



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Abschluss- und Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen

**Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende
Untersuchung des deutschen und britischen Rechts**

Mirja Schmidt

Abschluss- und Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen

Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende
Untersuchung des deutschen und britischen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Mirja Schmidt

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Johann Kindl
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. h. c. Wilfried Schlüter, em.
Dekan: Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang
Tag der mündlichen Prüfung: 27. April 2010

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät, 2009

Mirja Schmidt

**Abschluss- und Inhaltskontrolle von
Scheidungsfolgenvereinbarungen**



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 1

Mirja Schmidt

Abschluss- und Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen

Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende
Untersuchung des deutschen und britischen Rechts

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Mirja Schmidt

„Abschluss- und Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen. Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und britischen Rechts“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 1

© 2010 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Mosenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

ISBN 978-3-8405-0013-8

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-17489498795

(elektronische Version)

© 2010 Mirja Schmidt

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Mirja Schmidt

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag

Meiner Familie

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster nahm die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2009/2010 als Dissertation an. Rechtsprechung und Literatur fanden bis August 2009 Berücksichtigung.

Mein besonderer Dank gilt an dieser Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Johann Kindl, nicht nur für die Betreuung der Arbeit und die zeitnahen Korrekturen, sondern ebenso für das mir entgegengebrachte Vertrauen. Weiter möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Wilfried Schlüter für die umgehende Zweitkorrektur der Arbeit danken.

Vorarbeiten zu dieser Arbeit entstanden während meines Masterstudien- gangs 2004/05 an der University of Edinburgh. Ich danke der Universität für den unkomplizierten Zugang zu ihren Bibliotheken und zu eigentlich unzugänglichen Altauflagen.

Ebenfalls danken möchte ich dem Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, das mir vor Ort die Möglich- keit gab, englische und schottische Literatur einzusehen.

Diese Arbeit ist meiner Familie gewidmet. Ihre Unterstützung in jeglicher Hinsicht hat die folgenden Seiten erst möglich gemacht.

Mirja Schmidt

Düsseldorf, im Mai 2010

„Just like everyone thinks they’re a better-than-average driver,
everyone thinks that there’s no way their marriage will end in divorce.“

Heather Mahar^{*}

^{*} Quelle: www.hno.harvard.edu/gazette/2003/10.16/01-prenup.html, abgerufen am 31.10.06.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Literaturverzeichnis	XII
Entscheidungsverzeichnis	XXIV

Erster Teil

§ 1 Einführung	1
I. Eingrenzung und Gang der Untersuchung	3
II. Die behandelten Länder und maßgeblichen Rechtskreise	5
1. Deutschland als kontinental-europäisches Rechtssystem	5
2. England als anglo-amerikanisches Rechtssystem	7
3. Verhältnis und Unterschied zwischen kontinental-europäischem und anglo-amerikanischem Recht	9
4. Schottland als mixed system	11
5. Die Entwicklung Schottlands zu einem mixed system	12
6. Die Vergleichbarkeit der gewählten Rechtssysteme	21
III. Überblick über die Entwicklung des jeweiligen Scheidungsrechts	22
1. Deutschland	23
2. England	28
3. Schottland	29

Zweiter Teil

Die rechtshistorischen Veränderungen und die gegenwärtige Rechtssituation in der Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen

§ 2	Deutschland	32
I.	Die Rechtslage vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches	32
1.	Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau	33
2.	Vereinbarungen zum ehelichen Güterrecht	35
3.	Vereinbarungen zu Scheidungsstrafen und Unterhalt	36
4.	Zusammenfassung	40
II.	Die Entwicklung nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches	40
1.	Unterhaltsvereinbarungen	42
2.	Auseinandersetzungsverträge	44
3.	Erleichterung der Scheidung auf Grund von Kollusion	47
4.	Erleichterung der Scheidung wegen Abkaufens des Scheidungsentschlusses	49
5.	Erleichterung der Scheidung auf Grund Rechtsmittelverzichtserklärung	50
6.	Geschäftsfähigkeit der Ehefrau	51
7.	Zusammenfassung	52
III.	Das nationalsozialistische EheG von 1938 und das EheG des Kontrollrates von 1946	52
1.	Unterhaltsvereinbarungen	54
2.	Auseinandersetzungsverträge	56
3.	Kollusion	58
4.	Sittenwidrige Vereinbarung im Übrigen	59
5.	Zusammenfassung	61
IV.	Die Regelungen seit Wiedereingliederung des EheG in das BGB 1977	62
1.	Unterhaltsvereinbarungen	63

a.	Unterhaltsvereinbarungen im Allgemeinen	63
b.	Unterhaltsverzicht zu Lasten der Sozialhilfe	66
2.	Auseinandersetzungsverträge	67
3.	Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich	69
4.	Globalverzichtsvereinbarungen	71
5.	Zusammenfassung	73
V.	Die Entwicklung der Rechtssituation seit 2001	74
1.	Die Entscheidungen des BVerfG und des BGH	75
a.	Grundsätze der Inhaltskontrolle	76
b.	Anwendung der Grundsätze	79
2.	Unterhaltsvereinbarungen	81
3.	Auseinandersetzungsverträge	83
4.	Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich	84
5.	Globalverzichtsvereinbarungen	85
6.	Zusammenfassung und gegenwärtige Rechtslage	87
§ 3	England	89
I.	Die rechtliche Situation zwischen 1857 und 1929	89
1.	Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau	90
a.	Marriage Settlements	91
b.	Separation Deeds	94
c.	Married Women's Property Act 1882	95
2.	Collusive Agreements	96
3.	Die Ehezerrüttung fördernde Vereinbarungen	101
4.	Zusammenfassung	103
II.	Die Entwicklung nach der Entscheidung Hyman v. Hyman	103
1.	Vereinbarungen über die Zuständigkeit des Gerichts	104
a.	Hyman v Hyman (1929) AC 601	105
b.	Bennett v Bennett [1952] 1 KB 249	109
2.	Collusive Agreements	111
3.	Consent Orders	115
4.	Zusammenfassung	117

III. Der Maintenance Agreements Act 1957 und die Entwicklung bis 1970	118
1. Die Möglichkeit der Abänderung von Vereinbarungen	120
2. Collusive Agreements	122
a. Collusive Agreements im Allgemeinen	122
b. Collusive Agreements zu Lasten der Sozialhilfe	124
3. Zusammenfassung	126
IV. Die Entwicklung der Rechtssituation seit 1970	127
1. Die Reform des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts	128
a. Wachtel v Wachtel [1973] 1 All ER 829	131
b. Matrimonial and Family Proceedings Act 1984	132
c. White v White [2000] 2 FLR 981	133
d. Vereinbarungen zwischen Ehegatten	135
2. Consent orders	137
3. Voreheliche Vereinbarungen	140
4. Separation agreements	144
5. Zusammenfassung und gegenwärtige Rechtslage	148
§ 4 Schottland	151
I. Die Rechtslage bis 1964	151
1. Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau	151
a. Marriage Contracts	154
b. Married Women's Property (Scotland) Acts	156
2. Fictional Death Rule	158
3. Zusammenfassung	162
II. Die Entwicklung nach dem Succession (Scotland) Act 1964	163
1. Vereinbarungen über die Zuständigkeit des Gerichts	165
2. Die Möglichkeit der Abänderung von Vereinbarungen	166
3. Joint Minute of Agreement	169
4. Zusammenfassung	170

III. Die Entwicklung der Rechtsituation seit 1985	172
1. Die Reform des Scheidungsfolgenrechts	172
2. Section 10 (6) (a) Family Law (Scotland) Act 1985	176
3. Section 16 Family Law (Scotland) Act 1985	178
4. Zusammenfall von settlement und Scheidungsfolgenvereinbarung	184
5. Zusammenfassung und gegenwärtige Rechtslage	186

Dritter Teil

§ 5 Rechtsvergleichung	190
I. Grundlagen	190
II. Die Gesamtentwicklung der letzten 100 Jahre	191
1. Die Verhinderung von Scheidungsfolgenvereinbarungen	191
a. Deutschland von 1900 bis 1938	192
b. England von 1900 bis 1929	194
c. Schottland von 1900 bis 1964	195
d. Ergebnis	197
2. Die Entwicklung bis zur gegenwärtigen Rechtslage	198
a. Deutschland von 1938 bis 2001	198
b. England von 1929 bis 1970	202
c. Schottland von 1965 bis 1985	205
d. Ergebnis	206
3. Scheidungsfolgenvereinbarungen und die Kontrollmöglichkeiten durch die Gerichte	208
a. Deutschland seit 2001	208
b. England seit 1970	210
c. Schottland seit 1985	212
d. Ergebnis	214
III. Gesamtergebnis und Schlussfolgerungen für die Zukunft	216

Literaturverzeichnis

- Bachmann, Peter: Die rechtliche Stellung des Ehegatten beigesetzlicher Erbfolge im schottischen Erbrecht, Dissertation, Regensburg 1996
- Bar, Christian von/Mankowski, Peter: Internationales Privatrecht, Band I, Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003
- Bar, Christian von/Mankowski, Peter: Internationales Privatrecht, Band II, Besonderer Teil, 2. Auflage, München 1991
- Beale, H. G. (Hrsg): Chitty on Contracts, Vol. I: General Principles, 29. Auflage, London 2004
- Beitzke, Günther: Scheidungsvereinbarungen über Zugewinnausgleich, NJW 1970, S. 265-268
- Bell, George Joseph/ Guthrie, William: Principles of the Law of Scotland, S. 624 (§ 1609), 10 Auflage, Edinburgh 1899
- Bereiter-Hahn, Werner: Nochmals: Der Unterhaltsverzicht im Scheidungsverfahren und die öffentliche Fürsorge, FamRZ 1955, S. 279-281
- Bergmann, Alexander/ Ferid, Murad/ Henrich, Dieter: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht – Band 6 (Gibraltar-Indonesien), Stand England: 2002, Stand Schottland: 1994 Frankfurt a. M./ Berlin
- Bergschneider, Ludwig: Verträge in Familiensachen – Eheverträge, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, 3. Auflage, Bielefeld 2006
- Bergschneider, Ludwig: Urteilsanmerkung, FamRZ 2005, S. 1569-1569
- Bernstorff, Christoph Graf von: Einführung in das englische Recht, 3. Auflage, München 2006
- Bissett-Johnson, Alastair/ Barton, Chris: The similarities and differences in Scottish and English family law in dealing with changing family patterns, Journal of Social Welfare and Family Law, 21 (1) 1999, S. 1-21
- Blackie, John W. G./ Whitty, Niall R.: Scots law and the New Ius Commune, in: Scots Law into the 21st Century, Hrsg.: Hector L. MacQueen, S. 65-81, Edinburgh 1996

- Blasius, Dirk: Ehescheidung in Deutschland, 1794-1945, Scheidung und Scheidungsrecht in historischer Perspektive, Göttingen 1987
- Böttger, Günter: Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Dissertation Berlin 1982
- Bond, Tina/ Black, Jill M./ Bridge, A. Jane: Family Law, Oxford 2009
- Bosch, F. W.: Der Verzicht auf Unterhalt und Zugewinnausgleich, FamRZ 1965, S. 237-241
- Bosch, F. W.: Anmerkung zum Urteil des LG Ellwangen FamRZ 1955, 108, FamRZ 1955, S. 110-110
- Brass, Alfons: Vertragsfreiheit im Familienrecht, Dissertation Jena 1913
- Bromley, Peter Mann: Family Law, 3. Auflage, London 1966
- Bromley, Peter Mann/ Lowe, Nigel Vaughan: Family Law, 8. Auflage, London/ Dublin/ Edinburgh 1992
- Büttner, Helmut: Grenzen ehevertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten, FamRZ 1998, S. 1-8
- Burton, Frances: Family Law, London/ Sydney/ Portland (Oregon) 2003
- Buschendorf, Axel: Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht – Unter besonderer Berücksichtigung des Ehegüterrechts, Dissertation Berlin 1985
- Cairns, John W.: The Civil Law Tradition in Scottish Legal Thought, in: The Civilian Tradition and Scots Law, Hrsg.: David L. Carey Miller, Reinhard Zimmermann, S. 191-223, Berlin 1997
- Cairns, John W.: History of the Faculty of Advocates to 1900, in: The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia, Hrsg.: Thomas Smith/ Robert Black, Volume 13, S. 499-537, Edinburgh 1992
- Clashfern, Lord Mackay of (Hrsg.): Halsbury's Laws of England
 - Vol. 9(1) – Consumer Credit, Contempt of Court, Contract, 4. Auflage – Reissue, London 1998
 - Vol. 29(3) – Matrimonial Law, 4. Auflage – Reissue, London 2001
- Clive, Eric McCredie: The Divorce (Scotland) Act 1976, Edinburgh 1976

- Clive, Eric M./ Wilson, John G.: The Law of Husband and Wife in Scotland, Edinburgh 1974
- Clive, Eric M.: The Law of Husband and Wife in Scotland
 2. Auflage, Edinburgh 1982
 3. Auflage, Edinburgh 1992
 4. Auflage, Edinburgh 1997
- Coudert, Frederic R.: Marriage and Divorce Law in Europe, A Study in Comparative Legislation, Dissertation New York 1983
 (Wiederauflage Littleton, Colorado 1993)
- Cretney, Stephen: Family Law in the Twentieth Century – A History, Oxford UP 2003
- Cretney, Stephen M.: Community of Property Imposed by Judicial Decision, LQR 2003, 119 (Jul), 349-352
- Cretney, Stephen M.: Private Ordering And Divorce – How Far Can We Go?, June [2003] Fam Law, 399-405
- Cretney, Stephen M.: Principles of Family Law, London 1974
- Cretney, Stephen M./ Masson, J. M.: Principles of Family Law, 6. Auflage, London 1997
- Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Ring, Gerhard (Gesamthrg.): Anwaltskommentar BGB, Band 4: Familienrecht, Hrsg.: Dagmar Kaiser/ Klaus Schnitzler/ Peter Friederici, Bonn 2005
- Dethloff, Nina: Anmerkung zu BGH JZ 1997, 411 ff., JZ 1997, S. 414-415
- Diederichsen, Uwe: Die allgemeinen Ehewirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen, NJW 1977, S. 217-223
- Doerenkamp, Friedrich Alfred: Scheidungsabkommen, Dissertation Erlangen 1934
- Donaldson, David Torrance: Das eheliche und nacheheliche Unterhaltsrecht in England und seine Entwicklung im Vergleich mit den Grundzügen des deutschen Rechts, Dissertation Freiburg 1967
- Duncker, Arne, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700-1914, Köln/ Weimar/ Wien 2003

- Edwards, Lilian/ Griffiths, Anne: Family Law, Edinburgh 1997
- Erskine, John/ Nicolson, James Badenach: An Institute of the Law of Scotland, Volume I, Neuauflage, Edinburgh 1871
- Forte, Angelo D. M.: Some Aspects of the Law of Marriage in Scotland: 1500 1700, in: Marriage and Property, Hrsg.: Elizabeth M. Craik, S. 104-118, Aberdeen UP 1984
- Fraser, Patrick: Treatise on Husband and Wife, According to the Law of Scotland
 - Volume I, 2. Auflage, Edinburgh 1876
 - Volume II, 2. Auflage, Edinburgh 1878
- Fuchs, Herbert: Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung, Dissertation Erlangen 1908
- Gerhard, Ute: Gleichheit ohne Angleichung, Frauen im Recht, München 1990
- Gerhardt, Peter/Heintschel-Heinegg, Bernd von/Klein, Michael: Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, FA-FamR, 5. Auflage, München/ Unterschleißheim 2005
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar: Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, München 1994
- Göppinger, Horst/Wax, Peter: Unterhaltsrecht, 7. Auflage, Bielefeld 1999
- Göppinger, Horst/Wax, Peter: Unterhaltsrecht, 8. Auflage, Bielefeld 2003
- Göppinger, Horst/Wax, Peter: Unterhaltsrecht, 9. Auflage, Bielefeld 2008
- Göppinger, Horst/ Börger, Ulrike: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, Die vertragliche Regelung der zivil-, steuer- und sozialrechtlichen Folgen, 8. Auflage, München 2005
- Göppinger, Horst: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, Die vertragliche Regelung der zivil-, steuer- und sozialrechtlichen Folgen, 3. Auflage, München 1978
- Gloag, William M./ Henderson, Robert Candlish: The Law of Scotland, 10 Auflage, Edinburgh 1995
- Gordon, William M.: Roman Law in Scotland, in: The civil Law Tradition in Scotland, Hrsg.: Robin Evans-Jones, S. 13-40, Edinburgh 1995

- Gordon, William M.: A Comparison of the Influence of Roman Law in England and Scotland, in: *The Civilian Tradition and Scots Law*, Hrsg.: David L. Carey Miller/ Reinhard Zimmermann, S. 135-148, Berlin 1997
- Grziwotz, Herbert: Das Ende der Vertragsfreiheit in Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht?, *FamRZ* 1997, S. 585-589
- Großfeld, Bernhard: Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, *AcP* 184 (1984), S. 289-321
- Hampel, Herbert Unterhaltsverzicht unter Ehegatten bei bestehender oder später eintretender Hilfsbedürftigkeit der Frau, *FamRZ* 1955, S. 421-428
- Henrich, Dieter/Huber, Peter Einführung in das englische Privatrecht
3. Auflage, Heidelberg 2003
- Hodson, David/Green, Miranda/De Souza, Nadine: Lambert – Shutting Pandora’s Box, 2003 *Fam LJ* 33, S. 37 – 45
- Hoffmann, Martin: Der vollständige Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch einen Ehevertrag, *NJW* 1977, S. 235-236
- Hoffmann, Edgar/Stephan, Walter: Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen – Kommentar,
1. Auflage, München-Berlin 1950
2. Auflage, München 1968
- Home Office: Supporting Families: A Consultation Document, London 1998
- Hornhardt, Rudolf von: Anmerkung zum Urteil OLG Köln DNotZ 1981, 444, DNotZ 1981, S. 447-451
- Hudson, John: *The Formation of the English Common Law - Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Carta*, London 1996
- Hübner, Rudolf: *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, Leipzig 1908
- James, Philip S./Glover, G. N.: *Introduction to English Law*, 12. Auflage, London 1989
- Jackson, Joseph/ Colgate, D. H. (Hrsg.): *Rayden’s Practice and Law in the Divorce Division - of the High Court of Justice and on Appeal therefrom*, 8. Auflage, London 1960

- Jackson, Joseph (Hrsg.) u.a.: Rayden and Jackson's Law and Practice in Divorce and Family Matters, Volume I, Text, 15. Auflage, London 1988
- Jensko, Sigrid: Scheidung und Trennung von Tisch und Bett nach französischem Recht – Darstellung der Voraussetzungen und Folgen nach der Reform 1975, Dissertation Mannheim 1984
- Johannsen, Kurt H./Henrich, Dieter: Ehe recht - Scheidung, Trennung, Folgen, 2. Auflage, München 1992
- Kemper, Rainer: Das neue Unterhaltsrecht, Köln 2008
- Koschaker, Paul: Europa und das römische Recht, 4. Auflage, München/Berlin 1966
- Kroon
Der Rechtsbestand für das deutsche Volk, Erster Band:
Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,
Dresden 1900
- Langenfeld, Gerrit: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Auflage, München 2000
- Langenfeld, Gerrit: Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt in der Praxis, NJW 1981, S. 2377-2381
- Langenfeld, Gerrit: Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich in der Praxis, NJW 1978, S. 1503-1507
- Latey, William (Hrsg.) u.a.: The Law and Practice in Divorce and Matrimonial Causes, 15. Auflage, London 1973
- Lee, Bong Ho: Divorce Law Reform in England, London 1974
- Lehmann, Brigitte: Ehevereinbarungen im 19. und 20. Jahrhundert, Frankfurt a. M./ Bern/ New York u.a. 1990
- Leneman, Leah: Alienated Affections – The Scottish Experience of Divorce and Separation, 1684-1830, Edinburgh UP 1998
- Loewenwarther, Viktor: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Fünfter Band – Familienrecht, Berlin 1929
- Lüdtkke, Egon: Unterhaltsverzicht der geschiedenen Ehefrau und öffentliche Fürsorge, NJW 1955, S. 211-212
- Lyall, Francis: An Introduction to British Law, The Legal Systems of the European States, Volume 1, Baden-Baden 1994

- MacQueen, Hector L.: Mixture or Muddle?, Teaching and Research in Scottish Legal History, ZEuP 1997, S. 369-384
- MacQueen, Hector L.: Scots and English law: the case of contract, Current Legal Problems 2001, S. 205-229
- MacQueen, Hector L.: Studying Scots Law, 2. Auflage, Edinburgh 1999
- Martin, Jill E.: Modern Equity, 15. Auflage, London 1997
- Maydell, Bernd von: Der Versorgungsausgleich, FamRZ 1977, S. 172-184
- Meder, Stephan: Der Unterhaltsverzicht im Spannungsfeld von Privatautonomie und öffentlichem Interesse, FuR 1993, S. 12-22
- Meiser, Hermann: Scheidungsfolgenvereinbarungen nach neuem französischem Recht, Dissertation Saarbrücken 1981
- Miller, Gareth: Pre Nuptial Agreements in English Law, P.C.B. 2003, 6, S. 415-426
- Münchener Kommentar: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Familienrecht I (§§ 1297-1588), 3. Auflage, München 1993
- Mugdan, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. Band: Familienrecht, Berlin 1899
- Neuhaus, Paul Heinrich: Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 1979
- Neville Turner, John/Davis-Ferid, Hildegard: Englisches Familienrecht, Frankfurt a. M. 1983
- Nipperdey, Thomas: Deutsche Geschichte 1866-1918, Zweiter Band: Machtstaat vor der Demokratie, München 1992
- Norrie, Kenneth McK: Family Law, 2. Auflage, Dundee 2009
- Opet, D./Blume, W. von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Das Familienrecht, Berlin 1906
- Oppenheim, Max: Vereinbarungen über Folgen der Ehescheidung, JW 1918, S. 727-728
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, München-Berlin 1949
17. Auflage, München-Berlin 1958

19. Auflage, München-Berlin 1960
36. Auflage, München 1977
40. Auflage, München 1981
43. Auflage, München 1984
67. Auflage, München 2008
68. Auflage, München 2009
- Passingham, Bernard/Harmer, Caroline: Law and Practice in Matrimonial Causes, 3. Auflage, London 1979
- Plagemann, Hermann: Versorgungsrechtliche Scheidungsfolgen, BB 1977, S. 1255-1259
- Planck, G.: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Vierter Band: Familienrecht
3. Auflage, Berlin 1906
4. Auflage, Berlin und Leipzig 1928
- Plucknett, Theodore Frank Thomas: A Concise History of the Common Law, 5. Auflage, London 1956
- Probert, R.: Cretney's Family Law, 5. Auflage, London 2003
6. Auflage, London 2006
- Reinartz, Bertold: Vertragliche Gestaltung des Versorgungsausgleichs, NJW 1977, S. 81-85
- Reinhardt, Dietrich: Die Zulässigkeit des Verzichts auf den nach Scheidung der Ehe gegebenen Unterhaltsanspruch, Bielefeld 1965
- Rheinstein, Max: Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Auflage, München 1987
- Robinson, Olivia F./Fergus, T. D./Gordon, William Morrison: European Legal History, 3. Auflage, London 2000
- Roch, Samuel: Verträge über Ehescheidungsfolgen, Berlin 1926
- Rohde, Armin: Vertraglicher Ausschluß des Versorgungsausgleichs, NJW 1977, S. 1763-1764
- Rosenberg, Curt: Verträge unter Ehegatten bei bevorstehender Scheidung, AcP 127 (1927) S. 46-77
- Rosenberg, Curt: Neue Reichsgerichtsentscheidungen zu den Ehescheidungsverträgen, JW 1930, S. 108-110

- Roßdeutscher, Gabi: Privatautonomie im Scheidungsrecht, Scheidungsbezogene Vereinbarungen in den letzten 200 Jahren, Frankfurt a. M./ Berlin/ Bern u.a. 1995
- Roth, Andreas: Urteilsanmerkung, FamRZ 2003, S. 922
- Royal Commission on Marriage and Divorce: Report 1951-1955; Cmd. 9678 London 1956
- Runge, Otto Sigismund: Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht, Berlin 1927
- Scanzoni, Gustav von: Das großdeutsche Ehegesetz vom 6. Juli 1938, Berlin 1939
- Scherer, Martin: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erlangen 1899
- Schleifer, Carl Hermann: Die Ehescheidung im deutschen Rechtskreis während des 19. Jahrhunderts, Dissertation Kiel 1972
- Schmalzl, Hans-Dieter: Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, Dissertation Regensburg 1973
- Schmidt, Arthur B.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vierter Band: Familienrecht, München 1907
- Schubert, Werner : Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, Paderborn-München u.a. 1993
- Schwenzer, Ingeborg: Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), S. 88-113
- Scottish Law Commission: Family Law – Report on Aliment and Financial Provision (No 67), Edinburgh 1981
- Sellar, W. David H.: Marriage, divorce and the forbidden degrees: canon law and Scots law, in: Explorations in Law and History, Hrsg.: Osborough, W N, Dublin 1995, S. 59-82
- Soergel, Hans Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 7, Familienrecht I (§§ 1297-1588), 12. Auflage, Stuttgart-Berlin u.a. 1988
- Stair, James Dalrymple Viscount of: The institutions of the law of Scotland, Edinburgh 1681
- Stair, James Dalrymple Viscount of: The institutions of the law of Scotland, Edinburgh 1981

- Stair Memorial Encyclopaedia: The Laws of Scotland – Child and Family Law, Reissue, Edinburgh 2004
- Stair Memorial Encyclopaedia: The Laws of Scotland, Vol 10, Edinburgh 1990
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band: Familienrecht, §§ 1363-1563, 12. Auflage, Berlin 1985
- Stone, Lawrence: Road to Divorce – England 1530-1987, Oxford UP 1992
- Stone, O. M.: Family Law, London/ Basingstoke 1977
- Strauß, Max: Auseinandersetzungsverträge bei Ehescheidungen, Berlin 1928
- Stromps, Katja: Die Institutional Writers – Schottisches Recht und kontinental-europäischer Einfluss, Dissertation Münster 2000
- Sutherland, Elaine E.: Child and Family Law, 2. Auflage, Edinburgh 2008
- The Scottish Office: Mutual Consent: Written Agreements in Family Law, Edinburgh 1997
- Thomson, Joseph McGeachy: Family Law in Scotland, 4. Auflage, Edinburgh 2002
- Tiedtke, Klaus: Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinnes vor Beginn des Scheidungsverfahrens, JZ 1982, S. 538-542
- Tipke, K.: Der Unterhaltsverzicht des geschiedenen Ehegatten und die öffentliche Fürsorge, FamRZ 1954, S. 188-190
- Walberer, Hans: Güterrechtsvereinbarungen im Scheidungsprozess, NJW 1965, S. 24-25
- Walker, David M.: Principles of Scottish Private Law
- Volume I, 4. Auflage, Oxford 1988
 - Volume II, 4. Auflage, Oxford 1988
 - Volume III, 4. Auflage, Oxford 1989
 - Volume IV, 4. Auflage, Oxford 1989
- Walker, David M.: The law of contracts and related obligations in Scotland, 3. Auflage, Edinburgh 1995

- Wall, Nicholas (Hrsg.) u.a.: Rayden and Jackson's Law and Practice in Divorce and Family Matters, Volume I, Text, 17. Auflage, London 1997
- Walter, Gerhard: Schuldprinzip kraft Ehevertrags?, NJW 1981, S. 1409-1414
- Walton, F. P.: A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland, Edinburgh 1951
- Weber, Helmut: Einführung in das schottische Recht, Darmstadt 1978
- Weber, Marianne: Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, Tübingen 1907
- Weber-Will, Susanne: Die rechtliche Stellung der Frau im Privatrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, Frankfurt a. M./ Bern/ New York 1983
- Wick, Hartmut: Der Versorgungsausgleich, 2. Auflage, Berlin 2007
- Wöhlermann, Katharina: Aspects of English Law of Contract, Implementation of Spousal Arrangements in Divorce Proceedings, Hamburg 1998
- Wolf, Ute: Zum internationalen Ehegüter- und Ehegattenerbrecht in England, Dissertation Münster 1999
- Ziegler, Rainer: Zur Wirksamkeit von Unterhaltsverzichten, Dissertation 2006
- Zimmermann, Reinhard: Common law und ius commune: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Hrsg.: Jürgen Basedow, Ulrich Drobnig, Reinhard Ellger u.a., Tübingen 2001, S. 851-870
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996

Die deutschen Abkürzungen folgen dem Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von Hildebert Kirchner/ Dietrich Pannier, 6. Aufl., Berlin 2008.

Die britischen Abkürzungen folgen dem Index to legal citations and abbreviations von Donald Raistrick, 3. Aufl., London 2008.

World dictionary of legal abbreviations, Igor I. Kavass/ Mary Miles Prince, Buffalo 1999

www.legalabbrevs.cardiff.ac.uk

Entscheidungsverzeichnis
der englischen und schottischen Rechtsprechung

A v B [2005] EWHC 314

Ackerman v Ackerman [1972] 2 All ER 420

Anderson v Anderson, 1991 SLT 11

Ashcroft v Ashcroft 1902 P 270

Atkinson v Atkinson, 1988 SCLR 396

Barnes v Barnes [1972] 1 WLR 1381

Bartonshill Coal Co. v. Reid (1858) 3 Macq. 266

Beattie v Beattie [1938] P 99

Bennett v Bennett [1952] 1 KB 249

Birch v Birch [1908] WN 81

Bishop v Bishop [1897] P 138

Blunt v Blunt [1943] AC 517

Bosworthick v Bosworthick (1926) P 159

Bremner v Bremner 2000 SCLR 912

Brodie v Brodie [1917] P 271

Brodie v Brodie 1987 SCLR 49

Bryan v Bryan 1985 SLT 444

Butler v Butler (1885) 14 QBD 831

Butler v Butler (CA) (1885) 16 QBD 374

Camm v Camm (1983) 4 FLR 577

Cannam v Farmer (1845) 154 ER 1026

Charlesworth v Holt (1873-74) LR 9 Ex 38

Churchward v Churchward and Holliday [1895] P 7

Coats' Trustees v Inland Revenue 1965 SLT 145

Cowan v Cowan [2002] Fam 97

Crewe v Crewe (1800) 3 Hagg Ecc 123

Dean v Dean [1978] 3 All ER 758

De Lasala v de Lasala [1979] 2 All ER 1146

Dharamshi v Dharamshi [2000] WL 1841651

Dick v The General Life Assurance Co. Ltd. (1900) 7 SLT 446

Drummond v Bell-Irving 1930 SC 704
Duchess of Marlborough v Duke of Marlborough [1901] 1 Ch. 165 (168)
Dunbar v Dunbar 1977 SLT 169

Edgar v Edgar [1980] 3 All ER 887
Elder v Elder 1985 SLT 471
Emanuel v Emanuel [1946] P 115
Ewart v Ewart [1958] 3 All ER 561

F v F [1995] 2 FLR 45
Fenton Livingstone v Fenton Livingstone 1908 SC 286
Fitzgerald v. Chapman (1875) LR 1 Ch D 563
Forbes v Knox 1957 SLT 102
Fortington v Lord Kinnaird 1942 SC 239
Furniss v Furniss (1982) 3 FLR 46

G v G [2000] 2 FLR 18
Galbraith v Provident Bank (1900) 8 SLT 140
Galloway v Galloway 1929 SLT 131
Gandy v Gandy (1882) 7 PD 168
Gavin's Trustees v Walker's Trustees (1907) 15 SLT 681
Gillon v Gillon (No 1), 1994 SLT 978
Gillon v Gillon (No 3) 1995 SLT 678
Gordon v Nakeski-Cumming 1924 SC 939
Gorman v Gorman [1964] 1 WLR 1440
Gosling v Gosling [1968] P 1

H v W (1857) 3 K & J 382
Hanlon v The Law Society [1981] AC 124
Harrison v Harrison [1910] 1 K B 35
Harvey v Farquhar (1870-75) LR 2 Sc 192
Head v Cox [1964] P 228
Henderson v Mrs Jessie Anne Hutchison or Dawson, (1895) 3 SLT 82
Hodge v Mitchell (1908) 16 SLT 289
Horsburgh v Horsburgh 1949 SLT 355
Horton v Horton 1992 SLT (Sh Ct) 37

Hubbard v Hubbard (1901) P 157
Hunt v Hunt (1862) 4 De GF & J 221
Hyman v Hyman (1929) AC 601

Inglis v Inglis, 1999 SLT 59

Jacques v Jacques, 1997 SLT 459
Jeffrey v Jeffrey (No 2) [1952] P 122
Jones v Jones [1975] 2 All ER 12

K v K [1961] 1 WLR 802
K v K [2003] 1 FLR 120

L v L [1962] P 101
Lady Selsdon v Lord Selsdon 1934 SLT 377
Laidler v Laidler (1920) 36 TLR 510
Lambert v Lambert [2003] Fam 103
Lander v Lander and Favagrossa 1891 P 161
Livesey v Jenkins [1985] 1 All ER 106
Lloyd v Lloyd and Chichester (1859) 1 S & T 567
Lowndes v Lowndes [1950] P 223
Lurie v Lurie [1938] 3 All ER 156

M v M (No 1) [1967] P 313
M v M [2002] 1 FLR 654
Malley v Malley (1909) 25 TLR 662
May v May (1929) 2 KB 386
McAfee v McAfee 1990 SCLR 805
McKay v McKay 2006 Fam LR 78
McKenzie v McKenzie 1935 SLT 198
McShannon v. Rockware Glas Ltd [1978] 1 All ER 625
Mill v Dundas (1919) 2 SLT 65
Millar v Millar 1940 SC 56
Millar v Millar, 1990 SCLR 66
Mills v Mills [1940] P 124
Minton v Minton [1979] 1 All ER 79

Montgomery v Zarifi 1918 SC 128
Morrall v Morrall (1881) 6 PD 98
Mulhouse v Mulhouse [1966] P 39
Mullen v March's Trustees 1920 2 SLT 372

N v N [1999] 2 FLR 745
Naismith v Boyes [1899] AC 495
Nash v Nash [1965] P 266
Noble v Noble and Ellis (No. 2) [1964] P 250

Pettitt v Pettitt (1969) 20 P & CR 991
Phillips v Barnet [1876] LR 1 QBD 437
Pounds v Pounds [1994] 1 FLR 775
Prinsep v Prinsep (1929) P 225

Raitt v Raitt 1923 SLT 66
Ratcliffe v Ratcliffe [1962] 1 WLR 1455
Ritchie v Ritchie's Trs (1874) 1 R 987
Robertson v Robertson, 2003 SLT 208
Rose v Rose (2002) 1 FLR 978

S v S [1997] 2 FLR 100
Scott v Morley (1888) LR 20 Q.B.D. 120
Shaw v Gould Law Rep 3 H L 55
Short v Short 1994 GWD 21-1300
Sillars v Sillars 1911 SC 1207
Simmonds v Simmonds [1956] P 47
Skarpaas v Skarpaas 1991 SLT (Sh Ct) 15
Smith v. Bank of Scotland 1997 SC 111
Smallman v Smallman [1971] 3 All ER 717
Smith v Smith, 1988 SLT 840
Sutton v Sutton [1984] Ch 184

Teale v Burt (formerly Teale) and Burt [1951] P 438
Thomson v Thomson 1982 SLT 521
Towse's Tr v Towse 1924 SLT 465

Thwaite v Thwaite [1981] 2 All ER 789

Vansittart v Vansittart (1858) 44 ER 984

Wachtel v Wachtel [1973] 1 All ER 829

Walker v Walker (1910) 2 SLT 306

White v White [2001] 1 AC 596

Wilson v Carnley [1908] 1 KB 729

Wilson v Wilson (1848) 9 ER 870

Wright v Wright [1970] 3 All ER 209

Worth v Worth 1994 SLT 54

X v X (Y and Z intervening) [2002] 1 FLR 508

Xydhias v Xydhias [1999] 2 All ER 386

Young v Young [1961] 3 All ER 695

Young v Young (No 2) 1991 SLT 869

Erster Teil

§ 1 Einführung

Mit der Entscheidung XII ZR 265/02 vom 11. 02. 2004 änderte der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Vornahme von Inhaltskontrollen bei Eheverträgen.¹ Auf dieser seither in Deutschland möglichen richterlichen Inhaltskontrolle liegt ein Schwerpunkt der sich mit der Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen² im deutschen und britischem Recht befassenden rechtshistorischen Arbeit.

Die Behandlung des Themas in Form einer rechtsvergleichenden Studie erfolgte aus mehreren Gründen. Vor allen Dingen aber soll die Arbeit durch ihre rechtsvergleichende Form Anregung sein, sich Alternativen zu öffnen und das deutsche Recht nicht mehr als einzig existente und akzeptable juristische Lösung wahrzunehmen. Denn die Rechtsvergleichung kann den Anstoß geben, sich mit dem eigenen staatlichen Recht kritisch auseinander zu setzen. Dann birgt die Auseinandersetzung mit fremden Rechtsordnungen die Chance, ein vielleicht geändertes Rechtsbewusstsein und ein tieferes Verständnis für die eigene Rechtsordnung zu erlangen. Sie ermöglicht einen Ausbruch aus mitunter zu fein gesponnenen Einzelheiten und ist Schutz vor dogmatischer Verkrustung und vor nationaler Nabelschau.³

Auch für die Arbeit der Legislative spielt die Rechtsvergleichung daher eine nicht zu unterschätzende Rolle und ihre Nutzung durch den Gesetzgeber beruht auf einer langen Tradition.⁴ So handelt es sich als Beispiel bei der deutschen Einkommensteuer um eine aus dem Jahre 1798 stammende englische Erfindung und schon das preußische Aktiengesetz von 1843 baute

¹ BGH NJW 04, 930 = FamRZ 04, 601 = FuR 04, 119.

² ‚Scheidungsfolgenvereinbarung‘ wird hier als neutraler Begriff für alle Verträge, die Vereinbarungen über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen treffen, unabhängig vom Zeitpunkt ihres Vertragsschlusses verwendet. Welche Alternativen er umfasst und wie diese sich im Detail unterscheiden, wird unter der jeweiligen Rechtsordnung erläutert.

³ B. Großfeld, Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: AcP 184 (1984) 289 (295).

⁴ B. Großfeld, Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: AcP 184 (1984) 289 (296).

auf dem französischen Code de Commerce von 1807 auf.⁵ Auch unser Bürgerliches Gesetzbuch sähe anders aus, hätte man sich bei seiner Schaffung nicht vergleichbare Vorhaben und deren Umsetzung angeschaut. Fast hundert Jahre nach den Gesetzbüchern Frankreichs⁶ und Österreichs⁷ geschaffen, haben die Verfasser des BGB die Erfahrungen des Auslandes verwertet und führten einen systematischen Aufbau und präzise, konsequent durchgehaltenen Begriffe ein.⁸ Die Rechtsvergleichung hat weiter an Bedeutung gewonnen und ist heute gängiges Mittel zur Abstimmung mit dem Ausland. Der Bedeutungszuwachs wurde vor allen Dingen durch die Rechtsvereinheitlichung in Europa hervorgerufen, die sich im Zuge der Europäischen Union aber auch -speziell im Familienrecht- als Auswirkung der gemeinsamen geistigen Entwicklung und übereinstimmender Bedürfnisse der Gegenwart⁹ einstellte.

Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Behandlung von Scheidungsfolgenvereinbarungen ist insbesondere von Interesse und Nutzen, da die Anzahl von Ehen mit Auslandsbezug beständig wächst. Auslandsbezug liegt unter anderem dann vor, wenn Wohnsitz oder Aufenthalt eines oder beider Ehepartner im Ausland ist oder die Ehepartner nicht dieselbe Staatsangehörigkeit haben,¹⁰ es sich also um sogenannte binationale Ehen handelt. Insbesondere die Zahl solch binationaler Ehen ist zunehmend. Allein in Deutschland waren im Jahr 2003 von insgesamt 383 000 Eheschlüssen 60 000 und damit 15,7 % binational.¹¹ Zwischen 1960 und 1985 lag die Zahl noch bei 20 000 bis 30 000 jährlich.¹² Dabei handelt es sich nicht um

⁵ Siehe weitere Beispiele bei *B. Großfeld*, Vom Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, in: AcP 184 (1984) 289 (296 f., 299 ff.).

⁶ Code civil von 1804.

⁷ ABGB von 1811.

⁸ *M. Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 87.

⁹ *P. H. Neuhaus*, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, S. 11.

¹⁰ *C. von Bar*, Internationales Privatrecht – Band II, § 2 Rn. 103; *P. Gerhardt/ B. von Heintschel-Heinegg/ M. Klein*, Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, Kap. 15 Rn. 1.

¹¹ Quelle: Statistisches Bundesamt, Datenreport 2004, Teil 1: Gesellschaft, Wirtschaft, Staat im Spiegel der Statistik, 1: Bevölkerung, 1.7: Eheschließungen, Scheidungen, unter www.destatis.de/download/d/datenreport/1_01_gesch.pdf, abgerufen am 24. 11. 2005. Der Begriff der binationalen Ehe umfasst hier Ehen zwischen Deutschen und Ausländern, nicht aber Ehen zwischen Ausländern verschiedener Nationalitäten.

¹² Quelle: Verband Binationaler Familien und Partnerschaften, iaf e. V., unter [www.verband-binationaler.de/wersindwir/Zahlen und Fakten 2003BGST.pdf](http://www.verband-binationaler.de/wersindwir/Zahlen%20und%20Fakten%2003BGST.pdf), abgerufen am 24.11.2005.

eine rein innerdeutsche Entwicklung. Sie vollzieht sich in ganz Europa.¹³ Schon jetzt halten sich mehrere zehn Millionen Europäer außerhalb ihres Heimatlandes auf,¹⁴ innerhalb der EU erleichtert durch die geöffneten Grenzen und die Personenfreizügigkeit. Aber nicht nur unter EU Bürgern, sondern weltweit - gestützt durch die rasch fortschreitende Globalisierung - führen der berufliche Wechsel in ein anderes Land, Aus- und Fortbildung und Urlaubsaufenthalte im Ausland zu familiären Bindungen. Allein dies zwingt verstärkt zur Beschäftigung mit ausländischen Rechtsordnungen. Eine Rechtsvergleichung zu den Beschränkungen von Scheidungsfolgenvereinbarungen ist dabei sowohl für die Ehegatten, deren Ehen Auslandsbezug aufweisen, von Interesse als auch für die Gerichte, die sich mit dem Scheitern einer solchen Ehe befassen müssen. Denn in Verfahren mit Auslandsbezug, bei denen also Internationales Privatrecht heranzuziehen ist, kann es sowohl vorkommen, dass der Richter fremdes Privatrecht anwenden, als auch eine Sachrechtsvergleichung vornehmen muss.¹⁵ Für Ehepaare mit Auslandsbezug ist die Kenntnis der entsprechenden Rechtsordnungen von größter Wichtigkeit für die Wahl des Gerichtsstandes, dem *forum shopping*, da seit Inkraft-Treten der Brüssel II-Verordnung¹⁶ der Gerichtsstand bei mehreren möglichen Gerichtsständen davon abhängt, welches Verfahren zuerst anhängig ist.¹⁷

I. Eingrenzung und Gang der Untersuchung

Eine Rechtsvergleichung zwischen deutschem¹⁸ und britischem Recht vorzunehmen, bedeutet drei Rechtsordnungen zu bearbeiten. Dies liegt daran,

¹³ Quelle: Council of Europe, Parliamentary Assembly, Links between Europeans living abroad and their countries of origin, Doc. 8339, Report, Committee on Migration, Refugees and Demography, unter II.1.2., unter <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc99/EDOC8339.htm>, abgerufen am 24. 11. 2005.

¹⁴ Quelle: Council of Europe, Parliamentary Assembly, Links between Europeans living abroad and their countries of origin, Doc. 8339, Report, Committee on Migration, Refugees and Demography, unter II.1.2., unter <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc99/EDOC8339.htm>, abgerufen am 24. 11. 2005.

¹⁵ Siehe dazu die detailliertere Ausführung bei C. von Bar/ P. Mankowski, Internationales Privatrecht – Band I, § 2 Rn 97.

¹⁶ VO (EG) Nr. 1347/2000 vom 29. 5. 2000; seit 1. 3. 2005: VO (EG) Nr. 2201/2003.

¹⁷ B. Dauner-Lieb/ T. Heidel/ G. Ring (Hrsg.), AnwK-BGB/B 4/Woelke, Länderberichte - England und Wales, S. 1961, Rn. 2.

¹⁸ Es wird nicht das Recht der Deutschen Demokratischen Republik besprochen.

dass es sich bei Großbritannien¹⁹ um einen Mehrrechtsstaat handelt.²⁰ Er setzt sich zusammen aus dem schottischen und dem englischen Rechtssystem, wobei das englische sowohl für England als auch den Landesteil Wales²¹ gilt.

Die Untersuchung befasst sich mit dem Scheidungsfolgenrecht, das heißt, sie befasst sich mit (ehemals) miteinander verheirateten Paaren. Sie behandelt weder die entsprechende Problematik bei Vereinbarungen zwischen nichtehelichen Lebensgemeinschaften noch eingetragenen Lebenspartnerschaften. Ebenfalls nicht mit in die Bearbeitung einbezogen wurden die Auseinandersetzung des Hausrats und Probleme des Kindschaftsrechts, wenn die Ehepartner über Kindesunterhalt entscheiden oder andere Fragen in Bezug auf ihre Kinder zu regeln versuchen. Die Arbeit befasst sich allein mit der Handhabung von vermögensrechtlichen Vereinbarungen, die vor oder während einer Ehe geschlossen wurden, in zeitlicher Nähe zum oder in Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren standen und die bewusst - zumindest auch - für die Scheidungsnachfolgenzeit getroffen wurden. Sie konzentriert sich dabei auf die güterrechtliche Auseinandersetzung, den nahehelichen Unterhalt und den Versorgungsausgleich. Hierbei interessieren vor allen Dingen Probleme und Hindernisse, die sich speziell auf den familienrechtlichen Bereich beziehen, und nicht solche, die aus dem allgemeinen Vertragsrecht herrühren.

Die Arbeit befasst sich mit der gesetzlichen Behandlung, aber vor allen Dingen mit der richterlichen Handhabung von Scheidungsfolgenvereinba-

¹⁹ Großbritannien besteht aus England, Wales und Schottland. Zusammen mit Nordirland bildet Großbritannien das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland. (Die Union zwischen England und Wales erfolgte in dem Jahr 1536, die mit Schottland 1707 und mit Irland 1800, wobei die Verbindung mit Nordirland in der heutigen Form seit 1922 besteht, der Name ‚Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland‘ seit 1927 verwendet wird.)

²⁰ A. Bergmann/ M. Ferid/ D. Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht – Band 6 (Großbritannien), S. 4.

²¹ Das walisische Recht weicht nur unwesentlich vom englischen ab. Es gibt lediglich vereinzelte Gesetze (*Acts*), die ausschließlich oder in erster Linie für Wales gelten. Im Zuge der Devolution, d. h. der verstärkten Eigenständigkeit der anderen Landesteile von England durch die Abtretung von Rechten der britischen Regierung an sie, wurde mit dem Government of Wales Act 1998 das National Assembly for Wales eingeführt, welches aber nur Rechtsverordnungen (*Statutory Instruments*) erlassen darf.

Im Folgenden wird daher nur von England und dem englischen Recht gesprochen. Da aber in der hier behandelten Thematik allenfalls geringfügige Abweichungen zwischen dem englischen und walisischen Recht bestehen, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass für Wales dieselben Regelungen und Ergebnisse gelten.

rungen in der deutschen, englischen und schottischen Rechtsordnung. Begonnen wird jeweils mit der rechtshistorischen Entwicklung. Hier wird zunächst begutachtet, seit wann Scheidungsfolgenvereinbarungen überhaupt möglich sind und welche Hindernisse solchen Verträgen entgegengesetzt wurden. Dieses Problem führt zu der weiterführenden Frage, ob und wenn ja welche Bestimmung und Grenzen inhaltlicher Art bestanden. Nach der ursprünglichen Ausgangslage werden Entwicklung und Veränderung bezüglich grundsätzlicher Einwendungen gegen und inhaltlicher Beschränkungen von vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen betrachtet.

Die Untersuchungen der einzelnen Rechtsordnungen setzen hierbei zu unterschiedlichen Zeitpunkten ein, da die Entwicklungen im Scheidungsrecht und von Vereinbarungen über Scheidungsfolgen in jeder einzelnen sehr unterschiedlich verlief und ein zeitlich einheitlicher Einstieg als künstlich und nicht sinnvoll erschien. Im Anschluss an den rechtshistorischen Teil wird die jeweilige aktuelle Rechtslage untersucht. Als letzter Teil folgt die Rechtsvergleichung. Es wird gefragt, ob dieselben oder vergleichbare Grundsätze und Grenzen der Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen in Deutschland, England und Schottland zu Grunde liegen. Unterscheidet sich die Herangehensweise der drei Rechtssysteme? Kommen die Rechtsordnungen grundsätzlich oder nur selten zu denselben oder ähnlichen Ergebnissen? Weiterhin wird untersucht, ob der Umgang mit vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen in den verschiedenen Rechtssystemen während der letzten 100 Jahre gleich verlief. Fand jeweils gleichzeitig eine Verschärfung der Kontrollen solcher Vereinbarungen statt oder war die Entwicklung gegenläufig?

II. Die behandelten Länder und maßgeblichen Rechtskreise

1. Deutschland als kontinental-europäisches Rechtssystem

Deutschland gehört als Rechtsordnung zum kontinental-europäischen Rechtskreis²², der im englischsprachigen Raum meist als *Civil Law*²³ be-

²² Es kann darüber hinaus eine Unterteilung des kontinental-europäischen Rechtskreises in einen deutschen und einen romanischen Rechtskreis vorgenommen werden. So K. Zweigert/ H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 73, 130 f.

zeichnet wird. Zu einem Rechtskreis werden diejenigen Rechtssysteme zusammengefasst, die grundlegende Gemeinsamkeiten aufweisen. Bei dem kontinental-europäischen Rechtskreis ist die grundlegende Gemeinsamkeit die Autorität, die dem römischen Recht durch die in ihm vereinten Rechtsordnungen zugewiesen wird. Das römische Recht wurde in der Geschichte der europäischen Staaten nicht durchgängig als maßgeblich oder zumindest verwertbar erachtet. Nach dem Untergang des weströmischen Reiches 476²⁴ bildeten sich regional unterschiedliche Gewohnheitsrechte heraus.

Die Rezeption des römischen Rechts begann erst Ende des 11. Jh. in Bologna, wo erneut mit der zwischen 529-534 im Auftrage des byzantinischen Kaisers Justinian (527-565)²⁵ geschaffenen Gesetzeszusammenfassung – dem *Corpus Iuris Civilis* – gearbeitet wurde. Das Studium und die Nutzung des römischen Rechts, im Englischen auch bezeichnet als das *learned law*, das gelehrte Recht, breitete sich von dort im 12. und 13. Jh. in ganz Italien und Südfrankreich aus. In Deutschland²⁶ setzte sich die Wiederentdeckung des römischen Rechts zunehmend erst ab dem 15. Jh. durch. Ihre Auswirkungen hingegen waren in Deutschland auch im Verhältnis zu den anderen kontinentaleuropäischen Staaten besonders ausgeprägt. Grund dafür war, dass Deutschland nach dem Ende der Stauferzeit im 13. Jh. einem Machtzuwachs der territorialen Landesherren und der Städte und einer Schwächung der zentralen Reichsgewalt ausgesetzt war.²⁷ Eine daraus resultierende Folge war die Zersplitterung des Rechtssystems. Damit bestand im 15. Jh. kein einheitliches Recht, welches dem Vordringen der Lehren des römischen Rechts entgegenstehen konnte. Das zersplitterte Recht war vielmehr offen für Lösungen, die es selber nicht bot. Dazu kam, dass die bisherige Rechtsfindung, die auf überliefertem Rechtswissen, aber auch auf prakti-

²³ Der Begriff des Civil Law für den kontinental-europäischen Rechtskreis muss dabei klar abgetrennt werden von seiner Bedeutung als Zivilrecht. Zur Unterscheidung im Englischen wird der Begriff für den Rechtskreis häufig mit Großbuchstaben begonnen (*Civil Law*) und zur Klarstellung in seiner Bedeutung als Zivilrecht klein geschrieben (*civil law*).

²⁴ Alle Jahresangaben beziehen sich auf die Zeit nach Christi Geburt.

²⁵ Jahreszahlen in Klammern hinter Herrschern verweisen auf die Regierungs- nicht auf die Lebenszeiten.

²⁶ Der Einfachheit halber wird durchgängig von Deutschland gesprochen und nicht näher eingegangen auf die Entwicklung vom Heiligen Römischen Reich (deutscher Nationen) (wohl 911-1806), über den Deutschen Bund (1815-1866), das zweite Reich (1870/71-1918), die Weimarer Republik (1918-1933), das dritte Deutsche Reich (1933-1945) bis hin zur Bundesrepublik Deutschland (seit 1949) und der Wiedervereinigung mit der DDR 1990.

²⁷ K. Zweigert/ H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 131.

scher Weisheit, Erfahrung und Sachkunde des Richters beruhte, in dem Maße als ungenügend angesehen wurde, in dem die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse des späten Mittelalters komplizierter und mannigfaltiger wurden.²⁸ Das römische Recht bot Hilfe auch schwierige Sachprobleme juristisch erfassen und rational erörtern, beleuchten und zum Gegenstand verstandesmäßiger Argumentation machen zu können.²⁹ Auch wurde dem römischen Recht schon deswegen Geltungsanspruch zugesagt, weil das Heilige Römische Reich deutscher Nation sich als Nachfolger des römischen Reiches sah.³⁰ Auf Grund dieser Rechtsentwicklung wird das deutsche Recht zur kontinental-europäischen Rechtsfamilie gezählt.

2. England als anglo-amerikanisches Rechtssystem

England hingegen gehört zum anglo-amerikanischen Rechtskreis, dem *Common Law*. Unterscheidungsmerkmal zum kontinental-europäischen Rechtskreis ist vor allen Dingen das römische Recht, dessen Autorität dem *Civil Law* als Grundgemeinsamkeit dient, in England jedoch keine entscheidende Einflussnahme hatte.

Ausschlaggebend für die unterschiedliche Entwicklung der Länder des kontinental-europäischen Rechtskreises³¹ und Englands war das umfassende eigene Recht, das sich die Engländer bis zur Rezeption geschaffen hatten. Es war von solcher Effizienz, dass sie keinen Nutzen in der Übernahme des römischen Rechts bzw. römisch-rechtlicher Institutionen und Begriffe sahen. Noch heute steht man Einflüssen aus anderen Rechtsordnungen sehr verhalten und mit Skepsis gegenüber. So urteilte Lord Diplock in dem *House of Lords* (HL) Fall *McShannon v Rockware Glas Ltd*³²: „Es wäre mit dem traditionellen Weg, auf dem der *judicial precedent* seinen Teil zur Entwicklung des *Common Law* beigetragen hat, unvereinbar, wenn man holterdipolter von anderen Rechtssystemen Lehren oder Rechtsbegriffe

²⁸ K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 132 f.

²⁹ K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 133.

³⁰ P. Koschaker, Europa und das römische Recht, S. 70, 114 ff.

³¹ Neben Deutschland zählen hierzu u. a. Frankreich, Italien, Schweiz und Österreich.

³² *McShannon v. Rockware Glas Ltd* (HL), [1978] 1 All ER 625 (629): 'It would not be consonant with the traditional way in which judicial precedent has played its part in the development of the common law of England to attempt to incorporate bolus from some other system of law, even so close as that of Scotland, doctrines or legal concepts that have hitherto been unrecognised in English common law.'

übernehmen würde, die bisher unbekannt für das englische *Common Law* gewesen sind.“

Geordnete Methoden erhielten Einzug in Regierung und Recht und die Entwicklung des englischen Rechtssystem begann, als die Einigung Englands im Jahre 1066 durch die normannischen Eroberung erfolgte. Der König war der unangefochtene Lehnsherr des gesamten Landes und eine strafte Machtzentralisierung baute darauf auf. Diese wurde auch nicht wie in Deutschland durch Kronlehen, dessen Inhaber oft mehr politischen Einfluss hatten als der König selber, aufgeweicht.³³ Mit der königlichen Zentralverwaltung bildeten sich allmählich Gerichte heraus, wodurch sich ebenfalls eine Zentralisierung der Justiz und zugleich die für die Beständigkeit des englischen Rechts so wichtige Vereinheitlichung vollzog.

Unter der Herrschaft Henry II (1154-1189) gewannen die königlichen Gerichte weiter an Bedeutung,³⁴ auch weil zunehmend die Beweismethode des Gottesurteils abgeschafft und die Tatsachenfeststellung durch die *jury* eingeführt wurde.³⁵ Drei königliche Zentralgerichte in Westminster entstanden, die maßgeblich für das einheitliche englische Recht wirkten. Dies war deswegen wichtig für die Entwicklung des englischen Rechts zum *Common Law*, weil *Common Law* in seinen ursprünglichen Anfängen das durch diese königlichen Gerichte entstandene Gewohnheitsrecht war.³⁶ Denn durch die königlichen Gerichte entwickelte sich Recht, das im Gegensatz zu örtlich und regional geltendem Recht dem gesamten Königreich gemein war.

Dem englischen Rechtssystem halfen zu seiner Etablierung zudem die feststehenden Grenzen, die zum einen durch das Meer vorgegeben waren und zum anderen zwischen England und Schottland relativ unverändert seit dem 11. Jh. bestanden. Über Jahrhunderte hinweg konnte sich die englische Rechtsordnung geradlinig entwickeln ohne große Unterbrechungen oder Abweichungen durch Revolutionen oder Kriege.³⁷ Veränderungen und Adaptionen von Umständen waren gradual; es gab keinen Zeitpunkt, zu

³³ K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 179.

³⁴ O. F. Robinson/T. D. Fergus/W. M. Gordon, European Legal History, S. 136.

³⁵ K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 182; J. Hudson, The Formation of the English Common Law, S. 134.

³⁶ T. F. T. Plucknett, A Concise History of the Common Law, S. 342.

³⁷ D. Henrich/P. Huber, Einführung in das englische Privatrecht, S. 11; F. Lyall, An Introduction to British Law, S. 17 f.

dem es verhältnismäßig leicht war, große Veränderungen einzuführen.³⁸ Dies verhinderte auch der seit den Zentralgerichten entstandene einflussreiche Juristenstand. Auf Grund dieser konstanten Entwicklung seit der normannischen Eroberung 1066 blieb kein Raum für eine Einflussnahme durch das römische Recht. Eine Rechtsvereinheitlichung, die in Europa durch das römische Recht geschaffen worden war und auch Grund war für die späteren systematischen Kodifizierung, war in England natürlich gewachsen. Über die Jahrhunderte hinweg hat sich vieles im britischen Recht auf Grund praktischer Notwendigkeit und nicht durch rationale Überlegung entwickelt.³⁹ Aber nicht nur, dass sich ein umfassendes Rechtssystem gebildet hatte, die Engländer waren stolz auf ihr sich über Jahrhunderte hinweg entwickeltes Recht und wollten keinen Nutzen in der Adaption anderer Rechte sehen.⁴⁰

So entwickelte sich England zur Mutter des anglo-amerikanischen Rechtskreises. Das in England hervorgebrachte Rechtssystem wurde maßgebend für seine früheren und gegenwärtigen Kolonien, Protektorate oder vergleichbar abhängige Staaten, wodurch fast ein Drittel der Weltbevölkerung⁴¹ heute in Gebieten lebt, deren Recht in mehr oder minder starkem Maße vom *Common Law* geprägt ist.⁴²

3. Verhältnis und Unterschied zwischen kontinental-europäischem und anglo-amerikanischem Recht

Häufig wird heutzutage als Grundunterschied zwischen dem anglo-amerikanischen und dem kontinental-europäischen Rechtskreis plakativ genannt, dass es sich beim englischen Recht um nichtkodifiziertes und bei deutschem Recht um kodifiziertes Recht handele. Dies mag zu einem gewissen Grad auch zutreffen, da zwar die englische Rechtsordnung Kodifizierungen beinhaltet, jedoch nicht in dem systematisch strukturierten Konzept und der die Gesamtheit der Rechtsgebiete abdeckenden Form, wie dies auf dem Kontinent erfolgt ist. Dennoch besteht der Kern der Unterschei-

³⁸ F. Lyall, *An Introduction to British Law*, S. 18.

³⁹ F. Lyall, *An Introduction to British Law*, S. 14.

⁴⁰ O. F. Robinson/ T. D. Fergus/ W. M. Gordon, *European Legal History*, S. 137.

⁴¹ So z. B. in den Vereinigten Staaten, Indien, Australien, Neuseeland, Kenia und Nigeria.

⁴² K. Zweigert/ H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 214.

dung nicht lediglich in der formalen Antithese kodifiziertes und nichtkodifiziertes Recht.⁴³ Dieser Eindruck wird jedoch auch durch die in der anglo-amerikanischen Rechtssprache verwendeten Begriffe *Civil Law* für den kontinental-europäischen Rechtskreis und *Common Law* für den anglo-amerikanischen Rechtskreis verstärkt. Der Ausdruck *Common Law* wird neben seiner Rechtskreisbestimmung noch in drei anderen Bedeutungen gebraucht,⁴⁴ nämlich der des einheitlich von den königlichen Gerichten entwickelte Rechts, wie auch als richterliches Fallrecht und als Recht der sog. alten common law courts.⁴⁵ Das von den königlichen Gerichten entwickelten Recht mag zwar den Ursprung des *Common Law* darstellen. Der Kern der Unterscheidung liegt aber vielmehr in den Methoden. Damit ist aber nicht die bindende Wirkung von Präzedenzfällen (*doctrine of stare decisis*) gemeint. Denn diese Unterscheidung trifft heute nur noch in der Theorie zu, da die Gerichte der Common Law Rechtsordnungen Techniken entwickelt haben, um neue von alten Fällen unterscheiden zu können (*distinguishing*), und sich die Judikative in *Civil Law* Rechtsordnungen zunehmend nach höchstrichterlichen Entscheidungen richtet.⁴⁶

Die Trennung in anglo-amerikanischen und kontinental-europäischen Rechtskreis erfolgt auf Grund der Verschiedenheit der Methoden des juristischen Denkens und der Rechtsfindung.⁴⁷ In den Zeiten der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland nahmen sich die Professoren der Rechtsfortbildung an und eine Verwissenschaftlichung des Rechtsdenkens trat ein. Im Streben nach weiterer Rechtsvereinheitlichung, dem nicht allein genüge getan war durch die Rezeption des römischen Rechts und das Aufgreifen von dessen Systematik, erfolgten die für den kontinental-europäischen Rechtskreis so typischen Kodifizierungen, die gesamte Rechtsgebiete abdeckten. Nötig dafür war wiederum die Verallgemeinerung von Lebenssachverhalten. Für die Auseinandersetzung und Arbeit mit den so geschaffenen Rechtsnormen wurde die systematische, abstrakte Denkweise Vor-

⁴³ M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 33 f, 97.

⁴⁴ Zur Unterscheidung werden häufig, wenn von Common Law als Rechtskreis gesprochen wird, die Anfangsbuchstaben groß geschrieben, im Gegensatz dazu klein, wenn der Begriff in den übrigen Bedeutungen verwendet wird.

⁴⁵ Siehe näher: M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 89.

⁴⁶ M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 97; K. Zweigert/ H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 253 ff.

⁴⁷ M. Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 101.

aussetzung. Es wurde sich in der Denkweise dem Recht angepasst. Diese und die Rechtsfindung sind heute in Deutschland daher deduktiv, d. h. es findet eine Folgerung vom Allgemeinen auf das Besondere statt.

In England erfolgte die Rechtsfortbildung seit jeher durch die Richterschaft. Die Wissenschaft des *Common Law* ist daher in ihrem Ursprung forensisch und nicht wie die kontinentale scholastisch.⁴⁸

Auch bedurfte das englische Recht keiner bewussten Rechtsvereinheitlichung, da diese seit 1066 kontinuierlich stattgefunden hatte. Systematische Kodifizierungen und eine daraus folgende Abstraktion wie auf dem Kontinent blieben aus. Die Betrachtung des Einzelfalls blieb wesentlich. Auffällig wird dies insbesondere bei der Gegenüberstellung von englischen und deutschen Urteilen. Das englische Urteil geht sehr viel direkter mit dem gegebenen Sachverhalt um als das deutsche. Das englische System stellt sich aber auch nicht den Anspruch, mit Regeln und abstrakten Normen alle künftigen Fälle zu lösen. Die Arbeit mit und an dem Recht vollzieht sich von Fall zu Fall. In der Denkweise verhält sich der *Common Law* Jurist also empirisch. Die Rechtsfindung ist induktiv, also eine Folgerung vom Speziellen auf das Allgemeine.

4. Schottland als *mixed system*

Dem schottischen Recht wird nachgesagt, dass es wie die Rechtssysteme der kontinental-europäischen Rechtsfamilie deduktiv in der Denkweise sei.⁴⁹ Gänzlich ist es diesem Rechtskreis jedoch nicht hinzuzuordnen. Die Rechtsordnung Schottlands nimmt vielmehr eine Zwischenstellung zwischen den beiden großen Rechtskreisen ein, zu denen Deutschland und England hinzugezählt werden. Dabei mag zunächst verwundern, dass Schottland, trotz seiner geringen Größe von knapp über fünf Millionen Einwohnern⁵⁰ und seiner territorialen Lage im Norden der britischen Insel, überhaupt eine neben England eigenständige rechtliche Entwicklung hatte. Schottland konnte aber nicht nur ein unabhängiges Rechtssystem entwickeln und über die Jahrhunderte beibehalten, welches noch heute neben dem Englischen Recht und nicht etwa subsidiär dazu steht, das schottische Recht

⁴⁸ K. Zweigert/ H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 69.

⁴⁹ H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. VII, 12.

⁵⁰ Englands Bevölkerungsanzahl liegt bei ca. 50 Millionen.

unterscheidet sich auch grundlegend von dem in England. Die verschiedenen Rechtsordnungen in Schottland und England lassen sich aus der Geschichte der beiden Länder heraus und ihres Verhältnisses zueinander erklären.

5. Die Entwicklung Schottlands zu einem *mixed system*

Schottland war ein unabhängiges Königreich, das auf die Vereinigung der Pikten und Skoten im 9. Jahrhundert zurückgeführt werden kann und in den noch heute ungefähr geltenden Grenzen seit dem 11. Jahrhundert bestand. Allerdings hatte sich England schon 1072 im Vertrag von Abernethy die Oberhoheit über Schottland sichern lassen. Zunächst wurden trotz des von England aufgezwungenen Hoheitsanspruchs oder gerade deswegen englische Einflüsse immer wieder angenommen. Insbesondere seit der Besteigung des schottischen Throns durch König David I (1124-1153) kam es zu einer verstärkten Prägung durch das Recht und die Kultur Englands. Beeinflusst durch seine Erziehung am englischen Hofe modernisierte er Handel, Verwaltung und Recht Schottlands und trug wesentlich zum Eindringen des anglo-normannischen Feudalrechts bei.⁵¹ Allerdings kam es unter seiner Regierungszeit zu immer häufiger auftretenden Grenzstreitigkeit zwischen England und Schottland. Als diese in den Jahren nach der Regierungszeit Davids I weiter zunahmen, verbündete sich Schottland mit Frankreich und von wohl 1165 bis 1560 bildeten sie das Defensivbündnis der *Auld Alliance*, das dem jeweiligen Partner gegen England im Kriegsfall zur Seite stehen sollte. Im Jahre 1189 erlangte Schottland daraufhin seine faktische Selbständigkeit und 1237 wurde die schottisch-englische Grenze zwischen Tweed und dem Firth of Solway vertraglich festgelegt.

Die Erbfolgestreitigkeiten über den schottischen Thron am Ende des 13. Jahrhunderts führten jedoch 1296 zu der Annexion Schottlands durch das von Edward I (1274-1307) regierte England und den daraufhin folgenden Unabhängigkeitskriegen. Diese wurden mit dem Sieg von Robert (the) Bruce in der Schlacht von Bannockburn im Jahre 1314 zugunsten der Schotten beendet. Wegen der Annexion durch Edward I und deren Beendi-

⁵¹ R. Zimmermann, Common law und ius commune: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: J. Basedow, U. Drobnig, R. Ellger u.a (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, S. 851 (857).

gung im Rahmen der Unabhängigkeitskriege vollzog sich ein Bruch mit England. Schottland war nun ein vollständig unabhängiges Königreich, das sich nicht nur gänzlich von den Hoheitsansprüchen Englands gelöst hatte, sondern auch äußerst kritisch den englischen Einflüssen gegenüber stand.

Noch beeinflusst durch das englische Recht war aber unter der Autorität der schottischen Könige ein Rechts- und Gerichtssystem auf gewohnheitsrechtlicher Basis entstanden, welches sich, trotz seiner grundsätzlich dezentralisierten und örtlichen Verwaltung, im 13. Jahrhundert soweit entwickelt hatte, dass es interne und externe Anerkennung als ein Rechtssystem, das dem ganzen Königreich gemein war, genoss.⁵² Erst im Jahre 1532 erfolgte eine Zentralisierung des Gerichtswesens. Die für das schottische Recht bedeutsame Einrichtung des heute noch bestehenden College of Justice, später Court of Session genannt, als oberstes und permanent tagendes Zivilgericht fand statt. Mit diesem in Edinburgh sitzenden Gericht gewann das Recht an Stabilität und die Prägung des eigenen Rechts wurde gefördert.

Wichtiger aber noch als die Schaffung des Court of Session für die Entwicklung der Rechtsordnung Schottlands war die indirekte Wirkung des durch die Unabhängigkeitskriege ausgelösten „starken und langanhaltenden Antagonismus“⁵³ gegen England. Denn der Antagonismus wirkte nicht nur direkt darauf ein, dass englische Einflüsse nunmehr abgelehnt wurden, er führte insbesondere auch dazu, dass die meisten schottischen Juristen, die im Ausland studieren wollten, nicht nach Cambridge oder Oxford, sondern an kontinentale Universitäten gingen. Schottland und Frankreich hatten nicht nur das Defensivbündnis der *Auld Alliance* zwischen sich vereinbart, sondern auch eine wechselseitige Staatsbürgerschaft beschlossen.⁵⁴ So studierten die Schotten zunächst vor allen Dingen an den französischen Universitäten von Paris und Orléans.⁵⁵ Seit der Reformation und der Hinwen-

⁵² H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (369).

⁵³ R. Zimmermann, Common law und ius commune: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: J. Basedow, U. Drobnig, R. Ellger u.a (Hrsg.), Aufbruch nach Europa., S. 851 (857).

⁵⁴ Die Bestimmung über die wechselseitige Staatsbürgerschaft der Franzosen und Schotten hielt über die *Auld Alliance* hinaus bis in das Jahr 1903.

⁵⁵ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (371); R. Zimmermann, Common law und ius commune: Unkodifizierte

dung Schottlands zum Calvinismus wurde vom katholischen Frankreich Abstand genommen und die protestantischen Niederlande rückten zunehmend ins Interesse. Insbesondere im 17. Jahrhundert, aber auch noch bis ins 18. Jahrhundert strömten schottische Gelehrte auf den Kontinent und speziell an die niederländischen Universitäten von Utrecht oder Leiden.⁵⁶

Für das schottische Rechtssystem ergab sich auf Grund dessen eine entscheidende Wendung. Die schottischen Juristen orientierten sich am kontinentalen Europa und ließen sich von der dortigen Rechtsentwicklung beeinflussen. Dadurch gerieten sie unter den Einfluss des das kontinentale Rechtsdenken beherrschenden römischen Rechts und es erfolgte in Schottland eine mit dem Kontinent vergleichbare Rezeption des römischen Rechts. Schon im 15. Jahrhundert hatte sich in Schottland die Meinung durchgesetzt, dass mehr Wissen und Fähigkeiten im Civil Law von Nutzen für das Königreich seien.⁵⁷ Das römische Recht prägte nicht nur die vom Parlament ausgearbeiteten Gesetzesvorlagen,⁵⁸ sondern eine ausgiebige Bezugnahme auf das *learned law* - die gelehrten Rechte - war charakteristisch für die Verhandlung vor Gericht geworden.⁵⁹ Zur Verbreitung des römischen Rechts trug ferner eine Vereinigung von professionellen Laienanwälten (*lay pleaders*) bei, die sich im 16. Jahrhundert um den Court of Session herum gebildet hatten und die von Beitretenden eine Prüfung im Civil Law verlangten.⁶⁰ Nach der Reformation erhielt die Rezeption einen erneuten An Schub. Denn nach der Aufhebung der direkten Autorität des

Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: J. Basedow, U. Drobnig, R. Ellger u.a (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, S. 851 (857).

⁵⁶ G. Böttger, Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 2; H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 9; R. Zimmermann, Common law und ius commune: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: J. Basedow, U. Drobnig, R. Ellger u.a (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, S. 851 (858); K. Zweigert/ H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 199.

⁵⁷ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (370).

⁵⁸ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (371); William M. Gordon, Roman law in Scotland, in: Robin Evans-Jones (Hrsg.), The Civil Law Tradition in Scotland, 1995, S. 13 (21).

⁵⁹ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (372).

⁶⁰ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (372); John W. Cairns, History of the Faculty of Advocates to 1900, in: Thomas B. Smith/ Robert Black (Hrsg.), The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopedia, Vol 13, 1992, S. 499 (503).

Kirchenrechts betrachteten die Reformer für die Bereiche, die bisher dem Kirchenrecht unterlagen und in denen nun eine Verweltlichung vorgenommen werden sollte, das römische Recht mit bevorzugtem Interesse. Die Verwendung des römischen Rechts vor Gericht nahm zu und im Jahre 1567 wurde die Systematik des Civil Law vom Parlament als best mögliches Model für die Kodifizierung des schottischen Rechts gesehen, dessen Fortbestand bisher von individuell zusammengestellten Manuskripten und mündlichen Überlieferungen abhing.⁶¹

Als im Jahre 1603 James VI (1567-1625) von Schottland die Kronen von Schottland und England unter sich vereinigte und unter dem Namen James I (1603-1625) König von England und Großbritannien wurde („Union of the Crowns“), wurden Schritte hin zur Vereinigung der beiden Rechte unternommen. Es wird angenommen, dass dieses Vorhaben scheiterte, da die Engländer auf der einen Seite annahmen, der Civil Law Charakter des schottischen Rechtes würde ihr eigenes System verunreinigen, und die Schotten auf der andern Seite befürchteten, dass die Vereinigung einer Übernahme gleich käme.⁶² Dies macht deutlich, wie sehr sich schon zu Beginn des 17. Jahrhunderts die beiden Rechtsordnungen von einander unterschieden.

Einen weiteren entscheidenden Beitrag zur eigenständigen Entwicklung des schottischen Rechts leisteten die *Institutional Writers*, die einen systematischen Gesamtüberblick über das Recht erstellten und sich dabei maßgeblich auf römisches Recht stützten, soweit das schottische Recht keine entsprechende Regelung enthielt.⁶³ Die erste dieser wissenschaftlichen Abhandlungen war das von Sir Thomas Craig wohl im Jahre 1606 fertiggestellte und 1655 veröffentlichte *Jus Feudale*. Gefolgt wurde diese von den 1681 veröffentlichten *Institutions of the Law of Scotland* durch Viscount Stair. Entscheidend waren diese Abhandlungen gerade deswegen, weil sie die vergeblichen Kodifizierungsvorhaben des Parlaments ersetzten. Schottland benötigte autoritative Rechtsquellen und in Ermangelung von systematischen Kodifikationen einerseits und dem Fehlen eines *precedent*-Systems wie in

⁶¹ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (373).

⁶² H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (374).

⁶³ K. Stromps, Die Institutional Writers – Schottisches Recht und kontinental-europäischer Einfluß, S. 40.

England andererseits, erlangten die Werke der *Institutional Writers* Rechtsquellenqualität und führten zur Herausbildung einer eigenen Form der Rechtsquelle.⁶⁴

Im Jahre 1707 verlor Schottland seine Rechtsstellung als eigenständiger Staat, als mit dem ‚Act of Union‘⁶⁵ das britische Königreich geschaffen wurde und die Zusammenlegung der Parlamente Englands und Schottlands erfolgte. Damit büßte Schottland seine unabhängige Gesetzgebungsmacht ein. Allerdings schützten die Artikel XVIII und XIX des ‚Act of Union‘ sowohl das Fortbestehen des bisherigen schottischen Rechts als auch das sich bis dahin entwickelte Gerichtssystem.⁶⁶ Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die Erkenntnis der Unpraktikabilität der Vereinigung der beiden Rechtssysteme durchgesetzt hatte.⁶⁷ Grund dafür waren die unterschiedlichen Traditionen, in denen das englische und das schottische Recht wurzelten und die sich nun gänzlich gefestigt hatten. Denn bis zur Union 1707 hatten sich grundsätzlich unterschiedliche Rechtssysteme in England und Schottland herausbilden können.

Doch trotz der Bewahrung der schottischen Rechtsordnung durch den ‚Act of Union‘ begann nach der Vereinigung ein kontinuierlicher Einfluss durch das *Common Law*. Das Parlament in London sollte zwar die Eigentümlichkeiten Schottlands berücksichtigen, aber nur selten wurde im englisch dominierten Parlament auf die Besonderheiten des schottischen Rechts ausreichend Rücksicht genommen.⁶⁸ Hinzu kam, dass das *House of Lords* seit dem frühen 18. Jahrhundert auch höchste Instanz für schottische Zivilsa-

⁶⁴ P. Bachmann, Die rechtliche Stellung des Ehegatten bei gesetzlicher Erbfolge im schottischen Erbrecht, S. 6; G. Böttger, Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 2; H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 10.

⁶⁵ Bei dem ‚Act of Union‘ handelt es sich genauer gesagt um zwei Gesetze mit ein und demselben Inhalt, nämlich dem ‚Union with Scotland Act 1706‘ und dem ‚Union with England Act 1707‘. Das eine Gesetz wurde vom Englischen und das andere vom Schottischen Parlament ratifiziert. Die Acts waren die Durchführung der ‚Treaty of Union‘, des Übereinkommens verhandelt zwischen den beiden noch unabhängigen Königreichen zur Schaffung des Königreichs von Großbritannien. Daher werden für die Vereinigung von 1707 häufig auch die Begriffe ‚Treaty of Union‘ oder ‚Acts of Union‘ verwendet.

⁶⁶ Der Schutz galt aber nicht uneingeschränkt. Ausgenommen vom weiteren Bestand waren unter anderem gemäß Artikel XVIII des ‚Act of Union‘ Handels- und Steuerrecht, die nach der Union in ganz Großbritannien dieselben sein sollten.

⁶⁷ H. L. MacQueen, Studying Scots Law, S. 3.

