Schenkers im Wege einer Herabsetzungsklage angefochten werden können. Dasselbe gilt für Lebensversicherungen bzw. Leibrenten- oder Unterhaltsverträge zugunsten des Partners, da diese Zuwendungen immer als mittelbare Schenkungen gelten, die zwar nicht der vom Art. 782 ital. Cc verlangten Form bedürfen, aber immer durch Verlangen von Pflichtteilsberechtigten des Schenkers herabsetzbar sind 111).

So erklärt sich, warum die Partner einer ne. Lebensgemeinschaft nicht nur das traditionelle Mittel des Scheinverkaufs zur Hilfe heranziehen¹¹⁵), sondern auch neue Erfindungen gemacht

haben, wie z. B. die Adoption des Zusammenlebenden, durch die (aber natürlich nur, wenn ihre Voraussetzungen bestehen) der Partner selbst ein Pflichtteilsberechtigter wird 116).

Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen Zur Abgrenzung von §§ 1378 III und 1408 I BGB

Von Michael Brix, Bonn

Für Ehegatten, die sich dem Gedanken stellen, ihre Ehe aufzulösen, ist es in der Praxis ein großes Bedürfnis, noch vor dem Gang zum Gericht Klarheit darüber zu erhalten, wie die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung aussehen werden. Zu diesem Zweck werden vielfach Vereinbarungen zwischen den Ehegatten getroffen, auf deren Grundlage das Scheidungsverfahren einvernehmlich durchgeführt werden kann.

Trotz der Neufassung des § 1378 III BGB durch das 1. EheRG 1977 ist jedoch gerade im Hinblick auf den Zugewinnausgleich nach wie vor umstritten, wann und in welcher Form die Ehegatten Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich treffen können.

I. Wann können die Ehegatten eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich treffen?

- 1. Da § 1378 III BGB in S. 2 bestimmt, daß eine Vereinbarung, die die Ehegatten während eines Verfahrens, das auf die Auflösung der Ehe gerichtet ist, für den Fall der Auflösung der Ehe über den Ausgleich des Zugewinns treffen, der notariellen Beurkundung bzw. der gerichtlichen Protokollierung nach § 127a BGB bedarf, müßte dem Wortlaut nach jede Vereinbarung unwirksam sein, die nicht während, sondern schon vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens getroffen wird. Diese Annahme wird bestärkt durch den nachfolgenden S. 3, wonach sich Ehegatten im übrigen vor Beendigung des Güterstandes nicht verpflichten können, über die Ausgleichsforderung zu verfügen. Dieses Verständnis wurde nach dem Inkrafttreten der Neufassung dieser Norm i. J. 1977 zunächst auch allgemein geteilt').
- 2. Der BGH hat jedoch in seinem ersten Urteil zu dieser Neufassung am 16. 12. 19822) entschieden, Scheidungsvereinbarungen über den Zugewinnausgleich könnten auch schon vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages wirksam getroffen werden, sofern nur die in § 1378 III S. 2 BGB vorgeschriebene Form beachtet werde. Dies ergebe sich aus dem Sinn und Zweck des § 1378 III BGB, wonach der Gesetzgeber einerseits zwar den sozial schwächeren Ehegatten vor unüberlegten Vereinbarungen habe schützen wollen, indem er formlose Vereinbarungen für unwirksam erklärt, andererseits jedoch auch bestrebt gewesen sei, Scheidungsvereinbarungen nicht unnötig zu erschweren. Da der Wortlaut von § 1378 III BGB den Kreis der für unwirksam erklärten Rechtsgeschäfte weiter fasse, als ihr Sinn und Zweck erfordern, sei es geboten, die Vorschrift ein-

schränkend dahin auszulegen, daß Ehegatten bei Einhaltung der gebotenen Form auch schon vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich treffen können3).

Im einzelnen hält der BGH drei Gesichtspunkte für maßgeb-

- a) Erstens gelte § 1378 III BGB für alle vertraglichen Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich, also auch für Eheverträge, und schränke die Ehegatten unabhängig von der gewählten Vertragsform in ihrer inhaltlichen Gestaltungsfreiheit ein. Damit erledige sich vor allem der Streit, ob auch im Wege des Ehevertrages über den zukünftigen Zugewinnausgleichsanspruch verfügt werden könne, da die Formerleichterung gegenüber § 1410 BGB nicht ins Gewicht falle, Eheverträge aber zu jedem Zeitpunkt der Ehe bis zur Beendigung des Güterstandes möglich seien").
- b) Zweitens sei mit dieser Auslegung des § 1378 III BGB dem vom Gesetzgeber mit der Neufassung verfolgten Zweck, den sozial schwächeren Ehegatten zu schützen, Genüge getan. Wenn nämlich eine solche Vereinbarung in jedem Fall der notariellen Beurkundung bzw. der gerichtlichen Protokollierung bedürfe, seien die Ehegatten davor geschützt, unbedacht Abmachungen ohne unparteiische rechtskundige Beratung zu treffen5).
- c) Drittens schließlich stehe der einschränkenden Interpretation des § 1378 III BGB auch der Hinweis nicht entgegen, die

¹¹a) Dazu *Oberto* [Fn. 1], S. 304 ff.

Dazu Oberto [Fn. 1], S. 314 ff.

Dazu Oberto [Fn. 1], S. 316 ff.; Raynaud, Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs, D. 1983, Chr., VII, 39 f.; Tiib. gr. inst. Paris, 3, 2, 1982 und Tiib. gr. inst. Paris, 3, 11, 1982, ebenda; App. Riom, 9, 7, 1981, J.C.P. 1982, II, 19799.

^{&#}x27;) KG, FamRZ 1982, 275, 276 f.; Schwab, DNotZ 1977, Sonderheft S, 51 ff., 58; ders., Handbuch des Scheidungsrechts, 1, Aufl., Rz, 843; Johannsen, WM 1978, 654, 666; Tiedtke, JZ 1982, 538, 539 f.; MünchKonnn/Gernhuber, 1. Aufl., § 1378 Rz. 21; ders., Familienrecht, 3. Aufl., S. 519; Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, 2. Aufl., Rz. 492 f.; Palandt/Diederielsen, 36. Aufl., § 1378 Ann. 4 b; Erman/Heckelmann, 7. Aufl., § 1378 Rz., 7; Standinger/Thiele, 12. Aufl., § 1378 Rz. 18 f.; Ambrock, Ehe und Ehescheidung, § 1378; nicht ausdrücklich entschieden von Soergel/Gaul, 11. Aufl., § 1408 Rz. 18 und MünchKonun/Kanzleiter, 1. Aufl., vor § 1408 Rz, 7 Fn, 8. BGHZ 86, 143 = FamRZ 1983, 157; bestätigt in einem Urteil vom sel-

ben Tage BGH, FamRZ 1983, 160.

BGHZ 86, 143, 148 = FamRZ 1983, 157, 159; zu der mißverständlichen Aussage des BGH, den gesamten Abs. III einschränken zu wollen, obwohl nur dessen S. 3 gemeint war, während S. 2 erweitert wurde, siehe jetzt zutreffend Gaul, Festschrift Hermann Lange, S. 836 f. in Abkehr von Soergel/Gaul, 12. Aufl., § 1408 Rz. 18, Siehe auch Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 2. Aufl., Rz. 350, und MünchKomm/Gernhuber, 2. Aufl., § 1378 Rz. 21 Fn. 16.

