Universiteit Leiden
The Netherlands

Partijautonomie in het relatievermogensrecht

Schonewille, F.

Citation
Schonewille, F. (2012, February 14). *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. Maklu, Antwerpen. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/18483

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/18483

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

6 Een intermezzo: de ontwikkelingen in de Duitse jurisprudentie ter zake van het spanningsveld tussen partijautonomie en solidariteit bij de beoordeling van *Eheverträgen*

6.1 Inleiding

In Duitsland is de partijautonomie van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht een veel besproken thema geworden sinds de geruchtmakende uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht*[1] in 2001[2] en het *Bundesgerichtshof*[3] in 2004.[4]

De desbetreffende uitspraken hebben tot gevolg gehad dat in Duitsland sprake is geweest van een verschuiving van het perspectief in het denken over *Eheverträge* ingeval van echtscheiding.[5]

Waar deze overeenkomsten voorheen sporadisch aan een nadere controle werden onderworpen door de Duitse civiele rechter, wordt thans van de feitenrechter verlangd dat deze huwelijkse voorwaarden in echtscheidingszaken steeds toetst met behulp van het door het *Bundesgerichtshof* ontwikkelde toetsingsinstrument en de daaraan gekoppelde criteria.

Na een schets van het Duitse grondwettelijk kader en het vigerende huwelijksvermogensrecht, breng ik de bedoelde uitspraken, alsmede enkele daarop volgende *Leitsatzentscheidungen* op dit terrein van het *Bundesgerichtshof* in kaart, waarin toetsing en uitleg door de Duitse hoogste rechter van huwelijkse voorwaarden vooral worden bezien vanuit het perspectief van de verhouding tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij echtgenoten.

Ik belicht de onderhavige Duitse jurisprudentie tevens kort vanuit het gezichtspunt van de Duitse commentatoren, waarbij ik in het bijzonder aandacht besteed aan de aanvankelijk door de Duitse schrijvers gemaakte ana-

---

1 Hierna: BVerfG.

2 BVerfG 6 februari 2001, 1 BvR 12/92; *NJW* 2001, 957 en BVerfG 29 maart 2001, 1 BvR 1766/92; *NJW* 2001, 2248.

3 Hierna: BGH.

4 BGH 11 februari 2004, XII ZR 265/02; *NJW* 2004, 930.

5 Ik gebruik hierna de begrippen *Ehevertrag* en huwelijkse voorwaarden als synoniemen.

lyses ter zake van de implicaties van de uitspraken voor de Duitse rechtspraktijk.[6]

Het in deze jurisprudentie ontwikkelde nieuwe beoordelingskader voor huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding – waarvan de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* deel uitmaakt – interpreteert bestaande paragrafen uit het BGB opnieuw en getuigt van een doordachte, dogmatisch verantwoorde en systematische werkwijze. Ik vat deze tot slot samen.[7]

In de eerste plaats behoren de Nederlandse en Duitse rechtsstelsels tot dezelfde rechtsfamilies.[8] Daarnaast is de structuur van de Duitse samenleving in algemene zin goed vergelijkbaar met de Nederlandse,[9] waardoor de kans sterk vergroot wordt dat een door dit rechtsstelsel gevonden oplossing voor een bepaald juridisch probleem zich laat vertalen naar de Nederlandse context. Voorts kan naar mijn oordeel de stelling worden verdedigd dat de Duitse rechtspraak met betrekking tot de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding, in beginsel een met de Nederlandse rechtspraak vergelijkbare ontwikkelingsgraad kent, zij het dat men in Duitsland sedert 2004 tot een aanpak is gekomen die veel systematischer is en deze daardoor voor Nederland tot inspiratie en voorbeeld zou kunnen strekken.[10] De argumenten die de desbetreffende stelling schragen blijken uit dit hoofdstuk. Tot slot bestaat in Duitsland evenals in Nederland een Latijns notariaat.

De bovenstaande feiten rechtvaardigen dat in rechtsvergelijkend opzicht door mij de blik op Duitsland wordt gericht.

---

6 Naast de literatuur die ik in dit hoofdstuk verkort aanhaal, is door mij de volgende literatuur geraadpleegd: Thiele/Rehme, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht (§§ 1363-1563 (Eheliches Güterrecht)*, Berlin: Sellier-De Gruyter, 2007; A. Sanders, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*; *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen,* Bielefeld: Gieseking, 2008; D. Schwab en M.-M. Hahne, *Familienrecht im Brennpunkt*, Bielefeld: Gieseking, 2004; L. Bergschneider, *Verträge in Familiensachen*, Bielefeld: Gieseking 2006; S.U. Gilfrich, *Schiedsverfahren im Scheidungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007; E. Wiemer, *Inhaltskontrolle von Eheverträgen*, Bielefeld: Gieseking, 2007; G. Brambring, *Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten*, München, C.H. Beck, 2008 en G. Langenfeld, 'Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen – Zur Fallgruppenbildung in der Kautelarjurisprudenz', *FamRZ* 1987/9.

7 Enkele paragrafen in dit hoofdstuk zijn in bewerkte vorm overgenomen uit mijn artikel *Pech für Gretchen, oder nicht? Contractsvrijheid tussen (ex-)echtgenoten in Duitsland*; Schonewille, 2005 (A).

8 Oderkerk, 1999, p. 52-54.

9 Vgl. waar het betreft dit criterium: De Boer, 1992, p. 46 en 47; vgl. ook P.J.P. Tak en J.P.S. Fiselier *Duitsland-Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002 waarin de onderzoekers tot de conclusie komen dat Nederland en de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen redelijk vergelijkbaar zijn.

10 Oderkerk, 1999, p. 50.

6.2 Grondwettelijk kader

Artikel 6 lid 1 van de Duitse *Grundgesetz* (GG) brengt kernachtig tot uitdrukking dat aan het huwelijk een bijzondere bescherming toekomt en luidt als volgt:

> Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.[11]

Deze bepaling vormde voor het BVerfG het aanknopingspunt om te komen tot de hierna door mij uitvoerig besproken uitspraken,[12] welke op hun beurt de aanzet hebben gegeven tot de belangwekkende jurisprudentie over de uitleg van huwelijkse voorwaarden door het BGH.[13]

Daarnaast brengt de in Duitsland eveneens grondwettelijk gewaarborgde contractvrijheid mee dat het echtgenoten vrij staat in beginsel zelf hun vermogensrechtelijke verhoudingen vorm te geven door het sluiten van een *Ehevertrag*, welke overeenkomst vergelijkbaar is met de Nederlandse overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

Deze *Vertragsfreiheit* wordt impliciet tot uitdrukking gebracht in artikel 2, lid 1 GG dat voor zover hier van belang luidt:

> Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (…).

De contractvrijheid wordt aldus beschermd als voortkomend uit de algemene handelingsvrijheid die is vastgelegd in artikel 2 GG in termen van persoonlijke zelfontplooiing.[14]

Dat de grondwet in Duitsland een bijzondere status heeft, wordt gesteld door Haverkort die in dit verband betoogt dat deze in hoge mate de Duitse geschiedenis reflecteert. Dit heeft onder meer tot gevolg dat het wezen van een grondrecht niet kan worden gewijzigd.[15] Voorts zijn de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende machten wettelijk gebonden aan de grondrech-

---

11 Vgl. Schrama die stelt dat een belangrijk aspect van dit artikel is om het *Freiheitsrecht* van burgers ten opzichte van de staat te waarborgen om al dan niet een huwelijk aan te gaan zonder onnodige door de staat opgeworpen belemmeringen; Schrama, 2004, p. 287.

12 Duitsland kent een Constitutioneel Hof, het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), dat de bevoegdheid heeft in hoogste instantie formele wetten te toetsen aan de Grondwet. De hoogste civiele Duitse rechter is het *Bundesgerichtshof* (BGH). Beide instituten zijn gevestigd in Karlsruhe. Het BGH beoordeelt uitspraken van de *Oberlandesgerichte* (OLG). Een OLG is de hoogste rechterlijke instantie in een Duitse deelstaat.

13 Ik constateer volledigheidshalve dat in de Nederlandse wetgeving een tegenhanger van dit artikel ontbreekt. Schoordijk breekt niettemin een lans voor het laten doorwerken van de grondrechten in de jurisprudentie op het terrein van het huwelijksvermogensrecht; Schoordijk, 2002, p. 200.

14 Vgl. Rauscher, 2008, p. 257 die in dit verband spreekt over de *Privatautonomie* die door artikel 2 GG wordt gewaarborgd.

15 Artikel 19, lid 2 GG: *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*.

ten en kan iedere burger een klacht indienen bij het BVerfG, indien hij van mening is dat een grondrecht te zijnen opzichte is geschonden.[16]

Smits wijst op de vrees die onder meer in Duitsland bestaat voor een 'opslurping' van het privaatrecht door grondrechten maar ziet in de leer van de indirecte doorwerking van grondrechten een goed wapen daartegen en wijst in dit kader voorts op de in Duitsland gehanteerde praktijk van de *verfassungskonforme Auslegung*:

> (…) waar dat mogelijk is dienen grondrechten niet het bestaande recht opzij te zetten maar moet het bestaande recht in het licht van de Grondwet worden uitgelegd.

Daarnaast voert hij aan dat het BVerfG ook de 'geschilpuntcentrische subsidiariteit' aanvaard lijkt te hebben, welke meebrengt dat het constitutionele hof niet de afweging door het BGH overdoet, in welk kader hij een overweging van het BVerfG citeert die ik hier herhaal:

> Die Schwelle eines Verfassungsverstoßes, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist erst erreicht, wenn die angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts (…) beruhen (…). [17]

Zuck vraagt zich af hoe de grondwettelijke bescherming van het huwelijk in Duitsland moet worden begrepen *im Wandel des Zeitgeistes* en komt tot de gevolgtrekking dat waar de tekst van artikel 6 GG sinds het van kracht worden van de huidige Duitse grondwet zestig jaren geleden niet is gewijzigd, het wel zo is dat de invulling van het huwelijksbegrip is meegebogen met de veranderende tijden.

In dit licht constateert hij:

> Der Schutz der Ehe in Art. 6 I GG erstreckt sich danach nicht nur auf die bestehende Ehe, sondern auch auf die Folgewirkungen einer geschiedenen Ehe.[18]

In zijn slotbeschouwing memoreert Zuck de lange weg die het huwelijksbegrip – dat oorspronkelijk sterk gekleurd werd door natuurrechtelijke voorstellingen over de zedelijke ordening –, tussen 1949 en 2009 heeft afgelegd om uiteindelijk te zijn veranderd in een *(…) mehr und mehr zu einer unter Opportunitätsgesichtspunkten jederzeit auflösbaren Zweckgemeinschaft (…)*[19] en geeft hij een overzicht van de tussenhaltes:

---

16 Haverkort, 2009, p. 1277 e.v..

17 Smits, 2003, p. 24 en 25; de aangehaalde passage is afkomstig uit BVerfGE 18, 85; *NJW* 1964, 1713 (*Verfassungsrecht*) en is in latere uitspraken herhaald door het BVerfG.

18 Zuck, 2009, p. 1454.

19 Zuck, 2009, p. 1449.

> Er reicht von einem Ehebegriff, der die Geschlechtsgemeinschaft zwischen Mann und Frau nur in der Ehe erlaubte und dort empfängnisgeleitet zu verwirklichen war, bis zu freien Beziehungen zwischen Mann und Frau, die, das entsprechende Einverständnis vorausgesetzt, sogar das Polygamieverbot haben leerlaufen lassen. Ehebruch wird zwar meist noch missbilligt, wie aber die Promiskuität von Prominenten zeigt, vielfach auch verständnisvoll toleriert. Ein Ehehindernis ist Ehebruch nicht mehr, auch kein Straftatbestand. Die Scheidung ist inzwischen zu einem Pendant der Ehe geworden. Die dauerhafte Verbindung gleichgeschlechtlicher Partner, früher im Einzelfall strafbar, ist legalisiert. Die Familie hat ausgedient. Über die Rollenverteilung in der Ehe entscheiden die Ehegatten selbst.[20]

Schwab ziet het huwelijk als een *rechtlich verfasste Paarbeziehung* waarvan de kern wordt verwoord door het eerste lid van § 1353 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB):

> Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.

De desbetreffende echtelijke solidariteit is zijns inziens meer in het bijzonder tot uitdrukking gebracht in het huwelijksgoederenrecht, alsmede in de wettelijke bepalingen die zien op het verstrekken van levensonderhoud.[21]

Rauscher spreekt van de constante factor die is gelegen in de ervaring van de *vielfältigen Ungleichheiten der Biologie, der Emotionen, der Sozialkompetenz* tussen mannen en vrouwen, welke het bestaan van het huwelijk buiten twijfel stelt en die uitstijgt boven alle veranderingen in het beeld van het huwelijk in maatschappij en wetgeving.[22]

Coester-Waltjen legt de nadruk op het ordenende karakter van het burgerlijk huwelijk, maar stelt tevens dat het huwelijk zich ook denken laat zonder dat er een betrekking tot een rechtssysteem bestaat.[23]

6.3 Korte schets van het Duitse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht

6.3.1 Het huwelijksgoederenrecht

Het BGB onderscheidt drie grondvormen van huwelijksvermogensrecht.

Het stelsel dat op grond van de wet van kracht wordt indien echtgenoten niet een afwijkende regeling treffen is de *Zugewinngemeinschaft*, uitgewerkt in de paragrafen 1363 tot en met 1390 BGB. Deze voorziet bij het einde van het huwelijk in een deling van de vermogenstoename die tijdens het

20 Zuck, 2009, p. 1453

21 De passage over de echtelijke verantwoordelijkheid is eerst in 1998 ingevoegd; Schwab, 2009, p. 54.

22 Rauscher, 2008, p. 1. Rauscher wijst daarnaast op de *Emotionalisierung* van het huwelijk die zich heeft voltrokken vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw.

23 Coester-Waltjen, 2006, p. 23.

huwelijk is ontstaan.[24] De desbetreffende deling – de *(Zugewinn-)Ausgleich*, leidend tot een *Ausgleichsanspruch* van de ene echtgenoot jegens de andere –, is obligatoir van karakter (§ 1363 lid 2 en § 1378 BGB)[25] en er is derhalve geen sprake van een uitgestelde gemeenschap zoals bijvoorbeeld het Zweedse recht die kent.

