

anspruch in Betracht, wenn das Ehegüterrecht keine befriedigende Lösung über den Zugewinnausgleich gewährleistet und eine Beibehaltung der formalen Zuordnung zum Vermögen eines Ehegatten angesichts der in der Ehe durch maßgebliche finanzielle Beiträge und/oder über das eheübliche Maß hinausgehende Arbeitsleistungen des anderen Ehegatten geschaffenen Vermögenswerte unbillig erscheint. Eine Ehegatteninnengesellschaft kann dann vorliegen, wenn die Ehegatten über Jahre hinweg planvoll und zielstrebig gemeinsam am Aufbau eines Vermögens mitgearbeitet haben, um – auch im Alter – aus dessen Erträgen zu leben und daraus auch weiteres Vermögen zu bilden, das Vermögen aber allein einem Ehegatten gehört, der wegen der vereinbarten Gütertrennung bei Scheidung aber nicht ausgleichspflichtig ist.

Beispiel: Die Ehefrau (selbständige Unternehmerin) vereinbart mit ihrem Ehemann (stellungsloser Musiker) vor der Eheschließung Gütertrennung. Die Ehefrau ist beruflich äußerst erfolgreich. Der Ehemann, der den Haushalt versorgt, beweist sich als genialer Börsenstrategie, Anlageberater und Vermögensverwalter. Auch dank seines erheblichen Arbeitseinsatzes kann die Ehefrau ein großes Vermögen bilden. In der glücklichen Ehe ist von einer Bezahlung an den Mann für seine Arbeitsleistung keine Rede, auch nicht von einer Beteiligung an dem Vermögen der Frau. Bei Scheidung der Ehe sieht es der Mann (verständlicherweise) anders.

Stellt das Gericht fest, dass die Ehegatten zu einem bestimmten Zeitpunkt „schlüssig“ (also nicht ausdrücklich) einen Vertrag über eine Ehegatteninnengesellschaft geschlossen haben, weil „ihrem Tun die Vorstellung zugrunde liegt, dass das gemeinsam geschaffene Vermögen wirtschaftlich betrachtet nicht nur dem formal Berechtigten, sondern auch dem anderen Ehegatten zustehen soll“, kann der Mann bereits mit der Trennung von der Frau Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens bis zur Höhe der Hälfte ihres Vermögens verlangen. Hierbei bleibt allerdings offen, von welchem Zeitpunkt an die Ehegatteninnengesellschaft bestanden hat. Im Ergebnis korrigiert die Rechtsprechung die vertraglich vereinbarte Gütertrennung, mit der gerade ein Vermögensausgleich bei Scheidung der Ehe ausgeschlossen werden soll. Im Beispiel wird der Ehemann so gestellt, als hätten die Ehegatten die Gütertrennung ehevertraglich aufgehoben, um angesichts der veränderten Umstände die Zugewinnngemeinschaft zu vereinbaren, was aber notariell hätte beurkundet werden müssen, also nicht „schlüssig“ vereinbart werden kann. Das haben sie aber gerade nicht getan und damit zu erkennen gegeben, dass sie an der Gütertrennung festhalten wollen. Leben die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, sind Ansprüche aus der Ehegatteninnengesellschaft gegenüber dem Zugewinnausgleich nicht subsidiär.¹⁷⁷ Allerdings werden die Gerichte zur An-

nahme einer Ehegatteninnengesellschaft nur in seltenen, außergewöhnlichen Fällen kommen. Die Rechtsprechung überzeugt nicht. Die Konsequenzen beim Tode des vermögenden Ehegatten, etwa beim Vorhandensein eines Erbverzichtsvertrages, und die steuerliche Behandlung dieser Ausgleichsansprüche sind ungeklärt.

Eine rechtliche Möglichkeit, bei Vereinbarung der Gütertrennung ehevertraglich einen Ausgleichsanspruch aus einer Ehegatteninnengesellschaft auszuschließen, sehe ich nicht. Dagegen haben Ehegatten selbstverständlich die vertragliche Möglichkeit, Vermögen als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu erwerben und zu halten.