⁴) BGHZ 86, 143, 149 f. = FamRZ 1983, 157, 159 f.

BGHZ 86, 143, 150 = FamRZ 1983, 157, 159.

Norm trage der Unsicherheit Rechnung, die bestehe, solange die Ausgleichsforderung nicht entstanden oder der Höhe nach nicht bestimmbar sei. Dieser Überlegung komme schon deshalb kein entscheidendes Gewicht zu, weil die Ehegatten regelmäßig auch schon vor einer beabsichtigten Scheidung in etwa übersähen, in welcher Höhe ein Ausgleichsanspruch bestehen wird. Im übrigen bestehe eine vergleichbare Unsicherheit auch bei jeder sonstigen ehevertraglichen Regelung der Vermögensverhältnisse; dieser Gesichtspunkt könne folglich eine unterschiedliche Behandlung von Eheverträgen und sonstigen Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich nicht rechtfertigen").

- **3.** Zwar hat diese Rechtsprechung vielfach Zustimmung⁷) und nur von *Tiedtke*⁸) scharfe Ablehnung erfahren; sie geht jedoch aus mehreren Gründen fehl.
- a) Abgesehen davon, daß schon die Formulierung, der Wortlaut fasse den Kreis der für unwirksam erklärten Geschäfte weiter, als ihr Sinn und Zweck dies erfordere, sprachlich den unzutreffenden Anknüpfungspunkt wählt"), steht einer Anerkennung von Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich nach § 1378 III BGB schon vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens vor allem der klare Wortlaut entgegen. S. 2 bezieht sich ausdrücklich nur auf Vereinbarungen während des Scheidungsverfahrens in der dort vorgeschriebenen Form. Daß S. 3 demgegenüber formuliert, "im übrigen" könne sich kein Ehegatte verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen - wonach erst recht auch alle Verfügungen selbst ausgeschlossen sind10)-, erweist klar den enumerativen Charakter der in S. 2 getroffenen Ausnahmen. Auch wenn der BGH meint, alle zulässigen Ausnahmen von S. 3 müßten ebenso unter die Formvorschriften von S. 2 fallen, ist damit noch keinerlei Begründung dafür vorgetragen, daß es außerhalb der von S. 2 erfaßten Fälle weitere vom Gesetzeswortlaut nicht mehr gedeckte Ausnahmen des Verbotes in S. 3 gibt. Der BGH begnügt sich jedoch mit der Behauptung, eines Ausschlusses dieser im Gesetz nicht genannten Ausnahmen, also der Vereinbarungen vor Rechtshängigkeit, habe es nicht bedurft, weil die Einhaltung der Form zur Wahrung des Schutzzweckes ausreiche.

Darin zeigt sich der Fehlschluß, die Perspektive müsse lauten: Sinn und Zweck erfordern nur den Ausschluß formloser Vereinbarungen, im übrigen ist alles erlaubt. Das Prinzip des Gesetzgebers war jedoch, alle Vereinbarungen, formlose wie formrichtige, auszuschließen, soweit nicht ausdrücklich eine Ausnahme vorgesehen ist.

b) Diese Interpretation des Wortlautes ergibt sich zwingend auch aus der Entstehungsgeschichte der Neufassung von § 1378 III BGB. Die Materialien führen dazu aus¹¹):

"Der Vorschlag zu § 1378 III trägt der Tendenz Rechnung, Scheidungsvereinbarungen über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nicht unnötig zu erschweren. Es soll deshalb vorgesehen werden, daß eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich nicht nur in einem notariellen Vertrag, sondern auch in einem gerichtlich protokollierten Vergleich abgeschlossen werden kann.

[...] Dagegen besteht kein Bedürfnis, darüber hinaus formlose Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns zuzulassen. Die Zulassung formloser Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich wäre im Hinblick auf den sozial schwächeren Ehegatten rechtspolitisch bedenklich."

Es ist unzutreffend, wenn der *BGH* daraus ableitet, nur formlose Vereinbarungen seien nicht mehr zugelassen. Der Gesetzgeber wollte *vor* Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens alle Vereinbarungen ausschließen, formlose wie formrichtige. Dies zeigt sich darin, daß er in den Materialien ausdrücklich Bezug nimmt auf die durch das *BGH*-Urteil v. 29. 4. 1970¹²) ausgelöste Kontroverse, die er mit der Neufassung beilegen wollte. Im Hinblick auf § 1378 III BGB a. E.¹³) war vor allem umstritten gewesen, ob Ehegatten der Abschluß von Vereinba-

rungen über den Zugewinnausgleich gestattet sei oder ob sich das Verbot, mit Dritten zu kontrahieren, auch auf die Ehegatten untereinander beziehe. Der BGH hatte entschieden, während eines anhängigen Scheidungsverfahrens seien Ehegatten nicht gehindert, sogar formlos Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich zu treffen. Die Literatur ging demgegenüber nahezu einhellig davon aus, § 1378 III BGB a. F. spreche sein Verbot auch im Verhältnis der Ehegatten untereinander aus 14). Eine Vereinbarung wurde allenfalls in Form eines Ehevertrages für zulässig erachtet 15).

Dieser Streit betraf ausschließlich den Zeitraum nach Anhängigkeit des Scheidungsantrages. Dies ergibt sich daraus, daß der BGH in einer ergänzenden Entscheidung v. 25. 5. 1973 festgestellt hatte, Vereinbarungen, die vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens getroffen würden, seien unwirksam¹⁶). Der BGH befand sich mit dieser Abgrenzung im Einklang mit der herrschenden Ansicht¹⁷).

Angesichts dieser Rechtslage, die der Gesetzgeber sehr wohl berücksichtigt hat – hat er doch in der Neufassung eben diese Differenzierung des BGH zwischen Vereinbarungen vor und nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens in das Gesetz übernommen –, bestand kein Anlaß, über den insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut hinaus noch irgendeine weitere Klarstellung vorzunehmen. Ebensowenig war deshalb irgendeine Veranlassung gegeben, in den Materialien darauf einzugehen. Alle Ausführungen können folglich nur dahin verstanden werden, daß sie sich allein auf den Zeitraum nach Rechtshängigkeit beziehen. Der Gesetzgeber hätte es mit Sicherheit ebenso wie bei

) BGHZ 86, 143, 150 ff. = FamRZ 1983, 157, 159 f.

7) Dies beruht wesentlich darauf, daß diese Rechtsprechung im Ergebnis mit der (unten noch zu behandelnden) Literaturmeinung zu der Frage nach der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen in Form eines Ehevertrages wegen der marginalen Formunterschiede von §§ 1410 BGB und 1378 III S. 2 BGB praktisch übereinstimmt. Vgl. exemplarisch Soergel/Gaul, 12. Aufl., § 1408 Rz. 18 a. E.

") JZ 1983, 457 f.; ders., JZ 1984, 1082; wie er auch MünchKomm/Gernluber, 2. Aufl., § 1378 Rz. 21; Standinger/Thiele, 12. Aufl., § 1378 Rz. 18 f.; Erman/Heckelmann, 8. Aufl., § 1378 Rz. 7; wohl auch Münch-Komm/Kanzleiter, 2. Aufl., vor § 1408 Rz. 7 Fn. 8; diese alle jedoch

ohne eigene Diskussionsbeiträge und Begründungen.