⁶⁸ H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 11.

chen war, obwohl es rein englisch besetzt war⁶⁹ und hierfür keine gesetzliche Regelung bestand.⁷⁰ Ferner studierten die schottischen Juristen nun weniger an den kontinentalen als an den einheimischen und englischen Universitäten. Die englische Juristenausbildung genoss dabei hohes Ansehen und so wuchs auch das Prestige des *Common Law*.⁷¹ Der englische Einfluss basierte also nicht nur auf von außen aufgezwungenen Veränderungen. Die schottischen Reformer sahen vielmehr in dem unter englischem Einfluss modernisiertem Recht die nötige Voraussetzung für eine zukunftsorientierte Handelsgesellschaft.⁷²

Das römische Recht verlor seine Bedeutung jedoch nicht. Für die *Institutional Writers* nach Craig und Stair bildete es weiterhin eine maßgebliche Grundlage. Nach Craig and Stair gehörten zu diesen u.a. Lord Bankton, dessen *An Institute of the Laws of Scotland* 1751 veröffentlicht wurde, John Erskine mit seinem 1773, erst fünf Jahre nach seinem Tod, veröffentlichtem Werk *An Institute of the Law of Scotland* und Baron David Hume mit seiner Arbeit *Commentaries of the Law of Scotland concerning Crimes* (1797). Jedoch wurde bei dem letzten der *Institutional Writers*, George Joseph Bell⁷³, der *Common Law* Einfluss immer stärker spürbar.⁷⁴ Auf die Werke der *Institutional Writers* kann sich bis heute berufen werden.

Die Prägung durch das englische Recht nahm kontinuierlich zu und führte im 19. Jahrhundert unter anderem zu der für das schottische Recht entscheidenden Änderung, dass auch schon eine einzige Vorentscheidung

⁶⁹ Erst seit 1866 sind überhaupt schottische Juristen im *House of Lords* vertreten und die überwiegende Mehrzahl der *Law-Lords* sind auch heute englische Juristen, wodurch es vorkommen kann, dass eine Frage des schottischen Rechts von einem rein englischen Gremium entschieden wird. Siehe H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 25.

⁷⁰ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (374).

⁷¹ R. Zimmermann, Common law und ius commune: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: J. Basedow, U. Drobnig, R. Ellger u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, S. 851 (859).

⁷² H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (374).

⁷³ *Commentaries on the Law of Scotland* (1804), *The Principles of the Law of Scotland* (1829).

⁷⁴ R. Zimmermann, Common law und ius commune: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: J. Basedow, U. Drobnig, R. Ellger u.a. (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, S. 851 (859).

strikte Bindungskraft entfalten kann (*binding precedent*).⁷⁵ Zwar hatte sich seit der Gründung des Court of Session im Jahre 1532 ein dem englischen Prinzip ähnliches System gebildet, aber nur eine lange Kette gleichartiger Entscheidungen konnte die Bindungswirkung auslösen.⁷⁶ Im Jahre 1859 ging der englische Einfluss soweit, dass in dem Fall *Bartonshill Coal Co. v. Reid*⁷⁷ Lord Cranworth sagte: „[...]wenn dies das englische Recht ist, auf welcher Grundlage kann es bezweifelt werden, nicht das Recht Schottlands zu sein?“

Der Bestand des römischen Rechts in der schottischen Rechtsordnung wurde jedoch durch die *Faculty of Advocates*⁷⁸, die sich aus der Vereinigung der professionellen Laienanwälte⁷⁹ entwickelt hatte, geschützt. Diese erhielt als Einstiegsvoraussetzung zum Beitritt in die *Faculty of Advocates* Kenntnisse im *Civil Law*,⁸⁰ welches wiederum die Existenz des *Civil Law* als Lehrfach an den Universitäten sicherte.⁸¹ Hervorgerufen durch die Abwertung des *Civil Law* während der schottischen Aufklärung, kam das Studium des römischen Rechts allerdings zwischen Ende des 18. Jahrhunderts bis Mitte des 19. Jahrhunderts beinahe zum Erliegen, als Vertreter der Aufklärung dem römischen Recht die Bedeutung als lebendige Rechtsquelle ab-sprachen. Zwar entstand nach 1860, nachdem durch den *Universities (Scotland) Act 1858*⁸² die juristische Ausbildung reformiert und erneuert wurde,

⁷⁵ Die bindende Wirkung von Präzedenzfällen war zu dieser Zeit noch ausgeprägter als heutzutage. Bezeichnend dafür ist, dass bis 1966 das *House of Lords* seine eigenen Entscheidungen für sich als bindend betrachtete.

Zu der heutigen Situation und der diesbezüglichen Annäherung zwischen *Common Law* und *Civil Law* vgl. S. 7.

⁷⁶ H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 16.

⁷⁷ *Bartonshill Coal Co. v. Reid* (HL), (1858) 3 Macq. 266 (285): ‘[...] if such be the law of England, on what ground can it be argued not to be the law of Scotland?’

⁷⁸ Die *Faculty of Advocates* ist der Zusammenschluss der Anwälte, die vor Gericht auftreten, im Gegensatz zu den nicht vor Gericht agierenden *solicitors*, die für die allgemeine Rechtsberatung des Bürgers zuständig sind.

⁷⁹ Vgl. S. 10 f.

⁸⁰ W. M. Gordon, A Comparison of the Influence of Roman Law in England and Scotland, in: D. L. Carey Miller/ R. Zimmermann (Hrsg.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, S. 135 (141).

⁸¹ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (375).

⁸² Wie auch praktisch zumeist üblich, werden in der vorliegenden Arbeit die britischen Gesetze (*Acts*) mit ihrer Kurzbezeichnung und Jahr, was seit dem *Acts of Parliament Numbering and Citation Act 1962* gesetzlich festgelegt ist, zitiert. Zur besseren Verständlichkeit wird diese Zitierweise auch bei älteren Gesetzen anstatt der bis 1963 üblichen Nennung der Regierungsjahre des jeweiligen Monarchen in der jeweiligen parlamentarischen Sitzungsperiode vorgenommen.

eine intellektuelle Wiederbelebung der Lehre des römischen Rechts, die darauf schaute, wie sich auf dem Kontinent und insbesondere in Deutschland die Lehre des *Civil Law* seit dem 19. Jahrhundert entwickelte.⁸³

Aber erst gegen Mitte des 20. Jahrhunderts kam es zu einer Reaktion gegen die englische Überfremdung und zu einer „neo-civilistischen Renaissance“, in der man sich der historischen Verwurzelung des schottischen Rechts im *Civil Law* besann.⁸⁴ Gestützt wurde diese Entwicklung zum einen durch bedeutende Juristen wie Thomas B. Smith, der den kontinental-europäischen Ursprung des schottischen Rechts zu schützen versuchte, und zum anderen durch die Studienreform 1960, in der die Rechtswissenschaften zu einem Vollzeitstudium umgewandelt wurden und durch die die Zahl der ausschließlich in Lehre und Forschung arbeitenden Professoren stark anstieg. Wichtig war ebenfalls die Einrichtung der *Scottish Law Commission*⁸⁵ im Jahre 1965. Dieses schottisch besetzte Gremium hat seitdem die Aufgabe, der Regierung unabhängigen Rat für Reformen zur Verbesserung, Vereinfachung und Modernisierung des schottischen Rechts zu geben.

Trotz der Abnabelung vom englischen Recht wurde die römisch-rechtliche Tradition der schottischen Rechtsordnung am Ende des 20. Jahrhunderts als bedroht gesehen, da zum einen die Gesetzgebung sich nicht um Traditionen sorgen würde und zum anderen Richter und Anwälte nicht genügend Fähigkeiten und Wissen mitbrächten, um mit *Civil Law* Quellen kompetent umzugehen.⁸⁶

Die Aussicht auf eine größere rechtliche Autonomie hat aber das Studium der römisch-rechtlichen Wurzeln des schottischen Rechts belebt,⁸⁷ als im Jahre 1999 das schottische Parlament nach einer fast 300jährigen Pause das erste Mal wieder zusammentrat. Ein Jahr zuvor war mit dem *Scotland Act 1998* in Folge des britischen Devolutionsprozesses⁸⁸ durch das britische

⁸³ J. W. Cairns, The Civil Law Tradition in Scottish Legal Thought, in: D. L. Carey Miller/ R. Zimmermann (Hrsg.) The Civilian Tradition and Scots Law, S. 191 (221, 223).

⁸⁴ R. Zimmermann, Common law und ius commune: Unkodifizierte Mischrechtsordnungen im Vergleich, in: J. Basedow, U. Drobnig, R. Ellger u.a (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, S. 851 (860, 862).

⁸⁵ Durch den *Law Commissions Act 1965*.

⁸⁶ H. L. MacQueen, Mixture or Muddle? Teaching and Research in Scottish Legal History, in: ZEuP 1997, S. 369 (377).

⁸⁷ M. A. Hogg, Lowlands to Low Country, Perspectives on the Scottish and Dutch Law of Unjustified Enrichment, in: Electronic Journal of Comparative Law, vol. 5.1 (March 2001), unter <http://www.ejcl.org/ejcl/51/art51-1.html>, abgerufen am 27. Januar 2006.

⁸⁸ Vgl. S. 3 Fn. 22.

Parlament in Westminster die erneute Gründung beschlossen worden. Im Gegensatz zum National Assembly for Wales kann das Parlament Schottlands seitdem nicht nur *secondary legislation* (Rechtsverordnungen), sondern auch *primary legislation* (Gesetze), sogenannte *acts*, in den ihm zugewiesenen Bereichen (*devolved matters* oder *powers*) erlassen. Bis 1999 hatte man sich beklagt, dass nur nicht oder wenig kontroverse Gesetzesvorhaben das Parlament passierten und die Arbeit der *Scottish Law Commission* nur langsam umgesetzt werde.⁸⁹ Das schottische Parlament sorgt für eine zügigere Umsetzung der Vorschläge der *Commission* und diese kann darüber hinaus umstrittenere römisch-rechtlich geprägte Vorhaben einbringen. Allerdings wurde schon unter dem britischen Parlament eine hohe Anzahl der Vorhaben der *Scottish Law Commission* umgesetzt.⁹⁰ Zudem sind dem Parlament in Westminster weiterhin wichtige Bereiche wie z.B. Verbraucherschutz, Insolvenz- und Wettbewerbsrecht⁹¹ vorbehalten (*reserved matters* oder *powers*). Sogar für die dem schottischen Parlament zugewiesenen Bereiche hat Westminster seine Gesetzgebungskraft nicht verloren, auch wenn es diese nur dann ausübt, wenn es dazu die schottische Zustimmung erhält. Auch wird die Entwicklung des schottischen Rechts immer noch durch die Entscheidungen des House of Lords und damit anglo-amerikanisch geprägt. In dem Fall *Smith v. Bank of Scotland*⁹² verkündete Lord Jauncey of Tullichettle: „Allein die Prinzipien des schottischen Rechts anwendend wäre ich auf Grund dieser dazu geneigt die Berufung zurückweisen. Nichts desto trotz [...] ziehe ich die praktischen Vorteile der Anwendung desselben Rechts auf identische Transaktionen in beiden Rechtsordnungen vor. Unter diesen Umständen [...] sollte die Berufung zugelassen werden.“⁹³

⁸⁹ *H. L. MacQueen*, Scots and English law: the case of contract, in: Current Legal Problems (2001) 205-229, unter http://frontS..cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/MacQueen/Scots%20and%20English%20Law.pdf, abgerufen am 27. Januar. 2006.

⁹⁰ *H. L. MacQueen*, Scots and English law: the case of contract, in: Current Legal Problems (2001) 205-229, unter http://frontS..cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/MacQueen/Scots%20and%20English%20Law.pdf, abgerufen am 27. Januar. 2006.

⁹¹ *Scotland Act 1998 Schedule 5*, so auch Verteidigung, Nationale Sicherheit und Internationale Angelegenheiten.

⁹² *Smith v. Bank of Scotland*, 1997 S.C. 111.

⁹³ *Smith v. Bank of Scotland*, 1997 S.C. 111 (115): ‘Applying the principles of Scots law alone I would therefore have been disposed to dismiss this appeal. Nevertheless I am conscious that your Lordships do not share my difficulties and I appreciate the practical advantages of apply-

Weder der Einfluss des *Common Law* noch der des *Civil Law* scheinen aber heutzutage überragend. Vielmehr erfolgt eine durch beide Seiten durchmischte Beeinflussung. Das schottische Recht ist vornehmlich deduktiv, von allgemeinen Prinzipien (*principles*) ausgehend.⁹⁴ Mit zunehmendem Einfluss englischen Rechts aber fand gleichzeitig auch das induktive *Common Law* Denken Eingang in die schottische Rechtswissenschaft.⁹⁵ Dies ist bezeichnend für die schottische Rechtsordnung. Denn das schottische Recht wird als mixed oder hybrid Rechtssystem klassifiziert, weil es sowohl anglo-amerikanische als auch kontinental-europäische Elemente in sich vereinigt. Die römisch-rechtliche Tradition hat dabei maßgeblich für den Bestand und das Überleben des schottischen Rechts Sorge getragen und ist noch heute Basis für das Verlangen der Schotten nach Erhalt der Eigenständigkeit ihres Rechtssystems.

6. Die Vergleichbarkeit der gewählten Rechtssysteme

Eine Rechtsvergleichung des schottischen, englischen und deutschen Rechtssystems stellt sich auf Grund ihrer unterschiedlichen Zuordnung zu den Rechtskreisen als besonders interessant dar. Allerdings benötigt jede genauere Rechtsvergleichung auch ein gewisses Maß inhaltlicher Übereinstimmung der zu vergleichenden Rechte. „Denn eine bloß abgrenzende, ausschließlich die Verschiedenheiten feststellende Rechtsvergleichung kann nicht befriedigen. Dagegen sind innerhalb des europäisch-amerikanischen Kulturkreises, der früher so genannten Christenheit, bei aller Verschiedenheit des positiv geltenden Rechts gewisse Gemeinsamkeiten nicht zu übersehen. Sie liegen vor allem in Christentum und neuzeitlicher Säkularisierung und auch die fortschreitende wirtschaftlich-soziale Entwicklung von der relativ geschlossenen Hauswirtschaft zur stark arbeitsteiligen Industriegesellschaft führt trotz aller ideologischen Differenzen vielfach in dieselbe Richtung.“⁹⁶ Der Vergleich zwischen dem deutschen Recht und den Rechtsordnungen Großbritanniens bietet sich somit an, weil trotz ihrer Un-

ing the same law to identical transactions in both jurisdictions. In these circumstances I do not feel able to dissent from your Lordships' view that the appeal should be allowed.'

⁹⁴ H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 12.

⁹⁵ G. Böttger, Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 3.

⁹⁶ P. H. Neuhaus, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, S. 2 f.

terschiede die drei Rechtssysteme demselben Kulturkreis entspringen und damit vergleichbar bleiben.

Von besonderem Interesse dürfte dabei das schottische Recht als funktionierendes Mischsystem der beiden großen von Europa ausgehenden Rechtsfamilien sein. Die Bedeutung diese Mischsysteme für die rechtsvergleichende Forschung und die Bemühungen um eine Annäherung der unterschiedlichen Rechtskreise sind seit längerem bekannt.⁹⁷ Manche wollen es als mögliche Brücke zwischen *Civil* und *Common Law* Traditionen und daher insbesondere von Bedeutung für die Entwicklung eines europäischen Privatrechtes innerhalb der Europäischen Union sehen.⁹⁸ Es bleibt abzuwarten, ob das Schottische Recht wirklich diese Mittlerrolle erfüllen und als Beispiel für ein zukünftiges europäisches Rechtssystem vorangehen kann. Aber auch abgesehen von dieser praktischen Relevanz ist ein Mischsystem für die Rechtsvergleichung von hohem Interesse. Es wirft Fragen auf hinsichtlich der Vielfältigkeit juristischer Herangehensweisen und Lösungen. Ob Schottland als hybrides System in dem hier untersuchten Bereich grundsätzlich eher zum *Civil* oder *Common Law* tendiert oder gar seinen ganz eigenen Weg in der Mitte gefunden hat, ob es als Mischrechtssystem das Beste aus beidem gewählt oder sich für die den Zweck der Regelung besser erfüllende Möglichkeit entschieden hat, wird im Folgenden zu sehen sein.

III. Überblick über die Entwicklung des jeweiligen Scheidungsrechts

Die Entwicklung des Scheidungsrechts läuft nicht zwangsläufig mit der Zulässigkeit von Scheidungsfolgenvereinbarungen parallel. Wie aber schon der Begriff der Scheidungsfolgenvereinbarungen zeigt, setzt die Untersuchung des vorliegenden Themas die Möglichkeit der Scheidung zwingend voraus. Daher scheint es angebracht, einen Überblick über die Entwicklung des jeweiligen Scheidungsrechts in Deutschland, Schottland und England

⁹⁷ G. Böttger, Das schottische Zivilprozeß-, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, S. 1; H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. VII, 12.

⁹⁸ P. Bachmann, Die rechtliche Stellung des Ehegatten bei gesetzlicher Erbfolge im schottischen Erbrecht, S. 2; J. W. G. Blackie/N. R. Whitty, Scots Law and the New Ius commune, in: H. L. MacQueen (Hrsg.), Scots Law into the 21st Century, 1996, S. 65 (79 f.).

zu geben. Ferner verbessert solch ein Hintergrundwissen das Verständnis für stattfindende Vorgänge und Veränderungen. Denn mögen die Entwicklung des Rechts zur Scheidung und die der Scheidungsfolgenvereinbarungen auch nicht parallel verlaufen sein, so waren und sind sie doch denselben politischen und kulturellen Strömungen ausgesetzt, die sich in beiden Bereichen widerspiegeln.

In allen drei Ländern hatte sich unter dem Einfluss der katholischen Kirche die Sicht der absoluten Unauflöslichkeit der vollzogenen sakramentalen Ehe durchgesetzt. Wegen der Sakramentsnatur der Ehe war es einhellige Auffassung, dass es der Kirche und nicht dem Staat zustünde, die Regeln zur Handhabung der Ehe und ihrer Auflöslichkeit zu bestimmen. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft konnte durch eine vom Gericht ausgesprochene Trennung von Tisch und Bett (*separation a mensa et thoro*) herbeigeführt werden, die jedoch nicht das Band der Ehe löste und damit eine Wiederheirat für beide Seiten unmöglich machte. Nachdem diese Sicht für Jahrhunderte Bestand hatte, kam mit der Reformation die entscheidende Wende. Indem die Reformatoren die Sakramentsnatur der Ehe bestritten, gaben sie zugleich den Grundsatz der absoluten Unauflöslichkeit preis.⁹⁹

1. Deutschland

Dies führte in Deutschland kurz nach der Reformation, deren Beginn im Jahre 1517 in dem Anschlag der 95 Thesen durch Martin Luther gesehen werden kann, zu einem Scheidungsrecht. Allerdings wurde das Eherecht, obwohl zwangsläufiges Ergebnis der Theorien der Reformatoren, nicht aus der kirchlichen Zuständigkeit herausgenommen. Dadurch entwickelte sich ein vorerst noch recht beschränktes Scheidungsrecht. Denn Scheidung galt nicht nur als Ausnahme zur grundsätzlich bestehenden Unauflöslichkeit der Ehe, sondern es sollten auch nur solche Gründe zur Lösung des Ehebandes berechtigen, deren Grundlage in der Bibel zu finden war. Die konkreten Scheidungsgründe waren dabei zunächst durchaus umstritten. Es bildeten sich zwei Auffassungen heraus. Die Anhänger der ‚strengen‘ Richtung beschränkten sich im wesentlichen auf Ehebruch und böswilliges Verlassen,

⁹⁹ C. H. Schleifer, Die Ehescheidung im deutschen Rechtskreis während des 19. Jahrhunderts, S. 4 f.

die Vertreter der ‚milden‘ Richtung hingegen gelangten zu einem unfassenden Katalog von Scheidungsgründen.¹⁰⁰ Die ‚milde‘ Richtung vertrat die Ansicht, dass die Bibel den Ehebruch nur beispielsweise und nicht als einzigen Grund erwähnt habe und deshalb die Scheidung ebenfalls aus solchen Ursachen zulässig sein sollte, die dem Ehebruch an Bedeutung gleichkämen oder ihn sogar überträfen.¹⁰¹ Es fand jedoch eine allgemeine Vergesetzlichung der ‚strengen‘ Lehre statt, die sich bis Anfang des 18. Jahrhunderts hielt. Auf Grund der sich daraus entwickelten Normen mit materiell weitgehend einheitlichem Charakter kann von einem gemeinen protestantischen Scheidungsrecht gesprochen werden.

Zu bedenken ist im Falle von Deutschland aber, dass nicht alle Territorien bzw. Landesherren zum evangelischen Glauben übertreten wollten. In diesen katholischen Territorien wirkte somit das bisherige Eherecht fort und nur die Trennung von Tisch und Bett konnte weiterhin die eheliche Gemeinschaft lösen.

Zum Schutz des Reichsfriedens wurde 1555 durch den Augsburger Religions- und Landfrieden die Konfessionseinheit des Reiches aufgehoben. Er enthielt den Grundsatz *cuius regio, eius religio* (‚um wessen Land es sich handelt, der darf auch die Religion darin bestimmen‘). Der Landesherr erhielt damit die Religionshoheit in seinem Territorium. Dennoch wurde der Bevölkerung zumeist die freie Wahl zwischen den Religionen gestattet.¹⁰² Mit der Zeit bildeten sich dadurch zwei Konfessionskulturen in Deutschland heraus.

Seit Ende des 17. Jahrhunderts drängten die Interessen der protestantischen Landesherren, die an der Spitze des Kirchenregiments ihres Gebietes standen, den kirchlichen Einfluss auf Ehe und Ehegestaltung immer mehr zurück.¹⁰³ Ehe wurde zunehmend als Institution der weltlichen Rechtsordnung und nicht als Sakrament gesehen. Unter dieser Säkularisierung verlor auch die ‚strenge‘ Richtung innerhalb der Ehelehren des Protestantismus an Boden¹⁰⁴ und wurde zunächst von der ‚milden‘ Auffassung abgelöst. Diese

¹⁰⁰ F. R. Coudert, Marriage and Divorce Laws in Europe, S. 78; C. H. Schleifer, Die Ehescheidung im deutschen Rechtskreis während des 19. Jahrhunderts, S 13.

¹⁰¹ C. H. Schleifer, Die Ehescheidung im deutschen Rechtskreis während des 19. Jahrhunderts, S. 7.

¹⁰² F. R. Coudert, Marriage and Divorce Laws in Europe, S. 79.

¹⁰³ D. Blasius, Ehescheidung in Deutschland, 1794-1945, S. 25.

¹⁰⁴ D. Blasius, Ehescheidung in Deutschland, 1794-1945, S. 27.

zählte zu den eine Scheidung berechtigenden Gründen, welche unter ihren Vertretern noch variieren konnten, nicht nur Ehebruch und böswilliges Verlassen, sondern auch widernatürliche Unzucht, Lebensnachstellung, Versagung der ehelicher Pflichten, Geisteskrankheit und ähnlich schwerwiegende Fehler.

Im Gegenteil dazu wurde noch 1756 im katholischen Bayern der *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* erlassen, der das Eherecht sowohl formell wie materiell in der Kompetenz von kirchlichen Instanzen verbleiben ließ.¹⁰⁵

Auf der anderen Seite sorgte die Aufklärung in den protestantischen Staaten für eine gänzliche Loslösung des Scheidungsrechts von religiösen Grundlagen. Im Jahre 1749 wurde in Preußen das *Corpus Iuris Fridericianum* erlassen, das Scheidung bei beiderseitigem Einverständnis und bei unüberwindbarer Abneigung erlaubte. Zwar musste für den Beweis der Abneigung schuldhaftes Verhalten des anderen Ehegatten vorliegen, aber es erfolgte eine starke Subjektivierung der Gründe. Eine Einschränkung dieser beiden Möglichkeiten kam im Jahre 1782, als ein beiderseitiges Einverständnis nur noch unter kinderlosen Ehepaaren zulässig war und der Richter sowohl Beweggründe erfragen, als auch die Scheidung wegen Abneigung durch Maßnahmen für die Eheleute verhindern sollte.

Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR) ging wieder ein wenig weiter als das Gesetz von 1782 und ließ die Scheidung wegen Abneigung auch ohne Beweis von Eheverfehlungen des Ehepartners zu. Wieder enthalten war die gegenseitige Einwilligung von kinderlosen Paaren in die Scheidung. Als verschuldensfreien Scheidungsgrund führte es zudem die Geisteskrankheit auf.

Eine ähnliche Entwicklung des Scheidungsrechts fand in den unter französischem Einfluss stehenden linksrheinischen Provinzen und Baden statt. Nach der französischen Revolution war 1792 ein radikales Scheidungsrecht in Kraft getreten.¹⁰⁶ Es erlaubte nicht nur erstmalig die Lösung des Ehebandes in Frankreich überhaupt, es führte sogleich die Scheidung bei Willensübereinstimmung der Ehegatten und bei einseitigem Verlangen mit der Begründung der Unvereinbarkeit der Gemüter und Charaktere ein. Der

¹⁰⁵ D. Blasius, Ehescheidung in Deutschland, 1794-1945, S. 25.

¹⁰⁶ H. Meiser, Scheidungsfolgenvereinbarungen nach neuem französischem Recht, S. 2.

Code civil 1804 behielt zwar das Prinzip der Auflösbarkeit der Ehe bei, erschwerte es aber erheblich, indem er die Scheidung auf Grund einseitigen Verlangens abschaffte und die gegenseitige Einwilligung unter strenge Anforderungen stellte.¹⁰⁷ Als mit der Rückkehr der Bourbonen der Katholizismus als Staatsreligion wieder eingeführt wurde, sollte das Recht zur Scheidung den Franzosen für die nächsten 68 Jahre wieder verwehrt sein.¹⁰⁸ Im Gegensatz zu Frankreich blieb der revolutionäre Ansatz in den linksrheinischen Provinzen und Baden weitgehend erhalten und es gab eine Kontinuität französischen Eherechts.¹⁰⁹ Für Baden begründet sich dies aus dem 1810 in Kraft gesetztem Landrecht für das Großherzogtum Baden, das den *Code civil* annähernd identisch übernahm.¹¹⁰

In Preußen wie in Baden hielt sich das so kodifizierte Scheidungsrecht bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900. Die im 19. Jahrhundert aufkommende Reaktion gegen das Naturrecht und den Vertragscharakter der Ehe konnte sich nur dort durchsetzen, wo keine Kodifizierungen stattgefunden hatten. Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863 als Beispiel dieser Reaktion lehnte die Scheidung auf Grund beidseitigem Einverständnis gänzlich ab.

Mit der Reichseinheit 1871 rückten gesamtdeutsche Rechtsreformen auch auf dem Gebiete des Scheidungsrechts näher. Nachdem schon 1875 das Eherecht geändert und gegen katholischen Widerstand die Trennung von Tisch und Bett abgeschafft und die obligatorische Zivilehe eingeführt worden war, wurde das Scheidungsrecht jedoch erst mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 neu geordnet. Der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe wurde wieder aufgenommen und es fand eine Rückkehr zum Verschuldensprinzip¹¹¹ statt. Einzig verschuldensfreier Grund war die Geisteskrankheit (§ 1569 BGB). Scheidung wegen gegenseitiger Einwilligung war abgeschafft.

Nach annähernd 40jährigem Bestand setzte der NS-Gesetzgeber die Scheidungsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1564-1587 BGB)

¹⁰⁷ H. Meiser, Scheidungsfolgenvereinbarungen nach neuem französischen Recht, S. 2.

¹⁰⁸ S. Jensko, Scheidung und Trennung von Tisch und Bett nach französischem Recht, S. 15.

¹⁰⁹ D. Blasius, Ehescheidung in Deutschland, 1794-1945, S. 33.

¹¹⁰ F. R. Coudert, Marriage and Divorce Laws in Europe, S. 96.

¹¹¹ Gründe waren gemäß der §§ 1565-1567 BGB: Ehebruch, Lebensnachstellung, böswilliges Verlassen. § 1568 enthielt den Grund der durch einen Ehegatten verschuldeten Zerrüttung durch schwere Verletzung der ehelichen Pflichten oder unsittlichen Verhaltens.

außer Kraft und schuf 1938 das aus dem BGB ausgegliederte Ehegesetz. Die Scheidungsgründe waren unterteilt in Scheidung wegen Verschuldens¹¹² und Scheidung aus anderen Gründen¹¹³. Entscheidend war die Einführung des in § 55 EheG 38 enthaltenen Grundes. Dieser sah eine Scheidung bei Vorliegen einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses und Auflösung der häuslichen Gemeinschaft seit drei Jahren vor. Zwar enthielt § 55 EheG 38 eine Widerspruchsmöglichkeit in Absatz II, die der Ehepartner erheben konnte, der nicht ganz oder überwiegend die Zerrüttung verschuldet hatte. Doch konnte somit nun eine Scheidung grundsätzlich ohne Schuldzuweisung erfolgen.

Das Ehegesetz von 1946 (Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats) übernahm im wesentlichen die Scheidungsregelungen des Jahres 1938. Es wurden lediglich die Gründe der Verweigerung der Fortpflanzung und der Unfruchtbarkeit gestrichen. § 48 EheG 46 beinhaltete jetzt die Scheidung wegen tiefgreifender, unheilbarer Zerrüttung bei Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren. Zusätzlich zu der Widerspruchsausnahme in Absatz II wurde aber in Absatz III aufgenommen, dass dem Scheidungsbegehren nicht stattzugeben sei, wenn das Interesse minderjähriger Kinder die Aufrechterhaltung der Ehe erfordere.

Erst im Jahre 1976 mit dem 1. Eherechtsreformgesetz (1. EheRG), welches im Juli 1977 in Kraft trat, wurde das Scheidungsrecht grundlegend reformiert und wieder als Siebter Titel des vierten Buches an seinem ursprünglichen Platz in das BGB eingegliedert. Das Verschuldensprinzip wurde gänzlich abgeschafft und das Zerrüttungsprinzip eingeführt. Als einzigen Scheidungsgrund wird nur noch auf das Scheitern der Ehe abgestellt. Ist die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller der Scheidung keine unzumutbare Härte (§ 1565 Abs. 2 BGB), so wird bei der einverständlichen Scheidung unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben (§1566 Abs. 1 BGB). Erst nach drei Jahren Trennung wird bei der streitigen Scheidung das Scheitern der Ehe unwiderlegbar vermutet (§ 1566 Abs. 2 BGB).

¹¹² Ehebruch, Verweigerung der Fortpflanzung, andere Eheverfehlungen (§§ 47-49 EheG 38).

¹¹³ U.a. auf geistiger Störung beruhendes Verhalten, Geisteskrankheit, ansteckende oder ekelerregende Krankheit, Unfruchtbarkeit (§§ 50-53 EheG 38).

2. England

In England war auch nach der Reformation, die unter Henry VIII (1509-1547) im Jahre 1534 mit der Abschaffung der päpstlichen Autorität begann und unter Elisabeth I (1558-1603) verfestigt wurde, die Scheidung nicht erlaubt. Wie vor der Reformation unter dem Einfluss der katholischen Kirche blieb die gerichtliche Trennung die einzige Möglichkeit, die eheliche Gemeinschaft aufzuheben. England war damit am Ende des 16. Jahrhunderts das einzige protestantische Land ohne irgendeine Form der rechtlichen Scheidung.¹¹⁴

Seit 1670 gab es zwar für Männer die Alternative, durch Beschluss des Parlaments (*Private Act of Parliament*) die Ehe auflösen zu lassen, sollte ihre Frau Ehebruch (*adultery*) begangen haben. Allerdings war dies sehr zeitaufwendig und äußerst kostenintensiv, wodurch diese Art der Auflösung der Ehe nur sehr vereinzelt von Männern der reichen Oberschicht begehrt wurde. Erst seit 1801 konnten Frauen durch solch ein persönliches Parlamentsgesetz Abhilfe erlangen, mussten jedoch neben dem Ehebruch ihres Mannes zusätzlich noch Gründe wie Grausamkeit (*cruelty*) oder böswilliges Verlassen (*desertion*) nachweisen können.¹¹⁵

Erst mit dem *Matrimonial Causes Act* 1857 wurde die gerichtliche Scheidung (*judicial divorce*) zugelassen. Als einzig legitimen Grund gab es den Ehebruch des Partners zu beweisen, wobei es für die Frau darüber hinaus noch eine ‚verschlimmerte Ungeheuerlichkeit‘ (*aggravated enormity*) vorzuweisen gab.¹¹⁶ Diese lag u.a. laut Gesetz in Fällen des inzestuösen Ehebruchs, der Vergewaltigung der Ehefrau oder der Bigamie vor. 1923 wurde diese Ungleichbehandlung der Frau in dem *Matrimonial Causes Act* jenes Jahres abgeschafft.¹¹⁷

Der *Matrimonial Causes Act* 1937 führte mit den Gründen des böswilligen Verlassens für mindestens drei Jahre, Grausamkeit und Geisteskrankheit (*unsound mind*) endlich weitere Scheidungsgründe ein. Den Scheidungsgründen wurde nun aber die Beschränkung gegenübergestellt, dass – Härte-

¹¹⁴ L. Stone, *Road to Divorce – England 1530-1987*, S. 301.

¹¹⁵ W. D. H. Sellar, *Marriage, divorce and the forbidden degrees: canon law and Scots law*, S. 75 f., in: W. N. Osborough (Hrsg.), *Explorations in Law and History*, S. 59-82.

¹¹⁶ S. Cretny, *Family Law in the Twentieth Century – A History*, S. 167.

¹¹⁷ B. H. Lee, *Divorce Law Reform in England*, S. 15; L. Leneman, *Alienated Affections – The Scottish Experience of Divorce and Separation, 1684-1830*, S. 2.

fälle ausgenommen - eine Scheidung nicht innerhalb der ersten drei Jahre nach der Eheschließung begehrt werden durfte. Auch blieb es weiterhin bei einem Verschuldensscheidungsrecht.

Dies wurde im *Divorce Reform Act* 1969 geändert. Es wurde das Zerrütungsprinzip und als einziger Scheidungsgrund der Zusammenbruch der Ehe (*irretrievable breakdown of marriage*) eingeführt.¹¹⁸ Dennoch handelte es sich dabei um einen Kompromiss zwischen dem bisherigen und dem neuen System. Denn der Zusammenbruch der Ehe muss nachgewiesen werden und dies kann nicht nur durch eine einvernehmliche Trennung (*separation*) von zwei Jahren und eine uneinvernehmliche Trennung von fünf Jahren geschehen, sondern auch durch Ehebruch, böswilliges Verlassen und bei Verhalten, welches zu tolerieren vom anderen Ehepartner nicht mehr verlangt werden kann.¹¹⁹

Ferner wurde erst durch den *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984, der 1991 in Kraft trat, die Beschränkung, eine Scheidung grundsätzlich nicht innerhalb der ersten drei Jahre nach der Eheschließung beantragen zu können, auf ein Jahr reduziert.

3. Schottland

Auch in Schottland war vor der Reformation wie in allen Ländern, in denen das Eherecht durch die katholische Kirche bestimmt wurde, nur die gerichtliche Trennung von Tisch und Bett möglich gewesen. Das schottische Parlament hob 1560 die päpstliche Autorität auf und leitete damit die Reformation ein.

Nur drei Jahre später wurde die Scheidung von einem Ehepartner, der Ehebruch (*adultery*) begangen hatte, zugelassen.¹²⁰ Im Jahre 1573 wurde als

¹¹⁸ *Divorce Reform Act* 1969 Section 1; ersetzt durch Section 1 (1) *Matrimonial Causes Act* 1973.

¹¹⁹ *Divorce Reform Act* 1969 Section 2 (1); ersetzt durch Section 1 (2) *Matrimonial Causes Act* 1973.

¹²⁰ Strittig ist hierbei, ob die Zulassung der Scheidung auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung oder eines Gesetzes erfolgte.

Auf Grund eines Gesetzes: A. Bissett-Johnson/ C. Barton, The similarities and differences in Scottish and English family law in dealing with changing family patterns, in: *Journal of Social Welfare and Family Law* 21(1) 1999, S. 1 (4). Auf Grund einer Entscheidung: A. D. M. Forte, Some Aspects of the Law of Marriage in Scotland: 1500-1700, in: E. M. Craik (Hrsg.), *Marriage and Property* (1984) S. 104 (113); W. D. H. Sellar, Marriage, divorce and the forbidden degrees: canon law and Scots law, S. 71 in: W. N. Osborough (Hrsg.), *Explorations in Law and History*, S. 59-82.

zusätzlicher Grund Verlassen ohne vernünftigen Grund (*desertion without reasonable cause*) hinzugefügt.¹²¹ Zu beachten ist, dass im Gegensatz zu England in Schottland die Ehefrauen keine zu dem eigentlichen Scheidungsgrund hinzukommenden schwerwiegenderen Umstände beweisen mussten, wollten sie sich scheiden lassen.

Bis zum *Divorce (Scotland) Act* 1938 blieben Ehebruch und Verlassen jedoch die einzig möglichen Scheidungsgründe. 1938 kamen Grausamkeit (*cruelty*), unheilbare Geisteskrankheit (*incurable insanity*), Geschlechtsverkehr unter Männern und mit Tieren (*sodomy* und *bestiality*) als Gründe dazu. Abgesehen von unheilbarer Geisteskrankheit waren alle Gründe verschuldensabhängig und Scheidung wurde als Bestrafung des gegen das Ehegelöbnis Verstößenden wahrgenommen.¹²² Im Gegensatz zu England wurde in Schottland jedoch nicht die Beschränkung eingeführt, dass eine Scheidung nicht innerhalb der ersten drei Jahre nach Eheschluss ausgesprochen werden durfte.

Die nächste große Veränderung wurde durch den *Divorce (Scotland) Act* 1976 herbeigeführt, als der Zusammenbruch der Ehe (*irretrievable breakdown of marriage*) einzig zulässiger Grund für eine Scheidung in Schottland wurde. Damit löste das Zerrüttungsprinzip das Verschuldensscheidungsrecht ab. Aber wie das englische brach auch das schottische Scheidungsrecht nicht gänzlich mit seiner Geschichte und stellte einen Kompromiss zwischen den beiden Konzepten dar.¹²³ Denn der Zusammenbruch einer Ehe kann nicht nur auf Grund der nun neu eingeführten einvernehmlichen (nach zwei Jahren) oder uneinvernehmlichen (nach fünf Jahren) Trennung (*non-cohabitation*), sondern auch durch die bisher bestandenen Gründe des Ehebruchs, des Verlassens oder des unzumutbaren Verhaltens bewiesen werden.

Weitere Veränderungen wurden durch den *Family Law (Scotland) Act* 2006¹²⁴ beschlossen. Von größter Bedeutung sind dabei die verkürzten

¹²¹ A. Bissett-Johnson/ C. Barton, The similarities and differences in Scottish and English family law in dealing with changing family patterns, in: Journal of Social Welfare and Family Law 21(1) 1999, S. 1 (5); J. M. Thomson, Family Law in Scotland, S. 109.

¹²² J. M. Thomson, Family Law in Scotland, S. 109.

¹²³ E. M. Clive, The Divorce (Scotland) Act 1976, S. 1; J. M. Thomson, Family Law in Scotland, S. 111.

¹²⁴ In Kraft seit dem 4.5.2006 gemäß *The Family Law (Scotland) Act* 2006 (*Commencement, Transitional Provisions and Savings*) Order 2006, *Scottish Statutory Instruments* 2006 No. 212.

Trennungsperioden. Für eine einvernehmlicher Trennung bedarf es nur noch eines Trennungsjahres. Bei uneinvernehmlicher Trennung wurde der Trennungszeitraum von bisher nötigen fünf auf zwei Jahre reduziert.

Zweiter Teil

Die rechtshistorischen Veränderungen und die gegenwärtige Rechtssituation in der Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen

§ 2 Deutschland

Die Rechtslage in Deutschland hinsichtlich der Behandlung von Scheidungsfolgenvereinbarungen hing trotz der Reichseinheit im Jahre 1871 bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches von der Gesetzgebung und Rechtsprechung in den einzelnen Landesgebieten ab. Zwar wurde durch die Verfassungsänderung von 1873 das deutsche Reich mit der Kompetenz für das ganze bürgerliche Recht und das Verfahrensrecht ausgestattet,¹²⁵ nachdem zuvor nur das Obligationenrecht seiner Gesetzgebung unterstellt worden war, aber im Familienrecht wurde bis zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches nur das Eherecht reformiert.

Im Jahre 1874 wurde eine Kommission von Juristen eingesetzt, um ein einheitliches Privatrecht einschließlich des Familienrechts zu schaffen. Nachdem 1888, neben fünf Motiven-Bänden, endlich der „Entwurf erster Lesung“ veröffentlicht worden war, bedurfte es jedoch nach vielen Angriffen einer Revision des Entwurfs.¹²⁶ Die dafür 1890 zusammengestellte Kommission schloss 1896 ihre Arbeiten für den „Entwurf zweiter Lesung“ ab. Er wurde in den Reichstag eingebracht und nach erneuten Veränderungen, gerade zum Scheidungsrecht, im August 1896 veröffentlicht. Das Inkraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde auf den 1. Januar 1900 festgelegt.

I. Die Rechtslage vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches

Die Scheidungsfolgen vor Einführung des BGB beschränkten sich grundsätzlich auf die Vermögensauseinandersetzung in Folge eines bestimmten Güterstandes, Scheidungsstrafen und auf naheheliche Unterhaltsansprü-

¹²⁵ T. Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866-1918, S. 183.

¹²⁶ M. Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 411.

che, wobei sich das Recht in den einzelnen Landesgebieten teils im Detail teils in wesentlichen Punkten voneinander unterschied.

1. Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau

Ob die Ehefrau im Deutschland des 19. Jahrhunderts überhaupt als befähigt galt, Verträge im Allgemeinen und Vereinbarungen über eben genannte Scheidungsfolgen im Besonderen mit ihrem Mann abzuschließen, ist nicht ohne weiteres zu klären. Die Beurteilung der Rechtsstellung und der Geschäftsfähigkeit der Frauen bereitet Schwierigkeiten wegen der unübersichtlichen Privatrechtsverhältnisse, auf Grund der Zersplitterung der Rechtskreise vor Vereinheitlichung im BGB.¹²⁷ Es können aber einige Grundtendenzen in der Behandlung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau ausgemacht werden.

Die Geschlechtsvormundschaft¹²⁸ über die Frau war im 19. Jahrhundert abgeschafft worden. Dies bedeutete aber nicht auch die Aufhebung der ehelichen Vormundschaft, das heißt der Vormundschaft über die Ehefrau durch deren Ehemann.¹²⁹ Zwar bestanden in manchen Landesteilen die Grundsätze der ehelichen Vormundschaft nicht mehr gegenüber der Frau als Person, doch war dann der Mann meist güterrechtlich zur Verwaltung der Güter seiner Frau berechtigt und verpflichtet.¹³⁰

Vor Einführung des BGB fanden die Gesetzgeber weit über 100 verschiedene eheliche Güterstände vor, wobei eine Aufteilung in fünf Obergruppen erfolgen kann.¹³¹ Dabei bewirkten vier davon eine direkte Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau.

¹²⁷ U. Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung, S. 144.

¹²⁸ Die Geschlechtsvormundschaft ist ein grundsätzlich alle Frauen treffender Zwang, bestimmte Rechtshandlungen durch einen Mann vornehmen zu müssen (A. Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, S. 985). Die Geschlechtsvormundschaft ist also ein Verbot, diese Rechtshandlungen selbständig vorzunehmen, und bedeutet die lebenslange Unterwerfung der Frau unter eine fremde Rechtsgewalt, welche meist bis zu einer Ehe durch den Vater ausgeübt wurde und bei Heirat auf den Ehemann überging. Im Laufe der Zeit gründete sich das Institute der Geschlechtsvormundschaft zunächst auf die Herrschaftsbefugnisse des Mannes, später jedoch zunehmend auf die Schutzfunktion gegenüber der Frau (siehe dazu näher: R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 62-71, 595-599).

¹²⁹ Im Gegensatz zur allgemeinen Geschlechtsvormundschaft gegenüber allen Frauen.

¹³⁰ A. Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, S. 555.

¹³¹ Kroon, Der Rechtsbestand für das deutsche Volk, B I, Erläuterungen vor § 1363, S. 674; B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B, S. 74 f.; M. Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 408.

Bei den fünf Gruppen handelt es sich um die Verwaltungsgemeinschaft,¹³² die allgemeine Gütergemeinschaft,¹³³ die teilweisen Gütergemeinschaften der Errungenschafts-¹³⁴ und Fahrnisgemeinschaft¹³⁵ und um das Dotalrecht¹³⁶. Die ersten vier sind deutschrechtlichen Ursprungs und beschränken die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau, indem sie die Verwaltung und Nutznießung des gesamten Frauenguts in die Hand des Mannes legen.¹³⁷ Das römische Dotalrecht hatte zwar grundsätzlich keinen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit der Frau, da nur ein von der Frau selbst bestimmter Teil auf den Mann überging. Doch führte es meist zu derselben Beschränkung, da es Sitte war, dass die Frau ihr ganzes Vermögen dem Manne zur Verwaltung und Nutznießung überließ.¹³⁸

Dies bedeutete, dass die Ehefrau auch weiterhin in ihrer Verfügungsfähigkeit beschränkt war und ohne Genehmigung des Mannes ihr Vermögen weder veräußern noch mit Verbindlichkeiten belasten durfte.¹³⁹ In einigen Landesgebieten waren die Ehefrauen weitgehend auf die Stufe von Minderjährigen gestellt, so dass bei Rechtsgeschäften mit Dritten, durch die die Ehefrau nicht nur lediglich erwarb, die Einwilligung des Ehemannes vorliegen musste.¹⁴⁰ Nach dem preußischen ALR war die Ehefrau zwar grundsätzlich geschäftsfähig. Doch auch hier resultierten aus der starken Stellung des Ehemannes erhebliche Beeinträchtigungen der Frau hinsichtlich der

¹³² Die Verwaltungsgemeinschaft kam vor in Preußen, Sachsen und Oldenburg. Das Vermögen der Frau blieb ihr Eigentum, aber der Mann hatte Verwaltung und Nießbrauch an dem in die Ehe eingebrachten Gut der Frau.

¹³³ Die allgemeine Gütergemeinschaft galt hauptsächlich in Preußen, Westfalen, Bayern und Hessen. Vermögen des Mannes und der Frau bildeten eine Einheit, wobei nicht nur das nach der Heirat erworbene Vermögen beiden Eheleuten gehörte, sondern auch alles, was bei Abschluss der Ehe in ihrem Eigentum stand.

¹³⁴ Die Errungenschaftsgemeinschaft galt vor allen Dingen in Süddeutschland. Den Eheleuten war alles gemeinsam, was sie während der Ehe erarbeiteten und ersparten.

¹³⁵ Das Geltungsgebiet der Fahrnisgemeinschaft war das linke Rheinufer und Baden. Gemeinschaftliches Eigentum war das bewegliche Vermögen und die Errungenschaft. Unbewegliches Vermögen blieb hingegen Sondergut.

¹³⁶ Das Dotalrecht fand seine begrenzte Anwendung in einigen rheinischen und gemeinrechtlichen Bezirken. Das Vermögen der Frau verblieb grundsätzlich in ihrem Eigentum und in ihrer Verwaltung. Lediglich die Mitgift ging für die Dauer der Ehe in das Eigentum des Mannes über.

¹³⁷ *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 408.

¹³⁸ *R. Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 611; *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 408.

¹³⁹ *R. Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 628.

¹⁴⁰ *A. Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, S. 563, 569.

Fähigkeit, Rechtsgeschäfte selbständig zu tätigen.¹⁴¹ Auch nach dem ALR sollten allein solche Rechtsgeschäfte, durch die ihr nur Vorteile erwachsen, von der Ehefrau selbständig vorgenommen werden können.¹⁴²

2. Vereinbarungen zum ehelichen Güterrecht

Doch trotz der Verwaltungsherrschaft des Mannes und der einhergehenden beschränkten Geschäftsfähigkeit der Ehefrau war es den Ehegatten gerade unter den deutschrechtlichen Güterständen möglich Eheverträge zu schließen. Das Dotalrecht gewährte hingegen den Ehegatten nur in beschränktem Maße die Möglichkeit vertragsmäßiger Verfügungen über ihr Güterrecht.¹⁴³ Der deutschrechtliche Ehevertrag hatte sich aus der germanischen Vertragsehe heraus entwickelt¹⁴⁴ und war ein charakteristischer Zug des deutschen mittelalterlichen Güterrechts,¹⁴⁵ also zu einer Zeit, als noch die Geschlechtsvormundschaft herrschte und den Frauen allgemein die eigenständige Vornahme von Rechtsgeschäften eigentlich nicht möglich war. Der Ehevertrag konnte zunächst sowohl persönliche als auch vermögensrechtliche Ehwirkungen umfassen. Durch eine veränderte Eheauffassung im 19. Jahrhundert, die den vertraglichen Aspekt zugunsten einer sittlichen Einschätzung verdrängte, erfolgte eine Reduzierung der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Ausgestaltung der Ehe.¹⁴⁶ Die persönlichen Ehwirkungen wurden aus dem regelbaren Bereich herausgenommen und Eheverträge fast ausschließlich nur noch unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten und damit unter dem Stichwort „Eheliches Güterrecht“ behandelt.¹⁴⁷ Hinsichtlich der deutschen Güterrechte galt der Grundsatz der Vertragsfreiheit.¹⁴⁸ Eheverträge bedurften formeller Voraussetzungen wie Schriftlichkeit, ge-

¹⁴¹ *S. Weber-Will*, Die rechtliche Stellung der Frau im Privatrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, S. 160.

¹⁴² *S. Weber-Will*, Die rechtliche Stellung der Frau im Privatrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, S. 160.

¹⁴³ *R. Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 629.

¹⁴⁴ *B. Lehmann*, Ehevereinbarungen im 19. und 20. Jahrhundert, S. 37.

¹⁴⁵ *R. Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 611.

¹⁴⁶ *B. Lehmann*, Ehevereinbarungen im 19. und 20. Jahrhundert, S. 36 f.

¹⁴⁷ *B. Lehmann*, Ehevereinbarungen im 19. und 20. Jahrhundert, S. 39.

¹⁴⁸ *R. Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 629; *B. Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B, S. 167.

richtliche¹⁴⁹ oder notarielle Beurkundung oder auch öffentliche Bekanntmachung.¹⁵⁰ Mit Ausnahme des *code civil* und des badischen Landrechts konnten Eheverträge nicht nur vor, sondern auch während der Ehe abgeschlossen oder verändert werden.¹⁵¹

Es stand den Ehepaaren daher offen, die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe abzuändern und damit auch die finanziellen Folgen einer Scheidung zu beeinflussen.

3. Vereinbarungen zu Scheidungsstrafen und Unterhalt

Da die Scheidungsfolgen aber nicht nur die vermögensrechtliche Auseinandersetzung auf Grund des gewählten Güterstandes, sondern auch Scheidungsstrafen und/oder Unterhalt umfassten,¹⁵² stellt sich die Frage, ob auch diesbezüglich Vereinbarungen zwischen den Ehegatten getroffen werden konnten bzw. ob gänzliche Vertragsfreiheit hinsichtlich der Regelung finanzieller Scheidungsfolgen bestand.

Dies war jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist festzustellen, dass eine grundsätzlich kritische Haltung gegenüber vermögensrechtlichen Vereinbarungen mit Scheidungsbezug bestand.¹⁵³ Für solche Vereinbarungen bestand nicht nur die Gefahr, dass sie als Beweis für das Vorliegen von Kollusion im Scheidungsprozess erachtet, sondern auch, dass sie als Förderung der Ehezerrüttung gesehen wurden. Gerade unter den Auffassungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die wieder verstärkt das Eheband zu schützen und Scheidungen zu verhindern versuchten, galten finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen als nichtig.

Im Rahmen des gemeinen Rechts, dass eine Scheidung auf Grund Einvernehmens der Ehepartner nicht vorsah, bejahte das Obertribunal in Stuttgart

¹⁴⁹ So z.B. das preußische ALR. Gemäß Teil 2, Titel 1, 4. Abschnitt § 198 mussten Vertragsabschlüsse zwischen den Ehegatten vor Gericht erfolgen, wenn die Frau während der Ehe zu Gunsten ihres Mannes Verbindlichkeiten eingehen wollte, zu denen sie nach dem Gesetz nicht verpflichtet war.

¹⁵⁰ R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 629.

¹⁵¹ R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, S. 613, 629; B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B, S. 168.

¹⁵² Im Code civil und im sächsischen Gesetzbuch hatten sich Unterhaltszahlungen zu Gunsten der unschuldigen Partei durchgesetzt. Nach dem preußischen ALR konnte die Frau statt der Abfindung den Anspruch auf Unterhalt gegen den Mann wählen.

¹⁵³ Ablehnend im Rahmen des gemeinen Rechts, kritisch unter dem preußischen ALR. Siehe dazu näher G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 13 ff., 45 ff.

die Nichtigkeit eines Vertrages, der die Herbeiführung der Scheidung mittelst eines unter den Eheleuten verabredeten Desertionsprozesses herbeiführen sollte.¹⁵⁴ Darüber hinaus beurteilte das Gericht die vereinbarte Geldzahlung an den Mann für seine Einwilligung in die Scheidung als eine Verletzung der guten Sitten. Denn eine Ehescheidung dürfe nicht zur Bedingung eines Vermögensvorteils gemacht werden und die Kollusion sei um so tadelnswerter, als dass sich der Beklagte seine Einwilligung in die Scheidung abkaufen ließ.¹⁵⁵

Auch das OAG zu Dresden sah die Gefahr, dass „durch Schenkungen, welche ein Ehegatte für den Fall der Scheidung von dem andern sich zuwenden lässt, das Verbot der einverständlichen Scheidung umgangen und zu Collusionen Anlaß geboten werden könne.“¹⁵⁶

Jedoch waren vermögensrechtliche Vereinbarungen nicht immer nichtig. Das Obertribunal Stuttgart erklärte in einem Fall, dass „nach der Praxis [...] ein Vertrag, wenn er auch Bestimmungen bezüglich der Auflösung des Ehebandes enthält, hinsichtlich der zugleich getroffenen Bestimmungen über die Vermögensrechte der Ehegatten aufrecht zu erhalten [sei], wenn nicht letztere Bestimmungen in einem untrennbaren Zusammenhang mit den gegen die Ehe gerichteten Bestimmungen stehen.“¹⁵⁷ Es träte die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nur dann ein, wenn die Auflösung der Ehe oder hierauf abzielende Schritte die Bedingung oder erklärte Voraussetzung der Bestimmungen über das Vermögen bildeten.¹⁵⁸ Da in dem behandelten Fall, die Absprachen über die Vermögensverhältnisse auch bei Fortdauer der Ehe vollzogen worden wären, war der Vertrag wirksam.

Auf Grundlage des badischen Landrechts urteilten die Richter des Oberhofgerichts in Mannheim in einem ähnlich liegenden Fall, dass ein Vertrag nach Trennung der Eheleute, der der Frau eine lebenslange jährliche Unterhaltsrente zusicherte, „eine unerlaubte Vertragsursache hat, als er während der Ehe geschlossen das Zusammenleben der Ehegatten erschwert, beziehungsweise die Trennung derselben befördert, also dem Wesen der Ehe entgegenstrebt.“¹⁵⁹ Solch ein Vertrag sei daher „schlechthin ungültig.“

¹⁵⁴ OTr Stuttgart (1854) Seuff. Arch. 8 Nr. 25 S. 34.

¹⁵⁵ OTr Stuttgart (1854) Seuff. Arch. 8 Nr. 25 S. 34 (34 f.).

¹⁵⁶ OAG Dresden (1866) Seuff. Arch. 35 Nr. 135 S. 199 (200).

¹⁵⁷ OTr Stuttgart (1854) Seuff. Arch. 7 Nr. 274 S. 315 (315 f.).

¹⁵⁸ OTr Stuttgart (1854) Seuff. Arch. 7 Nr. 274 S. 315 (316).

¹⁵⁹ OHG Mannheim (1851) Seuff. Arch. 13 Nr. 126 S. 168 (169).

In einer Entscheidung des OLG zu Hamburg aus dem Jahre 1889 wird die vermögensrechtliche Vereinbarung, die zwei Eheleute mit Rücksicht auf die zu erwartende Scheidung geschlossen hatten, problematisiert.¹⁶⁰ Das Gericht stellte fest, dass sich das Verbot, durch Vertrag die Ehescheidungsstrafen zu mindern oder noch zu erhöhen, lediglich auf Abänderungen durch Verträge bezöge, die zukünftige Schuld und Scheidung behandelten; über Folgen des bereits Geschehenen dürfe verhandelt werden, ein solcher Vertrag verstieße nicht gegen die guten Sitten.¹⁶¹ Dem gemäß durfte auch der unschuldige Ehegatte auf die Geltendmachung der Ehescheidungsstrafen verzichten.

Unter dem preußischen allgemeinen Landrecht, dass gemäß § 716 ALR II 1 bei kinderlosen Ehen die Scheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung vorsah, standen die obersten Gerichte ebenfalls finanziellen Vereinbarungen der Ehegatten kritisch gegenüber.

Grundsätzlich waren vertragliche Vermögensauseinandersetzungen erlaubt und vor Gericht geschlossene Abfindungsverträge zugunsten des unschuldigen Ehegatten bei einer Verschuldensscheidungen laut Gesetz (§§ 824 – 826 ALR II 1) zur Vermeidung von Weitläufigkeiten und Prozessen ausdrücklich zugelassen, sollten sie die Rechte von aus der Ehe hervorgegangenen Kindern und Gläubigern nicht beschränken.¹⁶² Dem entsprechend entschied im Jahre 1850 das Obertribunal bezüglich einer einverständlichen Scheidung, dass die Behauptung nicht gerechtfertigt sei, „dass der Vertrag, insofern er bezweckte, den Kläger zur Einwilligung in die Scheidung geneigt zu machen, und der Kläger sich diese für eine ungeheure Summe habe abkaufen lassen, ungültig erachtet werden müsse, weil er den guten Sitten zuwider laufe.“¹⁶³

Dieses Urteil wurde aber durch das Reichsgericht einige Jahrzehnte später ausdrücklich kritisiert. In einer Entscheidung zum ALR stellte es fest, dass diese Rechtsauffassung keine Billigung verdient habe, da das Erkaufen der in § 716 ALR II 1 als Scheidungsgrund anerkannten Einwilligung nicht minder, wie jedes andere Paktieren über die Ehescheidung, dem berechtig-

¹⁶⁰ OLG Hamburg (1889) Seuff. Arch 45 Nr. 192 S. 310.

¹⁶¹ OLG Hamburg (1889) Seuff. Arch 45 Nr. 192 S. 310 (311).

¹⁶² G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 52, 56.

¹⁶³ OTr (1850) Strieth. Arch. 2 Nr. 1 S. 1 (8).

ten Vorwürfe der Unsittlichkeit ausgesetzt sei.¹⁶⁴ In tatsächlicher Hinsicht reichte es damit für die Bewertung als „erkaufte“ Einwilligung aus, dass die Kausalität einer finanziellen Zusage erwiesen war.¹⁶⁵

In dem vom Reichsgericht zu behandelndem Sachverhalt einigten sich die Ehegatten auf den Scheidungsgrund des böslichen Verlassens und auf lebenslange Zahlungen an die Frau. Die Entscheidung besagt: „Liegt [...] ein Paktiren zum Zweck der Ermöglichung oder doch wesentlichen Erleichterung der Ehescheidung durch Geltendmachung eines vereinbarten, der Wirklichkeit nicht entsprechenden Scheidungsgrundes vor, so ist [...] anzunehmen, dass ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten und die Ehrbarkeit verstößt und daher [...] ungültig ist, weil er der sittlichen und rechtlichen Natur des Ehebundes, als eines [...] nicht nach bloßer Uebereinkunft der Gatten lösbaren Verhältnisses gleichermaßen zuwiderläuft und überdies in verwerflicher Weise durch eigennützige Motive den Willen in einer Angelegenheit zu bestimmen unternimmt, für welche nur sittliche oder religiöse Motive maßgebend sein sollten.“¹⁶⁶

Schon 1857 hatte aber auch das Obertribunal hinsichtlich einer Verschuldenscheidung geurteilt, dass durch einen Vertrag, durch welchen während des Prozesses der unschuldige Teil auf die Ehescheidungsstrafe verzichte und der Schuldige den Scheidungsgrund zugestehe, über die Ehescheidung selbst paktiert werde.¹⁶⁷ Ein solcher Vertrag verstieße aber gegen die Heiligkeit des ehelichen Bandes und mithin auch gegen die guten Sitten und die Ehrbarkeit.¹⁶⁸

Die Formulierung des Reichsgerichts „jedes Paktiren zum Zweck der Ermöglichung oder doch wesentlichen Erleichterung der Ehescheidung verstieße gegen die guten Sitten und die Ehrbarkeit und sei ungültig“ aus dem Jahre 1888 wurde in ihr folgenden Entscheidungen wiederholt aufgegriffen.¹⁶⁹

Nicht als ungültig wurden aber solche Vereinbarungen betrachtet, in denen sich die Ehegatten auf einen von mehreren vorliegenden Scheidungsgründen oder auf eine Scheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung anstatt

¹⁶⁴ RG (1888) Beiträge 32 Nr. 50 S. 913 (917).

¹⁶⁵ G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 47; vgl. RG (1890) JW 91, 26.

¹⁶⁶ RG (1888) Beiträge 32 Nr. 50 S. 913 (917).

¹⁶⁷ OTr (1857) Strieth. Arch. 24 Nr. 28 S. 123 (124).

¹⁶⁸ OTr (1857) Strieth. Arch. 24 Nr. 28 S. 123 (124).

¹⁶⁹ RG JW 1901, 126 (126); RG JW 1890, 381 (381).

eines Verschuldensscheidungsgrundes einigten.¹⁷⁰ Hierbei wurde nicht über die Scheidung selbst, sondern lediglich über die Scheidungsgründe verhandelt.¹⁷¹ In diesen Fällen wurde auch das Versprechen bestimmter Vermögensvorteile nicht als Sittenverstoß gesehen, sondern lediglich als eine „Dokumentierung einer unvornehmen Gesinnung.“¹⁷²

4. Zusammenfassung

Als Grundsatz wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts solche Vereinbarungen für nichtig erklärt, die die Scheidung selbst zum Gegenstand hatten. Dieses Verständnis wurde sowohl bei der einverständlichen Scheidung als auch bei den übrigen Verschuldensscheidungsgründen angewendet.¹⁷³

Ablehnend standen die Gerichte Vereinbarungen gegenüber, die noch vor dem Eintreten eines Scheidungsgrundes bzw. der Scheidung selbst geschlossen wurden und denen daher scheidungsfördernde Wirkung zugesagt wurden. Treffend stellt Roßdeutscher als Grundsatz fest, eine vermögensbezogene Scheidungsfolgenabrede müsse in dieser Zeit scheidungsneutral sein, um gültig zu sein.¹⁷⁴

II. Die Entwicklung nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches

Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 löste die Gesetzgebung der einzelnen Landesgebiete ab. Es schaffte eine einheitliche Gesetzeslage, jedoch keine eindeutige Rechtslage für Scheidungsfolgenvereinbarungen.

Allerdings war das Scheidungsrecht neu geordnet worden. Der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe wurde wieder aufgenommen und es fand eine Rückkehr zum Verschuldensprinzip¹⁷⁵ statt. Einzig verschuldensfreier

¹⁷⁰ RG JW 1901, 126 (126); KG (1900) OLGE 1, 447 (447 f.).

¹⁷¹ KG (1900) OLGE 1, 447 (447).

¹⁷² RG JW 1901, 126 (126); KG (1900) OLGE 1, 447 (448).

¹⁷³ G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 45.

¹⁷⁴ G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 17.

¹⁷⁵ Günde waren gemäß der §§ 1565-1567 BGB: Ehebruch, Lebensnachstellung, böswilliges Verlassen. § 1568 BGB enthielt den Grund der durch einen Ehegatten verschuldeten Zerrütung durch schwere Verletzung der ehelichen Pflichten oder des unsittlichen Verhaltens.

Grund war die Geisteskrankheit (§ 1569 BGB). Scheidung auf Grund gegenseitiger Einwilligung war abgeschafft.

Nach Aufhebung der Scheidungsstrafen im Bürgerlichen Gesetzbuch waren Unterhaltszahlungen und die Auseinandersetzung der güterrechtlichen Verhältnisse die entscheidenden vermögensbezogenen Scheidungsfolgen.¹⁷⁶

Der Gefahr der Unwirksamkeit sahen sich Vereinbarungen hierüber im Wesentlichen dann ausgesetzt, wenn sie im Zusammenhang mit einer Scheidungsvereinbarung standen, die dem Grundsatz widersprach, dass Vereinbarungen nicht zur Erleichterung einer Scheidung beitragen dürften. Denn gleichsam seiner Rechtsprechung vor Einführung des BGB¹⁷⁷ setzte das Reichsgericht seine Rechtsprechung dahingehend fort,¹⁷⁸ dass diejenigen Verträge zwischen Ehegatten nichtig seien, welche der Ermöglichung oder der Erleichterung der Scheidung dienen sollten. Die Nichtigkeit wurde dabei entweder auf einen Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB und/oder auf einen Gesetzesverstoß nach § 134 BGB jeweils unter Umständen i.V.m. §§ 1353 Abs. 1, 1564 ff. BGB oder §§ 617, 622 ZPO¹⁷⁹ gestützt. Trotz des durch das Reichsgericht aufgestellten Grundsatzes hing aber die Wirksamkeit einer vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarung im wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles ab, da die Begriffe der „Erleichterung“ und der „Ermöglichung“ von den Gerichten nicht allgemeingültig definiert wurden. Wiederholt wurde vom Reichsgericht auch darauf abgestellt, ob es sich um eine „wesentliche“ oder „unzulässige“ Erleichterung der Scheidung gehandelt hatte.¹⁸⁰ Einig, auch nach Ansicht des Reichsgerichts, war man sich lediglich darin, dass keine Erleichterung der Scheidung vorlag, wenn nur auf den Gang des Verfahrens beschleunigend

¹⁷⁶ Der heutzutage vorzunehmende Versorgungsausgleich wurde erst mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.06.1976, in Kraft seit dem 01.01.1977, eingeführt.

¹⁷⁷ RG (1888) Beiträge 32 Nr. 50 S. 913.

¹⁷⁸ RG (1929) Seuff. Arch. 83 Nr. 193 S. 321 (321 f.); RG, Urteil vom 02.06.1904, Az.: IV 461/03, auszugsweise abgedruckt bei C. Rosenberg AcP 127 (1927) S. 46 (72 ff.).

¹⁷⁹ § 1353 BGB enthielt in Abs. 1 die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die §§ 1564 ff. BGB regelten die Möglichkeit der Scheidung und die Scheidungsgründe, in den §§ 617, 622 ZPO war der Grundsatz des Eheschutzes aufgestellt.

¹⁸⁰ RG (1921) WarnRspr 15 Nr. 64, S. 75 (76); RG (1916) WarnRspr 12 Nr. 93, S. 142 (144); RG (1914) WarnRspr 7 Nr. 273, S. 392 (392); RG (1912) WarnRspr 6 Nr. 128, S. 161 (163); RG (1912) WarnRspr 6 Nr. 43, S. 54 (56).

oder abkürzend eingewirkt werden sollte.¹⁸¹ Wenn sich daher Eheleute, um das Verfahren abzukürzen, dahingehend einigten, dass sie dem Gericht nur einen, nach ihrer Auffassung wahren, Scheidungsgrund vortrugen, andere Scheidungsgründe aber beiseitelassen wollten, so wurde darin weder etwas Gesetzwidriges noch etwas sittlich Verwerfliches gefunden. Die Absicht der Scheidungserleichterung konnte aber nur dann verneint werden, wenn nach der Vorstellung der Parteien ihre anderen Scheidungsgründe oder auch nur einer davon zur Scheidung geführt hätte(n), falls diese weiterverfolgt worden wären. Nach Schaffung des BGB galt daher die Wirksamkeit folgenbezogener Vereinbarungen, die vor der Scheidung, insbesondere vor Einreichung der Scheidungsklage, geschlossen wurden, grundsätzlich als fraglich.¹⁸²

1. Unterhaltsvereinbarungen

Die Vorschriften zur Unterhaltspflicht waren in den §§ 1578 bis 1583 BGB geregelt.

§ 1578 BGB besagte:

Der allein für schuldig erklärte Mann hat der geschiedenen Frau den standesmäßigen Unterhalt insoweit zu gewähren, als sie ihn nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und, sofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist, aus dem Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann.

Die allein für schuldig erklärte Frau hat dem geschiedenen Manne den standesmäßigen Unterhalt insoweit zu gewähren, als er außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten.

§ 1580 BGB normierte:

Der Unterhalt ist durch Einrichtung einer Geldrente nach Maßgabe des § 760 BGB zu gewähren. Ob, in welcher Art und für welchen

¹⁸¹ RG JW 1936, 2531 (2531); RG JW 1933, 154 (155); RGZ (1930) 126, 320 (321); RG JW 1930, 983 (983); RG (1929) Seuff. Arch. 83 Nr. 193 S. 321 (322).

¹⁸² *M. Oppenheim* JW 1918, S. 727 (727); *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 385; *C. Rosenberg* JW 1930, S. 108 (110).

Betrag der Unterhaltspflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen.

Statt der Rente kann der Berechtigte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Im Übrigen finden die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Vorschriften der §§ 1607, 1610, des § 1611 Abs. 1 BGB, des § 1613 BGB und für den Fall des Todes des Berechtigten die Vorschriften des § 1615 BGB entsprechende Anwendung.

Gemäß § 1578 BGB bedurfte es zweier Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch. Zum einen musste Bedürftigkeit des unschuldigen Ehegatten, zum anderen Leistungsfähigkeit des schuldigen Ehegatten vorliegen.

Der Gesichtspunkt der Entschädigung und Abfindung trat bei der neuen Unterhaltsregelung in den Hintergrund. Die Gründe einer auf Billigkeit beruhenden Nachwirkung der Ehe (für den unschuldigen Ehegatten) und die Rücksicht auf das öffentliche Interesse traten hingegen in den Vordergrund.¹⁸³ Der unschuldige Ehegatte sollte nicht in die Lage versetzt werden, entweder die ihm unerträglich gewordene Ehe fortsetzen oder fortan die Mittel zu seinem Umterhalt entbehren zu müssen. Im Sinne des öffentlichen Interesses galt es, Scheidungen zu verhindern und im Falle einer Scheidung eine Vermehrung der öffentlichen Armenlast zu verhüten.¹⁸⁴

Nach § 1580 Abs. 3 BGB war auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch die Vorschrift des § 1614, der in S. 1 BGB besagte, dass „für die Zukunft [...] auf den Unterhalt nicht verzichtet werden“ könne, gerade nicht anzuwenden. Aus der Unanwendbarkeit des § 1614 BGB ergab sich, dass die geschiedenen Ehegatten über den Unterhaltsanspruch eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung treffen konnten.¹⁸⁵ Obwohl durch die neue Unterhaltsregelung auch die Vermehrung der Armenlast verhindert werden sollte, galt der Unterhaltsanspruch damit hinsichtlich Art und Höhe, ein-

¹⁸³ *B. Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B., S. 330.

¹⁸⁴ *B. Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B., S. 330.

¹⁸⁵ *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 413; *A. B. Schmidt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vierter Band, § 1578, S. 744.

schließlich der Möglichkeit eines vollständigen Verzichts, als disponibel.¹⁸⁶ Nach Ansicht des Reichsgerichts durfte er auch schon im Voraus für den Fall der Ehescheidung geregelt werden.¹⁸⁷ Allerdings wurden von einem Teil der Literatur sittliche Bedenken hinsichtlich Vereinbarungen zwischen (zukünftigen) Ehegatten geäußert, die kein konkretes Scheidungsverfahren vor Augen hatten, sondern Regelungen für den Eventualfall einer künftigen Scheidung trafen. Die herrschende Meinung ließ daher eine Vereinbarung nur dann unbeanstandet, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses schon solche Verfehlungen vorlagen, die die Ehegatten zur Scheidung berechtigten und im Hinblick auf die sie in nächster Zeit den Scheidungsprozess einzuleiten beabsichtigten.¹⁸⁸ Der Vereinbarungsinhalt verstieße gegen die guten Sitten gemäß § 138 BGB, wenn er durch die Inaussichtnahme der Scheidung die Institution der Ehe missachtete. Neben Vorliegen und Kenntnis eines konkreten Scheidungsgrundes verlangten manche die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage,¹⁸⁹ andere die Rechtskraft des Scheidungsurteils.¹⁹⁰ Eine weitere Literaturmeinung hingegen lehnte eine zeitliche Beschränkung ab und war der Ansicht, dass auch voreheliche Vereinbarungen über den Unterhalt getroffen werden könnten.¹⁹¹

2. Auseinandersetzungsverträge

Neben den zu klärenden Unterhaltsverpflichtungen musste auch die Auseinandersetzung der güterrechtlichen Verhältnisse nach der Ehescheidung vorgenommen werden. Die Vermögensauseinandersetzung hatte nach

¹⁸⁶ RG (1909) WarnRspr 2 Nr. 386, S. 356 (356 f.); *O. S. Runge*, Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht, S. 28; *A. B. Schmidt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vierter Band, § 1578, S. 744; *M. Strauß*, Auseinandersetzungsverträge bei Ehescheidungen, S. 30; *H. Walsmann*, Der Verzicht, S. 286.

¹⁸⁷ RG (1909) WarnRspr 2 Nr. 386, S. 356 (356 f.).

¹⁸⁸ *M. Oppenheim* JW 1918, S. 727 (727); *O. S. Runge*, Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht, S. 29 f.; *H. Walsmann*, Der Verzicht, S. 286 f.

¹⁸⁹ *A. Brass*, Vertragsfreiheit im Familienrecht, S. 34; *H. Fuchs*, Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung, S. 7; *D. Opet/W. von Blume*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1578, S. 418; *A. B. Schmidt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vierter Band, § 1578, S. 744.

¹⁹⁰ *V. Loewenwarter*, Lehrkommentar zum BGB, Fünfter Band, § 1564 S. 86; *M. Scherer*, Familienrecht des BGB, Nr. 482 b.

¹⁹¹ *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage, Vierter Band, S. 686, 625 f.; *S. Roch*, Verträge über Ehescheidungsfolgen, S. 20; *M. Strauß*, Auseinandersetzungsverträge bei Ehescheidungen, S. 30.

Maßgabe der allgemeinen für die Aufhebung des betreffenden Güterstandes geltenden Vorschriften zu erfolgen,¹⁹² und konnte damit durch die Wahl des Güterstandes beeinflusst werden.

Auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts galt der Grundsatz der Vertragsfreiheit.¹⁹³ Das BGB gab den Ehegatten die Möglichkeit, den Güterstand durch Vertrag selbständig zu ordnen,¹⁹⁴ und gestattete den Abschluß von Eheverträgen sowohl vor als nach der Eingehung der Ehe, § 1432 BGB. Das Gesetz erleichterte die Regulierung durch Ehevertrag dadurch, dass es seinerseits fünf verschiedenen Systeme formulierte. Es gab die allgemeine Gütergemeinschaft (§ 1437 ff. BGB), die partikulären Gütergemeinschaften der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 ff. BGB) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549 ff. BGB), die Gütertrennung (§ 1426 ff. BGB) und das gesetzliche Güterrecht der Verwaltung und Nutznießung (§ 1363 ff. BGB), auch Güterverbindung oder Verwaltungsgemeinschaft genannt.

Bei der Verwaltungsgemeinschaft hatte der Mann lediglich das eingebrachte Gut¹⁹⁵ der Frau herauszugeben (§ 1421 S. 1 BGB). Einen Ausgleich dafür, was er mit dem Geld und gegebenenfalls der Mithilfe seiner Frau während der Ehe erwirtschaftet hatte, musste er nicht leisten. Bei den Gütergemeinschaften hatten sich die Ehegatten hinsichtlich des Gesamtgutes¹⁹⁶ auseinanderzusetzen (§§ 1471 Abs. 1, 1546 Abs. 1 S. 1, 1549 BGB). Für alle Arten der Gütergemeinschaft galt, dass nach Abzug der Gesamtverbindlichkeiten der Überschuss hälftig geteilt wurde, § 1476 Abs. 1 BGB. Allein für die allgemeine Gütergemeinschaft gab es in § 1478 BGB eine

¹⁹² *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B, S. 326.

¹⁹³ *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 116, 228.

¹⁹⁴ *B. Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B, S. 167.

¹⁹⁵ Das eingebrachte Gut ist gemäß § 1363 BGB das Vermögen, das der Frau bei Eheschließung gehört und welches sie während der Ehe erwirbt. Ausgenommen ist das Vorbehaltsgut, §§ 1366-1370 BGB.

¹⁹⁶ Gesamtgut ist gemäß § 1438 BGB das vor oder während der Gütergemeinschaft erworbene und bei Eheschließung zusammengelegte, gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten. Ausgenommen ist das Vorbehaltsgut, §§ 1440 i.V.m. 1369, 1379 BGB. Gegenüber zum Vorbehaltsgut der Verwaltungsgemeinschaft werden die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen, sowie der Erwerb aus selbständiger Tätigkeit nicht als Vorbehaltsgut im Rahmen der Gütergemeinschaft umfasst, wenn sie nicht durch Ehevertrag dazu bestimmt worden sind. Bei der Gütergemeinschaft greift die Regelung des Vorbehaltsgutes jedoch sowohl für die Frau, als auch für den Mann.

spezielle Regelung für die Beendigung des Güterstandes durch Scheidung. § 1478 Abs. 1 BGB gab dem unschuldigen Ehegatten, bei Alleinschuld des anderen, die Alternative, anstatt der hälftigen Teilung des Überschusses zu verlangen, dass jedem von ihnen der Wert desjenigen zurückerstattet werde, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hatte.

Die Beeinflussung der Vermögensauseinandersetzung konnte aber nicht nur über die Wahl und eventuelle Modifizierung eines Güterstandes erfolgen. Die Eheleute konnten im Rahmen eines Ehevertrages auch eine Vereinbarungen über die Auseinandersetzung an sich treffen.¹⁹⁷ Soweit diese Vereinbarung nur die nach der Beendigung des Güterstandes vorzunehmende Auseinandersetzung betraf, handelte es sich nicht einmal um einen formbedürftigen Ehevertrag.¹⁹⁸ Schwierigkeiten konnten sich jedoch auf Grund des Zeitpunktes des Vertragsschlusses ergeben. Nach der herrschenden Meinung galten – wie auch bei Unterhaltsvereinbarungen - solche Auseinandersetzungsverträge als sittenwidrig, die vor dem Vorliegen eines bestimmten Scheidungsgrundes geschlossen wurden, da sie die Ehe gefährdeten.¹⁹⁹

Für die Güterstände der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft hatte der Gesetzgeber allerdings der einvernehmlichen Auseinandersetzung ausdrücklich den Vorrang vor den gesetzlichen Anordnungen eingeräumt (§§ 1474, 1546 Abs. 2, 1549 i.V.m. 1474 BGB). Eine solche Vereinbarung konnte daher nicht erst nach Beendigung des Güterstandes getroffen werden, sondern schon bei Eingehung der Gütergemeinschaft.²⁰⁰

Auseinandersetzungsvorschriften für den Güterstand der Gütertrennung sah das Gesetz nicht vor, da dieser Güterstand auf die ausgleichslose Trennung des beiderseitigen Vermögens gerichtet war.