II. Vereinbarungsmöglichkeiten zum nachehelichen Unterhalt

- 108 Die Beobachtung, der Unterhaltsverzicht sei die „häufigste Form der Unterhaltsvereinbarung im Ehevertrag“, ist leider die (traurige) Wahrheit,¹⁷⁸ lässt aber Zweifel offen, ob die Ehegatten im Zeitpunkt der Vereinbarung das Risiko richtig eingeschätzt haben, nach Scheidung der Ehe ohne eigenes Einkommen und ohne realistische Chance auf eine Berufstätigkeit dazustehen. Die Warnung, vorschnell umfassend auf nachehelichen Unterhalt zu verzichten, richtet sich insbesondere an junge Eheleute. Verständlich ist die beiderseitige Überzeugung, ihrer partnerschaftlichen Ehe jeden Versorgungsscharakter zu nehmen, um so die wirtschaftliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit zu betonen. Diese Grundüberzeugung vom Verständnis der Ehe orientiert sich an den derzeitigen Verhältnissen: beide Ehegatten sind berufstätig und wollen es auch bleiben, der Wunsch nach einem Kind besteht derzeit nicht.

Bleibt es bei diesem Lebensplan, ist ein gegenseitiger und vollständiger Verzicht auf Unterhalt für die Zeit nach Scheidung der Ehe rechtlich zulässig und die richtige Vorsorgemaßnahme, das Risiko einer Unterhaltspflicht auszuschalten. Gedacht wird hierbei vor allem an den Unterhaltstatbestand des § 1573 BGB, nach dem ein geschiedener Ehegatte Unterhalt verlangen kann, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag. Weiteres typisches Motiv für den Unterhaltsverzicht ist die Furcht des sehr gut verdienenden Ehegatten, an den geschiedenen Ehegatten ohne oder mit einem geringen Einkommen Unterhalt in erheblicher Höhe und auf unbestimmte Zeit leisten zu müssen, also über den notwendigen Unterhalt hinaus.

So verständlich der Wunsch der Eheleute ist, die Risiken einer Zahlungsverpflichtung wechselseitig auszuschließen, bleibt bei ei-

nem Unterhaltsverzicht die durch die Geburt eines Kindes bedingte grundlegende Änderung ihres Lebensplans unberücksichtigt.

Die **Geburt eines Kindes** bedeutet in aller Regel, dass die Frau auf ihre Berufstätigkeit ganz oder teilweise verzichtet, also bei einer Scheidung der Ehe unterhaltsbedürftig sein kann. Die Frau verzichtet aber nicht nur auf wirtschaftliche Unabhängigkeit für die Zeit, in der sie sich dem Kind widmet, sie nimmt zugleich das Risiko auf sich, später nicht in den früheren Beruf zurückkehren oder eine andere vergleichbare Tätigkeit finden zu können. Bei einer längeren Ehedauer ist es keineswegs ungewöhnlich, dass aufgrund einer gemeinsamen Entscheidung der Eheleute die Frau auch nach der Zeit der Kindesbetreuung nicht in ihren Beruf zurückkehrt und bei Scheidung der Ehe wegen ihres Alters keine Möglichkeit hat, in das Berufsleben wieder eingegliedert zu werden. In allen geschilderten Fällen ist die Unterhaltsbedürftigkeit der Frau „ehebedingt“, weil sie letztlich auf den Wunsch nach einem gemeinsamen Kind zurückzuführen ist.

Die **Reform des Unterhaltsrechts** hat zum 1.1. 2008 einschneidende Änderungen beim nachehelichen Unterhalt gebracht, die nicht in jeder Hinsicht überzeugen.

„Verlierer“ der Reform ist der geschiedene Ehegatte, wenn er bei Scheidung ein oder mehrere Kinder betreut.

Dies kann beim vorsorgenden Ehevertrag zu der Überlegung führen, den nachehelichen **Unterhaltsanspruch abzusichern und zu verstärken**. Die Ehevertragsfreiheit erlaubt es, den nachehelichen Unterhalt ganz oder teilweise auszuschließen oder zugunsten des Unterhaltspflichtigen zu modifizieren, sie erlaubt es aber auch, vertraglich den nachehelichen Unterhaltsanspruch zu verstärken, ihn sogar von der gesetzlichen Regelung unabhängig zu gestalten, ihn auf eine eigenständige vertragliche Grundlage zu stellen mit dem Ziel, den nach Scheidung der Ehe unterhaltsberechtigten Ehegatten gegenüber der gesetzlichen Regelung besser zu stellen. Man spricht hier von **verstärkenden** oder **novierenden Vereinbarung**, auf die nach meiner Erfahrung in einem vorsorgenden Ehevertrag (auch in einer Getrenntlebens- bzw. Scheidungsvereinbarung) zurückgegriffen wird (→ Rn. 116). Auch die **Kompensation** für einen Unterhaltsverzicht durch Übertragung von Vermögen, aus dessen Erträgen dauerhaft der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten sichergestellt ist (→ Rn. 116), wird voraussichtlich an Bedeutung gewinnen.

Die Notwendigkeit, in bestimmten Ehekonstellationen einen Unterhaltsverzicht zu vereinbaren oder den gesetzlichen Unterhaltsanspruch zu modifizieren, wird durch das neue Unterhaltsrecht nicht entfallen, auch wenn in weit mehr Fällen als bisher bereits das Gesetz den Unterhaltsanspruch versagt, herabsetzt oder zeitlich befris-

tet. Rechtsunsicherheit bringen insbesondere die Vorschriften, die auf die „Billigkeit“ abstellen, wie insbesondere § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB für die Verlängerung des Unterhaltsanspruchs wegen Betreuung eines Kindes nach Vollendung dessen 3. Lebensjahres. Dies gilt auch für die Angemessenheit der Erwerbstätigkeit (§ 1574 Abs. 2 BGB) und die Herabsetzung und zeitliche Begrenzung des Unterhalts wegen Unbilligkeit (§ 1578b BGB). Wer der Ungewissheit einer späteren gerichtlichen Entscheidung entgehen will, wird daher ehevertraglich den nachhehlichen Unterhalt selbst gestalten.

1. Auflösend bedingter Verzicht auf Unterhalt bei Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes

- 109 Jüngeren Eheleuten ist die im Vertragsmuster vorgeschlagene Lösung eines auflösend bedingten Unterhaltsverzichts zu empfehlen. Diese Lösung kombiniert einerseits den Wunsch, vorsorglich jedes Risiko einer Unterhaltsverpflichtung für die Zeit nach Scheidung der Ehe auszuschließen, falls die Ehe kinderlos bleibt, andererseits trägt sie dem Umstand Rechnung, dass nach der Geburt eines gemeinsamen Kindes sich die Verhältnisse so grundlegend ändern, dass dem dann unterhaltsbedürftigen Ehegatten ein Anspruch auf Unterhalt nach den gesetzlichen Vorschriften zusteht. Die Formulierung stellt klar, dass es für den anderen Ehegatten, der nicht wegen der Betreuung des Kindes auf eine Berufstätigkeit verzichtet oder sie einschränkt, beim Unterhaltsverzicht bleibt.¹⁷⁹

Statt eines auflösend bedingten Unterhaltsverzichts kann auch ein Recht zum Rücktritt von dieser Vereinbarung für den Ehegatten vorgesehen werden, der wegen der Geburt eines Kindes seine Berufstätigkeit ganz oder teilweise aufgibt. Es liegt dann in seiner freien Entscheidung, ob er am Verzicht auf Unterhalt bei Scheidung der Ehe festhalten will oder nicht. Aus Beweisgründen sollte für die Rücktrittserklärung die Form der notariellen Beurkundung vorgesehen werden.¹⁸⁰

Es kann richtig sein, auch hier den gesetzlichen Unterhaltsanspruch zu modifizieren, zB durch Vereinbarung eines Höchstbetrages.

Formulierungsvorschlag (als Zusatz zu III. des Vertragsmusters):

3. Der Unterhaltsanspruch wird auf höchstens EUR ... monatlich begrenzt. Auf weitergehenden Unterhalt wird gegenseitig verzichtet.

Der Höchstbetrag des nachehelichen Unterhalts ist nach den heutigen Lebenshaltungskosten festgesetzt. Wir vereinbaren deshalb, dass sich der Höchstbetrag nach oben oder nach unten im gleichen prozentualen Verhältnis verändert, wie sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Verbraucherindex für Deutschland (auf der Basis 2005 = 100) nach oben oder nach unten bezogen auf den Tag der Beurkundung verändert. Die erste Anpassung erfolgt nach Rechtskraft der Ehescheidung durch Vergleich des für den Monat des Vertragsschlusses festgestellten Preisindex mit dem dann festgestellten Preisindex. Jede weitere Anpassung erfolgt dann jeweils für den Januar eines Jahres.

2. Unterhaltsverzicht einschließlich des Kindesbetreuungsunterhalts

Zum Kernbereich gehört an erster Stelle der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB, der schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt. Er ist aber auch „nicht jeglicher Modifikation entzogen“.¹⁸¹

Nach der Neufassung des § 1570 BGB durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts stellt sich die Frage, ob bei der **Kernbereichslehre**, die den Unterhalt wegen Kindesbetreuung auf den ersten Rang gesetzt hat, künftig zwischen dem Basis-Unterhalt nach § 1570 Abs. 1 S. 1 BGB und den Verlängerungsmöglichkeiten aus Billigkeitsgründen nach § 1570 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 BGB zu unterscheiden ist. Konkret geht es darum, ob die letztgenannten Unterhaltstatbestände einer weitergehenden Disposition der Ehegatten als bisher unterliegen. Dies wird nicht für die Verlängerung nach § 1570 Abs. 1 S. 2 BGB gelten, da hier auf die „Belange des Kindes“ abgestellt wird, also auf kindbezogene Gründe. Der Ausschluss dieses Unterhaltstatbestandes wird daher weiterhin einer verstärkten Inhaltskontrolle unterliegen.

Anders könnte es bei dem Unterhaltstatbestand nach § 1570 Abs. 2 BGB sein, der auf die „Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe“ abstellt, also auf die vereinbarte und praktizierte Rollenverteilung von beruflicher Tätigkeit und Haushaltsführung sowie Kindesbetreuung, also auf elternbezogene Gründe.¹⁸² Dieser Unterhaltsanspruch rechtfertigt sich aus dem Gesichtspunkt nachehelicher Solidarität. Der Anspruch aus § 1570 Abs. 2 BGB setzt jedenfalls voraus, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte im Zeitpunkt der Scheidung ein gemeinsames Kind betreut. Ist dies nicht mehr der Fall, entfällt ein Anspruch. Die „ver-

110

längerte Unterhaltsverpflichtung“ gleicht ehebedingte Nachteile aus und wird daher weiterhin zum engsten Kernbereich zu zählen sein.

In besonders gelagerten Fällen ist auch ein Verzicht auf den Kindesbetreuungsunterhalt zulässig und wirksam.

Beispiel: Die schwangere Ehefrau ist Oberstudienrätin und will ihre Berufstätigkeit zum frühest möglichen Zeitpunkt wieder aufnehmen. Die Ehefrau verfügt über ein erhebliches Vermögen. Sie befindet sich bei Abschluss des Ehevertrages nicht in einer schwächeren Verhandlungsposition. Die Ehegatten haben sich verständigt, spätestens mit Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes eine dritte Person zur Betreuung heranzuziehen und deren Kosten gemeinsam zu tragen.

Die Wirksamkeit des ganzen oder teilweisen Unterhaltsverzichts der Frau wird immer am Kindeswohl auszurichten sein. Der sog. Basisunterhalt, der dem geschiedenen Ehegatten wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt zusteht, ist nach der gesetzlichen Neuregelung nicht zwingendes Recht, sollte aber ehevertraglich weder ganz noch teilweise abbedungen werden. Da der sich anschließende Unterhaltsanspruch voraussetzt, dass dies der Billigkeit entspricht, kann dieser Unterhaltsanspruch wohl eher ausgeschlossen oder modifiziert werden, jedoch darf die Vereinbarung nicht dazu führen, dass die Belange des Kindes berührt werden, zB weil das Kind im besonderen Maße betreuungsbedürftig ist.

Formulierungsvorschlag:

1. Wir vereinbaren für den Fall der Scheidung unserer Ehe den gegenseitigen und vollständigen Verzicht auf die Gewährung nachehelichen Unterhalts, auch für den Fall der Not, und nehmen diesen Verzicht gegenseitig an.
2. Nach der Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes wird die Ehefrau zum frühest möglichen Zeitpunkt ihre Ganztätigkeit als Oberstudienrätin wieder aufnehmen. Wir sind uns einig, dass spätestens mit Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes zu dessen Betreuung eine dritte Person herangezogen wird, deren Kosten wir je zur Hälfte tragen. Unter dieser Voraussetzung verzichtet die Ehefrau ab dem vorgenannten Zeitpunkt auf Unterhalt nach § 1570 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB, soweit dem nicht Belange des Kindes entgegenstehen.

3. Unterhaltsverzicht mit Ausnahme des Kindesbetreuungsunterhalts

Wünschen jüngere, kinderlose Eheleute einen vollständigen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, sind sie bei Abschluss des Ehevertrages beide berufstätig, verfügen sie über ein ausreichendes Einkommen und ist die Frau nicht schwanger, ist der Unterhaltsverzicht jedenfalls wirksam. Er unterliegt aber der Ausübungskontrolle, wenn im Zeitpunkt der Scheidung der Ehe ein Ehegatte wegen der Betreuung eines Kindes unterhaltsbedürftig und nach dem Gesetz auch unterhaltsberechtigt ist. Der Anspruch auf Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes darf nicht ausgeschlossen werden. 111

Soll allein der Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes vom Unterhaltsverzicht ausgenommen werden, ist also der unterhaltsberechtigte Ehegatte bereit, für die Zeit danach auf Unterhalt zu verzichten, ist das rechtlich zulässig und möglich,¹⁸³ aber nur zu empfehlen, wenn für diesen Ehegatten nach der Zeit der Kindesbetreuung der eigene Unterhalt durch Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit oder in anderer Weise, zB aus Einkünften seines Vermögens, sichergestellt ist.