") So BGHZ 86, 143, 148 = FamRZ 1983, 157, 159. Es kann jedoch bei der Mißbilligung eines Rechtsgeschäftes nicht auf dessen Sinn und Zweck ankommen, sondern allein auf den der übergeordneten Norm, die die Rechtsfolge der Unwirksamkeit anordnet.

") Allgemeine Meinung; vgl. statt aller MünchKomm/Gernhuber, 2. Aufl., § 1378 Rz. 20.

") BT-Drucks. 7/650, S. 258 f.

¹²) BGHZ 54, 38 = FamRZ 1970, 391.

5) § 1378 III BGB a. F.: "Die Ausgleichsforderung entsteht mit der Beendigung des Güterstandes und ist von diesem Zeitpunkt an übertragbar; vorher kann sich kein Ehegatte verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen."

") Gernhuber, Familienrecht, 3. Aufl., S. 211, 358; wohl auch Dölle, Familienrecht I, S. 815 f.; Göppinger [Fn. 1], 1. Aufl., Rz. 225, diesbezüglich zustimmende Besprechung von Gaul, NJW 1969, 1202; Bärmann, AcP 157, 145, 171 f.; ders., JZ 1958, 225, 227; Beitzke, DNotZ 1964, 693; ders., NJW 1970, 265 ff.; Walberer, NJW 1965, 24; Bosch, FamRZ 1965, 237, 238 f., m. w. N. zur damaligen Kommentarliteratur. A. A. nur Schön, NJW 1969, 1992 ff.

Walberer, NJW 1965, 24; Bosch, FamRZ 1965, 237, 239, m. w. N. zur damaligen Kommentarliteratur; Gaul, NJW 1969, 1202; Beitzke, NJW 1970, 265, 266 f.; Göppinger [Fn. 1], 1. Aufl., Rz. 227 f.; Gernhuber, Familienrecht, 1. Aufl., S. 358; offengelassen in OLG München, FamRZ 1969, 285, 286; vgl. auch Knur, DNotZ 1957, 451 f.; Beitzke, DNotZ

1964, 692 ff.

BGH, FamRZ 1973, 449 = NJW 1973, 1367; unzutreffend insoweit Brambring, DNotZ 1983, 499 f., der meint, damals seien vor Rechtshängigkeit Vereinbarungen unter Wahrung von § 1410 BGB nach Auffassung des BGH möglich gewesen.

Johannsen, Anm. zu BGH, LM § 1378 Nr. 3; wegen seines Rates, solche im Prozeß bestätigen zu lassen, wohl auch Lange, JZ 1970, 652. Ohne dies für richtig zu halten, wird der BGH so verstanden von Beitzke, FamRZ 1970, 394, und Reinicke, NJW 1970, 1657, 1660 f.

den anderen Streitpunkten ausdrücklich klargestellt, wenn er von dieser Rechtsprechung hätte abweichen wollen. Angesichts des damaligen Sachstandes mußte und durfte der Gesetzgeber ohne weiteres davon ausgehen, bei seiner Formulierung "... während eines Verfahrens, das auf die Auflösung der Ehe gerichtet ist. . . " werde niemand annehmen, Scheidungsvereinbarungen seien schon vor Rechtshängigkeit zuzulassen; am allerwenigsten aber war abzusehen, daß gerade der BGH sich von seinem Standpunkt abkehren würde¹⁸). Wenn der BGH demgegenüber ausführt, der Gesetzgeber habe sich in toto gegen die frühere Rechtslage wenden wollen"), so wird dies weder vom Wortlaut noch von der Begründung des Gesetzes gedeckt.

- c) Die Entscheidung des BGH geht jedoch auch dort fehl, wo der Sinn und Zweck des Gesetzes zur Begründung herangezogen wird.
- aa) Zunächst ist nicht erkennbar, warum der Sinn und Zweck des Gesetzes, der richtigerweise in dem Schutz des sozial schwächeren Ehegatten vor Vereinbarungen, deren Tragweite er nicht überschauen kann, gesehen wird, gerade eine Ausweitung der Möglichkeiten erfordert, solche Vereinbarungen zu treffen. Das ist widersprüchlich, denn außerhalb der vom Gesetz geregelten Fälle kann jedenfalls ein generelles Verbot diesen Schutzzweck viel wirkungsvoller erfüllen als eine bloße Formvorschrift.

Der BGH schwächt damit den Schutzgedanken des Gesetzgebers in unzulässiger Weise und contra legem ab und überbewertet so vor allem die Äußerung in den Materialien, Scheidungsvereinbarungen sollten nicht unnötig erschwert werden. Der Gesetzgeber hat gerade deshalb die Anwendbarkeit von § 127a BGB in § 1378 III S. 2 BGB eingefügt, um diesem Anliegen seinerseits zu entsprechen. Eine darüber hinausgehende Notwendigkeit weiterer Erleichterungen, um Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich nicht unnötig zu erschweren, hat der Gesetzgeber selbst jedoch nicht gesehen, so daß der BGH hier letztlich den Willen des Gesetzgebers nicht mehr nur auslegt, sondern abändert211).

bb) Auch steht diese Rechtsprechung des BGH im Widerspruch zur Systematik des Gesetzes, das in § 1384 BGB ebenfalls den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages als maßgeblich für die Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung bestimmt. Da der Umfang der Forderung, die Gegenstand der Vereinbarung ist, vor diesem Zeitpunkt nie sicher festgelegt werden kann, trägt ein Verbot von Vereinbarungen vor diesem Zeitpunkt viel besser als eine Formvorschrift der Intention des Gesetzgebers Rechnung, die Ehegatten vor Vereinbarungen zu schützen, deren Tragweite sie nicht übersehen.

Bemerkenswert ist, daß der BGH diese Bedenken ursprünglich teilte21), sie aber fallengelassen hat, weil eine solche Unsicherheit bei jeder durch Ehevertrag vorgenommenen Regelung vermögensrechtlicher Fragen gegeben sei. Doch kann aus der Ähnlichkeit der Situation bei Eheverträgen, die auch andere vermögensrechtliche Fragen zum Gegenstand haben als bloße Scheidungsfolgenvereinbarungen über den Zugewinnausgleich, nicht darauf geschlossen werden, daß eine solche Unsicherheit stets in Kauf genommen werden müßte.

d) Hinzu kommt, daß auch der BGH durch die Einschränkungen "für eine beabsichtigte Scheidung"22) bzw. "für den Fall der bevorstehenden Scheidung"21) zu erkennen gibt, Scheidungsvereinbarungen könnten vor Rechtshängigkeit nicht generell, sondern nur in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Scheidungsantrag wirksam geschlossen werden. Dies setzt die Festlegung des Zeitpunktes, von dem an Vereinbarungen zulässig sind, erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten

aus24), die auch in der Kautelarjurisprudenz zu einem solchen Maß an Rechtsunsicherheit führen, das für die Ehegatten viel eher eine unnötige Erschwerung für Scheidungsvereinbarungen bringt als eine wortlautgemäße Anwendung von § 1378 III S. 2

All dies sührt zu der Folgerung, daß Vereinbarungen, in denen sich Ehegatten vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens verpflichten, über die Zugewinnausgleichsforderung zu verfügen, unwirksam sind.

II. In welcher Form können die Ehegatten eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich

Das Ergebnis, daß Ehegatten sich vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens überhaupt nicht und danach nur in der Form des § 1378 III S. 2 BGB verpflichten können, über die Zugewinnausgleichsforderung zu verfügen, entzieht der Ansicht des BGH, eine Abgrenzung von Vereinbarungen nach § 1378 III BGB von Eheverträgen könne dahinstehen, die Grundlage und macht es erforderlich, zu klären, ob vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens nicht möglicherweise in der Form des Ehevertrages Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich wirksam getroffen werden können. Dazu soll zunächst erörtert werden, welche Arten von Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich überhaupt Gegenstand eines Ehevertrages sein können, ehe zu untersuchen sein wird, in welchem Verhältnis diese zu § 1378 III BGB stehen.

- 1. Nach § 1408 I BGB ist der Ehevertrag die Regelung güterrechtlicher Verhältnisse durch Vertrag zwischen den Ehegatten. Demnach kommt es für unsere Frage entscheidend darauf an, ob eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich als eine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse eingeordnet werden kann.
- a) Nach den Materialien²⁵) ist es den Ehegatten insbesondere gestattet, durch Ehevertrag den Ausgleich des Zugewinns auszuschließen, abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln oder auch einen zwischenzeitlichen Zugewinnausgleich vor Beendigung des Güterstandes zu vereinbaren. Demnach ist von einer weitreichenden Vertragsfreiheit der Ehegatten auszugehen.
- b) Rechtsprechung und Literatur gehen davon aus, daß eine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse vorliegt, "wenn die Vereinbarung den zwischen den Ehegatten bestehenden Güterstand als solchen - wenn auch nur in bezug auf einen einzelnen Vermögensgegenstand - verändert, d. h. Rechtsfolgen auslöst, die nur durch eine Änderung des bestehenden Güterstandes ermöglicht werden können [. . .]. Dagegen stellen schuld- und sachenrechtliche Rechtsgeschäfte der Ehegatten, deren Rechtsfolgen den bestehenden Güterstand unberührt lassen, keine güterrechtliche Regelung dar"26).

BGHZ 86, 143, 146 = FamRZ 1983, 157, 158.

BGHZ 54, 38, 42 = FamRZ 1970, 391.

BT-Drucks. 2/3409, S. 24.

¹⁸⁾ Daß also für den Gesetzgeber der Zeitpunkt des Abschlusses von Vereinbarungen keine Rolle gespielt haben soll, wie Brambring, DNotZ 1983, 499 f. annimmt, erscheint nicht haltbar.

So zutreffend Tiedtke, JZ 1983, 457, 458; siehe neuerdings auch Gaul, Festschrift Hermann Lange, S. 837.

BGHZ 86, 143, 150 = FamRZ 1983, 157, 159. BGHZ 86, 143, 151 = FamRZ 1983, 157, 159.

Ebenso Soergel/Gaul, 12, Aufl., § 1408 Rz. 18; ders., Festschrift Hermann Lange, S. 847, der von "nicht genau faßbar" spricht.

BGH, FamRZ 1978, 771 = NJW 1978, 1923, 1924; ebenso BayObLG, FamRZ 1983, 198, 199 f.; allg. M. auch in der Literatur, vgl. etwa Staudinger/W. Thiele/B. Thiele, 12. Aufl., § 1408 Rz. 6; Soergel/Gaul, 12. Aufl., § 1408 Rz. 5, 7.

Verpflichtet sich aber z. B. der eine Ehegatte, dem anderen nach der Scheidung in einem Erlaßvertrag die Zugewinnausgleichsforderung zu erlassen, so wirkt sich dies nicht auf den bestehenden Güterstand aus, denn die Ausgleichsforderung entsteht zunächst nach den den Güterstand bildenden Bestimmungen, ehe sie erlassen wird. Eine solche Vereinbarung ist daher ein einfaches Rechtsgeschäft unter Ehegatten, nicht aber eine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse im Sinne von § 1408 I BGB. Dies gilt entsprechend etwa auch für ein pactum de non petendo, denn dieses ändert ebenfalls nicht die für die Entstehung der Zugewinnausgleichsforderung maßgeblichen güterrechtlichen Regelungen.

Vereinbaren die Ehegatten demgegenüber schon vor Beendigung des Güterstandes, die Zugewinnausgleichsforderung zu erlassen, so erlassen sie damit eine künftige Forderung, denn die Ausgleichsforderung entsteht gemäß § 1378 III S. 1 BGB erst mit Beendigung des Güterstandes27). Der Erlaß einer künftigen Forderung führt jedoch dazu, daß die Forderung gar nicht erst zur Entstehung gelangt28). Es handelt sich damit um die Abänderung des bestehenden Schuldverhältnisses2"). Daher zeigt sich, daß ein Erlaß der Ausgleichsforderung vor Beendigung des Güterstandes die vom Güterstand bestimmte Entstehung der Ausgleichsforderung verhindert und damit diesen selbst berührt. Ein teilweiser oder vollständiger Erlaß verhindert die Entstehung der Zugewinnausgleichsforderung teilweise bzw. vollständig und stellt daher zugleich den Ausschluß des Zugewinnausgleiches dar, der, wenn er vollständig ist, sogar die Wirkungen des § 1414 S. 2 BGB nach sich zieht. Eine solche Regelung ist güterrechtlicher Art, denn der Ausschluß des Entstehens der Zugewinnausgleichsforderung ist eine Rechtsfolge, die den bestehenden Güterstand verändert29a).

Anders verhält es sich in den Fällen antezipierter Verfügungen, wie etwa bei der Vorausabtretung, bei der eine Änderung des Schuldverhältnisses nicht in der Weise vorgenommen wird, daß auf das Entstehen der Forderung eingewirkt wird, weil die Vorausabtretung erst mit Entstehung der Forderung Wirksamkeit erlangt³⁰). Schon diese verschiedenen Konstruktionen zeigen, daß keine Veränderung des Güterstandes vorliegt, wenn die Entstehung der Zugewinnausgleichsforderung trotz des Vertrages unverändert bleibt. Demnach scheidet ein Ehevertrag überall dort aus, weil dies keine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse

c) Liegt im Einzelfall aber eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich vor, die sich als Regelung güterrechtlicher Verhältnisse darstellt, so bleibt zu klären, ob diese Vereinbarung möglicherweise deshalb nicht als Ehevertrag angesehen werden darf, weil ein Ehevertrag eine allgemeine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse in der Ehe erfordert31), die erwähnte Vereinbarung aber nur eine konkrete Einzelregelung für die bevorstehende Liquidation des Güterstandes enthält³²). Das Erfordernis einer "allgemeinen" Regelung ist dahin zu verstehen, daß die Regelung nicht nur für eine konkret angestrebte Scheidung, sondern abstrakt für jede eventuell mögliche getroffen werden muß33), also etwa auch für den Fall, daß die Ehegatten zwischenzeitlich ihre Scheidungspläne aufgeben, ehe sie die Ehe erneut aufzulösen beabsichtigen. Als Begründung für dieses Erfordernis wird zum einen angeführt, daß eine solche konkrete Einzelregelung, würde sie nach Beendigung des Güterstandes getroffen, kein Ehevertrag wäre, es aber rein formal sei, sie nur deshalb anders zu qualifizieren, weil sie schon vorher getroffen wurde, jedoch auch dann nur im Hinblick auf die ins Auge gefaßte bevorstehende Scheidung³⁴). Diese Unterscheidung ist jedoch mehr als nur formaler Art, denn mit der Beendigung des Güterstandes durch Scheidung fällt die Möglichkeit weg, über-

haupt noch eine Regelung ehegüterrechtlicher Verhältnisse vornehmen und damit einen Ehevertrag schließen zu können.

Soweit zum anderen geltend gemacht wird, eine Vereinbarung, die nur für ein konkret anstehendes Scheidungsverfahren getroffen sei, werde endgültig unwirksam, wenn es nicht zu der Ehescheidung kommt, und könne für spätere Fälle daher keine Geltung mehr beanspruchen35), handelt es sich lediglich um eine zutreffende Beschreibung der Rechtsfolgen konkreter Vereinbarungen, ohne daß damit eine Begründung gegeben wäre, weshalb eine solche Vereinbarung, wenn sie Regelung güterrechtlicher Verhältnisse ist, gleichwohl nicht Ehevertrag ist. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß ein Ehevertrag auch in einer konkreten Einzelregelung bestehen kann. Dies zeigt sich schon daran, daß ein Ehevertrag mit einer Bedingung versehen sein kann³⁶). Fällt diese Bedingung aus, so macht es keinen Unterschied, ob die deshalb noch nicht wirksam gewordene Vereinbarung nur für einen Fall die Bestimmungen des Güterstandes ändern sollte, so daß sie bei dessen Nichteintritt gegenstandslos ist, oder für mehrere denkbare Fallgestaltungen, von denen keine eintritt, denn auch dann wird die Vereinbarung gegenstandslos.

Gegen das Erfordernis einer "allgemeinen" Regelung spricht ferner, daß es den Ehegatten, wenn sie eine allgemeine Regelung getroffen haben, unbenommen bleibt, diese etwa nach jedem fehlgeschlagenen Scheidungsversuch zu ändern, so daß eine solche Regelung faktisch konkret wäre. Die Ehegatten werden dies vermutlich aufgrund geänderter Umstände bei einem neuerlichen Anlauf zur Trennung ohnehin jedesmal tun, so daß der Sinn des Erfordernisses einer "allgemeinen" Rege-

Standinger/Kaduk, 12. Aufl., § 397 Rz. 58, m. w. N. So zum Erlaß jetzt auch Gaul, Festschrift Hermann Lange, S. 851. Vgl. BGHZ 32, 367, 369; MünchKomm/Roth, 2. Aufl., § 398 Rz. 60; Soergel/Zeiss, 12. Aufl., § 398 Rz. 11; Erman/H. P. Westermann, 8. Aufl., § 398 Rz. 11. Ob bei der Vorausabtretung Durchgangs- oder Direkterwerb anzunehmen ist, ist hierbei unerheblich.

BGHZ 54, 38, 41 f. = FamRZ 1970, 391; offengelassen in BGHZ 83, 143, 149 f.; KG, FamRZ 1982, 275, 276; MünchKomm/Kanzleiter, 2. Aufl., vor § 1408 Rz. 7; Johannsen, Anm. zu BGH, LM § 1378 Nr. 3; Brambring, DNotZ 1983, 496 ff.; wohl auch Cypionka, MittRhNotK 1986, 157, 158.

Was nicht damit verwechselt werden darf, daß nach allgemeiner Ansicht Ehegatten eine güterrechtliche Regelung nur im Hinblick auf einen einzelnen Vermögensgegenstand treffen oder dies als sogenannten speziellen Ehevertrag, der den Güterstand nur in einem Punkt abändert, ausgestalten können; vgl. BGH, FamRZ 1978, 771 = NJW 1978, 1923, 1924.

So die zutreffende Beschreibung von MünchKomm/Kanzleiter, 2. Aufl., vor § 1408 Rz, 7. Daher von BGHZ 86, 143, 150 = FamRZ 1983, 157, 159 zu Unrecht für seine Position in Anspruch genommen: Beitzke, NJW 1970, 265 ff., der nur zwischen Veränderung des Güterstandes ("güterrechtliche Position") und einem bloßen Rechtsgeschäft ohne Auswirkung auf den Güterstand unterscheidet. Dies ergibt sich auch aus dem Verweis auf Göppinger [Fn. 1], 1. Aufl., Rz. 228, der ebenfalls einen ehevertraglichen Ausschluß des Zugewinnausgleichs anläßlich der Scheidung ausschließen will, ohne auf die "Allgemeinheit" eines solchen Ausschlusses Bezug zu nehmen.

Johannsen, Anm. zu BGH, LM § 1378 Nr. 3.

Brambring, DNotZ 1983, 497; MünchKomm/Kanzleiter, 2. Aufl., vor § 1408 Rz. 7

Soergel/Gaul, 12. Aufl., § 1408 Rz. 4, m. w. N.

Diesen Unterschied übersehen Reinicke, NJW 1970, 1657, 1659, und Tiedtke, JZ 1982, 538, 540 f. Ihre Forderung, der Ausschluß des Zugewinnausgleichs müsse wegen identischer Interessenlage dem Fall, daß die entstandene Forderung wegen antezipierten Erlasses sofort wieder untergehe, gleichgestellt werden, begründet sich jedoch allein aus den besonderen Wirkungen des Erlasses künftiger Forderungen (dazu sogleich im Text). Die von ihnen gesehene Alternative des Entstehens mit sofortigem anschließenden Untergang ist danach gar nicht möglich, da schon eine Entstehung nicht mehr stattfindet, was in der Tat einen Ausschluß darstellt.

BGH, BB 1956, 1086; BGHZ 40, 326, 330; Staudinger/Kaduk, 12. Aufl., § 397 Rz. 58 ff., m. w. N. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob nun ein Erlaß künftiger Forderungen tatsächlich anzuerkennen ist oder eben nur das Nichtentstehen der Forderung vereinbart werden kann, denn hinsichtlich dieser entscheidenden Wirkung besteht Übereinstimmung.

lung nicht erkennbar ist. Es würde deshalb das Problem genauer beschreiben, wenn man hierbei von einer "konkreten" oder "allgemeinen" Bedingung spräche. Der Ehevertrag ist aber weder "konkret" noch "allgemein" bedingungsfeindlich. Auch wenn nur ein einziger Fall als Bedingung vorgesehen ist, wird bei seinem Eintritt eine Vereinbarung wirksam, die sich auf den bestehenden Güterrechtsvertrag in einer Weise auswirkt, welche bestimmt, ob und in welcher Höhe die Zugewinnausgleichsforderung entsteht, welche also den Güterstand modifiziert. Dies ist eine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse, ohne daß es auf die Konkretheit oder Allgemeinheit einer möglichen Bedingung ankäme37).

Auch soweit in der Literatur angenommen wird, in einem Ehevertrag könnten keine Regelungen getroffen werden, die dem Wesen des Güterstandes widersprechen oder ihn denaturieren³⁸), kann dies jedenfalls nicht mit dem Argument begründet werden, daß eine nur für einen konkreten Fall getroffene Vereinbarung eigentlich ein "Krisenvertrag" ist. Das Gesetz kennt ein solches Kriterium nicht, und es stünde mit dem Wesen eines Güterstandes auch nicht im Widerspruch, da dieser selbstverständlich bis zur Beendigung Wandlungen unterworfen sein kann. Es kann keine Denaturierung des Güterstandes sein, wenn Ehegatten sich auf eine den Umständen angepaßte Lösung von vermögensrechtlichen Fragen einigen39).

Festzuhalten bleibt nach alldem, daß auch die Vereinbarung einer konkreten Regelung, die Bestimmungen eines bestehenden Güterstandes abbedingt oder ändert, Ehevertrag sein muß, wenn und weil sie eine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse darstellt.

d) Einer älteren Ansicht nach ist ein Vertrag über die Ordnung der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten für die Zeit nach Auflösung der Ehe kein Ehevertrag, weil der Ehevertrag seinem Wesen nach nur das Güterrecht während der Ehe betreffen könne, es sei denn, es werde auf güterrechtliche Befugnisse verzichtet"). Demnach ist überall dort, wo eine Vereinbarung auf den Güterstand zurückwirkt, was bei einem Ausschluß des Zugewinnausgleiches unbestritten der Fall ist, ein Ehevertrag anzunehmen4), so daß auch diese Ansicht im Ergebnis als entscheidendes Kriterium die Frage zugrunde legt, ob der Güterstand inhaltlich geändert wird 12).

Für die Frage, wann eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich Regelungsgegenstand eines Ehevertrages sein kann, ist damit allein auf die inhaltliche Bestimmung des Tatbestandsmerkmales "Regelung güterrechtlicher Verhältnisse" abzustellen. Diese liegt dann vor, wenn die zwischen den Ehegatten geltenden Güterrechtsbestimmungen, die die Entstehung der Zugewinnausgleichsforderung regeln, in irgendeiner Weise abgeändert werden. Jede Vereinbarung, die diese Voraussetzung erfüllt, ist Ehevertrag; jede, die diesem Kriterium nicht genügt, kann es nicht sein 12a).

- Nachdem in den vorangegangenen Ausführungen geklärt wurde, daß § 1378 III S. 3 BGB Verfügungen über die Zugewinnausgleichsforderung und Verpflichtungen dazu vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens verbietet, andererseits aber etwa ein Erlaß der Zugewinnausgleichsforderung Gegenstand eines Ehevertrages sein kann, bleibt die Frage, ob und inwieweit § 1378 III BGB auch Eheverträge vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens inhaltlich beschränken kann.
- a) Dafür, daß § 1378 III BGB auf Eheverträge überhaupt Anwendung findet, spricht zunächst der Wortlaut von S. 2, denn dort ist nur von Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns die Rede. Da Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich in bestimmten Fällen auch in Form von Eheverträgen

möglich sind, müssen auch diese erfaßt sein. Auch zeigt die Formulierung "im übrigen" in S. 3, daß § 1378 III BGB jede Art von Vereinbarung erfassen will⁴³).

Allerdings begründet man die Anwendbarkeit von § 1378 III BGB auf Eheverträge auch damit, daß es der Ausnahme in S. 2 nicht bedurft hätte, wenn Regelungen über den Zugewinnausgleich nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ohne weiteres durch Ehevertrag hätten erfolgen können"). Es bedurfte dieser Regelung jedoch schon deshalb, um die Formerleichterung des § 127a BGB für Vereinbarungen nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens einzustihren.

Vor allem aber spricht die Vorschrift des S. 2 von "Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns", S. 3 aber von Verpflichtungen (und Verfügungen) hinsichtlich der Ausgleichsforderung. Nun sind zwar Vereinbarungen über die Zugewinnausgleichsforderung stets zugleich Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns, nicht aber umgekehrt. Das ist deshalb bedeutsam, weil damit S. 2 auch unabhängig von S. 3 Bedeutung erhält, indem er auch solche ehevertragliche Vereinbarungen erfaßt, die nicht die Ausgleichsforderung selbst betreffen. Die Bedeutung besteht dann freilich nicht in einer Beschränkung, sondern, wie auch der BGH hervorgehoben hat 15), in einer Formerleichterung gegenüber § 1410 BGB. Gleichwohl bleibt festzuhalten, daß § 1378 III BGB auch auf Eheverträge anwendbar ist.

b) Angesichts dessen muß die tatsächliche Auswirkung dieser Anwendbarkeit geklärt werden. Hierbei fällt wiederum der soeben dargelegte Unterschied zwischen den Regelungsbereichen der S. 2 und 3 auf. Es drängt sich daher die Frage auf, ob es überhaupt ehevertragliche Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich gibt, die dem Verbot des S. 3 unterfallen können. Nach den obigen Ausführungen zum Inhalt güterrechtlicher Regelungen können dies nur solche Vereinbarungen sein, die Bestimmungen des bis dahin bestehenden Güterstandes abän-

Nach dem Wortlaut von § 1378 III S. 3 BGB werden allein Verpflichtungen, über die Zugewinnausgleichsforderung zu ver-

Beitzke, NJW 1970, 265, 267. Diese Unterscheidung spricht auch Cypionka, MittRhNotK 1986, 157 f., an, obwohl er nur allgemeine Vereinbarungen als Eheverträge zulassen will. Den Fall, daß die Ehegatten etwa durch Erlaß die Entstehung der Zugewinnausgleichsforderung nur für die konkret bevorstehende Scheidung ausschließen, kann er mit diesem Vorschlag nicht widerspruchsfrei lösen, denn obwohl die Forderung nicht entsteht und daher auf den Güterstand eingewirkt wird, so daß nach dieser Grenzzichung Ehevertrag anzunehmen wäre, müßte Cypionka dies andererseits wieder verneinen, da das eine konkrete Regelung ist.

Vgl. die Übersicht bei MünchKomm/Kanzleiter, 2. Aufl., § 1408 Rz. 13, mit entsprechenden Nachweisen.

Daher mag es allenfalls de lege ferenda zu erwägen sein, ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ehevertragliche Änderungen des Güterstandes nicht mehr zuzulassen, um die von den Ehegatten zu einem Zeitpunkt, als sie noch im Einvernehmen und nicht unter den emotionalen Belastungen der Trennung standen, getroffenen kautelarischen Liquidationsregelungen für die dann tatsächlich in die Wege geleitete Scheidung festzuschreiben.

RG, DJZ 1908, 648; JW 1911, 183; BayObLGZ 5, 661, 664 ff., m. w. N. der eigenen Rechtsprechung; BayObLGZ 11, 261, 265; 66, 432, 433 f.; OLG Nürnberg, FamRZ 1969, 287, 288; Planck/Unzer, 4. Aufl., § 1432 Anm. 5.

Siehe oben Fn. 40.

Die Kritik insbesondere von Tiedtke, JZ 1982, 538, 540 f., m. w. N. in Fn. 21 geht daher fehl, da die Meinungen im wesentlichen übereinstim-

Vgl. dazu besonders Zöllner, FamRZ 1965, 113, 121, a. E. sub VII 3

So auch BGHZ 86, 143, 149 = FamRZ 1983, 157, 159; vgl. auch OLG München, FamRZ 1969, 285, 286, das bei Entscheidungserheblichkeit in der Nichtanwendung eine Umgehung gesehen hätte. BGHZ 86, 143, 149 = FamRZ 1983, 157, 159.