¹⁹⁷ F. A. Doerenkamp, Scheidungsabkommen, S 15; H. Fuchs, Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung, S. 6; M. Strauß, Auseinandersetzungsverträge bei Ehescheidungen, S. 28 f.

¹⁹⁸ RGZ (1917) 89, 292 (293 f.); O. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, § 1474 Anm 1).

¹⁹⁹ G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage, Viertes Band, S. 625; O. S. Runge, Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht, S. 29; anders aber: S. Roch, Verträge über Ehescheidungsfolgen, S. 22; M. Strauß, Auseinandersetzungsverträge bei Ehescheidungen, S. 28 f.

²⁰⁰ G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Viertes Band, S. 284.

Eine Beschränkung der Vertragsfreiheit bei Eheverträgen konnte aus den allgemeinen Grundsätzen über die Unwirksamkeit von Verträgen (z.B. § 138 BGB) oder nach den besonderen Vorschriften für Eheverträge (z.B. § 1433 BGB²⁰¹) folgen.²⁰² Im Übrigen bestand die Gefahr, dass Eheverträge für unzulässig gehalten wurden, welche mit dem Wesen der Ehe oder des unter den Gatten geltenden Güterstandes, also bei einer Vereinbarung von Zwischenformen, nicht vereinbar waren.²⁰³

Ein Vertrag, der schon vor Beendigung der Gütergemeinschaft das Recht auf Auseinandersetzung beschränkte, galt demnach häufig als gegen die guten Sitten verstoßend.²⁰⁴ Eine Vereinbarung hingegen, die, um Streitigkeiten zu vermeiden, bestimmte, was als eingebracht im Sinne des § 1478 BGB gelten sollte, war unter Umständen zulässig.²⁰⁵ Ebenfalls als zulässig wurde die Vereinbarung über den Verzicht der Frau auf Herausgabe des Eingebrachten im Rahmen der Verwaltungsgemeinschaft gesehen.

3. Erleichterung der Scheidung auf Grund von Kollusion

Das Zusammenwirken der Ehegatten galt immer dann als Erleichterung der Scheidung und damit als nichtig, wenn an sich kein Scheidungsgrund bestand, sondern positiv die „Beschaffung“ eines Scheidungsgrundes vereinbart wurde, die Ehegatten also kollusiv zusammenwirkten.²⁰⁶ Dies galt insbesondere auch dann, wenn sich der eine Ehegatte für seine Zustimmung in die Scheidung finanzielle Zugeständnisse machen ließ. Der Grundsatz des Reichsgerichts, dass eine Vereinbarung dann nichtig war, wenn sie die Erleichterung oder Ermöglichung der Scheidung bewirkte, ermöglichte jede Kollusion mit der dazugehörigen Folgenvereinbarung zu ahnden. Das kollusive Zusammenwirken in Form der beabsichtigten Vortäuschung eines

²⁰¹ § 1433 BGB behandelte die Unzulässigkeit einer Vereinbarung bei Verweisung auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz.

²⁰² *B. Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, IV. B, S. 167.

²⁰³ *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 229.

²⁰⁴ *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 278.

²⁰⁵ *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 385.

²⁰⁶ RG (1915) HansGZ 1916 B Nr. 141 S. 269 (271).

fingierten Scheidungsgrundes gegen finanzielle Vorteile stellte sich als Sitten- und/oder Gesetzesverstoß dar.²⁰⁷

Da die Scheidungsvereinbarungen regelmäßig in Folgeprozessen auf den Prüfstand kamen, bedurfte es jeweils der Feststellung, ob zwischen Kollusion und Folgenversprechen eine innere Verbindung bestand, die nach § 139 BGB zur Nichtigkeit des letzteren führte.²⁰⁸ Entsprechend fanden sich regelmäßig Feststellungen, dass die versprochenen Vermögensvorteile Gegenleistungen für das Mitwirken an der Täuschungshandlung gewesen seien.²⁰⁹ Etwas anderes ergab sich auch nicht für den Fall, dass die finanzielle Scheidungsfolge erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils schriftlich erklärt wurde, wenn sie zuvor schon Teil einer die Scheidung erleichternden Abrede bildete.²¹⁰ Mit der Ungültigerklärung sollten die Vereinbarungen sanktioniert werden, die sich anmaßen, über die Ehe unter Umgehung des Verschuldensprinzips zu verfügen.²¹¹

Das Vorliegen einer unzulässigen Erleichterung der Ehescheidung wurde aber teilweise dann wieder nicht angenommen, wenn ein Scheidungsgrund tatsächlich vorhanden war.²¹² Allerdings gab es eine Tendenz dahingehend, für die Bejahung der Kollusion auf eine subjektivierte Betrachtung abzustellen.²¹³ Danach war nicht maßgebend, ob die Ehe aus tatsächlichen Gründen geschieden worden war oder hätte geschieden werden können, sondern ob nach der Vorstellung der Parteien mit der Vereinbarung eine Ungewissheit der Scheidung beseitigt werden sollte. Selbst bei tatsächlichem Vorliegen eines Scheidungsgrundes konnte daher auf Grund der subjektivierten, auf den Vertragszeitpunkt bezogenen Betrachtungsweise bei der Nichtigkeit der Abrede geblieben werden.

²⁰⁷ RGZ (1930) 126, 320; RG (1924) WarnRspr 16 Nr. 169 S. 207 (209); OLG Kiel (1932) SchlHA 19, 34 (35 f.).

²⁰⁸ *G. Roßdeutscher*, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 81.

²⁰⁹ RGZ (1930) 126, 320 (322); KG (1932) WarnRspr 24 Nr. 178 S. 378 (379); OLG Jena (1912) Seuff. Arch. 67 Nr. 193 S. 348 (348 f.); OLG Hamburg (1911) OLGE 24, 261 (262).

²¹⁰ RGZ (1930) 126, 320 (322 f.); RGZ (1928) 118, 171 (174 f.).

²¹¹ *G. Roßdeutscher*, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 79.

²¹² RG (1914) WarnRspr 7 Nr. 273 S. 392 (392).

²¹³ RG (1932) WarnRspr 24 Nr. 178 S. 378 (380); RGZ (1929) 126, 320 (322); RG (1929) Seuff. Arch. 83 Nr. 193, S. 321 (322); RG (1924) WarnRspr 16 Nr. 169 S. 207 (209); OLG Jena (1912) Seuff Arch 67 Nr. 193 S. 348 (349).

4. Erleichterung der Scheidung wegen Abkaufens des Scheidungsentschlusses

Eine weitere Konstellation, bei der grundsätzlich von einer Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Ermöglichung oder Erleichterung der Scheidung ausgegangen wurde, war das Abkaufen des Scheidungsentschlusses. Durch Zusicherung (überhöhter) finanzieller Scheidungsfolgen sollte zumeist der Scheidungsberechtigte²¹⁴ (überwiegend die Ehefrau) zum Einreichen der Scheidung bewegt werden.²¹⁵ Im Gegensatz zur Kollusion lag bei dieser Konstellation ein Scheidungsgrund tatsächlich vor.

Begründungsnorm für die Nichtigkeit von Vereinbarungen, auf Grund derer der Scheidungsberechtigte sich erst zur Scheidung entschloss, war ausschließlich § 138 BGB.²¹⁶ Der Sittenverstoß lag hier in der unmoralischen Leistungsverknüpfung. Die Gerichte sahen ein nichtigkeitsbegründendes Abkaufen des Scheidungsentschlusses aber nur gegeben, wenn die Vermögenszusage nicht nur Voraussetzung für die Erhebung der Scheidung, sondern maßgebliches Motiv war. Sittenwidrig war eine Vereinbarung daher bei einer anstößig erscheinenden, vollständigen Ersetzung ehrenwerter Scheidungsmotive durch finanzielle Überlegungen.²¹⁷ Finanzielle Versprechungen, denen jegliche Einwirkung auf den Scheidungsentschluss des anderen Teils abgesprochen wurde, waren vorbehaltlich anderer Nichtigkeitsaspekte unproblematisch gültig.²¹⁸

²¹⁴ Atypische Fälle: RG WarnRspr 2 (1909) Nr 386 S. 356 (357)– der Scheidungsbeklagte sollte zur Aufgabe seiner Verteidigung gebracht werden;

RGZ 108 (1924), 213 (216 f.) – der Ehemann versuchte nach Abschluss eines für ihn günstigen vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvertrages die Ehefrau durch seinen öffentlich gemachten Ehebruch zur Einreichung der Scheidung zu provozieren.

In beiden Fällen wurde eine Erleichterung der Scheidung bejaht und die Vereinbarungen für nichtig erklärt.

²¹⁵ RGZ (1934) 145, 152 (154); RG (1931) Seuff. Arch. 85 Nr. 89 S. 164 (166); RG (1931) WarnRspr 23 Nr. 99 S. 197 (198); OGH Saarlouis JW 27, 2582 (2582).

²¹⁶ G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 83.

²¹⁷ Vereinbarungen wurden jedoch auch aufrechterhalten: siehe OLG Kiel (1932) SchlHA 33, 34 (36).

²¹⁸ RG (1934) WarnRspr 26 Nr. 29 S. 67 (68); RG (1912) WarnRspr 6 Nr. 43 S. 54 (56).

5. Erleichterung der Scheidung auf Grund Rechtsmittelverzichtserklärung

Eine weitere Konstellation, die wegen Erleichterung der Scheidung als nichtig galt, war der Verzicht auf oder die Rücknahme von Rechtsmitteln gegen ein Scheidungsurteil.²¹⁹ Diese Fallgruppe ähnelt der der Kollusion dahingehend, dass die Nichtigerklärung im Hinblick auf das vereinbarte Verhalten an sich und nicht auf Grund der Verknüpfung mit vermögensrechtlichen Vereinbarungen erfolgte.²²⁰ Allerdings wurde ein Rechtsmittelverzicht häufig unter Verknüpfung mit vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen vorgenommen.²²¹ Denn die Partei, die Grund für ein Rechtsmittel bzw. dieses schon eingelegt hatte, ließ sich ihren Verzicht auf Einlegung oder Fortführung des Rechtsmittels durch vermögensrechtliche Scheidungsfolgen abkaufen.

Nichtig war die Inbeziehungsetzung von Rechtsmittelverzichten mit (vermögensrechtlichen) Scheidungsfolgenvereinbarungen auf Grund Verstoßes gegen die guten Sitten und das Gesetz, §§ 138 und 134 BGB, denn solche Vereinbarungen würden gegen das Wesen der Ehe und den Grundsatz des Eheschutzes aus § 622 ZPO verstoßen.²²² Es sollte vermieden werden, dass mit einem Rechtsmittelverzicht der Weg abgeschnitten wurde, auf dem es sonst unter Umständen doch noch zur Aufrechterhaltung der Ehe hätte kommen können.²²³ Abweichend aber von der reichsgerichtlichen Entscheidung aus dem Jahre 1908²²⁴ blieben zunehmend Abreden über prozessuales Vorgehen unbeanstandet, wenn eine Aufrechterhaltung der Ehe durch das eingelegte Rechtsmittel nicht zu erwarten war.²²⁵ Zur Aufhebung der Scheidung und zur Nichtigkeit des Rechtsmittelverzichts führte auch nicht, dass wegen des Rechtsmittels noch die Mitschuld des anderen erklärt

²¹⁹ RGZ (1928) 118, 171 (173 ff.); RG (1917) WarnRspr 10 Nr. 7 S. 11 (12); RGZ (1908) 70, 59 (60 f.).

²²⁰ G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 92.

²²¹ RG (1935) WarnRspr 27 Nr. 134 S. 278 (278); RGZ (1928) 118, 171 (174); RG (1919) WarnRspr 12 Nr. 93 S. 142 (142 f.); RG (1913) WarnRspr 6 Nr. 128 S. 161 (162).

²²² RGZ (1908) 70, 59 (60).

²²³ RG (1917) WarnRspr 10 Nr. 7 S. 11 (13).

²²⁴ RGZ (1908) 70, 59 ff.

²²⁵ RG JW 1936, 2531 (2531); RG (1935) WarnRspr 27 Nr. 134 S. 278 (279); RG (1919) WarnRspr 12 Nr. 93 S. 142 (143 f.); RG (1913) WarnRspr 6 Nr. 128 S. 161 (162 f.) anders aber noch das OLG Köln in der Vorinstanz.

wurde. Es stellte sich also die Frage, ob das Scheidungsurteil zutreffend entschieden worden war und ob das Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg haben würde. Aus dieser Feststellung ergab sich dann, ob der Rechtsmittelverzicht wirksam war oder nicht.

6. Geschäftsfähigkeit der Ehefrau

Dem wirksamen Vertragsschluss von Scheidungsfolgenvereinbarungen stand zumindest nicht mehr die mangelnde Rechts- und Handlungsfähigkeit der (Ehe-) Frau entgegen. Zwar stellte vor in Kraft treten des BGB die Geschäftsunfähigkeit der verheirateten Frau in einigen Landesgebieten ein Hindernis für vermögensrechtliche Vereinbarungen dar. Auch wurde noch in gutachterlichen Äußerungen zum ersten Entwurf des BGB die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau als übertriebene Gleichstellung angeprangert.²²⁶

Im BGB wurde aber die Geschäftsfähigkeit der Frau weder durch die Ehe als solche noch durch den in der Ehe geltenden Güterstand eingeengt.²²⁷

Die Frau war, soweit sich nicht aus allgemeinen Gründen eine Ausnahme ergab, vollgeschäftsfähig. Auch die Prozessfähigkeit einer Frau wurde dadurch, dass sie Ehefrau war, nicht beschränkt (§ 52 Abs. 2 ZPO).²²⁸

In ihrer Verfügungsfähigkeit erfuhr sie hingegen noch mehr oder weniger weitgehende Beschränkungen. Regelmäßig bedurfte sie der Zustimmung ihres Ehemannes, wenn sie über Vermögen verfügen wollte, das dem Recht des Mannes unterworfen war (eingebrachtes Gut, Gesamtgut).²²⁹

Aber nicht nur durch den Güterstand konnten gewisse Beschränkungen erfolgen. Gemäß § 1358 BGB konnte der Mann innerhalb gewisser Grenzen und unter Ermächtigung des Vormundschaftsgerichtes jede persönliche Verpflichtung der Frau fristlos kündigen.

Verträge, durch welche eine Frau sich dem Ehemann zu etwas verbindlich machte, unterlagen jedoch lediglich den allgemeinen Bestimmungen und

²²⁶ Siehe dazu näher *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 414 f.

²²⁷ *A. Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, S. 571 f.; *Kroon*, Der Rechtsbestand für das deutsche Volk, Erster Band, S. 663; *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 92; *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 413.

²²⁸ *Kroon*, Der Rechtsbestand für das deutsche Volk, Erster Band, S. 663; *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 92; *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 413.

²²⁹ *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Vierter Band, S. 92.

waren an keine besondere Form gebunden.²³⁰ Der Gesetzgeber hatte offenbar keine Zweifel, dass sie – selbst ihrem Gatten gegenüber - fähig war, von ihren Rechten den in ihrem eigenen Interesse wünschenswerten Gebrauch zu machen.²³¹

7. Zusammenfassung

Wie vor der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches sahen sich auch danach vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen der Gefahr ausgesetzt, für unwirksam erklärt zu werden, wenn sie der Ermöglichung oder der Erleichterung einer Scheidung dienten. Allerdings kam eine leichte Tendenz auf, nur „wesentliche“ oder „unzulässige“ Erleichterungen als nichtig anzusehen. Als zweifelsfrei wirksam galten jedoch nur Vereinbarungen, die das Scheidungsverfahren beschleunigten, indem die Ehegatten sich auf einen Scheidungsgrund fokussierten. Selbst in diesen Fällen musste aber sicher und den Ehegatten bewusst sein, dass zumindest ein bestehender Scheidungsgrund zur Scheidung geführt hätte. Grundsätzlich war die Wirksamkeit gerade solcher Vereinbarungen sehr fraglich, die noch vor dem Vorliegen eines bestimmten Scheidungsgrundes geschlossen wurden, da sie zumeist unter dem Verdacht standen, die Institution der Ehe zu gefährden.

III. Das nationalsozialistische EheG von 1938 und das EheG des Kontrollrates von 1946

Nach annähernd 40jährigem Bestand setzte der NS-Gesetzgeber die Scheidungsbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1564 bis 1587 BGB) außer Kraft und schuf 1938 das aus dem BGB ausgegliederte Ehegesetz²³². Die entscheidenden finanziellen Scheidungsfolgen, Auseinandersetzung und Unterhalt, waren damit auf zwei Gesetze verteilt. Die Normen zum Güterrecht und damit die Regelungen zur Auseinandersetzung (in

²³⁰ *Kroon*, Der Rechtsbestand für das deutsche Volk, Erster Band, S. 663.

²³¹ *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 414.

²³² Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 06.07.1938.

Folge einer Scheidung) verblieben im BGB (§§ 1363 bis 1563 BGB). Der naheheliche Unterhalt war zusammen mit den anderen Scheidungsbestimmungen im Ehegesetz ausgekoppelt worden.

Eine Scheidung wegen Verschuldens konnte auch unter dem EheG erfolgen. Von großer Bedeutung war jedoch die Einführung des § 55 EheG 38, der eine Scheidung bei Vorliegen einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses und Auflösung der häuslichen Gemeinschaft seit drei Jahren vorsah. Somit konnte nun eine Scheidung grundsätzlich ohne Schuldzuweisung erfolgen. Die Einführung der verschuldensfreien Scheidung spiegelte das Eheverständnis der nationalsozialistischen Zeit wieder. Die Ehe wurde dem Staatsinteresse unterworfen und hatte bevölkerungspolitische Ziele zu erfüllen. Sie sollte ein „Hort des Kinderreichtums“²³³ sein. War dieser Zweck gefährdet, weil die Ehegatten nicht mehr miteinander auskamen, sollte die Ehe möglichst rasch und reibungslos aufgelöst werden können.²³⁴ Neben der Möglichkeit der verschuldensfreien Scheidung konnten auch vertragliche Vereinbarungen über Scheidungsfolgen dazu beitragen, die Scheidung zu erleichtern oder zu ermöglichen. Die Gerichte neigten daher unter den Nationalsozialisten verstärkt dazu, Vereinbarungen der Ehegatten über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen aufrecht zu erhalten.

Das Ehegesetz von 1946 (Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats) übernahm im Wesentlichen die Regelungen des Jahres 1938, so dass auch die Beurteilung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen derjenigen unter dem Ehegesetzes von 1938 ähnelte. Auf die unter dem Nationalsozialismus erfolgte Rechtsprechung wurde weiterhin verwiesen und Bezug genommen, insbesondere auch auf das Grundsatzurteil des Reichsgericht von 1939 (RGZ 159, 157).²³⁵

Mit Ende des Krieges und des Nationalsozialismus änderte sich aber erneut das Eheverständnis. Denn die Auflösung zerrütteter Ehen hatte nicht mehr dem bevölkerungspolitischen Interesse zu dienen. Geprägt wurde das

²³³ Amtl. Begründung vom 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 807), abgedruckt in: *W. Schubert*, Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, S. 143 (154).

²³⁴ Amtl. Begründung vom 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 807), abgedruckt in: *W. Schubert*, Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, S. 143 (154 ff.); *S. Meder*, FuR 1993, S. 12 (14 f.).

²³⁵ *E. Hoffmann/W. Stephan*, Ehegesetz, § 72 Rn. 3; *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 3).

Eheverständnis in der darauf folgenden konservativ orientierten Zeit im Wesentlichen von den Gerichten und Kirchen.²³⁶ Die Rechtsprechung tendierte dabei wieder zu einer etwas restriktiveren Beurteilung der Gültigkeit von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen.

Ein neuer gesetzlicher Impuls kam 1957 durch das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 18.06.1957 (BGBl. 609), das zum 01.07.1958 in Kraft trat und das eheliche Güterrecht grundlegend änderte. Als gesetzlicher Güterstand wurde die Zugwinngemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB) eingeführt. Als vertragliche Güterstände waren nun die Gütertrennung (§ 1414 BGB) und die Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) im Gesetz enthalten. Die Verwaltungsgemeinschaft als gesetzlicher Güterstand, sowie die partikulären Gütergemeinschaften der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft fielen weg.

1. Unterhaltsvereinbarungen

Für den nachehelichen Unterhalt stellte das neu geschaffene EheG eine maßgebende Veränderung dar. Mit § 80 schaffte das EheG im Gegensatz zum BGB eine explizite Regelung für Unterhaltsverträge.

§ 80 EheG 38 besagte:

Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung der Ehe Vereinbarungen treffen. Ist eine Vereinbarung dieser Art vor Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen worden, so ist sie nicht schon deshalb nichtig, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat; sie ist jedoch nichtig, wenn die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend gemacht hatten oder wenn sich anderweitig aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, dass sie den guten Sitten widerspricht.

²³⁶ G. Roßdeutscher, Privatautonomie im Scheidungsrecht, S. 185.

§ 80 EheG 38 war zur Klarstellung der vielfach umstrittenen und auch durch die Rechtsprechung nicht endgültig geklärten Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Unterhaltsvereinbarungen bereits vor der Scheidung geregelt werden können, bestimmt.²³⁷

Der § 72 EheG 46 stellte eine wörtliche Übernahme des Gesetzestextes von § 80 EheG 38 dar. Auch wenn weiterhin die Möglichkeit zur Vereinbarung von Unterhaltsverträgen als positiv erachtet wurde, wurde dies nun auf andere Argumente als während des Nationalsozialismus gestützt. Nicht mehr das Kinderkriegen, sondern die beruhigende Wirkung von Vereinbarungen auf den Scheidungsprozess wurde hervorgehoben.²³⁸

Grundsätzlich durfte sowohl die Unterhaltspflicht bei Scheidung wegen Verschuldens als auch die Unterhaltspflicht bei Scheidung aus anderen Gründen abgeändert werden.²³⁹ Auf die Zahlung von Unterhalt nach der Scheidung konnte teilweise oder überhaupt verzichtet werden.²⁴⁰ Ein Unterhaltsverzicht war nach Ansicht der herrschenden Meinung selbst bei Vermögenslosigkeit des Unterhaltsberechtigten und der Möglichkeit, dass der Unterhaltsberechtigte irgendwann einmal seitens der öffentlichen Fürsorge unterstützungsbedürftig werden könnte, nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig.²⁴¹ Eine solche Sittenwidrigkeit wurde nur dann einhellig bejaht, wenn der Unterhaltsverzicht allein in der Absicht vereinbart worden war, die Unterhaltslast von dem verpflichteten Ehegatten auf die öffentliche Fürsorge abzuwälzen. Ferner wurde aus S. 1 des § 80 bzw. 72 EheG gelesen, dass nach Scheidung der Ehe abgeschlossene Unterhaltsverträge ebenfalls gültig waren, soweit nicht etwa ihr Inhalt im Einzelfall den guten Sitten widersprach oder es sich um die Wiederholung eines vor der Scheidung abgeschlossenen nichtigen Unterhaltsvertrages handelte.²⁴² Unterhaltsver-

²³⁷ Amtl. Begründung vom 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 807), abgedruckt in: *W. Schubert*, Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, S. 143 (163 f.).

²³⁸ *S. Meder*, FuR 1993, S. 12 (15).

²³⁹ *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 2).

²⁴⁰ *E. Hoffmann/W. Stephan*, Ehegesetz, 2. Auflage, § 72 Rn. 10; *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 2).

²⁴¹ OLG Düsseldorf (1955) FamRZ 1955, 293 (294); LG Ellwangen (1954) FamRZ 1955, 108 (109); *W. Bereiter-Hahn*, FamRZ 1955, 279 (281); *H. Hampel*, FamRZ 1960, 421 (423); *E. Hoffmann/W. Stephan*, Ehegesetz, 2. Auflage, § 72 Rn. 11; *E. Lüdtke*, NJW 1955, 211 (212); *D. Reinhardt*, Die Zulässigkeit des Verzichts auf den nach Scheidung der Ehe gegebenen Unterhaltsanspruch, S. 48; a.A. *F. W. Bosch*, FamRZ 1955, 110 (110); *K. Tipke*, FamRZ 1954, 188 (189).

²⁴² *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 2).

einbarungen, die nach rechtskräftiger Auflösung der Ehe getroffen worden waren, wurden überwiegend sogar dann als wirksam anerkannt, wenn die Parteien im Prozess einen erdichteten Scheidungsgrund geltend gemacht hatten, ohne dass ein echter vorhanden gewesen war.²⁴³ Umstände, die sich nach Vertragschluss veränderten, galt es zu berücksichtigen, soweit der Vertrag oder seine Auslegung dies nicht ausschlossen und wenn es sich um eine wesentliche Veränderung handelte.²⁴⁴ Finanzielle Verbesserungen auf Seiten des Verpflichteten nach der Scheidung sah man im Allgemeinen wie schon vor Schaffung des Ehegesetzes als unbeachtlich an.²⁴⁵

2. Auseinandersetzungsverträge

Hinsichtlich der gesetzlichen Regelungen zur güterrechtlichen Auseinandersetzung gab es nach 1938 verglichen mit dem Zeitraum 1900 bis 1937 zunächst keine Veränderungen.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit galt weiterhin für das Güterrecht, und Vereinbarungen lediglich über die Auseinandersetzung waren grundsätzlich möglich, solange durch sie nicht Rechte Dritter beschränkt wurden.²⁴⁶ Dies galt sowohl bei zugrunde liegender Verwaltungsgemeinschaft,²⁴⁷ als auch bei den vertraglichen Güterständen, hinsichtlich derer noch immer der Vorrang von Vereinbarungen im Gesetz verankert war (§§ 1474, 1546 Abs. 2, 1549 i.V.m. 1474 BGB).²⁴⁸

Mit dem Gleichberechtigungsgesetz, das am 01.07.1958 in Kraft trat, wurde das eheliche Güterrecht grundlegend geändert. Als gesetzlicher Güterstand wurde die Zugewinnsgemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB) eingeführt. Die Gütertrennung (§ 1414 BGB) und die Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB) wurden zu den gesetzlich aufgeführten vertraglichen Güterständen. Für die Gütergemeinschaft war weiterhin in § 1474 BGB enthalten, dass eine Aus-

²⁴³ RGZ (1940) 163, 280 (284 f.); *D. Reinhardt*, Die Zulässigkeit des Verzichts auf den nach Scheidung der Ehe gegebenen Unterhaltsanspruch, S. 32.

²⁴⁴ So schon RGZ (1934) 145, 119 (119 f.).

²⁴⁵ RGZ (1911) 75, 124 (127); *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 2); *G. von Scanzoni*, Das großdeutsche Ehegesetz, § 80 Rn. 10.

²⁴⁶ *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, § 1474 Anm 1).

²⁴⁷ *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, § 1421 Anm 1).

²⁴⁸ Z.B. § 1474 BGB (Allgemeine Gütergemeinschaft): Die Ehegatten setzen sich, *soweit sie nichts anderes vereinbaren*, nach den §§ 1475 bis 1481 BGB auseinander.

einandersetzung nach den gesetzlichen Regeln erfolgte, soweit die Ehegatten nichts anderes vereinbart hatten.

In Bezug auf den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft war hingegen strittig, ob in einem anhängigen Ehescheidungsverfahren für den Fall, dass die Ehe auf die Klage hin geschieden werden würde, eine Vereinbarung über den Ausgleich des Zugewinns getroffen werden durfte. Gegen eine solche Vereinbarung wurde § 1378 Abs. 3 Hs. 2 BGB angeführt. Denn § 1378 Abs. 3 Hs. 2 BGB besagte, dass vor Beendigung des Güterstandes kein Ehegatte sich verpflichten könne, über die Ausgleichsforderung zu verfügen. Die herrschende Lehre vertrat daher die Ansicht, dass nur in der Form des Ehevertrages über die Forderung auf Zugewinnausgleich verfügt werden könne.²⁴⁹ Ehevertraglich ausgestaltet könnten die Ehegatten dann aber sowohl vor als auch während des Güterstandes eine andere Beteiligung (als den hälftigen Ausgleich) vereinbaren, § 1408 BGB.²⁵⁰ Im April 1970 entschied der BGH, dass die Ehegatten in einem anhängigen Ehescheidungsverfahren nicht gehindert seien, eine Vereinbarung über den Ausgleich des Zugewinns zu treffen.²⁵¹ § 1378 Abs. 3 BGB solle nur verhindern, dass die Ausgleichsforderung während Bestehens der Ehe zum Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gemacht werde.²⁵² Dabei ginge es darum, Rechtsgeschäfte mit Dritten, nicht aber Absprachen über den Ausgleich des Zugewinns zwischen den Ehegatten untereinander abzuwenden.²⁵³ Eine solche Auseinandersetzungsvereinbarung sei daher zulässig und überdies formlos möglich, da sie eine konkrete Einzelregelung zur Liquidation eines Güterstandes enthielte und keine allgemeine Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse darstelle.²⁵⁴

Drei Jahre später erklärte der BGH in einer Entscheidung mündliche Abreden über den Verzicht auf Ausgleich des Zugewinns vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens für unwirksam.²⁵⁵ Eine Begründung für die Unterscheidung zwischen vor und nach Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens

²⁴⁹ *G. Beitzke*, NJW 1970, S. 265 (267 f.); *F. W. Bosch*, FamRZ 1965, S. 237 (239); *E. Hoffmann/W. Stephan*, Ehegesetz, 2. Auflage, § 72 Rn. 36, 38; *H. Walberer*, NJW 1965, S. 24 (24).

²⁵⁰ *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, § 1378 Anm 2).

²⁵¹ BGHZ (1970) 54, 38 ff.

²⁵² BGHZ (1970) 54, 38 (40).

²⁵³ BGHZ (1970) 54, 38 (40).

²⁵⁴ BGHZ (1970) 54, 38 (41 f.).

²⁵⁵ BGH FamRZ 1973, 449 (450).

getroffenen Vereinbarungen führte er nicht an. Geltung könne diese rechtlich unwirksame vorher getroffene Vereinbarung aber dadurch erlangen, dass das später anhängig werdende Ehescheidungsverfahren von den Eheleuten entsprechend dieser unwirksamen Vereinbarung durchgeführt werde.²⁵⁶ Auch würde ein Ehegatte gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er die Vereinbarung nicht mehr anerkennen und seine Rechte ungeschmälert geltend machen würde, nachdem der andere Ehegatte sich an diese gehalten habe und die Ehe, so wie es erstrebt war, geschieden worden sei.²⁵⁷

3. Kollusion

Unterhaltsverträge waren zudem dann nichtig, wenn sie vor Rechtskraft der Scheidung geschlossen worden waren und die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend machten. Damit war Kollusion bei einer Einigung der Ehegatten über die Herbeiführung der Scheidung mit Hilfe eines überhaupt nicht vorhandenen Scheidungsgrundes oder unter Verschweigen eines Scheidungsausschließungsgrundes gegeben.²⁵⁸ Nicht in diese Kategorie fielen und daher wirksam waren Vereinbarungen über das Weglassen eines Scheidungsgrundes aus mehreren oder der Verzicht auf die Einräumung einer Mitschuld.²⁵⁹

Umstritten hingegen war die Wirkung der Geltendmachung eines nicht oder nicht mehr vorhandenen Scheidungsgrundes, falls die Ehe aus einem anderen, wenn auch nicht vorgebrachten Grunde hätte geschieden werden müssen und der nicht scheidungsberechtigte Ehegatte die Scheidung herbeiführte. *Palandt* war der Ansicht, dass die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen abzulehnen sei, weil die Scheidung damit auf Grund eines nicht bestehenden Grundes einverständlich herbeigeführt werde.²⁶⁰ Das Reichsgericht aber stellte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1942 allein darauf ab, dass

²⁵⁶ BGH FamRZ 1973, 449 (450).

²⁵⁷ BGH FamRZ 1973, 449 (450).

²⁵⁸ *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage, EheG 72 Anm 3)a); *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 3)a).

²⁵⁹ *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 3)a).

²⁶⁰ *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 3)a).

die Ehe in jedem Fall scheidungsreif war.²⁶¹ Es sei bei Vorbringen der wahren Tatsachenlage lediglich die Schuldfrage anders zu beurteilen. Dies führe aber nicht zu einer Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen den Ehegatten. § 80 S. 2 HS. 2 EheG 38, der die Unwirksamkeit von Vereinbarungen bestimme, die das Vorbringen von nicht bestehenden Scheidungsgründen beinhaltet, müsse entgegen seinem Wortlaut eingeschränkt ausgelegt werden.²⁶² Sein Zweck bestehe nicht darin, Unterhaltsvereinbarungen dermaßen stark einzuschränken. Er solle allein verhindern, dass die Scheidung durch nicht bestehende Scheidungsgründe herbeigeführt werde, wenn es an einem vom Gesetz anerkannten Scheidungsgrund überhaupt fehle. Ohne Zweifel war eine Unterhaltsabrede gültig, wenn sie nach erschlicher Scheidung getroffen worden war, selbst dann, wenn die Scheidung in der Hoffnung auf den künftigen Abschluss einer Vereinbarung durchgeführt wurde.²⁶³ Das Reichsgericht ging darüber noch hinaus, als es urteilte, dass der Unterhaltsvertrag auch dann wirksam sei, wenn der Vertrag eine schon während des Rechtsstreits verabredete Wiederholung einer bereits vor der Scheidung getroffenen Vereinbarung darstelle.²⁶⁴

4. Sittenwidrige Vereinbarungen im Übrigen

Gemäß § 80 EheG 38 bzw. § 72 EheG 46 ist eine Scheidungsvereinbarung auch dann nichtig, wenn sich aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, dass sie den guten Sitten widerspricht. Mit dieser Vorschrift will das Ehegesetz keinen selbständigen Nichtigkeitsgrund schaffen, sondern lediglich zum Ausdruck bringen, dass auch die Zulässigkeit von Unterhaltsverträgen ihre Grenzen in den allgemeinen Grundsätzen des § 138 BGB findet.²⁶⁵ Ein Rechtsgeschäft verstößt gegen die guten Sitten, wenn es dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ widerspricht. Ob dies der Fall ist, muss nach seinem Gesamt-

²⁶¹ RGZ (1942) 168, 269 (275).

²⁶² RGZ (1942) 168, 269 (276).

²⁶³ RGZ (1940) 163, 280 (285); *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 3)a).

²⁶⁴ RGZ (1940) 163, 280 (285); so schon *G. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Auflage, Vierter Band, S. 626.

²⁶⁵ RG (1942) Seuff. Arch. 96 Nr. 50 S. 134 (134); *D. Reinhardt*, Die Zulässigkeit des Verzichts auf den nach Scheidung der Ehe gegebenen Unterhaltsanspruch, S. 35.

charakter, d.h. aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck beurteilt werden.

Explizit widersprochen wurde nunmehr der Rechtsprechung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1908²⁶⁶, die den Standpunkt vertreten hatte, dass in Ehesachen ein Rechtsmittelverzicht vor Erlass des Scheidungsurteils vertraglich nicht möglich sei, da ein solcher Vertrag gegen § 138 Abs. 1 BGB verstieße. Dieser Meinung sollte nach Ansicht des BGH nicht mehr in gleicher Strenge gefolgt werden, nachdem selbst Vereinbarungen über die Regelung der Unterhaltspflicht der Ehegatten gemäß § 80 EheG 38 bzw. § 72 EheG 46, auch wenn sie vor Rechtskraft des Urteils abgeschlossen worden waren, nicht schlechthin für unvereinbar mit den guten Sitten gehalten wurden.²⁶⁷ Schon zuvor hatte aber auch das Reichsgericht selbst unter Hinweis auf die Regelung des § 80 EheG entschieden, dass die Nichtigkeit eines vor Erlass des Scheidungsurteils erfolgten Rechtsmittelverzichts erst dann anzunehmen wäre, wenn die an dem Abkommen beteiligten Personen damit das Ziel verfolgt hätten, mittels Unterlassung der Berufung die Scheidung aufrecht zu erhalten, obwohl sie einen nicht bestehenden Scheidungsgrund geltend gemacht hatten.²⁶⁸ Da in die Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts somit schon vor Inkrafttreten des § 80 EheG 38 mitbezogen wurde, ob das Scheidungsurteil an sich zutreffend erschien und ob das Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg haben würde, stellten die Urteile des BGH keine wesentliche Änderung der Rechtsprechung dar.

Neben der Bejahung der Sittenwidrigkeit bei Vorspiegelung eines Scheidungsgrundes heißt es in der amtlichen Begründung zum EheG 38, dass es auch gegen die guten Sitten verstieße, wenn der scheidungswillige Ehegatte die Bereitschaft des anderen, sich scheiden zu lassen, erkaufe oder den anderen sonst in unlauterer Weise zur Scheidung gefügig gemacht habe.²⁶⁹ Hierunter fiel jedoch nicht der Abkauf eines Scheidungsentschlusses an sich, ohne dass weitere Kriterien hinzukamen, die für das Vorliegen einer Sittenwidrigkeit sprachen.²⁷⁰ Denn auf Grund des § 80 EheG 38 brauchten und durften sich die Gerichte nicht mehr von der Erwägung, ob eine solche

²⁶⁶ RGZ (1908) 70, 59 ff.

²⁶⁷ BGHZ (1958) 28, 45 (48 f.); BGHZ (1951) 2, 112 (114).

²⁶⁸ RGZ (1940) 163, 91 (94).

²⁶⁹ Amtl. Begründung vom 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 807), abgedruckt in: *W. Schubert*, Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, S. 143 (164).

²⁷⁰ RG (1939) WarnRspr 31 Nr. 104 S. 240 (241 f.).

Vereinbarung der Aufrechterhaltung der Ehe abträglich war oder nicht, beeinflussen lassen.²⁷¹ Dies führte dazu, dass es bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes egal war, ob der scheidungsberechtigten Ehegatte seinen Entschluss auf Grund der Unterhaltsvereinbarung getroffen hatte oder nicht.²⁷² Einwendungen gegen die Gültigkeit eines unter solchen Umständen abgeschlossenen Unterhaltsvertrages konnten nur unter ganz besonderen Umständen erhoben werden.²⁷³ Ein solcher besonderer Umstand konnte sich aus einem groben Missverhältnis zwischen der Höhe der Zuwendung und den Vermögens- und Einkommensverhältnissen des Leistenden ergeben.²⁷⁴ Allerdings lag ein grobes Missverhältnis nicht schon dann vor, wenn „über das gesetzliche Maß“ Zahlungsverpflichtungen übernommen worden waren. Ein besonderer Umstand lag zudem vor, wenn z.B. bei Abschluss des Vertrages die Ehefrau bereits einen Heiratsantrag angenommen hatte und die Zuwendungen von vornherein als wirtschaftliche Grundlage für die neue Ehe dienen sollten.²⁷⁵ Im Übrigen war der Vertrag aber auch dann nicht sittenwidrig, wenn es dem Zuwendungsempfänger allein auf seine wirtschaftliche Sicherstellung ankam.²⁷⁶ Die aus § 80 EheG 38 folgenden Bestimmungen galten nicht nur für Unterhaltsvereinbarungen, sondern waren auch auf andere zwischen den Ehegatten im Hinblick auf eine bevorstehende Scheidung getroffene Vereinbarungen vermögensrechtlicher Art entsprechend anzuwenden.²⁷⁷

5. Zusammenfassung

Unterhaltsverträge und vermögensrechtliche Vereinbarungen im Übrigen, die im Hinblick auf die Scheidung getroffen wurden, galten zwischen 1938 und 1976 grundsätzlich als gültig.²⁷⁸ Lediglich in zwei Fällen sollten derartige Vereinbarungen nichtig sein, nämlich dann, wenn die Ehegatten einen nicht bestehenden Scheidungsgrund geltend machten und dieses kollusive

²⁷¹ RGZ (1939) 159, 157 (164); RG (1939) WarnRspr 31 Nr. 104 S. 240 (242).

²⁷² RGZ (1939) 159, 157 (164).

²⁷³ RG (1939) WarnRspr 31 Nr. 104 S. 240 (242).

²⁷⁴ RGZ (1939) 159, 157 (165).

²⁷⁵ RGZ (1939) 159, 157 (166).

²⁷⁶ RG (1939) WarnRspr 31 Nr. 104 S. 240 (243).

²⁷⁷ RGZ (1939) 159, 157 (165).

²⁷⁸ RGZ (1939) 159, 157 (160, 162 ff.).

Verhalten mit der vermögensrechtlichen Vereinbarung in Zusammenhang stand oder wenn die Vereinbarung an sich gegen die guten Sitten verstieß.²⁷⁹

Unter dem Nationalsozialismus erfolgte somit eine Veränderung der Handhabung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarung dahingehend, dass diese für gewöhnlich aufrechterhalten wurden. Es vollzog sich ein Wandel weg von der kritischen Haltung gegenüber Vereinbarungen der Ehegatten über Scheidungsfolgen. Dies wurde im Wesentlichen dadurch bedingt, dass die Ehe ein „Hort des Kinderreichtums“ sein sollte. Es bestand kein Interesse, Ehen zu bewahren, in denen die Ehegatten unglücklich waren und daher keine Kinder mehr bekamen.

IV. Die Regelungen seit Wiedereingliederung des EheG in das BGB 1977

Erst im Jahre 1976 mit dem 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), welches im Juli 1977 in Kraft trat, wurde das Scheidungsrecht grundlegend reformiert und wieder als Siebter Titel des vierten Buches an seinem ursprünglichen Platz in das BGB eingegliedert. Das Verschuldensprinzip wurde gänzlich abgeschafft und das Zerrüttungsprinzip eingeführt. Als einziger Scheidungsgrund verblieb das Scheitern der Ehe.

Das Scheitern der Ehe wurde unwiderlegbar vermutet, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt lebten oder seit einem Jahr getrennt lebten und es sich um eine einverständliche Scheidung handelte (§ 1566 BGB). Dauerte die Trennungszeit noch kein Jahr an, konnte eine Scheidung nur dann ausgesprochen werden, wenn die Fortsetzung der Ehe eine unzumutbare Härte bedeutete (§ 1565 Abs. 2 BGB).

Nicht nur die Scheidung an sich, sondern auch der Anspruch auf Unterhalt wurde vom Verschulden gelöst. Die spezielle Regelung der Unterhaltspflicht bei Scheidung wegen Verschuldens (§§ 58, 59 EheG 46) wurde abgeschafft. Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über die wechselseitige Unterhaltspflicht regelte nun § 1585 c BGB.

Durch das 1. EheRG wurde zudem der Versorgungsausgleich eingeführt. Es handelte sich um ein völlig neuartiges Rechtsinstitut, das weder in der deut-

²⁷⁹ O. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage, EheG 72 Anm 3).

schen Rechtsgeschichte noch in ausländischen Rechtsordnungen ein Vorbild hatte.²⁸⁰ Sein Ziel war es, nach Auflösung einer Ehe die von den Eheleuten während der Ehe erworbenen Anrechte auf Alters- und Invaliditätsversorgung, soweit diese als Ergebnis der gemeinsamen Lebensleistung anzusehen waren, gleichmäßig auf beide Ehegatten zu verteilen, so dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte nach Möglichkeit eine eigenständig soziale Sicherung erhielt.²⁸¹

1. Unterhaltsvereinbarungen

Für Unterhaltsverträge für die Zeit nach der Scheidung galt weiterhin die Ausnahme von dem allgemeinen unterhaltsrechtlichen Grundsatz, dass auf Unterhaltsansprüche für die Zukunft nicht verzichtet werden konnte.

§ 1585 c BGB lautete:

Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung der Ehe Vereinbarungen treffen.

Die Vorschrift des § 72 S. 1 EheG 46 (bzw. § 80 S. 1 EheG 38) war damit unverändert als § 1585 c BGB übernommen worden.

a. Unterhaltsvereinbarungen im Allgemeinen

Der BGH stellte im Jahr 1978 klar, dass das 1. EheRG nichts daran geändert hatte, dass der nacheheliche Unterhalt voll der Vertragsfreiheit der Eheleute unterläge.²⁸² Denn die den nachehelichen Unterhalt regelnden Bestimmungen enthielten lediglich nachgiebiges Recht. Der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt berühre nicht einen Kernbereich der Ehe, in dem von der gesetzlichen Ausgestaltung abweichende Parteivereinbarungen nicht anerkannt werden könnten.²⁸³ Obwohl der nacheheliche Unterhaltsanspruch entsprechend einer veränderten Auffassung durch das 1. EheRG auf

²⁸⁰ H. Wick, Der Versorgungsausgleich, 2. Auflage, S. 27.

²⁸¹ H. Wick, Der Versorgungsausgleich, 2. Auflage, S. 27.

²⁸² BGH FamRZ 1978, 873 (874); bestätigend BGH FamRZ 1991, 306 (306); BGH FamRZ 1985, 788 (788).

²⁸³ BGH FamRZ 1985, 788 (788).

eine neue, verschuldensunabhängige Grundlage gestellt worden war, wurde daraus keine so weitgehende Wertverschiebung hergeleitet, dass der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt nach dem neueren Verständnis mit dem Wesen der Ehe unvereinbar geworden wäre.²⁸⁴ Selbst der völlige Ausschluss von nachehelichem Unterhalt war damit nicht untragbar. Allerdings wurde schon darauf hingewiesen, dass ein gänzlicher Ausschluss zu Lasten des haushaltsführenden Ehegatten an § 138 BGB scheitern könnte.²⁸⁵

Es wurde keine zeitliche Beschränkung für die Vereinbarungen vorgenommen, so dass selbst ein Unterhaltsverzicht, der am Tag der Eheschließung vereinbart wurde, als wirksam galt.²⁸⁶ Nach Ansicht des BGH bestimmte das Gesetz nicht, dass die Vereinbarung über die Unterhaltungspflicht für die Zeit nach der Scheidung in einem zeitlichen Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren getroffen werden müsse.²⁸⁷ Ein Unterhaltsvertrag konnte nach h.M. daher als vorsorgende Vereinbarung grundsätzlich schon im Zusammenhang mit der Eheschließung und gegebenenfalls auch schon vorher geschlossen werden.²⁸⁸

§ 1585 c BGB enthielt keine Ausnahme für irgendeine Bedürfnislage.²⁸⁹ Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit eines umfassenden Verzichts auf nachehelichen Unterhalt in einer vorsorgenden Vereinbarung war der dadurch begünstigte Ehegatte indessen nicht berechtigt, sich im Falle der Scheidung unter allen Umständen auf den Verzicht zu berufen.²⁹⁰ Wie jedes andere Recht durfte das aus dem Verzicht herzuleitende Recht nicht missbräuchlich ausgeübt werden.²⁹¹ Daher konnte es einem auf Unterhalt in Anspruch genommenen Ehegatten im Einzelfall verwehrt sein, sich auf den vereinbarten Verzicht zu berufen, wenn dies - etwa aufgrund der späteren Entwicklung - mit dem auch im Unterhaltsrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar war.²⁹² So entsprach es ständiger Rechtsprechung, dass sich ein geschiedener Ehegatte auf einen verein-

²⁸⁴ BGH FamRZ 1985, 788 (788).

²⁸⁵ U. Diederichsen NJW 1977, 217 (223).

²⁸⁶ A. Buschendorf, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, S. 146.

²⁸⁷ BGH FamRZ 1985, 788 (788).

²⁸⁸ BGH FamRZ 1985, 788 (788); OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215); U. Diederichsen NJW 1977, 217 (223); G. Langenfeld NJW 1981, 2377 (2377); G. Walter NJW 1981, 1409 (1409 f.).

²⁸⁹ BGH FamRZ 1985, 788 (789).

²⁹⁰ BGH FamRZ 1985, 788 (789).

²⁹¹ BGH FamRZ 1985, 788 (789).

²⁹² BGH FamRZ 1991, 306 (307); BGH FamRZ 1985, 788 (789); BGH FamRZ 1985, 787 (787).

barten Unterhaltsverzicht nach Treu und Glauben nicht berufen konnte, wenn und soweit das Wohl eines gemeinsamen, von dem anderen Ehegatten betreuten Kindes den Bestand der Unterhaltungspflicht erforderte.²⁹³ Ein Verzicht auf nahehelichen Unterhalt konnte zudem im Einzelfall den guten Sitten zuwiderlaufen, d.h. gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.²⁹⁴ Dies galt sowohl für Vereinbarungen, die im Zuge des Scheidungsverfahrens geschlossen wurden, als auch für vorsorgende, wobei sich daraus zusätzliche Gesichtspunkte für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ergeben konnten.²⁹⁵ Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit war grundsätzlich derjenige des Vertragsabschlusses.²⁹⁶

Nicht mehr von Bedeutung war der Fall des kollusiven Zusammenwirkens der Ehegatten, wenn also vor Rechtskraft der Scheidung ein Unterhaltsvertrag geschlossen wurde und die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend machten. Denn im neuen Recht kam der Fall, dass die Voraussetzungen für eine Scheidung nicht vorlagen, d.h. von den Ehegatten vorgetäuscht wurden, nur in Betracht, wenn diese übereinstimmend unwahre Angaben darüber machten, dass ihre Ehe im Sinne des § 1565 BGB gescheitert war.²⁹⁷ Selbst dann aber wurde nicht generell angenommen, dass unwahre Angaben des erwähnten Inhalts, die im Zusammenhang mit dem Abschluss der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen gemacht wurden, stets die Folge hatten, dass die Vereinbarung ohne weiteres als sittenwidrig beurteilt werden musste.²⁹⁸ Vielmehr kam dies nur noch in Betracht, wenn ein besonders gravierender Fall vorlag und die Ehegatten weitere Zwecke verfolgten, so dass die Gesamtbeurteilung eine Sittenwidrigkeit ergab.²⁹⁹

²⁹³ BGH NJW 1997, 192 (192); BGH NJW 1992, 3164 (3165); BGH NJW 1985, 1835 (1836); *J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, S. 457.

²⁹⁴ BGH FamRZ 1985, 788 (789).

²⁹⁵ BGH FamRZ 1985, 788 (789).

²⁹⁶ BGH FamRZ 1991, 306 (307); *Soergel/Häberle*, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, § 1585c Rn. 14.

²⁹⁷ *H. Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 3. Auflage, Rn. 26.

²⁹⁸ *H. Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 3. Auflage, Rn. 26; *MüKo/Richter*, BGB, 3. Auflage, B 7, § 1585 c Rn. 53.

²⁹⁹ *H. Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 3. Auflage, Rn. 26.

b. Unterhaltsverzicht zu Lasten der Sozialhilfe

Nach Inkrafttreten des 1. EheRG galt zunächst - wie unter dem EheG - die bloße Möglichkeit, dass infolge einer Vereinbarung, insbesondere eines Unterhaltsverzichts, später einmal Sozialhilfe gezahlt werden muss, als nicht ausreichend für die Bejahung der Sittenwidrigkeit unter dem Gesichtspunkt der Schädigung des Sozialamtes.³⁰⁰ Auch die Möglichkeit, dass der Mann arbeitsunfähig werden könnte, konnte im Allgemeinen eine Sittenwidrigkeit nicht begründen.³⁰¹ Es mussten Anhaltspunkte hinzutreten, dass die Parteien die Vereinbarung geschlossen hatten, um eine spätere Unterhaltslast auf andere abzuwälzen.³⁰² Der Verzicht auf Unterhalt war dann sittenwidrig, wenn der Berechtigte damit anderen Verwandten oder der Sozialhilfe zur Last fallen sollte.³⁰³

Eine Änderung der Rechtsprechung erfolgte mit einem Urteil des BGH im Dezember 1982.³⁰⁴ Zwar stellte der BGH ebenfalls für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Verzichtsabrede auf den sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck der Vereinbarung ergebenden Gesamtcharakter ab. Allerdings kam er zu dem Ergebnis, dass die Auffassung zu eng sei, dass ein anlässlich der Ehescheidung vereinbarter Verzicht auf nahehehlichen Unterhalt nur dann gegen die guten Sitten verstieße, wenn die Vereinbarung in der Absicht oder aus dem wesentlich mitbestimmenden Beweggrund abgeschlossen worden war, den Ehegatten zu Lasten des Sozialhilfeträgers zu entlasten.³⁰⁵ Auf Grund des Prinzips der Sozialstaatlichkeit müsse ein Unterhaltsbedürftiger grundsätzlich, soweit nach den Umständen des Einzelfalles zumutbar, zunächst die ihm zur Verfügung stehenden privaten Erwerbsquellen und Unterhaltungsmöglichkeiten ausschöpfen. Ein Vertrag, durch den unter Missachtung dieses Grundsatzes bewusst die Unterstützungsbedürftigkeit eines geschiedenen Ehegatten zu Lasten der Sozialhilfe herbeigeführt werde, könne den guten Sitten zuwiderlaufen, auch wenn er nicht auf

³⁰⁰ OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215 f.); *H. Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 3. Auflage, Rn. 315; *O. Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Auflage, § 1585c Anm. 2)d).

³⁰¹ OLG Köln DNotZ 1981, 444 (445).

³⁰² OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1216).

³⁰³ OLG Köln DNotZ 1981, 444 (445); *A. Buschendorf*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, S. 149 f.

³⁰⁴ BGH FamRZ 1983, 137 ff.

³⁰⁵ BGH FamRZ 1983, 137 (138).

einer Schädigungsabsicht der Ehegatten gegenüber dem Träger der Sozialhilfe beruhe.³⁰⁶ Der BGH begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die bisherige Ansicht aus dem Verschuldensscheidungsrecht resultierte, da der Unterhaltsanspruch grundsätzlich dem Schuldspruch folgte und häufig Vereinbarungen zur Vermeidung umfangreicher, die Parteien belastender Beweisaufnahmen über das Scheidungsverschulden getroffen wurden. Unterhaltsverzichtvereinbarungen unter dem EheG seien daher in der Regel durch die Intention geprägt worden, das Scheidungsverfahren „auf anständige Weise“ durchzuführen. Dieses Argument entfiel mit dem neuen verschuldensunabhängigen Scheidungs- und Unterhaltsrecht. Eine Verzicht auf Unterhalt bedeutete aber auch nach Ansicht des BGH in der Entscheidung aus dem Jahre 1982 nicht zwingend die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung. Ein Unterhaltsverzicht war nach Meinung des BGH unter anderem dann nicht sittenwidrig, wenn der verzichtende Ehegatte auf andere Weise wirtschaftlich ausreichend abgesichert war.³⁰⁷

2. Auseinandersetzungverträge

Beibehalten wurde der Grundsatz des Vorranges der Auseinandersetzungvereinbarung bei der Beendigung des Wahlgüterstandes der Gütergemeinschaft, § 1474 BGB. Soweit eine solche Vereinbarung nur die nach der Beendigung der Gütergemeinschaft vorzunehmende Auseinandersetzung betraf, galt sie weiterhin nicht als Ehevertrag im Sinne des § 1408 BGB und bedurfte damit auch nicht der Form des § 1410 BGB.³⁰⁸

Umstritten war jedoch weiterhin die Tragweite des § 1378 Abs. 3 BGB. § 1378 Abs. 3 normierte nach der Änderung durch das 1. EheRG in S. 2 und 3:

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, bedarf der notariellen Beurkundung; [...]. Im übrigen kann sich kein Ehegatte vor der Beendi-

³⁰⁶ BGH FamRZ 1983, 137 (139).

³⁰⁷ BGH FamRZ 1983, 137 (139).

³⁰⁸ O. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Auflage, § 1474 Anm. 1).

gung des Güterstandes verpflichten, über die Ausgleichs-
forderung zu verfügen.

Satz 2 regelte damit ausdrücklich den Fall einer Vereinbarung der Ehegatten über den Zugewinnausgleich während eines anhängigen Scheidungsverfahrens und erklärte einen solchen Vertrag bei notarieller Beurkundung für zulässig. Das Wesen der Ehe galt nicht als dadurch mitbestimmt, dass eine „wirtschaftliche Lebensgemeinschaft“ entstand oder dass die Ehegatten bei Auflösung der Ehe an den während ihres Bestehens eingetretenen vermögensrechtlichen Veränderungen beteiligt werden.³⁰⁹ Es konnte daher ein Ausschluss des Zugewinnausgleichs erfolgen, selbst in einer Vereinbarung zusammen mit einem Verzicht auf nachehelichen Unterhalt.³¹⁰

Problematisch hingegen war das Verständnis von Satz 3. Einig war man sich nur darin, dass Vereinbarungen über die Ausgleichsforderung zwischen einem Ehegatten und einem Dritten von der Beschränkung der Vertragsfreiheit erfasst waren.³¹¹ Diese galten schlechthin durch § 1378 Abs. 3 BGB vor der Güterstandsbeendigung als verboten. Nicht nur das Verpflichtungsgeschäft, sondern auch die entsprechende Verfügung waren gemäß S. 3 nichtig.³¹² Umstritten aber war immer noch, ob er auch die Ehegatten untereinander hinderte, eine entsprechende Vereinbarung vor Beendigung des Güterstandes zu schließen.³¹³

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1982³¹⁴ war der BGH wie in den 70iger Jahren³¹⁵ der Ansicht, dass die Einschränkung der Vertragsfreiheit nur in Bezug auf Dritte gelte und Vereinbarungen auch vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens unter Ehegatten zulässig wären. Allerdings verlangte er, dass die Vereinbarungen in der Form des § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB geschlossen werden müssten.³¹⁶ Der BGH stützte sich auf die Gesetzesbe-

³⁰⁹ BGH FamRZ 1985, 788 (790).

³¹⁰ BGH FamRZ 1985, 788 (790).

³¹¹ BGH FamRZ 1983, 160 (160); Johannsen/Henrich/*Jaeger*, Eherecht, 2. Auflage, § 1378 Rn. 13.

³¹² BGH FamRZ 1983, 160 (160); Johannsen/Henrich/*Jaeger*, Eherecht, 2. Auflage, § 1378 Rn. 13.

³¹³ Die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung ablehnend: KG FamRZ 1982, 275 (276); K. *Tiedtke* JZ 1982, 538 (539); Möglichkeit einer Vereinbarung vor Anhängigkeit der Scheidung bejahend: G. *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rn. 731.

³¹⁴ BGH FamRZ 1983, 157 ff.

³¹⁵ Vgl. § 2 III. 2.

³¹⁶ BGH FamRZ 1983, 157 (159).

gründung, die betonte, dass der neue § 1378 Abs. 3 BGB der Tendenz Rechnung tragen solle, Scheidungsvereinbarungen über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nicht unnötig zu erschweren.³¹⁷ In der Begründung wurde ausgeführt, dass Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich daher nicht nur in einem notariellen Vertrag, sondern auch in einem gerichtlich protokollierten Vergleich abgeschlossen werden können sollten.³¹⁸ Kein Bedürfnis würde dahingegen bestehen, formlose Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich zuzulassen, die zudem im Hinblick auf den Schutz des sozial schwächeren Ehegatten rechtspolitisch bedenklich seien.³¹⁹ Dem Zweck, Ehegatten vor unbedachten Abmachungen zu schützen, so meinte der BGH, sei durch die Voraussetzung der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung genüge getan.³²⁰

Die wohl h.M. in der Literatur lehnte Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich vor der Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens unter den Ehegatten ab, hielt sie überwiegend aber dann für zulässig, wenn sie in der Form des Ehevertrages erfolgten.³²¹ Dieser Meinung widersprach der BGH. Denn die formelle Erleichterung, die sich nach § 1378 Abs. 3 BGB durch eine mögliche notarielle oder gerichtliche Beurkundung ergebe, fiel zu den formellen Voraussetzungen für den Ehevertrag („bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars“) nicht ins Gewicht.³²²

3. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

§ 1587 o eröffnete den Ehegatte die Möglichkeit, im Zusammenhang mit der Ehescheidung eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich nach § 1587 BGB zu treffen. Wie bei den Unterhaltsvereinbarungen und den Auseinandersetzungsverträgen reichten auch hier die Gestaltungsmöglichkeiten von kleinen Abänderungen der gesetzlichen Regelung bis hin zum

³¹⁷ BGH FamRZ 1983, 157 (158) mit Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 7/650, S. 258.

³¹⁸ BT-Drucks. 7/650, S. 258.

³¹⁹ BT-Drucks. 7/650, S. 258 f..

³²⁰ BGH FamRZ 1983, 157 (159).

³²¹ MüKo/Gernhuber, BGB, 3. Auflage, B 7, § 1378 Rn. 21; Palandt/Diederichsen, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Auflage, § 1378 Anm. 4) a); Staudinger/Thiele, BGB, 12. Auflage, § 1378 Rn. 36; K. Tiedtke JZ 1982, 538 (542).

³²² BGH FamRZ 1983, 157 (159).

völligen Verzicht auf die Versorgungsausgleichsansprüche.³²³ Die Vereinbarung stand unter dem Genehmigungsvorbehalt des Familiengerichts (§ 1587 o Abs. 2 S. 3 BGB), das eine Inhaltskontrolle vornahm. Eine Umgehung des Genehmigungsvorbehaltes war vor Einleitung des Ehescheidungsverfahrens möglich, indem die Ehegatten von den ehevertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten des § 1408 Abs. 2 BGB Gebrauch machten.³²⁴ Diese Vorschrift ließ Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich einschließlich eines Verzichts auf Versorgungsausgleichsansprüche durch Ehevertrag zu. Sie regelte aber zugleich zum Schutz eines „schwächeren“ Ehegatten vor Übervorteilung durch einen insgeheim schon scheidungswilligen Partner, dass die Vereinbarung hinfällig wurde, wenn innerhalb eines Jahres ab Vertragsschluss ein Ehepartner den Ehescheidungsantrag stellte. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs konnte wie der Unterhaltsverzicht schon vor Eheschließung vorgenommen werden.³²⁵ Er bewirkte zugleich gemäß § 1414 S. 2 BGB den Eintritt der Gütertrennung. Diese Konsequenz wurde jedoch nicht als zwingend angesehen.³²⁶ Denn der Eintritt der Gütertrennung bei Ausschluss des Versorgungsausgleichs wurde nicht für interessengerecht gehalten. Daher wurde zugelassen, dass der Ausschluss mit der Beibehaltung des gesetzlichen Güterstandes verbunden werden konnte. Umstritten war, ob im Rahmen des § 1408 Abs. 2 BGB der Versorgungsausgleich nur insgesamt ausgeschlossen werden konnte.³²⁷ Die wohl herrschende Meinung sah es als zulässig an, den Versorgungsausgleich insgesamt oder teilweise, nur unter bestimmten Bedingungen auszuschießen oder auf bestimmte Versorgungsarten zu beschränken.³²⁸ Ein Verzicht auf den Versorgungsausgleich konnte jedoch nichtig sein, wenn keine direkte Gegenleistung für den Verzicht vereinbart wurde und besondere Umstände für eine Bejahung des § 138 BGB vorlagen.³²⁹ Ein

³²³ H. Göppinger/U. Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 8. Auflage, S. 1 f.

³²⁴ H. Göppinger/U. Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 8. Auflage, S. 2.

³²⁵ BGH FamRZ 1979, 477 (488 f.); OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215).

³²⁶ U. Diederichsen NJW 1977, 217 (223); Palandt/Diederichsen, Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Auflage, § 1414 Anm. 1) d); Soergel/Gaul, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, § 1414 Rn. 8.

³²⁷ So Palandt/Diederichsen, Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Auflage, § 1408 Anm. 3) b); A. Rohde NJW 1977, 1763 (1764).

³²⁸ A. Buschendorf, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, S. 156 f.; U. Diederichsen NJW 1977, 217 (223); G. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rn. 747; B. v. Maydell FamRZ 1977, 172 (181); B. Reinartz NJW 1977, 81 (83).

³²⁹ BGH JZ 1997, 411 (412); G. Langenfeld NJW 1978, 1503 (1505).

Ausschluss galt daher u.a. als sittenwidrig, wenn er mit einem Unterhaltsverzicht zusammenfiel und die Ehegatten in bewusstem Zusammenwirken eine Vereinbarung getroffen hatten, um eine spätere Unterhaltslast zum Vorteil des anderen Ehegatten auf die öffentliche Fürsorge abzuwälzen.³³⁰ Handelte es sich nicht um eine Vereinbarung anlässlich der Ehescheidung, sondern um einen Vertrag im Rahmen eines Ehevertrages, war eine Sittenwidrig wegen bewusster und rücksichtsloser Ausnutzung des einen Ehegatten durch den anderen auf Grund dessen wirtschaftlicher oder intellektueller Überlegenheit auf Grund der Beratung durch den beurkundenden Notar unwahrscheinlich.³³¹ Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs wurde daher auch nicht schon dann als sittenwidrig angesehen, wenn er in Kenntnis des Umstandes vereinbart wurde, dass der andere Teil nicht in der Lage sein werde, eine eigene Altersversorgung aufzubauen, und demgemäß Gefahr bestand, dass er im Falle der Scheidung zum Sozialfall werde.³³²

4. Globalverzichtsvereinbarungen

Selbst ein Totalverzicht, bei dem auf Unterhalt für den Fall einer späteren Scheidung der Ehe verzichtet und zugleich der Versorgungsausgleich und damit auch der Zugewinnausgleich ausgeschlossen wurden, war ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht als sittenwidrig anzusehen.³³³ Denn damit hatten die Parteien nur in umfassender Weise von den gesetzlich zugelassenen Möglichkeiten Gebrauch gemacht.³³⁴ Dass Sittenwidrigkeit nur bei Hinzutreten weiterer Umstände gegeben war, galt jedenfalls dann, wenn den Partnern die weittragenden Folgen des umfassenden Verzichts bewusst waren (wovon mangels anderweitiger Anhaltspunkte auszugehen war).³³⁵ Ein Sittenverstoß konnte sich aber aus einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ergeben.³³⁶ Für die Beurteilung maßgeblicher Zeitpunkt war der Vertragsschluss und die Vorstellung der Parteien

³³⁰ R. v. Hornhardt DNotZ 1981, 447 (448).

³³¹ M. Hoffmann NJW 1977, 235 (235); G. Langenfeld NJW 1978, 1503 (1505).

³³² BGH JZ 1997, 411 (412).

³³³ OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215); OLG Köln DNotZ 1981, 444 (445).

³³⁴ OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215).

³³⁵ OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215).

³³⁶ OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215).

in diesem Augenblick.³³⁷ Für viele Parteien war bei Vertragsschluss aber noch nicht abzusehen, ob und für wen sich der Vertrag bei einer Scheidung nachteilig auswirken würde. Für die Bejahung der Sittenwidrigkeit bedurfte es aber eines subjektiven Momentes, der daher meist bei Vertragsschluss nicht gegeben war. Das Vorliegen eines subjektiven Momentes konnte angenommen werden, wenn insbesondere der Übervorteilende eine schwächere Position des Übervorteilten bewusst oder grob fahrlässig ausnutzte.³³⁸

Die Grenzen zur Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB sah das OLG Köln in dem Fall überschritten, dass die Ehefrau nach 20jähriger Ehe umfassend auf alle für die Zukunft bedeutsamen sich aus der Ehe und ihrer Scheidung ergebenden Rechte verzichtet hatte.³³⁹ Dem Verzicht stünden keine entsprechenden Ansprüche gegenüber, die den Unterhalt der Frau zumindest teilweise sicherten. Auch habe sie keine Gegenleistung erhalten. Das OLG Köln sah die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung gegeben, obwohl es mit in seine Überlegungen einbezog, dass die Vereinbarung durch ehefeindliches Verhalten der Ehefrau veranlasst worden war und diese durch einen Notar ordnungsgemäß belehrt worden war.³⁴⁰ Die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB wurde bejaht, ohne auf das subjektive Moment überhaupt einzugehen. Das OLG bezog in seine Überlegungen mit ein, dass aus der Ehe zwei Kinder hervorgegangen waren, und legte damit der Beurteilung der Sittenwidrigkeit zumindest nicht ausschließlich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu Grunde.³⁴¹

Das OLG Hamm hingegen sah es für die Bejahung der Sittenwidrigkeit nicht einmal als ausreichend an, dass die Ehefrau zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der Eheschließung schwanger war.³⁴² Dennoch kam eine Sittenwidrigkeit grundsätzlich in Betracht, wenn der Ehemann eine Zwangslage seiner Ehefrau ausnutzte, um sie zu einem umfassenden Verzicht zu bewegen.³⁴³ Dafür mussten aber Anhaltspunkte gegeben sein. Anhaltspunkte waren ausgeübter Druck oder fehlende Übersicht des Ehepart-

³³⁷ OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215); *M. Hoffmann* NJW 1977, 235 (235).

³³⁸ OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215); *M. Hoffmann* NJW 1977, 235 (235); *R. v. Hornhardt* DNotZ 1981, 447 (448); Palandt/*Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Auflage, § 138 Anm. 2) a).

³³⁹ OLG Köln DNotZ 1981, 444 (446 f.).

³⁴⁰ OLG Köln DNotZ 1981, 444 (446).

³⁴¹ OLG Köln DNotZ 1981, 444 (447).

³⁴² OLG Hamm FamRZ 1982, 1215 (1215).

³⁴³ *R. v. Hornhardt* DNotZ 1981, 447 (448).

ners. War aber der Partner, der auf Grund einer notariellen Belehrung in voller Kenntnis der wirtschaftlichen Folgen dieser Vereinbarung war, zu deren Abschluss dennoch bereit, fehlte dem Vertrag das Gepräge der Sittenwidrigkeit.³⁴⁴

Auch der BGH hielt einen Ehevertrag aufrecht, in dem die Ehegatten nach vier Jahren Ehe Gütertrennung vereinbart hatten und die Ehefrau auf Versorgungsausgleich und nachehelichen Unterhalt verzichtet hatte.³⁴⁵ Für eine Sittenwidrigkeit hätten besondere Umstände hinzutreten müssen. Diese sah der BGH mangels Anhäufung bereits größerer Vermögenswerte und Versorgungsansprüche jedoch nicht gegeben.³⁴⁶ In seine Überlegung bezog der BGH nicht mit ein, dass der Ehemann während einer Ehekrise wegen seiner Untreue von der Scheidung nur auf Grund der Vereinbarung absah. Von einer Ausbeutung der Ehefrau könne nicht die Rede sein.³⁴⁷ In einem anderen Fall entschied der BGH hinsichtlich einer kurz vor Eheschließung vorgenommenen Vereinbarung, dass diese nicht deshalb nichtig sei, weil der Mann die Eheschließung mit der schwangeren Frau von dem Abschluss dieses Vertrages abhängig gemacht habe. Da der Mann von einer Eheschließung hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters zurückziehen können, könne von einer zu missbilligenden Ausbeutung einer Zwangslage der Frau nicht ausgegangen werden.³⁴⁸ Der BGH versagte also eine Inhaltskontrolle mit dem Argument, dass die verheiratete Frau immer noch besser stehe als die nicht verheiratete.

5. Zusammenfassung

Der Nichtigkeitsgrund des Abkaufens des Scheidungsentschlusses hatte auf Grund der Einführung des Zerrüttungsprinzips seine Bedeutung verloren. Denn der scheidungsunwillige Ehegatte konnte die Scheidung auf Dauer kaum verhindern.³⁴⁹ An sich galt jedoch weiterhin, dass es zur Nichtigkeit der Vereinbarung führen konnte, wenn ein Ehegatte nur durch die Zusage

³⁴⁴ R. v. Hornhardt DNotZ 1981, 447 (449); H. Plagemann BB 1977, 1255 (1257).

³⁴⁵ BGH NJW 1997, 192 ff.

³⁴⁶ BGH NJW 1997, 192 (193).

³⁴⁷ BGH NJW 1997, 192 (193).

³⁴⁸ BGH JZ 1997, 411 (412).

³⁴⁹ H. Göppinger/P. Wax/J. Hoffmann, Unterhaltsrecht, 7. Auflage, Fn. 10 in Rn. 1330.

vermögensrechtlicher Vorteile bewogen worden war, in die Scheidung einzuwilligen.³⁵⁰ Es musste aber aus den weiteren Umständen ersichtlich sein, dass der Ehegatte in sittenwidriger Weise rein wirtschaftlichen Erwägungen gegenüber der Bindung an die Ehe den Vorzug gegeben hatte.³⁵¹

Im Grunde genommen galt aber in der Zeit zwischen 1976 bis 2001 volle Vertragsfreiheit. Dies bezog sich nicht nur auf güterrechtliche Auseinandersetzungsverträge, die schon vorher weitgehend unproblematisch abgeschlossen werden konnten, sondern auch auf Unterhaltsverträge und Vereinbarungen über den neu geschaffenen Versorgungsausgleich. Selbst Globalverzichtsvereinbarungen waren gültig und fanden lediglich wie alle anderen Scheidungsfolgenvereinbarungen in dieser Zeit ihre Grenzen in den allgemeingültigen Regeln, insbesondere in den §§ 138 und 242 BGB.

V. Die Entwicklung der Rechtssituation seit 2001

Seit Mitte der 1990er Jahre sah sich der Grundsatz der Vertragsfreiheit bei vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen zunehmend Angriffen ausgesetzt. Anstoß der Diskussion über die Vertragsfreiheit war ein Beschluss des BVerfG³⁵² zum Wettbewerbsverbot von Handelsvertretern aus dem Jahre 1990, in dem das Gericht ein faktisches Ungleichgewicht der Parteien zum Anlass nahm, die Voraussetzungen der Vertragsfreiheit zu überprüfen. Es kam zu dem Ergebnis, dass Privatautonomie voraussetze, dass die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben seien.³⁵³

Könne eine Partei die vertraglichen Regelungen faktisch einseitig bestimmen, müssten staatliche Regelungen, wie z.B. die Generalklauseln § 138 BGB und § 242 BGB, ausgleichend eingreifen.³⁵⁴ Drei Jahre später folgte ein Beschluss des BVerfG³⁵⁵ zur richterlichen Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass es eine Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen gäbe, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasteten und die das Ergebnis strukturell

³⁵⁰ H. Göppinger/P. Wax/J. Hoffmann, *Unterhaltsrecht*, 7. Auflage, Rn. 1330.

³⁵¹ H. Göppinger/P. Wax/J. Hoffmann, *Unterhaltsrecht*, 7. Auflage, Rn. 1330.

³⁵² BVerfG NJW 1990, 1469 ff.

³⁵³ BVerfG NJW 1990, 1469 (1470).

³⁵⁴ BVerfG NJW 1990, 1469 (1470).

³⁵⁵ BVerfG NJW 1994, 36 ff.

ungleicher Verhandlungsstärke darstellten.³⁵⁶ Im Zuge dieser Entscheidungen wurde auch hinsichtlich Vereinbarungen im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht der Ruf nach einer richterlichen Inhaltskontrolle gestützt auf § 242 BGB stärker.³⁵⁷ Allerdings war der BGH noch 1996 der Ansicht, dass es nicht genüge, wenn sich eine Regelung ausschließlich oder überwiegend zu Lasten eines der beiden Ehegatten auswirken könne.³⁵⁸

1. Die Entscheidungen des BVerfG und des BGH

Eine Änderung in der Handhabung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen folgte jedoch erst Jahre später. Eingeleitet wurde diese durch zwei Grundsatzentscheidungen des BVerfG³⁵⁹ im Jahre 2001, gefolgt von einem Urteil des BGH³⁶⁰ drei Jahre später. Diese Rechtsprechung führte die richterlichen Inhaltskontrolle ein, durch die eine unangemessene Benachteiligung eines der Ehegatten verhindert und das Kindeswohl geschützt werden sollte. Das BVerfG stellte fest, dass der Staat infolge von Art. 3 Abs. 2 GG der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen habe, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sei, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegele.³⁶¹ Es sei Aufgabe der Gerichte, bei gestörter Vertragsparität über die zivilrechtlichen Generalklauseln den Inhalt einer Vereinbarung der Kontrolle zu unterziehen und gegebenenfalls zu korrigieren. Das BVerfG ließ die bisherige Argumentation nicht zu, dass der Ehemann unter Berufung auf die Eheschließungsfreiheit von der Ehe hätte absehen und sich auf die Position eines nichtehelichen Vaters hätte zurückziehen können. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertige weder die einseitige ehevertragliche Lastenverteilung noch, dass sich der Staat der Kontrolle jedweder ehevertraglicher Vereinbarung zu enthalten habe, wenn in dieser

³⁵⁶ BVerfG NJW 1994, 36 (38 f.).

³⁵⁷ *H. Büttner* FamRZ 1998, 1 (4 ff.); *N. Dethloff* JZ 1997, 414 (415); *I. Schwenzler* AcP 196 (1996), 88 (101 f., 111 f.); dagegen *H. Grziwotz* FamRZ 1997, 585 (589).

³⁵⁸ BGH FamRZ 1997, 156 (157).

³⁵⁹ BVerfG FamRZ 2001, 985 ff.; BVerfG FamRZ 2001, 343 ff.

³⁶⁰ BGH FamRZ 2004, 601 ff.

³⁶¹ BVerfG FamRZ 2001, 985 (985); BVerfG FamRZ 2001, 343 (346).

ein Eheversprechen gegeben werde.³⁶² Ein Teil des Eherechts sei zwingendes Recht.³⁶³

a. Grundsätze der Inhaltskontrolle

In Folge der Urteile des Bundesverfassungsgerichts änderte der BGH seine Rechtsprechung. Zwar hielt er daran fest, dass das geltende Recht einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen nicht kenne.³⁶⁴ Jedoch dürfe der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen auch nicht beliebig unterlaufen werden.³⁶⁵ Dies wäre der Fall, wenn durch den Vertrag eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung ehelicher Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde.³⁶⁶ Zur Beurteilung, wann der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen unterlaufen wird, hat der BGH in seinem Urteil einige grundsätzliche Vorgaben aufgestellt, die seither im Rahmen einer Inhaltskontrolle zu beachten sind. Er stellte jedoch auch klar, dass sich allgemein nicht beantworten ließe, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag über Vermögensangelegenheiten für den Scheidungsfall unwirksam (§ 138 BGB) oder unzulässig (§ 242 BGB) sei.³⁶⁷ Es sei vielmehr eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens nötig.³⁶⁸ Eine Beanstandung der Vereinbarungen sei aber um so wahrscheinlicher, je unmittelbarer die vertraglichen Abbedingungen der gesetzlichen Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingriffen. Zur Ermittlung des Kernbereichs entwickelte der BGH eine Rangabstufung.³⁶⁹ Nach dieser steht der Kinderbetreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) an erster Rangstelle innerhalb des Kernbereichs. Krankheits- und Altersunterhalt (§§ 1571, 1572 BGB) sowie der Versorgungsausgleich kommen an zweiter Stelle. Es folgen der Unterhalt

³⁶² BVerfG FamRZ 2001, 985 (985); BVerfG FamRZ 2001, 343 (346).