Formulierungsvorschlag:

1. Wir vereinbaren für den Fall der Scheidung unserer Ehe den gegenseitigen und vollständigen Verzicht auf die Gewährung nachehelichen Unterhalts, auch für den Fall der Not, und nehmen diesen Verzicht gegenseitig an.
2. Nach Scheidung der Ehe kann jedoch der eine Ehegatte von dem anderen Unterhalt wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes verlangen (§§ 1570, 1573 Abs. 2 BGB). Für das Maß des Unterhalts gilt § 1578 BGB.

Der letzte Satz stellt klar, dass sich die Höhe des nachehelichen Unterhalts nach den gesetzlichen Vorschriften richtet, also auch den Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 2 1. Var., Abs. 3 BGB) umfasst, der den Rang des Elementarunterhalts teilt.¹⁸⁴

Der BGH legt die Vereinbarung, wonach der Ehefrau ein Unterhaltsanspruch wegen Kindesbetreuung zusteht, dahin aus, dass er nicht nur den Anspruch erfasst, der sich im Falle ganztägig notwendiger Kindesbetreuung aus § 1570 BGB ergibt, sondern auch den Anspruch auf **Aufstockungsunterhalt** gemäß § 1573 Abs. 2 BGB, der neben dem Teilanspruch aus § 1570 BGB tritt, wenn einem Ehegatten eine Teilerwerbstätigkeit obliegt.¹⁸⁵ Soweit der der Ehefrau

zustehende Unterhalt aus § 1570 BGB zusammen mit ihrem Einkommen aus einer Teilerwerbstätigkeit zur Deckung ihres vollen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 BGB) nicht ausreicht, kommt ein zusätzlicher Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB in Betracht. Obgleich der BGH den Aufstockungsunterhalt als „am ehesten verzichtbar“ bezeichnet hat, kann dies m. E. für die Zeit der Kindesbetreuung nicht richtig sein, da die Sicherung des Unterhalts des betreuenden Ehegatten letztlich im Interesse des Kindes liegt.

Der **Ausschluss** von Unterhaltsansprüchen **im Anschluss an die Kindesbetreuung** ist nicht unbedenklich, soweit es um den Unterhalt wegen Alters, wegen Krankheit oder Gebrechen (§§ 1571, 1572 BGB) geht, also von dem geschiedenen Ehegatten im Zeitpunkt der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes wegen Alters oder Krankheit eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

Der BGH hat den Unterhalt wegen **Alters** und wegen **Krankheit** auf den zweiten Rang des Kernbereichs gestellt, ihn also ehevertraglicher Disposition weitgehend entzogen. Das überzeugt nur, wenn die Unterhaltsbedürftigkeit ehebedingt ist, also ein Ehegatte im Anschluss an die Kindesbetreuung wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig wird. Ist bei Vertragsschluss nicht absehbar, ob ein Ehegatte wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden kann, ist der Ausschluss des Unterhalts jedenfalls wirksam.¹⁸⁶

Für den Fall der Kinderlosigkeit der Ehe ist in dem Formulierungsvorschlag ein Unterhaltsanspruch wegen Alters und wegen Krankheit ausgeschlossen. Betreut ein Ehegatte bei Abschluss des Ehevertrages bereits ein oder mehrere Kinder und ist abzusehen, dass er nach der Betreuungszeit wegen Alters keine Erwerbstätigkeit finden wird, sind auch diese Unterhaltstatbestände vom Verzicht auszunehmen. Ist die Ehe bei Abschluss des Vertrages kinderlos ist, sollte dies vorsorglich erfolgen.

Formulierungsvorschlag (Zusatz):

3. Im Anschluss an die Kindesbetreuung kann dieser Ehegatte Unterhalt aus anderen gesetzlichen Gründen nur verlangen, wenn er bei Beendigung der Betreuung des jüngsten Kindes das ... Lebensjahr vollendet hat, oder von ihm wegen Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwächen seiner körperlichen oder geistigen Kräfte eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann (§§ 1571, 1572 BGB).

Im unmittelbaren Anschluss an den Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen kann Unterhalt wegen Alters verlangt werden, wenn dieser Ehegatte das ... Lebensjahr vollendet hat.