⁴⁵) BGHZ 86, 143, 149 = FamRZ 1983, 157, 159.

fügen, für unwirksam erklärt. Eine solche Verpflichtung kann aber nie Ehevertrag sein, weil die bloße Verpflichtung die Bestimmungen eines Güterstandes nicht abbedingt; denn die Ausgleichsforderung, die Gegenstand der Verfügung sein soll, zu der ein Ehegatte sich verpflichtet, entsteht dennoch unverändert. Insoweit kann § 1378 III S. 3 BGB keine inhaltliche Beschränkung von Eheverträgen darstellen. Allerdings entspricht es der allgemeinen Meinung, daß erst recht auch Verfügungen über die Zugewinnausgleichsforderung von S. 3 verboten sind. Unter einer Verstigung versteht man aber allgemein ein Rechtsgeschäft, durch das auf ein bestehendes Recht unmittelbar in der Weise eingewirkt wird, daß man es überträgt, belastet, aufhebt oder inhaltlich ändert⁴⁶). Da die Ausgleichsforderung erst mit Beendigung des Güterstandes durch Scheidung entsteht, also zu einem Zeitpunkt, zu dem Eheverträge nicht mehr in Betracht kommen, kommt für eine Verfügung im Sinne von § 1378 III S. 3 BGB in einem Ehevertrag allenfalls eine antezipierte Verftigung in Betracht.

Allein dieser Bereich antezipierter Verfügungen kann daher eine Überschneidung des Bereiches der §§ 1378 III S. 3 und 1408 I-BGB bilden, sofern antezipierte Verfügungen die für die Einordnung als Ehevertrag entscheidende Regelung güterrechtlicher Verhältnisse enthalten. So können etwa Vorausabtretungen oder Stundungsabreden nicht Inhalt eines Ehevertrages sein. weil sie, wie gezeigt, die Güterstandsbestimmungen nicht ändern und deshalb keine Regelungen güterrechtlicher Verhältnisse sind. Soweit diese antezipierten Verfügungen deshalb § 1378 III S. 3 BGB unterfallen und dementsprechend verboten sind, kommt es nicht zu einer inhaltlichen Beschränkung von § 1408 I BGB. Problematisch ist dagegen der Fall des vor Beendigung des Güterstandes vereinbarten Erlasses der Zugewinnausgleichsforderung, der, wie gezeigt, Regelung güterrechtlicher Verhältnisse ist, weil er die Entstehung der Ausgleichsforderung von vornherein ausschließt. Gleiches gilt für den Fall, daß andere Wertansätze für Gegenstände vereinbart werden, die für die Berechnung des Endvermögens maßgeblich sind. Auch dies ist eine Regelung güterrechtlicher Verhältnisse, weil damit die Güterstandsbestimmungen verändert werden. Der BGH⁴⁷) hat ausgeführt, daß die Parteien damit den künftigen, durch das Gesetz bestimmten Anspruch auf Zugewinnausgleich inhaltlich geändert und deshalb darüber verfügt hätten. Dies trifft jedoch nicht zu, da die Parteien inhaltlich nicht den Anspruch auf Zugewinnausgleich, insbesondere nicht die noch gar nicht entstandene Ausgleichsforderung, geändert haben, sondern die zugrundeliegenden Güterstandsbestimmungen, die zum Entstehen der Ausgleichsforderung überhaupt erst führten. Dies stellt aber eine inhaltliche Änderung des Güterstandes als bestehendem Schuldverhältnis dar und kann allenfalls indirekt als Verfügung im Sinne einer inhaltlichen Änderung der daraus erwachsenden Ansprüche gesehen werden. Von einer antezipierten Verstigung über die Ausgleichsforderung darf jedenfalls nicht gesprochen werden. Bezeichnenderweise wurde ja auch in dem Erlaß einer künftigen Forderung eine Abänderung des Schuldverhältnisses gesehen¹⁸). Beide Fälle müssen damit notwendig durch Ehevertrag geregelt werden, denn der Güterstand entspricht dem abzuändernden Schuldverhältnis.

Stellt man sich nun aber die Frage, ob diese ehevertraglichen Regelungen dem Verfügungsverbot von § 1378 III S. 3 BGB unterliegen, so zeigt sich, daß dort untersagt ist, Vereinbarungen über das Schicksal der Ausgleichsforderung zu treffen. Damit können aber nur Vereinbarungen gemeint sein, die sich auf die zur Entstehung gelangende Ausgleichsforderung beziehen. S. 3 verbietet jedoch nicht, daß die Ehepartner die für die Entstehung der Forderung maßgeblichen güterrechtlichen Bestim-

mungen ändern. Diese Differenzierung kommt ebenso in dem unterschiedlichen Wortlaut von S. 2 zum Ausdruck, der weitergefaßt von "Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich" spricht, während S. 3 in seinem Verbotsbereich nur die Ausgleichsforderung selbst erfaßt. Nur das Schicksal der Ausgleichsforderung, nicht deren Entstehung ist Inhalt einer Vereinbarung im Sinne von § 1378 III S. 3 BGB. Solche Vereinbarungen sind aber nie Eheverträge. Umgekehrt sind Vereinbarungen über das Entstehen der Ausgleichsforderung immer Regelungen güterrechtlicher Verhältnisse und damit Eheverträge, können also von S. 3 gar nicht erfaßt werden. S. 2 dagegen regelt wegen seines weiter gefaßten Tatbestandes, der sich auf jede Art von Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich erstreckt, beides. Daraus folgt zum einen, daß Vereinbarungen über das Schicksal der Zugewinnausgleichsforderung überhaupt erst in der dortigen Form und dem dort bestimmten Zeitraum möglich werden. Zum anderen werden Vereinbarungen über die Entstehung der Zugewinnausgleichsforderung, die als Eheverträge jederzeit in Betracht kommen, zunächst aber der Form des § 1410 BGB unterliegen, während des Scheidungsverfahrens durch Formerleichterung begünstigt.

Damit liegt im Ergebnis zutage, daß die Regelungsbereiche der §§ 1378 III S. 3 und 1408 I BGB sich nicht überschneiden, während § 1378 III S. 2 BGB beide Bereiche voll umfaßt.

- 3. Als letztes bleibt das Kriterium zu benennen, das ehevertragliche Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich von Vereinbarungen über die Zugewinnausgleichsforderung unterscheidet, also die Grenze zwischen den §§ 1378 III S. 3 und 1408 I BGB bildet. In der Literatur werden zu dieser Frage zwei Lösungsvorschläge diskutiert:
- a) Der Vorschlag von *Brambring*^(*)) stellt für die Unterscheidung darauf ab, ob die Ehegatten die Vereinbarung im Hinblick auf ein konkret anstehendes Scheidungsverfahren treffen oder ob sie generell für eine scheidungsweise Auflösung der Ehe Geltung haben soll. Oben wurde aber bereits dargestellt, daß auch konkret auf ein bevorstehendes Scheidungsverfahren bezogene Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich Eheverträge sein können. Damit ist dieses Unterscheidungskriterium nicht tauglich.
- b) Nach dem Vorschlag von Gaul⁵⁰¹) soll danach zu unterscheiden sein, ob der Zugewinnausgleich von der Basis her geregelt, also ausgeschlossen oder modifiziert werden soll, dann sei Ehevertrag anzunehmen, oder ob die Zugewinnausgleichsforderung selbst im Zusammenhang mit einem konkret beabsichtigten Scheidungsverfahren zum Gegenstand einer Verpflichtung oder Verftigung gemacht wird, dann liege eine Scheidungsfolgenvereinbarung vor⁵¹). Doch wird hiermit auf das Merkmal der konkreten Bezogenheit auf eine beabsichtigte Scheidung abgestellt, das, wie sich gezeigt hat, nicht maßgeblich sein kann. Bei dieser Abgrenzung entstünde zudem eine Lücke für solche Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich, die nicht den Zugewinnausgleich von der Basis her regeln, sondern die Ausgleichsforderung selbst zum Gegenstand haben. Stehen diese nicht in Zusammenhang mit einer konkret beabsichtigten Scheidung, so könnten sie nicht eingeordnet werden. Überdies ist auch das

⁴⁶) RGZ 90, 395, 398 ff.; BGHZ 1, 294, 304.

⁷) FamRZ 1983, 160 f.

Siehe oben Fn. 28 und 29.

DNotZ 1983, 496 ff.; zustimmend auch Cypionka, MittRhNotK 1986, 157 ff.

⁵⁰⁾ Soergel/Gaul, 12, Aufl., § 1408 Rz. 18.

So Gaul wohl schon in NJW 1969, 1202; vgl. auch Beitzke, NJW 1970, 265, 266.

Kriterium einer Regelung "von der Basis her" wenig genau und damit kaum praktikabel⁵²).

c) Sieht man demgegenüber davon ab, auf das Merkmal der konkreten Bezogenheit auf eine Scheidung abzustellen und definiert man generell Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich, die die Ausgleichsforderung zum Gegenstand haben, als Scheidungsfolgenvereinbarungen im Sinne von § 1378 III S. 3 BGB, so ergibt sich völlige Übereinstimmung mit dem Bild, das oben zu der Frage gezeichnet worden ist, in welcher Hinsicht eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich auch unter Berücksichtigung der Beschränkung in § 1378 III BGB Gegenstand eines Ehevertrages sein kann. Dort ergab sich, daß überhaupt nur solche Vereinbarungen Eheverträge sind, die in irgendeiner Form auf das Entstehen der Zugewinnausgleichsforderung durch Abbedingen der Bestimmungen eines bestehenden Güterstandes einwirken. Dies dürfte dem nahekommen, was Gaul mit der Formulierung meint, Eheverträge seien solche Vereinbarungen, die den Zugewinnausgleich "von der Basis her" ausschließen oder modifizieren. Hingegen führt die Erkenntnis, daß § 1378 III S. 3 BGB nur solche Vereinbarungen meint, die das weitere Schicksal einer aufgrund der Güterstandsregelungen entstehenden Ausgleichsforderung bestimmen, zur Bestätigung der entsprechend allgemein zu fassenden Kategorie Gauls, daß Vereinbarungen, die die Zugewinnausgleichsforderung selbst zum Gegenstand von Verpflichtungen oder Verfügungen machen, Scheidungsfolgenvereinbarungen sind.

Das Abgrenzungskriterium selbst liegt danach auf der Hand: Es gibt kein spezielles Abgrenzungsproblem zwischen Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen i. S. von § 1378 III S. 3 BGB; es ist vielmehr die Frage nach der Definition des Ehevertrages in § 1408 I BGB zu stellen. Wenn eine Vereinbarung

sich auf den Güterstand auswirkt, ist sie "Regelung güterrechtlicher Verhältnisse" und deshalb Ehevertrag. Je nach der Antwort auf diese Frage ist die Vereinbarung in die eine oder die andere Kategorie einzuordnen. Ebenso gibt es keine speziellen Scheidungsfolgenvereinbarungen im Sinne von § 1378 III S. 2 BGB, denn diese Vorschrift erfaßt alle denkbaren Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich.

III. Zusammenfassung:

- Vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens können Ehegatten in einem Ehevertrag in der Form des § 1410 BGB Regelungen über den Zugewinnausgleich treffen. Vereinbarungen über das spätere Schicksal der entstehenden Zugewinnausgleichsforderung scheiden jedoch aus, weil sie nicht Regelungen güterrechtlicher Verhältnisse sind.
- Nach Rechtshängigkeit können Ehegatten gleichfalls ehevertragliche Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich treffen, dann jedoch auch in der erleichterten Form des § 1378 III S. 2 BGB.
- Verpflichtungen oder Verfügungen, die die Zugewinnausgleichsforderung zum Gegenstand haben, können Ehegatten
 vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens nicht vornehmen, nach Rechtshängigkeit dagegen in der in § 1378 III
 S. 2 BGB vorgesehenen Form. Diese Rechtsgeschäfte sind
 jedoch keine Eheverträge.

Zehn Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung

Von Richter am AmtsG Dr. Harald Oelkers, Hamburg, und stud. iur. Hartwig Kasten, Büchen

Zehn Jahre sind inzwischen seit der Entscheidung des BVerfG v. 3. 11. 1982 vergangen. Das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung ist Gegenstand zum Teil leidenschaftlich geführter Auseinandersetzung in Rechtsprechung und Literatur gewesen. Auch während des 59. Deutschen Juristentages ist dieses Thema u. a. von der Abteilung Familienrecht im Zuge der Diskussion um eine umfassende Reform des Kindschaftsrechts erörtert worden'). Im folgenden wird das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung aus familienrichterlicher Sicht dargestellt, wobei schwerpunktmäßig das Verfahren sowie die Auswirkungen einer Entscheidung für diese Sorgerechtsform auf das Unterhaltsrecht betrachtet werden sollen.

I. Die BVerfG-Entscheidung

Mit seiner Entscheidung v. 3. 11. 1982 hat das BVerfG § 1671 IV S. 1 BGB für verfassungswidrig erklärt²). Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte die elterliche Sorge nach einer Scheidung stets auf einen Elternteil übertragen werden. Dies hat das BVerfG mit der Begründung verworfen, daß zum einen das Elternrecht ein Freiheitsrecht im Verhältnis zum Staat sei; zum anderen der Staat auch nicht in jedem Fall in Ausübung seines Wächteramts berufen sei, einen Elternteil von der Pflege

und Erziehung seines Kindes auszuschalten und ihn auf ein Umgangsrecht zu beschränken³).

II. Vorteile und Nachteile des gemeinsamen Sorgerechts

Für ein gemeinsames Sorgerecht spricht, daß ein Höchstmaß an Kontinuität in der Erziehung des Kindes gewährleistet werden kann. Obwohl die Ehe der Eltern zerbricht, bleiben sie doch als Vater und Mutter dem Kind auch tatsächlich erhalten. Je mehr beide Eltern Anteil an der Erziehung und Pflege ihres Kindes haben, umso stärker gelingt es diesem, die traumatischen Erlebnisse von Trennung und Scheidung zu verarbeiten. Insoweit hat sich das BVerfG der Auffassung von Fthenakis angeschlossen").

⁵²⁾ Siehe dazu die erklärende Stellungnahme von Gaul in Festschrift Hermann Lange, S. 850 ff., worin er selbst jetzt Zweifel an der Praktikabilität äußert und vor allem von dem Kriterium einer "allgemeinen Regelung" abrückt.

Schwenzer, Gutachten zum 59. DJT 1992.

²) FamRZ 1982, 1179 = NJW 1983, 101.

⁾ BVerfG [Fn. 2].

BVerfG [Fn. 2], S. 1179 bzw. 102; ebenso MünchKomm/Hinz, BGB, 3. Aufl. 1992, § 1671 Rz. 65; Arntzen, in: AmtsG Arnsberg, FamRZ 1986, 1145, 1146; Michalski, FamRZ 1992, 128, 133; Limbach, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, 1988, S. 58; vgl. auch Wallerstein/Blakeslee, Gewinner und Verlierer, 1989, S. 304 ff. zu den psychischen Folgen bei fehlender Vaterbeziehung.