

# **Familienrecht**

**Ehe  
Verwandtschaft  
Vormundschaft  
Betreuung/Pflegschaft**

**von**

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**1. Auflage 2012**

## Vorwort

Die vorliegende Bearbeitung befasst sich mit dem Familienrecht, d.h. mit den Regelungen über die **Ehe**, die **Verwandtschaft**, die **Vormundschaft**, die **Betreuung** und die **Pflegschaft**.

Zwar dürften reine familienrechtliche Klausuren im ersten juristischen Staatsexamen eher die Ausnahme darstellen, da das Familienrecht jedoch zum **Pflichtstoff aller Ausbildungs- und Prüfungsordnungen** der Länder zählt, sind jedenfalls Grundkenntnisse auf diesem Gebiet unabdingbar. Wird daher Familienrecht zum Gegenstand von Klausuren gewählt, stehen oft schuld- oder sachenrechtliche Probleme dahinter, die mit familienrechtlichen Problemen angereichert werden. Auch sind Verknüpfungen mit dem Allgemeinen Teil des BGB häufig anzutreffen. Dies wird am Beispiel der sog. Schlüsselgewalt nach § 1357 BGB virulent. Diese Regelung beinhaltet das Recht eines Ehegatten, Rechtsgeschäfte, die zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie erforderlich sind, mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten abzuschließen. Diese Regelung kann in einer Fallbearbeitung deshalb auf mannigfaltige Weise relevant werden, weil sie Verknüpfungen insbesondere zum Minderjährigenrecht, Stellvertretungsrecht, Gesellschaftsrecht und zum Recht der Gesamtschuldverhältnisse herstellt.

Folgerichtig legt der Verfasser dieses Buches großen Wert auf die Verknüpfung des Familienrechts zu den anderen Gebieten des BGB. Dabei hat sich der Verfasser zum Ziel gesetzt, den Stoff so aufzubereiten, dass die Darstellung den Anforderungen, die an einen Leistungsnachweis gestellt werden, gerecht wird. Gleichzeitig soll sie – trotz der Komplexität der Materie – den Bedürfnissen des studentischen Lesers gerecht werden und zu einem umfassenden Verständnis des Familienrechts führen. Zur Konkretisierung und Veranschaulichung werden zahlreiche Beispielfälle mit Lösungsvorschlägen formuliert.

Zusammenfassungen, Prüfungsschemata, hervorgehobene Lerndefinitionen und Klausurhinweise runden die Darstellung ab und erleichtern die Prüfungsvorbereitung erheblich.

Mein Mitarbeiter, Herr Marc Bieber, hat zuverlässig Korrektur gelesen. Dafür danke ich ihm sehr herzlich.

Die Bearbeitung befindet sich auf dem Stand von Dezember 2011. Kritik und Verbesserungsvorschläge sind willkommen und werden unter *rs@jura-institut.de* erbeten.

Hamburg, im Januar 2012

*Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt*

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel – Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Regelung im BGB.....</b>	<b>1</b>
I. Das Familienrecht im 4. Buch des BGB .....	1
II. Begriff der Familie.....	2
III. Begriff der Ehe .....	2
IV. Begriff der Verwandtschaft.....	3
V. Begriff der Schwägerschaft.....	4
VI. Begriff des Angehörigen.....	5
<b>B. Sonstige einfachgesetzliche Rechtsquellen des Familienrechts .....</b>	<b>5</b>
<b>C. Regelung im StGB .....</b>	<b>7</b>
<b>D. Verfassungsrechtlicher Schutz von Ehe und Familie.....</b>	<b>7</b>
<b>2. Kapitel – Das Eherecht.....</b>	<b>11</b>
<b>A. Das Verlöbnis, §§ 1297-1302 BGB.....</b>	<b>11</b>
<b>B. Die Eingehung der Ehe, §§ 1303-1312 BGB.....</b>	<b>17</b>
I. Zivilehe versus kirchliche Ehe .....	17
II. Vollgültige Ehe, Nichtehe, aufhebbarer Ehe .....	18
III. Der Eheschließungsakt .....	21
1. Vorbereitendes Verfahren .....	21
2. Der Trauvorgang.....	22
IV. Eheschließung .....	22
1. Minderjährige, § 1303 BGB .....	22
2. Geschäftsunfähige, § 1304 BGB.....	23
V. Willensmängel bei der Eheschließung .....	25
VI. Scheinehe/Ehe mit Auslandsbezug .....	28
<b>C. Die Aufhebung der Ehe, §§ 1313-1318 BGB .....</b>	<b>30</b>
<b>D. Die eheliche Gemeinschaft, §§ 1313-1318 BGB .....</b>	<b>31</b>
I. Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, §§ 1353-1362 BGB.....	31
1. Ehefrau, § 1355 BGB.....	31
2. Eheliche Lebensgemeinschaft, § 1353 BGB .....	32
a. Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft.....	32
b. Pflicht zur ehelichen Treue und Geschlechtsgemeinschaft.....	32
c. Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Achtung .....	33
d. Pflicht zur Beistandsleistung, Hilfe und Gefahrenabwehr.....	34
e. Gewährung der Mitbenutzung von Haushaltsgegenständen.....	34

f. Pflicht zur Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit, § 1356 BGB .....	35
g. Verpflichtung zum Familienunterhalt, §§ 1360 f. BGB.....	37
h. Pflicht zur einvernehmlichen Regelung gemeinsamer Angelegenheiten .....	37
i. Pflicht zur Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten?.....	38
j. Rechtlicher Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft .....	41
aa. Ansprüche gegen den Ehepartner .....	41
bb. Ansprüche gegen ehestörende Dritte.....	44
cc. Ansprüche wegen eines Ehebruchskinds.....	44
a.) Ansprüche gegen die Ehefrau .....	45
b.) Ansprüche gegen den Ehestörer .....	45
3. Schlüsselgewalt, § 1357 BGB.....	46
a. Zweck der Schlüsselgewalt .....	46
b. Rechtsnatur der Schlüsselgewalt .....	47
c. § 1357 BGB und andere Lebensgemeinschaften.....	48
d. Voraussetzungen der Mitverpflichtung .....	48
aa. Bedarfsdeckungsgeschäft.....	48
bb. Nichtvorliegen „anderer Umstände“ .....	50
cc. Kein Getrenntleben der Ehegatten .....	50
dd. Kein Ausschluss/keine Beschränkung der Schlüsselgewalt .....	51
e. Rechtsfolge: Mitverpflichtung und -berechtigung des Ehepartners.....	52
aa. Wirkungen der Schuldner- und Gläubigermehrheit .....	52
bb. Keine dingliche Wirkung des § 1357 BGB.....	54
f. § 1357 BGB und Minderjährigenrecht .....	54
4. Eheliche Unterhaltspflichten, §§ 1360-1361 BGB .....	56
a. Familienunterhalt, §§ 1360, 1360a, 1360b BGB .....	57
b. Trennungsunterhalt, § 1361 BGB .....	59
5. Eigentumsvermutung, § 1362 BGB.....	62
II. Das eheliche Güterrecht, §§ 1363-1563 BGB .....	64
1. Zugewinngemeinschaft, §§ 1363-1390 BGB .....	64
a. Vermögenstrennung und Einschränkungen.....	64
aa. Beschränkungen bzgl. des Vermögens im Ganzen, § 1365 BGB.....	65
a.) Verpflichtungen und Verfügungen .....	65
b.) Revokationsrecht, § 1368 BGB.....	67
c.) Vermögen im Ganzen .....	68
d.) § 1365 BGB und gutgläubiger Erwerb.....	70
e.) Disponibilität der Verfügungsbeschränkungen .....	70

bb. Beschränkungen bzgl. Haushaltsgegenstände, §§ 1369, 1366 BGB.....	71
cc. Keine dingliche Surrogation.....	72
b. Zugewinnausgleich .....	72
aa. Einführung und Überblick .....	72
bb. Zugewinn .....	73
a.) Anfangsvermögen.....	73
b.) Endvermögen.....	80
cc. Ausgleich des Zugewinns .....	83
a.) Überblick .....	83
b.) Anrechnung von Vorempfängen, § 1380 BGB .....	84
c.) Auswirkungen von Gesamtschulden.....	86
d.) Einrede der groben Unbilligkeit, § 1381 BGB .....	87
e.) Stundung durch das Familiengericht, § 1382 BGB.....	87
2. Gütertrennung, § 1414 BGB .....	87
<b>E. Die Scheidung der Ehe und deren Folgen, §§ 1564-1587 BGB .....</b>	<b>90</b>
I. Scheitern der Ehe als Scheidungsvoraussetzung.....	90
1. Nachweis des Scheiterns der Ehe.....	90
2. Die gesetzlichen Vermutungsregeln .....	90
3. Härteklausel .....	93
4. Keine Disponibilität.....	93
5. Getrenntleben der Ehegatten, § 1567 BGB .....	93
II. Das Scheidungsverfahren .....	96
III. Scheidungsfolgen .....	99
1. Ehegattenunterhalt .....	100
a. Grundsatz der Eigenverantwortung.....	100
b. Unterhaltstatbestände.....	101
aa. Unterhalt wegen Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes .....	101
bb. Unterhalt wegen Alters .....	102
cc. Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechens .....	103
dd. Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit .....	103
ee. Ergänzungs- bzw. Aufstockungsunterhalt.....	105
ff. Ausbildungsunterhalt.....	105
gg. Unterhalt aus Billigkeitsgründen.....	105
c. Maß (Umfang) des Unterhalts .....	106
aa. Die „ehelichen Lebensverhältnisse“/Unterhaltsberechnung .....	106
a.) Die „ehelichen Lebensverhältnisse“ .....	106

b.) Stichtagsprinzip, Halbteilungsgrundsatz, Erwerbstätigenbonus.....	106
c.) Differenzmethode .....	107
d.) Additions-/Anrechnungsmethode.....	108
e.) Absenkung und/oder Befristung bei Unbilligkeit.....	108
bb. Das „unterhaltsrelevante Einkommen“ .....	109
cc. Die „wandelnden ehelichen Lebensverhältnisse“ .....	111
dd. Pflichtwidrige Verletzung der Erwerbsobliegenheit .....	113
ee. Auswirkungen bei neuer Ehe und späteren Kindern .....	113
ff. Erstmalige Einkünfte des geschiedenen Ehegatten .....	117
gg. Sog. Mangelfall .....	118
d. Absenkung und/oder Befristung des Unterhalts wegen Unbilligkeit.....	119
aa. Übersicht .....	119
bb. Ehebedingter Nachteil und angemessener Lebensbedarf .....	120
cc. Dauer des Unterhalts .....	122
dd. Verfahrensrecht/Beweislast .....	125
e. Beschränkung oder Versagung wegen grober Unbilligkeit .....	126
f. Auskunftspflicht .....	129
g. Vereinbarung über den Unterhalt .....	129
2. Zugewinnausgleich.....	129
3. Versorgungsausgleich.....	129
4. Verteilung von Ehewohnung und Haushaltsgegenständen anlässlich der Scheidung.....	132
a. Ehewohnung .....	133
b. Haushaltsgegenstände .....	135
5. Ehevertragliche Vereinbarungen .....	137
a. Überblick .....	137
b. Wirksamkeits- und Inhaltskontrolle.....	137
aa. Wirksamkeitskontrolle .....	139
bb. Ausübungskontrolle .....	141
6. Kindschaftssachen (Sorgerecht; Umgangsrecht; Unterhalt) .....	146
a. Sorgerecht für gemeinsame Kinder.....	146
b. Umgangsrecht.....	147
c. Kindesunterhalt .....	148
7. Künftige Namensführung .....	149

<b>3. Kapitel – Eingetragene Lebenspartnerschaft und nichteheliche Lebensgemeinschaft .....</b>	<b>150</b>
<b>A. Die eingetragene Lebenspartnerschaft.....</b>	<b>150</b>
<b>B. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft.....</b>	<b>151</b>
<b>4. Kapitel – Die Verwandtschaft .....</b>	<b>155</b>
<b>A. Abstammung .....</b>	<b>155</b>
I. Mutterschaft .....	155
II. Vaterschaft.....	158
1. Vaterschaft kraft Ehe, § 1592 Nr. 1 BGB.....	158
2. Vaterschaft kraft Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB.....	160
3. Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung, § 1592 Nr. 3 BGB .....	160
4. Vaterschaft bei heterologer Insemination .....	161
5. Anfechtung der Vaterschaft, § 1599 I BGB .....	163
a. Anfechtungsberechtigung, § 1600 I BGB.....	163
b. Anfechtungsfrist, § 1600b BGB .....	164
c. Begründetheit des Antrags.....	164
d. Regress des Scheinvaters .....	164
e. Prüfungsschemata .....	165
aa. Anfechtung der Vaterschaft durch den Scheinvater .....	165
bb. Feststellung der Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB .....	167
cc. Feststellung der Vaterschaft nach § 182 I FamFG .....	168
f. Regress des Scheinvaters.....	169
<b>B. Elterliche Sorge/Umgangsrecht .....</b>	<b>172</b>
I. Sorgerecht kraft Gesetzes .....	172
II. Sorgerecht kraft Erklärung.....	173
III. Sorgerecht kraft Gerichtsentscheidung.....	174
IV. Bereiche der elterliche Sorge gegenüber ehelichen Kindern.....	175
1. Die Personensorge .....	175
2. Vermögenssorge .....	177
V. Vertretung des Kindes.....	178
1. Fall gesetzlicher Vertretungsmacht .....	178
2. Ausschluss der Stellvertretung.....	178
a. Gesetzlicher Ausschluss der Vertretungsmacht .....	178
aa. Höchstpönliche Angelegenheiten .....	178
bb. Vormund wäre von Vertretung ausgeschlossen .....	179

a.) Interessenkollision nach § 1795 I BGB.....	179
b.) Interessenkollision nach § 1795 II BGB .....	180
cc. Keine Vertretung bei Vornahme von Geschenken .....	181
dd. Keine Vertretung bei Entziehung der Vermögenssorge .....	181
ee. Keine Vertretung, wenn Pfleger bestellt ist.....	181
ff. Keine Vertretung bei selbstständigem Erwerbsgeschäft .....	181
gg. Keine Vertretung bei familiengerichtlicher Anordnung .....	182
hh. Keine Vertretung bei Anordnung eines Dritten.....	183
b. Vorbehalt familiengerichtlicher Zustimmung .....	183
VI. Elterliche Sorge von unverheirateten Eltern .....	185
VII. Umgangsrecht .....	185
1. Umgangsrecht der Eltern .....	185
2. Umgangsrecht anderer Bezugspersonen .....	188
3. Durchsetzbarkeit des Umgangsrechts/der Umgangspflicht? .....	189
VIII. Staatliche Interventionsmöglichkeiten.....	190
1. Kinder- und Jugendhilfe.....	190
a. Zweck und Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe .....	190
b. Träger der Kinder- und Jugendhilfe .....	191
2. Gerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls.....	192
<b>C. Die Annahme als Kind (Adoption).....</b>	<b>194</b>
I. Die Annahme Minderjähriger (§§ 1741-1766 BGB).....	194
1. Voraussetzungen einer Adoption.....	194
2. Wirkungen einer Adoption.....	196
3. Aufhebung einer Adoption.....	197
II. Die Annahme Volljähriger (§§ 1767-1772 BGB).....	197
<b>D. Unterhalt .....</b>	<b>198</b>
I. Überblick.....	198
II. Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs .....	198
III. Gegenrechte .....	201
1. Grundsätzlich kein Unterhalt für die Vergangenheit .....	201
2. Erlöschen des Unterhaltsanspruchs bei Tod .....	202
3. Härteklausel .....	202
4. Vertragliche Modifikation/Verzicht.....	203
IV. Rangfolge des Unterhalts .....	204
V. Unterhaltsrechtliche Ersatzhaftung .....	205
VI. Insbesondere: Unterhaltspflicht Kinder gegenüber Eltern .....	206

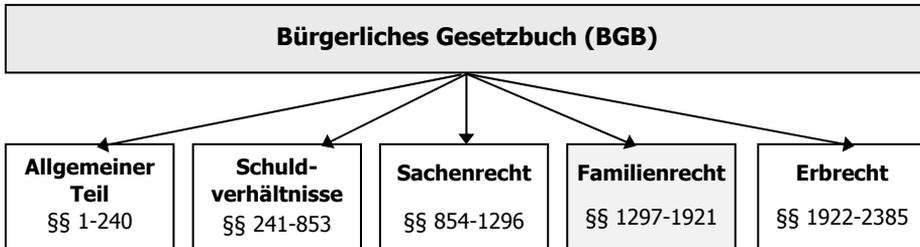
VII. Betreuungsunterhalt für die unverheiratete Mutter .....	209
<b>5. Kapitel – Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft .....</b>	<b>212</b>
<b>A. Die Vormundschaft (§§ 1773-1895 BGB) .....</b>	<b>212</b>
I. Überblick .....	212
II. Auswahl des Vormunds .....	213
III. Rechte und Pflichten des Vormunds .....	214
IV. Rolle des Familiengerichts .....	216
V. Rechtsverhältnis zwischen Vormund und Mündel .....	216
VI. Beendigung der Vormundschaft .....	217
<b>B. Die rechtliche Betreuung (§§ 1896-1908i BGB) .....</b>	<b>218</b>
I. Erforderlichkeit und Subsidiarität .....	218
II. Voraussetzungen einer Betreuung .....	219
III. Auswahl des Betreuers .....	221
IV. Umfang der Betreuung/Pflichten des Betreuers .....	222
V. Einwilligungsvorbehalt .....	223
VI. Ärztliche Maßnahmen und Sterilisation .....	224
VII. Die Betreuungsverfügung .....	225
VIII. Beendigung der Betreuung .....	226
<b>C. Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht (§§ 1901a-c BGB) .....</b>	<b>228</b>
I. Patientenverfügung .....	228
II. Vorsorgevollmacht .....	229
<b>D. Die Pflegschaft (§§ 1909-1921 BGB) .....</b>	<b>231</b>
I. Fürsorgecharakter einer Pflegschaft .....	231
II. Ergänzungspflegschaft .....	231
III. Weitere Fälle der Pflegschaft .....	233
IV. Unterbringung bei Pflegeeltern/Pflegefamilie .....	233

# 1. Kapitel – Einleitung

## A. Regelung im BGB

### I. Das Familienrecht im 4. Buch des BGB

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ist, dem römischen Pandektensystem<sup>1</sup> folgend, in fünf Bücher eingeteilt. Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung ist das 4. Buch des BGB – das in den §§ 1297-1921 BGB geregelte **Familienrecht**. 1



Das 4. Buch des BGB enthält drei Regelungsbereiche (Abschnitte). Der 1. Abschnitt (§§ 1297-1588 BGB) behandelt die **Ehe**, der 2. Abschnitt (§§ 1589-1772 BGB) regelt die **Verwandtschaft** und der 3. Abschnitt (§§ 1773-1921 BGB) normiert die **Vormundschaft**, die **Betreuung** und die **Pflegschaft**. 2

Während das **Eherecht** das Verlöbnis, die eheliche Lebensgemeinschaft, das Güterrecht, die Trennung, die Scheidung sowie die Scheidungsfolgen umfasst, beschäftigen sich die Regelungen über die **Verwandtschaft** in erster Linie mit dem Kindschaftsrecht, d.h. mit der Abstammung, der elterlichen Sorge, dem Umgangsrecht, dem Unterhalt und der Adoption. Bei der **Vormundschaft**, der **Pflegschaft** und der **Betreuung** handelt es sich um Institute, die geschaffen wurden, um bedürftigen Personen insbesondere Fürsorge, Pflege und rechtliche Vertretung bereitzustellen.

Mit der Verortung im BGB und der Regelung der Rechtsbeziehungen gleichrangiger Personen ist das Familienrecht zwar Bestandteil des Privatrechts, es enthält aber dort, wo es um zwingende öffentliche Belange geht, auch öffentliches Recht, z.B. bei Schließung, Aufhebung und Scheidung der Ehe sowie bei Sorge, Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft. Diese Bereiche sind (auch) dem öffentlichen Recht zugeordnet und durch Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, die durch zwingende Formvorschriften herbeigeführt wird, sowie die Höchstpersönlichkeit und Bedingungsfeindlichkeit der rechtsgeschäftlichen Erklärungen sowie durch Unübertragbarkeit, Unvererblichkeit und Unverzichtbarkeit der subjektiven Familienrechte gekennzeichnet.

Die nachfolgende Darstellung beschäftigt sich zunächst mit den mit der Ehe zusammenhängenden Fragen wie Eheschließung, Eheführung, Ehegüterrecht und Ehescheidung, sodann mit dem Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern, der Vormundschaft, der rechtlichen Betreuung und der Pflegschaft. 3

<sup>1</sup> Der Begriff entstammt dem Griechischen und bedeutet eigentlich: „alles enthalten“, wird aber allgemein als „5er-System“ verstanden.

## II. Begriff der Familie

- 4 Der Begriff der Familie ist gesetzlich nicht definiert. Die antiquierte Rechtsprechung des BVerfG versteht darunter die „Keimzelle der staatlichen Gemeinschaft“.<sup>2</sup> Nach modernem Verständnis wird zwischen der mehrere Generationen umfassenden Großfamilie und der maximal zwei Generationen umfassenden Kleinfamilie unterschieden.
- Unter **Großfamilie** ist das umfassende Beziehungsverhältnis zwischen Eltern, Kindern, Verwandtschaft und Schwägerschaft zu verstehen. Gleichgültig ist, ob die Eltern miteinander verheiratet sind.<sup>3</sup> Auch spielt es keine Rolle, ob die Kinder minderjährig oder volljährig, aus Ein- oder Mehrehen hervorgegangen, Adoptiv-, Stief- oder Pflegekinder sind. Selbst das Zusammenleben von nur einem Elternteil mit einem (selbst nichtehelichen) Kind ist vom Begriff der Familie umfasst.<sup>4</sup> Entscheidend ist stets, ob eine gewachsene persönliche Bindung entstanden ist. Im BGB finden sich Regelungen über die Großfamilie z.B. in §§ 563, 1093 II, 2047 II und 2373 S. 2 BGB.
  - Mit **Kleinfamilie** sind die kinderlose Ehe und die Gemeinschaft der nichtehelichen Kinder mit ihrer Mutter bzw. mit ihrem Vater gemeint. Regelungen über die Kleinfamilie finden sich z.B. in §§ 1355, 1360, 1360a, 1360b, 1617, 1618 und 1666a BGB.
  - Ob auch die **eingetragene Lebenspartnerschaft**, die nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) zwischen gleichgeschlechtlichen Personen begründet werden kann (vgl. dazu Rn 21 und 443 ff.), dem Begriff der Familie unterfällt und damit ein Institut des Familienrechts darstellt, wurde zunächst unterschiedlich gesehen.<sup>5</sup> Nachdem nunmehr aber auch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf Lebenspartnerschaften als Familiensachen ansieht (vgl. § 111 Nr. 11 FamFG), sind abweichende Auffassungen in der Praxis bedeutungslos geworden. Nicht dem Familienrecht unterfällt jedenfalls mangels gesetzlicher Regelung die **nichteheliche Lebensgemeinschaft** (Rn 448 ff.), da sich hier die Partner bewusst nicht den familienrechtlichen Regelungen unterwerfen möchten.
- 5 Zu beachten ist, dass die Familie als solche **keine eigene Rechtspersönlichkeit** hat. Sie kann also nicht als Träger von Rechten und Pflichten am Rechtsverkehr teilnehmen. Personenrechtliche und vermögensrechtliche Beziehungen bestehen also nur zwischen den einzelnen Mitgliedern der Familie.

Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit, dass sich die Mitglieder einer Familie gesellschaftsrechtlich zusammenschließen und etwa eine (rechtsfähige) BGB-Gesellschaft (**GbR**) gründen. Das setzt aber einen diesbezüglichen Zusammenschluss voraus.

## III. Begriff der Ehe

- 6 Auch der Begriff der Ehe ist im BGB nicht definiert. In Anknüpfung an die christlich-abendländische Tradition ist unter Ehe die rechtlich verbindliche Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau (**Heterosexualität** und **Monogamie**) zu verstehen. Sie kommt durch den erklärten Ehemillen von Mann und Frau zustande (**Konsensprinzip**), folgt dem Prinzip der Gleichberechtigung und wird auf Lebenszeit geschlossen (**Lebenszeitprinzip**, vgl. § 1353 I S. 1 BGB)<sup>6</sup>. „Lebenszeitprinzip“ bedeutet dabei keineswegs eine Untrennbarkeit der Verbindung, sondern lediglich, dass

---

<sup>2</sup> BVerfGE 6, 55, 71.

<sup>3</sup> Vgl. dazu etwa OLG Bremen FamFR 2011, 383.

<sup>4</sup> Vgl. dazu insgesamt BVerfGE 79, 256, 267; 92, 158, 162 ff., 176 ff.; BVerfG FamRZ 1990, 363; 1993, 1420; BVerwG FamRZ 1977, 541; BGH FamRZ 1980, 548; Beck, NJW 2001, 1894, 1893 f.; Krings, FPR 2001, 7, 8; Brudermüller, in: Palandt, Einl v § 1297 Rn 2.

<sup>5</sup> Vgl. dazu Wellenhofer, FamR, § 1 Rn 2; Muscheler, FamR, Rn 832; Rauscher, FamR, Rn 746; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, § 42 Rn 1 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu BVerfGE 10, 59, 66; 76, 1, 71.

die Ehe nicht beliebig von den Partnern aufgelöst werden kann, was freilich die Möglichkeit der **Aufhebung** (§ 1313 BGB) oder **Scheidung** (§ 1564 BGB) durch ein staatliches Gericht nicht ausschließt.

### IV. Begriff der Verwandtschaft

Verwandte sind die Abkömmlinge eines Menschen. Dabei wird unter Verwandtschaft i.S. des Bürgerlichen Rechts nur die engere Verwandtschaft über wenige Generationen verstanden, z.B. Großeltern, Eltern, Kinder und Enkel, aber auch Geschwister, Halbgeschwister, Tante, Onkel, Nefte, Nichte, Vetter und Cousine, da im weiteren Verständnis letztlich alle Menschen über ihre weit verzweigten Vorfahren miteinander verwandt sind. Die Verwandtschaft umfasst gem. § 1589 S. 1 BGB die auf Abstammung beruhende Blutsverwandtschaft und die Annahme als Kind gem. §§ 1741 ff. BGB. Auch die in § 1590 BGB geregelte Schwägerschaft infolge Eheschließung ist eine Form der Verwandtschaft. Ehegatten sind nicht miteinander verwandt oder verschwägert, es sei denn, sie waren es bereits vor der Eheschließung.

7

**Beispiele:** Gemäß § 1589 BGB besteht ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen Vetter und Cousine (Seitenlinie, 4. Grad, vgl. Rn 8). Gleichwohl besteht kein Eheverbot, da das Gesetz ein solches nicht angeordnet hat (vgl. § 1307 BGB, wonach ein Eheverbot nur zwischen Verwandten in gerader Linie sowie zwischen Geschwistern und Halbgeschwistern besteht). Schließen also Vetter und Cousine miteinander die Ehe, sind sie sowohl verheiratet als auch verwandt, obwohl eine Eheschließung sonst kein Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Ehepartnern begründet.

Ein Beispiel dafür, dass Ehegatten auch miteinander verschwägert sein können, findet sich bei Rn 13.

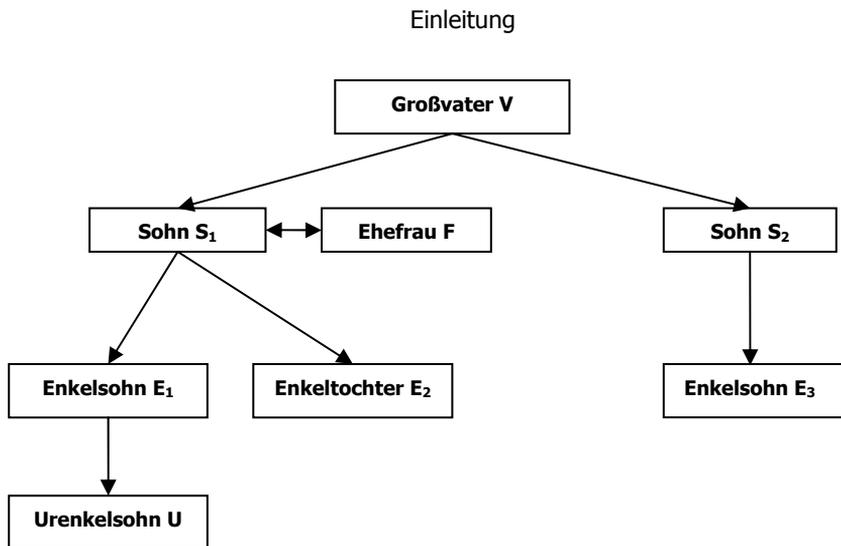
Das BGB unterscheidet zwischen Verwandtschaft in gerader Linie und Verwandtschaft in der Seitenlinie.

8

- **Verwandtschaft in gerader Linie** besteht zwischen Personen und deren Abkömmlingen, § 1589 S. 1 BGB (z.B. Großmutter-Vater-Tochter-Enkel). Dabei wird die Person, von der eine andere abstammt, Aszendent, und diejenige, die von einer anderen abstammt, Deszendent genannt.
- **Verwandtschaft in der Seitenlinie** besteht zwischen Personen, mit denen man gemeinsam von einer dritten Person abstammt, § 1589 S. 2 BGB (Seitenverwandtschaft, z.B. Geschwister, Vettern, Onkel und Nefte).

Die Nähe der Verwandtschaft wird durch die Zahl der vermittelnden Geburten bestimmt (§ 1589 S. 3 BGB). Man spricht von **Verwandtschaftsgraden**, die sich mittels Stammbaums sehr schön darstellen lassen:

9



Plastisch kann man den Verwandtschaftsgrad mit der Zahl der Verbindungsstriche bestimmen, woraus sich vorliegend u.a. folgende Verwandtschaftsverhältnisse ergeben:

Zwischen V und S <sub>1</sub> :	Verwandtschaft in gerader Linie	1. Grades
Zwischen V und E <sub>1</sub> :	Verwandtschaft in gerader Linie	2. Grades
Zwischen V und U:	Verwandtschaft in gerader Linie	3. Grades
Zwischen S <sub>1</sub> und S <sub>2</sub> :	Verwandtschaft in Seitenlinie	2. Grades
Zwischen E <sub>1</sub> und S <sub>2</sub> :	Verwandtschaft in Seitenlinie	3. Grades
Zwischen U und S <sub>2</sub> :	Verwandtschaft in Seitenlinie	4. Grades
Zwischen U und E <sub>2</sub> :	Verwandtschaft in Seitenlinie	3. Grades
Zwischen E <sub>1</sub> und E <sub>2</sub> :	Verwandtschaft in Seitenlinie	2. Grades
Zwischen E <sub>1</sub> und E <sub>3</sub> :	Verwandtschaft in Seitenlinie	4. Grades

## V. Begriff der Schwägerschaft

- 10 Schwägerschaft setzt zwingend eine Ehe voraus, und zwar entweder eine eigene oder die eines Geschwisters. Verschwägert ist man mit den Verwandten seines Ehegatten und mit den Ehegatten seiner Verwandten, § 1590 I S. 1 BGB.

**Beispiel:** Frau F und Herr M sind miteinander verheiratet. F hat einen Bruder (B) und M hat eine Schwester (S).

Gemäß § 1590 I S. 1 BGB sind somit B und M verschwägert. Auch sind F und S verschwägert. Verschwägert ist auch F mit den Eltern des M und M ist mit den Eltern der F verschwägert (daher auch die Bezeichnung „Schwiegereltern“). Auch beim obigen Stammbaum ist F mit V und S<sub>2</sub> verschwägert.

- 11 Verschwägert sind auch Stiefvater und Stieftochter bzw. Stiefmutter und Stiefsohn etc. Keine Schwägerschaft besteht indes zwischen den Verwandten der Ehefrau und denen des Ehemanns.

**Beispiel:** Der Volksmund bezeichnet das Verhältnis zwischen B und S des obigen Beispiels als „Schwippschwägerschaft“. Doch diese Bezeichnung hat keine juristische Bedeutung, weil das Gesetz die „Schwippschwägerschaft“ nicht kennt. B und S sind daher nicht verschwägert.

- 12 Besteht einmal eine Schwägerschaft, wird sie auch nicht durch Auflösung der Ehe, die sie begründet hat, beendet, § 1590 II BGB.

## 2. Kapitel – Das Eherecht

### A. Das Verlöbnis, §§ 1297-1302 BGB

Unter Verlöbnis versteht man das **beiderseitige Versprechen der Eheschließung** (vgl. §§ 1297 I, 1301 I S. 1 BGB). „Versprechen“ bedeutet die Kundgabe des verbindlichen Willens zur künftigen Eheschließung, der auch durch konkludentes Verhalten zum Ausdruck kommen kann; entscheidend ist allein die Verbindlichkeit des gemeinsamen Willens. Gemeinsame Heiratsabsichten oder die bloße Ankündigung, „heiraten zu wollen“, begründen per se noch kein Verlöbnis. 31

Eine Verpflichtung, sich vor der Ehe zu verloben, besteht nicht; denn das Verlöbnis stellt keine Voraussetzung für eine Heirat dar. Dennoch findet ein Verlöbnis in aller Regel vor der Eheschließung statt. Denn dadurch, dass die Verlobung das beiderseitige Versprechen der Eheschließung darstellt (s.o.), ist spätestens dann von einer Verlobung auszugehen, wenn ein Partner den anderen um dessen Hand bittet und dieser zusagt. 32

Die Rechtsnatur des Verlöbnisses ist nicht ganz klar. Während teilweise von einem gesetzlichen Rechtsverhältnis ausgegangen wird<sup>33</sup>, handelt es sich nach zutreffender Auffassung bei dem Verlöbnis um einen gegenseitigen **Vertrag**, bei dem sich zwei Personen verschiedenen Geschlechts ernsthaft versprechen, künftig die Ehe miteinander einzugehen (sog. **Eheversprechen**)<sup>34</sup>. Auswirkungen hat dieser Streit, wenn am Verlöbnis ein Minderjähriger beteiligt ist (dazu Rn 35). 33

Mit der Formulierung „verschiedenen Geschlechts“ scheinen Verlöbnisse unter gleichgeschlechtlichen Personen ausgeschlossen. Da die Regeln über das Verlöbnis (d.h. § 1297 II und §§ 1298, 1299, 1301, 1302 BGB) jedoch für das Versprechen der Verpartnerung entsprechend anwendbar sind, gelten die Wirkungen der Verlobung auch für die **Lebenspartnerschaft** nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (§ 1 IV S. 2 LPartG).

Fehlt der **ernsthafte Wille**, sich zu vermählen bzw. eine eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen, bei einem Partner (Beispiel: Heiratsschwindler), liegt kein Verlöbnis vor. Das gilt auch dann, wenn der andere Partner irrtümlich von der Ernsthaftigkeit ausgeht.

Fraglich ist, ob ein wirksames Verlöbnis auch dann vorliegt, wenn das Eheversprechen gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Insbesondere stellt sich die Frage, ob ein Verlöbnis sittenwidrig und damit unwirksam ist (vgl. § 138 BGB), wenn ein Partner **noch verheiratet** oder **bereits anderweitig verlobt** ist. Die Rspr. geht im Grundsatz von der Sittenwidrigkeit und damit von der Unwirksamkeit des Verlöbnisses eines Verheirateten aus.<sup>35</sup> Dies gelte auch bei gescheiterter Ehe und selbst dann, wenn das Scheidungsverfahren schon läuft.<sup>36</sup> Freilich kann die Anwendung des § 138 BGB für den anderen, redlichen Verlobten nachteilig sein, etwa, wenn er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Verlöbnisses Aufwendungen gemacht oder gar seine Arbeitsstelle gekündigt hat. Denn ist das Verlöbnis unwirksam, dürften streng genommen auch die Ausgleichsansprüche aus den §§ 1298 ff. BGB nicht greifen, da diese Vorschriften ja gerade ein (wirksames) Verlöbnis voraussetzen. Insoweit ist auch die Auffassung des BGH nicht konsequent, trotz Nichtvorliegens eines wirksamen Verlöbnisses zugunsten des redlichen Teils die Vertrauensschutzwirkungen des Verlöbnisses eintreten zu lassen, etwa zugunsten der Frau, die nicht weiß, dass sie es mit einem verheirateten 34

<sup>33</sup> *Canaris*, AcP 165 (1965), 1 ff.; *Dethloff*, FamR, § 2 Rn 5 ff.; *Rauscher*, FamR, 106. Dem sich anschließend *Wellenhofer*, FamR, § 4 Rn 4.

<sup>34</sup> BGHZ 28, 375, 377; *Brudermüller*, in: Palandt, Einf v § 1297 Rn 1; *Muscheler*, FamR, 228; *Gernhuber/Coes-ter-Waltjen*, FamR, § 8 Rn 5.

<sup>35</sup> So BGH FamRZ 1984, 386 vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Umstände.

<sup>36</sup> BayObLG FamRZ 1983, 277; OLG Karlsruhe NJW 1988, 3023.

Mann zu tun hat.<sup>37</sup> Auch besteht kein Bedürfnis für die systemwidrige Anwendung der §§ 1298 ff. BGB, da das Bereicherungsrecht, aber auch das Deliktsrecht (insbesondere § 826 BGB) hinreichend Schutz gewähren. Immerhin versagt auch die Rechtsprechung den Schutz aus §§ 1298 ff. BGB, wenn beide Partner wussten, dass der eine Teil noch verheiratet war. Richtigerweise kommen in diesem Fall auch keine Deliktsansprüche in Betracht. Das gilt auch dann, wenn z.B. der verheiratete Mann seiner Geliebten die Absicht vorgetäuscht hat, sich demnächst scheiden lassen zu wollen, und die Geliebte sich ihm daraufhin wiederholt geschlechtlich hingegeben hat. Denn auch in diesem Fall ist die Geliebte nun einmal bösgläubig und nicht schutzwürdig; das geltende Recht kennt keinen Schutz des ehewidrigen Verhaltens.<sup>38</sup>

- 35 Da es sich bei dem Verlöbnis um einen Vertrag handelt, sind auch Vorschriften der **Rechtsgeschäftslehre** anwendbar. So greifen z.B. die Vorschriften der §§ 105, 116-118 und 145 ff. BGB. Denkbar sind auch die Anfechtungsregeln der §§ 119 ff. BGB, etwa wenn der andere Teil das Verlöbnis nur erschleicht. Jedoch stellen die §§ 1298, 1299 BGB, verbunden mit der jederzeitigen Auflösbarkeit des Verlobnisses, abschließende Regeln dar. Anwendbar ist auch das **Minderjährigenrecht**. Unter den Voraussetzungen der §§ 106 ff. BGB kann ein Verlöbnis also auch von einem Minderjährigen eingegangen werden. Dies hat zur Folge, dass ein Minderjähriger unabhängig von seinen gesetzlichen Vertretern kein Verlöbnis eingehen kann (str.). Das Verlöbnis ist vielmehr schwebend unwirksam und bedarf der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Bleibt diese aus, ist das Verlöbnis endgültig unwirksam. Eine Umgehung der Schutzvorschriften der §§ 1298 ff. BGB liegt damit nicht vor, sofern man einzelne Schutzwirkungen des Verlobnisses auch zugunsten des Minderjährigen, der sich ohne Zustimmung der Eltern verlobt hat, (analog) anwendet.
- 36 Das **Stellvertreterrecht** ist von vornherein nicht anwendbar, da es sich bei dem Verlöbnis (wie bei der Heirat) um ein höchstpersönliches Geschäft handelt. Es ist also stets eine persönliche Erklärung des Verlobten erforderlich.
- 37 Der Verlobnisvertrag ist – da keine gesetzliche Formvorschrift existiert – **formfrei**. Er kann daher auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden. Dies kann etwa durch Planung der Hochzeit, Traugespräch mit dem Pastor, Druck der Einladungskarten etc. geschehen. Freilich ist dadurch die Feststellung, ob, und wenn ja, seit wann ein Verlobnis besteht, erschwert. Geschenke und Ringe können allenfalls Anzeichen eines Verlobnisses sein. Der Wille beider Verlobten, miteinander die Ehe zu schließen, muss jedenfalls nach außen erkennbar in Erscheinung getreten sein. Äußere Umstände wie häufiges Zusammensein, bloßes „Miteinander-Gehen“, Schmieden von Zukunftsplänen etc. können u.U. auf ein Verlobnis schließen lassen.
- 38 Obwohl es sich bei dem Verlobnis um einen Vertrag handelt, der eine Rechtspflicht zur Eheschließung begründet, ist es den Parteien, anders als bei den sonstigen Verträgen im BGB (Kaufvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Mietvertrag etc.), **nicht möglich, auf Erfüllung**, d.h. auf Eingehung der Ehe, **zu klagen**. § 1297 I BGB stellt dies ausdrücklich klar, indem er formuliert, dass aus dem Verlobnis nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann. Überdies könnte eine Verpflichtung zur Eingehung der Ehe und zur Herstellung des ehelichen Lebens nicht vollstreckt werden, § 120 III FamFG. Auch das Versprechen einer Vertragsstrafe (Konventionalstrafe, § 339 BGB) für den Fall der Nichterfüllung des Verlobnisses ist nichtig, § 1297 II BGB.

---

<sup>37</sup> BGH FamRZ 1969, 474 für den Rückgabeanspruch aus § 1301 BGB.

<sup>38</sup> Richtig LG Saarbrücken NJW 1987, 2241 f. und *Pawlowski*, NJW 1983, 2809 f. Abzulehnen OLG Hamm NJW 1983, 1436, das einen Schmerzensgeldanspruch wegen Eingriffs in die Entschließungsfreiheit und damit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der getäuschten Frau gewährte.

Die zivilrechtliche Bedeutung des Verlöbnisses reduziert sich daher im Wesentlichen auf Folgeansprüche, wenn die Eheschließung nicht zustande kommt. Tritt ein Verlobter vom Verlöbnis zurück („Entlobung“, die ebenfalls formfrei und konkludent, etwa durch Rückgabe des Verlobungsringes, erfolgen kann), hat er dem anderen Verlobten, dessen Eltern und dritten Personen, die anstelle der Eltern gehandelt haben, **den Schaden zu ersetzen**, den diese dadurch erleiden, dass sie in Erwartung der Eingehung der Ehe Aufwendungen gemacht haben oder Verbindlichkeiten eingegangen sind, § 1298 I BGB. Die gleiche Schadensersatzpflicht trifft den Verlobten, der durch ein Verschulden, das einen wichtigen Grund für den Rücktritt bildet, den Rücktritt des Partners vom Verlöbnis veranlasst hat, § 1299 BGB.

39

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung eines Schadensersatzes sind also je nach Fallgestaltung § 1298 I BGB und/oder §§ 1299, 1298 I BGB:

- §§ 1299, 1298 I BGB sind die Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch des Zurücktretenden gegenüber dem anderen.
- § 1298 I BGB ist die Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch des anderen gegenüber dem Zurücktretenden.

Andere Ansprüche, etwa aus Delikt oder GoA, werden von denen aus dem Verlöbnis nicht ausgeschlossen. Es ist eine Anspruchskonkurrenz möglich, die insbesondere dann relevant wird, wenn die Ansprüche aus dem Verlöbnis ausgeschlossen sind (dazu sogleich).

Anspruchsberechtigt aus § 1298 I bzw. §§ 1299, 1298 I BGB sind der betroffene Verlobte, dessen Eltern oder dritte Personen, die an Stelle der Eltern gehandelt haben.

Da das Verlöbnis keine sichere Gewähr für die spätere Heirat bietet, soll derjenige, der vorschnelle, unüberlegte und dem Stand der Dinge oder den Verhältnissen der Beteiligten nicht entsprechende (finanzielle) Maßnahmen trifft, das Risiko nicht auf den anderen abwälzen können. Daher ist die Schadensersatzpflicht des anderen auf die Aufwendungen begrenzt, deren Erbringung nach den Umständen **angemessen** war, § 1298 II BGB. Das Gesetz hält den Vertrauensschutz also in erträglichen Grenzen.

40

**Beispiele** von ersatzfähigen Schadenspositionen: nutzlose Aufwendungen für die Hochzeitsfeier; Einrichtung des Hausstands; sonstige das Vermögen oder die Erwerbsstellung berührende Maßnahmen, die in Erwartung der Ehe getroffen wurden (etwa Kündigung der beruflichen Stellung im Hinblick auf die vereinbarte Rollenteilung in der Ehe; Aufgabe eines Gewerbebetriebs etc.)

Immerhin ist § 1300 BGB a.F., wonach die unbescholtene Verlobte, die ihrem Partner Geschlechtsverkehr gewährte, unter den Voraussetzungen der §§ 1298, 1299 BGB auch einen Anspruch auf billige Entschädigung in Geld wegen des erlittenen Nichtvermögensschadens („Kranzgeld“) verlangen konnte, zum 1.7.1998 aufgehoben worden.

Ob die Streichung des § 1300 BGB den Rückgriff auf die allgemeinen Schadensersatzvorschriften der §§ 823 ff., 253 II BGB mit der Folge der Gewährung eines Schmerzensgeldes wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zulässt, darf bezweifelt werden. Denn ließe man den Rückgriff zu, konterkarierte man die Streichung des § 1300 BGB a.F. Hinreichenden Schutz bietet § 825 BGB, der der Interessenlage der/des Geschädigten vollumfänglich gerecht wird, sodass ein Rückgriff auf §§ 823, 253 II BGB nicht geboten ist.

Die Verpflichtung des Zurücktretenden zum Schadensersatz besteht nicht, wenn ein **wichtiger Grund** für den Rücktritt vorliegt („berechtigter Rücktritt“), § 1298 III BGB.

41

Formulierungen dieser Art bedeuten eine Beweislastumkehr: Während nach § 1298 I BGB der Anspruchsteller das Vorliegen eines rechtswirksamen Verlöbnisses und den geltend gemachten Schaden beweisen muss, ist gem. § 1298 III BGB der Zurücktretende für das Vorliegen eines wichtigen Grundes beweispflichtig.

**Beispiele** von wichtigen Gründen sind solche Gründe, die zur Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung berechtigen würden; auch der Bruch der Verlobnistreue stellt regelmäßig ebenso einen wichtigen Grund dar wie Lieblosigkeit, die Zweifel an der Ernsthaftigkeit des kundgetanen Eheinteresses aufkommen lassen; Gleiches gilt bei einem schweren Zerwürfnis zwischen den Eltern des Partner/der Partnerin und dem Zurücktretenden. Auch (Charakter-)Eigenschaften des anderen, die bei Eingehung des Verlöbnisses nicht bekannt oder erkennbar waren, stellen einen wichtigen Grund dar.

- 42 Ausnahmsweise kann trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes eine Schadensersatzpflicht bestehen, wenn der berechtigte Rücktritt zur „Unzeit“ (etwa vor dem Standesbeamten durch Verweigerung des Ja-Wortes) erfolgt. Zwar greift in einem solchen Fall nicht § 1298 BGB, jedoch kann eine vergleichbare Interessenlage annehmen wie bei §§ 627 II, 671 II, 723 II BGB, sodass es vertretbar erscheint, diese Vorschriften analog anzuwenden.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Während also Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung eines Schadensersatzes je nach Fallgestaltung § 1298 I BGB und/oder §§ 1299, 1298 I BGB sind, müssen auch die jeweiligen anspruchsmindernden/anspruchsausschließenden Gegennormen beachtet werden:

- Beim Schadensersatzanspruch des Zurücktretenden aus §§ 1299, 1298 I BGB gegenüber dem anderen besteht der Anspruch nur so weit, als die erbrachten Aufwendungen des Zurücktretenden angemessen waren, § 1299, § 1298 II BGB.
- Beim Schadensersatzanspruch des anderen aus § 1298 I BGB gegenüber dem Zurücktretenden besteht der Anspruch ebenfalls nur so weit, als die erbrachten Aufwendungen des Anspruchstellers angemessen waren, § 1298 II BGB. Der Schadensersatzanspruch ist sogar völlig ausgeschlossen, wenn der Zurücktretende einen wichtigen Grund für den Rücktritt geltend machen kann, § 1298 III BGB.

Der Anspruch verjährt gem. § 195 BGB nach drei Jahren. Die Frist beginnt zu laufen, sobald das Verlöbnis aufgelöst wurde, § 1302 BGB. § 199 BGB greift nicht.

- 43 Von der genannten Schadensersatzpflicht, die auf den Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet ist, abgesehen, ist die zivilrechtliche Bedeutung des Verlöbnisses in der modernen Gesellschaft gering geworden. Denn mit der sozialen Gleichstellung der Frau und der sexuellen Liberalisierung ist das ursprünglich bestehende Schutzbedürfnis, das in erster Linie zugunsten der Frau bestand, nicht mehr erkennbar. Dieses Schutzbedürfnis hatte den Hintergrund, dass die Lebenschancen und der gesellschaftliche Status vieler Frauen von der Eheschließung und der Wahl des Ehepartners abhingen. Daher stellte das Heiratsversprechen des Mannes eine bedeutsame Zäsur im Leben der Frau dar. Die Enttäuschung ihres Vertrauens konnte sich zur Lebenskatastrophe entwickeln. Daher sollte wenigstens ein Schadensersatzanspruch über die Enttäuschung hinweghelfen.<sup>39</sup>
- 44 Neben einem etwaigen Schadensersatzanspruch steht jedem Verlobten für den Fall, dass die Eheschließung unterbleibt, gem. § 1301 S. 1 BGB die **Herausgabe der Gegenstände** zu, die er dem anderen geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat.

<sup>39</sup> Vgl. *Schwab*, FamR, § 9 Rn 38.

Nicht eindeutig ist die Rechtsnatur des § 1301 S. 1 BGB. Während eine einzelne Literaturstimme § 1301 S. 1 BGB als eine Unterart der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ansieht<sup>40</sup>, betrachten andere die Vorschrift als Verweisung auf die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts.<sup>41</sup> Die Voraussetzungen der Bereicherungstatbestände wären demnach nicht zu prüfen. Die h.M. geht indes zutreffend davon aus, dass es sich bei § 1301 S. 1 BGB um einen selbstständigen **Bereicherungstatbestand** handelt, der inhaltlich an die Zweckverfehlungskondition (condictio ob rem) nach § 812 I S. 2 Var. 2 BGB<sup>42</sup> anknüpft<sup>43</sup>. Zwar führen alle Auffassungen im Ergebnis grundsätzlich zu einem Herausgabeanspruch, doch nur bei Befolgung der h.M. sind auch die bereicherungsrechtlichen Ausschlussgründe (§§ 814, 815, 817 S. 2 BGB) zu beachten, die dann auch auf § 1301 BGB Anwendung finden. Wenn also der Anspruchsteller z.B. die Eheschließung durch einen Seitensprung treuwidrig verhindert, kann er wegen § 815 BGB nicht das an den Verlobten Geleistete über § 1301 S. 1 BGB zurückverlangen. Sollte man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Anwendung der bereicherungsrechtlichen Ausschlussgründe auf § 1301 S. 1 BGB verneinen oder gar den Weg über § 313 BGB wählen, würde zwar nicht § 815 BGB greifen, aber dann käme § 242 BGB zur Anwendung, was wohl zum selben Ergebnis führte.

Auf Anstandsgeschenke findet § 814 Var. 2 BGB Anwendung, sodass diese nicht zurückgefordert werden können. Bei einem Anstandsgeschenk handelt es sich um eine unentgeltliche Zuwendung, die nach der Anschauung des täglichen Lebens nicht unterbleiben könnte, ohne dass der Schenkende an sozialem Ansehen verlieren würde. Das ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sowie der jeweiligen örtlichen und sozialen Verkehrsitten festzustellen. Hierunter fallen insbesondere gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke wie übliche Geschenke unter nahen Verwandten zu Geburtstagen, Weihnachten, zur Hochzeit, zu Jubiläen oder Einladungen.

Die Rückforderung nach § 1301 S. 1 BGB soll im Zweifel jedoch ausgeschlossen sein, wenn das Verlöbnis durch den Tod eines Verlobten aufgelöst wird, § 1301 S. 2 BGB. 45

**Beispiel:** Zur Verlobung hat M der F einen Mini Cooper S Cabrio geschenkt. Eine Woche später verunglückt F tödlich, indem sie auf einem Fußgängerüberweg von einem Lkw überrollt wird. Gesetzlicher Erbe der F ist ihre Tochter T, die gem. § 1922 BGB kraft Gesetzes Alleineigentum über den Mini erwirbt. M verlangt von T den Wagen heraus.

M steht an sich ein Kondiktionsanspruch aus § 1301 S. 1 BGB zu, d.h. auf Rückübereignung und Rückgabe des Wagens. Denn unter „Geschenke“ i.S.d. § 1301 BGB fallen grds. alle Zuwendungen, die mit der Auflösung des Verlöbnisses ihre Grundlage verlieren. Allerdings ist auch die Zweifelsregelung des § 1301 S. 2 BGB zu beachten, wonach die Rückforderung im Zweifel ausgeschlossen sein soll, wenn das Verlöbnis durch den Tod eines der Verlobten aufgelöst wird. Vorliegend wurde das Verlöbnis durch den Tod der F ausgelöst. Fraglich ist aber, ob die Zweifelsregelung widerlegt werden kann. Das wäre etwa der Fall, wenn M nicht an dem Verlöbnis mit F hätte festhalten wollen, etwa weil diese ein Verhältnis mit einem anderen Mann gehabt hätte. Vorliegend ist aber kein Grund ersichtlich, warum die Zweifelsregelung nicht gelten sollte. Daher ist der Anspruch aus § 1301 S. 1 BGB wegen § 1302 S. 2 BGB ausgeschlossen. M kann keine Rückübereignung und keine Rückgabe des Wagens verlangen (a.A. vertretbar).

Die vorgenannten Ansprüche der Verlobten unterliegen der **Verjährung**. Die Verjährungsfrist beträgt gem. § 195 BGB drei Jahre und beginnt mit der Auflösung des Verlöbnisses, § 1302 BGB. § 199 BGB gilt nicht. 46

Neben etwaigen Schadensersatz- und bereicherungsrechtlichen Herausgabeansprüchen entfaltet das Verlöbnis auch sonstige Rechtswirkungen. So begründet es zwar kein 47

<sup>40</sup> *Johanssen/Henrich*, FamR, 5. Aufl. 2010, § 4 I 4.

<sup>41</sup> *Strätz*, in: *Staudinger*, § 1301 Rn 3; *Rauscher*, FamR, Rn 132.

<sup>42</sup> Vgl. zu dieser *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 382 ff.

<sup>43</sup> BGHZ 45, 261, 263; *Brudermüller*, in: *Palandt*, § 1301 Rn 1-3.

gesetzliches Erbrecht (§ 1931 BGB bezieht sich nur auf den Ehegatten) und die Verlobten können auch kein gemeinschaftliches Testament errichten (§ 2265 BGB); jedoch werden im **Erbvertragsrecht** Verlobte teilweise wie Ehegatten behandelt (§§ 2275 III, 2279 II, 2290 III S. 2, 2276 II BGB). Auch können Verlobte **Eheverträge** schließen, wie sich aus § 1408 I BGB ergibt. **Güterrechtliche Wirkungen** entfaltet das Verlöbnis nicht. Daher wird auch keine gesetzliche Unterhaltspflicht begründet. Allerdings können Zuwendungen unter Verlobten, die der Deckung des Lebensbedarfs dienen, einer sittlichen Pflicht entsprechen und daher nicht zurückgefordert werden. So unterliegen Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, nicht der Rückforderung und dem Widerruf (§ 534 BGB). Auch kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (§ 814 BGB). Ein sehr wichtiges Recht des Verlobten ist das prozessuale **Zeugnisverweigerungsrecht**. So kann der Verlobte des Beschuldigten gem. § 52 I Nr. 1 StPO im Strafprozess (der insoweit auch das Ermittlungsverfahren umfasst) das Zeugnis verweigern. Im Zivilprozess gewährt § 383 I Nr. 1 ZPO dem Verlobten einer Partei ein Zeugnisverweigerungsrecht. Verlobte sind schließlich als „**Angehörige**“ (§ 11 I Nr. 1a StGB) bei bestimmten Straftaten privilegiert (vgl. etwa § 247 StGB, wonach ein Diebstahl oder eine Unterschlagung zum Nachteil eines Angehörigen nur auf Antrag verfolgt wird). Hinsichtlich der Fallbearbeitung sei auf den Hinweiskasten bei Rn 39 verwiesen.

- 48 Im Einzelfall kann es wichtig sein, das Verlöbnis von der bloßen **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** abzugrenzen, die kein Rechtsverhältnis und erst recht keinen Vertrag und damit auch keine wechselseitigen Ansprüche, die einem Verlöbnis zugrunde liegen, begründet<sup>44</sup>. Maßgeblich ist dabei die Frage, ob ein gegenseitiges verbindliches Heiratsversprechen, welches auch konkludent erfolgen kann, vorliegt.
- 49 Die Ansprüche im Zusammenhang mit der Beendigung eines Verlöbnisses sind „sonstige Familiensachen“ i.S.v. § 266 I Nr. 1 FamFG; zuständig sind die **Familiengerichte**, §§ 23a I S. 1 Nr. 1, 23b I GVG.

---

<sup>44</sup> Dass etwaige Unterhaltspflichten wegen **gemeinsamer Kinder** bestehen (etwa aus § 1601 BGB oder aus § 1615I BGB), ist ein anderes Thema.

## **B. Die Eingehung der Ehe, §§ 1303-1312 BGB**

Das am 1.7.1998 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (EheschlRG) hat die Eheschließungsvoraussetzungen erheblich geändert. So ist das Ehegesetz (EheG) aufgehoben und die beibehaltenen Vorschriften sind in das BGB (§§ 1303 ff. BGB) integriert worden. Die übrigen Vorschriften des EheG sind aufgehoben worden. So ist das Eheverbot bei Schwangerschaft entfallen. Entfallen ist auch das Aufgebotsverfahren; an seine Stelle ist ein Anmeldeverfahren getreten (§ 12 PStG). Trauzeugen sind nicht mehr erforderlich, können aber auf Wunsch beigezogen werden (§ 1312 S. 2 BGB). Für die Befreiung vom Ehemündigkeitserfordernis und für die Ersetzung eines Widerspruchs des Personensorgeinhabers ist seitdem ein einheitliches Verfahren vorgesehen (Rn 61). Auch das Verfahren zur Aufhebung einer Ehe wurde neu gestaltet (§§ 1313 ff. BGB). Der Aufhebungsgrund des Irrtums über die Person oder über wesentliche Eigenschaften des Ehepartners ist gestrichen, der neue Aufhebungsgrund der Scheinehe ist eingeführt worden (§ 1314 II Nr. 5 BGB). Der Standesbeamte muss bei einer sog. Scheinehe die Mitwirkung an der Eheschließung verweigern (§ 1310 I S. 2 Halbs. 2 BGB) und ist zu Ermittlungen befugt, ob eine solche aufhebbar Ehe vorliegt (§ 13 PStG).

50

## **I. Zivilehe versus kirchliche Ehe**

Während bis zum 16. Jahrhundert die Ehe ausschließlich kirchlich geschlossen wurde, führte der Staat im Laufe der Verweltlichung des staatlichen Eherechts die Eheschließung vor staatlichen Behörden (Zivileheschließung) ein. Seit Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes (PstG) von 1875 ist in Deutschland die Zivilehe sogar zwingend, damit eine Rechtswirkung für den staatlichen Bereich vorliegt. Außerdem enthielt § 67 PStG ein grundsätzliches Verbot der „kirchlichen Voraustrauung“. Sofern die Verlobten also zusätzlich zur standesamtlichen Trauung noch eine kirchliche Trauung wünschten, durfte diese der standesamtlichen nicht vorausgehen, außer wenn einer der Verlobten lebensgefährlich erkrankt und ein Aufschub nicht möglich war. Später wurde ein weiterer Ausnahmetatbestand eingeführt: Im Fall des schweren sittlichen Notstands, der auf andere Weise nicht behoben werden konnte, durfte ebenfalls die kirchliche Heirat vorangehen. Lag ein solcher Ausnahmetatbestand nicht vor und nahm der Geistliche dennoch die Trauung vor, machte er sich strafbar. Die Kirchen sahen das Verbot der kirchlichen Voraustrauung zunächst als schweren Eingriff in ihr kirchliches Selbstbestimmungsrecht an, gewöhnten sich später aber ebenso daran wie die Heiratswilligen.

51

Das Verbot der kirchlichen Voraustrauung ist erst am 1.1.2009 im Zuge der Verabschiedung eines neuen Personenstandsgesetzes entfallen. Seitdem dürfen Brautpaare (in Ermangelung einer entgegenstehenden Regelung) kirchlich heiraten, ohne zuvor vor dem Standesamt die Ehe eingegangen zu haben. Selbst ohne standesamtliche Trauung ist eine kirchliche Trauung möglich. Voraussetzung ist nur, dass das jeweilige Kirchenrecht dies zulässt. Die katholische Kirche lässt ausnahmsweise eine kirchliche Trauung ohne vorhergehende Zivileheschließung zu; Voraussetzung dafür ist eine besondere Erlaubnis („nil obstat“) des zuständigen Ortsbischofs.<sup>45</sup> Die Evangelische Kirche in Deutschland vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die zivilrechtliche Eheschließung generell Voraussetzung für eine kirchliche Trauung bleibe.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Siehe FamRZ 2009, 18.

<sup>46</sup> Siehe Pressemitteilung vom 15.9.2009, FamRZ 2009, 1804.

## II. Vollgültige Ehe, Nichtehe, aufhebbare Ehe

- 52 Damit eine Ehe rechtswirksam geschlossen werden kann, müssen verschiedene Voraussetzungen gegeben sein bzw. von den Verlobten erfüllt werden. Den Idealfall bildet diejenige Ehe, bei der der Eheschließungsakt an keinerlei Fehlern gelitten hat. Aber auch wenn der Eheschließungsakt fehlerhaft ist, hat dies nicht unweigerlich die Unwirksamkeit der Ehe zur Folge. Vielmehr hängt die Rechtsfolge von Art, Schwere und Bedeutung des Fehlers ab.
- 53 Wurden bei der Eheschließung bloße Ordnungsvorschriften verletzt, übt dies keine Auswirkungen auf die Gültigkeit der Eheschließung und den rechtlichen Bestand der Ehe aus. Man spricht von **vollgültiger Ehe**. Als Ordnungsvorschriften gelten die meisten Soll-Vorschriften des Eheschließungsrechts.

**Beispiel:** Gemäß § 14 II PStG soll die Eheschließung in einer der Bedeutung der Ehe entsprechenden würdigen Form vorgenommen werden. Wird die Ehe also in einer der Ehe unwürdigen Form geschlossen, mag dies für die Eheschließenden zwar misslich sein, dennoch ist die Eheschließung wirksam (und kann daher nicht wiederholt werden).

- 54 Ist der bei der Eheschließung aufgetretene Fehler schwerwiegender, liegt entweder eine Nichtehe oder eine aufhebbare Ehe vor. Die Mängel, die zu einer Nichtehe oder einer aufhebbaren Ehe führen, sind im Eheschließungsrecht gem. §§ 1303 ff. BGB (hier: §§ 1313 ff. BGB) abschließend aufgeführt (vgl. auch § 1313 S. 3 BGB).
- 55 Eine **Nichtehe** liegt vor, wenn bei der Eheschließung mindestens ein formeller oder materieller Mangel aufgetreten ist, der so schwer wiegt, dass die Ehe unter keinem Gesichtspunkt Bestand haben kann. Die gleichwohl geschlossene Ehe ist unwirksam; sie entfaltet keinerlei familienrechtliche Wirkung.

**Beispiele** von Fehlern, die zur Nichtigkeit der Eheschließung führen:

- (1) **Fehlt** bei mindestens einer Person die auf Schließung der Ehe gerichtete Willensbekundung i.S.d. § 1310 I S. 1 BGB (**Ehewillenserklärung**), ist dieser Mangel so gewichtig, dass eine Nichtehe vorliegt.
  - (2) Wird die Ehe **nicht** vor einem **Standesbeamten** unter dessen Mitwirkung geschlossen (§ 1310 I BGB), ist sie unwirksam. Dabei gilt gem. § 1310 II BGB als Standesbeamter auch, wer zwar kein Standesbeamter ist, jedoch das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausgeübt hat. Das ist etwa der Fall, wenn sich die Ernennung des Standesbeamten als nichtig herausstellt (zu den Nichtigkeitsgründen einer Beamtenernennung vgl. § 11 BeamStG sowie die entsprechenden Vorschriften des Landesbeamtengesetzes). Gäbe es § 1310 II BGB nicht, wären alle Ehen, die unter Mitwirkung des das Amt des Standesbeamten öffentlich Ausübenden geschlossen wurden, nichtig.
  - (3) Wird die Ehe zwischen **gleichgeschlechtlichen** Partnern geschlossen, ist die Eheschließung unwirksam. Denn bei einem gleichgeschlechtlichen Paar kann nur eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet, aber keine Ehe geschlossen werden (§ 1 LPartG). Andersherum können Personen verschiedenen Geschlechtes auch keine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen; sie können nur heiraten.
- 56 Die Unwirksamkeit der Nichtehe kann von jeder Person jederzeit geltend gemacht werden. Da im Fall der Nichtehe keine wirksame Ehe zustande gekommen ist, muss auch keine konstitutive gerichtliche Entscheidung über die Unwirksamkeit der Ehe ergehen. Jedoch können Zweifel daran, ob ein Eheschließungsvorgang zu einer Ehe geführt hat oder der Tatbestand der Nichtehe vorliegt, mit einem Verfahren auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe geklärt werden (§ 121 Nr. 3 FamFG); zuständig sind die Familiengerichte (§§ 23a I S. 1 Nr. 1, 23b I GVG).

Liegt zwar ein Mangel bei der Eheschließung vor, wiegt dieser jedoch nicht so schwer, dass eine Nichtehe angenommen werden muss, ist die Ehe zunächst wirksam. Sie ist jedoch mit Wirkung für die Zukunft **aufhebbar**, wenn das Gesetz in §§ 1313 ff. BGB die Aufhebbarkeit zulässt.

**Beispiele** von Fehlern, die zur Aufhebbarkeit der Ehe führen:

- (1) Die Eheschließungserklärung muss von beiden Verlobten persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten abgegeben werden (§ 1311 S. 1 BGB). Die Einschaltung eines **Stellvertreters** oder die Vorlage einer **Heirats-erklärung** eines Ehemittels, der zufolge die Ehe trotz seiner Abwesenheit geschlossen werden soll, sind unzulässig.<sup>47</sup>

Ein Verstoß gegen die Erfordernisse des § 1311 BGB kommt an sich nicht vor, weil bereits der Standesbeamte die Mitwirkung verweigern wird und es so zu keiner Eheschließung kommt. Kommt es dennoch zu einer Eheschließung, hat der Verstoß gegen § 1311 BGB zwar nicht die Unwirksamkeit der Eheschließung zur Folge, führt aber zur **Aufhebbarkeit** der Ehe (§ 1314 I BGB). Die Möglichkeit der Aufhebung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Ehegatten nach der Ehe fünf Jahre als Ehegatten zusammengelebt haben, ohne dass die Aufhebung beantragt wurde; