



UNIVERSITÄT
DES
SAARLANDES



Familienrecht

Professor Dr. Christian Gomille | SoSe 2022

Inhalt

Literatur: *Benner*, Klausurenkurs im Familien- und Erbrecht (6. Aufl. 2021); *Dethloff*, Familienrecht (22. Aufl. 2022); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht (7. Aufl. 2020); *Lange/Tischer*, Familien- und Erbrecht (5. Aufl. 2019); *Löhnig/Leiß*, Fälle zum Familien- und Erbrecht (5. Aufl. 2021); *Schlüter*, Familienrecht (14. Aufl. 2013); *Schwab*, Familienrecht (29. Aufl. 2021); *Wellenhofer*, Familienrecht (6. Aufl. 2021)

§ 1 Das Verlöbnis

- I. Theorie des Verlöbnisses
- II. Das Verlöbnis Minderjähriger
- III. Ersatz- und Rückforderungsansprüche

§ 2 Die Eheschließung

- I. Ehe als bürgerlichrechtlicher Vertrag
- II. Der Vertragsschluss
- III. Fehler und Fehlerfolgen
- IV. Willensmängel und Scheinehen

§ 3 Das Haftungsrecht in der Ehe (Allgemeine Ehwirkungen I)

- I. Die Pflichten aus § 1353 und ihre Dogmatik
- II. Das Haftungsprivileg des § 1359
- III. Schadensersatz wegen der Verletzung vermögensrechtlicher Pflichten
- IV. Die Ehe als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1?
- V. Der räumlich gegenständliche Bereich der Ehe

§ 4 Die „Schlüsselgewalt“ gem. § 1357 BGB (Allgemeine Ehwirkungen II)

- I. Die schuldrechtliche Bedeutung des § 1357
- II. Die dingliche Bedeutung des § 1357
- III. Das Verhältnis zur Stellvertretung

§ 5 Das Sachenrecht in der ehelichen Lebensgemeinschaft (Allgemeine Ehwirkungen III)

- I. Eherechtliche Herausgabeansprüche
- II. Eheliche Lebensgemeinschaft und die Übereignungstatbestände

§ 6 Überblick über das gesetzliche und das vertragliche Güterrecht (Güterrecht I)

- I. Das Güterrecht im Verhältnis zu anderen familienrechtlichen Regeln über das Vermögen
- II. Die Güterstände des BGB
- III. Güterstandswahl und -gestaltung durch Ehevertrag

§ 7 Geschäfte über das Vermögen im Ganzen: § 1365 BGB (Güterrecht II)

- I. Sinn und Zweck
- II. Das Verhältnis von Verpflichtung und Verfügung
- III. Einzeltheorie und Gesamtheorie

§ 8 Geschäfte über Haushaltsgegenstände: § 1369 BGB (Güterrecht III)

- I. Begriff des Haushaltsgegenstands
- II. Das Verhältnis von Verpflichtung und Verfügung
- III. § 1369 und das Handeln Dritter

- IV. Die Phase des Getrenntlebens
- V. Die Bedeutung der Eigentumslage

§ 9 Der Zugewinnausgleich unter Lebenden (Güterrecht IV)

- I. Begriff und Ermittlung des Zugewinns
- II. Berechnung der Ausgleichsforderung
- III. Die Unbilligkeitsklausel des § 1381
- IV. Die Anrechnung von Vorempfängen nach § 1380

§ 10 Der Zugewinnausgleich beim Tod eines Ehegatten (Güterrecht V)

- I. Zugewinnausgleich und gesetzliche Erbfolge
- II. Zugewinnausgleich und gewillkürte Erbfolge
- III. Der Ausschluss des überlebenden Ehegatten vom Nachlass
- IV. Zugewinnausgleich und laufendes Scheidungsverfahren

§ 11 Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Zugewinnausgleichs (Güterrecht VI)

- I. Ausdrückliche vertragliche Abreden
- II. Das Problem der unbenannten (ehebedingten) Zuwendung
- III. Die Ehegatteninnengesellschaft
- IV. Wegfall der Geschäftsgrundlage und Bereicherungsausgleich

§ 12 Getrenntleben und Scheidungsvoraussetzungen

- I. Begriff und rechtliche Wirkungen des Getrenntlebens
- II. Das Scheitern der Ehe und die Regelung des § 1566

§ 13 Trennungs- und nachehelicher Unterhalt

- I. Arten familienrechtlichen Unterhalts
- II. Struktur des Unterhaltsanspruchs
- III. Der nacheheliche Unterhalt und seine Berechnung

§ 14 Abstammungsrecht: Vaterschaftsanfechtung insbesondere

- I. Der verfassungsrechtliche Hintergrund
- II. Elternschaft und Reproduktionsmedizin
- III. Vaterschaft und Vaterschaftsanfechtung

§ 15 Die elterliche Sorge

- I. Personensorge und Vermögenssorge
- II. Elterliche Sorge und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht
- III. Grenzen und Verlust der elterlichen Sorge

§ 16 Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

- I. Begriff und Problem der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
- II. Die Beitragsleistung in der bestehenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft
- III. Vermögens- und Besitzverhältnisse in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
- IV. Haftungsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft
- V. Die Abwicklung der beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft

§ 1 Das Verlöbnis

A. Überblick

Vom Verlöbnis als sozialem Tatbestand hat jeder eine gewisse Vorstellung. Nachdem man sich einige Zeit als Paar austesten konnte, nimmt einer der beiden Partner – in der Praxis ist das regelmäßig nach wie vor der Mann – seinen Mut zusammen und bietet dem anderen das wechselseitige Versprechen an, miteinander die Ehe einzugehen. Besiegelt wird das Ganze durch die Übergabe symbolischer Gegenstände, in aller Regel in Form eines Rings. Nach Ablauf einer mehr oder weniger langen Wartefrist beginnen die Hochzeitsvorbereitungen. Es werden Veranstaltungsräume gebucht, ebenso DJ und oder Band, man stellt das Menu zusammen, druckt und verschickt Einladungskarten, etc. Und natürlich leistet man für alle diese anlässlich der geplanten Hochzeit anfallenden Dinge Anzahlungen. Idealerweise folgt am vorgesehenen Tag die Eheschließung, mit der das Verlöbnis endet.

Aber natürlich hat auch dieses zunächst gesellschaftlich-soziale und romantisch konnotierte Phänomen eine nüchterne rechtliche Regelung im bürgerlichen Recht gefunden, und zwar in den §§ 1297 bis 1302 BGB. Dabei stellt § 1297 BGB zunächst mit aller Deutlichkeit fest, dass das einem anderen gegebene Versprechen, mit diesem die Ehe einzugehen, unverbindlich ist. Nach § 1297 Abs. 1 BGB kann der solchermaßen Begünstigte aus dem Verlöbnis nicht auf Eingehung der Ehe klagen. § 1297 Abs. 2 BGB stellt darüber hinaus klar, dass ein mittelbarer Erfüllungszwang in Form eines Vertragsstrafeversprechens für den Fall der Nichteingehung der Ehe unwirksam ist.

Wenn § 1297 BGB danach vollständig auf die Unverbindlichkeit des Verlobnisses fokussiert, deutet sich schon an, was den Gegenstand der gesetzlichen Regelung über das Verlöbnis im Kern ausmacht. Wenn der Idealfall eintritt und das Verlöbnis tatsächlich durch Eheschließung endet, dann ist es aus rechtlicher Perspektive mehr oder weniger bedeutungslos, wie dieses Verlöbnis in der Zwischenzeit ausgestaltet ist. Denn zwischen den Beteiligten entstehen keine Konflikte, die einer zivilrechtlichen Regelung bedürften. Anders liegt es aber dann, wenn das Verlöbnis deshalb endet, weil ein Beteiligter das Eheversprechen nicht erfüllen will. Dann stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die anlässlich der Verlobung ausgetauschten Geschenke zurückzugeben sind. Außerdem mögen für die angekündigten Hochzeitsfeierlichkeiten schon Aufwendungen getätigt worden sein, die nun natürlich nutzlos sind. Hier stellt sich die Frage, wer diese Aufwendungen letztlich zu tragen hat. Folglich beschäftigen sich die §§ 1297 ff. BGB ganz primär mit der Rückabwicklung des gescheiterten Verlobnisses.

B. Die Rechtsnatur des Verlöbnisses

Fall 1: Der 17-jährige Anton hat sich ohne Einverständnis seiner Eltern mit der 22-jährigen Bertha die Ehe versprochen. Zur Verlobung hat A der B einen Ring im Wert von 3.000,-- Euro geschenkt und überlassen, den er durch Ferienjobs finanziert hat. Das auf diese Weise verdiente Geld hatten ihm seine Eltern ohne Einschränkung zur freien Verfügung überlassen. Auf Nachfrage von B bei den Eltern des A erklären diese, sie seien mit dem Verlöbnis keineswegs einverstanden. Wenige Wochen später ist B von der Idee, mit dem so viel jüngeren A verlobt zu sein, nicht mehr begeistert. Sie löst die Verlobung. A fordert den Ring zurück. Zu Recht?

I. Anspruch aus § 985 BGB

Ein Herausgabeanspruch kann sich nach allgemeinen Regeln zunächst aus § 985 BGB ergeben. Er besteht, wenn A Eigentümer des Rings ist und B ihn besitzt, ohne i.S.d. § 986 BGB zum Besitz berechtigt zu sein.

Nach § 1006 Abs. 1 BGB wird die ursprüngliche Eigentümerstellung des A vermutet. Er könnte das Eigentum jedoch durch Übereignung an B gemäß § 929 Satz 1 BGB verloren haben. Das setzt eine wirksame Einigung über den Eigentumsübergang sowie die Übergabe des Rings voraus.

Hier haben A und B jedenfalls konkludent Willenserklärungen (§§ 145, 147 BGB) ausgetauscht, denen zufolge B Eigentümerin des Rings werden sollte. Problematisch ist freilich, dass A im maßgeblichen Zeitpunkt lediglich 17 Jahre alt und somit beschränkt geschäftsfähig ist (§§ 2, 106 BGB). Folglich könnte die Übereignung gemäß § 108 Abs. 1 BGB (schwebend) unwirksam sein. Das ist der Fall, wenn A ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters handelte.

Infolge der Übereignung des Rings an B verliert A unmittelbar sein Eigentum an dieser Sache. Folglich handelt es sich nicht um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft. Auch haben seine Eltern als gesetzlicher Vertreter (§§ 1626, 1629 BGB) keine Einwilligung i.S.e. vorherigen Zustimmung erklärt. Allerdings war ihm das Geld, das er im Rahmen seiner Ferienarbeit verdiente nach § 110 BGB zur freien Verfügung überlassen. Folglich konnte er hiervon den Ring wirksam erwerben. Bei dem Ring handelt es sich um ein einfaches Surrogat des zuvor erworbenen Geldes. Nach §§ 133, 157 BGB ist deshalb davon auszugehen, dass A auch über den Ring frei verfügen konnte. Die vertragsmäßige Leistung sowohl der Handschekung gemäß § 518 Abs. 2 BGB als auch des Übereignungsvertrags gemäß § 929 Satz 1 BGB konnte A daher mit Mitteln bewirken, die ihm zur freien Verfügung überlassen waren. Deshalb ist die Einigung mit B über den Eigentumsübergang wirksam.

Nachdem auch die Übergabe an B erfolgt ist (vollständiger Besitzverlust seitens des Veräußerers A, Besitzerwerb der Erwerberin B auf Veranlassung des Veräußerers), hat A das Eigentum an dem Ring verloren. Es besteht kein Anspruch aus § 985 BGB.

II. Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB

Womöglich kann A den Ring aber aufgrund von § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB herausverlangen.

Dazu muss B zunächst etwas erlangt haben. Hier hat sie Eigentum und unmittelbaren Besitz an dem Ring erlangt.

Dies muss durch Leistung des A geschehen sein. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Bewusstes Handeln des A ist ohne weiteres zu bejahen. Fraglich bleibt der Zweck. In Betracht kommt zunächst ein Handeln zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit (erster Leistungszweck). Der erste Leistungszweck erfordert jedoch das Bestehen einer vermeintlich wirksamen Verpflichtung. Als solche käme theoretisch ein vorab wirksam erklärtes Schenkungsversprechen in Betracht. Ein solches verlangt zunächst nach einer notariellen Beurkundung (§ 518 Abs. 1 Satz 1 BGB), die hier schon nicht gegeben ist. Im Übrigen fielen hier die Übereignung und der Abschluss des zugrunde liegenden Schenkungsvertrags zeitlich zusammen, so dass die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts sich aus § 518 Abs. 2 BGB ergibt. Folglich übereignete A der B den Ring zum Zwecke der Schaffung eines Rechtsgrundes zum Behaltendürfen (zweiter Leistungszweck). Eine Leistung ist deshalb gegeben.

Den Gegenstand dieser Leistung kann A dem Grunde nach schließlich nur dann zurückverlangen, wenn die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgte. Dies setzt voraus, dass der mit der Leistung verfolgte Zweck nicht erreicht worden ist. Konkret müsste A es also misslungen sein, der B einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen des Rings zu verschaffen. So liegt es nur dann, wenn der (Hand)Schenkungsvertrag zwischen den beiden unwirksam ist. Eine Formungültigkeit gemäß §§ 125 Satz 1, 518 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet wegen § 518 Abs. 2 BGB aus. Auch im Hinblick auf § 108 Abs. 1 BGB kommt eine Unwirksamkeit nicht in Betracht, weil dem A der Ring als zur freien Verfügung überlassen (§ 110 BGB) anzusehen ist.

Folglich liegt in der Person der B ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen vor und ein Herausgabeanspruch des A scheidet aus.

III. Anspruch aus § 1301 Satz 1 BGB

1. Zweck der Vorschrift

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass nach den allgemeinen Regeln über den Vermögenstransfer eine Herausgabe des anlässlich des Verlöbnisses Zugewendeten nicht möglich ist. Die allgemeinen Regeln können die Motivation, aus der heraus die Zuwendung erfolgte, nicht erfassen. Folglich hält § 1301 BGB eine besondere Rückabwicklungsvorschrift für den Fall bereit, dass die Erwartungen des Zuwendenden später enttäuscht werden und die Zuwendung daher ihren Sinn verloren hat. § 1301 Satz 1 BGB ist damit ein gesetzlich geregelter Sonderfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Unterbleibt die Eheschließung, so kann nach dieser Vorschrift jeder Verlobte von dem anderen die Herausgabe desjenigen verlangen, was er ihm geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat. Für die Rechtsfolgenseite verweist § 1301 Satz 1 BGB auf die §§ 812 ff. BGB.

2. Geschenke/Verlöbniszeichen

Der Tatbestand des § 1301 Satz 1 BGB unterscheidet zwischen Geschenken und Verlöbniszeichen.

a) Verlöbniszeichen

Ob eine Zuwendung aus dem Vermögen eines Verlobten in das Vermögen des anderen ein Verlöbniszeichen darstellt, hängt davon ab, ob die Zuwendung entsprechend gewidmet ist. Das ist durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Hier gilt ein enges Verständnis. Erfasst ist ausschließlich das, was als Symbol des wechselseitigen Versprechens zur Eingehung der Ehe zugewandt wird. Regelmäßig ist dieses Tatbestandsmerkmal daher auf den Verlobungsring u.ä. beschränkt.

b) Geschenke

aa) Begriff

- Der Begriff des Geschenks ist demgegenüber deutlich weiter zu verstehen. Mit seiner früheren Rechtsprechung definierte der BGH das Geschenk i.S.d. § 1301 Satz 1 BGB ebenso wie das Geschenk i.S.d. § 516 Abs. 1 BGB.
- Danach gilt: „Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.“
- Dieses weite Begriffsverständnis sorgt natürlich dafür, dass im Prinzip alle unentgeltlichen Vermögensverschiebungen während der Dauer des Verlöbnisses rückabgewickelt werden.

bb) Dafür spricht

- Auf diese Weise wird eine einheitliche Begriffsverwendung im BGB gefördert („Rechtssicherheit“).
- Ein weites Begriffsverständnis mit einer umfassenden Rückabwicklung ist sachgerecht. Denn während dieser Zeit erfolgte unentgeltliche Zuwendungen sind allein durch die emotionale Bindung und mit Rücksicht auf die bevorstehende Eheschließung zu rechtfertigen. Diese Rechtfertigung der Unentgeltlichkeit entfällt mit dem Ende des Verlöbnisses.
- Schließlich besteht der Zweck des § 1301 BGB darin, eine möglichst komplette Rückabwicklung der Vermögensverschiebungen zu ermöglichen, soweit Bereicherungen noch vorhanden sind.

cc) Problem 1 – Gelegenheitsgeschenke

- Nach dieser Sichtweise des BGH wird alles rückabgewickelt, was Vermögenswert hat und noch vorhanden ist. Das betrifft etwa auch die erst zur Hälfte verspeiste Pralinenschachtel, die der eine Verlobte dem anderen vor wenigen Tagen aus dem Supermarkt mitgebracht hat, oder den Roman, den es zu Weihnachten gab.
- Es leuchtet unmittelbar ein, dass eine solch weitgehende Rückabwicklung weder praktikabel noch sachgerecht ist. Es lässt sich nämlich kaum sagen, dass kleinere

Aufmerksamkeiten und Geschenke zu Weihnachten oder zum Geburtstag mit Rücksicht auf die künftige Ehe gemacht werden.

- Deshalb legt der BGH dem § 1301 Satz 1 BGB zwar noch seinen weiten Geschenkebegriff zugrunde, reduziert diesen jedoch teleologisch, indem er sog. „Anstandsgeschenke und kleinere Aufmerksamkeiten“ aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausnimmt.

dd) Problem 2 – Aufwendungen für das gemeinsame Zusammenleben

- Die umfassende Geschenkdefinition des BGH wirft außerdem Schwierigkeiten auf, wenn es um Aufwendungen der Verlobten geht, die das gemeinsame Zusammenleben betreffen. Angenommen, der Verlobte A hat eine geräumige Wohnung, für die er die Miete allein bestreitet. Der Verlobte B zieht zu ihm, ohne sich an der Miete beteiligen zu müssen. Nach dem Ende des Verlöbnisses verlangt A von B nachträgliche Beteiligung an den Mietkosten.
- Auch mit Blick auf die laufend anfallenden Aufwendungen für das gemeinsame Zusammenleben wird man nicht ernsthaft behaupten können, dass die Verlobten diese mit Rücksicht auf die spätere Ehe tätigen. Vielmehr geht es um die Bedarfsdeckung für das Zusammenleben im Hier und Jetzt.
- Der BGH erkennt dies und nimmt eine weitere teleologische Reduktion des § 1301 Satz 1 BGB vor (NJW-RR 2005, 1089). Im Ausgangspunkt hält er an dem Geschenkebegriff des § 516 Abs. 1 BGB fest. Ausgenommen bleiben die Anstandsgeschenke und kleineren Aufmerksamkeiten. Ausgenommen werden darüber hinaus finanzielle Aufwendungen der Verlobten, die den gemeinsamen Bedürfnissen beider oder den persönlichen Bedürfnissen eines der beiden Ehegatten zugutekommen. Sobald die Verlobten einen gemeinsamen Haushalt führen, können als Geschenke an sich lediglich noch Luxuszuwendungen rückabgewickelt werden.

In Beispielsfall 1 geht es um die Herausgabe des Verlobungsrings, mithin um ein Verlöbniszeichen.

3. Wirksames Verlöbnis

a) Das Problem

Aus der systematischen Stellung des § 1301 Satz 1 BGB ergibt sich das tatbestandliche Erfordernis eines wirksamen Verlöbnisses. Hier stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur des Verlöbnisses. Wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, müssen sämtliche Bedingungen erfüllt sein, die der Allgemeine Teil an die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften stellt. Wenn es sich hingegen um einen bloß sozialen Kontakt handelt, sind an das Zustandekommen des Verlöbnisses sicherlich geringere Voraussetzungen zu stellen.

b) Denkbar: Tatsächlichkeitstheorie

- Früher wurde vertreten, dass es sich bei dem Verlöbnis um ein bloßes tatsächliches Phänomen des sozialen Lebens handle. Danach kommt es nicht durch den Austausch von Willenserklärungen zustande, sondern durch einen Konsens im natürlichen, nicht rechtsgeschäftlichen

Willen. Persönliche Voraussetzung in der Person des jeweiligen Verlobten wäre demnach nicht die Geschäftsfähigkeit, sondern lediglich eine allgemeine Einsichtsfähigkeit. Legt man diese Auffassung zugrunde, ist ein wirksames Verlöbnis zwischen A und B zu bejahen.

- Dafür spricht die Unverbindlichkeit des Verlobnisses, die im Ausschluss der Erfüllungsklage und der jederzeit freien Lösungsmöglichkeit ihren Ausdruck findet.
- Aber dagegen: §§ 1298 bis 1301 BGB legen rechtliche Konsequenzen für den Fall des Rücktritts vom Verlöbnis fest. § 1299 BGB spricht dabei von Verschulden. Verschulden meint dabei ein zurechenbares, rechtswidriges und persönlich vorwerfbares Verhalten. Die Verwendung dieses Terminus' ergibt folglich nur dann Sinn, wenn das Verlöbnis bestimmte Verhaltenspflichten der Verlobten begründet. Schließlich fällt das Verlöbnis in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG. Deshalb wird die Tatsächlichkeitstheorie heutzutage nicht mehr ernstlich vertreten.

c) Denkbar: Vertragstheorie

aa) Die These

Das Verlöbnis i.S.d. §§ 1297 ff. BGB ist ein gewöhnlicher bürgerlichrechtlicher Vertrag. Folglich finden die Bestimmungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ungekürzt Anwendung. Legt man dies zugrunde, hängt die Wirksamkeit des Verlobnisses in Beispielsfall 1 gemäß § 108 Abs. 1 BGB von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab. Die Eltern von A haben die Genehmigung allerdings verweigert. Folglich liegt ein endgültig unwirksames Verlöbnis vor und ein Anspruch aus § 1301 Satz 1 BGB scheidet aus.

bb) Dafür spricht

- Für die Vertragstheorie spricht zunächst der Begriff des Vertrags. Darunter ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft zu verstehen, mittels dessen die Beteiligten im beiderseitigen Einvernehmen eine für sie rechtlich bindende Regelung treffen. Das passt scheinbar perfekt: Beim Verlöbnis geben zwei Beteiligte einander einvernehmlich ein Versprechen, bei dessen Nichteinlösung die Folgen der §§ 1298 ff. BGB eingreifen sollen.
- Die Anwendung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre schafft Rechtssicherheit.
- Die jederzeitige Möglichkeit, sich einseitig von dem gegebenen Versprechen loszusagen, also die Durchbrechung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ spricht nicht dagegen, das Verlöbnis als Vertrag einzuordnen. Durch die Widerrufsrechte im Verbrauchervertragsrecht hat die Figur der jederzeitigen einseitigen Lösungsmöglichkeit weite Verbreitung gefunden.
- Auch das Fehlen einer klagbaren Primärleistungspflicht begründet keinen durchgreifenden Einwand gegen die Vertragstheorie. So sind Schuldverhältnisse anerkannt, deren Leistungsversprechen nicht einklagbar sind und bei denen Sorgfaltspflichten aber dann entstehen, wenn eine Partei die Pflicht freiwillig erfüllt. Beispiele sind etwa nachbarschaftliche Kinderbetreuung, Fahrgemeinschaften, etc.

cc) Dagegen spricht

- Die Vertragstheorie stellt den zuwendenden minderjährigen Verlobten schutzlos. Dieses Ergebnis ist mit dem Ziel des Minderjährigenschutzes unvereinbar.
- Zwar wollen die Vertreter der Vertragstheorie diesem Ergebnis dadurch entgehen, dass sie eine nachträgliche Genehmigung (d.h. nach der Auflösung) des Verlöbnisses durch den gesetzlichen Vertreter zulassen wollen. Doch hilft das dem Minderjährigen dann nicht weiter, wenn – wie hier – der gesetzliche Vertreter sein Einverständnis bereits endgültig verweigert hat.

d) Vorzugswürdig: Vertrauenshaftungstheorie

aa) Die These

- Das Verlöbnis ist kein echter Vertrag, sondern ein Schuldverhältnis i.S.d. § 311 Abs. 2 BGB.
- Das Verlöbnis kommt deshalb nicht durch den Austausch von Willenserklärungen zustande, sondern durch das wechselseitig gewährte und in Anspruch genommene Vertrauen auf das künftige Zustandekommen der Ehe. Hierfür kommt die Rechtsgeschäftslehre nicht unmittelbar zur Anwendung, sondern analog, weil die auf die Herbeiführung des Verlöbnisses gerichteten Erklärungen dann geschäftsähnliche Handlungen sind.

bb) Dafür spricht

- Das Problem des Minderjährigenschutzes ist auf Basis der Vertrauenshaftungstheorie in den Griff zu bekommen. Beim Zustandekommen eines Schuldverhältnisses nach § 311 Abs. 2 BGB reicht die Analogie zu §§ 107 ff. BGB nämlich nur so weit, wie dies im Interesse des Minderjährigenschutzes geboten und sachgerecht ist. So kann der Minderjährige in den verwandten Fällen der c.i.c. zwar Gläubiger von Ansprüchen aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB werden, nicht aber deren Schuldner.
- Die Vertrauenshaftungstheorie kann das Phänomen der fehlenden primären Leistungspflicht deutlich besser erklären. So regelt § 311 Abs. 2 BGB genau diejenigen Fälle, in denen zwischen den Beteiligten Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten, wohl aber mit Schutz und Rücksichtnahmepflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB zustande kommen. Die Figur des echten Vertrags ohne primäre Leistungspflichten mag in einigen Fällen zwar bejaht werden. Doch ist sie eher ungewöhnlich und neben § 311 Abs. 2 BGB streng genommen auch überflüssig.

4. Ergebnis

Legt man die Vertrauenshaftungstheorie zugrunde, liegt zwischen A und B ein wirksames Verlöbnis vor. Damit ist der Tatbestand des § 1301 BGB erfüllt. Auf der Rechtsfolgenseite kommen dann §§ 812 ff. BGB zur Anwendung und A kann von B die Herausgabe des Rings verlangen.

C. Die Ersatzpflicht gemäß § 1298 BGB

Fall 2: Caesar und Dora haben sich verlobt. Die Eltern der Dora zahlen ihr Brautkleid. Ihre Tante Thea bestellt und bezahlt den Sekt für den Empfang nach der standesamtlichen Trauung. Dora ist beruflich sehr ambitioniert und erfolgreich. Außerdem kommt sie aus einer reichen Familie und erhält von ihren Eltern monatlich einen großzügigen Betrag zugewandt, um auf dem gesellschaftlichen Parkett mithalten zu können. Die Hochzeit mit Dora vor Augen kündigt Caesar seine Arbeitsstelle, da er künftig auf Kosten von Dora leben möchte. Hierüber ist Dora alles anderes als erfreut. Am Tag vor der standesamtlichen Trauung beendet Dora das Verlöbnis, da sie sich in Emil verliebt hat. Welche Ansprüche haben die Eltern, Tante Thea sowie Caesar gegen Dora?

Jeder der Beteiligten könnte gegen Dora einen Anspruch aus § 1298 BGB haben. Nach § 1298 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt: Tritt ein Verlobter von dem Verlöbnis zurück, so hat er dem anderen Verlobten und dessen Eltern sowie dritten Personen, die anstelle der Eltern gehandelt haben, den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, dass sie in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind.

I. Zweck der Vorschrift

- § 1298 BGB betrifft weniger den Wegfall der Geschäftsgrundlage als vielmehr den Ersatz von Aufwendungen, die wegen des Endes des Verlöbnisses frustriert, also vergeblich sind. Auch geht es hier nicht nur um Vermögensverschiebungen zwischen den Verlobten. Vielmehr kommen auch Dritte als Gläubiger dieses Anspruchs in Betracht. Einziger Schuldner ist hingegen derjenige Verlobte, der das Verlöbnis löst. Anders als bei § 1301 BGB handelt es sich also nicht um eine wechselseitige Rückgewährpflicht, für die auf Tatbestandsseite das Ende des Verlöbnisses genügt.
- Rechtfertigen lässt sich die Bestimmung durch den Gedanken des enttäuschten Vertrauens. Durch das Versprechen, einander zu heiraten, wecken die Verlobten wechselseitig das Vertrauen, dass es hierzu auch kommen werde. Derjenige, der ohne wichtigen Grund von dem Verlöbnis zurücktritt, enttäuscht dieses Vertrauen und ist deshalb zum Aufwendungsersatz verpflichtet.

II. Gegenstand der Ersatzpflicht

Die Ersatzpflicht bezieht sich auf Aufwendungen und Verbindlichkeiten, die der Gläubiger in Erwartung der Ehe gemacht hat.

1. Aufwendungen und Verbindlichkeiten

- Für die Aufwendungen und Verbindlichkeiten gelten die allgemeinen Begrifflichkeiten des BGB. Danach sind Aufwendungen freiwillige Vermögensopfer und Verbindlichkeiten eingegangene Leistungspflichten. Die Kosten der Eltern für das Hochzeitskleid und der Thea für den Sekt fallen danach unproblematisch unter die Ersatzpflicht.

- Anders stellt sich hingegen die Situation des Caesar dar. Er mag durch die Kündigung seiner Arbeitsstelle finanzielle Nachteile erleiden. Doch geht er hier weder Verbindlichkeiten ein noch tätigt er Aufwendungen.
- Freilich erweitert § 1298 Abs. 1 Satz 2 BGB die Ersatzpflicht gegenüber dem anderen Verlobten. Über die Aufwendungen und Verbindlichkeiten hinaus ist diesem auch der Schaden zu ersetzen, den er dadurch erleidet, dass er in Erwartung der Ehe sonstige sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat. Daher lassen sich die infolge der Kündigung entstehenden Vermögensnachteile des Caesar ohne weiteres unter § 1298 Abs. 1 Satz 2 BGB subsumieren.

2. In Erwartung der Ehe

- Jeder geht praktisch täglich Verpflichtungen ein, tätigt Aufwendungen oder trifft Maßnahmen in Bezug auf sein Vermögen. Nach § 1298 Abs. 1 BGB ist aber selbstverständlich nur dasjenige ersatzfähig, was kausal wegen des Rücktritts vom Verlöbnis frustriert ist. Tatbestandlich kommt diese Grenzziehung in dem Merkmal „in Erwartung der Ehe“ zum Ausdruck.
- Dieses Tatbestandsmerkmal hat zunächst eine zeitliche Komponente. In Erwartung der Ehe können nur solche Dispositionen getroffen sein, die auf der Zeitachse vor dem Ende des Verlöbnisses liegen.
- Darüber hinaus muss ein sachlicher Bezug zur Hochzeit gegeben sein. Sowieso-Kosten („Ich renoviere das Dach, sobald mein Sohn heiraten wird“) können ebenso wenig auf den das Verlöbnis lösenden Beteiligten abgewälzt werden wie Anschaffungen, für die unabhängig von der geplatzten Eheschließung die Verwendbarkeit fortbesteht („Ich schaffe mir ein Motorrad an, sobald mein Sohn heiraten wird“).
- Auf diese Weise werden die zu ersetzenden Aufwendungen und Verbindlichkeiten schon deutlich beschränkt. In erster Linie fallen die Ausstattungskosten für die Brautleute sowie alles, was mit den geplanten Feierlichkeiten zusammenhängt, unter § 1298 Abs. 1 Satz 1 BGB. Was die Kündigung des Caesar anbelangt, so würde diese jedoch wohl noch nicht am Merkmal „in Erwartung der Ehe“ scheitern.

3. Angemessenheit i.S.d. § 1298 Abs. 2 BGB

- Bei der Interpretation des § 1298 BGB gilt es zu bedenken, dass eine (im Sinne der Gläubiger) allzu großzügige Ersatzpflicht geeignet ist, einen faktischen Zwang zur Eheschließung auszulösen. Dies gilt es zu vermeiden. Eine erste gegenständliche Begrenzung erfolgt daher durch das Merkmal „in Erwartung der Ehe“. Doch können gerade die in erster Linie erfassten Ausgaben rund um das Fest enorme Summen erreichen. Deshalb stellt § 1298 Abs. 2 BGB die Ersatzpflicht unter einen allgemeinen Angemessenheitsvorbehalt.
- Die Angemessenheitsprüfung erfolgt zweistufig. Zunächst ist festzuhalten, dass sämtliche Maßnahmen, die mit Einverständnis des zurücktretenden Verlobten getroffen werden, auch stets angemessen sind. Hierüber gibt der Sachverhalt in Beispielsfall 2 keine belastbare Auskunft. Fest steht lediglich, dass Dora mit der Kündigung des Caesar nicht einverstanden ist.

- Im Übrigen ist die Angemessenheit anhand eines Lebensstandardvergleichs zu überprüfen. Maßgeblich ist danach der Lebensstandard dessen, der zahlt. Entspricht die Verpflichtung, die Aufwendung oder die sonstige Maßnahme danach dem Lebensstandard desjenigen, der sie trifft, so ist sie auch angemessen. Dies kann für den zurücktretenden Verlobten u.U. ein ernstes wirtschaftliches Risiko bedeuten, wenn sein Lebensstandard sich von demjenigen des Gläubigers erheblich unterscheidet.
- Die (nicht einverständliche) Kündigung der eigenen Arbeitsstelle in Erwartung, künftig von dem anderen Verlobten versorgt zu werden, ist regelmäßig unangemessen. In einem besonders erstaunlichen Fall (OLG Frankfurt/Main FamRZ 2008, 1181) hatten zwei Beteiligte, die zuvor niemals in Kontakt miteinander standen, sich telefonisch verlobt und hierbei die Hilfe eines Dolmetschers benötigt. In Erwartung der Ehe kündigte daraufhin einer der beiden seinen Arbeitsplatz und verlangte Ersatz nach § 1298 Abs. 1 BGB als das (vermeintliche) Verlöbnis später jedenfalls gelöst wurde. Letztlich hat § 1298 Abs. 1 Satz 2 BGB solche Fälle im Blick, in denen die Verlobten eine Fernbeziehung führen und einer der beiden seine Arbeitsstelle aufgibt, damit zur Eheschließung beide gemeinsam an einem Ort leben können.

4. Wichtiger Grund i.S.d. § 1298 Abs. 3 BGB

Sofern ein wichtiger Grund für den Rücktritt vom Verlöbnis besteht, entsteht gemäß § 1298 Abs. 3 BGB keine Ersatzpflicht. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten anhand aller Umstände des einzelnen Falls festzustellen. Entscheidend kommt es darauf an, ob dem Zurücktretenden ein Rücktritt vom Verlöbnis bei voller Ersatzpflicht zuzumuten ist. Das ist zu verneinen, wenn der andere Verlobte gewalttätig oder beleidigend ist, wenn er schwer erkrankt oder wenn er nicht in der Lage ist, Kinder in die Welt zu setzen. Keinesfalls genügen erkaltete Gefühle oder der Wunsch nach einem anderen Partner.

Dora wird keine Ersatzpflicht leisten müssen. Weder ihre Eltern noch ihre Tante zählen zum Kreis der durch § 1298 BGB Anspruchsberechtigten. Die finanziellen Einbußen, die dem Caesar wegen dessen Kündigung drohen, sind jedenfalls nicht angemessen und aus diesem Grund nicht ersatzfähig.

D. Der Fall des § 1299 BGB

Wer rücktrittswillig ist, jedoch die Ersatzpflicht nach § 1298 Abs. 1 BGB fürchtet, mag erwägen, den anderen Verlobten so lange zu reizen bis dieser nicht mehr anders kann als zurückzutreten. Freilich erweist sich diese Strategie als nicht sonderlich erfolgversprechend, denn § 1299 BGB behandelt diesen Fall, als sei der den wichtigen Grund setzende Verlobte selbst zurückgetreten.

§ 2 Die Eheschließung

A. Überblick

Definiert ist die bürgerlichrechtliche Ehe als die auf freiem Entschluss beruhende, rechtlich verfasste Verbindung zweier natürlicher Personen verschiedenen oder des gleichen Geschlechts, die auf Lebenszeit geschlossen wird. Dieser Begriff schließt Mehrfachehen aus („Grundsatz der Einpaarigkeit“). Für gleichgeschlechtliche Verbindungen, die der Ehe inhaltlich entsprechen – also ebenso rechtlich verfasst und auf Lebenszeit angelegt sind –, ist weiterhin die eingetragene Lebenspartnerschaft gem. § 1 Abs. 1 LPartG zu beachten. Sie wurde durch die Aufgabe des „Grundsatzes der Heterosexualität“ an sich obsolet, hat aber für Altfälle nach wie vor Bedeutung.

Technisch gesehen handelt es sich bei der Ehe um einen gewöhnlichen privatrechtlichen Vertrag. Tatbestand und Wirksamkeit der Eheschließung könnten sich theoretisch folglich ebenso nach den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB beurteilen wie etwaige Willensmängel und ihre Folgen. Allerdings ändert die wirksame Eheschließung zugleich den personenstandsrechtlichen Status. Deshalb ist sie zugleich öffentlich-rechtlich überlagertes Statusrecht. Diese Eigenschaft als Statusrecht bringt ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit mit sich. Dem tragen §§ 1303 ff. BGB Rechnung, indem sie eigene Regeln über das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Eheschließung sowie die Willensmängel und ihre Folgen bereithalten. Gewissermaßen hat das Recht der Eheschließung somit seine eigene Rechtsgeschäftslehre.

B. Der Tatbestand der Eheschließung

Fall 3 („Eheschließung mit Hindernissen“): Der 2. und der 3. September 2016 waren die großen Tage im Leben von Anton und Bertha. Am 2. September haben sie die standesamtliche Trauung vollzogen, um am darauffolgenden Tag kirchlich zu heiraten und ein großes Fest zu feiern. Freilich kam es bei der standesamtlichen Trauung zu einigen Verwicklungen: So war Anton aufgrund eines Verkehrsstaus nicht rechtzeitig vor Ort, so dass Caesar als (bevollmächtigter) Stellvertreter des Anton die Eheschließungserklärung abgab. Darüber hinaus gab es Probleme mit dem Standesbeamten Emil. Dieser lag am Tag der Eheschließung mit 40° Fieber und heftigem Schüttelfrost im Bett. Deshalb schickte er seinen Zwilingsbruder Friedrich, um im Standesamt die Trauung zu vollziehen und die Ehe in das Register einzutragen.

Ob eine wirksame Eheschließung vorliegt, beurteilt sich anhand der §§ 1303 ff. BGB. Dabei beschreibt § 1310 Abs. 1 Satz 1 BGB den Tatbestand der Eheschließung. Danach wird die Ehe nur dadurch geschlossen, dass die Eheschließenden vor dem Standesbeamten erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen.

I. Der Austausch der Ehemillenserklärungen

Folglich erfordert die Eheschließung erfordert zunächst den Austausch aufeinander bezogener Ehemillenserklärungen.

1. Inhaltliche Anforderungen/essentialia negotii gem. § 1310 Abs. 1 BGB

Die *essentialia negotii* der Eheschließung ergeben sich aus § 1301 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach kommt es maßgeblich darauf an, dass nach § 133 BGB der Rechtsbindungswille beider Beteiligten vorliegt, die Ehe miteinander eingehen zu wollen.

2. Höchstpersönlichkeit; Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit gem. § 1311 BGB

§ 1311 BGB formuliert besondere Anforderungen an diese Erklärungen:

- Nach Satz 1 müssen die Eheschließenden ihre Erklärungen persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten abgeben. Folglich sind Stellvertretung und sukzessive Erklärungen ausgeschlossen.
- Nach Satz 2 sind diese Erklärungen darüber hinaus bedingungs- und befristungsfeindlich. § 1312 BGB beschreibt den vorgeschlagenen Ablauf der Eheschließungszeremonie. Dieser ist jedoch nicht verpflichtend („soll“).

Hier haben A und B die Ehemillenserklärungen nicht persönlich ausgetauscht. Vielmehr handelte anstelle des A der C. Zwar hat dieser eine eigene Willenserklärung im Namen des A abgegeben und verfügte dabei über eine entsprechende Vollmacht. Jedoch handelt es sich bei der Eheschließung gem. § 1311 Satz 1 BGB um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft, so dass die Stellvertretung von vornherein unzulässig ist. Ordnungsgemäße Ehemillenserklärungen liegen somit nicht vor.

3. Rechtsfolge der fehlerhaften Ehemillenserklärung

- Erfüllen die Willenserklärungen der Beteiligten die Anforderungen des § 1311 BGB nicht, so hat der Standesbeamte seine Mitwirkung zu verweigern. Eine Eheschließung unterbleibt somit aus diesem Grund.
- Wenn der Standesbeamte in einem solchen Fall die Eheschließung hingegen pflichtwidrig vollzieht, liegt tatbestandlich ein Austausch von Ehemillenserklärungen dennoch vor. Dies folgt aus § 1314 BGB, der für den Fall des Verstoßes gegen § 1311 BGB lediglich die Aufhebbarkeit der Ehe anordnet.
- Für die solchermaßen pflichtwidrig geschlossenen Ehen gilt dann: Bei Einsatz von Boten oder Stellvertretern ist die Ehe mit dem abwesenden Geschäftsherrn geschlossen. Bei erklärten Bedingungen oder Befristungen gilt die Ehe als unbefristet und unbedingt geschlossen. Hat eine Eheschließung vor dem Standesbeamten stattgefunden, ist eine Nichtehe folglich nur denkbar, wenn bei einem Eheschließenden tatsächlich kein Rechtsbindungswille festzustellen ist oder aber der Handlungswille fehlt.

Der Einsatz eines Stellvertreters auf Seiten des A steht der Verwirklichung des Tatbestandes der Eheschließung zwischen A und B somit nicht entgegen, sofern diese ihre Ehemillenserklärungen vor einem Standesbeamten abgegeben haben.

II. Vor dem Standesbeamten

Die wirksame Eheschließung erfordert aber weiter, dass diese Ehemillenserklärungen vor dem Standesbeamten abgegeben werden.

1. Der echte Standesbeamte

Wer Standesbeamter ist, ergibt sich § 2 Abs. 1 PStG. Danach handelt es sich um einer Urkunds-person, die speziell zur Vornahme von Beurkundungen und Beglaubigungen für Zwecke des Personenstandswesens im Standesamt bestellt wurde.

Im vorliegenden Fall nahm jedoch nicht der wirkliche Standesbeamte E die Trauung vor, sondern dessen Zwillingbruder F.

2. Der Scheinstandesbeamte gem. § 1310 Abs. 2 BGB

Dennoch könnte die von F durchgeführte Trauung aufgrund von § 1310 Abs. 2 BGB den Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Eheschließungstatbestand genügen. Danach gilt als Standesbeamter auch, wer, ohne Standesbeamter zu sein, das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausgeübt und die Ehe in das Eheregister eingetragen hat (sog. „Scheinstandesbeamter“).

Für den Auftritt als Scheinstandesbeamter i.S.d. § 1310 Abs. 2 BGB ist das Tatbestandsmerkmal der „öffentlichen Ausübung“ entscheidend. Danach genügt die schlichte Behauptung, man sei Standesbeamter, nicht, wenn sich die Trauung ansonsten in einem völlig privaten Rahmen abspielt. Vielmehr braucht es objektive Anknüpfungspunkte an das öffentliche Amt. Mit anderen Worten muss der Scheinstandesbeamte wie ein echter Standesbeamter auftreten. Dies tut er etwa dadurch, dass er die Trauung in den Räumen des Standesamtes vornimmt. Die praktischen Anwendungsfälle § 1310 Abs. 2 BGB betreffen Standesbeamte, die außerhalb ihres Bezirks agieren.

C. Die Wirksamkeit der Eheschließung

Fall 4 („Teenie-Mutter“): Die 16-jährige Jessica ist im siebten Monat schwanger und hat vor wenigen Wochen mit Sascha (18) vor dem Standesbeamten die Ehe geschlossen. Ihre Eltern haben ihr Einverständnis mit der Heirat erklärt. Andere Einverständnisse hat Jessica nicht eingeholt. Von seinem Arbeitskollegen Ulf kauft Sascha eine gebrauchte X-Box zum Preis von 200,-- Euro zum gemeinsamen familiären Zeitvertreib. Sascha kann den vereinbarten Kaufpreis nicht bezahlen.

Kann Ulf von Jessica Zahlung von 200,-- Euro Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe der X-Box verlangen?

Die Eheschließung führt nicht dazu, dass die Ehegatten künftig als Gesamtschuldner für sämtliche ihrer Verbindlichkeiten einzustehen hätten. Gleichwohl ordnet § 1357 BGB in gewissem Umfang eine automatische schuldrechtliche Mitverpflichtung auch des anderen Ehegatten an. Denn gem. dieser Vorschrift ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen.

Folglich könnte U gegen J einen Anspruch auf Zahlung von 200,-- Euro Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe der X-Box aus §§ 433 Abs. 2 i.V.m. 1357 Abs. 1 BGB haben.

I. Anspruch U gegen S aus Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB

Erste Voraussetzung einer schuldrechtlichen Mitverpflichtung des zweiten Ehegatten ist die unmittelbar eigene schuldrechtliche Verpflichtung des ersten Ehegatten. Hier haben U und S einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen, der U zu einer Kaufpreiszahlung von 200,-- Euro verpflichtet. Eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung des S gegenüber U liegt somit vor.

II. Wirksame Ehe

Weiter setzt § 1357 Abs. 1 BGB das Bestehen einer wirksamen Ehe voraus.

1. Tatbestand der Eheschließung

S und J haben vor dem Standesbeamten erklärt, miteinander die Ehe eingehen zu wollen. Der Tatbestand der Eheschließung gem. § 1310 BGB ist damit gegeben.

2. Wirksamkeit der Eheschließung

Dieser Eheschließung dürfen Wirksamkeitshindernisse nicht entgegenstehen.

a) An sich: § 108 Abs. 1 BGB

Hier ist problematisch, dass J im maßgeblichen Zeitpunkt erst 16 Jahre alt und somit beschränkt geschäftsfähig gem. §§ 2, 106 BGB gewesen ist. Folglich könnte ihre Eheschließung gem. § 108 Abs. 1 BGB (schwebend) unwirksam sein.

Doch beurteilt sich die Wirksamkeit der Eheschließung nicht anhand der §§ 104 ff. BGB. Zwar handelt es sich bei der Eheschließung tatsächlich um einen normalen bürgerlichrechtlichen Vertrag, auf den die Regeln des Allgemeinen Teils systematisch an sich anwendbar sind. Allerdings enthält der Titel über die Eingehung der Ehe spezielle Bestimmungen, die die rechtshindernden Einwendungen des Allgemeinen Teils insoweit vollständig verdrängen. Die Wirksamkeit einer tatbestandlich gegebenen Eheschließung beurteilt sich somit ausschließlich anhand der §§ 1303 bis 1308 BGB.

b) Geschäftsunfähigkeit gem. § 1304 BGB

- Gem. § 1304 BGB kann eine Ehe nicht eingehen, wer geschäftsunfähig ist.
- Diese Vorschrift entspricht jenseits der Altersgrenze, die sich nach § 1303 BGB bemisst, den §§ 104, 105 BGB aus dem Allgemeinen Teil.
- Anders als dort und anders als der Wortlaut „kann nicht“ es an sich nahelegt, steht auf der Rechtsfolgenseite jedoch nicht die Unwirksamkeit der geschlossenen Ehe. Ebenso wie bei den Verstößen gegen § 1311 BGB gilt vielmehr auch hier, dass der Standesbeamte an einer Eheschließung unter Beteiligung Geschäftsunfähiger nicht mitwirken darf. Tut er es dennoch, kann die Ehe gem. § 1314 Abs. 1 BGB nach § 1313 BGB lediglich durch gerichtliche Entscheidung auf Antrag aufgehoben werden (§ 1314 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Hier kein solcher Fall.

c) Ehemündigkeit gem. § 1303 BGB

Noch bis 2017 war zwischen der beschränkten und der unbeschränkten Ehemündigkeit zu unterscheiden. Unbeschränkt ehemündig war nach § 1303 Abs. 1 BGB nur der Volljährige (§ 1303 Abs. 1 BGB a.F.: „Eine Ehe soll nicht vor Eintritt der Volljährigkeit eingegangen werden.“). Aufgrund von § 1303 Abs. 2 BGB a.F. konnte das Familiengericht auf Antrag einen 16jährigen von der Wirkung des § 1303 Abs. 1 BGB befreien, wenn er das 16. Lebensjahr vollendet hatte und sein künftiger Ehegatte volljährig war („beschränkte Ehemündigkeit“). Auch insoweit galt, dass der Standesbeamte an der Eheschließung eines wenigstens 16jährigen, dem keine familiengerichtliche Gestattung erteilt war, und erst recht eines unter 16jährigen nicht mitwirken durfte. Kam es dennoch zur Eheschließung, so knüpfte § 1314 Abs. 1 BGB a.F. an den Verstoß gegen § 1303 Abs. 1 BGB aber nicht etwa die Nichtigkeit der Ehe. Vielmehr war auch eine solche Ehe lediglich aufhebbar nach Maßgabe der §§ 1313 ff. BGB.

Mit Wirkung vom 22. Juli 2017 hat sich dies grundlegend geändert. Insoweit ergibt sich aus § 1303 Satz 1 BGB zunächst, dass eine Ehe nicht vor Eintritt der Volljährigkeit eingegangen werden darf. Wegen der Folge eines Verstoßes gegen diese Vorschrift, ist § 1303 Satz 2 BGB weiter zu entnehmen, dass mit einer Person, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat, eine Ehe nicht wirksam eingegangen werden kann. Das bedeutet, dass die entgegen § 1303 Satz 1 BGB geschlossene Ehe eines unter 16jährigen unheilbar nichtig ist, also von der Rechtsordnung jegliche Wirksamkeit versagt bekommt. Die Ehen der 16- und 17jährigen sind demgegenüber nach § 1314 Abs. 1 Nr. 1 BGB lediglich aufhebbar. Zur Stellung eines Antrags auf Aufhebung einer solchen Ehe ist dabei gem. § 1316 Abs. 1 Nr. 1 BGB u.a. die zuständige Verwaltungsbehörde berechtigt (nach dem insoweit maßgeblichen Landesrecht handelt es sich dabei regelmäßig um das Jugendamt). Ihr steht hierbei kein Ermessen zu, sondern sie hat diesen Antrag zu stellen, sobald von einer Ehe unter Beteiligung eines Minderjährigen erfährt. Mit dieser Neuregelung wollte der Gesetzgeber seine grundlegende Missbilligung der Minderjährigenehen zum Ausdruck bringen. Dementsprechend wurde auch das Institut der „beschränkten Ehemündigkeit“ abgeschafft.

d) Eheschließungsverbote gem. §§ 1306 bis 1308 BGB

aa) Verbot der Mehrfachehe, § 1306 BGB

Nach § 1306 BGB darf eine Ehe nicht geschlossen werden, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe oder eine Lebenspartnerschaft besteht. Dieses Verbot der Doppelehe entspricht dem Grundsatz der Einpaarigkeit als Bestandteil des Ehebegriffs des BGB. Praktisch relevant wird dieser Fall, wenn einer der Beteiligten bereits früher einmal im Ausland geheiratet hat und diese Ehe noch andauert (z.B. „Las Vegas-Ehe“).

bb) Inzestverbot, § 1307 BGB

- Dem Inzestverbot (§ 173 StGB) entspricht das Eheverbot des § 1307 BGB. Danach dürfen in gerader Linie verwandte Personen keine Ehe miteinander eingehen, nach § 1589 Abs. 1 Satz 1 BGB also solche Personen, deren eine von der anderen abstammt. Gleiches gilt für Geschwister und Halbgeschwister. Das strafrechtliche Inzestverbot wurde vor

verhältnismäßig kurzer Zeit durch den EGMR bestätigt. Dementsprechend wirft das Eheschließungsverbot des § 1307 BGB erst recht keine grund- oder menschenrechtlichen Probleme auf.

- § 1308 BGB erstreckt das Verbot auf Fälle, in denen das Verwandtschaftsverhältnis – sei es im Sinne der Abstammung, sei es in der Seitenlinie – nicht durch Blutsverwandtschaft, sondern durch eine Adoption begründet wurde.

cc) Rechtsfolge des Verstoßes gegen eines dieser Verbote

In §§ 1306 bis 1308 BGB stellt diese „Rechtsgeschäftslehre der Eheschließung“ verschiedene Eheschließungsverbote auf. Die Formulierung legt es an sich nahe, sämtliche dieser Bestimmungen als gesetzliche Verbote i.S.d. § 134 BGB anzusehen, mit der Folge, dass eine Eheschließung nichtig ist, wenn sie dagegen verstößt. Doch gilt auch hier: Der Standesbeamte darf eine verbotswidrige Ehe nicht schließen. Im Verstoßensfalle kommt eine Aufhebung gem. §§ 1313, 1314 BGB in Betracht, wenn § 1306 oder § 1307 betroffen sind. Bei einer Missachtung des § 1308 BGB ist selbst eine Aufhebung nicht möglich. Eine solche Ehe müsste nach allgemeinen Regeln geschieden werden.

Ein Fall der §§ 1306 bis 1308 BGB liegt hier nicht vor. Zwischen J und S besteht eine wirksame Ehe.

III. Anwendung des § 1357 BGB zu Lasten des minderjährigen Ehegatten?

Auch bei der Anwendung des § 1357 BGB bleibt jedoch zu berücksichtigen, dass J, die hier schuldrechtlich mitverpflichtet werden soll, im maßgeblichen Zeitpunkt noch minderjährig ist. Insoweit besteht Einigkeit, dass § 1357 BGB die Belange des Minderjährigenschutzes jedenfalls dann nicht unterlaufen darf, wenn das Familiengericht keine Befreiung von § 1303 Abs. 1 BGB erteilt hat.

Hier haben J und S die Ehe ohne familiengerichtliche Befreiung gem. § 1303 Abs. 2 BGB geschlossen. Folglich darf § 1357 Abs. 1 BGB nicht zu Lasten der minderjährigen M angewandt werden. Dementsprechend hat U keinen Anspruch gegen J auf Zahlung von 200,-- Euro Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe der X-Box.

D. Willensmängel

Fall 5 („Verstehen Sie Spaß?“): Als die unverheirateten und einander unbekannten Dora und Caesar ihre Einkäufe auf dem Wochenmarkt erledigen, werden sie vor dem Standesamt angesprochen. Man benötige dringend zwei Personen, die als Trauzeugen einspringen. Dora und Caesar erklären sich jeweils hierzu bereit. Sämtliche an sie gerichteten Fragen beantworten sie mit „Ja“ und unterschreiben alle ihnen vorgelegten Dokumente und Formulare blindlings. Im Anschluss an die Zeremonie wird ihnen eröffnet, dass es offenbar zu einem bedauerlichen Missverständnis gekommen sei. Statt des eigentlich zu trauenden Paares hätten nun sie, Dora und Caesar, erklärt, miteinander die Ehe einzugehen. Später stellt sich heraus, dass eine echte Eheschließungszeremonie nicht stattgefunden hat. Vielmehr wurden Dora und Caesar lediglich zu unfreiwilligen Kandidaten einer Fernseh-Unterhaltungsshow.

I. Wirksame Eheschließung

Unter der (schwer zu verwirklichenden) Prämisse, dass solch eine Personenverwechslung tatsächlich einen auf Eheschließung gerichteten Rechtsbindungswillen von Dora und Caesar hervorbringt, steht eine zunächst wirksame Eheschließung außer Zweifel. Denn mit dem Rechtsbindungswillen liegt der jeweils erforderliche Tatbestand der Willenserklärung vor. In subjektiver Hinsicht ist der Handlungswille problemlos gegeben. Auch das Erklärungsbewusstsein, also das Bewusstsein, irgendwie im rechtsgeschäftlich relevanten Bereich tätig zu sein, ist zu bejahen. Zwar ist der Einsatz von Trauzeugen gem. § 1312 Satz 2 BGB in jeder Hinsicht freiwillig und ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Eheschließung. Dennoch ist das Zeugenhandeln Mitwirkung an diesem Vertragsschluss und damit Handeln im rechtserheblichen Bereich. Mängel im Geschäftswillen haben schon nach allgemeinen Regeln keinen Einfluss auf das wirksame Zustandekommen des Rechtsgeschäfts.

II. Allgemeine Regeln: Unwirksamkeit ex tunc gem. § 142 Abs. 1 BGB

Nach allgemeinen Regeln kommt in solchen Fällen eine Unwirksamkeit des Geschäfts mit Wirkung *ex tunc* gem. § 142 Abs. 1 BGB in Betracht. Das setzt voraus, dass das Rechtsgeschäft nach Maßgabe der §§ 119 ff. BGB anfechtbar ist und die Anfechtung ordnungsgemäß erklärt wurde.

Eine Anfechtung aufgrund von § 123 BGB scheidet in der vorliegenden Konstellation von vornherein aus. In Betracht kommt aber eine Irrtumsanfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB. Danach bedeutet Irrtum das unbewusste Auseinanderfallen von objektiv Erklärtem und subjektiv Gewolltem im maßgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung. Objektiv erklärten Dora und Caesar durch ihr „Ja“, miteinander die Ehe eingehen zu wollen („Rechtsbindungswille“). Subjektiv beabsichtigten sie, durch ihr „Ja“ die Eheschließung zwischen anderen Personen zu bezeugen („Geschäftswille“). Folglich maßen sie im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung dem von ihnen verwendeten Erklärungszeichen („Ja“) eine andere Bedeutung zu als es nach dem objektiven Empfängerhorizont hat. Somit liegt ein Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB vor.

Das Rechtsgeschäft ist anfechtbar. Die ordnungsgemäße und rechtzeitige Anfechtungserklärung bemisst sich nach §§ 143, 121 BGB.

III. Die Willensmängel im Eheschließungsrecht, § 1314 Abs. 2 BGB

1. Verhältnis zu den Regeln des Allgemeinen Teils

Unter Zugrundelegung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre wäre es also nicht weiter schwierig, die Folgen der missverständlich geschlossenen Ehe zu beseitigen. Doch gilt auch in Bezug auf die Willensmängel, dass die Regeln des Allgemeinen Teils des BGB verdrängt sind. Insoweit ist allein § 1314 Abs. 2 BGB maßgeblich. Sofern ein anerkannter Willensmangel gegeben ist, kommt auch nicht etwa eine Auflösung der Ehe durch Gestaltungsverklärung in Betracht. Vielmehr steht wiederum nur das Aufhebungsverfahren nach § 1313 BGB zur Verfügung.

2. Die anerkannten Willensmängel

§ 1314 Abs. 2 BGB erkennt Willensmängel nur in sehr begrenztem Umfang an. Im Einzelnen handelt es sich um:

- **Geschäftsunfähigkeit gem. § 1314 Abs. 2 Nr. 1 BGB:** Der Allgemeine Teil des BGB behandelt diese Alternative der Geschäftsunfähigkeit gem. § 105 Abs. 2 BGB als rechtshindernde Einwendung (syn. Wirksamkeitshindernis). Im Eheschließungsrecht ist sie systematisch den Willensmängeln zugeschrieben.
- **Irrtum gem. § 1314 Abs. 2 Nr. 2 BGB:** Wegen Irrtums kann der Erklärende nur unter der Voraussetzung anfechten, dass er nicht wusste, dass es sich bei der Zeremonie um eine Eheschließung handelt. Das entspricht in etwa der Fallgruppe des fehlenden Erklärungsbewusstseins. Sonstige Irrtümer – etwa über die Identität des anderen Teils, über die Bedeutung des bewusst verwendeten Erklärungszeichens (z.B. irrige Annahme man fungiere lediglich als Trauzeuge), die versehentliche Verwendung (z.B. versprechen) des auf Eheschließung gerichteten Erklärungszeichens oder auch Irrtümer über Eigenschaften des anderen Teils sind unbeachtlich. In diesen Fällen bleibt lediglich die Scheidung als Möglichkeit, die irrtümlich geschlossene Ehe wieder zu beenden.
- **Täuschung und Drohung gem. § 1314 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 BGB:** Die Begriffe der arglistigen Täuschung und der Drohung sind ebenso zu verstehen wie in § 123 Abs. 1 BGB. Auch bei der Eheschließungsanfechtung ist eine Täuschung durch Unterlassen möglich. Diese erlangt bei § 1314 Abs. 2 Nr. 3 BGB deshalb besondere Bedeutung, weil hier keine dem § 119 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift existiert. So entsteht eine Offenbarungspflicht nicht nur durch direkte Frage des anderen Teils, sondern ungefragt auch hinsichtlich sämtlicher Umstände, die für den Heiratsentschluss des anderen erkennbar von Bedeutung sind. Das sind insbesondere: Bestehende Unterhaltspflichten aus früheren Verbindungen, Zeugungsunfähigkeit oder auch der Umstand, dass das Kind, mit dem die Frau schwanger ist, von einem anderen Mann stammt.
- **Scheinehe gem. § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB:** Schließlich ist eine Ehe aufhebbar, wenn sich beide Ehegatten bei der Eheschließung darüber einig waren, dass sie keine Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft gem. § 1353 Abs. 1 BGB begründen wollten. Bei der Bestimmung handelt es sich um die eherechtliche Parallele zum Scheingeschäft gem. § 117 Abs. 1 BGB. Personen, die eine solche Scheinehe eingehen, bezwecken damit, in den Genuss sonstiger

Rechte zu gelangen, die der personenstandsrechtliche Status „verheiratet“ mit sich bringt. Häufig geht es um Aufenthaltsrechte. Ein Beispiel liefert etwa der Film „Green Card“ aus dem Jahr 1990, in dem Gérard Depardieu Andie MacDowell lediglich deshalb heiratet, um eine permanente Aufenthaltsgenehmigung in den USA zu erhalten.

3. Fazit

§ 1314 Abs. 2 BGB erkennt Willensmängel nur in wesentlich geringerem Umfang an als der Allgemeine Teil des BGB. So existiert keine eheschließungsrechtliche Parallele zur Scherzerklärung gem. § 118 BGB. Darüber hinaus führen weder ein Inhalts- noch ein Erklärungs- noch ein Eigenschaftsirrtum zur Aufhebbarkeit der Ehe. In allen diesen Fällen bleibt den Beteiligten lediglich die Möglichkeit zur Scheidung.

Dora und Caesar hätten sich in der „Verstehen Sie Spaß?“-Konstellation auf keinen anerkannten Willensmangel berufen können. Sie könnten die Folgen des Missverständnisses allein durch Scheidung beseitigen.

§ 3 Pflichten und Haftung in der Ehe Allgemeine Ehwirkungen I

A. Überblick

I. Allgemeine Ehwirkungen

Im Rahmen dieser Veranstaltung steht das eheliche Haftungsrecht am Anfang des Abschnitts über die sog. allgemeinen Ehwirkungen. Gesetzlich geregelt ist dieser Abschnitt in §§ 1353 bis 1362 BGB. Es handelt sich – neben dem ehelichen Güterrecht – sicherlich um den am meisten prüfungsrelevanten Bereich des Familienrechts. Die allgemeinen Ehwirkungen werden dabei deshalb als solche bezeichnet, weil sie für alle Arten von Ehen gelten, d.h. unabhängig davon, welchen Güterstand die Eheleute vereinbart haben. Für Lebenspartnerschaften finden sich die entsprechenden Bestimmungen in §§ 2 bis 11 LPartG.

Die allgemeinen Ehwirkungen kommen einmal in den in §§ 1353 ff. BGB niedergeschriebenen Regeln zum Ausdruck. Sie beschreiben etwa den Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft näher (§ 1353 BGB), treffen Anordnungen für die vermögensrechtlichen Beziehungen zu Dritten (§§ 1357, 1362 BGB) oder regeln die Ehwirkungen während des Getrenntlebens (§§ 1361 ff. BGB). Daneben gibt es ungeschriebene allgemeine Ehwirkungen. Sie betreffen in erster Linie Besonderheiten bei der Vermögenszuordnung der Eheleute in ihrem Verhältnis zueinander.

II. Allgemeine Ehwirkungen auf das Haftungsrecht

In haftungsrechtlicher Sicht geben folgende Besonderheiten der ehelichen Lebensgemeinschaft Anlass dazu, Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Regeln zu definieren:

- Im Verhältnis der Eheleute untereinander ist zunächst zu berücksichtigen, dass die ständige räumliche Nähe die Gefahr für fahrlässige Verletzungen natürlich deutlich erhöht. Darüber hinaus besteht zwischen den Partnern (idealerweise) auch ein emotionales Näheverhältnis. Beides führt zu der Erkenntnis, dass es nicht sachgerecht wäre, die Haftungsbeziehungen zwischen Eheleuten ebenso zu behandeln wie diejenigen zwischen beliebigen Dritten. Dem trägt etwa § 1359 BGB Rechnung.
- Im Verhältnis der Eheleute zu Dritten ist sodann zu berücksichtigen, dass die Ehe eine rechtlich verfasste Institution ist. Hier stellt sich die Frage, ob die rechtliche Verfestigung der Ehe so weit geht, dass sie als solche gegen Angriffe von außen geschützt ist.

In jedem Fall kommt der Unterscheidung zwischen den höchstpersönlichen ehespezifischen Pflichten und den deliktischen Jedermannspflichten im ehelichen Haftungsrecht eine herausragende Bedeutung zu.

B. Höchstpersönliche Pflichten aus dem Eheverhältnis

Fall 6 („Home sweet Home“; nach BGHZ 6, 360)

Anton und Bertha sind verheiratet und leben gemeinsam in einer 3-Zimmer-Wohnung mit Küche und Bad. Als Anton eine außereheliche Beziehung mit Dora beginnt, zieht diese mit in die Wohnung von Anton und Bertha ein. Bertha verlangt, dass Dora die Wohnung umgehend verlässt und dass Anton seine Beziehung mit ihr beendet.

Welche Ansprüche hat Bertha gegen Anton und gegen Dora?

I. Anspruch B gegen A auf Beendigung des außerehelichen Verhältnisses mit D aus § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB

- Zunächst könnte B gegen A aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Anspruch haben, dass er seine außereheliche Beziehung mit D beende.
- Zwar erschöpft sich die Ehe als Rechtsverhältnis nicht in zwischen den Partnern bestehenden schuldrechtlichen Verpflichtungen. Soweit solche Pflichten jedoch bestehen, können diese prinzipiell wie ein normaler vertraglicher Primäranspruch geltend gemacht werden. Man spricht insoweit vom sog. Herstellungsanspruch.

1. Anspruch entstanden oder: Die ehespezifischen Pflichten der Ehepartner

Der Anspruch ist entstanden, wenn A und B wirksam verheiratet sind und die Ehe mit B den A dazu verpflichtet, keine intimen außerehelichen Beziehungen zu unterhalten. An der wirksamen Eheschließung bestehen keine Zweifel. Fraglich ist aber, welche Primärpflichten die Eheleute treffen. Dies beurteilt sich nach §§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 1356 und §§ 1360 ff. BGB.

a) Die Generalklausel gem. § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB

aa) Der Wortlaut

- § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die zentrale Vorschrift für das Rechtsverhältnis zwischen den Eheleuten. Die Aufgabenverteilung (§ 1356 BGB) und die Pflicht zur Unterhaltsleistung sind bloße Konkretisierungen dieser Generalklausel.
- Gem. § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB sind die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet und tragen füreinander Verantwortung.
- Die Generalklausel ist Ausdruck einerseits des Umstands, dass die Ehe eine rechtlich verbindliche Schicksals- und Solidargemeinschaft darstellt, andererseits in ihrer inhaltlichen Vagheit aber auch Ausdruck des Grundsatzes staatlicher Nichteinmischung in innereheliche Angelegenheiten.

bb) Das gesetzliche Leitbild: Drei Pflichtenkreise

Man sagt, dass das geltende Eherecht seine Leitbilder aus der historisch erfahrbaren sozio-kulturellen Überlieferung beziehe. Danach ergeben sich im Wesentlichen drei Pflichtenkreise:

- Häusliche Gemeinschaft, d.h. die Pflicht zum Zusammenleben unter einem Dach;
- Geschlechtsgemeinschaft einschließlich ehelicher Treue;
- die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme und Beistand (Hilfe in der Not, Pflege bei Krankheit, Achtung der Privatsphäre, etc.).

cc) (Einvernehmliche) Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild

- Alle diese Pflichten sind echte Rechtspflichten und nicht lediglich unverbindliche Beschreibungen eines Idealzustands.
- Dennoch können die Eheleute ihre Lebensgemeinschaft so gestalten, wie sie es für sich am besten erachten. So steht die eheliche Lebensgemeinschaft nicht dadurch in Frage, dass die Ehegatten jeweils eigene Wohnungen haben und sich gegenseitig besuchen, gerne den Swingerclub aufsuchen oder bei Krankheit des jeweils anderen aus Angst vor Ansteckung ins Hotel ziehen. Entscheidend kommt es dabei stets auf die Einvernehmlichkeit an.

Durch die außereheliche Beziehung mit D missachtet A jedenfalls seine Pflicht zur ehelichen Treue gegenüber B. Dadurch, dass er diese Beziehung noch dazu in der ehelichen Wohnung auslebt, liegt zugleich ein Verstoß gegen die allgemeine Rücksichtnahmepflicht vor.

b) Die Unterhaltspflicht gem. §§ 1360 ff. BGB als Konkretisierung

Der Abschnitt über die allgemeinen Ehwirkungen konkretisiert die Generalklausel des § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB letztlich nur durch die Bestimmungen über den Unterhalt gem. §§ 1360 ff. BGB. Danach gilt:

- Die Eheleute haben einen bestimmten Unterhaltsbedarf, um ihr gemeinsames Leben zu bestreiten. So sind finanzielle Ressourcen erforderlich, um eine gemeinsame Ehwohnung, Nahrungsmittel u.ä. zu bezahlen. Handwerkliche Fähigkeiten werden benötigt, um die Wohnung bewohnbar zu halten, die Nahrungsmittel zuzubereiten, etc. Das Herbeischaffen finanzieller Ressourcen für das Gelingen der Lebensgemeinschaft wird als „Barunterhalt“ bezeichnet, das Bereitstellen handwerklicher Fähigkeiten als „Naturalunterhalt“.
- Gem. § 1360 Satz 1 BGB sind beide Ehegatten einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Folglich haben im Ausgangspunkt beide Ehegatten sowohl Bar- als auch Naturalunterhalt zu leisten. Aus § 1360 Satz 2 BGB wird sodann die Gleichwertigkeit von Bar- und Naturalunterhalt geschlussfolgert.
- In Zusammenhang mit den Bestimmungen über den Unterhalt ist schließlich auch § 1356 BGB zu sehen. Diese Vorschrift betrifft die interne Verteilung der Leistung von Bar- und von

Naturalunterhalt. Letztlich folgt aus § 1356 BGB jedoch auch nichts anderes, als dass die Eheleute über diese interne Verteilung einvernehmlich entscheiden.

In Bezug auf die Unterhaltspflicht bestehen keine Probleme zwischen A und B.

Ein Anspruch von B gegen A auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB ist entstanden. Inhaltlich ist dieser Anspruch darauf gerichtet, dass er die außereheliche Beziehung mit D beendet und diese aus der gemeinsamen Ehwohnung hinauswirft.

2. Einwendungen gegen diesen Anspruch

- Weiter dürfen keine rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Einwendungen gegen diesen Anspruch bestehen. Insoweit scheint insbesondere § 1353 Abs. 2 BGB beachtlich zu sein.
- Doch ist diese Vorschrift mittlerweile praktisch obsolet geworden. Jeder Ehegatte hat das Recht auf Getrenntleben, wenn er die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft mit dem anderen nicht mehr wünscht.

Dafür, dass in der vorliegenden Konstellation die Voraussetzungen des Getrenntlebens gem. § 1567 Abs. 1 BGB bereits erfüllt wären, fehlen aber belastbare Anhaltspunkte. Somit hat B gegen A einen Anspruch auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB.

3. Die Erzwingbarkeit der Ansprüche aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB

Damit dieser Anspruch auch praktisch valide ist, bedarf es einer Möglichkeit, ihn nötigenfalls gerichtlich feststellen und durchsetzen zu lassen.

a) Grundsatz: Herstellungsantrag gem. § 266 Abs. 1 Nr. 2 FamFG

Tatsächlich sieht § 266 Abs. 1 Nr. 2 FamFG (Gesetz über das Verfahren in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Familiensachen) ein entsprechendes Antragsverfahren zur Feststellung von Ansprüchen aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB vor.

b) Aber: Vollstreckungssperre gem. § 120 Abs. 3 FamFG

- Allerdings bestimmt § 120 Abs. 3 FamFG, dass die Verpflichtung zur Herstellung des ehelichen Lebens nicht der Vollstreckung unterliegt.
- Danach findet über Herstellungsanträge lediglich ein Erkenntnis-, nicht aber ein Vollstreckungsverfahren statt. Persönliche Angelegenheiten zwischen den Eheleuten sollen nicht im Zweifel unter Androhung oder gar Anwendung staatlicher Gewalt durchgesetzt werden.
- § 120 Abs. 3 FamFG ist somit Ausdruck des Grundsatzes der staatlichen Nichteinmischung in innereheliche Angelegenheiten. Der Beschluss, in dem das Familiengericht den Antragsgegner zur Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, hat somit bloße Appellfunktion.

c) Reichweite der Vollstreckungssperre

- Freilich ist zu bedenken, dass die Vollstreckungssperre des § 120 Abs. 3 FamFG ihrem Sinn und Zweck nach nur für höchstpersönliche Ansprüche aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB und diesen konkretisierende andere eherechtliche Bestimmungen gilt.
- Namentlich der barunterhaltspflichtige Ehegatte kann sich somit nicht auf § 120 Abs. 3 FamFG verlassen, denn insoweit steht der vermögensrechtliche Charakter der Auseinandersetzung im Vordergrund (anders liegt es aber im Fall des Naturalunterhalts).
- Allerdings wird der Barunterhalt auch nicht mit dem Herstellungsantrag gem. § 266 Abs. 1 Nr. 2 FamFG geltend gemacht, sondern mit dem allgemeinen Leistungsantrag gem. § 231 Abs. 1 Nr. 2 FamFG (h.M.).

Somit kann B von A aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 FamFG zwar verlangen, dass er die Beziehung mit D beendet und sie aus der Wohnung verweist. Auch kann sie diesen Anspruch gerichtlich titulieren lassen. Eine Durchsetzung dieses Titels im Wege der Zwangsvollstreckung ist jedoch nicht möglich. Man spricht insoweit von der nur beschränkten Justiziabilität höchstpersönlicher Pflichten aus § 1353 BGB.

II. Anspruch B gegen D auf Unterlassung der ehewidrigen Beziehung aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB

Zwar mag der Anspruch von B gegen A auf Herstellung der Ehe letzten Endes nicht durchsetzbar sein. Womöglich kann sie jedoch von D die Unterlassung der Ehestörung gem. §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 823 Abs. 1 BGB verlangen.

1. Anwendungsbereich des § 1004 BGB

Seinem unmittelbaren Anwendungsbereich nach erfasst § 1004 BGB lediglich Ansprüche wegen der Störung des Eigentums. Doch trifft der Gedanke, dass der Verletzte eine Handhabe benötigt, um fortdauernden Störungsquellen ein Ende zu bereiten, nicht nur auf das Eigentum zu, sondern auf sämtliche deliktisch geschützten Rechte und Rechtsgüter.

Folglich ist § 1004 BGB auf sämtliche durch §§ 823, 826 BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter anwendbar.

2. Die Ehe als geschütztes Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB?

Somit setzt ein Anspruch von B gegen D auf Unterlassung der Ehestörung zunächst voraus, dass die Ehe ein deliktisch geschütztes Recht darstellt.

Für sonstige Rechte i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ist an sich ihre Eigentumsähnlichkeit kennzeichnend, d.h. sie müssen positive Zuweisungs- und negative Abwehrfunktion haben.

Zwar ist eine wirkliche Vergleichbarkeit mit dem Eigentum nicht gegeben. Allerdings ist das Rechtsverhältnis der Ehe individuellen Personen zuordenbar. Außerdem ist die Ehe rechtlich institutionalisiert und genießt durch Art. 6 Abs. 1 GG besonderen grundgesetzlichen Schutz. Dieser Schutz gebietet es letztlich, die Ehe prinzipiell als geschütztes sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB anzusehen.

3. Ehewidrige Beziehung als Beeinträchtigung der Ehe?

- Fraglich bleibt, ob die Ehe zwischen A und B durch das Verhalten der D rechtlich erheblich beeinträchtigt wird.
- Insoweit ist problematisch, dass D keinen einseitigen Angriff unternimmt, der sich gegen die Ehegatten A und B gleichermaßen richtet. Vielmehr handelt sie gemeinsam mit B's Ehemann A gegen deren rechtlich geschützten Interessen. Wenn man B vor diesem Hintergrund ein erfolgreiches Vorgehen gegen D gestattet, dann richtet sich dieses Vorgehen jedenfalls mittelbar gegen das ehewidrige Verhalten des anderen Ehegatten. Deshalb würde eine erfolgreiche Anspruchsdurchsetzung wiederum dem Grundsatz der staatlichen Nichteinmischung in die höchstpersönlichen Belange der Ehepartner widersprechen.
- Folglich mag die Ehe zwar grundsätzlich deliktischen Schutz als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB genießen. Nach dem Schutzzweck der Norm ist das Führen einer ehewidrigen Beziehung jedoch keine tatbestandsmäßige Beeinträchtigung oder Verletzungshandlung i.S.d. § 1004 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 1 BGB.

Somit hat B gegen D keinen Anspruch auf Unterlassung der ehewidrigen Beziehung mit ihrem Ehemann A.

III. Ansprüche der B auf Räumung der Ehewohnung durch D

Womöglich kann B von D aber wenigstens das Verlassen der Ehewohnung verlangen. Hier geht es weniger um den Schutz der Ehe als Institution und Gesamtrechtsverhältnis, als vielmehr um die Integrität des räumlichen Bereichs, in welchem auch der gehörnte Ehepartner sich aufhält.

1. Anspruch gegen D aus § 862 Abs. 1 BGB

Als Anspruchsgrundlage kommt zunächst § 862 Abs. 1 BGB in Betracht. Danach kann der Besitzer von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen, wenn er durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört wird. Da D ihre Position in der Wohnung jedoch von dem anderen Mitbesitzer A ableitet, kommt eine verbotene Eigenmacht jedenfalls wegen § 866 BGB nicht in Betracht.

Folglich scheidet ein Anspruch aus § 862 Abs. 1 BGB aus.

2. Anspruch gegen D aus § 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB

Weiter kommt ein Anspruch der B gegen D auf Räumung der gemeinsamen Ehewohnung mit A aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB in Betracht.

a) Der räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe als deliktisch geschütztes Recht

Wiederum muss zunächst ein deliktisch geschütztes Recht beeinträchtigt sein. Geht es nur um den Schutz einer bestimmten räumlichen Sphäre, kann nicht auf den Angriff auf die Ehe als solche abgestellt werden. Doch besteht die Ehe nicht nur aus den höchstpersönlichen und den vermögensrechtlichen Pflichten des § 1353 BGB. Vielmehr verfügt sie auch über einen organisatorischen Rahmen, den sog. räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe:

- Als räumlich-gegenständlicher Bereich der Ehe wird die Sphäre bezeichnet, in der sich sowohl das Gemeinsame in der ehelichen Lebensgemeinschaft entwickelt als auch die individuelle Persönlichkeit jedes der beiden Ehegatten.
- Da dieser räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe zumindest auch jedem der beiden Ehegatten individuell zusteht, verliert dieser geschützte Bereich seine Bedeutung auch dann nicht, wenn die Eheleute sich trennen.
- Konkret erfasst ist in erster Linie die Ehewohnung, in der kein Ehegatte eine ehewidrige Beziehung des anderen Ehegatten hinnehmen muss. U.U. zählt auch der gemeinsame Arbeitsplatz dazu, sofern er hinreichend individualisiert und räumlich abgeschirmt ist.

b) Beeinträchtigung des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe

- Beeinträchtigungen des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe kann der Verletzte durch negatorische Ansprüche gem. § 1004 BGB abwehren.
- Wegen des Grundsatzes der staatlichen Nichteinmischung kommen Schadensersatzansprüche hingegen nicht in Betracht. Hier droht nach h.M. jedenfalls ein mittelbarer Zwang für den anderen Ehepartner, die ehewidrige Beziehung nicht nur an einem anderen Ort als der Ehewohnung auszuleben, sondern sie vollständig zu beenden. Verlässt also der gehörnte Ehepartner die gemeinsame Ehewohnung, weil er die dort stattfindenden ehewidrigen Aktivitäten nicht weiter hinnehmen will, so kann er die Kosten der Ersatzbleibe nicht als Schadensersatz liquidieren.

Hier ist der räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe dadurch beeinträchtigt, dass D in die Wohnung von A und B eingezogen ist.

c) Störerin D

Von D kann B die Beseitigung und Unterlassung der Beeinträchtigung des räumlich-gegenständlichen Bereichs nur verlangen, wenn diese auch Störerin ist. Dabei unterscheidet § 1004 BGB zwischen dem Handlungs- und dem Zustandsstörer. Hier wohnt D in der Ehewohnung von A und B und nimmt die Beeinträchtigung durch unmittelbar eigenes Handeln vor. Folglich ist sie Handlungsstörerin.

d) Rechtsfolge

Da eine Duldungspflicht der B gem. § 1004 Abs. 2 BGB nicht ersichtlich ist, kann sie von D die Beseitigung und künftige Unterlassung der Beeinträchtigung verlangen. Dieser kommt D nach, indem sie die Wohnung verlässt und nicht mehr dorthin zurückkehrt.

IV. Anspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB gegen A

Einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung der Störung des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe hat B auch gegen A.

V. Schadensersatzansprüche der Verletzung höchstpersönlicher ehelicher Pflichten

Nachdem Bertha ihren Beseitigungsanspruch gegen D durchgesetzt hat, verlässt auch A die gemeinsame Wohnung. Daraufhin erleidet Bertha eine schwere Depression. Deshalb verlangt sie von Anton und Dora den Ersatz ihrer sämtlichen materiellen und immateriellen Schäden.

Zu Recht?

1. Anspruch gegen A aus §§ 280 Abs. 1, 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB

Gegen A kommt zunächst ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht.

a) Zu vertretende Pflichtverletzung

Der haftungsbegründende Tatbestand ist erfüllt. Durch die Aufnahme der ehewidrigen Beziehung zu D hat A die Pflicht zur ehelichen Treue als Bestandteil der ehelichen Lebensgemeinschaft gem. § 1353 BGB vorsätzlich verletzt.

b) Rechtsfolge

aa) An sich: Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB

Nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB ist A der B somit an sich verpflichtet, ihr sämtliche Schäden zu ersetzen, die sie als Folge seines ehewidrigen Verhaltens erlitten hat. Der Ersatz würde die Behandlungskosten, einen etwaigen Verdienstausschlag sowie ein angemessenes Schmerzensgeld gem. § 253 BGB umfassen.

bb) Aber: Schutzzweck der Norm

- Problematisch an diesem Ergebnis ist freilich, dass der gesamte Ersatzanspruch aus der Verletzung einer höchstpersönlichen Ehegattenpflicht des § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB resultiert. Wenn ein Ehegatte die Belastung mit einer solchen Ersatzpflicht vermeiden will, dann muss er die höchstpersönliche Pflicht erfüllen. Es löst also der drohende Ersatzanspruch einen mittelbaren Erfüllungszwang aus. Dies widerspricht der Wertung des § 120 Abs. 3 FamFG, wonach die Erfüllung höchstpersönlicher Ehepflichten gerade nicht erzwingbar sein soll.
- Erleidet demnach ein Ehegatte deshalb einen Vermögensschaden, weil der andere Ehegatte eine nicht erzwingbare höchstpersönliche Pflicht verletzt hat, so ist der Ersatz dieses Vermögensschadens nicht vom Schutzzweck der §§ 280 Abs. 1, 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB umfasst.

B hat gegen A somit keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 1353 BGB.

2. Anspruch gegen A aus § 823 Abs. 1 BGB

Diese Wertung setzt sich bei der Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB fort. Zwar hat B eine schwere Depression und somit eine Gesundheitsverletzung erlitten. Jedoch geschah dies nicht durch eine haftungsbegründende Verletzungshandlung des A. Obwohl A die Gesundheitsverletzung sowohl äquivalent als auch adäquat kausal verursacht hat, fehlt es am Schutzzweck der Norm als

dem dritten Zurechnungskriterium. Auch hier steht die Wertung des § 120 Abs. 3 FamFG entgegen.

3. Anspruch auf Schadensersatz gegen D aus § 823 Abs. 1 BGB

Gegen D kann B einen Schadensersatzanspruch lediglich aus § 823 Abs. 1 BGB haben. Die Rechtsgutsverletzung liegt als Gesundheitsverletzung vor. Fraglich bleibt, ob diese Verletzung der D als ihr Werk zugerechnet werden kann, weil sie sie durch eine haftungsbegründend kausale Handlung verursacht hat.

Äquivalente und adäquate Kausalität sind wiederum zu bejahen. Was den Schutzzweck der Norm anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, dass D keine höchstpersönlichen Ehepflichten im Verhältnis zu B zu beachten hat. Die Wertung des § 120 Abs. 3 FamFG schützt D also nicht unmittelbar vor einer Inanspruchnahme durch B. Allerdings kann D ihre Verletzungshandlung auch nicht allein begehen, sondern bedarf dazu notwendigerweise der Mittäterschaft des Ehemannes A. Mittelbar richtet sich das Schadensersatzbegehren von B gegen D somit auch gegen die höchstpersönliche Ehepflichtverletzung des A. Folglich steht einer Inanspruchnahme des Nebenbuhlers/der Nebenbuhlerin ebenfalls die Wertung des § 120 Abs. 3 FamFG entgegen.

Folglich hat B auch keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen D.

C. Die deliktischen Jedermannspflichten im Eheverhältnis

Fall 7 („Tragischer Bootsunfall“; nach BGH, NJW 2009, 1875)

Die miteinander verheirateten Anton und Bertha sind mit dem Motorboot zum abwechselnden Wasserskifahren auf den Chiemsee ausgefahren. Als Bertha ihre Wasserskifahrt beendet hat und auf das Heck des Motorboots zu schwimmt, drückt der auch sonst sehr schreckhafte Anton aus Schreck über einen in der Umgebung ertönten Warnschrei die beiden Gashebel des Bootes nach vorne. Da sich – was Anton im maßgeblichen Augenblick leicht fahrlässig übersieht – beide Getriebehebel in Rückwärtsposition befinden, fährt das Boot nicht wie beabsichtigt nach vorne, sondern nach hinten. Dadurch gerät Bertha in die Schraube des Bootes und verletzt sich erheblich.

Welche Ansprüche hat Bertha gegen Anton?

Während der zuvor erörtere Fall 6 die spezifischen Pflichten, die den Eheleuten aus dem Eheverhältnis erwachsen, sowie den Einfluss, den diese Pflichten auf die Haftungsverhältnisse zu Dritten haben, betrifft, geht es in Fall 7 um die deliktischen Jedermannspflichten. Natürlich haben die Ehegatten in ihrem Verhältnis zueinander wenigstens dieselben Verhaltenspflichten zu beachten wie gegenüber jedem beliebigen Dritten. Doch stellt sich die Frage, ob die bestehende Ehe diese Pflichten in irgendeiner Weise modifiziert.

I. Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 1353 BGB

Zunächst kommt ein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 1353 BGB in Betracht.

1. Schuldverhältnis

§ 280 Abs. 1 BGB setzt zunächst ein Schuldverhältnis voraus. Als solches kommt hier die Ehe in Betracht. Die Ehe ist ein institutionalisiertes Rechtsverhältnis, über dessen genaue Rechtsnatur keine Einigkeit herrscht. Jedenfalls begründet sie zwischen den Ehegatten aber eine Vielzahl von Rechten und Pflichten, mögen diese im Einzelnen auch wandlungsfähigen Inhalts sein. Dies genügt, um die Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB auf die Ehe zu bejahen.

2. Pflichtverletzung

Neben den ehespezifischen Hauptpflichten des § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB haben die Eheleute untereinander gem. § 241 Abs. 2 BGB auch Rücksicht auf die Rechte und Rechtsgüter des jeweils anderen zu nehmen. Diese Pflicht hat A jedenfalls in objektiver Hinsicht verletzt, indem er B mit dem Motorboot überfuhr.

3. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB

a) Grundsatz: Vermutetes Vertretenmüssen

Damit der haftungsbegründende Tatbestand vollständig erfüllt ist, muss der Schuldner A die Pflichtverletzung schließlich zu vertreten haben. Grundsätzlich hat der Schuldner Verschulden (§ 276 BGB), Zufall (§ 287 Satz 2 BGB) und die Übernahme einer Garantie zu vertreten. Wegen der negativen Formulierung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Vertretenmüssen dabei vermutet.

b) Widerlegung der Vermutung mithilfe des § 1359 BGB?

Möglicherweise greift aber die Haftungsprivilegierung des § 1359 BGB zu Gunsten von A ein, so dass er die Vermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB widerlegen kann.

aa) Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten

- Nach § 1359 BGB haben die Ehegatten bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Pflichten einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen („diligentia quam in suis“).
- Während die einfache Fahrlässigkeit gem. § 276 BGB auf den objektiven Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt abstellt, ist für die Bestimmung der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten ein subjektiver Verschuldensmaßstab anzulegen.
- Dieser subjektive Maßstab gilt nur zur Entlastung des Schädigers, nicht zur Verschärfung des in § 276 BGB normierten Sorgfaltsmaßstabs. Auch ein in eigenen Angelegenheiten ungewöhnlich sorgfältiger Ehegatte kann nur dann auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn sein Verhalten gemessen am Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB pflichtwidrig war.
- Gem. § 277 BGB wird der Schuldner jedoch nicht von der Haftung für grob fahrlässiges Verhalten befreit. Umgekehrt enthält die Haftungsreduzierung auf die eigenübliche Sorgfalt nach h.M. keine generelle Haftungsbefreiung für leichte Fahrlässigkeit. Wer sich auf die Haftungserleichterung der eigenüblichen Sorgfalt beruft, muss dementsprechend

nachweisen, dass er im konkreten Fall nicht weniger sorgfältig gehandelt hat als gewöhnlich.

bb) Sinn und Zweck des § 1359 BGB

- Die Vorschrift knüpft an die enge persönliche Verbindung zwischen den Eheleuten an. Sie ist eine Parallelbestimmung zu § 708 BGB und zu § 1664 BGB.
- Konkret geht es darum, im Interesse der Funktionsfähigkeit der Ehe die Zahl der Streitigkeiten zwischen den Partnern zu senken.
- Außerdem heiraten die Eheleute einander freiwillig und wissen daher in aller Regel über die Eigenheiten des jeweils anderen Bescheid. Will ein Ehegatte sich der Achtlosigkeit des anderen nicht aussetzen, darf er keine Ehe mit ihm eingehen.

cc) Teleologische Reduktion des § 1359 BGB

Zu bedenken bleibt, dass § 1359 BGB ebenso wie §§ 708, 1664 BGB dort teleologisch reduziert wird, wo das schädigende Verhalten derartige Gefahren für Leib und Leben mit sich bringt, dass kein Raum für individuelle Sorglosigkeit verbleibt. Das betrifft insbesondere den Straßenverkehr und vergleichbare Fälle.

Danach befreit § 1359 BGB den A im vorliegenden Fall nicht von der Haftung. Zwar mag es sein, dass er generell sehr schreckhaft ist, so dass er in der konkreten Situation die eigenübliche Sorgfalt tatsächlich beachtet hat. Jedoch wirken beim Verkehr mit Motorbooten ebensolche Kräfte wie etwa im Verkehr mit Kraftfahrzeugen. Demzufolge besteht ein hohes Schadenspotential. Dieses darf nicht noch dadurch erhöht werden, dass man einem Teilnehmer am Bootsverkehr individuelle Sorgfaltsmaßstäbe gestattet, und sei es auch nur relativ zu bestimmten potentiellen Geschädigten.

Folglich greift § 1359 BGB hier nicht zu Gunsten des A ein und er hat seine Pflichtverletzung gegenüber B zu vertreten.

4. Rechtsfolge

Folglich hat A der B sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, die ihr aus dem Bootsunfall entstanden sind, nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzen.

Der geschädigten B hier den vollen Ersatzanspruch gegen ihren Ehegatten zu gewähren, führt im Übrigen nicht notwendig zu einer übermäßigen Belastung der Ehe durch streitige gerichtliche Auseinandersetzungen. So folgt aus der Rücksichtnahmekomponente des § 1352 Abs. 1 Satz 2 BGB eine sog. „Stillhaltepflicht“, solange der Schädiger sich angemessen um Wiedergutmachung bemüht. Freilich begründet diese „Stillhaltepflicht“ keine materiellrechtliche Einwendung gegen den Anspruch selbst, sondern lediglich gegen die Klageerhebung. Folglich würde eine gleichwohl erhobene Klage nicht als unbegründet, sondern lediglich als unzulässig abgewiesen.

II. Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB

Daneben besteht auch der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Nach zutreffender h.M. beeinflusst das Haftungsprivileg des § 1359 BGB zwar auch das Verschulden bei der Tatbestandsprüfung des § 1359 BGB. Doch greift § 1359 BGB im konkreten Fall nicht ein.

B kann von A den Ersatz ihrer materiellen und immateriellen Schäden sowohl aus §§ 280 Abs. 1, 1353 BGB als auch aus § 823 Abs. 1 BGB verlangen.

§ 4 Die Schlüsselgewalt Allgemeine Ehwirkungen II

A. Allgemeines

I. Aussage und Effekt der Schlüsselgewalt

- Gem. § 1357 Abs. 1 BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass sich aus den Umständen etwas anderes ergibt.
- Folglich erhält der Vertragspartner einer verheirateten Person im Geltungsbereich des § 1357 BGB allein deshalb, weil diese verheiratet ist, sowohl einen weiteren Schuldner als auch einen weiteren Gläubiger.
- In Durchbrechung des Grundsatzes von der Relativität der Schuldverhältnisse begründet § 1357 Abs. 1 BGB damit sowohl eine Gesamtschuldnerschaft als auch eine Gesamtgläubigerschaft der Eheleute.

II. Sinn und Zweck der Schlüsselgewalt

1. Ursprüngliche Zwecksetzung

Fraglich ist, was diese Durchbrechung der Relativität der Schuldverhältnisse rechtfertigt.

- Um § 1357 BGB von seiner ursprünglichen Zwecksetzung her zu begreifen, muss man eine Zeitreise in das ausgehende 19. Jahrhundert unternehmen, als das BGB geschrieben wurde. Damals galt von Gesetzes wegen das Modell der Hausfrauenehe. Bei der Hochzeit wurden der Frau die Schlüssel zur gemeinsamen Ehwohnung überreicht und damit symbolisch die Verantwortung für den gemeinsamen Haushalt übertragen.
- Die Haushaltsführung bedingte es, dass die Ehefrau Verträge abschließen musste, um die Dinge des täglichen Bedarfs zu beziehen. Diese Verträge mochte sie entweder in eigenem Namen abschließen oder aber als Stellvertreterin ihres Ehemannes. Dem Vertragspartner war das gleichgültig, soweit diese Geschäfte sofort bar abgewickelt werden.
- Anders lag es aber, wenn die Frau auf Kredit einkaufen musste. Als Hausfrau verfügte sie über keine eigenen Einkünfte. Folglich war sie selbst nicht kreditwürdig. Kein vernünftiger Händler würde sie also auf Kredit einkaufen lassen, wenn sie den Vertrag in eigenem Namen abschloss. Nicht viel besser verhielt es sich, wenn sie als Stellvertreterin ihres Mannes auftrat. Da der andere Teil die Vertretungsmacht regelmäßig nicht beurteilen konnte, war die Frau potentiell eine vollmachtlose Vertreterin. Sollte dieser Fall eingetreten sein, hätte der Händler sich wegen seines Anspruchs doch wieder an die Frau halten müssen (§ 179 BGB), die aber nicht solvent war. Deshalb würde der Händler sich auch nicht auf ungewisse Vertretergeschäfte einlassen.
- Das Fehlen eigener Einkünfte drohte es also der Frau zu erschweren, die ihr gesetzlich zugedachte Aufgabe der Haushaltsführung effektiv zu erfüllen. Dem sollte § 1357 BGB

entgegenwirken: Um die Aufgabe der Haushaltsführung pflichtgemäß wahrnehmen zu können, sollte die Hausfrau Zugriff auf das Geld ihres Mannes insoweit bekommen, als es für die Deckung des gemeinsamen Lebensbedarfs der Familie erforderlich war.

2. Übersetzung in die Gegenwart

- Das Leitbild der Hausfrauenehe ist sowohl aus dem BGB als auch aus der gesellschaftlichen Realität verschwunden. § 1357 BGB hat jedoch Bestand. Folglich bedarf es einer an die veränderten Umstände angepassten Zweckbeschreibung.
- Hierzu heißt es: Beide Ehegatten sollen unabhängig von ihrer jeweiligen Einkünftsituation in der Lage sein, die Bedürfnisse der Familie selbständig zu decken, und zu diesem Zweck auf die finanziellen Ressourcen des jeweils anderen zugreifen können.

III. Verfassungsmäßigkeit des § 1357 BGB

- Zuweilen wird die Verfassungsmäßigkeit des § 1357 BGB bestritten. Ansatzpunkt der Kritik ist, dass es für die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine entsprechende Regelung gibt. Folglich könnten Ehegatten im Verhältnis zu Partnern nichtehelicher Lebensgemeinschaften schlechter behandelt werden, weil nur Ehegatten aufgrund von § 1357 BGB für fremde Schuld haften müssen. Diese Ungleichbehandlung würde dann einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG bedeuten.
- Die h.M. sieht zwei Gründe zur Rechtfertigung des § 1357 BGB. So werde der mithaftende Ehegatte nicht nur Schuldner einer fremden Pflicht, sondern auch Gläubiger eines fremden Anspruchs. Außerdem sei § 1357 BGB eine unterhaltsnahe Vorschrift. Die Unterhaltspflicht haben die Eheleute im Gegensatz zu Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft jedoch mit der Eheschließung freiwillig übernommen.

B. Tatbestand und dogmatische Konstruktion

Fall 11 („Eine ganz heiße Nummer“): nach BGH NJW 2004, 1593

Anton und Bertha sind verheiratet. Anton schließt mit Wirkung vom 1. 9. 2016 in eigenem Namen mit der T-AG einen Telefondienstvertrag über einen Festnetzanschluss in der gemeinsamen Ehewohnung ab. Am 14. 11. 2016 übersendet die T-AG dem Anton die Rechnung für die Monate September und Oktober. Der Rechnungsbetrag beläuft sich auf insgesamt 3.300,-- Euro. Davon entfallen 3.000,-- Euro auf Anrufe bei Anbietern von Erotik-Mehrwertdiensten, die Anton getätigt hatte. Die übrigen 300,-- Euro setzen sich zusammen aus Grundgebühr und normalen Telefonaten der beiden. Anton kann die Rechnung nicht begleichen. Die T-AG nimmt daher Bertha auf Zahlung in Anspruch.

Zu Recht?

Die T-AG könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 3.300,-- Euro aus Dienstvertrag gem. § 611 Abs. 1 BGB haben. Das setzt voraus, dass zwischen beiden ein wirksamer Dienstvertrag zustandegekommen ist, vermöge dessen B der T-AG die Zahlung von 3.300,-- Euro schuldet.

I. Rechtsnatur des Telekommunikationsdienstleistungsvertrags

- Durch den Abschluss eines als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierenden Festnetzvertrags verpflichtet sich das Telekommunikationsdienstleistungsunternehmen, dem Kunden den Zugang zu dem vertragsgegenständlichen Telefonnetz zu eröffnen und es ihm zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit beliebigen Teilnehmern eines Mobilfunknetzes oder Festnetzes Sprache auszutauschen. Die wohl h.M. ordnet diese Pflichten dem Dienstvertragsrecht zu.
- Bei der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten schließt der Nutzer zwar einen selbständigen Vertrag mit dem Anbieter dieser Dienste ab. Nach h.M. erwirbt der Access-Provider, über den die Abrechnung erfolgt, jedoch einen eigenen Zahlungsanspruch gegen den Nutzer.

Der streitgegenständliche Vertrag ist typologisch ein Dienstvertrag. Er begründet Ansprüche der T-AG i.H.v. 3.300,-- Euro.

II. Einigung zwischen B und der T-AG

Um Schuldnerin dieser Ansprüche zu sein, muss B jedoch Partei des Telefondienstleistungsvertrags sein. Das erfordert zunächst eine Einigung zwischen ihr und der T-AG. Die Einigung erfordert den Austausch aufeinander bezogener Willenserklärungen, nämlich Antrag und Annahme gem. §§ 145, 147 BGB.

1. Einigung unmittelbar zwischen B und der T-AG

Unmittelbar persönlich haben B und die T-AG keine Willenserklärungen ausgetauscht. Ein solcher Kontakt bestand lediglich zwischen A und vertretungsberechtigten Mitarbeitern der T-AG.

2. Stellvertretung unmittelbar gem. §§ 164 ff. BGB?

Jedoch könnte A gegenüber der T-AG als Stellvertreter der B aufgetreten sein, mit der Folge, dass die zwischen ihm und der T-AG erfolgte Einigung gem. § 164 Abs. 1 und Abs. 3 BGB unmittelbar für und wider B wirkt. Dies beurteilt sich nach §§ 164 ff. BGB und erfordert (1.) eine eigene Willenserklärung des A, die er (2.) im Namen der B abgegeben hat, und zwar (3.) mit Vertretungsmacht.

Danach scheidet eine Verpflichtung der B unmittelbar aufgrund § 164 Abs. 1 BGB von vornherein deshalb aus, weil A in eigenem Namen handelte.

3. Stellvertretung gem. §§ 164 ff. i.V.m. 1357 BGB?

Womöglich ist die Abgabe einer Willenserklärung im Namen des Vertretenen aber aufgrund von § 1357 Abs. 1 BGB entbehrlich.

a) Die These

- Dogmatisch ist § 1357 BGB eine Norm des Stellvertretungsrechts, die die allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB auf zweierlei Weise modifiziert.
- Zunächst wird die Offenkundigkeit der Stellvertretung entbehrlich. Wann immer ein Ehegatte eine Willenserklärung über Geschäfte zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs formuliert, erscheint im Tatbestand dieser Willenserklärung automatisch auch der andere Ehegatte als

Partei des Rechtsgeschäfts. Ein abweichender Wille der Eheleute ist nur über § 1357 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen.

- § 1357 Abs. 1 BGB verleiht den Eheleuten gesetzliche Vertretungsmacht, Geschäfte des täglichen Lebens mit Wirkung auch für den anderen vorzunehmen, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind.

b) Dafür spricht

Die Stellvertretungsregeln sind das typische Instrumentarium, um Personen, die eine Willenserklärung nicht unmittelbar selbst formulieren, dennoch an diese zu binden. Auch ist eine Kombination aus Fremd- und Eigengeschäft, auf die die stellvertretungsrechtliche Interpretation des § 1357 BGB hinausläuft, keineswegs ungewöhnlich.

c) Aber dagegen

- Dagegen spricht aber entscheidend, dass §§ 164 ff. BGB maßgeblich auf den Willen des Erklärenden abstellen. So wird dort der Vertretene nur zur Partei des Rechtsgeschäfts, wenn und weil der Erklärende das so will. D.h.: Der Vertretene erscheint grundsätzlich nur dann als Partei im Tatbestand der Willenserklärung, wenn der Erklärende einen entsprechenden Rechtsbindungswillen (= objektiver Tatbestand der Willenserklärung) kundtut.
- Bei § 1357 BGB wird der andere Ehegatte aber unabhängig vom Willen des Erklärenden automatisch Partei des Rechtsgeschäfts, weil das Gesetz es so anordnet. Richtig ist es daher, in § 1357 BGB eine automatische schuldrechtliche Mitverpflichtung zu sehen.

§ 1357 BGB ist keine stellvertretungsrechtliche Norm. Auch über §§ 164 ff. i.V.m. 1357 BGB ist daher keine Einigung im Verhältnis der B zur T-AG erfolgt.

III. Schuldrechtliche Mitverpflichtung der B gem. § 1357 BGB

So weit die gesetzliche Anordnung jedoch reicht, ist B durch die von A getätigten Rechtsgeschäfte automatisch schuldrechtlich mitberechtigt und mitverpflichtet.

1. Bestehende Lebensgemeinschaft, § 1357 Abs. 3 BGB

- Erste Voraussetzung ist gem. § 1357 Abs. 3 BGB eine bestehende Lebensgemeinschaft im maßgeblichen Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts (= Wirksamwerden des Vertragsschlusses).
- Auch bei Dauerschuldverhältnissen ist der ursprüngliche Vertragsschluss maßgeblich und nicht das turnusgemäße Entstehen der jeweiligen Verbindlichkeit. Kommt es zur Trennung und verlässt einer der beiden Ehegatten die gemeinsame Wohnung, so bleibt er gem. § 1357 Abs. 1 BGB dennoch mitverpflichtet, z.B. Strom oder Telefon zu bezahlen, sofern nur der zugrunde liegende Vertrag vor der Trennung abgeschlossen wurde.

Hier bestand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine eheliche Lebensgemeinschaft zwischen A und B.

2. Wirksames Rechtsgeschäft eines Ehegatten

Da § 1357 Abs. 1 BGB den anderen Ehegatten nur mitverpflichtet, muss überhaupt ein wirksames Rechtsgeschäft eines Ehegatten vorliegen.

- Hier hat A den Telefondienstleistungsvertrag und die Erbringung der einzelnen Mehrwertleistungen veranlasst. Allenfalls könnte man erwägen, dass Rechtsgeschäfte über Telefonerotikdienstleistungen gegen die guten Sitten verstoßen und somit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind. Gem. § 1 Satz 1 ProstG begründet jedoch sogar eine Vereinbarung über die Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt eine rechtswirksame Forderung. Mit dieser Wertung wäre es unvereinbar, Verträge über Telefonerotik für nichtig gem. § 138 Abs. 1 BGB zu erachten.
- Schwierigkeiten entstehen, wenn einer der beiden Ehegatten minderjährig ist. Man denke zunächst an den Fall, dass der minderjährige Ehegatte das Geschäft zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs abschließt. Er selbst kann ohne das Einverständnis seines gesetzlichen Vertreters gem. § 108 Abs. 1 BGB kein wirksames Rechtsgeschäft abschließen. Folglich schuldet er unmittelbar selbst nicht, was dem erklärten Ziel des Minderjährigenschutzes entspricht. Allerdings kann er auch nicht über § 1357 BGB auf die finanziellen Ressourcen seines Ehegatten zurückgreifen, was ihn gegenüber anderen Ehegatten benachteiligt. Um das zu vermeiden, erklärt man das von dem minderjährigen Ehegatten getätigte Rechtsgeschäft aufgrund der Wertung des § 165 BGB für wirksam, soweit es um die Begründung einer schuldrechtlichen Mitverpflichtung des volljährigen anderen Ehegatten geht.
- Im umgekehrten Fall nimmt der volljährige Ehegatte ein wirksames Rechtsgeschäft vor, so dass den minderjährigen anderen Ehegatten automatisch die Verpflichtung aus § 1357 BGB trifft. Manche halten dieses Ergebnis für wertungsgerecht. So sei der minderjährige Ehegatte gem. § 1303 BGB für ehemündig erklärt worden und habe deshalb unmittelbar alle aus der Ehe folgenden Nachteile zu tragen. Die h.M. hält demgegenüber auch hier am Gebot des Minderjährigenschutzes fest. Solange der gesetzliche Vertreter sein Einverständnis nicht erklärt hat, muss deshalb der Minderjährige vor den Folgen des § 1357 BGB geschützt werden. Es wird folglich allein der volljährige Ehegatte verpflichtet.

Ein wirksames Rechtsgeschäft des Ehegatten A liegt vor.

3. Zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs

B wird jedoch nur aus solchen Rechtsgeschäften mitverpflichtet, die A zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs tätigt.

a) Die Zugehörigkeit zum Lebensbedarf

- Eine Orientierung für den Begriff des Lebensbedarfs liefert § 1360a BGB. Dabei geht es nicht nur um die elementaren Mindestbedürfnisse. Erfasst sind auch Gegenstände, um das Leben zu genießen. Hier setzt erst der Angemessenheitsvorbehalt Grenzen.
- § 1357 BGB ist i.Ü. nicht ausschließlich auf den alltäglichen Bedarf zugeschnitten. Auch Möbel, Unterhaltungselektronik, langlebige Haushaltsgegenstände, etc. sind erfasst. Hier ist stets

eine Plausibilitätsbetrachtung anzustellen. Danach liegt ein Geschäft i.S.d. § 1357 BGB nur vor, wenn es solcher Art ist, dass man es üblicherweise ohne Rücksprache mit dem anderen Ehegatten vornimmt. Auf Grundlage dieser Betrachtung fallen insbesondere Verträge zur Miete oder zum Erwerb von Immobilien aus dem Anwendungsbereich des § 1357 BGB heraus. Gleiches gilt für Geschäfte über Geldanlagen.

- Ein Geschäft zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs setzt keinen Bedarf zur gemeinsamen Verwendung voraus. Andernfalls hätte der einkünfteloze Ehegatte nämlich keine Möglichkeit, sich ohne ein gesondertes Einverständnis des verdienenden Ehegatten etwas zu seiner persönlichen Verwendung anzuschaffen.

b) Die Frage nach der Angemessenheit

Für die Angemessenheitsprüfung ist auf den konkreten Lebenszuschnitt des jeweiligen Ehepaars abzustellen.

Hier hat A Telefondienstleistungen in Anspruch genommen, die als Telekommunikation gattungsmäßig sicherlich zum Lebensbedarf gehören. Dass sie allein seinem höchstpersönlichen Vergnügen dienen, lässt sie für sich betrachtet noch nicht aus dem Anwendungsbereich des § 1357 Abs. 1 BGB herausfallen. Auch mag es sein, dass aufgrund besonderer Umstände – etwa der Auslandsaufenthalt eines gemeinsamen Kindes – vergleichsweise hohe Telekommunikationskosten noch zur angemessenen Deckung des täglichen Lebensbedarfs gehören. Hier sorgt allerdings jedenfalls die Kombination daraus, dass A grundlos und zum reinen persönlichen Vergnügen exorbitante Telefonkosten produzierte dafür, dass ein Geschäft zur angemessenen Deckung des täglichen Lebensbedarfs nicht mehr vorliegt.¹

Die T-AG hat gegen B keinen Anspruch auf Zahlung von 3.300,-- Euro.

4. Zur Ergänzung: § 1357 Abs. 1 BGB a.E.

- Gem. § 1357 Abs. 1 BGB a.E. gilt die automatische schuldrechtliche Mitverpflichtung nicht, wenn sich aus den Umständen etwas anderes ergibt. Es ist schwierig, Fälle zu konstruieren, in denen dieser Vorbehalt relevant wird.
- Dass der Gegenstand des Geschäfts dem persönlichen Gebrauch nur eines der Ehegatten zu dienen bestimmt ist, verwirklicht diesen Tatbestand nicht. Denn auch insoweit gilt, dass der einkünfteloze Ehegatte für persönliche Anschaffungen nicht vollständig auf das Wohlwollen des anderen Ehegatten angewiesen sein soll.
- Nach h.M. fallen letztlich nur solche Geschäfte darunter, bei denen der unmittelbar handelnde Ehegatte und der Dritte vereinbart haben, dass der andere Ehegatte nicht mitverpflichtet werden soll.

¹ Der BGH unterscheidet an dieser Stelle nicht zwischen den für die Mehrwertdienste und den für die sonstigen Telefondienstleistungen angefallenen Kosten (BGH NJW 2004, 1593, 1595).

C. Reichweite der Mitberechtigung und Mitverpflichtung

Fall 12 („Steve Madden“):

Bertha hat sich bei der Z-GmbH ein Paar Schuhe eines berühmten U.S.-amerikanischen Designers bestellt. Anton ist der Meinung, dass Bertha bereits genügend Schuhe habe. Während Bertha außer Haus ist, nimmt er die Schuhe und schickt sie unter Ausübung des Widerrufsrechts aus § 312g Abs. 1 BGB an die Z-GmbH zurück.

Hat Anton den Kaufvertrag über die Schuhe wirksam widerrufen?

Anton hat den Kaufvertrag über die Schuhe wirksam widerrufen, wenn ihm ein Widerrufsrecht zusteht und er eine wirksame Widerrufserklärung abgegeben hat.

I. Widerrufserklärung

Die Widerrufserklärung erfolgt gem. § 355 Abs. 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer. Dies ist erfolgt.

II. Widerrufsrecht

Fraglich ist aber, ob A ein Widerrufsrecht hat. Gem. § 312g Abs. 1 Alt. 2 BGB steht dem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht zu.

1. Fernabsatzvertrag im Verhältnis B-Z GmbH

§ 312c Abs. 1 BGB definiert Fernabsatzverträge als Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.

Solch einen Vertrag haben B und die Z-GmbH geschlossen, wobei B als Verbraucherin handelte. Wegen des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse wirkt dieser Vertrag jedoch nur in diesem Verhältnis. Folglich steht auch das Widerrufsrecht zunächst nur der B zu und nicht ihrem Ehemann A.

2. Widerrufsrecht des A aufgrund von § 1357 BGB?

A könnte allerdings aufgrund von § 1357 Abs. 1 BGB ein eigenes Widerrufsrecht in Bezug auf den von B abgeschlossenen Fernabsatzvertrag erworben haben. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift sind erfüllt.

Fraglich bleibt, wie weit die schuldrechtliche Mitberechtigung aus dem von dem anderen Ehegatten abgeschlossenen Vertrag reicht. Jedenfalls sind die vertraglichen Primäransprüche erfasst. I.Ü. ist zwischen Sekundäransprüchen und Gestaltungsrechten zu unterscheiden.

a) Sekundäransprüche

Hier stellt sich die Frage, ob der andere Ehegatte auch Gläubiger etwaiger Leistungsstörungenssprüche wird.

aa) Dagegen spricht

- Der Zweck des § 1357 Abs. 1 BGB ist die Gewährleistung, dass jeder der beiden Ehegatten unabhängig von seiner aktuellen Einkünftsituation selbständig für die familiären Bedürfnisse sorgen können soll.
- Dieser Zweck erfordert es nicht zwingend, dem anderen Ehegatten auch die Sekundäransprüche aus dem Vertrag zu gewähren.

bb) Aber dafür

- Der Wortlaut „mitberechtigt und mitverpflichtet“ ist umfassend formuliert. Er erfasst alle Rechte und Pflichten, die irgendwie aus dem Schuldverhältnis resultieren.
- Das entspricht auch dem Verständnis von Gesamtschuldner- und Gesamtgläubigerschaft, die als Rechtsfolge des § 1357 Abs. 1 BGB eintreten. Danach kann jeder Gesamtgläubiger/Gesamtschuldner alle Rechte aus dem Schuldverhältnis mit Wirkung auch für den anderen wahrnehmen bzw. die Pflichten mit Wirkung auch für den anderen erfüllen.
- Sinn und Zweck des § 1357 BGB mögen es nicht zwingend erfordern, dem anderen Ehegatten auch die Aktiv-/Passivlegitimation für Sekundäransprüche zu gewähren. Allerdings widerspricht es dem Zweck auch nicht, so dass unter teleologischen Gesichtspunkten keine einschränkende Auslegung des umfassend formulierten § 1357 Abs. 1 BGB geboten ist.

Hier liegt allerdings kein Leistungsstörungsfall vor. Vielmehr hat die Z-GmbH rechtzeitig und mangelfrei geliefert.

b) Gestaltungsrechte

Nach den zu den Sekundäransprüchen gewonnenen Erkenntnissen ist es nur konsequent, dem anderen Ehegatten über § 1357 Abs. 1 BGB auch die aus dem Schuldverhältnis resultierenden Gestaltungsrechte in eigener Person zu gewähren:

- Die umfassende Formulierung „mitberechtigt“ erfasst auch die Gestaltungsrechte.
- I.Ü. kann auch das Leistungsstörungsrecht solche Gestaltungsrechte gewähren, namentlich den Rücktritt und das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 Abs. 4 BGB).
- Nach allgemeinen Regeln kann A dieses Widerrufsrecht unabhängig von B ausüben.²

A hat den von B abgeschlossenen Kaufvertrag über die Schuhe wirksam widerrufen.

² MünchKomm/Fritsche, BGB (7. Aufl. 2016), § 355 Rn. 30.

D. Dingliche Wirkungen des § 1357 BGB

Fall 13: („Schulden bei der Obrigkeit“): nach LG Münster NJW-RR 1989, 391

Anton hat während der Ehe mit Bertha in eigenem Namen einen Vitrinenschrank, einen Kiefernschrank und ein Fernsehgerät erworben. Das Land NRW pfändet diese Sachen aufgrund eines wirksamen Titels gegen Anton. Bertha erhebt Drittwiderspruchsklage gegen das Land mit dem Ziel, die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären zu lassen.

Welche Erfolgsaussichten hat Berthas Klage?

Die Drittwiderspruchsklage der B hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage ist zulässig, wenn sie an sich statthaft ist, die Sachentscheidungsvoraussetzungen einschließlich des besonderen vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzbedürfnisses gegeben sind und Prozesshindernisse nicht entgegenstehen.

1. Statthaftigkeit der Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage ist statthaft, wenn sich der Kläger eines die Veräußerung hindernden Rechts am Vollstreckungsgegenstand berührt.³

- Die Formulierung in § 771 Abs. 1 ZPO, wonach mit der Drittwiderspruchsklage ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend gemacht wird, ist unpräzise. Da der Gerichtsvollzieher dem Ersterer in der Zwangsvollstreckung gem. § 817 Abs. 2 ZPO das Eigentum durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt zuweist, kann es kein Drittrecht geben, das den Erwerb des Erstehers vereitelt.⁴
- Deshalb ist § 771 ZPO in dem Sinn zu lesen, dass die Vollstreckung sich auf Vermögen beziehen muss, das nicht für die titulierte Forderung haftet.

Hier macht B geltend, dass sie selbst dingliche Rechte an den gepfändeten Gegenständen habe, die diese der Zwangsvollstreckung des Landes NRW entziehen.

2. Ordnungsgemäße Klageerhebung, § 253 ZPO

Zu den allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen zählt insbesondere die ordnungsgemäße Klageerhebung gem. § 253 ZPO.

3. Zuständiges Gericht

- Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich nach allgemeinen Regeln.⁵

³ Hk/Handke, Zwangsvollstreckung (3. Aufl. 2015), § 771 Rn. 10.

⁴ Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht (10. Aufl. 2014), Rn. 1410.

⁵ Thomas/Putzo/Seiler, ZPO (37. Aufl. 2016), § 771 Rn. 8; BeckOK/Preuß, ZPO (22. Ed. 2016) § 771 Rn. 40.

- Örtlich zuständig – und zwar gem. § 802 ZPO ausschließlich – ist das Amts- oder Landgericht, innerhalb dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt.⁶

4. Vollstreckungsrechtliches Rechtsschutzbedürfnis

Ferner ist für die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO nach h.M. ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis erforderlich. Dieses verlangt, dass die Vollstreckung bereits begonnen hat und noch nicht beendet ist.⁷ Das ist hier der Fall, da Vitrine, Kiefernschrank und Fernsehgerät bereits gepfändet sind, aber das Vollstreckungsverfahren noch nicht beendet ist.

Eine Drittwiderspruchsklage ist zulässig.

II. Begründetheit der Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage ist begründet, wenn B tatsächlich dingliche Rechte an den gepfändeten Sachen hat, die diese der Zwangsvollstreckung von Schuldnern des A entziehen, und sie auch nicht aus anderen Gründen verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung zu dulden.

Als ein die Vollstreckung hinderndes Recht i.S.d. § 771 ZPO kommt Eigentum oder Miteigentum der B in Betracht.

1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich waren diejenigen, mit denen A die Erwerbsgeschäfte abgeschlossen hat, Eigentümer von Vitrine, Kiefernschrank und Fernsehgerät.

2. Kein automatischer Eigentumserwerb in der Ehe

Mangels gegenteiliger Angaben leben A und B im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Folglich erwirbt B gem. § 1363 Abs. 2 BGB nicht schon automatisch aufgrund ihres Verheiratetseins (Mit)Eigentum an den von A während der Ehe erworbenen Sachen.

3. (Mit)eigentumserwerb gem. § 929 Satz 1 BGB

Vielmehr ist der Eigentumserwerb während der Ehe nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen. Daher ist maßgeblich, wer im Tatbestand der dinglichen Einigung gem. § 929 Satz 1 BGB als Erwerber erscheint. Maßgeblich ist der objektive Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB.

a) Unmittelbar persönliches Handeln

Im Ausgangspunkt erkennt der objektive Empfänger denjenigen als Partei eines Rechtsgeschäfts, der unmittelbar persönlich handelt. Hier handelte jedoch nicht B unmittelbar persönlich, sondern lediglich A.

⁶ BeckOK/Preuß (Fn. 5), § 771 ZPO Rn. 39.

⁷ Musielak/Voit/Lackmann, ZPO (13. Aufl. 2016), § 771 Rn. 9.

b) Handeln in fremdem Namen

Etwas anderes gilt aber dann, wenn A im Namen der B handelte und somit als deren Stellvertreter handelte. In diesem Fall könnte das rechtsgeschäftliche Handeln des A gem. § 164 Abs. 1 und Abs. 3 BGB unmittelbar für und wider B wirken.

- Neben der eigenen Willenserklärung des Stellvertreters erfordert das Vertretergeschäft Handeln im Namen des Vertretenen. Diesem Offenkundigkeitsprinzip ist jedenfalls dann genügt, wenn der Vertreter klarstellt, kein Eigengeschäft zu tätigen, und gleichzeitig den Dritten benennt, für und gegen den seine Erklärung gelten soll.
- Durchbrochen ist das Offenkundigkeitsprinzip in den Fällen des sog. verdeckten Geschäfts für den, den es angeht. Hier weist der unmittelbar Handelnde nicht objektiv erkennbar auf den vertretenen Dritten hin. Maßgeblich ist deshalb auch nicht der objektive Empfängerhorizont, sondern der subjektive Erwerberwille des unmittelbar Handelnden. In Betracht kommt dieses verdeckte Geschäft, für den, den es angeht, folglich nur dort, wo Interessen des anderen Teils nicht beeinträchtigt sind. Namentlich gilt das für Bargeschäfte des täglichen Lebens.

Zwar wird im Eherecht allgemein angenommen, dass der unmittelbar handelnde Ehegatte regelmäßig einen auf Miteigentum auch des anderen Ehegatten gerichteten Erwerberwillen hat, sofern der Gegenstand des Geschäfts dem gemeinsamen Eheleben dient. Das mag hier grundsätzlich in Betracht kommen. Allerdings hat A bei dem Erwerb der Vitrine, des Kiefern-schranks und des Fernsehgeräts ausdrücklich in eigenem Namen gehandelt. In diesem Fall bleibt kein Raum für die Anwendung der Grundsätze über das verdeckte Geschäft für den, den es angeht.

4. Eigentumserwerb gem. §§ 929 Satz 1 i.V.m. 1357 Abs. 1 BGB

Schließlich ist aber denkbar, dass § 1357 Abs. 1 BGB auch dingliche Wirkungen hat. Sollte das zutreffen, würde der andere Ehegatte nicht nur – wie es der Wortlaut an sich nahelegt – aus dem schuldrechtlichen Geschäft berechtigt und verpflichtet, sondern auch auf der dinglichen Ebene unmittelbar eine Mitberechtigung an dem Gegenstand des Geschäfts erwerben.

a) Dafür spricht

- Dem § 1357 BGB ist eine emanzipatorische Vorschrift. Sie ist der einfachrechtliche Ausdruck der Gleichberechtigung in der Ehe und deshalb nur unvollständig umgesetzt, wenn sie nicht auch auf der dinglichen Ebene wirkt.
- Es stärkt die Unterhaltsgemeinschaft, wenn der andere Ehegatte nicht nur über §§ 1353, 1360 BGB einen Anspruch auf Mitbenutzung der dem anderen Teil gehörenden Sachen erhält, sondern darüber hinaus Miteigentum erwirbt.

b) Aber dagegen

- § 1357 BGB auch automatisch kraft Gesetzes eintretende dingliche Wirkungen zuzuerkennen, widerspricht dem in §§ 1363, 1364 BGB ausgedrückten Vermögensverwaltungsprinzip der Zugewinnngemeinschaft.

- Historisch ist § 1357 BGB alles andere als eine emanzipatorische Norm. Außerdem ist es verfehlt, im Erwerb von Miteigentum als optimale Lösung zugunsten des nicht oder nur gering verdienenden Ehegatten zu sehen. So ermöglicht es die Beschränkung des § 1357 BGB auf schuldrechtliche Wirkungen, dem nicht verdienenden Alleineigentum zukommen zu lassen, und den anderen Ehegatten lediglich zur Gegenleistung zu verpflichten. Diese Möglichkeit entfällt, wenn § 1357 BGB automatisch auch dinglich wirkt.

§ 1357 BGB hat keine dinglichen Wirkungen. B hat weder Allein- noch Miteigentum an den gepfändeten Sachen erworben. Somit ist ihre Drittwiderspruchsklage zwar zulässig, aber unbegründet und deshalb erfolglos.

§ 5 Sachenrechtliche Auswirkungen der Ehe Allgemeine Ehwirkungen III

A. Allgemeines

I. Die eheliche Lebensgemeinschaft und die Zwecksetzung des Sachenrechts

- Thema des Sachenrechts ist in erster Linie die Zuordnung von Personen zu Sachen i.S.d. § 90 BGB.⁸ Das bedeutet: Die sachenrechtlichen Bestimmungen klären, welche Person welche Rechte an einer Sache erwirbt, kraft derer sie jede andere Person von der Einwirkung ausschließen kann.⁹
- Bei den sachenrechtlichen Auswirkungen der Ehe geht es folglich um die Frage, auf welche Weise das Zusammenleben zweier Personen in einer ehelichen Lebensgemeinschaft oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft die Entscheidung über die sachenrechtliche Zuordnung beeinflusst.
- Dabei betreffen die sachenrechtlichen Auswirkungen der Ehe regelmäßig zwei Problembereiche: Die Vermögenszuordnung bei Streit der Eheleute untereinander sowie die Vermögenszuordnung im Verhältnis zu den Gläubigern eines Ehegatten.

II. Grundsatz: Die Ehe als solche ändert nichts an der Vermögenszuordnung

- Dabei ändert der Umstand, dass zwei Personen eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft miteinander eingehen, als solche die sachenrechtliche Vermögenszuordnung regelmäßig noch nicht. Die Eheschließung führt also nicht automatisch zu einer Verschmelzung der Vermögensmassen und einer Vergemeinschaftung der Schulden.
- Sofern die Partner im gesetzlichen Güterstand (= Zugewinnngemeinschaft) leben, ergibt sich dies bereits aus § 1363 Abs. 1 Satz 1 BGB. Erst recht gilt das natürlich bei der Gütertrennung. Einzig in den – heutzutage sehr selten gewordenen – Fällen der Gütergemeinschaft ergibt sich aus § 1464 Abs. 1 Satz 1 BGB etwas anderes. Danach werden das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau durch die Gütergemeinschaft gemeinschaftliches Vermögen bei der Ehegatten (Gesamtgut).

III. Beschränkung auf bewegliche Sachen

Inhaltlich ist der Problembereich (weitestgehend) auf bewegliche Sachen beschränkt. Das folgt daraus, dass bei den Immobilien regelmäßig das Gebot notarieller Beurkundung gilt. Hier führt die Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde in aller Regel zu einer ausreichenden Klärung der Vermögensverhältnisse. Hier fehlt es somit an einem Ansatzpunkt für die – zum großen Teil ungeschriebenen – ehespezifischen Besonderheiten.

⁸ Vieweg, Sachenrecht (7. Aufl. 2015), Rn. 1.

⁹ Vieweg (Fn. 1) Rn. 3.

B. Besitzverhältnisse und Besitzschutz in der Ehe

Fall 8 („Rollenspiele“):

Anton und Bertha sind erfolgreiche und zeitlich sehr beanspruchte junge Unternehmensberater. Seit kurzem sind sie verheiratet und sind – nachdem sie berufsbedingt längere Zeit eine Fernbeziehung geführt hatten – aus diesem Anlass in eine gemeinsame Wohnung in Frankfurt am Main gezogen. Anton ist irritiert darüber, dass Bertha den größten Teil ihrer ohnehin knapp bemessenen Freizeit vor dem in ihrem Alleineigentum stehenden Computer verbringt, um World of Warcraft zu spielen. Dort verfügt sie über einen Level 60-Charakter, dessen Fähigkeiten sie beständig pflegen und ausbauen möchte. Anton fordert von Berthas Freizeit mehr für gemeinsame Aktivitäten ein. Deshalb nimmt er heimlich ihren Computer an sich und verschließt ihn in einem Spind in seinem Büro.

Kann Bertha von Anton Herausgabe des Computers verlangen?

I. Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus § 861 Abs. 1 BGB. Das setzt voraus, dass B der Besitz an dem Computer durch verbotene Eigenmacht entzogen worden ist und dass A ihn ihr gegenüber fehlerhaft besitzt.

1. Besitzverlust der B

a) Ursprüngliche Besitzlage

- Der unmittelbare Besitz gem. § 854 BGB ist definiert als die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, und zwar getragen von einem entsprechenden Herrschaftswillen.
- Ursprünglich war B Alleineigentümerin und Alleinbesitzerin des Computers.

b) Entstehung von Mitbesitz durch Einbringen in die gemeinsame Ehwohnung

- Die Eheschließung führt grundsätzlich zu einer Änderung weder der Eigentums- noch der Besitzlage.
- Leben die Ehegatten jedoch in häuslicher Gemeinschaft, so haben sie unabhängig von den Eigentumsverhältnissen Mitbesitz sowohl an der gemeinsamen Wohnung als auch an den darin befindlichen Sachen Mitbesitz.
- Dieser Mitbesitz ist durch das Eheverhältnis gem. § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB berechtigt und begründet folglich für beide Partner ein eigenes Recht zum Mitbesitz im Sinne des § 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB.

B hat ihren Alleinbesitz an dem Computer verloren, als sie ihn in die gemeinsame Ehwohnung verbrachte. Ab diesem Zeitpunkt war sie lediglich noch Mitbesitzerin des Computers. Dadurch, dass A den Computer weggeschlossen und somit dem Zugriff der B entzogen hat, kann er ihr folglich nur den Mitbesitz entzogen haben.

c) Mitbesitz als Schutzobjekt des § 861 Abs. 1 BGB

- Jedoch ist auch der Mitbesitz taugliches Schutzobjekt des § 861 Abs. 1 BGB. In diesem Fall ist der Anspruch inhaltlich freilich auf die Wiedereinräumung des Mitbesitzes beschränkt.¹⁰
- Eine Grenze ist dem Besitzschutz unter Mitbesitzern allerdings durch § 866 BGB gezogen. Danach findet ein Besitzschutz nämlich nicht statt, soweit es um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs geht. Sofern aber einer der Mitbesitzer dem anderen die Herrschaft über die Sache vollständig entzieht, geht es um mehr als lediglich die Grenzen der jeweiligen Gebrauchsbefugnisse. In diesem Fall steht § 866 BGB einem Besitzschutz nicht entgegen.

B hat ihren Besitz in Form des unmittelbaren Mitbesitzes an dem Computer dadurch verloren, dass A ihn an sich genommen und außerhalb ihres Zugriffsbereichs weggeschlossen hat.

2. Durch verbotene Eigenmacht

Weiter muss dieser Besitzverlust durch verbotene Eigenmacht geschehen sein.

Gem. § 858 Abs. 1 Hs. 1 Alt. 1 BGB verübt verbotene Eigenmacht, wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht. A hat den Computer heimlich an sich genommen und der B deshalb ohne ihren Willen den Mitbesitz an dem Gerät entzogen.

Verbotene Eigenmacht liegt damit vor.

3. Schuldner des Anspruchs

Schuldner des Anspruchs aus § 861 Abs. 1 BGB ist nur der fehlerhafte Besitzer.

- Der Computer befindet sich in einem Spind im Büro des A. Folglich verwahrt A ihn in seiner Gewahrsamssphäre und ist somit unmittelbarer Alleinbesitzer.
- Fehlerhaft ist gem. § 858 Abs. 2 Satz 1 BGB der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz. A hat unmittelbar persönlich in verbotener Eigenmacht zu Lasten der B gehandelt.

Folglich ist A auch Schuldner des Anspruchs aus § 861 BGB.

B kann von A Herausgabe des Computers aus § 861 Abs. 1 BGB verlangen.

II. Konkurrierende Ansprüche

Die Voraussetzungen der konkurrierenden Herausgabeansprüche aus §§ 985, 1007 Abs. 1, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 823 Abs. 1 BGB sind ebenfalls erfüllt.

¹⁰

MünchKomm/Joost, BGB (7. Aufl. 2016), § 861 Rn. 4.

C. Eheleute und der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb von einem Dritten

Fall 9 („Kunst und Krempel“): nach AG München, FamRZ 2012, 1304

Anton hat während des Zusammenlebens mit seiner Ehefrau Bertha etliche Gemälde des Künstlers Konrad Kilo erworben. Die Kunstwerke lagern sämtlich im Schließfach seiner Hausbank. Das Schließfach läuft auf seinen Namen. Sämtliche der Werke hat er selbst und aus seinem eigenen Vermögen bezahlt. Seine Frau Bertha hat sich nie für Kunst interessiert. Zwischenzeitlich ist der Wert der Sammlung enorm gestiegen. Als Anton und Bertha beschließen, fortan getrennt zu leben, verlangt sie von Anton, ihr die Sammlung ganz oder jedenfalls teilweise herauszugeben.

Zu Recht?

I. Ansprüche aus § 1361a BGB

Zunächst kommt ein Anspruch der B gegen den A auf Herausgabe der Bilder aus § 1361a BGB in Betracht.

1. Bedeutung des § 1361a BGB

a) Zweck und Rechtsfolge des § 1361a BGB

§ 1361a BGB regelt die Verteilung von Haushaltsgegenständen während des Getrenntlebens. Jede Entscheidung, die auf Grundlage dieser Vorschrift ergeht, hat nur vorläufigen Charakter. Sie verliert ihre Wirkung mit Rechtskraft der Scheidung.

b) Von § 1361a BGB erfasste Ansprüche

Im Rahmen des § 1361a BGB sind drei verschiedene Ansprüche zu unterscheiden:

- Gem. § 1361a Abs. 1 Satz 1 BGB kann jeder Ehegatte von dem jeweils anderen Ehegatten für die Dauer des Getrenntlebens die Herausgabe der Gegenstände verlangen, die in seinem Alleineigentum stehen.
- Gem. § 1361a Abs. 1 Satz 2 BGB kann jeder Ehegatte von dem jeweils anderen für die Dauer des Getrenntlebens die Überlassung derjenigen Gegenstände verlangen, die in dessen Eigentum stehen, sofern er sie für die Führung eines abgesonderten Haushalts benötigt und die Überlassung nach den Umständen des Einzelfalls der Billigkeit entspricht.
- Gem. § 1361a Abs. 2 BGB kann jeder Ehegatte von dem jeweils anderen für die Dauer des Getrenntlebens verlangen, dass Gegenstände, die in beider Miteigentum stehen, zwischen ihnen nach den Grundsätzen der Billigkeit verteilt werden.

c) Das Verhältnis zu den allgemeinen Regeln, insbesondere §§ 985, 861 BGB

- Die allgemeinen Herausgabeansprüche verwirklichen andere Ziele als § 1361a BGB. Zwar geht es im Ergebnis stets um die Einräumung von Besitz der jeweils streitgegenständlichen Sache. Jedoch führt § 1361a BGB lediglich zu einem auf die Dauer des Getrenntlebens befristeten Besitzrecht. Die Ansprüche gem. den allgemeinen Regeln, insbesondere aus §§ 985 und 861 BGB, sehen solche zeitlichen Beschränkungen hingegen nicht vor.

- Dennoch sind nach h.M. alle in § 1361a BGB enthaltenen Ansprüche während des Getrenntlebens eine Spezialvorschrift, die konkurrierende Ansprüche sowohl aus § 985 BGB als auch aus § 861 BGB verdrängt. Grund: Da § 1361a BGB lediglich eine vorläufige Besitzüberlassung während des Getrenntlebens regelt, hat jedes auf diese Vorschrift gegründete Verfahren nur einen sehr engen Verfahrensgegenstand. Folglich könnte der im Verfahren nach § 1361a BGB unterlegene Eigentümer im Anschluss eine allgemeine Herausgabeklage gestützt auf § 985 BGB o.ä. erheben, ohne dass entgegenstehende Rechtshängigkeit oder Rechtskraft dagegen eingewandt werden könnte.

2. Getrenntleben

§ 1361a BGB setzt Getrenntleben der Ehegatten voraus. Das Getrenntleben ist in § 1567 Abs. 1 Satz 1 BGB legaldefiniert. Danach leben die Ehegatten getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Hier gegeben.

A und B leben getrennt.

3. Gemälde als Haushaltsgegenstände

Auf Basis des § 1361a Abs. 2 BGB kann B von A jedoch nur die Herausgabe von Haushaltsgegenständen verlangen. Fraglich ist, ob eine in einem Bankschließfach lagernde Gemäldesammlung diesem Tatbestandsmerkmal entspricht.

a) Begriff des Haushaltsgegenstands

- Unter Haushaltsgegenständen sind alle Gegenstände anzusehen, die nach den ehelichen Lebensverhältnissen üblicherweise für die Wohnung, den Haushalt und das Zusammenleben der Familie bestimmt sind, also der gemeinsamen Lebensführung dienen.
- Der Begriff ist weit zu verstehen. Maßgeblich sind die Funktion und Zweckbestimmung der fraglichen Gegenstände für die gemeinsame Lebensführung, sei es für die Hauswirtschaft, für das Zusammenleben in der Familie oder für die gemeinsame Freizeitgestaltung.

b) Luxusgüter als Haushaltsgegenstände?

- Kunstwerke sind Luxusgüter. Ob und inwieweit Luxusgüter Haushaltsgegenstände darstellen können, hängt vom individuellen Lebenszuschnitt der jeweiligen Familie ab. Zu bejahen ist es, wenn sie tatsächlich in Gebrauch sind.
- Im Gegensatz dazu sind solche Gegenstände zu sehen, die als Wertanlage dienen, die also vor Gebrauchsspuren tunlichst geschützt werden.

Die Gemälde befinden sich in einem Bankschließfach. Einen Bezug zum täglichen Familienleben haben sie somit nicht. Sie sind nicht in Gebrauch und somit keine Haushaltsgegenstände.

Unabhängig von der Eigentumslage kann B von A somit nicht Herausgabe der Gemälde aus einer der in § 1361a BGB enthaltenen Anspruchsgrundlagen verlangen.

II. Anspruch aus § 985 BGB

Weiter ist ein Anspruch aus § 985 BGB denkbar. Dazu muss B Eigentümerin der Gemälde sein und A muss sie in Besitz haben, und zwar ohne i.S.d. § 986 BGB zum Besitz berechtigt zu sein.

1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglicher Eigentümer der Kunstwerke ist K als derjenige, der sie geschaffen hat.

2. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb nach K gem. § 929 Satz 1 BGB

In der Folge könnte K das Eigentum an den einzelnen Gemälden gem. § 929 Satz 1 BGB verloren haben, als A in seiner Galerie erschien, um sie entgeltlich zu erwerben.

a) Einigung

aa) Das Problem: Wer ist Partei des Übereignungsgeschäfts?

- Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb erfordert zunächst eine dingliche Einigung i.S.d. § 929 Satz 1 BGB. Hierbei handelt es sich um einen sachenrechtlichen Vertrag, für dessen Zustandekommen und Wirksamkeit die allgemeine Rechtsgeschäftslehre gilt.
- Hier ist A in den Galerieräumen des K erschienen. Auch haben beide Willenserklärungen für ein auf § 929 Satz 1 BGB gerichtetes Geschäft ausgetauscht. Fraglich ist jedoch, wen diese Willenserklärungen als Parteien des Übereignungsgeschäfts ausweisen.

bb) Grundsatz: Ermittlung der Parteien gem. §§ 133, 157 BGB

- Für die Ermittlung, wer auf der Erwerberseite als Partei dieses dinglichen Vertrags erscheint, kommt es gem. §§ 133, 157 BGB somit auf den objektiven Empfängerhorizont an.
- Für die Frage, ob A mit dem Willen handelte, die Gemälde für sich und B zu Miteigentum zu erwerben, kommt es somit darauf an, wie der Erklärungsempfänger K die Erklärung des A nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.¹¹
- Danach geht der Empfänger einer nach § 929 Satz 1 BGB gerichteten Erklärung davon aus, dass diejenige Person, mit der er in unmittelbarem persönlichem Kontakt steht, der Vertragspartner werden soll, sofern etwas anderes nicht mitgeteilt wird.

Auf Grundlage von §§ 133, 157 BGB kommt man somit zu dem Ergebnis, dass K einen Vertrag zur Übereignung der Gemälde nur mit A geschlossen hat, da bei den Erwerbsvorgängen stets nur A persönlich anwesend gewesen ist und auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass A einen auf Miteigentumserwerb der B gerichteten Willen irgendwie mitgeteilt hätte.

¹¹ Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB (75. Aufl. 2016), § 133 Rn. 9.

cc) Aber: Verdecktes Geschäft für den, den es angeht, als allgemeine Ehewirkung?

(1) Die Idee

- Denkbar ist allerdings, dass ein dingliches Rechtsgeschäft, welches ein Ehegatte tätigt, aufgrund allgemeiner Ehewirkung sich u.U. als ein verdecktes Geschäft für den, den es angeht, darstellt.
- Derjenige, den es angeht, ist dann der andere Ehegatte, der – mangels klarer anderweitiger Abreden – Miteigentum erwerben soll. In diesem Fall liegt ein kombiniertes Eigen- und Fremdgeschäft des unmittelbar handelnden Ehegatten vor.
- Zwar kommt für die B von vornherein nur Miteigentum in Betracht. Doch gilt § 985 BGB auch im Verhältnis mehrerer Miteigentümer zueinander. Dann ist der Anspruch inhaltlich gerichtet auf die Einräumung von Mitbesitz.

(2) Begriff des verdeckten Geschäfts für den, den es angeht¹²

- Das verdeckte Geschäft für den, den es angeht, ist eine Durchbrechung des in § 164 Abs. 2 BGB niedergelegten Offenkundigkeitsprinzips. Hier kommt der Vertrag mit dem hinter dem unmittelbar Handelnden stehenden Geschäftsherrn zugrunde, obwohl der unmittelbar Handelnde nicht einmal offengelegt hat, dass ein anderer als er selbst Geschäftspartner sein soll.
- Es kommt dort in Betracht, wo es für die Vertragsschließenden regelmäßig gleichgültig ist, ob der andere Teil im eigenen oder im fremden Namen handelt. Wenn es für den anderen Teil nämlich unerheblich ist, mit wem er kontrahiert, dann bedarf er des Schutzes durch das Offenkundigkeitsprinzip nicht.

(3) Die Voraussetzungen des verdeckten Geschäfts für den, den es angeht

- Voraussetzung ist zunächst, dass dem anderen Teil der Vertragspartner tatsächlich gleichgültig ist. Das ist typischerweise der Fall bei Bargeschäften des täglichen Lebens und betrifft dort das schuldrechtliche wie das dingliche Geschäft gleichermaßen.
- Seitens des Vertreters ist der Wille erforderlich, für den Geschäftsherrn zu handeln. Üblicherweise ist dabei der nach §§ 133, 157 BGB zu ermittelnde rechtsgeschäftliche Wille erheblich. Definitionsgemäß versagt die Formel vom objektiven Empfängerhorizont jedoch beim verdeckten Geschäft für den, den es angeht. Folglich kommt es allein auf den inneren Erwerberwillen im maßgeblichen Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung an.
- Da dieser Erwerberwille nicht unmittelbar wahrnehmbar ist, muss er aus objektiv feststellbaren Umständen rückgeschlossen werden.

¹²

Palandt/Ellenberger (Fn. 4) § 164 Rn. 8.

(4) Die Feststellung des Erwerberwillens als allgemeine Ehwirkung

Übertragen auf eherechtliche Verhältnisse bedeutet das:

- Beim Eigentumserwerb von Haushaltsgegenständen ist analog § 1568b Abs. 2 BGB zu vermuten, dass der unmittelbar handelnde Ehegatte einen auf Miteigentumserwerb gerichteten Erwerberwillen hat.¹³ Hier handelt es sich aber nicht um Haushaltsgegenstände.
- Darüber hinaus hat der unmittelbar handelnde Ehegatte einen auf Miteigentum beider Ehegatten gerichteten Erwerberwillen, wenn Gegenstand des Geschäfts solche Sachen sind, die einen Bezug zur gemeinsamen Lebensführung haben.
- Der auf den Erwerb von Miteigentum beider Ehegatten gerichtete Wille fehlt demgegenüber dann, wenn die zu erwerbende Sache dem Hobby nur des unmittelbar handelnden Ehegatten zugehörig ist und er die Gegenleistung aus seinem eigenen Vermögen erbringt. Gleiches gilt bei Kapitalanlagen, die ein Ehegatte mit eigenen Mitteln tätigt.

Danach kann man nicht davon ausgehen, dass A beim Erwerb der Gemälde von K den Willen hatte, Miteigentum für seine Ehefrau B und sich zu begründen. Vielmehr ist die Kunst des K das alleinige Hobby von A. Außerdem hat er die Gemälde sämtlich und vollständig aus eigenem Vermögen bezahlt. Schließlich befinden sie sich in einem Bankschließfach, so dass ein Bezug zum gemeinsamen ehelichen Leben nicht feststellbar ist.

B hat somit kein Eigentum an den Gemälden erworben und keinen Anspruch gegen A aus § 985 BGB. B kann von A nicht Herausgabe der Gemälde verlangen.

¹³

MünchKomm/Weber-Monecke, BGB (7. Aufl. 2017), § 1361a Rn. 14.

D. Die Eheleute und ihre Gläubiger

Fall 10: („Gläubigerproblem“): nach BGH NJW 1992, 1162

Am 5. Juni 2016 erscheint der Gerichtsvollzieher Gustav auf dem Anwesen von Anton und Bertha, die verheiratet sind und in Gütertrennung leben. Der Gerichtsvollzieher wurde tätig im Auftrag des Emil aufgrund wirksamen Titels gegen Anton und pfändet eine antike Kommode sowie einen antiken Sekretär, die sich in der gemeinsamen Wohnung befinden. Bertha hält die Pfändung für unzulässig. So sei sie bereits vor ihrer Ehe mit Anton Alleineigentümerin und Alleinbesitzerin der Kommode gewesen, was Anton bezeugt. Den Sekretär habe Anton ihr geschenkt und übereignet. Zum Nachweis legt sie ein handgeschriebenes, von ihr und Anton unterschriebenes Schriftstück vor, das mit „Schenkungsvertrag“ überschrieben ist und in dem es heißt: „Hiermit übertrage ich meiner Ehefrau Bertha als Ausgleich für die durch die Gütertrennungsvereinbarung entstehenden Nachteile sämtliches bewegliches Mobiliar in meiner Wohnung in Augsburg, meinem Ferienhaus in St. Moritz/Schweiz sowie dem künftigen Wohnsitz in Palma de Mallorca. Alle Möbel, Bilder, Kunstgegenstände, Figuren, Bücher etc., die jetzt vorhanden oder zukünftig erworben werden, sollen in ihr Eigentum übergehen. Sollte künftig ein weiterer Wohnsitz gegründet werden, gilt die Schenkungsvereinbarung entsprechend.“ Das Schriftstück datiert vom 28. Februar 2016.

Welche Maßnahmen kann Bertha gegen die Pfändung der Kommode und des Sekretärs mit Erfolg ergreifen?

Gegen die Pfändung der Kommode und des Sekretärs kann B sich mit den vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen wehren. Sie stützen sich entweder auf formelle oder auf materielle Einwendungen gegen die Durchführung der Zwangsvollstreckung und richten sich gegen die Vollstreckung als solche oder gegen einzelne ihrer Maßnahmen.

I. Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO

Zunächst kommt eine Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO in Betracht, mit der der Erinnerungsführer insbesondere Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung geltend macht.

1. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung

Zulässig ist die Erinnerung, wenn sie als solche statthaft ist, form- und fristgerecht eingelegt wurde, der Rechtsmittelführer beschwert ist und ein Rechtsschutzbedürfnis hat.

a) Statthaftigkeit der Vollstreckungserinnerung

- Die Vollstreckungserinnerung ist der statthafte Rechtsbehelf für Anträge, Einwendungen und Rügen, die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das von dem Vollstreckungsorgan zu beachtende Verfahren betreffen.
- B wehrt sich gegen die Pfändung des Sekretärs mit dem Argument, dass G die Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse an dieser Sache missachtet habe. Damit behauptet sie einen Verstoß

des G gegen § 808 Abs. 1 ZPO und damit einen Verstoß gegen das bei der Zwangsvollstreckung zu beachtende Verfahren.

- In den Bezug auf den Sekretär wiederholt B dieses Argument zwar nicht ausdrücklich. Jedoch stellt sich die Sache in Bezug auf Besitz und Gewahrsam nicht anders dar. Da der gerichtliche Prüfungsumfang in rechtlicher Hinsicht nicht auf das Vorbringen der Beteiligten beschränkt ist, ist die Vollstreckungserinnerung auch insoweit statthaft.

Die Vollstreckungserinnerung ist statthaft.

b) Form und Frist

- Für die formgerechte Einlegung der Erinnerung gibt es keine Vorschrift. Man wendet insoweit die Regeln über die sofortige Beschwerde gem. § 569 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO entsprechend an.¹⁴
- Danach ist Schriftform oder Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle erforderlich. Die Erinnerung ist beim zuständigen Vollstreckungsgericht i.S.d. § 764 ZPO zu erheben.
- Auch eine Frist ist gesetzlich nicht vorgesehen. Daraus folgt, dass die Erinnerung eingelegt werden kann, ohne dass irgendeine Frist gewahrt werden müsste.¹⁵

c) Erinnerungsbefugnis/Beschwer

Nur wer beschwert ist, hat die Erinnerungsbefugnis und kann zulässig Erinnerung erheben.¹⁶ Erforderlich ist eine rechtsverletzende Missachtung des Vollstreckungsverfahrensrechts.¹⁷ Zu unterscheiden ist zwischen der Erinnerung des Schuldners, des Gläubigers und eines Dritten.

- Im Vollstreckungstitel ist B weder als Gläubigerin noch als Schuldnerin des titulierten Anspruchs ausgewiesen.
- Folglich kommt allein eine Dritterinnerung in Betracht. Ein Dritter, der weder Schuldner noch Gläubiger ist, ist zur Erinnerung befugt, wenn er geltend macht, durch die Art und Weise der Vollstreckung in seinen Rechten verletzt zu sein.¹⁸ Dafür genügt das Innehaben eines materiellen Drittrechts (z.B. Eigentum) als solches nicht. Anders liegt es aber, wenn die Verletzung einer Verfahrensvorschrift vorliegt, die zur Beeinträchtigung eines Drittrechts des Erinnerungsführers führt.

B beschränkt sich nicht darauf, die Verletzung ihres Eigentums an Sekretär und Kommode zu rügen. Vielmehr macht sie eine Missachtung des § 808 Abs. 1 ZPO geltend, ohne die der G

¹⁴ MünchKomm/K. Schmidt/Brinkmann, ZPO (5. Aufl. 2016), § 766 Rn. 41.

¹⁵ BGH BeckRS 2011, 26041 Rn. 7.

¹⁶ Thomas/Putzo/Seiler, ZPO (37. Aufl. 2016), § 766 Rn. 20a.

¹⁷ MünchKomm/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7) § 766 ZPO Rn. 32.

¹⁸ MünchKomm/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7) § 766 ZPO Rn. 30.

die (vorgeblich) in ihrem Eigentum stehenden Sachen gar nicht erst gepfändet hätte. B ist erinnerungsbefugt.

d) Rechtsschutzbedürfnis

Für den besonderen Rechtsbehelf der Vollstreckungserinnerung muss schließlich das besondere vollstreckungsrechtliche Rechtsschutzbedürfnis gegeben sein. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Zwangsvollstreckung begonnen hat und die einzelne Vollstreckungsmaßnahme noch nicht beendet ist.¹⁹

Die gepfändeten Sachen sind hier noch nicht versteigert und abgeliefert. Folglich dauert die Vollstreckungsmaßnahme noch an und das Rechtsschutzbedürfnis besteht.

2. Begründetheit der Vollstreckungserinnerung

Begründet ist die Erinnerung, wenn die Vollstreckungsmaßnahme zu Recht beanstandet worden ist.²⁰ Maßgebend ist der Zeitpunkt der Beschlussfassung, nicht der Zeitpunkt der gerügten Maßnahme.²¹

Hier rügt B, dass G bei der Pfändung von Kommode und Sekretär die Vorgaben des § 808 Abs. 1 BGB missachtet habe. Dabei setzt die Pfändung einer beweglichen Sache beim Titelschuldner gem. § 808 Abs. 1 ZPO Gewahrsam voraus, womit Alleingewahrsam des Schuldners gemeint ist.²²

a) Begriff des Gewahrsams

- Gewahrsam meint die nach außen erkennbare tatsächliche Sachherrschaft. Der Begriff entspricht dem des unmittelbaren Besitzes i.S.d. § 854 BGB.
- Der Alleingewahrsam begründet für den Gerichtsvollzieher die Vermutung, dass die Sache im Alleineigentum des Schuldners steht und deshalb für die titulierte Forderung haftet. Gewissermaßen handelt es sich um die Entsprechung zu § 1006 BGB.

b) Der Gewahrsam des verheirateten Schuldners

- Die eheliche Lebensgemeinschaft bringt es mit sich, dass beide Ehegatten Mitbesitz und somit auch Mitgewahrsam an den im Haushalt befindlichen beweglichen Sachen haben.
- Damit sind die Voraussetzungen des § 808 Abs. 1 BGB von vornherein nicht erfüllt, wenn eine bewegliche Sache aus dem gemeinsamen Haushalt verheirateter gepfändet werden soll.

Nach allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Regeln liegt also tatsächlich ein Verstoß des G gegen § 808 Abs. 1 ZPO vor und die Erinnerung der B wäre begründet.

¹⁹ Thomas/Putzo/Seiler (Fn. 9) § 766 Rn. 21a.

²⁰ MünchKomm/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7) § 766 ZPO Rn. 50.

²¹ MünchKomm/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7) § 766 ZPO Rn. 50.

²² BeckOK/Forbriger, ZPO (22. Ed. 2016), § 808 Rn. 6.

c) Die eherechtliche Reaktion gem. § 1362 BGB

Bliebe es jedoch bei den allgemeinen Regeln, würde eine einfache Sachpfändung von Mobilien bei Eheleuten also weitgehend ausscheiden. § 1362 BGB dient dazu, zu Gunsten des Vollstreckungsgläubigers Abhilfe zu schaffen.

- Zunächst entkoppelt § 1362 BGB als *lex specialis* zu § 1006 BGB die Eigentumsvermutung von den Besitzverhältnissen. Die Regel „Besitz streitet für Eigentum“ des § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB ist suspendiert. Vielmehr wird zu Gunsten der Gläubiger des Mannes und der Gläubiger der Frau vermutet, dass die im Besitz eines Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören (§ 1362 Abs. 1 BGB).
- Das bedeutet: Natürlich erfasst die Eigentumsvermutung des § 1362 Abs. 1 BGB diejenigen Sachen, die tatsächlich im Alleineigentum des Schuldners stehen. Ebenso auch diejenigen, deren Miteigentümer er lediglich ist. Schließlich führt § 1362 Abs. 1 BGB aber auch dazu, dass der Vollstreckungsschuldner als Eigentümer derjenigen Sachen vermutet wird, die tatsächlich im alleinigen Eigentum des anderen Ehegatten stehen.

Bürgerlichrechtlich wird gem. § 1362 Abs. 1 BGB also vermutet, dass A Alleineigentümer der Kommode ist.

d) Die flankierende Vorschrift des § 739 ZPO

- Allerdings hilft diese bürgerlichrechtliche Vermutungswirkung nicht über den Umstand hinweg, dass der Vollstreckungsschuldner A den von § 808 Abs. 1 ZPO geforderten Alleingewahrsam an der Kommode nicht hat.
- Dieses verbliebene Problem des Schuldners überwindet § 739 ZPO. Danach wird der Alleingewahrsam desjenigen fingiert, dessen Eigentum nach § 1362 BGB vermutet wird.

Nachdem § 1362 Abs. 1 BGB also die Vermutung begründet, dass A Alleineigentümer der Kommode sei, fingiert § 739 ZPO seinen Alleingewahrsam i.S.d. § 808 Abs. 1 ZPO. Somit hat G bei der Pfändung die Besitz- und Gewahrsamsverhältnisse an der Kommode nicht missachtet. Die Pfändung ist ordnungsgemäß verlaufen.

Folglich ist eine Vollstreckungserinnerung der B zulässig aber unbegründet.

II. Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO

Ihr Eigentum an den gepfändeten Sachen kann B durch die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO durchsetzen. Diese hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit der Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage ist zulässig, wenn sie an sich statthaft ist, die Sachentscheidungs Voraussetzungen einschließlich des besonderen vollstreckungsrechtlichen Rechtsschutzbedürfnisses gegeben sind und Prozesshindernisse nicht entgegenstehen.

a) Statthaftigkeit der Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage ist statthaft, wenn sich der Kläger eines die Veräußerung hindernden Rechts am Vollstreckungsgegenstand berührt.²³

- Die Formulierung in § 771 Abs. 1 ZPO, wonach mit der Drittwiderspruchsklage ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend gemacht wird, ist unpräzise. Da der Gerichtsvollzieher dem Ersteher in der Zwangsvollstreckung gem. § 817 Abs. 2 ZPO das Eigentum durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt zuweist, kann es kein Drittrecht geben, das den Erwerb des Erstehers vereitelt.²⁴
- Deshalb ist § 771 ZPO in dem Sinn zu lesen, dass die Vollstreckung sich auf Vermögen beziehen muss, das nicht für die titulierte Forderung haftet.

Hier macht B ihr Eigentum an den gepfändeten Sachen geltend. Dieses haftet nicht für die Schuld des A. Der Umstand, dass A und B miteinander verheiratet sind, ändert daran nichts.

b) Ordnungsgemäße Klageerhebung, § 253 ZPO

Zu den allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen zählt insbesondere die ordnungsgemäße Klageerhebung gem. § 253 ZPO.

c) Zuständiges Gericht

- Die sachliche Zuständigkeit beurteilt sich nach allgemeinen Regeln.²⁵
- Örtlich zuständig – und zwar gem. § 802 ZPO ausschließlich – ist das Amts- oder Landgericht, innerhalb dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung erfolgt.²⁶

d) Vollstreckungsrechtliches Rechtsschutzbedürfnis

Ferner ist für die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO nach h.M. ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis erforderlich. Dieses verlangt, dass die Vollstreckung bereits begonnen hat und noch nicht beendet ist.²⁷ Das ist hier der Fall, da Kommode und Sekretär bereits gepfändet sind, aber das Vollstreckungsverfahren noch nicht beendet ist.

Eine Drittwiderspruchsklage wäre zulässig.

2. Begründetheit der Drittwiderspruchsklage

Die Drittwiderspruchsklage ist begründet, wenn der B das behauptete Eigentum tatsächlich zusteht und sie auch nicht aus anderen Gründen verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung zu dulden.

²³ Hk/*Handke*, Zwangsvollstreckung (2. Aufl. 2013), § 771 Rn. 10.

²⁴ Brox/*Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht (10. Aufl. 2014), Rn. 1410.

²⁵ Thomas/*Putzo/Seiler* (Fn. 9), § 771 Rn. 8; BeckOK/*Preuß* (Fn. 15) § 771 ZPO Rn. 40.

²⁶ BeckOK/*Preuß* (Fn. 15), § 771 ZPO Rn. 39.

²⁷ Musielak/*Voit/Lackmann*, ZPO (13. Aufl. 2016), § 771 Rn. 9.

a) Eigentumslage hinsichtlich der Kommode

aa) Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war B Alleineigentümerin der Kommode. Da sie und A in Gütertrennung leben, hat sich an dieser Eigentumszuordnung durch die Eheschließung nichts geändert. Über das Vorliegen weiterer Übereignungstatbestände ist nichts bekannt. Es ist jedenfalls theoretisch nicht ausgeschlossen, dass B ihr Eigentum an der Kommode später wieder verloren hat.

bb) Das Beweisproblem

- Somit entsteht für B ein Problem auf der Beweisebene. So trägt der Kläger im Rahmen des § 771 Abs. 1 ZPO ohnehin die Beweislast dafür, dass ihm ein besseres Recht an der gepfändeten Sache zusteht. Es kommt hinzu, dass § 1362 BGB materiellrechtlich eine Vermutung für das Eigentum des Schuldnerhegatten A anordnet.
- Dabei führt B den Nachweis nicht schon dadurch, dass sie behauptet, Alleineigentümerin zu sein, und A dies als Zeuge bestätigt. Da das Eigentum ein Rechtsbegriff ist, muss sie vielmehr diejenigen Tatsachen benennen, aus denen sich ihr ursprünglicher Eigentumserwerb ergibt. Außerdem muss sie dartun, dass sie dieses Eigentum später nicht wieder verloren hat. Es liegt auf der Hand, dass dieser Beweis außerordentlich schwer zu führen ist.

cc) Der Beweis des früheren Alleinbesitzes als Lösung dieses Problems

Der BGH eröffnet dem nicht schuldenden Ehegatten einen Ausweg aus diesem beweisrechtlichen Dilemma, indem er den Nachweis früheren Alleinbesitzes genügen lässt, um das aktuelle Alleineigentum hinreichend darzutun:

(1) Die Ablösung des § 1006 Abs. 1 BGB durch §§ 1362 BGB, 739 ZPO und § 1006 Abs. 2 BGB

- Solange die eheliche Lebensgemeinschaft nicht besteht und die Sache nicht in die Ehewohnung eingebracht ist, streitet für das Alleineigentum des unmittelbaren Besitzers die Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB.
- Mit Begründung der ehelichen Lebensgemeinschaft und Einbringen der Sache in die gemeinsame Ehewohnung endet diese Vermutungswirkung des § 1006 Abs. 1 BGB. Sie wird abgelöst durch die Vermutung und Fiktion der § 1362 BGB bzw. § 739 ZPO.
- Gleichzeitig wird der die Sache einbringende Ehegatten zum früheren Alleinbesitzer i.S.d. § 1006 Abs. 2 BGB. Danach wird zugunsten des früheren Besitzers vermutet, dass er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer gewesen sei.

(2) Die Bedeutung des § 1006 Abs. 2 BGB

- Dieser § 1006 Abs. 2 BGB ist ausgesprochen unglücklich formuliert. Nimmt man ihn ganz wörtlich, so trifft er keine andere Aussage als § 1006 Abs. 1 BGB für die Vergangenheit. Damit wäre die Vorschrift komplett inhaltsleer und es darf nicht unterstellt werden, dass der Gesetzgeber eine inhaltsleere Vorschrift entwerfen wollte.

- Bei teleologischer Betrachtung meint § 1006 Abs. 2 BGB tatsächlich etwas ganz anderes. So wird aufgrund von § 1006 Abs. 2 BGB zugunsten des früheren Besitzers vermutet, dass – trotz Besitzverlusts – sein Eigentum fortbesteht, solange die Voraussetzungen eines Verlusttatbestands (z.B. § 929 Satz 1 BGB) nicht bewiesen sind oder anderweitig feststehen (z.B. durch Geständnis gem. § 288 ZPO).

(3) Der Vorrang von § 1006 Abs. 2 BGB gegenüber § 1362 BGB

Nachdem der Alleinbesitzer die eheliche Lebensgemeinschaft begründet und die Sache in die Ehewohnung verbracht hat, treten also zwei unterschiedliche Vermutungswirkungen zueinander in Konkurrenz: Nach § 1362 BGB ist bis zum Beweis des Gegenteils vom Eigentum des Schuldnerhegatten auszugehen, während nach § 1006 Abs. 2 BGB das fortbestehende Alleineigentum des früheren Alleinbesitzers vermutet wird. Der BGH hält dabei § 1006 Abs. 2 BGB für eine *lex specialis* im Verhältnis zu § 1362 BGB.

Da B ihren früheren Alleinbesitz an der Kommode beweisen kann, gelingt es ihr auf Grundlage der Rechtsprechung des BGH auch, ihr Alleineigentum daran darzutun.

b) Eigentumslage hinsichtlich des Sekretärs

Hinsichtlich des Sekretärs funktioniert der Ausweg über den Nachweis des früheren Alleinbesitzes nicht. B macht selbst geltend, erst während der Ehe mit A den Sekretär von ihm gem. § 929 Satz 1 BGB übereignet bekommen zu haben.

aa) Einigung

Die Einigung über den Eigentumsübergang an dem Sekretär haben A und B in dem vorgelegten Schreiben niedergelegt. Dem Bestimmtheitserfordernis des Verfügungsgeschäfts genügt dieses deshalb, weil die Übereignung sämtlicher Mobilien innerhalb räumlich bestimmbarer Sphären keinen Raum für Missverständnisse lässt. Solange die Voraussetzungen des § 117 BGB nicht dargetan sind, besteht auch kein Anlass an der Wirksamkeit zu zweifeln.

bb) Übergabe oder Surrogat

- Die Übergabe i.S.d. § 929 Satz 1 BGB ist gegeben, wenn der Veräußerer jeden Besitz an der Sache verliert und der Erwerber stattdessen den Besitz an der Sache auf Veranlassung des Veräußerers erhält.
- Danach liegt hier deshalb ersichtlich keine Übergabe vor, weil A den unmittelbaren Mitbesitz an dem Sekretär behalten hat.
- Nach der Einigung mit B besitzt A den Sekretär jedoch nicht mehr als Eigenbesitzer, sondern in Anerkennung des Oberbesitzes der B. Somit sind die Voraussetzungen des Übergabesurrogats gem. § 930 BGB erfüllt.

cc) Verfügungsbefugnis

Schließlich hat B als in der Verfügungsmacht nicht beschränkter Alleineigentümer verfügt. Somit ist B Eigentümerin des Sekretärs.

B ist Alleineigentümerin beider gepfändeter Sachen. In Bezug auf beide hat sie somit ein die Vollstreckung hinderndes Recht i.S.d. § 771 Abs. 1 ZPO

c) Keine anderweitige Duldungspflicht

Gleichwohl ist die Klage nur dann erfolgreich, wenn B die Vollstreckung nicht aus anderen Gründen hinnehmen muss. Solche anderen Gründe können darin bestehen, dass der Beklagte ein besseres Recht an dem Vollstreckungsgegenstand hat,²⁸ ferner im Fall der Mithaftung, wenn also der Vollstreckungsgegenstand²⁹ oder der Kläger persönlich für die Titelforderung haften,³⁰ sowie schließlich in den Fällen der Verwirkung nach § 242 BGB.³¹

In Bezug auf die Kommode ist insoweit nichts ersichtlich.

Hinsichtlich des Sekretärs ist indes zu bedenken, dass die Übereignung womöglich nach § 4 AnfG anfechtbar ist. In diesem Fall würde § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG gelten. Danach gilt: Was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss dem Gläubiger zur Verfügung gestellt werden, soweit es zu dessen Befriedigung erforderlich ist. Dann ist es auch nur konsequent, eine anderweitige Duldungspflicht anzunehmen, die der Drittwiderspruchsklage in Bezug auf den Sekretär die Erfolgsaussichten nimmt.

Hinsichtlich der Kommode ist die Drittwiderspruchsklage somit zulässig und begründet und wird folglich erfolgreich sein. In Bezug auf den Sekretär spricht einiges für die Anfechtbarkeit dieser Übereignung nach Maßgabe des § 4 AnfG. Für diesen Fall ist eine anderweitige Duldungspflicht anzunehmen, die die Klage unbegründet und somit erfolglos macht.

²⁸ BGH, NJW 1985, 1959, 1961 f.; BeckOK/Preuß (Fn. 15) § 771 ZPO Rn. 35.

²⁹ MünchKomm/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7) § 771 ZPO Rn. 48.

³⁰ H.M., etwa, in: BeckOK/Preuß (Fn. 15) § 771 ZPO Rn. 37; Musielak/Voit/Lackmann (Fn. 20) § 771 Rn. 33.

³¹ Musielak/Voit/Lackmann (Fn. 20) § 771 Rn. 33; MünchKomm/K. Schmidt/Brinkmann (Fn. 7) § 771 ZPO Rn. 51.

§ 6 Gesetzliches und vertragliches Güterrecht Güterrecht I

A. Allgemeines

I. Begriff des Güterrechts

Das eheliche Güterrecht findet sich in den §§ 1363 bis 1563 BGB. Man sagt, dass das Güterrecht regelt, inwieweit das Zusammenleben der Ehegatten in einer ehelichen Lebensgemeinschaft auch eine Gemeinschaft des Vermögens und der Vermögensverwaltung bedeute.

II. Das Güterrecht und andere vermögensrechtliche Regelungen des Eherechts

- Diese Beschreibung des Güterrechts ist sicherlich richtig, gleichzeitig aber doch etwas unpräzise. Denn die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten zueinander sind keineswegs ausschließlich im Güterrecht geregelt.
- Daneben stehen vielmehr die allgemeinen Ehwirkungen, soweit sie die Vermögenszuordnung betreffen. Hier gilt: Für die durch die allgemeinen Ehwirkungen aufgestellten Regeln und Grundsätze ist nur dort Platz, wo das Güterrecht keine Regelung getroffen hat.
- Weiter sind die Fälle zu berücksichtigen, in denen die Eheleute nicht nur miteinander verheiratet sind, sondern auch anderweitig vermögenswirksame Aktivitäten entfalten. So liegt es insbesondere, wenn sie gemeinsam ein Unternehmen betreiben oder wirtschaftliche Austauschgeschäfte miteinander tätigen. Diese spezifischen vermögenswirksamen Aktivitäten von Eheleuten unterliegen zunächst den für sie geltenden allgemeinen Regeln. Die allgemeinen Ehwirkungen sind insoweit mindestens weitestgehend verdrängt. Das Güterrecht erfasst solche Aktivitäten nur zum Teil. Für die gesamte Fallgruppe hat sich die Sammelbezeichnung „Nebengüterrecht“ herausgebildet.

B. Der gesetzliche Güterstand

I. Begriff und Charakteristika der Zugewinnngemeinschaft

- Gem. § 1363 Abs. 1 BGB leben die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren.
- Hierzu stellt § 1363 BGB klar, dass das Vermögen jedes der beiden Ehegatten auch nach der Eheschließung selbständig bleibt. Ohne eine gesonderte Vereinbarung wird kein gemeinschaftliches Vermögen gebildet. Das gilt auch, sofern einer der Ehegatten während der Ehe Vermögensgegenstände erwirbt, § 1363 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB.
- Nach § 1364 BGB verwaltet auch jeder Ehegatte sein Vermögen grundsätzlich selbst.

II. Wirkungen der Zugewinnngemeinschaft während des ehelichen Zusammenlebens

- Die Charakteristika der Zugewinnngemeinschaft zeigen, dass dieser gesetzliche Güterstand vermögensmäßig auf der Gütertrennung basiert.

- Dementsprechend spielen die Bestimmungen über die Zugewinnsgemeinschaft während des ehelichen Zusammenlebens auch nicht die ganz große Rolle. Vielmehr werden die Vermögensverhältnisse der Ehegatten zueinander in erster Linie durch die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln und durch die allgemeinen Ehwirkungen bestimmt.
- Erst am Ende des Güterstands entfaltet die Zugewinnsgemeinschaft ihre volle Wirkung. Denn nach § 1363 Abs. 2 Satz 2 BGB wird der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, ausgeglichen. Derjenige Ehegatte, der während des Güterstandes einen geringeren Zugewinn erzielt als der andere, erhält demnach einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch.

C. Die Vertragsgüterstände

I. Die Gütergemeinschaft

- Die Gütergemeinschaft ist geregelt in §§ 1415 bis 1518 BGB. Gem. § 1416 BGB entsteht eine einheitliche Vermögensmasse, das sog. Gesamtgut. Dieses Gesamtgut ist gesamthänderisch gebunden. Die Gütergemeinschaft ist neben der Personengesellschaft und der Erbengemeinschaft die dritte Gesamthand im deutschen bürgerlichen Recht.
- Nach § 1416 Abs. 1 BGB zählen zu dem Gesamtgut sowohl das Vermögen, das den Ehegatten bei der Vereinbarung dieses Güterstandes gehört, als auch dasjenige, das während der Ehe erworben wird. Ausgenommen ist nur das Sonder- und das Vorbehaltsgut gem. §§ 1417, 1418 BGB.
- Vergemeinschaftet werden nur die Aktiva, nicht auch die Schulden.
- In Deutschland ist die praktische Bedeutung der Gütergemeinschaft eher gering. In zahlreichen europäischen Staaten ist jedoch eine partielle Gütergemeinschaft in Form der „Errungenschaftsgemeinschaft“ sogar gesetzlicher Güterstand (z.B. Spanien, Frankreich, Italien, Polen). Dort wird nur das, was einer der Ehegatten während der Ehe erwirbt, zum Gesamtgut der Eheleute.

II. Die Gütertrennung

- Die Gütertrennung ist geregelt in § 1414 BGB.
- Eigentlich handelt es sich um keinen richtigen eigenen Güterstand. Im Verhältnis zur Zugewinnsgemeinschaft bleibt es bei den getrennten Vermögensmassen und es entfällt lediglich der schuldrechtliche Ausgleichsanspruch am Ende des Güterstandes.
- Die vermögensrechtlichen Beziehungen der Eheleute zueinander werden hier ausschließlich durch allgemeine Regeln, allgemeine Ehwirkungen und das Nebengüterrecht geregelt.

D. Der Ehevertrag und seine Wirksamkeit

Fall 14: („O tempora, o mores!“): nach BGH NJW 2006, 2331

Anton ist 45 Jahre alt und erzielt im Management eines international erfolgreich operierenden Unternehmens ein hohes Einkommen. Auf einer Geschäftsreise nach Brasilien lernte er vor zehn Jahren die damals 20-jährige Kellnerin Beatriz kennen. Sie kam mit Anton nach Deutschland, wo sie alsbald heirateten. Beatriz ist brasilianische Staatsangehörige und hat keine abgeschlossene Berufsausbildung. Während der Ehe haben Anton und Beatriz zwei Kinder bekommen, um die Beatriz sich zu Hause kümmerte. Sie tut dies auch nach der Trennung weiter.

Anton hatte bereits bei der Eheschließung geahnt, dass er der Gegenwart von Beatriz irgendwann überdrüssig werden könnte. Für diesen Fall wollte er sich vertraglich absichern. So schlossen Anton und Beatriz einen notariell beurkundeten Ehevertrag, in dem sie Gütertrennung vereinbarten und wechselseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt sowie den Ausgleich von Versorgungsansprüchen verzichteten. Im Scheidungsverfahren macht Beatriz ihren Anspruch auf Zugewinnausgleich aus § 1378 Abs. 1 BGB geltend, der sich korrekt berechnet auf 2,5 Mio. Euro beläuft. Anton wendet ein, dass dieser Anspruch vertraglich ausgeschlossen sei.

Kann Beatriz von Anton Zahlung von 2,5 Mio. Euro Zugewinnausgleich verlangen?

B kann von A Zugewinnausgleich i.H.v. 2,5 Mio. Euro verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 1378 Abs. 1 BGB erfüllt sind. Zwar ergibt sich nach beider Vermögensentwicklung rechnerisch solch ein Anspruch. Jedoch setzt § 1378 Abs. 1 BGB voraus, dass die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten. Anlässlich ihrer Eheschließung haben A und B jedoch Gütertrennung vereinbart. Dementsprechend besteht der Anspruch aus § 1378 Abs. 1 BGB nicht, wenn die vertragliche Vereinbarung der Gütertrennung wirksam ist.

I. Die Formwirksamkeit der Vereinbarung

1. Die Formbedürftigkeit des Ehevertrags gem. §§ 1408, 1410 BGB

- Gem. § 1410 BGB muss der Ehevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden. Ein ohne diese Form abgeschlossener Ehevertrag ist gem. § 125 Satz 1 BGB nichtig.
- Legaldefiniert ist der Ehevertrag gem. § 1408 Abs. 1 BGB als ein Vertrag, durch den die Eheleute ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln. Von dieser Begriffsbeschreibung ist zum einen der Wechsel von einem Güterstand in einen anderen erfasst. Zum anderen erfolgt aber auch die Änderung der güterrechtlichen Verhältnisse in Bezug auf einen einzelnen Vermögensgegenstand durch Ehevertrag. So liegt es etwa, wenn bei grundsätzlicher Geltung der Zugewinnngemeinschaft ein einzelner Vermögensgegenstand aus der Ausgleichsberechnung herausgenommen wird.

Hier haben A und B vereinbart, dass anstelle der Zugewinnngemeinschaft gem. § 1363 Abs. 1 BGB die Gütertrennung gem. § 1414 BGB gelten soll. Dieser Vertrag bedarf somit der notariellen Beurkundung.

2. Die Formbedürftigkeit der Abreden über den Unterhalt

- Der nacheheliche Unterhalt ist in §§ 1569 ff. BGB geregelt.
- Gem. § 1585c Satz 1 BGB handelt es sich insoweit nicht um zwingendes Recht. Vielmehr können die Beteiligten hierüber vertragliche Verabredungen treffen. Wird der Vertrag über die Unterhaltsgewährung jedoch geschlossen, bevor der Scheidungsbeschluss rechtskräftig geworden ist, bedarf er der notariellen Beurkundung (§ 1585c Satz 2 BGB).

Hier haben A und B anlässlich ihrer Hochzeit vereinbart, dass A der B abweichend von der dispositiven Gesetzeslage keinen nachehelichen Unterhalt zahlen solle. Folglich ist der Vertrag auch insoweit notariell beurkundungsbedürftig.

3. Die Formbedürftigkeit der Abreden über den Versorgungsausgleich

- Der Versorgungsausgleich betrifft den Ausgleich von Anrechten auf eine Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit. Dabei gilt, dass die während der Ehe erwirtschafteten Versorgungsansparungen jeweils beiden Partnern zu gleichen Teilen zustehen. Im Fall der Scheidung werden etwaige Differenzen ausgeglichen.
- Der Versorgungsausgleich ist in §§ 1 ff. VersAusglG geregelt. Gem. § 6 VersAusglG sind die gesetzlichen Bestimmungen hierüber ebenfalls kein zwingendes Recht. Die Eheleute können den Versorgungsausgleich sogar ganz oder teilweise ausschließen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG). Wegen § 7 Abs. 1 VersAusglG bedarf eine Regelung über den Versorgungsausgleich jedoch der notariellen Beurkundung, wenn die Beteiligten sie vor Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses treffen.

A und B haben anlässlich ihrer Hochzeit vereinbart, dass A der B für den Scheidungsfall keinen Versorgungsausgleich schulden solle. Folglich ist der Vertrag auch insoweit notariell beurkundungsbedürftig.

4. Notarielle Beurkundung

Der Vertrag, der sämtliche Teilregelungen enthält, ist notariell beurkundet worden. Jedenfalls ist die Vereinbarung formwirksam.

II. Die materielle Wirksamkeit dieser Vereinbarung („Inhaltskontrolle“)

Freilich muss die Vereinbarung auch materiell wirksam sein, d.h. einer Inhaltskontrolle standhalten. Zwar sind die Vereinbarung der Gütertrennung sowie der Ausschluss nachehelichen Unterhalts und des Versorgungsausgleichs für sich genommen jeweils möglich. Jedoch wirkt sich der vollständige Ausschluss sämtlicher Scheidungsfolgen hier letztlich einseitig zu Lasten der B aus. Dies liefert den Anlass für die Inhaltskontrolle. Kontrollmaßstab ist insoweit § 138 Abs. 1 BGB. Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige des Vertragsschlusses.

1. Verstoß gegen die guten Sitten

- Gem. § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Sittenwidrig ist ein Rechtsgeschäft dabei dann, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.
- Der sittenwidrige Charakter des Rechtsgeschäfts kann sich schon aus seinem Inhalt ergeben („Inhaltssittenwidrigkeit“). So liegt es, wenn schon der objektive Inhalt des Rechtsgeschäfts mit grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist.
- U.U. ergibt sich die Sittenwidrigkeit aber auch erst aus dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts („Umstandssittenwidrigkeit“). Insoweit ist eine Gesamtwürdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts, sowie der äußeren Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, vorzunehmen. In diesem Fall ist in subjektiver Hinsicht erforderlich, dass der Handelnde die Umstände kennt, aus denen sich die Gesamtbewertung des Rechtsgeschäfts als sittenwidrig ergibt.

Die hier getroffenen Einzelregelungen über den Güterstand und die Scheidungsfolgen sind nicht von vornherein und schlechthin verboten oder verwerflich. Inhaltssittenwidrigkeit kommt somit nicht in Betracht. Womöglich ergibt sich aber aus einer Gesamtwürdigung des Zusammenwirkens der Einzelregelungen sowie der weiteren Umstände, dass der Ehevertrag teilweise oder ganz als sittenwidrig einzustufen ist.

2. Ausgangspunkt: Privatautonomie

- Für die Regelung der rechtlichen Beziehungen von Privatrechtssubjekten untereinander gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Das ist auch im Ehevertragsrecht nicht anders. Art. 6 Abs. 1 GG garantiert dabei gewissermaßen eine „Ehevertragsfreiheit“.
- Es gilt somit auch im Ehevertragsrecht die Vorstellung, dass beide Parteien ihre Vertragsinhalte auf Augenhöhe verhandeln und am Ende zu einem Ergebnis gelangen, das beiden Interessen am besten entspricht. Andernfalls wäre man zu keiner Einigung gekommen und hätte es bei der dispositiven Gesetzesregelung belassen.
- Zwar mag es sein, dass zahlreiche Verträge dabei zu Ergebnissen führen, die für den Außenstehenden eine scheinbar unangemessene Nutzen-Lasten-Verteilung zugunsten einer der Vertragsparteien begründen. Doch macht dieser Umstand allein den Vertrag nicht unwirksam. Die Privatautonomie gestattet es nämlich jedermann, auch für sich selbst nachteilige Geschäfte einzugehen.

3. Aber: Grenze der Privatautonomie bei gestörter Vertragsparität

a) Begriff

- Die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist aber dann überschritten, wenn eine einseitige Nutzen- und Lastenverteilung nicht auf dem freien Entschluss der benachteiligten Partei beruht, sondern aufgrund eines deutlichen Übergewichts der begünstigten Partei bei den Vertragsverhandlungen.

- In diesem Fall hat die benachteiligte Partei die Lasten nämlich nicht in Wahrnehmung ihrer Privatautonomie übernommen. Vielmehr hat die Partei mit dem Verhandlungsübergewicht den Vertragsinhalt einseitig bestimmt. Ein umfassender Verzicht auf nacheheliche Ansprüche beeinträchtigt die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der verzichtenden Partei jedoch gegebenenfalls enorm und dauerhaft. Zur Gewährleistung der Privatautonomie bzw. der Ehevertragsfreiheit gem. Artt. 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG ist dann korrigierend in den Vertragsinhalt einzugreifen.
- Im Rahmen der Prüfung ist zweierlei festzustellen: Erstens eine evident einseitige Lastenverteilung. Zweitens die gestörte Vertragsparität.

b) Evident einseitige Lastenverteilung

aa) Grundsatz

Eine evident einseitige Lastenverteilung liegt vor, wenn ein Ehegatte ohne (nennenswerte) Kompensation auf Ansprüche verzichtet, die das dispositive Gesetzesrecht ihm während der Dauer der Ehe oder für die Zeit danach zuspricht.

Hier hat B auf den Zugewinn- und den Versorgungsausgleich verzichtet. Gleiches gilt für die nachehelichen Unterhaltsansprüche. Kompensation – etwa in Form pauschaler Abgeltungszahlungen o.ä. – ist B nicht versprochen. Eine evident einseitige Lastenverteilung liegt somit im Ausgangspunkt vor.

bb) Das Problem des wechselseitigen Verzichts

Allerdings hat nicht nur B auf ihre Ansprüche gegenüber A verzichtet, sondern auch umgekehrt A auf seine Ansprüche gegenüber B. Fraglich ist, ob dieser wechselseitige Verzicht die evident einseitige Lastenverteilung zum Nachteil der B entfallen lässt.

- Für die Feststellung der evident einseitigen Lastenverteilung kommt es nicht auf theoretische und praktisch inhaltsleere Ansprüche und Verpflichtungen an. Maßgeblich sind vielmehr die tatsächlichen Auswirkungen der Verzichtserklärung.
- Der Einwand des wechselseitigen Verzichts greift somit erst dann, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beide Ehegatten über einigermaßen gleiche Einkünfte verfügen und dies auch für die Zukunft so geplant ist. Dann nämlich kann auch beim Scheitern der Ehe jeder der beiden für sich sorgen. Zudem ist bei plangemäßigem Verlauf für jeden der beiden ein eigener Vermögens- und Altersvorsorgeaufbau gewährleistet. Auf die nachehelichen Ansprüche gegen den jeweils anderen sind sie dann nicht angewiesen, so dass der wechselseitige Verzicht hier tatsächlich keinen besser und keinen schlechter stellt.

Hier verfügte B im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über keinerlei eigene Einkünfte und keine berufliche Qualifikation. Sie war wirtschaftlich vollkommen von A abhängig. Eine Änderung dieses Zustands war nie beabsichtigt. Der formal wechselseitige Anspruchsverzicht wirkt sich somit tatsächlich allein zum Nachteil der B aus. Die evident einseitige Lastenverteilung steht im Ergebnis nicht in Frage.

c) Die Feststellung der gestörten Vertragsparität

Die evident einseitige Lastenverteilung genügt jedoch allein noch nicht, um die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB auszulösen. Hierfür ist vielmehr die weitere Feststellung erforderlich, dass diese evident einseitige Lastenverteilung das Resultat einer gestörten Vertragsparität ist, also der einseitigen Gestaltungsmacht der überlegenen Partei. Auf eine beim Vertragsschluss bestehende gestörte Vertragsparität kann alternativ anhand zweier Ansatzpunkte geschlossen werden:

aa) Gestörte Vertragsparität aufgrund äußerer Umstände

- Ohne weiteres liegt eine gestörte Vertragsparität vor, wenn der begünstigte Ehegatte eine Zwangslage des anderen ausnutzt, um so die Bedingungen der Schließung oder des Fortbestands der Ehe einseitig diktieren zu können.
- Eine solche Zwangslage ist etwa gegeben, wenn die Frau im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schwanger ist und der begünstigte Ehegatte die Ehe ohne den von ihm bevorzugten Vertrag nicht eingehen oder durch Scheidung beenden will. Ähnlich liegt es bei der Eheschließung mit einem Ausländer, der ohne die Heirat sein Aufenthaltsrecht verliert. Nicht anders liegt es schließlich beim Ausnutzen sprachlicher Verständnisschwierigkeiten.

bb) Gestörte Vertragsparität aufgrund der Kernbereichslehre

- Daneben kann die gestörte Vertragsparität sich aber auch aus der Kernbereichslehre ergeben. Man sagt: Die evident einseitige Lastenverteilung ist umso rechtfertigungsbedürftiger, je mehr sie den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts betrifft.
- Zu diesem Kernbereich zählen in erster Linie der Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB, der Unterhalt wegen Krankheit oder Alters gem. §§ 1571, 1572 BGB sowie der Versorgungsausgleich. Wird einem Ehegatten einer dieser Ansprüche kompensationslos genommen, zieht das regelmäßig die Sittenwidrigkeit nach sich.
- Eher zu rechtfertigen ist demgegenüber der Verzicht auf den Erwerbslosigkeitsunterhalt gem. § 1573 Abs. 1 BGB sowie auf den Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt gem. §§ 1573 Abs. 2, 1575 BGB. Am wenigsten Probleme bereitet der Verzicht auf den Zugewinnausgleich, denn dieser ist vom Gesetz selbst als Güterstand der Gütertrennung vorgesehen.

Vorliegend lässt sich nicht mit letzter Sicherheit sagen, ob A tatsächlich eine Zwangslage der B ausnutzte, um den Vertrag mit diesem Inhalt durchzusetzen. Jedenfalls greift er aber in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ein, indem er jeglichen nachehelichen Unterhalt und den Versorgungsausgleich ausschließt. Folglich liegt eine gestörte Vertragsparität vor. Der Vertrag ist sittenwidrig gem. § 138 Abs. 1 BGB.

4. Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite ordnet § 138 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit an. Hier stellt sich Frage, wie weit diese Nichtigkeitsfolge reicht.

a) Denkbar: Beschränkung auf den die Nichtigkeit begründenden Teil

Denkbar ist es, von der Nichtigkeitsfolge nur diejenigen Teile des Vertragswerks als betroffen anzusehen, die die Nichtigkeit begründen. Hier wäre das der Verzicht auf die Unterhaltsansprüche und auf den Versorgungsausgleich. Konkret geltend gemacht ist jedoch der Zugewinnausgleich, der isoliert betrachtet zulässig wäre. Für eine solche Sichtweise spricht:

- Bei dem einheitlichen Vertrag handelt es sich letztlich um drei getrennt zu betrachtende Rechtsgeschäfte, die lediglich in einer Urkunde zusammengefasst sind.
- Selbst wenn man dies anders sehen wollte, würde eine Parallele zu dem aus dem AGB-Recht bekannten Blue-Pencil-Test ergeben, dass die außerhalb des Kernbereichs stehenden Vertragsklauseln Bestand haben.
- I.Ü. gilt das dem AGB-Recht entstammende Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht auch im allgemeinen Vertragsrecht. Vielmehr kann man hier jedenfalls auf dem Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu dem Ergebnis kommen, dass die Parteien ein Festhalten an der Gütertrennung auch für den Fall wünschen, dass der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich sich als unwirksam erweist.

b) Richtig: Vollständige Nichtigkeit

Richtig ist es aber, alle Regelungen des Vertrags von der Nichtigkeitsfolge erfasst anzusehen, wenn auch nur in Bezug auf einzelne Klauseln eine gestörte Vertragsparität feststellbar ist:

- Die Aussage, dass die Vereinbarung von Gütertrennung sowie wechselseitigem Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich letztlich getrennte Rechtsgeschäfte seien, trifft nur formal zu. Sie sind alle zum selben Zeitpunkt abgeschlossen worden und betreffen sämtlich Scheidungsfolgen. Deshalb handelt es sich inhaltlich um ein einheitliches Geschäft. Selbst wenn drei verschiedene Urkunden angefertigt worden wären, würde sich nichts daran ändern, dass sie inhaltlich aufeinander bezogen sind und zusammenhängen.
- Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, eine infolge gestörter Vertragsparität geschehene evident einseitige Lastenverteilung auf das gerade noch zulässige Maß zurechtzustutzen.

Folglich ist der Ehevertrag vollständig unwirksam, insbesondere auch in Bezug auf die Vereinbarung der Gütertrennung. Daher hat B gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 2,5 Mio. Euro aus § 1378 Abs. 1 BGB.

E. Die Ausübungskontrolle

Fall 14: Abwandlung

Anton ist 45 Jahre alt und erzielt im Management eines international erfolgreich operierenden Unternehmens ein hohes Einkommen. Beatriz ist eine hoch veranlagte, erfolgreiche und bereits gut bezahlte Programmiererin. Als beide nach Deutschland kommen, planen sie ihre jeweiligen Karrieren weiterhin energisch zu verfolgen. Kinder wollen sie nicht. Vor dem Hintergrund dieses Plans schließen sie denselben Ehevertrag wie im Ausgangsfall.

In den folgenden Jahren überdenken Anton und Beatriz ihre Haltung zur Kinderfrage. Als sie Zwillinge bekommen, beschließt Beatriz, beruflich kürzer zu treten und lediglich noch kleinere Projekte zu betreuen.

Kann Beatriz von Anton im Scheidungsfall Zahlung von 2,5 Mio. Euro Zugewinnausgleich verlangen?

Im Vergleich mit dem Ausgleichsfall stellt sich lediglich die Frage, ob der Ehevertrag auch angesichts dieser veränderten Umstände gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

I. Die Inhaltskontrolle in der Abwandlung

Aus den Grundsätzen über die Inhaltskontrolle von Eheverträgen folgt, dass solch ein Vertrag i.Erg. dann standhält, wenn im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses entweder keine evident einseitige Lastenverteilung gegeben ist oder die evident einseitige Lastenverteilung nicht auf einer gestörten Vertragsparität beruht.

In der Abwandlung ist der Vertrag deshalb nicht unwirksam. Hier verfügt B über ein eigenes gutes Einkommen und eine hohe berufliche Qualifikation. Auch war im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht geplant, dass sie ihren Beruf ehebedingt später nur noch eingeschränkt ausüben werde. Die spätere Änderung der dem Vertrag zugrunde liegenden Umstände ist für die Inhaltskontrolle bedeutungslos.

II. Die Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB

Dennoch wäre es unbillig, in solchen Situationen die Folgen der veränderten Umstände ausschließlich einem der beiden Ehegatten zuzuweisen.

1. Die Kontrollfrage

- Wenn der Vertrag der Inhaltskontrolle auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses standhält, ist deshalb im Anschluss eine Ausübungskontrolle auf Grundlage von § 242 BGB durchzuführen. Die Kontrollfrage lautet: Hielte der Vertrag einer Inhaltskontrolle auch stand, wenn er mit unverändertem Inhalt jetzt abgeschlossen würde? Wenn diese Frage verneint wird, besteht Eingriffsbedarf.
- Würden A und B denselben Vertrag jetzt abschließen, würde er einer Inhaltskontrolle nicht mehr standhalten. Seit der Geburt der Zwillinge verfügt B lediglich noch über sehr viel geringere Einkünfte als früher. Der formal wechselseitige Verzicht auf sämtliche Ansprüche des

Scheidungsfolgenrechts träge somit tatsächlich nur sie. Eine evident einseitige Lastenverteilung wäre somit gegeben. Außerdem läge ein Eingriff in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts vor, so dass auch die gestörte Vertragsparität zu bejahen wäre.

Somit ist es unbillig, unverändert an dem Vertrag festzuhalten.

2. Rechtsfolge

Während bei der Inhaltskontrolle die scharfe Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit eintritt, ist bei der Ausübungskontrolle der Eingriff wesentlich weniger intensiv. Hier nimmt das Gericht lediglich eine angemessene Anpassung vor.

Danach ginge es sicher zu weit, der B im Rahmen der Ausübungskontrolle den vollen Zugewinnanspruch für die gesamte Dauer der Ehe einzuräumen. Ein denkbarer Lösungsweg wäre etwa, auf den Stichtag abzustellen, an dem B ihre Berufstätigkeit zurückgefahren hat, und über den jeweiligen Zugewinn eine Schätzung vorzunehmen.

§ 7 Geschäfte über das Vermögen im Ganzen Güterrecht II

A. Allgemeines

I. Regelungsgehalt des § 1365 BGB

- Gem. § 1363 Abs. 2 BGB beeinflusst der Bestand der Ehe als solcher die individuelle Vermögenszuordnung jedenfalls dann nicht, wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben. Dem entspricht § 1364 Hs. 1 BGB, dem zufolge jeder Ehegatte sein eigenes Vermögen grundsätzlich frei und in eigener Verantwortung verwaltet.
- Dieses Recht zur eigenverantwortlichen Vermögensverwaltung steht jedoch unter dem Vorbehalt mancher Sonderregelungen (§ 1364 Hs. 2 BGB). Deren wichtigste ist § 1365 BGB. Danach kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen.

II. Sinn und Zweck des § 1365 BGB

Diese Einschränkung der Befugnis, das eigene Vermögen zu verwalten, bezweckt zweierlei:

- Zunächst soll dieser Vorbehalt die wirtschaftliche Grundlage der ehelichen Lebensgemeinschaft erhalten und somit den Familienunterhalt sichern. Denn das Vermögen der Ehegatten dient nach § 1360 Satz 1 BGB als Unterhaltsquelle für die Ehe. Gibt einer der Ehegatten sein gesamtes Vermögen weg, entfällt diese Quelle für den Familienunterhalt.
- Darüber hinaus sichert § 1365 BGB den künftigen Anspruch des anderen Ehegatten auf Zugewinnausgleich. Sobald nämlich ein Ehegatte anfängt, ohne Einverständnis des anderen sein gesamtes Vermögen beiseite zu schaffen, verhält er sich diesem gegenüber illoyal und gefährdet dessen Zugewinnausgleichsanspruch. Das mag wegen § 1378 Abs. 2 Satz 2 BGB i.V.m. § 1375 Abs. 2 Satz 1 BGB zwar nicht in rechnerischer Hinsicht gelten. Wenn aber kein Vermögen mehr vorhanden ist, aus dem ein rechnerischer Ausgleichsanspruch realisiert werden könnte, ist die Position des Ausgleichsberechtigten im Ergebnis wertlos.

III. Folgen eines fehlenden Einverständnisses des anderen Ehegatten

Gem. § 1366 Abs. 1 BGB ist ein Gesamtvermögensgeschäft, das ein Ehegatte ohne Einverständnis des anderen vorgenommen hat, zunächst schwebend unwirksam. Das endgültige Schicksal des Rechtsgeschäfts hängt von der Genehmigung des anderen Ehegatten ab. Insgesamt ist § 1366 BGB ganz ähnlich strukturiert wie § 108 BGB.

B. Tatbestand und Rechtsfolgen des § 1365 BGB

Fall 15: („Pack schlägt sich, Pack verträgt sich“):

Die Eheleute Anton (A) und Bertha (B) sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand. Sie sind getrennt und das Scheidungsverfahren ist eingeleitet. A ist Eigentümer eines Grundstücks und als solcher im Grundbuch eingetragen. A und B hatten geplant, auf diesem Grundstück ihr Eigenheim zu errichten. A sieht diesen Plan als gescheitert an und möchte das Grundstück schnellstmöglich veräußern. Er verkauft es – ohne B von seinen Absichten vorab in Kenntnis zu setzen – mit notariellem Vertrag vom 3. Mai 2016 wertentsprechend für 500.000,- Euro an die ihm gut bekannte Immobilienspekulantin Clara (C). Das gesamte Vermögen des A hat einen Wert von 525.000,- Euro. C ist mit den Vermögensverhältnissen des A vertraut. In dem Vertrag erklären A und C auch die Auflassung und beantragen, den Übergang des Eigentums einzutragen. Zugleich beantragt und bewilligt A die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Auflassungsanspruchs von C.

Bevor das Familiengericht die Scheidung ausspricht, versöhnen sich A und B. A beichtet B die Veräußerung seines Grundstücks. B, die Rechtsanwältin ist, meint, dass sie dieses Problem schon regeln werde. Unter dem Briefkopf ihrer Kanzlei teilt B der C am 17. Juli 2016 schriftlich und unter Vorlage entsprechender Dokumente den Sachverhalt mit. Sie führt weiter aus, dass sie mit dem Grundstücksgeschäft des A keineswegs einverstanden sei. Am 31. Juli 2016 trägt das Grundbuchamt C als Eigentümerin in das Grundbuch ein.

Kann B von C die Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen?

Fraglich ist, ob A von C die Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann. Anspruchsziel ist damit die Abgabe der Erklärung nach § 19 GBO in der Form des § 29 GBO. Ein solcher Anspruch des A kann sich aus § 894 BGB ergeben. Er setzt voraus, dass der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht.

I. Unrichtigkeit des Grundbuchs

Zunächst muss das Grundbuch in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück unrichtig sein. Als Eigentümer des Grundstücks ist C eingetragen. Somit ist das Grundbuch dann unrichtig, wenn C in Wirklichkeit kein Eigentum daran erworben hat.

1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war A Eigentümer des Grundstücks.

- Das korrespondiert mit der in § 891 Abs. 1 BGB aufgestellten Vermutung.
- Insbesondere ändert an dieser Eigentumslage auch der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nichts. Nach § 1363 Abs. 2 BGB sind getrennte Vermögensmassen der Eheleute Bestandteil des gesetzlichen Güterstands.

2. Eigentumsverlust an C durch Übereignung gem. §§ 873, 925 BGB?

Jedoch könnte A das Grundstück gem. §§ 873, 925 Abs. 1 BGB an C übereignet haben. Das erfordert eine wirksame Auflassung, die Eintragung von C in das Grundbuch und die Verfügungsbefugnis des A.

Die Eintragung des C ist am 31. Juli 2016 erfolgt. Auch war A als in der Verfügungsmacht nicht beschränkter Inhaber des Vollrechts „Eigentum“ Verfügungsbefugt. Fraglich bleibt, ob eine wirksame Auflassung als dinglicher Vertrag vorliegt. Dieser erfordert eine Einigung, der rechtshindernde Einwendungen nicht entgegenstehen.

a) Austausch von Willenserklärungen

Die Auflassung bedeutet die Einigung über den Eigentumsübergang. A und C müssen also Willenserklärungen dieses Inhalts ausgetauscht haben, §§ 145, 147 BGB. Der Austausch von Willenserklärungen des Inhalts, dass das Eigentum an dem Grundstück von A auf C übergehen solle, erfolgte am 3. Mai 2016.

b) Keine Unwirksamkeit gem. §§ 125 Satz 1, 925 Abs. 1 BGB

Diese Einigung ist gem. §§ 125 Satz 1, 925 Abs. 1 BGB nur dann wirksam, wenn A und C ihre jeweilige Erklärung bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle abgegeben haben.

- A und C einigten sich am 3. Mai 2015 vor einem Notar. Notare sind nach § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB zuständige Stelle im Sinn dieser Vorschrift.
- Da die Auflassung auch weder unter einer Bedingung noch unter einer Zeitbestimmung erfolgte, greift auch § 925 Abs. 2 BGB nicht ein.

c) Unwirksamkeit gem. § 1366 Abs. 1 BGB?

A ist aber mit B verheiratet und lebt mit ihr im gesetzlichen Güterstand. Zwar lässt der gesetzliche Güterstand gem. § 1363 Abs. 2 BGB die individuelle Vermögenszuordnung unberührt. Auch verwaltet jeder der Ehegatten gem. § 1364 BGB sein Vermögen selbständig und in eigener Verantwortung. Allerdings unterliegt er dabei den in §§ 1365 ff. BGB aufgestellten Beschränkungen.

Insoweit ist zu bedenken, dass das Grundstück den wesentlichen Bestandteil des Vermögens des A ausmacht. Dies könnte genügen, um ein Gesamtvermögensgeschäft i.S.d. § 1365 BGB anzunehmen. Sollte dies der Fall sein, bedürfte das Geschäft der Einwilligung des anderen Ehegatten. Sofern diese Einwilligung fehlt, ist das Geschäft nach Maßgabe des § 1366 BGB unwirksam.

aa) Anwendungsbereich des § 1365 BGB

Zunächst muss der Anwendungsbereich des § 1365 BGB eröffnet sein.

(1) Gegenständlicher Anwendungsbereich

Was den gegenständlichen Anwendungsbereich betrifft, so beschränkt § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB den Einwilligungsvorbehalt zunächst nur auf das Verpflichtungsgeschäft.

- Freilich wäre der Zweck des § 1365 BGB – die wirtschaftlichen Grundlagen der Ehe zu schützen und die Werthaltigkeit des künftigen Anspruchs auf Zugewinnausgleich sicherzustellen – nur unvollständig verwirklicht, wenn Verfügungsgeschäfte vollständig vom Anwendungsbereich dieser Norm ausgeschlossen wären.
- Deshalb erstreckt § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB das Einwilligungserfordernis auch auf Verfügungsgeschäfte, wenn bereits das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft ohne Einwilligung des anderen Ehegatten erfolgte. Hat der andere Ehegatte hingegen in das Verpflichtungsgeschäft eingewilligt, umfasst diese Einwilligung auch das zugehörige dingliche Geschäft. Genehmigt der andere Ehegatte später das dingliche Geschäft, ist auch das Verpflichtungsgeschäft konsentiert.

Hier geht es um die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts, für dessen zugehöriges Verpflichtungsgeschäft keine Einwilligung gegeben ist. § 1365 BGB ist auf das Verfügungsgeschäft folglich anwendbar.

(2) Zeitlicher Anwendungsbereich

- In zeitlicher Hinsicht gilt der Einwilligungsvorbehalt, sobald der gesetzliche Güterstand begründet ist und endet erst zeitgleich mit diesem, sei es durch Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses, vertragliche Aufhebung oder Beendigung des Güterstands durch Beschluss nach § 1385 BGB.
- Zum Zeitpunkt der Einigung über die Übereignung des Grundstücks waren A und B noch verheiratet. Der Güterstand dauerte folglich noch an, so dass auch der zeitliche Anwendungsbereich eröffnet ist.
- Zwar lebten A und B zu diesem Zeitpunkt bereits getrennt. Doch stellt das Getrenntleben die Geltung des § 1365 BGB weder systematisch noch teleologisch in Frage. Denn auch während des Getrenntlebens ist Familienunterhalt in Form des § 1361 BGB geschuldet, für den das Vermögen erhalten bleiben muss. Gleiches gilt für die Sicherung des bevorstehenden Anspruchs auf Zugewinnausgleich.

Auch der zeitliche Anwendungsbereich des § 1365 BGB ist eröffnet.

bb) Gesamtvermögensgeschäft

Darüber hinaus muss das Geschäft des A eine Verfügung über sein Vermögen im Ganzen darstellen. Daran bestehen Zweifel, weil das Grundstück des A nur einen einzelnen Vermögensgegenstand darstellt, er aber gleichzeitig über weiteres Vermögen verfügt. Außerdem erhält er als Gegenleistung für das Grundstück einen wertentsprechenden Vermögenszufluss i.H.v. 500.000,-- Euro.

(1) Denkbar: Gesamttheorie

Der Begriff des Gesamtvermögensgeschäfts ist umstritten.

(a) Die These

Teile der Literatur verfolgen den Ansatz, dass ein Gesamtvermögensgeschäft i.S.d. § 1365 Abs. 1 BGB nur dann gegeben sei, wenn das Rechtsgeschäft auf das Vermögen als solches und insgesamt abstelle; es genüge nicht, wenn durch das Geschäft einzelne Gegenstände transferiert würden, die in der Summe das gesamte Vermögen des Ehegatten ausmachen („Gesamttheorie“).

Folgt man dem, dann ist § 1365 Abs. 1 BGB hier nicht verwirklicht, denn Gegenstand des Geschäfts war das Grundstück als einzelner Gegenstand.

(b) Dafür spricht

Die Gesamttheorie stützt sich im Wesentlichen auf den Wortlaut des § 1365 BGB.

(c) Aber dagegen

Aus teleologischer Sicht überzeugt diese Gesamttheorie indes nicht.

- Betrachtet man das Verfügungsgeschäft isoliert, gehen die Vermögensgegenstände stets in Einzelgeschäften über, um zumindest bestimmbar zu sein. Ob hinter einer Einzelauflistung dann der Wille steht, das gesamte Vermögen als solches zu übertragen oder ob die Parteien die einzelnen Gegenstände in das Zentrum ihres Interesses rücken, ist dann nicht immer eindeutig abgrenzbar.
- Die wirtschaftlichen Grundlagen der Ehe und der künftige Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns können bereits durch Geschäfte über einzelne Vermögensgegenstände gefährdet werden, wenn diese Gegenstände objektiv das ganze oder im Wesentlichen das ganze Vermögen des beteiligten Ehegatten ausmachen.

Die Gesamttheorie ist abzulehnen.

(2) Richtig deshalb: Einzeltheorie

- Richtig ist es deshalb, mit der sog. Einzeltheorie auch einzelne Rechtsgeschäfte als Gesamtvermögensgeschäfte i.S.d. § 1365 BGB anzuerkennen, wenn sie in der Summe entweder das gesamte oder doch wenigstens wesentliche Teile des Vermögens des Verfügenden ausmachen.
- Für die Beurteilung hat sich als Regel herausgebildet, dass bei kleinen Vermögen dann kein Gesamtvermögensgeschäft vorliegt, wenn der beteiligte Ehepartner wenigstens 15% seines gesamten Vermögens als Restvermögen zurückbehält, bei großen Vermögen wenigstens 10% seines gesamten Vermögens.
- Starre Grenzen dafür, was ein größeres und was ein kleineres Vermögen ist, erkennt der BGH nicht an. Als Richtwert mag man jedoch ein kleines Vermögen lediglich bis zur Grenze von 50.000,- Euro annehmen.
- Das Vermögensgeschäft muss nicht unbedingt auf die Übertragung des Vollrechts gerichtet sein. Vielmehr genügen auch dingliche Belastungen, wenn sie das

Vermögen nur insgesamt nach den für die Einzeltheorie entwickelten Wertgrenzen auszehren.

Zum Zeitpunkt der Übereignung belief sich das Vermögen des A auf 525.000,- Euro. Es handelt sich mithin um ein größeres Vermögen. Nach der Weggabe des Grundstücks verbleiben 25.000,- Euro und damit weniger als 5% seines Vermögens. Somit handelt es sich bei der Übereignung des Grundstücks von A an C in jedem Fall um ein Gesamtvermögensgeschäft i.S.d. § 1365 Abs. 1 BGB.

(3) Die unbeachtliche Gegenleistung

Freilich ändert sich diese Berechnung, wenn man die erhaltene Gegenleistung mitberücksichtigt. Dann nämlich wurden lediglich wertentsprechende Vermögensgegenstände ausgetauscht und eine Vermögensminderung hat überhaupt nicht stattgefunden.

- Für die Berücksichtigung der Gegenleistung spricht, dass weder dem Vermögen als Quelle für den Familienunterhalt noch dem künftigen Anspruch auf Zugewinnausgleich eine konkrete Gefahr droht, wenn das Vermögen insgesamt nicht an Wert verliert.
- Doch zeigt bereits § 1365 Abs. 2 BGB, dass Gegenleistungen im Rahmen des § 1365 BGB unberücksichtigt bleiben. Danach sind auch Geschäfte, die den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen, zustimmungsbedürftig, mag der verfügende Ehegatte in diesem Fall auch einen Anspruch auf Einwilligung in das Geschäft haben. Da Geschäfte, in denen der Wert der Gegenleistung angemessen ist, regelmäßig ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen, würde § 1365 Abs. 2 BGB leerlaufen, wenn die angemessene Gegenleistung bereits § 1365 Abs. 1 BGB entfallen ließe.

cc) Das ungeschriebene subjektive Tatbestandsmerkmal

(1) Folgeprobleme der Einzeltheorie

Nach h.M. birgt die Anwendung der Einzeltheorie jedoch Gefahrenpotential für die Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit des Rechtsverkehrs. Anders als bei einem buchstäblichen Gesamtvermögensgeschäft kann der Vertragspartner bei einem Rechtsgeschäft über einzelne Vermögensgegenstände nämlich nicht am Gegenstand des Geschäfts selbst erkennen, ob ein Gesamtvermögensgeschäft vorliegt oder nicht.

(2) Konsequenz: Erforderliche Kenntnis von den Vermögensverhältnissen

- Um diese Unsicherheiten zu vermeiden, verlangt die h.M. als ungeschriebenes subjektives Tatbestandsmerkmal, dass der Vertragspartner über die Vermögensverhältnisse des veräußernden Ehegatten informiert sei.
- Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts. Das bedeutet eine Parallele dazu, dass eine gesonderte Einwilligung in das dingliche Geschäft nicht mehr erforderlich ist, wenn der andere Ehegatte in das schuldrechtliche

Geschäft eingewilligt hat. Daraus folgt, dass eine Kenntniserlangung zwischen dem schuldrechtlichen und dem dinglichen Geschäft dem Vertragspartner nicht schadet.

Nachdem C bei Abschluss des Kaufvertrags mit den wirtschaftlichen Verhältnissen von A vertraut war, ist das danach erforderliche subjektive Tatbestandsmerkmal erfüllt.

dd) Die fehlende Einwilligung und ihre Folgen

- Damit ist die Übereignung des Grundstücks von A an C ein einwilligungsbedürftiges Geschäft. Nachdem B ihre Einwilligung nicht erteilt hat, ist das Grundstücksgeschäft gem. §§ 1366, 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst schwebend unwirksam.
- Das weitere Schicksal hängt somit davon ab, ob der andere Ehegatte das einwilligungsbedürftige Rechtsgeschäft im Nachhinein genehmigt. Danach wurde das Geschäft nach § 1366 Abs. 4 BGB durch Zugang des Schreibens vom 17. Juli 2015 endgültig unwirksam, durch das B die Genehmigung durch Erklärung gem. § 182 Abs. 1 BGB gegenüber C endgültig verweigerte.

Folglich ist die Übereignung des Grundstücks von A an C unwirksam. Da Anhaltspunkte für einen späteren anderweitigen Eigentumsverlust nicht bestehen, ist A Eigentümer des Grundstücks geblieben. Das Grundbuch ist in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück unrichtig.

II. Aktivlegitimation für den Anspruch aus § 894 BGB

Aktivlegitimiert für den Anspruch aus § 894 BGB ist freilich derjenige, dessen Recht nicht richtig eingetragen ist (Alt. 1). Folglich steht der Anspruch aus § 894 BGB nur dem Eigentümer A zu, nicht aber seiner Ehefrau B. Gefragt ist jedoch nach den Ansprüchen der B.

- Hätte es mit der Aktivlegitimation des verfügenden Ehegatten sein Bewenden, könnte der illoyale Ehegatte es einfach unterlassen, seinen Rückforderungsanspruch geltend zu machen, und auf diese Weise Fakten schaffen.
- Den Folgen einer solchen Untätigkeit ist der andere Ehegatte jedoch wegen § 1368 BGB nicht ausgesetzt. Diese Vorschrift räumt ihm die Befugnis ein, das fremde Recht in eigenem Namen geltend zu machen („Revokationsrecht“). Es handelt sich dabei um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft.

Folglich kann B von C aus §§ 894, 1368 BGB verlangen, dass diese die Einwilligung zur Grundbuchberichtigung zugunsten des A erteilt.

C. Die Ersetzung der Zustimmung

Der zustimmungsberechtigte Ehegatte darf und kann seine Rechtsposition aus § 1365 BGB nicht willkürlich ausnutzen. Entspricht das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung, so kann das Familiengericht gem. § 1365 Abs. 2 BGB auf Antrag des anderen Ehegatten die Zustimmung ersetzen, wenn sie ohne ausreichenden Grund verweigert wird.

D. Die sog. Konvaleszenz

Fall 15: Abwandlung

Bevor B von dem Grundstücksgeschäft erfährt, wird der gesetzliche Güterstand gem. §§ 1386, 1385 Nr. 1 BGB aufgelöst.

Ändert sich im Vergleich zum Ausgangsfall etwas an der rechtlichen Beurteilung?

Im Hinblick auf §§ 1365, 1366 BGB stellt sich hier die Frage, ob und ggf. wie es sich auswirkt, dass der Güterstand endet, während das Geschäft noch schwebend unwirksam ist. Konkret geht es darum, ob das Zustimmungsbefürnis infolge des Endes des Güterstandes obsolet wird oder nicht. Allgemein fasst man Fälle, in denen der die schwebende Unwirksamkeit begründende Umstand während des Schwebezustands entfällt, unter dem Begriff der sog. Konvaleszenz zusammen.

I. Spezialregelungen über die Konvaleszenz

Obwohl § 1366 BGB dem § 108 BGB in vieler Hinsicht strukturell nachgebildet ist, findet sich hier keine dem § 108 Abs. 3 BGB entsprechende Bestimmung über die Konvaleszenz.

II. Allgemeine Grundsätze über die Konvaleszenz

Dort, wo – wie im Fall der §§ 1366, 1365 BGB – keine spezielle Regelung getroffen ist, stellt man auf die allgemeinen Grundsätze über die Konvaleszenz ab. Danach gilt:

- Ein schwebend unwirksamer Vertrag wird automatisch wirksam, wenn während des Schwebezustandes der Schutzzweck der Norm entfällt, die die schwebende Unwirksamkeit anordnet.
- Für gem. § 1366 Abs. 1 BGB schwebend unwirksame Geschäfte folgt daraus, dass sie dann konvaleszieren, wenn durch das Ende des Güterstands der mit § 1365 BGB verfolgte Zweck gegenstandslos wird. Das mag man – je nach Konstellation – für die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der ehelichen Lebensgemeinschaft noch bejahen können. Sicherlich gilt das aber nicht, soweit der Güterstand zwar endet, der Zugewinnausgleich aber noch nicht durchgeführt wurde.
- Anders liegt es aber, wenn der Güterstand nicht unter Lebenden endet, sondern mit dem Tod des zustimmungsberechtigten Ehegatten. Denn die Entscheidung, die Zustimmung zu erteilen oder nicht, ist eine höchstpersönliche des zustimmungsberechtigten Ehegatten. Mit dem Erbfall geht diese Befugnis nicht auf die Erben über.

§ 8 Geschäfte über Haushaltsgegenstände Güterrecht III

A. Allgemeines

I. Regelungsgehalt des § 1369 BGB

- In engem Zusammenhang mit § 1365 BGB steht § 1369 BGB. Auch diese Vorschrift schränkt die Befugnis der Ehegatten zur eigenverantwortlichen Verwaltung ihres jeweiligen Vermögens ein (§ 1364 Hs. 2 BGB).
- Danach kann ein Ehegatte über ihm gehörende Gegenstände des ehelichen Haushalts nur verfügen und sich zu einer solchen Verfügung auch nur verpflichten, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

II. Sinn und Zweck des § 1369 BGB

Die Parallelbestimmung des § 1365 BGB dient dazu, die wirtschaftliche Existenzgrundlage der ehelichen Lebensgemeinschaft und den künftigen Anspruch auf Zugewinnausgleich zu sichern. Auch § 1369 BGB dient einem doppelten Zweck:

- Zwar steht nicht gleich die wirtschaftliche Existenz der ehelichen Lebensgemeinschaft in Frage, wenn ein Ehegatte einen ihm gehörenden Haushaltsgegenstand (z.B. Kühlschrank, Herd, Waschmaschine) veräußert. Allerdings fehlt in dem Haushalt dann ein Hilfsmittel, wodurch seine Funktionsfähigkeit beeinträchtigt wird. Dem wirkt § 1369 BGB entgegen. Der erste Zweck des § 1369 BGB besteht somit darin, die Funktionsfähigkeit des ehelichen Haushalts aufrechtzuerhalten.
- Ebenso wie § 1365 BGB dient auch § 1369 BGB dazu, die Werthaltigkeit des künftigen Anspruchs auf Zugewinnausgleich zu sichern. Zahlreiche Haushaltsgegenstände werden insofern keine relevante Rolle spielen. Doch ist der Begriff des Haushaltsgegenstands weit gefasst und deckt somit auch sehr wertvolle Gegenstände ab, z.B. silbernes Besteck, Meißener Porzellan, hochwertige Unterhaltungselektronik, Autos, etc.

III. Folgen eines fehlenden Einverständnisses des anderen Ehegatten

Fehlt die Einwilligung des anderen Ehegatten in das jeweilige Geschäft, stellen sich dieselben Rechtsfolgen ein wie bei der fehlenden Einwilligung in ein Gesamtvermögensgeschäft gem. § 1365 BGB. Maßgeblich ist also in erster Linie § 1366 BGB.

B. Tatbestand und Rechtsfolgen des § 1369 BGB

Fall 16: („Wohnlandschaft“): nach BayObLG FamRZ 1980, 1001

Die Eheleute Anton und Bertha leben getrennt. Es gilt der gesetzliche Güterstand. Vor einiger Zeit hatten sie bei dem Möbelhändler Heinrich eine Wohnlandschaft unter Eigentumsvorbehalt erworben und auf dieser gemeinsam viel Zeit vor dem Fernseher verbracht. Nach der Trennung blieb Bertha in der ehemals gemeinsamen Wohnung. Sie verkaufte und übereignete die Wohnlandschaft an ihre Mutter Martha. Beide kamen überein, dass die Wohnlandschaft in Berthas Wohnung bleiben solle. Bei dem Geschäft räumte Bertha ein, dass das Möbel unter Eigentumsvorbehalt erworben sei. Gleichzeitig spiegelte sie jedoch vor, dass sämtliche erworbenen Rechte daran allein ihr zustünden, was Martha glaubte. Mit dem von Martha erhaltenen Kaufpreis bezahlte Bertha die letzten bei Heinrich noch offenen Raten für die Wohnlandschaft.

Kann Anton von Martha die Herausgabe der Wohnlandschaft aus § 985 BGB verlangen?

A kann von M die Herausgabe der Wohnlandschaft verlangen, wenn er Eigentümer ist, M Besitzerin ist, und zwar ohne ein Recht zum Besitz zu haben (§ 986 BGB).

I. Anwendbarkeit des § 985 BGB

Da A und B getrennt leben, ist zunächst die Anwendbarkeit des § 985 BGB klärungsbedürftig. Während dieser Zeit ist nämlich § 1361a BGB vorrangige Spezialvorschrift für Herausgabeansprüche zwischen den Eheleuten. Allerdings verlangt A nicht von B die Herausgabe des Wohnzimmermöbels, sondern von M. In diesem Verhältnis gilt § 1361a BGB von vornherein nicht.

§ 985 BGB ist anwendbar.

II. Eigentumslage

1. Ursprünglich

Der Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB entsprechend war ursprünglich H Eigentümer der Wohnlandschaft.

2. Übereignung an A und B gem. § 929 Satz 1 BGB

H könnte die Wohnlandschaft gem. § 929 Satz 1 BGB an A und B als Miteigentümer übereignet haben. Das setzt als dinglichen Vertrag eine Einigung mit entsprechendem Inhalt sowie die Übergabe und die Verfügungsbefugnis des H voraus.

Zwar mögen manche Teile des mehraktigen Erwerbstatbestands des § 929 Satz 1 BGB hier bereits erfüllt sein. Jedoch hat H sich das Eigentum ausdrücklich bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten. Somit war eine etwaige Übereignung an A und B gem. § 158 Abs. 1 BGB vorläufig noch unwirksam (§ 449 Abs. 1 BGB).

3. Übereignung von B an M gem. § 929 Satz 1 BGB

Dementsprechend scheidet wegen der fehlenden Rechtsinhaberschaft auch eine Übereignung von B an M gem. § 929 Satz 1 BGB von vornherein aus. Ein gutgläubiger Erwerb gem. § 932 BGB kommt deshalb nicht in Betracht, weil B der M erklärte, nur unter Vorbehalt Eigentum erworben zu haben. Anders als § 366 HGB schützt § 932 BGB aber nur den guten Glauben an das Eigentum.

4. Bezahlung der letzten Kaufpreisrate

M könnte aufgrund eines Anwartschaftsrechts aber in dem Moment Alleineigentümerin der Wohnlandschaft geworden sein, in dem B die letzte Kaufpreisrate für das Möbel bei H bezahlte. Dann müsste M Inhaberin eines Anwartschaftsrechts auf Erwerb von Eigentum an der Wohnlandschaft sein, das mit der Zahlung der letzten Kaufpreisrate durch ihre Tochter zum Vollrecht erstarkt ist.

Ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an dem Möbelstück könnte M von ihrer Tochter B erworben haben. Dabei beurteilt sich die Übertragung eines Anwartschaftsrechts nicht nach §§ 398, 413 BGB, sondern analog den Regeln, die für die Übertragung des Vollrechts gelten. Hier also §§ 929 ff. BGB.

Fraglich ist insoweit zunächst die Einigung als dinglicher Vertrag. Dieser erfordert eine rechtsgeschäftliche Einigung gem. §§ 145, 147 BGB, die auf die Übertragung des Anwartschaftsrechts von B an M gerichtet ist und der rechtshindernde Einwendungen (syn. Wirksamkeitshindernisse) nicht entgegenstehen.

a) Rechtsgeschäftliche Einigung mit Inhalt § 929 Satz 1 BGB

B und M haben sich darauf verständigt, dass M sämtliche von B's Rechten an der Wohnlandschaft erwerben solle. Da B den Eigentumsvorbehalt offengelegt hat, ist nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) die Übertragung eines etwaigen Anwartschaftsrechts der B gewollt. Da B sich als alleinige Inhaberin eines solchen Rechts gerierte, geht es zudem nicht um die Übertragung von Teilen, sondern um die Übertragung des ganzen Anwartschaftsrechts.

Eine Einigung über die Übertragung eines etwaigen Anwartschaftsrechts liegt vor.

b) Wirksamkeit

Fraglich ist aber, ob diese Einigung wirksam ist. Da B's Ehemann A in diese Einigung nicht eingewilligt hat, könnte sie gem. §§ 1366 Abs. 1, 1369 BGB (schwebend) unwirksam sein. So liegt es dann, wenn B mit dieser Einigung über einen ihr gehörenden Gegenstand des ehelichen Haushalts verfügt hat.

aa) Anwendungsbereich

Zunächst muss der Anwendungsbereich dieses Einwilligungsvorbehalts eröffnet sein.

(1) Gegenständlicher Anwendungsbereich

Was den gegenständlichen Anwendungsbereich betrifft, so erfasst § 1369 Abs. 1 BGB ausdrücklich sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft.

(2) Zeitlicher Anwendungsbereich

(a) Grundsatz

- In zeitlicher Hinsicht gilt der Einwilligungsvorbehalt, sobald der gesetzliche Güterstand begründet ist und endet erst zeitgleich mit diesem, sei es durch Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses, vertragliche Aufhebung oder Beendigung des Güterstands durch Beschluss nach § 1385 BGB.
- Zum Zeitpunkt der Einigung über die Übertragung des Anwartschaftsrechts waren A und B noch verheiratet. Der Güterstand dauerte folglich noch an, so dass auch der zeitliche Anwendungsbereich an sich eröffnet ist.

(b) Denkbar: Unanwendbarkeit des § 1369 BGB bei Getrenntleben

- Zwar waren A und B zum maßgeblichen Zeitpunkt noch verheiratet. Jedoch lebten sie bereits getrennt. Fraglich ist, ob § 1369 BGB ebenso wie § 1365 BGB auch in der Phase des Getrenntlebens gilt oder ob insoweit aus teleologischen Gründen eine andere Betrachtung geboten ist.
- Folgende Überlegung spricht dagegen, § 1369 BGB während der Trennung anzuwenden: § 1567 BGB definiert das Getrenntleben als das Nichtbestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft. Dort, wo eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht besteht, kann es jedoch keinen ehelichen Haushalt geben, dessen Funktionsfähigkeit erhalten bleiben müsste.

Folglich ist § 1369 BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass der Einwilligungsvorbehalt während des Getrenntlebens nicht gilt.

(c) Richtig: Anwendung auch während des Getrenntlebens

Richtig ist es aber, § 1369 BGB mit der h.M. auch während des Getrenntlebens anzuwenden. Dafür spricht:

- § 1369 BGB dient nicht nur dazu, den ehelichen Haushalt funktionsfähig zu erhalten, sondern auch dazu, die Werthaltigkeit des künftigen Anspruchs auf Zugewinnausgleich sicherzustellen. Hierfür können hochwertige Haushaltsgegenstände durchaus eine Rolle spielen. Insoweit zwischen hochwertigen und geringwertigen Haushaltsgegenständen zu unterscheiden, sorgt nur für Rechtssicherheit. Deshalb ist es legitim, § 1369 BGB in Bezug auf sämtliche Haushaltsgegenstände auch während des Getrenntlebens anzuwenden.
- Tatsächlich endet auch der Zweck, die Funktionsfähigkeit des ehelichen Haushalts zu erhalten, nicht notwendig mit der Trennung der Eheleute. So bedeutet die Trennung noch nicht das endgültige Aus für die Ehe, vielmehr ist eine Aussöhnung während des Scheidungsverfahrens durchaus denkbar. Diese zumindest theoretisch bestehende Chance auf eine Aussöhnung droht aber vereitelt zu werden, wenn bereits während des Getrenntlebens der funktionsfähige gemeinsame Haushalt aufgelöst wird.

§ 1369 BGB ist auch während des Getrenntlebens anwendbar.

bb) Rechtsgeschäft über einen Haushaltsgegenstand

§ 1369 BGB betrifft Rechtsgeschäfte über Haushaltsgegenstände.

- Es gilt derselbe Begriff wie in § 1361a BGB. Gegenstände des ehelichen Haushalts sind danach „alle beweglichen Sachen, die dem gemeinschaftlichen Leben der Ehegatten im familiären Bereich einschließlich der Freizeitgestaltung zu dienen bestimmt sind – und zwar auch dann, wenn sie in Überzahl vorhanden sind“. Dasjenige, was ausschließlich der persönlichen Nutzung eines der Ehegatten zugewiesen ist, unterfällt nicht § 1369 BGB.
- Maßgebend ist also die „Widmung“ zur Verwendung in der Familie. Bei unterschiedlich genutzten Sachen – z.B. Pkw des selbständigen Ehegatten – kommt es auf den Schwerpunkt der Nutzung an. Luxusgüter und Kunstgegenstände dienen dann nicht der familiären Verwendung, wenn sie als Kapitalanlagen angeschafft wurden.
- Aus dieser Begriffsbestimmung folgt weiter, dass nur bewegliche Sachen Haushaltsgegenstände i.S.d. § 1369 BGB sein können.

Vorliegend geht es um während des Zusammenlebens gemeinsam genutztes Sitzmöbel im Wohnzimmer. Hierbei handelt es sich um einen Haushaltsgegenstand.

cc) Die Eigentumsverhältnisse am Haushaltsgegenstand

§ 1369 Abs. 1 BGB unterwirft Verpflichtungs- und die dazu gehörenden Verfügungsgeschäfte über Haushaltsgegenstände, die dem handelnden Ehegatten gehören, dem Einwilligungserfordernis.

(1) Eigentum und Anwartschaftsrecht

- Im Hinblick auf dieses Tatbestandsmerkmal stellt sich vorliegend zunächst das Problem, dass Gegenstand der Verfügung nicht das Volleigentum an der Wohnlandschaft ist, sondern allenfalls aufschiebend bedingtes Eigentum als Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers.
- Allerdings ist das Anwartschaftsrecht kein Aliud zum Vollrecht Eigentum, sondern im Verhältnis zu diesem vielmehr ein wesensgleiches Minus. Folglich unterliegt der rechtsgeschäftlich Handelnde auch dann der Beschränkung durch § 1369 BGB, wenn er lediglich über ein Anwartschaftsrecht an dem Haushaltsgegenstand verfügt.

(2) Alleineigentum/alleiniges Anwartschaftsrecht

Von § 1369 BGB unmittelbar erfasst sind jedenfalls solche Haushaltsgegenstände, an denen der rechtsgeschäftlich Handelnde allein berechtigt ist.

- Freilich kommt B nicht als alleinige Inhaberin eines Anwartschaftsrechts auf Erwerb des Volleigentums an dem Wohnzimmermöbel in Betracht. Vielmehr setzte sie den Erwerbstatbestand gemeinsam mit ihrem Ehemann A, so dass im Tatbestand der Willenserklärung gem. §§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB sowohl sie als auch B als Erwerber erschienen.

- Zwar hat B gegenüber M behauptet, alleinige Inhaberin des Anwartschaftsrechts zu sein. Ob das fragliche Rechtsgeschäft sich aber auf im Eigentum des handelnden Ehegatten stehende Haushaltsgegenstände bezieht, ist objektiv zu bestimmen, und nicht nach dem Inhalt der Erklärungen.

Aus der maßgeblichen Perspektive liegt keine Verfügung über ein Anwartschaftsrecht vor, das allein der verfügenden B zusteht.

Allerdings können die Gefahren, vor denen § 1369 BGB die eheliche Lebensgemeinschaft als solche sowie den prospektiv ausgleichsberechtigten Ehegatten bewahren will, sich auch dann realisieren, wenn Eigentum oder Anwartschaftsrecht nicht allein demjenigen Ehegatten zustehen, der über den Haushaltsgegenstand verfügt oder sich entsprechend verpflichtet. Deshalb erfasst § 1369 BGB auch die Verfügung über im Miteigentum beider Ehegatten stehende Haushaltsgegenstände.

(3) Alleinige Berechtigung des anderen Ehegatten

Fraglich ist deshalb zunächst, ob auch Rechtsgeschäfte über solche Haushaltsgegenstände, an denen alleine der andere Ehegatte dinglich berechtigt ist, unter den Einwilligungsvorbehalt des § 1369 BGB fallen.

(a) Dafür spricht

Wesentliche Teile der Lit. sprechen sich dafür aus, § 1369 BGB auch auf solche Haushaltsgegenstände anzuwenden, die im Alleineigentum des übergangenen Ehegatten stehen. Dafür spricht:

- §§ 932 ff. BGB schützen den übergangenen und allein berechtigten Ehegatten nicht ausreichend. Zwar mag es sein, dass in diesen Fällen der verfügende Ehegatte verbotene Eigenmacht begeht, sobald er Alleinbesitz an dem Haushaltsgegenstand begründet. Einem gutgläubigen Dritterwerb steht somit § 935 BGB an sich entgegen.
- Allerdings versagt § 935 BGB, sobald der verfügende Ehegatte den Besitz an dem Haushaltsgegenstand aufgrund von § 1361a BGB zugesprochen bekommen hat. Wurde einem früheren Besitzer die Sache nämlich aufgrund eines rechtmäßigen staatlichen Hoheitsakts weggenommen, liegt ein Abhandenkommen i.S.d § 935 BGB nicht mehr vor.
- Außerdem können §§ 932 ff. BGB naturgemäß das Verpflichtungsgeschäft nicht erfassen, das aber auch in Wirkungskreis des § 1369 BGB fällt.

(b) Richtig dagegen

- Bei der analogen Ausdehnung des § 1369 BGB auf Haushaltsgegenstände, an denen allein der übergangene Ehegatte dinglich berechtigt ist, geht es tatsächlich nicht um die Belange der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern um das Bestandsinteresse dieses Ehegatten. Der Konflikt zwischen dem

Bestandsinteresse des wahren Berechtigten und dem Erwerbsinteresse des Dritten ist durch §§ 932 ff. BGB jedoch abschließend geregelt.

- Systematisch ist § 1369 BGB eine Beschränkung der Befugnis zur eigenverantwortlichen Vermögensverwaltung. In Bezug auf fremde Eigentums- und Anwartschaftsrechte hat der rechtsgeschäftlich handelnde Ehegatte aber von vornherein keine solche Befugnis, die beschränkt werden könnte.
- Die Nichterfassung des Verpflichtungsgeschäfts durch §§ 932 ff. BGB ist unproblematisch, da dieses noch keine Rechtsänderungen zu Lasten des berechtigten Ehegatten bewirkt.

Auf Verpflichtungs-/Verfügungsgeschäfte, an denen allein der übergangene Ehegatte berechtigt ist, ist § 1369 BGB nicht anwendbar (sehr str.). Hier liegt jedoch kein solcher Fall vor. Das mögliche Anwartschaftsrecht stand nämlich bei den Eheleuten gemeinsam zu.

(4) Alleinige Berechtigung Dritter

An dem Haushaltsgegenstand kann auch ein Dritter alleinberechtigt sein. Das trifft etwa auf den Fall des geleasteten Familien-Kfz zu. Hier kommt § 1369 BGB nach einhelliger Auffassung nicht zur Anwendung. Das folgt daraus, dass § 1369 BGB eine Bestimmung des ehelichen Güterrechts ist und somit nur die Vermögensbeziehungen der Eheleute untereinander regelt.

Vorliegend verfügte Bertha über ein Anwartschaftsrecht, welches ihr und ihrem Ehemann Anton gemeinsam zustand. Diese Konstellation ist von § 1369 BGB erfasst.

dd) Einwilligung

Somit bedurfte B der Einwilligung des A, um wirksam über ihren Anteil an dem Anwartschaftsrecht verfügen zu können. Was das Verhältnis der schuldrechtlichen zur dinglichen Ebene anbelangt, gelten letztlich dieselben Grundsätze wie bei § 1365 BGB:

- Hat der andere Ehegatte in keines der Geschäfte eingewilligt, sind naturgemäß beide Geschäfte nach Maßgabe des § 1366 BGB unwirksam.
- Willigte der andere Ehegatte nur in das Verfügungsgeschäft ein, so wäre der Erwerb des Dritten nicht kondiktionsfest, wenn die Einwilligung nicht zugleich das schuldrechtliche Geschäft erfasste. Die Einwilligung nur in das Verfügungsgeschäft wäre dementsprechend sinnlos und letztlich widersprüchlich. Folglich erfasst die Einwilligung in das Verfügungsgeschäft zugleich das Verpflichtungsgeschäft.
- Ähnliche Schwierigkeiten entstehen, wenn die Einwilligung in das Verpflichtungsgeschäft nicht auch das Verfügungsgeschäft legitimierte. Könnte der andere Ehegatte nämlich die Einwilligung in das Verfügungsgeschäft isoliert verweigern, würde die Erfüllung der wirksam eingegangenen Verbindlichkeit ggf. nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, und es müsste der verpflichtete Ehegatte Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1

und 3, § 283 BGB leisten. Folglich erstreckt sich die Einwilligung in das Verpflichtungsgeschäft auch auf das Vollzugsgeschäft auf der dinglichen Ebene.

A hat in keines der Geschäfte seine Einwilligung erteilt. Die Verfügung der B über ihren Anteil an dem Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an der Wohnlandschaft ist gem. § 1366 Abs. 1 BGB zunächst schwebend unwirksam. Da eine Genehmigung des A bislang nicht vorliegt, hat sich an dem Status der Unwirksamkeit auch noch nichts verändert.

ee) Überwindung des § 1369 BGB durch gutgläubigen Erwerb?

B hatte sich gegenüber M jedoch als alleinige Inhaberin des Anwartschaftsrechts an diesem Möbelstück geriert, was M auch glaubte. Es stellt sich somit die Frage, ob die fehlende Einwilligung nach § 1369 BGB unter Rechtsscheingesichtspunkten überwunden werden kann.

Das ist nach einhelliger Auffassung nicht der Fall. § 1369 BGB enthält ein absolutes Veräußerungsverbot. Deswegen ordnet die Vorschrift die Unwirksamkeit einer Verfügung über einen im Eigentum des verfügenden Ehegatten stehenden Haushaltsgegenstand an und beschränkt nicht lediglich die Verfügungsmacht des Rechteinhabers. Auch kann B die Wohnlandschaft nicht dadurch, dass sie sich als Alleininhaberin des Anwartschaftsrechts daran ausgibt, dem Anwendungsbereich des § 1369 BGB entziehen und damit den §§ 932 ff. BGB unterwerfen.

Die Einigung zwischen B und M ist unwirksam. M konnte von B kein Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Volleigentums an dem Möbelstück erwerben. Durch die Zahlung der letzten Kaufpreisrate ist das Anwartschaftsrecht folglich nicht in ihrer Person zum Vollrecht erstarkt.

c) Eigentumserwerb von A und B

Folglich blieben A und B gemeinsam Inhaber dieses Anwartschaftsrechts. Mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate erstarkt es somit in ihrer Person zu Volleigentum. Deshalb sind A und B Miteigentümer der Wohnlandschaft zu Anteilen von jeweils 50%.

A ist Miteigentümer der Wohnlandschaft. Auch Miteigentum verleiht die Aktivlegitimation für den Anspruch aus § 985 BGB.

III. Besitzerin M

Um passivlegitimiert zu sein, muss M Besitz an der Wohnlandschaft haben. Zwar ist M nicht unmittelbare Besitzerin. Jedoch erkennt B ihren Oberbesitz an, wodurch M zur mittelbaren Besitzerin wird. Dies reicht für ihre Passivlegitimation aus. Allerdings schuldet sie auch nur die Herausgabe mittelbaren Besitzes.

IV. Kein Recht zum Besitz

Ein Recht zum mittelbaren Besitz, das auch gegenüber A wirken könnte, ist nicht ersichtlich. A kann von M Herausgabe des mittelbaren Besitzes an der Wohnlandschaft aus § 985 BGB verlangen.

§ 9 Der Zugewinnausgleich unter Lebenden Güterrecht IV

A. Allgemeines

I. Regelungsgehalt des § 1378 BGB

- §§ 1363, 1364 BGB stellen den Grundsatz auf, dass beide Ehegatten während der Dauer des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft Träger ihres jeweils eigenen Vermögens sind und dieses auch selbst verwalten.
- Als Vermögensgemeinschaft wirkt sich die Zugewinnngemeinschaft erst am Ende des Güterstandes aus. Hier gewährt § 1378 Abs. 1 BGB dem Ehegatten, der während der Dauer des Güterstandes weniger Vermögen angehäuft hat, einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten. § 1378 Abs. 1 BGB besagt: „Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen als Ausgleichsforderung zu.“

II. Sinn und Zweck des Zugewinnausgleichs

Angesichts des durch §§ 1363, 1364 BGB aufgestellten Grundsatzes der individuellen Vermögenszuordnung und -verwaltung stellt sich die Frage, welcher Sinn und Zweck die Ausgleichsforderung gem. § 1378 Abs. 1 BGB rechtfertigt. Es fällt dabei nicht leicht, den Zugewinnausgleich auf eine schlüssige und für alle Fälle befriedigende Zweckformel zu reduzieren. So heißt es bei *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht (6. Aufl. 2010), § 34 Rn. 3: „Der Zugewinnausgleich und sein Grundgedanke führen zu irrationalen und ein Stück weit willkürlichen Ergebnissen.“

- Der Zugewinnausgleich baut auf dem Gedanken auf, dass die eheliche Lebensgemeinschaft das Fundament für die weitere Vermögensentwicklung jedes der beiden Ehegatten liefert. Jedes der beiden Vermögen entwickelt sich also deshalb so, weil die eheliche Lebensgemeinschaft die Basis für diese Entwicklung schafft.
- Dabei gilt: Jeder Ehegatte trägt zur Schaffung der ehelichen Lebensgemeinschaft als Grundlage für die Vermögensentwicklung dadurch bei, dass er entweder ideelle oder materielle Beiträge hierzu liefert. Beide Arten von Beiträgen sind von Gesetzes wegen gleichwertig (§ 1360 Satz 2 BGB). Beide Ehegatten haben somit gleichen Anteil an der Basis für die Vermögensentwicklung jedes der beiden.
- Eine individuelle Vermögensmehrung kann bei einem Ehegatten regelmäßig nur dadurch eintreten, dass er über Einkünfte verfügt, die seine materiellen Beiträge zur ehelichen Lebensgemeinschaft übersteigen.
- Erfahrungsgemäß verfügt dabei derjenige Ehegatte, der überwiegend ideelle Beiträge leistet generell über geringe materielle Einkünfte. Demzufolge hat er wenig Gelegenheit, sein Vermögen auszubauen, was seine Ursache in der Ehe und ihrer Struktur hat. Demgegenüber hat derjenige Ehegatte, der ehestrukturbedingt von der Leistung ideeller Beiträge weitgehend

freigestellt ist, genügend Kapazitäten, um verhältnismäßig große materielle Einkünfte zu erzielen.

Folglich entscheidet die Art der Beitragsleistung in der ehelichen Lebensgemeinschaft zu einem guten Teil über die Chancen, einen größeren Zugewinn zu erzielen. Da das Gesetz aber beide Beitragsleistungen als gleichwertig anerkennt, hat der auch derjenige, der überwiegend ideelle Beiträge leistet, gleichwertig die Voraussetzungen mitgeschaffen, die dem anderen den größeren Vermögenszuwachs ermöglichen. Daraus resultiert der Anspruch, beim Ende des Güterstandes am Zugewinn des anderen Ehegatten teilzuhaben.

III. Abgrenzung zu anderen scheidungsbedingten Vermögensausgleichsmodellen

Insbesondere das Scheidungsfolgenrecht kennt weitere Modelle zur Vermögensauseinandersetzung zwischen Ehegatten. Hier gilt es abzugrenzen, welche Vermögensbestandteile in welches Ausgleichsmodell fallen:

1. Der Vermögensbegriff des Zugewinnausgleichsrechts

Der Vermögensbegriff des Zugewinnausgleichsrechts ist in §§ 1374, 1375 BGB über das Anfangs- und das Endvermögen niedergelegt. Danach fallen unter das Vermögen alle tatsächlich vorhandenen rechtlich geschützten Positionen von wirtschaftlichem Wert. Dieser Begriff ist zunächst umfassend.

2. Zugewinnausgleich und Haushaltsgegenstände

- Das Scheidungsfolgenrecht kennt ein besonderes Verfahren über die Vermögensauseinandersetzung in Bezug auf Haushaltsgegenstände. Die materiellrechtliche Grundlage findet sich in § 1568b BGB. Die entsprechenden verfahrensmäßigen Bestimmungen stellen §§ 200 ff. FamFG bereit.
- Hier fällt die Abgrenzung nicht schwer. § 1568b BGB betrifft nur Haushaltsgegenstände, die im Miteigentum der Ehegatten stehen. Insoweit handelt es sich bei § 1568b BGB um eine die Bestimmungen über den Zugewinnausgleich verdrängende Spezialvorschrift. Die Miteigentumsanteile der Ehegatten fallen somit nicht in die jeweilige Vermögensbilanz.
- Haushaltsgegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, sind somit ohne weiteres Bestandteil des Zugewinnausgleichs.

3. Zugewinnausgleich und Altersvorsorge

Prinzipiell sind auch Anwartschaften auf Versorgungsleistungen für das Alter oder die vorzeitige Arbeitsunfähigkeit Vermögenswerte. Begrifflich ist es folglich nicht ausgeschlossen, den Wert solcher Anwartschaften über den Zugewinnausgleich zu verteilen. Jedoch existiert für diese Vermögenswerte das spezielle und somit vorrangige Verfahren des Versorgungsausgleichs. Dieses ist im VersAusglG geregelt. Die Abgrenzung von Anwartschaften i.S. dieses Gesetzes und anderen Ansprüchen erfolgt anhand des § 2 Abs. 1 VersAusglG.

B. Grundsätze über die Berechnung des Ausgleichsanspruchs

Fall 17: („Vermögensbilanzen“):

Zwischen Anton und Bertha steht der Zugewinnausgleich bevor. Bei der Begründung der Zugewinnsgemeinschaft durch Eheschließung hatte Anton ein Nettovermögen von 50.000,-- Euro. Berthas Vermögensbilanz wies ein Minus von 35.000,-- Euro auf. Ihre Vermögen haben sich folgendermaßen entwickelt:

Anton ist Alleineigentümer eines bebauten Grundstücks im Wert von 250.000,-- Euro, dem Verbindlichkeiten gegenüber der finanzierenden Bank i.H.v. 70.000,-- Euro gegenüberstehen. Bei der Renovierung des Hauses hat Antons Vater, der Berufsschullehrer und begeisterter Heimwerker ist, tatkräftig und unentgeltlich mitgeholfen, was Anton Handwerkerleistungen i.H.v. 15.000,-- Euro ersparte.

Bertha hat während der Ehe mit Anton ihre früheren Verbindlichkeiten zurückgezahlt. Weiter ist sie Alleineigentümerin eines Grundstücks, das ihre Eltern ihr unentgeltlich und im Hinblick auf ihre künftige Erbenstellung überlassen haben. Zum Zeitpunkt von Berthas Eintragung in das Grundbuch hatte das Grundstück einen Wert von 200.000,-- Euro. Mittlerweile liegt er bei 280.000,-- Euro. Es ist mit einer Hypothek zugunsten ihrer Hausbank i.H.v. damals 100.000,-- Euro und heute 80.000,-- Euro belastet. Außerdem hat Bertha im Lotto einen Betrag von 300.000,-- Euro gewonnen. Von diesem Geld sind noch 200.000,-- Euro vorhanden. 50.000,-- Euro hat sie ausgegeben, um Anton für dessen Hobby einen gebrauchten Steinway Konzertflügel zu schenken.

Wer hat gegen wen einen Anspruch auf Zugewinnausgleich und in welcher Höhe?

Gem. § 1378 Abs. 1 BGB kann derjenige Ehegatte, dessen Zugewinn geringer ausfällt, von dem anderen die Hälfte des Überschusses verlangen.

I. Zugewinn des A

Gem. § 1373 BGB ist der Zugewinn definiert als der Betrag, um den das Endvermögen das Anfangsvermögen übersteigt.

1. Das Anfangsvermögen des A

§ 1374 BGB regelt, welche Vermögenspositionen beim Anfangsvermögen eines Ehegatten zu berücksichtigen sind. Dabei betrifft § 1374 Abs. 1 BGB das sog. tatsächliche Anfangsvermögen, § 1374 Abs. 2 das sog. fiktive Anfangsvermögen.

a) Das tatsächliche Anfangsvermögen gem. § 1374 Abs. 1 BGB

Das Anfangsvermögen ist in § 1374 Abs. 1 BGB legaldefiniert als das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstands gehört, und zwar auf den Stichtag des Eintritts des Güterstands. Zu den Verbindlichkeiten zählen alle gegenüber dem jeweiligen Ehegatten zum Stichtag entstandenen Forderungen, mögen sie auch erst später fällig werden.

Im maßgeblichen Zeitpunkt verfügte A über ein tatsächliches Nettovermögen von 50.000 Euro.

b) Das fiktive Anfangsvermögen gem. § 1374 Abs. 2 BGB

Womöglich ist A's Anfangsvermögen jedoch nach Maßgabe des § 1374 Abs. 2 BGB um einzelne Posten als fiktives Anfangsvermögen zu erhöhen.

aa) Begriff und Zweck des fiktiven Anfangsvermögens

- Wie bereits erwähnt, basiert der Zugewinnausgleich auf der Vorstellung, dass jeder Ehegatte sein Endvermögen nur deshalb so erwirtschaften konnte, wie er es getan hat, weil er in der ehelichen Lebensgemeinschaft lebte und aufgrund der Beiträge die der andere Ehegatte hierzu leistete.
- Der Gesetzgeber erkennt an, dass es manche Erwerbsfälle gibt, die von vornherein mit der ehelichen Lebensgemeinschaft nichts zu tun haben. In Bezug auf solch einen Erwerb soll dann auch kein Zugewinnausgleich stattfinden. Man spricht in diesen Fällen vom sog. privilegierten Erwerb. Rechtstechnisch ermöglicht der Gesetzgeber den privilegierten Erwerb, indem er solchen Erwerb dem sog. fiktiven Anfangsvermögen zuschlägt.
- Dabei macht der Gesetzgeber sich folgenden Mechanismus zunutze: Je höher das Anfangsvermögen ist, desto geringer fällt der Abstand zum Endvermögen aus, desto geringer ist also der Zugewinn des jeweiligen Ehegatten. Privilegierter Erwerb wird deshalb als anfänglich vorhandenes Vermögen behandelt.

§ 1374 Abs. 2 BGB ordnet insoweit an: Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstands von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, wird nach Abzug der Verbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzugerechnet, soweit es nicht den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist.

bb) Denkbar: Arbeits- und Dienstleistungen als Schenkungsgegenstand

Insoweit könnten zunächst die Handwerkerleistungen im Wert von 15.000 Euro, die sein Vater zugunsten von A erbrachte, als Schenkung i.S.d § 1374 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu behandeln sein und somit fiktives Anfangsvermögen darstellen.

(1) Grundsatz: Arbeitsleistung als unmittelbarer Schenkungsgegenstand?

- Eine Schenkung i.d.S. setzt an sich eine unentgeltliche Zuwendung voraus, durch die der Schenker die Substanz seines Vermögens vermindert und das Vermögen des Beschenkten entsprechend vermehrt.
- Danach scheiden die Renovierungsleistungen, die sein Vater an A's Haus erbracht hat, als unmittelbarer Gegenstand einer Schenkung aus. Die Arbeitsleistung als solche ist kein Vermögensgegenstand, der von einem Vermögensträger zu einem anderen wechseln könnte.

(2) Aber: Verzicht auf Vergütungsanspruch als Schenkungsgegenstand

- Empfangene Arbeits- und Dienstleistungen können aber dann in den privilegierten Erwerb nach § 1374 Abs. 2 BGB fallen, wenn der Leistende an sich einen

Vergütungsanspruch erwirbt, diesen aber dem empfangenden Ehegatten erlässt oder darauf verzichtet.

- Ebenso liegt es nach h.M., wenn der Leistende seine Arbeitskraft anderweitig gegen Ertrag hätte einsetzen können, auf diesen Nutzen aber zugunsten des Bedachten verzichtet hat.

Nach diesen Regeln erhöhen die Arbeitsleistungen seines Vaters das Anfangsvermögen von A nicht. Denn dieser ist kein Handwerksmeister, sondern Berufsschullehrer, so dass eine anderweitige entgeltliche Tätigkeit ausscheidet. I.Ü. waren sich A und sein Vater die ganze Zeit einig, dass die Renovierungsleistungen unentgeltlich sein sollten.

cc) Schenkungen unter Ehegatten

Das am Ende des Güterstands tatsächlich vorhandene Vermögen des A enthält auch den Steinway-Flügel, den seine Ehefrau B ihm geschenkt hat. Womöglich handelt es sich hierbei um ein Geschenk, das das Anfangsvermögen von A gem. § 1374 Abs. 2 Alt. 2 BGB erhöht.

(1) Begriffliche Lösung

Orientiert man sich allein an der Definition, so liegt eine Schenkung durchaus vor. B erwarb den Steinway-Konzertflügel zu ihrem Vermögen. Infolge der schenkweisen Zuwendung verminderte sich ihr Vermögen um diesen Gegenstand und das Vermögen des A erhöhte sich entsprechend.

(2) Teleologische Reduktion des § 1374 Abs. 2 Alt. 2 BGB?

Fraglich ist aber, ob diese begriffliche Lösung bei Zuwendungen unter Ehegatten sachgerecht ist.

- Nach h.M. ist eine Schenkung deshalb privilegierter Erwerb i.S.d. § 1374 Abs. 2 Alt. 2 BGB, weil eine Schenkung i.d.R. aus der engen persönlichen Bindung des Schenkenden zu dem Beschenkten resultiert. Der andere Ehegatte soll aber nicht Profiteur dieser anderen persönlichen Bindung sein.
- Dieser Gedanke passt aber nicht, wenn der Schenker der Ehegatte ist. Versagt man dieser Schenkung nämlich das Privileg des § 1374 Abs. 2 BGB, dann führt das zu keiner ungerechtfertigten Bereicherung an einer fremden persönlichen Beziehung.

Danach fällt die Konstellation der Schenkung unter Ehegatten zwar unter den Wortlaut des § 1374 Abs. 2 BGB. Der Sinn und Zweck deckt diesen Erwerbsfall aber nicht. Deshalb ist § 1374 Abs. 2 Alt. 2 BGB um den Fall der Schenkung unter Ehegatten teleologisch zu reduzieren. Der Steinway-Flügel ist daher nicht nach § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen von A hinzuzurechnen. Sein Anfangsvermögen beträgt 50.000,-- Euro.

2. Das Endvermögen des A

Das Endvermögen ist in § 1375 BGB geregelt. Auch insoweit unterscheidet das Gesetz zwischen dem tatsächlichen (§ 1375 Abs. 1) und dem fiktiven Endvermögen (§ 1375 Abs. 2 BGB).

a) Das tatsächliche Endvermögen

- Das Endvermögen ist in § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB legaldefiniert als das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstands gehört. Es werden also auch hier alle am Stichtag vorhandenen geldwerten Vermögensgegenstände erfasst und addiert. Sodann subtrahiert man die an diesem Stichtag bestehenden Verbindlichkeiten.
- Nach dem Wortlaut des § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB ist das Ende des Güterstands der maßgebliche Zeitpunkt. Maßgeblich ist an sich also wiederum der Beendigungstatbestand.
- Doch ist für die Berechnung des Endvermögens ggf. § 1384 BGB als lex specialis zu beachten: Wird die Ehe geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Analog gilt § 1384 BGB auch für den Fall der Aufhebung der Ehe. Für den Zugewinnausgleich unter Lebenden ist § 1384 BGB danach die bei weitem wichtigste Stichtagsregelung.

Das tatsächliche Endvermögen von A beläuft sich zum maßgeblichen Stichtag auf 230.000 Euro (Grundstück + Konzertflügel).

b) Das fiktive Endvermögen gem. § 1375 Abs. 2 BGB

- Ebenso wie zum tatsächlichen Anfangsvermögen nach Maßgabe des § 1374 Abs. 2 BGB manche Vermögenspositionen hinzugerechnet werden, kann auch das Endvermögen nach § 1375 Abs. 2 BGB um einzelne Vermögenspositionen erhöht werden, obwohl diese in Wahrheit nicht vorhanden sind. Es handelt sich dann gewissermaßen um fiktives Endvermögen, mag dieser Begriff auch nicht gebräuchlich sein.
- Als gemeinsamen Nenner der einzelnen dort genannten Fälle mag man angeben, dass der jeweilige Ehegatte durch finanzielle Sorglosigkeit oder gar Böswilligkeit seinen eigenen Zugewinn verkürzt hat.

A hat keine vermögenswirksamen Maßnahmen getroffen, die zu einer Erhöhung seines Endvermögens aufgrund von § 1375 Abs. 2 BGB Anlass geben.

3. Der Zugewinn des A

Somit beträgt der Zugewinn des A 180.000 Euro.

II. Zugewinn der B

1. Anfangsvermögen der B

a) Tatsächliches Anfangsvermögen der B gem. § 1374 Abs. 1 BGB

Zu Beginn der Ehe beläuft das tatsächliche Vermögen der B sich auf ./. 35.000 Euro. § 1374 Abs. 3 BGB lässt dabei ein negatives Anfangsvermögen ausdrücklich zu.

b) Fiktives Anfangsvermögen gem. § 1374 Abs. 2 BGB

Womöglich ist dieses tatsächliche Vermögen um fiktives Endvermögen i.S.d. § 1374 Abs. 2 BGB zu erhöhen. In Betracht kommen der Erwerb des Grundstücks von ihren Eltern sowie der Lottogewinn in Höhe von 300.000,-- Euro.

aa) Das Grundstück

Das Grundstück erhielt B mit Rücksicht auf ihre künftige Erbenstellung, was den privilegierten Erwerb gem. § 1374 Abs. 2 BGB nahelegt: Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht.

- Darunter fällt alles, was bei Versterben des Zuwendenden von Todes wegen – also durch Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB, durch Vermächtnis, Pflichtteil, Erbersatzanspruch oder sonst durch den Tod eines Dritten veranlasst – auf den Erwerber überginge. Jedoch wird der Erwerb auf die Lebzeiten der Beteiligten vorverlegt.
- Mithin fällt alles unter § 1374 Abs. 2 BGB, was man unter den Sammelbegriff der vorweggenommenen Erbfolge fasst. Darunter ist gem. der allgemeinen in der Rechtsprechung gebräuchlichen Definition die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger zu verstehen. Folglich handelt es sich bei dem Grundstück ohne weiteres um privilegierten Erwerb der B, der ihrem Anfangsvermögen hinzuzurechnen ist.
- Gem. § 1376 Abs. 2 BGB ist dabei der Wert anzusetzen, den das Grundstück Zeit des Erwerbs hat, hier also 200.000 Euro.
- Anzusetzen ist jedoch nur der Grundstückswert nach Abzug der Verbindlichkeiten. Darunter fallen alle privaten und öffentlichrechtlichen, insb. steuerrechtlichen, Verbindlichkeiten, die der Ehegatte zum Zwecke des Erwerbs eingegangen ist und die überdies mit dem Erwerbsvorgang selbst verknüpft sind. Auch sind dingliche Belastungen einer erworbenen Sache abzuziehen, etwa Grundpfandrechte, soweit sie valutieren. Danach ist die Hypothek, die auf dem Grundstück lastet, von dem Wert abzuziehen. Maßgeblich ist gem. § 1376 Abs. 3 BGB auch hier der Zeitpunkt des Erwerbs, also 100.000 Euro.

Das Anfangsvermögen der B ist gem. § 1374 Abs. 2 Alt. 1 BGB um 100.000 Euro zu erhöhen.

bb) Der Lottogewinn

Fraglich bleibt, ob womöglich auch der Lottogewinn i.H.v. 300.000 Euro als fiktives Anfangsvermögen zu berücksichtigen ist. Zwar sind Glücksspielgewinne von § 1374 Abs. 2 BGB nicht ausdrücklich erfasst. In Betracht kommt jedoch eine analoge Anwendung.

(1) Dafür spricht:

§ 1374 Abs. 2 BGB ist ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen, wonach solcher Erwerb zu privilegieren ist, zu dem der andere Ehegatte nichts beigetragen hat. Über

den Wortlaut hinaus fallen demnach namentlich Schmerzensgeldansprüche und Lottogewinne unter § 1374 Abs. 2 BGB.

(2) Richtig dagegen:

Richtig ist es, eine analoge Ausdehnung des § 1374 Abs. 2 BGB abzulehnen.

- Das Recht des Zugewinnausgleichs geht davon aus, dass sämtliche Vermögenszuwächse, die während der Ehe anfallen, auch auszugleichen sind. § 1374 Abs. 2 BGB zählt lediglich enumerativ spezielle Erwerbstatbestände auf, in denen dieser fundamentale Grundsatz des Rechts des Zugewinnausgleichs durchbrochen wird. Somit ist § 1374 Abs. 2 BGB kein irgendwie gearteter allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen.
- Daher fehlt es bereits an der für jede Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke.

Das für die Ausgleichsberechnung maßgebliche Anfangsvermögen der B beträgt 65.000 Euro.

2. Endvermögen der B

Das tatsächliche Endvermögen der B beläuft sich gem. auf 400.000 Euro (Grundstück + Rest vom Lottogewinn – noch valutierender dinglicher Belastung des Grundstücks).

Für eine Erhöhung des Endvermögens gem. § 1375 Abs. 2 BGB ist nichts ersichtlich. Insb. stellt die Schenkung des Konzertflügels an A keine nach § 1375 Abs. 2 Satz 1 BGB zu berücksichtigende unentgeltliche Zuwendung dar. Gem. § 1375 Abs. 3 Alt. 2 BGB findet eine Hinzurechnung nämlich nicht statt, wenn der andere Ehegatte mit der Verfügung einverstanden gewesen ist. Das ist bei Schenkungen unter Ehegatten stets der Fall.

3. Zugewinn der B

Der Zugewinn der B beläuft sich auf 335.000 Euro.

III. Berechnung der Ausgleichsforderung

- Gem. § 1378 Abs. 1 BGB hat A gegen B daher einen Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 155.000 Euro. Gem. § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB entsteht diese Forderung mit dem Ende des Güterstandes.
- Zu beachten ist, dass die Forderung auf solches Vermögen beschränkt ist, das zum Zeitpunkt der Entstehung der Ausgleichsforderung nach Abzug der Verbindlichkeiten noch vorhanden ist (§ 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB). Jedoch verfügt B über ausreichende Mittel, um die Ausgleichsforderung von A zu begleichen. Somit kürzt § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB den Anspruch des A nicht.

A kann von B Zahlung von Zugewinnausgleich i.H.v. 155.000 Euro aus § 1378 Abs. 1 BGB verlangen.

C. Manipulationsversuche zu Lasten des anderen Ehegatten

Fall 18: („Vermögensverschiebung“):

Anton ist mit Bertha verheiratet. Beide leben voneinander getrennt. Antons Anfangsvermögen beträgt 0. Aktuell verfügt er über ein Vermögen i.H.v. 1 Mio. Euro. 70% davon entfallen auf eine Gemäldesammlung. Um deren Wert nicht mit Bertha teilen zu müssen, überlässt er die Gemälde unentgeltlich seinen Eltern, und zwar noch bevor der Scheidungsantrag gestellt ist. Der Zugewinn von Bertha beträgt 0.

Wie hoch ist die künftige Ausgleichsforderung von B gegen A aus § 1378 Abs. 1 BGB?

Gem. § 1378 Abs. 1 BGB hat B gegen A einen Anspruch auf die Hälfte des Zugewinns von A, soweit dieser den Zugewinn der B übersteigt.

I. Zugewinn der B

Der Zugewinn der B i.S.d. § 1373 BGB beträgt 0.

II. Zugewinn des A

A verfügt über ein Anfangsvermögen von 0.

Sein tatsächliches Endvermögen gem. § 1375 Abs. 1 BGB beläuft sich auf 300.000 Euro. Da er jedoch ohne Einverständnis der B Vermögenswerte im Wert von 700.000 Euro unentgeltlich auf seine Eltern übertragen hat, ist gem. § 1375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB dieser Betrag dem tatsächlichen Endvermögen hinzuzuzählen.

Als für die Berechnung der Ausgleichsforderung maßgebliches Endvermögen sind somit 1 Mio. Euro anzusetzen.

III. Berechnung der Ausgleichsforderung

- Daraus ergibt sich, dass B gegen A gem. § 1378 Abs. 1 Satz 1 BGB an sich einen Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 500.000 Euro hat.
- Allerdings wendet A hiergegen § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB ein, wonach der Anspruch stets auf das bei seiner Entstehung vorhandene Vermögen gedeckelt wird. Diese Einwendung droht folglich den Schutz, den § 1375 Abs. 2 BGB dem ausgleichsberechtigten gegen illoyale Vermögensverfügungen gewährt, zumindest partiell leerlaufen zu lassen.
- Der Gesetzgeber hat dieses Problem jedoch bedacht und ergänzt § 1375 Abs. 2 BGB durch § 1378 Abs. 2 Satz 2 BGB. Denn danach ist dem i.S.d. § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB tatsächlich vorhandenen Vermögen der Betrag hinzuzurechnen, um den das Endvermögen gem. § 1375 Abs. 2 Satz 1 BGB erhöht wird.

Folglich ist A zu behandeln, als verfüge er im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung über Vermögen i.H.v. 1 Mio. Euro. Folglich bleibt es bei einem Ausgleichsanspruch der B von 500.000 Euro.

D. Vermögensentwicklung nach dem Stichtag

Fall 19: („Margin Call“): BGH NJW 2012, 2657

Bertha begehrt von Anton Zugewinnausgleich. Zum Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags verfügt Anton über ein Vermögen von 100.000 Euro, und zwar bei einem Anfangsvermögen von 0. 80.000 Euro davon entfallen auf ein Wertpapierdepot. Vor Rechtskraft der Scheidung wird eine internationale Großbank zahlungsunfähig, was ein weltweites Börsenbeben nach sich zieht. Bei Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses ist das Wertpapierdepot des Anton vollkommen wertlos. Er verfügt lediglich noch über Vermögen i.H.v. 20.000 Euro.

Wie hoch ist der Ausgleichsanspruch von Bertha, wenn sie während des Güterstandes keinen Zugewinn erzielt hat?

Gem. § 1378 Abs. 1 BGB hat B gegen A einen Anspruch auf die Hälfte des Zugewinns von A, soweit dieser den Zugewinn der B übersteigt.

I. Zugewinn der B

Der Zugewinn der B i.S.d. § 1373 BGB beträgt 0.

II. Zugewinn des A

- Das Anfangsvermögen des A beträgt 0. Auf den Stichtag des Güterstandsendes beläuft sich sein Vermögen auf 20.000 Euro (§ 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB). Da Anhaltspunkte für Manipulationen nach § 1375 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht bestehen, erhöht sich der so ermittelte Betrag auch nicht.
- Wenn der Güterstand durch die Scheidung der Ehe endet, wird der Stichtag für die Ermittlung des Endvermögens allerdings auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorverlegt. Dabei wird die Scheidung mit Zustellung des Antrags wirksam. Folglich sind als Endvermögen 100.000 Euro anzusetzen.

III. Berechnung der Ausgleichsforderung

1. Grundsatz, § 1378 Abs. 1 BGB

Somit hat B gegen A einen Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 50.000 Euro aus § 1378 Abs. 1 BGB.

2. Einwendung des § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB

- Auch in dieser Konstellation wird der Ausgleichsschuldner sich darauf berufen, dass er im maßgeblichen Zeitpunkt der Entstehung des Ausgleichsanspruchs (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB) über Vermögen im Wert von lediglich 20.000 Euro verfüge, weshalb seine Ausgleichsschuld auf diesen Betrag gedeckelt sei.
- Wenn der gesetzliche Güterstand durch die Scheidung der Ehe endet, verlegt § 1384 BGB aber nicht nur den Stichtag für die Ermittlung des Endvermögens auf den Zeitpunkt der

Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, sondern auch den Stichtag für das i.S.d. § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB tatsächlich vorhandene Vermögen.

Somit wird der Anspruch der B gegen A nicht auf einen Betrag von 20.000 Euro begrenzt.

3. Teleologische Reduktion des § 1384 BGB?

a) Die Hypothese

Jedoch könnte § 1384 BGB teleologisch zu reduzieren sein, wenn der Ausgleichsschuldner in der Zeit zwischen der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses unverschuldet in Vermögensverfall geraten ist. In diesen Fällen würde es dann abweichend vom weiter gefassten Wortlaut des § 1384 BGB bei der Regelung des § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB bleiben, soweit es um das tatsächlich vorhandene Vermögen geht.

b) Dafür spricht

- § 1384 BGB dient dazu, den Ausgleichsberechtigten vor Vermögensverschiebungen zu seinen Lasten zu schützen, die der Schuldner während der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens unterhalb der Schwelle des § 1375 Abs. 2 Satz 1 BGB vornimmt. Dieser Schutzzweck ist nicht einschlägig, wenn das Vermögen des Schuldners während des Scheidungsverfahrens verfällt, ohne dass ihm dies zurechenbar wäre.
- § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass niemand sich soll verschulden müssen, um seine Ausgleichspflicht zu erfüllen. Dieser Schutzzweck muss gerade dann eingreifen, wenn der Schuldner während des Scheidungsverfahrens in Vermögensverfall gerät, ohne dass ihm dies zurechenbar wäre.

c) Aber dagegen

Richtig ist es aber, mit dem BGH eine derartige teleologische Reduktion des § 1384 BGB abzulehnen.

- § 1384 BGB enthält eine klare Zuweisung des Risikos unverschuldeten Vermögensverfalls während der Dauer des Scheidungsverfahrens.
- Diese Risikozuweisung ist auch nicht unbillig. Denn wenn das Vermögen des Ausgleichsschuldners sich während des Scheidungsverfahrens durch glückliche Umstände vermehrt, muss er diesen unverhofften Gewinn auch nicht mit dem anderen Ehegatten teilen.
- § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB hat somit an sich nur dann praktische Bedeutung, wenn der rechnerische Zugewinnausgleich deshalb verhältnismäßig hoch ist, weil der Schuldner mit einem negativen Anfangsvermögen startete, und das tatsächlich vorhandene Vermögen nicht ausreicht, um diese rechnerische Schuld zu erfüllen.

B hat gegen A einen Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 50.000 Euro.

§ 10 Der Zugewinnausgleich beim Tod eines Ehegatten **Güterrecht V**

A. Allgemeines

I. Güterstandsende infolge des Versterbens eines Ehegatten

Der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft endet nicht nur, wenn die Ehe geschieden oder aufgehoben wird oder aber bei Fortbestand der Ehe der Güterstand vertraglich oder durch Gerichtsbeschluss aufgehoben wird. Die Zugewinnngemeinschaft endet vielmehr auch dann, wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand lebten und einer von ihnen stirbt.

II. Der Effekt auf die Vermögensverteilung

Damit hat der Tod einen doppelten Effekt auf die Vermögensverteilung:

- Erstens löst der Tod den Erbfall und damit das gesetzliche oder gewillkürte Erbrecht des überlebenden Ehegatten aus.
- Zweitens liefert der Tod den Anlass, den Zugewinnausgleich durchzuführen.

Daraus folgt ein Nebeneinander von Erb- und Güterrecht.

III. Ein mögliches Vorgehen nach § 1378 BGB

Wenn man ein Nebeneinander von Erbrecht und Güterrecht beibehalten will, bietet es sich demzufolge an, zunächst gem. § 1378 BGB die Zugewinnausgleichsforderung zu berechnen. Ist danach der überlebende Ehegatte ausgleichsberechtigt, erwirbt er eine Forderung gegen den Nachlass. Ist der überlebende Ehegatte demgegenüber ausgleichspflichtig, erwirbt der Nachlass eine entsprechende Ausgleichsforderung gegen ihn.

IV. Die gesetzgeberische Entscheidung für das Modell des § 1371 BGB

- Dieses Vorgehen hält der Gesetzgeber jedoch einerseits für unnötig kompliziert und andererseits für unnötig konflikträchtig. Deshalb schafft er mit § 1371 BGB eine Vorschrift an der Nahtstelle zwischen Familien- und Erbrecht, die so weit wie möglich auf pauschalisierte Lösungen setzt. Dogmatisch handelt es sich bei § 1371 BGB jedoch um eine rein güterrechtliche Bestimmung. Die Verknüpfung mit dem Erbrecht dient lediglich als Mittel zu dem Zweck, den Zugewinnausgleich beim Tod eines Ehegatten möglichst einfach abwickeln zu können.
- Charakteristisch für § 1371 BGB ist die sog. „güterrechtsabhängige Ausgestaltung des Ehegattenerbrechts“. Dabei unterscheidet die Vorschrift im Wesentlichen drei Konstellationen: (1.) der überlebende Ehegatte wird gesetzlicher Erbe, (2.) der überlebende Ehegatte ist Begünstigter einer Verfügung von Todes wegen oder aber (3.) der überlebende Ehegatte ist vom Nachlass ausgeschlossen.
- Rechtspolitisch steht dieses Nebeneinander von Güter- und Erbrecht durchaus in der Kritik. So hat namentlich Anne Röthel in ihrem Gutachten über die Zeitgemäßheit des BGB-Erbrechts für den 68. Deutschen Juristentag vorgeschlagen, den Formelkompromiss zwischen Erb- und Güterrecht aufzugeben. Stattdessen solle dem überlebenden Ehegatten ein güterstandsunabhängiges gesetzliches Erbrecht von $\frac{1}{2}$ neben den Kindern zustehen.

B. Zugewinnausgleich und gesetzliche Erbfolge

Fall 20: („Erbrechtliche Lösung“):

Anton und Bertha sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand. Sie haben die gemeinsamen Kinder Sierra und Tango. Sonstige Abkömmlinge gibt es nicht. Als Anton verstirbt, beträgt sein Zugewinn 200.000 Euro, derjenige von Bertha hingegen 1 Mio. Euro. Eine Verfügung von Todes wegen existiert nicht.

Wie gestaltet sich die Erbfolge nach Anton?

I. Die Rechtsfolge des § 1371 BGB

In der Konstellation des Beispielsfalls 20 existiert keine Verfügung von Todes wegen. Die Erbfolge nach dem Erblasser Anton ist somit nach den Regeln über die gesetzliche Erbfolge zu bestimmen. Das Zusammentreffen von Zugewinnausgleich und gesetzlicher Erbfolge ist in § 1371 Abs. 1 BGB geregelt.

- Dabei wird der Zugewinnausgleich gem. § 1371 Abs. 1 Hs. 1 BGB dadurch verwirklicht, dass der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht wird.
- Eine konkrete Ausgleichsberechnung gem. § 1378 BGB findet demgegenüber nicht statt. Deshalb wird die Abwicklung des Zugewinnausgleichs über § 1371 Abs. 1 BGB auch als „erbrechtliche Lösung“ bezeichnet.

II. Die Ermittlung der gesetzlichen Erbfolge

Ehe § 1371 BGB jedoch zur Anwendung kommen kann, muss zunächst die gesetzliche Erbfolge bestimmt werden. Hierfür sind §§ 1924 ff. BGB maßgeblich.

1. Die Unterteilung der gesetzlichen Erben in Ordnungen

- §§ 1924 ff. BGB unterteilen die gesetzlichen Erben entsprechend ihrer verwandtschaftlichen Nähebeziehung in verschiedene Ordnungen. Soweit Erben einer früheren Ordnung vorhanden sind, schließen sie gesetzliche Erben einer nachfolgenden Ordnung gem. § 1930 BGB aus.
- Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind gem. § 1924 Abs. 1 BGB die Abkömmlinge des Erblassers.

2. Die Abkömmlinge des A

Abkömmlinge des Erblassers sind gerader Linie absteigende Verwandte gem. § 1589 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Vorliegend sind S und T in diesem Sinn Abkömmlinge des A. Etwaige Erben anderer Ordnungen schließen sie gem. § 1930 BGB von der Erbfolge aus. Gem. § 1924 Abs. 4 BGB sind sie Miterben zu je $\frac{1}{2}$.

3. Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten gem. § 1931 BGB

- Hätte es mit der Ermittlung der gesetzlichen Erben anhand der Ordnungen sein Bewenden, so würde § 1371 BGB meist leerlaufen. Denn es existierte kein gesetzlicher Erbteil des überlebenden Ehegatten, der um den Faktor $\frac{1}{4}$ erhöht werden könnte.
- § 1931 BGB weist dem überlebenden Ehegatten jedoch ein gesetzliches Erbrecht zu, welches keiner Ordnung zugewiesen ist. Dieses gesetzliche Erbrecht ist quotale ausgestaltet. Welche Quote dem Ehegatten im Einzelnen zusteht, hängt davon ab, mit welchen anderen gesetzlichen Erben der Ehegatte um den Nachlass konkurriert.
- Im Hinblick auf § 1930 BGB ergeben sich deshalb keine Schwierigkeiten, weil der überlebende Ehegatte als gesetzlicher Erbe nicht irgendeiner Ordnung angehört.

In Beispielsfall 20 erbt die überlebende B neben den Kindern S und T, die gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind. In diesem Fall steht B ein quotales Erbrecht von $\frac{1}{4}$ zu.

4. Das Verhältnis der Erbteile zueinander

Es stellt sich nun die Frage, wie die Erbteile von S, T und B sich zueinander verhalten.

- Nach den bisherigen Erkenntnissen erben S und T zu jeweils $\frac{1}{2}$ und B zu $\frac{1}{4}$. Dies ist ein Ergebnis, das keinen Bestand haben kann. Denn in der schlichten Addition ergäben sich Erbquoten von $\frac{5}{4}$, was offensichtlich absurd ist. Um auf eine Gesamtverteilung von 1 zu kommen, müssen die bislang sich ergebenden Quoten folglich angepasst werden.
- Hierfür ist maßgeblich, dass der überlebende Ehegatte „neben“ den einer Ordnung zugehörigen gesetzlichen Erben erbt. Das Tatbestandsmerkmal „neben“ drückt dabei aus, dass vom Gesamtnachlass zunächst der Anteil des überlebenden Ehegatten abgezogen wird. Die – wenn man so will – Ordnungserben teilen sich dann den Rest entsprechend ihrer Quote.

Folglich erben S und T jeweils $\frac{1}{2}$ von $\frac{3}{4}$ des Nachlasses nach A. Dies bedeutet eine Quote von jeweils $\frac{3}{8}$. Auf B entfällt ein gesetzlicher Erbteil von $\frac{1}{4}$.

III. Die Erhöhung des Ehegattenerbteils gem. § 1371 Abs. 1 Hs. 1 BGB

Das $\frac{1}{4}$ gem. § 1931 BGB wird häufig als die erbrechtliche Grundausrüstung des überlebenden Ehegatten bezeichnet. Lebten er und der Erblasser im gesetzlichen Güterstand, wird auf § 1931 BGB gem. § 1371 Abs. 1 Hs. 1 BGB ein weiteres Viertel aufgeschlagen. Für B ergibt sich daraus eine Erbquote von $\frac{1}{2}$ neben den gesetzlichen Erben der ersten Ordnung S und T, für die folglich jeweils $\frac{1}{4}$ verbleibt.

Außerhalb des gesetzlichen Güterstandes hat es jedoch – vorbehaltlich etwaiger letztwilliger Verfügungen – mit der erbrechtlichen Grundausrüstung sein Bewenden. Deshalb ist in Zusammenhang mit § 1371 BGB von der „güterrechtlichen Ausgestaltung des Ehegattenerbrechts“ die Rede.

IV. Wertungswidersprüche?

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Ergebnis wertungsgerecht ist. Die Fragwürdigkeit lässt sich anhand des Beispielsfalls 20 verdeutlichen:

1. Der hypothetische rechnerische Zugewinnausgleich gem. § 1378 Abs. 1 BGB

Führt man einen hypothetischen rechnerischen Zugewinnausgleich durch, so ergibt sich für den Erblasser A ein Zugewinn von 200.000 Euro. B hingegen hat einen Zugewinn von 1 Mio. Euro erzielt. Folglich beläuft ihr Überschuss sich auf 800.000 Euro. Daraus resultiert eine hypothetische rechnerische Ausgleichsforderung von 400.000 Euro.

2. Der Verlust des Ausgleichsanspruches der Miterben

- Würde der rechnerische Zugewinnausgleich gem. § 1378 BGB nicht vollständig durch § 1371 BGB verdrängt, würde dieser Ausgleichsanspruch in den Nachlass fallen und somit das Vermögen der Miterben mehren.
- Ebenso würden die Miterben einen entsprechenden Vermögenswert erhalten, wenn der Erblasser kurz nach der Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs verstorben wäre.

Für den Fall, dass der überlebende Ehegatte im Fall eines rechnerischen Zugewinnausgleichs gem. § 1378 Abs. 1 BGB ausgleichspflichtig gewesen wäre, bringt die erbrechtliche Lösung des § 1371 BGB die Miterben folglich um den ihnen an sich zustehenden Anspruch. Dies ist nicht nur gesetzessystematisch bedingt, sondern wird in § 1371 Abs. 1 Hs. 2 BGB bekräftigt: Danach spielt es für die Erhöhung des Ehegattenerbteils um $\frac{1}{4}$ keine Rolle, ob und ggf. inwieweit die Ehegatten tatsächlich einen Zugewinn erzielt haben.

3. Der Austausch von Gläubiger und Schuldner

Die Ersetzung des rechnerischen Zugewinnausgleichs durch die erbrechtliche Lösung gem. § 1371 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1371 Abs. 1 Hs. 2 BGB hat aber noch eine weitere Folge. Für den Fall nämlich, dass der überlebende Ehegatte beim hypothetischen Zugewinnausgleich gem. § 1378 BGB ausgleichspflichtig wäre, wären die Erben Gläubiger dieses Ausgleichsanspruchs. Infolge der pauschalierten Lösung wird der Erbteil der weiteren Erben jedoch zugunsten des an sich ausgleichspflichtigen überlebenden Ehegatten gekürzt. Auf diese Weise werden die Miterben nicht nur um einen erbbaaren Ausgleichsanspruch gebracht, sondern sogar von hypothetischen Gläubigern zu realen Schuldnern des Zugewinnausgleichs.

Gewisse Wertungswidersprüche lassen sich damit kaum verleugnen. Allerdings fallen sie nicht derart gravierend aus, dass eine Korrektur des in § 1371 Abs. 1 Hs. 2 BGB klar artikulierten gesetzgeberischen Willens aus verfassungsrechtlichen Gründen o.ä. in Betracht zu ziehen wäre. Jedoch sind diese Widersprüche der zentrale Ansatzpunkt für die rechtspolitische Kritik, die an dem Nebeneinander von Güter- und Erbrecht geübt wird.

C. Der Zugewinnausgleich bei Vorhandensein einer letztwilligen Verfügung

Fall 21: („Erbeinsetzung“):

Anton und Bertha sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand. Sie haben die gemeinsamen Kinder Sierra und Tango. Weitere Abkömmlinge haben sie nicht. Als Anton verstirbt, liegt der Wert seines Nachlasses bei 1 Mio. Euro. Der Wert des Nachlasses entspricht zugleich seinem Zugewinn. Anton hinterlässt ein Testament, in dem er Sierra und Tango zu gleichen Teilen als Erben einsetzt. Weiter verfügt Anton, dass Bertha das Wohnhaus erhalten solle, dessen Wert sich auf 200.000 Euro beläuft.

Welche Ansprüche hat Bertha gegen den Nachlass?

I. Kein pauschalierter Zugewinnausgleich gem. § 1371 BGB

- In § 1371 BGB findet sich deshalb keine Regelung für diese Konstellation, weil die Vorschrift von vornherein nur auf die Fälle der gesetzlichen Erbfolge zugeschnitten ist.
- Wenn der Erblasser gem. § 1937 BGB den oder die Erben durch letztwillige Verfügung bestimmt, verbleibt kein Raum für eine gesetzliche Erbfolge. Somit entfällt zugleich der Ansatzpunkt für die erbrechtliche Lösung gem. § 1371 Abs. 1 Hs. 1 BGB.

II. Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs?

- Wenn die erbrechtliche Lösung gem. § 1371 Abs. 1 BGB in den Fällen der gewillkürten Erbfolge ausscheidet, dann drängt sich der Gedanke auf, dass dann der rechnerische Zugewinnausgleich gem. § 1378 BGB durchzuführen ist.
- Doch ist auch diese Schlussfolgerung voreilig. § 1371 Abs. 2 Hs. 1 BGB sieht die Anwendung der Bestimmungen über den rechnerischen Zugewinnausgleich nämlich nur vor, sofern der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer geworden, also vom Nachlass gänzlich ausgeschlossen ist.
- Hintergrund dieser Bestimmung ist die Vermutung, dass in der Erbschaft oder in dem Vermächtnis der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf Teilhabe am Zugewinn des anderen Ehegatten bereits hinreichend verwirklicht ist. Hier sieht man dann kein Bedürfnis für einen zusätzlichen Zugewinnausgleich.

Somit kommt § 1378 BGB hier zunächst nicht zur Anwendung, denn B ist zwar nicht als Erbin, wohl aber als Vermächtnisnehmerin eingesetzt.

III. Anspruch aus § 2147 BGB

Somit hat B gegen den Nachlass zunächst den schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks samt Wohnhaus.

IV. Zusätzlicher Anspruch auf einen Pflichtteil gem. §§ 2303, 2305, 2307 BGB?

Womöglich kann B von Erben S und T darüber hinaus den Pflichtteil gem. §§ 2303, 2305, 2307 BGB verlangen. Das setzt voraus:

1. Pflichtteilsberechtigung

Zunächst muss B pflichtteilsberechtigt sein.

- Pflichtteilsberechtigt ist gem. § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Abkömmling des Erblassers, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist.
- § 2303 Abs. 2 BGB erweitert den Kreis der Pflichtteilsberechtigten auf die Eltern sowie auf den Ehegatten des Erblassers.
- Das Anrecht auf den Zusatzpflichtteil ist in § 2305 BGB geregelt. Ist danach einem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teils verlangen.

B ist die Ehefrau des Erblassers A. Sie zählt somit gem. § 2303 Abs. 2 Satz 1 BGB zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten. Auch ist B nicht als Erbin eingesetzt. Sie ist lediglich als Vermächtnisnehmerin berücksichtigt. Als Erben sind gem. § 1937 BGB die beiden Kinder S und T eingesetzt. Folglich ist B durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen und deshalb gem. § 2303 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB pflichtteilsberechtigt. Auf den Zusatzpflichtteil gem. § 2305 Satz 1 BGB kommt es daher gar nicht erst an.

2. Pflichtteilsberechnung

Gem. § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils.

a) Großer Pflichtteil oder kleiner Pflichtteil?

Fraglich ist, ob bei der Pflichtteilsberechnung des überlebenden Ehegatten die erbrechtliche Grundaussstattung gem. 1931 BGB zugrunde zu legen ist („kleiner Pflichtteil“) oder der nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhte Pflichtteil („großer Pflichtteil“).

- Gem. § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB bestimmt sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten nur dann nach der erbrechtlichen Grundaussstattung, wenn der Ehegatte weder als Vermächtnisnehmer noch als Erbe eingesetzt ist.
- Im Umkehrschluss folgt daraus, dass der Pflichtteil, den der Ehegatte neben einem ihm gewährten Vermächtnis oder einem ihm gewährten Erbteil verlangt, aus dem nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Erbteil berechnet wird.

Neben den beiden Kindern S und T beträgt der gesetzliche Erbteil der B gem. §§ 1931 Abs. 1, 1371 Abs. 1 Hs. 1 BGB $\frac{1}{2}$. Ihr Pflichtteil beträgt bei einem Nachlasswert von 1 Mio. Euro folglich 250.000 Euro.

b) Sinn und Zweck des § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB

§ 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB und der daraus zu ziehende Umkehrschluss sind sachlogisch ohne weiteres erklärbar:

- Wenn der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, wird der rechnerische Zugewinnausgleich durchgeführt. Würde der zusätzlich bestehende

Pflichtteilsanspruch aus dem großen Pflichtteil errechnet, käme man folglich zu einer doppelten Durchführung des Zugewinnausgleichs.

- Ist der überlebende Ehegatte hingegen als Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt, findet kein rechnerischer Zugewinnausgleich statt. Fällt die erbrechtliche Zuwendung dabei derart gering aus, dass sie nicht einmal den Pflichtteil erreicht, so kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass diese Zuwendung den Anspruch auf Teilhabe am Zugewinn des Erblasser-ehegatten verwirklicht. Würde vor diesem Hintergrund der Pflichtteil aus dem kleinen Pflichtteil berechnet, so würde letztlich vollständig auf den Zugewinnausgleich im Todesfall verzichtet.

3. Anrechnung des Vermächnisses

Somit kann B von den Erben aus Vermächtnis gem. § 2147 BGB die Übereignung des Wohnhauses samt Grundstück verlangen und aus §§ 2303 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 BGB den Pflichtteil mit einem Wert von 250.000 Euro. Gem. § 2307 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB wird der Wert des Vermächnisses auf den Pflichtteilsanspruch angerechnet. Somit verbleibt ihr ein Zahlungsanspruch i.H.v. 50.000 Euro.

D. Der Zugewinnausgleich des vom Nachlass ausgeschlossenen Ehegatten

Fall 22: („Erbausschlagung“):

Anton und Bertha sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand. Sie haben die gemeinsamen Kinder Sierra und Tango. Weitere Abkömmlinge haben sie nicht. Als Anton verstirbt, liegt der Wert seines Nachlasses bei 1 Mio. Euro. Der Wert des Nachlasses entspricht zugleich seinem Zugewinn. Anton hinterlässt ein Testament, in dem er Bertha zu 1/10 als Erbin einsetzt und i.Ü. die beiden gemeinsamen Kinder zu je gleichen Teilen. Außerdem wendet Anton der Bertha als Vermächtnis eine Skulptur im Wert von 10.000 Euro zu. Bertha ist zutiefst gekränkt und schlägt sowohl die Erbschaft als auch das Vermächtnis aus.

Welche Ansprüche hat Bertha gegen den Nachlass, wenn ihr Zugewinn um 50.000 Euro größer ausfällt als derjenige des Anton?

I. Rechnerischer Zugewinnausgleich gem. § 1378 Abs. 1 BGB

In dem Moment, in dem B sowohl die Erbschaft als auch das Vermächtnis ausschlägt, steht fest, dass sie weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin wird. Gem. § 1371 Abs. 2 Hs. 1 BGB kann sie folglich die Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs gem. § 1378 BGB verlangen. In der vorliegenden Konstellation folgt daraus jedoch kein Zahlungsanspruch, da ihr Zugewinn denjenigen des A übersteigt.

II. Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 BGB

Folglich kommt lediglich noch ein Pflichtteilsanspruch aus § 2303 Abs. 1 BGB in Betracht.

1. Pflichtteilsberechtigung

Gem. § 2303 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB ist B als Ehefrau des Erblassers pflichtteilsberechtigt, wenn sie durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist.

a) Verlust der Erbenstellung durch Ausschlagung

Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. A hatte B mit einem Erbteil von 1/10 als Erbin eingesetzt (§ 1937 BGB). Dass B nun doch nicht Erbin wird, folgt somit nicht aus der letztwilligen Verfügung des A, sondern aus ihrer eigenen Entscheidung, die Erbschaft auszuschlagen. Wer ausschlägt, ist aber nach § 2303 BGB nicht pflichtteilsberechtigt.

b) Pflichtteilsanspruch aus § 1371 Abs. 2 BGB?

Womöglich ergibt sich aus § 1371 Abs. 2 BGB aber unmittelbar ein Pflichtteilsanspruch.

- Dafür könnte immerhin sprechen, dass § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB auf einen Pflichtteilsanspruch Bezug nimmt. Somit setzt diese Bestimmung einen Anspruch mindestens voraus.
- Allerdings gewährt § 1371 Abs. 2 BGB keinen eigenen Pflichtteilsanspruch. Die unmittelbare Aussage ist darauf beschränkt, die Anwendbarkeit der §§ 1373 ff. BGB zu ermöglichen. Die Bezugnahme des Hs. 2 betrifft lediglich den nach den erbrechtlichen Bestimmungen gegebenen oder eben nicht gegebenen Pflichtteilsanspruch.

c) Die Regelung des § 1371 Abs. 3 BGB

- Allerdings bestimmt § 1371 Abs. 3 BGB, dass der die Erbschaft ausschlagende überlebende Ehegatte neben dem rechnerischen Zugewinnausgleich den Pflichtteil auch dann verlangen kann, wenn er ihm nach den maßgeblichen erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde.
- Als Spezialbestimmung zu § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält § 1371 Abs. 3 BGB dem ausschlagenden Ehegatten folglich den Pflichtteilsanspruch.
- Zweck der Vorschrift ist es, den überlebenden Ehegatten nicht in die erbrechtliche Lösung zu zwingen, sei es nach § 1371 Abs. 1 BGB, sei es, indem er die letztwillige Zuwendung des Erblassers vorbehaltlos akzeptiert. Vielmehr soll er, sofern ihm dies günstiger erscheint, die Möglichkeit erhalten, den rechnerischen Zugewinnausgleich durchzuführen und gleichzeitig den Pflichtteil zu verlangen.

Gem. §§ 2303 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, 1371 Abs. 3 BGB ist B pflichtteilsberechtigt.

2. Pflichtteilsberechnung

a) Grundsatz

Da B nun weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin ist, kommt § 1371 Abs. 2 BGB zur Anwendung. Folglich ist ihr Anspruch aus dem sog. kleinen Pflichtteil zu berechnen. Daraus ergibt sich ein Anspruch i.H.v. 125.000 Euro.

b) Wahlrecht zwischen § 1378 BGB und dem großen Pflichtteil?

Fraglich bleibt, ob B auf die Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs verzichten und stattdessen auf den sog. großen Pflichtteil optieren kann. Das ergäbe namentlich in der

vorliegenden Konstellation Sinn. Denn wegen ihres größeren Zugewinns bringt § 1378 BGB der B keinerlei Vorteil.

aa) Für ein Wahlrecht des überlebenden Ehegatten spricht

Der Wortlaut des § 1371 Abs. 2 Hs. 2 BGB schließt solch ein Wahlrecht nicht einmal aus. So wird der kleine Pflichtteil nur „in diesen Fällen“ gewährt. Mit „diesen Fällen“ müssen nicht unbedingt alle Konstellationen gemeint sein, in denen der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird. Es können vielmehr auch nur die Fälle gemeint sein, in denen der Ehegatte tatsächlich den rechnerischen Zugewinnausgleich durchführen lässt.

bb) Gegen das Wahlrecht spricht aber entscheidend:

- § 1371 BGB ist trotz des angeordneten Nebeneinanders von Erb- und Güterrecht eine güterrechtliche Vorschrift. Die Verknüpfung mit dem Erbrecht ist lediglich Mittel zum Zweck, um den Zugewinnausgleich einfacher durchführen zu können. Sollte der überlebende Ehegatte infolge des § 1371 BGB einmal günstiger stehen als bei der Durchführung des § 1378 BGB, so ist das lediglich ein Nebeneffekt der erbrechtlichen Lösung, nicht aber deren Zweck.
- Folglich gebietet es das Erbrecht des Erblassers, solche Nebeneffekte des § 1371 BGB auszuschließen, indem er den Erbteil des anderen Ehegatten durch letztwillige Verfügung steuert. Der Effekt einer solchen Steuerung wäre aber wesentlich entwertet, wenn der überlebende Ehegatte stets ausschlagen und gleichzeitig auf den großen Pflichtteil optieren könnte.

B hat einen Pflichtteilsanspruch i.H.v. 125.000 Euro.

III. Die Ausschlagung nur der Erbschaft als zusätzliche Option?

Fraglich bleibt, was geschieht, wenn B lediglich die Erbschaft ausschlägt und gleichzeitig das Vermächtnis behält.

1. Die Folgen nach § 1371 Abs. 2 BGB

- Wenn B lediglich die Erbschaft ausschlägt, bleibt sie Vermächtnisnehmerin. Gem. § 1371 Abs. 2 Hs. 1 BGB e.c. kann sie daher nicht die Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs verlangen.
- Daraus folgt weiter, dass ein etwaiger Pflichtteilsanspruch aus dem gem. § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Pflichtteil zu berechnen wäre.

2. Ausschlagung und Pflichtteilsanspruch

a) Das Problem: § 1371 Abs. 3 BGB auch bei Ausschlagung nur der Erbschaft?

Doch bleibt das Problem, dass der überlebende Ehegatte im Fall der Ausschlagung nach § 2303 Abs. 1 BGB an sich nicht pflichtteilsberechtigt ist. Damit stellt sich die Frage, ob die abweichende Bestimmung des § 1371 Abs. 3 BGB dem sowohl mit einem Erbteil als auch mit einem Vermächtnis bedachten Ehegatten den Pflichtteil auch dann erhält, wenn dieser nur die Erbschaft ausschlägt und das Vermächtnis behält.

b) Dafür spricht: Wortlautauslegung

Dafür spricht der Wortlaut des § 1371 Abs. 3 BGB. Danach geht es nur um die Ausschlagung der Erbschaft. Dass ein etwaig zusätzlich gewährtes Vermächtnis ebenfalls ausgeschlagen werden müsste, um den Pflichtteil zu behalten, ist demgegenüber gerade nicht gefordert.

c) Dagegen spricht: Systematische und teleologische Auslegung

Dem Sinn und Zweck des § 1371 Abs. 3 BGB und der Gesetzessystematik entspricht es jedoch viel eher, dem überlebenden Ehegatten den Pflichtteil nur dann zu erhalten, wenn er sowohl die Erbschaft als auch das Vermächtnis ausschlägt:

- § 1371 Abs. 3 BGB dient in erster Linie dazu, dem überlebenden Ehegatten den Weg in den rechnerischen Zugewinnausgleich gem. § 1378 Abs. 1 BGB zu ebnen, indem er das letztwillig Zugewandte ausschlägt. Müsste er nämlich die Durchführung des rechnerischen Zugewinnausgleichs mit dem Verlust des Pflichtteilsrechts bezahlen, wäre dieser Preis vielfach zu hoch.
- Wer jedoch nur die Erbschaft ausschlägt und nicht auch das gleichzeitig zugewandte Vermächtnis, der hat gem. § 1371 Abs. 2 BGB keinen Anspruch auf den rechnerischen Zugewinnausgleich. Wer das Vermächtnis behalten will, hat also von vornherein kein Interesse am rechnerischen Zugewinnausgleich. In diesem Fall ist es dann auch nicht erforderlich, ihm den Pflichtteil zu erhalten.

Wenn B nur die Erbschaft ausschlägt, behält sie den Anspruch aus § 2147 BGB gegen den Nachlass. Weitere Ansprüche hat sie in diesem Fall nicht.

E. Der Tod während des Scheidungsverfahrens

Fall 23:

Anton und Bertha sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand. Sie sind seit über einem Jahr getrennt und das Scheidungsverfahren ist rechtshängig. Sie haben die gemeinsamen Kinder Sierra und Tango. Weitere Abkömmlinge haben sie nicht. Der Zugewinn von Anton übersteigt denjenigen von Bertha um 400.000 Euro. Während des laufenden Scheidungsverfahrens verstirbt Anton. Eine Verfügung von Todes wegen existiert nicht.

Wie vollzieht sich der Zugewinnausgleich in dieser Situation?

I. Erbrechtliche Lösung gem. § 1371 Abs. 1 BGB?

- Zunächst liegt es nahe, den Zugewinnausgleich auch in dieser Konstellation mittels der erbrechtlichen Lösung gem. § 1371 Abs. 1 BGB durchzuführen. Diese Form des pauschalierten Zugewinnausgleichs setzt jedoch voraus, dass der überlebende Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht hat.

- Üblicherweise folgt dieses aus § 1931 BGB. Gem. § 1933 BGB ist das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten aber ausgeschlossen, sobald das Scheidungsverfahren rechtshängig ist und die Scheidungsvoraussetzungen vorliegen.

II. Regelkonsequenz: § 1378 Abs. 1 BGB

Folglich wird in diesem Fall der rechnerische Zugewinnausgleich durchgeführt. Mangels gesetzlichen Erbrechts steht dem überlebenden Ehegatten dann aber kein Pflichtteil zu.

III. Bestehen einer letztwilligen Zuwendung

- Sofern es eine letztwillige Zuwendung an den überlebenden Ehegatten gibt, die dieser akzeptiert, entfällt der rechnerische Zugewinnausgleich gem. § 1378 BGB. Das folgt daraus, dass dieses Ausgleichsverfahren gem. § 1372 BGB an sich von vornherein nur für diejenigen Fälle gedacht ist, in denen der Güterstand anders als durch den Tod eines Ehegatten endet.
- Begehrt der überlebende Ehegatte also den rechnerischen Zugewinnausgleich, muss er das ihm letztwillig Zugewandte ausschlagen.

§ 11 Das Nebengüterrecht Güterrecht VI

A. Allgemeines

I. **Rekapitulation: Ehegemeinschaft als Vermögensgemeinschaft**

Ob und inwieweit die Ehegemeinschaft zugleich eine Gemeinschaft des Vermögens der Eheleute darstellt, hängt von den güterrechtlichen Vereinbarungen ab:

- Ausgangspunkt ist der Gedanke, dass die je hälftige Beitragsleistung zur ehelichen Lebensgemeinschaft – sei es in materieller oder in ideeller Form – grundsätzlich einen Anspruch auf Teilhabe an der Vermögenswirtschaft des jeweils anderen Ehegatten begründet.
- In der Gütergemeinschaft vollzieht sich dieser Teilhabeanspruch dadurch, dass die Eheleute durch die Vereinbarung und während der Dauer dieses Güterstandes Gesamteigentum/Gesamtvermögen bilden.
- Die Vereinbarung von Gütertrennung ist demgegenüber gleichbedeutend mit dem vertraglichen Ausschluss dieses Teilhabeanspruchs.
- In der Zugewinnngemeinschaft wird dieser Teilhabeanspruch durch den Ausgleich am Ende des Güterstandes realisiert.

II. **Vom gesetzlichen Ausgleichsmodell nicht erfasste Bereiche**

Dieses güterrechtliche Modell ist v.a. deshalb nicht erschöpfend, weil es die Vermögenswirtschaft, die die Ehegatten untereinander betreiben, nur unzureichend erfasst. Ein Blick in die einschlägige Rechtsprechung offenbart, dass namentlich drei Bereiche betroffen sind:

- Die Abwicklung konkret vereinbarter vertraglicher Beziehungen zwischen den Eheleuten (z.B. Arbeitsvertrag).
- Die Abwicklung von Leistungstransfers zwischen den Ehegatten, die ohne eine ausdrückliche vertragliche Grundlage erfolgen.
- Die Beteiligung eines Ehegatten an einem gemeinschaftlich geschaffenen Vermögenswert, der im Außenverhältnis allein dem anderen Ehegatten zugeordnet ist.

III. **Begriff des Nebengüterrechts**

Vor diesem Hintergrund gilt:

- Unter dem Nebengüterrecht ist die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten außerhalb des Güterrechts zu verstehen.
- Instrumente des Nebengüterrechts sind allgemein zivilrechtliche Institute zum einen sowie Schöpfungen richterlicher Rechtsfortbildung auf Basis der allgemeinen civilistischen Regeln zum anderen.

B. Die Abwicklung konkreter Verträge

Fall 24: („Arbeitslohn“): in Anlehnung an BGHZ 165, 1

Bertha Bravo ist alleinige Inhaberin eines Unternehmens, das sie unter der Firma „MS Dienstleistungen, Inhaberin Bertha Bravo“ führt. Ihr Ehemann Anton ist bei ihr als Lagerarbeiter angestellt. Insoweit haben beide einen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen. Anton erhält ein fixes Gehalt. Bertha führt Lohnsteuer und Sozialangaben ordnungsgemäß für ihn ab.

Beeinflusst die eheliche Lebensgemeinschaft zwischen Anton und Bertha die Abwicklung dieses Arbeitsvertrags?

Wie sieht es am Ende der Ehe bzw. nur des Güterstands aus?

I. Vertragsabwicklung während der Ehe

- Während der Ehe ergeben sich keine Besonderheiten bei der Abwicklung dieses Vertrags. Er wird genauso durchgeführt wie eine Vereinbarung identischen Inhalts zwischen beliebigen Dritten. Entscheidend ist einzig und allein das vertragliche Leistungsprogramm, das die Eheleute in ihren Willenserklärungen fixiert haben.
- Voraussetzung ist freilich, dass den Erklärungen der beiden Ehegatten nach §§ 133, 157 BGB ein entsprechender Rechtsbindungswille hinreichend klar zu entnehmen ist.

In dieser Hinsicht wirft Fall 24 keine Schwierigkeiten auf. A und B haben einen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen, der die Rechte und Pflichten der beiden Parteien definiert.

II. Am Ende des Güterstands/der Ehe

Der Einfluss, den das Ende der Ehe oder nur des Güterstands auf das vertragliche Austauschverhältnis hat, hängt zum Teil davon ab, welcher Güterstand zwischen den Eheleuten gilt.

- Besteht Gütertrennung, wird der Vertrag einfach fortgeführt. Es ergeben sich weiterhin keinerlei Unterschiede zu einem entsprechenden Vertragsverhältnis zwischen beliebigen Dritten.
- Für die reine Vertragsdurchführung gilt in der Zugewinnngemeinschaft nichts anderes. Allerdings sind etwaig offene Forderungen und Schulden aus diesem Vertrag im Rahmen des Zugewinnausgleichs als Aktiva bzw. Passiva im Endvermögen (§ 1375 BGB) des jeweiligen Ehegatten zu berücksichtigen.

C. Vertragsverhältnis v. ehebedingte Zuwendung

Fall 25: („Alsterwasser“):

Rechtsanwältin Bertha aus Hamburg ist mit dem Unternehmensberater Anton aus Frankfurt am Main verlobt. Als beide heiraten, zieht Anton in die von Bertha im Stadtteil Harvestehude gemietete 5-Zimmer-Wohnung. Der Mietvertrag weist allein Bertha als Mieterin aus. Anlässlich des Zusammenziehens findet eine Anpassung nicht statt. Darüber hinaus treffen Anton und Bertha keine Verabredung darüber, wie die Mietkosten intern verteilt werden sollen. Vielmehr legt Bertha als selbstverständlich zugrunde, dass der ebenfalls gut verdienende Anton sich hälftig beteiligen werde, was Anton jedoch nicht tut. Nach nur sechs Monaten gemeinsamen Zusammenlebens trennen Anton und Bertha sich wieder.

Kann Bertha von Anton Zahlung in Höhe der Hälfte der während der sechs Monate angefallenen Miete verlangen?

I. Vertraglicher Ersatzanspruch: § 670 BGB und der Begriff der ehebedingten Zuwendung

1. Das Problem: Auftragsverhältnis zwischen A und B?

- Zunächst mag man an einen vertraglichen Ersatzanspruch gem. § 670 BGB denken.³² Es könnte A der B den Auftrag erteilt haben, Wohnraum für ihn zu besorgen. Dieser Auftrag wäre mit der Aufnahme des A in ihre Wohnung in HH-Harvestehude erfüllt. Folglich hätte sie einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 670 BGB, unter den sich ihre Mietzahlungen, soweit sie A zugutekommen, subsumieren lassen.
- Fraglich bleibt, ob zwischen A und B tatsächlich ein Auftragsverhältnis dieses Inhalts zustande gekommen ist. Maßgeblich ist, ob sich dem Verhalten der beiden gem. §§ 133, 157 BGB ein entsprechender Rechtsbindungswille entnehmen lässt. Dies beurteilt sich nach dem objektiven Empfängerhorizont.

2. Dafür spricht:

- Die persönliche Bedeutung für A, Wohnraum zu bekommen.
- Der wirtschaftliche Umfang des Geschäfts. Üblicherweise lässt niemand eine weitere volljährige und berufstätige Person bei sich wohnen, ohne verbindlich wenigstens eine Beteiligung an den anfallenden Kosten zu verlangen. Dies ist auch jedem Hinzuziehenden ohne weiteres bewusst.

Danach wäre hier zwischen A und B ein Auftragsverhältnis zwar nicht ausdrücklich, wohl aber konkludent zustande gekommen.

³²

In Betracht kommt auch ein Mietverhältnis. In diesem Fall ginge es jedoch nicht mehr um den Ersatz von Aufwendungen. Vielmehr würde man über eine entgeltliche Wohnraumüberlassung diskutieren. Das liegt beim Zusammenleben in einer ehelichen Lebensgemeinschaft jedoch reichlich fern.

3. Richtig dagegen:

Richtig ist es, einen konkludenten Vertragsschluss zwischen A und B abzulehnen. Zwar mögen die äußeren Umstände nach den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre für einen Rechtsbindungswillen gerichtet auf §§ 662 ff. BGB sprechen. Da A und B jedoch im maßgeblichen Zeitpunkt in einer ehelichen Lebensgemeinschaft lebten, spielen diese allgemeinen Regeln allenfalls eine untergeordnete Rolle:

- Nach der Rechtsprechung des BGH und der ihm folgenden ganz h.M. sind Leistungen, die ein Partner während des Bestehens des Zusammenlebens und mit Rücksicht auf die Partnerschaft sowie die gemeinschaftliche Lebensführung erbringt („ehebedingte Zuwendung“), nicht auszugleichen („Grundsatz der Nichtausgleichung“).
- Innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft stehen beim Handeln der Beteiligten die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass mangels konkreter anderweitiger Abrede persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet werden. Vielmehr weisen sie einen starken Unterhaltsbezug auf (§ 1360 BGB) und sind als jeweiliger Beitrag zum Gelingen der gemeinsamen Lebensführung anzusehen.
- Wenn in Gemeinschaften mit enger persönlicher Beziehung Leistungen im gemeinsamen Interesse erbracht werden, dann ist deshalb der Gedanke fernliegend, dass der andere auch ohne eine konkrete vertragliche Vereinbarung von Rechts wegen ausgleichspflichtig sei.

B hat ihre in HH-Harvestehude gelegene Wohnung als gemeinsame Ehewohnung zur Verfügung gestellt. Soweit A hiervon vermögensmäßig profitiert, liegt eine ehebedingte Zuwendung an ihn vor. Folglich fehlt es aus der Sicht eines objektiven Empfängers an einem auf §§ 662 ff. BGB gerichteten Rechtsbindungswillen sowohl der B als auch des A. B hat gegen A somit keinen Ersatzanspruch aus § 670 BGB.

II. Anspruch aus §§ 670, 683 Satz 1, 677 BGB

Womöglich kommt aber ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 670, 683 Satz 1, 677 BGB in Betracht. Eine Geschäftsführung mag man auch insoweit bejahen. Probleme bereitet jedoch der Fremdgeschäftsführungswille als das zweite Tatbestandsmerkmal des § 677 BGB. Fremdgeschäftsführungswille bedeutet, dass der Geschäftsführer tätig wird in dem Bewusstsein und mit dem Willen, es als fremdes zu führen.

1. Problematik des pflichtgebundenen Geschäftsführers?

Gegen den Fremdgeschäftsführungswillen spricht dabei noch nicht entscheidend, dass B gegenüber dem Vermieter verpflichtet ist, die Miete zu bezahlen („pflichtgebundener Geschäftsführer“). Erstens kann nach h.M. auch in einem solchen Fall ein Fremdgeschäftsführungswille zu bejahen sein, sofern der Geschäftsführer erkennbar und willentlich auch im Interesse des Geschäftsherrn handelt. Zweitens ist die Geschäftsbesorgung, die B hier womöglich zugunsten des A unternimmt, nicht in der Zahlung der Miete zu sehen, sondern in der Überlassung von Wohnraum an A.

2. Die Vermutung für den Fremdgeschäftsführungswillen und ihre Widerlegung

Folglich ist der Fremdgeschäftsführungswille nach allgemeinen Regeln zu ermitteln. Danach gilt:

a) Tatsächliche Vermutung für den Fremdgeschäftsführungswillen

Fällt das besorgte Geschäft bereits seinem äußeren Zuschnitt nach in einen fremden Rechtskreis („objektiv fremdes Geschäft“), ist der Fremdgeschäftsführungswille zu vermuten.

Dies mag man hier begrifflich noch bejahen können, denn immerhin ist jedermann selbst dafür verantwortlich, sich Unterkunft zu besorgen.

b) Widerlegung der tatsächlichen Vermutung bei ehebedingten Zuwendungen

Allerdings ist diese tatsächliche Vermutung widerleglich.

Widerlegt ist die Vermutung dabei insbesondere, wenn die Geschäftsbesorgung zugleich eine ehebedingte Zuwendung ist. Hat der Gegenstand der Geschäftsführung Bezug zur ehelichen Lebensgemeinschaft und damit unterhaltsähnlichen Charakter, so erfolgt die Geschäftsführung des einen Ehegatten erkennbar nicht mit Rücksicht auf individuell abgrenzbare Interessen des anderen Ehegatten, sondern im Hinblick auf die gemeinschaftliche Lebensführung.

Somit fehlt es am gem. § 677 BGB erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen. B hat gegen A auch keinen Anspruch aus §§ 670, 677, 683 Satz 1 BGB.

III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB

Schließlich mag man an einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gem. § 812 Abs. 1 BGB denken. Das setzt voraus:

1. Etwas erlangt

Zunächst muss A etwas erlangt haben. Erlangtes Etwas i.S.d. § 812 Abs. 1 BGB ist jedenfalls jeder vermögenswerte Vorteil. Hier hat A von B eine Unterkunft erhalten, ohne dafür bezahlen zu müssen.

2. Durch Leistung der B

Diese Unterkunft muss er durch Leistung der B erhalten haben. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Fraglich ist, welcher Leistungszweck vorliegend in Betracht kommt.

a) Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB

Zunächst ist die Leistung i.S.d. *condictio indebiti* gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu betrachten:

- Der erste Leistungszweck besteht in der Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Wie gesehen, scheidet eine Verbindlichkeit aus § 670 BGB mangels Auftragsverhältnisses aus. Auch § 1360 BGB begründet keine Verbindlichkeit, um deren konkrete Erfüllung es hier gehen könnte. Denn § 1360 BGB verpflichtet die Eheleute ganz allgemein zum Familienunterhalt, ohne dass hieraus konkret einklagbare Leistungspflichten erwachsen. Etwas anderes kann allenfalls für den Barunterhalt gelten, um den es hier aber nicht geht.

- Der zweite Leistungszweck besteht in der Absicht, einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen zu schaffen. Er ist insbesondere bei Handschenkung sowie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag zu bejahen. Mangels Fremdgeschäftsführungswillens scheiden hier aber eine Geschäftsführung ohne Auftrag und der zweite Leistungszweck aus.

b) Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB

Schließlich bleibt an die Leistung i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB zu denken:

- Der dritte Leistungszweck betrifft die Fälle der *condictio ob rem*. Hier beabsichtigt der Zuwendende, den Empfänger zu einem Verhalten zu veranlassen, auf das er keinen rechtlichen Anspruch hat.
- Der BGH verneint für die ehebedingte Zuwendung auch solch ein „minderes Kausalverhältnis“ zwischen dem Zuwendenden und dem Empfänger. Das ist begrifflich kaum zu beanstanden. Die Konsequenz besteht in der Anwendbarkeit von § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB. Diesen Anspruch lässt der BGH deshalb scheitern, weil er die Ehebedingtheit der Zuwendung als eigenen Rechtsgrund zum Behaltendürfen anerkennt.
- Alternativ mag man eine Zweckabrede zwischen den Eheleuten anerkennen, wonach die Zuwendung das eheliche Zusammenleben fördern soll. Legt man dies zugrunde, so ist der bezweckte Erfolg stets erreicht, solange die eheliche Lebensgemeinschaft besteht. Endet die eheliche Lebensgemeinschaft später, so wird die zwischenzeitlich erfolgte Zweckerreichung dadurch nicht in Frage gestellt. Das kann nur dann anders liegen, wenn eine über die aktuelle Eheförderung hinausgehende Zweckvereinbarung feststellbar ist.

B hat gegen A keinen Anspruch auf hälftige Beteiligung an der während des Zusammenlebens entrichteten Miete.

IV. Die ehebedingte Zuwendung im Zugewinnausgleich

Die Ehebedingtheit einer Zuwendung ändert aber nichts daran, dass sie dem Zugewinnausgleich unterfällt. Hier ist maßgeblich, ob und inwieweit der Gegenstand noch im Endvermögen des Empfängers (§ 1375 BGB) vorhanden ist.

- Bei Sachen und Rechten ist dann der Zeitwert zum Stichtag maßgeblich.
- Unkörperliche Gebrauchsvorteile, wie insbesondere das unentgeltliche Zur-Verfügung-Stellen von Wohnraum, sind als solche keine Vermögenswerte, die sich direkt in § 1375 BGB niederschlagen können. Sie finden beim Zugewinnausgleich aber insoweit faktisch (und höchst mittelbar) Berücksichtigung, als der Empfänger Aufwendungen erspart hat und deshalb sein Endvermögen höher ausfällt.

D. Die Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswerts

Fall 26: („Häuslebauer“):

Anton und Bertha sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand. Bertha ist Alleinerbin eines heruntergekommenen Altbaus mit Grundstück in guter Lage. Anton investiert Geld, Zeit und eigene Arbeitsleistung, um das Haus zu sanieren. Nach Abschluss der Sanierungsarbeiten beträgt der Wertzuwachs der nach wie vor im Alleineigentum von Bertha stehenden Immobilie 300.000 Euro. Kurz darauf verlässt Bertha den Anton. Anton verlangt nun einen angemessenen Ausgleich für seinen Beitrag an der Wertschöpfung in Bezug auf Berthas Immobilie.

I. Das Problem

- Die wahrscheinlich wichtigste, weil streitträchtigste Konstellation im Nebengüterrecht ist die gemeinsame Schaffung eines Vermögenswerts, der im Außenverhältnis einem der Ehegatten allein zugewiesen ist. Praktisch geht es nahezu ausschließlich um den gemeinsamen Aufbau eines Unternehmens oder die gemeinsam erzielte Wertsteigerung einer Immobilie.
- Hier investiert der Nicht-Eigentümer-Ehegatte Zeit und/oder Geld und/oder Arbeitskraft in den Vermögensgegenstand. Für seine jeweilige Anstrengung erhält er jedoch entweder keinen oder nur einen unverhältnismäßig geringen Ausgleich. Dabei vertraut er auf den Bestand der Ehe und folglich darauf, dass er als Ehegatte von diesem gemeinsam geschaffenen Vermögenswert in irgendeiner Weise dauerhaft profitieren werde.

Das Abwicklungsproblem stellt sich folglich dann, wenn die Ehe scheitert und folglich dieses Vertrauen enttäuscht wird.

II. Vermögensausgleich während der Ehe?

Während der Ehe gelten die soeben ermittelten allgemeinen Regeln über die Zuwendungen unter Ehegatten:

- Die Investition in das dem anderen Ehegatten dinglich zugeordnete Vermögensgut ist ehebedingte Zuwendung.
- Während der Ehe wird die Investition nicht in irgendeiner Weise materiell ausgeglichen, wenn es keine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung gibt. Vielmehr gilt der Grundsatz der Nichtausgleichung auch für diese ehebedingte Zuwendung.
- Das ist logisch. So dient die ehebedingte Zuwendung der Förderung des ehelichen Zusammenlebens. Da der die Zuwendung empfangende Ehegatte das Vermögensgut für den Familienunterhalt einzusetzen hat (§ 1360 BGB), profitiert der zuwendende Ehegatte jedenfalls mittelbar von seiner Investition. Solange die eheliche Lebensgemeinschaft andauert, besteht kein Anlass, eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln zu konstruieren.

III. Vermögensausgleich im Fall des Scheiterns der Ehe?

Fraglich bleibt, ob auch für den Fall des Scheiterns der Ehe an den allgemeinen Regeln festgehalten werden kann.

1. Grundsatz

- Allgemein gilt der Grundsatz der Nichtausgleichung auch für die Zeit nach der Ehe. Was als ehebedingte Zuwendung während der Ehe nicht ausgeglichen wird, wird auch nach der Ehe nicht gesondert ausgeglichen, rückabgewickelt o.ä.
- Dort, wo es um Gebrauchsüberlassungen und einfache Vermögensgüter geht, ist das auch kein Problem.
- Anders kann es aber bei der Schaffung gemeinsamer Vermögenswerte liegen. Hier stellt sich nämlich das Problem der großen Zahl, und zwar in zweifacher Weise. Zum einen ist die Investition in das Vermögensgut des empfangenden Ehegatten häufig recht hoch ausgefallen. Zum anderen hat sich in der Hand des empfangenden Ehegatten ebenso häufig auch ein hoher Vermögenswert akkumuliert, von dem der zuwendende Ehegatte im Fall des Scheiterns der Ehe nicht mehr profitiert. Verweigert man nun unter Hinweis auf den Grundsatz der Nichtausgleichung jede Form des Ausgleichs oder der Rückabwicklung, läuft man Gefahr in Konflikt mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu geraten.
- Folglich nehmen Rechtsprechung und h.M. in diesen Fällen eine differenzierte Betrachtung vor und ziehen zwei Rückabwicklungsmodelle in Betracht: (1.) den Ausgleich der beendeten Ehegatteninnengesellschaft analog § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB und (2.) die Anpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB.

2. Ausgleichsanspruch gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB

Vor diesem Hintergrund könnte A gegen B zunächst einen Ausgleichsanspruch aus § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB haben.

a) Die Funktionsweise dieses Ausgleichsmodells

Der Ausgleich analog § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt zunächst voraus, dass die Ehegatten in Bezug auf den fraglichen Vermögenswert eine BGB-Gesellschaft i.S.d. §§ 705 ff. BGB als sog. Innengesellschaft gegründet haben.

- Die BGB-Innengesellschaft tritt in keine rechtlichen Beziehungen zu Dritten und bildet auch kein Gesamthandsvermögen. Folglich verfügt sie auch über keine Verfassung, die Geschäftsführung oder Vertretungsmacht regelte. Auch ist sie nicht partiell rechtsfähig analog § 124 Abs. 1 HGB.
- Das betroffene Vermögensgut bleibt im Außenverhältnis einem der Ehegatten allein zugeordnet. Lediglich im Innenverhältnis zueinander vereinbaren die Ehegatten eine Beteiligungsgesellschaft.
- Der Beteiligungsanspruch ergibt sich aus § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB analog.

- Er entsteht, sobald die im Innenverhältnis vereinbarte Beteiligungsgesellschaft endet. Dies geschieht durch Kündigung, die konkludent mit der Trennung, spätestens aber mit dem Scheidungsantrag gestellt wird.

b) Zustandekommen einer Beteiligungsgesellschaft im Innenverhältnis

Somit stellt sich die Frage, ob zwischen A und B im vorliegenden Fall eine solche Beteiligungsgesellschaft in Bezug auf die Immobilie zustandegekommen ist. Das beurteilt sich nach §§ 133, 157 BGB und setzt danach voraus:

aa) Schaffung eines Vermögenswerts

Zunächst müssen die Eheleute einen Zweck vereinbart haben, der über die bloße Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht. Dieser liegt in dem Aufbau eines erheblichen Vermögenswerts, der mindestens regelmäßig in einem Unternehmen oder einer Immobilie verkörpert ist.

Hier haben A und B gemeinsam eine Immobilie saniert und so eine Wertsteigerung von 300.000 Euro erzielt. Hierin liegt die Schaffung eines Vermögenswerts als über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck.

bb) Funktionell gleichwertige Mitarbeit

Am Aufbau dieses Vermögenswerts müssen beide Eheleute funktionell gleichwertig mitgewirkt haben. Es darf also nicht der Beitrag des einen Ehegatten im Hinblick auf die Wertschöpfung völlig hinter denjenigen des anderen Ehegatten zurücktreten. Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn ein Ehegatte die gesamte planerisch-lenkende Tätigkeit unternimmt, wohingegen der andere lediglich untergeordnete Hilfstätigkeiten ausführt.

Hier hat B jedenfalls das Grundstück und das sanierungsbedürftige Haus bereitgestellt. A hat ebenfalls Kapital sowie umfangreiche eigene Arbeit geliefert, die offenbar nicht völlig untergeordneter Natur gewesen ist. Auch eine funktionell gleichwertige Mitarbeit ist demnach gegeben.

cc) Kein anderweitiger Ausgleich der geleisteten Mitarbeit

Schließlich darf der Beitrag des Nichteigentümer-Ehegatten nicht auf andere Weise angemessen ausgeglichen sein. Ein solcher angemessener Ausgleich kann sich namentlich ergeben aus:

(1) Vertraglich vereinbarte Gegenleistung

Hier kein solcher Fall.

(2) Zugewinnausgleich

Ein Ausgleich nach den Regeln über die Abwicklung der beendeten Ehegatteninnengesellschaft findet aber auch dann nicht statt, wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben. Hier hat es dann mit der Durchführung des Zugewinnausgleichs sein Bewenden. Dafür spricht:

- Der Zugewinnausgleich sichert eine Beteiligung am Vermögensüberschuss des jeweils anderen Ehegatten. Diese Regelung ist grundsätzlich abschließend konzipiert.
- Wenn die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben und keine gesonderte vertragliche Abrede über die Beteiligung am gemeinsam geschaffenen Vermögenswert treffen, dann bringen sie damit zum Ausdruck, dass sie es bei der Beteiligung nach dem Zugewinnausgleich belassen wollen.
- Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Zugewinnausgleich den Beitrag des Nicht-Eigentümer-Ehegatten nicht angemessen erfasst und daraus eine grobe Unbilligkeit folgt (sog. „gestörter Zugewinnausgleich“). Der BGH hat das in einem Fall angenommen, in dem der Nicht-Eigentümer schon vor der Eheschließung beträchtliche Leistungen für das Unternehmen des anderen Ehegatten erbracht hatte und später auf die Durchführung des Zugewinnausgleichs verzichtete.

Hier lebten A und B im gesetzlichen Güterstand. A wird also über den Zugewinnausgleich an dem von ihm mitgeschaffenen Mehrwert partizipieren. Anhaltspunkte für einen gestörten Zugewinnausgleich bestehen nicht. A hat gegen B keinen Ausgleichsanspruch analog § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB.

3. Anpassung und Ausgleichung gem. § 313 Abs. 1 BGB

Zwar mag ein Ausgleichsanspruch nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB am insoweit abschließenden Zugewinnausgleich scheitern. In Betracht kommt aber ein Anspruch auf Anpassung und Ausgleichung gem. § 313 Abs. 1 BGB.

a) Funktionsweise dieses Ausgleichsmodells

- Allgemein versteht man unter Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 Abs. 1 BGB die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut.
- Vor diesem Hintergrund nimmt der BGH an, dass ein Ehegatte mit seiner Zuwendung einen über die bloße Eheförderung hinausgehenden Zweck verfolgen kann. Namentlich geht es um die Erwartung, dass die Ehe Bestand haben werde, so dass er auch künftig in den Genuss des zugewendeten Gegenstands kommen werde, und zwar unabhängig von der dinglichen Zuordnung.
- Wird diese Vorstellung für den Zuwendungsempfänger erkennbar, wird sie zugleich zur Geschäftsgrundlage.
- Scheitert die Ehe, entfällt auch die Geschäftsgrundlage für die Zuwendung. Der Abwicklungsmechanismus des § 313 Abs. 1 BGB greift dann ein.

b) Voraussetzungen dieses Abwicklungsmodells:

Dieses Abwicklungsmodell setzt voraus:

aa) Entstehen einer Geschäftsgrundlage

- Das Entstehen einer solchen Geschäftsgrundlage erfordert zunächst die Zuwendung eines Vermögenswerts, ohne dass die Voraussetzungen einer Ehegatteninnengesellschaft gegeben wären. Das ist hier der Fall.
- Wie beschrieben, bedarf es der erkennbaren Erwartung, dass die Ehe Bestand haben werde. Diese Erkennbarkeit ist dabei bereits dann zu bejahen, wenn der Gegenstand der Zuwendung einen beträchtlichen Vermögenswert hat und während der Dauer des Zusammenlebens beiden Ehegatten zugutekommt (z.B. Übereignung der gemeinsam genutzten Wohnimmobilie von dem einen auf den anderen Ehegatten).

Ob diese Voraussetzung hier erfüllt ist, lässt sich nicht mit Sicherheit sagen.

bb) Kein anderweitiger Ausgleich

Letztlich kann das aber auch dahinstehen. Denn auch für die Abwicklung anhand von § 313 Abs. 1 BGB gilt, dass kein anderweitiger Ausgleich stattfinden darf. Für das Verhältnis zum Zugewinnausgleich gilt dabei dasselbe wie im Fall des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Folglich hat A gegen B keinen Anspruch auf Ausgleich wegen eines gemeinsam geschaffenen Vermögenswerts, der im Außenverhältnis allein der B zugeordnet ist. Daran lässt sich veranschaulichen, dass die beiden Modelle des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. des § 313 BGB regelmäßig nur dort ernsthaft eine Rolle spielen, wo die Eheleute Gütertrennung vereinbart haben.

§ 12 Getrenntleben und Scheidungsvoraussetzungen

A. Allgemeines

I. Die drei Phasen der geschiedenen Ehe

Eine Ehe, die scheitert und schlussendlich geschieden wird, durchläuft insgesamt drei Phasen:

- Die bestehende eheliche Lebensgemeinschaft.
- Das Getrenntleben.
- Die Zeit nach der Scheidung.

In allen diesen Phasen sind die (früheren) Eheleute einander zur Solidarität verpflichtet. Freilich nimmt diese Solidaritätspflicht im Lauf der Zeit ab.

II. Getrenntleben als Gegenbegriff zur ehelichen Lebensgemeinschaft

- Die bestehende eheliche Lebensgemeinschaft i.S.d. § 1353 Abs. 1 BGB zeichnet sich durch drei Komponenten aus: (1.) die häusliche Gemeinschaft, (2.) die Geschlechtsgemeinschaft einschließlich ehelicher Treue sowie (3.) die Fürsorge und wechselseitige Übernahme von Verantwortung.
- Das Getrenntleben beendet diese eheliche Lebensgemeinschaft letztlich in allen ihren Komponenten. Entscheidendes nach außen erkennbares Merkmal des Getrenntlebens ist die Auflösung der häuslichen Gemeinschaft.

III. Die rechtliche Bedeutung des Getrenntlebens

1. Der Einfluss auf die rechtlichen Beziehungen der Ehegatten

Der Eintritt in das Getrenntleben löst somit die eheliche Lebensgemeinschaft ab. Dies hat Folgen für die Rechtsbeziehungen der Eheleute untereinander. Zwar sind sie weiterhin miteinander verheiratet, so dass sämtliche wechselseitigen Pflichten, für die es allein auf diesen personenrechtlichen Status ankommt, unverändert fortbestehen. Soweit die rechtlichen Verhältnisse aber an das Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft anknüpfen, enden mit der Lebensgemeinschaft zugleich auch diese Pflichten. So gilt zum Beispiel:

- Die Befugnis zur schuldrechtlichen Mitverpflichtung des anderen Ehegatten gem. § 1357 Abs. 1 BGB ergibt nur vor dem Hintergrund der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft Sinn. Konsequenterweise besteht diese Befugnis während des Getrenntlebens nicht fort (§ 1357 Abs. 3 BGB).
- Die Unterhaltspflicht besteht auch über das Ende der ehelichen Lebensgemeinschaft hinaus. Doch verändert sich der Inhalt. Während in der ehelichen Lebensgemeinschaft der gesetzlich nicht ins Einzelne ausdifferenzierte Familienunterhalt geschuldet ist, greift beim Getrenntleben der rechtlich sehr viel konkreter ausgeformte Trennungsunterhalt gem. § 1361 BGB.
- Mit der häuslichen Gemeinschaft endet außerdem der Mitbesitz der Eheleute an der gemeinsamen Wohnung und allen sich in ihr befindenden Mobilien. Hier ergeben sich ggf.

Überlassungsansprüche aus §§ 1361a, 1361b BGB, deren Dauer allerdings auf die Dauer des Getrenntlebens beschränkt ist.

2. Getrenntleben und Ehescheidung

Darüber hinaus kommt es für das Vorliegen der Ehescheidungsvoraussetzungen entscheidend darauf an, ab wann genau die Eheleute getrennt leben. So kann eine Ehe gem. § 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Antwort auf die Frage, ob und wann solch ein Scheitern der Ehe zu bejahen ist, ist nach Maßgabe des § 1566 BGB regelmäßig abhängig von der Dauer des Getrenntlebens.

B. Der Tatbestand des Getrenntlebens

Fall 27: („Tisch und Bett“):

Anton und Bertha sind verheiratet und leben in einem großzügigen Einfamilienhaus in Sinsheim bei Heidelberg. Sie haben zwei gemeinsame kleine Kinder. Anton und Bertha stellen fest, dass ihre Ehe nicht mehr funktioniert. Beide unterhalten auch bereits außereheliche Beziehungen. Bertha will an sich aus Sinsheim wegziehen, ist sich jedoch über ihr Ziel noch nicht im Klaren. Außerdem wollen sie und Anton für die Kinder möglichst lange Normalität simulieren. Da das Haus groß genug ist und insbesondere über zwei Badezimmer verfügt, vereinbaren sie, die Trennungszeit dort zu beginnen. So bekommt jeder eigene Bereiche im Haus zugewiesen. Um der Kinder willen nehmen sie die Mahlzeiten an den Abenden und Wochenenden jedoch immer wieder einmal gemeinsam ein.

Leben Anton und Bertha getrennt?

I. Die Legaldefinition des § 1567 BGB und ihre Struktur

1. Der Begriff des Getrenntlebens

Das Getrenntleben ist in § 1567 Abs. 1 Satz 1 BGB legaldefiniert. Danach leben die Ehegatten getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt.

2. Die dogmatische Struktur

- § 1567 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt sich danach zusammen aus einem objektiven und zwei subjektiven Tatbestandsmerkmalen.
- Das objektive Merkmal des Nichtbestehens der häuslichen Gemeinschaft setzt nicht zwingend voraus, dass die Ehegatten in getrennten Wohnungen leben. Dies stellt § 1567 Abs. 1 Satz 2 BGB klar. Gleichzeitig bedeuten selbständige Wohnungen nicht notwendig ein Nichtbestehen der häuslichen Gemeinschaft. Führen die Partner etwa berufsbedingt eine Fernehe, so kann eine der von ihnen selbständig bewohnten Wohnungen dennoch die gemeinsame Ehewohnung sein. Denkbar ist auch, dass beide Wohnungen als Ehewohnung fungieren.

- Sollten die Eheleute keine gemeinsame Ehwohnung eingerichtet haben, darf das Nichtbestehen einer häuslichen Gemeinschaft dennoch nicht voreilig zu einem Getrenntleben führen. Die Ursache liegt darin, dass das Getrenntleben gem. § 1565 BGB der entscheidende Indikator für das Scheitern der Ehe ist. Da die Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur ein Grundrecht der beteiligten Personen ist, sondern darüber hinaus institutionellen Schutz genießt, ist das Privatrecht im Zweifel eheerhaltend auszugestalten. Diesem Zweck, die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe nicht vorschnell entstehen zu lassen, dienen die beiden subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 1567 BGB.

II. Getrenntleben in derselben Wohnung

1. Hintergrund

- Zum Zwecke des Getrenntlebens mehrere Wohnungen anzumieten, ist ein Luxus, den sich nicht jeder leisten kann. Dem trägt der bereits erwähnte § 1567 Abs. 1 Satz 2 BGB Rechnung, der das Getrenntleben auch in derselben Wohnung gestattet.
- Für Rechtsanwendung und Rechtssicherheit ist dabei natürlich problematisch, dass mit dem Verzicht auf getrennte Wohnungen ein nach außen erkennbares, valides Kriterium für das Ende der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht.
- Andere Rechtsordnungen begegnen diesem Rechtssicherheitsproblem, indem sie einen besonderen Gerichtsbeschluss für die Trennung vorsehen: Die sog. Trennung von Tisch und Bett. Da das deutsche Familienrecht ein solches Verfahren nicht kennt, muss man sich hier mit anderen Kriterien behelfen.

2. Kein gemeinsamer Haushalt

Zu diesem Zweck stellt man im Rahmen des § 1567 Abs. 1 Satz 2 BGB zwei Kriterien auf. Das erste dieser beiden besteht in der Forderung, dass zwischen den Eheleuten trotz Wohnens unter einem Dach kein gemeinsamer Haushalt bestehen darf. Die Eheleute müssen also nach Art einer Wohngemeinschaft zusammenleben. Entscheidende Merkmale sind:

- Die Eheleute müssen über abgesonderte Schlafplätze verfügen.
- Küche, Bad, Hauswirtschaftsräume, etc. sind getrennt zu benutzen, und zwar nacheinander. Um dies sicherzustellen, sind idealerweise Absprachen zu treffen, welcher von beiden zu welcher Zeit welchen Gemeinschaftsbereich nutzen darf.
- Schließlich sind getrennte Fächer in Kühl- und Vorratsschränken zu fordern.

3. Keine wesentlichen persönlichen Beziehungen

Das zweite Kriterium besteht im Fehlen wesentlicher persönlicher Beziehungen zwischen den Eheleuten.

- Gemeinsame Zeit und Gespräche sind quantitativ und qualitativ auf das absolut notwendige Mindestmaß zu beschränken. Am besten sind alle Arten von Gesprächen zu vermeiden. Ausnahme sind die notwendigen Absprachen wegen der gemeinschaftlich genutzten Räume.

- Gemeinsame Mahlzeiten und Freizeitaktivitäten sprechen regelmäßig entscheidend gegen eine Trennung von Tisch und Bett. Lediglich mit Rücksicht auf die gemeinsamen Kinder sind in engem Umfang Ausnahmen zu gestatten.

Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze leben A und B getrennt.

C. Getrenntleben als Scheidungsvoraussetzung

I. Scheidung durch gerichtlichen Beschluss

1. Theoretische Möglichkeiten einer rechtsgeschäftlichen Ehebeendigung

- Die Ehe ist ein privatrechtlicher Vertrag und ausgestaltet als ein Dauerrechtsverhältnis auf Lebenszeit. Nicht anders als bei anderen dauernden Rechtsverhältnissen, gibt es auch hier bei die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung.
- Dieser privatrechtliche Hintergrund eröffnet die Möglichkeit, das vorzeitige Ende der Ehe rechtsgeschäftlich zu konstruieren. Denkbar sind insbesondere eine einseitige Gestaltungserklärung, die an bestimmte Voraussetzungen gebunden sein mag, sowie ein Auflösungsvertrag.

2. Die Notwendigkeit eines gerichtlichen Beschlusses

- Freilich zeigt bereits die Eheschließung, dass es trotz der privatrechtlichen Natur der Ehe mit der Rechtsgeschäftslehre nicht sein Bewenden hat. Wegen seiner personenstandsrechtlichen Bedeutung ist das Eheschließungsrecht vielmehr öffentlichrechtlich überwölbt. Die auf die Eheschließung gerichteten Willenserklärungen können wirksam nur vor einem Standesbeamten abgegeben werden.
- Natürlich ist die Beendigung einer Ehe ebenso statusrechtlich relevant wie ihre Eingehung. Im Hinblick auf die Folgerichtigkeit der Rechtsordnung ist deshalb auch insoweit die Beteiligung eines Hoheitsträgers zu fordern.
- Als actus contrarius würde sich dabei eine Ehescheidung durch den Standesbeamten anbieten. Diesen Weg beschreitet der deutsche Gesetzgeber hingegen nicht. Vielmehr ordnet § 1564 Abs. 1 BGB an, dass die Ehe nur durch richterliche Entscheidung geschieden werden kann.
- Diese Gestaltung basiert auf zwei Gedanken: Zum einen hat die Eheauflösung weitreichende Folgen in zahlreichen rechtlichen Kontexten. Hier soll die gerichtliche Entscheidung für die notwendige Rechtssicherheit sorgen („Ordnungsfunktion“). Zum anderen besteht für die Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht. Die Eheleute sind deshalb vor übereilten Eheauflösungen zu bewahren. Deshalb soll die gerichtliche Entscheidung sicherstellen, dass die Ehe nur bei Vorliegen aller materiellrechtlichen Voraussetzungen und nur nach ordnungsgemäßen Ablauf des vorgesehenen Verfahrens aufgelöst wird.
- Das gilt für die Scheidung (§ 1564 BGB) und die Aufhebung (§ 1313 BGB) gleichermaßen.

II. Zerrüttungsprinzip: Das Scheitern der Ehe

Zentrale Voraussetzung der Ehescheidung ist das in § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB definierte Scheitern der Ehe. In diesem Tatbestandsmerkmal kommt das sog. Zerrüttungsprinzip des Ehescheidungsrechts zum Ausdruck. Danach ist die Ehe gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.

III. Getrenntleben und Scheitern der Ehe

1. Das Problem der Prognoseentscheidung

Das Scheitern der Ehe setzt sich somit zusammen aus dem aktuellen Befund, dass die eheliche Lebensgemeinschaft nicht besteht, sowie aus einer negativen Prognose darüber, ob mit der Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft zu rechnen ist. Valide Prognoseentscheidungen sind freilich schwer zu treffen. Deshalb stellt § 1566 BGB einen Zusammenhang zwischen der Dauer des Getrenntlebens und der Prognose über die Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft her:

2. Die Fälle des § 1566 BGB

Im Einzelnen stellt § 1566 BGB folgende Zusammenhänge zwischen dem Getrenntleben und dem Scheitern der Ehe her:

- Gem. § 1566 Abs. 1 BGB gilt die Ehe unwiderlegbar als gescheitert, wenn die Eheleute seit einem Jahr getrennt leben („Trennungsjahr“) und sie im Scheidungsverfahren übereinstimmend zum Ausdruck gebracht haben, dass sie eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft weder anstreben noch für möglich halten. Dies ist stets dann zu bejahen, wenn es wenigstens keinen Widerspruch gegen den Scheidungsantrag des einen Ehegatten durch den anderen Ehegatten gibt.
- Freilich erfasst § 1566 Abs. 1 BGB nicht den Fall, dass die Eheleute mehr als ein Jahr zusammenleben und einer der beiden sich dem Scheidungsantrag des anderen beharrlich widersetzt. Hier kommt das Gericht um die Prognoseentscheidung nicht herum. Durch § 1566 Abs. 2 BGB wird sie ihm jedoch abgenommen, wenn die Ehegatten bereits seit drei Jahren getrennt werden. Denn auch für diese Dauer des Getrenntlebens wird unwiderlegbar das Scheitern der Ehe vermutet.

3. Scheitern ohne Ablauf des Trennungsjahrs

- Gem. § 1566 BGB kommt eine Scheidung der Ehe materiellrechtlich folglich nur dann in Betracht, wenn die Eheleute seit mindestens einem Jahr getrennt leben. Es bleibt die Frage, ob der Scheidungsrichter die negative Prognose über die Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft unabhängig vom Ablauf dieses Trennungsjahrs anstellen kann.
- Maßgeblich ist § 1565 Abs. 2 BGB. Leben die Eheleute danach noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur dann geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde.

- Daraus folgt, dass aus materiellrechtlichen Gründen eine Scheidung vor Ablauf des Trennungsjahrs grundsätzlich ausgeschlossen ist. Hier kommt wieder die Funktion des Scheidungsrechts zum Ausdruck, die Ehegatten vor einem übereilten Scheidungsentschluss zu bewahren. Liegt eine unzumutbare Härte vor – etwa in Fällen wiederholter körperlicher Gewalt –, ist solch ein Übereilungsschutz allerdings obsolet und die Ehescheidung vor Ablauf des Trennungsjahrs ausnahmsweise möglich.

IV. Ermessensentscheidung über den Scheidungsausspruch?

Gem. § 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB „kann“ die Ehe geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Diese Formulierung legt es an sich nahe, dass der Scheidungsrichter auch bei feststehendem Scheitern der Ehe ein Ermessen hat, ob er die Scheidung auszusprechen gedenkt oder nicht.

1. Die grundsätzlich gebundene Entscheidung

Eine solche Interpretation des § 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB wäre indes schon mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Eheleute nicht zu vereinbaren. Folglich hat der Richter dem Scheidungsantrag grundsätzlich zu entsprechen, wenn das Scheitern feststeht und die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind.

2. Die Vorbehalte

Die „Kann“-Formulierung ist dadurch zu erklären, dass die Scheidung bei Scheitern der Ehe unter zwei Vorbehalten steht, die § 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB in Bezug nimmt. Folglich hat das Gericht bei Scheitern der Ehe stets die Scheidung auszusprechen, wenn keiner dieser beiden Vorbehalte eingreift.

- So ist gem. § 1565 Abs. 2 BGB die Scheidung auch dann grundsätzlich nur nach Ablauf des Trennungsjahrs möglich, wenn ihr Scheitern anderweitig feststeht.
- I.Ü. bleibt die allgemeine Härteklausel des § 1568 BGB zu berücksichtigen. Auf Basis dieser Vorschrift kann die Scheidung einer gescheiterten Ehe verweigert werden, wenn schwere Beeinträchtigungen für ein gemeinsames Kind zu erwarten sind. So liegt es insbesondere bei der ernsthaften Drohung mit Selbstmord. Aber auch Belange des anderen Ehegatten können – wenn auch nur in extremen Ausnahmefällen – der Scheidung entgegenstehen. Die Rechtsprechung dokumentiert folgenden Fall (BGH NJW 1979, 1042):

Die 58 Jahre alte Ehefrau war mit ihrem Mann seit über dreißig Jahren verheiratet. Sie hatte umfangreiche Mitarbeit in der von ihm betriebenen Likörfabrik geleistet. Weiter hatte sie ihr gesamtes Hab und Gut in das Unternehmen investiert. Das Unternehmen ging dennoch in Konkurs. Sodann verstarb einer der Söhne des Ehepaars plötzlich. Der Bundesgerichtshof hielt hierzu fest, dass die Ehefrau es – auch aufgrund ihrer eigenen Einstellung zur Ehe – als schwere Demütigung erleben würde, gerade in dieser Situation aus der Ehe gedrängt und durch eine jüngere Frau ersetzt zu werden. Deshalb sei es gerechtfertigt hier einen Härtefall im Sinne des § 1568 BGB anzunehmen.

D. Der Trennungsunterhalt

Wichtige Rechtsfolge des Getrenntlebens ist die Umwandlung der Pflicht zum Familienunterhalt in eine Pflicht zur Leistung von Trennungsunterhalt. Insoweit ist § 1361 BGB maßgeblich. Da § 1361 BGB als Unterhaltstatbestand der allgemeinen Dogmatik des Unterhaltsrechts unterfällt, wird § 1361 BGB im Abschnitt über den nachehelichen Unterhalt mitbesprochen.

§ 13 Trennungs- und nachehelicher Unterhalt

A. Allgemeines

I. Die Arten des familienrechtlichen Unterhalts

Das BGB normiert insgesamt fünf Arten von familienrechtlichem Unterhalt:

- Familienunterhalt gem. § 1360 BGB
- Trennungsunterhalt gem. § 1361 BGB
- Nachehelicher Unterhalt gem. §§ 1569 ff. BGB
- Verwandtenunterhalt gem. §§ 1601 ff. BGB
- Unterhaltsanspruch von Mutter und Vater aus Anlass der Geburt gem. § 1615I BGB.

II. Die Rechtfertigung von Trennungs- und nachehelichem Unterhalt

Im vorangehenden Abschnitt war festzustellen, dass die gescheiterte Ehe sich in drei Abschnitte untergliedern lässt: (1.) die bestehende eheliche Lebensgemeinschaft, (2.) das Getrenntleben und (3.) die Phase nach der rechtskräftigen Scheidung der Ehe. In allen drei Abschnitten gibt es Solidaritäts- und damit einhergehende Unterhaltungspflichten der Ehegatten füreinander. Freilich nehmen diese von Abschnitt zu Abschnitt ab:

1. Die Ehe als tragender Verpflichtungsgrund

- In der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft besteht ein gemeinsamer Haushalt und demzufolge auch ein gemeinsamer Bedarf. Außerdem schulden die Eheleute einander kraft § 1353 BGB volle Solidarität. Demzufolge hat jeder der beiden, auf welche Weise auch immer, zum Familienunterhalt beizutragen. Das ergibt sich aus § 1360 BGB.
- Sind die Eheleute in die Phase des Getrenntlebens übergetreten, bestehen keine eheliche Lebensgemeinschaft und kein gemeinsamer Haushalt mehr. Folglich gibt es auch keinen gemeinsamen Bedarf, zu dessen Deckung jeder der beiden Familienunterhalt zu leisten hätte. Vielmehr existieren von nun an einzelne Bedarfe der Eheleute. Das Ende der ehelichen Lebensgemeinschaft ändert freilich nichts daran, dass die Eheleute nach wie vor verheiratet sind und einander deshalb zu Solidarität verpflichtet sind. Es ändert sich lediglich die Ausgestaltung der konkreten Solidaritätsleistung. Soweit der eine der Ehegatten bedürftig ist, kann er deshalb gem. § 1361 BGB von dem anderen Ehegatten Barunterhalt verlangen, sofern dieser leistungsfähig ist. In diesem Abschnitt ist die Pflicht zur Unterhaltsleistung somit bedingt durch die Bedürftigkeit einerseits und die Leistungsfähigkeit andererseits.

2. Die Grundlage des nachehelichen Unterhalts

- Sowohl bei § 1360 BGB als auch bei § 1361 BGB ist die bestehende Ehe der tragende Grund für die wechselseitige Unterhaltungspflicht der Eheleute. Sobald der Scheidungsbeschluss rechtskräftig ist, entfällt diese Grundlage. Dennoch ergibt sich aus §§ 1569 ff. BGB in gewissem Umfang eine Pflicht zum nachehelichen Unterhalt. Diese knüpft an nacheheliche

Solidaritätspflichten an. Diese lassen sich aus dem Umstand erklären, dass die Ehe ursprünglich auf Lebenszeit versprochen war.

- Allerdings erkennt der Gesetzgeber diesen nahehelichen Solidaritätspflichten nur subsidiäre Wirkung zu. Die Unterhaltsverpflichtung steht nicht mehr nur unter den Vorbehalten der Bedürftigkeit und der Leistungsfähigkeit. Vielmehr normiert § 1569 BGB ausdrücklich eine Pflicht zur Eigenverantwortung der Eheleute. Anders als noch während der Trennung ist jeder der früheren Ehegatten nun dazu verpflichtet, einen Erwerbstätigkeit nachzugehen und seinen Lebensunterhalt selbst zu bestreiten. Auch besteht ein Unterhaltsanspruch nur in den enumerativ aufgezählten Fällen. Das Motiv für diese letztlich doch recht strikte Beschränkung des nahehelichen Unterhalts besteht darin, dass die früheren Eheleute nach der Scheidung durch die nahehelichen Pflichten nicht zu stark in ihrer eigenen Persönlichkeitsentfaltung eingeschränkt werden sollen. Denn Unterhaltspflichten gegenüber einer früheren Familie schränken die Möglichkeiten zu einer neuen Familiengründung nicht unerheblich ein.

III. Der einheitliche Prüfungsaufbau

Soweit es um Barunterhaltspflichten geht, folgt jeder Unterhaltsanspruch einem einheitlichen Aufbau:

1. Unterhaltstatbestand

Unterhaltspflichten bestehen nicht schlechterdings, sondern nur dann, wenn ein entsprechender Unterhaltstatbestand verwirklicht ist.

2. Unterhaltsmaß

- Sodann ist das sog. Unterhaltsmaß zu ermitteln. Hier gilt es festzulegen, welchen finanziellen Bedarf der Anspruchsteller hat, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Insoweit spricht man vom sog. vollen Unterhalt.
- Je nachdem, auf welchen Unterhaltstatbestand abzustellen ist, ist das Unterhaltsmaß an verschiedenen Stellen des Gesetzes geregelt. So ergibt er sich für den Trennungsunterhalt unmittelbar aus § 1360 BGB („den nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt“), für den nahehelichen Unterhalt nach § 1578 BGB („bestimmt sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen“) und für den Verwandtenunterhalt nach § 1610 BGB („Lebensstellung des Bedürftigen“). Über die Verweisung gem. § 1615I Abs. 3 BGB gilt dasselbe für den Unterhaltsanspruch von Mutter und Vater aus Anlass der Geburt.

3. Bedürftigkeit des Anspruchstellers

- Darüber hinaus begründet der Unterhalt keine schlechterdings zu erfüllende Zahlungspflicht. Der Unterhalt dient lediglich dazu, die angemessene finanzielle Ausstattung für den Lebensbedarf des Anspruchstellers sicherzustellen. Aus dieser Zwecksetzung des Unterhaltsanspruchs folgt ohne weiteres, dass Unterhalt insoweit nicht geschuldet ist, als der Anspruchsteller seinen Bedarf selbst besorgt oder besorgen kann.

- Auch die Bedürftigkeit ist für die einzelnen Unterhaltstatbestände jeweils gesondert geregelt. Für den Trennungsunterhalt ist sie als Anspruchsvoraussetzung dem § 1360 Abs. 2 BGB zu entnehmen. Für den nachehelichen Unterhalt ergibt sie sich aus § 1577 BGB. Die Bestimmungen über den Verwandtenunterhalt erfassen sie in § 1602 BGB. Diese Bestimmung gilt auch für die Unterhaltspflicht gem. § 1615I BGB, und zwar kraft Verweisung gem. § 1615I Abs. 3 BGB.

4. Leistungsfähigkeit des Anspruchsgegners

- Nach allgemeinen Regeln ist es für das Bestehen und den Umfang von Geldschulden unerheblich, ob der Anspruchsgegner über ausreichende Mittel verfügt, um seine Schuld zu erfüllen. Vielmehr gilt: Geld hat man zu haben.
- Dieser Grundsatz hat im Unterhaltsrecht keine Gültigkeit. Unterhalt ist immer nur geschuldet, soweit der in Anspruch Genommene leistungsfähig ist. Leistungsfähig ist der Unterhaltsschuldner dabei nur, wenn er über die Deckung seiner eigenen Bedürfnisse finanziellen Spielraum hat.
- Obgleich allgemeiner Grundsatz des Unterhaltsrechts, ist die Leistungsfähigkeit doch für jeden Unterhaltstatbestand gesondert geregelt. Eine Ausnahme macht nur der Trennungsunterhalt, wo tatsächlich der Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz erforderlich ist. Für den nachehelichen Unterhalt ergibt sie sich aus § 1581 BGB, für den Verwandtenunterhalt aus § 1603 BGB (abermals gilt die Erweiterung des Anwendungsbereichs gem. § 1615I Abs. 3 BGB).

5. Spezielle Einwendungen

Schließlich ist zu prüfen, ob gegen den solchermaßen ermittelten Unterhaltsanspruch spezifische unterhaltsrechtliche Einwendungen eingreifen.

B. Die Tatbestände des nahehelichen Unterhalts

I. Kindesbetreuungs- und Erwerbslosigkeitsunterhalt

Fall 27: („Kinderbetreuung“): in Anlehnung an BGHZ 192, 45

Anton und Bertha waren sechs Jahre lang verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn S im Alter von sieben Jahren. Bertha ist arbeitslos und verfügt über keinerlei Vermögen. Sie hat weder einen Schulabschluss noch eine qualifizierte Berufsausbildung. Das Sorgerecht teilen sich die Eltern. S wohnt bei Bertha, die sich täglich um ihn kümmert, was sich aber schwierig gestaltet. S kommt mit der Scheidung seiner Eltern nicht zurecht. Er ist verhaltensauffällig, hat große Probleme in der Schule und gerät ständig in Konflikt mit Bertha. Die Ehe wurde im März 2016 geschieden und Anton zur Zahlung von Unterhalt nach § 1570 BGB verpflichtet. Trotz eigener Leistungsfähigkeit will Anton seine Zahlungen nun einstellen.

Zu Recht?

A kann keine Einstellung seiner Unterhaltszahlungen erwirken, wenn B einen Unterhaltsanspruch gegen ihn hat. Nachdem die Ehe zwischen beiden geschieden ist, kommt lediglich ein nahehe-licher Unterhaltsanspruch nach Maßgabe der §§ 1569 ff. BGB in Betracht. Fraglich ist allein, ob ein Unterhaltstatbestand verwirklicht ist.

1. Anspruch auf Kindesbetreuungsunterhalt aus § 1570 BGB

Denkbar ist zunächst ein Anspruch aus § 1570 BGB. Danach kann ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes Unterhalt ver-langen.

a) Sinn und Zweck des § 1570 BGB

- Gewissermaßen ist § 1570 BGB der stärkste der nahehelichen Unterhaltsansprüche. Das kommt dadurch zum Ausdruck, dass dieser Anspruch ohne angemessene Kompensation praktisch nicht abdingbar ist.
- Diese starke Ausgestaltung des § 1570 BGB erfolgt mit Rücksicht auf das zu versorgende Kind. Infolge der Scheidung hat es einen Elternteil als ständige Bezugsperson verloren. Wird der betreuende Elternteil nun in die Vollerwerbstätigkeit gezwungen, verliert es diesen auch noch. Dies soll § 1570 BGB vermeiden.

b) Der Unterhaltsgläubiger

- § 1570 BGB benennt als Unterhaltsgläubiger denjenigen früheren Ehegatten, der die Pflege und die Erziehung des Kindes übernimmt. Das klingt einleuchtend, wirft aber Probleme auf, wenn – wie gem. § 1671 Abs. 1 BGB e.c. meist – die früheren Ehegatten die elterliche Sorge gemeinsam ausüben. Für diese Fälle könnte man annehmen, dass sich zwei Unterhaltsansprü-che gegenüberstehen, die einander neutralisieren.

- Anders als der Begriff der elterlichen Sorge, der ein rechtliches Konzept definiert, bezieht die Wendung „Pflege und Erziehung“ in § 1570 BGB sich auf die tatsächlichen Gegebenheiten. Entscheidend ist danach, wer sich tatsächlich und täglich für das körperliche Wohlergehen und die geistigen Fähigkeiten des Kindes einsetzt.

Zwar üben A und B das Sorgerecht für S gemeinsam aus. Da B jedoch für das tägliche Wohlergehen von S Sorge trägt, ist sie alleinige Gläubigerin eines etwaigen Unterhaltsanspruchs aus § 1570 BGB.

c) **Der Basisunterhalt gem. § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB**

Der durch § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB gewährte Unterhalt wird als Basisunterhalt bezeichnet. Danach kann der betreuende Ehegatte Unterhalt nur während der Dauer von drei Jahren nach der Geburt des Kindes verlangen. Nach Ablauf dieser Frist besteht grundsätzlich die Obliegenheit zur Vollzeiterwerbstätigkeit.

Hier ist S bereits sieben Jahre alt und besucht die Schule. Ein Anspruch auf Basisunterhalt gem. § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht folglich nicht mehr.

d) **Verlängerung aus kindbezogenen Gründen, § 1570 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB**

- Dennoch erkennt der Gesetzgeber an, dass auch nach Ablauf dieser drei Jahre nicht jedes Kind dieses Alters den Fortfall der Eltern als den täglichen Bezugspersonen gut verkräftet. Folglich gestattet er in § 1570 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB die Verlängerung des Unterhaltsanspruchs aus sog. kindbezogenen Gründen.
- Danach verlängert sich die Dauer des Unterhaltsanspruchs, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen. Demnach lautet die Kontrollfrage: Ist es angesichts bestehender Betreuungsmöglichkeiten und der gesundheitlichen Konstitution des Kindes zumutbar, wenigstens Teilzeit zu arbeiten?

Danach ist hier in Rechnung zu stellen, dass S bereits sieben Jahre alt ist und die Schule besucht. Folglich ist es für Bertha zumutbar, jedenfalls während der Schulzeit arbeiten zu gehen. I.Ü. ist S allerdings kein pflegeleichtes Kind, das außerhalb der Schule einen gesteigerten Betreuungsbedarf hat. Dementsprechend hat B gegen A aus § 1570 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB einen Anspruch auf nachehelichen Unterhalt i.H.v. 50%.

e) **Verlängerung aus elternbezogenen Gründen, § 1570 Abs. 2 BGB**

Womöglich kommt wegen der weiteren 50% aber eine Verlängerung aus elternbezogenen Gründen gem. § 1570 Abs. 2 BGB in Betracht. Danach verlängert sich die Dauer des Unterhaltsanspruchs über die in § 1570 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB genannten Fälle hinaus auch dann, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht. Erfasst sind im Wesentlichen zwei Fälle:

- Zunächst geht es um Konstellationen, in denen das Kind älter als drei Jahre ist und eine Verlängerung aus kindbezogenen Gründen nicht in Betracht kommt. Ist der betreuende Elternteil

jedoch mit der Erwerbstätigkeit und der gleichzeitigen Kinderbetreuung überfordert, liegt ein Fall des § 1570 Abs. 2 BGB vor.

- Darüber hinaus fällt die Situation unter § 1570 Abs. 2 BGB, dass das Kind bereits während der Ehe älter als drei Jahre war und der betreuende Elternteil dennoch nicht oder nur teilweise erwerbstätig gewesen ist.

Hier mag man allenfalls an die zweite von § 1570 Abs. 2 BGB erfasste Konstellation denken, denn offenbar hat B sich auch während der Ehe ganzzeitig um den schon mehr als drei Jahre alten S gekümmert. Jedoch entsprach dies keiner gestalterischen Entscheidung von A und B, sondern war Nebenfolge der Erwerbslosigkeit der B. Folglich kommt eine weiter gehende Verlängerung aufgrund von § 1570 Abs. 2 BGB nicht in Betracht. Bei Berücksichtigung nur des § 1570 BGB kann A folglich keine vollständige Befreiung von seiner Unterhaltspflicht erreichen, wohl aber eine deutliche Reduzierung.

2. Anspruch auf Erwerbslosigkeitsunterhalt gem. § 1573 BGB

Da B nach wie vor erwerbslos ist, kommt daneben ein Unterhaltsanspruch aus § 1573 BGB in Betracht.

a) Zweck und Systematik

- Zwar erlegt § 1569 BGB beiden geschiedenen Ehegatten die Obliegenheit auf, selbst für ihren jeweiligen Lebensunterhalt zu sorgen. Doch mag nicht jeder der beiden in der Lage sein, dieser Zielvorgabe des Gesetzes unmittelbar nachzukommen. Soweit ein geschiedener Ehegatte keinen vorrangigen anderen nachehelichen Unterhalt beanspruchen kann, erhält er Unterhalt aufgrund von § 1573 Abs. 1 BGB, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag.
- Daraus folgt: Wenn und soweit der geschiedene Ehegatte über eigene Erwerbseinkünfte oder vorrangige Unterhaltsansprüche aufgrund von §§ 1570 bis 1572 BGB verfügt, die aber zur Deckung des vollen Unterhaltsbedarfs nicht ausreichen, kann er die Deckungslücke über § 1573 BGB schließen. Insoweit bezeichnet man den Unterhaltsanspruch gem. § 1573 BGB auch als Aufstockungsunterhalt.

Somit kommt vorliegend § 1573 BGB in Betracht, damit B ihren Unterhaltsanspruch i.H.v. 50% aus § 1570 BGB vervollständigen kann.

b) Nach der Scheidung

Ein solcher Unterhaltsanspruch erfordert nach § 1573 Abs. 1 BGB, dass der frühere Ehegatte „nach der Scheidung“ keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag. „Nach der Scheidung“ bezeichnet dabei den sog. Einsatzzeitpunkt für diesen Unterhaltsanspruch. Da „nach der Scheidung“ ein zeitlich sehr dehnbarer Begriff ist, entstehen in Zusammenhang mit diesem Einsatzzeitpunkt mehrere schwierige Konstellationen:

aa) Kein Problem: Während und nach der Ehe ununterbrochen erwerbslos

Unproblematisch sind dabei freilich noch die Fälle, in denen der geschiedene Ehegatte während der Ehe erwerbslos gewesen ist und dieser Zustand sich nach der Scheidung ohne

Unterbrechung fortsetzt. Hierbei handelt es sich um die zentrale von § 1573 Abs. 1 BGB erfasste Konstellation.

bb) Problem: Späterer Jobverlust

Schwieriger wird es bereits, wenn der während der Ehe erwerbstätige Ehegatte seine Verdienstquelle erst einige Zeit nach der Scheidung verliert:

- Der Wortlaut des § 1573 Abs. 1 BGB ist dabei diffus. „Nach der Scheidung“ muss nicht zwingend „unmittelbar“ nach der Scheidung bedeuten. Streng genommen ist mit dieser Gesetzesformulierung sogar eine in die Zukunft offene Skala vereinbar.
- In diesen Fällen kommt es entscheidend auf das hinter § 1573 BGB stehende Telos an. Diese Unterhaltspflicht ist Ausdruck der auch nach der Scheidung fortbestehenden ehelichen Solidarität. Die Pflicht zur nahehelichen Solidarität nimmt mit der Zeit jedoch immer mehr ab. Deshalb muss die Erwerbslosigkeit des den Unterhalt begehrenden Ehegatten nicht unmittelbar im Anschluss an die Scheidung bestehen. Es genügt, wenn die Erwerbslosigkeit sich in einem so engen zeitlichen Zusammenhang mit der Scheidung einstellt, dass die Solidaritätspflicht noch verhältnismäßig aktuell ist. Dieser Zeitraum endet aber bereits nach wenigen Monaten.

cc) Problem: Zwischenzeitliche Beschäftigung, § 1573 Abs. 4 BGB

Probleme im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „nach der Scheidung“ ergeben sich ferner im Fall der nur zwischenzeitlichen Beschäftigung.

- Gemeint sind Fälle, in denen der Anspruchsteller unmittelbar nach der Scheidung erwerbslos ist, einige Zeit danach aber eine vergütete Beschäftigung findet, die er jedoch alsbald wieder verliert. Typische Ursachen sind das Nichtbestehen der Probezeit sowie der befristete Arbeitsvertrag, der nicht verlängert wird.
- Unmittelbar greift § 1573 Abs. 1 BGB hier nicht ein, weil die Erwerbslosigkeit nach der Scheidung hier durch die zwischenzeitliche Beschäftigung unterbrochen wurde. Fraglich bleibt, ob solche Unterbrechungen die Pflicht zur nahehelichen Solidarität endgültig beenden oder ob diese womöglich wieder aufleben kann.
- Diese Konstellation ist in § 1573 Abs. 4 BGB geregelt. Danach kann der geschiedene Ehegatte den Unterhalt auch dann verlangen, wenn die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit wegfallen, weil es ihm trotz seiner Bemühungen nicht gelungen war, den Unterhalt durch die Erwerbstätigkeit nach der Scheidung nachhaltig zu sichern. Hier ist entscheidend, ob aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung von einer dauerhaften unterhaltssichernden Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Bei lediglich kurzzeitiger Befristung ist das z.B. zu verneinen.

dd) Problem: Erwerbslosigkeit nach Wegfall eines vorrangigen Unterhaltsanspruchs

Problematisch ist schließlich die Konstellation, in der der geschiedene Ehegatte nach der Scheidung zunächst einen vorrangigen Anspruch auf den vollen Unterhalt hat und nach dessen Wegfall keine angemessene Erwerbstätigkeit findet.

- Die Situation tritt etwa ein, wenn ein geschiedener Ehegatte die Betreuung des im Zeitpunkt der Scheidung ein Jahr alten Kindes übernimmt. Im Zeitpunkt der Scheidung stellt sich die Frage nach der Erwerbstätigkeit nicht, weil der betreuende Ehegatte für die folgenden zwei Jahre einen Anspruch auf vollen Basisunterhalt aus § 1570 Abs. 1 BGB hat. Sobald dieser Anspruch entfällt, weil das Kind drei Jahre alt geworden ist und Verlängerungsgründe nicht bestehen, erlangt der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit des § 1569 BGB wieder volle Bedeutung. Die Erwerbslosigkeit tritt nun aber nicht mehr in ausreichend engem zeitlichen Zusammenhang mit der Scheidung ein.
- Diese Situation bedenkt der Gesetzgeber, indem er gem. § 1573 Abs. 3 BGB den maßgeblichen Einsatzzeitpunkt für § 1573 Abs. 1 BGB zeitlich nach hinten verlegt. Danach kann der geschiedene Ehegatte den Erwerbslosigkeitsunterhalt auch dann verlangen, wenn er nach Wegfall der Voraussetzungen eines vorrangigen Unterhaltsanspruchs gem. §§ 1570 bis 1572, 1575 BGB keine angemessene Erwerbstätigkeit findet.

Danach kann sich für B hier – vorbehaltlich der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen – ein Anspruch aus §§ 1573 Abs. 1 und Abs. 3 BGB deshalb ergeben, weil sie seit Wegfall der Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 1570 BGB erwerbslos ist. Dass der unmittelbare zeitliche Zusammenhang mit der Scheidung nunmehr entfallen ist, steht nicht entgegen.

3. Keine angemessene Erwerbstätigkeit

Der Anspruch aus § 1573 BGB setzt voraus, dass der Anspruchsteller keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag.

- Der unbestimmte Rechtsbegriff der Angemessenheit ist in § 1574 BGB legaldefiniert. Gem. Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift ist eine Erwerbstätigkeit angemessen, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, einer früheren Erwerbstätigkeit, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand des geschiedenen Ehegatten entspricht, soweit eine solche Tätigkeit nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen unbillig wäre.
- Als Faustregel gilt, dass ein geschiedener Ehegatte grundsätzlich nicht unter Ausbildungsniveau arbeiten muss. Anders liegt es nur dann, wenn eine Erwerbstätigkeit trotz niedrigerer Anforderungen an die Qualifikation als gleichwertig anzusehen ist. Weiter muss eine Rückkehr in die frühere Berufstätigkeit regelmäßig zumutbar sein.
- Wenn die erfolgreiche Suche nach einer angemessenen Erwerbstätigkeit es erfordert, ist der geschiedene Ehegatte nach § 1574 Abs. 3 BGB gehalten, sich entsprechend fortzubilden. Eine Verweigerung dieser Fortbildungsobliegenheit kann zum Verlust des Unterhaltsanspruchs führen.

Hier ist B außerstande, irgendeine Erwerbstätigkeit zu finden. Von einer Verweigerung in Bezug auf die eigene Fort- und Weiterbildung ist nichts mitgeteilt.

4. Die Dauer dieses Unterhaltsanspruchs

Im Gegensatz zu § 1570 BGB unterliegen die Unterhaltsansprüche aus § 1571 bis 1573 BGB keiner zeitlichen Befristung. Etwas anderes kann sich nur aus Billigkeitsaspekten gem. § 1578b BGB ergeben. Die unbefristete Fortdauer ist demzufolge die Regel, die zeitliche Befristung die begründungsbedürftige Ausnahme.

Hier sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, aufgrund derer eine Befristung des Anspruchs der B gem. § 1578b BGB in Betracht käme. A kann keine Einstellung seiner Unterhaltszahlungen an B erreichen.

II. Unterhalt wegen Alters gem. § 1571

Fall 28: („Junge Liebe“):

Anton und Bertha haben sich zu Studienzeiten kennengelernt und später geheiratet. Anton ist beruflich sehr erfolgreich. Der Lebensstandard der beiden ist entsprechend gehoben. Bertha hat ihr Archäologiestudium erfolgreich beendet. Auf Wunsch von Anton hat sie jedoch nie gegen Entgelt gearbeitet, sondern sich um Wohltätigkeit, das Anwesen, etc. gekümmert. Kurz nach Berthas 58. Geburtstag beantragt Anton die Scheidung, weil er die 20-jährige Charlotte heiraten will.

Unterhaltsansprüche von Bertha gegen Anton?

In Betracht kommen Unterhaltsansprüche aus § 1573 BGB und § 1571 BGB.

Da Bertha im maßgeblichen Zeitpunkt erst 58 Jahre alt ist, steht sie dem Arbeitsmarkt zumindest theoretisch noch für einige Jahre zur Verfügung. Zwar verfügt sie über eine hoch qualifizierte Ausbildung. Allerdings hat sie in dem von ihr erlernten Fach niemals praktische Erfahrungen gesammelt. Es kommt hinzu, dass das Studium der Archäologie eher arbeitsmarktfremd ist. Es ist folglich nicht zu erwarten, dass sie für die Dauer ihrer fortbestehenden Erwerbsfähigkeit noch eine angemessene Erwerbstätigkeit finden wird. Freilich endet der Anspruch auf Erwerbslosigkeitsunterhalt in dem Moment, in dem seine Voraussetzungen entfallen. Das ist der Fall, sobald B dem Arbeitsmarkt aus Altersgründen nicht mehr zur Verfügung stehen wird.

Ab diesem Zeitpunkt kommt sodann eine Ablösung durch den Unterhaltsanspruch gem. § 1571 BGB in Betracht. Er setzt voraus, dass von dem geschiedenen Ehegatten wegen seines Alters eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden kann. Dabei nennt die Vorschrift drei Einsatzzeitpunkte, zu denen diese Voraussetzung erfüllt sein kann: (1.) Im Zeitpunkt der Scheidung, (2.) bei Beendigung der Pflege oder Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes oder (3.) bei Wegfall der Voraussetzungen eines Unterhaltsanspruchs gem. § 1572 BGB oder § 1573 BGB.

C. Der Unterhaltsbedarf gem. § 1578 BGB

Fall 29: („Erfindergeist“):

Anton war mit Bertha verheiratet und als Entwicklungsingenieur bei einem größeren Elektronikunternehmen angestellt. Zwei Jahre nach der Scheidung gründet er mit einigen Kollegen ein eigenes Unternehmen, dessen Grundlage eine eigene Erfindung der Partner ist. Dieses Unternehmen ist sensationell erfolgreich. Zwischenzeitlich verdient Anton das 20fache von dem, was er früher als Angestellter erhalten hat. Bertha begehrt eine Erhöhung des ihr zugesprochenen nachehelichen Unterhalts. Sie meint, die zwischenzeitlich eingetretene Änderung in der Erwerbssituation des Anton müsse zu ihren Gunsten berücksichtigt werden.

Zu Recht?

I. Ausgangspunkt: Eheliche Lebensverhältnisse

Sowohl für den Trennungs- als auch für den nachehelichen Unterhalt sind gem. § 1361 Abs. 1 BGB bzw. gem. § 1578 Abs. 1 BGB die ehelichen Lebensverhältnisse maßgeblich.

- Die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmen sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und werden durch die während der Ehe dauerhaft erzielten und für Unterhaltszwecke zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel der Ehegatten geprägt, soweit diese dazu bestimmt sind, den laufenden Lebensbedarf zu decken.
- Maßgeblich ist das addierte Nettoeinkommen der Eheleute. Verbindlichkeiten, z.B. das Darlehen für die gemeinsame Ehwohnung sind abzuziehen. Etwas anderes gilt für Verbindlichkeiten, deren Eingehung einen Verstoß gegen die Pflicht zum Familienunterhalt darstellt, etwa das Darlehen für die eigene Luxusreise des Unterhaltsschuldners, die er sich eigentlich nicht leisten kann.

II. Der maßgebliche Zeitpunkt

1. Für den Trennungsunterhalt

- Maßgeblich ist stets die gerade aktuelle wirtschaftliche Situation. Die ehelichen Verhältnisse werden folglich nicht auf einen bestimmten Punkt fixiert, sondern entwickeln sich weiter.
- Für den Fall des Trennungsunterhalts ist das logisch. Denn zwar ist die eheliche Lebensgemeinschaft beendet. Gleichwohl dauert die Ehe als solche noch an. Dementsprechend gibt es auch nach wie vor eheliche Lebensverhältnisse.

2. Für den nachehelichen Unterhalt

- Dementsprechend ist auch der maßgebliche Zeitpunkt für den nachehelichen Lebensunterhalt logisch nachvollziehbar. Da die Ehe und zugleich ehelichen Lebensverhältnisse mit Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses enden, stehen die ehelichen Lebensverhältnisse an sich auf diesen Tag fest. Spätere Veränderungen können die ehelichen Lebensverhältnisse grundsätzlich nicht mehr prägen.

- Etwas anderes gilt nur dann, wenn die spätere Veränderung bereits in der Ehe angelegt war. So liegt es etwa bei regelmäßigen Gehaltserhöhungen oder Beförderungen.
- Der BGH hat mit seiner Rechtsprechung zur sog. Dreiteilungsmethode versucht, diesen Grundsatz zu durchbrechen (BGHZ 177, 356). Danach sollten auch nach der wirksamen Scheidung eintretende Veränderungen berücksichtigt werden können, weil sie die ehelichen Lebensverhältnisse nach wie vor prägten. Das BVerfG sah in dieser Rechtsprechung allerdings eine verbotene Rechtsfortbildung. Sie ist deshalb rasch wieder obsolet geworden.

D. Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit

I. Die Bedürftigkeit des Unterhaltsgläubigers

- Getrennt lebende oder geschiedene Ehegatten haben einen Anspruch auf Unterhaltsleistungen durch den anderen nur insoweit, als sie selbst nicht in der Lage sind, ihren Bedarf durch eigene Einkünfte zu erzielen. Für den nachehelichen Unterhalt ist die Bedürftigkeit in § 1577 BGB ausdrücklich geregelt. Für den Trennungsunterhalt gilt sie als allgemeines Prinzip des Unterhaltsrechts und ist in § 1361 Abs. 2 BGB als existent vorausgesetzt.
- Bei der Bedürftigkeitsprüfung sind auf Seiten des Anspruchstellers alle Einkünfte zu berücksichtigen, soweit sie unterhaltserheblich sind. Nicht unterhaltserheblich sind hoheitliche Wohlfahrtsleistungen, insbesondere aufgrund des SGB II (Hartz IV).
- Für den nachehelichen Unterhalt statuiert § 1574 Abs. 1 BGB eine Obliegenheit zur Erwerbstätigkeit. Kommt der Anspruchsteller dieser Obliegenheit nicht nach, können ihm fiktive Einkünfte angerechnet werden, die seine Bedürftigkeit mindern, soweit der Verstoß nicht bereits – wie bei § 1573 Abs. 1 BGB – den Unterhaltstatbestand ausschließt.
- Für den Trennungsunterhalt ist eine Erwerbsobliegenheit nach Maßgabe des § 1361 Abs. 2 BGB vorgesehen. Probleme ergeben sich hier, wenn während der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft der eine Ehegatte aufgrund Absprache nur in erheblich geringerem Umfang einer Erwerbstätigkeit nachging als der andere Ehegatte. Mit der Trennung endet nun die eheliche Lebensgemeinschaft und sämtliche auf Basis des § 1356 BGB getroffenen Absprachen sind gegenstandslos. Manche nehmen deshalb an, dass § 1361 Abs. 2 BGB die getrennten Ehegatten in vergleichbarem Umfang zur Erwerbstätigkeit anhalte wie § 1574 Abs. 1 BGB. Doch ist das nicht richtig. Vielmehr ist § 1361 Abs. 2 BGB restriktiv zu interpretieren. Das folgt zum einen daraus, dass § 1574 BGB vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Selbstverantwortung gem. § 1569 BGB zu verstehen ist, der während der Trennung noch nicht gilt. Zum anderen folgt das daraus, dass der Wortlaut des § 1361 Abs. 2 BGB die Erwerbsobliegenheit im Vergleich zu § 1574 Abs. 1 BGB deutlich zurückhaltender formuliert.

II. Die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners

- Die Unterhaltungspflicht endet dort, wo der Unterhaltsschuldner seine Einkünfte benötigt, um seine eigene Existenz zu sichern. Ihm muss der sog. Selbstbehalt verbleiben. Dieser wird regelmäßig anhand der Düsseldorfer Tabelle ermittelt. Hierbei handelt es sich um ein vom OLG

Düsseldorf angefertigtes Orientierungswerk, das in der Praxis sehr weitreichend verwendet wird. Danach beträgt der Selbstbehalt derzeit 1.200 Euro.

- Die Leistungsfähigkeit ist für den nachehelichen Unterhalt in § 1581 BGB geregelt und gilt für den Trennungsunterhalt als allgemeines Prinzip.
- Leistungsfähig ist der Unterhaltsschuldner folglich nur, soweit seine Einkünfte den Selbstbehalt übersteigen. Unterlässt er es pflichtwidrig, höhere Einkünfte zu erzielen, können auch dem Unterhaltsschuldner fiktive Einkünfte gutgeschrieben werden, die seine rechtlich erhebliche Leistungsfähigkeit steigern.
- Problematisch kann der Umgang mit sonstigen Verbindlichkeiten sein, z.B. Darlehenszinsen. Anders als der Selbstbehalt werden diese Verbindlichkeiten nicht einfach von den Einkünften abgezogen, sondern sie werden bei der Ermittlung der Leistungsfähigkeit berücksichtigt. Dabei ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Die Kontrollfrage lautet, ob die jeweilige Verbindlichkeit bei Fortbestand der Ehe den Familienunterhalt mindern würde.

E. Die Berücksichtigung weiterer Unterhaltspflichten

Fall 30: („Konkurrierende Unterhaltsgläubiger“):

Anton hat ein Nettoeinkommen von 2000 Euro. Mit seiner Ex-Frau Bertha, die seit der Scheidung erwerbslos ist, hat er ein gemeinsames Kind im Alter von sieben Jahren. Mittlerweile ist Anton mit Charlotte verheiratet. Beide haben ein gemeinsames neugeborenes Kind.

Hat Bertha gegen Anton einen Unterhaltsanspruch?

In Betracht kommt ein Unterhaltsanspruch aus § 1573 Abs. 1 BGB. Der Unterhaltstatbestand ist erfüllt. Fraglich bleiben die weiteren Voraussetzungen.

I. Unterhaltsmaß, § 1578 Abs. 1 BGB

Für das Unterhaltsmaß sind gem. § 1578 Abs. 1 BGB die ehelichen Lebensverhältnisse maßgeblich.

- Hier verfügt A über ein eheprägendes Einkommen i.H.v. 2.000 Euro.
- Davon ist der Unterhalt abzuziehen, der für das gemeinsame Kind aufzuwenden ist. Soweit das Einkommen nämlich für den Kindesunterhalt gebunden ist, steht es nicht mehr zur Verfügung, um Unterhalt zugunsten von B zu leisten. Nach der Düsseldorfer Tabelle beläuft der Unterhaltsbedarf für das gemeinsame 7-jährige Kind sich auf 423 Euro. Als eheprägendes Einkommen verbleiben somit lediglich noch 1.577 Euro.
- An sich steht B die Hälfte dieses Einkommens als volles Unterhaltsmaß zu. Allerdings gewährt man dem Anspruchsteller vom anrechenbaren Erwerbseinkommen lediglich 3/7. Durch die Begünstigung des Erwerbstätigen will man nämlich einen Anreiz für diesen schaffen, weiter

einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Daraus errechnet sich ein Unterhaltsbedarf der B i.H.v. 675 Euro.

II. Bedürftigkeit der B gem. § 1577 BGB

B ist zu 100% bedürftig.

III. Leistungsfähigkeit des A gem. § 1581 BGB

Gem. § 1581 BGB schuldet A nur insoweit Unterhalt, wie er finanziell leistungsfähig ist. Dies errechnet sich folgendermaßen:

- Das Nettoeinkommen i.H.v. 2.000 Euro bildet den sog. Basiswert.
- Davon ist zunächst der sog. Selbstbehalt abzuziehen. Dieser bezeichnet das Minimum dessen, was dem Unterhaltsschuldner für die Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse verbleiben muss. Er beträgt derzeit 1.200 Euro.
- Weiter ist davon der Unterhalt für das gemeinsame Kind mit B abzuziehen. Dieser beträgt 423 Euro.
- Auch die Unterhaltungspflicht gegenüber dem gemeinsamen Kind mit C mindert die Leistungspflicht des A. Dieser beträgt derzeit 369 Euro.
- Schließlich ist der Familienunterhalt gegenüber C zu berücksichtigen. Er beträgt die Hälfte des Einkommens, das A verbleibt, nachdem die Unterhaltungspflichten gegenüber B und dem mit ihr gemeinsamen Kind abgezogen sind ($1/2 * [1577 - 675] = 451$ Euro).

Danach ergibt sich, dass A finanzielle Mittel i.H.v. 2.443 Euro, um seine eigenen Bedürfnisse zu befriedigen und gleichzeitig seine sämtlichen rechnerischen Unterhaltungspflichten erfüllen zu können. Folglich liegt ein Mangelfall vor.

IV. Der Umgang mit dem Mangelfall, § 1609 BGB

Aus § 1609 BGB ergibt sich, wie mit einem solchen Mangelfall umzugehen ist.

§ 14 Abstammungsrecht

A. Allgemeines

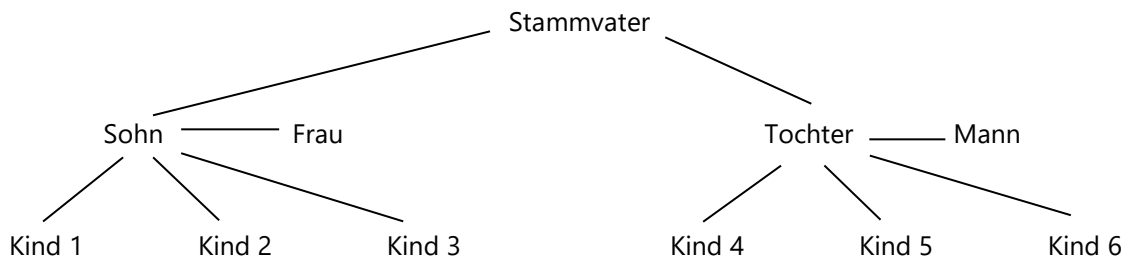
I. Ausgangspunkt

- Beim Verwandtschaftsrecht geht es ganz allgemein darum, Verwandtschaftsbeziehungen zwischen Personen zu definieren. Die entsprechenden Bestimmungen finden sich in §§ 1589 ff. BGB. Dort sind insbesondere die Mutterschaft (§ 1591 BGB) und Vaterschaft einschließlich ihres möglichen Endes (§§ 1593 bis 1598 BGB, §§ 1599 bis 1600d BGB) geregelt. Dazwischen gewährt § 1598a BGB eine Anspruchsgrundlage zur Klärung der leiblichen, das heißt: der genetischen, Abstammung.
- Da die Rechtsordnung an das Bestehen abstammungsrechtlicher Verhältnisse verschiedene Rechte und Pflichten knüpft, dient das Abstammungsrecht dazu, die Parteien der entsprechenden Rechtsverhältnisse zu definieren.

II. Die Verwandtschaft gem. § 1589 BGB

1. Verwandtschaft in der geraden und in der Seitenlinie

Gem. § 1589 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Aus Satz 2 ergibt sich, dass Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, in der Seitenlinie verwandt sind. Das lässt sich folgendermaßen veranschaulichen:



Ein Abstammungsverhältnis besteht hier zwischen dem Stammvater, seinem Sohn und seiner Tochter sowie jeweils zu den Kindern K 1 bis K 3. Der Verwandtschaftsgrad bestimmt sich gem. § 1589 Abs. 1 Satz 3 BGB nach der Anzahl der die Verwandtschaft vermittelnden Geburten. Somit besteht zwischen dem Stammvater sowie seinem Sohn und seiner Tochter jeweils Verwandtschaft ersten Grades in gerader Linie. Zwischen dem Stammvater und den Kindern K 1 bis K 3 besteht jeweils Verwandtschaft zweiten Grades in gerader Linie.

Sohn und Tochter stammen hingegen nicht voneinander ab. Ihre verwandtschaftliche Beziehung resultiert daraus, dass sie von dem Stammvater als derselben Person abstammen. Diese Art der verwandtschaftlichen Beziehung bezeichnet § 1589 Abs. 1 Satz 2 BGB als Verwandtschaft in der Seitenlinie. Zwischen Sohn und Tochter besteht dabei Verwandtschaft ersten Grades in der Seitenlinie. Gleiches gilt jeweils zwischen K 1 bis K 3 und K 4 bis K 6.

Dementsprechend besteht zwischen K 1 und der Tochter (des Stammvaters) Verwandtschaft zweiten Grades in der Seitenlinie. Dementsprechend sind K 1 und K 4 dritten Grades in der Seitenlinie miteinander verwandt.

2. Die Rechtswirkungen der Verwandtschaft

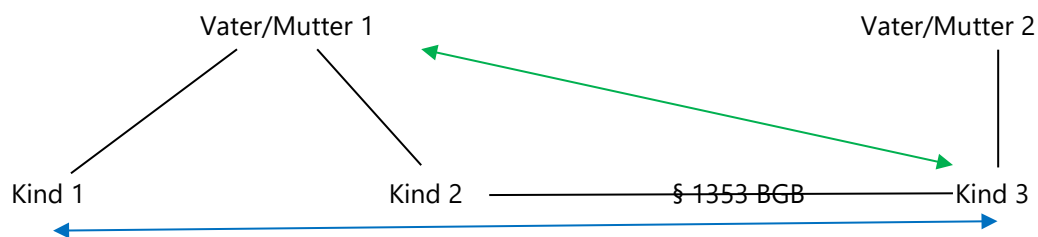
Aus der Perspektive des bürgerlichen und des Zivilprozessrechts ist insbesondere hinzuweisen auf:

- Die Bestimmung der gesetzlichen Erben anhand der Verwandtschaft gemäß §§ 1924 ff. BGB.
- Die Unterhaltspflicht der Verwandten untereinander gemäß §§ 1601 ff. BGB.
- Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

III. Die Schwägerschaft gem. § 1590 BGB

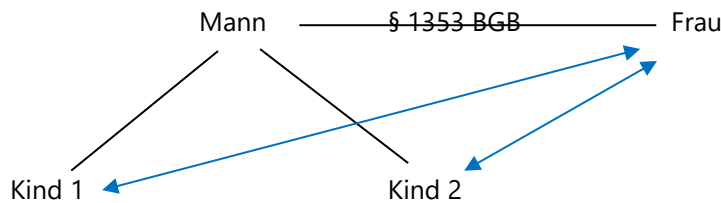
§ 1590 BGB definiert die Schwägerschaft. Danach sind die Verwandten eines Ehegatten mit dem anderen Ehegatten verschwägert. Die Linie und der Grad der Schwägerschaft bestimmen sich nach der Linie und dem Grade der sie vermittelnden Verwandtschaft.

1. Schwiegersöhne und Schwiegereltern



- Die Eheschließung zwischen Kind 2 und Kind 3 bewirkt nach § 1590 BGB Schwägerschaft zunächst zwischen Kind 3 und Vater/Mutter 1. Dieses Verhältnis zwischen „Schwiegereltern“ und „Schwiegersohn/Schwiegertochter“ bezeichnet man als Schwägerschaft in aufsteigender Linie. Dieselbe Beziehung besteht zwischen Kind 2 und Vater/Mutter 2.
- Kind 1 und Kind 2 sind in der Seitenlinie miteinander verwandt. Folglich begründet die Eheschließung zwischen Kind 2 und Kind 3 auch Schwägerschaft zwischen Kind 1 und Kind 3. In diesem Verhältnis spricht man von Schwägerschaft in der Seitenlinie.

2. Stiefkinder



Die zwischen den Kindern K 1 und K 2, die von dem Mann abstammen, und seiner Ehefrau begründete Beziehung wird Schwägerschaft in absteigender gerader Linie genannt.

3. Die Rechtswirkungen der Schwägerschaft

Die Rechtswirkungen der Schwägerschaft sind im Verhältnis zu denjenigen der Verwandtschaft ausgesprochen schwach ausgestaltet. Während die gesetzliche Erbfolge sich – zum großen Teil – innerhalb der verwandtschaftlichen Beziehungen vollzieht und verwandtschaftliche Beziehungen zugleich Unterhaltsansprüche gem. §§ 1601 ff. BGB begründen, ergeben sich aus der Schwägerschaft keine vergleichbaren Folgen. Die Schwägerschaft in der Seitenlinie hat über ihre schlichte Existenz hinaus keinerlei nennenswerten Rechtswirkungen. Aus der Schwägerschaft in aufsteigender Linie ergeben sich immerhin Zeugnisverweigerungsrechte.

B. Der Grundsatz der Blutsverwandtschaft

Fall 32: („Wer bin ich?“):

Friederike hat eine Affäre mit dem verheirateten Manfred, aus der die gemeinsame Tochter Tina hervorgeht. Als Tina heranwächst, will sie wissen, wer ihr leiblicher Vater ist. Friederike schweigt hierzu aus Rücksicht auf Manfreds Privatsphäre.

Hat Tina gegen Friederike einen Anspruch auf Auskunft über die Person ihres leiblichen Vaters?

I. Begriff

- Indem § 1589 BGB auf die Verwandtschaft in der geraden und in der Seitenlinie abstellt, definiert diese Vorschrift den sog. Grundsatz der Blutsverwandtschaft. Verwandtschaft i.S.d. des bürgerlichen Rechts ist somit zunächst die genetische Verwandtschaft.
- Die in §§ 1741 bis 1772 BGB geregelte Adoption begründet demgegenüber ein Eltern-Kind-Verhältnis, das unabhängig von der genetischen Abstammung ist.³³

³³

Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 36 Rn. 1.

II. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

1. Die Rechtsprechung des BVerfG

Die Kenntnis von der eigenen genetischen Abstammung hat dabei nach der Rechtsprechung des BVerfG eine zentrale Bedeutung für die Grundrechtswahrnehmung jedes Einzelnen:

- Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gestattet es unter anderem, die eigene Persönlichkeit frei zu entfalten. Dass der Einzelne die verfassungsrechtlich gewährleistete freie Entfaltung seiner Persönlichkeit vollständig wahrnehmen kann, erfordert die Kenntnis der eigenen Abstammung.³⁴
- Das folgt zum einen daraus, dass die Abstammung die genetische Ausstattung festlegt und damit die Persönlichkeit jedenfalls beeinflusst.³⁵ Von dieser genetischen Sichtweise unabhängig nimmt die eigene Abstammung auch im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein.³⁶

2. Umsetzung im materiellen bürgerlichen Recht

- Dieses Recht der Einzelnen auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt.
- Niederschlag hat es zum einen in den Anfechtungsmöglichkeiten gem. §§ 1600 ff. BGB gefunden.
- I.Ü. ergibt sich für das Kind ein Anspruch aus § 1618a BGB gegen die Benennung des leiblichen Vaters. Jedoch besteht dieser Anspruch nicht stets und vorbehaltlos. Vielmehr sind die Interessen des Kindes auf Kenntnis seiner genealogischen Abstammung umfassend gegen die konkurrierenden Ansprüche der Mutter auf Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre abzuwägen. Dabei steht dem jeweils erkennenden Gericht ein weiter Spielraum zur Verfügung.³⁷

³⁴ BVerfGE 79, 256, 268.

³⁵ BVerfGE 79, 256, 268 f.

³⁶ BVerfGE 79, 256, 269.

³⁷ BVerfG NJW 1997, 1769.

C. Die Abstammung von der Mutter

Fall 33 („mater semper certa est“):

Eine Frau aus dem US-Staat Utah erwartet die Niederkunft mit ihrem eigenen Enkelkind. Die 58-jährige Julia Navarro aus Provo trägt für ihre eigene 32-jährige Tochter ein Baby aus. Die Geburt der Enkeltochter wird Anfang Februar erwartet.

Wer ist nach deutschem materiellem Recht die Mutter des Kindes?

I. Begriff der Abstammung

- Die Abstammung ist der erste Unterfall der Verwandtschaft. Sie bezeichnet die biologische Herkunft des Abkömmlings aus der Reihe seiner Vorfahren. §§ 1591 ff. BGB regeln dabei nur die Abstammung von den Eltern.
- Wenn das Verwandtschaftsrecht insgesamt auf dem Grundsatz der Blutsverwandtschaft basiert, müssen auch §§ 1591 ff. BGB diesem Grundsatz Rechnung tragen. Diese Bestimmungen müssen folglich sicherstellen, dass die genetischen auch die rechtlichen Eltern sind.

II. Mater semper certa est

§ 1591 BGB hält insoweit an dem überkommenen Grundsatz der Geburtsmutterschaft fest. Mutter des Kindes ist danach die Frau, die es geboren hat. Diese Regelung basiert auf der Idee, dass die Geburtsmutter zwingend auch die genetische Mutter des Kindes ist.³⁸

III. Reproduktionsmedizin, Geburt und genetische Abstammung

Dieser früher zwingende Gleichlauf von Geburts- und genetischer Mutterschaft ist durch die Methoden der Reproduktionsmedizin in Frage gestellt. Dabei sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

1. Leihmutterschaft

In den Konstellationen der Leihmutterschaft lässt sich die Wunschmutter – so wird diejenige bezeichnet, die den Kindeswunsch hegt – eine Eizelle entnehmen und nach In-Vitro-Befruchtung einer Leihmutter einpflanzen, die dann das Kind zur Welt bringt.

Hier sind die Wunschmutter und die genetische Mutter zwar identisch, jedoch ist die Geburtsmutter eine andere. So verhält es sich in Beispielsfall 33.

2. Eizellenspende

Ähnliche Probleme treten auf, wenn die Wunschmutter sich eine befruchtete Spenderzelle einsetzen lässt und „ihr“ Kind selbst austrägt. Hier sind die Wunsch- und die Geburtsmutter zwar identisch, die genetische Mutter weicht aber ab.

³⁸

Staudinger/Rauscher, BGB (2011), § 1591 Rn. 8.

3. Festhalten an § 1591 BGB

- Obgleich in beiden Konstellationen die Geburtsmutter nicht die genetische Mutter nicht die Geburtsmutter ist, hält der Gesetzgeber am überkommenen Grundsatz der Geburtsmutterschaft fest.
- Dahinter stehen in erster Linie praktische Gründe. So ist die rechtliche Zuordnung des Kindes zur Geburtsmutter einfach und schafft Rechtssicherheit. Das ist allein schon dadurch gewährleistet, dass die meisten Geburten in Krankenhäusern stattfinden und dort jeder einzelne Geburtsvorgang genau dokumentiert wird.
- Freilich ist für die Leihmutterschaft und für die Eizellenspende der Grundsatz der genetischen Abstammung durchbrochen.

IV. Die Folgeprobleme

Daraus ergeben sich manche Folgeprobleme:

1. Abstammungsrechtliche Abwicklung der Leihmutterschaft

Das betrifft zunächst die Abwicklung der Leihmutterschaft, also die Frage, wie die Wunschmutter an „ihr“ Kind kommt:

- Nach der Geburt des Kindes gibt die Geburtsmutter das Kind üblicherweise an die Wunschmutter heraus. Wenn man dieser zwischen den Beteiligten unproblematischen Konstellation deutsches Abstammungsrecht und damit § 1591 BGB zugrunde legt, ist das Kind rechtlich gleichwohl ausschließlich der Geburtsmutter zugeordnet.³⁹
- Da § 1591 BGB selbstredend zwingendes Recht ist,⁴⁰ können die Geburts- und die genetische Mutter daran auch vertraglich nichts ändern.
- Vielmehr erlangt die Wunsch- und genetische Mutter nur durch Adoptionsbeschluss gemäß § 1752 Abs. 1 BGB nach Maßgabe der §§ 1741 ff. BGB auch den rechtlichen Mutterstatus.

2. Konfliktfälle

Allerdings muss sich die Abwicklung einer Leihmutterschaft nicht stets reibungslos gestalten:

- Der erste Konflikt ergibt sich, wenn die Geburtsmutter, die eine befruchtete Eizelle der Wunsch- und genetischen Mutter austrägt, nach der Geburt keinen Drang mehr verspürt, in die Adoption des Kindes durch die Wunsch- oder genetische Mutter einzuwilligen. Hier wird in aller Regel die genetische Mutter keinerlei Gelegenheit bekommen, auch die rechtliche Mutter „ihres“ Kindes zu werden.
- Umgekehrt mag auch die Wunsch- und genetische Mutter in der Zwischenzeit die Lust verloren haben, „ihr“ von der Geburtsmutter ausgetragenes Kind zu adoptieren. In diesem umgekehrten Fall hat nun die Geburtsmutter nur dann eine Chance, von der rechtlichen

³⁹ BeckOK/Hahn, BGB (41. Ed. 2016), § 1591 Rn. 1.

⁴⁰ BeckOK/Hahn, BGB (41. Ed. 2016), § 1591 Rn. 1.

Mutterschaft und den damit verbundenen Verpflichtungen wieder loszukommen, wenn sie jemanden findet, der das Kind adoptiert (§ 1755 BGB).

- In beiden Fällen bestehen nachvollziehbare Interessen, die rechtliche Mutterschaft der Geburtsmutter anzufechten. So könnte im ersten Fall die genetische Mutter zu „ihrem“ Kind kommen, ohne auf das Wohlwollen der Geburtsmutter angewiesen zu sein. Und auch im zweiten Fall könnte die Geburtsmutter sich dagegen wehren, mit den Folgen der wechselnden Launen der genetischen Mutter konfrontiert zu werden.

Die strikte und in jeder Hinsicht unnachgiebige Anordnung des § 1591 BGB steht einer solchen Anfechtung allerdings entgegen. Anders als eine Anfechtung der Vaterschaft sieht das bürgerliche Recht keine Anfechtung der Mutterschaft vor. In Beispielsfall 32 wird dementsprechend die genetische Großmutter die rechtliche Mutter des Kindes gem. § 1591 BGB.

D. Die Abstammung vom Vater gem. § 1592 BGB

I. Ausgangspunkt

- Für die Vaterschaft existiert demgegenüber kein im Vergleich mit der Geburt vergleichbar verlässlicher äußerer Anknüpfungspunkt, um die rechtliche Vaterschaft zuordnen zu können: Der Mann, der die Frau zur Geburt ins Krankenhaus bringt, ist keineswegs mit auch nur einiger Wahrscheinlichkeit der „wahre“ Vater des Kindes.
- Daher ist es der Natur der Sache geschuldet, dass die Vorschriften über die Vaterschaft den bei weitem meisten Raum innerhalb der §§ 1589 ff. BGB einnehmen. Grundnorm ist dabei § 1592 BGB. Die Vorschrift greift auf Vermutungen zurück,⁴¹ die – jedenfalls nach Auffassung des Gesetzgebers – einen hinreichenden Rückschluss darauf zulassen, dass das Kind von dem danach ermittelten rechtlichen Vater auch genetisch abstammt.⁴²

II. Die Vaterschaft kraft Ehe nach § 1592 Nr. 1 BGB

- Nach § 1592 Nr. 1 BGB ist der Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist.
- Diese Vaterschaft ist vorrangig. Solange die Vaterschaft kraft Ehe besteht, kommen die Vaterschaft kraft Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB und die Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung nach § 1592 Nr. 3 BGB nicht in Betracht. Das ergibt sich § 1594 Abs. 2 BGB bzw. aus § 1600d Abs. 1 BGB.

⁴¹ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 31 Rn. 7.

⁴² MünchKomm/Wellenhofer, BGB (7. Aufl. 2017), § 1592 Rn. 1.

III. Die Vaterschaft kraft Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB

1. Die Vaterschaftserklärung

Fall 34 („Stalker“):

Die schwangere Silvia wird in das Schwabinger Krankenhaus eingeliefert. Der Pfleger Peter ist spontan verliebt. Um Silvia auch nach ihrer Entlassung nahe sein zu können, beschließt er, die Vaterschaft für ihr noch ungeborenes Kind anzuerkennen, und sucht zu diesem Zweck den nächsten Notar auf.

Kann Peter auf diese Weise der rechtliche Vater von Silvias Kind werden?

Es bestehen keine allzu hohen Anforderungen an die Anerkennungserklärung im Sinne des § 1592 Nr. 2 BGB:

- Es handelt sich um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die höchstpersönlich abgegeben werden muss und bedarf nach § 1597 Abs. 1 BGB der öffentlichen Beurkundung bedarf.⁴³
- Obwohl die Anerkennung der Vaterschaft kein Vertrag ist, ist sie dennoch nach § 1595 Abs. 1 BGB von der Zustimmung der Mutter – gegebenenfalls nach § 1595 Abs. 2 BGB auch derjenigen des Kindes – abhängig. Fehlt die Zustimmung, ist die Anerkennungserklärung nach §§ 1594 Abs. 3, 1595 Abs. 3 BGB unwirksam. Das Gesetz hält also Schutzmechanismen gegen aufgedrängte Vaterschaften bereit.

2. Willensmängel

Fall 35 („Bonnie und Clyde“):

Das Ganovenpärchen Bertha und Claas erwartet ein gemeinsames Kind. Beide sind nicht miteinander verheiratet und freuen sich auf Kind. Um jedoch finanziell nicht allzu stark belastet zu werden, beschließen sie, die materiellen verwandtschaftlichen Verpflichtungen auf ihr wohlhabendes Opfer Otto abzuwälzen. Also erpressen sie ihn, die entsprechende Vaterschaftserklärung abzugeben.

Ist Otto der rechtliche Vater des Kindes?

a) Rechtslage nach allgemeinen Regeln

Nach allgemeinen Regeln liegt hier ein Fall des § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB vor. Otto kann seine Vaterschaftserklärung anfechten, so dass sie gem. § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

⁴³

Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 31 Rn. 10.

b) Verdrängung der allgemeinen Regeln durch §§ 1598 ff. BGB

- Jedoch zieht die Bedeutung und Wirkung der Vaterschaftserklärung – dauernde Übernahme von Verantwortung und ggf. Fürsorge für einen anderen Menschen in personenstandsrechtlich institutionalisierter Form – eine Bestandsgewähr nach sich, die höher ausfällt, als etwa bei einem gewöhnlichen Kaufvertrag.
- Folglich ersetzen §§ 1598 ff. BGB die allgemeinen Regeln über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften. Als Wirksamkeitshindernisse kommen nur die in den §§ 1594 bis 1597 BGB genannten Umstände in Betracht. Auch die Willensmängel des Allgemeinen Teils sind unbeachtlich: An ihrer statt gilt das Recht der Vaterschaftsanfechtung gemäß §§ 1599 ff. BGB.⁴⁴

IV. Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung gem. § 1592 Nr. 3 BGB

Fall 36 („Kinderwunschzentrum“):

Maik hat eine flüchtige und lose Affäre mit Frieda. Trotz ihrer nur lockeren Partnerschaft suchen sie gemeinsam ein Kinderwunschzentrum auf und lassen dort Maiks Sperma einfrieren. Nachdem einige Jahre vergangen sind und beide längst keinen Kontakt mehr miteinander haben, erhält Maik ein Schreiben von Frieda. Hierin teilt sie ihm mit, dass sie Zwillinge bekommen habe und dass er deren Vater sei. Weiter fragt sie, ob er freiwillig zu zahlen gedenke oder ob sie seine Vaterschaft gerichtlich feststellen lassen solle?

Wie geht es weiter, wenn Maik nicht freiwillig zahlt?

Nach § 1592 Nr. 3 BGB ist es möglich, die Vaterschaft eines Mannes nach § 1600d BGB feststellen zu lassen.

1. Verfahrenseinleitung

Die Vaterschaftsfeststellung ist eine Abstammungssache gem. §§ 169 ff. FamFG. Zur Verfahrenseinleitung sind der Putativvater, die Mutter und das Kind berechtigt.⁴⁵

2. Ermittlung des Vaters

- Begründet ist der Antrag nach § 1600d BGB, wenn das Kind von dem beteiligten Mann genetisch abstammt.
- Im Verfahren nach § 1600d BGB hat für den Nachweis der Vaterschaft in jedem Fall eine förmliche Beweisaufnahme stattzufinden hat, § 177 Abs. 2 FamFG. Danach wird in der Regel durch ein Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen untersucht, ob das Kind von dem Mann,

⁴⁴ BeckOK/Hahn, BGB (41. Ed. 2016), § 1598 Rn. 2.

⁴⁵ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 31 Rn. 21.

von dem er selbst, die Mutter oder das Kind meinen, dass er der genetische Vater sei, auch tatsächlich abstammt.

- Führt diese Untersuchung zu keinem Ergebnis, kommt § 1600d Abs. 2 BGB zur Anwendung.

E. Die Vaterschaftsanfechtung gem. §§ 1599 ff. BGB

I. Die Anfechtung durch den rechtlichen Vater gem. § 1592 Nr. 1, Nr. 2, 1593 BGB

Fall 37 („Heimlicher Vaterschaftstest“):

Max und Frauke leben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Frauke bekommt einen Sohn Sven. Nach einiger Zeit argwöhnt Max, dass er nicht Svens leiblicher Vater sei. Ohne Wissen der Frauke gibt er einige Haare von Sven an ein Labor und lässt dort seine Vaterschaft untersuchen. Nach dem Untersuchungsergebnis ist seine Vaterschaft ausgeschlossen. Nun trennt er sich von Frauke und ficht vor dem zuständigen Familiengericht seine Vaterschaft an.

Hat Max' Vaterschaftsanfechtung Aussicht auf Erfolg?

1. Begründetheit des Antrags

- Die Anfechtung ist begründet und damit erfolgreich, wenn der Mann, für den die rechtliche Vaterschaft besteht, nicht der genetische Vater ist.
- Weitere Voraussetzungen müssen nicht erfüllt sein.⁴⁶ Insbesondere muss der rechtliche Vater nicht den wahren genetischen Vater positiv bezeichnen können, der seinen Platz als Unterhaltsschuldner des Kindes einnehmen könnte.
- Entsprechend fällt auch der Tenor einer positiven in diesem Anfechtungsverfahren ergehenden Entscheidung aus: Es wird lediglich festgestellt, dass Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist.⁴⁷

2. Das Beweisproblem und seine Lösung

a) Der eingeschränkte Amtsermittlungsgrundsatz

- Freilich steht der rechtliche Vater vor einem Nachweisproblem. Nach allgemeinen Regeln geht es zu seinen Lasten, wenn im gerichtlichen Verfahren seine Vaterschaft nicht mit ausreichender Überzeugungskraft ausgeschlossen werden kann. Er ist insoweit objektiv beweisbelastet.
- Allgemeinen zivilprozessrechtlichen Regeln würde es dann entsprechen, dass er sowohl Tatsachen vorbringen muss, aus denen sich seine fehlende genetische Vaterschaft ergibt, als

⁴⁶ Schwab, Familienrecht (24. Aufl. 2016), Rn. 555.

⁴⁷ Schwab, Familienrecht (24. Aufl. 2016), Rn. 554.

auch Beweismittel zu bezeichnen hat, die diesen Vortrag bestätigen. Nun wird es nicht immer leicht fallen, entsprechende Tatsachen hinreichend konkret zu benennen, dies namentlich dann nicht, wenn der rechtliche Vater lediglich einen vagen Verdacht hegt. So hat man es in der Vergangenheit nicht ausreichen lassen, wenn der rechtliche Vater seinen Anfechtungsantrag mit mangelnder äußerlicher Ähnlichkeit oder damit begründete, dass er selbst nur eingeschränkt zeugungsfähig sei.⁴⁸

- Allerdings erfolgt die Vaterschaftsanfechtung nicht in einem streitigen Zivilprozess, sondern in einem Verfahren nach dem FamFG, für das nach § 177 FamFG kein strenger Beibringungsgrundsatz, sondern ein eingeschränkter Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Danach ist es an sich Angelegenheit des Gerichts, die entscheidungserheblichen Tatsachen beizubringen.
- Allerdings gilt der Amtsermittlungsgrundsatz ergibt sich aus § 177 Abs. 1 FamFG, dass nicht vorgetragene Tatsachen nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn sie die Vaterschaft aufrechterhalten. Das bedeutet: Der rechtliche Vater muss konkrete Tatsachen vorbringen, die seinen Verdacht als objektiv begründet erscheinen lassen.

b) Verfahrensvorbereitung durch heimliche Vaterschaftstests

M versucht diesem Dilemma zu entgehen, indem er vorab einen heimlichen Vaterschaftstest hat durchführen lassen. Fraglich bleibt, ob die dabei erzielten Ergebnisse geeignet sind, hinreichend konkrete Anhaltspunkte i.S.d. § 177 FamFG zu begründen.

- Heimliche Vaterschaftstest stellen einen empfindlichen Eingriff in das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung ein. Für solchermaßen erzielte Ergebnisse besteht deshalb ein Beweisverwertungsverbot im Prozess.
- Zwar hat der Vater – spiegelbildlich zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung – ein grundrechtlich geschütztes Interesse zu erfahren, ob ein Kind von ihm abstammt.⁴⁹ Auch kann dieses Interesse dem Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung Grenzen setzen.⁵⁰ Das kann allerdings nur in einem rechtlich geordneten Verfahren geschehen, was heimliche Übergriffe ausschließt.⁵¹

c) Informationsgewinnung über § 1598a BGB

Dem legitimen Informationsbedürfnis des anfechtungswilligen Vaters trägt § 1598a BGB Rechnung. Danach hat der rechtliche Vater einen Anspruch auf Erteilung der Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung. Dieser Anspruch besteht voraussetzungslos.

⁴⁸ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 31 Rn. 26.

⁴⁹ BVerfGE 117, 202 Tz. 59.

⁵⁰ BVerfGE 117, 202 Tz. 67.

⁵¹ BVerfGE 117, 202 Tz. 67.

II. Die Anfechtung durch den leiblichen Vater

Fall 38 („Eifersucht und Stolz“):

Franzi und Marko sind verheiratet. Über einen längeren Zeitraum hinweg unterhält Franzi eine außereheliche Affäre mit ihrem Liebhaber Ludwig. Als Franzi ein Kind von Ludwig erwartet, beendet sie die Affäre und setzt ihren Mann Marko ins Bild. Marko ist nicht nachtragend und verspricht, das Kind anzunehmen, als sei es sein eigenes. So kommt es dann auch und Marko gibt eine entsprechende Vaterschaftserklärung ab. Ludwig ist deswegen und wegen des Verlusts der Franzi außer sich vor Wut. Er erträgt es nicht, dass Marko, den er verachtet, das Kind als sein eigenes ausgibt. Also ficht Ludwig die Vaterschaft vor dem zuständigen Familiengericht an.

Hat Ludwigs Antrag Aussicht auf Erfolg?

Bis zum Jahr 2004 waren derlei Anfechtungsklagen des leiblichen Vaters nicht möglich. Störungen des Familienfriedens durch ehemalige Liebhaber der Frau sollten unterbleiben.

Das Bundesverfassungsgericht sah diese Situation als nicht mit dem Grundgesetz konform an. Die schwierige Abwägungsentscheidung, die in diesen Fällen zu treffen ist, ergibt sich daraus, dass sowohl zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind als auch zwischen dem biologischen Vater und dem Kind jeweils familiäre Beziehungen bestehe, die unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG stehen.⁵² Dennoch entspricht es nicht dem Grundkonzept des Art. 6 GG, dass zwei Väter nebeneinander gleichberechtigt und gleichverantwortlich zusammen mit der Mutter die Elternverantwortung übernehmen.⁵³ Denn hier sind eher Konflikte zwischen den konkurrierenden Verantwortungsträgern zu vermuten, als ein gemeinsames Handeln orientiert allein am Kindeswohl.⁵⁴ Die Entscheidung des Gesetzgebers des BGB, dem rechtlichen den Vorrang gegenüber dem biologischen Vater einzuräumen, sei so lange nicht zu beanstanden, wie es um den Schutz der familiären Beziehung zwischen den rechtlichen Eltern und dem Kind gehe.⁵⁵ Daraus folgt aber zugleich: Wenn zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind rein tatsächlich keine schützenswerten Sozialbeziehungen bestehen, ist es auch nicht mehr gerechtfertigt, dem biologischen Vater den Zugang zur Vaterschaftsanfechtung zu verwehren.

Vor diesem Hintergrund erklären sich die Einschränkungen der Anfechtungsklage nach § 1600 BGB, die sich Abs. 2 und auch aus Abs. 1 Nr. 2 selbst ergeben. So kann gemäß § 1600 Abs. 2 BGB der leibliche Vater nur dann die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anfechten, wenn zwischen diesem und dem Kind keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Die Forderung nach der eidesstattlichen Versicherung, der Mutter während der Empfängniszeit beigezogen zu haben, schließt Verfahren zur Sabotage einer fremden Ehe ebenso aus wie Anfechtungsanträge von Samenspendern.

⁵² BVerfG, NJW 2003, 2151, 2153.

⁵³ BVerfG, NJW 2003, 2151, 2153.

⁵⁴ BVerfG, NJW 2003, 2151, 2153.

⁵⁵ BVerfG, NJW 2003, 2151, 2154.

§ 15 Elterliche Sorge

Fall 39 („Real Estate“)

Anton (A) und Bertha (B) sind seit drei Jahren geschieden. Zuvor waren sie fünf Jahre lang verheiratet. Sie haben eine gemeinsame Tochter Tina (T), die fünf Jahre alt ist. T wohnt bei B. Sie hat jedoch regelmäßig Umgang mit A.

B ist Alleineigentümerin eines Grundstücks in der Ankoferstraße in Manching, das mit einem Reihenhaus bebaut ist. Der Verkehrswert des Grundstücks beläuft sich auf 300.000 Euro. Das Grundstück ist mit einer erstrangigen Grundschuld in Höhe von 100.000 Euro zu Gunsten der B-Bank belastet. Das durch die Grundschuld gesicherte Darlehen ist noch mit 30.000 Euro valuiert. Haus und Grundstück sind an Zacharias (Z) vermietet. Die monatliche Kaltmiete, die Z an B zu zahlen hat, beträgt 1.000 Euro. Die jährlich zu entrichtende Grundsteuer beträgt etwa 2.600 Euro. Die Grunderwerbsteuer beläuft sich auf 10.500 Euro.

B will T das Grundstück in Manching schenkweise zuwenden. Gemeinsam mit A sucht sie den Notar Norbert (N) auf. Dort schließt sie einen Schenkungsvertrag mit T ab. In derselben Urkunde vereinbart sie mit T die Auflassung des Grundstücks. Was die notwendigen Annahmeerklärungen der T anbelangt, so handelt B gemeinsam mit A im Namen der T. Wenig später wird T als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Ist T Eigentümerin des Grundstücks geworden?

Lösungsvorschlag:

Ursprünglich war B Alleineigentümerin des Grundstücks. Jedoch könnte T von B durch Einigung und Eintragung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB Eigentum an dem Grundstück erworben haben.

A. Einigung

Die Einigung über den Eigentumsübergang ist ein dinglicher Vertrag. Technisch erfolgt sie durch Austausch einander inhaltlich entsprechender Willenserklärungen, Angebot und Annahme gem. §§ 145, 147 BGB.

B und T haben unmittelbar selbst keine Willenserklärungen ausgetauscht. Zwar hat B eine Willenserklärung des Inhalts abgegeben, dass T von ihr Eigentum an dem Grundstück erwerben solle. Anstelle von T erklärten aber ihre Eltern A und B das Einverständnis mit diesem Angebot.

Jedoch wirkt dieser Austausch von Willenserklärungen gem. § 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB unmittelbar für und gegen T, wenn A und B sie wirksam vertreten haben. Dies beurteilt sich anhand der §§ 164 ff. BGB.

I. Anwendbarkeit

§§ 164 ff. BGB gelten nur für Willenserklärungen und ggf. für geschäftsähnliche Handlungen. Die Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB erfolgt durch den Austausch von Willenserklärungen. §§ 164 ff. BGB sind anwendbar.

II. Zulässigkeit der Stellvertretung

Die Stellvertretung ist unzulässig, wenn das Vertretergeschäft ein höchstpersönliches Geschäft ist.

Zwar verlangt § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile. Mit dieser Formulierung verbietet § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB aber lediglich die sukzessive Beurkundung.⁵⁶ Der Stellvertretung steht diese Vorschrift nicht entgegen.⁵⁷ Für § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB genügt es danach, wenn die auf Veräußerer- und die auf Erwerberseite rechtsgeschäftlich handelnden Personen gleichzeitig vor der zuständigen Stelle anwesend sind.

Das ist hier der Fall.

III. Eigene Willenserklärung

Eine eigene Willenserklärung liegt vor, wenn der Vertreter aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Empfängers gem. § 133 BGB nicht lediglich als Bote einen vorab formulierten rechtsgeschäftlichen Willen übermittelt. Hier gegeben.

IV. Im Namen des Vertretenen

Im Namen des Vertretenen handelt der Stellvertreter jedenfalls, wenn er klarstellt, dass die Rechtsfolgen seiner Willenserklärung nicht ihn selbst, sondern einen Dritten treffen sollen, und er den Dritten bezeichnet. A und B haben ausdrücklich für T gehandelt.

V. Mit Vertretungsmacht

Mit Vertretungsmacht handelt der Stellvertreter, wenn er befugt ist, für den Geschäftsherrn rechtsgeschäftlich tätig zu werden, und das konkrete Vertretergeschäft von dieser Befugnis erfasst ist. Hier könnten A und B als gesetzliche Vertreter gem. § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB befugt gewesen sein, für die gemeinsame Tochter T rechtsgeschäftlich zu handeln. Danach umfasst die elterliche Sorge die Vertretung des Kindes.

Folglich konnten A und B rechtsgeschäftlich für T handeln, wenn sie (1.) im maßgeblichen Zeitpunkt Träger der elterlichen Sorge gewesen sind, (2.) die damit einhergehende Vertretung ordnungsgemäß ausgeübt haben und (3.) die elterliche Sorge zu dieser Art von Geschäften im Namen des Kindes berechtigt.

⁵⁶ MünchKomm/Kanzleiter, BGB (7. Aufl. 2017), § 925 Rn. 18.

⁵⁷ BeckOK/Grün, BGB (41. Ed. 2016), § 925 Rn. 23.

1. Die elterliche Sorge

a) Begriff

- Verfassungsrechtlicher Hintergrund: Gem. Art. 6 Abs. 2 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.
- Dementsprechend Legaldefinition § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB: Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen.

b) Inhalt

Inhaltlich ist zwischen der Personensorge, der Vermögenssorge und der Vertretung im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu unterscheiden.

- Personensorge: Insbesondere geregelt in §§ 1631 ff. BGB. Die dortige Aufzählung ist jedoch nicht vollständig. Die Personensorge ist vielmehr das umfassende Pflichtrecht, für die Erhaltung, Förderung und Entwicklung des Kindes zu sorgen und es zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu erziehen.⁵⁸
- Vermögenssorge: Im Einzelnen geregelt in §§ 1638 ff. BGB. Allgemein bezeichnet die Vermögenssorge das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, und schließt alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen ein, welche darauf gerichtet sind, das Kindesvermögen zu erhalten, zu verwerten und zu vermehren.⁵⁹
- Vertretung: Gem. § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst die elterliche Sorge außerdem die Vertretung des Kindes im rechtsgeschäftlichen Verkehr.

A und B sind danach befugt, rechtsgeschäftlich für die minderjährige T zu handeln, wenn sie Träger der elterlichen Sorge sind.

2. Erwerb der elterlichen Sorge

Weiter müssen A und B die elterliche Sorge für T erworben und dürfen sie nicht später wieder verloren haben.

a) Das gemeinsame Sorgerecht der von Anfang an verheirateten Eltern

- § 1626 Abs. 1 BGB erklärt „die Eltern“ zu Trägern der elterlichen Sorge.
- An sich: Die Mutter i.S.d. § 1591 BGB und der Vater i.S.d. § 1592 BGB.
- Aber § 1626a BGB: Das gemeinsame Sorgerecht steht Eltern automatisch nur dann zu, wenn sie im Zeitpunkt der Geburt verheiratet sind (Vaterschaft gem. § 1592 Nr. 1 BGB).

b) Das alleinige Sorgerecht der Mutter

I.Ü. ist gem. § 1626a Abs. 3 BGB zunächst die Mutter allein sorgeberechtigt.

⁵⁸ So MünchKomm/Huber, BGB (7. Aufl. 2017), § 1626 Rn. 32.

⁵⁹ So MünchKomm/Huber, BGB (7. Aufl. 2017), § 1626 Rn. 55.

c) Der nachträgliche Erwerb der gemeinsamen Sorge gem. § 1626a BGB

Der nachträgliche Erwerb der gemeinsamen Sorge von Mutter und Vater geschieht nur über

- die Abgabe von Sorgeerklärungen gem. §§ 1626b ff. BGB (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB),
- über eine spätere Heirat (§ 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB) oder
- durch familiengerichtlichen Beschluss gem. § 1626a Abs. 2 BGB.

A und B waren bei der Geburt von T miteinander verheiratet. Folglich waren sie zunächst gemeinsam Träger der elterlichen Sorge für sie. Dem folgt die gemeinsame gesetzliche Vertretungsmacht gem. § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB nach.

3. Der Verlust der elterlichen Sorge

Diese elterliche Sorge dürften sie später nicht wieder verloren haben. .

a) Denkbar: Durch Scheidung

Denkbar ist insoweit, dass die Scheidung von A und B die gemeinsame Sorge automatisch entfallen lässt.

aa) Grundsatz

- Das liegt insbesondere deshalb nahe, weil die Heirat als *actus contrarius* gem. § 1626 Abs. 1 Nr. 2 BGB entstehen lässt.
- Automatisch führen jedoch weder die Trennung der Ehegatten noch die Ehescheidung zu einer Neubewertung oder Neuverteilung des Sorgerechts.⁶⁰

bb) Antrag auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts nach § 1671 BGB

Aber: Die Trennung der Ehegatten liefert Anlass, einen Antrag nach § 1671 BGB auf Übertragung des alleinigen Sorgerechts zu stellen.

- Solch ein Antrag des Vaters oder der Mutter hat Erfolg, wenn es dem Kindeswohl widerspricht, dass beide Elternteile die Sorge gemeinsam wahrnehmen, obwohl sie dauerhaft getrennt leben.
- Das kann insbesondere der Fall sein, wenn das Verhältnis der Eltern infolge der Trennung derart zerrüttet ist, dass ein gedeihliches Zusammenwirken im Interesse des Kindes nicht mehr möglich erscheint.
- Welchem der beiden Ehegatten die Alleinsorge für das Kind dann zugesprochen wird, hängt davon ab, welcher Elternteil das Kind am besten in seiner Entwicklung fördern kann.⁶¹

⁶⁰ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 32 Rn. 15.

⁶¹ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 32 Rn. 19.

Ein Antrag nach § 1671 BGB ist hier nicht gestellt. Infolge der Scheidung hat es keine Änderungen von elterlicher Sorge und gesetzlicher Vertretungsmacht gegeben.

b) Verlust der elterlichen Sorge durch hoheitliche Maßnahmen gem. § 1666 BGB

- Die Wahrnehmung der Sorge für das eigene Kind ist gem. Art 6 Abs. 2 Satz 1 GG wesentliches Grundrecht der Eltern.
- Dennoch wacht die staatliche Gemeinschaft nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG über die Art und Weise, in der die elterliche Sorge ausgeübt wird.
- Ist das Kindeswohl gefährdet – etwa durch Verwahrlosung, Missbrauch, Vermögensverschleuderung o.ä. – können die zuständigen hoheitlichen Stellen auf Basis von § 1666 BGB Maßnahmen gegen die Eltern bis hin zum Entzug des Sorgerechts ergreifen.

Hier kein solcher Fall. An dem ursprünglichen gemeinsamen Sorgerecht von A und B hat sich später nichts geändert.

4. Die Ausübung der elterlichen Vertretungsmacht

a) Der Grundsatz der gemeinsamen Vertretung

- Die sorgeberechtigten Eltern üben die Sorge und die Vertretungsmacht gemeinschaftlich aus (§§ 1627, 1629 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB). Nach allgemeinen Regeln fehlt danach jedem einzelnen Elternteil die Rechtsmacht, alleine rechtsgeschäftlich mit Wirkung für das Kind zu handeln.
- Gemeinschaftlich ausgeübt ist die Vertretung danach jedenfalls dann, wenn beide Elternteile (= alle Gesamtvertreter) gemeinsam und gleichzeitig nach außen auftreten.⁶²
- Doch wäre es unpraktikabel, stets ein solches Vorgehen zu verlangen. So können die Eltern ihre Sorge und Vertretungsmacht auch dadurch gemeinschaftlich ausüben, dass der unmittelbar rechtsgeschäftlich tätige Elternteil zugleich in Untervollmacht für den abwesenden anderen handelt. Das ist namentlich der Fall, wenn die Eltern jeweils einzelne Bereiche der Kindsorge untereinander aufgeteilt haben, etwa alltägliche Arztbesuche tagsüber.⁶³

b) Grenzen des Gebots der Gesamtvertretung

Das Gebot der gemeinschaftlichen Vertretung gilt nicht grenzenlos:

- Not-Alleinvertretung bei Gefahr im Verzug gem. § 1629 Abs. 1 Satz 4 BGB: Sie betrifft insbesondere etwa die erforderliche Einwilligung in riskante, aber zeitlich unaufschiebbare ärztliche Maßnahmen.

⁶² MünchKomm/Schubert, BGB (7. Aufl. 2015), § 164 Rn. 198.

⁶³ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 33 Rn. 13.

- Bei Getrenntleben der gemeinsam Sorgeberechtigten sieht § 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Alleinvertretungsmacht desjenigen Elternteils vor, bei dem das Kind sich legal gewöhnlich aufhält.

Hier liegt keine Ausnahme vom Grundsatz der gemeinschaftlichen Vertretung vor. A und B gaben die Annahmeerklärung gem. §§ 873, 925 BGB gemeinsam und gleichzeitig vor dem Notar ab.

5. Die inhaltliche Reichweite der elterlichen Vertretungsmacht

Vorliegend geht es um ein Grundstücksgeschäft, das A und B für T vornehmen.

a) Systematik

An sich unterliegt das gesamte Vermögen der elterlichen Sorge nach § 1638 BGB⁶⁴ und damit der elterlichen Vertretungsmacht. Doch muss das Kind vor nachteiligen Vermögensverwaltungsmaßnahmen der Eltern geschützt werden.⁶⁵ Für verschiedene abstrakt besonders gefahrträchtige Geschäfte zieht das Gesetz der elterlichen Vertretungsmacht daher Grenzen.

b) Schenkungsverbot gem. § 1641 BGB

- Gem. § 1641 Satz 1 BGB dürfen die Eltern nicht im Namen des Kindes Geschenke machen.
- Hierbei handelt es sich um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB.⁶⁶ Die Nichtigkeitsfolge erfasst regelmäßig nicht nur das kausale, sondern auch das zugehörige dingliche Geschäft.⁶⁷

Zwar erfolgt die Auflassung des Grundstücks an T hier in Vollzug eines Schenkungsversprechens der B. Doch fällt dieses Geschäft deshalb nicht unter § 1641 BGB, weil T nicht Verpflichtete, sondern Begünstigte des Schenkungsversprechens und seines Vollzugs ist.

c) Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte gem. § 1643 BGB

Bestimmte das Kindesvermögen betreffende Rechtsgeschäfte stellt § 1643 BGB unter den Vorbehalt der Genehmigung durch das Familiengericht (§§ 23b Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GVG, § 111 Nr. 2, § 151 Nr. 1 FamFG⁶⁸).

⁶⁴ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 33 Rn. 5.

⁶⁵ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 33 Rn. 5.

⁶⁶ BeckOK/Veit, BGB (41. Ed. 2016), § 1641 Rn. 3; MünchKomm/Huber, BGB (7. Aufl. 2017), § 1641 Rn. 7; Staudinger/Heilmann, BGB (2016), § 1641 Rn. 15.

⁶⁷ MünchKomm/Huber, BGB (7. Aufl. 2017), § 1641 Rn. 7.

⁶⁸ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juni 2014 (BGBl. I S. 786) geändert worden ist.

aa) Verfügung über ein Grundstück: §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1643 Abs. 1 BGB

Die Auflassung von B an T ist für die gesetzlichen Vertreter nach §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1643 Abs. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn es sich bei dem Geschäft um eine Verfügung über ein Grundstück handelt.

- Nach dem Wortlaut der Norm ist das zu bejahen. So ist Verfügung jedes Rechtsgeschäft, das darauf gerichtet ist, ein bestehendes Recht aufzuheben, zu übertragen, zu belasten oder inhaltlich zu verändern.⁶⁹ Gegenstand des Geschäfts zwischen B und T ist die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück von B auf T, mithin ein klassischer Fall einer Verfügung.
- Aber: Sinn und Zweck des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB passen nicht, wenn der Minderjährige Begünstigter der Verfügung ist. Deshalb ist der Grundstückserwerb keine Verfügung i.S.d. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB.⁷⁰ Dass das Grundstück mit einem Grundpfandrecht zugunsten der B-Bank belastet ist, ändert an der begünstigenden Wirkung nichts.⁷¹

bb) Mietvertrag: §§ 1822 Nr. 5, 1643 Abs. 1 BGB

Der gesetzliche Vertreter bedarf gem. §§ 1822 Nr. 5, 1643 Abs. 1 BGB der Genehmigung zum Abschluss eines Mietvertrags, durch den der Minderjährige zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach dem Eintritt der Volljährigkeit des Minderjährigen fortauern soll.

- Denkbar: Als Konsequenz des erfolgreichen Eigentumserwerbs geht der Mietvertrag zwischen B und Z gem. § 566 Abs. 1 BGB automatisch auf T über.
- Dennoch h.M.: § 1822 Nr. 5 BGB greift nur ein, wenn die Verpflichtung des Minderjährigen aus dem Miet- oder ähnlichen Vertrag rechtsgeschäftlich begründet wird.⁷² Das ergebe sich aus dem Tatbestandsmerkmal „Vertrag“ und erfasse den gesetzlichen Vertragsübergang infolge eines anderen Rechtsgeschäfts nicht.⁷³

cc) Übernahme einer fremden Verbindlichkeit: §§ 1822 Nr. 10, 1643 Abs. 1 BGB

Der gesetzliche Vertreter bedarf gem. §§ 1822 Nr. 5, 1643 Abs. 1 BGB der Genehmigung zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit.

- Denkbar: Wenn T infolge des Eigentumserwerbs anstelle von B gem. § 566 BGB Partei des Mietvertrags mit Z wird, dann handelt es sich um die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit.

⁶⁹ MünchKomm/M. Schwab, BGB (6. Aufl. 2013), § 816 Rn. 9.

⁷⁰ MünchKomm/Kroll-Ludwigs, BGB (7. Aufl. 2017), § 1821 Rn. 23; Staudinger/Veit, BGB (2014), § 1821 Rn. 33.

⁷¹ BeckOK/Bettin, BGB (41. Ed. 2016), § 1821 Rn. 8.

⁷² Staudinger/Veit, BGB (2014), § 1822 Rn. 111.

⁷³ BGH, NJW 1983, 1780, 1781.

- Aber h.M.: § 1822 Nr. 10 BGB erfasst nur solche Fälle, in denen eine fremde Schuld zwar nach außen hin als eigene übernommen wird, im Innenverhältnis jedoch allein der Erstschuldner haftet und gegenüber dem Minderjährigen ersatzpflichtig bleibt.⁷⁴ Argument: Als Musterbeispiel für die Situation des § 1822 Nr. 10 BGB wird die Bürgschaft angeführt.

d) Allgemeine Grenzen der elterlichen Vertretungsmacht, §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB

Doch sind neben §§ 1638 ff. BGB auch die allgemeinen Grenzen zu berücksichtigen, die §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern ziehen. § 1795 BGB bezieht sich dabei auf Konstellationen, in denen es abstrakt zu kollidierenden Interessen kommen kann.⁷⁵ In diesen Fällen ist der gesetzliche Vertreter von der Vertretung des Minderjährigen ausgeschlossen. An seiner Statt muss gem. § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Ergänzungspfleger handeln. Diesen Ergänzungspfleger bestellt das Familiengericht gem. § 151 Nr. 5 FamFG nach Anzeige durch den gesetzlichen Vertreter gem. § 1909 Abs. 2 BGB.

aa) Das Insichgeschäft gem. §§ 181, 1795 Abs. 2, 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB

Gem. §§ 1795 Abs. 2, 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt § 181 BGB als allgemeine Bestimmung über das Insichgeschäft auch für den gesetzlichen Vertreter. Ein Insichgeschäft i.d.S. liegt vor, wenn der Vertreter beim Vertragsabschluss selbst als die andere Partei auftritt.

B wird sowohl als Veräußerin als auch als Stellvertreterin der T auf Erwerberseite tätig. Es handelt sich folglich um ein Insichgeschäft. Zwar vertritt B die T nicht allein. Wenn aber nur ein Elternteil nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB von der Stellvertretung ausgeschlossen ist, dann folgt daraus weiter, dass die Stellvertretung durch beide Elternteile insoweit schlechthin ausgeschlossen ist.⁷⁶

bb) Insichgeschäft zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB

Der gesetzliche Vertreter darf ein Insichgeschäft gem. § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB jedoch vornehmen, wenn es der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient. Somit ist die Übereignung des Grundstücks an T auch als Insichgeschäft wirksam, wenn B gegenüber T gem. § 518 Abs. 1 BGB wirksam zur Übereignung des Grundstücks verpflichtet war.

(1) An sich

Zustandekommen eines wirksamen Schenkungsvertrags setzt wiederum voraus, dass A und B die T bei der entsprechenden Einigung wirksam vertreten haben gem. §§ 164 ff. BGB. Ein Insichgeschäft liegt auch hier vor, denn B wird sowohl als Versprechende als auch als Vertreterin der T, die das Versprechen annimmt, tätig. Weder hat ein Ergänzungspfleger dieses Geschäft gestattet noch handelt B – auf der schuldrechtlichen Ebene – in Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber T.

⁷⁴ BGH, NJW 1983, 1780, 1781.

⁷⁵ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 33 Rn. 19.

⁷⁶ MünchKomm/Huber, BGB (7. Aufl. 2017), § 1629 Rn. 42.

Die Übereignung des Grundstücks ist danach an sich kein gem. § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB zulässiges Insichgeschäft.

(2) Schenkungsversprechen als lediglich rechtlich vorteilhaftes Insichgeschäft

Doch ist das Schenkungsversprechen dennoch wirksam, wenn es sich um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft handelt und § 181 BGB über seinen Wortlaut hinaus solche Geschäfte gestattet. Dann hätte B eine Verbindlichkeit gegenüber T begründet. Das dingliche Erfüllungsgeschäft wäre ihr dann ebenso gestattet, ohne dass § 181 BGB entgegenstünde.

(a) Die teleologische Reduktion des § 181 BGB

- Die h.M. reduziert § 181 BGB teleologisch dahingehend, dass das lediglich rechtlich vorteilhafte Insichgeschäft gestattet ist.⁷⁷
- Argument: § 181 BGB ist eine abstrakte Gefährdungsnorm, die eine Stellvertretung dann unterbinden soll, wenn der Stellvertreter auf beiden des Geschäfts tätig wird und so seine eigenen Interessen mit denjenigen des Vertretenen zu kollidieren drohen. Eine solche Kollisionsgefahr besteht aber dann von vornherein und abstrakt-generell nicht, wenn das Geschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Für T ist das Schenkungsversprechen von B dann lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn dieses unmittelbar weder Rechte für T begründet noch bestehende Rechte von T unmittelbar aufhebt oder beschränkt.

(b) Unmittelbar durch die Schenkung bewirkte rechtliche Nachteile?

- §§ 528, 530 BGB verpflichten T u.U. zur Rückgabe des Grundstücks. Das ist aber schon deshalb keine unmittelbar aus dem Schenkungsvertrag resultierende Pflicht, weil die Rückgabe nach §§ 528, 530 BGB erst dann eine Rolle spielen kann, wenn der Schenkungsvertrag auf der dinglichen Ebene vollzogen wurde.
- Ähnlich verhält es sich mit der Sicherungsgrundschuld, die auf dem Grundstück lastet, und dem Mietvertrag mit Z. Beides betrifft T erst dann, wenn sie Eigentümerin des Grundstücks wurde. Das geschieht aber erst auf der dinglichen Ebene nach Maßgabe der §§ 873, 925 BGB. Auch wird der Beschenkte allein durch den Abschluss des Schenkungsvertrags nicht zum Steuerschuldner der Grundsteuer nach § 10 GrStG.
- Anders liegt es freilich bei der Grunderwerbssteuer. Diese knüpft gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG an das Entstehen des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs für das Entstehen der Steuerschuld an. Dennoch wird bei dieser öffentlichen

⁷⁷ BGH, NJW 1972, 2262, 2263; 1985, 2407; NJW-RR 2004, 120; BeckOK/Valentini, BGB (41. Ed. 2016), § 181 Rn. 19; Staudinger/Schilken, BGB (2014), § 181 Rn. 32; Feller, DNotZ 1989, 66, 67; Fröhler, BWNtZ 2006, 97, 104; Kölmel, RNotZ 2010, 618 Fn. 4.

Abgabenlast ein rechtlicher Nachteil verneint. Die Grunderwerbssteuer könne nämlich – insoweit den laufenden Abgabenlasten vergleichbar – aus den laufenden Erträgen des Grundstücks geleistet werden und könne daher das Vermögen des Pflichtigen im Übrigen nicht schmälern („ausschließlich lukratives Geschäft“).⁷⁸

Danach ist die Schenkung lediglich rechtlich vorteilhaft. A und B können sie als Gesamtvertreter der T abschließen, ohne dass § 181 BGB entgegenstünde. Damit ist eine Verbindlichkeit der B gegenüber T i.S.d. § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB begründet. Folglich können A und B ungeachtet der §§ 181, 1795 Abs. 2, 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB die Übereignung des Grundstücks an T durch Insichgeschäft wirksam vornehmen.

cc) Der daraus resultierende Wertungswiderspruch

Nach der Wertung der §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181, 107 BGB soll der gesetzliche Vertreter keine rechtlich nachteiligen Insichgeschäfte zu Lasten des Minderjährigen schließen dürfen. Die Übereignung des Grundstücks von B an T ist aber jedenfalls deshalb rechtlich nachteilig, weil T gem. § 566 Abs. 1 BGB dadurch unmittelbar mit den mietvertraglichen Pflichten gegenüber M belastet wird.

Als Gebot des Minderjährigenschutzes sollte der gesetzliche Vertreter dieses Geschäft weder als Insichgeschäft tätigen noch als gesetzlicher Vertreter in ein solches Geschäft einwilligen dürfen. Diese Wertung wird nun für den Fall der Schenkung des gesetzlichen Vertreters unterlaufen.

dd) Die Auflösung dieses Wertungswiderspruchs

Einigkeit herrscht dabei im Ergebnis:⁷⁹ Der Gedanke des Minderjährigenschutzes ist eine zentrale Wertentscheidung des Bürgerlichen Rechts. Er muss auch bei Schenkungen seiner gesetzlichen Vertreter effektiv eingreifen. Fraglich ist die dogmatische Konstruktion:

(1) Früher: Gesamtbetrachtungslehre

- Die Frage des rechtlichen Nachteils einer Schenkung des gesetzlichen Vertreters ist aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrags heraus zu beurteilen.⁸⁰
- Wenn das dingliche Vollzugsgeschäft unmittelbar rechtliche Nachteile für den Minderjährigen bringt, dann kann der gesetzliche Vertreter auf der schuldrechtlichen

⁷⁸ BGH, NJW 2005, 415, 418; Staudinger/Knothe, BGB (2011), § 107 Rn. 12; i. Erg. auch Jauernig/Mansel, BGB (16. Aufl. 2015), § 107 Rn. 5: wegen Geringfügigkeit vernachlässigbar.

⁷⁹ BGHZ 78, 28, 34.

⁸⁰ BGHZ 78, 28, 35; BayObLG, DNotZ 1998, 505, 506; 1999, 589, 591; FGPrax 2004, 123; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290; OLG Köln, RNotZ 2003, 515, 517; Stutz, MittRhNotK 1993, 205, 210.

Ebene die entsprechende Verbindlichkeit nicht mehr unter Befreiung von § 181 BGB durch Insichgeschäft begründen.

Aber abzulehnen wegen Verstoßes gegen das Trennungsprinzip.

(2) Die teleologische Reduktion des § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB

Richtig ist es deshalb, mit der heute h.M. direkt auf der dinglichen Ebene anzusetzen.⁸¹

- Wendet man § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB dort unmittelbar an, dann ist die Verfügung durch Insichgeschäft zulässig, wenn die Verfügung in Erfüllung einer Verbindlichkeit des gesetzlichen Vertreters gegenüber dem Minderjährigen besteht.
- Diese Ausnahme vom Verbot des Insichgeschäfts beruht auf der Annahme, dass bei der bloßen Erfüllung einer Verbindlichkeit die Interessen zwischen dem verfügenden Schuldner und dem Gläubiger nicht kollidieren können.⁸²
- Diese Annahme ist aber dort abstrakt-generell widerlegt, wo Gläubiger und Schuldner ein Minderjähriger bzw. sein gesetzlicher Vertreter sind und das Erfüllungsgeschäft über den Erfüllungserfolg hinaus rechtliche Nachteile für den Minderjährigen mit sich bringt.⁸³
- Ist die dem § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB zugrunde liegende Annahme aber widerlegt, kann der gesetzliche Vertreter auf der dinglichen Ebene in teleologischer Reduktion des § 181 Hs. 2 Alt. 1 BGB kein Insichgeschäft zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit mehr vornehmen.

Hier ist die Übereignung des Grundstücks für die minderjährige T deshalb rechtlich nachteilig, weil sie gem. § 566 BGB als unmittelbare Folge des Eigentumserwerbs Pflichten aus § 535 BGB gegenüber Z treffen. A und B mögen als gesetzliche Vertreter zwar das Schenkungsversprechen von B gegenüber T durch Insichgeschäft wirksam begründen können. Wegen der drohenden Interessenkollision kann B jedoch diese Verpflichtung in teleologischer Reduktion des § 181 BGB nicht durch Insichgeschäft erfüllen.

B. Ergebnis

A und B handelten als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Gem. § 177 Abs. 1 BGB ist ihre Vertretererklärung danach schwebend unwirksam. T ist nicht Eigentümerin des Grundstücks geworden.

⁸¹ BGHZ 162, 137, 142; 187, 119, 121.

⁸² BGHZ 162, 137, 143.

⁸³ BGHZ 162, 137, 143.

§ 16 Die nichteheliche Lebensgemeinschaft

A. Einleitung

I. Arten einvernehmlichen Zusammenlebens

Menschen entschließen sich, in unterschiedlichen Varianten zusammenzuleben:

- Pol 1: Die eheliche Lebensgemeinschaft, also die grundsätzlich auf Lebenszeit angelegte Intimgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau. Sie ist geregelt durch das gesamte Eherecht. Entsprechendes gilt für Lebenspartnerschaft.
- Pol 2: Die sog. Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft (WG). Hier teilen die Mitglieder lediglich den äußeren Rahmen ihres Zusammenlebens. Im Verhältnis zur Ehe fehlt es am Austausch von Intimitäten, am Versprechen auf Lebenszeit und an der umfassenden gesetzlichen Regelung. Es gibt keine, auch keine teilweise gesetzliche Sonderregelung. Es läuft alles nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln.
- Dazwischen: Die sog. nichteheliche Lebensgemeinschaft. Die Mitglieder leben hier in einer Intimgemeinschaft. Das unterscheidet sie von der Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft und macht sie in gewisser Weise eheähnlich. Sie ist aber nicht auf Lebenszeit versprochen. Es gibt hierfür weder eine umfassende gesetzliche Regelung wie in §§ 1353 ff. BGB noch auch nur partielle Sonderbestimmungen.

II. Rechtliche Reaktion auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft

1. Denkbar: Umfassende Analogie zu den Bestimmungen über die Ehe

a) Dafür spricht:

- Es handelt sich um eine Intim- und nicht lediglich eine Zweckgemeinschaft.
- Das macht die Eheähnlichkeit hinreichend groß, um eine vollständige Analogie jedenfalls in Bezug auf die bestehende eheliche Lebensgemeinschaft zu rechtfertigen.

b) Aber abzulehnen:

- Der Verzicht der Partner auf das institutionalisierte Zusammenleben in Form der Ehe ist zu respektieren.
- Eine Gesamtanalogie zu den Bestimmungen über die eheliche Lebensgemeinschaft würde daher sowohl gegen deren Privatautonomie als auch gegen deren Allgemeines Persönlichkeitsrecht verstoßen.
- Die Ehe genießt den besonderen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG. Dieser würde missachtet, wenn man §§ 1353 ff. BGB umfassend analog auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anwandte.

2. Denkbar: Rechtlich ignorieren

a) Dafür spricht:

- Die Beteiligten entscheiden sich gegen die Ehe.

- Die Art ihres Zusammenlebens als Intimgemeinschaft wird von der Rechtsordnung nicht erfasst.
- Rechtlich sind sie nichts anderes als eine Haushalts- und Bedarfsgemeinschaft.

b) Aber abzulehnen:

- Intimgemeinschaft bedeutet auch eine gewisse Vergemeinschaftung der Bedarfe. Während des Zusammenlebens wirtschaftet nicht jeder weiter vollständig auf eigene Rechnung.
- Dieser Unterschied zur bloßen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft ist wichtig.
- Behandelte man die nichteheliche Lebensgemeinschaft dennoch wie eine bloße Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft, würde man wesentlich Ungleiches gleich behandeln.
- Dies wäre ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

3. Richtig: Differenzierende Lösung

- Es ist im Einzelfall zu betrachten, ob eine eherechtliche Vorschrift auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft übertragen werden darf.
- Im Übrigen ist den Besonderheiten der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gegenüber der bloßen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft durch Auslegung und Fortbildung des allgemeinen bürgerlichen Rechts Rechnung zu tragen.

IV. Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

- Da die nichteheliche Lebensgemeinschaft somit andere Rechtsfolgen auslöst als die bloße Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft, wird eine Definition erforderlich.
- Sie lautet:⁸⁴ „Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“
- Die Problembereiche betreffen weitgehend diejenigen der allgemeinen Ehwirkungen, also: Beitragsleistung, Haftungs- und vermögensrechtliche Zuordnungsfragen. Es kommen einige Besonderheiten bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinzu. Hier bestehen im Ergebnis einige Parallelen zu den nebengüterrechtlichen Regelungen des Eherechts.

⁸⁴ BVerfGE 87, 234, 264; *Dethloff*, Familienrecht (31. Aufl. 2015), § 8 Rn. 3; *Staudinger/Löhnig*, BGB (2015), Anhang zu §§ 1297 ff. Rn. 13; *Wellenhofer*, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 27 Rn. 2; *Muscheler*, Familienrecht (3. Aufl. 2014), Rn. 490.

B. Die Beitragsleistung in der bestehenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Fall 40 („Alsterwasser II“):

Franca aus Hamburg ist berufstätig und lernt im Urlaub Mirko aus Frankfurt kennen. Nachdem er einen Job in Hamburg gefunden hat, zieht M in F's Wohnung in Harvestehude. Über die interne Verteilung der Mietkosten sprechen sie nicht. F geht selbstverständlich davon aus, dass M sich hälftig beteiligen werde. M legt seinerseits als selbstverständlich zugrunde, dass er sich an den Kosten nicht beteiligen müsse. Nach zwei Monaten kommt es über diese Kostenfrage zum Streit. Kann Franca von Mirko

- a) Anteilige Mietübernahme für die vergangenen zwei Monate verlangen?
- b) die hälftige Beteiligung an den Mietkosten für die Zukunft verlangen?

I. Anspruch aus § 1360 Satz 1 BGB analog

Konkrete vertragliche Abreden über die Verteilung der Mietkosten im Innenverhältnis haben F und M nicht getroffen. In Betracht kommt zunächst ein Anspruch aus § 1360 Satz 1 BGB analog. Aber abzulehnen:

- Die Unterhaltungspflicht gem. § 1360 Satz 1 BGB ist Folge der gesteigerten Solidaritätspflichten der Eheleute, die sich aus der rechtlichen Verbindlichkeit und Institutionalisierung der Ehe ergibt.
- § 1360 Satz 1 BGB ist daher ehespezifisches Sonderrecht und auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht entsprechend anwendbar.
- I.Ü.: Wäre § 1360 Satz 1 BGB entsprechend anwendbar, folgten daraus noch immer keine konkreten Zahlungsansprüche (Grundsatz der staatlichen Nichteinmischung).

II. Anspruch aus Zusammenlebensvertrag

Aber: M und F könnten einen Zusammenlebensvertrag geschlossen haben, dessen Regelungen M zur Übernahme des hälftigen Mietzinses ab dem Zeitpunkt des Zusammenlebens verpflichten.

1. Ausdrücklicher Vertragsschluss

Zwar sind solche Verträge möglich und werden – ausgesprochen selten – auch geschlossen. Hier aber kein solcher Fall.

2. Konkludent geschlossener Zusammenlebensvertrag?

a) Denkbar:

M und F könnten einen Vertrag dieses Inhalts konkludent dadurch geschlossen haben, dass sie das Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufgenommen haben.⁸⁵

⁸⁵

Roth-Stielow, JR 1978, 233, 234.

b) Aber abzulehnen:⁸⁶

- Die Behauptung eines konkludent geschlossenen Zusammenlebensvertrags ist bloße Fiktion. Tatsächlich tun die Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch den Verzicht auf die Eheschließung kund, dass sie eine umfassende rechtliche Regelung ihrer Angelegenheiten gerade nicht wollen.⁸⁷
- I.Ü. ist völlig unklar, wie jede einzelne aus einem solchen Vertrag abgeleitete Pflicht auf den Willen im Zeitpunkt des Entschlusses über das Zusammenleben zurückbezogen werden sollte.⁸⁸

III. Konkludente Einigung über interne Kostenbeteiligung durch Gewährung und Inanspruchnahme von Zuwendungen?

1. Schließlich denkbar:

- M und F könnten sich rechtsgeschäftlich gem. §§ 145, 147 BGB und wirksam darüber geeinigt haben, dass M sich an den Mietkosten für die gemeinsame Wohnung zur Hälfte beteilige. Zu qualifizieren wäre dieses Geschäft womöglich als unentgeltliche Geschäftsbesorgung oder als Innen-GbR.
- Als Angebot und Annahme kommen die Gewährung und Inanspruchnahme einer Zuwendung in Betracht. Die Zuwendung liegt hier in der Überlassung von Wohnraum von F an M.
- Das setzt voraus, dass dem Verhalten von M und F gem. §§ 133, 157 BGB ein entsprechender Rechtsbindungswille zu entnehmen ist. Maßgeblich ist der objektive Empfängerhorizont.

2. Dafür spricht:

- Bedeutung für den Empfänger der Zuwendung „Wohnraum“.
- Finanzieller Umfang der Zuwendung.
- In der Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft wäre es kaum vorstellbar, dass der Hinzuziehende keinen internen Ausgleich schulden soll.

3. Aber abzulehnen („Grundsatz der Nichtausgleichung“):

Aber: In entsprechender Anwendung der Grundsätze über die ehebedingte Zuwendung ist dies abzulehnen:

- Leistungen, die ein Partner während des Zusammenlebens und mit Rücksicht auf die Partnerschaft sowie die gemeinschaftliche Lebensführung erbringt, sind nicht auszugleichen

⁸⁶ Dagegen etwa MünchKomm/Wellenhofer, BGB (7. Aufl. 2017), nach § 1302 Rn. 33; dies., Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 27 Rn. 7; Muscheler, Familienrecht (2. Aufl. 2012), Rn. 501; Sandweg, BWNotZ 1990, 49, 56 f.; Freiherr von Proff zu Irnich, RNotZ 2008, 313, 315.

⁸⁷ MünchKomm/Wellenhofer, BGB (7. Aufl. 2017), nach § 1302 Rn. 33.

⁸⁸ MünchKomm/Wellenhofer, BGB (7. Aufl. 2017), nach § 1302 Rn. 33.

(„Grundsatz der Nichtausgleichung“).⁸⁹ Für lediglich konkludent geschlossene anderweitige Verabredungen ist dabei regelmäßig kein Raum.

- Innerhalb der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen beim Handeln der Beteiligten die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass mangels konkreter anderweitiger Abrede persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht gegeneinander aufgerechnet werden.⁹⁰
- Wenn in Gemeinschaften mit enger persönlicher Beziehung Leistungen im gemeinsamen Interesse erbracht werden, dann ist der Gedanke fernliegend, dass der andere auch ohne eine konkrete vertragliche Vereinbarung von Rechts wegen ausgleichspflichtig ist.⁹¹

IV. Anspruch aus §§ 670, 677, 683 Satz 1 BGB

Mangels vertraglicher Abrede zwischen M und F kann sich ein Anspruch nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 670, 677, 683 Satz 1 BGB ergeben.

1. Geschäftsbesorgung

Der Begriff der Geschäftsbesorgung ist denkbar weit zu verstehen und erfasst jedes tatsächliche und rechtliche Tätigwerden. Danach ist die Überlassung von Wohnraum an den Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Geschäftsbesorgung i.S.d. § 677 BGB.

2. Für einen anderen

Das Handeln für einen anderen erfordert Fremdgeschäftsführungswillen.

- Dieser liegt in dem Bewusstsein und dem Willen, das Geschäft im Interesse eines anderen zu besorgen.⁹²
- Danach fehlt der Fremdgeschäftsführungswille bei Zuwendungen mit Bezug zur Lebensgemeinschaft. Die Leistung erfolgt hier erkennbar nicht mit Rücksicht auf individuell abgrenzbare Interessen des anderen Partners, sondern im Hinblick auf die gemeinschaftliche Lebensführung.

V. Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB

1. Etwas erlangt

Erlangt hat M den Wohnraum auf Zeit.

⁸⁹ BGHZ 77, 55, 58; BGH NJW 2010, 868, 869; MünchKomm/Wellenhofer, BGB (7. Aufl. 2017), nach § 1302 Rn. 87; Staudinger/Löhnig, BGB (2015), Anhang zu §§ 1297 ff. Rn. 66; Dethloff, Familienrecht (30. Aufl. 2012), § 8 Rn. 18; Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 28 Rn. 19; Muscheler, Familienrecht (3. Aufl. 2014), Rn. 501.

⁹⁰ BGHZ 77, 55, 58.

⁹¹ BGHZ 77, 55, 59.

⁹² Palandt/Sprau, BGB (76. Aufl. 2017), § 677 Rn. 3.

2. Nicht durch Leistung

- Nach gängiger Definition darf das erlangte Etwas nicht Gegenstand einer vorrangigen Leistungsbeziehung sein. Leistung ist dabei die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.
- Danach handelte F zwar weder zu dem Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit noch der Schaffung eines Rechtsgrundes zum Behaltendürfen.⁹³
- Eine rechtsgrundlose Zuwendung, die den Weg in die Nichtleistungskondition nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ebnet, liegt dennoch nicht vor. Denn wenn die Zuwendung mit Rücksicht auf die gemeinsame Lebensführung erfolgt, dann folgt daraus jedenfalls ein rechtlicher Grund.⁹⁴ Da die Lebensgemeinschaft sich in den fraglichen zwei Monaten in der Wohnung in Harvestehude vollzog, ist dieser Rechtsgrund auch nicht entfallen.

F hat keinen Anspruch auf hälftige Mietkostenbeteiligung des M für die vergangenen zwei Monate. Auch für die Zukunft kann F von M nur dann eine Kostenbeteiligung verlangen, wenn sie sich dahingehend gesondert einigen.

C. Vermögens- und Besitzverhältnisse in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Besitzverhältnisse

- Die Besitzverhältnisse in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft beurteilen sich nach den allgemeinen Regeln. Da auch in der ehelichen Lebensgemeinschaft die entsprechenden allgemeinen Ehwirkungen allein aus der Auslegung allgemeiner Regeln folgen, ergeben sich hier identische Ergebnisse.
- An der gemeinschaftlichen Wohnung haben die Partner der Lebensgemeinschaft Mitbesitz.⁹⁵ Gleiches gilt für die dort befindlichen beweglichen Sachen,⁹⁶ es sei denn, diese sind dem persönlichen Gebrauch eines der beiden gewidmet.⁹⁷
- Das Recht zum Mitbesitz endet in dem Moment, in dem die nichteheliche Lebensgemeinschaft endet.⁹⁸

⁹³ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 28 Rn. 20; alternativ lässt sich auch mit § 814 BGB arbeiten.

⁹⁴ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 28 Rn. 20.

⁹⁵ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 27 Rn. 12.

⁹⁶ Dethloff, Familienrecht (31. Aufl. 2015), § 8 Rn. 11; Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 27 Rn. 12; Muscheler, Familienrecht (3. Aufl. 2014), Rn. 495.

⁹⁷ Schulze/Schulte-Nölke, BGB (9. Aufl. 2017), § 866 Rn. 2.

⁹⁸ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 27 Rn. 12.

II. Bestandseigentum

Die Gründung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ändert nichts an der bestehenden Vermögenszuordnung: Jeder Partner der Lebensgemeinschaft bleibt Eigentümer der ihm gehörenden Sachen und Inhaber der ihm zugeordneten Rechte.⁹⁹

III. Eigentumserwerb während des Bestehens der Lebensgemeinschaft

Der Eigentumserwerb in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vollzieht sich nach allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln. Die Besonderheiten der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Hier ergeben sich keine Unterschiede zum Eigentumserwerb in der ehelichen Lebensgemeinschaft.

Fall 41 („Car Sharing“):

Franca und Mirko leben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. F bestellt bei einem Händler ein gebrauchtes Kfz. F holt das Fahrzeug dort allein ab und entrichtet den geschuldeten Kaufpreis in bar. Ausdrückliche Abreden über die Identität der Vertragspartei gibt es nicht. Sowohl der Kfz-Schein als auch der Kfz-Brief lauten auf ihren Namen. Die Finanzmittel zum Erwerb des Fahrzeugs bringen F und M gemeinsam auf, und zwar im Verhältnis 67% (F) zu 33% (M). Beide nutzen und unterhalten das Fahrzeug gemeinschaftlich im Verhältnis 50:50.

Als die Beziehung scheitert, verlangt M die Teilung der Eigentümergemeinschaft an dem Kfz gem. §§ 753 Abs. 1 Satz 1, 749 Abs. 1 BGB. Zu Recht?

M kann von F Teilung durch Verkauf nur dann verlangen, wenn beide Miteigentümer des Kfz sind und eine Teilung in Natur ausgeschlossen ist. An sich spricht die Vermutung des § 1006 Abs. 1, Abs. 2 BGB hier für das Miteigentum beider. Jedoch könnte diese Vermutung widerlegt sein.

1. Ursprüngliche Eigentumslage

Ursprünglich war der Händler Eigentümer des Kfz.

2. Eigentumserwerb der F gem. § 929 Satz 1 BGB?

Jedoch könnte F von dem Händler Alleineigentum an dem Kfz gem. § 929 Satz 1 BGB erworben haben.

a) Dingliche Einigung

F und der Händler müssen sich geeinigt haben, dass F Eigentümerin des Fahrzeugs werden sollte. Problem: Eine ausdrückliche Abrede darüber, wer die Parteien des Rechtsgeschäfts werden sollen, haben sie nicht getroffen.

⁹⁹

Muscheler, Familienrecht (3. Aufl. 2014), Rn. 495.

aa) Für F spricht:

- F hat das Fahrzeug bestellt. Sie hat es in Empfang genommen und selbst bezahlt.
- Wer außer F sollte gem. §§ 133, 157 BGB im Tatbestand der Willenserklärungen auf der Erwerberseite erscheinen?

bb) Aber denkbar:

- Da M und F in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebten, könnte F nach den Regeln über das verdeckte Geschäft für den, den es angeht, auch im Namen des M gehandelt haben. Die Folge wäre Miteigentumserwerb von M und F.
- Da beim verdeckten Geschäft für den, den es angeht, die Person des etwaigen Geschäftsherrn definitionsgemäß unerwähnt bleibt, beurteilt sich das Handeln in fremdem Namen dort nach dem inneren Willen des unmittelbar rechtsgeschäftlich Handelnden. Hier kommt es also auf den Erwerberwillen der F im maßgeblichen Zeitpunkt der Einigung an.
- Dieser ist nicht direkt feststellbar. Zurückzugreifen ist daher auf Indizien. Dient der Gegenstand des Geschäfts der gemeinsamen Lebensführung, so gilt in der ehelichen Lebensgemeinschaft eine Vermutung für den Willen zum Erwerb von Miteigentum.
- Diese Vermutungswirkung ist in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wesentlich schwächer ausgeprägt. Hier spricht allenfalls die Mitfinanzierung des Kfz durch M dafür, dass auch er Eigentümer werden sollte. Entscheidend für den Erwerberwillen der F allein zu ihren eigenen Gunsten spricht aber, dass nur sie allein gegenüber dem Händler in allen Phasen des Geschäfts aufgetreten ist.¹⁰⁰

IV. Die Anwendbarkeit des § 1362 BGB in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

1. Der Effekt des § 1362 BGB i.V.m. § 739 ZPO

- §§ 1362 BGB, 739 ZPO fingieren den Alleingewahrsam des Ehegatten, den der Vollstreckungstitel als Schuldner ausweist.
- Ohne §§ 1362 BGB, 739 ZPO könnte in das bewegliche Vermögen eines Ehegatten nur mit großer Mühe vollstreckt werden, weil beide Ehegatten an sämtlichen beweglichen Sachen in der Ehewohnung Mitbesitz haben.
- §§ 1362 BGB, 739 ZPO privilegieren damit den Gläubiger eines Ehegatten.

2. Analoge Anwendung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft?

Fraglich ist, ob § 1362 BGB (und damit zugleich § 739 ZPO) analog auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anzuwenden ist.

¹⁰⁰

S. LG Mühlhausen BeckRS 2008, 12606.

a) Dafür spricht:

- § 1362 BGB ist eine ehefeindliche Norm und deshalb keine Ausprägung des besonderen Eheschutzes gem. § Art. 6 Abs. 1 GG.¹⁰¹
- Die analoge Anwendung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist deshalb nicht nur zulässig, sondern geboten. Andernfalls steht der Gläubiger eines Ehegatten in der Vollstreckung besser als der Gläubiger des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Dieses Ergebnis bedeutete wiederum einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG.

b) Aber abzulehnen:

- Für den Analogieschluss fehlt bereits die erforderliche planwidrige Regelungslücke.¹⁰² So wurde etwa im Jahr 1997 der Vorschlag abgelehnt, das Vollstreckungsrecht durch Gesetzesänderung im Hinblick auf nichteheliche Lebensgemeinschaften an die rechtliche Situation der Ehe anzupassen.¹⁰³
- Art. 6 Abs. 1 GG gebietet nicht, § 1362 BGB auch in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft anzuwenden. Die Ungleichbehandlung kann nämlich auch durch Nichtanwendung des § 1362 BGB in der Ehe vermieden werden.¹⁰⁴

D. Haftungsfragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Analoge Anwendung des § 1357 BGB?

- § 1357 Abs. 1 BGB ermächtigt die beiden Ehegatten, einander wechselseitig schuldrechtlich mitzuverpflichten, soweit es um Geschäfte zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs geht.
- Wegen des Bezugs auf die Deckung des Lebensbedarfs steht § 1357 BGB in engem Zusammenhang mit § 1360 BGB.
- Ebenso wie § 1360 ist § 1357 BGB danach eine ehespezifische Norm. Eine analoge Anwendung auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft scheidet aus.¹⁰⁵

¹⁰¹ Dethloff, Familienrecht (31. Aufl. 2015), § 8 Rn. 15; i. Erg. auch Staudinger/Löhnig, BGB (2015), Anhang nach §§ 1297 ff. Rn. 267.

¹⁰² BGHZ 170, 187 Tz. 14; i. Erg. auch Jauernig/Budzikiewicz, BGB (16. Aufl. 2015), § 1362 Rn. 2; BeckOK/Beutler, BGB (41. Ed. 2016), § 1362 Rn. 7; Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 27 Rn. 11.

¹⁰³ BGHZ 170, 187 Rn. 17.

¹⁰⁴ BGHZ 170, 187 Rn. 23.

¹⁰⁵ Das entspricht der deutlich h.M. siehe etwa Staudinger/Voppel, BGB (2012), § 1357 Rn. 25; Dethloff, Familienrecht (30. Aufl. 2012), § 8 Rn. 9; Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 27 Rn. 8; Grziwotz, MDR 1999, 709, 714.

II. Analoge Anwendung des § 1359 BGB?

- § 1357 BGB reduziert den Verschuldensmaßstab im Haftungsverhältnis zwischen den Ehegatten. Sie müssen im Verhältnis zueinander lediglich die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beachten.
- Dieser Vorschrift liegt ein allgemeiner Rechtsgedanke zugrunde. Sie findet sich auch in anderen personenrechtlichen Näheverhältnissen, die freiwillig begründet werden oder sich schicklichsalhaft ergeben. Namentlich geht es um die Haftung in Personengesellschaften gem. § 708 BGB und die Haftung der Eltern gegenüber dem Kind gem. § 1664 BGB.
- Demnach ist § 1359 BGB kein spezifisches Eherecht und analog auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendbar.

E. Die Abwicklung der beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Grundregeln

- Eine umfassende Auseinandersetzungsregelung wie den Zugewinnausgleich beim gesetzlichen Güterstand gibt es nicht. Selbstredend sind §§ 1363 ff. BGB auch nicht analog auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendbar.
- Im Prinzip setzt sich der Grundsatz der Nichtausgleichung auch nach dem Ende der nichtehelichen Lebensgemeinschaft fort. Was während dem Bestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Rücksicht auf die gemeinsame Lebensführung zugewandt wurde, kann von vornherein nur dort ausgeglichen oder zurückgewährt werden, wo es der Höhe oder dem Umfang nach dasjenige übersteigt, was üblicherweise zum Bestreiten der Lebensgemeinschaft erforderlich ist.¹⁰⁶
- Es gelten dieselben Grundsätze wie bei der nebengüterrechtlichen Abwicklung der geschiedenen Ehe im Fall der Gütertrennung. Als Grundlagen eines Ausgleichsanspruchs kommen § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB oder § 313 BGB in Betracht.

II. Anspruch aus § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB

- Konstellationen: Ein Ausgleichsanspruch gem. § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn es um die gemeinsame Schaffung von Vermögenswerten geht (Immobilien, Unternehmen). Voraussetzung ist, dass das Vermögensgut im Außenverhältnis allein einem der beiden Partner zugeordnet ist. Im Verhältnis der beiden zueinander muss in Bezug auf den Vermögensgegenstand eine Innen-GbR bestehen.
- Voraussetzung ist die wenigstens stillschweigende Übereinkunft, durch den Einsatz von Vermögen und Arbeitsleistungen gemeinsam einen wirtschaftlichen Wert zu schaffen.¹⁰⁷ Dieser

¹⁰⁶ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 28 Rn. 3.

¹⁰⁷ BGHZ 165, 1, 6; 183, 242, 249.

Wert soll nach übereinstimmender Vorstellung nicht nur beiden zugutekommen, sondern ihnen auch gemeinsam gehören.¹⁰⁸

- Voraussetzung sind wesentliche Beiträge.¹⁰⁹ Diese Beiträge müssen funktionell gleichwertig sein.¹¹⁰ Das ist nicht der Fall, wenn die Tätigkeit eines Partners weisungsgebunden und hierarchisch untergeordnet ist.¹¹¹

III. Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Satz 2 Alt 2 („*condictio ob rem*“)

- Wo die gemeinschaftliche Wertschöpfung fehlt, ist ein Rückgewähranspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB denkbar.
- Erforderlich ist eine Zuwendung aus dem Vermögen des einen Partners in das Vermögen des anderen, die deutlich über das hinausgeht, was die Lebensgemeinschaft Tag für Tag benötigt.¹¹²
- Dem Grunde nach entsteht die Rückgewährpflicht bei dieser Kondiktion dadurch, dass der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eintritt. In Betracht kommt die Zuwendung in der Erwartung an dem zugewandten Gegenstand auch in Zukunft teilhaben zu können, weil der Zuwendende auf den Bestand der Lebensgemeinschaft vertraut. Scheitert die Beziehung, geht diese Erwartung ins Leere.
- Für die Zwecksetzung genügen jedoch nicht einseitige Erwartungen des Zuwendenden. Vielmehr muss eine bestimmte Zwecksetzung zwischen dem Zuwendenden und dem Empfänger vereinbart sein.¹¹³ Jedoch reicht es aus, wenn der Empfänger die Erwartung des Zuwendenden erkennt und die Zuwendung in dieser Kenntnis entgegennimmt.¹¹⁴

IV. Anspruch aus §§ 346, 313 BGB

Wo der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB scheitert, etwa weil sich eine Zweckvereinbarung nicht feststellen lässt, bleibt als letztes Ausgleichsinstrument aus Billigkeitsgründen §§ 313, 346 BGB.

¹⁰⁸ BGHZ 183, 242, 249.

¹⁰⁹ OLG Bremen NJW-RR 2013, 197 Ls.

¹¹⁰ BGHZ 165, 1, 7.

¹¹¹ Wellenhofer, Familienrecht (3. Aufl. 2014), § 28 Rn. 12.

¹¹² BGHZ 183, 242, 250.

¹¹³ BGHZ 183, 242, 252.

¹¹⁴ BGHZ 183, 242, 252.