung des Vertrages diese Gesichtspunkte zu erfragen haben. Nur dann ist er in der Lage, einen der Ehekonstellation entsprechenden Vertrag vorzuschlagen. In der Literatur häufen sich die Stimmen,[1787] diese Ausgangssituation der Vertragsteile auch in einer **Präambel**[1788] zur Urkunde festzuhalten. Dies dokumentiert, dass die Ehegatten übereinstimmend von den entsprechenden Angaben ausgingen, und erleichtert später dem Richter die Ermittlung der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegenden Gegebenheiten.

1784 Zum Schutz durch Verfahren Reul, DNotZ 2007, 184, 199.
1785 FuR 2004, 18 ff.
1786 BGH, NJW 2004, 930 ff.
1787 Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764; ders., Inhaltskontrolle, 78; Dauner-Lieb, FF 2004, 65, 69; Formularbuch/Brambring, V.6., Anm. 4; Gageik, RNotZ 2004, 295, 312; Grziwotz, FamRB 2004, 199, 203; differenzierend J. Mayer, FPR 2004, 363, 369 f.: Erweiterte Sachverhaltsangaben ja, Motive nein im Hinblick auf spätere Beweislast; Borth, FamRZ 2004, 611 weist auf die Beweislastprobleme hin, wenn der Ehevertrag keine Angaben zur Motivation enthält.
1788 Hierzu Langenfeld, Vertragsgestaltung, Rn. 243 ff.

932 In dieser Präambel könnte auch die künftige **eheliche Rollenverteilung** angesprochen sein, die wohl wieder mehr Bedeutung erlangt,[1789] jedenfalls insoweit als einseitige Abweichungen von dieser Rollenverteilung nunmehr dazu führen können, dass auch der andere Teil die entsprechende (nach-)eheliche Solidarität nicht mehr schuldet.[1790] Dies könnte eine Anpassung bei einer einseitigen Abweichung ganz ausschließen.[1791] Auch in einem weiteren Urteil[1792] **interpretiert der BGH den Ehevertrag** und sucht aus ihm eine eheliche Rollenverteilung zu entnehmen, die er darin findet, dass im Ehevertrag immer nur von Kindesbetreuung durch die Mutter und einem darauf beruhenden Unterhaltsanspruch die Rede ist. Die Unterbrechung der Erwerbsarbeit der Mutter habe daher der gemeinsamen Lebensplanung entsprochen. Somit wird die Ehebedingtheit dieser Unterbrechung begründet. Dies wird m. E. dem zugrunde liegenden Ehevertrag nicht gerecht, der sogar Unterhalt vorsieht, wenn die Ehefrau durch die Erziehung der Kinder nicht an der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit gehindert ist. Für den **Vertragsgestalter in Diskrepanzfällen** ergibt sich daraus der Ratschlag, ausdrücklich festzuhalten, dass eine **Betreuung der Kinder durch Dritte personell und finanziell ohne Weiteres darstellbar** ist, sodass die Ehefrau ihrem vorehelichen Beruf jederzeit weiterhin nachgehen kann. Die Präambel kann in anderen Fällen auch Stellung nehmen zu den für § 1570 BGB wichtigen Möglichkeiten der Kindesbetreuung in örtlicher Nähe.

933 Die **Bedeutung der Parteiintentionen** lässt sich etwa an einem anderen Urteil des BGH[1793] ermessen. Beide Ehegatten waren berufstätig und wollten keine Kinder, sondern vielmehr berufstätig bleiben und Karriere machen. Der BGH hat aus diesem Grund den kompletten Ausschluss des Kindesbetreuungsunterhalts zugelassen, ohne zu einer Sittenwidrigkeit zu gelangen. Erst bei der Ausübungskontrolle wurde dem Umstand, dass später doch Kinder geboren wurden, Bedeutung beigemessen.