Tijdens het huwelijk worden twee privévermogens onderscheiden over elk waarvan mitsdien de man, respectievelijk de vrouw het bestuur voert,[26] zij het dat de paragrafen 1365 tot en met 1369 BGB enkele bevoegdheidsbeperkingen bevatten ter bescherming van de andere echtgenoot. De beide privévermogens omvatten de goederen die door de desbetreffende echtgenoot ten huwelijk worden aangebracht, alsmede de goederen die deze tijdens het huwelijk verwerft.

Gütertrennung, respectievelijk *Gütergemeinschaft* zijn de twee keuzestelsels – *Wahlgüterstände* – waarvoor de wet een modelregeling bevat die door de echtgenoten kan worden overgenomen in hun huwelijkse voorwaarden maar waarvan zij ook kunnen afwijken.[27]

De eerstgenoemde vorm leidt tot een vrijwel volledige scheiding van vermogens van de beide echtgenoten. Ieder van de echtgenoten is binnen dit stelsel zonder beperkingen zelfstandig bestuursbevoegd en zelf aansprakelijk voor de schulden die worden aangegaan.

Het BGB wijdt slechts § 1414 aan dit 'stelsel', welke paragraaf niet meer bepaalt dan dat *Gütertrennung* intreedt indien het wettelijk stelsel door de echtgenoten wordt uitgesloten bij huwelijkse voorwaarden en *sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt*.[28]

Gütergemeinschaft (§ 1416 e.v. BGB) is een gemeenschap van goederen die enige gelijkenis vertoont met het Nederlandse stelsel van de wettelijke gemeenschap van goederen doch die wordt aangegaan bij huwelijkse voorwaarden. Alle goederen die ten tijde van het sluiten van het huwelijk aanwezig zijn, alsmede de goederen die tijdens het huwelijk worden verworven, vormen tezamen het *Gesamtgut*. Daarnaast worden onderscheiden het *Sondergut* van §1417 lid 1 BGB – i.e. een goed dat niet kan worden overgedragen door middel van een rechtshandeling (*Rechtsgeschäft*) – en de goederen die door de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden van de huwelijksgemeen-

24 Schwab stelt dat de vermogensaanwas die tijdens het huwelijk binnen de wettelijke *Güterstand* van de *Zugewinngemeinschaft* plaatsvindt, wordt beschouwd als door de echtgenoten *gleichermaßen verdient*; Schwab, 2009, p. 106.

25 Daarnaast voorziet § 1371 BGB in een groter erfdeel ter uitvoering van de *Zugewinnausgleich* ingeval het huwelijk eindigt door overlijden.

26 Indien echtgenoten een vermogensbestanddeel gezamenlijk verwerven is sprake van een *Bruchteilgemeinschaft* uit hoofde van de paragrafen 741-758 BGB.

27 Zie hiervoor nader onder § 6.3.4.

28 Voorts is *Gütertrennung* aldus het tweede lid van de genoemde paragraaf aan de orde indien de echtgenoten de *Ausgleich des Zugewinns* uitsluiten, dan wel de *Gütergemeinschaft* opheffen.

schap zijn uitgesloten, dan wel door een echtgenoot zijn verkregen krachtens erfrecht of schenking (*Vorbehaltsgut*, § 1418 BGB).[29]

6.3.2 Het nahuwelijkse onderhoudsrecht

Het Duitse echtscheidingsrecht kent regelingen op het gebied van (nahuwelijkse) onderhoudsverplichtingen in de §§ 1569-1586 BGB.

De uitkeringen tot levensonderhoud waarop de ene echtgenoot na de ontbinding van het huwelijk jegens de andere aanspraak zou kunnen maken worden onderscheiden in zes categorieën, te weten respectievelijk: de verzorging van gezamenlijke kinderen door de eerstbedoelde echtgenoot (*Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes)*, ouderdom (*Unterhalt wegen Alters*) of ziekte en gebrek van deze echtgenoot (*Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen)*, onderhoud omdat de desbetreffende echtgenoot er niet of slechts gedeeltelijk in slaagt om zich voldoende inkomen te verwerven door een door § 1574 BGB verlangde *Angemessene Erwerbstätigkeit* uit te oefenen (*Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt*), de bedoelde echtgenoot een studie wenst af te ronden die wegens het huwelijk niet werd aangevangen of afgebroken (*Ausbildung, Fortbildung* of *Umschulung*) en tot slot de *Generalklausel* van § 1576 BGB die erin voorziet dat deze echtgenoot andere gronden kan aanvoeren die betaling van alimentatie redelijk doen zijn (*Unterhalt aus Billigkeitsgründen)*.[30]

Niettemin staat het in § 1569, eerste volzin BGB verwoorde beginsel voorop dat elk van de echtgenoten na de echtscheiding zelf in het eigen levensonderhoud dient te voorzien (*Grundsatz der Eigenverantwortung*). Slechts indien een echtgenoot *dazu außerstande* is, ontstaat mogelijk een onderhoudsaanspraak binnen het gesloten wettelijke systeem van de §§ 1570-1576 BGB.

Schwab vat de kern van het recht op nahuwelijks levensonderhoud samen:

> Mit der Eheschließung haben Mann und Frau ihre Schicksale im Vertrauen auf weitergehende Solidarität aneinander gebunden. Misslingt der gemeinsame Lebensplan, so ist das Einstehen füreinander (§ 1353 I 2) nicht gegenstandslos, sondern oft gerade jetzt herausgefordert. Das Gesetz gewährt daher einem geschiedenen Ehegatten unter bestimmten Voraussetzungen einen Unterhaltsanspruch gegen seinen früheren Partner.[31]

Per 1 januari 2008 is in Duitsland een wet in werking getreden die fundamentele wijzigingen heeft aangebracht in het onderhoudsrecht.[32]

Een belangrijke onderdeel van de desbetreffende wet is de toevoeging van § 1578b aan het alimentatierecht, dat bepaalt dat de volgens de genoem-

---

29 Vgl. ook Boele-Woelki e.a., 2000, p. 47 en 48 en tevens Boele Woelki e.a, 2009, p. 252, p. 273 en 274.

30 Vgl. Boele-Woelki e.a., 2003, p. 93.

31 Schwab, 2009, p. 177.

32 *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts* van 21 december 2007 (*UÄndG*).

de paragrafen vastgestelde onderhoudsaanspraak gematigd of in tijd beperkt wordt indien deze onbillijk uitpakt. De tweede volzin van deze paragraaf stelt dat daarbij in het bijzonder van belang is:

> (…) inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben.[33]

Het Duitse systeem spreekt – wat mij betreft: in tegenstelling tot het Nederlandse – aan door de duidelijke en inzichtgevende structuur daarvan.

Voorts springt in het oog dat de nahuwelijkse solidariteit daarin op uiterst genuanceerde wijze tot uitdrukking komt. Telkens wordt de invloed die de wijze waarop het huwelijk door de echtgenoten is vormgegeven en geleefd als maatgevend in aanmerking genomen en wordt op deze wijze het juiste evenwicht gezocht. Tevens valt toe te juichen dat het voorgaande op heldere wijze in de wettekst zelf is verwoord.

6.3.3 De Versorgungsausgleich

Het Duitse recht kent voorts de zogenaamde *Versorgungsausgleich* die echtgenoten in beginsel verplicht om de door hen tijdens hun huwelijk opgebouwde rechten en aanspraken met betrekking tot pensioen en arbeidsongeschiktheid (*Invaliditäit*) te verrekenen – de *Ausgleich* –, ten tijde van de echtscheiding. De desbetreffende verrekening kan worden beschouwd als liggend in het verlengde van de hiervoor besproken *Zugewinnausgleich* maar § 2 lid 4 van de hierna genoemde *VersAusglG* maakt duidelijk dat de regeling op zichzelf staat en maakt duidelijk dat geen *Ausgleich* in goederenrechtelijke zin plaatsvindt.

Schwab stelt dat aan deze figuur het beginsel ten grondslag ligt dat:

> (…) die von einem Ehegatten während der Ehe gewonnenen Versorgungspositionen vom anderen mitverdient sind.

Hij wijst er voorts op dat dit beginsel teruggevoerd kan worden op de artikelen 3 en 6 van de Duitse grondwet zoals ook blijkt uit een hierna door mij te bespreken uitspraak van het BVerfG.[34] [35]

---

33 Deze paragraaf dient te worden gelezen als een grondslag voor begrenzing in hoogte of tijd van een onderhoudsaanspraak die billijk is op grond van het daadwerkelijk door de echtgenoten geleefde huwelijk. De hierop volgende paragraaf 1579 BGB voorziet in een algemene *Härteklausel* die ertoe kan leiden dat een onderhoudsaanspraak niet wordt toegekend of wat betreft hoogte daarvan of in tijd wordt beperkt *wegen grober Unbilligkeit*.

34 *FamRZ* 2006, 1000.

35 Schwab, 2009, p. 216.

Tot 1 september 2009 was de regeling met betrekking tot de *Versorgungsausgleich* opgenomen in § 1587 – 1587p BGB. Per de genoemde datum trad echter een wet[36] in werking waarin de desbetreffende materie opnieuw werd verwoord, welke wet geen onderdeel vormt van het BGB. Artikel 2, lid 1 van deze wet regelt welke aanspraken onder de werking ervan vallen:

> Anrechte im Sinne dieses Gesetzes sind im In- oder Ausland bestehende Anwartschaften auf Versorgungen und Ansprüche auf laufende Versorgungen, insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelsicherungssystemen wie der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, aus der betrieblichen Altersversorgung oder aus der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge.

Aanspraken die tot stand zijn gebracht zonder dat deze gerelateerd kunnen worden aan arbeid of vermogen van een echtgenoot blijven buiten beschouwing bij de toepassing van de hiervoor bedoelde verrekening die ook deel uitmaakt van de nieuwe wet (§ 2, lid 2 *VersAusglG*). Tevens is voorzien in een bepaling die correcties door de rechter mogelijk maakt op grond van billijkheidsoverwegingen (§ 27 *VersAusglG*).

De technische aspecten van de *Versorgungsausgleich* zijn in het kader van dit onderzoek minder relevant en ik laat deze daarom verder onbesproken.

6.3.4 Eheverträgen

§ 1408 lid 1 BGB bepaalt dat het echtgenoten vrij staat om bij *Ehevertrag* de goederenrechtelijke regelingen te treffen die zij verkiezen. Deze contractvrijheid wordt waar het de vorm betreft beperkt door §1410 BGB dat voor huwelijkse voorwaarden het vormvereiste van de notariële akte stelt bij het verlijden waarvan beide echtgenoten aanwezig dienen te zijn.

Indien de echtgenoten wensen dat hun huwelijkse voorwaarden werking hebben jegens derden dan dienen zij deze in te schrijven in het *Güterrechtsregister*: § 1412 BGB.

In plaats van het wettelijk stelsel van de *Zugewinngemeinschaft* kunnen de echtgenoten een van de hiervoor door mij besproken *Wahlgüterstande* als hun huwelijksgoederenstelsel aanwijzen. Indien zij de *Gütergemeinschaft* verkiezen, bepaalt § 1415 dat in dat geval de daarvoor in de wet opgenomen wettelijke voorschriften gelden.

Schwab relativeert de in de Duitse literatuur verdedigde opvatting dat sprake zou zijn van *Typenzwang* met het argument dat aldus een onnodige beperking zou worden gesteld aan de *Gestaltungsmöglichkeiten* van echtgenoten.[37] Met *Typenzwang* wordt bedoeld dat echtgenoten gebonden zouden

---

36 *Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs* d.d. 3 april 2009; BGBL. I 700 (*VersAusglG).*

37 Schwab, 2009, p. 109; Schwab acht de algemeen geldende dwingende *Rechtsformen des bürgerlichen Vermögensrechts* waarvan ook bij huwelijkse voorwaarden niet kan worden afgeweken, voldoende.

zijn aan de drie wettelijke stelsels en zij mitsdien niet rechtsgeldig een nieuw stelsel noch een mengvorm van de wettelijke stelsels kunnen overeenkomen en zij evenmin een van de wettelijke stelsels *in einer ihrem Wesen widersprechenden Weise* kunnen aanpassen.[38]

Ook Rauscher stelt dat echtgenoten:

> (…) jedoch nicht auf diese drei Typen von Güterstanden beschränkt sind; sie können im Rahmen der als Grundsatz bestehenden Vertragsfreiheit (§ 1408 Abs 1) auch andere Güterstandsmodelle vereinbaren oder die drei vorgegebenen Modelle modifizieren. Sie müssen dies allerdings durch Einzelvereinbarung tun (…).[39]

Aangenomen moet derhalve worden dat het echtgenoten naar heersende leer is toegestaan om de drie besproken stelsels – i.e. praktisch bezien slechts de *Zugewinnausgleich* en de *Gütergemeinschaft* – aan te vullen en af te wijken van onderdelen daarvan die niet dwingendrechtelijk van aard zijn.[40]

Ook is het naar Duits recht mogelijk om voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden aan te gaan of deze aan een tijdsbepaling te verbinden.[41]

Paragraaf 1409 BGB beperkt echtgenoten tot op zekere hoogte in hun autonomie door het voorschrift dat het hun niet is toegestaan in hun huwelijkse voorwaarden slechts een keuze voor niet meer bestaand recht of buitenlands recht te maken.

Echtgenoten kunnen bij huwelijkse voorwaarden ook afspraken maken omtrent de hiervoor besproken nahuwelijkse onderhoudsverplichtingen (§ 1585 c S. 1 BGB). Het tweede lid van deze paragraaf stelt een notariële *Beurkundung* als vormvereiste indien de desbetreffende overeenkomst wordt gesloten door de echtgenoten voordat hun echtscheiding formeel tot stand is gekomen, derhalve ook ingeval door hen een overeenkomst *in abstracto* wordt gesloten, gericht op een mogelijk in de toekomst plaatsvindende echtscheiding. Schwab wijst er op dat uit de desbetreffende paragraaf ook wordt afgeleid dat het ontstaan van nahuwelijkse onderhoudsverplichtingen door de echtgenoten bij *Ehevertrag* kan worden uitgesloten.[42]

Het is echter zo dat de Duitse rechter een actieve controlerende rol speelt ter zake van de door echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken, in het kader van de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* die door mij hierna nog wordt besproken.

De *VersAusglG* heeft de mogelijkheden voor echtgenoten om te contracteren over de *Versorgungsausgleich* verruimd.

---

38 Vgl. in deze zin ook Boele-Woelki e.a., 2000, p. 37.

39 Rauscher, 2008, p. 243; vgl. ook p. 252 en 253.

40 Vgl. ook Schwab, 2009, p. 108 en Rauscher, 2008, p. 253. In de regelingen van de *Zugewinngemeinschaft* en de *Gütergemeinschaft* wordt op enkele punten ook met zoveel woorden melding gemaakt van de mogelijkheid af te wijken bij huwelijkse voorwaarden; vgl. bijv. § 1418 lid 1 ter zake van de *Vorbehaltsgüter*.

41 Boele-Woelki e.a., 2000, p. 37; Erman BGB, 2008, p. 534.

42 Schwab, 2009, p. 214.

Waar § 1408 lid 2 BGB voorheen bepaalde dat het uitsluiten bij huwelijkse voorwaarden van de desbetreffende regeling *unwirksam* was indien dit binnen één jaar na het aangaan van het huwelijk plaatsvond, *nimmt das Reformgesetz von 2009 zur Privatautonomie eine völlig andere Haltung ein* zoals Schwab dit kernachtig stelt.[43]

In de*VersAusglG* is in § 8 lid 1 slechts vastgelegd dat een overeenkomst over de *Versorgungsausgleich* bestand dient te zijn tegen de *Inhaltskontrolle* en *Ausübungskontrolle* zoals ontwikkeld door het BVerfG en het BGH binnen het verband van de hiervoor genoemde en hierna door mij gedetailleerd behandelde *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts.*[44] De bedoelde overeenkomst kan zowel voorafgaand aan, als na de echtscheiding worden gesloten.

Wel moet ingeval van een overeenkomst met betrekking tot de *Versorgungsausgleich* die onderdeel uitmaakt van huwelijkse voorwaarden, vanzelfsprekend de daarvoor ex § 1410 BGB voorgeschreven vorm van de notariële akte in acht worden genomen, zoals ten overvloede wordt gesteld door § 7 lid 3 *VersAusglG*.[45] Paragraaf 7 van deze wet bepaalt met zoveel woorden dat de echtgenoten de *Versorgungsausgleich* geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kunnen verklaren en in § 6 van de desbetreffende wet wordt echtgenoten de mogelijkheid aangereikt overeen te komen om de aanspraken waar de *VersAusglG* op ziet, onderdeel te laten uitmaken van door hen met betrekking tot hun overige vermogensbestanddelen getroffen regelingen en daarmee de bijzondere bepalingen van de *VersAusglG* buiten werking te stellen.

Ook kunnen echtgenoten er desgewenst voor kiezen de wettelijke regeling naar eigen inzicht aan te passen.

Ingeval echtgenoten die bij huwelijkse voorwaarden *Gütertrennung* zijn overeenkomen de *Versorgungsausgleich* eveneens willen uitsluiten, dienen zij dit uitdrukkelijk te doen.[46]

6.4 Baanbrekende uitspraken *Bundesverfassungsgericht*

De eerste van de beide in paragraaf 6.1 reeds genoemde uitspraken van het BVerfG dateert van 6 februari 2001.

In deze zaak was sprake van een voorhuwelijks *Ehevertrag* dat, naar de vrouw stelde, onder druk van de man tot stand was gekomen. De vrouw had in de desbetreffende huwelijkse voorwaarden afgezien van haar recht op nahuwelijkse alimentatie en voorts de man ontheven van een gedeelte van diens onderhoudsverplichtingen jegens het kind van wie zij op het moment van het sluiten van de overeenkomst zwanger was.

---

43 Schwab, 2009, p. 225.

44 Vgl. ook § 6 *VersAusglG*.

45 Ook ingeval door de echtgenoten wordt gekozen voor een aparte overeenkomst is een notariële *Beurkundung* veelal vereist; vgl. § 7 lid 2 *VersAusglG*.

46 Schwab, 2009, p. 99.

In casu betrof het een 26-jarige vrouw met weinig opleiding, een gering inkomen en een kind uit een eerdere relatie. Omdat de vrouw spoedig na de echtscheiding waarop de uitspraak van het BVerfG betrekking had opnieuw in het huwelijk trad, was in de procedure slechts de kinderalimentatie aan de orde.

Het OLG Stuttgart had zich eerder in de procedure op het standpunt gesteld dat de *Eheschließungsfreiheit* verhindert dat inhoudelijke toetsing plaats kan vinden van hetgeen de echtgenoten zijn overeengekomen.

De casus in de tweede uitspraak van het BVerfG de dato 29 maart 2001, handelde over een *Ehevertrag* dat eveneens, naar de vrouw aanvoerde, onder sterke druk van de man tot stand was gekomen voorafgaand aan de huwelijkssluiting.

De vrouw had reeds de zorg voor een gehandicapt kind uit een eerdere verhouding en werd zwanger van haar aanstaande echtgenoot. De man in casu genoot een ruim inkomen, de vrouw had wegens de zorg voor haar gehandicapte kind in het geheel geen inkomen.

In de huwelijkse voorwaarden werd *Gütertrennung* overeengekomen, werd daarnaast de *Versorgungsausgleich* uitgesloten en zag de vrouw af van haar recht op alimentatie na echtscheiding.

Ter gelegenheid van de echtscheiding eiste de vrouw echter uitvoering van de *Versorgungsausgleich*, toekenning van partneralimentatie, alsmede toepassing van de *Zugewinnausgleich*.

Het OLG Zweibrücken had haar eisen in eerste instantie afgewezen met als argument dat het *Ehevertrag* niet *sittenwidrig* was.

Het BVerfG stelt in zijn eerstgenoemde uitspraak uitdrukkelijk vast dat het grondrecht van de *Eheschließungsfreiheit* en de daaruit afgeleide partijautonomie – *Ehevertragsfreiheit* –[47] onverminderd het uitgangspunt vormen bij de beoordeling van deze casus. Het Constitutionele Hof voegt er echter direct een belangrijke nuancering aan toe waar het opmerkt dat het desbetreffende grondrecht in gelijke mate voor beide echtgenoten geldt. De inhoud van een *Ehevertrag* mag daarom niet het resultaat zijn van de overheersing door de ene echtgenoot van de andere echtgenoot; is dit wel het geval dan kan worden gesproken van misbruik van de vrijheid om te contracteren zoals men wil. In dit kader overweegt het BVerfG:

> Der Staat hat infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo jene nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. (…) Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt nicht die Freiheit zu unbegrenzter Ehevertragsgestaltung und insbesondere nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung.

47 Brambring, 2005, p. 19.

Voorts noemt het BVerfG als tweede zelfstandig toetsingscriterium het *Kindeswohl* [48] en merkt in dit verband op dat aan de vrijheid van echtgenoten om naar eigen inzicht met elkaar een overeenkomst te sluiten over kinderalimentatie grenzen moeten worden gesteld omdat het belang van het kind wordt beschermd door artikel 6 lid 2 GG.[49]

Het welzijn van het kind speelt overigens ook indirect – via de moeder – een rol. De omstandigheid dat in de beide casus waarover het BVerfG zich kort na elkaar een oordeel diende te vormen, de vrouw zwanger was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst die voor haar nadelig uitpakte, vormt namelijk een zeer belangrijk aspect zoals blijkt uit de volgende overweging uit de tweede uitspraak van het BVerfG:

> Ist ein Ehevertrag vor der Ehe und im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft geschlossen worden, gebietet es auch Art. 6 Abs. 4 GG,[50] die Schwangere davor zu schützen, dass sie durch ihre Situation zu Vereinbarungen gedrängt wird, die ihren Interessen massiv zuwiderlaufen.[51]

Het BVerfG construeert de doorwerking in het civiele recht van de door hem gehanteerde grondwettelijke beginselen door te stipuleren dat de civiele rechter bij zijn toetsing de *Generalklauseln* van § 138 en § 242 BGB[52] op een bijzondere wijze zal moeten aanwenden.

---

48 Schwab pleit voor *eine weitgehende Privatautonomie der Eltern, verbunden mit einem ‚Aber'* op dit terrein. Hij stelt dat aan de civiele rechter slechts daar een taak toekomt waar de ouders falen in het in goed onderling overleg maken van adequate en op de belangen van het kind gerichte afspraken met betrekking tot de vormgeving van het (gezamenlijke) ouderschap na de echtscheiding; Schwab, 2005, p. 35-38 (het citaat is afkomstig uit de voordracht van Schwab tijdens het in paragraaf 6.7 genoemde symposium in Regensburg in 2004 die ten grondslag ligt aan zijn bijdrage aan de desbetreffende congresbundel).

49 Aan deze – overigens zeer belangrijke – maatstaf wordt door mij in het vervolg slechts een enkele keer gerefereerd, omdat in dit onderzoek voor de invalshoek van contractvrijheid en solidariteit tussen echtgenoten is gekozen.

50 Art. 6 lid 4 GG luidt: *Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft*.

51 Het BVerfG maakt in de de onderhavige uitspraak in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk dat het OLG Zweibrücken een scheve schaats heeft gereden door het feit dat de vrouw zwanger was niet rechtstreeks bij zijn afwegingen te betrekken.

52 Bergschneider spreekt in dit verband van het feit dat door het BVerfG op deze wijze het *Verfassungsrecht über das Zivilrecht gestülpt wird*. Hij doelt daarmee op het enigszins geforceerde karakter dat de civielrechtelijke toetsing – die aldus in de kern van de zaak eigenlijk een grondwettelijke blijft – hierdoor verkrijgt en is van mening dat het op deze wijze naar de achtergrond dringen van het civiele recht leidt tot een aantasting van de rechtszekerheid; Bergschneider, 2004, p. 1759.

De eerstgenoemde wetsbepaling betreft de zogenaamde *Wirksamkeitskontrolle*,[53] de tweede de *Ausübungskontrolle*.[54]

De *Wirksamkeitskontrolle* heeft betrekking op de omstandigheden die bestonden ten tijde van het sluiten van het contract (een beoordeling *ex tunc* derhalve): komt de rechter tot de conclusie dat sprake is van *Unwirksamkeit*, dan is daarmee de overeenkomst nietig.

De *Ausübungskontrolle* ziet ook op de toestand zoals die zich voordeed bij de totstandkoming van de overeenkomst, maar de beoordeling vindt in dat geval plaats in het licht van de ten tijde van de echtscheiding voorliggende situatie van de echtgenoten (derhalve een toetsing *ex nunc*). De vraag die centraal staat in deze toetsing is of een echtgenoot een beroep mag doen op (een bepaling van) het *Ehevertrag*. Indien daartoe naar zijn oordeel aanleiding bestaat zal de rechter bij de *Ausübungskontrolle* tot aanpassing van de overeenkomst kunnen overgaan.

Hiermee wordt duidelijk dat de *Ausübungskontrolle* plaatsvindt in het spanningsveld dat bestaat tussen de feiten waarmee idealiter rekening had moeten worden gehouden bij het opstellen van de huwelijkse voorwaarden vóór of tijdens het huwelijk en de ontwikkelingen die zich sedertdien tot aan het tijdstip van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding hebben voorgedaan, welke ontwikkelingen in de meeste gevallen niet hebben geleid tot aanpassing van de desbetreffende overeenkomst door de echtgenoten.[55]

6.5 Richtinggevende uitspraak *Bundesgerichtshof* 11 februari 2004

Op 11 februari 2004 volgde de eerste uitspraak van het BGH waarin de beide uitspraken van het BVerfG waren verdisconteerd. Het betrof hier een zaak waarin het OLG München op 1 oktober 2002 uitspraak had gedaan.

In deze casus hadden de echtgenoten enkele jaren na de huwelijkssluiting alsnog besloten tot het opmaken van een *Ehevertrag*. Op dat moment hadden zij al een kind en was het tweede op komst. De man genoot een hoog inkomen. De vrouw had een brede academische opleiding genoten en bekleedde vóór het huwelijk een daarbij passende functie. Zij was op aandringen van de man gestopt met het schrijven van haar proefschrift.

---

53 De tekst van § 138 lid 1 BGB luidt: *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.* Het tweede lid van deze paragraaf werkt deze hoofdregel verder uit*: Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.* Centraal staat in deze toetsing derhalve het begrip *Sittenwidrigkeit*.

54 Paragraaf 242 BGB luidt: *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*.

55 De *Wirksamkeitskontrolle* en *Ausübungskontrolle* hebben door de uitspraken van het BVerfG derhalve een nieuwe lading gekregen waar het betreft de contractvrijheid van echtgenoten bij *Eheverträgen* en *Scheidungsvereinbarungen*.

Ook in deze huwelijkse voorwaarden was *Gütertrennung* overeengekomen door de echtgenoten, evenals het afzien van de tot dan toe van kracht zijnde *Zugewinnausgleich*, was de *Versorgungsausgleich* uitgesloten (waartegenover voor de vrouw een kapitaalverzekering werd afgesloten) en was overeengekomen dat de vrouw afzag van alimentatie na een eventuele echtscheiding.

Na de beide uitspraken van het Constitutionele Hof – die zich ondanks de schok die zij voor velen teweegbrachten, naar mijn mening niettemin laten karakteriseren als genuanceerd –, kwam de uitspraak van het OLG München waarover het BGH zich in hoogste instantie diende te buigen, in zijn radicaliteit zeer onverwacht.

De hoogste rechter van de deelstaat Beieren concludeert namelijk in de hem voorgelegde casus tot *Unwirksamkeit* van het gehele *Ehevertrag* omdat de vrouw zich bij het sluiten van de overeenkomst in een onderhandelingspositie had bevonden die ongelijk was aan die van de man en zij voorts onredelijk eenzijdig werd benadeeld door de inhoud van de huwelijkse voorwaarden.

Het OLG legt overigens niet uit of het tot deze gevolgtrekking komt omdat sprake was van nietigheid op grond van § 138 of § 242 BGB. Evenmin wordt de vraag beantwoord of afwijkingen in huwelijkse voorwaarden van het positieve Duitse huwelijksgoederen- en echtscheidingsrecht überhaupt nog toegestaan zijn.

Deze uitspraak leidde derhalve tot grote verwarring in vooral de notariële rechtspraktijk.[56] Het wekt dan ook geen verbazing dat de zienswijze van het BGH[57] met grote belangstelling tegemoet werd gezien.[58]

Het BGH haalt direct de angel uit het oordeel van het OLG München waar het – in navolging van het BVerfG – de nadruk legt op het grondbeginsel van de contractvrijheid en stelt tegen deze achtergrond vast dat het echtgenoten in beginsel vrij staat om de wettelijke regels met betrekking tot de *Zugewinnausgleich*, de *Versorgungsausgleich* en de *nacheheliche Unterhalt* uit te sluiten, omdat de wet ter zake van deze onderwerpen niet voorziet in minimumvoorzieningen.

Niet toegestaan is echter, zo vervolgt het BGH, dat echtgenoten de bescherming die deze regels beogen te bieden naar eigen goeddunken geheel illusoir maken. Dit zou het geval zijn indien:

---

56 Rakete-Dombek memoreert dat van alle zijden de vraag werd gesteld*: 'Was geht noch?'*; Rakete-Dombek, 2004, p. 1274.

57 De casus werd aan het BGH voorgelegd *wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache*.

58 Tot welke hoogten de publieke interesse in de opvattingen ter zake van het BGH was gestegen, wordt duidelijk door het gegeven dat de server van de hoogste Duitse civiele rechter op de dag dat uitspraak zou worden gedaan het aantal bezoekers niet aankon en uitviel. De beslissing had een aanzienlijke tijd op zich laten wachten en werd tevens tot twee maal toe uitgesteld.

> (…) dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint.

Het BGH vat vervolgens, na in navolging van het BVerfG te hebben geconstateerd dat artikel 6 GG echtgenoten het recht geeft om, met inachtneming van de verantwoordelijkheden die voor hen voortvloeien uit huwelijks – en familiebanden, in vrijheid vorm te geven aan hun onderlinge betrekkingen, zowel tijdens als na het huwelijk, de hiervoor geciteerde kernoverweging van het BVerfG kernachtig samen, alvorens deze te herhalen:

> Verfassungsrechtlich geschützt sei allerdings nur eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stünden.

Leidt dit toetsingskader nu in de opvatting van het BGH tot algemene regels met behulp van welke voor elk afzonderlijk geval kan worden vastgesteld of de door de desbetreffende echtgenoten gesloten overeenkomst *unwirksam* is ex § 138 BGB dan wel een beroep op een in de overeenkomst getroffen regeling strijdig is met de voorschriften van § 242 BGB? Dit blijkt niet het geval te zijn:

> (…) erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens.

Bij wijze van voorbeeld van een casus waarin vrijwel steeds correctie door de rechter van de door de echtelieden gesloten overeenkomst plaats zal moeten vinden, noemt het BGH het geval van de niet-gehuwde vrouw die zich voor de keuze gesteld ziet om of haar kind alléén op te moeten voeden of door het sluiten van een huwelijk met de vader deze bij de opvoeding van en de zorg voor het kind te betrekken, waarbij zij – indien zij kiest voor de tweede mogelijkheid – (noodgedwongen) instemt met huwelijkse voorwaarden die voor haar zeer nadelig zijn.

Uiteindelijk komt het BGH tot een zekere concretisering van zijn overwegingen met de volgende richtlijn:

> Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei (bij de afweging in het kader van de door het BGH bedoelde Gesamtschau, FS) um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Als behorende tot dit kerngebied[59] van het echtscheidingsrecht onderscheidt het BGH achtereenvolgens – in een rangorde – de wettelijke regelingen met betrekking tot:

---

59 Het begrip *Kernbereich* (*des gesetzlichen Scheidungsfolgensystems*) is afkomstig van Dauner-Lieb (*AcP* 200 (2001), 295, 319 f.).

1. *Betreuungsunterhalt* (§ 1570 BGB);
2. *Unterhalt* op grond van ouderdom en ziekte (§ 1571 en 1572 BGB), alsmede de *Versorgungsausgleich*;
3. *Unterhalt* op grond van bij de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot niet in voldoende mate bestaande verdiencapaciteit (§ 1573 BGB);
4. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt ziektekosten- en pensioenvoorzieningen te treffen (§ 1578 BGB);
5. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt om een opleiding te volgen en zijn verdiencapaciteit te vergroten (§§ 1573 en 1575 BGB).

Uitdrukkelijk bepaalt het BGH voorts dat de *Zugewinnausgleich* zich buiten het bedoelde kerngebied van de regelgeving ter zake van de echtscheidingsgevolgen bevindt,[60] waarmee is gezegd dat echtgenoten waar het de *Zugewinnausgleich* betreft in beginsel volledige contractvrijheid hebben.

Tot slot komt het BGH toe aan een nadere invulling van de wijze waarop de *Wirksamkeitskontrolle*, respectievelijk de *Ausübungskontrolle* van huwelijkse voorwaarden uit hoofde van § 138, respectievelijk § 242 BGB zouden moeten worden uitgevoerd.[61]

Zoals gezegd ziet de eerstgenoemde toetsing uitsluitend op het geheel van de afspraken die de echtgenoten ten tijde van het sluiten van de overeenkomst daarin hebben vastgelegd en dient deze zeer restrictief plaats te vinden. Er kan slechts sprake zijn van *Sittenwidrigkeit* indien bepalingen uit het kerngebied geheel of in aanzienlijke mate buiten werking worden gesteld zonder dat de hierdoor benadeelde echtgenoot daarvoor wordt gecompenseerd of dit wordt gerechtvaardigd door tussen de echtgenoten bestaande bijzondere verhoudingen.

Wordt door de rechter vastgesteld dat sprake is van nietigheid, dan treden de wettelijke regelingen in de plaats van de overeenkomst.[62] Indien de desbetreffende beoordeling niet leidt tot nietigheid van de huwelijkse voorwaarden – hetgeen aan de orde zal zijn in de meeste gevallen, gezien het restrictieve karakter ervan –, dan dient de rechter de tweede stap te zetten en over te gaan tot de *Ausübungskontrolle*, in het kader van welke toetsing hij

---

60 Haußleiter en Schiebel zijn van mening dat het BGH zich behelpt met het *Postulat von der Existenz eines Kernbereichs des Scheidungsfolgenrechts*; Haußleiter en Schiebel, 2004, p. 7 e.v..

61 Het BVerfG had zich zoals hiervoor opgemerkt beperkt tot de richtlijn dat de civiele rechter deze algemene bepalingen toe dient te passen bij zijn toetsing.

62 Ook bestaat de mogelijkheid van *Teilnichtigkeit*. Brambring merkt op dat het antwoord op de vraag of *Unwirksamkeit* van een bepaling uit een overeenkomst de consequentie heeft dat de gehele overeenkomst nietig is, omstreden is en voert aan dat de uitspraak van het BGH ter zake twee passages bevat die elkaar tegen lijken te spreken. Hij maakt de gevolgtrekking dat *der Senat (…) zumindest nicht zwingend von einer Gesamtnichtigkeit aller Vereinbarungen nach § 139 ausgeht, sondern nur dann, wenn auch die weiteren, an sich wirksamen ehevertraglichen Vereinbarungen bei einer Gesamtbetrachtung offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung führen, die die Unwirksamkeit des Ehevertrags ingesamt fordert*; Brambring, 2005, p. 30-34. Vgl. ook Brambring, 2007, p. 870.

nagaat of er bezwaren bestaan tegen de tenuitvoerlegging van hetgeen door de echtgenoten werd overeengekomen. Ingeval de rechter tot de conclusie komt dat dit het geval is, kan hij niet teruggrijpen op wettelijke regelingen, doch ziet hij zich gesteld voor een *Vertragsgestaltungsaufgabe*.[63] [64]

Reeds werd melding gemaakt van het feit dat deze toetsing vereist dat hetgeen ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden werd overeengekomen door de echtgenoten, óók houdbaar is in het licht van de actuele onderlinge verhoudingen ten tijde van de echtscheiding. Indien de bevindingen van de rechter op dit punt ontkennend luiden, is sprake van misbruik van recht [65] als een echtgenoot zich er op beroept dat hij er op mocht vertrouwen dat de desbetreffende afspraken onverkort uitgevoerd zouden worden.

De rechter dient in een dergelijk geval de rechtsgevolgen zodanig vast te stellen dat op afgewogen wijze rekenschap wordt gegeven van de alsdan bestaande gerechtvaardigde belangen van beide partijen.

Het BGH komt in casu tot het besluit dat geen sprake is van *Unwirksamkeit* maar sluit niet uit dat in het kader van de *Ausübungskontrolle* vast komt te staan dat de man zich niet mag beroepen op het afzien van partneralimentatie door de vrouw en verwijst de zaak derhalve voor verdere afdoening terug naar het OLG München.

6.6 *Blitzschlag?* Commentaar in de Duitse literatuur

De beide uitspraken van het BVerfG werden in de Duitse literatuur in het algemeen geduid als een *Blitzschlag*.[66] Reden hiervoor is de breuk die werd ervaren ten opzichte van de door de rechtsprekende colleges voorheen ruim geïnterpreteerde *Eheschließungsfreiheit*.

Bergschneider[67] betoogt echter dat degenen die de rechtspraak van het BVerfG door de jaren heen wat nauwkeuriger hebben gevolgd, minder werden verrast door de desbetreffende uitspraken. Hij voert daartoe aan dat door het BVerfG op andere terreinen van het recht immers al eerder uitspraken waren gedaan aangaande ongelijke verhoudingen tussen partijen bij een

63 Brambring, 2005, p. 22. Bergschneider spreekt in dit verband het vermoeden uit dat de zogenaamde *Salvatorische Klausel* – een clausule in een overeenkomst die beoogt te bewerkstelligen dat deze geldig blijft indien een of meer onderdelen daarvan geheel of ten dele als nietig wordt of worden aangemerkt – in de toekomst meer gewicht zal verkrijgen, mits doordacht geformuleerd, omdat de rechter zich door een dergelijke clausule zal laten leiden bij de uitoefening van de desbetreffende taak; Bergschneider, 2004, p. 1764.

64 Zie voor de verhouding tussen beide toetsingen ter zake van *Unterhaltsvereinbarungen* na de invoering van de *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts* van 21 december 2007: C. Münch, 'Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform', *FamRZ*, 2009/3, p. 171-179.

65 In termen van het Duitse civiele recht: *unzulässige Rechtsausübung*.

66 De vergelijking is van Prantl (*SZ* v. 11 februari 2004) en wordt door andere schrijvers veel geciteerd om het onverwachte van de uitspraken te benadrukken.

67 Bergschneider, 2004, p. 1757 e.v.. Vgl. ook Hofer, 2005, p. 13-14.

overeenkomst en dat het BVerfG in zijn beide onderhavige uitspraken uitdrukkelijk aansluit bij deze jurisprudentie, door de daar ontwikkelde rechtsregels nu toe te passen op huwelijkse voorwaarden en overeenkomsten die worden gemaakt met het oog op de ontbinding van het huwelijk.[68] Niettemin toont hij begrip voor het feit dat de door het BVerfG ingezette lijn bij practici tot veel opschudding heeft geleid.[69]

Bergschneider wijst voorts op de filosofisch-ideologische achtergrond waartegen de beide genoemde uitspraken van het BVerfG begrepen moeten worden.[70] Kennis van deze achtergrond is gewenst omdat deze vaak noodzakelijk is bij het duiden van praktische problemen die zijn ontstaan. Om dit uitgangspunt van het BVerfG inzichtelijk te maken, citeert hij uit de eerste uitspraak:

> (…) gilt auch für Eheverträge, dass bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner es zur Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragsparteien aus Art. 2 I GG Aufgabe der Gerichte ist, durch vertragliche Inhaltskontrolle und ggf. durch Korrektur mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.[71]

Het levert mijns inziens inderdaad een interessant perspectief op indien het desbetreffende citaat wordt beschouwd als een overweging in het licht waarvan de uitspraak (mede) begrepen moet worden.

Rakete-Dombek[72] vermoedt dat het BGH grote moeite heeft gehad om op basis van de beide uitspraken van het BVerfG op zodanige wijze tot zijn oordeel te komen dat op waardige wijze afstand werd genomen van de eigen constante – en daardoor gevestigde – leer en daarbij niettemin geen gezichtsverlies zou worden geleden. Brambring[73] brengt de oude rechtspraak van het BGH in herinnering. Deze laat zich samenvatten door het

---

68 Ook Rakete-Dombek wijst er op dat er vóór de uitspraken van het BVerfG veel kritiek was op de zeer terughoudende opstelling van het BGH waar het betreft de controle van *Eheverträgen* en *Scheidungsvereinbarungen*. Zij stelt*: Dass die uneingeschränkte Vertragsfreiheit im Bereich der Eheverträge fallen würde, war klar; die Rechtsprechung des BGH, die dagegen stand, war wohl weiter nicht aufrechtzuhalten*; Rakete-Dombek, 2004, p. 1273.

69 Gezien het feit dat de beide uitspraken bepaald nieuw waren in *ihrer umfassenden und dramatischen Darstellung und in ihrer Radikalität.*

70 Bergschneider haalt de navolgende passage van Jürgen Habermas aan (uit diens *Faktizität und Geltung)*: *Die Existenzberechtigung des Staates liegt nicht primär im Schutz gleicher subjektiver Rechte, sondern in der Gewährleistung eines inklusiven Meinungs- und Willensbildungsprozesses, worin sich freie und gleiche Bürger darüber verständigen, welche Ziele und Normen im gemeinsamen Interesse aller liegen* (...) en plaatst deze opvatting in het kader van het rechtsverkeer tussen burgers; Bergschneider, 2004, p. 1757.

71 Bergschneider stelt dat dit citaat duidelijk maakt dat de opvatting van Habermas ook toepasbaar is op het tot stand komen van familierechtelijke overeenkomsten en dat het BVerfG zich daar blijkens deze passage rekenschap van geeft; Bergschneider, 2004, p. 1757.

72 Rakete-Dombek, 2004, p. 1274 e.v.

73 Brambring, 2005, p. 19.

niet toestaan van een *Wirksamkeitskontrolle* door het BGH, uitgaande van de redenering dat een man er ook voor kan kiezen om zijn zwangere partner niet te huwen en aldus waar het betreft de (financiële) zorg voor het kind tot niet meer gehouden is dan de wet aan een niet-gehuwde vader oplegt.

Indien een vrouw instemt met een huwelijk waarbij contractueel wordt vastgelegd dat de wettelijke regels met betrekking tot de situatie na een eventuele echtscheiding worden uitgesloten, kan daarom niet worden gesteld dat sprake is van een af te keuren misbruik door de man van zijn positie ten opzichte van de vrouw: hij had haar immers ook niet kunnen huwen.[74]

Wel voerde het BGH ook voorheen een *Ausübungskontrolle* uit maar alleen wanneer sprake was van een beroep van de man op bepalingen uit de door de echtgenoten gesloten overeenkomst die in tegenspraak waren met de gerechtvaardigde belangen van de *kinderen* van de echtgenoten. Het eigenstandige belang dat de vrouw zou kunnen hebben waar het haar eigen positie na echtscheiding betrof speelde in de afwegingen van het BGH destijds geen rol.

Brambring verwelkomt het duidelijke onderscheid dat door het BGH wordt gemaakt tussen de toetsing op grond van § 138 en § 242 BGB, waarmee de hoogste Duitse civiele rechter naar zijn oordeel op overtuigende wijze een nadere uitwerking geeft van de algemene richtlijn die door het BVerfG is gegeven.[75]

Interessant is tevens de observatie van Brambring dat het BGH het bestaan van een *Halbteilungsgrundsatz* niet aanvaardt door uit te spreken dat het geldende recht *(…) einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten (…)* niet kent.

Bergschneider[76] wijst er op dat uit het feit dat het BGH het huwelijksvermogensrecht niet onder het *Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts* brengt, niet moet worden afgeleid dat er een vrijbrief bestaat voor echtgenoten op dit terrein, aangezien de rechterlijke toetsing hier zwaar kan leunen op de wat hij noemt, *subjektive Seite*.[77]

---

74 Brambring doelt hier met name op twee uitspraken uit 1996 (*FamRZ* 1996, 1536 en *FamRZ* 1997, 156).

75 Rakete-Dombek spreekt in dit verband echter van het naar haar mening al langer bestaande *Doppelmodell* waaraan het BGH ook na de uitspraken van het BVerfG vast blijft houden en verwijst ter onderbouwing hiervan naar enkele uitspraken uit het vorige decennium; Rakete-Dombek, 2004, p. 1275.

76 Bergschneider, 2004, p. 1762 e.v..

77 Onder dit begrip brengt Bergschneider factoren als *strukturelle Unterlegenheit*, *einseitige Dominanz* en *formelle Vorkehrungen* welke in de toetsingsfase een rol kunnen spelen. Hij stelt deze subjectieve sfeer tegenover de *objektive Seite* waarvoor geldt dat in de toetsingsfase de vergelijking centraal staat tussen de situatie die bestaat tussen een huwelijk gesloten zonder huwelijkse voorwaarden, respectievelijk echtscheiding zonder convenant en de situatie waarin wel een overeenkomst is gesloten door de echtgenoten. Vgl. ook Bergschneider, 2008, p. 3-6.

Hij meent voorts dat een door de echtgenoten overeengekomen *Totalverzicht*[78] weliswaar niet onmogelijk is geworden in algemene zin maar dat in vele gevallen door de rechter zal worden geconcludeerd dat dan sprake is van *Sittenwidrigkeit*.

Rakete-Dombek[79] denkt dat het BGH een rol ziet weggelegd voor het *Schuldprinzip* als beginsel waarmee de rechter rekening dient te houden in zijn afwegingen in het kader van de *Ausübungskontrolle*. Zij stelt dat volgens het BGH een echtgenoot die tijdens het huwelijk een inbreuk heeft gemaakt op de echtelijke solidariteit, zelf geen beroep meer kan doen op nahuwelijkse solidariteit tussen de echtgenoten en voert aan dat dit element weliswaar in het individuele geval tot een rechtvaardige uitkomst kan leiden maar ten koste gaat van de rechtszekerheid in het algemeen. Zij vraagt zich voorts af of het BGH niet wat meer duidelijkheid had kunnen verschaffen door het geven van concreet houvast: speelt zwangerschap een overheersende rol of zijn ook andere aanknopingspunten denkbaar? Zij beticht het BGH er van niet voldoende te hebben geluisterd naar het BVerfG:

> Der BGH zieht sich auf vage Äußerungen und bekannte Wertungen zurück. Die das Urteil stützende These von der fiktiven Gleichwertigkeit, die den Ausführungen des BVerfG von der gleichen Teilhabe und dem dort betonten 'Halbteilungsgrundsatz' nicht ausreichend Rechnung tragen dürfte, könnte zu einer nochmaligen Beschäftigung des BVerfG führen.

6.7 From Status to Contract?[80]

Hofer geeft kort na het verschijnen van de in paragraaf 6.5 besproken uitspraak van het BGH van 2004 een historische beschouwing over het huwelijk.

In haar mijns inziens terechte observatie beweegt het individu zich in de moderne samenleving steeds meer van familieverbanden – de *patria potestas* – vandaan, eenvoudigweg omdat hij daarvan niet meer afhankelijk is. Tegen deze achtergrond dient te worden onderzocht of status, i.e. de institutionele ordening die onafhankelijk is van de wil van echtgenoten[81], vervangen zou moeten worden door een *interindividuelles Eheverständnis*[82] waarin echtgeno-

78 Niet te verwarren met de Nederlandse 'koude uitsluiting': een *Totalverzicht* heeft niet slechts betrekking op het goederenrecht maar sluit ook de toepasselijkheid van de regels betreffende de *Zugewinn*, de *nacheheliche Unterhalt* en de *Versorgungsausgleich* uit.

79 Rakete-Dombek, 2004, p. 1275 e.v.

80 Het betreft hier de titel van een door mij bezocht rechtsvergelijkend symposium aan de Universiteit van Regensburg dat werd georganiseerd naar aanleiding van de uitspraak van het BGH d.d. 11 februari 2004 en in het najaar van 2004 plaatsvond.

81 Vgl. ook Coester-Waltjen, 2006, p. 9-11.

82 Voor de achtergrond van dit begrip zij verwezen naar noot 11 in het artikel van Hofer.

ten zelf vorm geven aan hun huwelijk door middel van het sluiten van een contract.[83]

Hofer wijst er bij wijze van korte historische duiding op dat het dragende principe van individuele vrijheid in gelijkheid, door Gottlieb Planck ten grondslag werd gelegd aan zijn voorstel betreffende het familierecht ten behoeve van een ontwerp voor een Burgerlijk Wetboek in 1880. Weliswaar werd destijds door sommigen gevreesd voor het gevaar dat de ene echtgenoot de andere zou beïnvloeden, doch de desbetreffende wetgevingscommissie achtte de *Geschäftsfähigkeit* van echtgenoten zodanig aanwezig dat ieder van beide echtgenoten in staat zou zijn om voor zichzelf te handelen en zelfstandig verantwoordelijkheid te dragen en was dientengevolge de mening toegedaan dat aan *Bevormundung* in dezen geen behoefte bestond.

Het BGB – dat in 1900 verscheen –, legt dan ook doelbewust het beginsel van autonomie in het familierecht vast. In 1976 werd de huwelijkswetgeving aangepast met het oogmerk de *Gleichberechtigung* van echtgenoten in de wetgeving te introduceren. De contractvrijheid werd door de Duitse wetgever hierbij bepaald niet ingeperkt: uitdrukkelijk werd namelijk vastgelegd dat echtgenoten de *Versorgungsausgleich* kunnen uitsluiten en overeenkomsten kunnen aangaan met betrekking tot te betalen alimentatie na echtscheiding.

In het laatste decennium van de vorige eeuw werd kritiek geleverd op de vanzelfsprekendheid van het prerogatief van de contractvrijheid in het familierecht, zich uitend in de vraagstelling of dit principe van de partijautonomie in het familierecht wel ongewijzigd gehandhaafd zou moeten blijven. De context hiervan was een samenleving die steeds vaker werd geconfronteerd met de negatieve gevolgen van echtscheiding voor de vrouw die niet goed verzorgd achterbleef.[84]

In deze kritiek zijn twee lijnen te ontwaren. De woordvoerders van de ene lijn betogen dat het mogelijk moet zijn om zekere personen in individuele gevallen te beschermen. De verdedigers van de andere lijn gaan verder: zij vinden dat bepaalde groepen als zodanig beschermd zouden moeten worden. In het eerste geval blijft naar de mening van Hofer de partijautonomie overeind, in het tweede niet.[85]

Hofer besluit haar historisch overzicht met op te merken dat het er uiteindelijk om gaat welk principieel concept wordt aangehangen: *From Status to Contract?* of *From Contract tot Status?* waarbij onder status dan een *Schutzstatus* moet worden verstaan.[86]

---

83 Hofer, 2005, p. 2 en 3. Hofer verdedigt ook de stelling dat een *Ehevertrag* dat tijdens de loop van het huwelijk niet wordt aangepast zich ontwikkelt tot een keurslijf waarop het adagium *summa ius summa iniuria* toepassing kan vinden. Zeker nu in de rechtspraak duidelijk een andere koers is gekozen, is het daarom de taak van de notaris om mogelijke ontwikkelingen in het leven van echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden te incorporeren.

84 Hofer, 2005, p. 3-13.

85 Hofer, 2005, p. 14 en 15.

86 Hofer, 2005, p. 16.

6.8 Aanvankelijke receptie in de lagere rechtspraak

Uiteraard rijst de vraag hoe de *Oberlandesgerichte* de uitspraak van het BGH van 11 februari 2004 aanvankelijk in hun beslissingen lieten doorklinken.

Het OLG Celle[87] stelt op 25 februari 2004, derhalve zeer kort na de uitspraak van het BGH, dat deze ook van toepassing is op *Scheidungsvereinbarungen*.

In de desbetreffende casus vecht de vrouw de *Gütertrennung* aan alsook de wijze waarop in het echtscheidingsconvenant is vormgegeven aan de *Zugewinnausgleich*, welke zij als *sittenwidrig* aanmerkt.

Nadat het OLG heeft opgemerkt dat de kwestie zich bevindt buiten de – hiervoor door mij geduide – *Kernbereichslehre*, stelt het vast dat onder zeer strenge voorwaarden niettemin sprake kan zijn van rechtsmisbruik wanneer een echtgenoot vasthoudt aan de overeengekomen *Gütertrennung*. Voor een toetsing van subjectieve factoren is op dit terrein echter geen ruimte indien toetsing van objectieve factoren niet leidt tot de gevolgtrekking dat hetgeen is overeengekomen strijdt met § 138, respectievelijk § 242 BGB.

Hetzelfde OLG Celle[88] oordeelt enige tijd later dat sprake is van *Unwirksamkeit* waar de echtgenoten zijn overeengekomen dat afgezien wordt van aanspraken op partneralimentatie en de *Versorgungsausgleich* wordt uitgesloten, maar ziet opnieuw geen aanleiding om de eveneens overeengekomen *Gütertrennung* ongedaan te maken.

Beide uitspraken zijn derhalve in overeenstemming met de door het BGH geformuleerde criteria.

Het OLG Karlsruhe[89] beslist kort daarop echter in andere zin, in een geval waarin de echtgenoten een beperking hadden vastgelegd met betrekking tot wederzijdse aanspraken op bijdragen in levensonderhoud ingeval van echtscheiding. Het betrof in casu afspraken ten aanzien van categorieën onderhoudsbijdragen die door het BGH buiten de *Kernbereichslehre* zijn gehouden

Het OLG komt in het kader van de *Ausübungskontrolle* tot de gevolgtrekking dat een correctie van hetgeen de echtgenoten waren overeengekomen geëigend is en stelt de partneralimentatie vast op een hoger bedrag. Het OLG onderbouwt zijn beslissing door vast te stellen dat het inkomen van de man zich op buitengewone wijze heeft ontwikkeld en dat voorts de veronderstelling van de echtgenoten ten tijde van de sluiting van het huwelijk dat de vrouw een baan zou hebben naast de verzorging en opvoeding van de kinderen onjuist is geweest: overwegingen van billijkheid brengen dan mee

87 *FamRZ* 2004, p. 1202.
88 *FamRZ* 2004, p. 1489.
89 *DNotI-Report* 2004, p. 146.

dat het niet terecht zou zijn om de vrouw de gevolgen te laten dragen voor de destijds gemaakte keuze voor een *Hausfrauenehe*.[90]

Het OLG Oldenburg[91] accepteert *Unwirksamkeit* van een *Ehevertrag* inhoudende een uitsluiting van de *Zugewinnausgleich* omdat de (zwangere) bruid pas korte tijd vóór het sluiten van het huwelijk met de desbetreffende overeenkomst wordt geconfronteerd.

Het OLG Koblenz[92] is de mening toegedaan dat geen sprake kan zijn van benadeling van de ene echtgenoot door de andere indien de vermeend benadeelde echtgenoot werd bijgestaan door een advocaat bij het sluiten van de overeenkomst.[93]

Het OLG München[94] tot slot laat na om te komen tot een *Gesamtwürdigung* in het kader van de *Wirksamkeitskontrolle* en wordt daarvoor door het BGH op de vingers getikt. Voorts besluit dit OLG dat een *Ausübungskontrolle* in het gegeven geval evenmin geïndiceerd is en wordt het ook op dit punt terechtgewezen door het BGH.

Het BGH maakt tevens van de gelegenheid gebruik om nog eens uitvoerig uiteen te zetten welke stappen tegen welke achtergrond de *Tatrichter* achtereenvolgens dient te zetten in gevallen waarin een door echtgenoten gesloten overeenkomst door een van hen wordt betwist.

Hahne[95] waarschuwt voor te hoge verwachtingen waar het betreft de uitspraak van het BGH (van 11 februari 2004) en merkt op dat rechtszekerheid op dit terrein eerst dan ontstaat wanneer het BGH zich heeft kunnen uitspreken over een voldoende aantal zaken. Tot die tijd is sprake van een zich ontwikkelend rechtersrecht.

6.9 Ehetypen

Bergschneider meent dat de door BVerfG en BGH gekozen lijn meebrengt dat in de notariële praktijk bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden of van een echtscheidingsconvenant sterk overwogen moet worden om in de overeenkomst een *Präambel* (considerans) op te nemen waarin uitdrukkelijk worden opgenomen:

---

90 Brambring stelde zich in diens bijdrage aan het hiervoor genoemde symposium naar aanleiding van deze uitspraak de vraag of de sceptici nu wellicht gelijk krijgen in hun oordeel dat de BGH-uitspraak *die Schleusen zu einer richterlichen Billigkeitskontrolle* geopend heeft. Vgl. ook Brambring, 2005, p. 23 waar hij stelt dat onder meer deze uitspraak twijfel doet rijzen over het antwoord op de vraag of de lagere rechtspraak op dit punt wel de noodzakelijke terughoudendheid aan de dag zal leggen.

91 *FamRZ* 2004, p. 545.

92 *FamRZ* 2004, p. 205.

93 De uitspraken van het OLG Oldenburg en het OLG Koblenz dateren van 2003.

94 *MDR* 4/2005.

95 Hahne zat de XIIe *Senat* van het BGH voor die de uitspraak van 11 februari 2004 heeft gedaan. Zij sprak – voorafgaand aan de desbetreffende uitspraak – ter gelegenheid van de jaarvergadering van de *Rheinische Notarverein* op 8 november 2003.