³⁶³ BVerfG FamRZ 2001, 343 (346).

³⁶⁴ BGH FamRZ 2004, 601 (604).

³⁶⁵ BGH FamRZ 2004, 601 (605).

³⁶⁶ BGH FamRZ 2004, 601 (605); u.a. bestätigend BGH FamRZ 2006, 1097 (1097).

³⁶⁷ BGH FamRZ 2004, 601 (604).

³⁶⁸ BGH FamRZ 2004, 601 (604).

³⁶⁹ BGH FamRZ 2004, 601 (605).

wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 BGB) an dritter, Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 2 Var. 1, Abs. 3 BGB) an vierter und der Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt (§§ 1573 Abs. 2, 1575 BGB) an fünfter Position. Nicht umfasst vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts und damit der Disposition am weitesten zugänglich ist der Zugewinnausgleich.

Ob auf Grund einer Vereinbarung eine unzumutbare einseitige Lastenverteilung gegeben ist, hat der Tatrichter zu entscheiden. Diese Prüfungspflicht entfällt auch dann nicht, wenn der belastete Ehegatte durch einen Notar über Inhalt und Auswirkungen der Vereinbarung aufgeklärt wurde.³⁷⁰ Der Richter muss zunächst eine Wirksamkeitskontrolle vornehmen. Hierbei wird geschaut, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Lastenverteilung derart einseitig war, dass sie gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt. Dass es im Rahmen der Prüfung von § 138 BGB ausschließlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, hat der BGH sowohl in der vorliegenden Entscheidung als auch in einer weiteren betont.³⁷¹ Der Tatrichter muss sowohl die objektive Seite der Vereinbarung, insbesondere die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, sowie die subjektive Seite, Beweggründe für die Vereinbarung, untersuchen. Von einer Sittenwidrigkeit mit der Folge, dass teilweise oder an Stelle der Vereinbarung die gesetzliche Regelung eintritt, ist regelmäßig nur dann auszugehen, wenn Scheidungsfolgen aus dem Kernbereich zumindest in erheblichen Bereichen ausgeschlossen wurden, ohne dass dieser Nachteil durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt wird.³⁷²

Nach der Rechtsprechung des BVerfG droht eine Unwirksamkeit der Vereinbarung insbesondere dann, wenn eine schwangere Frau vor die Wahl gestellt worden war, unter Verzicht auf ihre Ansprüche zu heiraten oder ein uneheliches Kind zu bekommen.³⁷³ Denn als ledige Mutter müsse sie nicht nur damit rechnen, dass sie allein für das Kind verantwortlich sei, wenn der Vater zur gemeinsamen Sorge nicht bereit sei (§ 1626a BGB), sondern ihr

³⁷⁰ BGH FamRZ 2004, 601 (606).

³⁷¹ BGH FamRZ 2005, 1449 (1450).

³⁷² BGH, Beschluss vom 18.3.2009, Az.: XII ZB 94/06, Para. 14; BGH FamRZ 2004, 601 (606).

³⁷³ BVerfG FamRZ 2001, 985 (985); BVerfG FamRZ 2001, 343 (346); BGH FamRZ 2005 1444 (1447).

stünde auch nur ein eingeschränkter Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater zu.³⁷⁴ Darüber hinaus habe sie noch immer mit dem gesellschaftlichen und sozialen Druck zu kämpfen.³⁷⁵

Ob die Argumentation des BVerfG heutzutage in gleichem Maße herangezogen werden kann, ist fraglich. Das BVerfG hatte am 28.2.2007 entschieden, dass es gegen Art. 6 Abs. 5 GG verstoße, die Dauer eines Unterhaltsanspruchs, den der Gesetzgeber einem Elternteil wegen der Betreuung seines Kindes gegen den anderen Elternteil einräumt, für eheliche und nicht-ehelichen Kinder unterschiedlich zu bestimmen.³⁷⁶ Auf Grund der Verurteilung dieser mittelbaren Diskriminierung von nichtehelichen Kindern wurde § 1570 BGB, der den Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines ehelichen Kindes enthält, durch das am 1.1.2008 in Kraft getretene Unterhaltsrechtsänderungsgesetz neu gefasst und § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB, der den Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes regelt, dem § 1570 BGB weitestgehend angeglichen.³⁷⁷ Die unterhaltsrechtliche Absicherung der ledigen Mutter ist damit im Vergleich zur verheirateten Mutter zumindest hinsichtlich des Betreuungsunterhalts nicht mehr eingeschränkt. Auch das Argument, dass sich die werdende Mutter auf Grund gesellschaftlicher und sozialer Zwänge für ihre Nichtheirat unter Rechtfertigungsdruck fühle, wird nicht mehr mit demselben Gewicht dafür angeführt werden können, dass die schwangere Frau sich in einer Situation der Unterlegenheit befindet. Denn die Akzeptanz von unverheirateten Müttern und Vätern sowie von sogenannten Patchworkfamilien ist in den Jahren nach der Entscheidung des BVerfG weiter stark gestiegen.

Allerdings hat der BGH in zwei neueren Entscheidungen bestätigt, dass die Schwangerschaft der Frau bei Abschluss des Ehevertrages unmittelbar vor der Eheschließung eine ungleiche Verhandlungsposition und damit eine Disparität bei Vertragsabschluss indiziere.³⁷⁸ Dies rechtfertige es, den Ver-

³⁷⁴ BVerfG FamRZ 2001, 343 (346).

³⁷⁵ BVerfG FamRZ 2001, 343 (346).

³⁷⁶ BVerfG FamRZ 2007, 965 ff.

³⁷⁷ R. Kemper, Das neue Unterhaltsrecht, Rn. 391.

³⁷⁸ BGH, Beschluss vom 18.3.2009, Az.: XII ZB 94/06, Para. 14; BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 23.

trag einer verstärkten richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen, wobei in einer Gesamtschau alle maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen seien.³⁷⁹

Ist der Vertrag nicht schon nach § 138 BGB nichtig, so tritt der Tatrichter in die Ausübungskontrolle ein. Hierbei wird gefragt, ob der begünstigte Ehegatte sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe auf die Vereinbarung berufen darf, oder ob darin ein Missbrauch der Rechtsmacht zu erblicken ist, § 242 BGB. Kommt der Richter zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen § 242 BGB vorliegt, führt dies nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Vereinbarung und zur gesetzlichen Scheidungsfolgenregelung. Er hat vielmehr diejenigen Rechtsfolgen anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung tragen.³⁸⁰

Die Entscheidungen des BVerfG und des BGH betrafen die Unwirksamkeit von Eheverträgen. Maßgeblich sind die Ausführungen aber auch für Vereinbarungen, die im Rahmen einer Scheidung oder danach getroffen werden.³⁸¹ Solche Vereinbarungen sind aber nach strengeren Maßstäben zu beurteilen als im Zusammenhang mit der Heirat abgeschlossene oder sonstige vorsorgende Eheverträge.³⁸² Denn bei Vereinbarungen, die in einer Krise oder im zeitlichen Umfeld einer Scheidung getroffen werden, müssen die Vertragspartner zumindest davon ausgehen, dass die Vereinbarung zum Tragen kommen könnte.

b. Anwendung der Grundsätze

Die Anwendung der Grundsätze zur Inhaltskontrolle auf den im Jahre 2004 entschiedenen Sachverhalt zeigte, dass der BGH nur unter strengen Maßstäben Vereinbarungen über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen für unwirksam erklären würde.

Dem Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Parteien vereinbarten 1988, gut zwei Jahre nach der Eheschließung und nachdem das erste Kind

³⁷⁹ BGH, Beschluss vom 18.3.2009, Az.: XII ZB 94/06, Para. 14; BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 23.

³⁸⁰ BGH FamRZ 2004, 601 (606).

³⁸¹ OLG München FamRZ 2005, 215 (215); OLG Celle FamRZ 2004, 1969 (1969); *L. Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3. Auflage, Rn. 144.

³⁸² OLG Hamm FamRZ 2005, 1567 (1567); *L. Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3. Auflage, Rn. 144.

geboren worden war, einen Verzicht auf entstandene Zugewinnausgleichsansprüche sowie wechselseitige nacheheliche Unterhaltsansprüche. Von dem Verzicht nahmen sie den Unterhaltsanspruch der Ehefrau wegen Kindesbetreuung aus. Ferner erklärten sie für die Zukunft Gütertrennung und schlossen den Versorgungsausgleich aus. Dafür sollte die Ehefrau eine Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme von 80.000 DM erhalten. Die Ehefrau, die einen akademischen Abschluss hatte, arbeitete bis zur Schwangerschaft des ersten Kindes. Das zweite Kind folgte gut ein Jahr nach Vereinbarung des Vertrages. Die Ehefrau widmete sich voll der Kindererziehung. Die Parteien trennten sich Anfang 1999. In den letzten Jahren verdiente der Ehemann durchschnittliche 27.000 DM im Monat.

Das OLG hatte den Vertrag noch insgesamt als unwirksam angesehen, da eine unangemessene, einseitig zu Lasten der Ehefrau gehende Regelung getroffen worden sei.³⁸³ Dem widersprach der BGH unter Zugrundelegung der getroffenen Feststellungen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten sei nicht ersichtlich. Bei den subjektiven Beweggründen stellte er darauf ab, dass die Parteien bei Vertragsschluss bereits miteinander verheiratet waren und die Ehefrau nicht erneut schwanger war. Zudem lehnte er eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Ehefrau ab, da diese eine akademische Ausbildung habe, die sie beruflich schon genutzt hatte. Nicht nur subjektiv verneinte er aber eine Sittenwidrigkeit. Auch objektiv bei Betrachtung der individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss kam er nicht zu einer Unwirksamkeit der Vereinbarung. Zwar hätten die Parteien wichtige Scheidungsfolgen abbedungen. Allerdings wäre nicht der unmittelbare Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen tangiert.³⁸⁴ Denn die Parteien hätten durch die Ausnahme, dass der Unterhaltsanspruch der Ehefrau wegen Kinderbetreuung nicht ausgeschlossen worden sei, sowohl den Anspruch nach § 1570 BGB beibehalten wie auch den Anspruch auf Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB bei Teilerwerbstätigkeit der Mutter. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs werde durch die Kapitallebensversicherung abgemildert. Dass diese weitaus geringer war, als der durch den Versorgungsausgleich der Ehefrau zu Gute kommende Betrag, dürfte nicht mit in die Erwägungen einbezogen werden, da bei Vertragsschluss nicht ersichtlich war, in

³⁸³ OLG München NJW 2003, 592 (592 f.).

³⁸⁴ BGH FamRZ 2004, 601 (607).

welcher Höhe der Ehemann Versorgungsrechte erwerben würde. Auch beim Krankheits- und Altersunterhalt lehnte der BGH den Vorwurf der Sittenwidrigkeit ab. Es sei nicht festgestellt worden, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses davon ausgingen, dass die Ehefrau sich langfristig nur der Familienarbeit widmen würde. Nur dann aber hätte sich die Ehefrau in ein ständiges Abhängigkeitsverhältnis begeben.

Bei den gegebenen Feststellungen könne allein im Wege der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB für die Zeit nach der Kinderbetreuung ein Aufstockungsunterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 2 BGB zuerkannt werden. Dieser würde die ehebedingten Erwerbsnachteile der Ehefrau ausgleichen. Denn sollte es dem Wunsch der Parteien entsprochen haben, dass sich die Frau ausschließlich der Familienarbeit widme, so könne es unbillig erscheinen, wenn der Mann die sich hieraus ergebenden nachteiligen Konsequenzen unter Berufung auf die Vereinbarung allein der Frau aufbürde.³⁸⁵ Über § 242 BGB sei jedoch keinesfalls ein Anspruch auf Zugewinnausgleich geschützt. Rechtsmissbräuchlich könnte ein Ausschluss dieses Anspruchs nur unter engsten Voraussetzungen sein, wie z.B. dann, wenn bei der Vereinbarung von vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen wird, diese Planung sich aber später nicht verwirklichen lässt.³⁸⁶

2. Unterhaltsvereinbarungen

Durch die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH trat keine Änderung bezüglich der grundlegenden Möglichkeit einer Unterhaltsvereinbarung ein. Vereinbarungen über den Unterhalt bis hin zu seinem gänzlichen Verzicht³⁸⁷ waren und sind weiterhin jederzeit möglich und bedürfen grundsätzlich keiner Form.³⁸⁸ Zulässig ist unter anderem die Begrenzung der Unterhaltshöhe durch die Koppelung an das bei Vertragsschluss bestehende (geringe) Einkommen des Unterhaltsberechtigten in Abweichung von der Berechnung anhand der ehelichen Lebensverhältnisse.³⁸⁹ Eine Sittenwid-

³⁸⁵ BGH FamRZ 2004, 601 (608).

³⁸⁶ BGH FamRZ 2004, 601 (608).

³⁸⁷ Ausschluss nahehelichen Unterhalts für den Fall, dass die Ehe vor Ablauf von fünf Jahren geschieden wird, bejahend BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 14.

³⁸⁸ Anders jetzt jedoch § 1585c BGB n.F., der bestimmt, dass Vereinbarungen, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen werden, der notariellen Beurkundung bedürfen.

³⁸⁹ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 15.

rigkeit könnte erst dann angenommen werden, wenn die vertraglich vorgesehene Unterhaltshöhe nicht annähernd geeignet ist, ehebedingte Nachteile des Berechtigten auszugleichen.³⁹⁰ Das OLG Oldenburg kritisierte einen auf 1.500 DM herabgesetzten Unterhaltanspruch, der gemäß den gesetzlichen Vorgaben bei 6.000 DM gelegen hätte.³⁹¹ Darüber hinaus gehend beanstandete das OLG Koblenz eine Herabsetzung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs um die Hälfte.³⁹²

Ersichtlich aus der vom BGH aufgestellten Rangfolge ist der Eingriff in die Privatautonomie beim nahehelichen Unterhaltsrecht stärker als bei den anderen vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen. Sowohl bei einem vollständigen als auch bei einem teilweisen Unterhaltsverzicht ist seitdem die Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltshaltskontrolle zu beachten.

Die Beurteilung der Kontrollfestigkeit einer Unterhaltsverzichtsvereinbarung bleibt jedoch trotz der vom BGH aufgestellten Rangfolge der unterschiedlichen Unterhaltsansprüche schwierig. Denn die Rangfolge ist nicht feststehend. Sie sei vor allen Dingen danach zu bemessen, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben.³⁹³ So hat der BGH selber in einem späteren Urteil den Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 3 BGB) aus der Rangfolge herausgenommen und dem jeweiligen Unterhaltstatbestand zugeordnet, bei dem der Altersvorsorgeunterhalt ehebedingte Nachteile ausgleichen sollte.³⁹⁴ Eindeutig ist - wie bisher schon - nur, dass der Unterhaltstatbestand der Kinderbetreuung gemäß § 1570 BGB, wenn er in Betracht kommt, grundsätzlich vom Verzicht auszunehmen sein wird (zumindest über die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB), und zwar auch dann, wenn es sich nur um einen teilweisen Verzicht handelt.³⁹⁵

Fraglich ist aber, ob sich durch das zum 01.01.2008 in Kraft getretene Unterhaltsrechtsänderungsgesetz in der grundsätzlichen Bewertung von Unterhaltsauschlüssen etwas geändert hat. Denn das neue Unterhaltsrecht soll dem Prinzip der nahehelichen Eigenverantwortung gegenüber dem Prinzip

³⁹⁰ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 15.

³⁹¹ OLG Oldenburg FamRZ 2004, 545 (545 f.).

³⁹² OLG Koblenz FamRZ 2004, 805 (806).

³⁹³ BGH FamRZ 2005, 1444 (1446).

³⁹⁴ BGH FamRZ 2005, 1449 (1451).

³⁹⁵ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 14; OLG München FamRZ 2005, 215 (216); *L. Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3. Auflage, Rn. 440.

der nahehelichen Solidarität wieder mehr Geltung verschaffen.³⁹⁶ Dazu trägt auch die Veränderung des § 1570 BGB bei. Nach dessen alter Fassung konnte ein geschiedener Ehegatte Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden konnte. Nach dem dazu entwickelten Altersphasenmodell wurde mit Erreichen des 8. Lebensjahres des Kindes eine Halbtagsbeschäftigung als zumutbar angesehen.³⁹⁷ Erst ab dem 15. bis 16. Lebensjahr war in der Regel eine Vollzeitbeschäftigung aufzunehmen.³⁹⁸ § 1570 Abs. 1 BGB n.F. enthält in Satz 1 die Regelung, dass ein geschiedener Ehegatte für mindestens drei Jahre nach der Geburt des gemeinsamen Kindes für die Betreuung Unterhalt verlangen kann. Danach ist der Unterhalt entsprechend der Sätze 2 und 3 nur bei Billigkeit unter besonderer Berücksichtigung einer möglichen Kinderbetreuung zu leisten. Anstatt des bisherigen Altersphasenmodells ist nunmehr stärker auf den konkreten Einzelfall und auf tatsächlich bestehende, verlässliche Möglichkeiten der Kinderbetreuung abzustellen.³⁹⁹ Da der Gesetzgeber somit nach Vollendung des 3. Lebensjahres von einer zunächst unbeschränkten Erwerbsobliegenheit ausgeht, ist der Anspruch auf Kinderbetreuungsunterhalt des geschiedenen Ehegatten erheblich abgeschwächt worden. Dennoch scheint sich seit Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetz im Januar 2008 weder die Rangfolge der unterschiedlichen Unterhaltsansprüche im Rahmen der Kernbereichstheorie noch die Beurteilung von Unterhaltsverzichten verändert zu haben.

3. Auseinandersetzungsverträge

Da der Zugewinnausgleich nicht vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts umfasst wird, ist er der vertraglichen Gestaltung am weitesten zugänglich.⁴⁰⁰ Bei isolierter Betrachtung ist ein Ausschluss des Zugewinns daher in der Regel nicht unwirksam. Etwas anderes kann sich aber auf

³⁹⁶ R. Kemper, Das neue Unterhaltsrecht, Rn. 113.

³⁹⁷ Palandt/Brudermüller, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, §1570 Rn. 13a, 14.

³⁹⁸ BGH NJW 97, 1851 (1852 f.).

³⁹⁹ H. Göppinger/P. Wax/J. Hoffmann, Unterhaltsrecht, 9. Auflage, Rn. 1010; Palandt/Brudermüller, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, §1570 Rn. 11.

⁴⁰⁰ S. oben § 2 V. 1. a.; BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 19; BGH FamRZ 2004, 601 (605, 608).

Grund der Gesamtbetrachtung einer Scheidungsfolgenvereinbarung ergeben.⁴⁰¹

Über dies ist die BGH-Rechtsprechung nicht als Freibrief für die Vereinbarung der Gütertrennung zu verstehen, da es in diesem Bereich entscheidend auf die subjektive Seite ankommen kann.⁴⁰² So kann der Ausschluss des Zugewinns unwirksam gemäß § 242 BGB sein, wenn der schwangeren Frau erstmalig kurz vor der Heirat der Ehevertrag präsentiert wird.⁴⁰³

4. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich müssen nach denselben Kriterien geprüft werden wie ein vollständiger oder teilweiser Unterhaltsverzicht.⁴⁰⁴ Denn der Versorgungsausgleich ist – als gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungsvermögen – nicht nur dem Zugewinnausgleich verwandt, sondern ist auch als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen.⁴⁰⁵ Der Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB) steht an zweiter Stelle der vom BGH aufgestellten Rangfolge zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts. Daraus folgt, dass er der vertraglichen Abbedingung nicht gänzlich offen steht, auch wenn ein Ausschluss z.B. bei einer im hohen Alter geschlossenen Ehe grundsätzlich möglich ist. Dies soll auch für den Versorgungsausgleich gelten.⁴⁰⁶ Eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB ist daher bei einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs dann anzunehmen, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des schon bei Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint.⁴⁰⁷ Von einem solchen Fall ist zumeist dann auszugehen, wenn sich ein Ehegatte ausschließlich der Kindererziehung widmet und dies schon bei Abschluss des Versorgungsausgleichs geplant war. Denn der Erwerb eigener

⁴⁰¹ S. unten § 2 V. 5.

⁴⁰² L. Bergschneider, Verträge in Familiensachen, 3. Auflage, Rn. 549, 601.

⁴⁰³ OLG FamRZ 2004, 545 (545 f.).

⁴⁰⁴ BGH, Beschluss vom 18.3.2009, Az.: XII ZB 94/06, Para. 19; BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 17; BGH FamRZ 2004, 601 (605).

⁴⁰⁵ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 17.

⁴⁰⁶ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 17.

⁴⁰⁷ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 17.

Versorgungsanwartschaften ist bis auf Kindererziehungszeiten dem erziehenden Ehegatten dann bis auf weiteres nicht möglich. Die Unwirksamkeit eines vollständigen oder umfangreichen Verzichts auf den Versorgungsausgleich kann nur dadurch verhindert werden, dass der verzichtende Ehegatte durch Ersatzleistungen kompensiert wird oder die besonderen Verhältnisse der Ehegatten den Verzicht rechtfertigen.

5. Globalverzichtsvereinbarungen

An sich kann auch nach der Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 2004 eine Globalverzichtsvereinbarung wirksam sein. Sie muss weder sittenwidrig nach § 138 BGB, noch im Wege der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB zu beanstanden sein.⁴⁰⁸ Denn der BGH ging weiter von dem Grundsatz aus, dass es einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten nicht gäbe.⁴⁰⁹

Diesem Grundsatz folgte das OLG Hamm in einer Entscheidung aus dem Jahre 2005.⁴¹⁰ Das Gericht stellte in seiner Argumentation vor allen Dingen heraus, dass die Antragstellerin, die sich auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung berief, eine qualifizierte Berufsausbildung habe und in der Lage gewesen war, die rechtlichen Auswirkungen des Vertrages zu verstehen. Darüber hinaus hätte sie bei Vertragsabschluss, der zudem in einer Trennungsphase erfolgte, nicht unter Zeitdruck gestanden. Im Übrigen habe die Antragstellerin ein gewisses Vermögen, das ihren Unterhalt zumindest vorübergehend sichere. Sie habe außerdem noch ausreichend Gelegenheit, Vorsorge für ihr Alter zu treffen, da sie bei Vertragsschluss erst 36 Jahre alt war. Die Entscheidung wurde ferner von dem Argument getragen, dass der Sohn der Parteien bereits volljährig und ein weiteres Kind nicht geplant war. Das Urteil zeigt, dass bei einem Globalverzicht neben den objektiven Gesichtspunkten der ergebnismäßigen Benachteiligung die subjektiven Gesichtspunkte über die Wirksamkeit der Vereinbarung entscheiden.⁴¹¹

Insbesondere bei Globalverzichten besteht aber die Gefahr einer evident einseitigen, nicht gerechtfertigten Lastenverteilung und damit die Unsicher-

⁴⁰⁸ L. Bergschneider FamRZ 2005, 1569 (1569).

⁴⁰⁹ BGH FamRZ 2004, 601 (604).

⁴¹⁰ OLG Hamm FamRZ 2005, 1567 ff.

⁴¹¹ L. Bergschneider FamRZ 2005, 1569 (1569).

heit, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch die Vereinbarung unterlaufen wird.

Selbst wenn eine Wirksamkeitskontrolle lediglich ergibt, dass einzelne Klauseln eines Ehevertrages (z.B. der Unterhaltsverzicht, nicht aber der Ausschluss des Zugewinnausgleichs) schon im Zeitpunkt seines Zustandekommens nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, so ist nach § 139 BGB in der Regel der gesamte Ehevertrag nichtig.⁴¹² Es ist nicht generell von einer Teilnichtigkeit oder einer geltungserhaltenden Reduktion auszugehen. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn die Vereinbarung auch ohne die nichtige Klauseln geschlossen worden wäre, was sich insbesondere aus anderweitigen Parteivereinbarungen, z.B. salvatorischen Klauseln, ergeben kann.⁴¹³ Stellt sich aber auf Grund der Gesamtwürdigung eines Ehevertrags dessen Inhalt für eine Partei ausnahmslos nachteilig dar und werden dessen Einzelregelungen nicht durch berechnete Belange der anderen Partei gerechtfertigt, so erfasst die Nichtigkeitsfolge notwendig den gesamten Vertrag; für eine Teilnichtigkeit bleibt in einem solchen Fall kein Raum.⁴¹⁴ Eine vereinbarte salvatorische Klausel ändert daran nichts.⁴¹⁵ Denn erweist sich der Ehevertrag gerade nach einer Gesamtwürdigung der getroffenen Abreden als insgesamt sittenwidrig, so kann von der Nichtigkeitsfolge nicht die salvatorische Klausel ausgenommen werden. Der BGH⁴¹⁶ hat dies für den Fall bestätigt, dass Ehegatten einen sittenwidrigen Verzicht auf Versorgungsausgleich, aber einen kontrollfesten Ausschluss des Zugewinns und eine zulässige Begrenzung des nahehelichen Unterhalts vereinbart hatten. Der gesamte Vertrag einschließlich der salvatorischen Klausel war nichtig. Zu diesem Ergebnis dürfte die Gesamtwürdigung eines (annähernden) Globalverzichts selbst mit einer pauschalen salvatorischen Klausel immer führen. Vor einer Gesamtnichtigkeit könnte jedoch eine spezielle salvatorische Klausel zur eventuellen Nichtigkeit von Unterhaltsvereinbarungen oder eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs schützen. Diese müsste klären, dass im Fall der Nichtigkeit des entsprechenden Ausschlusses die gesetzlichen Regelungen gelten.⁴¹⁷

⁴¹² BGH FamRZ 2005, 1444 (1447).

⁴¹³ BGH FamRZ 2005, 1444 (1447).

⁴¹⁴ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 24; BGH FamRZ 2006, 1097 (1098).

⁴¹⁵ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 24.

⁴¹⁶ BGH, Urteil vom 9.7.2008, Az.: XII ZR 6/07, Para. 24.

⁴¹⁷ *L. Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 3. Auflage, Rn. 191.

6. Zusammenfassung und gegenwärtige Rechtslage

Die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahre 2001 und das drei Jahre später folgende Urteil des BGH brachten eine entscheidende Einschränkung der Vertragsfreiheit in Bezug auf vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen mit sich. Auch wenn Vereinbarungen über nahehehlichen Unterhalt, Versorgungsausgleich und die güterrechtliche Auseinandersetzung an sich weiterhin möglich sind, so kann seither ein Ehegatte die getroffene Vereinbarung mit dem Argument angreifen, dass der Vertrag ihn ungewöhnlich stark belaste und bei Vertragsschluss ein Ungleichgewicht der Verhandlungsstärke bestand.

Die richterliche Inhaltskontrolle ist der wichtigste Kontrollmaßstab für Scheidungsfolgenvereinbarungen. Hinter ihm treten andere mögliche Nichtigkeitsgründe in den Hintergrund. So ist in Bezug auf Unterhaltsverzicht weiterhin auch eine mögliche Unwirksamkeit auf Grund einer bewusst herbeigeführten Unterstützungsbedürftigkeit zu Lasten der Sozialhilfe in Betracht zu ziehen.⁴¹⁸ Auch kann neben der Inhaltskontrolle das Abkaufen der Scheidungsbereitschaft grundsätzlich noch zur Sittenwidrigkeit und damit zur Nichtigkeit einer Vereinbarung führen.⁴¹⁹ In der Praxis aber hatte es seit Einführung des Zerrüttungsprinzips im Scheidungsrecht keine entscheidende Bedeutung mehr. Allerdings verwies der BGH im Jahre 2003 eine Sache an das OLG zurück, weil die zu beurteilende Vereinbarung gemäß § 138 Abs. 1 BGB nach den bis dahin getroffenen Feststellungen unwirksam sein könnte. Der Ehemann hatte seine Zustimmung zu einer einverständlichen Scheidung erst gegeben, als ihm seine Frau ihr Grundstück, dessen Wert bei 250.000 DM lag, für 132.000 DM verkauft hatte.⁴²⁰ An das für die Sittenwidrigkeit nötige Vorliegen einer verwerflichen Gesinnung seien aber strenge Anforderungen zu stellen.⁴²¹ Sie könne sich jedoch aus der Ausnutzung der bedrängten Situation des um eine baldige Scheidung bemühten Ehegatten ergeben. Der BGH stellte im Endeffekt vor allen Dingen darauf ab, dass die Vereinbarung über den Verkauf des Grundstückes

⁴¹⁸ L. Bergschneider, Verträge in Familiensachen, 3. Auflage, Rn. 501.

⁴¹⁹ Vgl. unter § 2 IV. 5.; H. Göppinger/P. Wax/J. Hoffmann, Unterhaltsrecht, 8. Auflage, Rn. 1323; H. Göppinger/P. Wax/J. Hoffmann, Unterhaltsrecht, 9. Auflage, Rn. 1425; R. Ziegler, Zur Wirksamkeit von Unterhaltsverzicht, S. 28, 39 f.

⁴²⁰ BGH FamRZ 2003, 846 (847 f.).

⁴²¹ BGH FamRZ 2003, 846 (848).

wegen der daraufhin folgenden falschen Prozessklärung wohl sittenwidrig sei.⁴²² Denn die Parteien hatten im Anschluss an den Kaufvertrag falsche Angaben zum Trennungsjahr gemacht.⁴²³

Entscheidend heutzutage für den Bestand einer vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarung ist jedoch fast ausschließlich die richterliche Inhaltskontrolle und die durch den BGH geschaffene Konkretisierung, der sogenannten „Kernbereichslehre.“ Diese setzt die einer Scheidung folgenden unterschiedlichen vermögensrechtlichen Ansprüche in ein Rangverhältnis zueinander. Neben den nachehelichen Unterhaltsansprüchen auf Kinderbetreuungsunterhalt sowie Krankheits- und Altersunterhalt nimmt der Versorgungsausgleichsanspruch einen hohen Stellenwert ein. Je stärker in den Kernbereich eingegriffen wird, desto eher besteht die Gefahr, dass eine Vereinbarung keinen Bestand haben wird. Der Verzicht auf Zugewinnausgleich hingegen fällt aus dem Kernbereich heraus und ist vertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich. Allerdings kann auch er auf Grund einer negativen Beurteilung einer Gesamtvereinbarung nichtig sein.

⁴²² BGH FamRZ 2003, 846 (848).

⁴²³ Die Sittenwidrigkeit in diesem Fall bejahend, weil die Erklärung bzw. ihre Vornahme von einer geldwerten Gegenleistung abhängig gemacht worden war – A. Roth FamRZ 2003, 922 (922).

§ 3 England

Das englische Recht zeichnet sich in Bezug auf die Behandlung von Scheidungsfolgenvereinbarungen sowohl heutzutage als auch in der Vergangenheit durch eine gerade für den vom *civil law* geprägten Leser nicht einfach zu verstehende Widersprüchlichkeit aus. Auch mangels klarer gesetzlicher Vorgaben gibt es eine Vielzahl von Urteilen, die gleiche oder ähnliche Sachverhalte unterschiedlich bewerten. Grundsätzlich zwingende Rechtsfolgen werden nicht immer konsequent eingehalten. Daher kann oft nicht mit Sicherheit gesagt werden, wie ein Gericht eine Vereinbarung behandeln würde. Die vorliegende Untersuchung kann somit die Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen im englischen Recht mit seiner Vielzahl von Entscheidungen nicht gänzlich wiedergeben. Sie versucht vielmehr die entscheidenden Eckpositionen darzulegen, um den rechtlichen Rahmen, in dem sich Scheidungsfolgenvereinbarungen in der englischen Rechtsordnung bewegen, deutlich zu machen.

I. Die rechtliche Situation zwischen 1857 und 1929

Als Grundvoraussetzung für Scheidungsfolgenvereinbarungen bedarf es der Zulässigkeit der Scheidung. Dies ist insbesondere für England von Bedeutung. Denn in England wurde die gerichtliche Scheidung erst im Jahre 1857 durch den *Matrimonial Causes Act* eingeführt.

Das Gericht bekam die Befugnis, sollte es dies für angemessen halten, bei einem Scheidungsurteil zugunsten der Ehefrau eine einmalige Abfindungssumme oder einen jährlichen Geldbetrag, für die Sicherheit geleistet werden musste, anzuordnen.⁴²⁴

⁴²⁴ *Section 32 Matrimonial Causes Act 1857* '[...] to order, if it shall think fit, on any such decree on divorce, that the husband shall secure to the wife a gross sum of money, or an annual sum of money.'

Da sich diese Regelung als nachteilig für nicht wohlhabende Ehen erwies, wurde mit *Section 1 Matrimonial Causes Act 1866* die Zulässigkeit ungesicherter monatlicher oder wöchentlicher Zahlungsanordnungen eingeführt.

Gemäß dem damals geltendem Verschuldensscheidungsrecht konnte derjenige, der den Zusammenbruch der Ehe zu verantworten hatte, also „schuldig“ war, in die Pflicht genommen werden für eine gewisse Art von Schadensausgleich. Dabei muss unterschieden werden, ob das Ehevergehen durch die Frau oder den Mann begangen wurde.

Da weder im *Matrimonial Causes Act* 1857 noch in einem der nachfolgenden *Acts* ein System für vermögensrechtliche Scheidungsfolgen festgelegt wurde, das für Ehepartner nicht unabdingbar war, hätten diesbezügliche Vereinbarungen seit Zulässigkeit der Scheidung möglich sein können.

1. Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau

Dem stand jedoch die mangelnde Geschäftsfähigkeit der Frau entgegen, die noch für das nächste viertel Jahrhundert entscheidend sein sollten. Denn das *common law* sah die Hauptwirkung der Eheschließung darin, dass Mann und Frau zu einer Einheit wurden, wobei diese Einheit durch den Mann repräsentiert wurde und zur Folge hatte, dass während der Ehe die Rechtspersönlichkeit der Frau auf den Mann übertragen wurde.⁴²⁵ Die Fiktion dieser rechtlichen Identität und die Aufsaugung der Rechtspersönlichkeit der Ehefrau hatten für diese entscheidende Konsequenzen. Die verheiratete Frau war dem *common law* nach geschäftsunfähig⁴²⁶ und konnte sich vertraglich nicht verpflichten.⁴²⁷ Nicht einmal mit Zustimmung oder Beistand ihres Mannes konnte sie Verträge schließen.⁴²⁸ Dies lag auch daran, dass sie

Der Ehemann, der ein eheliches Vergehen begangen hatte, war in jedem Fall nach *common law* zum Unterhalt gegenüber seiner Frau verpflichtet. Die „schuldige“ Ehefrau konnte hingegen ihr *separate property* verlieren (*Section 45 Matrimonial Causes Act* 1857).

Gesetzlich nicht vorgeschrieben, blieb es zunächst offen, ob der schuldigen Frau noch Unterhalt zustand. Dem Richter war die Kompetenz eingeräumt, nach freiem Ermessen, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse beider Ehegatten und ihres beiderseitigen Verhaltens („conduct of the parties“), zu entscheiden, ob und in welcher Höhe Unterhaltsleistungen angeordnet werden sollten. Es setzte sich aber die Ansicht durch, auch einer allein-schuldigen Frau einen notdürftigen Unterhalt zuzusprechen (*Lander v Lander and Favagrossa* 1891 P 161 (162); *Ashcroft v Ashcroft* 1902 P 270 (273 ff.); *D. T. Donaldson*, Das eheliche und nacheheliche Unterhaltsrecht in England, S. 146).

Diese Grundsätze galten relativ unverändert, enthalten in den jeweils geltenden Gesetzen, bis zur Einführung des *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 und des Zerrüttungsprinzips im Jahre 1971. Seit dem *Matrimonial Causes Act* 1963 bestand jedoch gemäß *section 5* (1) auch die Möglichkeit, die Zahlung einer Pauschalabfindung (lump sum) anzuordnen.

⁴²⁵ *F. Burton*, Family Law, S. 35; *D. Henrich/P. Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, S. 129 (Dieter/ Peter, 3. Aufl. Heidelberg 2003); *H.-D. Schmalzl*, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 3; *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 250.

⁴²⁶ *Cannam v Farmer* (1845) 154 ER 1026 (1026 f.); *Scott v Morley* (1888) LR 20 Q.B.D. 120 (124); *H.-D. Schmalzl*, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 5.

⁴²⁷ *D. Henrich/P. Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, S. 129.

⁴²⁸ *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 251.

weder klagen, noch verklagt werden konnte,⁴²⁹ sondern der Ehemann die Verantwortung trug für den von ihr Dritten zugefügten Schaden.⁴³⁰ Auch die Gatten untereinander konnten folgerichtig keine Verträge schließen,⁴³¹ womit Vereinbarungen zwischen Ehepartnern für die Scheidungsnachfolgezeit (*post-nuptial agreements*) unmöglich waren.⁴³²

Unterstützt wurde die Unterdrückung der Rechtspersönlichkeit der Ehefrau durch das bis zum Jahre 1870 geltende Güterrecht. Es besiegelte praktisch ihre Geschäftsunfähigkeit.⁴³³ Bei der Eheschließung verlor die Frau ihr bewegliches Vermögen, indem es in das unbeschränkte Eigentum des Ehemannes überging. Aber nicht nur ihr bewegliches Vermögen bei Eintritt in die Ehe verlor sie, sondern es wurde ihr die Eigentumsfähigkeit hinsichtlich beweglicher Sachen überhaupt abgesprochen. Alles, was sie während der Ehe ererbte, erwarb oder in diese einbrachte, einschließlich ihres Arbeitslohns, wurde Eigentum des Mannes.⁴³⁴

Anderes galt bei ihrer Eigentumsfähigkeit bezüglich Grundvermögen. Eine Frau behielt sowohl ihre bei Eintritt in die Ehe bestehenden, als auch die ihr in der Ehe durch Erbschaft zufallenden Eigentumsrechte an Grundbesitz. Der Mann erlangte nur ein Nutznießungsrecht.⁴³⁵ Obwohl die Frau hinsichtlich ihres Grundvermögens volle Rechtsfähigkeit besaß, konnte sie dennoch nur in einem bestimmten Verfahren und nur unter Mitwirkung ihres Mannes über ihre Grundstücke verfügen.⁴³⁶

a. *Marriage Settlements*

Durchbrochen wurden diese Regeln des *common law* aber durch die Rechtsprechung der *Equity Courts*. Dieser Zweig des englischen Rechts dient

⁴²⁹ K. Wöhlermann, *Aspects of English Law of Contract*, S. 13.

⁴³⁰ M. Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 251.

⁴³¹ *Phillips v Barnet* [1876] LR 1 QBD 436 (439); P. M. Bromley, *Family Law*, 3. Auflage, S. 271; H.-D. Schmalzl, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 5; M. Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 253, 257; Wöhlermann, *Aspects of English Law of Contract*, S. 13.

⁴³² Zu vorehelichen Vereinbarungen (*pre-nuptial agreements*), wenn die Frau also noch nicht auf Grund der Ehe ihre Geschäftsfähigkeit verloren hatte, siehe S. unter § 3 I. 3.

⁴³³ M. Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 252.

⁴³⁴ Im Gegenzug gestand das Common Law zum Ausgleich den Frauen einen standesgemäßen Unterhaltsanspruch zu. S. M. Cretney/ J. M. Masson, *Principles of Family Law*, S. 123.

⁴³⁵ H.-D. Schmalzl, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 4.

⁴³⁶ H.-D. Schmalzl, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 4.

dazu, aus Gründen der Billigkeit die Strenge der *common law* Regeln, jedoch unter formeller Aufrechterhaltung derselben, und die daraus resultierende Härten zu mildern.⁴³⁷ In *Equity* war es einer Ehefrau möglich, eine Art Sonder- oder Vorbehaltsgut (*separate estate*) zu erhalten. Verträge dieser Art zugunsten einer Ehefrau bezeichnete man als ‚*marriage settlements*‘.⁴³⁸ Vermögensgegenstände, die der Frau als *separate estate* zukommen sollten, mussten jedoch für die formelle Wahrung der *common law* Regeln in einem *trust* Verhältnis angelegt werden. Dies bedeutete, dass die Vermögensgegenstände auf einen *trustee* übertragen wurden, der dem *common law* entsprechend Eigentümer (*legal owner*) wurde. Der *trustee* musste die Gegenstände nach Weisungen und zugunsten der Frau (*equitable owner* oder *cestui que trust* genannt) verwalten.⁴³⁹

Marriage settlements blieben auch nach Auflösung der Ehe durch ein Scheidungsurteil bestehen.⁴⁴⁰ Nach damaliger Ansicht wurde dies aber insbesondere dann als ungerechtfertigt angesehen, sollte das *settlement* zugunsten des schuldigen Gatten bestehen.⁴⁴¹ Es galt daher als wichtig, dass die Gerichte *marriage settlements*, die zu dieser Zeit in vielen Familien der Mittel- und Oberklasse die finanziellen Vereinbarungen bestimmten, variieren konnten.⁴⁴² Schon bei Einführung der gerichtlichen Scheidung enthielt der *Matrimonial Causes Act 1857* in Section 45 eine Regelung dahingehend, dass das Gericht Eigentum der schuldig geschiedenen Frau den gemeinsamen Kindern oder dem Ehegatten zusprechen konnte. Diese Norm

⁴³⁷ Bei der *Equity* Rechtsprechung handelt es sich jedoch nicht um bloße Ermessensausübung. Ursprünglich das persönliche Recht des Kanzlers (*Chancellor*) zum Eingreifen, bildete sich ein System an Grundsätzen und Regeln heraus, das nicht vor den *common law* Gerichten geltend gemacht werden konnte. Bis zum *Judicature Act 1873* war fast ausschließlich der *Court of Chancery* zuständig. Seitdem können alle Gerichte sowohl *common law* als auch *Equity* Rechtsprechung ausüben. Sollten sich die Regeln der *Equity* und des *common law* hinsichtlich eines Sachverhalts widersprechen, so besagt *Section 25 Subsection 11* des *Judicature Act 1873*, dass die *Equity* Regeln maßgeblich sind. (Siehe ausführlicher zu *Equity*: *J. E. Martin*, *Modern Equity*, S. 3 ff.)

⁴³⁸ *D. Henrich/P. Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, S. 130.

⁴³⁹ *D. Henrich/P. Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, S. 130; *H.-D. Schmalz*, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 7; *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 257 f.

⁴⁴⁰ *Fitzgerald v. Chapman* (1875) LR 1 Ch D 563 (567); *J. Jackson*, Rayden and Jackson on Divorce (1988), Vol I, S. 964 f.

⁴⁴¹ *Bosworthick v Bosworthick* (1926) P 159 (163); *S. Cretney*, *Family Law in the Twentieth Century – A History* (2003) S. 399.

⁴⁴² *S. Cretney*, *Family Law in the Twentieth Century – A History* (2003) S. 398 f.

gab dem Gericht aber nicht die Befugnis bestehende *marriage settlements* zu verändern.⁴⁴³

Zwei Jahre später bekam das Gericht durch den *Matrimonial Causes Act* 1859 die explizite Befugnis, das Bestehen von vorehelichen und während der Ehe geschlossenen *settlements* zu untersuchen und mit Hinsicht auf den Antrag bezüglich eines Teils oder des ganzen im *settlement* enthaltenem Eigentums solche Beschlüsse zum Wohle der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder oder der Ehegatten selber zu treffen, wie es es für angemessen hielt.⁴⁴⁴

Der Begriff des *marriage settlements* wurde durch die Gerichte zunehmend weit ausgelegt.⁴⁴⁵ Dies galt insbesondere, seitdem *trustees* für die Eigentumsfähigkeit der Ehefrau durch den *Married Women's Property Act* 1882 unnötig geworden waren.⁴⁴⁶ Die Form wurde zunehmend unerheblich und es bedurfte lediglich einer schriftlich festgehaltenen Vereinbarung, dass der eine Ehepartner Zahlungen an den anderen zu leisten hat.⁴⁴⁷ Die Grenze wurde erst bei unbeschränkten Übertragungen von Eigentum wie zum Beispiel einer einmaligen Geldzahlung oder der Übertragung eines Hauses gezogen.⁴⁴⁸ Dabei sollten nur solche Vorkehrungen unter den Begriff des *marriage settlements* fallen, die zum finanziellen Wohle eines oder beider Ehegatten als Ehegatten und gerade mit Bezug auf ihren ehelichen Status gemacht wurden.⁴⁴⁹ Nicht um ein (vor-)eheliches *settlement* handelte es sich daher dann, wenn die Vereinbarung offensichtlich mit Hinblick auf die Auflösung der Ehe geschlossen wurde.⁴⁵⁰ Scheidungsfolgenvereinbarungen fielen folglich nicht unter den Begriff des *marriage settlement*.

⁴⁴³ *J. Jackson, Rayden and Jackson on Divorce* (1988), Vol I, S. 962.

⁴⁴⁴ *Section 5 Matrimonial Causes Act* 1859, '[...] to inquire into the existence of ante-nuptial or post-nuptial settlements, and make such orders with reference to the application of the whole or a portion of the property settled either for the benefit of the children of the marriage, or of their respective parents as to the Court shall seem fit.'

Das Gesetz wurde durch Paragraph 3 *Matrimonial Causes Act* 1878 modifiziert, so dass das Gericht auch bei einer kinderlosen Ehe bestehende *settlements* abändern konnte.

⁴⁴⁵ *S. Cretney, Family Law in the Twentieth Century – A History*, S. 399.

⁴⁴⁶ *Bosworthick v Bosworthick* (1926) P 159 (160).

⁴⁴⁷ *Prinsep v Prinsep* (1929) P 225 (229, 232).

⁴⁴⁸ *Hubbard v Hubbard* (1901) P 157 (160); *S. Cretney, Family Law in the Twentieth Century – A History*, S. 399.

⁴⁴⁹ *Prinsep v Prinsep* (1929) P 225 (232).

⁴⁵⁰ *Young v Young* [1961] 3 All ER 695 (695 ff.); *P. M. Bromley/ N. V. Lowe, Family Law*, 8. Auflage, S. 740. *G. Miller, Pre Nuptial Agreements in English Law*, in: P.C.B. 2003, 6, 415 (416).

Der *Married Women's Property Act* 1870 brachte als gesetzgeberischer Akt eine Erweiterung des durch *Equity* geschaffenen Begriffs des *separate estate*.⁴⁵¹ Weiterhin unter Aufrechterhaltung der Identitätsfiktion beinhaltete das neue Gesetz, dass unter anderem das Einkommen der Ehefrau und in begrenztem Umfang der Vermögenserwerb durch gesetzliche Erbfolge in ihr *separate estate* fallen sollte. Diese Entwicklung war ein erstes Eingeständnis an die Frauen des Kleinbürgertums, die im Laufe der Industrialisierung zunehmend als Lohnarbeiterinnen beschäftigt waren und auf ihre Emanzipation drängten.⁴⁵² Bisher waren sie der Willkür ihrer Ehemänner ausgesetzt, da ihnen auf Grund der hohen Kosten von *marriage settlements* die Sicherung ihres Eigentums - gerade ihres Einkommens - als *separate estate* verwehrt geblieben war.⁴⁵³

b. *Separation Deeds*

Eine weitere Ausnahme von den Gesetzen des *common law* - neben den *marriage settlements* - bildeten die zwischen Ehemann und Ehefrau geschlossene Trennungvereinbarungen (*separation agreements*). Solche Verträge, wenn sie vernünftig schienen und in Form einer gesiegelten Vertragsurkunde (*contract made by deed*)⁴⁵⁴ geschlossen worden waren, wurden für gewöhnlich von den Gerichten aufrechterhalten, ohne zu sehr auf das Problem der mangelnden Geschäftsfähigkeit der Ehefrau zu schauen.⁴⁵⁵ Sie bildeten damit eine echte Ausnahme vom Grundsatz der Geschäftsunfä-

Erschwert wird die Abgrenzung dadurch, dass *marriage settlements* auch als *marriage contracts* oder *marriage contract trusts* bezeichnet wurden.

⁴⁵¹ H.-D. Schmalzl, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 11.

⁴⁵² H.-D. Schmalzl, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 9; M. Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 362.

⁴⁵³ H.-D. Schmalzl, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 9; M. Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 361 f.

⁴⁵⁴ Zu den ursprünglichen Voraussetzungen zur Einhaltung der Form bei gesiegelten Vertragsurkunden und deren Entwicklung, sowie zur Abgrenzung von anderen Vertragsformen siehe *Clashfern*, Halsbury's Laws of England, Vol. 9(1), S. 353 ff.

Ferner bedarf es bei contracts under seal/ speciality oder covenant genannt keiner consideration, die bei formlosen Verträgen (simple contracts) vorausgesetzt wird. (C. Bernstorff, Einführung in das englische Recht, S. 54 ff.) Bei simple contracts braucht es als Voraussetzung einer „Gegenleistung“ (consideration), damit ein „Leistungsversprechen“ rechtswirksam wird.

⁴⁵⁵ *Wilson v Wilson* (1848) 9 ER 870 (870 ff.); *Vansittart v Vansittart* (1858) 44 ER 984 (984 ff.); *Hunt v Hunt* (1862) 4 De GF & J 221 (221 ff.); K. Wöhlermann, Aspects of English Law of Contract, S. 14.

higkeit der Frau im *common law* vor der entscheidenden Änderung im Jahre 1882.⁴⁵⁶

Ursprünglich bedeuteten *separation agreements* zumeist, dass der Mann seiner Frau einen festgelegten jährlichen Geldbetrag zu bezahlen zusagte und die Frau im Gegenzug zusicherte, von ihm getrennt zu leben.⁴⁵⁷ Sie durften zunächst nur geschlossen werden, wenn sich eine Trennung schon vollzogen hatte. Später wurden aber auch solche *agreements* als wirksam anerkannt, die einer unmittelbar folgenden Trennung vorausgingen. Beinhaltete ein *separation agreement* fortlaufende Zahlungen und nicht nur eine einmalige endgültige Übertragung von Eigentum, fiel es unter den Begriff des nahehelichen *marriage settlements* und konnte daher bei Erwirkung einer Scheidung durch das Gericht abgeändert werden.⁴⁵⁸

c. *Married Women's Property Act 1882*

Erst aber seit dem *Married Women's Property Act 1882* konnte eine verheiratete Frau gleich einer unverheirateten Verträge eingehen, haftbar gemacht, klagen und verklagt werden und ohne Zwischenschaltung eines *trust*-Verhältnisses bewegliches und unbewegliches Vermögen erwerben, halten und frei darüber verfügen.⁴⁵⁹ Dies bedeutete, dass die Frau nach einer Heirat nicht nur Eigentum an allen Gegenständen erhielt, die sie erwarb, sondern auch Eigentum an den Gegenständen behielt, die ihr zur Zeit des Eheschlusses gehörten. Der *Married Women's Property Act 1882* bedeutete die Einführung der Gütertrennung.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ Zu dieser gesetzlichen Änderung durch den *Married Women's Property Act 1882* siehe näher unter c.

⁴⁵⁷ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (261).

⁴⁵⁸ *Bosworthick v Bosworthick* (1926) P 159 (160 f); *Charlesworth v Holt* (1873-74) LR 9 Ex 38 (40-42); *Prinsep v Prinsep* (1929) P 225 (229); *P. M. Bromley/ N. V. Lowe*, Family Law, 8. Auflage, S. 740.

⁴⁵⁹ *Section 1 Married Women's Property Act 1882*.

⁴⁶⁰ Dennoch blieben die bisherigen Grundsätze zur Regelung der finanziellen Scheidungsfolgen bestehen. Allerdings hieß es in *section 17 Married Women's Property Act 1882*, dass bei Verfahren über Eigentumsstreitigkeiten zwischen Eheleuten der Richter bei der Entscheidung, wem das Eigentumsrecht an der Sache zustand, eine Anordnung, wie er sie für gerechtfertigt hielt, treffen durfte („[...] the court may [...] make such order with respect to the property as it thinks fit.”).

Diese Norm nahmen die Richter als Anlass, trotz Gütertrennungsprinzips während der Ehe, nach Scheidung eine Vermögensaufteilung vorzunehmen. Denn eigentlich durfte dies nach

Allerdings geschah dies unter Beibehaltung der Rechtsfigur des *separate estate*, womit weiterhin die Identitätsfiktion gewahrt bleiben konnte. Der Umfang der Rechte und Pflichten der Ehefrau deckte sich mit dem Umfang ihres Vorbehaltsguts. Sie konnte also nur mit ihrem Vermögen und im Umfang dieses, nicht aber mit ihrer Person Verpflichtungen eingehen und für alle ihre Handlungen verantwortlich gemacht werden.⁴⁶¹ Es erfolgte mithin keine Gleichstellung von Mann und Frau auf Grund eines generellen Gleichheitsprinzips, sondern nur insoweit als dies wegen der selbständigen vermögensrechtlichen Stellung der Frau nötig wurde.⁴⁶² Dem Status nach änderte sich für die englische Ehefrau demnach nichts.⁴⁶³ Dennoch wurde sie, obwohl nicht als volle Rechtspersönlichkeit anerkannt, faktisch handlungsfähig.⁴⁶⁴ Seit dem *Married Women's Property Act* 1882 kann die englische Ehefrau auch mit ihrem Ehemann schuldrechtliche Verträge wie mit jedem Dritten eingehen.⁴⁶⁵

2. *Collusive Agreements*

Aber sowohl vor als auch nach 1882 gab es noch weitere Hinderungsgründe für Vereinbarungen über Scheidungsfolgen und trotz Geschäftsfähigkeit der Frau nach 1882 bestand noch keine Sicherheit, dass die durch solch eine Vereinbarung gewünschten Folgen auch durchgesetzt werden konnten.

Ein Grund dafür bestand in dem Scheidungshinderungsgrund des kollusiven Zusammenwirkens beider Ehegatten (*collusion*). Der *Matrimonial Causes Act* von 1857 erlegte den Gerichten in den Paragraphen 29 und 30 die Pflicht auf, sich von dem Nichtvorliegen einer *collusion* zwischen den Ehepartnern zu versichern, und setzte voraus, dass das Scheidungsbegehren

dem Gütertrennungsprinzip nicht erfolgen. Dies führte aber zu Ungerechtigkeiten, da in vielen Ehen die Vermögensgüter auf den Namen des Mannes liefen.

Dennoch darf nicht vergessen werden, dass die Verteilungsbefugnis des englischen Richters nicht güterrechtlicher Natur ist, sondern ihre Wurzeln im Unterhaltsrecht hat. Eine Abgrenzung zwischen Güter- und Unterhaltsrecht wie in Deutschland besteht nicht (*D. T. Donaldson*, Das eheliche und naheheliche Unterhaltsrecht in England, S. 4).

⁴⁶¹ *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 364 f.

⁴⁶² *H.-D. Schmalzl*, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 11.

⁴⁶³ Erst durch den *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act* 1935 wurde der Rechtsfigur des *separate estate* abgeschafft und die verheiratete Frau der unverheirateten gleichgestellt.

⁴⁶⁴ *M. Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, S. 365.

⁴⁶⁵ *Butler v Butler* (1885) 14 QBD 831 (834); bestätigt durch Court of Appeal (1885) 16 QBD 374 (377); *H.-D. Schmalzl*, Die neueste Entwicklung des englischen Güterrechts, S. 72.

zurückgewiesen wurde, sollte es das Vorliegen von *collusion* annehmen.⁴⁶⁶ Eine Legaldefinition enthielt das Gesetz jedoch nicht und war durch die Gerichte auszulegen. Die einzige aus den Paragraphen 27, 29 und 30 folgende Vorgabe war, dass der Scheidungsgrund eine schwere Eheverfehlung sein musste, dass also eine tatsächliche Verletzung und nicht etwa eine erfundene oder durch die Parteien vereinbarte Verletzung gegeben sein musste.⁴⁶⁷ Paragraph 7 des 1860 verabschiedeten *Matrimonial Causes Act* enthielt die demgegenüber schon konkretere Aussage, dass die Ehepartner in *collusion* handelten, wenn sie als Zweck die Erlangung einer Ehescheidung entgegen der Gerechtigkeit des Falles verfolgten.⁴⁶⁸

Es kristallisierten sich in der Folgezeit vor allen Dingen zwei Meinungen heraus. Die eine Ansicht forderte eine Ablehnung des Scheidungsbegehrens auf Grund von *collusion* dann, wenn der Vorwurf des Ehebruchs unbegründet war oder durch falsche Beweise gestützt wurde oder wenn wichtige Tatsachen unterdrückt wurden, die eine Verteidigung oder Gegenbeschuldigung⁴⁶⁹ hätten beweisen können.⁴⁷⁰ Die andere Auffassung unterschied sich nur in soweit von der vorherigen, als dass sie für das Vorliegen einer kollusiven Vereinbarung keine zwingenden Beweise verlangte, sondern es ausreichen ließ, wenn das Gericht wegen des Inhaltes einer Vereinbarung die Ehegatten der *collusion* verdächtigte.⁴⁷¹

Die letztere Ansicht setzte sich als die herrschende Meinung durch. Aber auch diese Auffassung von *collusion* hätte nicht zwangsläufig bedeuten müssen, dass vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen zwischen Eheleuten als Verdachtsbegründung für das Vorliegen von *collusion* betrachtet wurden und damit zwangsläufig einen Scheidungshinderungs-

⁴⁶⁶ Nur der unschuldige Ehepartner durfte die Scheidung begehren. Ausgeschlossen war die Scheidung daher dann, wenn auch diesem Ehegatten Ehebruch vorgeworfen werden konnte (*counter-charge*). Ferner hatte das Gericht die Scheidung abzulehnen, sollte der unschuldige Ehepartner dem Ehebruch zugestimmt (*connivance*) oder dem schuldigen Partner verziehen (*condonation*) haben. Dies gab dem „schuldigen“ Ehepartner eine Verteidigung.

⁴⁶⁷ K. Wöhlermann, *Aspects of English Law of Contract*, S. 69.

⁴⁶⁸ [...] have been acting in collusion for the purpose of obtaining a divorce contrary to the justice of the case [...] *Section 7 Matrimonial Causes Act 1860*.

⁴⁶⁹ Siehe zur „Gegenbeschuldigung“ Fn. 466.

⁴⁷⁰ *Crewe v Crewe* (1800) 3 Hagg Ecc 123 (129). Lord Stowell spricht hier von einer „wirklichen Verletzung“, die der das Scheidungsbegehren einreichende Ehegatte erlitten haben muss. Diese hat er aber auch dann nicht erfahren, wenn er selber Ehebruch begangen hat oder dem anderen Ehegatten verziehen oder zugestimmt hat; *Shaw v Gould* Law Rep 3 H L 55 (77 f).

⁴⁷¹ *Lloyd v Lloyd and Chichester* (1859) 1 S & T 567 (567 ff.); *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7 (23, 31 f).

grund darstellten. Dennoch konnte in der Folgezeit die Tatsache, dass ein sich scheiden lassendes Ehepaar eine Vereinbarung über die finanziellen Konsequenzen ihrer Scheidung traf, dazu führen, dass das Gericht hinter dieser Vereinbarung einen *collusive* Handel vermutete und eine Scheidung verwehrte.⁴⁷²

In der Entscheidung *Churchward v Churchward and Holliday* aus dem Jahre 1895 wird erklärt, dass eine Vereinbarung⁴⁷³ zwischen den Ehegatten, dem schuldigen Ehegatten nach Abschluss und Ausspruch der Scheidung Geld zu zahlen, zumindest offen für berechtigten Zweifel sei.⁴⁷⁴ Denn wenn der unschuldige Ehegatte, der allein die Scheidung einreichen dürfe, seine Rechte finanziellen Bedingungen unterwerfe, so werfe dies die Frage auf, ob er tatsächlich einer wirklichen Verletzung der Ehe unterlegen sei.⁴⁷⁵ Im Verschuldungsscheidungsrecht sei eine tatsächliche Verletzung aber Grundvoraussetzung für eine Scheidung. Abschließend wird in dieser Entscheidung noch gesagt, dass ein Scheidungsverfahren generell nicht zum Gegenstand einer finanziellen Überlegung gemacht werden solle.⁴⁷⁶

Grundlage für diesen Schluss war die Ansicht, dass bei einvernehmlich handelnden Parteien das Gericht nicht sicher sein könne, alles Nötige zu erfahren. Aus dem Vorliegen einer Vereinbarung, die einmalige Zahlungen enthielte oder Unterhalt und Eigentumsübergänge für die Scheidungsnachfolgezeit regelte, ergäbe sich die Vermutung, dass die Ehegatten die Vereinbarung zur Unterdrückung entscheidender oder wichtiger Tatsachen geschlossen haben, um diese nicht zur Kenntnis des Gerichts zu bringen. Dem Gericht ist durch das übereinstimmende Verhalten die Sicherheit genommen, die ganze Wahrheit zu erfahren, die sonst durch den Konflikt sich gegenüberstehender Interessen gewährleistet werde. Es werde ihm unmöglich gemacht, ein Scheidungsurteil mit ausreichendem Vertrauen in dessen Gerechtigkeit auszusprechen.⁴⁷⁷

⁴⁷² S. M. Cretney/ J. M. Masson, Principles of Family Law, S. 397; K. Wöhlerrmann, Aspects of English Law of Contract, S. 60.

⁴⁷³ Dies galt sowohl für Vereinbarungen, die dem Gericht von den Parteien offengelegt wurden, also auch (in noch verstärktem Maße) für solche, die ihm verheimlicht werden sollten.

⁴⁷⁴ *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7 (23).

⁴⁷⁵ *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7 (31).

⁴⁷⁶ *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7 (32).

⁴⁷⁷ *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7 (31).

Schon in dem Fall *Lloyd v Lloyd and Chichester*⁴⁷⁸ aus dem Jahre 1859 gab es keine Hinweise darauf, dass falsche Tatsachen vorgebracht oder wichtige Tatsachen unterdrückt worden waren. Dennoch wurde entschieden, dass das Vorliegen von *collusion* in diesem Fall für jedes Gericht zu augenscheinlich gewesen sei, um es zu übersehen. Es kann lediglich vorgebracht werden, dass das Gericht nicht voneinander unabhängig, sondern einvernehmlich handelnde Parteien vor sich hatte.

Aber nicht nur in *Lloyd v Lloyd and Chichester*⁴⁷⁹ und *Churchward v Churchward and Holliday*⁴⁸⁰ wurde diese Auffassung von *collusion* vertreten. Schon vor 1857 und der Einführung der gerichtlichen Scheidung tendierte man zu dieser Auffassung.⁴⁸¹ Auf Grund der *Private Acts of Parliament* (Beschluss des Parlaments über die Scheidung einer Ehe)⁴⁸² gab es Urteile zur Anwendung von *collusion* noch bevor die gerichtliche Scheidung möglich war. Diese Urteile waren zwar nicht bindend für die Gerichte nach 1857, wurden aber als Autorität gesehen, da die Regelung zu *collusion* im *Matrimonial Causes Act* 1857 als auf diesen Urteilen basierend verstanden wurde. Insbesondere auf den Fall *Chisim* wurde auch nach Einführung der gerichtlichen Scheidung verwiesen.⁴⁸³ In diesem Fall wurde entschieden, dass das Vorliegen von *collusion* zu offensichtlich war, um es zu übersehen oder erklären zu können. Dies war deswegen so entscheidend, weil der Ehebruch des beklagten Ehegatten als bewiesen galt und es ferner keinen Hinweis auf das Verschweigen wichtiger Tatsachen gab. Dennoch wurde auf Grund von *collusion* die Scheidung verwehrt, weil die Seite des Beklagten die Kosten des Scheidungsverfahrens für den Kläger übernommen hatte. Es ist anzunehmen, dass das House of Lords auf *collusion* entschied, weil die Eheleute in Übereinstimmung handelten⁴⁸⁴ und ihm Beweise vorenthielten.

Bei finanziellen Vereinbarungen zwischen Eheleuten sahen sich daher viele Gerichte gezwungen, anzunehmen, sie würden in die Irre geführt oder könnten sich zumindest nicht sicher sein, dass sie dies nicht wurden. Finan-

⁴⁷⁸ *Lloyd v Lloyd and Chichester* (1859) 1 S & T 567 (567 ff.).

⁴⁷⁹ *Lloyd v Lloyd and Chichester* (1859) 1 S & T 567 (567 ff.).

⁴⁸⁰ *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7.

⁴⁸¹ Siehe die Beispielsfälle bei *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7 (26 ff.).

⁴⁸² Siehe § 1 III. 2.

⁴⁸³ So auch in dem Fall *Lloyd v Lloyd and Chichester* (1859) 1 S & T 567 (567 ff.).

⁴⁸⁴ *Churchward v Churchward and Holliday* [1895] P 7 (26).

zielle Regelungen in Verbindung mit einer Scheidung wurden als etwas betrachtet, dass die Wachsamkeit des Gerichtes auf den Plan rufen sollte.⁴⁸⁵

Dies lag ferner an der Ansicht, sollte es sich auch um eine Vereinbarung über einen angemessenen nahehelichen Unterhalt handeln, dass die Eheleute es doch ihren Anwälten überlassen sollten, entweder vor oder nach Einreichen ihres Scheidungsbegehrens innerhalb des gesetzlich Möglichen einen vernünftigen Unterhalt vor Gericht für sie zu erreichen.⁴⁸⁶

Eine Ausnahme bildete das Urteil in dem Fall *Malley v Malley*.⁴⁸⁷ In dieser Entscheidung aus dem Jahre 1909 urteilte das Gericht, dass eine Vereinbarung zwischen Eheleuten dann nicht auf *collusion* hinausliefe, wenn die Eheleute lediglich etwas vereinbarten, zu dem die zukünftig empfangende Seite auch nach dem Gesetz berechtigt wäre. Ein zwischen den Ehegatten geschlossener Vertrag, der naheheliche Unterhaltszahlungen, Kostenübernahmen oder Zahlungen jeglicher Art beinhalte, sei dann nicht kollusiv, wenn darauf letztendlich ein Anspruch bestünde.

Diese Entscheidung blieb jedoch eine Ausnahme und wurde 1920 in dem Fall *Laidler v Laidler*⁴⁸⁸ explizit in Frage gestellt. Ob der empfangende Ehegatte auch nach dem Gesetz einen Anspruch auf die in der Vereinbarung beinhalteten Zahlungen hat, sei allein ein wichtiger Faktor, aber nicht entscheidend für das Vorliegen oder Nichtvorliegen von *collusion*.

So wurde nach 1857 bis weit in das 20. Jahrhundert hinein das Verständnis von *collusion* von der Meinung geprägt, die den Verdacht auf *collusion* genügen ließ und ihn schon bei Vorliegen von Geldzahlungen, sollte der Ehepartner zu diesen auch nach dem Gesetz berechtigt sein, ohne weitere Hinweise auf Unterdrückung von Tatsachen für gegeben hielt. Auch wenn finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen nicht zwangsläufig zu einer Annahme von *collusion* und somit zu einem Scheidungshinderungsgrund führen mussten, so war es doch für Ehepaare, die sich scheiden lassen wollten, sehr riskant, sich über die finanziellen Aspekte ihrer Scheidung eigenständig zu einigen.

⁴⁸⁵ S. M. Cretney/ J. M. Masson, Principles of Family Law, S 397.

⁴⁸⁶ W. Laty (Hrsg), Law and Practice in Divorce, S. 166.

⁴⁸⁷ *Malley v Malley* (1909) 25 TLR 662 (662 ff.)

⁴⁸⁸ *Laidler v Laidler* (1920) 36 TLR 510.

3. Die Eheerrüttung fördernde Vereinbarungen

Nicht nur die Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau und die Annahme von *collusion* machten es den Ehepartnern geradezu unmöglich, Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen zu schließen. Eine der im englischen Eherecht sich am hartnäckigsten haltenden Regeln ist die Nichtigkeit von die Eheerrüttung fördernden Vereinbarungen.

Die Nichtigkeit einer (vor)ehelichen Vereinbarung wegen ihrer Eheerrüttung fördernden Wirkung fiel und fällt unter die Anwendung der vertragsrechtlichen Bestimmung der *public policy*.⁴⁸⁹ Bei *public policy* handelt es sich um eine Einschränkung der Vertragsfreiheit, die das Gericht bei Verträgen, die im Widerspruch zum öffentlichen Interesse stehen, vornehmen kann.⁴⁹⁰ Beispiele für Verträge, die gegen das öffentliche Interesse und damit gegen *public policy* verstoßen, sind u.a. solche, die den Staat als solchen gefährden, den Gang der Gerechtigkeit pervertieren oder eine Beschränkung des Handels darstellen.⁴⁹¹

Einer der Hauptgründe dafür, dass eine eheliche Vereinbarung im Widerspruch zur *public policy* stehen kann, ist die rechtliche Annahme, dass Verträge, die Vorkehrungen für eine zukünftige Trennung treffen, unvermeidlich den Zusammenbruch der Ehe förderten.⁴⁹² Verträge, die das Bestehen des Ehebandes gefährdeten, standen daher gemäß dem englischen *common law* seit jeher im Widerspruch zur *public policy* und galten damit als nichtig (*void*) und nicht durchsetzbar (*unenforceable*). Dies änderte sich auch nicht mit der Reformation, da die Ehe weiterhin als lebenslange Gemeinschaft galt. Auch nach Einführung der Scheidung sollten die Scheidungsgesetze dies nicht unterlaufen.

Nicht nur Vereinbarungen über die Trennung selbst konnten gegen *public policy* verstoßen.⁴⁹³ Auch Vorkehrungen gerade finanzieller Art für eine in der Zukunft möglicherweise stattfindende Trennung bzw. Scheidung fielen

⁴⁸⁹ P. C. Millett, The Encyclopaedia of Forms and Precedents – Family, Vol 16(2) (2001) S. 63.

⁴⁹⁰ *Wilson v Carnley* [1908] 1 KB 729 (739 f.); P. S. James/ G. N. Glover, Introduction to English Law, S. 292.

⁴⁹¹ P. S. James/ G. N. Glover, Introduction to English Law, S. 292.

⁴⁹² K. Wöhlermann, Aspects of English Law of Contract, S. 28.

⁴⁹³ Z.B. dass in einem vorehelichen Vertrag vereinbart wird, nach der Eheschließung getrennt voneinander zu leben (*Brodie v Brodie* [1917] P 271).

hierunter.⁴⁹⁴ Grund dafür war nicht nur, dass in ihnen ein Anreiz zur Vornahme einer Trennung oder Scheidung gesehen wurde, sondern auch, dass die Ehepartner über ein Ereignis verhandelten, welches sie zu antizipieren nicht berechtigt waren.⁴⁹⁵

Vor Mitte des 19. Jahrhunderts galten sogar Trennungsvereinbarungen bei schon vollzogener Trennung als nichtig. Mit der Entscheidung *Wilson v Wilson*⁴⁹⁶ wurde zumindest in Bezug auf die Behandlung von ehelichen Vereinbarungen über Vorkehrungen im Falle einer Trennung eine kontinuierliche Veränderung in Gang gesetzt. In Folge dieser Entscheidung wurden zunächst solche Vereinbarungen als wirksam anerkannt, die einer unmittelbar folgenden Trennung vorweggingen. Anfang des 20. Jahrhunderts wurde sogar schon die Ansicht vertreten, dass, wenn die Trennung⁴⁹⁷ an sich nicht gegen *public policy* verstieße, dann auch eine Vereinbarung, die in Hinsicht auf eine solche geschlossen werde, nicht im Widerspruch zur *public policy* stehen könne.⁴⁹⁸

Voreheliche Verträge⁴⁹⁹ aber, die für den Fall einer Trennung oder Scheidung Vorsorge trafen, wurden schon immer von den Gerichten als nicht durchsetzbar erachtet,⁵⁰⁰ weil sie gegen *public policy* verstießen und daher nichtig seien.⁵⁰¹ Der Verstoß von vorehelichen Vereinbarungen gegen *public policy* ist dadurch gekennzeichnet, dass sie das Ende der Ehe behandeln, bevor diese überhaupt begonnen hat. Es fand keine vergleichbare Entwicklung in der Behandlung von vorehelichen Vereinbarungen wie bei den während der Ehe geschlossenen statt. Voreheliche Verträge waren somit Mitte des 19. wie Anfang des 20. Jahrhunderts gleichermaßen nichtig.

Entscheidend war dies vor allen Dingen für die Zeit vor dem *Married Women's Property Act* 1882, als es auf Grund der Geschäftsunfähigkeit der verheirateten Frau überhaupt nur der unverheirateten Frau möglich war,

⁴⁹⁴ *Duchess of Marlborough v Duke of Marlborough* [1901] 1 Ch. 165 (168); *H v W* (1857) 3 K & J 382; *Wilson v Carnley* [1908] 1 KB 729 (743).

⁴⁹⁵ *Duchess of Marlborough v Duke of Marlborough* [1901] 1 Ch. 165 (171).

⁴⁹⁶ *Wilson v Wilson* (1848) 9 ER 870.

⁴⁹⁷ Während dieser Zeit handelte es sich in den meisten Fällen noch um Trennungen und Trennungsvereinbarungen. Die Aussagen können nur beschränkt auf Vereinbarungen für die Scheidungsnachfolgenzeit angewendet werden. Dies auch schon wegen der möglichen Annahme von Kollusion.

⁴⁹⁸ *Harrison v Harrison* [1910] 1 KB 35 (40).

⁴⁹⁹ *Pre-nuptial, ante-nuptial* oder *pre-marital agreements* genannt.

⁵⁰⁰ *N v N* [1999] 2 FLR 745 (751).

⁵⁰¹ *Clashfern*, Halsbury's Laws of England, Vol. 29(3), S. 38.

Verträge mit derartigem Inhalt zu schließen. Vor der Hochzeit getroffene Vereinbarungen wurden mit der Eheschließung zwar grundsätzlich unwirksam.⁵⁰² Dies galt aber dann nicht, wenn der Vertrag anlässlich und in Anbetracht der Ehe geschlossen wurde.⁵⁰³ Wobei es sich jedoch nicht schon um Regelungen, die eine mögliche Scheidung betrafen, handeln durfte.

4. Zusammenfassung

In dem Zeitraum zwischen 1857 und 1929 war es für (zukünftige) Eheleute annähernd unmöglich Vereinbarungen über die finanziellen Folgen einer Scheidung zu treffen.

Voreheliche Vereinbarungen über Scheidungsfolgen waren wegen des Verstoßes gegen *public policy* ohne Ausnahme nichtig. Es galt, dass solche Vorkehrungen hinsichtlich einer zukünftigen Trennung und Scheidung unvermeidlich den Zusammenbruch der Ehe förderten. Hinsichtlich ehelicher Vereinbarungen bestand bis zum *Married Women's Property Act* 1882 das Haupthindernis in der Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau. Aber auch nach 1882 während der Ehe geschlossene Verträge hatten zumeist keinen Bestand. Sie standen ebenfalls im Widerspruch zur *public policy* und konnten somit nicht durchgesetzt werden. Vereinbarungen, die auf Grund ihrer Nähe zur Trennung nicht mehr als Verstoß gegen *public policy* angesehen wurden, begegneten dem Problem der grundsätzlichen Annahme von *collusion* bei Vorliegen finanzieller Vereinbarungen. Denn das Vorliegen einer kollusiven Absprache zwischen den Ehepartnern hinsichtlich der beabsichtigten Scheidung wurde bei finanziellen Vereinbarungen für die Scheidungsnachfolgenzeit grundsätzlich vermutet.

II. Die Entwicklung nach der Entscheidung *Hyman v. Hyman*

*Hyman v Hyman*⁵⁰⁴ stellt eine der wichtigsten Entscheidungen für die Behandlung von Scheidungsfolgenvereinbarungen im englischen Recht dar. Mit ihr begann im Jahr 1929 die eigentümliche englische Behandlung von

⁵⁰² U. Wolf, Zum internationalen Ehegüter- und Ehegattenerbrecht in England, S. 34.

⁵⁰³ H. G. Beale, Chitty on Contracts, Vol. I, S. 607 (Absatz 8-069).

⁵⁰⁴ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

ehelichen Vereinbarungen und deren Durchsetzbarkeit bzw. Bindungswirkung.

Mit dieser Entscheidung wurde die Regel eingeführt, dass eheliche Vereinbarungen, die versuchen die Zuständigkeit des Gerichtes hinsichtlich finanzieller Scheidungsfolgen auszuschließen,⁵⁰⁵ gegen *public policy* verstoßen.

1. Vereinbarungen über die Zuständigkeit des Gerichts

Jedoch wurde *Hyman v Hyman*⁵⁰⁶ in Folge schon einiger vorhergehender Urteile entschieden, die die Bindungswirkung von ehelichen Vereinbarungen bei folgender gerichtlicher Trennung oder Scheidung problematisierten. Fast vierzig Jahre zuvor wurde es der Ehefrau in *Morrall v Morrall*⁵⁰⁷ trotz Trennungsvereinbarung gestattet, die gesetzlichen Ansprüche geltend zu machen. Nach der Trennungsvereinbarung erhielt sie bestimmte Zahlungen zu ihrer Unterstützung. Im Gegenzug würde sie davon absehen, Verfahren oder Anträge einzuleiten, um über die vereinbarten Zahlungen hinaus Unterhalt zu erlangen. Es wurde begründet, dass zum Zeitpunkt der Vereinbarung nicht mit dem Scheidungsgrund gerechnet worden war, weshalb sie nun durch den Vertrag nicht daran gehindert werden sollte, die Rechte geltend zu machen, die aus der Scheidung resultierten.⁵⁰⁸ Hier begründete also vor allen Dingen das hinzukommende Fehlverhalten die Geltendmachung des Anspruchs.

Im Urteil *Gandy v Gandy* wurde eine Trennungsvereinbarung im Gegenzug als bindend erklärt, weil der Grund, weswegen die gerichtliche Trennung beantragt wurde, nicht unerwartet schwerwiegender war als derjenige zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.⁵⁰⁹ Auch hätte das Gericht bei einer gerichtlichen Trennung nicht dieselbe Ermächtigung wie bei einer Scheidung.⁵¹⁰ Mit der Argumentation über die gerichtlichen Befugnisse im Fall

⁵⁰⁵ Genannt “*renunciation of the court’s jurisdiction.*”

⁵⁰⁶ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵⁰⁷ *Morrall v Morrall* (1881) 6 PD 98.

⁵⁰⁸ *Morrall v Morrall* (1881) 6 PD 98 (100).

⁵⁰⁹ *Gandy v Gandy* (1882) 7 PD 168 (175).

⁵¹⁰ *Gandy v Gandy* (1882) 7 PD 168 (175).

einer Scheidung schlagen die Richter in *Gandy v Gandy*⁵¹¹ den Pfad ein, der zum Hauptargument in *Hyman v Hyman*⁵¹² wird.

Aber schon in *Bishop v Bishop*⁵¹³ wird dieser Begründung gefolgt und nicht der des zusätzlichen Fehlverhaltens. Es sei die Befugnis und Aufgabe des Gerichts, dem Ehemann Vorkehrungen für die Frau aufzuerlegen. Das Gericht dürfe bei einer Scheidung in seinem Recht nicht behindert werden. Ferner wird angezweifelt, dass Verträge anerkannt werden könnten, in denen für den Fall einer Scheidung die Klage für erhöhten Unterhalt ausgeschlossen werde.⁵¹⁴ Obwohl eine zukünftige Scheidung in der Trennungsvereinbarung bedacht worden war, wurde der Ehefrau daher der gesetzliche Anspruch auf Unterhalt zugestanden.

Dennoch gab es noch keine einheitliche Linie zur Reichweite der gerichtlichen Befugnisse und zur Behandlung solcher Vereinbarungen.⁵¹⁵

a. *Hyman v. Hyman* (1929) AC 601

Bei *Hyman v Hyman*⁵¹⁶ handelt es sich um eine aus dem Jahre 1929 stammende Entscheidung des *House of Lords* über den Ausschluss von gesetzlichen Unterhaltsansprüchen in Trennungsvereinbarungen.

In einem *deed of separation* hatte sich der Ehemann dazu verpflichtet, einen wöchentlichen Geldbetrag für den Unterhalt seiner Frau während ihres Lebens zu zahlen.⁵¹⁷ Die Vereinbarung enthielt ferner eine Klausel, in der die Frau zusagte, keine über die Vertragsvereinbarung hinausgehenden Unterhaltsansprüche geltend zu machen. Auf Grund des Ehebruchs ihres Mannes ließ sich die Frau jedoch von ihm scheiden und beantragte nachehelichen Unterhalt (*permanent maintenance*) vor Gericht gemäß *Section 190 des Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925*.⁵¹⁸ Der

⁵¹¹ *Gandy v Gandy* (1882) 7 PD 168.

⁵¹² *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵¹³ *Bishop v Bishop* [1897] P 138.

⁵¹⁴ *Bishop v Bishop* [1897] P 138 (163 f).

⁵¹⁵ So wurde in *Birch v Birch* [1908] WN 81 eine Trennungsvereinbarung, in der Unterhalt vereinbart und im Gegenzug auf weitere Ansprüche verzichtet wurde, als bindend angesehen.

⁵¹⁶ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵¹⁷ Es handelte sich hierbei um eine Trennungsvereinbarung und Unterhalt für die Zeit der Trennung. Eine Scheidung war noch nicht beabsichtigt.

⁵¹⁸ *Section 190 des Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925* entwickelte sich aus *section 32 Matrimonial Causes Act 1857*.

Zum Unterhaltsrecht und Ausgleichszahlungen siehe auch Fn. 424.

Mann widersprach dem Antrag und stützte sich dabei auf das Fortbestehen der Trennungsvereinbarung und des darin durch seine Ehefrau getätigten Ausschlusses des gesetzlichen Unterhaltsanspruches.

Die vom *House of Lords* zu beantwortende Frage war, ob von der Ehefrau ein wirksamer Verzicht auf den gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt ausgesprochen worden war. Einstimmig wurde entschieden, dass die Zuständigkeit des Gerichts nicht durch eine vorhergehende Vereinbarung, in welcher die Frau zustimmte, auf mögliche Pflichten des Ehemannes zu verzichten oder diese zu beschränken, verdrängt werden könne. Trotz gegenteiliger Vereinbarung sei es für die Frau möglich, einen Antrag auf Unterhalt zu stellen.

Lord Hailsham erklärte, dass der nacheheliche Unterhaltsanspruch aus *Section 190* des *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925* der Frau trotz der Trennungsvereinbarung dann zustünde, wenn die Vereinbarung mit Ausspruch der Scheidung unwirksam würde.⁵¹⁹ Anstatt sich dieser Frage anzunehmen, ging er jedoch bei seiner Argumentation hypothetisch vom Fortbestehen der Trennungsvereinbarung über den Zeitpunkt der Scheidung hinaus aus und fragte, ob der Verzicht auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch effektiv sein könne. Beginnend mit der Bedeutung des Gesetzes argumentierte er, dass *section 190* Ausgleich für die durch die Scheidung hervorgerufene Statusänderung sei.⁵²⁰ Dieser Ausgleich fände aber nicht nur ausschließlich im Interesse der Frau, sondern auch im Interesse der Öffentlichkeit statt, die in Form der Sozialhilfe⁵²¹ ansonsten für den Unterhalt der Frau verantwortlich würde.⁵²² Ferner stützte sich Lord Hailsham auf die vorhergehenden Entscheidungen *Morrall v Morrall*⁵²³ und *Bishop v Bishop*,⁵²⁴ die beide trotz Trennungsvereinbarung der Ehefrau den gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt zugestanden hatten. In Konsequenz sei

⁵¹⁹ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (606).

⁵²⁰ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (608).

⁵²¹ Zu diesem Zeitpunkt noch das *Poor Law*. 1948 abgelöst durch den *National Assistance Act* und 1966 ersetzt durch den *Ministry of Social Security Act*.

⁵²² *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (608).

⁵²³ *Morrall v Morrall* (1881) 6 PD 98.

⁵²⁴ *Bishop v Bishop* [1897] P 138.

daher weder ein Ausschluss des Unterhaltsanspruchs noch eine Kontrolle der Befugnisse des Gerichts erlaubt.⁵²⁵

Die Meinung von Lord Shaw of Dunfermline deckte sich weitestgehend mit der von Lord Hailsham. Auch er zog den Zweck des Gesetzes und frühere Entscheidungen heran. *Section 190* gäbe dem Gericht weitreichende Befugnisse sowie die Erwägungen vor, die in Betracht gezogen werden müssten.⁵²⁶ Eine Begrenzung dieses Rahmens sei daher unzulässig. Denn ein Gesetz müsste seiner eigentlichen Bedeutung nach verstanden werden. Wollte man dies einschränken, bestünde die Gefahr, dass der Vorrang des Gesetzes über kurz oder lang entkräftet werden würde.⁵²⁷

Lord Buckmaster, mit dem Viscount Dunedin übereinstimmt, lehnte die Annahme ab, dass sich der vertragliche Unterhaltsverzicht im vorliegenden Fall auch auf die Zeit nach einer Scheidung beziehen soll.⁵²⁸ Schon in Folge dieser Ansicht konnte der Vertrag dem gesetzlichen Anspruch auf nahehehlichen Unterhalt nicht entgegenstehen. Da dieser Punkt aber lediglich fallspezifisch war, bezog er sich in seiner Begründung auch auf die generelle Frage, ob ein vertraglicher Unterhaltsausschluss die Zuständigkeit des Gerichts aufheben kann. Er ist der Meinung, dass die Befugnis, Unterhalt für die Frau anzuordnen, mit dem Recht, eine Scheidung auszusprechen und den bisherigen Status aufzuheben, verbunden und nicht voneinander zu trennen sei.⁵²⁹ Der vertragliche Verzicht der Frau auf ihren gesetzlichen nahehehlichen Unterhaltsanspruch kann also die Zuständigkeit des Gerichts nicht einschränken.

⁵²⁵ Im konkreten Fall kann das Gericht aber zu dem Schluss kommen, dass die in der Trennungsvereinbarung ausgehandelten Zahlungen vernünftig und angemessen sind und kein darüber hinaus gehender Betrag angeordnet werden muss.

⁵²⁶ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (616 f.).

⁵²⁷ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (617).

⁵²⁸ Alleine die Formulierung "alimony or maintenance" in dem Vertrag weise darauf hin, dass an die Möglichkeit einer Scheidung gedacht worden sei. Denn „alimony“ werde im Gesetz für Zahlungen während der Ehe verwendet und „maintenance“ für Zahlungen nach der Ehe. Als jedoch im Jahre 1919 die Trennungsvereinbarung zwischen den Ehepartnern geschlossen worden sei, sei es auf Grund zusätzlicher Anforderungen für eine Frau äußerst schwierig gewesen, eine Scheidung zu erwirken (siehe zur Erklärung S. 22) und damit unwahrscheinlich, dass an diesen Ausnahmefall gedacht worden sei (Lord Buckmaster *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (623)). Für diese Ansicht spricht auch, dass eine genaue Begriffsverwendung nicht erfolgte. So spricht zum Beispiel Lord Dunfermline noch von „alimony“ nach einer Scheidung (*Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (616)).

⁵²⁹ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (625).

Lord Atkin sprach sich als einziger explizit für das Fortbestehen des Vertrages auch nach der Scheidung aus. *Separation deeds* seien ebenso zu behandeln wie jeder andere Vertrag und müssten denselben Prinzipien unterfallen.⁵³⁰ Es deute nichts darauf hin, dass die vorliegende, herkömmlich formulierte Trennungsvereinbarung bei einer Scheidung unwirksam werden sollte. Darüber hinaus führte er an, dass es anderenfalls unmöglich wäre, gemäß der bisherigen Praxis in Fällen solcher Vereinbarungen Änderungen als *marriage settlements* durchzuführen, sollten sie mit Scheidung erlöschen.⁵³¹ Ferner hält er die *doctrine of frustration* nicht für anwendbar. Hierbei handelt es sich um das Prinzip, dass ein Vertrag abhängig von einer Bedingung ist, die nicht ausdrücklich von den Vertragsparteien genannt, aber notwendigerweise beabsichtigt ist.⁵³² Die Fortsetzung dieses bestimmten Zustandes ist Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertrages. Lord Atkin bezweifelte jedoch, dass eine Scheidung für die Eheleute bei einer Trennungsvereinbarung ein unvorhersehbares Ereignis, als auch dass der Fortbestand der Ehe unentbehrlich gewesen sei.⁵³³

Aber auch seiner Ansicht nach war der Verzicht auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch nicht bindend. Die gerichtliche Befugnis aus *section 190* sei Ersatz für die Unterhaltspflicht, die während der Ehe bestehe und die nach Scheidung der Frau verloren gehe. Diese gesetzliche Vorkehrung bestehe zum Schutz der Frau aber auch im öffentliche Interesse und sei durch private Vereinbarungen nicht auszuhebeln.⁵³⁴

Weil sich die Richter des *House of Lords* bei ihrer Argumentation auf ihre uneingeschränkte Entscheidungsbefugnis hinsichtlich des nahehelichen Unterhalts beriefen und den Fall nicht unter der Problematik der Wirksamkeit von Trennungsvereinbarungen nach der Scheidung behandelten, stellt *Hyman v Hyman*⁵³⁵ eine Grundsatzentscheidung dar, die sich nicht nur auf Trennungsvereinbarungen bezieht. Das Prinzip, dass die Zuständigkeit des Gerichtes nicht ausgeschlossen werden kann und Vertragsklauseln diesen

⁵³⁰ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (625 f.).

⁵³¹ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (626).

⁵³² *May v May* (1929) 2 KB 386 (389 f.).

⁵³³ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (627).

⁵³⁴ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (628 f.).

⁵³⁵ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

Inhalts nichtig sind, ist daher auch auf reine Scheidungsfolgenvereinbarungen anzuwenden.⁵³⁶

b. *Bennett v. Bennett* [1952] 1 KB 249

In der Entscheidung *Hyman*⁵³⁷ war die Frage nicht geklärt worden, ob die Nichtigkeit des Unterhaltsausschlusses zu einer Nichtigkeit des gesamten Vertrages führte, so dass auch der Mann nicht mehr an sein Zahlungsverprechen gebunden war. Dies wurde in dem Fall *Bennett v Bennett*⁵³⁸ behandelt, in welchem die Eheleute eine Scheidungsfolgenvereinbarung nach Beginn des Scheidungsverfahrens geschlossen hatten. Der Ehemann stimmte zu, finanzielle Vorkehrungen für Frau und Kind für die Scheidungsnachfolgezeit zu treffen, und die Ehefrau willigte im Gegenzug ein, die Einleitung von Unterhaltsverfahren zu unterlassen. Als der Mann mit seinen vertraglichen Zahlungsverpflichtungen in Verzug geriet, stellte die Frau einen Antrag auf die gemäß dem Vertrag entstandenen Unterhaltsrückstände. Die Verteidigung des Mannes meinte, dass der Verzicht der Frau auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch nichtig und damit der ganze Vertrag unwirksam sei.

Die Richter in *Bennett v Bennett*⁵³⁹ stimmten mit der Entscheidung *Hyman v Hyman*⁵⁴⁰ überein, dass ein Verzicht auf die Zuständigkeit des Gerichts hinsichtlich nahehelichen Unterhalts gemäß *section 190 Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925* im Widerspruch zur *public policy* stehe und nichtig sei. Denn es läge im öffentlichen Interesse, dass Frau und Kinder nach einer Scheidung nicht in die Abhängigkeit von Sozialhilfe⁵⁴¹ gerieten, wenn der Mann ausreichend finanzielle Mittel hätte, sie zu unterstützen.⁵⁴²

Ob darüber hinaus der gesamte Vertrag seine Bindungswirkung verliert, wurde von der Frage abhängig gemacht, ob es sich bei dem Verzicht auf die

⁵³⁶ *Young v Young* [1961] 3 All ER 695 (698).

⁵³⁷ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵³⁸ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁵³⁹ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (251, 260).

⁵⁴⁰ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵⁴¹ Sozialhilfeleistungen unterlagen zu diesem Zeitpunkt den Bestimmungen des *National Assistance Act 1948*.

⁵⁴² *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (262).

gerichtliche Zuständigkeit um die Hauptgegenleistung der Frau handelte.⁵⁴³ Sollte dies der Fall sein, würde die gesamte Vereinbarung ihre Wirksamkeit verlieren und der Frau wäre die Möglichkeit genommen, die Zahlungsrückstände aus dem Vertrag geltend zu machen.

Zwar wird angemerkt, dass Lord Hailsham⁵⁴⁴ und Lord Atkin⁵⁴⁵ in *Hyman v Hyman* auf Grund ihrer Wortwahl wohl der Ansicht seien, dass der Ehemann an seinen Teil des Vertrages gebunden bleiben sollte.⁵⁴⁶ Allerdings wird bei der Beurteilung der Gegenleistung eine Unterscheidung zwischen Trennungsvereinbarungen und Scheidungsfolgenvereinbarungen vorgenommen. Bei Trennungsvereinbarungen stünde den Zahlungen als Gegenleistung die Einwilligung gegenüber, getrennt vom anderen zu leben.⁵⁴⁷ Die Hauptgegenleistung zu in Scheidungsfolgenvereinbarungen vereinbarten Zahlungen sei aber der Verzicht auf die Geltendmachung des gesetzlichen Unterhaltsanspruches.⁵⁴⁸

Folglich sei der gesamte Vertrag nichtig und die Frau könne keine rückständigen oder zukünftigen Unterhaltszahlungen aus dem Vertrag verlangen. Dennoch waren Frauen, betroffen von dieser Entscheidung, nicht ohne Anspruch. Verloren sie ihren vertraglichen Anspruch, sollten sie den gesetzlichen Unterhaltsanspruch gemäß *section 190 Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925* geltend machen können.⁵⁴⁹

Die Unterscheidung zwischen Trennungsvereinbarungen und Scheidungsfolgenvereinbarung scheint durchaus sinnvoll. Denn bei *separation deeds* hatte nicht nur die Frau die Möglichkeit, ihre gesetzlichen Ansprüche zu fordern, sondern auch der Mann hatte die Möglichkeit bei Verschlechterung seiner finanziellen Lage, die Trennungsvereinbarung als *pre-* oder *post-nuptial settlement* gemäß *section 192*⁵⁵⁰ zu variieren. Bei Scheidungsfolgenvereinbarungen war dies jedoch noch nicht möglich und hätte alleine der Frau ein Kontrollrecht gegeben, solch einen Vertrag zu überprüfen. Eine Änderung erfuhr dieses Recht mit dem *Maintenance Agreements Act*

⁵⁴³ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (254, 261).

⁵⁴⁴ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (609).

⁵⁴⁵ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601 (629).

⁵⁴⁶ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (259, 261).

⁵⁴⁷ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (259, 261).

⁵⁴⁸ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (258, 262).

⁵⁴⁹ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (259, 263).

⁵⁵⁰ *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925*.

1957, der erstmalig Regeln für Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen gesetzlich festlegte.

*Hyman v Hyman*⁵⁵¹ und insbesondere *Bennett v Bennett*⁵⁵² machten Scheidungsfolgenvereinbarungen wirkungslos. Nach *Hyman* stand es zumindest der Frau offen, den geschlossenen Vertrag anzuzweifeln und höhere Zahlungen zu verlangen. Nach *Bennett* galten finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen als von Anfang an nichtig und konnten nur solange funktionieren, wie sich beide Parteien freiwillig daran hielten.

Mit den Entscheidungen *Hyman v Hyman*⁵⁵³ und *Bennett v Bennett*⁵⁵⁴ wurde es bei Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen unentbehrlich, die Verteilungsbefugnis des englischen Richters bei einer Scheidung zu bedenken.⁵⁵⁵ Denn die Anrufung des Gerichts zur Anordnung von Unterhalt trotz bestehender Vereinbarung kam einer Überprüfungsmöglichkeit von außergerichtlichen Einigungen über finanzielle Scheidungsfolgen gleich. Sollte eine Scheidungsfolgenvereinbarung mit möglichst hoher Bestandswahrscheinlichkeit gewünscht sein, war zu überlegen, wieviel dem finanziell schwächer gestellten Ehegatten durch ein Gericht grundsätzlich zugesprochen werden würde. Nur eine Scheidungsfolgenvereinbarung, die weitestgehend der voraussichtlichen Anordnung des Gerichts entspricht, hatte Aussicht auf Bestand.

2. *Collusive Agreements*

Bis 1952 war für die Behandlung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen aber weiterhin ausschlaggebend, dass sie als Hinweis auf einen *collusive* Handel verstanden wurden.

In der Entscheidung *Beattie v Beattie*⁵⁵⁶ wurde erneut⁵⁵⁷ klargestellt, dass *collusion* nicht zwangsläufig ausgeschlossen sei, wenn die in der Vereinbarung enthaltenen Zahlungen den gesetzlichen Ansprüchen der Ehepartner nach einer Scheidung entsprächen. Es würde sich dabei um einen wichtigen

⁵⁵¹ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵⁵² *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁵⁵³ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵⁵⁴ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁵⁵⁵ Siehe zum Unterhaltsrecht der Ehegatten nach Scheidung Fn. 424.

⁵⁵⁶ *Beattie v Beattie* [1938] P 99.

⁵⁵⁷ Vgl. § 3 I.2.; *Laidler v Laidler* (1920) 36 TLR 510.

Faktor handeln, aber es könnte nicht entscheidend sein, dass das Ergebnis eines Handels, sollte einer vorliegen, auch auf Grund eines Prozesses zu erreichen sei.⁵⁵⁸

Die Ehefrau nahm in diesem Fall Geld für die Zahlung der Scheidungskosten von ihrem Ehemann entgegen. Dieser hatte Ehebruch begangen und wünschte die Scheidung. Wegen dieses Vorganges hielt es das Gericht für nötig, zu überprüfen, ob die Ehefrau auf Grund der Zahlung die Scheidung eingereicht hatte und folglich eine *collusive* Vereinbarung vorlag. Das Gericht sah die Annahme von Geldzahlungen noch immer als „unklug und gefährlich“ an.⁵⁵⁹ Jede Transaktion zwischen den Parteien während oder in Erwägung des Scheidungsverfahrens, welche wichtige Elemente des Scheidungsurteils zum Inhalt von Verhandlungen mache, lasse den Verdacht auf *collusion* entstehen und müsse von den Parteien vermieden werden.⁵⁶⁰ Es lehnte jedoch die Annahme von *collusion* ab, weil es im vorliegenden Fall die unabhängige Entscheidung der Frau gewesen sei, sich aus Karrieregründen von ihrem Mann scheiden lassen zu wollen, und nicht der Handel mit ihrem Mann Grund für diese Entscheidung war.

Schon daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass Geldzahlungen nicht mehr zwangsläufig gleichbedeutend mit der Unterdrückung von relevanten Tatsachen waren und folglich auch nicht mehr alleine als Verdacht für das Vorliegen von *collusion* ausreichten.

Darüber ging die Entscheidung jedoch noch hinaus. Zwar war das Gericht der Ansicht, Paragraph 4 des *Matrimonial Causes Act 1937* hätte die Last, das Gericht von dem Nichtvorliegen von *collusion* zu überzeugen, verstärkt auf die Parteien übertragen. Jedoch entschied es auch, dass, sollten dem Gericht gegenüber alle Tatsachen offengelegt worden sein und sollte die Auslegung des Sachverhalts sowohl für eine negative also auch eine unschuldige Interpretation empfänglich sein, das Gericht die für die Parteien günstigere Sicht annehmen dürfe.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ *Beattie v Beattie* [1938] P 99 (103); so auch *Lowndes v Lowndes* [1950] P 223 (229).

⁵⁵⁹ *Beattie v Beattie* [1938] P 99 (104).

⁵⁶⁰ *Beattie v Beattie* [1938] P 99 (104 f).

⁵⁶¹ *Beattie v Beattie* [1938] P 99 (105).

Auch der Fall *Emanuel v Emanuel*⁵⁶² zeigt, dass sich der Maßstab hinsichtlich der Annahme eines Verdachtes und von Umständen, die zu diesem führen konnten, langsam verschob.

In *Emanuel* war es bekannt, dass der Ehemann seine Verteidigung gegen das Scheidungsbegehren seiner Frau dann zurückziehen wollte, wenn sie im Gegenzug auf nahehelichen Unterhalt verzichtete. Zwar wird auch in diesem Urteil noch einmal deutlich gemacht, dass, auch wenn zunächst von der Unschuld der Parteien ausgegangen werden muss, ein Verdacht auf *collusion* ausreicht, um diese Unschuldsvermutung aufzuheben und nicht eine dem entgegenstehende Tatsache bewiesen werden muss.⁵⁶³ Dennoch wurde nicht direkt von *collusion* ausgegangen, sondern problematisiert, ob in Erfüllung der Vereinbarung gehandelt wurde oder unabhängig davon. Entscheidend war aber vor allen Dingen die Aussage, dass Vereinbarungen zwischen den Eheleuten zu Eigentum und Unterhalt erlaubt seien, wenn ein Ehegatte das Scheidungsverfahren eingeleitet oder sich dazu entschieden hatte und wenn die Vereinbarung in gutem Glauben und aus vernünftigem Grund geschlossen worden war.⁵⁶⁴ Ferner gestand das Gericht ein, dass gerade die Grenze, ob ein Anreiz aus vernünftigem Grund geboten oder gesucht würde, schwer zu ziehen sei.⁵⁶⁵ Dazu und da sie ohne Billigung des Gerichts keine Gültigkeit erlangen könnten, müssten alle Vereinbarungen, die nahehelichen Unterhalt oder Verfahrenskosten regelten, dem Gericht offengelegt werden.⁵⁶⁶

Die Entscheidungen *Beattie v Beattie*⁵⁶⁷ und *Emanuel v Emanuel*⁵⁶⁸ zeigen auf, welche Ermessensausübung sich hinsichtlich der Anwendung von *collusion* herausbildete. Zu dieser Entwicklung trug auch die Entscheidung *Blunt v Blunt* bei, in der das Gericht zum ersten Mal sein Ermessen dahingehend ausübte, eine Scheidung trotz Gegenvorwurfes (*counter-charge*) des angeklagten Ehegatten, dem „unschuldigen“ Ehegatten könne ebenfalls ein Ehevergehen zu Last gelegt werden, auszusprechen.⁵⁶⁹ Damit wurde eine

⁵⁶² *Emanuel v Emanuel* [1946] P 115.

⁵⁶³ *Emanuel v Emanuel* [1946] P 115 (118 ff); zustimmend *Lowndes v Lowndes* [1950] P 223 (228 f).

⁵⁶⁴ *Emanuel v Emanuel* [1946] P 115 (116).

⁵⁶⁵ *Emanuel v Emanuel* [1946] P 115 (117).

⁵⁶⁶ *Emanuel v Emanuel* [1946] P 115 (117); so auch *Lowndes v Lowndes* [1950] P 223 (230).

⁵⁶⁷ *Beattie v Beattie* [1938] P 99.

⁵⁶⁸ *Emanuel v Emanuel* [1946] P 115.

⁵⁶⁹ *Blunt v Blunt* [1943] AC 517 (531).

bisher streng durchgeführte Regel entscheidend gelockert, so dass vielen Ehegatten ermöglicht wurde, Tatsachen vorzubringen, deren Verschweigen ansonsten die Annahme von *collusion* gerechtfertigt und damit eine Scheidung verhindert hätte.

Ferner beinhaltete *Section 10* die Möglichkeit, Unterhaltsansprüche der Frau⁵⁷⁰ schon während des Scheidungsverfahrens und nicht erst danach vorzubringen. Daraus konnte geschlossen werden, dass das Führen von Verhandlungen über den Unterhalt zumindest während des Verfahrens nicht unzulässig sein konnte.⁵⁷¹

Zudem führte der *Matrimonial Causes Act 1937* mit den Gründen des böswilligen Verlassens, der Grausamkeit und Geisteskrankheit weitere Scheidungsgründe neben dem Ehebruch ein, der von 1857 bis 1937 einziger Grund für eine Scheidung gewesen war. Die Zunahme der Gründe führte auch zu einer veränderten Handhabung der Scheidung, die zunehmend ihren Ausnahmecharakter verlor.

Die Grenzen, wann ein Verdacht auf *collusion* anzunehmen war, wurden enger gezogen und damit die Anwendung von *collusion* eingeschränkt. Gerade die Übernahme von Verfahrenskosten, Geldzahlungen und Unterhaltsvereinbarungen wurden nicht mehr alleine als Hinweis auf *collusion* gewertet. Vielmehr musste ein Handel zu erkennen sein, der das Verhalten im Verfahren beeinflusste oder dazu beitrug, dass ein Scheidungsverfahren überhaupt eingeleitet wurde. Dadurch wurden zunehmend finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen aufrechterhalten.

Knapp zehn Jahre später bemerkte jedoch die *Royal Commission on Marriage and Divorce*, dass es noch immer eine Tendenz dazu gäbe, Vereinbarungen über Vorkehrungen für die Frau als *collusion* zu betrachten. Sie empfahl, dass es ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden sollte, dass vernünftige Vereinbarungen über finanzielle Vorkehrungen oder die Teilung des Eheheims und dessen Inhaltes nicht *collusive* seien.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Noch war nur der Ehemann der Ehefrau zu nahehelichem Unterhalt verpflichtet. Dies änderte sich erst mit dem *Matrimonial Causes Act 1973*, der in Paragraph 25 die sich gegenseitige Verpflichtung beider Parteien einführte.

⁵⁷¹ So die anwaltliche Vertretung für den Ehemann in dem Fall *Lowndes v Lowndes* [1950] P 223 (227). Allerdings bestätigte das Gericht diese Interpretation nicht, sondern benutzt dieses Verständnis nur hypothetisch (230).

⁵⁷² *The Royal Commission on Marriage and Divorce* [1956] Cmd 9678, Para. 235; W. Latey (Hrsg.), *Law and Practice in Divorce*, S. 164 f.

Dennoch kann wohl behauptet werden, dass die im Jahre 1963 eingeführte Gesetzesänderung durch den *Matrimonial Causes Act* 1963, welche die Erkennung auf *collusion* in das Ermessen des Gerichtes stellte, vielmehr eine Festlegung der sich nun schon herausgebildeten Praxis als etwas wirklich Neues darstellte.⁵⁷³

Denn auch wenn noch ein gewisses Risiko bestand, so wurde doch schon vor dem *Act* von 1963 häufig geurteilt, dass die Parteien eines Scheidungsverfahrens frei waren, in eine sensible Vereinbarung über die finanziellen Scheidungsfolgen einzutreten, solange die Vereinbarung nicht das Verhalten im Verfahren beeinflussen zu versuchte.⁵⁷⁴

Die Frage, die für die nächsten Jahre entscheidend sein sollte, war, inwieweit die Regelung der Scheidungsfolgen durch die Eheleute selbst bestimmt werden können sollte.⁵⁷⁵

3. *Consent Orders*

Die einzige Möglichkeit sicher zu sein, eine wirksame Scheidungsfolgenvereinbarung zu erreichen, war, die Vereinbarung zum Gegenstand der Zustimmung des Gerichts zu machen.

Dies wurde 1940 durch den Fall *Mills v Mills*⁵⁷⁶ entschieden, indem zunächst eine gerichtliche Anordnung für nacheheliche Unterhaltszahlungen bestand. Ein Jahr nach der Scheidung, als der Mann in finanzielle Schwierigkeiten und mit den Zahlungen in Verzug geriet, vereinbarten die Eheleute die Zahlung einer einmaligen Geldsumme an die Frau und seine vollständige Entbindung von weiteren Unterhaltsforderungen. Diese Vereinbarung wurde im selben Jahr in den Rahmen einer gerichtlichen Anordnung (*consent order*) eingefasst. Einige Jahre später, als sich die finanzielle Lage des Mannes erholt hatte, stellte die Frau einen Antrag auf Unterhaltszahlungen.

Die zu klärende Frage war nun, ob das Gericht noch die Zuständigkeit besaß, Unterhaltszahlungen anzuordnen.⁵⁷⁷

⁵⁷³ Zu demselben Schluß kommend: K. Wöhlermann, *Aspects of English Law of Contract*, S. 62.

⁵⁷⁴ *Teale v Burt (formerly Teale) and Burt* [1951] P 438 (442); J. Jackson, *Rayden and Jackson on Divorce* (1988), Vol I, S. 369 f.

⁵⁷⁵ K. Wöhlermann, *Aspects of English Law of Contract*, S. 60.

⁵⁷⁶ *Mills v Mills* [1940] P 124.

⁵⁷⁷ *Mills v Mills* [1940] P 124 (128).

Die ursprüngliche gerichtliche Anordnung von Unterhaltszahlungen sei jedoch mit der gerichtlichen Billigung der Vereinbarung aufgehoben worden und damit auch die Zuständigkeit des Gerichts.⁵⁷⁸ Das Gericht sah aufgrund der gerichtlichen Billigung der Vereinbarung und deren Fassung in Form einer Anordnung eine Zuständigkeit seinerseits nicht mehr für gegeben. Auch hielten es die Richter nicht auf Grund von *public policy* für nötig, die Unaufhebbarkeit einer Unterhaltsanordnung anzunehmen und die Zuständigkeit des Gericht aufrechtzuerhalten.⁵⁷⁹ Trotz der Billigung der Vereinbarung durch ein Gericht und deren Fassung in Form einer Anordnung (*consent order*), nahmen sie also gerade nicht einen Fortbestand als gerichtliche Anordnung an, deren Variation⁵⁸⁰ möglich gewesen wäre. Die mangelnde Zuständigkeit des Gerichts bedeutete, dass der Vertrag für die Eheleute bindend war.

In der Folgezeit wurde unter anderem⁵⁸¹ in *Bennett v Bennett* bestätigt, dass Vereinbarungen, die finanzielle Vorkehrungen für die Scheidungsfolgenzeit beinhalteten und nicht die Zuständigkeit des Gerichtes auszuschließen versuchten, sondern durch die Ehegatten diesem zur Zustimmung vorlegt wurden, mit der Zustimmung des Gerichts wirksam würden.⁵⁸² Allerdings kann das Gericht seine Zustimmung nicht vor dem *decree nisi*⁵⁸³ erteilen, da das Gericht auch erst dann die Zuständigkeit hat, über nahehelichen Unterhalt zu entscheiden.⁵⁸⁴ Allerdings waren die Gerichte auch nicht gezwungen Vereinbarungen zu bewilligen, sondern konnten ablehnen, dies zu tun, wenn sie der Ansicht waren, dass es nicht richtig sei, die vorgelegte Vereinbarung zu erlauben.⁵⁸⁵

Der einzige ihnen zustehende Maßstab dafür, ob sie eine ihnen vorgelegte Vereinbarung für vernünftig hielten oder nicht, war der vermeintlichen Ausgang eines Gerichtsverfahrens zwischen den Eheleuten, ohne dass eine Einigung zwischen ihnen bestanden hätte. Für Ehegatten, die ihre finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarung durch eine Zustimmung des Gerichts

⁵⁷⁸ *Mills v Mills* [1940] P 124 (132, 134).

⁵⁷⁹ *Mills v Mills* [1940] P 124 (132).

⁵⁸⁰ Section 190 (2) *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925*.

⁵⁸¹ *Simmonds v Simmonds* [1956] P 47 (52).

⁵⁸² *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (262).

⁵⁸³ *Decree nisi* ist ein vorläufiges Scheidungsurteil. Erst mit dem *decree absolute* ist die Scheidung rechtsgültig.

⁵⁸⁴ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (262 f.).

⁵⁸⁵ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (263).

absichern lassen wollten, war es daher unablässlich, Kenntnis vom englische Unterhaltsrecht⁵⁸⁶ und der Rechtsprechungspraxis zu haben.

4. Zusammenfassung

Zwischen 1929 und 1957 waren die Möglichkeiten äußerst beschränkt, finanzielle Vereinbarungen für die Scheidungsnachfolgezeit, die für beide Seiten bindend waren, zu treffen.

Voreheliche Vereinbarungen unabhängig davon, ob sie finanzielle Vorkehrungen für eine Trennung bei Bestehen der Ehe oder für die Zeit danach beinhalteten, standen weiterhin im Widerspruch zur Heiligkeit der Ehe und waren damit nichtig. Eheliche Vereinbarungen erlitt dasselbe Schicksal, wenn sie im Voraus geschlossen worden waren, ohne dass eine Trennung der Eheleute oder die Einleitung eines Scheidungsverfahrens stattgefunden hatte.⁵⁸⁷ Auch sie galten als Schwächung des Ehebandes und damit als Verstoß gegen *public policy*.

Eine Ausnahme zu dieser Regel wurde nur bei Versöhnungsvereinbarungen (*reconciliation agreements*) gemacht, die nicht denselben Bedenken unterlagen und auf die andere Grundsätze als auf Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen angewendet wurden. Versöhnungsvereinbarungen, die zwar Vorkehrungen für ein zukünftige Trennung bzw. Scheidung enthielten, aber in erster Linie eine unmittelbare Versöhnung der Eheleute zum Gegenstand hatten, waren wirksam.⁵⁸⁸

Die Entscheidung *Hyman v Hyman*⁵⁸⁹ führte dazu, dass die Frau die in einem Vertrag vereinbarten Unterhaltszahlungen überprüfen lassen bzw. trotz des Vertrages den gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt geltend machen konnte. Unklar blieb, ob im Gegensatz dazu der Mann an die vereinbarten Zahlungen gebunden blieb. In *Bennett v Bennett*⁵⁹⁰ wurde hinsichtlich Scheidungsfolgenvereinbarungen festgelegt, dass, sollten die Eheleute ver-

⁵⁸⁶ Siehe zum englischen Unterhaltsrecht Fn. 424.

⁵⁸⁷ *Lurie v Lurie* [1938] 3 All ER 156 (163).

⁵⁸⁸ *Lurie v Lurie* [1938] 3 All ER 156 (163 ff.).

⁵⁸⁹ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁵⁹⁰ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

suchen, die Zuständigkeit des Gerichtes auszuschließen, der gesamte Vertrag nichtig sei.⁵⁹¹

Für Scheidungsfolgenvereinbarungen war zudem noch *collusion* ein entscheidendes Wirksamkeitshindernis. Trotz der sich ändernden Rechtsprechung wird in *Bennett v Bennett* noch die grundsätzliche Aussage getroffen, dass, sobald sich Eheleute getrennt hätten, eine Vereinbarung des Inhalts, dass auf Seiten des Mannes eine Zahlungsverpflichtung bestehe und die Frau im Gegenzug einwillige, von ihm getrennt zu leben, zulässig sei, solange die Vereinbarung mit Hinsicht auf die Trennung gemacht worden sei, aber nicht in Hinblick auf eine Scheidung.⁵⁹²

Die bindende Wirkung einer Vereinbarung konnte nur erreicht werden, wenn die Ehegatten sie im Scheidungsverfahren durch das Gericht bestätigen ließen (*consent order*). Eine Billigung des Gerichts erfolgte jedoch nur dann, wenn das Gericht den Vertrag für vernünftig im Sinne der gesetzlich vorgegebenen Scheidungsfolgen erachtete.

III. Der *Maintenance Agreements Act 1957* und die Entwicklung bis 1970

Im Jahre 1957 wurde mit dem *Maintenance Agreements Act*⁵⁹³ das erste Gesetz erlassen, das finanzielle Vereinbarungen zwischen Ehegatten anerkannte.

Noch waren zu diesem Zeitpunkt Unterhaltsvereinbarungen für die Scheidungsnachfolgezeit selten.⁵⁹⁴ Nach der Entscheidung *Bennett v Bennett*⁵⁹⁵ hatte sich aber die Anwaltschaft gegenüber der *Royal Commission on Marriage and Divorce of 1951-5* stark für eine gesetzliche Regelung eingesetzt.⁵⁹⁶ Dass in *Bennett* die gesamte Scheidungsfolgenvereinbarung für

⁵⁹¹ Dieser Grundsatz hatte jedoch nur fünf Jahre lang bis zum *Maintenance Agreements Act 1957* Bestand.

⁵⁹² *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (261).

⁵⁹³ Er wurde aufgehoben durch den *Matrimonial Causes Act 1965*. *Sections 1, 2 Maintenance Agreements Act 1957* wurden ersetzt durch *Sections 23-25 Matrimonial Causes Act 1965*, die durch die *Sections 13-15 Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* abgelöst wurden. Von kleineren Veränderungen abgesehen ist er aktuell in den *Sections 34-36 Matrimonial Causes Act 1973* enthalten.

⁵⁹⁴ *S. M. Cretney*, *Principles of Family Law* (1974) S. 233.

⁵⁹⁵ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁵⁹⁶ *O. M. Stone*, *Family Law* (1977) S. 108.

nichtig erklärt worden war, verursachte Schwierigkeiten, Eheleute in einer solchen Lage zu beraten und war einer der Gründe, weshalb der *Act* erlassen wurde.⁵⁹⁷ Aber auch die Schwierigkeiten, derartige Verträge zwischen Eheleuten abzuändern, waren eine Ursache für die Forderung einer gesetzlichen Regelung.⁵⁹⁸

In *Section 1 (1)* des *Maintenance Agreements Act 1957* wird die Anwendbarkeit des *Acts* auf schriftliche Vereinbarungen beschränkt. Ansonsten sind die Vorschriften auf alle Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen zwischen Ehepartnern anwendbar, die entweder finanzielle Vorkehrungen⁵⁹⁹ enthalten oder bei denen es sich um Vereinbarungen ohne finanzielle Verabredungen handelt, es aber keine anderweitigen schriftlichen Verträge zu finanziellen Vorkehrungen gibt.

Section 1 (2) des *Acts* enthält das durch *Hyman v Hyman*⁶⁰⁰ und *Bennett v Bennett*⁶⁰¹ entwickelte Prinzip, dass eine in einer Vereinbarung enthaltene Vorschrift, die versucht, die Zuständigkeit des Gerichtes hinsichtlich Unterhaltsleistungen zu beschränken, nichtig ist. Allerdings entschied sich der Gesetzgeber gegen die in *Bennett* befürwortete Komplettnichtigkeit des ehelichen Vertrages.⁶⁰² Allein die die Zuständigkeit ausschließende Klausel ist nach *Section 1 (2)* des *Acts* nichtig. Die ebenfalls in der Vereinbarung enthaltenen finanziellen Vorkehrungen sollen nicht nichtig oder undurchsetzbar werden. Allerdings wurde eine Einschränkung dahingehend gemacht, dass sie nur durchsetzbar seien, sofern sie nicht wegen anderer Gründe nichtig sind.

Die Vorschriften des *Maintenance Agreements Act 1957* sind auf schriftliche Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen anzuwenden, die nach einer Trennung des Ehepaares geschlossen wurden.⁶⁰³ Nicht unter die

⁵⁹⁷ *Young v Young* [1961] 3 All ER 695 (698).

⁵⁹⁸ *Royal Commission on Marriage and Divorce of 1951-5* [1956] Cmd 9678, Para. 724; K. Wöhlermann, *Aspects of English Law of Contract*, S 121.

⁵⁹⁹ Finanzielle Vorkehrungen (*financial arrangements*) bedeutet gemäß der Definition in *Section 1 (6) (a)* des *Acts* Bestimmungen, die die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien einer Ehe (einschließlich einer Ehe, die beendet oder annulliert wurde) während des Getrenntlebens regeln in Bezug auf die Leistung oder Sicherung von Zahlungen oder die Übertragung oder Nutzung von Eigentum [...].

⁶⁰⁰ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁶⁰¹ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁶⁰² *J. Jackson/D. H. Colgate*, *Rayden's Practice and Law in the Divorce Division* (1960), S. 843.

⁶⁰³ *J. Wall/ G. J. Maple/ M. Everall/ A. K. Biggs*, *Rayden & Jackson's Law and Practice in Divorce and Family Matters – Volume I* (1997), S. 581.

Normen des *Maintenance Agreements Act 1957*⁶⁰⁴ fallen daher aber mündliche Vereinbarungen, voreheliche und solche, die während der Ehe, aber vor einer Trennung beschlossen wurden. Ferner wurde entschieden, dass die Gerichte keine Zuständigkeit unter dem *Maintenance Agreements Act 1957* haben, wenn die Vereinbarung zwar finanzielle Vorkehrungen für ein Getrenntleben enthält, es sich bei ihr aber um eine Versöhnungsvereinbarung handelt.⁶⁰⁵ Für all diese Vereinbarungen müssen und können auch weiterhin die durch das *common law* geformten Regeln herangezogen werden.⁶⁰⁶ Bei einer mündlichen Vereinbarung kann die Frau gemäß der Entscheidung in *Hyman* trotz Ausschlusses der Zuständigkeit des Gerichts einen Antrag auf Unterhalt stellen. Auch muss eine Trennungsvereinbarung nicht schriftlich sein, um als *post-nuptial settlement* abgeändert werden zu können.⁶⁰⁷

1. Die Möglichkeit der Abänderung von Vereinbarungen

Abgesehen von der Zuständigkeit, Trennungsvereinbarungen als *settlement* abzuändern, besaßen vor 1957 die Gerichte keine weitere Zuständigkeit, finanzielle Vereinbarungen von Ehegatten zu variieren. Aber auch wenn Ihnen nicht eine Variation des vertraglichen Inhalts möglich war, so erreichten sie effektive Änderungen, indem sie unter anderem Vereinbarungen auf Grund von *collusion* zunächst für nichtig erklärten⁶⁰⁸ und Zahlungen in Folge neu ansetzten.

Aber gerade für die Fälle, in denen die finanziellen Mittel der zahlenden Partei sich verschlechterten, gab es keine Abhilfe. *Section 1 (3)* des *Maintenance Agreements Acts 1957* führte dafür eine entscheidende Neuerung ein. Den Gerichten wurde die Befugnis zugesprochen, finanzielle Vereinbarungen bei ungeeigneten Bestimmungen für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder oder bei einem Wechsel der Verhältnisse, die bei Vertragschluss gegeben waren, zu verändern. Gemäß der Norm sollte die Änderungsanordnung durch das Gericht dieselbe Wirkung haben als sei die An-

⁶⁰⁴ Sowie unter die Normen der nachfolgenden *Acts* bis heute.

⁶⁰⁵ *Ewart v Ewart* [1958] 3 All ER 561.

⁶⁰⁶ *S. M. Cretney*, *Principles of Family Law* (1974), S. 230.

⁶⁰⁷ *Jeffrey v Jeffrey* (No 2) [1952] P 122 (126); *P. M. Bromley/ N V Lowe*, *Family Law*, 8. Auflage, S. 740.

⁶⁰⁸ *K. Wöhlermann*, *Aspects of English Law of Contract*, S. 119.

ordnung durch Vereinbarung der beiden Eheleute zu Stande gekommen. Mangels gegenteiliger Aussage schien es für die Ehepartner darüber hinaus möglich, weitere Änderungen zu beantragen.⁶⁰⁹

Die Rechtsprechung sah sich nun der Frage gegenüber gestellt, wann sie eine Änderungsanordnung wegen *change of circumstances* vornehmen durfte. Das Gericht, das die Voraussetzungen in der Entscheidung *K v K*⁶¹⁰ als erstes problematisierte, unterschied zunächst die dem Gericht bei der Abänderung von gerichtlich angeordneten Unterhaltszahlungen gegebenen Befugnisse von denen bei der Variation von Vereinbarungen. Da die Gesetzgebung den Gerichten bei Vereinbarungen eben nicht dieselben oder ähnliche Befugnisse zugeteilt hätte wie bei Unterhaltsanordnungen, zogen die Richter in der Entscheidung den Schluss, dass die Unantastbarkeit eines wirksamen Vertrages nicht leichtfertig aufgehoben werden dürfe.⁶¹¹ Diesem Grundverständnis wird seitdem gefolgt.⁶¹²

Dennoch war zunächst noch offen, wie der Wandel von Verhältnissen beurteilt werden sollte. In *K v K* erfolgte eine eher subjektive Argumentation, wohingegen in *Ratcliffe v Ratcliffe*⁶¹³ das objektive Verständnis eines vernünftigen Menschen als ausschlaggebend erachtet wurde. In *Gorman v Gorman* kommt das Gericht zu dem Schluss, dass Raum für beide Herangehensweisen sei. Allerdings müsse zumindest immer auch die objektive Sicht Teil der Bewertung sein. Denn sonst könnte der Antragsgegner mit dem Argument, dass er bei Vertragsschluss, dass sich nun veränderte Verhältnis nicht zu Grunde gelegt hätte, den Antrag aushebeln.⁶¹⁴ Das Gericht müsse zufrieden gestellt sein, dass die Ungerechtigkeit des Vertrages aus dem Wandel der Umstände resultiere, damit eine Variation der Vereinbarung gerechtfertigt sei und vorgenommen werden dürfe.⁶¹⁵

Obwohl nun endlich mit dem *Maintenance Agreements Act 1957* eine gesetzliche Regelung für finanzielle Vereinbarungen zwischen Eheleuten eingeführt worden war, beinhaltete er weder alle Vereinbarungen, noch alle

⁶⁰⁹ *J. Jackson/D. H. Colgate*, *Rayden's Practice and Law in the Divorce Division* (1960), S. 848 f.
⁶¹⁰ *K v K* [1961] 1 WLR 802 (802 ff.).

⁶¹¹ *K v K* [1961] 1 WLR 802 (810).

⁶¹² *Ratcliffe v Ratcliffe* [1962] 1 WLR 1455 (1461); *Gorman v Gorman* [1964] 1 WLR 1440 (1444); *K. Wöhlermann*, *Aspects of English Law of Contract*, S. 126.

⁶¹³ *Ratcliffe v Ratcliffe* [1962] 1 WLR 1455 (1455 ff.).

⁶¹⁴ *Gorman v Gorman* [1964] 1 WLR 1440 (1445 f.).

⁶¹⁵ *Ratcliffe v Ratcliffe* [1962] 1 WLR 1455 (1460); *Gorman v Gorman* [1964] 1 WLR 1440 (1446).

bisher aufgeworfenen Probleme. Seine Regelungen beschränkten sich im wesentlichen auf die Neueinführung der Möglichkeit der Änderung von Vereinbarungen und die Klärung der in *Bennett v Bennett*⁶¹⁶ aufgeworfenen Problematik. Die vor 1957 für Scheidungsfolgenvereinbarungen relevanten Streitpunkte und Wirksamkeitshindernisse blieben daher von Bedeutung.

2. *Collusive Agreements*

Weiterhin möglich aber zunehmend unwahrscheinlich war die Annahme von *collusion* auf Grund eines Vertrages zwischen den Eheleuten über Scheidungsfolgen finanzieller Art.

a. *Collusive Agreements im Allgemeinen*

Es wurde allgemein üblich, Vereinbarungen zwischen den Ehegatten nach Einreichung des Scheidungsbegehrens über den zukünftigen Unterhalt der Frau zuzulassen.⁶¹⁷ In *Noble v Noble and Ellis (No. 2)*⁶¹⁸ wurde eine Scheidung sogar bei Vorliegen eines Vertrages über den Unterhalt der Ehefrau durchgeführt, obwohl der Vertrag noch vor dem Scheidungsverfahren geschlossen worden war.⁶¹⁹

Eine Bestätigung erfuhr die sich bis dahin entwickelte Praxis durch den *Matrimonial Causes Act* 1963,⁶²⁰ der in Paragraph 4 (1) die Anwendung von *collusion* in das Ermessen der Gerichte stellte. In Paragraph 4 (3) wurde es den Parteien nun zudem ermöglicht, jeden von ihnen geschlossenen Vertrag dem Gericht während oder schon vor dem Scheidungsverfahren vorzulegen.

In Konsequenz hätte das weite Ermessen der Richter die Einführung der einverständlichen Scheidung und eine Abkehr vom Verschuldensprinzip bedeuten können.⁶²¹ Es wurde jedoch angenommen, dass sich das Parlament zu solch einer schwerwiegenden Änderung der Rechtslage explizit

⁶¹⁶ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁶¹⁷ *Gosling v Gosling* [1968] P 1 (11 f); W. Lately (Hrsg), Law and Practice in Divorce, S. 165.

⁶¹⁸ *Noble v Noble and Ellis (No. 2)* [1964] P 250.

⁶¹⁹ *Noble v Noble and Ellis (No. 2)* [1964] P 250 (256).

⁶²⁰ J. Jackson, Rayden and Jackson on Divorce (1988), Vol I, S. 370; K. Wöhlermann, Aspects of English Law of Contract, S. 62.

⁶²¹ *M v M (No 1)* [1967] P 313 (316).

geäußert hätte.⁶²² Für Anwälte und Eheleute stellte sich nun aber das Problem, bei welchen Verträgen es wahrscheinlich war, dass das richterliche Ermessen ausgeübt wurde.⁶²³

In *Head v Cox*⁶²⁴, dem ersten entscheidenden Fall nach der Gesetzesänderung, wurden drei Testfragen formuliert, die darüber entscheiden sollten, ob das Gericht sein Ermessen ausüben sollte. Das Gericht sollte sich fragen: „Erstens, würde das Ergebnis der Vereinbarung als Ergebnis in einem Verfahren wahrscheinlich gegen die Gerechtigkeit des Falles verstoßen oder nicht? Mit anderen Worten, das Gericht muss sicher sein, dass es nicht als Folge der Vereinbarung Abhilfe von einem ehelichen Vergehen gewährt, das nicht stattgefunden hat, oder einer Partei Abhilfe zuspricht, die keine erhalten hätte, wenn alle Tatsachen dem Gericht gegenüber aufgedeckt worden wären. Zweitens, wird Kindern auf Grund der Vereinbarung geschadet? Drittens, treten die Parteien dem Gericht mit völliger und uneingeschränkter Offenheit entgegen?“⁶²⁵

Konsequenterweise heißt es in der Entscheidung *Mulhouse v Mulhouse*⁶²⁶, dass eine Vereinbarung dann mit Wohlwollen betrachtet werde, wenn die Vereinbarung voraussichtlich auch das Ergebnis des Falles darstellen würde, wenn es keinen Vertrag gegeben hätte und das Verfahren ausgefochten worden wäre.⁶²⁷ Dies bedeutet auch, dass es der klagenden Partei gerade nicht erlaubt war, der anderen eine mögliche Verteidigung abzukaufen.⁶²⁸ Zulässig sei es aber, eine Verteidigung, die im Verfahren keine wirkliche Chance auf Erfolg hätte, zurückzunehmen.⁶²⁹ Verkompliziert wird die Rechtslage aber durch die Aussage in der Entscheidung *Mulhouse*, dass es in Ordnung sei, wenn nach Abschluss eines Vertrages z.B. über Unterhaltsvereinbarungen und Eigentumsauseinandersetzungen die Parteien in Folge des Vertrages nicht mehr gegen das Verfahren ankämpfen wollten oder anderen Handlungen als nicht mehr sinnvoll ansähen. Auf der anderen Seite sei es unzulässig, dass die Aufgabe einer guten Verteidigung als Teil der

⁶²² *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39 (46); *Gosling v Gosling* [1968] P 1 (13).

⁶²³ W. Latey (Hrsg), *Law and Practice in Divorce*, S. 168.

⁶²⁴ *Head v Cox* [1964] P 228.

⁶²⁵ *Head v Cox* [1964] P 228 (230).

⁶²⁶ *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39.

⁶²⁷ *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39 (47).

⁶²⁸ *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39 (48).

⁶²⁹ *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39 (49).

Überlegung in die Vereinbarung einfließe und zum Inhalt der Vereinbarung gemacht werde.⁶³⁰

Dieser schmale Grad zwischen Zulässig- und Unzulässigkeit führte auch weiterhin dazu, dass Anwälte im Unklaren darüber waren, bei welchen Verträgen die Gerichte ihr Ermessen wohlwollend einsetzen würden.⁶³¹

b. *Collusive Agreements* zu Lasten der Sozialhilfe

Deutlich gemacht wurde in *Mulhouse v Mulhouse* hingegen, dass ein endgültiger Verzicht der Frau auf ihren Unterhaltsanspruch unwirksam sei.⁶³²

Denn könne sie nicht mehr für sich selber sorgen, müsste die Öffentlichkeit in Form der Sozialhilfe die Sorge übernehmen. Schon in *Bennett v Bennett*⁶³³ wurde abgelehnt, dass diese Bürde der Allgemeinheit auferlegt werde, wenn der Mann ausreichend finanzielle Mittel hätte, den Unterhalt seiner geschiedenen Frau zu tragen. Auch die *Royal Commission on Marriage and Divorce* hatte sich dafür ausgesprochen, dass es im öffentlichen Interesse stände, den mittellosen Ehegatten vor der staatlichen Unterstützung zu bewahren, wenn es in der Möglichkeit des anderen stände, den ehemaligen Partner zu unterstützen.⁶³⁴

Weiterführende Anweisungen enthielt der ein Jahr später im Januar 1965 entschiedene Fall *Nash v Nash*⁶³⁵, bei dem es sich um eine Ansammlung von insgesamt zehn Fällen zu Paragraph 4 des *Matrimonial Causes Act* 1963 handelte. Die Gerichte mussten zwischen anstößiger und nicht anstößiger *collusion* unterscheiden.⁶³⁶ Anstößig sei neben dem Abkauf einer guten Verteidigung, die Bestechung der ein Scheidungsverfahren nicht einleiten wollenden Ehefrau, ihr nach Abschluss des Verfahrens und Anspruch der Scheidung Geld zahlen zu wollen, sowie der Kauf von falschen

⁶³⁰ *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39 (49).

⁶³¹ *M v M (No 1)* [1967] P 313 (316).

⁶³² *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39 (42, 46).

⁶³³ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 (262).

⁶³⁴ *Royal Commission on Marriage and Divorce of 1951-55* [1956] Cmd 9678, Para. 476.

⁶³⁵ *Nash v Nash* [1965] P 266. Die Entscheidung enthält ferner die Urteile zu *Fletcher v Fletcher*; *Short v Short and Barnett*; *Jowers v Jowers and Tuersley*; *Goldstone v Goldstone*; *Rubery v Rubery*; *Whatrup v Whatrup and Ansell*; *Silcox v Silcox and Power*; *Ingram v Ingram and Jackson*; *Girardet v Girardet and Stang*.

⁶³⁶ *Nash v Nash* [1965] P 266 (269); *Gosling v Gosling* [1968] P 1 (12, 23); *J. Jackson, Rayden and Jackson on Divorce* (1988), Vol I, S. 370 f.

Beweisen. Ebenfalls anstößig sei ein Handel, der vernünftige Regelungen zum Unterhalt mache, aber dessen Inhalt das Verhalten im Verfahren berührte.⁶³⁷

Die Entscheidung *Nash* besagt ferner, dass das Gericht hinreichend zufrieden sein muss mit den in der Vereinbarung getroffenen Vorkehrungen für Unterhalt, Schäden, Kosten u.ä.⁶³⁸ Die Parteien müssten dafür hinsichtlich folgender Bereiche sämtliche Informationen aufdecken: erstens, die Vereinbarung selber und welche Konsequenzen für die Parteien beabsichtigt sind; zweitens, in ausreichendem Maße die finanziellen Umstände beider Ehegatten, so dass sich das Gericht eine Meinung bezüglich der Vernünftigkeit der Vorkehrungen bilden kann; und drittens, die Stärke ihres Falles und vorhandenen Verteidigungen.⁶³⁹ Äußerst selten jedoch, wenn überhaupt, würde das Gericht aber Vereinbarungen genehmigen, unter denen die Frau für alle Zeiten auf ihren Unterhaltsanspruch verzichtet und keine vernünftigen finanziellen Vorkehrungen für sie getroffen wären.⁶⁴⁰

Das entscheidende Prinzip blieb aber, dass nichts in der Vereinbarung oder diese umgebende Umstände enthalten sein durfte, was den wahren Kurs der Gerechtigkeit gefährdete.⁶⁴¹

Hinfällig wurden diese Überlegungen, als *collusion* im Zuge der Einführung des Zerrüttungsprinzips gänzlich abgeschafft wurde. Gemäß seinem *Schedule 2* hob der *Divorce Reform Act 1969 Section 5 (1) bis (4)* des *Matrimonial Causes Act 1965*⁶⁴² und damit den Nichtigkeitsgrund der *collusion* auf. Folglich fiel *collusion* seit dem Inkrafttreten des *Divorce Reform Act 1969* im Jahre 1971 als Hindernis für Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen weg.

⁶³⁷ *Nash v Nash* [1965] P 266 (269); W. Latey (Hrsg), Law and Practice in Divorce, S. 167.

⁶³⁸ *Nash v Nash* [1965] P 266 (271).

⁶³⁹ *Nash v Nash* [1965] P 266 (271).

⁶⁴⁰ *Nash v Nash* [1965] P 266 (271); zustimmend *M v M (No 1)* [1967] P 313 (317); *Gosling v Gosling* [1968] P 1 (16).

⁶⁴¹ *Head v Cox* [1964] P 228 (230); *Nash v Nash* [1965] P 266 (271); *Mulhouse v Mulhouse* [1966] P 39 (47); *M v M (No 1)* [1967] P 313 (318); *Gosling v Gosling* [1968] P 1 (14); J. Jackson, Rayden and Jackson on Divorce (1988), Vol I, S. 371.

⁶⁴² Dies war der Nachfolgearagraph (jedoch ohne wirkliche Veränderungen einzuführen) zu *Section 4* des *Matrimonial Causes Act 1963*.

3. Zusammenfassung

Durch den *Maintenance Agreements Act* 1957 wurden finanzielle Vereinbarungen zwischen Ehepartner für eine Trennungs- oder Scheidungsnachfolgezeit erstmalig gesetzlich anerkannt. Das Gesetz selber brachte jedoch nur begrenzt Neuerungen mit sich. Neu und einer der Gründe für die Schaffung des Gesetzes war die gewünschte Änderungsmöglichkeit von Vereinbarungen, wenn sich äußere Umstände verändert hatten.

Es stellte ferner klar, dass Klauseln in Vereinbarungen, die die Zuständigkeit des Gerichtes hinsichtlich Unterhaltsleistungen zu beschränken oder auszuschließen versuchten, nichtig waren, dies aber nicht die Durchsetzbarkeit des übrigen Vertrages aufhob.⁶⁴³

Fraglich ist dennoch, ob die von *Section 1 Maintenance Agreements Act* 1957 erfassten Vereinbarungen überhaupt als bindend, wie es in *Subsection* (2) getan wurde, bezeichnet werden konnten. Bindende Verträge können eigentlich nur durch Einwilligung beider Vertragsparteien abgeändert werden.⁶⁴⁴ Im englischen Recht bestand damit ein Überprüfungsrecht von finanziellen Vereinbarungen durch die Frau. Sie konnte trotz finanzieller Vereinbarung einen Antrag vor Gericht auf Unterhaltsanordnung stellen, musste aber nicht befürchten, dass der vertraglich vereinbarte Betrag herabgesetzt wird.⁶⁴⁵ Dies bedeutete, dass ein Vertrag über die finanziellen Scheidungsfolgen vor allen Dingen für die Frau von Vorteil war.

Entscheidend nach 1957 ist die Abschaffung von *collusion*, die in England lange Zeit einer der Haupthinderungsgründe war, eine Scheidungsfolgenvereinbarung abzuschließen.

Auch weiterhin galten Vereinbarungen, die eine zukünftige Trennung zu regeln versuchten, als nichtig, da sie wegen ihrer Ehezerrüttung fördernden Wirkung gegen die *public policy* verstießen.⁶⁴⁶ Dies galt insbesondere für voreheliche Verträge.

Als Schutz des Mannes vor zukünftigen Unterhaltsanträgen der Frau konnte allein die Zustimmung des Gerichts in Form einer Anordnung zu einer Ver-

⁶⁴³ *Section 1 (5) Maintenance Agreements Act* 1957.

⁶⁴⁴ *S M Cretney*, *Principles of Family Law* (1974), S. 229.

⁶⁴⁵ *J Jackson/ D H Colgate*, *Rayden's Practice and Law in the Divorce Division* (1960), S. 745.

⁶⁴⁶ *Ewart v Ewart* [1959] P 23 (31); *Pettitt v Pettitt* (1969) 20 P & CR 991 (1017).

einbarung (*consent order*) dienen, die durch *Mills v Mills*⁶⁴⁷ eingeführt worden war und sich zunehmend etablierte.⁶⁴⁸ Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass auch hier nur eine Zustimmung erfolgte, wenn das Gericht die finanziellen Vorkehrungen in der Vereinbarung als vernünftig ansah. Obwohl das Gericht seit dem *Matrimonial Causes (Property and Maintenance) Act* 1858 nicht länger darin beschränkt war, zu welchem Zeitpunkt es Unterhaltszahlungen anordnen und dies nun auch zu jeder Zeit nach der Scheidung tun konnte, wurde in dem Fall *L v L*⁶⁴⁹ dennoch entschieden, dass es bei Vorliegen einer *consent order* keine Zuständigkeit mehr für weitere Anordnung hätte. Seit dem *Maintenance Agreements Act* 1957 bestand jedoch die Möglichkeit eine Abänderung der Vereinbarung bei einer Veränderung der Umstände, die bei Vertragsschluss bestanden hatten, zu beantragen.

IV. Die Entwicklung der Rechtsituation seit 1970

Das gegenwärtige englische Scheidungsrecht ist im *Matrimonial Causes Act* 1973 enthalten.⁶⁵⁰ Dieser fasst die Bestimmungen des *Divorce Reform Act* 1969 und die für diese Arbeit entscheidenden Vorschriften des *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 in sich zusammen. Das moderne englische Recht zur Scheidung und deren Folgen basiert maßgeblich auf den Reformen dieser beiden Gesetze.

Hinsichtlich der gesetzlichen Vorschriften zu nachehelichen Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten hatte sich seit dem *Maintenance Agreements Act* 1957 nicht viel verändert.⁶⁵¹ Allerdings sind gerade im englischen Recht für Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen nicht nur die Regeln entscheidend, die sie direkt betreffen, sondern auch die, die

⁶⁴⁷ *Mills v Mills* [1940] P 124.

⁶⁴⁸ *L v L* [1962] P 101 (118, 121).

⁶⁴⁹ *L v L* [1962] P 101.

⁶⁵⁰ Das finanzielle Scheidungsfolgenrecht ist enthalten in Part II – *Financial Relief for Parties to Marriage and Children of Family*, Sections 21-40. Einige Veränderungen wurden durch den *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984 und den *Welfare Reform and Pensions Act* 1999 vorgenommen. Weitere Änderungen und Ersetzungen wurden durch den *Family Law Act* 1996 erwartet. Part II, Sections 2-25, und *Schedule 2* des *Family Law Act* 1996, die entscheidend für die hier relevanten Paragraphen sind, wurden bis heute jedoch nicht in Kraft gesetzt.

⁶⁵¹ Sections 13-15 *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 enthielten die im wesentlichen unveränderten Vorschriften von 1957, die sich nun in den Sections 34-36 *Matrimonial Causes Act* 1973 befinden.

die Verteilungsbefugnis des englischen Richters bei einer Scheidung beinhalten. Denn eine Vereinbarung kann nicht getroffen werden, ohne eine gewisse Grundkenntnis davon zu haben, was das Gesetz und die Rechtsprechung als gerecht erachten. Anderenfalls sind die Ehepartner nicht in der Lage, rational zu beurteilen, was in ihrer Situation fair ist.⁶⁵²

Bezüglich der englischen Rechtsordnung ist die Kenntnis von der richterlichen Verteilungspraxis aber auf Grund der Überprüfbarkeit von Vereinbarungen, die sich durch *Hyman v Hyman*⁶⁵³ und *Bennett v Bennett*⁶⁵⁴ herausgebildet und durch den *Maintenance Agreements Act 1957* gefestigt hatte, wichtig. Wegen des Ausschlussverbots der gerichtlichen Zuständigkeit in Unterhaltsfällen war es bei einer außergerichtlichen Einigung über die finanziellen Scheidungsfolgen nötig zu wissen, welche Befugnisse dem Gericht offen standen und wie viel dem finanziell schwächer gestellten Ehegatten grundsätzlich zugesprochen wurde.

Ferner ist die Kenntnis über die gerichtlichen Befugnisse dann wichtig, wenn die Vereinbarung dem Gericht für eine Zustimmung (*sanction of the court*) vorgelegt wird. Denn das Gericht schätzt die Vernünftigkeit der Vereinbarung durch Bezugnahme auf den möglichen Ausgang eines Gerichtsverfahrens ein.

1. Die Reform des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts

Durch den *Divorce Reform Act 1969* wurde das Zerrüttungsprinzip eingeführt, das als einzigen Scheidungsgrund den Zusammenbruch der Ehe (*irretrievable breakdown of marriage*) vorsah.⁶⁵⁵ Der *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* enthielt als wesentliche Neuerung, dass nicht mehr nur die Frau, sondern auch der Ehemann auf Unterhaltsleistung klagen kann.⁶⁵⁶ Nicht mehr nur der Mann war gegenüber der Frau zu Unterhalt nach der Ehe verpflichtet. Das Gericht erhielt die Befugnis, jeder Partei eine Zahlungsverpflichtung aufzuerlegen.

⁶⁵² S. M. Cretney/J. M. Masson, *Principles of Family Law* (1997), S. 408.

⁶⁵³ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁶⁵⁴ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁶⁵⁵ *Section 1 Divorce Reform Act 1969*; ersetzt durch *Section 1 (1) Matrimonial Causes Act 1973*. Siehe ausführlicher zum Zerrüttungssystem in England S. 22.

⁶⁵⁶ 'either party to the marriage' *Section 2 Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*.

Die Anordnungen,⁶⁵⁷ die das Gericht dabei treffen konnte, blieben jedoch weitestgehend die von jeher bestehenden, nämlich periodische Zahlungen (*periodical payments*) und die Sicherung dieser periodischen Zahlungen sowie die durch den *Matrimonial Causes Act 1963* eingeführte Zahlung einer Pauschalsumme (*lump sum*).⁶⁵⁸ Völlig neu hingegen war die Anordnungsmöglichkeit eines *property transfer*, d.h. der Übertragung von Eigentum von einem Ehepartner auf den anderen.⁶⁵⁹ Diese gibt den englischen Gerichten einen sehr weiten Ermessensspielraum, der ihnen vor 1970 so nicht gegeben war, und ermöglicht nach einer Scheidung eine Neuverteilung des Familienvermögens.⁶⁶⁰ Zwar hatte die Rechtsprechung schon *section 17* des *Married Women's Property Act 1882* als eine Aufforderung zur Ermessensaufteilung des Vermögens verstanden und sich damit eine vergleichbare Befugnis herausgenommen. Dieser Paragraph behandelt das Verfahren bei Vermögensstreitigkeiten zwischen Ehepaaren und spricht davon, dass das Gericht bei der Problematisierung, wem das Eigentumsrecht an der Sache zusteht, eine Anordnung, wie es sie für gerechtfertigt hält, treffen darf.⁶⁶¹ In dem Urteil *Pettitt v Pettitt*⁶⁶² jedoch wurde entschieden, dass gemäß *section 17* lediglich eine Feststellung der Eigentumsverhältnisse und nicht eine Ermessensaufteilung erlaubt sei. Durch dieses Ur-

⁶⁵⁷ Aufgeführt in *Section 2 Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*; jetzt enthalten in *Section 23 Matrimonial Causes Act 1973*. Die in *Section 2 Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* enthaltenen Anordnungen werden *financial provision* genannt. Der Begriff *maintenance* wird nur noch im Zusammenhang mit *maintenance agreements* gebraucht.

⁶⁵⁸ *Section 5 (1) Matrimonial Causes Act 1963*.

⁶⁵⁹ *Section 4 Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*; jetzt enthalten in *Section 24 Matrimonial Causes Act 1973*. In dieser Vorschrift ebenfalls enthalten war die seit 1859 bestehende Befugnis des Gerichts, voreheliche und eheliche *settlements* abzuändern. Die in *Section 4 Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* enthaltenen Anordnungen werden *property adjustment orders* genannt.

Durch den *Matrimonial Homes and Property Act 1981* war ferner als *Section 24A Matrimonial Causes Act 1973* die Möglichkeit eingeführt worden, den Verkauf von Eigentum anzuordnen.

⁶⁶⁰ *Hanlon v The Law Society* [1981] AC 124 (147): 'But in the property adjustment order we have a new concept altogether. [...] the court takes the rights and obligations of the parties all together and puts the pieces into a mixed bag. [...] The court then takes out the pieces and hands them to the two parties. [...] according to what is the fairest provision for the future.' Dennoch muss bedacht werden, dass die Verteilungsbefugnis des englischen Richters nicht güterrechtlicher Natur ist, sondern ihre Wurzeln im Unterhaltsrecht hat. Sie ist Scheidungsfolge, nicht güterrechtliche Auseinandersetzung (*D. Henrich/ P. Huber*, Einführung in das englische Privatrecht, S. 132).

⁶⁶¹ '[...] make such order with respect to the property as it thinks fit' *Section 17 Married Women's Property Act 1882*.

⁶⁶² *Pettitt v Pettitt* (1969) 20 P & CR 991 (1019 f.).

teil wurde aber das Problem, ob das Gericht bestehendes Eigentum abändern kann, lediglich von der Frage abgelöst, wie bestehende Eigentumsrechte festgestellt werden können.⁶⁶³ Eine Korrektur der Entscheidung folgte unmittelbar durch die gesetzliche Zulassung von Eigentumsübertragungen gemäß *Section 4 (a) Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*. Bisher hatte das Gericht unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse beider Ehegatten und ihres beiderseitigen Verhaltens Anordnungen zu treffen, die es für gerechtfertigt und für vernünftig hielt.⁶⁶⁴ Mit *section 5 (1) Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*⁶⁶⁵ wurde erstmals ein Katalog an Grundsätzen für die Bemessung des Unterhalts in das Gesetz mit aufgenommen. Diese für die Bemessung relevanten Faktoren sind u.a. Einkommen, Verdienstmöglichkeiten und allgemeine Vermögenssituation der Eheleute sowohl gegenwärtig als auch in absehbarer Zukunft, Alter und Gesundheitszustand, Dauer der Ehe und Beiträge der Ehegatten zum Wohle der Familie einschließlich der Sorge um Haus und Kinder.⁶⁶⁶ Ferner gilt es für den Richter zu bedenken, ob die Ehepartner durch die Scheidung finanzielle Nachteile erleiden. Hierunter fällt explizit auch der Verlust zukünftiger Pensionsansprüche.⁶⁶⁷ Die Gerichte können damit Ehefrauen eine Entschädigung für den Verlust von staatlichen Pensionen oder privaten Ruhegeldern, die in England von manchen Firmen gezahlt werden, zusprechen.⁶⁶⁸ Denn eine dem deutschen Versorgungsausgleich nahekommende Regelung gab es in England bis zum Jahre 1999 nicht.⁶⁶⁹ Eine vergleichbare Regelung (*pension sharing order*) wurde erst mit dem *Welfare Reform and Pensions Act 1999*⁶⁷⁰ als *section 24B* in den *Matrimonial Causes Act 1973* eingeführt.

⁶⁶³ H.-D. Schmalzl, Die neueste Entwicklung des englischen Ehegüterrechts, S. 28.

⁶⁶⁴ Siehe zuletzt *Section 16 Matrimonial Causes Act 1965*.

⁶⁶⁵ Dann *Section 25 (1)* im *Matrimonial Causes Act 1973*. Die Aufzählung der Faktoren ist jedoch nicht abschließend.

⁶⁶⁶ Bis zum *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* berechtigten allein direkte oder indirekte finanzielle Beiträge zu einem Anteil an einzelnen Vermögensgegenständen oder dem Familienvermögen.

⁶⁶⁷ Allerdings wurde die beispielhafte Nennung einer *pension* als finanzieller Vorteil in *Section 5 (1) (g) Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* in dem Folgeparagrafen *Section 25 (2) (h) Matrimonial Causes Act 1973* unterlassen.

⁶⁶⁸ J. Neville Turner/ H. Davis-Ferid, *Englisches Familienrecht*, S. 122.

⁶⁶⁹ J. Neville Turner/ H. Davis-Ferid, *Englisches Familienrecht*, S. 122.

⁶⁷⁰ *Section 19, Schedule 3, paras 1, 4 Welfare Reform and Pensions Act 1999*; allerdings wurden schon durch *Section 166 Pensions Act 1995* die *Sections 25B* und *25C* in den *Matrimonial*

a. ***Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829**

Eigentlich sollten die Gerichte alleine mit Blick auf den Einzelfall durch die Berücksichtigung der Faktoren zu einem gerechten Ergebnis gelangen. Dennoch zogen die Gerichte die schon im Kirchenrecht genutzte Eindrittelregel, wonach der Ehefrau ein Drittel des gemeinsamen Einkommens zugesprochen werden soll, als Ausgangspunkt heran.⁶⁷¹ Damit folgten sie der Entscheidung *Wachtel v Wachtel*,⁶⁷² die den ersten entscheidenden Fall unter dem neuen Scheidungsfolgensystem darstellte. Sie etablierte die Eindrittelregel als Ausgangspunkt.⁶⁷³ Ferner wurde entschieden, dass sich diese Regel sowohl auf das Einkommen als auch auf das gesamte Familienvermögen bezog.⁶⁷⁴ Mit einem Drittel des Familienvermögens und einem Drittel des gemeinsamen Einkommens würden die Beiträge der Frau während der Ehe ausreichend anerkannt werden.

Kritik wurde aber an der Entscheidung vor allen Dingen deswegen geübt, weil sie die Eindrittelregel damit rechtfertigte, dass der Ehemann bei einer Scheidung größeren finanziellen Belastungen ausgesetzt sei als die Ehefrau.⁶⁷⁵ Denn in dem Urteil wird davon ausgegangen, dass nur Frauen, nicht aber Männer Hausarbeit erledigen könnten.⁶⁷⁶ Der Mann bräuchte daher nach der Scheidung jemanden, der ihm im Haushalt hilft, die Frau, auch wenn sie ebenfalls in einem Arbeitsverhältnis stünde, jedoch nicht.⁶⁷⁷

Dennoch wurde der Eindrittelregel weitestgehend gefolgt.⁶⁷⁸ Lediglich in Fällen, in denen der Wert des Familienvermögens höher als gewöhnlich lag,

Causes Act 1973 eingeführt, die Regelungen für Abfindungszahlungen für Pensionsansprüche enthielten.

⁶⁷¹ *J. Jackson, Rayden and Jackson on Divorce* (1988), Vol I, S. 915 f.

⁶⁷² *Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829.

⁶⁷³ *Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829 (839); zuvor aber auch schon Anwendung durch *Ackerman v Ackerman* [1972] 2 All ER 420 (426).

⁶⁷⁴ *Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829 (839 f.).

⁶⁷⁵ *J. Neville Turner/H. Davis-Ferid*, *Englisches Familienrecht*, S. 123.

⁶⁷⁶ *Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829 (839).

⁶⁷⁷ *Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829 (839).

⁶⁷⁸ Seit den 1980ern wurde jedoch bei Familien mit geringem Einkommen die Eindrittelregel durch die *net effect calculation* abgelöst. (Anwendung u.a. in: *Furniss v Furniss* (1982) 3 FLR 46) Hierbei wurde das nach Abzug von Steuern, Miete, Alterssicherung u.ä. noch verbleibende Einkommen der Partner genommen und dann der tatsächlichen Bedarf (Ausgaben für Essen, Telefon, Benzin o.ä.) der beiden Parteien berechnet.

konnte eine Tendenz zu einem veränderten Verhältnis, welches jedoch grundsätzlich zu Lasten der Frau war, gesehen werden.⁶⁷⁹

Ferner wurde in *Wachtel v Wachtel* die Frage problematisiert, inwiefern das Verhalten der Parteien während der Ehe für die Bemessung des Unterhalts von Bedeutung sei. Im Gesetz heißt es lediglich, dass das Gericht das Verhalten berücksichtigen kann, wenn dies gerechtfertigt erscheint.⁶⁸⁰ Vor 1970⁶⁸¹ wurde das Verhalten eines Ehepartners bzw. dessen Verschulden der Scheidung maßgeblich in die Bemessung des Unterhalts miteinbezogen. In *Wachtel v Wachtel* wurde hingegen entschieden, dass diese Beurteilung im Zerrüttungssystem grundsätzlich nicht mehr angebracht sei.⁶⁸² Nur in Ausnahmefällen, wenn die Verfehlung der Partei besonders schwerwiegend (*obvious and gross*) war, sollte ein bestimmtes Verhalten berücksichtigt werden.⁶⁸³ Das Vorliegen von Fehlverhalten beschränkt sich jedoch nicht alleine auf eheliches Fehlverhalten.⁶⁸⁴

b. *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984*

Die nächste größere Veränderung wurde durch den *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* eingeleitet.

Im *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* bzw. im *Matrimonial Causes Act 1973* war der Grundsatz enthalten, dass mit Hinsicht auf sämtliche Umstände des Einzelfalls die Parteien nach einer Ehescheidung finanziell in dieselbe Lage versetzt werden sollten, in der sie sich während der Ehe befanden.⁶⁸⁵

Dieser Formel wurde entgegengehalten, sie beruhe auf der überholten und nicht mehr zeitgemäßen Vorstellung von der Ehe als lebenslange Verpflichtung.

⁶⁷⁹ *J. Jackson*, Rayden and Jackson on Divorce (1988), Vol I, S. 916.

⁶⁸⁰ 'having regard to their conduct' *Section 5 (1) Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*; nun in *Section 25 (1) Matrimonial Causes Act 1973*.

⁶⁸¹ Ursprünglich in *Section 32 Matrimonial Causes Act 1857* („having regard [...] to the conduct of the parties“) enthalten, war diese Gesetzesstelle zuletzt in *Section 16 Matrimonial Causes Act 1965* im Verschuldensscheidungsrecht zu finden.

⁶⁸² *Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829 (835).

⁶⁸³ *Wachtel v Wachtel* [1973] 1 All ER 829 (835 f.).

⁶⁸⁴ *Jones v Jones* [1975] 2 All ER 12 (17); *J. Jackson*, Rayden and Jackson on Divorce (1988), Vol I, S. 906.

⁶⁸⁵ 'to place the parties [...] in the financial position in which they would have been if the marriage had not broken down' *Section 5 (1) Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*; nun in *Section 25 (1) Matrimonial Causes Act 1973*.

tung (*commitment for life*) und dem veralteten Verständnis als lebenslange Versorgungseinrichtung.⁶⁸⁶

Durch *section 3 Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* wurde die umstrittene Stelle aus *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* herausgenommen und eine neue Vorschrift hinzugenommen. Diese als *section 25A* eingeführte Vorschrift beinhaltet, dass das Gericht bei seiner Befugnis, finanzielle Verpflichtungen zwischen den Parteien anzuordnen, immer in Betracht ziehen soll, ob es die Verpflichtungen mit der Auflage anordnen kann, diese aufzuheben, sobald es dies als gerecht und vernünftig ansieht. Insbesondere bei der Anordnung von periodischen Unterhaltszahlungen hat das Gericht in Erwägung zu ziehen, diese sogleich mit einer zeitlichen Limitierung anzuordnen, die das Gericht für ausreichend erachtet, damit die Partei in der Lage ist, sich auf die veränderte Lage ohne übermäßige Härte einzustellen. Der *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* führte den *clean break* Grundsatz ein, der die Ehe nicht länger als lebenslange Verpflichtung versteht, sondern versucht den Übergang in eine andere Lebenssituation zu erleichtern.

c. ***White v White* [2000] 2 FLR 981**

Während zum einen der naheheliche Versorgungsanspruch herabgesetzt wurde und nach der Ehe grundsätzlich keine lebenslange Verpflichtung mehr bestehen sollte, entwickelte sich zum anderen eine zunehmende Anerkennung für den Wert von nicht-finanziellen Beiträgen zum Wohle der Familie. Zudem stieg das Bewusstsein, dass das Zuhausebleiben und das Haben und Beaufsichtigen von Kindern einer Frau die Gelegenheit nehmen kann, Berufsqualifikationen und spezielle Fertigkeiten zu erwerben und zu entwickeln.⁶⁸⁷

In Folge dieser Veränderungen wurde in dem Fall *White v White* durch das *House of Lords* entschieden, dass es grundsätzlich keinen Unterschied mache, welcher der Ehepartner das Geld verdiene und das Vermögen aufbaue, solange in ihren unterschiedlichen Bereichen jeder Ehegatte gleichermaßen zur Familie beitragen würde.⁶⁸⁸ Es sollte keine Bevorzugung des geldver-

⁶⁸⁶ D. Henrich/ P. Huber, Einführung in das englische Recht, S. 127.

⁶⁸⁷ *White v White* [2001] 1 AC 596 (606).

⁶⁸⁸ *White v White* [2001] 1 AC 596 (605).

dienenden Ehegattens zum Nachteil desjenigen stattfinden, der zu Hause bleibt, um Hausarbeit und die Erziehung der Kinder zu übernehmen. Hinsichtlich der Aufteilung des Familienvermögens sollte daher eine gleichmäßige Aufteilung zwischen den Ehepartnern erfolgen.

Diese Änderung in der Bewertung von Beiträgen, könne deswegen erfolgen, da die Anordnungen von finanziellen Vorkehrungen in Übereinstimmung mit der gegenwärtigen Wahrnehmung von Gerechtigkeit erfolge.⁶⁸⁹

Dennoch wurde klargestellt, dass die gleichmäßige Aufteilung lediglich ein Maßstab, aber nicht ein Ausgangspunkt oder gar eine grundsätzliche Annahme sei.⁶⁹⁰ Eine solche Veränderung müsse von der Legislative vorgenommen werden und könne nicht in *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* hineingelesen werden. Allerdings heißt es in dem Urteil auch, dass, um das Vorliegen von Diskriminierung zu verhindern, von dem Grundsatz der Gleichheit nur dann und in dem Maße abgewichen werden solle, in dem es einen guten Grund für solch ein Abweichen gibt.⁶⁹¹

Offen blieb die Frage, ob der Gleichheitsmaßstab auch für Einkommen angelegt werden sollte, da sich die Entscheidung explizit nur auf die Aufteilung von Kapitalvermögen bezog.⁶⁹²

Bis zur Entscheidung *White v White*⁶⁹³ hatte das englische Recht immer auf der Basis gehandelt hat, den vernünftigen Bedarf der Ehefrau gegen die finanziellen Möglichkeiten des Ehemannes abzuwägen, anstatt grundsätzlich einen festgelegten Anteil des Vermögens zuzusprechen.⁶⁹⁴ Nach ihr verlagerte sich der Fokus von einer übermäßigen Abhängigkeit von dem *section 25* Faktor des Bedarfs (*needs* zuvor auch *reasonable requirements* genannt) auf den Faktor des Beitrags (*contribution*).⁶⁹⁵

Zwar konnte der Richter seit der Reform durch den *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970* gestaltend in die Vermögensverhältnisse eingreifen und das Gütertrennungsprinzip durchbrechen, aber die Entschei-

⁶⁸⁹ *White v White* [2001] 1 AC 596 (605).

⁶⁹⁰ *White v White* [2001] 1 AC 596 (605 f.).

⁶⁹¹ *White v White* [2001] 1 AC 596 (605).

⁶⁹² *F. Burton*, Family Law, S. 199.

⁶⁹³ *White v White* [2001] 1 AC 596.

⁶⁹⁴ *F. Burton*, Family Law, S. 200.

⁶⁹⁵ *D. Hodson, M. Green, N. De Souza, Lambert – Shutting Pandora’s Box*, 2003 Fam LJ 33, S. 37 (37).

dung *White v White*⁶⁹⁶ führte zu einer zunehmenden Verwischung der Grenzen.

Obwohl die Abschaffung des *ceiling of reasonable requirements* (also der finanzielle Bedarf als Grenze) akzeptiert wurde,⁶⁹⁷ fanden die Gerichte dennoch einen Weg den Grundsatz der Gleichheit zu umgehen bzw. diesen abzulehnen. In *White v White*⁶⁹⁸ hieß es, dass dann von einer gleichen Verteilung abgesehen werden könnte, wenn dafür ein guter Grund bestünde. Der Fall *Cowan v Cowan*⁶⁹⁹ etablierte die Abweichung von einer gleichen Verteilung auf Grund von besonderen Beiträgen (*special contributions*) eines Ehegatten.

Dieser Entwicklung gebot jedoch die Entscheidung *Lambert v Lambert*⁷⁰⁰ Einhaltung und nahm eine Haltung an, die noch über die des *House of Lords* in *White* hinausging.⁷⁰¹ Denn in *Lambert* wurde die Annahme von *special contributions* stark eingeschränkt. Lediglich gänzlich außergewöhnliche Beiträge⁷⁰² sollten noch zu einem Abweichen berechtigen.⁷⁰³ Die Kombination von *White* und *Lambert* führte damit in das englische Recht das Regime der Gütergemeinschaft ein, auch wenn es sich dabei um eine aufgeschobene Gütergemeinschaft handelt, die erst mit der Scheidung ihre Wirkung zeigt.⁷⁰⁴

d. Vereinbarungen zwischen Ehegatten

Seit dem *Maintenance Agreements Act* 1957 hatten sich die gesetzlichen Vorschriften zu Scheidungsfolgenvereinbarungen nicht wesentlich verändert.⁷⁰⁵ Dennoch ging ein wichtiger Impuls von dem 1969 neu eingeführ-

⁶⁹⁶ *White v White* [2001] 1 AC 596.

⁶⁹⁷ *Dharamshi v Dharamshi* [2000] WL 1841651 (Absatz 15).

⁶⁹⁸ *White v White* [2001] 1 AC 596.

⁶⁹⁹ *Cowan v Cowan* [2002] Fam 97 (Absatz 161).

⁷⁰⁰ *Lambert v Lambert* [2003] Fam 103.

⁷⁰¹ *S. Cretney*, Community of Property Imposed by Judicial Decision, LQR 2003, 119, S. 349 (349).

⁷⁰² Z.B. Genie, Spitzensportler.

⁷⁰³ *Lambert v Lambert* [2003] Fam 103 (Absätze 46, 72).

⁷⁰⁴ *S. Cretney*, Community of Property Imposed by Judicial Decision, LQR 2003, 119, S. 349 (349).

⁷⁰⁵ Sections 13-15 *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 enthielten die im wesentlichen unveränderten Vorschriften von 1957, die sich nun in den Sections 34-36 *Matrimonial Causes Act* 1973 befinden.

ten Scheidungsrecht aus, insbesondere durch die Möglichkeit der Trennung als Beweis für die Zerrüttung der Ehe.

Seit es nur noch wenige Fälle gab, in denen nicht letztendlich eine Scheidung ausgesprochen wurde, hatten die finanziellen Fragen bei einer Scheidung an Bedeutung gewonnen.⁷⁰⁶ Auch vollzog sich durch das neue Scheidungsrecht ein Wechsel in der Rechtspolitik. Wo bisher Vereinbarungen eher verhindert wurden, wurden seit dem neuen Scheidungssystem Ehepaare dazu ermutigt, ihre finanziellen Angelegenheiten für die Zeit nach der Ehe eigenständig zu regeln.⁷⁰⁷ Ein Zeichen dafür war die Abschaffung von *collusion* durch den *Divorce Reform Act* 1969. Gerade auf Grund von *collusion* hatten Eheleute bisher vermieden, Absprachen familiärer oder finanzieller Art zu treffen, wodurch oftmals eine sachgerechte Gestaltung der nahehelichen Verhältnisse verhindert wurde.⁷⁰⁸ Als ein weiterer Grund für die Zunahme von Vereinbarungen wird das Abweichen-Wollen vom gesetzlichen Unterhaltsrecht seit dem *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 gesehen, insbesondere aber auch seit der Entscheidung *White v White*.⁷⁰⁹

Viele Grundsätze blieben jedoch bestehen. U.a. verstößt weiterhin jede Vereinbarung zwischen den Eheleuten, die Regelungen für eine eventuelle Trennung oder Scheidung trifft, ohne dass eine Trennung schon stattgefunden hat, gegen *public policy*.⁷¹⁰ Auch sind die Gerichte noch immer zurückhaltend, Vereinbarungen als vernünftig anzuerkennen, in denen die Ehefrau einem Verzicht auf Unterhalt für alle Zeiten zustimmt.⁷¹¹ Denn derjenige, dem ausreichend finanzielle Mittel zur Verfügung stünden, dürfe seine finanzielle Verantwortung nicht dem Staat aufbürden.⁷¹²

Drei Arten von Vereinbarungen zwischen Eheleuten für die Zeit nach der Scheidung können nun unter dem gegenwärtigen Recht voneinander unterschieden werden: voreheliche Vereinbarungen, Trennungsvereinbarungen

⁷⁰⁶ S. M. Cretney, *Principles of Family Law* (1974), S. 135.

⁷⁰⁷ S. M. Cretney, *Principles of Family Law* (1974), S. 397.

⁷⁰⁸ H.-D. Schmalzl, *Die neueste Entwicklung des englischen Güterrechts*, S. 122.

⁷⁰⁹ *White v White* [2001] 1 AC 596.

⁷¹⁰ *X v X (Y and Z intervening)* [2002] 1 FLR 508 (530).

⁷¹¹ B. Passingham/ C. Harmer, *Law and Practice in Matrimonial Causes*, S. 55.

⁷¹² *Barnes v Barnes* [1972] 1 WLR 1381 (1386); F. Burton, *Family Law*, S. 199.

(*separation agreements*)⁷¹³ und Vereinbarungen mit Zustimmung des Gerichts (*consent orders*).⁷¹⁴

Die Trennung in voreheliche Vereinbarungen und Trennungsvereinbarungen lässt jedoch eine Lücke. Sie beinhaltet nicht Vereinbarungen, die während der Ehe aber noch vor einer Trennung geschlossen wurden. Eine gesonderte Diskussion findet hierzu meist nicht statt. Da auch diese Vereinbarungen gleich den vorehelichen Verträgen nichtig sind,⁷¹⁵ werden sie in der vorliegenden Arbeit trotz ihres stärkeren Einflusses auf richterliche Entscheidungen dort mitbehandelt.

2. *Consent orders*

Bis 1970 hatte sich als Schutz des Mannes vor zukünftigen Unterhaltsanträgen der Frau die Zustimmung des Gerichts zu einer Vereinbarung etabliert, die durch *Mills v Mills*⁷¹⁶ eingeführt worden war. Dies blieb die einzige Möglichkeit, sollten die Eheleute verhindern wollen, dass es einem Partner alleine möglich sein sollte, die Vereinbarung grundlos in Frage zu stellen.⁷¹⁷

⁷¹³ Hiermit sind nicht nur Vereinbarungen für die Zeit der Trennung gemeint, sondern auch Scheidungsfolgenvereinbarungen, die erst während der Trennung der Ehepartner geschlossen wurden. Da diese beiden Arten von Vereinbarungen in England gleich behandelt werden (siehe *Sections 34, 35 Matrimonial Causes Act 1973*) und es seit dem Wegfall von *collusion* für beide Verträge allein darauf ankommt, dass sie frühestens unmittelbar vor einer Trennung der Ehepartner abgeschlossen wurden, werden beide zumeist undifferenziert als *separation agreements* bezeichnet.

⁷¹⁴ Vergleichbar mit *consent orders* sind Anordnungen des Gerichts, die in einer *Financial Dispute Resolution* erreicht werden. *Financial Dispute Resolution* Treffen wurden erstmals durch die *Family Proceedings (Amendment No. 2) Rules 1997/1056* eingeführt. Die gegenwärtige Fassung der diesbezüglichen Regeln gemäß *Family Proceedings (Amendment No. 2) Rules 1999/3491* ist als *rule 2.61 E* in den *Family Proceedings Rules 1991/1247* enthalten.

In dem Fall *Rose v Rose* [2002] 1 FLR 978 wurde entschieden, dass der Status einer solchen durch den Richter genehmigten Vereinbarung der einer gerichtlichen Anordnung sei und dass solch eine Anordnung nur auf Grund der allgemeinen Vertragsregeln wie „*misrepresentation, mistake, material non-disclosure or a subsequent fundamental and unforeseen change of circumstances*“ nichtig sein könne (*R. Probert, Cretney's Family Law* (2003) S. 170).

Von einer weiteren Untersuchung dieser Vereinbarungen wird mangels streitiger Punkte abgesehen.

⁷¹⁵ *X v X (Y and Z intervening)* [2002] 1 FLR 508 (530).

⁷¹⁶ *Mills v Mills* [1940] P 124.

⁷¹⁷ In *Smallman v Smallman* [1971] 3 All ER 717 (720 f.) urteilte der Court of Appeal, dass eine solche Abmachung, die nach dem vereinbarten Parteiwillen dem Gericht zur Überprüfung vorgelegt werden soll, zunächst die Parteien bis zur Gerichtsentscheidung bindet.

Dass Eheleute ihre Scheidungsfolgenvereinbarungen dem Gericht vorlegen und um eine *consent order* bitten können, ist nun in *Section 33A Matrimonial Causes Act 1973* gesetzlich verankert. Allerdings ist diese Norm erst durch *Section 7 des Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* eingefügt worden.

Ursprünglich galt im Eherecht, dass die Wirkung einer *consent order* nicht aus der Gerichtsanordnung, sondern aus der Vereinbarung herrührte, obwohl der Vertrag der Parteien in die Form einer *consent order* gefasst worden war.⁷¹⁸ Wenn das Gericht heute eine *consent order* ausspricht, besteht sie als gerichtliche Anordnung fort und erhält ihre Wirkung nicht länger aus der ursprünglichen Vereinbarung.⁷¹⁹ Diese grundsätzliche Umstellung des Verständnisses einer *consent order* vollzog sich jedoch schrittweise.

Eine Unterscheidung zu *consent orders* in anderen Rechtsbereichen begann in dem Fall *Minton v Minton*.⁷²⁰ Das Gericht entschied, dass das Prinzip, auf dem *Section 23 (1) Matrimonial Causes Act 1973* basiere, den Parteien einer Scheidung erlaube, einen *clean break* hinsichtlich ihrer finanziellen Mittel zu machen.⁷²¹ In den darauffolgenden Entscheidungen *de Lasala v de Lasala*⁷²² und *Thwaite v Thwaite*⁷²³ gelangten die Richter zu dem Schluss, dass es schwierig wäre, die Folgerung zu vermeiden, es handle sich um eine fortbestehende Unterhaltsvereinbarung, wenn die *consent order* von der ihr zugrunde liegenden Vereinbarung abhängig sei. Dann jedoch unterfiele die *consent order* bzw. die Vereinbarung der Parteien den Regeln zu Unterhaltsvereinbarungen und könnte damit Gegenstand der bei schriftlichen Unterhaltsvereinbarungen möglichen Abänderungen sein.⁷²⁴ Dies würde jedoch dem Grundsatz des *clean break* zuwiderlaufen.⁷²⁵ Deswegen wurde in diesen Entscheidungen festgelegt, dass die rechtliche Wirkung einer *consent order* gänzlich aus der gerichtlichen Anordnung herge-

⁷¹⁸ *Thwaite v Thwaite* [1981] 2 All ER 789 (794).

⁷¹⁹ *P. M. Bromley/N. V. Lowe*, *Family Law*, 8. Auflage, S. 743; *P. C. Millett*, *The Encyclopaedia of Forms and Precedents – Family*, Vol 16(2) (2001), S. 54.

⁷²⁰ *Minton v Minton* [1979] 1 All ER 79.

⁷²¹ *Minton v Minton* [1979] 1 All ER 79 (87).

⁷²² *De Lasala v de Lasala* [1979] 2 All ER 1146 (1155).

⁷²³ *Thwaite v Thwaite* [1981] 2 All ER 789 (794).

⁷²⁴ *Section 35 Matrimonial Causes Act 1973*, ursprünglich *Section 1 (3) Maintenance Agreements Act 1957*.

⁷²⁵ *Thwaite v Thwaite* [1981] 2 All ER 789 (794).

leitet wird.⁷²⁶ In konsequenter Folge kann eine *consent order* nun lediglich gleich einer nicht übereinstimmend gefassten Anordnung unter den Voraussetzungen von *Section 31 Matrimonial Causes Act 1973* variiert werden, sollte es sich bei ihr um eine der in *Subsection (2)* aufgelisteten Anordnungen handeln.⁷²⁷ Anderenfalls besteht allein die Möglichkeit die *consent order* wegen Nichtigkeitsgründen aus dem allgemeinen Vertragsrecht in Zweifel zu ziehen oder sie wegen neuer Beweise in Frage zu stellen. Hat das Gericht, das die ursprüngliche Anordnung erlassen hat, jedoch nicht auf Grund der Beweise entschieden, kann seine Entscheidung jedoch nicht mit dem Argument angegriffen werden, dass es hinsichtlich dieser einen falschen Schluss gezogen hat.⁷²⁸

Das Gericht kann eine Anordnung mit dem vereinbarten Inhalt allein auf Basis der vorgeschriebenen und bei Antrag vorgelegten Informationen treffen.⁷²⁹ Allerdings wurde in dem Fall *Livesey v Jenkins*⁷³⁰ entschieden, dass die Parteien gegenüber dem Gericht in der Pflicht stünden, ihre finanziellen Mittel und materiellen Tatsachen bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Anordnung vollständig offenzulegen.⁷³¹ Diese Voraussetzung wurde jedoch einige Jahre später wieder eingeschränkt. In *Pounds v Pounds* wurde geurteilt, dass das Gericht den Inhalt der Vereinbarung genau untersuchen und alle Umstände und Faktoren unter *section 25* des *Matrimonial Causes Act 1973* bedenken soll, bevor es diese für gut heißt.⁷³² Allerdings sei das Gericht beschränkt auf eine grobe Abschätzung der finanziellen Umstände des Paares, wie sie ihm gegenüber in der gesetzlich vorgeschriebenen Form aufgedeckt wurden, ohne sich im Detail zu verlieren.⁷³³ Folglich wird das Gericht in solch eine Vereinbarung grundsätzlich einwilligen und sie in eine

⁷²⁶ *De Lasala v de Lasala* [1979] 2 All ER 1146 (1155); *Thwaite v Thwaite* [1981] 2 All ER 789 (794).

⁷²⁷ *Thwaite v Thwaite* [1981] 2 All ER 789 (794); *R. Probert*, *Cretney's Family Law* (2003), S. 170.

⁷²⁸ *Thwaite v Thwaite* [1981] 2 All ER 789 (794).

⁷²⁹ *Section 33A (1) Matrimonial Causes Act 1973*.

⁷³⁰ *Livesey v Jenkins* [1985] 1 All ER 106.

⁷³¹ *S. Bridge*, *Judicial Paternalism and Private Ordering on Divorce*, in: 1999 CLJ 495 (495); *P. M. Bromley/N. V. Lowe*, *Family Law*, 8. Auflage, S. 743.

⁷³² *Pounds v Pounds* [1994] 1 FLR 775 (780).

⁷³³ *Pounds v Pounds* [1994] 1 FLR 775 (780); *R. Probert*, *Cretney's Family Law* (2003), S. 170.

consent order fassen, vorausgesetzt dass sie nicht gegen *public policy* verstößt.⁷³⁴

3. Voreheliche Vereinbarungen

Gegen voreheliche Vereinbarungen (*prenuptial agreements*) wird noch immer der Einwand erhoben, dass sie gegen *public policy* verstießen, indem sie das Ende einer Ehe behandelten, noch bevor eine solche überhaupt eingegangen worden sei.⁷³⁵ Sie widersprüchen daher der Ansicht von der Ehe als lebenslanger Gemeinschaft und seien somit nichtig und nicht durchsetzbar. Dasselbe soll für Vereinbarungen gelten, die zwar nach einer Eheschließung, aber noch vor einer anstehenden Trennung geschlossen wurden.⁷³⁶

Im Jahre 1998 schlug die Regierung vor, dass voreheliche schriftliche Verträge als bindend gelten sollten, vorausgesetzt sie erfüllten sechs Bedingungen.⁷³⁷ Demnach sollten vorehelichen Vereinbarungen dann nicht durchsetzbar sein, wenn 1. ein Kind vorhanden ist, 2. die Vereinbarung nach allgemeinem Vertragsrecht nicht durchsetzbar ist, 3. beide oder einer der Ehegatten keinen unabhängigen Rechtsbeistand vor Vertragsschluss hatten, 4. das Gericht die Durchsetzung der Vereinbarung für signifikant ungerecht hält, 5. beide oder einer der Ehegatten vor Vertragsschluss ihre finanziellen Mittel nicht vollständig offengelegt haben, oder 6. wenn die Vereinbarung weniger als 21 Tage vor der Ehe geschlossen worden ist. Der Vorschlag wurde weitläufig durch Richter und Anwälte abgelehnt, da das englische Recht und die englische Kultur noch nicht für bindende voreheliche Vereinbarungen bereit seien.⁷³⁸

⁷³⁴ *Dean v Dean* [1978] 3 All ER 758 (764, 767 f); *P. M. Bromley/ N. V. Lowe*, Family Law, 8. Auflage, S. 743.

⁷³⁵ *S. Bruce*, Premarital Agreements Following *White v White*, in: 2001 Fam Law 304 (304); *H. Conway*, Prenuptial contracts, in: 1995 NLJ 1290 (1290); *S. M. Cretney*, Principles of Family Law (1974), S. 229; *R. Probert*, Cretney's Family Law (2003), S. 168.

⁷³⁶ *X v X (Y and Z intervening)* [2002] 1 FLR 508 (530); *P. C. Millett*, The Encyclopaedia of Forms and Precedents – Family, Vol 16(2) (2001), S. 72; *N. Wilson*, Ancillary Relief Reform: Response of the Judges of the Family Division to Government Proposals (made by way of submission to the Lord Chancellor's Ancillary Relief Advisory Group) [1999] Fam Law 159 (162).

⁷³⁷ *D. Hodson*, Government Proposed Reforms of Ancillary Relief, in: 1999 Fam Law 265 (266).

⁷³⁸ *S. Bruce*, Premarital Agreements Following *White v White*, in: 2001 Fam Law 304 (305); *D. Hodson*, Government Proposed Reforms of Ancillary Relief, in: 1999 Fam Law 265 (266); *D.*

Von dem Problem der Bindungswirkung von vorehelichen Vereinbarungen ist die Frage zu unterscheiden, ob ihr Inhalt Einfluss auf die richterliche Entscheidung bei der Anordnung von finanziellen Scheidungsfolgen hat.⁷³⁹

Denn obwohl nicht bindend, bleiben sie Gegenstand des gerichtlichen Ermessens entsprechend der Ausübung von *section 25 Matrimonial Causes Act 1973*.⁷⁴⁰ Es gilt nicht länger als kontrovers, dass die Existenz eines vorehelichen Vertrages ein Faktor in der Ausübung der gerichtlichen Ermessensbefugnis hinsichtlich finanzieller Scheidungsfolgen unter *section 25* darstellt.⁷⁴¹ Allerdings bedeutet dies nicht zugleich, dass dem Faktor des vorehelichen Vertrages Gewicht beigemessen werden muss. Die entscheidende Frage in Bezug auf voreheliche Vereinbarungen ist daher, inwieweit ihrem Inhalt bei einer gerichtlichen Anordnung von finanziellen Scheidungsfolgen Bedeutung beigemessen wird.

In dem Fall *F v F*⁷⁴² wurde noch entschieden, dass eine voreheliche Vereinbarung in der englischen Rechtsordnung von nur sehr beschränkter Signifikanz sei. Nur zwei Jahre später war das Gericht in der Entscheidung *S v S*⁷⁴³ hingegen der Meinung, dass es Fälle geben könnte, in denen sich die Umstände, die die Vereinbarung umgäben, als einflussreich oder sogar entscheidend erweisen könnten. In *N v N* aus demselben Jahr wurde dazu gesagt, dass vorehelichen Vereinbarungen ausschlaggebendes Gewicht zugemessen werden könnte, wenn der Inhalt des Vertrages relevant für einen Streitpunkt vor Gericht in einem Scheidungsprozess sei.⁷⁴⁴ Ob dem vorehelichen Vertrag Bedeutung beigemessen wird, hänge jedoch von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab.⁷⁴⁵

Hodson/ M. Green/ N. De Souza, Lambert – Shutting Pandora’s Box, in: 2003 Fam Law 37 (44); *N. Wilson, Ancillary Relief Reform: Response of the Judges of the Family Division to Government Proposals (made by way of submission to the Lord Chancellor’s Ancillary Relief Advisory Group)* [1999] Fam Law 159 (162).

⁷³⁹ *G. Miller, Pre Nuptial Agreements in English Law*, in: P.C.B. 2003, 6, 415 (415).

⁷⁴⁰ Dabei werden von manchen Richtern voreheliche Vereinbarung als Teil der gesamten Umstände des Falles betrachtet und von anderen unter dem spezielleren Punkt des Verhaltens der Eheparteien bedacht.

⁷⁴¹ *R. Probert, Cretney’s Family Law* (2003), S. 168; *J. Wall, Rayden and Jackson on Divorce* (1997), Vol I, S. 581; *N. Wilson, Ancillary Relief Reform: Response of the Judges of the Family Division to Government Proposals (made by way of submission to the Lord Chancellor’s Ancillary Relief Advisory Group)* [1999] Fam Law 159 (162).

⁷⁴² *F v F* [1995] 2 FLR 45 (66).

⁷⁴³ *S v S* [1997] 2 FLR 100 (103).

⁷⁴⁴ *N v N* [1999] 2 FLR 745 (752); *Clashfern, Halsbury’s Laws of England*, Vol. 29(3), S. 38.

⁷⁴⁵ *N v N* [1999] 2 FLR 745 (752); *Clashfern, Halsbury’s Laws of England*, Vol. 29(3), S. 38.

Nach dem neuen *White/Lambert Fairness Grundsatz*⁷⁴⁶ wurde zunehmend gefordert, dass *prenuptial agreements* eine stärkere Bedeutung zukommen sollte. Unter anderem wurde gefordert, dass sie explizit als einer der Faktoren in *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* aufgenommen werden sollten.⁷⁴⁷ In *M v M*⁷⁴⁸ wurde festgehalten, dass der *public policy* Einwand gegen voreheliche Vereinbarungen zunehmend an Bedeutung verlöre, da Scheidungen eine alltägliche Sache geworden seien. Der Einfluss aber einer solchen Vereinbarung auf eine Entscheidung würde von Fall zu Fall variieren.⁷⁴⁹ In der Entscheidung selber wurde die voreheliche Vereinbarung sorgsam mit in die Überlegungen zu den Umständen des Falles miteinbezogen und wurde als einer der relevanteren Faktoren eingestuft.⁷⁵⁰

Von größerer Bedeutung aber für die heutige Beurteilung von *prenuptial agreements* ist die Entscheidung *K v K*,⁷⁵¹ in der geurteilt wurde, dass es gegenüber dem Ehemann eine Ungerechtigkeit darstellen würde, wenn man die Vereinbarung außer Betracht lassen würde. Die Ehe der Scheidungsparteien dauerte 14 Monate. Sie war auf Grund der Schwangerschaft der Frau eingegangen worden. Beide Parteien waren unabhängig voneinander wohlhabend, wobei dies insbesondere für den Mann mit einem ungefähren Vermögen von 25 Mio. Pfund gegenüber einem Vermögen der Frau von ungefähr einer Mio. Pfund galt.

Entscheidend für die zukünftige Behandlung von voreheliche Vereinbarungen ist der durch das Gericht aufgestellte Fragenkatalog, durch den geklärt werden sollte, wie wichtig die Vereinbarung für eine durch das Gericht zu treffenden Entscheidungen ist.⁷⁵² Das Gericht bedachte insbesondere folgende 14 Fragen⁷⁵³: „1. Haben die Parteien die Vereinbarung verstanden? 2. Wurden die Parteien hinsichtlich des Inhalts angemessen beraten? 3. Wurde eine der Parteien unter Druck gesetzt, die Vereinbarung zu unterzeichnen? 4. Wurden die Vermögensverhältnisse vollständig offengelegt? 5. Wurde

⁷⁴⁶ Siehe näher § 3 IV. 1. c.

⁷⁴⁷ *D. Hodson, M. Green, N. De Souza*, Lambert – Shutting Pandora’s Box, 2003 Fam LJ 33, 37 (44).

⁷⁴⁸ *M v M* [2002] 1 FLR 654 (661).

⁷⁴⁹ *M v M* [2002] 1 FLR 654 (661).

⁷⁵⁰ *M v M* [2002] 1 FLR 654 (660, 664).

⁷⁵¹ *K v K* [2003] 1 FLR 120.

⁷⁵² *K v K* [2003] 1 FLR 120 (131).

⁷⁵³ Diese waren zumeist fallspezifisch formuliert, werden aber vorliegend wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung allgemein formuliert.

eine der Parteien durch etwas anderes unter Druck gesetzt? 6. Wurde die Vereinbarung bereitwillig unterzeichnet? 7. Nutzte eine der Parteien einen dominante Position finanzieller oder anderer Art aus? 8. Wurde die Vereinbarung mit dem Wissen geschlossen, dass die Frau ein Kind erwartet? 9. Ist seit dem Vertragsschluss ein unvorhergesehener Umstand eingetreten, durch den ein Festhalten an dem Vertrag zu Ungerechtigkeiten führen würde? 10. Sind die Inhalte der Vereinbarung hinreichend präzise? 11. Deckt die Vereinbarung alle möglichen Formen von finanziellen Scheidungsfolgen ab oder kann eine gerichtliche Anordnung neben der Vereinbarung existieren? 12. Gibt es Gründe, aus denen geschlossen werden könnte, dass es ungerecht wäre, die Parteien an dem Inhalt ihres Vertrages festzuhalten? 13. Ist die Vereinbarung ein Umstand des Falles, der unter *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* bedacht werden muss? 14. Stellt die Einwilligung in die Vereinbarung ein Verhalten dar, welches unbeachtet gelassen unter *section 25 (2) (g) Matrimonial Causes Act 1973*⁷⁵⁴ ungerecht wäre?⁷⁵⁵ Als Grund im Sinne der 12. Frage für ein Abweichen von der Vereinbarung können unter anderem wesentliche Veränderungen in den finanziellen Positionen der Eheleute oder die Dauer der Ehe gelten. Je länger die Ehe andauert, desto weniger Gewicht wird voraussichtlich einer vorehelichen Vereinbarung beigemessen, die nur geringe Vorkehrungen für den finanziell schwächeren Ehepartner trifft.⁷⁵⁶

Auch wenn diese Entscheidung einen Leitfaden für die Beurteilung von vorehelichen Vereinbarungen geschaffen hat, so bleibt die Behandlung solcher Verträge jedoch stark einzelfallabhängig. Ferner verbleibt die letztendliche Entscheidung über die Gewichtung beim jeweiligen Richter.

Bei ehelichen Vereinbarungen, die aber noch vor einer anstehenden Trennung geschlossen wurden, findet eine den vorehelichen Verträgen sehr ähnliche Beurteilung statt. Beide Arten von Vereinbarungen gelten als nicht

⁷⁵⁴ Seit dem *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* und der dadurch erfolgten Änderung von *Section 25 Matrimonial Causes Act 1973* soll das Gericht bei der Beurteilung der Umstände des Falles insbesondere die in *Subsection (2)* aufgelisteten Faktoren beachten. Zu diesen zählt seit 1984 auch das Verhalten der Parteien. Bis zum *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* galten die Faktoren nur als beispielhaft. Zudem wurde auf die Berücksichtigung des Verhaltens nicht in der Auflistung, sondern im der Aufzählung nachgehenden Text der Norm hingewiesen. Das Verständnis von einer vorehelichen Vereinbarung als Verhalten verleiht dieser daher seit 1984 ein stärkeres Gewicht.

⁷⁵⁵ *K v K* [2003] 1 FLR 120 (131 f.).

⁷⁵⁶ *G. Miller*, *Pre Nuptial Agreements in English Law*, in: P.C.B. 2003, 6, 415 (420).

bindend und unterscheiden sich alleine darin, dass sich die Verhandlungspositionen nach der Ehe verändert haben könnten, bzw. dass die Heirat selber nicht mehr als Druckmittel eingesetzt werden kann. Dennoch wird ehelichen Vereinbarungen eine höhere Bedeutung zugesprochen. Je näher die Vereinbarung über Scheidungsfolgen zeitlich mit dem Zusammenbruch der Ehe in Zusammenhang steht, desto wahrscheinlicher ist es, dass die Vereinbarung einen stärkeren Anspruch auf rechtliche Wirksamkeit hat.⁷⁵⁷ Das Argument dafür liegt in der Annahme, dass die Umstände und Ergebnisse dann eher dem Ausgang entsprechen, der durch die allgemeinen Grundsätze bei finanziellen Scheidungsfolgen erreicht worden wäre.⁷⁵⁸ Die Behandlung von vorehelichen Vereinbarungen auf der einen Seite und Trennungsvereinbarungen auf der anderen Seite können daher als Eckpunkte für die Einschätzung von ehelichen, aber noch vor einer Trennung geschlossenen Verträgen genutzt werden.

4. *Separation Agreements*

Trennungsvereinbarungen im Gegensatz zu allen Vereinbarungen, die noch vor oder während einer intakten Ehe geschlossen werden, stehen nicht im Widerspruch zur *public policy*.⁷⁵⁹ Vielmehr sind sie, soweit schriftlich festgehalten, seit 1957⁷⁶⁰ für die Parteien bindend.

In der Praxis werden viele *separation agreements* in Form eines *deed* aufgesetzt.⁷⁶¹ Um ein *deed* handelt es sich dann, wenn die Vereinbarung schriftlich festgehalten und von beiden Seiten unterzeichnet wird.⁷⁶² Allerdings können Trennungsvereinbarungen auch mündlich vereinbart werden. Sind sie dies jedoch nicht, unterliegen sie der Möglichkeit als *maintenance agreement* gemäß *section 35 Matrimonial Causes Act 1973* variiert zu wer-

⁷⁵⁷ *N. Wilson*, Ancillary Relief Reform: Response of the Judges of the Family Division to Government Proposals (made by way of submission to the Lord Chancellor's Ancillary Relief Advisory Group) [1999] Fam Law 159 (162).

⁷⁵⁸ *N. Wilson*, Ancillary Relief Reform: Response of the Judges of the Family Division to Government Proposals (made by way of submission to the Lord Chancellor's Ancillary Relief Advisory Group) [1999] Fam Law 159 (162).

⁷⁵⁹ *X v X (Y and Z intervening)* [2002] 1 FLR 508 (530 f.).

⁷⁶⁰ *Maintenance Agreements Act 1957*; jetzt enthalten in den *Sections 34-36 Matrimonial Causes Act 1973*.

⁷⁶¹ *P C Millett*, The Encyclopaedia of Forms and Precedents – Family, Vol 16(2) (2001), S. 64.

⁷⁶² *Section 1 (2), (3) Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*. Siehe ausführlicher zu *deeds* § 3 I. 1. b.

den.⁷⁶³ Einem Abänderungsantrag als *maintenance agreement* wird aber nur dann stattgegeben, wenn das Gericht von einer Veränderung der Umstände, die bei Vertragsschluss für die finanziellen Vereinbarungen von Entscheidung waren,⁷⁶⁴ oder von einem Mangel an finanziellen Absicherungen für Kinder aus der Ehe überzeugt ist.⁷⁶⁵ Ferner können trotz Vorliegens einer zulässigen Trennungsvereinbarung die Eheleute vor Gericht Unterhalts- oder Abfindungszahlungen beantragen, da die Zuständigkeit des Gerichtes für finanzielle Scheidungsfolgen in keinem Fall ausgeschlossen werden kann.⁷⁶⁶

Aber obwohl in Konsequenz die Gerichte in Ausübung ihrer Ermessensbefugnis von den vereinbarten Regelungen abweichen können, tun sie dies nur ungern. Unter dem gegenwärtigen Recht gilt es als akzeptiert, dass ein *separation agreement* einer der Faktoren ist, die das Gericht gemäß *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* in seine Ermessensüberlegungen miteinbeziehen muss.⁷⁶⁷ Ungeklärt scheint allein die Frage, ob das Gericht eine Vereinbarung als Verhalten der Parteien unter *section 25 (2)*⁷⁶⁸ oder allgemeiner unter *section 25 (1)*⁷⁶⁹ berücksichtigen soll. Das Verhalten der Parteien muss seit dem *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* besonders beachtet werden.⁷⁷⁰ Da man sich über die Bedeutung von Trennungsvereinbarung aber einig ist, handelt es sich dabei lediglich um einen akademischen Streit, der sich auf die Lösung des Falles nicht auswirkt.⁷⁷¹

Folglich ist die Problematik bei Trennungsvereinbarungen, wieviel Gewicht ihnen zugemessen wird, wenn ein Partner von der Vereinbarung Abstand nehmen will dieselbe wie bei vorehelichen Verträgen.

⁷⁶³ T. Bond/ J. M. Black/ A. J. Bridge, *Family Law*, S. 290; R. Probert, *Cretney's Family Law* (2006) S. 153.

⁷⁶⁴ Dem spricht laut Norm nicht entgegen, dass die Parteien bei Vertragsschluss die Veränderung vorhergesehen haben.

⁷⁶⁵ *Section 35 (2) (a), (b) Matrimonial Causes Act 1973*.

⁷⁶⁶ *Section 34 (1) Matrimonial Causes Act 1973*; R. Probert, *Cretney's Family Law* (2006) S. 153.

⁷⁶⁷ N. Wilson, *Ancillary Relief Reform: Response of the Judges of the Family Division to Government Proposals (made by way of submission to the Lord Chancellor's Ancillary Relief Advisory Group)*, [1999] *Fam Law* 159 (162).

⁷⁶⁸ D. Hodson, *Government Proposed Reforms of Ancillary Relief*, [1999] *Fam Law* 265 (266).

⁷⁶⁹ N. Wilson, *Ancillary Relief Reform: Response of the Judges of the Family Division to Government Proposals (made by way of submission to the Lord Chancellor's Ancillary Relief Advisory Group)*, [1999] *Fam Law* 159 (162).

⁷⁷⁰ Vgl. Fn. 754.

⁷⁷¹ *G v G* [2000] 2 *FLR* 18 (32).

Der für diesen Bereich noch immer als entscheidend geltende Fall ist *Edgar v Edgar*.⁷⁷² In dieser Entscheidung hatte die Frau den Vertrag unterzeichnet, obwohl sie von ihren Rechtsberatern gewarnt worden war, dass sie vor Gericht aller Wahrscheinlichkeit nach mehr erhalten würde. Die Parteien hatten 1967 geheiratet und vier Kinder bekommen. Acht Jahre später war die Ehe gescheitert und die Frau wollte ihren Ehemann verlassen, sobald Vorkehrungen für sie getroffen worden waren. In der Trennungsvereinbarung sicherte der Ehemann ihr den Kauf eines Hauses in ihrem Namen, die Zahlung eines einmaligen Geldbetrages von £ 100 000 und eine jährliche Unterhaltszahlung von £ 16 000 zu. Im Gegenzug wollte sie im Falle der Scheidung keine weiteren Kapitalbeträge oder Eigentumsübertragungen verlangen. Als sie 1978 die Scheidung beantragte, machte sie jedoch auch sämtliche, ihr nach dem Gesetz zustehende Ansprüche geltend. In erster Instanz wurde ihr daraufhin eine Zahlung von £ 670 000 zugesprochen. Der *Court of Appeal* aber hob die Zahlungsanordnung wieder auf. Denn wenn das Gericht seine Ermessensbefugnis nach *section 23 Matrimonial Causes Act 1973* ausübe, dürfe es eine Trennungsvereinbarung als sehr wichtigen Faktor nicht außer Acht lassen.⁷⁷³ Um entscheiden zu können, welches Gewicht der Vereinbarung zugestanden werden sollte, müsse das Verhalten beider Parteien, das dem Vertrag vorausging, und das, welches dem Vertrag folgte, betrachtet werden.⁷⁷⁴

Nach Ansicht Lord Ormrods seien dafür relevante Fragen unter anderem, „die Ausübung von unzulässigem Druck auf eine Seite, die Ausnutzung einer dominanten Position zur Sicherung eines ungerechtfertigten Vorteils, unzureichendes Wissen, schlechte juristische Beratung oder entscheidende Veränderungen in den Umständen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht erkannt oder übersehen wurden. Wichtig ist auch der grundsätzliche Vorschlag, dass förmliche Vereinbarungen, die unter anständigen und gerechten Voraussetzungen und kompetenter juristischer Beratung erreicht worden sind, nicht ersetzt werden sollten, solange nicht gute und wesentliche Gründe für die Annahme bestünden, dass es zu Ungerechtigkeiten füh-

⁷⁷² *Edgar v Edgar* [1980] 3 All ER 887; bestätigt durch *A v B* [2005] EWHC 314; *Camm v Camm* (1983) 4 FLR 577.

⁷⁷³ *Edgar v Edgar* [1980] 3 All ER 887 (892 f.).

⁷⁷⁴ *Edgar v Edgar* [1980] 3 All ER 887 (893).

ren würde, die Parteien an ihrer Vereinbarung festzuhalten.“⁷⁷⁵ Ferner wurde der in *Wright v Wright*⁷⁷⁶ aufgestellte Grundsatz übernommen, dass der Ehegatte, der auf weitere Zahlungen oder Eigentumsübertragungen verzichtet hatte, einen prima-facie-Beweis wesentlicher Tatsachen darlegen muss, welche ein Abweichen von ihrer Zusage und höhere Zahlungen rechtfertigen können.⁷⁷⁷

Lord Oliver stimmte mit diesen Aussagen überein und fügte hinzu, dass bei volljährigen, gebildeten und rechtlich gut beratenen Männern und Frauen angenommen werden müsse, dass sie wüssten, was sie täten, und dass eine frei ausgehandelte Vereinbarung nicht einfach auf Grund des Wunsches einer Partei nach einem bestimmten Ergebnis und des größeren Vermögens der anderen abgeschwächt.⁷⁷⁸

Es wurde entschieden, dass die Ehefrau keine hinreichenden Gründe aufgezeigt hatte, die eine Abänderung der vereinbarten Regelung hätten rechtfertigen können. Denn der Ehemann hätte die Ungleichheit in der Verhandlungsmacht nicht ausgenutzt.

Obwohl folglich jeder einzelne Fall auf Grund seiner individuellen Fakten entschieden wird, tendieren die Gerichte dazu, der Grundaussage in *Edgar* zu folgen, und *separation agreements* aufrechtzuerhalten.⁷⁷⁹ Im Ergebnis kann gesagt werden, dass die Gerichte sehr viel zurückhaltender sind, von Regelungen, die in einer Trennungsvereinbarung beschlossen wurden, abzuweichen als von solchen, die in einem vorehelichen Vertrag geschlossen wurden.

Bedacht werden muss auch, dass keine Pflicht besteht, finanzielle Vereinbarungen vom Gericht überprüfen zu lassen.⁷⁸⁰ Denn ein Antrag bezüglich finanzieller Scheidungsfolgen muss bei einem Scheidungsverfahren nicht gestellt werden.

Bei mündlichen Trennungsvereinbarungen greift noch immer das ursprüngliche *Common Law. Sections 34-36 Matrimonial Causes Act 1973* sind

⁷⁷⁵ *Edgar v Edgar* [1980] 3 All ER 887 (893).

⁷⁷⁶ *Wright v Wright* [1970] 3 All ER 209 (214).

⁷⁷⁷ *Edgar v Edgar* [1980] 3 All ER 887 (893).

⁷⁷⁸ *Edgar v Edgar* [1980] 3 All ER 887 (896).

⁷⁷⁹ *Xydhias v Xydhias* [1999] 2 All ER 386 (393); *G v G* [2000] 2 FLR 18 (31 f.); *X v X (Y and Z intervening)* [2002] 1 FLR 508 (537); *R. Probert*, *Cretney's Family Law* (2003) S. 169.

⁷⁸⁰ *R. Probert*, *Cretney's Family Law* (2003) S. 167.

nicht auf sie anzuwenden. Unter Hinweis auf *Bennett v Bennett*⁷⁸¹ und *Hyman v Hyman*⁷⁸² wurde daher von den Richtern der Fall *Sutton v Sutton*⁷⁸³ entschieden. Sie erklärten nicht nur die Abmachung für nichtig, die die Zuständigkeit des Gerichtes ausschloss, sondern auch den Teil der Vereinbarung, der die Übertragung des Hauses an die Frau vorsah.⁷⁸⁴ Die Frau könne zwar die Übertragung des Eigenheims fordern, jedoch nicht aus Vertrag, sondern im Rahmen eines Antrages unter *section 24 Matrimonial Causes Act 1973*. Bei solch einem Antrag sei die Vereinbarung ein sehr entscheidender Faktor, der vom Gericht in Betracht gezogen werden müsse, jedoch dürfe sie nicht die einzige Überlegung sein, die gemäß *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* angestellt werde.⁷⁸⁵

Demnach erfolgt die Beurteilung sämtlicher finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarung über denselben Grundsatz, nämlich das Einbeziehen einer Vereinbarung als Faktor im Rahmen von *section 25 Matrimonial Causes Act 1973*. Die Übergänge zwischen den Beurteilungen von vorehelichen Vereinbarung bis hin zu Trennungsvereinbarungen sind dabei fließend.

5. Zusammenfassung und gegenwärtige Rechtslage

Die gegenwärtige Handhabung von finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarungen im englischen Recht ist noch immer von dem Grundsatz geprägt, dass die durch Gesetz geregelten finanziellen Rechte und Pflichten von Eheleuten nach einer Scheidung nicht ausschließlich durch Vertrag geregelt werden dürfen, ohne dass einem Ehegatten die Möglichkeit bleibt, die Vereinbarung überprüfen zu lassen.

Bindende und abschließende Vereinbarungen können allein durch eine gerichtliche Anordnung erreicht werden.⁷⁸⁶ Allerdings wird zur Grundlage einer *consent order* nicht die Vereinbarung der Parteien selber, sondern die

⁷⁸¹ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

⁷⁸² *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

⁷⁸³ *Sutton v Sutton* [1984] Ch 184.

⁷⁸⁴ *Sutton v Sutton* [1984] Ch 184 (195).

⁷⁸⁵ *Sutton v Sutton* [1984] Ch 184 (195).

⁷⁸⁶ *S. M. Cretney/J. M. Masson, Principles of Family Law* (1997), S. 408. Eine Abänderung kann alleine wegen der abschließend aufgeführten Gründe in *Section 31 Matrimonial Causes Act 1973* erfolgen.

Anordnung des Gerichtes. Zudem erfolgt die Zustimmung des Gerichtes nicht ohne eine vorhergehende Überprüfung der Vereinbarung.

Vor der Ehe geschlossene Verträge, unabhängig davon ob mündlich oder schriftlich geschlossen, sind nichtig. Dasselbe gilt für solche, die vor der Trennung der Eheleute und nicht im Rahmen einer Versöhnungsvereinbarung getroffen wurden. Sie werden jedoch alle vom Gericht unter *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* mit in die Beurteilung, zumeist als Verhalten der Parteien, miteinbezogen, wenn das Gericht die finanziellen Scheidungsfolgen bestimmt. Dabei gilt die Grundregel, dass je zeitlich näher Vereinbarung und Zusammenbruch der Ehe zusammenliegen, desto stärker werden die vertraglichen Inhalte bedacht.

Schriftliche Vereinbarungen, die während oder kurz vor der endgültigen Trennung des Ehepaares erfolgen, können als *maintenance agreements* gemäß *section 34 Matrimonial Causes Act 1973* von einem Ehepartner gerichtlich durchgesetzt werden, solange der andere den Vertrag nicht vom Gericht überprüfen lässt. Denn auch durch Trennungsvereinbarungen kann die Zuständigkeit des Gerichtes nicht ausgeschlossen werden. Allerdings wird solchen Verträgen im Rahmen von *section 25 Matrimonial Causes Act 1973* mittlerweile eine ausschlaggebende Bedeutung zugemessen. Ähnliche Bedeutung kommt mündlichen Trennungsvereinbarungen zu. Allerdings können auch sie, ähnlich den vorehelichen Vereinbarungen, gänzlich nichtig sein. Denn versucht eine mündliche Trennungsvereinbarung explizit oder auch nur implizit die Zuständigkeit des Gerichtes auszuschließen, so hängt die Bindungswirkung der restlichen Vereinbarung davon ab, ob der Abschluss der Zuständigkeit die ausschlaggebende Gegenleistung (*consideration*) der eine Ehepartei war. Dennoch sind sie als wichtiger Faktor, der dem Gericht als Entscheidungshilfe bei der Verteilung der finanziellen Mittel dient, anerkannt.⁷⁸⁷

Demnach können die Parteien außer bei *consent orders* bei allen Verträgen, beabsichtigten sie auch eine endgültige und bindende Klärung der finanziellen Angelegenheiten bei Scheidung der Ehe, das Gericht anrufen, um eine Abänderung des Inhalts der Vereinbarung zu erwirken.⁷⁸⁸ Trotz der veränderten Meinung, Scheidungsfolgen als Gegenstand von privaten Vereinba-

⁷⁸⁷ *Sutton v Sutton* [1984] Ch 184 (195).

⁷⁸⁸ *S. Cretney*, *Private Ordering And Divorce – How Far Can We Go?*, June [2003] *Fam Law* 399 (402 f).

rungen anstatt von öffentlicher Entscheidung zu befürworten, hat das englische Familienrecht seine überwachende, teils bevormundende Rolle nicht aufgegeben.

§ 4 Schottland

Obwohl sich Ehepaare in Schottland ohne Unterbrechungen schon seit der Reformation auf Grund von Ehebruch und böswilligen Verlassens scheiden lassen konnten,⁷⁸⁹ standen der selbständigen Regelung von finanziellen Scheidungsfolgen bis in die 60er Jahre des 20. Jahrhunderts entscheidende Hindernisse entgegen.

I. Die Rechtslage bis 1964

Die finanziellen Folgen einer Scheidung wurden durch das schottische *common law* bestimmt. Diese für Scheidungsfolgen festgelegten Regeln wurden erst 1964 durch den *Succession (Scotland) Act* aufgehoben.

Ein weiteres ausschlaggebendes Hindernis einen Vertrag über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen schließen zu können, war aber auch in Schottland die Geschäftsunfähigkeit der verheirateten Frau. Nach und nach wurden gerade im 19. Jahrhundert die Beschränkungen durch Ausnahmen gelockert, aber erst 1920 erlangten Ehefrauen die volle Handlungsfähigkeit.⁷⁹⁰

1. Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau

Das schottische Recht zur Geschäftsfähigkeit der Ehefrau war durchzogen von vielen Ausnahmen und dementsprechend kompliziert. Wie das englische Recht beruhte es auf dem grundsätzlichen Prinzip, dass bei Eintritt in die Ehe der Mann die Vormundschaft über die Frau erlangte. Der Ehemann war der *curator* seiner Ehefrau.⁷⁹¹ Sie war daher unfähig alleine und für sich selber zu handeln.⁷⁹² Sie konnte weder klagen noch verklagt werden, es

⁷⁸⁹ Siehe dazu näher § 1 III. 3.

⁷⁹⁰ *Section 1 The Married Women's Property (Scotland) Act 1920.*

⁷⁹¹ *Gordon v Nakeski-Cumming* 1924 SC 939 (942); *Mullen v March's Trustees* 1920 2 SLT 372 (374); *Sillars v Sillars* 1911 SC 1207 (1212); *G. J. Bell/ W. Guthrie*, Principles of the Law of Scotland, S. 624 (§ 1609); *J. Erskine / J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 154; *P. Fraser*, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 516, 566; *D. M. Walker*, The law of contracts and related obligations in Scotland, S. 55; *H. Weber*, Einführung in das schottische Recht, S. 53.

⁷⁹² *J. Erskine / J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 152.

sei denn ihr Mann trat als Partei in dem Verfahren auf.⁷⁹³ Durch die Eheschließung erhielt der Mann das Recht, Entscheidungen für die Frau und deren Vermögen zu treffen.⁷⁹⁴ Nach *common law* waren verheiratete Frauen also grundsätzlich geschäftsunfähig.⁷⁹⁵

So lange die Ehe bestand und die Ehepartner nicht getrennt voneinander lebten, gingen die Rechte der Frau vollständig auf den Mann über.⁷⁹⁶ Das bewegliche Vermögen der Frau (*moveable property*)⁷⁹⁷ wurde bei Heirat einfach auf den Ehemann übertragen, in dessen freiem Ermessen es fortan stand. Ohne Beschränkungen konnte er mit diesem verfahren und über dieses entscheiden, wie es ihm beliebte.⁷⁹⁸ Er konnte es verkaufen und sogar testamentarisch darüber verfügen. Nicht nur ging das bewegliche Vermögen, das die Frau bei Eintritt in die Ehe besaß, auf ihn über, sondern auch das, welches sie, wie ihren Arbeitslohn, während der Ehe erlangte.⁷⁹⁹ Das Anrecht des Ehemannes auf das bewegliche Vermögen seiner Frau wurde als *jus mariti* bezeichnet. Das *jus mariti* bezog sich jedoch nicht auf das unbewegliche Vermögen der Frau (*heritable property*).⁸⁰⁰ Allerdings stand ihm bezüglich des *heritable property* gemäß seines *jus administrationis* die alleinige Verwaltung zu und alles, was aus dem unbeweglichen Vermögen hervorging wie Mieteinnahmen und Erzeugnisse, fiel wiederum auf Grund seines *jus mariti* in sein Vermögen.⁸⁰¹

Aufgrund des *jus administrationis* konnte die Frau nicht eigenständig über das ihr verbleibende Eigentum verfügen und benötigte für Handlungen die

⁷⁹³ J. Erskine/ J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 154; P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 566.

⁷⁹⁴ J. Erskine / J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 152. Allerdings konnte auch er nicht im Namen seiner Frau klagen, ohne ihre Zustimmung zu haben (J. Erskine/ J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 154).

⁷⁹⁵ H. Weber, Einführung in das schottische Recht, S. 53.

⁷⁹⁶ E. M. Clive, The Law of Husband and Wife in Scotland (1992) S. 231.

⁷⁹⁷ Die Trennung zwischen beweglichem Vermögen (*moveable property*) und unbeweglichem Vermögen (*heritable property*) ist mit dem in Deutschland vergleichbar. Siehe ausführlicher: P. Bachmann, Die rechtliche Stellung des Ehegatten bei gesetzlicher Erbfolge im schottischen Erbrecht, S. 95-99; D. M. Walker, Principles of Scottish Private Law, Vol III, S. 4-17.

⁷⁹⁸ W. M. Gloag/ R C. Henderson, The Law of Scotland, S. 861.

⁷⁹⁹ J. Erskine/ J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 147; P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 679.

⁸⁰⁰ P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 688

⁸⁰¹ E. M. Clive/ J. G. Wilson, The Law of Husband and Wife in Scotland (1974), S. 285 f.; J. Erskine/ J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 147, 152; F. P. Walton, A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland (1951) S. 197.

Zustimmung ihres Mannes.⁸⁰² Alle von ihr eingegangenen *deeds* ohne seine Zustimmung waren nichtig.⁸⁰³ *Deeds* umfassen dabei Verpflichtungen, die die Belastung oder Veräußerung eines Grundstücks oder eines anderen von der Wirkung des *jus mariti* ausgeschlossenen Gegenstandes beinhalten. Ferner kann *deed* die Übertragung des Eigentums, die Einräumung von Sicherheiten, die Bewilligung von Verpachtung oder Vermietung, der Kündigung von Mietern oder anderen administrativen Handlungen wie der Einziehung der Mieten, das Verklagen von Schuldnern sein.⁸⁰⁴

Aber auch mit Zustimmung des Ehemannes konnte sie keine persönlichen Verpflichtungen (*personal obligations*) eingehen.⁸⁰⁵ *Personal obligations* beinhalteten Schuldverschreibungen, Schuldscheine, schriftliche Schuldversprechen, verpflichtende Einnahmen und Verträge unabhängig davon, ob sie für geliehenes Geld, über den Preis von Waren oder als Bürge für andere geschlossen wurden. Sie galten als von Anfang an nichtig.⁸⁰⁶

Nicht nur also dass eine Ehefrau, gerade wenn sie aus den nicht so vermögenden Schichten kam, einen Großteil ihres Eigentums verlor, sie war auch nicht in der Lage Verträge, die sie persönlich verpflichteten, abzuschließen. Auch mit ihrem Ehemann konnte sie, solange sie mit diesem zusammenlebte, keine Verträge eingehen.⁸⁰⁷

Allerdings gab es Ausnahmen von der Nichtigkeit persönlicher Verpflichtungen und der Zustimmungsvoraussetzung zu *deeds*. Unter anderem galten persönliche Verpflichtungen als wirksam, wenn sie *in rem versum* waren.⁸⁰⁸

In rem versum waren Verträge, die zu einer Vermehrung oder Verbesserung des Vermögens der Ehefrau beitrugen und ausschließlich in ihrem Interesse und nicht dem ihres Mannes waren.⁸⁰⁹ Jedoch haftete die Frau auch dann nicht persönlich, sondern nur mit ihrem Vermögen. Ferner konnte eine Ehefrau, wenn sie mit der Leitung einer Firma beauftragt war, solche Ver-

⁸⁰² W. M. Gloag/ R C. Henderson, The Law of Scotland, S. 862.

⁸⁰³ J. Erskine/ J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 155.

⁸⁰⁴ J. Erskine/ J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 159.

⁸⁰⁵ P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 519, 528; D. M. Walker, The law of contracts and related obligations in Scotland, S. 55.

⁸⁰⁶ P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 520; W. M. Gloag/ R. C. Henderson, The Law of Scotland, S. 862.

⁸⁰⁷ P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 513.

⁸⁰⁸ Galbraith v Provident Bank (1900) 8 SLT 140 (141 f).

⁸⁰⁹ Henderson v Mrs Jessie Anne Hutchison or Dawson, (1895) 3 SLT 82 (83 f); P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 535.

träge abschließen, die in Ausübung dieser Tätigkeit anfielen (*praeposita negotiis*).⁸¹⁰ Eine weitere Ausnahme zu den strengen Bestimmungen bzgl. der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau griff ein, wenn die Eheleute getrennt voneinander lebten. Die Frau bedurfte dann gleich einer alleinstehenden Frau keiner Zustimmung mehr durch ihren Mann und konnte wirksame auch persönliche Verpflichtungen eingehen.⁸¹¹

a. *Marriage Contracts*

Auch konnten die Wirkungen der Ehe für die Frau durch einen Ausschluss von *jus mariti* und *jus administrationis* gemildert werden.

Allerdings war ein solcher Ausschluss nicht immer zulässig. Ursprünglich wurde das *jus mariti* als vom Ehemann untrennbares Recht angesehen. Weder Vorbehalte der Frau noch der Verzicht durch den Mann auf sein Recht, auch nicht wenn es explizit vertraglich festgehalten wurde, waren möglich.⁸¹²

Eine Änderung der Rechtslage hatte sich Mitte des 18. Jahrhunderts eingestellt. Der Ehemann konnte nun in einem vorehelichen oder ehelichen *marriage contract* sowohl auf sein Recht auf das bewegliche Eigentum seiner Ehefrau als auch auf sein Entscheidungsrecht bzgl. ihres Eigentums verzichten.⁸¹³ Es konnte aber auch nur auf das *jus mariti* allein verzichtet werden. Das Verwaltungsrecht bestand fort, solange es nicht explizit oder implizit ausgeschlossen worden war. Bei einem alleinigen Ausschluss des *jus mariti* benötigte die Ehefrau weiter die Zustimmung ihres Mannes zu *deeds* und Klagen.⁸¹⁴

Die Rechte des Mannes hinsichtlich des Eigentums seiner Ehefrau konnten aber nicht nur durch ihn, sondern auch von Dritten in Bezug auf Vermögen, welches diese der Frau übertragen wollten, ausgeschlossen werden.⁸¹⁵ Bei einem Verzicht durch den Ehemann auf beide Rechte oder einem Aus-

⁸¹⁰ *J. Erskine/ J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 158.

⁸¹¹ *J. Erskine/ J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 158; *P. Fraser*, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 529.

⁸¹² *J. Erskine/ J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 148 f.

⁸¹³ *J. Erskine/ J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 149; *D. M. Walker*, The law of contracts and related obligations in Scotland, S. 55.

⁸¹⁴ *P. Fraser*, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 572.

⁸¹⁵ *E. M. Clive*, The Law of Husband and Wife in Scotland (1992), S. 231; *J. Erskine/ J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 148.

schluss durch Dritte waren *deeds* der Ehefrau auch ohne die Zustimmung ihres Ehemannes wirksam.⁸¹⁶ Sie konnte mithin ihr ganzes oder auch Teile des Vermögens abtreten oder übertragen.⁸¹⁷

Personal obligations banden die Ehefrau aber auch dann nicht, wenn sie Vermögen unabhängig von *jus mariti* und *administrationis* hielt.⁸¹⁸ Denn der Ehemann sei nicht dazu ermächtigt, sie von einem Unvermögen zu befreien, welches ihr das Recht auferlege.⁸¹⁹

Marriage contracts, die den Übergang des Vermögens der Frau bei Eintritt in die Ehe auf den Mann verhindern sollten, wurden auch in Schottland wie in England meist in Form von Treuhandvermögen für die Ehefrau gehalten.⁸²⁰ Eigentlich galten *marriage contracts* nur für die Zeit der Ehe, beinhalteten aber häufig zusätzlich Regelungen für die Zeit danach. Üblicherweise enthielten solche Verträge Vorkehrungen für die Eheperson, die die andere überlebte, an Stelle der für den Ehegatten sonst greifenden gesetzlichen Regelungen (*legal rights*).⁸²¹

Auf Grund der besonderen Regelung im schottischen Recht zu diesem Zeitpunkt war es aber gleichbedeutend, ob Vorkehrungen explizit für eine Scheidung oder den Erbfall gemacht wurden.⁸²²

Voreheliche wie eheliche *marriage contracts* wurden allgemein üblich, wo die Frau beträchtliches Vermögen hatte oder möglicherweise während der Ehe erben würde.⁸²³ Insbesondere im 19. Jahrhundert waren sie unter der vermögenden Klasse weit verbreitet, um die normalen Konsequenzen einer Ehe auf das Eigentum abzuändern.⁸²⁴ Sie nahmen in ihrer Häufigkeit jedoch ab, als die Rechte der Ehefrauen zunehmend erweitert wurden. Vor allen

⁸¹⁶ *J. Erskine/ J. B. Nicolson*, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 148 f.; 155; *P. Fraser*, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 781 ff., 813 f.; *W. M. Gloag/ R. C. Henderson*, The Law of Scotland, S. 861 f.

⁸¹⁷ Erst seit Mitte des 18. Jahrhunderts konnte auch das *jus administrationis* ausgeschlossen werden. Der Verzicht auf das *jus mariti* während der Ehe durch den Ehemann konnte widerrufen werden.

⁸¹⁸ *P. Fraser*, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 528.

⁸¹⁹ *Henderson v Mrs Jessie Anne Hutchison or Dawson* (1895) 3 SLT 82 (84); *P. Fraser*, Treatise on Husband and Wife, Vol I, S. 519, 528.

⁸²⁰ *D. M. Walker*, Principles of Scottish Private Law, Vol I, S. 246.

⁸²¹ *D. M. Walker*, Principles of Scottish Private Law, Vol I, S. 246.

⁸²² Zur *fictional death rule* und ihren Auswirkungen im Detail siehe unten § 4 I. 2.

⁸²³ *D. M. Walker*, Principles of Scottish Private Law, Vol I, S. 246; so z.B. in *Gavin's Trustees v Walker's Trustees* (1907) 15 SLT 681.

⁸²⁴ *A. M. Bell*, Lectures on Conveyancing – Volume II (1882) S. 850; *E. M. Clive*, The Law of Husband and Wife in Scotland (1997) S. 312.

Dingen verloren sie mit der Einführung des *Married Women's Property (Scotland) Act* 1881 an Bedeutung, dessen Sinn es war, den verheirateten Frauen allgemein dasselbe Recht über ihr eigenes Vermögen zu geben, wie es dies schon für viele vermögende Frauen auf Grund eines Vertrages war.⁸²⁵

b. *Married Women's Property (Scotland) Acts*

Die Reihe der entscheidenden Gesetze für die Erweiterung der Rechte der Ehefrau begann mit dem *Conjugal Rights (Scotland) Amendment Act* 1861. *Section 16* milderte die Härte des *jus mariti* ab. Er bestimmte, dass Eigentum der Ehefrau, sofern nicht der Ehemann davon vernünftige Vorkehrungen für ihre Unterstützung und ihren Unterhalt traf, dann nicht auf den Mann übergehen sollte, wenn sie dieses erbte oder es anders als auf Grund ihres eigenen Fleißes erwarb.

Es folgte der *Married Women's Property (Scotland) Act* 1877, der sowohl das *jus mariti* als auch das *jus administrationis* bei Löhnen und Verdiensten der Ehefrau im Rahmen einer Anstellung, bei Ausübung eines Handels oder Geschäftes oder durch die Ausübung literarischer, künstlerischer oder wissenschaftlicher Fähigkeiten ausschloss.⁸²⁶

Als entscheidender wird jedoch der *Married Women's Property (Scotland) Act* von 1881 gesehen, der das *jus mariti* gänzlich abschaffte. So hieß es in *Section 1 (1)*, dass bei Ehen, die nach Inkrafttreten dieses *Acts* eingegangen werden, das ganze bewegliche Vermögen einer Ehefrau, unabhängig davon, ob es vor oder während der Ehe erworben wurde, ihr separates Eigentum bleiben und nicht Gegenstand des *jus mariti* werden soll. *Section 1 (2)* besagte darüber hinaus, dass jedes Einkommen aus solchem Vermögen⁸²⁷ als persönliche Einnahme der Frau gilt und diesbezüglich auch das *jus administrationis* des Ehemannes ausgeschlossen sei.

Fraglich war eine Zeit lang, ob *Section 1 (2)* zur Folge haben sollte, dass verheiratete Frauen bezüglich des Managements ihres Vermögens, und

⁸²⁵ *Hodge v Mitchell* (1908) 16 SLT 289 (292).

⁸²⁶ *Section 3 Married Women's Property (Scotland) Act* 1877.

⁸²⁷ "Any income of such estate". Die Worte "such estate" beziehen sich dabei auf das bewegliche Vermögen der Ehefrau, welches vor oder während einer nach Inkrafttreten des *Acts* eingegangenen Ehe erworben wurde (*Hodge v Mitchell* (1908) 16 SLT 289 (292)).

nicht nur des Einkommens daraus, den unverheirateten Frauen gleichgestellt werden sollten. In dem Fall *Dick v The General Life Assurance Co. Ltd*⁸²⁸ stellte das Gericht jedoch klar, dass der Umfang, in dem das *jus administrationis* gemäß *Section 1 (2)* berührt ist, nicht offen für weiterführende Auslegungen sei, sondern sich allein auf das Einkommen aus dem Vermögen beschränke und das Recht des Ehemannes ansonsten unangetastet lasse.⁸²⁹ Gewöhnliche Investitionen und Verwaltungsaufgaben durch die Ehefrau waren danach seither zulässig, nicht jedoch die Veräußerung ihres Vermögens oder Teile davon. Auch Investitionen oder Verwaltungsaufgaben, die aus dem gewöhnlichen Rahmen fielen, wurden von *Section 1 (2)* nicht erfasst.⁸³⁰

In Folge des *Married Women's Property (Scotland) Act 1881* und der vorhergehenden gesetzlichen Änderungen wurde in dem Fall *Fenton Livingstone v Fenton Livingstone*⁸³¹ ein Vertrag zwischen Ehemann und –frau für wirksam erklärt, ohne dass das Gericht Einwendungen auf Basis von *public policy* anführte.

Allerdings besaß eine Ehefrau immer noch nicht die volle Handlungsfähigkeit und brauchte die Zustimmung ihres Ehemannes, um Partei in einem Rechtsverfahren sein zu können.⁸³²

Dies änderte sich erst mit dem *Married Women's Property (Scotland) Act 1920*, durch dessen *Section 1* endgültig und vollständig das *jus administrationis* des Ehemannes abgeschafft wurde und eine Ehefrau dieselben Befugnisse in Bezug auf ihr bewegliches und unbewegliches Vermögen hatte wie eine unverheiratete Frau. Unabhängig von ihrem Ehemann besaß sie nun die volle Geschäfts- und Handlungsfähigkeit⁸³³ und konnte auch mit ihm Verträge schließen wie mit jedem Dritten.⁸³⁴

Jedoch wurde auch noch nach dem *Married Women's Property (Scotland) Act 1920* angezweifelt, dass es für Personen, die tatsächlich und nach dem Gesetz so eng miteinander verbunden seien wie Ehemann und Ehefrau,

⁸²⁸ *Dick v The General Life Assurance Co. Ltd.* (1900) 7 SLT 446.

⁸²⁹ *Dick v The General Life Assurance Co. Ltd.* (1900) 7 SLT 446 (448).

⁸³⁰ *Dick v The General Life Assurance Co. Ltd.* (1900) 7 SLT 446 (449).

⁸³¹ *Fenton Livingstone v Fenton Livingstone* 1908 SC 286 (289).

⁸³² *Gordon v Nakeski-Cumming* 1924 SC 939 (942); *Mill v Dundas* (1919) 2 SLT 65 (67).

⁸³³ *Section 3 Married Women's Property (Scotland) Act 1920.*

⁸³⁴ *Horsburgh v Horsburgh* 1949 SLT 355 (357); *Millar v Millar* 1940 SC 56 (58 ff.); *Raitt v Raitt* 1923 SLT 66 (68).

zulässig sein sollte, einen Vertrag zu schließen, den sie vor Gericht durchsetzen könnten.⁸³⁵ Obwohl seit 1920 Ehefrauen gleich den unverheirateten Frauen das Recht hatten, Verträge einzugehen, wurde erst durch die Entscheidung *Horsburgh v Horsburgh*⁸³⁶ etabliert, dass sich Eheleute auf Grund eines zwischen ihnen geschlossenen Vertrages verklagen konnten.⁸³⁷ Da aber bei Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen ein Verfahren erst nach der Scheidung zu erwarten ist, ist weniger entscheidend, ab wann Verträge zwischen Eheleuten während der Ehe durchgesetzt werden konnten, sondern ab wann sie Verträge wegen eines Ausschlusses des *ius administrationis* miteinander schließen konnten. Entscheidender Bedeutung kommen daher dem *Married Women's Property (Scotland) Acts* von 1877, 1881 und 1920 zu.

2. Fictional Death Rule

In Schottland gab es jedoch eine rechtliche Besonderheit, die das Recht zur eigenständigen Regelung der finanziellen Scheidungsfolgen länger beschränkte als die mangelnde Geschäftsfähigkeit der Ehefrau.

Bis zum *Succession (Scotland) Act* 1964 wurde das schottische Scheidungsrecht durch die Regel geprägt, dass der schuldige Ehegatte, auf Grund dessen Fehlverhalten⁸³⁸ der andere die Scheidung einreichen durfte, so behandelt werde, als sei er an dem Tag der Scheidung verstorben.⁸³⁹ Diese *fictional death rule*, auch *civil death* genannt, löste einige automatische Folgen aus.

⁸³⁵ *Galloway v Galloway* 1929 SLT 131 (138).

⁸³⁶ *Horsburgh v Horsburgh* 1949 SLT 355.

⁸³⁷ *L. Edwards/ A. Griffith*, Family Law, S. 279.

⁸³⁸ Nach der Reformation waren dies zunächst Ehebruch und Verlassen ohne vernünftigen Grund. 1938 kamen Grausamkeit, unheilbare Geisteskrankheit und Sodomie als Gründe hinzu.

Siehe dazu ausführlicher S. 23 f.

⁸³⁹ Diese Regel wurde 1681 durch den *Viscount of Stair* in *The institutions of the law of Scotland* (S. I. Iv. 20.) formuliert: „Marriage dissolved by divorce, either upon wilful non-adherence (or wilful desertion) or adultery, the party injurer loseth all benefit accruing through the marriage (as is expressly provided by the foresaid Act of Parliament, 1573, c. 55, concerning non-adherence), but the party injured hath the same benefit as y the other's natural death.“ Diese Stelle wurde vom *House of Lords* in den Fällen *Harvey v Farquhar* (1870-75) LR 2 Sc 192; *Montgomery v Zarifi* 1918 SC 128 (133) und *Lady Selsdon v Lord Selsdon* 1934 SLT 377 wiederholt als autoritativ anerkannt.

Der unschuldige Ehegatte konnte seine *legal rights* geltend machen.⁸⁴⁰ Hierbei handelte es sich um unentziehbare Ehegattenrechte, die sowohl bei gesetzlicher als auch bei gewillkürter Erbfolge entstanden und die daher wohl eher mit Ansprüchen auf Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten als mit denen über die gesetzliche Erbfolge verwandt sind.⁸⁴¹

Die unschuldige Ehefrau konnte unter anderem ihr *jus relictæ* geltend machen, wonach sie die Hälfte bzw. ein Drittel, wenn es Kinder aus der Ehe gab, des beweglichen Vermögens des Ehemannes erhielt. Darüber hinaus war sie zu einer als *terce* bezeichneten Dienstbarkeit befugt.⁸⁴² Diese Dienstbarkeit auf Lebenszeit, sogenannte *liferent*, betrug ein Drittel der jährlichen Erträge aus dem Immobilienvermögen des Mannes.⁸⁴³

Dem Ehemann, der sich von seiner Frau scheiden ließ, stand eine als *courtesy* bezeichnete Dienstbarkeit zu. Diese bezog sich aber, im Gegensatz zur *terce*, auf das ganze unbewegliche Vermögen der Ehefrau.⁸⁴⁴

Ein dem *jus relictæ* der Ehefrau entsprechendes Recht für den Mann wurde mit dem *Married Women's Property (Scotland) Act 1881, Section 5* eingeführt. Da zuvor das gesamte bewegliche Vermögen der Frau bei Heirat ohnehin auf den Mann auf Grund dessen *jus mariti* überging, war eine Regelung bisher überflüssig gewesen. Allerdings wurde ihm dieses Recht nur im Falle eines wirklichen Versterbens seiner Ehefrau zu Teil. Denn die Norm, die davon sprach, dass das Recht dem Ehemann zustehen sollte, dessen Frau gestorben sei, wurde wörtlich verstanden.⁸⁴⁵ Im Falle einer Scheidung konnte der unschuldige Ehemann also nur sein *courtesy* geltend machen.

⁸⁴⁰ *Lady Selsdon v Lord Selsdon* 1934 SLT 377 (377, 379 f.); *F. P. Walton*, A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland (1951), S. 230.

⁸⁴¹ *Naismith v Boyes* [1899] AC 495 (500); *P. Bachmann*, Die rechtliche Stellung des Ehegatten bei gesetzlicher Erbfolge im schottischen Rech, S. 15 f.; *D. M. Walker*, Principles of Scottish Private Law, Vol IV, S. 119.

⁸⁴² *P. Bachmann*, Die rechtliche Stellung des Ehegatten bei gesetzlicher Erbfolge im schottischen Rech, S. 15.

⁸⁴³ *P. Bachmann*, Die rechtliche Stellung des Ehegatten bei gesetzlicher Erbfolge im schottischen Rech, S. 15, 20; *E. M. Clive/J. G. Wilson*, The Law of Husband and Wife in Scotland (1974), S. 286.

⁸⁴⁴ *P. Bachmann*, Die rechtliche Stellung des Ehegatten bei gesetzlicher Erbfolge im schottischen Rech, S. 24; *E. M. Clive/J. G. Wilson*, The Law of Husband and Wife in Scotland (1974), S. 286.

⁸⁴⁵ *E. M. Clive/J. G. Wilson*, The Law of Husband and Wife in Scotland (1974), S. 540

Allerdings wurden auch ansonsten die scheidungsrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche nicht gänzlich gleich behandelt. Zwar galt grundsätzlich, dass der unschuldige Ehegatte nicht mehr und nicht weniger bekommen sollte, als wenn der schuldige Ehepartner tatsächlich verstorben wäre.⁸⁴⁶

Aber zu Gunsten der unschuldigen Ehefrau wurden u.a. *liferents*, die der Ehemann an dem Vermögen seines Vaters hatte und bei seinem tatsächlichen Erstversterben verfallen würden, als Teil des bewegliche Vermögen des Ehemannes betrachtet und in die Berechnung des *jus relictae* mit einbezogen.⁸⁴⁷ Lord Tomlin war in der *House of Lords* Entscheidung *Lady Selsdon v Lord Selsdon* der Ansicht, dass die Regeln des natürlichen Todes nicht vollständig auf den fiktiven zu übertragen sein und auf die wirklichen Tatsachen bei einer Scheidung Rücksicht genommen werden müsste.⁸⁴⁸

Der schuldige Ehegatte verlor im Gegenzug nicht bloß alle Rechte, die ihm während der Ehe zustanden, sondern auch die, die ihm als überlebender Ehegatte erwachsen wären.⁸⁴⁹

Warfen sich die Ehegatten gegenseitig Ehevergehen vor und wurden beide für schuldig befunden, so verloren beide Seiten ihre Rechte.

Es bestand jedoch die Möglichkeit *legal rights* auszuschließen bzw. auf sie zu verzichten. Meist geschah dies in *marriage contracts*,⁸⁵⁰ die nach der Einführung der Scheidung in Schottland oft auch die Positionen für den Scheidungsfall regelten.⁸⁵¹ Solche Verträge, ob vor oder während der Ehe geschlossen, wurden in Schottland nie im Widerspruch zur *public policy* gesehen.⁸⁵² Der häufigste Hinweis auf *legal rights* in *marriage contracts* war in Klauseln, in denen sie ausgeschlossen wurden.⁸⁵³

Der Verzicht auf die *legal rights*, wohl meist in einem vorehelichen Ehevertrag beinhaltet, konnte auch während der Ehe erfolgen und war auch durch die Frau trotz ihrer Geschäftsunfähigkeit möglich. Denn die Befreiung des anderen von seinen Pflichten bzw. die Aufgabe von Rechten stellt keine

⁸⁴⁶ *Drummond v Bell-Irving* 1930 SC 704 (717).

⁸⁴⁷ *Lady Selsdon v Lord Selsdon* 1934 SLT 377 (378, 379).

⁸⁴⁸ *Lady Selsdon v Lord Selsdon* 1934 SLT 377 (379).

⁸⁴⁹ *Lady Selsdon v Lord Selsdon* 1934 SLT 377 (380); *P. Fraser*, *Treatise on Husband and Wife*, Vol II, S. 1221.

⁸⁵⁰ Zur Erklärung und zur eigentlichen Bedeutung von *marriage contracts* siehe oben § 4 I. 1. a.

⁸⁵¹ *E. M. Clive*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 315.

⁸⁵² *E. M. Clive*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 315.

⁸⁵³ *E. M. Clive/J. G. Wilson*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 354.

personal obligation,⁸⁵⁴ sondern lediglich ein *deed* durch die Ehefrau dar. Da der Verzicht der Frau auf ihre *legal rights* ein Vorteil für ihren Ehemann darstellt, ist nicht einmal seine Zustimmung nötig. Akzeptiert er seine Befreiung von der eventuellen Verpflichtung, so reicht dies für eine Autorisierung des *deeds*.⁸⁵⁵

Grundsätzlich scheint solch ein Verzicht im Gegenzug zu einer vertraglichen Absicherung erfolgt zu sein. Aber auch solch ein Vertrag, sollte es sich bei der Absicherung nicht ohnehin um ein einseitiges unentgeltliches Versprechen handeln, konnte von einer Ehefrau angenommen werden. Denn im schottischen Recht sind zweiseitige unentgeltliche Verträge möglich, bei denen die eine Vertragspartei gebunden ist, etwas zu erfüllen, und die andere die Erfüllung bloß akzeptiert, also im Gegenzug weder etwas tun noch zahlen muss.⁸⁵⁶ Da im schottischen Recht im Gegensatz zum englischen⁸⁵⁷ eine Gegenleistung als Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Vertrages nicht notwendig ist,⁸⁵⁸ konnte die Ehefrau trotz eigentlicher Vertragsunfähigkeit auf ihre *legal rights* verzichten und im Gegenzug eine vertragliche Absicherung annehmen.

Allerdings galt die *fictional death rule* auch hinsichtlich vertraglicher Vereinbarungen. Da zwar die *legal rights* ausgeschlossen, nicht aber der *civil death* umgangen werden konnte, griffen auch hinsichtlich vertraglicher Vorkehrungen daher einige automatische Folgen. So erloschen vertragliche Verpflichtungen zahlbar von der unschuldigen Eheperson an den schuldigen Ehegatten, als sei dieser verstorben.⁸⁵⁹ Vereinbarte Verpflichtungen hingegen zahlbar an den unschuldigen Ehegatten durch den Schuldigen

⁸⁵⁴ Zu den unterschiedlichen Beschränkungen der Ehefrau bei *personal obligations* und *deeds* siehe oben § 4 I. 1.

⁸⁵⁵ J. Erskine/ J. B. Nicolson, An Institute of the Law of Scotland, Vol I, S. 156.

⁸⁵⁶ *Bilateral gratuitous contracts* sind schwer von den *unilateral voluntary promises*, die im schottischen Recht rechtlich durchsetzbare Verpflichtungen begründen können, zu unterscheiden. In zweifelhaften Fällen wird eher ein Vertrag als ein Versprechen angenommen. (D. M. Walker, Principles of Scottish Private Law, Vol II, S. 7; *Forbes v Knox* 1957 SLT 102 (102 ff.))

⁸⁵⁷ Zur Erklärung und Bedeutung von *consideration* im englischen Recht siehe Fn. 453.

⁸⁵⁸ D. M. Walker, Principles of Scottish Private Law, Vol II, S. 7, 41.

⁸⁵⁹ *Ritchie v Ritchie's Trs* (1874) 1 R 987 (989); *Towse's Tr v Towse* 1924 SLT 465 (467); E. M. Clive, The Law of Husband and Wife in Scotland (1997) S. 319; P. Fraser, Treatise on Husband and Wife, Vol II, S. 1221; F. P. Walton, A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland (1951), S. 230.

oder durch jemanden in dessen Namen wurden mit Scheidung fällig.⁸⁶⁰ Für den Fall eines *marriage contract* oder *settlement* bedeutete dies, dass der schuldige Ehegatte alle vertragsrechtlichen Vorkehrungen aus dem Vertrag verlor und verpflichtet war umgehend alle Verpflichtungen zu Gunsten der unschuldigen Partei zu regeln oder auszubezahlen. Es fanden die Vorkehrungen des *marriage contract* Anwendung, die bei Versterben des schuldigen Ehegatten gegolten hätten,⁸⁶¹ d.h. die Bestimmungen, die für einen echten Todesfall gelten sollten, wenn es keine expliziten Regelungen für eine Scheidung gab.

Im Ergebnis führte dies unter anderem dazu, dass der Vater des schuldigen Ehegatten dem unschuldigen nach der Scheidung jährliche Zuwendungen zahlen musste, hatte er im (vorehelichen) Ehevertrag seinem Kind diese Zahlungen und nach Ableben dieses dessen Frau zugewilligt.⁸⁶² Eine Grenze wurde aber dort gezogen, wo solche Zahlungen nicht schon während der Ehe an den Ehegatten gegangen waren.⁸⁶³

Waren die gesetzlichen Vorkehrungen nicht ausgeschlossen, war es der Frau möglich, noch neben den vereinbarten Bestimmungen *terce* und *jus relictæ* zu fordern.⁸⁶⁴

Auch hinsichtlich vertraglicher Vereinbarungen galt, dass beide Parteien ihre Rechte verloren, warfen sie sich gegenseitig Ehevergehen vor und wurden für schuldig befunden.⁸⁶⁵

Als Grund für diese Handhabung der Scheidungsfolgen galt das Verschuldensscheidungsrecht, auf Grund dessen eine Scheidung als Strafe für das Ehevergehen des schuldigen Ehegatten gesehen wurde.⁸⁶⁶

3. Zusammenfassung

In Schottland waren die Grenzen, die finanziellen Scheidungsfolgen eigenständig zu bestimmen, bis zum Jahre 1964 fest abgesteckt. Zwar war es

⁸⁶⁰ *Fortington v Lord Kinnaird* 1942 SC 239 (244, 248); *E. M. Clive*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 319; F. P. Walton, *A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland* (1951), S. 230.

⁸⁶¹ *Coats' Trustees v Inland Revenue* 1965 SLT 145 (148).

⁸⁶² *Fortington v Lord Kinnaird* 1943 SLT 24 (37, 42).

⁸⁶³ *Drummond v Bell-Irving* 1930 SC 704 (719).

⁸⁶⁴ *P. Fraser*, *Treatise on Husband and Wife*, Vol II, S. 1216.

⁸⁶⁵ *Fraser v Walker* (1872) 10 M 837 (843).

⁸⁶⁶ *J. M. Thomson*, *Family Law in Scotland* (2002), S. 109.

möglich, die gesetzlichen erbrechtlichen Folgen auszuschließen, aber die Gültigkeit der vertraglichen Vereinbarungen hing von der Variablen ab, welcher Ehegatte die Scheidung zu verschulden hatte.

Gesetzliche und vertragliche Folgen hatten gemein, dass der schuldige Ehegatte nicht mit einem Mehr aus der Ehe hinausgehen konnte, als während der Ehe in seinem Vermögen stand. Allerdings bestand die Möglichkeit, dass der schuldige Gatte bei Ausschluss von *legal rights* und Unterlassen von vertraglichen Vorkehrungen bei einer Scheidung keinen Vermögensverlust erlitt.

Nachteil der *fictional death rule* war, dass die Gerichte keine Befugnis hatten, periodische Unterhaltszahlungen zu bestimmen. *Terce* und *courtesy* galten als naheheliche Versorgen. So konnte zwar die Frau eines wohlhabenden Mannes bei Scheidung einen beträchtlichen Teil seines Vermögens auf Grund der *legal rights* erhalten, aber die Frau eines einfachen Arbeitnehmers ohne Vermögen ging ohne jegliche Versorgung aus der Ehe.⁸⁶⁷

II. Die Entwicklung nach dem *Succession (Scotland) Act 1964*

Dieses System von festgelegten Eigentumsregeln in Folge einer Scheidung wurde durch den *Succession (Scotland) Act 1964* aufgehoben.

Entscheidend dafür war die Abschaffung der *fictional death* Regel.⁸⁶⁸ Gemäß *Section 25* des *Succession (Scotland) Acts* konnte die unschuldige Frau bei einer Scheidung nicht länger die Hälfte oder ein Drittel des beweglichen Vermögens des Mannes verlangen. Auch *terce* und *courtesy* konnten nicht mehr geltend gemacht werden.⁸⁶⁹

Obwohl der *Act* selber nicht auch explizit die Regel aufhob, gemäß der eine Scheidung als *civil death* auch für vertragliche Vorkehrungen galt, und auch *Section 25* Raum für Zweifel ließ, wurde die Ansicht, dass der *Succession (Scotland) Act 1964* nicht nur die *fictional death rule* bezüglich der *legal rights*, sondern auch hinsichtlich vertraglicher Vorkehrungen aufhob, als einzige vernünftige Interpretation verstanden.⁸⁷⁰ Zudem basierte *Section*

⁸⁶⁷ E. M. Clive, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1992), S. 14.

⁸⁶⁸ *Brodie v Brodie* 1987 SCLR 49 (50).

⁸⁶⁹ *Section 10 (1) Succession (Scotland) Act 1964*.

⁸⁷⁰ E. M. Clive/ J. G. Wilson, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 353 f; E. M. Clive, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 319

25 auf dem Bericht der *Royal Commission on Marriage and Divorce*, der besagte, dass der schuldige Ehegatte nicht länger seine Rechte aus einem *settlement*, also aus einer vertraglichen Bestimmung, zu Gunsten der unschuldigen Ehepartei verlieren sollte.⁸⁷¹

Für das alte System der festgelegten Regeln wurde ein Ermessenssystem eingeführt,⁸⁷² gemäß dem der Kläger des Scheidungsverfahrens⁸⁷³ eine einmalige Abfindungssumme und/oder regelmäßige Unterhaltszahlungen beantragen und das Gericht solche Anordnungen treffen konnte, wie es sie in Anbetracht der Umstände des Falls für angemessen hielt.⁸⁷⁴

Auf Grund des Bruchs mit der *fictional death rule* sowohl bezüglich gesetzlicher als auch vertraglicher Folgen konnten Eheleute seit 1964 eigenständig über finanzielle Vorkehrungen und Folgen einer Scheidung bestimmen. Jedoch waren der rechtliche Status und die Handhabung dieser Vereinbarungen nicht geklärt.

Der *Succession (Scotland) Act* 1964 enthält zwei wichtige Vorschriften in Bezug auf Verträge zwischen Eheleuten. Die erste ist in *Section 26* (1) (b) enthalten und besagt, dass jeder der beiden Ehegatten vor Gericht eine Anordnung beantragen kann, den Inhalt eines jeden *settlements*, das mit Hinsicht auf oder während der Ehe geschlossen wurde, zu verändern, sofern es bei oder nach Beendigung der Ehe Wirkung zeigt.⁸⁷⁵ Die zweite Vorschrift ergibt sich aus *Section 33* (2). Sie beinhaltet, dass jeder Verweis auf *legal rights* in einem *marriage contract* als Verweis auf die Rechte verstanden werden soll, die Ehemann und Ehefrau auf Grund der Bestimmungen in *Section 26* des *Acts* erhalten könnten.⁸⁷⁶ Da der häufigste Verweis auf *legal rights* in *marriage contracts* in Klauseln war, die diese ausschlossen, wurde *Section 33* (2) so verstanden, dass der Ehegatte, der auf seine *legal rights*

⁸⁷¹ E. M. Clive/ J. G. Wilson, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 353; *Royal Commission on Marriage and Divorce – Report 1951-1955* [1956] Cmd 9678, Absatz 554.

⁸⁷² E. M. Clive/ J. G. Wilson, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 352.

⁸⁷³ Es herrschte weiterhin das Verschuldensprinzip bei Scheidungsverfahren. Nur der unschuldige Ehegatte konnte die Scheidung begehren und nur dem Kläger war es möglich, gerichtliche Zahlungsanordnungen zu beantragen.

⁸⁷⁴ *Section 26* (1) (a) *Succession (Scotland) Act* 1964.

⁸⁷⁵ 'Either party to the marriage may apply to the Court for an order varying the terms of any settlement made in contemplation of or during the marriage, so far as taking effect on or after the termination of the marriage.'

⁸⁷⁶ 'Any reference to legal rights in a marriage contract [...] shall be construed as a reference to any right which the husband or the wife [...] might obtain by virtue of the provisions of section 26 of this Act.'

verzichtet hatte, das Recht auf eine Zahlungsanordnung unter *Section 26* verlor.⁸⁷⁷

Dennoch war nicht geklärt welche Konsequenzen sich aus diesen Vorschriften für Scheidungsfolgenvereinbarungen im Besonderen ergaben. Insbesondere in Frage stand, ob Eheleute auf ihr Recht, Unterhaltszahlungen und Abfindungssummen zu beantragen, gänzlich verzichten konnten und wie bindend diese Vereinbarungen waren. Ferner war nicht geklärt, ob die Möglichkeit bestand, finanzielle Vereinbarungen für die Scheidungsfolgezeit unter *Section 26 (1) (b)* abzuändern, der sich eigentlich nur auf *marriage settlements*, also auf Vereinbarungen die Regelungen für die Zeit der Ehe enthielten, bezog.⁸⁷⁸

Entschieden wurden diese Streitfragen aber erst unter dem den *Succession (Scotland) Act 1964* folgendem Gesetz, dem *Divorce (Scotland) Act 1976*.⁸⁷⁹ Die Bestimmungen von 1964 wurden durch *Section 5* des *Divorce (Scotland) Act 1976* abgelöst. Zudem wurde durch den *Divorce (Scotland) Act 1976* das Zerrüttungsprinzip eingeführt. Das Gericht erhielt die Befugnis bei einem Scheidungsurteil jeden der Ehegatten zu verpflichten, dem anderen solch einen Unterhalt zu zahlen, wie es das Gericht für angemessen hielt im Hinblick auf die Mittel der Parteien und die Umstände des Falles.

1. Vereinbarungen über die Zuständigkeit des Gerichts

Die Frage, ob es Eheleuten möglich war auf ihr Recht, Unterhaltszahlungen oder einen einmaligen Geldbetrag vor Gericht zu beantragen, wirksam verzichten konnten, wurde in dem Fall *Dunbar v Dunbar*⁸⁸⁰ problematisiert.

In der Entscheidung, die zur Wirksamkeit eines Verzichts auf weitere Unterhaltszahlungen, nachdem das Gericht zunächst die Zahlungen angeordnet hatte, getroffen wurde, nahm das Gericht Stellung zur Natur von Unterhaltszahlungen. *Lord Dunpark* stellte zwar fest, dass die Frage, ob eine außergerichtliche Scheidungsfolgenvereinbarung die Ehegatten binde, nicht Gegenstand der Entscheidung sei, aber jedes Recht Unterhalt zu beantra-

⁸⁷⁷ E. M. Clive/ J. G. Wilson, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 354 f.

⁸⁷⁸ *Section 26 (1) (b) Succession (Scotland) Act 1964*, unverändert ersetzt durch *Section 5 (1) (c) Divorce (Scotland) Act 1976*.

⁸⁷⁹ Unter dem *Divorce (Scotland) Act 1976* wurde das Zerrüttungsprinzip eingeführt. Siehe genauer § 1 III. 3.

⁸⁸⁰ *Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169.

gen, solle Gegenstand derselben Regel sein.⁸⁸¹ Sie seien entweder auszu-schließen und einschränkbar durch außergerichtliche Vereinbarungen oder sie seien es nicht.⁸⁸² *Lord Dunpark* war der Meinung, dass solch eine Ver-einbarung geschlossen von volljährigen Parteien wirksam und bindend sei. Hätte die Legislative beabsichtigt, dass das Recht auf Unterhaltszahlungen nicht zulässigerweise ausgeschlossen oder beschränkt werden können soll-te, sollten in dem *Act* explizite Vorschriften zu erwarten sein. Wenn es keine explizite Regelung gäbe, müsse zumindest eine klare Indikation dafür bestehen, dass es sich nicht um ein Recht wie andere gesetzliche Rechte handle, über das zu verfügen es dem Berechtigten in einem Vertrag mit dem Verpflichteten freistehe, sondern dass ein beschränktes Recht, das Gegenstand der Kontrolle des Gerichts sei, vorläge.⁸⁸³

Auch das Verständnis von *Section 33 (2)*, dass der Ausschluss von *legal rights* vor 1964 unter dem neuen Gesetz als ein Ausschluss der Rechte aus *Section 26* verstanden wird, lässt darauf schließen, dass das Parlament sol-che Rechte als ausschlussfähig betrachtete.⁸⁸⁴

Dieser Schluss wurde durch die Entscheidung *Elder v Elder*⁸⁸⁵ bestätigt, in der *Lord Mackay of Clashfern* meinte, dass man gesetzliche Vorschriften erwarten sollte, wenn das Recht, einen Antrag vor Gericht zu stellen,⁸⁸⁶ gegeben sein sollte, ungeachtet einer gegenteiligen Vereinbarung, die die Parteien geschlossen hätten, und insbesondere seit solch eine Vorschrift im englischen Recht enthalten sei.⁸⁸⁷

2. Die Möglichkeit der Abänderung von Vereinbarungen

Ferner war nicht geklärt, ob die Möglichkeit bestand, finanzielle Vereinba-rungen für die Scheidungsfolgezeit unter *Section 26 (1) (b) Succession*

⁸⁸¹ *Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169 (172 f).

⁸⁸² *Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169 (173).

⁸⁸³ *Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169 (172).

⁸⁸⁴ *E. M. Clive*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1982), S. 514.

⁸⁸⁵ *Elder v Elder* 1985 SLT 471.

⁸⁸⁶ *Section 26 Succession (Scotland) Act* 1964 wurde durch *Section 5 Divorce (Scotland) Act* 1976 ersetzt und *Schedule 1 Section 2 Divorce (Scotland) Act* 1976 änderte *Section 33 (2) Succession (Scotland) Act* 1964 ab, einen Hinweis auf *Section 5* einfügend.

⁸⁸⁷ Zunächst in *Section 1 (2) Maintenance Agreements Act* 1957 befand sich die englische Rege-lung zur Nichtigkeit von Klauseln, die die Zuständigkeit des Gerichts zu beschränken versuch-ten, zu diesem Zeitpunkt in *Section 34 (1) (a) Matrimonial Causes Act* 1973.

(Scotland) Act 1964, der sich eigentlich nur auf *marriage settlements* bezog, abzuändern.

In dem Fall *Elder v Elder*⁸⁸⁸, in dem entschieden worden war, dass Vereinbarungen zwischen den Eheleuten bindend sind und dass die Zuständigkeit des Gerichts Unterhaltszahlungen anzuordnen wirksam ausgeschlossen werden kann, wies das Gericht darauf hin, dass der Kläger keinen Antrag auf Abänderung der Vereinbarung unter *Section 5 (1) (c) Divorce (Scotland) Act 1976*⁸⁸⁹ gestellt hätte.⁸⁹⁰ Folglich sah das Gericht die Anwendung der Norm auch auf Scheidungsfolgenvereinbarungen nicht als gänzlich abwegig an. Ein Grund dafür wird gewesen sein, dass die Befugnis *marriage settlements* zu variieren, als Ausgleich zu den Schwierigkeiten gesehen wurde, die der *Succession (Scotland) Act 1964*⁸⁹¹ dadurch verursachte, dass er keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Wirkung der Scheidung auf Rechte unter solchen Verträgen enthielt.⁸⁹²

Allerdings scheint *Section 26 (1) (b)* des *Acts* von 1964 bzw. *Section 5 (1) (c)* des *Acts* von 1976 nicht auf finanzielle Vereinbarung zwischen Ehepartnern für die Zeit nach der Scheidung ausgelegt zu sein. Dafür kann ein Hinweis aus der Entscheidung *Thomson v Thomson*⁸⁹³ herangezogen werden. Der Fall hatte einen Ehevertrag zum Gegenstand, der vor 1964 geschlossen worden war und in dem die Eheleute sämtliche *legal rights* ausgeschlossen hatten. Der Streitpunkt lag nun darin, ob der Ausschluss der *legal rights* einen Verzicht auf das Recht, einen Antrag auf Abänderung eines *settlements* zu stellen, beinhaltete. Zum Teil kann die Argumentation aber auch für den Fall, dass Eheleute in einem Vertrag nach 1964 ihre Recht auf naheheliche Versorgung aufgegeben haben, herangezogen werden.⁸⁹⁴

⁸⁸⁸ *Elder v Elder* 1985 SLT 471.

⁸⁸⁹ Hierbei handelt es sich um den Folgeparagrafen zu *Section 26 (1) (b) Succession (Scotland) Act 1964*.

⁸⁹⁰ *Elder v Elder* 1985 SLT 471 (476).

⁸⁹¹ Aber auch der *Divorce (Scotland) Act 1976* enthielt keine weiterführenden Vorschriften.

⁸⁹² *E. M. Clive/ J. G. Wilson*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 559 f.

⁸⁹³ *Thomson v Thomson* 1982 SLT 521.

⁸⁹⁴ In dem Fall *Thomson v Thomson* wurde es schon als selbstverständlich angesehen, dass volljährige Eheleute wirksam über ihre Rechte und Pflichten verhandeln konnten: 'parties to a marriage contract being of full age are entitled to make such terms as they think fit, including the right to discharge any claim to legal rights on the part of one spouse on divorce' and 'to bar any claim to periodical allowance or capital payments.' *Thomson v Thomson* 1982 SLT 521 (524).

In erster Linie entschied das Gericht, dass der *marriage contract* in dem ihm vorliegenden Fall seine Wirkung nicht erst mit der Scheidung zeige, sondern ab Vertragsschluss.⁸⁹⁵ Da *Section 5 (1) (c) Divorce (Scotland) Act 1976* besagt, dass ein Ehegatte nur dann einen Antrag an das Gericht auf Abänderung des Inhalts eines *settlements* stellen darf, wenn dieses erst bei oder nach Aufhebung der Ehe Wirkung zeigt,⁸⁹⁶ wurde eine Variation nicht als möglich erachtet. Alleine dieses Argument sollte eine Anwendung der Abänderungsmöglichkeit auf Scheidungsfolgenvereinbarungen grundsätzlich ausschließen, da auch bei diesen von einer Wirkung ab Vertragsschluss ausgegangen werden müsste.

Die Richter argumentierten darüber hinaus, dass das Recht eine Abänderung zu fordern durch den Inhalt der Verzichtsklausel im Vertrag ausgeschlossen sei. Dementsprechend müsste geprüft werden, ob ein Vertrag zwischen den Eheleuten einen Ausschluss des Rechts auf Abänderung der Vereinbarung enthält.

Allerdings wurde auch festgehalten, dass, wenn jemand sein Recht auf Zahlung von Unterhalt oder einer einmaligen Geldsumme aufgabe, das Gericht dieses Recht nicht dadurch wiederherstellen könne, indem es den Verzicht aufhebt.⁸⁹⁷ Mit anderen Worten, der Anspruch auf Variation würde einen Antrag darauf darstellen, genau das zu erhalten, was der Antragsteller im Vertrag anerkannt und ausgeschlossen hatte. Das angestrebte Ziel der Eheleute würde damit unterlaufen werden.

Obwohl die Entscheidung darauf hindeutet, dass die Regelung zur Abänderung von *settlements* nicht leichtfertig auf Scheidungsfolgenvereinbarungen übertragen werden kann, nimmt sie dennoch keine scharfe Trennung der unterschiedlichen Vereinbarungstypen zwischen Eheleuten vor.

Die Möglichkeit, *settlements* abzuändern, sollte den Gerichten die Gelegenheit eröffnen *marriage settlements* aus der Zeit vor 1964, in denen eine Scheidung nicht bedacht worden war, zu variieren.⁸⁹⁸ Traditionell handelte es sich zudem bei *marriage settlements* um vor oder während der Ehe ge-

⁸⁹⁵ *Thomson v Thomson* 1982 SLT 521 (524 f).

⁸⁹⁶ '[...] so far as it takes effect on or after the termination of the marriage.' Dieselbe Formulierung war schon in *Section 26 (1) (b) Succession (Scotland) Act 1964* verwendet worden.

⁸⁹⁷ *Thomson v Thomson* 1982 SLT 521 (526).

⁸⁹⁸ *E. M. Clive, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 484.

schlossene Treuhandfonds.⁸⁹⁹ Zwischen *settlements* und den nach 1964 möglich gewordenen Vereinbarungen bestehen also wesentliche Unterschiede und eine Änderung von Scheidungsfolgenvereinbarungen nach der Scheidung unter *Section 26 (1) (b) Succession (Scotland) Acts 1964* bzw. *Section 5 (1) (c) Divorce (Scotland) Acts 1976* dürfte daher nicht möglich gewesen sein.

3. *Joint Minute of Agreement*

Trotz der Wirksamkeit von außergerichtlichen Vereinbarungen wurden finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen häufig im Wege eines *Joint Minute*⁹⁰⁰ geschlossen.⁹⁰¹ Ein *Joint Minute of Agreement (JMoA)* ist Teil des Gerichtsverfahrens und wird eingereicht, wenn die Eheleute das Scheidungsverfahren schon begonnen haben, aber im Laufe des Prozesses entscheiden, eine Vereinbarung hinsichtlich Nebensachen wie finanzieller Scheidungsfolgen zu erreichen.⁹⁰² Als Teil des Gerichtsverfahrens wird ein *JMoA* von der Anwälten der Parteien und nicht von ihnen selber unterzeichnet.⁹⁰³

Entscheidend ist aber, dass, wenn das Gericht die Vereinbarung autorisiert und ein Urteil mit dem Inhalt der Vereinbarung aus dem *Agreement* erlässt, es sich nicht länger um eine Vereinbarung der Eheleute handelt, sondern um eine gerichtliche Anordnung im Sinne von *Section 26 Succession (Scotland) Act 1964*.⁹⁰⁴ In Folge dessen können vereinbarte Unterhaltszahlungen bei einer Veränderung der Umstände durch eine weitere Anordnung gemäß *Section 26 (4)* abgeändert oder widerrufen werden. Allerdings endet die Verpflichtung zu Unterhaltszahlungen auf Grund eines *JMoA* bei erneuter Heirat oder Versterben des Berechtigten gemäß *Section 26 (5)*, auch wenn etwas Gegenteiliges in der ursprünglichen Vereinbarung bestimmt war.⁹⁰⁵

⁸⁹⁹ *Scottish Law Commission, Family Law – Report on Aliment and Financial Provision (No 67)* (1981), S. 125.

⁹⁰⁰ *Joint Minute* bedeutet soviel wie ‚gemeinschaftliches Protokoll‘.

⁹⁰¹ *E. M. Clive/ J. G. Wilson, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 558 f.; *E. M. Clive, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1982), S. 534 ff; *Stair Memorial Encyclopaedia, The Laws of Scotland, Vol 10* (1990), S. 565.

⁹⁰² *The Scottish Office, Mutual Consent: Written Agreements in Family Law* (1997), S. 5.

⁹⁰³ *The Scottish Office, Mutual Consent: Written Agreements in Family Law* (1997), S. 5.

⁹⁰⁴ *E. M. Clive/ J. G. Wilson, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 558 f.

⁹⁰⁵ *E. M. Clive/ J. G. Wilson, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 559.

Wenn die Eheleute sicher gehen wollen, dass die finanziellen Folgen einer Scheidung allein durch die zwischen ihnen getroffene Vereinbarung geregelt werden, muss das Gericht darum gebeten werden, die Vereinbarung zu autorisieren, aber keine Anordnung hinsichtlich finanzieller Vorkehrungen zu machen.⁹⁰⁶ Dann schließt die Vereinbarung die Zuständigkeit des Gerichts für die Anordnung finanzieller Scheidungsfolgen aus, so dass sie nur dann abgeändert oder aufgehoben werden kann, wenn sie gegen die allgemeinen Vertragsregeln⁹⁰⁷ verstößt.⁹⁰⁸

4. Zusammenfassung

Hinsichtlich Scheidungsfolgenvereinbarungen stand das schottische Recht unter dem *Succession (Scotland) Act 1964* und dem *Divorce (Scotland) Act 1976* im Zeichen der Vertragsfreiheit.

Vereinbarungen zwischen sich scheiden lassenden Eheleuten, die finanzielle Vorkehrungen beinhalteten, waren zulässig.⁹⁰⁹ Beide Ehepartner konnten auf ihr Recht, vor Gericht einen Antrag auf Unterhalt zu stellen, verzichten und nur gemäß dem allgemeinen Vertragsrecht bestanden Gründe, wegen derer eine Scheidungsfolgenvereinbarung nichtig sein konnte.

Daher scheint es im schottischen Recht von jeher möglich gewesen zu sein, einen kompletten Unterhaltsverzicht⁹¹⁰ vorzunehmen. Vereinbarungen wurde also nicht entgegengestellt, dass eine Ehepartei seine Verantwortung auf den Staat oder die Allgemeinheit abzuwenden suchte. Zudem bestand im Rahmen des Sozialhilfegesetzes⁹¹¹ keine Haftung des Mannes für den Unterhalt seiner ehemaligen Frau.⁹¹²

⁹⁰⁶ E. M. Clive, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 491.

⁹⁰⁷ Gründe für einen fehlerhaften Vertrag gemäß dem allgemeinen Vertragsrecht sind Irrtümer (*error*), arglistige Täuschung (*fraud*), unzulässige Beeinflussung (*undue influence*), Gewalt (*force*), Bedrohung (*fear*) und irreführende Angaben (*misrepresentation*).

⁹⁰⁸ *Stair Memorial Encyclopaedia*, *The Laws of Scotland*, Vol 10 (1990), S. 565; *Stair Memorial Encyclopaedia*, *The Law of Scotland – Child and Family Law* (2004), S. 574; J. M. Thomson, *Family Law in Scotland* (2002), S. 167 f.

⁹⁰⁹ *Bryan v Bryan* 1985 SLT 444 (445); *Elder v Elder* 1985 SLT 471 (476); D. M. Walker, *The law of contracts and related obligations in Scotland*, S. 144.

⁹¹⁰ Einschließlich des Verzichts auf Zahlung einer *capital sum*.

⁹¹¹ Es galt zu diesem Zeitpunkt der für ganz Großbritannien geltende *Ministry of Social Security Act 1966*. Dieser ersetzte den *National Assistance Act 1948*, der wiederum den ausschließlich für Schottland geltenden *Poor Law (Scotland) Act 1845* ablöste.

⁹¹² E. M. Clive/ J. G. Wilson, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 394. Dass in England trotz Geltung desselben Gesetzes ein kompletter Unterhaltsverzicht grundsätzlich ab-

Im Gegensatz zu England stand Vereinbarungen über die finanziellen Scheidungsfolgen auch nicht das Vorliegen von *collusion* entgegen. Zwar galten auch hier Vereinbarungen zwischen Ehepartnern als nicht zulässig, wenn sie einen falschen Sachverhalt unterstützten oder eine gute Verteidigung unterdrückten.⁹¹³ Ferner musste der Ehepartner, der das Scheidungsverfahren einleitete, schwören,⁹¹⁴ dass das Verfahren nicht auf Grund von *collusion* begonnen wurde.⁹¹⁵ Wann allerdings *collusion* endgültig vorliegen sollte, wurde sehr eng definiert.⁹¹⁶ Kooperation zwischen den Eheleuten in Bezug auf die Scheidung selbst oder deren Folgen auch finanzieller Art war solange zulässig, wie kein Täuschungsmoment vorlag.⁹¹⁷ Auch wurde in Schottland die Regel, dass Verträge nichtig seien, die im Widerspruch zur Ehe als lebenslanger Gemeinschaft standen, nicht so weit ausgelegt wie in England. Es galt zwar ebenso als Verstoß gegen *public policy*,⁹¹⁸ wenn Verträge eine Trennung oder Scheidung vereinbarten.⁹¹⁹ Dies bezog sich jedoch nicht auf finanzielle Vorkehrungen für den eventuellen Fall einer Scheidung. Dabei spielte es zudem keine Rolle, ob diese Vereinbarung vor und mit Hinsicht oder während der Ehe geschlossen wurde.⁹²⁰

Das neue System, eingeführt durch den *Succession (Scotland) Act* 1964, war mit seiner flexibleren Handhabung der Scheidungsfolgen ein Fortschritt zum alten Recht. Insbesondere für die Frauen von Arbeitnehmern ohne Vermögen war es gegenüber den festgelegten Regeln und Folgen des alten Systems von Vorteil, dass sie periodische Unterhaltszahlungen geltend machen konnten. Doch das neue System war noch nicht ausgereift und ließ dem einzelnen Richter zuviel uneingeschränktes Ermessen. Daraus folgte

gelehnt wurde, hatte sich wohl aus dem Unterschied herausgebildet, dass das Recht der englischen Gerichte über Unterhalt zu bestimmen nicht beschnitten werden konnte.

⁹¹³ *Walker v Walker* (1910) 2 SLT 306 (309); *E. M. Clive/J. G. Wilson*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 481; *L. Edwards/A. Griffiths*, *Family Law*, S. 385.

⁹¹⁴ Der *oath of calumny* wurde durch den *Divorce (Scotland) Act* 1976 aufgehoben. Mit Inkrafttreten des *Family Law (Scotland) Act* 2006 *Section* 9 wird nun auch *collusion* abgeschafft.

⁹¹⁵ *J. Erskine / J. B. Nicolson*, *An Institute of the Law of Scotland*, Vol I, S. 174.

⁹¹⁶ *E. M. Clive/J. G. Wilson*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 481. So sind hinsichtlich der Scheidungsgründe *desertion* und *cruelty* keinerlei Fälle bekannt geworden (*E. M. Clive/J. G. Wilson*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 504, 532).

⁹¹⁷ *McKenzie v McKenzie* 1935 SLT 198 (200); *L. Edwards/A. Griffiths*, *Family Law*, S. 385 f.

⁹¹⁸ Zur Erklärung des Begriffs siehe § 3 I. 3.

⁹¹⁹ *D. M. Walker*, *Principles of Scottish Private Law*, Vol II, S. 33.

⁹²⁰ *D. M. Walker*, *Principles of Scottish Private Law*, Vol II, S. 33.

eine nicht tragbare Unsicherheit, was ein Gericht im Falle einer Scheidung an finanziellen Vorkehrungen anordnen würde.⁹²¹ Diese Unsicherheit war einer der Gründe für den *Family Law (Scotland) Act* 1985. Er führte Grundsätze ein, die die finanziellen Folgen einer Scheidung regeln und vorhersehbarer machen sollten.

III. Die Entwicklung der Rechtsituation seit 1985

Nach dem *Succession (Scotland) Act* 1964 herrschte hinsichtlich finanzieller Scheidungsfolgenvereinbarungen gänzliche Vertragsfreiheit. Daran änderte auch der *Divorce (Scotland) Act* 1976 nichts. Erst mit dem *Family Law (Scotland) Act* 1985 erfolgten Einschränkungen.

Dennoch stand es den Parteien nach 1985 weiterhin offen, ihre eigenen finanziellen Vereinbarungen auszuhandeln.⁹²² Auch eine Unterscheidung, ob eine Vereinbarung vor, während oder nach Zusammenbruch der Ehe geschlossen worden war, wurde weiterhin nicht vorgenommen. Die Veränderungen des *Family Law (Scotland) Act* 1985 galten vielmehr der Abänderbarkeit von finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarungen.

1. Die Reform des Scheidungsfolgenrechts

Der *Family Law (Scotland) Act* 1985 ist noch immer geltendes Recht für die finanziellen Folgen einer Scheidung.⁹²³ Er erweiterte zum einen die Entscheidungsmacht der Gerichte, indem er neue Anordnungsbefugnisse einfuhrte,⁹²⁴ setzte diesen Befugnissen aber auch Grenzen.⁹²⁵ Im Übrigen sollte er einen *clean break* zwischen den Ehepartner ermöglichen.⁹²⁶

Das Gericht kann seither gemäß *Section* 8 (2)⁹²⁷ solche Anordnungen erlassen, die den Prinzipien nach *Section* 9 entsprechen und die angesichts der

⁹²¹ J. M. Thomson, *Family Law in Scotland* (2002), S. 168.

⁹²² W. M. Gloag/ R C. Henderson, *The Law of Scotland*, S. 876; E. E. Sutherland, *Child and Family Law*, Rn. 16-143.

⁹²³ Insbesondere *Sections* 8-17 *Family Law (Scotland) Act* 1985.

⁹²⁴ Z.B. die neue Befugnis, die Übertragung von Eigentum von einem Ehepartner auf den anderen anordnen zu können (*Section* 8 (1) *Family Law (Scotland) Act* 1985).

⁹²⁵ Vor allen Dingen *Section* 9 *Family Law (Scotland) Act* 1985.

⁹²⁶ K. McK. Norrie, *Family Law*, S. 83.

⁹²⁷ *Sections* ohne Gesetzesangabe sind im folgendem Abschnitt solche des *Family Law (Scotland) Act* 1985.

Vermögensverhältnisse der Parteien vernünftig sind. Die Bedingung an das Gericht, vernünftige Anordnungen angesichts der Vermögensverhältnisse der Parteien zu treffen, kann auch bedeuten, dass keinerlei Anordnungen erfolgen.⁹²⁸

Die sich aus *Section 9 (1)* ergebenden fünf Grundsätze sind: (a) die faire Teilung des ehelichen Vermögens; (b) die Beseitigung eines Ungleichgewichtes von wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen; (c) die gerechte Aufteilung der wirtschaftlichen Belastung durch die Pflege eines noch nicht 16 Jahre alten Kindes; (d) Anpassung an den Verlust von finanzieller Unterstützung; (e) Entlastung bei ernsthafter finanzieller Bedrängnis infolge der Scheidung.⁹²⁹

Faire Teilung des ehelichen Vermögens im Sinne von *Section 9 (1) (a)* bedeutet nach *Section 10 (1)* die Aufteilung zu gleichen Teilen oder zu solchen Anteilen, die durch besondere Umstände gerechtfertigt werden. Eheliches Vermögen wiederum ist das gesamte Vermögen, das den Eheleuten oder einem von ihnen zum maßgeblichen Zeitpunkt⁹³⁰ gehört und das von ihnen, ausgenommen sind Schenkung oder Erbschaft, erworben wurde.⁹³¹ Seit dem Inkrafttreten des *Family Law (Scotland) Act 1985* ist gemäß *Section 10 (5)* als Teil des ehelichen Vermögens auch der erworbene Anteil an Rechten oder Anwartschaften eines jeden Ehegatten an einer Lebensversicherung, betrieblichen Altersrente oder einer ähnlichen Einrichtung zu sehen. Besondere Umstände, die dem Gericht erlauben, von einer Aufteilung zu gleichen Teilen abzusehen, können unter anderem die Herkunft der Gelder sein, die dazu verwendet wurden, Gegenstände des ehelichen Vermögens anzuschaffen, aber nicht aus dem Einkommen der Eheleute während der Ehe stammen. Besondere Umstände können aber auch die Zerstörung oder Verschwendung von Vermögen durch einen Ehegatten sein.⁹³² Dennoch kann das Gericht trotz Vorliegens von besonderen Umständen auf eine Aufteilung zu gleichen Teilen entscheiden.⁹³³

⁹²⁸ *W. M. Gloag/R C. Henderson*, *The Law of Scotland*, S. 877; *K. McK. Norrie*, *Family Law*, S. 81.

⁹²⁹ Bei Anwendung der in *Section 9* sind ferner die detaillierteren Vorschriften des *Section 11* zu beachten.

⁹³⁰ Dieser tritt entweder bei Beendigung der Lebensgemeinschaft oder Zustellung der Scheidungsklage ein. Siehe *Section 10 (3)*.

⁹³¹ Siehe näher *Section 10 (4)*.

⁹³² *Section 10 (6)*. *W. M. Gloag/R C. Henderson*, *The Law of Scotland*, S. 878.

⁹³³ *Jacques v Jacques*, 1997 SLT 459 8460, 462).

Gemäß *Section 9* (1) (b) sollen die wirtschaftlichen Vorteile berücksichtigt werden, die durch Beiträge eines Ehegatten für den anderen entstanden sind. Als Beiträge sind auch solche zu verstehen, die indirekter und nicht finanzieller Art sind; insbesondere auch der Beitrag, den ein Ehegatte dadurch erbracht hat, dass er sich um die Familienwohnung gekümmert und für die Familie gesorgt hat, fällt hierunter.⁹³⁴

Entscheidend bei dem Prinzip der Anpassung an den Verlust von finanzieller Unterstützung nach *Section 9* (1) (d) ist, dass dem Ehegatten, der in einem beträchtlichen Maß von der finanziellen Unterstützung durch den anderen Ehegatten abhängig war, ein finanzieller Ausgleich für die Dauer von nicht mehr als drei Jahren nach scheidungsbedingtem Wegfall der finanziellen Unterstützung zugesprochen werden soll. Allerdings können periodische Zahlungen (*periodical allowance*) unter angemessenen Umständen auch bis zum Tode oder einer erneuten Heirat des finanziell schwächeren Partners angeordnet werden.⁹³⁵

Bei allen Prinzipien ist das Verhalten der Parteien grundsätzlich nicht vom Gericht in Betracht zu ziehen, außer wenn es die finanziellen Mittel, die von Relevanz für die gerichtliche Entscheidung sind, nachteilig beeinflusst hat oder es in den Fällen von *Section 9* (1) (b) und (e) offensichtlich unbillig wäre, das Verhalten außer Betracht zu lassen.⁹³⁶

Bei einer Scheidung können nun neben den bisher schon möglichen periodischen Unterhaltszahlungen und der einmaligen Kapitalsumme seit dem *Family Law (Scotland) Act 1985* auch die Übertragung von Eigentum und gewisse Nebenanordnungen (*incidental orders*)⁹³⁷ angeordnet werden. Zwar wurde die Zahlung einer Kapitalsumme (*capital sum*) zuvor schon zum Ausgleich des Familienvermögens genutzt,⁹³⁸ doch mit Einführung des *equal sharing* wurde mit der Möglichkeit einer Anordnung auf Übertragung von Vermögensgegenständen (*transfer of property order*) eine angemessenerere Lösung gefunden. Mit dem *Pensions Act 1995* und dem *Welfare Reform and Pensions Act 1999* wurden dann weiterführende gerichtliche Be-

⁹³⁴ *Section 9* (2).

⁹³⁵ *W. M. Gloag/R C. Henderson*, *The Law of Scotland*, S. 879.

⁹³⁶ *Section 11* (7); *Skarpaas v Skarpaas* 1991 SLT (Sh Ct) 15 (15 ff.); *Bremner v Bremner* 2000 SCLR 912 (912); *W. M. Gloag/R C. Henderson*, *The Law of Scotland*, S. 879.

⁹³⁷ Gemäß *Section 14* (2) sind dieses u.a. Verkauf oder Einschätzung von Eigentum, die Inbesitznahme des Familienheims oder die Abänderung von *marriage settlements*.

⁹³⁸ *E. M. Clive/J. G. Wilson*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1974), S. 309, 321.

fugnisse hinsichtlich Rentenanwartschaften in den *Family Law (Scotland) Act* 1985 eingeführt. *Section* 12A⁹³⁹ enthält die sogenannte *pension order*, gemäß der das Gericht, wenn die Leistungen des für das Familienvermögen erheblichen Pensionsplans die Zahlung eines Pauschalbetrages enthalten, anordnen kann, dass der Betrag zumindest teilweise zur Befriedigung einer angeordneten *capital sum* benutzt wird. In *Section* 8 (1) (baa) wurde durch den *Welfare Reform and Pensions Act* 1999 die dem deutschen Versorgungsausgleich nahekommende *pension sharing order* eingegliedert.⁹⁴⁰

Neben den radikalen Neuerungen hinsichtlich der richterlichen Anordnungsbefugnisse und deren Grenzen enthält der *Family Law (Scotland) Act* 1985 zum ersten Mal seit dem *Succession (Scotland) Act* 1964 entscheidende Veränderungen zu Vereinbarungen zwischen Eheleuten.⁹⁴¹ Dies liegt an der begrifflichen Unterscheidung von *marriage settlements* und *agreements*.⁹⁴² Erstmals enthält ein Gesetz explizite Regeln für finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen in Differenzierung zu *marriage settlements*.

Die wesentliche Vorschrift für *marriage settlements* ist *Section* 14 (2) (h). Sie erklärt, dass jede der Parteien einen Antrag an das Gericht auf Anordnung⁹⁴³ der Aufhebung oder Abänderung des Inhalts eines vorehelichen oder ehelichen *marriage settlement* stellen kann. Die Formulierung ist geringfügig weiter als die des vorherigen Gesetzes⁹⁴⁴ und bietet keinen Grund für eine Problematisierung.

⁹³⁹ Eingefügt durch *Section* 167 des *Pensions Act* 1995.

⁹⁴⁰ *Section* 20 *Welfare Reform and Pensions Act* 1999.

⁹⁴¹ Zwar waren die Paragraphen zu Vereinbarungen zwischen Eheleuten durch den *Divorce (Scotland) Act* 1976 aufgehoben und ersetzt worden, aber es fanden keine inhaltlichen Veränderungen statt. Von Bedeutung war der *Divorce (Scotland) Act* 1976 wegen der Abschaffung des Schuldprinzips und der Einführung des Zerrüttungsgrundsatzes bei Scheidung.

⁹⁴² Siehe auch *E. M. Clive, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1992), S. 342, der in der dritten Auflage seines Lehrbuches zum ersten Mal davon spricht, dass Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen von *marriage settlements* differenziert werden müssen. Ferner erkennt er in seiner dritten Auflage unter der Überschrift ‚Verwendungen von Eheverträgen‘ (*Uses of Marriage Contracts*) einen neuen Zweck für ‚Eheverträge‘ an, nämlich die Verhinderung von Streitigkeiten bei Scheidung (S. 336 f), welches er in der zweiten Auflage von 1982 noch nicht getan hatte (vgl. S. 357-359).

⁹⁴³ Als Nebenanordnung (*incidental order*) muss *Section* 14 (2) (h) in Zusammenhang mit *Section* 8 (1) (c) gelesen werden.

⁹⁴⁴ *Section* 26 (1) (b) *Succession (Scotland) Act* 1964 and *Section* 5 (1) (c) *Divorce (Scotland) Act* 1976.

Auf *marriage agreements* sind *Section 10 (6) (a)* und *Section 16* anzuwenden. Dabei enthält *Section 10 (6) (a)* eine gänzlich neue Regelung. Sie besagt, dass das Gericht von der Regel der Aufteilung des ehelichen Vermögens zu gleichen Teilen abweichen kann, indem es Vereinbarungen der Ehepartner über die Aufteilung von Gegenständen des ehelichen Vermögens als besondere Umstände mit in ihre Beurteilung miteinbezieht, *Section 10 (1) i.V.m. Section 10 (6) (a)*.

Section 16 auf der anderen Seite behandelt Vereinbarungen über die im Fall einer Scheidung zu erbringenden finanziellen Leistungen in Unterscheidung zu *marriage settlements* sowie zu Vereinbarungen über das Eigentum an Gegenständen des ehelichen Vermögens. Sie gibt dem Gericht die zusätzliche Befugnis, wenn auch beschränkt, solche Verträge aufzuheben oder abzuändern. Auf der anderen Seite bestätigt *Section 16* dadurch die vorhergehenden Gerichtsentscheidungen,⁹⁴⁵ die besagen, dass Vereinbarungen, die finanzielle Scheidungsfolgen regulieren, unabhängig davon ob vor oder während der Ehe geschlossen, in der Lage sind, die Zuständigkeit des Gerichtes in Bezug auf finanzielle Scheidungsfolgen auszuschließen, und dass Ehepaare darin frei sind, ihre eigenen Vereinbarungen zu treffen.⁹⁴⁶ Zudem kann das Gericht keine Anordnungen hinsichtlich finanzieller Scheidungsfolgen treffen, wenn eine Partei solch einen Antrag nicht in ihre Prozessführung mit aufgenommen hat.⁹⁴⁷

2. *Section 10 (6) (a) Family Law (Scotland) Act 1985*

Wie bereits angemerkt enthält *Section 10 (6) (a)* eine neue Vorschrift zu Vereinbarungen über die Eigentumsrechte an oder die Aufteilung von Gegenständen des ehelichen Vermögens. Gemäß *Section 10 (1) i.V.m. Section 10 (6) (a)* kann das Gericht auf Grund einer solchen Vereinbarungen von einer Aufteilung des ehelichen Vermögens zu gleichen Teilen absehen.⁹⁴⁸ Hierbei handelt es sich nicht um Verträge, die die Regelung von naheheili-

⁹⁴⁵ *Dunbar v Dunbar*, 1977 SLT 169; *Thomson v Thomson*, 1982 SLT 521; *Elder v Elder*, 1984 SLT 471.

⁹⁴⁶ *E. M. Clive*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 315; *Stair Memorial Encyclopaedia*, *The Law of Scotland – Child and Family Law* (2004), S. 574; *E. E. Sutherland*, *Child and Family Law* (1999), S. 670.

⁹⁴⁷ *W. M. Gloag/R. C. Henderson*, *The Law of Scotland*, S. 879.

⁹⁴⁸ *Section 10 (6) (a) Family Law (Scotland) Act 1985*.

chen Unterhaltszahlungen beinhalten und die Zuständigkeit des Gerichtes bezüglich nahehehlicher Folgen auszuschließen versuchen.

Das Aufstellen von einigen Grundsätzen für die Eigentumsaufteilung oder die Einigung über kleinere oder spezifische Punkte, die anderenfalls einen späteren Disput nach sich ziehen könnten, scheint die mildere Alternative zu Vereinbarungen, die die Einbeziehung des Gerichtes gänzlich verhindern wollen.⁹⁴⁹ Allerdings stellt nicht jedes bestehende, durch die Ehepartner geregelte Eigentumsrecht sogleich eine Vereinbarung in diesem Sinne dar.⁹⁵⁰ Auch wurde in dem Fall *Jacques v Jacques*⁹⁵¹ entschieden, dass nicht allein weil ein spezieller Umstand gegeben ist, das Gericht zwingend von einer Aufteilung zu gleichen Teilen abweichen muss. Ein Gericht sei in der Lage, eine solche Vereinbarung zu berücksichtigen, ohne durch sie notwendigerweise gebunden zu sein.⁹⁵² Zudem scheint das Gericht durch solch eine Vereinbarung nicht nur nicht in dem Sinne gebunden zu sein, dass es dennoch eine *equal division* vornehmen kann, sondern das Gericht ist auch nicht an den Inhalt der Einigung gebunden. Dies bedeutet, dass es auch ein speziell vereinbartes Eigentumsrecht aufheben kann.⁹⁵³

Obwohl in der Praxis ein Gericht nur ungern abweichende Anordnungen treffen wird,⁹⁵⁴ ist doch der Ausgang vor Gericht unter solch einer Vereinbarung unsicher, weshalb dieser Rechtsbereich als einer der schwierigsten für die Beratung gilt.⁹⁵⁵ Aus diesem Grunde wurde vorgeschlagen, die Kriterien von *Section 16 (1) (b)* auf *Section 10 (6) (a)* anzuwenden, wenn von dem Inhalt einer Vereinbarung der Ehepartner über Eigentumsrechte abgewichen werden möchte.⁹⁵⁶ Das würde bedeuten, dass es dem Gericht nur dann erlaubt wäre, von der zwischen den Ehepartnern erfolgten Einigung abzuweichen, wenn diese nicht fair und vernünftig (*fair and reasonable*) war.

⁹⁴⁹ E. M. Clive, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 316.

⁹⁵⁰ H. R. M. Macdonald, *A Guide to the Family Law (Scotland) Act 1985* (1986), S. 32; D. I. Nichols, *The Family Law (Scotland) Act 1985* (1991), S. 37.

⁹⁵¹ *Jacques v Jacques*, 1997 SLT 459 (460, 462).

⁹⁵² H. R. M. Macdonald, *A Guide to the Family Law (Scotland) Act 1985* (1986), S. 32.

⁹⁵³ D. I. Nichols, *The Family Law (Scotland) Act 1985* (1991), S. 37.

⁹⁵⁴ *Anderson v Anderson*, 1991 SLT 11 (13); D. I. Nichols, *The Family Law (Scotland) Act 1985* (1991), S. 37.

⁹⁵⁵ A. H. Dick, *Family Law (Scotland) Act 1985* (2000), S. 26.

⁹⁵⁶ D. I. Nichols, *The Family Law (Scotland) Act 1985* (1991), S. 37.

Dies ist eine überzeugende Herangehensweise an die Norm. In *Jacques v Jacques*⁹⁵⁷ ist das Gericht zwar der Ansicht, dass die Umstände, aufgezählt in den Absätzen (a) bis (e) von *Section 10 (6)*, nicht automatisch spezielle Umstände darstellen, die eine Aufteilung zu ungleichen Teilen zu rechtfertigen vermögen. Aber die Anwendung der Voraussetzungen von *Section 16 (1) (b)* muss dieser Entscheidung nicht widersprechen. Denn die Bedingungen beider Meinungen können miteinander verbunden werden. Haben sich die Eheleute über das Eigentum an oder die Aufteilung von Gegenständen des ehelichen Vermögens geeinigt, ist ein Abweichen von der grundsätzlich durchzuführenden Aufteilung zu gleichen Teilen dann gerechtfertigt, solange die Einigung nicht unfair und unvernünftig ist. Ist die Vereinbarung aber nicht fair und vernünftig, ist sie auch nicht zwingend. Die Richter können über den Teil des ehelichen Vermögens entscheiden, über den die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben, dürfen aber nicht den in der Vereinbarung geregelten Teil berücksichtigen. Die Zuständigkeit des Gerichtes wäre damit zu einem gewissen Grad und nur unter der Bedingung des *fair and reasonable* Standards ausgeschlossen. Sollten die Eheleute wünschen, dass das Gericht den Wert bzw. die Aufteilung des ausgeschlossenen Teil mit in seine Überlegungen einbezieht, so müssten sie dies explizit zum Ausdruck bringen. Auf diesem Wege wären dieselben Grundsätze auf alle Vereinbarungen zwischen Ehegatten anzuwenden, wodurch ein geschlossenes und leichter zu verstehendes System erreicht werden würde. Allerdings dürfte für solch eine Veränderung der Voraussetzungen der Gesetzgeber tätig werden müssen.

3. *Section 16 Family Law (Scotland) Act 1985*

Die entscheidende Norm für finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen (*agreements as to financial provision on divorce*) im eigentlichen Sinne ist *Section 16*. Die Vereinbarungen, die *Section 10 (6) (a)* umfasst, beinhalten lediglich Einigungen über das Eigentum an Gegenständen des ehelichen Vermögens, regeln aber weder naheheliche Unterhaltszahlungen, noch versuchen sie Anordnungen des Gerichtes über finanzielle Scheidungsfol-

⁹⁵⁷ *Jacques v Jacques*, 1997 SLT 459 (460, 462).

gen unnötig zu machen bzw. die Zuständigkeit des Gerichtes auszuschließen.

Section 16 bestätigt die sich zwischen dem *Succession (Scotland) Act 1964* und dem *Family Law (Scotland) Act 1985* entwickelte Rechtsprechung und lässt grundsätzlich zu, dass Ehegatten eine eigenständige Vereinbarung über die im Fall einer Ehescheidung zu erbringenden finanziellen Leistungen treffen, ohne dass eine Einmischung durch das Gericht erfolgt.

Auf der anderen Seite aber findet eine Einschränkung dahingehend statt, dass Gründe eingeführt wurden, bei deren Vorliegen das Gericht die Vereinbarung oder eine einzelne Vertragsbedingung aufheben oder abändern kann, wenn einer der Ehepartner eine solche Überprüfung wünscht. Dies stellt eine entscheidende Veränderung zu der bisherigen Unabänderbarkeit solcher Vereinbarungen dar, deren Wirksamkeit nur bei Vorliegen von Gründen aus dem allgemeinen Vertragsrecht angegriffen werden konnte.

Damit eine Vereinbarung der Ehegatten unter *Section 16* fällt, also bindend ist und grundsätzlich die Zuständigkeit des Gerichts ausschließt, muss sie so umfassend wie möglich sein.⁹⁵⁸ Beinhaltet der Vertrag alleine die Aufteilung ihres Vermögens, besteht die Gefahr einer unerwarteten Anspruchstellung auf Unterhaltszahlungen.⁹⁵⁹ Haben die Ehepartner eine Einigung gefunden, bestehen abgesehen von der Voraussetzung, dass eine Vereinbarung möglichst umfassend sein muss, grundsätzlich keine weiteren Bedingungen.⁹⁶⁰ Anders ist dies jedoch dann, wenn der Vertrag *pension sharing* Klauseln enthält.⁹⁶¹ Diese werden bei einer Scheidung nur dann wirksam, wenn der Vertrag registriert wurde⁹⁶² und sie in der vorgeschriebenen Form⁹⁶³ geschlossen worden sind. Ferner besteht bei Schuldverhältnissen

⁹⁵⁸ E. M. Clive, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 487 f; E. E. Sutherland, *Law Basics - Family Law* (1999), S. 97.

⁹⁵⁹ *Atkinson v Atkinson*, 1988 SCLR 396; *Millar v Millar*, 1990 SCLR 666 (aber Unterhaltsforderung abgelehnt); E. M. Clive, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 488; *The Scottish Office*, *Mutual Consent: Written Agreements in Family Law* (1997), S. 4.

⁹⁶⁰ E. E. Sutherland, *Child and Family Law* (1999) S. 670.

⁹⁶¹ G. Jamieson, *Family Law Agreements* (2005), S. 22.

⁹⁶² Die Registrierung erfolgt in die *Books of Council and Session*. *Welfare Reform and Pensions Act 1999 Sections 28 (3) (b)*, 48 (3) (b).

⁹⁶³ Hierzu zählen genaue Angaben zu den Personen, zu den Rentenanwartschaften und deren geplante Aufteilung. *Welfare Reform and Pensions Act 1999 Sections 28 (1) (f) (ii)*, 48 (1) (f) (ii) i.V.m. *Pensions on Divorce etc (Pension Sharing) (Scotland) Regulations 2000* (SI 2000/1051), art. 2, 4.

wie Unterhaltszahlungen ein Schriftformerfordernis.⁹⁶⁴ Ansonsten können Scheidungsfolgenvereinbarungen auch mündlich geschlossen werden. Dann sind sie allerdings offen für alle beweisrechtlichen Komplikationen.⁹⁶⁵ Wird die Vereinbarung von den Eheleuten in einem Protokoll festgehalten, sogenannte *Minutes of Agreement*, deren Inhalt dann üblicherweise in den *Books of Council and Session* registriert wird,⁹⁶⁶ hat dies aber nicht nur einen beweisrechtlichen Vorteil, sondern führt auch zu einer vereinfachten Durchsetzung, sollte sich von einer Seite nicht an den Vertragsinhalt gehalten werden.⁹⁶⁷

Die Grundüberlegung zu *Section 16* war auf der einen Seite, eine Ermütigung der Eheleute zu erreichen, Vereinbarungen einzugehen. Auf der anderen Seite sollte sie einen Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei gewährleisten, indem dem Gericht eine begrenzte Kontrolle über finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen gegeben wurde.⁹⁶⁸ Derzeit enthält *Section 16* vier verschiedene Gründe, auf Grund derer das Gericht eine Vereinbarung über die im Fall einer Ehescheidung zu erbringenden finanziellen Leistungen aufheben oder abändern kann. Erstens, jegliche Vertragsbedingung, die sich auf periodische Leistungen bezieht, kann aufgehoben oder abgeändert werden, wenn in der Vereinbarung ausdrücklich der Fall einer künftigen Aufhebung oder Abänderung dieser Vertragsbedingung vorgesehen ist.⁹⁶⁹ Zweitens, angreifbar ist die Vereinbarung oder eine einzelne Vertragsbedingung auch dann, wenn die Vereinbarung im Zeitpunkt ihres Abschlusses nicht fair und vernünftig war.⁹⁷⁰ Drittens und viertens, das Gericht kann jegliche Vertragsbedingung mit Bezug auf Unterhaltszahlungen abändern oder aufheben, sollte der zu den Zahlungen Verpflichtete nach Vertragsschluss in Konkurs gegangen sein oder nach Vertragsschluss Kindesunterhalt angeordnet werden, obwohl für das Kind periodische Lei-

⁹⁶⁴ *Requirements of Writing (Scotland) Act 1995, Section 1.*

⁹⁶⁵ *Young v Young (No 2)*, 1991 SLT 869; *G. Junor*, Challenging Separation Agreements, in: 1998 SLT (News) 185 (185).

⁹⁶⁶ Allerdings muss die Vereinbarung gemäß *Section 3* oder *4* *Requirements of Writing (Scotland) Act 1995* für eine Registrierung zumindest von einer Partei unterschrieben sein. *Requirements of Writing (Scotland) Act 1995, Section 6 (1) (b), (2) (a)*; *G. Jamieson*, *Family Law Agreements* (2005), S. 29, 31 f.

⁹⁶⁷ *L. Edwards/ A. Griffiths*, *Family Law*, S. 393 f.

⁹⁶⁸ *Scottish Law Commission*, *Family Law – Report on Aliment and Financial Provision (No 67)* (1981), S. 148; *J. M. Thomson*, *Family Law in Scotland* (2002), S. 169.

⁹⁶⁹ *Section 16 (1) (a) Family Law (Scotland) Act 1985.*

⁹⁷⁰ *Section 16 (1) (b) Family Law (Scotland) Act 1985.*

stungen im Vertrag vereinbart worden waren.⁹⁷¹ Jede Klausel in einer Vereinbarung, die versucht, das Recht auf eine gerichtliche Überprüfung der Vereinbarung wegen der Gründe zwei bis vier auszuschließen, ist nichtig.⁹⁷²

Die problematischste Befugnis des Gerichtes, eine Vereinbarung aufzuheben oder abzuändern, stellt dabei *Section 16 (1) (b)* dar, die den ‚*fair and reasonable*‘-Test einführt. Diese Inhaltskontrolle reflektiert den Versuch, eine Balance zwischen Vertragsfreiheit und Schutz der schwächeren Partei zu finden.⁹⁷³ Zwar diente der *Unfair Contract Terms Act 1977* dem Test als Basis, dennoch enthielt der *Family Law (Scotland) Act 1985* keine vergleichbaren Richtlinien zu seiner Anwendung.⁹⁷⁴ Ferner wurde in dem Fall *Gillon v Gillon (No 1)* eine Analogie der Voraussetzungen des *Unfair Contract Terms Act 1977* ausdrücklich abgelehnt.⁹⁷⁵

Die geltenden Leitprinzipien für den ‚*fair and reasonable*‘-Test wurden durch die Entscheidung *Gillon v Gillon (No 3)*⁹⁷⁶ zehn Jahre nach Einführung des *Family Law (Scotland) Act 1985* aufgestellt. Es wurden folgende fünf Grundsätze als entscheidend erachtet, wenn Fairness und Vernünftigkeit einer Vereinbarung in Frage gestellt werden:⁹⁷⁷ (1) Es sei notwendig, die Vereinbarung sowohl aus der Perspektive der Fairness als auch aus der Perspektive der Vernünftigkeit zu untersuchen. (2) Solche Untersuchung muss sämtliche relevanten Umstände in Betracht ziehen, einschließlich der Natur und Qualität einer jeden rechtlichen Beratung, die den Parteien gegeben wurde. (3) Beweis, dass ein unfairen Vorteil genutzt wurde, kann einen zwingenden Einfluss auf die Beurteilung des Streitpunktes haben. (4) Das Gericht sollte Vereinbarungen, die zulässigerweise geschlossen wurden, nicht vorschnell aufheben. (5) Dass eine Vereinbarung zu einer möglicher-

⁹⁷¹ *Section 16 (3) Family Law (Scotland) Act 1985* (abgeändert durch die *Child Support (Amendments to Primary Legislation) (Scotland) Order 1993* (SI 1993/660), art. 2(5)).

⁹⁷² *Section 16 (4) Family Law (Scotland) Act 1985*.

⁹⁷³ *Scottish Law Commission, Family Law – Report on Aliment and Financial Provision* (No 67) (1981), S. 149.

⁹⁷⁴ Basierend auf den *sections 16 bis 18, 20, 21, 24 Unfair Contract Terms Act 1977* (*Scottish Law Commission, Family Law – Report on Aliment and Financial Provision* (No 67) (1981), S. 151).

⁹⁷⁵ *Gillon v Gillon (No 1)* 1994 SLT 978 (983).

⁹⁷⁶ *Gillon v Gillon (No 3)* 1995 SLT 678; bestätigt durch *McKay v McKay* 2006 Fam LR 78.

⁹⁷⁷ *Gillon v Gillon (No 3)* 1995 SLT 678 (681).

weise sehr ungleichen Teilung des Vermögens geführt hat, bedeutet nicht notwendigerweise einen Rückschluss auf Unfairness und Unvernünftigkeit. Allerdings führt das Vorliegen oder Fehlen einer dieser Faktoren nicht unabweichlich zum einen oder anderen Ergebnis. In den Fällen *Anderson v Anderson*⁹⁷⁸ und *Inglis v Inglis*⁹⁷⁹ wurde erklärt, dass die jeweilige Vereinbarung *fair and reasonable* war, obwohl eine Partei keine (unabhängige) rechtliche Beratung erhalten hatte. Auf der anderen Seite verhindert die Tatsache, dass die Parteien eine unabhängige Rechtsberatung erhielten, nicht notwendigerweise die Aufhebung oder Abänderung eines Vertrages.⁹⁸⁰

Ein weiterer Streitpunkt bei der Interpretation des ‚*fair and reasonable*‘ Standards ist, ob das Gericht auf Aufhebung oder Abänderung einer Vereinbarung entscheiden kann, wenn diese zwar als unfair aber vernünftig bzw. als unvernünftig aber fair gewertet wird. Der Wortlaut bietet diesbezüglich keine eindeutige Klärung, wenn er davon spricht, dass das Gericht die Vereinbarung aufheben oder abändern kann, wenn die Vereinbarung im Zeitpunkt ihres Abschlusses nicht fair und vernünftig war. Zum einen kann der Wortlaut so interpretiert werden, dass für eine Aufhebung der Vertrag kumulativ nicht fair und nicht vernünftig gewesen sein darf. Die Aufhebung einer Vereinbarung also nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie zugleich nicht fair *und* nicht vernünftig ist. Auf der anderen Seite kann der Wortlaut aber auch so verstanden werden, dass der Vertrag zum Zeitpunkt seines Abschlusses fair und vernünftig sein muss. Das heißt, eine Aufhebung wäre schon dann zulässig, wenn die Vereinbarung nicht sowohl fair als auch vernünftig zum Zeitpunkt ihres Abschlusses war. Eine Aufhebung bzw. Abänderung wäre also möglich, wenn die Vereinbarung zwar fair aber unvernünftig bzw. vernünftig aber unfair war. Auch der Zweck von *Section 16 (1) (b)* hilft der Lösung des Problems nicht. Denn ob man eine Balance zwischen Vertragsfreiheit und Schutz der schwächeren Partei gefunden sieht, wenn für das Eingreifen des Gerichts Unfairness und Unvernünftigkeit „sowohl als auch“ oder „entweder oder“ vorausgesetzt wird, kann nicht eindeutig festgesetzt werden.

⁹⁷⁸ *Anderson v Anderson* 1991 SLT 11 (13).

⁹⁷⁹ *Inglis v Inglis* 1999 SLT 59 (61 f).

⁹⁸⁰ *McAfee v McAfee* 1990 SCLR 805 (808); *E. E. Sutherland*, *Child and Family Law* (1999), S. 670.

In der Entscheidung *Worth v Worth*⁹⁸¹ hob das Gericht die Vereinbarung auf Grund ihrer Unfairness auf, obwohl ihre Vernünftigkeit nicht beanstandet wurde. Ihr Ergebnis begründeten die Richter damit, dass es sich bei Fairness und Vernünftigkeit um zwei unterschiedliche Konzepte handele.⁹⁸² Die Entscheidung ist umstritten und wurde wiederholt angezweifelt.⁹⁸³ Lord Weir in *Gillon v Gillon (No 3)* mag nicht unmissverständlich in seiner Forderung sein, beides *fairness* und *reasonableness* zu untersuchen, aber er stellt fest, dass es nicht möglich sei, diese beiden Eigenschaften als unterschiedliche Komponenten zu betrachten, da unvermeidliche Überschneidungen bestünden.⁹⁸⁴ In der Entscheidung *Short v Short*⁹⁸⁵ wurde die Aussage getroffen, dass die Vereinbarung ‚*not fair or reasonable*‘ war, und der Vertrag der Eheleute letztendlich aufgehoben. Daraus kann geschlossen werden, ohne dass das Gericht zu diesem Problem explizit Stellung nimmt, dass eine Vereinbarung nicht aufgehoben werden sollte, wenn zumindest ein Kriterium vorhanden ist.

Auch auf *Joint Minutes of Agreements*,⁹⁸⁶ bei denen keine gerichtliche Anordnung hinsichtlich der finanziellen Leistungen gemacht wurde,⁹⁸⁷ sondern die finanziellen Folgen der Scheidung allein durch die zwischen den Ehepartnern getroffenen Vereinbarung geregelt sein soll, kann *Section 16* angewendet werden.⁹⁸⁸ Auch nach dem *Family Law (Scotland) Act 1985* gilt, dass das Gericht keine verbleibende Pflicht hat, finanzielle Vorkehrungen für die Scheidungsfolgenzeit zu treffen, und die Eheleute durch die Vereinbarung gebunden sind.⁹⁸⁹ Allerdings kann eine Anordnung auf Aufhebung oder Abänderung der Vereinbarung gemäß *Section 16* beantragt werden,

⁹⁸¹ *Worth v Worth* 1994 SLT 54.

⁹⁸² *Worth v Worth* 1994 SLT 54 (56 f).

⁹⁸³ G. Junor, Challenging Separation Agreements, in: 1998 SLT (News) 185 (188); A. F. Phillips, Financial Provision on Divorce: Some Doubts, in: 1997 Jur Rev 21 (33 f).

⁹⁸⁴ *Gillon v Gillon (No 3)* 1995 SLT 678 (681).

⁹⁸⁵ *Short v Short* 1994 GWD 21-1300.

⁹⁸⁶ Siehe zu *Joint Minutes of Agreements* ausführlicher § 4 II. 3.

⁹⁸⁷ *Joint Minutes of Agreements*, deren Basis durch die Autorisierung des Gerichts eine Anordnung ist, die finanziellen Leistungen nach der Scheidung sich mithin aus der Anordnung ergeben und nicht aus der Vereinbarung, können gemäß den *Sections 12 (4) und 13 (4) Family Law (Scotland) Act 1985* bei einer wesentlichen Veränderung der Umstände abgeändert, hinsichtlich periodischer Zahlungen auch widerrufen werden.

⁹⁸⁸ W. M. Gloag/R. C. Henderson, *The Law of Scotland*, S. 876.

⁹⁸⁹ *Horton v Horton* 1992 SLT (Sh Ct) 37 (37).

wenn im Nachhinein Gründe ersichtlich sind, die belegen, dass die Vereinbarung nicht fair und vernünftig gewesen ist.⁹⁹⁰

Festzuhalten ist, dass die gesamten Umstände einer Vereinbarung zu bewerten sind und dass die Fakten des jeweiligen Einzelfalls betrachtet werden müssen. Die Gerichte haben einen weiten Ermessensspielraum, sind jedoch grundsätzlich darin zurückhaltend, eine zulässigerweise geschlossenen finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarung aufzuheben.

4. Zusammenfall von *settlement* und Scheidungsfolgenvereinbarung

Trotz der neuen Befugnis des Gerichts, Scheidungsfolgenvereinbarungen (*agreements as to financial provision on divorce*) aufheben oder abändern zu können, sind dennoch *marriage settlements* bei einer Scheidung um ein Vielfaches leichter außer Kraft zu setzen. Dies liegt daran, dass die Gerichte gerade in die Lage versetzt werden sollten, *settlements* abändern zu können, die die Möglichkeit einer Scheidung nicht bedacht hatten.⁹⁹¹

Obwohl nun eine begriffliche Unterscheidung zwischen diesen Verträgen erfolgt, besteht die Möglichkeit, dass ein Ehepaar sowohl *marriage settlement* Bestimmungen als auch Scheidungsfolgenvereinbarungen in einem Vertrag zusammenfasst. Ein *marriage settlement* gilt gerade dann als gut aufgesetzt, wenn sein Inhalt für den Fall einer Scheidung Vorkehrungen trifft.⁹⁹² Bei dem Zusammenfallen eines *marriage settlement* und einer finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarung in einem Vertrag kann jedoch auf Grund der Unterscheidung in der Abänderbarkeit das Problem entstehen, welche der Regelungen in diesem Fall anzuwenden sind.⁹⁹³

Sutherland äußert sich zu diesem Problem dahingehend,⁹⁹⁴ dass bei einer Scheidung beide Parteien einen Antrag auf Aufhebung oder Abänderung

⁹⁹⁰ *Young v Young* (No. 2) 1991 SLT 869 (869).

⁹⁹¹ *E. M. Clive*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 484; *Royal Commission on Marriage and Divorce* – Report 1951-1955 (1956), Cmd. 9678, para. 554 und siehe S. 6.

⁹⁹² *E. M. Clive*, *The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 320.

⁹⁹³ Dasselbe Problem bestand theoretisch schon vor dem *Family Law (Scotland) Act* 1985, nachdem entschieden war, dass Ehepartner die Zuständigkeit des Gerichtes in Bezug auf die nach einer Scheidung zu erbringenden finanziellen Leistungen ausschließen konnten und somit eine unterschiedliche Behandlung von Scheidungsfolgenvereinbarungen und *marriage settlements* erfolgte. Die Frage scheint jedoch nicht aufgekommen zu sein.

⁹⁹⁴ *E. E. Sutherland*, *Child and Family Law* (1999), S. 525.

des Vertrages entweder als *marriage settlement* oder als Scheidungsfolgenvereinbarung stellen können. Sie kommt bezüglich eines Beispielsfalls zu dem Schluss, dass der Ehemann die Aufhebung des Vertrages als *marriage settlement* beantragen kann und das Gericht entgegen der Scheidungsfolgenvereinbarung sämtliche finanzielle Mittel beider Partner zur Zeit der Scheidung bei der Verteilung des ehelichen Vermögens berücksichtigen darf. Er könne aber auch den Vertrag als ein *agreement as to financial provision on divorce* angreifen. Dann müsste der Vertrag danach beurteilt werden, ob er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fair und vernünftig war.⁹⁹⁵

Bei dem gegebenen Beispiel⁹⁹⁶ gelangt man folglich zu zwei unterschiedlichen Ergebnissen, alleine davon abhängig welchen Weg die klagende Partei wählt. Sutherland eröffnet damit die Möglichkeit, eine finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarung unter den sehr viel leichteren Bedingungen eines *marriage settlement* anzugreifen und zu Fall zu bringen, obwohl diese, würde sie nicht mit einem *settlement* zusammenfallen, gemäß der auf sie anzuwendenden Vorschrift nicht angreifbar wäre.

Dieser Schluss kann keinen Bestand haben. Nicht nur, dass es nicht von einer Partei abhängig sein darf, welche Normen auf einen Vertrag anzuwenden sind. Es kann auch nicht richtig sein, auf der einen Seite einen Vertrag als ein geschlossenes Regelwerk zu sehen und auf der anderen Seite zwei nebeneinander stehende aber unterschiedliche Regelungssysteme für ihn gelten zu lassen. Auch ist dieses Ergebnis unvereinbar mit dem *Family Law (Scotland) Act 1985*, dessen Intention, nämlich die unterschiedliche Behandlung der beiden Vereinbarungsformen, schon durch die klare begriffliche Trennung deutlich wird.

Meines Erachtens überdecken die finanziellen Vorkehrungen, die mit Hinsicht auf eine Scheidung getroffen werden, diejenigen eines *settlement*, sollte ein Ehepaar in einem Vertrag, sowohl Regelungen für die Zeit während der Ehe getroffen haben, als auch bewusst für die Zeit danach. Wenn sich bei solch einem Vertrag die Vorkehrungen überschneiden bzw. die Regelung für die Zeit der Ehe die Grundlage für die gewählten Scheidungs-

⁹⁹⁵ Section 16 (1) (b) *Family Law (Scotland) Act 1985*.

⁹⁹⁶ Bei dem gegebenen Beispielsfall kann jedoch bemängelt werden, dass bei dem skizzierten *marriage settlement* keine treuhänderischen Beziehungen vorliegen und es sich somit nicht um ein klassisches *settlement* handelt. Vielmehr beschreibt Sutherland einen einfachen Güterrechtsvertrag, dessen Behandlung als *settlement* äußerst fraglich ist. Vgl. dazu die Entscheidung *Robertson v Robertson*, 2003 SLT 208 (209).

folgen bilden oder eine Abänderung des *settlement* den Zweck der Scheidungsfolgenvereinbarung unterlaufen würde, so muss den Vertragsinhalten, die sich auf die finanziellen Scheidungsfolgen beziehen, im Falle einer Scheidung Vorrang gewährt werden. Denn gerade diese Vertragsinhalte zeigen, dass die Parteien die Möglichkeit einer Scheidung bedacht und berücksichtigt haben. Die erleichterte Abänderungsmöglichkeit von *marriage settlement* Bestimmungen gemäß *Section 14 (2) (h)* ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn sich die Ehepartner keine Gedanken über die Auswirkungen ihrer Vereinbarung bei einer Scheidung gemacht haben.

5. Zusammenfassung und gegenwärtige Rechtslage

Das schottische Scheidungsrecht war bis weit in die Mitte des 20. Jahrhunderts vor allen Dingen durch die nach einer Scheidung feststehenden finanziellen Folgen gekennzeichnet, die Scheidungsfolgenvereinbarungen nur in einem sehr beschränkten Maße zuließen.

Ein größeres Hindernis stellte zunächst jedoch die mangelnde Handlungsfähigkeit der verheirateten Frau dar. Mit dem *Married Women's Property (Scotland) Act 1881* waren die weitreichendsten Beschränkungen, die aus der Vormundschaftsstellung des Ehemannes resultierten, abgeschafft. Doch erst durch den *Married Women's Property (Scotland) Act 1920* wurde das *jus administrationis* des Ehemannes endgültig und vollständig abgeschafft. Unabhängig von ihrem Ehemann besaß die Frau nun die volle Geschäfts- und Handlungsfähigkeit,⁹⁹⁷ hatte damit dieselben Befugnisse in Bezug auf ihr bewegliches und unbewegliches Vermögen wie eine unverheiratete Frau und konnte auch mit ihrem Ehemann Verträge schließen wie mit jedem Dritten.⁹⁹⁸

Bis zum *Succession (Scotland) Act 1964* wurde das schottische Scheidungsrecht aber durch die Regel geprägt, dass der schuldige Ehegatte, auf Grund dessen Fehlverhaltens der andere die Scheidung einreichen durfte, so behandelt wurde, als sei er an dem Tag der Scheidung verstorben. Diese *fictional death rule* löste einige automatische Folgen aus. Der unschuldige Ehegatte konnte Rechte geltend machen, als sei der Partner verstorben.

⁹⁹⁷ *Section 3 Married Women's Property (Scotland) Act 1920.*

⁹⁹⁸ *Horsburgh v Horsburgh 1949 SLT 355 (357); Millar v Millar 1940 SC 56 (58 ff.); Raitt v Raitt 1923 SLT 66 (68).*

Zwar war es möglich, die gesetzlichen erbrechtlichen Folgen auszuschließen, aber die Gültigkeit der vertraglichen Vereinbarungen hing von der Variablen ab, welcher Ehegatte die Scheidung zu verschulden hatte. So erloschen vertragliche Verpflichtungen zahlbar von der unschuldigen Eheperson an den schuldigen Ehegatten, als sei dieser verstorben.⁹⁹⁹ Vereinbarte Verpflichtungen hingegen zahlbar an den unschuldigen Ehegatten durch den schuldigen oder durch jemandem in dessen Namen wurden mit Scheidung fällig.¹⁰⁰⁰ Gesetzliche und vertragliche Folgen hatten gemein, dass die schuldige Partei nicht mit einem größeren Vermögen aus der Ehe hinausgehen konnte, als sie es während der Ehe hatte.

Mit dem *Succession (Scotland) Act 1964* wurde das Scheidungsfolgenrecht grundlegend verändert. Der Abschaffung der *fictional death rule* und damit der feststehenden Scheidungsfolgen folgte eine Zeit der unbeschränkten Vertragsfreiheit. Vereinbarungen zwischen sich scheidenden Eheleuten, die finanzielle Vorkehrungen beinhalteten, waren unproblematisch zulässig.¹⁰⁰¹ Beide Ehepartner konnten auf ihr Recht, vor Gericht einen Antrag auf Unterhalt zu stellen, verzichten und nur gemäß dem allgemeinen Vertragsrecht bestanden Gründe, wegen derer eine Scheidungsfolgenvereinbarung nichtig sein konnte. In *Dunbar v Dunbar*¹⁰⁰² war entschieden worden, dass solch eine Vereinbarung, geschlossen von volljährigen Parteien, wirksam und bindend sei. Hätte die Legislative beabsichtigt, dass das Recht auf Unterhaltszahlungen nicht zulässigerweise ausgeschlossen oder beschränkt werden können sollte, wären im *Succession (Scotland) Act 1964* explizite Vorschriften zu erwarten gewesen.¹⁰⁰³ Dieser Schluss wurde durch die Entscheidung *Elder v Elder*¹⁰⁰⁴ bestätigt. Kennzeichnend für das schottische Recht zu Scheidungsfolgenvereinbarungen ist auch, dass es nicht von

⁹⁹⁹ *Ritchie v Ritchie's Trs* (1874) 1 R 987 (989); *Towse's Tr v Towse* 1924 SLT 465 (467); *E. M. Clive, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997) S. 319; *P. Fraser, Treatise on Husband and Wife*, Vol II, S. 1221; *F. P. Walton, A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland* (1951), S. 230.

¹⁰⁰⁰ *Fortington v Lord Kinmaird* 1942 SC 239 (244, 248); *E. M. Clive, The Law of Husband and Wife in Scotland* (1997), S. 319; *F. P. Walton, A Handbook of Husband and Wife according to the Law of Scotland* (1951), S. 230.

¹⁰⁰¹ *Bryan v Bryan* 1985 SLT 444 (445); *Elder v Elder* 1985 SLT 471 (476); *D. M. Walker, The law of contracts and related obligations in Scotland*, S. 144.

¹⁰⁰² *Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169.

¹⁰⁰³ *Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169 (172).

¹⁰⁰⁴ *Elder v Elder* 1985 SLT 471.

Bedeutung ist, ob eine Vereinbarung vor, während oder erst nach Zusammenbruch der Ehe geschlossen worden ist.

Diese Entscheidungen fanden im *Family Law (Scotland) Act 1985* Bestätigung. Auch weiterhin können Ehepaare finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen eingehen und die Zuständigkeit des Gerichtes ausschließen. Allerdings wurden durch den *Family Law (Scotland) Act 1985* nicht nur Prinzipien für die Anwendung der Anordnungen zu finanziellen Scheidungsfolgen eingeführt, die die Richter nun ihrer Ermessensausübung zu Grunde legen mussten, sondern es wurde auch die Vertragsfreiheit beschränkt. Gemäß *Section 16 Family Law (Scotland) Act 1985* können Vereinbarungen durch das Gericht aufgehoben oder abgeändert werden. Dabei ist von besonderer Bedeutung die für die Eheleute bestehende Möglichkeit, den Inhalt einer finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarung überprüfen zu lassen. Sollte diese zur Zeit des Vertragsschlusses nicht fair und vernünftig gewesen sein, ist das Gericht dazu berechtigt, den Vertrag oder Teile davon aufzuheben oder abzuändern.¹⁰⁰⁵ Gemäß *Section 16 (4) Family Law (Scotland) Act 1985* ist jegliche Vereinbarung nichtig, die darauf gerichtet ist, das Recht, solch eine Anordnung zu beantragen, auszuschließen. Dies hat vor allen Dingen Auswirkungen auf die bisher im schottischen Recht möglichen Komplettausschlüsse, also dem Verzicht meist eines Partners auf sämtliche ihm möglicherweise nach der Scheidung gegen den anderen zustehende finanzielle Ansprüche. Denn durch die Einführung des ‚*fair and reasonable*‘-Test besteht die Gefahr, dass die verzichtende Partei die Vereinbarung in Frage stellt. Zudem äußert sich das Gericht in dem Fall *Smith v Smith*¹⁰⁰⁶, dass die Verantwortung für jemanden Sorge tragen zu müssen, nicht durch das *National Assistance Board*, also auf dem Wege der Sozialhilfe, auf die Gesellschaft abgeschoben werden sollte, wenn der sozial schwächere Partner in Folge seines Verzichts von der staatlichen Fürsorge abhängig würde. Ein Komplettausschluss ist daher nur noch zulässig, wenn er im konkreten Fall zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses fair und vernünftig war.

¹⁰⁰⁵ *Section 16 (1) (b) Family Law (Scotland) Act 1985.*

¹⁰⁰⁶ *Smith v Smith*, 1988 SLT 840 (842).

Entscheidend ist, dass bei einer Kontrolle der Scheidungsfolgenvereinbarung die gesamten Umstände einer Vereinbarung und die Fakten des jeweiligen Einzelfalls betrachtet werden.

Dritter Teil

§ 5 Rechtsvergleichung

I. Grundlagen

Um eine Rechtsvergleichung vornehmen zu können, sind zwei Grundvoraussetzungen von Nöten. Eine ist die Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Rechtsordnungen, eine andere die des Themas selber.

Die Rechtsordnungen Deutschlands, Englands und Schottlands sind zwar unterschiedlichen Rechtssystemen zuzuordnen. Dennoch weisen sie ein hinreichendes Maß an inhaltlicher Übereinstimmung auf, das einen Vergleich möglich macht. Dies rührt aus dem europäischen Kulturkreis her, der entscheidend durch das Christentum und die neuzeitliche Säkularisation geprägt wurde.¹⁰⁰⁷

Darüber hinaus lässt sich auch der Themenbereich der Scheidungsfolgenvereinbarungen zwischen den hier bearbeiteten Rechtssystemen vergleichen. In allen drei Ländern konnten sich im 20. Jahrhundert die Ehegatten scheiden lassen. In der ersten Hälfte des Jahrhunderts galt überwiegend noch das Verschuldensscheidungsrecht. Abgelöst wurde es jedoch einheitlich in der zweiten Hälfte durch das Zerrüttungsprinzip. Mit der Möglichkeit der Scheidung ging die nach einer Scheidung vorzunehmende Vermögensauseinandersetzung einher. Von jeher bestand dabei in den hier untersuchten Ländern ein Bedürfnis bei den Ehegatten, diese Vermögensauseinandersetzung bzw. die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen eigenständig zu regeln. Geprägt durch den Kulturkreis und dessen Strömungen entwickelten sich Freiheiten aber auch Beschränkungen hinsichtlich der Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen. Diese erfolgten in den verschiedenen Rechtsordnungen teilweise zeitnah, teilweise aber auch gegenläufig zueinander.

Ziel der Rechtsvergleichung ist es in erster Linie, die Gesamtentwicklung in den einzelnen Ländern sowie gleichlaufende bzw. gegenläufige Prozesse in der Behandlungsweise von finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarungen

¹⁰⁰⁷ Vgl. § 16.

aufzuzeigen. Ferner wird überlegt, in welche Richtung sich die rechtliche Bewertung und Stellung von Scheidungsfolgenvereinbarungen in den einzelnen Ländern entwickeln könnte. Dabei wird untersucht, ob Schottland als *mixed system* die erwartete Mittlerrolle zwischen dem kontinental-europäischen Rechtskreis und dem anglo-amerikanischen Rechtskreis einnehmen kann.

II. Die Gesamtentwicklung während der letzten 100 Jahre

Für die Untersuchung der Gesamtentwicklung der Behandlung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen werden die letzten 100 Jahre zunächst in drei Abschnitte aufgeteilt. Innerhalb dieser Abschnitte werden die einzelnen Rechtsordnungen einander gegenübergestellt.

Der erste Abschnitt behandelt den Zeitraum, als in allen drei Rechtsordnungen schon der Abschluss von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen verhindert werden sollte. Im Anschluss folgt der Zeitabschnitt, der für England eine zunehmende Beachtung von Scheidungsfolgenvereinbarungen und der für Deutschland und Schottland sogar die größte Vertragsfreiheit hinsichtlich dieses Rechtsbereiches bedeutete. Der dritte Abschnitt befasst sich mit der gegenwärtigen Rechtslage und den Kontrollmöglichkeiten der Gerichte. Da die Entwicklungen in den Deutschland, England und Schottland teilweise sehr unterschiedlich verlaufen sind, behandeln die Abschnitte abhängig von der jeweiligen Rechtsordnung unterschiedliche Zeiträume.

1. Die Verhinderung von Scheidungsfolgenvereinbarungen

Nach 1900 bestanden in Deutschland und England große Vorbehalte gegenüber vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen. Dies lag vor allen Dingen daran, dass die Ehe als unauflösbare Institution galt. Scheidungen, dies galt auch für Schottland, waren zu dieser Zeit Ausnahmen, die nur dann ausgesprochen wurden, wenn mindestens ein Ehepartner einen der wenigen Scheidungsgründe (wie z.B. Ehebruch) erfüllte.

a. Deutschland von 1900 bis 1938

In Deutschland wurde 1900 mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Scheidungsrecht neu geregelt. Nachdem zuvor schon Scheidungen bei beiderseitigem Einverständnis oder wegen Abneigung zugelassen worden waren, kehrte das BGB zum Verschuldensscheidungsrecht und zu dem Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe zurück. Dieser Grundsatz prägte für bald 40 Jahre maßgeblich die Wirksamkeitsgrenze von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen.

Das Reichsgericht hatte schon vor Einführung des BGB den Grundsatz aufgestellt, dass diejenigen Verträge zwischen Ehegatten nichtig seien, die der Ermöglichung oder der Erleichterung der Scheidung dienen würden. Diesem Grundsatz folgte das Reichsgericht auch weiterhin. Wie zuvor blieb jedoch einzelfallabhängig, wann eine Erleichterung der Scheidung tatsächlich angenommen wurde. Zunehmend nahm das Reichsgericht eine nichtige Vereinbarung erst dann an, wenn es sich um eine „wesentliche“ oder „unzulässige“ Erleichterung der Scheidung handelte.

Eine Erleichterung der Scheidung lag aber immer dann vor, wenn kein Scheidungsgrund bestand, sondern die Ehegatten einen fingierten Scheidungsgrund vorgaben, also kollusiv zusammenwirkten. Gab es Vereinbarungen über finanzielle Zugeständnisse, bestand der Verdacht auf das Vorliegen von Kollusion. Dieser Zusammenhang von Kollusion und Vermögensvorteilen aufgrund einer Vereinbarung wurde angenommen, da häufig die Zustimmung zu einem fingierten Scheidungsgrund gegen finanzielle Vorteile erkaufte wurde.

Auch wenn der Entschluss zu einer Scheidung erkaufte wurde,¹⁰⁰⁸ konnte die Vereinbarung wegen ihrer die Scheidung erleichternden Wirkung nichtig sein. Nichtigkeit wurde dann angenommen, wenn die Vermögenszusage nicht nur Voraussetzung für die Erhebung der Scheidung, sondern maßgebliches Motiv war.

Eine weitere Fallgruppe, bei der von einer unzulässigen Erleichterung der Scheidung ausgegangen wurde, war die Rechtsmittelverzichtserklärung. Unzulässig war ein solcher Verzicht, da das Rechtsmittel unter Umständen noch zu einer Aufrechterhaltung der Ehe hätte führen können. Wie die Kol-

¹⁰⁰⁸ Im Gegensatz zur Kollusion bestand bei dieser Variante tatsächlich ein Scheidungsgrund.

lusion wurde ein Rechtsmittelverzicht häufig unter Verknüpfung mit vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen vorgenommen, so dass auch der vermögensrechtliche Teil der Vereinbarung nichtig war. Als wirksam wurde eine solche Vereinbarung aber zunehmend dann gesehen, wenn eine Aufrechterhaltung der Ehe durch das eingelegte Rechtsmittel nicht mehr zu erwarten war.

Die mangelnde Geschäftsfähigkeit der Frau war hingegen nicht mehr ein den Vertragsschluss hindernder Grund. Mit Einführung des BGB wurde die (Ehe-)Frau in allen Landesteilen unbeschränkt geschäftsfähig.

Da § 1580 BGB, der Regelungen zu Unterhaltszahlungen enthielt, nicht darauf verwies, dass für die Zukunft nicht auf den Unterhalt verzichtet werden könne, wurde angenommen, dass Ehegatten über den Unterhaltsanspruch eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung treffen konnten. Selbst ein vollständiger Verzicht galt als möglich. Umstritten war allerdings, ab welchem Zeitpunkt eine solche Vereinbarung zulässig sein sollte. Die Meinungen gingen weit auseinander und rangierten zwischen der Annahme, dass solche Verträge schon vor der Ehe geschlossen werden könnten, und der Ansicht, dass das Scheidungsurteil rechtskräftig sein müsse. Die wohl herrschende Meinung verlangte das Vorliegen eines bestimmten Scheidungsgrundes.

Auch in Bezug auf Verträge über die Vermögensauseinandersetzung war die wohl herrschende Meinung der Ansicht, dass Auseinandersetzungsverträge sittenwidrig seien, die vor dem Vorliegen eines bestimmten Scheidungsgrundes geschlossen wurden, da sie die Ehe gefährdeten. Allerdings konnte die Vermögensauseinandersetzung auch durch die Wahl des Güterstandes beeinflusst werden. Bei der Wahl des Güterstandes galt Vertragsfreiheit, so dass diesbezüglich ein Ehevertrag vor wie nach Eheschluss eingegangen werden konnte. Auch konnte bei der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft schon bei Eingehung des Güterstandes über die Auseinandersetzung des Vermögens eine Vereinbarungen getroffen werden. Denn bei der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft räumte das Gesetz der einvernehmlichen Auseinandersetzung den Vorrang vor der gesetzlichen ein.

b. England von 1900 bis 1929

In England galt wie in Deutschland von Beginn des 20. Jahrhunderts bis in die späten 30er Jahre das Verschuldensscheidungsrecht. Im Gegensatz zu Deutschland aber, das verschiedene Verschuldensgründe kannte, konnte eine Scheidung in England nur bei Beweis eines Ehebruchs des Partners durchgeführt werden. Zudem musste die Ehefrau über den Ehebruch des Mannes hinaus schwerwiegende Umstände beweisen. Diese begrenzte Scheidungsmöglichkeit spiegelt das Verständnis von der Unauflöslichkeit der Ehe wider, das in England ebenso wie in Deutschland zu dieser Zeit vorherrschte.

So konnten auch Vereinbarungen über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen nicht ungehindert geschlossen bzw. durchgesetzt werden, auch wenn die Frau seit Ende des 19. Jahrhunderts¹⁰⁰⁹ geschäftsfähig war. Denn insbesondere die Annahme von Kollusion und von einer die Ehezerrüttung fördernden Vereinbarung ließen solche Vereinbarungen unwirksam werden.

Die Kollusion war an sich ein Scheidungshinderungsgrund, der sich aus *Section 29 und 30 Matrimonial Causes Act 1857* ergab. Danach musste das Scheidungsbegehren zurückgewiesen werden, wenn nicht wirklich eine schwere Eheverfehlung vorlag, sondern die Ehepartner das Vorliegen einer solchen bloß vorgaben. Für das Vorliegen einer kollusiven Vereinbarung wurden jedoch keine zwingenden Beweise verlangt. Ausreichend war es, wenn das Gericht wegen des Inhaltes einer Vereinbarung den Verdacht hinsichtlich der Annahme von Kollusion erregt sah. Den Verdacht sah man unter anderem dann erregt, hatten die Ehepartner einen Vertrag über die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen geschlossen. Abgesehen davon, dass ein Scheidungsverfahren generell nicht zum Gegenstand einer finanziellen Überlegung gemacht werden sollte, sah man die Gefahr, dass die Ehegatten nicht ehrlich gegenüber dem Gericht sein würden. Dies galt aber gerade während des Verschuldensscheidungsrechts als nicht hinnehmbar. Denn es sollten auf keinen Fall Scheidungen ausgesprochen werden, die nicht auf Grund eines gesetzlichen Scheidungsgrundes auch tatsächlich hätten ausgesprochen werden dürfen.

¹⁰⁰⁹ Seit dem *Married Women's Property Act 1882*.

Die Nichtigkeit aufgrund der Beurteilung als Ehezerrüttung fördernde Vereinbarung war jedoch das größere Hindernis für Verträge über vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen. Es galt die Annahme, dass Verhandlungen über Vorkehrungen hinsichtlich einer zukünftigen Trennung und/oder Scheidung unvermeidlich den Zusammenbruch der Ehe förderten. Zudem sollten die Ehepartner nicht über ein Ereignis verhandeln, welches sie zu antizipieren nicht berechtigt waren. Dies verstieß gegen *public policy*. Streng beurteilt wurden insbesondere Vereinbarungen, die schon vor der Ehe geschlossen wurden, sowie solche, die ausschließlich für die Scheidungsnachfolgezeit abgeschlossen worden waren. Allein Trennungsvereinbarungen, also Vereinbarungen über die Trennung selbst oder Vereinbarungen über sonstige Regelungen für die Zeit der Trennung, wurden zunehmend aufrechterhalten.

c. Schottland von 1900 bis 1964

Ebenso wie in Deutschland und England war auch in Schottland nach 1900 ein Verschuldensscheidungsrecht gültig. Scheidungsgründe waren der Ehebruch und das Verlassen ohne vernünftigen Grund. Schottland nahm damit während dieser Zeit zumindest im Scheidungsrecht eine Zwischenposition zwischen Deutschland, das mehr Scheidungsgründe anerkannte, und England, das lediglich den Ehebruch als Scheidungsgrund aufführte, ein.

Zunächst bereitete in Schottland noch die Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau ein Hindernis für den Abschluss von Verträgen zwischen ihr und ihrem Ehemann. Zwar wurde durch den *Married Women's Property (Scotland) Act 1881* der Eigentumsübergang des beweglichen Vermögens der Frau bei Eheschließung auf ihren Mann abgeschafft und die Verwaltungshoheit (*ius administrationis*) des Mannes, die schon in Bezug auf den Verdienst der Ehefrau aufgehoben worden war, weiter eingeschränkt. So durfte die Ehefrau nun über das Einkommen aus ihrem Vermögen verfügen. Erst aber mit dem *Married Women's Property (Scotland) Act 1920* wurde das *ius administrationis* des Ehemannes abgeschafft. Damit war die Ehefrau seit 1920

geschäftsfähig und konnte auch mit ihrem Ehemann ungehindert Verträge schließen.¹⁰¹⁰

Bis 1964 jedoch stand der eigenständigen Regelung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen eine schottische Besonderheit entgegen. Der schuldige Ehegatte, auf Grund dessen Fehlverhalten der andere die Scheidung einreichen durfte, wurde so behandelt, als sei er an dem Tag der Scheidung verstorben. Daher wurde diese Regelung *fictional death rule* oder auch *civil death* genannt.

Die scheidungsrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche wurden annähernd gleich behandelt. Der unschuldige Ehegatte konnte seine *legal rights*¹⁰¹¹ geltend machen, wobei es sich um unentziehbare Ehegattenrechte handelte, die sowohl bei gesetzlicher als auch bei gewillkürter Erbfolge entstanden. Grundsätzlich galt, dass der unschuldige Ehegatte nicht mehr und nicht weniger bekommen sollte, als wenn der schuldige Ehepartner tatsächlich verstorben wäre.

Allerdings bestand die Möglichkeit, *legal rights* in einem ehelichen oder vorehelichen *marriage contract* auszuschließen. Solche Verträge verstießen in Schottland im Gegensatz zu England niemals gegen *public policy* und konnten von der Ehefrau trotz bestehender Geschäftsunfähigkeit wirksam eingegangen werden.

Dennoch galt, dass durch solch einen Vertrag die *fictional death rule* nicht umgangen werden konnte. Daraus folgte, dass die Verpflichtungen, die die unschuldige Partei gegenüber dem schuldigen Ehepartner in dem Vertrag übernommen hatte, erloschen. Die Verpflichtungen hingegen, die der schuldige Ehepartner in der Vereinbarung übernommen hatte, wurden mit der Scheidung fällig. Es konnten also die gesetzlichen erbrechtlichen Folgen ausgeschlossen werden. Die Durchführbarkeit der Vereinbarung hing aber davon ab, welcher Ehegatte die Scheidung zu verschulden hatte. Fest stand somit, dass die schuldige Partei nicht mit einem Mehr an Vermögen aus der Ehe hinausgehen konnte, als sie während der Ehe hatte. Möglich war es aber, durch den Ausschluss der *legal rights* und dem Unterlassen

¹⁰¹⁰ Kritisch stand man allerdings noch der Konsequenz gegenüber, das Ehegatten Prozesse gegeneinander führten. Erst mit der Entscheidung *Horsburgh v Horsburgh* (1949 SLT 355) wurde etabliert, dass sich Eheleute auf Grund eines zwischen ihnen geschlossenen Vertrages verklagen konnten.

¹⁰¹¹ Hierzu ausführlich § 4 I. 2.

von vertraglichen Vorkehrungen für die Scheidungsnachfolgezeit, dass der schuldige Ehegatte bei einer Scheidung keinen Vermögensverlust erlitt.

d. Ergebnis

In den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts ist die Behandlung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen durch das Verständnis der Ehe als unauflösliche Institution geprägt.

Dies gilt augenscheinlich für England und Deutschland. Beide Länder erklärten Vereinbarungen zwischen Ehegatten dann für nichtig, wenn sie die Gefahr sahen, dass durch die Vereinbarung eine Scheidung forciert werden könnte. In Deutschland als Vereinbarung, die zu einer „Erleichterung der Scheidung“ führen würde, in England als „eine Ehezerrüttung fördernde Vereinbarung“ bezeichnet, waren doch beide Nichtigkeitsgründe Ausdruck davon, dass in das Bestehen einer Ehe nicht eingegriffen werden sollte. Eine Ehe war nach allen Möglichkeiten aufrecht zu erhalten. Nur bei Vorliegen der eng begrenzten Scheidungsgründe durfte die Ehe beendet werden. Einigten sich (zukünftige) Ehepartner aber über die vermögensrechtlichen Folgen einer Scheidung, erleichterten sie damit nach damaligen Verständnis die Scheidung. England und Deutschland lagen zu dieser Zeit in der rechtlichen Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen nah bei einander.

Schottland hingegen wählte einen gänzlich anderen Ansatz. Unabhängig davon, ob eine Vereinbarung die Herbeiführung einer Scheidung provozierte oder nicht, konnte sich der schuldige Ehepartner in einer Scheidung nicht auf die für ihn vorteilhaften Regelungen berufen. Er galt mit Ausspruch der Scheidung als verstorben. Ziel der schottischen Rechtslage war es, dass der schuldige Ehepartner keinen Vermögenszuwachs auf Grund der Scheidung erhielt. Dafür, dass Schottland wie Deutschland und England in vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen eine Gefahr für das Bestehen der Ehe sah, gibt es keine Hinweise.

Zwar wollten alle drei Länder nach Möglichkeiten Scheidungen verhindern. Doch wählten England und Deutschland eine andere Herangehensweise als Schottland. Diese unterschiedlichen Herangehensweisen prägten wiederum das Verständnis und die Betrachtung von Scheidungsfolgenvereinbarungen. So wurden in England und Deutschland Vereinbarungen grundsätzlich sehr

skeptisch gesehen, wohingegen man in Schottland, wo Vereinbarungen nicht auch darüber entschieden, ob eine Scheidung abgelehnt wurde, indifferent gegenüber stand.

Es kann jedoch festgehalten werden, dass vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen in Deutschland, England und Schottland während der ersten Jahrzehnte des Jahrhunderts bzw. in Schottland bis Mitte der 60er Jahre auf Grund von Rechtsprechung oder der Gesetzeslage zumeist keinen Bestand hatten.

2. Die Entwicklung bis zur gegenwärtigen Rechtslage

Die Entwicklung bis zur gegenwärtigen Rechtslage erfolgte in den einzelnen Rechtsordnungen sehr verschieden. In Deutschland und Schottland folgte der Zeit der Unwirksamkeit von Scheidungsfolgenvereinbarungen eine Zeit der Vertragsfreiheit. Allerdings setzte diese in Schottland erst gut 25 Jahre später ein als in Deutschland und erfuhr früher Beschränkungen. England hingegen kennt keine drastischen Änderungen in der Behandlung von Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen. In England fand vielmehr eine lineare Entwicklung statt.

a. Deutschland von 1938 bis 2001

1938 trat in Deutschland das Ehegesetz in Kraft. In dieses hatte der NS-Gesetzgeber das Scheidungsrecht des BGB ausgegliedert. Mit dem Ehegesetz wurde das Scheidungsrecht entscheidend reformiert. Neben der Scheidung wegen Verschuldens wurde die Scheidung bei Vorliegen einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses und Auflösung der häuslichen Gemeinschaft seit drei Jahren eingeführt. Eine Scheidung konnte nunmehr ohne Schuldzuweisung erfolgen. Grund für diese Entwicklung war das bevölkerungspolitische Ziel, kinderreiche Familien zu schaffen. Diesem Ziel standen jedoch solche Paare entgegen, die sich nur noch unfreiwillig in einer Ehe miteinander befanden. Diese Regelungen bestanden bis Mitte der 70er Jahre fort. Unter dem EheG von 1946 wurden lediglich solche Scheidungsgründe (Verweigerung der Fortpflanzung, Unfruchtbarkeit) aufgehoben, die ausschließlich für die bevölkerungspolitischen Ziele der NS-Zeit eingeführt worden waren. Das Verschuldensprinzip

im Scheidungsrecht wurde in Deutschland durch das 1. Eherechtsreformgesetz, das im Juli 1977 in Kraft trat, abgeschafft. Seither beruht das Scheidungsrecht ausschließlich auf dem Zerrüttungsprinzip. Unter den Nationalsozialisten und dem neuen Ehegesetz von 1938 hatte die Ehe das bevölkerungspolitische Ziel zu erfüllen, dass aus einer Ehe möglichst viele Kinder hervorgingen. Waren die Eheleute nicht mehr glücklich miteinander, war daher gewünscht, die Scheidung zügig durchzuführen. Neben der Möglichkeit der verschuldensfreien Scheidung konnten auch vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen dazu beitragen, die Scheidung schnell zu vollziehen. Daher wurden verstärkt Verträge über finanzielle Scheidungsfolgen aufrecht erhalten. Diese Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen wurde auch nach dem Untergang des dritten Reiches im Wesentlichen beibehalten. Die Rechtsprechung tendierte lediglich zu einer etwas restriktiveren Beurteilung der Gültigkeit von Vereinbarungen.

Im Ehegesetz von 1938 gab es erstmalig eine explizite Regelung zu Unterhaltsverträgen. Mit dieser Regelung wurde geklärt, dass Unterhaltsvereinbarungen bereits vor der Scheidung geschlossen werden durften. Ein Unterhaltsverzicht war selbst bei Vermögenslosigkeit des Unterhaltsberechtigten wirksam. Als sittenwidrig galt ein Verzicht erst dann, wenn er allein in der Absicht geschlossen worden war, die Unterhaltslast auf die öffentliche Fürsorge zu verlagern. Unterhaltsverträge waren zudem weiterhin dann nichtig, wenn die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend machten (Kollusion). 1942 entschied jedoch das Reichsgericht,¹⁰¹² dass, wenn die Ehe aus einem anderen Grund in jedem Fall scheidungsreif sei, eine Vereinbarung über Unterhalt und den fingierten Scheidungsgrund wirksam sei. Unterhaltsvereinbarungen sollten nach dieser Rechtsprechung nur dann unwirksam sein, wenn es an einem vom Gesetz anerkannten Scheidungsgrund überhaupt fehle. Nur ganz besondere Umstände, wie ein krasses Missverhältnis zwischen der Höhe der Zuwendung und den Vermögensverhältnissen des Leistenden, konnten im Übrigen gegen die Gültigkeit einer solchen Unterhaltsvereinbarung sprechen.

¹⁰¹² RGZ (1942) 168, 269 ff.

Hinsichtlich Vereinbarungen über die Vermögensauseinandersetzung gab es zunächst keine Neuerungen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit galt weiterhin für das Güterrecht. Vereinbarungen lediglich über die Auseinandersetzung waren grundsätzlich möglich. Umstritten war erst nach Einführung der Zugewinnsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand im Jahre 1958, ob in einem anhängigen Ehescheidungsverfahren eine Vereinbarung über den Ausgleich des Zugewinns getroffen werden durfte. Im Jahr 1970 entschied der BGH¹⁰¹³, dass die Ehegatten einen solchen Vertrag schließen dürften. Unwirksam waren hingegen Vereinbarungen die vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens getroffen wurden.

Durch das 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), das im Jahre 1977 in Kraft trat, wurde nicht nur das Scheidungsrecht reformiert und wieder in das BGB eingegliedert, sondern es wurde auch der Versorgungsausgleich eingeführt. Durch diesen sollte der ausgleichsberechtigte Ehegatte eine eigenständige soziale Sicherung nach der Scheidung erhalten.

Die Vorschrift, dass Ehegatten über ihre Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen können, war nun in § 1585 c BGB geregelt. Zu dieser Norm stellte 1978 der BGH fest, dass der nacheheliche Unterhalt voll der Vertragsfreiheit der Eheleute unterläge, da er nicht einen Kernbereich der Ehe berühre.¹⁰¹⁴ Diese Ansicht wurde vom BGH in folgenden Entscheidungen bestätigt.¹⁰¹⁵ Weder inhaltlich noch zeitlich unterlag eine Unterhaltsvereinbarung damit grundsätzlich Beschränkungen zu dieser Zeit. Allerdings bestand bei einem Unterhaltsverzicht die Gefahr, dass sich der durch die Vereinbarung Begünstigte nach der Scheidung auf diesen nicht mehr berufen durfte. Dies war der Fall, wenn die Geltendmachung des Verzichts aufgrund späterer Entwicklungen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht vereinbar war.

Ein Unterhaltsverzicht war wie bisher auch dann nicht sittenwidrig, wenn durch ihn der verzichtende Ehegatte nach der Scheidung auf Sozialhilfe angewiesen war. Für die Bejahung der Sittenwidrigkeit bedurfte es weiterer Anhaltspunkte, dass der Verzicht in der schädigenden Absicht geschlossen worden war, andere Verwandte oder die Sozialhilfe zu belasten. 1982 ent-

¹⁰¹³ BGHZ (1970) 54, 38 ff.

¹⁰¹⁴ BGH FamRZ 1978, 873.

¹⁰¹⁵ BGH FamRZ 1991, 306; BGH FamRZ 1985, 788.

schied der BGH, dass die bisherige Rechtsprechung zu eng gewesen sei.¹⁰¹⁶ Zwar sei für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit Inhalt, Beweggrund und Zweck der Vereinbarung zu untersuchen. Für die Bejahung der Sittenwidrigkeit genüge jedoch die bewusste Herbeiführung der Unterstützungsbedürftigkeit, ohne dass noch eine Schädigungsabsicht hinzukommen müsste. Auch hinsichtlich Auseinandersetzungsverträgen blieb es grundsätzlich bei der bisherigen Beurteilung. Bei Gütergemeinschaft galt gemäß § 1474 BGB der Vorrang einer Vereinbarung vor der gesetzlichen Regelung. Ebenso konnte eine Beschränkung oder ein Ausschluss des Zugewinnausgleichs erfolgen. Denn das Wesen der Ehe galt nicht als dadurch mitbestimmt, dass eine „wirtschaftliche Lebensgemeinschaft“ entstand.¹⁰¹⁷ Fraglich war nur, ob die Ehegatten schon vor Beendigung des Güterstandes solch eine Vereinbarung schließen konnten. Der BGH entschied Anfang der 80er Jahre, dass Vereinbarungen selbst vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens geschlossen werden könnten, solange dies in einem notariellen Vertrag oder in einem gerichtlich protokollierten Vergleich geschehe.¹⁰¹⁸

Ebenso wie Ansprüche auf Unterhalt oder Zugewinnausgleich konnten Versorgungsausgleichsansprüche gänzlich ausgeschlossen werden. Jedoch wurde ein Genehmigungsvorbehalt des Familiengerichtes eingeführt. Diese durch das Gericht vorzunehmende Inhaltskontrolle konnte dadurch umgangen werden, dass die Eheleute in einem Ehevertrag die Versorgungsausgleichsansprüche regelten. Hinfällig wurde dieser Vertrag aber dann, wenn innerhalb eines Jahres ab Vertragsschluss ein Ehepartner den Ehescheidungsantrag stellte. Nach h.M. konnten auch im Rahmen eines Ehevertrages die Versorgungsausgleichsansprüche in ihrer Gänze sowie teilweise ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Selbst Globalverzichtsvereinbarungen, bei denen ein Ehepartner auf alle wesentlichen vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen verzichtete, waren zu dieser Zeit möglich. Ein Sittenverstoß konnte sich jedoch aus einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ergeben. Wann ein solches Missverhältnis zu bejahen war, war stark einzelfallabhängig. Entscheidend ist aber, dass der BGH noch Mitte der 90er Jahre eine Globalverzichtsvereinbarung, die kurz vor der Ehe mit einer schwangeren Frau ge-

¹⁰¹⁶ BGH FamRZ 1983, 137.

¹⁰¹⁷ BGH FamRZ 1985, 788.

¹⁰¹⁸ BGH FamRZ 1983, 157.

geschlossen wurde, für wirksam erachtete.¹⁰¹⁹ Dies tat er auf Grundlage des Argumentes, dass die verheiratete Frau immer noch besser gestellt sei als die unverheiratete und der Mann sich auch auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters hätte zurückziehen können.

Kollusion spielte nach Einführung des Zerrüttungsscheidungsrechts keine entscheidende Rolle mehr, da das Vortäuschen eines Scheidungsgrundes damit hinfällig wurde.

b. England von 1929 bis 1970

Auch England führte, nachdem 80 Jahre lang Ehebruch der einzige Scheidungsgrund war, Ende der 30er Jahre mit dem *Matrimonial Causes Act* 1937 weitere Scheidungsgründe ein. Allerdings vollzog es dabei keine so weitreichenden Schritte wie Deutschland. Abgesehen von dem Scheidungsgrund der Geisteskrankheit wurde das Verschuldensscheidungsrecht beibehalten. Zudem wurde eine Beschränkung eingeführt, die es verbot, eine Scheidung innerhalb der ersten drei Jahre zu beantragen.

Nachdem England mit der Reformierung seines Scheidungsrechts zunächst konservativer als Deutschland war, führte es schon 1969 das Zerrüttungsprinzip ein. Allerdings löste es sich nicht gänzlich vom Verschuldensscheidungsrecht. Denn der Nachweis des Zusammenbruchs der Ehe konnte und kann nicht nur durch eine Trennung von bestimmter Dauer, sondern auch durch bisherige typische Verschuldensgründe wie den Ehebruch bewiesen werden.

Noch bevor in den 30iger Jahren das Scheidungsrecht in England reformiert wurde und weitere Scheidungsgründe neben dem bisher bestehenden Grund des Ehebruchs eingeführt wurden, traf das *House of Lords* eine weitreichende Entscheidung zu der Behandlung von Unterhaltsverzichten. In dem Urteil *Hyman v Hyman*¹⁰²⁰ entschied das *House of Lords*, dass der Verzicht auf nahehelichen Unterhalt in einer Trennungsvereinbarung, selbst wenn diese für die Zeit nach der Scheidung Bestand haben sollte, das Gericht nicht binden würde. Die Befugnisse und Erwägungen, die in *Section 190* des *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act* 1925 enthalten seien,

¹⁰¹⁹ BGH FamRZ 1997, 192.

¹⁰²⁰ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

dürften nicht eingeengt werden. Ein vertraglicher Verzicht auf den gesetzlichen nachehelichen Unterhaltsanspruch könne die Zuständigkeit des Gerichts nicht einschränken.

Nachdem 1929 die uneingeschränkte Entscheidungsbefugnis des Gerichts hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts geklärt worden war, wurde erst durch die Entscheidung *Bennett v Bennett*¹⁰²¹ bestimmt, dass die gesamte Vereinbarung seine Wirksamkeit verlieren würde, wenn der Verzicht auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch Hauptleistung sei. Dann dürfe der vertragliche Anspruch auf Unterhalt nicht geltend gemacht werden bzw. der laut Vertrag Leistende sei nicht an seine Zahlungsverpflichtung gebunden.

Hyman und *Bennett* führten dazu, dass finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen, sollte sich auch nur eine Partei an die Abmachung nicht mehr halten wollen, wirkungslos waren. Die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts zur Anordnung von Unterhalt trotz bestehender Vereinbarung kommt einer Überprüfungsmöglichkeit von außergerichtlichen Einigungen über finanzielle Scheidungsfolgen gleich.

Bis zu der Entscheidung *Bennett* im Jahre 1952 blieb als Hinderungsgrund für die Durchführbarkeit von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen die Annahme eines kollusiven Zusammenwirkens entscheidend. Selbst wenn die in der Vereinbarung enthaltenen Zahlungen den gesetzlichen Ansprüchen der Ehepartner nach einer Scheidung entsprachen, galt Kollusion nicht als zwangsläufig ausgeschlossen. Allerdings bedeutete eine Geldzahlungen auf der anderen Seite auch nicht mehr notwendigerweise, dass die Ehepartner relevante Tatsachen im Scheidungsverfahren unterdrückt hatten. Der Maßstab, wann Kollusion angenommen wurde, verschob sich zunehmendst und die Gerichte entschieden sich immer häufiger gegen das Vorliegen von Kollusion, wenn auch diese Interpretation der Umstände offen stand.

Durch die Erweiterung der Scheidungsgründe durch den *Matrimonial Causes Act 1937* vorlor die Scheidung an Ausnahmecharakter. Zudem erweiterte das Gesetz das Ermessen der Richter bei Gegenwürfen, wodurch den Parteien teilweise erst ermöglicht wurde, sämtliche Tatsachen vorzubringen. Aus der Änderung, dass Unterhaltsansprüche schon während des

¹⁰²¹ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

Scheidungsverfahrens vorgebracht werden konnten, wurde geschlossen, dass Verhandlungen hierüber zumindest zu diesem Zeitpunkt erlaubt waren. Ferner wurde 1940 entschieden, dass durch eine gerichtliche Billigung einer Vereinbarung über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen die diesbezügliche Zuständigkeit des Gerichts aufgehoben werden konnte. Allerdings konnte das Gericht seine Zustimmung erst mit Ausspruch des vorläufigen Scheidungsurteils (*decree nisi*) aussprechen und musste dies auch nicht tun, wenn es der Ansicht war, dass die Vereinbarung nicht vernünftig sei.

Mit dem *Maintenance Agreements Act 1957* wurde das erste Gesetz verabschiedet, das finanzielle Vereinbarungen der Ehegatten anerkannte. Das Gesetz war auf alle Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen anzuwenden, die schriftlich festgehalten und nach einer Trennung geschlossen worden waren. Zwar durfte die Vereinbarung nicht die Zuständigkeit des Gerichtes ausschließen. Jedoch führte eine solche Klausel nur zu ihrer eigenen Unwirksamkeit und nicht zu einer Unwirksamkeit des gesamten Vertrages.

Den Gerichten wurde durch den *Maintenance Agreements Act 1957* die Möglichkeit eröffnet, finanzielle Vereinbarungen abzuändern, wenn die Verhältnisse der Ehepartner nicht mehr dieselben wie bei Vertragsschluss waren. Diese Regelung war insbesondere für die durch das Gesetz selber für wirksam erklärten Verträge von Bedeutung. Vor 1957 hatten sich die Gerichte dadurch weiterhelfen müssen, dass sie die Vereinbarungen für nichtig erklärten und neue Vorkehrungen trafen.

Der Nichtigkeitsgrund der Kollusion verlor zusehendst an Bedeutung. Durch den *Matrimonial Causes Act 1963* wurde er in das Ermessen der Gerichte gestellt. Diese wandten schon früher aufgestellte Grundsätze an und fragten im Wesentlichen danach, ob das Ergebnis der Vereinbarung als Ergebnis in einem Verfahren wahrscheinlich gegen die Gerechtigkeit des Falles verstoßen würde und ob die Parteien dem Gericht mit völliger und uneingeschränkter Offenheit entgegneten. Kollusion wurde endgültig durch den *Divorce Reform Act 1969*, der 1971 in Kraft trat und das Zerrüttungsprinzip einführte, abgeschafft.

In diesem Zusammenhang äußerten sich die Gerichte in den 50er und 60er Jahren gehäuft zu der Problematik des gänzlichen Unterhaltsverzichtes. Es wurde erklärt, dass ein Verzicht auf den Unterhaltsanspruch inakzeptabel sei, wenn die Öffentlichkeit in Form der Sozialhilfe die Sorge für den mit-

tellosen Ehegatten übernehmen müsste, obwohl die Unterstützung durch den ehemaligen Partner übernommen werden könnte.

c. Schottland von 1964 bis 1985

In den 60er Jahren galt in Schottland wie auch in Deutschland noch das Verschuldensscheidungsrecht. Durch den *Divorce (Scotland) Act 1976* wurde das Zerrüttungsprinzip eingeführt. Jedoch kann als Nachweis für das Scheitern der Ehe auch ein Verschuldensscheidungsgrund angeführt werden. Die Rechtslage Schottlands war und ist damit auf dem Gebiet des Scheidungsrechts der Englands nahezu gleich. Wie in England musste auch zunächst bei einer einvernehmlichen Scheidung eine Trennung von zwei Jahren und bei einer uneinvernehmlichen Scheidung eine Trennung von fünf Jahren vorliegen. Im Jahre 2006 hat Schottland die Trennungszeiten auf ein Jahr für die einvernehmliche Scheidung und auf zwei Jahre für die uneinvernehmliche Scheidung herabgesetzt.

Mit dem *Succession (Scotland) Act 1964* wurde die *fictional death rule* bezüglich der gesetzlichen Scheidungsfolgen wie auch hinsichtlich vertraglicher Vorkehrungen aufgehoben. Obwohl konsequenterweise Vereinbarungen über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen damit als möglich angesehen wurden, war ihre Handhabung noch nicht geklärt. In Frage stand, ob Eheleute auf ihre Unterhalts- und Abfindungsansprüche gänzlich verzichten konnten und ob solche Verträge verbindlich waren.

Geklärt wurden diese Fragen erst unter dem *Divorce (Scotland) Act 1976*. In der Entscheidung *Dunbar v Dunbar*¹⁰²² wurde erklärt, dass eine Unterhaltsverzichtsvereinbarung geschlossen von volljährigen Parteien wirksam und bindend sei. Argumentiert wurde insbesondere damit, dass das Gesetz keine Regelung dahingehend enthalte, dass Parteien die Zuständigkeit des Gerichtes nicht ausschließen dürften. Eine solche Regelung dürfe man aber erwarten, da solch eine Vorschrift im englischen Recht enthalten sei.

Häufig wurden und werden Vereinbarungen über finanzielle Scheidungsfolgen im schottischen Recht auch als *Joint Minute of Agreement* festgehalten. Dies bedeutet, dass die Vereinbarung im Rahmen des Scheidungsprozesses geschlossen und vom Gericht autorisiert wurde. Allerdings wird die

¹⁰²² *Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169; bestätigt in *Elder v Elder* 1985 SLT 471.

Vereinbarung nach einer solchen Autorisierung als gerichtliche Anordnung betrachtet. Dadurch besteht wiederum die Möglichkeit, vereinbarte Unterhaltszahlungen bei einer Veränderung der Umstände durch eine weitere Anordnung abzuändern. Will man dies verhindern, muss das Gericht gebeten werden, zwar die Vereinbarung zu autorisieren, aber in dem Urteil keine Anordnung hinsichtlich finanzieller Vorkehrungen zu treffen.

Im Übrigen bestand in Schottland zwischen 1964 und 1985 keine Gefahr, dass Unterhaltsverzicht als nichtig galten, da sie die Verantwortung für eine bedürftige Partei auf die Sozialhilfe übertrugen. Ebenso wenig waren vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen auf Grund von Kollusion nichtig. Denn die Regelung von Scheidungsfolgen finanzieller Art war solange zulässig, wie kein Täuschungsmoment vorlag. Es wurde nicht zwangsläufig aus dem Vorliegen einer Scheidungsfolgenvereinbarung geschlossen, dass die Parteien über einen Scheidungsgrund zu täuschen versuchten. Darüber hinaus standen nach schottischem Recht finanzielle Vorkehrungen für den eventuellen Fall einer Scheidung, unabhängig davon, ob die Vereinbarung vor oder während der Ehe geschlossen wurde, nicht im Widerspruch zur Ehe als lebenslanger Gemeinschaft.

d. Ergebnis

Die Entwicklung von der Rechtslage zu Beginn des 20. Jahrhunderts zur gegenwärtigen Rechtslage vollzog sich in den hier behandelten Rechtsordnungen sehr unterschiedlich. Zum einen gleichen sich die Zeiträume nicht in ihrer Dauer. Zum anderen durchlaufen die Rechtsordnungen nicht dieselben Entwicklungsphasen.

Zunächst noch grundsätzlich übereinstimmend in der Behandlung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen entfernten sich Deutschland und England zunehmend voneinander in den 30er Jahren. Deutschland, während der NS-Zeit durch das bevölkerungspolitische Ziel, kinderreiche Ehen zu fördern, getrieben, nahm Abstand von der Überlegung, ob eine Vereinbarung der Aufrechterhaltung der Ehe abträglich war, also ob eine Vereinbarung eine scheidungsfördernde Wirkung aufwies. Die Abkehr von dieser Überlegung war entscheidend für die Handhabung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen in den nächsten Jahrzehnten. Denn auch nach Ende der NS-Zeit wurden Gesetzeslage und Rechtsprechung

weitestgehend beibehalten. Nach Kriegsende legten die Gerichte zwar zunächst wieder einen etwas strengeren Maßstab bei der Überprüfung von Vereinbarungen an. Jedoch führte die Rechtsprechung in den 70er und 80er Jahren zu einer in diesem Bereich grundsätzlichen Vertragsfreiheit. Dies lag vor allen Dingen daran, dass der BGH das Wesen der Ehe nicht dadurch mitbestimmt sah, dass eine „wirtschaftliche Lebensgemeinschaft“ entstand. Obwohl auch in England vermehrt Vereinbarungen aufrecht erhalten wurden, so galt und gilt bis heute, dass Vereinbarungen, die die Ehezerüttung der Ehe fördern, grundsätzlich nichtig sind. Zu solchen Vereinbarungen zählen aber gerade auch die Verträge, die Scheidungsfolgen behandeln, da sie die Scheidung antizipieren.

Die kritische Betrachtung von Scheidungsfolgenvereinbarungen liegt auch darin begründet, dass 1929 das *House of Lords* in dem Urteil *Hyman*¹⁰²³ entschied, dass die gerichtliche Zuständigkeit in Bezug auf Unterhaltsansprüche nicht ausgeschlossen werden kann. Seither ist die Überprüfung eines Unterhaltsverzichtes durch das Gericht immer möglich. Durch die Entscheidung *Bennett*¹⁰²⁴ wurde zudem festgesetzt, dass eine Vereinbarung, die versucht, die Zuständigkeit des Gerichtes auszuschließen, und in der der Unterhaltsverzicht Hauptleistung ist, in ihrer Gänze nichtig ist. Allenfalls Vereinbarungen in unmittelbarer Nähe zur Scheidung hatten damit Aussicht auf Bestand, wenn sie eine sensible Einigung über die finanziellen Scheidungsfolgen darstellten und nicht das Verhalten im Verfahren zu beeinflussen versuchten.

Nachdem Anfang des letzten Jahrhunderts Deutschland und England eine ähnliche Rechtslage aufwiesen, glichen sich Deutschland und Schottland, als die *fictional death rule* 1964 im schottischen Recht abgeschafft wurde, stark an. Denn mit der Abkehr von der gesetzlichen Regelung, dass der schuldige Ehegatte vermögensrechtlich als verstorben angesehen werden musste, galt im Bereich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen der Grundsatz der Vertragsfreiheit. In den 70er Jahren wurde in Schottland entschieden, dass ein Unterhaltsverzicht bindend ist und die Zuständigkeit des Gerichts unproblematisch ausgeschlossen werden könne.

¹⁰²³ *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

¹⁰²⁴ *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249.

Damit setzte sich die Rechtsprechung bewusst von seinem Nachbarland England ab.

3. Scheidungsfolgenvereinbarungen und die Kontrollmöglichkeiten durch die Gerichte

Die gegenwärtigen Rechtslagen zeichnen sich dadurch aus, dass in allen drei Rechtsordnungen Kontrollmöglichkeiten von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen durch die Gerichte bestehen. Die hier untersuchten Rechtsordnungen haben sich damit in ihrer Behandlung der Thematik angenähert. Für Deutschland und Schottland bedeutete dies, dass sie im Scheidungsfolgenrecht Abstand nahmen von dem Prinzip der Vertragsfreiheit. England auf der anderen Seite vollzog und vollzieht kleine Schritte dahingehend, finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen zunehmend anzuerkennen. Dabei weicht es aber nicht von seiner grundsätzlich kritischen Linie gegenüber Vereinbarungen ab, die vorausschauend für den Eventualfall einer Scheidung geschlossen werden.

a. Deutschland seit 2001

Die aktuelle Handhabung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen im deutschen Recht beruht im wesentlichen auf den beiden aus dem Jahre 2001 stammenden Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen.¹⁰²⁵ In diesen bestimmte das BVerfG, dass der Vertragsfreiheit dort Grenzen zu setzen seien, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sei. Dabei widersprach das BVerfG explizit der Argumentation des BGH, dass die verheiratete Frau immer noch besser gestellt sei als die unverheiratete und somit die Eheschließungsfreiheit eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung rechtfertige. Der BGH hielt in seinem daraufhin folgenden die Rechtsprechung ändernden Urteil von 2004 zwar fest, dass das geltende Recht einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen nicht kenne.¹⁰²⁶ Dennoch entschied er, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche

¹⁰²⁵ BVerfG FamRZ 2001, 985; BVerfG FamRZ 2001, 343.

¹⁰²⁶ BGH FamRZ 2004, 601.

Vereinbarungen nicht beliebig unterlaufen werden dürfe. Dies hätte der Tatrichter im Rahmen einer Inhaltskontrolle zu überprüfen. Eine Beanstandung der Vereinbarung sei um so wahrscheinlicher, je unmittelbarer diese in den Kernbereich der gesetzlichen Regelungen eingreife. Der BGH nahm eine Rangabstufung der unterschiedlichen vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenansprüche vor. An erste Stelle setzte er den Kinderbetreuungsunterhalt. Nicht mehr vom Kernbereich umfasst, sei hingegen der Zugewinnausgleich.

Der Richter habe zunächst eine Wirksamkeitskontrolle vorzunehmen. Hierbei ist zu untersuchen, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Lastenverteilung derart einseitig ist, dass sie gegen § 138 BGB verstößt. Ist die Frau bei Abschluss des Vertrages unmittelbar vor der Eheschließung schwanger, indiziert dies eine ungleiche Verhandlungsposition und begründet eine verstärkte richterliche Inhaltskontrolle. Ist die Vereinbarung nicht schon unwirksam, folgt eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB, in deren Rahmen gefragt wird, ob der begünstigte Ehegatte sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe auf die Vereinbarung berufen darf.

Eine Änderung in Bezug auf Unterhaltsverzichtsvereinbarungen trat durch die Rechtsprechungsänderung an sich nicht ein, da diese weiterhin möglich sind. Allerdings stehen Vereinbarungen über den Unterhalt unter strenger Kontrolle, da die unterschiedlichen Unterhaltsansprüche in der vom BGH entwickelten Rangabstufung zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts einen hohen Stellenwert einnehmen. Eine Sittenwidrigkeit kann daher schon dann angenommen werden, wenn die vertraglich vorgesehene Unterhaltshöhe nicht annähernd geeignet ist, ehebedingte Nachteile des Berechtigten auszugleichen, und auch nicht durch andere vermögenswirksame Leistungen aufgefangen wird.

Da der Versorgungsausgleich auch als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen ist, müssen Verträge, die diesen ganz oder teilweise ausschließen, nach denselben Kriterien geprüft werden wie ein Unterhaltsverzicht. Eine Nichtigkeit kommt daher in Betracht, wenn ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des schon bei Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt.

Da der Zugewinnausgleich nicht dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrecht angehört, ist er der vertraglichen Gestaltung am weitesten zugänglich.

Bei isolierter Betrachtung wird sein Ausschluss zumeist wirksam sein. Etwas anderes kann sich jedoch aus einer Gesamtbetrachtung einer Vereinbarung ergeben. Denn ergibt sich aufgrund der Wirksamkeitskontrolle, dass einzelne Klauseln nichtig sind, so ist in der Regel der gesamte Ehevertrag nichtig. Hierzu hat der BGH entschieden, dass selbst eine allgemein formulierte salvatorische Klausel die Nichtigkeit nicht verhindern kann. Auf der anderen Seite kann eine Globalverzichtsvereinbarung von Bestand sein. Zwar besteht eine hohe Gefahr, dass eine solche Vereinbarung eine evident einseitige, nicht gerechtfertigte Lastenverteilung darstellt. Dennoch kann sie aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände wirksam sein.

b. England seit 1970

Mit dem *Divorce Reform Act* 1969 und dem *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 wurde das englische Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht grundsätzlich reformiert. Neben der Einführung des Zerrüttungsprinzips wurde der Unterhaltsanspruch des Mannes sowie eine mögliche Eigentumsübertragung nach der Scheidung eingeführt. Zudem enthielt der *Matrimonial Proceedings and Property Act* 1970 erstmals einen Katalog an Grundsätzen für die Bemessung von Unterhalt, der auch den Verlust zukünftiger Pensionsansprüche aufführte. Erst durch den *Welfare Reform and Pensions Act* 1999 wurde allerdings eine dem deutschen Versorgungsausgleich vergleichbare Regelung ins Leben gerufen.

Da in England die gerichtliche Zuständigkeit für vermögensrechtliche Scheidungsfolgen nicht ausgeschlossen werden kann und somit immer eine Überprüfungsmöglichkeit von Vereinbarungen besteht, ist die Kenntnis darüber, was das Gesetz und die Gerichte als gerechte Verteilung ansehen, unablässlich. Bis Mitte der achtziger Jahre noch sah man die Ehe auch nach der Scheidung als lebenslange Gemeinschaft. Die Ehegatten sollten nach der Scheidung finanziell in dieselbe Lage versetzt werden, in der sie sich während der Ehe befanden. Allerdings galt bis zum Jahr 2000, dass den Frauen lediglich ein Drittel des gemeinsamen Einkommens und des Familienvermögens zustand. Mit dem *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984 wurde das Verständnis von der Ehe als lebenslange Versorgungsgemeinschaft aufgehoben und der Grundsatz des *clean break* eingeführt. Den Ehegatten soll nach der Scheidung nur noch der Übergang in eine andere

Lebenssituation erleichtert werden. Bei periodischen Unterhaltszahlungen sollen die Gerichte seitdem in Betracht ziehen, diese zeitlich zu beschränken.

Dafür wurde durch die Entscheidung *White v White*¹⁰²⁷ die Anerkennung von nicht-finanziellen Beiträgen zum Wohle der Familie gestärkt. Solange ein Ehepartner in seinem Bereich gleichermaßen zur Familie beitrage, solle das Familienvermögen zu gleichen Teilen auf die Partner übertragen werden. Für die Aufteilung wurde daher zunehmend auf den Beitrag und nicht mehr auf den Bedarf abgestellt.

Vereinbarungen zwischen Ehegatten gewannen seit den 70er Jahren an Bedeutung. Dies lag zum einen daran, dass in fast allen Fällen letztendlich eine Scheidung aufgrund des Zerrüttungsprinzips auch ausgesprochen werden konnte. Zum anderen war *collusion* als Scheidungshinderungsgrund mit dem *Divorce Reform Act* 1969 weggefallen. Darüber hinaus wollte man zunehmend vom gesetzlichen Unterhaltsrecht abweichen.

Dennoch verstoßen weiterhin alle Vereinbarungen (voheliche wie eheliche), die für eine eventuelle Trennung oder Scheidung geschlossen werden, gegen *public policy*, da sie der Ansicht von der Ehe als lebenslanger Gemeinschaft widersprechen. Selbst bei wirksamen, da nach einer Trennung geschlossenen, Vereinbarungen kann das Gericht eigene Scheidungsfolgen festsetzen, wenn die getroffene Vereinbarung als unvernünftig angesehen wird. Dies kann dann der Fall sein, wenn die Frau in der Vereinbarung für immer auf ihren Unterhalt verzichtet. Hier wird zudem die Gefahr gesehen, dass die Verantwortung auf den Staat geschoben wird.

All diese Vereinbarungen finden aber ihren Einfluss in den vom Gericht ausgesprochenen Scheidungsfolgen, indem sie in die Überlegungen des Gerichts aufgenommen werden. Wie stark dies erfolgt, ist abhängig vom Einzelfall. Auch wenn durch die Entscheidung *K v K*¹⁰²⁸ ein Fragenkatalog aufgestellt wurde, der helfen soll zu ermitteln, wie wichtig die Vereinbarung für eine durch das Gericht zu treffende Entscheidung ist, so kann kaum vorhergesagt werden, inwieweit die mit dem Partner getroffenen Regelungen berücksichtigt werden. Augenfällig ist, dass auch hier eine entscheidende Rolle spielt, ob eine der Seiten bei Vertragsschluss unter

¹⁰²⁷ *White v White* [2000] 2 FLR 981.

¹⁰²⁸ *K v K* [2003] 1 FLR 120.

Druck gesetzt worden war. Vereinbarungen, die während der Ehe aber noch nicht im Zusammenhang mit einer Trennung geschlossen wurden, sind ebenso wenig bindend wie voreheliche Verträge. Allerdings wird ihnen ein höherer Einfluss beigemessen. Je näher dann die Vereinbarung mit dem Zusammenbruch der Ehe in Zusammenhang steht, desto wahrscheinlicher wird ihr Wirksamkeitsanspruch.

Vereinbarungen, die während einer Trennung geschlossen und schriftlich festgehalten werden, sind seit dem *Maintenance Agreements Act 1957* an sich bindend, so dass sie von den Parteien auch gerichtlich durchgesetzt werden können. Da aber die Zuständigkeit der Gerichte für finanzielle Scheidungsfolgen nicht ausgeschlossen werden kann, bleibt trotz wirksamer Trennungsvereinbarung die Möglichkeit, Unterhalts- oder Abfindungszahlungen zu beantragen und damit die Vereinbarung überprüfen zu lassen. Eine solche Trennungsvereinbarung gilt aber als sehr wichtiger Faktor, von dem nur ungern bei der Ermessensausübung der Gerichte abgewichen wird. Bindend sind allein solche Vereinbarungen, die die Ehegatten vom Gericht bestätigen lassen (*consent orders*). Nur damit kann verhindert werden, dass ein Partner grundlos die Vereinbarung in Frage stellen und überprüfen lassen kann. Dabei ist das Gericht auf eine grobe Abschätzung der finanziellen Umstände der Parteien, wie sie dem Gericht gegenüber in der gesetzlich vorgeschriebenen Form aufgedeckt werden, beschränkt. Wenn die Vereinbarung nicht gegen *public policy* verstößt, wird das Gericht grundsätzlich eine *consent order* aussprechen.

c. Schottland seit 1985

Mit dem *Family Law (Scotland) Act 1985* erfolgten Einschränkungen der seit dem *Succession (Scotland) Act 1964* herrschenden Vertragsfreiheit bei finanziellen Scheidungsfolgenvereinbarungen. Entscheidend in Bezug auf Scheidungsfolgenvereinbarungen war zum einen die begriffliche Unterscheidung von *marriage settlements* und *marriage agreements*,¹⁰²⁹ zum anderen die Einführung der Abänderbarkeit von *marriage agreements*.

¹⁰²⁹ *Marriage Settlements* als Vereinbarungen für die Zeit der Ehe; *marriage agreements* als Vereinbarungen für die Scheidungsnachfolgezeit.

Nicht aber nur für Scheidungsfolgenvereinbarungen, sondern auch für Scheidungsfolgen an sich brachte der *Family Law (Scotland) Act 1985* Neuerungen. Die Gerichte erhielten weitergehende Anordnungsbefugnisse und waren nun in der Lage z.B. die Übertragung von Eigentum von einem Ehepartner auf den anderen anzuordnen. Wie bei den Vereinbarungen erweiterte das Gesetz damit die Entscheidungsmacht der Gerichte. Maßgebliches Kriterium für die Gerichte war, dass angesichts der Vermögensverhältnisse vernünftige Vorkehrungen getroffen wurden.

Auf *marriage agreements*, also Vereinbarungen speziell für die Scheidungsnachfolgezeit, waren und sind insbesondere *Section 10 (6) (a)* und *Section 16* anzuwenden. *Section 10 (6) (a)* enthält die Regel, dass auf Grund einer Vereinbarung der Ehepartner über die Aufteilung von Gegenständen des ehelichen Vermögens das Gericht von der grundsätzlichen Aufteilung des ehelichen Vermögens zu gleichen Teilen absehen kann. Allerdings muss es weder von der *equal division* abweichen, noch scheint es sich an das speziell vereinbarte Eigentumsrecht halten zu müssen. Auch wenn das Gericht regelmäßig die Vereinbarung aufrechterhalten wird, so gilt eine solche Vereinbarung als sehr unsicher, da nicht feststeht, wie das Gericht über die übrigen Scheidungsfolgen entscheiden wird.

Section 16 behandelt Vereinbarungen über die im Fall einer Scheidung zu erbringenden finanziellen Leistungen. Er beinhaltet weder *marriage settlements* noch Vereinbarungen über das Eigentum an Gegenständen des ehelichen Vermögens. Eine Vereinbarung fällt unter *Section 16*, wenn sie die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen umfassend zu regeln versucht. Durch Paragraph 16 wird die sich seit 1964 entwickelte Rechtsprechung bestätigt, die es grundsätzlich zuließ, dass Ehegatten eine eigenständige Vereinbarung über die im Fall einer Ehescheidung zu erbringenden finanziellen Leistungen treffen konnten, ohne dass eine Einmischung durch das Gericht erfolgte. Jedoch wurde eine wesentliche Einschränkung dieses Grundsatzes vorgenommen. Denn es wurden Gründe eingeführt, bei deren Vorliegen das Gericht die Vereinbarung oder einzelne Vertragsbedingungen seither aufheben oder abändern kann, wenn einer der Ehepartner eine solche Überprüfung wünscht. Entscheidender Grund für eine Abänderung ist, wenn die Vereinbarung im Zeitpunkt ihres Abschlusses nicht fair und vernünftig war. Für den *fair and reasonable*-Test hat das Gericht unter

anderem sämtliche relevanten Umstände¹⁰³⁰ in Betracht zu ziehen. Eine Klausel, die die Kontrollmöglichkeit durch das Gericht auszuschließen versucht, ist nichtig. Der *fair and reasonable*-Test soll eine Balance zwischen Vertragsfreiheit und Schutz der (wirtschaftlich) schwächeren Partei schaffen. Mit seiner Einführung wurden die bis dahin nach schottischem Recht möglichen Globalverzichte in Frage gestellt. So wurde in der dem *Family Law (Scotland) Act 1985* folgenden Entscheidung *Smith v Smith*¹⁰³¹ die Aussage getroffen, dass die Verantwortung für den sozial schwächeren Partner nicht auf die Sozialhilfe abgeschoben werden sollte.

Wie Vereinbarungen, die sowohl Regelungen für die Zeit der Ehe, als auch für die Zeit nach der Scheidung beinhalten, behandelt werden, ist noch nicht geklärt. Unerheblich blieb, ob eine Vereinbarung vor, während oder nach Zusammenbruch der Ehe geschlossen worden war.

d. Ergebnis

In allen drei hier behandelten Rechtsordnungen hat das Gericht, wenn es dazu durch einen Ehepartner aufgefordert wird, unter der gegenwärtigen Rechtslage die Möglichkeit wirksame Scheidungsfolgenvereinbarungen abzuändern. Diese Kontrollfunktion soll sicherstellen, dass Vereinbarungen über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen nicht einseitig zu Lasten des schwächeren Ehegatten gehen.

Eine solche einseitige Lastenverteilung hatte der BGH in den 80er und 90er Jahren noch als zulässig anerkannt. Im Jahre 1985 hatte er explizit entschieden, dass das Wesen der Ehe nicht dadurch mitbestimmt sei, dass eine „wirtschaftliche Lebensgemeinschaft“ entstünde. Zwar hielt er in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2004 daran fest, dass das geltende Recht einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen nicht kenne. Vertragliche Vereinbarungen dürften den Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen aber nicht beliebig unterlaufen. Ehegatten können demnach in Deutschland bindende finanzielle Scheidungsfolgenvereinbarungen schließen. Es bleibt ihnen jedoch die Möglichkeit, die Vereinbarung durch ein Gericht überprüfen zu lassen.

¹⁰³⁰ Die Leitprinzipien zur Bestimmung, ob eine Vereinbarung *fair* und *reasonable* ist, sind in der Entscheidung *Gillon v Gillon (No 3)* 1995 SLT 678 aufgestellt worden.

¹⁰³¹ *Smith v Smith* 1988 SLT 840.

In Schottland erfolgt eine ähnliche Handhabung von vermögensrechtlichen Vereinbarungen über Scheidungsfolgen. Eigenständige Vereinbarungen zwischen (zukünftigen) Ehepartnern sind auch hier an sich zulässig und bindend. Jedoch erfolgte schon in den 80er Jahren eine Einschränkung dahingehend, dass Gerichte eine solche Vereinbarung aufheben oder abändern können, wenn die Vereinbarung nicht *fair and reasonable* ist. Maßgebliches Kriterium für die gerichtliche Beurteilung ist demnach, ob angesichts der Vermögensverhältnisse vernünftige Vorkehrungen für den finanziell schwächeren Ehegatten getroffen wurden.

England hingegen weicht von den Rechtslagen in Deutschland und in Schottland erheblich ab. Denn sämtliche Vereinbarungen, die vor einer Trennung der Ehegatten getroffen werden, gelten, da gegen *public policy* verstoßend, als nichtig. Auch heutzutage ist es (zukünftigen) Ehegatten nicht erlaubt, eine Scheidung zu antizipieren. Vereinbarungen über vermögensrechtliche Scheidungsfolgen sind nach englischem Recht erst dann zulässig, wenn eine Trennung der Ehepartner schon vollzogen ist. Handelt es sich um einen zulässigen, nach der Trennung geschlossenen schriftlichen Vertrag, bleibt aber auch den Parteien in England die Möglichkeit, die getroffenen Regelungen durch ein Gericht überprüfen zu lassen. Denn die Zuständigkeit des Gerichts kann in Bezug auf naheheliche Unterhaltsansprüche nicht ausgeschlossen werden. Hat ein Ehegatte also in einer zulässigen Vereinbarung auf Unterhaltsansprüche verzichtet, bleibt es ihm unbenommen, bei Gericht einen Antrag auf nahehelichen Unterhalt zu stellen.

In Bezug auf Vereinbarungen, die noch vor einer Trennung bzw. sogar noch vor einer Eheschließung getroffen werden und damit nichtig sind, hat England eine grundsätzlich andere Herangehensweise als Deutschland und Schottland. Deutschland und Schottland behandeln alle Vereinbarungen gleich unabhängig davon, wann eine solche Vereinbarung geschlossen wurde. Dennoch ist der Unterschied in der Praxis nicht ganz so drastisch, wie er auf den ersten Blick zu sein scheint. Dies liegt daran, dass die englischen Gerichte diese Verträge zunehmend in ihre Überlegungen und Ergebnisse mit einbeziehen. Je vernünftiger die Regelungen in einer nichtigen Vereinbarung sind, desto eher übernimmt das Gericht die getroffenen Vorkehrungen.

III. Gesamtergebnis und Schlussfolgerungen für die Zukunft

Es kann festgehalten werden, dass die Entwicklung im Bereich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen in den drei hier behandelten Rechtsordnungen nicht gleichförmig verlief.

Anfang des 20. Jahrhunderts waren sich die Rechtslagen Deutschlands und Englands für einige Jahrzehnte sehr ähnlich. Vereinbarungen über die finanziellen Folgen der Scheidung scheiterten in beiden Rechtsordnungen im Wesentlichen an dem Argument, dass sie die Ehezerüttung förderten bzw. die Scheidung erleichterten. Im Übrigen galten solche Vereinbarungen als Hinweis auf ein kollusives Zusammenwirken der Ehegatten im Scheidungsverfahren und waren daher nichtig. Grundsätzlich sollte damit in Deutschland und England zu dieser Zeit schon der Abschluss von Scheidungsfolgenvereinbarungen verhindert werden.

Anders behandelte hingegen das schottische Recht Scheidung und Scheidungsfolgen. Oberste Priorität des deutschen und englischen Rechts war es, Ehen zu erhalten und Scheidungen zu verhindern. Mit der *fictional death rule* in Schottland, gemäß der der schuldig geschiedene Ehegatte als verstorben behandelt wurde, wurde vielmehr bezweckt, den schuldigen Ehegatten zu bestrafen. Die Abwendung von Scheidungen scheint nicht der Hauptzweck der Regelung gewesen zu sein. Da die Erhaltung von Ehen nach schottischem Recht offenbar nicht von so entscheidender Bedeutung wie in Deutschland und England gewesen ist, standen Vereinbarungen nicht in derselben Kritik. Sie wurden nur insoweit aufgehoben, als sie dem Zweck, also der Bestrafung des schuldigen Ehegatten, entgegenstanden. Die für den unschuldigen Ehegatten vorteilhaften Vertragsvereinbarungen blieben daher auch nach der Scheidung wirksam und konnten von ihm durchgesetzt werden.

Durch die politische Lage in Deutschland und die bevölkerungspolitischen Ziele des NS-Regimes entwickelten sich Deutschland und England in den 30er Jahren in unterschiedliche Richtungen. Deutschland verfolgte nicht mehr den Zweck, Ehen unbedingt aufrecht erhalten zu wollen, da befürchtet wurde, dass unglückliche Ehen nicht für den gewünschten Kinderreichtum sorgen würden. Daraus ergab sich, dass Vereinbarungen nicht mehr daran scheiterten, dass sie womöglich die Scheidung erleichterten.

In England wurde durch die Entscheidung *Hyman v Hyman* im Jahre 1929 der weitere Weg der Behandlung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen entscheidend beeinflusst. Denn bis heute wird in England an dem Ergebnis festgehalten, dass die Zuständigkeit des Gerichts bei Unterhaltsansprüchen nicht ausgeschlossen werden kann. Dadurch bleibt selbst bei eigentlich bindenden¹⁰³² Verträgen dem Unterhaltsberechtigten die Möglichkeit, durch einen Antrag bei Gericht die getroffene Vereinbarung überprüfen zu lassen. Darüberhinaus stand und steht England noch immer den Verträgen sehr kritisch gegenüber und erklärt sie wegen eines Verstoßes gegen *public policy* für nichtig, die vor einer Trennung geschlossen wurden.

Mitte des 19. Jahrhunderts hatten die hier behandelten Rechtsordnungen daher sehr verschiedene Herangehensweisen an die Thematik. In England durften die meisten Vereinbarungen schon nicht abgeschlossen werden wegen einer möglichen Scheidungserleichterung. Diese wiederum hatte in Deutschland keinen Einfluss mehr auf den Bestand von Scheidungsfolgenvereinbarungen. Deutschland bewegte sich zunehmend auf die Vertragsfreiheit im Scheidungsfolgenrecht zu. Schottland behielt bis 1964 seine Regelung des „zivilen Todes“ des schuldigen Ehegatten bei.

Mit der Abschaffung der *fictional death rule* in Schottland und der dadurch eintretenden Vertragsfreiheit näherten sich nun Deutschland und Schottland in der Handhabung von finanziellen Vereinbarungen über Scheidungsfolgen an. Allerdings wurde in Schottland eine Beschränkung der Vertragsfreiheit normiert, als sich in Deutschland die uneingeschränkte Vertragsfreiheit noch keinen Angriffen ausgesetzt sah. Im Jahre 1985 wurde in Schottland der *fair and reasonable*-Test eingeführt, der eine inhaltliche Kontrolle der Vereinbarungen durch das Gericht ermöglichte. Diese Regelung ist vergleichbar mit der richterlichen Inhaltskontrolle in Deutschland, die durch die beiden Urteile des BVerfG aus dem Jahr 2001 und dem Urteil des BGH von 2004 eingeführt wurde.

Bezeichnend ist, dass in allen drei Rechtsordnungen gegenwärtig die Möglichkeit besteht, an sich bindende Vereinbarungen durch das Gericht überprüfen zu lassen. Der größte Unterschied besteht momentan zwischen Eng-

¹⁰³² Bindend waren Vereinbarungen, die nach einer schon erfolgten Trennung geschlossen und schriftlich festgehalten wurden.

land auf der einen und Schottland und Deutschland auf der anderen Seite, da in England nur solche Vereinbarungen bindend sind, die schriftlich und grundsätzlich nach einer Trennung getroffen wurden. In Deutschland und Schottland sind – abgesehen von einzelnen Ausnahmen - unabhängig von dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses alle Vereinbarungen bindend. Anzeichen dafür, dass in Deutschland oder Schottland die gegenwärtige rechtliche Beurteilung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen geändert werden soll, bestehen nicht. Eine grundsätzliche Änderung ist auch nicht durch die Entwicklung in Deutschland zu erwarten, dass von Ehegatten nach einer Scheidung, auch bei gemeinsamen Kindern aus der Ehe, immer früher die finanzielle Eigenverantwortung gefordert wird. Meines Erachtens spräche diese Entwicklung wieder für eine verstärkte Vertragsfreiheit, da aufgrund dieser Forderung der „Kernbereich“ der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen an Bedeutung verliert. Es besteht ein geringerer Schutzbedarf des „schwächeren“ Ehegatten, wenn für diesen weniger auf dem Spiel steht.

Es ist zu erwarten, dass in England weiter zunehmend vermögensrechtliche Scheidungsfolgenvereinbarungen in die Entscheidungen der Gerichte mit einbezogen werden. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass England in nächster Zukunft von seiner grundsätzlichen Handhabung abweichen wird, vor einer Trennung geschlossene Vereinbarungen als nichtig anzusehen. Auch wenn vereinzelt Gerichte den Verstoß solcher Scheidungsfolgenvereinbarungen gegen *public policy* nicht mehr für zeitgemäß halten, wird es einer *House of Lords* Entscheidung bedürfen, um die gegenwärtige Rechtsprechung grundsätzlich zu ändern. Schottland wird hierbei nicht die erwartete Mittlerrolle einnehmen können, da es, wie aufgezeigt, rechtlich keine Zwischenposition innerhalb der drei Rechtsordnungen inne hat.

Abschluss- und Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen

Mirja Schmidt

Durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes (Az. XII ZR 265/02, FamRZ 2004, 601) angeregt, werden in der vorliegenden Arbeit die Grenzen der privatautONOMEN Gestaltung von Scheidungsfolgenvereinbarungen hinsichtlich der vermögensrechtlichen Angelegenheiten in Deutschland, England und Schottland untersucht. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt in der Herausarbeitung der Entwicklung der vertraglichen Möglichkeiten und der Problematik, die wegen eines unterschiedlichen Verständnisses von der Ehe und ihrer Auflösung zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlichen Rechtsordnungen bestand. Zunächst werden die Besonderheiten der behandelten Rechtskreise erläutert und die Entwicklungen des jeweiligen Scheidungsrechts begutachtet. Im Anschluss erfolgt die Darstellung der rechtshistorischen Veränderungen und der gegenwärtigen Rechtssituation in der Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen. Im letzten Teil der Arbeit wird die Entwicklung in den drei untersuchten Ländern einander gegenübergestellt.



9 783840 500138