934 Ebenso war die **Präambel** bei einem Beschluss des OLG Düsseldorf[1794] streitentscheidend. Der Ehemann hatte hier bei Abschluss eines Ehevertrages nach dem Modell »Zweiter Frühling«[1795] ein Guthaben von 300.000,00 € verschwiegen. Das Gericht schloss aus der Präambel, dass der Vertrag geschlossen wurde, weil beide Parteien sich selbst unterhalten konnten. Damit waren aber die **Vermögensverhältnisse** des jeweils anderen **nicht von maßgeblicher Bedeutung** für den Abschluss des Vertrages, so dass deren Verschweigen keine weiteren rechtlichen Folgerungen zeitigte.[1796]

935 Freilich darf auch die **Gefahr einer erweiterten Präambel** nicht übersehen werden: Bei einer Änderung der Verhältnisse werden Vertragsteile und Gerichte Ansprüche aus einer Störung der Geschäftsgrundlage[1797] oder auf eine Ausübungskontrolle auf diese Abreden stützen. Außerdem ist die Euphorie zu Beginn der Ehe oft so groß, dass die Vertragsparteien zu unrealistischen Lebensentwürfen neigen. Der Rat, diese zu korrigieren, ergeht durchaus zu Recht,[1798] damit nicht am Ende die Euphorie zum Maßstab der Ausübungskontrolle wird.[1799]

1789 Vgl. zu Vereinbarungen über diese Rollenverteilung Kappler.
1790 BGH, NJW 2004, 930 ff.; vgl. auch Rauscher, DNotZ 2004, 524, 545; Dauner-Lieb, FF 2004, 65, 68 hält dies für den wirklich aufregenden Teil des Urteils.
1791 Langenfeld, 5, Aufl., Rn. 90; Löhning, JA 2005, 344, 346.
1792 BGH, 05.07.2006, ZNotP 2006, 428 ff.
1793 BGH, FamRZ 2005, 1449.
1794 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 966.
1795 Vgl. Teil 9 A.II., Rdn. 4348 f.
1796 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 966 f.
1797 Vgl. hierzu schon in der Vergangenheit etwa OLG München, FamRZ 1995, 95 und KG, FamRZ 2001, 1002 jeweils zum Versorgungsausgleichsverzicht.
1798 Schubert, FamRZ 2001, 733, 738.
1799 Hiervor warnt Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764; ders. Inhaltskontrolle, 78.

936 **Hinweis:**

Die Präambel mit der Darlegung der Vorstellungen der Ehegatten über eheliche Rollenverteilung sowie wichtige Eckdaten der wirtschaftlichen Situation der Ehe wird im Ehevertrag der Regelfall werden.

937 Die dort vorgesehenen Daten und Angaben wollen allerdings die Vertragsteile zumindest in vorsorgenden Eheverträgen zumeist nicht in die Urkunde aufgenommen haben. Es wird daher einige Überzeugungskraft benötigen, darzulegen, dass dies dennoch sinnvoll ist.

Die nachfolgende Formulierung einer derartigen Präambel ist sehr ausführlich. Sie muss keinesfalls immer in dieser Art verwendet werden.

938 **Formulierungsvorschlag (Präambel [I]):**

A. Allgemeines

Wir sind in beiderseits erster Ehe verheiratet. Unsere Ehe haben wird am ..... vor dem Standesbeamten in ..... geschlossen.

Wir haben bisher weder einen Ehe- noch einen Erbvertrag geschlossen und leben somit im gesetzlichen Güterstand.

Keiner von uns hat Kinder. Ein aktueller Kinderwunsch besteht nicht. Wir möchten vielmehr derzeit eine gleichberechtigte Partnerschaftsehe führen.

Ich, die Ehefrau, habe Germanistik und Pädagogik studiert und bin als Beamtin (Oberregierungsrätin) im Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus tätig. Mein monatliches Nettoeinkommen beträgt derzeit ..... €.

Ich, der Ehemann, bin Schreinermeister und betreibe eine Möbelschreinerei in der Rechtsform eines Einzelunternehmens. Im Durchschnitt der letzten drei Jahre lag mein monatlicher Nettogewinn nach Abzug von Krankenversicherung und Altersversorgung, die im Wesentlichen durch Kapitallebensversicherungen abgesichert wird, bei monatlich ..... €.

Für den Fall, dass wir später Kinder haben sollten, sind wir uns darüber einig, dass ich, die Ehefrau, für einige Jahre die Kindererziehung übernehme. Mit Erreichen des Kindergartenalters soll die Betreuung von Kindern jedoch durch Tagesmütter sichergestellt werden, soweit sie nicht durch Verwandte geleistet wird.

Wir leben beide in guten finanziellen Verhältnissen, nicht zuletzt deswegen, weil jeder von uns im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bereits Vermögenswerte von seinen Eltern erhalten hat.

Wir möchten daher für unsere Ehe Folgendes vereinbaren: .....

Grziwotz[1800] schlägt für die Partnerschaftsehe folgende Formulierung in einer Präambel vor:

939 **Formulierungsvorschlag (Präambel [II]):**

A. Allgemeines

».... Im Übrigen wollen wir eine partnerschaftliche Ehe führen; dies betrifft auch die Verantwortungsübernahme für den Partner. Wir erklären nach Hinweis durch die Notarin ausdrücklich, dass wir unsere Ehe im Fall ihres Scheiterns nicht als Unterhaltsehe betrachten und kein Partner für den anderen unterhaltsrechtlich auch Risiken abdecken soll, die nichts mit unserer

1800 Grziwotz, MDR 2005, 73, 78.

Lebensgemeinschaft zu tun haben. Dies betrifft insbesondere die Erkrankung oder Arbeitslosigkeit eines Partners . . . . .«

b) Teilunwirksamkeit, Auffanglinie und Salvatorische Klausel

940 Bei der geschilderten **Prüfungsmethodik** des BGH kann eine **Teilnichtigkeit nur** vorkommen, wenn zwar eine **Einzelklausel** nichtig ist, der Rest des Vertrages aber Bestand haben kann. Hier hätte die salvatorische Klausel ihren Platz und könnte, wenn sie ernst gemeint und nicht als bloße Floskel verwendet ist, die Nichtigkeit auf die beanstandete Klausel beschränken. Wenn jedoch in der **Gesamtabwägung** die Summe aller Klauseln das Verdikt der Sittenwidrigkeit des Gesamtvertrages bedingt, dann ist er damit in allen seinen Teilen sittenwidrig.[1801] Hier **hilft** also eine **salvatorische Klausel nicht**.[1802]

Während einerseits die Wohltat der Kompensation eine an sich nicht zulässige Klausel haltbar macht, würde andererseits eine eigentlich unbedenkliche Klausel wie die Vereinbarung der Gütertrennung durch zusätzliche Einschränkungen und Belastungen sozusagen infiziert, wenn die Gesamtschau zur Sittenwidrigkeit führt.[1803]

941 Noch zu klären ist, ob Klauseln als »**Auffanglinien**« verwendet werden können, die etwa aussagen, dass im Fall der Sittenwidrigkeit des Vertrages bei Verwendung der ursprünglich gewollten Klausel eine andere Klausel Platz greifen soll. Dies wird dort keine Beachtung finden können, wo in einer Art **Reduktionskaskade** zunächst die schlimmste Rechtsfolge benannt wird und dann jeweils weniger einschneidende, sodass der Richter sich hier die Linie aussuchen müsste, die gerade noch hält.

Im Einzelfall kann es aber schon angemessen sein, eine alternative Rechtsfolge zu benennen, wenn ein Gericht sonst von der Sittenwidrigkeit ausgehen müsste. Hier sollten auch die Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung bei unsicheren Grenzlinien und einer schwer vorhersehbaren Gesamtschau in die Wertung einbezogen werden.[1804]

942 Nach diesen Ausführungen ist die **salvatorische Klausel** weiterhin empfehlenswert, und zwar aus mehreren Gründen:

- Zum Ersten kann sie einen Anwendungsbereich finden, wenn nur eine Einzelklausel als nichtig angesehen wurde, der Rest des Vertrages aber wirksam bleiben kann.
- Zum Zweiten sollen die Eheverträge eine lange »Haltbarkeitsdauer« haben und wir wissen nicht, wie sich die Rechtsprechung in späteren Jahren einmal wieder ändert.
- Schließlich kann die zuvor diskutierte salvatorische Klausel Bedeutung auch bei der **Ausübungskontrolle** haben, in deren Rahmen lediglich eine einzelne Regelung beanstandet wird. Sie zeigt nämlich, dass die Vertragsparteien trotz Beanstandung einer Klausel und Änderung einer Rechtsfolge am übrigen Vertragsinhalt unverändert festhalten wollen. Sie bezieht sich dann allerdings nicht auf eine Teilnichtigkeit, sondern auf die Teilanwendbarkeit. Hier kann sie für einen Richter i. R. d. Ausübungskontrolle durchaus ein wertvoller Hinweis sein.[1805]

943 **Hinweis:**

Salvatorische Klauseln sollten in den Ehevertrag aufgenommen werden.[1806]

1801 Zur Summenwirkung bei der Sittenwidrigkeitsprüfung: Staudinger/Sack, BGB, § 138 Rn. 70 ff.
1802 Vgl. Brambring, FPR 2005, 130, 132; Brambring, NJW 2007, 865, 869; BGH, ZNotP 2006, 428 ff.; BGH, FamRZ 2013, 269 f., der insoweit die salvatorische Klausel selbst der Inhaltskontrolle unterwirft.
1803 Vgl. etwa OLG Köln, FamRZ 2010, 32 ff.
1804 Hauß, FPR 2005, 135, 140.
1805 So auch Bergschneider, FamRZ 2004, 1757, 1764.
1806 Formulierungsvorschlag Teil 2 A. IV. Rdn. 672 ff., 681.

c) Allgemeine Auffangklausel zur Vermeidung ehebedingter Nachteile

944 Auch wenn sich der BGH ausdrücklich dagegen gewandt hat, bei zu weitgehenden Klauseln eine geltungserhaltende Reduktion durchzuführen,[1807] so kann doch überlegt werden, bei einem Ehevertrag, der sich in seinen Detailregelungen darum bemüht, etwaige ehebedingte Nachteile auszugleichen, eine **allgemeine Verpflichtung** anzufügen, **nachweislich entstandene ehebedingte Nachteile** auch über die urkundlich bereits aufgenommenen Kompensationen hinaus noch **auszugleichen**. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass bei Vertragsschluss häufig noch gar nicht absehbar ist, welche ehebedingten Nachteile später auftreten können. Insoweit bringt eine solche Klausel nicht den Wunsch nach geltungserhaltender Reduktion zum Ausdruck, sondern verstärkt die Intention der Ehegatten, eine vertragliche Gestaltung zu finden, welche alle ehebedingten Nachteile ausschließt bzw. kompensiert. Möglicherweise könnte man in diesem Zusammenhang auch schiedsvertragliche Regelungen[1808] vorsehen, wenn sich die Ehegatten über die ehelichen Nachteile später nicht einigen können.

945 Eine solche Klausel wird man dort verwenden, wo die weitere Entwicklung in der Ehe wenig absehbar ist oder wo aufgrund der Diskrepanz der Vermögenslage höhere Ansprüche leicht befriedigt werden können. Falls die Beteiligten genau festgelegte Ansprüche begründen wollen ohne die Möglichkeit einer späteren Nachforderung bei Eintritt (weiterer) ehebedingter Nachteile, hat die Klausel keinen Platz.[1809]

946 **Hinweis:**

Es kann im Vertrag eine allgemeine Klausel Aufnahme finden, wonach ein Ehegatte sich verpflichtet, alle ehebedingten Nachteile auszugleichen.

947 **Formulierungsvorschlag (Nachteilsausgleich):**

Wir wollen durch diesen Ehevertrag alle ehebedingten Nachteile ausgleichen, welche der Ehefrau durch die Berufsaufgabe im Zusammenhang mit der Kindererziehung entstehen. Sollte dies nicht gelungen sein und eine oder mehrere Bestimmung dieses Vertrages aus diesem Grund unwirksam oder unanwendbar sein, so verpflichten wir uns für diesen Fall, die entsprechende Bestimmung so abzuändern, dass in dem betroffenen Bereich alle nachweislich ehebedingten Nachteile ausgeglichen werden.

d) Belehrung

948 Angesichts der geänderten Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen müssen die bisher schon aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG[1810] verwendeten **intensiveren Belehrungsvermerke** beibehalten werden.[1811]

949 Schon vor dieser Rechtsprechung waren in der anwaltlichen und notariellen Praxis Belehrungen im Rahmen einer **Unterhaltsmodifikation** aufgenommen worden, dass Verzichte sittenwidrig sein oder gegen Treu und Glauben verstoßen können. Diese Belehrung zielte auf die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten zulasten der Sozialhilfe[1812] und auf die Recht-

1807 BGH, FamRZ 2005, 1444.
1808 Vgl. hierzu Teil 2 A. VI. Rdn. 689 ff.
1809 Gegen eine solche allgemeine Klausel wegen ihrer Unbestimmtheit: Waldner, BGHR 2005, 1193; als problematisch angesehen von Bamberger/Roth/J. Mayer, § 1408, Rn. 55.
1810 Es besteht keine Pflicht des Notars, über alle möglichen Abweichungen zur Lebensplanung und deren rechtliche Konsequenzen zu belehren. Dies gilt insbesondere für die Zeit vor der Rechtsprechung des BVerfG, BGH, BeckRS 2014, 12291.
1811 Koch, NotBZ 2004, 147, 148.
1812 BGH, FamRZ 1983, 137; BGH, FamRZ 1992, 1403; BGH, FamRZ 2007, 197 f.; BGH, FamRZ 2009, 842; OLG Köln, FamRZ 2003, 767; OLG Düsseldorf, FamRZ 2004, 461; OLG Hamm, FamRZ 2013,

sprechung ab, dass der Begünstigte sich auf den Verzicht nicht oder nicht in voller Höhe berufen darf, wenn sich der Verzicht ansonsten zulasten der Kinder auswirken würde.[1813] Diese Belehrung kann i. R. d. Unterhaltsregelung beibehalten werden.[1814] Allerdings wird die häufig danach verwendete Regelung, dass in diesen Fällen Unterhalt höchstens i. H. d. geltenden Sozialhilfesatzes zu leisten sei, aufgrund der geänderten Rechtsprechung nicht mehr tragfähig sein.[1815] Vielmehr sollte dann eine Unterhaltshöhe gewählt werden, die an die voreheliche Situation des (teilweise) Verzichtenden anknüpft.

Im Rahmen einer **Versorgungsausgleichsregelung** sind die Belehrungen umzuformulieren. Mit der Abschaffung der Jahresfrist in § 1408 BGB ist nicht mehr über die Unwirksamkeit des Verzichts bei verfrühtem Scheidungsantrag zu belehren. Stattdessen kann nunmehr auf die gesetzliche Anordnung der Inhaltskontrolle in § 8 Abs. 1 VersAusglG hingewiesen werden. 950

Der Bereich der **Modifizierungen des Zugewinnausgleichs** oder aber auch der Vereinbarung von Gütertrennung benötigt ebenfalls eigene Belehrungen. 951

Diese Belehrungen zu den einzelnen Regelungsbereichen kann durch eine **Schlussbelehrung** ergänzt werden, die zur **Inhaltskontrolle** von Eheverträgen Stellung nimmt. Diese Belehrung sollte unter Verwendung der in den einschlägigen Urteilen gebrauchten Termini verdeutlichen, dass ein Vertrag von Anfang an unwirksam sein kann oder auch bei Änderung der Verhältnisse später Teile eines Vertrages oder der Gesamtvertrag einer Ausübungskontrolle nicht standhalten könnten. Diese Belehrung kann mit der salvatorischen Klausel verbunden werden.

Hinweis: 952

Belehrung und Dokumentation sind für Notar und Anwalt i. R. d. Beratung oder Beurkundung von Eheverträgen unverzichtbar.[1816]

Die gegebenen Formulierungsvorschläge für Belehrungen sollten nun aber keineswegs formelhaft verwendet werden.[1817] Sie gewinnen an Authentizität und Glaubwürdigkeit, wenn sie individuell auf den Fall eingehen und das konkrete Rechtsgespräch wiedergeben.

Formulierungsvorschlag (Belehrung zur Inhaltskontrolle):[1818] 953

Der Notar hat auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen hingewiesen und erläutert, dass ehevertragliche Regelungen bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition unwirksam oder unanwendbar sein können.

Die Vertragsteile erklären, dass sie nach einer Vorbesprechung und dem Erhalt eines Vertragsentwurfes die rechtlichen Regelungen dieses Vertrages umfassend erörtert haben und dieser Vertrag ihrem gemeinsamen Wunsch nach Gestaltung ihrer ehelichen Verhältnisse entspricht. Sie sind

1311 betont, bei rentenfernen Jahrgängen scheide in der Regel eine Prognose aus, ob später ein Sozialhilfeträger in Anspruch genommen werde.

1813 BGH, FamRZ 1992, 1403; BGH, FamRZ 1997, 873.

1814 Zur Anwendbarkeit der alten Rspr.: Bergschneider, FamRZ 2004, 202; Rauscher, DNotZ 2004, 524, 535; BGH, FamRZ 2007, 197 f.

1815 Auch wenn dies vereinzelt noch in der Rspr. akzeptiert wird, vgl. etwa OLG Zweibrücken, FamRZ 2007, 2073.

1816 Der BGH, NJW-RR 2014, 1399 = MittBayNot 2014, 475 f. hat entschieden, dass ein Notar vor dem Jahr 2001 nicht über die Inhaltskontrolle von Eheverträgen belehren konnte und musste.

1817 So zu Recht Rauscher, DNotZ 2004, 524, 541.

1818 Noch einschneidender formuliert J. Mayer, in: Würzburger Notarhandbuch, Teil 3, Kap. 1 Rn. 55: »Ob die in dieser Urkunde getroffenen Vereinbarungen Bestand haben werden, kann daher heute nicht abschließend beurteilt werden«.

insbesondere überzeugt, dass mit den Regelungen dieses Vertrages alle etwa eintretenden ehebedingten Nachteile ausgeglichen sind.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass bei einer Änderung der Ehekonstellation – hierzu gehören insbesondere die Geburt gemeinsamer Kinder oder gewichtige Änderungen der Erwerbsbiografie – die Regelungen auch nachträglich einer Ausübungskontrolle unterliegen können. Er hat in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung zu den gewandelten eheliche Lebensverhältnissen hingewiesen. Er hat geraten, in diesem Fall die vertraglichen Regelungen der veränderten Situation anzupassen.

Da wir diesen Vertrag gemeinsam so wollen, soll er nach Möglichkeit auch dann im Übrigen bestehen bleiben und zur Anwendung gelangen, wenn lediglich einzelne Regelungen unwirksam sind oder der Ausübungskontrolle unterliegen. Wir verpflichten uns, in diesem Fall die beanstandete Klausel in rechtlich zulässiger Weise durch eine solche zu ersetzen, die dem Sinn der beanstandeten Klausel am nächsten kommt. Für uns stehen und fallen nicht mehrere Regelungen dieses Vertrages so miteinander, dass bei Unwirksamkeit oder Unanwendbarkeit der einen auch die andere entsprechend nicht anwendbar sein soll.

3. Berücksichtigung verschiedener Ehekonstellationen

954 Dass notarielle Eheverträge dem **Ehetyp entsprechen** sollen, gehört seit Langem zu den notariellen Standards.[1819] Nunmehr wird es noch mehr als bisher erforderlich werden, **sich verändernde Ehekonstellationen** in die Ehevertragsberatung einzubeziehen. Dies legt schon ein sich immer schneller wandelndes berufliches Umfeld mit einer vielgestaltigeren Erwerbsbiografie nahe.[1820] Der Notar kann hier eine **antizipierte Ausübungskontrolle** leisten, indem er typische Geschehensabläufe mit in die Beratung einbezieht und auch ehevertraglich regelt. Dies wird insb. für die Auswirkungen nach der Geburt gemeinsamer Kinder der Fall sein. Das Abbedingen von Scheidungsfolgen wird dann entweder für diese Fälle **auflösend bedingt** vereinbart oder mit **Rücktrittsrechten** versehen. Hierzu finden sich bereits viele Gestaltungsvorschläge.[1821] Während die auflösende Bedingung den Vorteil hat, keine Erklärung mehr abgeben zu müssen, ist das Rücktrittsrecht flexibler.

Zusätzlich könnte man auch die **Anordnung alternativer Rechtsfolgen** für bestimmte Situationen erwägen, sodass der Vertrag nicht erlischt, sondern mit einer anderen Rechtsfolge weiterhin gilt, welche dann die veränderte Ehekonstellation berücksichtigt. Mit der Festlegung dieser alternativen Rechtsfolge wäre man einer richterlichen Rechtsfolgenanordnung enthoben.

955 **Hinweis:**

Der zweistufige Ehevertrag sollte die Regel sein! Die »double income no kids«-Ehe ist selten. Daher schadet die Berücksichtigung von Konstellationen mit Kindern und beruflicher Einschränkung im Ehevertrag nicht.[1822]

956 Der Begriff der **Ehekonstellation** soll gegenüber demjenigen des Ehetyps ausdrücken, dass die Dinge sich auch im **zeitlichen Ablauf einer Ehe ändern**, dass also eine Ehe heute nicht mehr durchgängig einem bestimmten Ehetyp entsprechen muss. So beschreibt *Siegler* ihre Version eines **modernen Ehevertrag**es so: Er muss sich auf ein wandelbares rechtliches und persönliches Umfeld einstellen (**Mehrstufigkeit**), er ist **komplex**, weil er den Wandel antizipieren soll und weil er neue Aufgaben im Bereich der Anspruchsbegründung für gesetzliche Lücken erhält, er ist **individuell** wie nie zuvor und er ist

1819 Gernhuber, Eherecht und Ehetypen, 1981; Rauscher, DNotZ 2004, 524, 541; Helms in FS Spellenberg, 2010, 27 ff.
1820 Sarres, FPR 1999, 274, 276.
1821 Brambring, Rn. 95, 97.
1822 Formulierungsvorschlag: Teil 2 E. IV. 2. Rdn. 1236 ff.