> (…) die Überlegungen und Planungen der Ehegatten und die Gründe für die konkrete Gestaltung.[96]

Haußleiter en Schiebel sluiten hierbij aan door te stellen dat:

> (…) die genaue Erfassung der Motivlage und die Ermittlung der Wünsche und Vorstellungen hinsichtlich des angestrebten Ehetypus (…).[97]

in huwelijkse voorwaarden van zeer groot belang is.

Rakete-Dombek[98] spreekt in deze context van *einem gesetzlichen Leitbild* waarmee zij doelt op het naar haar mening in de wet vastgelegde model van de *Einverdienerehe*, welk model gepaard gaat met een stelsel van wettelijke regels en van welk model en de daarbij behorende regels echtgenoten kunnen afwijken, daartoe in staat gesteld door het beginsel contractvrijheid.

Ook het BGH gaat uit van dit *gesetzlichee Leitbild* waar het in een uitspraak overweegt:

> (…) Diese Regelungen legen als gesetzliches Leitbild eine Ehe zugrunde, in der nur ein Ehegatte ein Erwerbseinkommen erzielt, während der andere unter Aufgabe eigener Erwerbstätigkeit die Familienarbeit übernimmt. Indessen können sich wegen der weitgehenden Autonomie der Ehegatten, ihr Verhältnis einvernehmlich zu gestalten, hiervon Abweichungen in mehrfacher Hinsicht ergeben. Die Ehegatten können, auch wenn die Ehe dem gesetzlichen Leitbild entspricht, den wirtschaftlichen Wert von Erwerbseinkünften und Familienarbeit unterschiedlich gewichten. Sie können aber auch die Ehe, abweichend vom gesetzlichen Leitbild, so ausgestalten, dass sich von vornherein für keinen von ihnen berufliche Nachteile ergeben, etwa in einer Doppelverdienerehe, in der die Kinder durch Dritte betreut werden. Korrespondierend zur Autonomie der Ehegatten bei der Ausgestaltung ihrer Lebensverhältnisse unterliegen die Scheidungsfolgen daher grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten.[99]

Naast dit *Ehetyp* – dat ook bekendheid geniet onder de benaming *Hausfrauenehe* – worden in Duitsland andere huwelijkstypen onderscheiden.

Het betreft in een onderverdeling door Langenfeld onder meer de *Doppelverdienerehe junger Eheleute mit Kinderwunsch*, de *Doppelverdienerehe junger Eheleute ohne Kinderwunsch*, de *junge Ehe mit befristeten Ausschlüssen*, de *Ehe des begüterten Erben*, de *Rentnerehe*, de *Unternehmerehe* in verschillende verschijningsvormen, de *Diskrepanzehe* – waaronder wordt verstaan een huwelijk waarbij tussen de echtgenoten grote verschillen bestaan in leeftijd en/of vermogen –, de *Wiederverheiratung älterer Eheleute* en de *Ehe verschuldeter Ehegatten*, in welke situatie een van beide aanstaande echtgenoten schulden

96 Bergschneider, 2008, p. 78 en eerder in *FamRZ* 2004, 601, 608. Vgl. ook Brambring, 2005, p. 25.

97 Haußleiter en Schiebel, 2004, p. 7.

98 Rakete-Dombek, 2004, p. 1275.

99 BGH XII ZR 296/01, 25 mei 2005, p. 14. Voor deze uitspraak en de hierna door mij geciteerde uitspraken geldt dat de genoemde paginanummers zijn ontleend aan de uitspraken in de opmaak daarvan op de website van het BGH.

heeft. Ook kan worden gedacht aan het type huwelijk waarbij de vrouw een generatiegenoot is van de kinderen van de man uit diens eerste huwelijk, het type huwelijk dat volgt op een periode van samenwoning van de partners en het huwelijkstype waarbij een van de echtgenoten afkomstig is uit het buitenland.[100]

De relevantie van de desbetreffende *Fallgruppenbildung*[101] is gelegen in het feit dat de instrumenterend notaris aldus in elk afzonderlijk geval aan de hand van tot op grote hoogte objectiveerbare criteria tot op maat gesneden huwelijkse voorwaarden kan komen die hij ontleent aan het desbetreffende *Typus, dem man wertend zuordnet*.[102] Het eigen waardensysteem, andere persoonlijke opvattingen en ingesleten werkwijzen van de notaris geven daarbij mitsdien niet de doorslag.

Evenmin gaat het in dan om een dogmatisch begrip van huwelijkse voorwaarden *unter dem man subsumiert*.[103]

Langenveld acht dit de juiste werkwijze in de zogenaamde *Kautelarjurisprudenz*,[104] – waarmee in Duitsland wordt gedoeld op dat gedeelte van de rechtswetenschap dat zich met *Vertragsgestaltung* bezig houdt – en stelt dat zijn opvatting ter zake *zum kautelarjuristischen Allgemeingut* is geworden sedert de ontwikkeling van deze *Lehre von der Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen* door hem sedert 1984.[105]

De desbetreffende werkwijze heeft tevens als een in het oog springend voordeel voorts dat zij niet statisch is en nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen daarin derhalve gemakkelijk kunnen worden verdisconteerd.

In het concrete geval stelt de Duitse notaris de aanstaande echtgenoten een aantal gerichte vragen op grond waarvan hij het huwelijk zoals dezen dit schilderen aan een *Ehetyp* koppelt. Vervolgens neemt hij met cliënten de (actuele) krachtlijnen daarvan door die kunnen zijn vervat in een bij het desbetreffende *Ehetyp* passend model, waarbij voor de notaris de vuistregel geldt dat naarmate een huwelijkstype meer afwijkt van de wettelijke regeling – die gedefinieerd kan worden als het *Ehetyp von der Einverdienerehe* – des te meer aandacht besteed dient te worden aan het formuleren van de afwijkende regelingen in de huwelijkse voorwaarden.[106]

---

100 Langenfeld, 2005, p. 349 e.v..

101 Dit begrip ziet op de onderverdeling van de verschillende verschijningsvormen van – in dit geval – het huwelijk in categorieën.

102 Langenfeld, 2005, p. 1.

103 Langenfeld, 2005, p. 1.

104 Daarnaast wordt het begrip *Dezisionsjurisprudenz* gebruikt voor uitspraken van rechters.

105 Langenfeld, 2005, p. 1; Vgl. Ook *DNotZ-Sonderheft* 1985, 167, 168. Langenfeld stelt recent: *Der den Grundsätzen der Gestaltung nach Ehetypen entsprechende Ehevertrag hält der richterlichen Inhaltskontrolle stand, auch wenn er erhebliche Einschränkungen des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts enthält.*; Langenfeld, 2011, p. 970.

106 Langenfeld, 2005, p. 2-6.

Bedacht dient daarbij vanzelfsprekend te worden dat in vrijwel elke specifieke huwelijkssituatie bijzonderheden een rol spelen die door dienen te klinken in de uiteindelijke huwelijkse voorwaarden. Het op een huwelijkstype toegesneden model voor huwelijkse voorwaarden zal daarom slechts als doordacht uitgangspunt kunnen dienen dat bijgesteld wordt indien de maatschappelijke ontwikkelingen of opvattingen daartoe aanleiding geven en leent zich er niet voor om als keurslijf te worden gebruikt.

Niettemin kent elk *Ehetyp* in beginsel een vaste set beginselen, waarbij de door de echtgenoten in een specifiek geval in huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken nauw aan zullen sluiten. Het werken met huwelijkstypen bewerkstelligt dat meer rechtszekerheid wordt gecreëerd bij het sluiten van de desbetreffende overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

6.10 Latere kernuitspraken van het *Bundesgerichtshof*

Op 6 oktober 2004 verschenen als eerste in een rij van een kleine 20 uitspraken,[107] twee besluiten waarin het BGH zich in beide gevallen uitspreekt over de *Wirksamkeit* van *Eheverträgen* waarin door de echtgenoten een *Versorgungsausgleich* is opgenomen.[108]

Deze eerste zaak betreft echtgenoten die zijn gehuwd in 1977 met twee tijdens het huwelijk geboren kinderen. De vrouw neemt het initiatief tot de echtscheiding die in 2001 een feit wordt.

Bij huwelijkse voorwaarden die voorafgaand aan het huwelijk waren gesloten was door de echtgenoten *Gütertrennung* vastgelegd en hadden partijen voorts over en weer afgezien van de *Versorgungsausgleich*.

In deze zaak constateert het BGH dat de vrouw ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden *versicherungspflichtig beschäftigt* was en mitsdien in de gelegenheid was om voor zichzelf *Versorgungsanwartschaften* op te bouwen en dat bij partijen toentertijd niet het concrete voornemen bestond hierin verandering aan te brengen, ook niet voor het geval er kinderen geboren zouden worden, op welke grond de huwelijkse voorwaarden stand houden beoordeeld in het licht van de *Wirksamkeitskontrolle*.

---

107 In dit hoofdstuk zijn enkele van deze uitspraken van het BHG verwerkt. Omdat mij met dit hoofdstuk uitsluitend voor ogen staat om de Duitse paradigmaverschuiving op het terrein van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding te beschrijven en te analyseren, alsmede om iets te laten zien van de wijze waarop deze ontwikkeling in de rechtspraak en in het notariaat in Duitsland doorklinkt, is afgezien van een bespreking van alle desbetreffende uitspraken van het BGH. Bergschneider geeft een vrij volledig overzicht van deze jurisprudentie tot 2009; Bergschneider, 2008.

108 BGH XII ZB 57/03 en BGH XII ZB 110/99. De uitspraken zijn behandeld in *FamRZ* 2005, p. 185, respectievelijk *FamRZ* 2005, p. 26.

Ter zake van de *Ausübungskontrolle* dient de feitenrechter aldus het BHB vervolgens te toetsen of en in hoeverre

> (...) ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (§ 242 BGB).[109]

Hierbij verschuift het perspectief van het moment waarop de desbetreffende huwelijkse voorwaarden werden ondertekend naar het *Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft*. Beslissend is in dit kader het antwoord op de vraag of

> (...) sich (…) aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine (…) unzumutbare Lastenverteilung ergibt.

Daarvan kan in bijzonder sprake zijn:

> (...) wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht.

Het BGH vergelijkt ten tijde van de echtscheiding derhalve de aan de huwelijkse voorwaarden *zugrundegelegten Lebensumstände* met de *tatsächliche Lebenssituation* bij de echtscheiding en komt daarbij tot de conclusie dat het OLG terecht de geboorte van de kinderen van partijen en de *mit deren Betreuung einhergehende eingeschränkte Erwerbstätigkeit* van de vrouw doorslaggevend heeft doen zijn in zijn in het licht van de *Ausübungskontrolle* gemaakte afweging, welke tot de beslissing heeft geleid dat de man zich niet op het desbetreffende beding mag beroepen.

Het BGH voegt daar nog aan toe dat dit eveneens speelt:

> (...) wenn die Parteien, (…), keine kinderlose Ehe geplant, sondern bei ihrer Abrede über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs beabsichtigt haben, die Betreuung von Kindern mit der Berufstätigkeit beider Ehegatten zu verbinden, sie diese Vorstellung später nicht verwirklicht haben.

De daarop volgende overweging legt een direct verband met de door het BGH in de uitspraak van februari 2004 geformuleerde rangorde:

> Allerdings lässt nicht jede Abweichung der späteren tatsächlichen Lebensverhältnisse von der ursprünglich zugrundegelegten Lebensplanung es als unzumutbar erscheinen, am ehevertraglichen Ausschluss von Scheidungsfolgen festzuhalten. Die Frage, ob eine einseitige Lastenverteilung nach Treu und Glauben hinnehmbar ist, kann vielmehr nur unter Berücksichtigung der Rangordnung der Scheidungsfolgen beantwortet werden: je höherrangig die vertraglich ausgeschlossene und nunmehr dennoch geltend gemachte Schei-

109 BGH XII ZB 57/03, p. 7.

> dungsfolge ist, um so schwerwiegender müssen die Gründe sein, die – unter Berücksichtigung des inzwischen einvernehmlich verwirklichten tatsächlichen Ehezuschnitts – für ihren Ausschluss sprechen.[110]

De *Versorgungsausgleich* neemt in deze rangorde een tweede plaats in en wordt door het BGH gekarakteriseerd als enerzijds verwant aan de *Zugewinnausgleich* – als *gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungsvermögen* – en anderzijds als *Altersunterhalt* waarop vooruit wordt gelopen en dient derhalve op grond van dezelfde criteria te worden getoetst als het geheel of gedeeltelijk afzien van *Unterhalt*.

Door de wet wordt aan *Unterhalt wegen Alters* door de wet een bijzondere betekenis toegekend als expressie van huwelijkse solidariteit en volgens het BGH geldt hetzelfde voor de *Versorgungsausgleich*, hetgeen tot de gevolgtrekking voert dat een *wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs* alleen geen stand houdt ingeval van toetsing aan § 242 BGB als deze ertoe leidt dat een echtgenoot op grond van *einvernehmlicher Änderung der gemeinsamen Lebensumstände* niet beschikt over een oudedagsvoorziening die voldoende is en dit gegeven botst met het voorschrift van de echtelijke solidariteit.

Dit laatste is bijvoorbeeld het geval indien een echtgenoot zich tijdens het huwelijk met instemming van de andere echtgenoot heeft gewijd aan de verzorging en opvoeding van de gezamenlijke kinderen en daardoor heeft afgezien van een dienstbetrekking die tot opbouw van pensioenrechten zou hebben geleid. In het desbetreffende nadeel dat hierdoor voor de verzorgende echtgenoot onstaat, wordt door de wet voorzien in de figuur van de *Versorgungsausgleich* die dan ook niet zonder compensatie voor de benadeelde echtgenoot terzijde kan worden geschoven in een geval als het onderhavige *wenn die Ehe scheitert*.[111]

Tot slot spreekt het BGH zich uit over de wijze waarop tot rechterlijke aanpassing van de door de echtgenoten op dit punt gemaakte afspraken dient te worden gekomen:

> Dies hatten die Ehegatten allerdings in der Erwartung vereinbart, dass die Ehefrau durch ihre weitere Berufstätigkeit eine ihrer Ausbildung und ihrer Tätigkeit entsprechende angemessene Altersversorgung erwerben würde. Wenn sich diese Erwartung nicht verwirklicht hat, besteht jedenfalls Anlass, die insoweit entstandenen Versorgungsdefizite bei der Ehefrau auszugleichen. Maßstab für den Ausgleich der ehebedingten Nachteile ist dabei grundsätzlich diejenige Versorgung, die der berechtigte Ehegatte bei Weiterführung seiner beruflichen Tätigkeit voraussichtlich hätte erzielen können. Daher sind die fiktiven, im Wege einer Prognose festgestellten Versorgungsanrechte des berechtigten Ehegatten zugrunde zu legen. Dabei sind – je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles – verschiedene Berechnungswege denkbar (…).[112]

110 BGH XII ZB 57/03, p. 8.
111 BGH XII ZB 57/03, p. 9.
112 BGH XII ZB 57/03, p. 10; het BGH werkt vervolgens verschillende scenario's op dit gebied uit.

In de tweede zaak gaat het om een echtpaar dat in 1977 in het huwelijk is getreden. Uit het huwelijk zijn eveneens twee kinderen geboren. In 1998 wordt de echtscheiding uitgesproken op verzoek van de man.

In 1986 waren de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden *Gütertrennung* overeengeomen en hadden zij tevens de *Versorgungsausgleich* uitgesloten.

In lijn met de hiervoor besproken uitspraak van dezelfde datum, formuleert het BGH de volgende kernoverweging:

> (...) die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die Vereinbarung der Ehegatten über die Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.[113]

Ook de gevolgtrekking die het BGH hieraan verbindt komt, zoals te verwachten, overeen met die uit de eerste uitspraak.

Omdat in de uitspraak van februari 2004 door het BGH bijzondere betekenis wordt toegekend aan *Unterhalt wegen Alters* als *Ausdruck ehelicher Solidarität* en daaraan binnen de *Kernbereichslehre* mitsdien ook een hoge rang is toegekend, is de uitsluiting van de *Versorgungsausgleich* in huwelijkse voorwaarden onderworpen aan zowel de W*irksamkeitskontrolle* als de *Ausübungskontrolle*, waarbij aldus het BGH, het *maßgebende Kriterium für beide Kontrollschritte* wordt gegeven door het antwoord op de vraag of en in hoeverre het uitsluiten van de *Versorgungsausgleich* zich verdraagt met het voorschrift van echtelijke *Solidarität*.

De feitenrechter dient in dit licht zowel *ex tunc* – in het kader van de *Wirksamkeitskontrolle* – als *ex nunc* – waar het de *Ausübungskontrolle* betreft – te toetsen en wel in samenhang met de overige in de huwelijkse voorwaarden getroffen regelingen. De desbetreffende toetsing dient te worden gedaan in de vorm van een:

> Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwekke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen.

113 BGH XII ZB 110/99, p. 4 en 5.

Indien dan blijkt dat op het moment van de ondertekening van de huwelijkse voorwaarden al sprake was van een (contractueel gecreëerde) *Versorgungssituation* die dient te worden beschouwd als een *gravierende Verletzung* van de gedachte van echtelijke solidariteit die de basis vormt van de *Versorgungsausgleich*, moet worden geoordeeld dat de door de echtgenoten getroffen regeling geen stand houdt in het licht van § 138 lid 1 BGB:

> Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn ein Ehegatte sich einvernehmlich der Betreuung der gemeinsamen Kinder widmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdichtet sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der jedenfalls nicht ohne Kompensation einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert.

Het BGH stelt tot slot vast dat het OLG München een dergelijke *umfassende Gesamtwürdigung* niet heeft uitgevoerd. Ware dat anders geweest, dan hadden de volgende aspecten meegewogen dienen te worden: de aard en omvang van de door de echtgenoten tijdens het huwelijk verworven *Versorgungsanrechte*, de vermogensrechtelijke positie van elk der echtgenoten ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden en voorts in:

> (...) welchem Umfang die Ehefrau, die nach ihrem Vortrag bereits seit ihrer Eheschließung an einer ihre Erwerbsfähigkeit mindernden Rückenerkrankung leidet, im Scheidungsfall ihre eigene Altersversorgung durch künftige versicherungspflichtige Tätigkeit voraussichtlich weiter ausbauen kann. Soweit der Ehefrau im Ehevertrag für den Scheidungsfall eine Entschädigung zugesagt ist, wäre der Frage nachzugehen, ob diese Entschädigung als Gegenleistung für die von der Ehefrau für den Scheidungsfall zugesagte Übertragung ihres Miteigentums am gemeinsamen Hausgrundstück auf den Ehemann anzusehen oder als (teilweiser) Ausgleich für ihren Verzicht auf eine eigene versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit während der Ehe zu verstehen ist (…)

In het laatstbedoelde geval dient de rechter te onderzoeken welke omvang de *Versorgungsanrechte* die de vrouw met de bedoelde schadevergoeding zou kunnen verwerven, zouden kunnen hebben. Hiermee maakt het BGH duidelijk dat alle omstandigheden van het specifieke geval van belang zijn en door de rechter moeten worden onderzocht en geduid in het geheel van de door de echtgenoten gemaakte afspraken zoals die naar voren komen uit de huwelijkse voorwaarden.

In de onderhavige casus is naar het oordeel van het BGH tevens van belang het antwoord op de vraag welke subjectieve aspecten de vrouw ertoe hebben gebracht om verscheidene jaren na de huwelijkssluiting en de geboorte van de kinderen in te stemmen met de huwelijkse voorwaarden en in het bijzonder met de daarin opgenomen uitsluiting van de *Versorgungsausgleich.*

Naar mijn mening betreft dit de vraag die in deze zaak uiteindelijk de meest relevante is. Maar het feitencomplex zoals door het BGH aangehaald geeft hierover helaas geen uitsluitsel.

Zo blijkt de vrouw in eerdere instantie enerzijds aangevoerd te hebben dat haar echtgenoot haar geslagen heeft met als doel *sie zum Notar zu schleppen* maar dient haar pleidooi volgens het BGH anderzijds niet zo te worden verstaan dat de vrouw daadwerkelijk *zum Notar geschleppt oder unlauter gezwungen worden sei*.[114]

Het BGH lijkt in casu door te willen laten klinken dat hij niet goed voor zich ziet dat de door hem bedoelde *Gesamtwürdigung* door het OLG München – waarnaar de zaak wordt terugverwezen – tot een andere uitkomst zal leiden dan dat dit gerechtshof tot de conclusie komt dat de uitsluiting van de *Versorgungsausgleich* in de huwelijkse voorwaarden als *sittenwidrig* dient te worden bestempeld.[115]

Mocht dat echter niet het geval zijn dan dient de rechter in het kader van de *Ausübungskontrolle* te toetsen of en in hoeverre een echtgenoot de hem door de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden toegekende *Rechtsmacht* misbruikt wanneer deze zich er ingeval van echtscheiding op beroept dat de uitsluiting van de *Versorgungsausgleich* geldig is, beoordeeld naar de maatstaven van § 242 BGB.

Bij de desbetreffende toetsing zijn niet slechts de omstandigheden ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden van belang doch is veeleer de uitleg van de huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding beslissend.

De maatstaf van § 242 BGB brengt mee dat *ein wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs* in de meeste gevallen niet kan worden gehandhaafd indien sprake is van een *grundlegende Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände* en de desbetreffende uitsluiting impliceert dat een echtgenoot niet over een toereikende *Altersversorgung* beschikt.

In de nadien verschenen *Leitsatzentscheidungen* van het BGH op dit terrein[116] is vooral sprake van het doorzetten van de in beide besproken uitspraken uitgezette lijn en zijn zoals viel te verwachten voorts nadere nuanceringen en verduidelijkingen aangebracht.

114 BGH XII ZB 110/99, p. 8.

115 BGH XII ZB 110/99, p. 8.

116 Ik noem hier de volgende uitspraken: BGH XII ZR 238/03, 12 januari 2005; BGH XII ZR 296/01, 25 mei 2005; BGH XII ZR 221/02, 25 mei 2005; BGH XII ZB 250/03, 17 mei 2006; BGH XII ZR 25/04, 5 juli 2006; BGH XII ZR 144/04, 25 oktober 2006; BGH XII ZR 119/04, 22 november 2006; BGH XII ZR 165/04, 28 februari 2007; BGH XII ZR 130/04, 28 maart 2007; BGH XII ZR 96/05, 17 oktober 2007 en BGH XII ZR 132/05, 28 november 2007.

Zo wordt in de uitspraak van 12 januari 2005[117] met betrekking tot het *Ehetyp* van het voor beide echtgenoten tweede huwelijk zonder dat nog rekening behoeft te worden met wederzijdse kinderen, duidelijk gemaakt dat ook dan de dubbele toetsing zoals hiervoor uitvoerig uiteengezet plaats dient te vinden.

In een zaak[118] waarin de vrouw ten tijde van het sluiten van de premaritale huwelijkse voorwaarden zwanger was[119] onderschrijft het BGH het oordeel van het OLG dat in casu de omstandigheid dat de vrouw ten tijde van het sluiten van de huwelijke voorwaarden zwanger was *an sich* nog niet tot gevolg heeft dat deze als *sittenwidrig* dienen te worden aangemerkt maar een indicatie vormt van een ongelijke onderhandelingspositie.

Niettemin is het in het algemeen gesproken wel mogelijk dat dit feit een zelfstandige grond vormt voor nietigheid van huwelijkse voorwaarden. In de desbetreffende zaak had de vrouw aangevoerd dat:

> (...) sie auf Grund der Schwangerschaft Wert darauf gelegt habe, dass das erwartete Kind ehelich geboren werde. Der Antragsteller habe sich jedoch geweigert, sie ohne Ehevertrag zu heiraten. Die Eheschließung habe sich dadurch mehrfach verzögert. Nur unter Zurückstellung erheblicher Bedenken habe sie den notariellen Vertrag schließlich zwei Tage vor der Eheschließung unterzeichnet.

Het BGH toont zich op grond van de feiten in deze casus echter niet gevoelig voor deze stellingname en laat de huwelijkse voorwaarden van deze echtgenoten in stand.

In deze uitspraak verduidelijkt het BGH tevens het eigen standpunt ter zake van de gevolgen voor de huwelijkse voorwaarden indien de rechter na de bekende dubbele toetsing van oordeel is dat de door de echtgenoten gemaakte afspraken niet kunnen worden gehandhaafd. Alsdan is geen sprake van nietigheid van de huwelijkse voorwaarden maar dient de rechter:

> (...) diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO 604 ff. m.w.N.).[120]

Opmerkelijk is dat het BGH op deze plaats verwijst naar het – hiervoor op hoofdlijnen door mij besproken – commentaar in de literatuur op de uitspraak van 11 februari 2004 en daarover opmerkt dat deze kritiek *jedoch dem Senat keinen Anlass geben, von seiner Rechtsprechung abzugehen.* Vervolgens gaat

117 BGH XII ZR 238/03. Deze beslissing wordt besproken in *FamRZ* 2005, p. 691 en 692.
118 BGH XII ZR 296/01.
119 Vgl. ook BGH XII ZR 25/04 en BGH XII ZR 165/04 waarin het BGH op dit punt tot vergelijkbare conclusies komt.
120 BGH XII ZR 296/01, p. 11.

het BGH over tot het rechtzetten van misvattingen die uit de desbetreffende literatuur blijken.[121] [122] [123]

In de tweede beslissing van het BGH op 25 mei 2005 [124] komt de vraag aan de orde of in casu sprake is van het uitsluiten van wettelijke scheidingsgevolgen met een hoge rangorde binnen de *Kernbereichslehre* waarvoor voldoende zwaarwegende gronden aanwezig zijn.

Het BGH constateert dat het *Betreuungsunterhalt* onderdeel uitmaakt van de *Kernbereichslehre* en dat deze daarbinnen een hoge rang is toebedeeld, zowel waar het betreft het daarin begrepen *Elementarunterhalt* als waar het gaat om de onderdelen daarvan die de desbetreffende ouder beogen te beschermen tegen de risico's van ziekte en ouderdom. Vervolgens benadrukt het BGH het wezenlijke doel van de wettelijke regelingen omtrent de gevolgen van echtscheiding, te weten het aan beide echtgenoten toerekenen van de *ehebedingte Nachteile*.

Omdat het *Betreuungsunterhalt* niet slechts aan een van de ouders wordt toegekend *nur um seiner selbst* maar ook omwille van de kinderen, *deren Betreuung dem Elternteil durch den Unterhalt ermöglicht werden soll*, is het *Betreuungsunterhalt* een typerend voorbeeld van de *Ausgleich ehebedingter Nachteile*: de verzorging en opvoeding van de gezamenlijke kinderen is *die gemeinsame Aufgabe der Ehegatten* en ingeval deze taak nog slechts door één van de echtgenoten-ouders wordt waargenomen dient deze economisch bezien zo uit te pakken dat voor de desbetreffende ouder geen nadelen ontstaan ingeval van echtscheiding.

Het BGH besluit zijn overwegingen in deze zaak met een interessante algemene observatie:

---

121 BGH XII ZR 296/01, p. 12.

122 Verder kan uit deze uitspraak nog worden afgeleid dat huwelijkse voorwaarden niet slechts *sittenwidrig* zijn wegens het feit dat de echtgenoten de *Betreuungsunterhalt* op een andere wijze dan op de wettelijk voorgeschreven manier vorm hebben gegeven.

123 Vanuit het gezichtspunt van rechtssystematiek moet worden opgemerkt dat het BGH in deze uitspraak er tevens op wijst dat: *auf Eheverträge, soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung, die die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben, abweicht, auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt: § 313 BGB) Anwendung finden. Dabei kann allerdings ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht schon deswegen angenommen werden, weil ein Vertragspartner ein erheblich höheres Einkommen als der andere erzielt. Dies gilt um so weniger, als Eheverträge, die gesetzliche Scheidungsfolgen abbedingen, üblicherweise gerade im Hinblick auf solche bestehenden oder sich künftig ergebenden Unterschiede in den wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossen werden. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt daher allenfalls in Betracht, wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrages ausnahmsweise eine bestimmte Relation ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch künftig gewiss angesehen und ihre Vereinbarung darauf abgestellt haben* (…). BGH XII ZR 296/01, p. 14.

124 BGH XII ZR 221/02.

> Mit einem wechselseitigen ehevertraglichen Unterhaltsverzicht geben die Eheleute regelmäßig zu erkennen, dass sie keine Teilhabe an dem vom jeweils anderen Ehegatten erwirtschafteten Erfolg beanspruchen wollen; jeder Ehegatte soll vielmehr – auch im Falle der Scheidung – das Einkommen behalten, das ihm aufgrund seiner eigenen beruflichen Qualifikation und Tüchtigkeit zufließt. (…) diesem mit dem Ehevertrag verfolgten Anliegen ist bei der Vertragsanpassung jedenfalls insoweit weiterhin Rechnung zu tragen, als die veränderten Umstände dem nicht entgegenstehen.[125]

Toegepast op de onderhavige casus kan worden gesteld dat partijen met hun algemene *Unterhaltsverzicht* tot uitdrukking hebben willen brengen dat ieder van de echtgenoten zorg dient te dragen voor zichzelf en zij na hun huwelijk geen *wechselseitige Einkommenspartizipation* en de daaruit voortvloeiende nivelering van hun inkomens hebben gewenst.

Omdat partijen echter in hun verwachting van het huwelijk tevens hadden verdisconteerd dat zij ieder een inkomen zouden blijven verdienen dat paste bij hun opleiding en zij daarmee ieder tevens pensioenrechten zouden opbouwen en deze verwachting deels niet is gerealiseerd doordat de vrouw de zorg voor de kinderen op zich heeft genomen, bestaat er in dezen aanleiding om een op deze grond achtergebleven pensioenopbouw aan de zijde van de vrouw te compenseren.

In diens uitspraak van 28 februari 2007[126] overweegt het BGH dat de *Ausübungskontrolle* er niet toe kan leiden dat voor een echtgenoot die door *wirksame* huwelijkse voorwaarden is benadeeld door de toepassing van de *Ausübungskontrolle* een beter resultaat ontstaat dan aan de orde zou zijn geweest zonder dat sprake was geweest van de desbetreffende 'risico's', waarbij ook het resultaat van een hypothetische *Fortsetzung seines vorehelichen Berufswegs* een vergelijkingsmaatstaf is.

Met 'risico's' doelt het BGH de risico's met betrekking tot zijn beroepsmatige *Fortkommen* die een echtgenoot omwille van de gemeenschappelijke *Lebensplanung* op zich heeft genomen, welke zich ten nadele van de desbetreffende echtgenoot kunnen realiseren ingeval van echtscheiding, op grond van feitelijke afwijkingen die zich tijdens de loop van het huwelijk hebben gerealiseerd van de *Lebenssituation* die de echtgenoten zich bij het aangaan van de huwelijkse voorwaarden hadden voorgesteld. Het BGH acht het niet acceptabel dat het *Risiko des Fehlschlagens eines gemeinsamen Lebensplanes einseitig nur einen Partner belastet*.

Waar het dit laatste punt betreft dient volgens het BGH ook te worden bedacht dat de nadelen ten aanzien van de "Berufsbiographie" van de vrouw niet op haar tweede echtgenoot kunnen worden afgewenteld: zij had in haar eerste huwelijk ook een kind gekregen en was daarna in deeltijd gaan werken.

---

125 BGH XII ZR 221/02, p. 11.
126 BGH XII ZR 165/04.

Hiermee wordt door het BGH de desbetreffende afweging zuiver gehouden en krijgt de tweede echtgenoot niet de rekening gepresenteerd van de negatieve inkomensconsequenties voor de vrouw van de door haar met haar eerste echtgenoot gemaakte keuzen.

Ter afsluiting van deze paragraaf verwijs ik naar de uitspraak van het BGH van 5 juli 2006[127] die als Bijlage is opgenomen.

Deze beslissing is heel mooi opgebouwd en geeft een duidelijk inzicht in de nieuwe Duitse praktijk op het gebied van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden door de rechter.

6.11 De stand van zaken in de Duitse literatuur

In de Duitse literatuur wordt de in dit hoofdstuk door mij beschreven ontwikkeling over het algemeen met instemming besproken.

Schwab acht de kern van de desbetreffende aanpak van het BGH – door hem als een *regelrechtes System der gerichtlichen Kontrolle* bestempeld –, gelegen in de toetsing of een in huwelijkse voorwaarden opgenomen afspraak meebrengt dat een *durch die ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung* ontstaat.

Het niet-gerechtvaardigd zijn van bepaalde door echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken wordt ingegeven door de (grondwettelijke) bescherming die de Duitse wet aan het huwelijk verleent, die tot uitdrukking wordt gebracht in de wettelijke regeling betreffende de rechtsgevolgen van het huwelijk en die door echtgenoten niet *beliebig unterlaufen* kan worden. Voor de vaststelling hiervan is in elk individueel geval bepalend of de vereiste *Gesamtschau* tot de gevolgtreking leidt dat het onvermogen van een echtgenoot om na de scheiding in het eigen onderhoud te voorzien is veroorzaakt door de wijze waarop aan de echtelijke *Lebensverhältnisse* vorm is gegeven.

Hij concludeert tevens dat *fast keine Regelung absolut unstatthaft* is maar dat een *gleitende Wertung* plaatsvindt:

> Je unmittelbarer der Vertrag in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift, desto schwerer wiegen die Belastungen des benachteiligten Partners.[128]

Coester-Waltjen verklaart zich – naar mijn oordeel terecht – niet overtuigd door de opvatting van het BGH dat de *Zugewinnausgleich* zich buiten het *Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts* bevindt:

127 BGH XII ZR 25/04, 5 juli 2006. De uitspraak is besproken in *FamRZ* 2006, 1359 ff.
128 Schwab, 2009, p. 214 en 215.

> Sollte nicht gerade auch die Möglichkeit der Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten (…) zum Kern der Scheidungsfolgen gerechnet werden (…). Zu bedenken ist dabei auch, dass eine Kapitalsumme – besser als Unterhaltszahlungen – die nacheheliche Selbstständigkeit fördern kann.[129]

Rauscher is van mening dat het feit dat in de zienswijze van het BGH *der am geplanten Ehetyp orientierten Gestaltung* wezenlijke betekenis toekomt, dient te worden toegejuicht omdat:

> (...) sie die Ehe davor bewahrt, zum Instrument der Umverteilung vor dem Hintergrund unterschiedlicher Fähigkeiten und beruflicher Fortune zu werden.[130]

Wel wijst hij er op dat het positieve recht ter zake van de rechtsgevolgen van echtscheiding niet voor alle huwelijkstypen kan dienen als *Maßstab eines Schutzzwecks* omdat dit slechts betrekking heeft op één huwelijkstype.[131]

Waar het betreft het karakter van de *Ausübungskontrolle* stelt Brambring dat het daarbij niet om een billijkheidstoetsing als zodanig gaat maar het hier handelt om een zo terughoudend mogelijke beoordeling, waarbij de rechter zich rekenschap dient te geven van het feit dat het BGH geen *unverzichtbaren Mindesgehalt an Scheidungsfolgen* erkent en daarnaast de partijautonomie van echtgenoten voorop heeft gesteld. [132] Wel zijn de maatstaven van *Treu und Glauben* daarbij de dogmatische ankerpunten.[133]

Bergschneider prijst het BGH omdat deze niet casuïstisch te werk is gegaan na de beide uitspraken van het BVerfG welke een breuk met de daarvoor gangbare rechtspraak inluidden maar in plaats daarvan een structuur heeft ontwikkeld die de (notariële) praktijk wezenlijk meer houvast biedt:

> Die Kernbereichslehre zum Unterhalt und zum Versorgungsausgleich insgesamt und die Abstufung der einzelnen Tatbestände sowie die Einordnung des Güterrechts gestatten bis zu einem hohen Grad die Unterscheidung zwischen kontrollfesten und nicht kontrollfestenVerträgen.

Deze structuur leidt – zij het tot op zekere hoogte – tot rechtszekerheid omdat thans reeds tamelijk accuraat vooraf een inschatting kan worden gemaakt van de gevolgen van een toetsing door de rechter van zowel bestaande huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding als – in preventieve zin – van huwelijkse voorwaarden die worden aangegaan door aanstaande echtgenoten.[134]

---

129 Coester-Waltjen, 2006, p. 238.
130 Rauscher, 2008, p. 259; Rauscher geeft tevens een helder overzicht van de heersende leer die gold voorafgaand aan de eerste uitspraak van het BVerfG in 2001 (p. 254-256).
131 Rauscher, 2008, p. 256.
132 Brambring, 2005, p. 22 en 23.
133 Erman BGB, 2008, p. 428.
134 Deels anders: Brambring, 2005, p. 24.

En naarmate in toekomstige uitspraken van het BHG en de *Oberlandesgerichte* de door het BGH ontwikkelde leer verder wordt ingevuld op detailniveau, kan de desbetreffende evaluatie steeds preciezer zijn.

Bergschneider stelt tegen deze achtergrond vast dat ten opzichte van de voorheen gevolgde werkwijze weliswaar enigszins aan rechtszekerheid is ingeboet maar aan rechtvaardigheid is gewonnen, bij welke observatie ik mij aansluit.[135]

6.12 Afsluiting

De *Wirksamkeitskontrolle* en *Ausübungskontrolle* hebben door de uitspraken van het BVerfG en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie van het BGH een nieuwe lading gekregen waar het betreft de toetsing van huwelijkse voorwaarden. Ook heeft het BGH beide beoordelingen duidelijk van elkaar onderscheiden.

De *Wirksamkeitskontrolle* voert de feitenrechter naar de beantwoording van de vraag of hetgeen ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden werd overeengekomen wegens strijd met de goede zeden mogelijk geheel of gedeeltelijk niet kan worden gehandhaafd – derhalve nietig is – en vervangen dient te worden door de wettelijke regelingen. Deze toetsing vindt *ex tunc* plaats, wat betekent dat de toekomstige huwelijkse ontwikkelingen hierbij buiten beschouwing blijven.

Bij de *Ausübungskontrolle* verschuift het perspectief naar de echtscheiding en worden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehanteerd, zij het binnen de door het BGH gestelde kaders; in deze toetsing kan wat er tijdens het huwelijk is voorgevallen wel relevant zijn. In beide gevallen speelt de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* een rol.[136]

Enerzijds leidt de door het BGH gekozen interpretatie van de door het BVerfG aan hem gegeven opdracht en het daaruit voortvloeiende toetsingssysteem tot een zekere beperking van de contractvrijheid van echtgenoten, anderzijds wordt het primaat van hun partijautonomie erdoor bevestigd.

Het BGH opteert er in deze zienswijze niet voor om bepaalde soorten afspraken per definitie nietig te verklaren of een bepaalde situatie (bijvoorbeeld een voorhuwelijkse zwangerschap) altijd doorslaggevend te laten zijn[137] maar kiest voor een genuanceerde tweevoudige toetsing waarop door aanstaande echtgenoten kan worden geanticipeerd bij het sluiten van de huwelijkse voorwaarden. In de eerste plaats kan dit door het toevoegen aan hun huwelijkse voorwaarden van een uitvoerige, zorgvuldig opgestelde considerans. Hierin dienen overwegingen met betrekking tot de concrete situatie

135 Bergschneider, 2008, p. 109. Vgl. in dit verband ook het door Bergschneider opgestelde *Prüfungsschema zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen* (p. 111-115).

136 Zo ook Brambring, 2005, p. 21.

137 Vgl. Hofer, 2005, p. 14 en 15.

van de aanstaande echtgenoten ten tijde van het opstellen van de huwelijkse voorwaarden te worden opgenomen.[138]

Ten tweede kan de instrumenterend notaris de aanstaande echtgenoten begeleiden bij een *antizipierte Ausübungskontrolle*, waarmee wordt gedoeld op het in de huwelijkse voorwaarden anticiperen op *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung*. De eerste zorg van de Duitse notaris is echter te voorkomen dat huwelijkse voorwaarden worden gesloten die *unwirksam* zijn. Hierbij komt de notaris een actieve rol toe waarin hij dient te onderzoeken of de door de aanstaande echtgenoten gewenste regeling die afwijkt van de wettelijk vastgelegde standaardgevolgen van echtscheiding, leidt tot een evident eenzijdige lastenverdeling die niet van de desbetreffende echtgenoot kan worden gevergd. De notaris kan hier mitsdien niet volstaan met de gebruikelijke *Belehrung*.[139] [140]

Het BGH heeft niet gekozen voor een beoordeling door de bril van het in § 313 BGB vastgelegde leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, mogelijk omdat ingeval van het huwelijk onzekerheid en ontwikkelingen eenvoudigweg als een gegeven moeten worden beschouwd.[141]

Het voorgaande overziend, toont de Duitse jurisprudentie op het terrein van het omgaan met huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding een naar mijn oordeel zeer interessante ontwikkeling die weliswaar is verbonden met een grondwettelijke bepaling maar toch ook geheel los daarvan kan worden gezien.

Het is immers zeer goed verdedigbaar dat aan de *Wirksamkeitskontrolle*, respectievelijk de *Ausübungskontrolle* de in dit hoofdstuk besproken invulling kan worden gegeven, zonder dat deze gefundeerd is in een grondwettelijke bepaling. Artikel 6 GG is mitsdien niet een *condicio sine qua non* voor de door het BVerfG en – in navolging daarvan – het BGH gekozen weg, maar moet denk ik veeleer worden begrepen als een extra aansporing tot een zorgvuldige beoordeling door de rechter van huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding dan wel als de bevestiging van de noodzaak daartoe.

---

138 Hierbij kan worden gedacht aan de vermelding van het al dan niet aanwezig zijn van (gezamenlijke) kinderen, van de verhouding tussen de vermogens van beiden, aan een omschrijving van de door ieder van hen genoten opleiding, hun beroepsmatige activiteiten, inkomens en verdiencapaciteiten, alsmede van het type huwelijk dat zij voor zich zien en de keuzen die zij in dat verband naar verwachting zullen maken zoals bijvoorbeeld het al dan niet krijgen van kinderen en de gevolgen die dat heeft voor het verwerven van inkomsten door (een van) hen beiden.

139 Brambring, 2005, p. 25 en 26.

140 Vgl. ook M. Brauer, 'Pflichten des Notars bei der Beurkundung einer Scheidungsfolgenvereinbarung im Hinblick auf die bevorstehende Ehescheidung', *FPR* 2007/6, p. 257-260.

141 Vgl. Coester-Waltjen, 2006, p. 238. Het BGH heeft de toepassing van § 313 BGB ingeval van huwelijkse voorwaarden wel mogelijk geacht, vgl. BGH XII ZR 296/01, 25 mei 2005 (zie ook hiervoor onder 6.10).

In het volgende hoofdstuk verdedig ik de stelling dat de beschreven ontwikkeling in de Duitse jurisprudentie zonder veel problemen overgenomen zou kunnen worden door de Hoge Raad. Daarmee zou mijns inziens een vanuit het perspectief van contractvrijheid en solidariteit bevredigende oplossing worden gevonden voor het actuele probleem van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden waarvoor Nederlandse rechters zich steeds vaker gesteld zien.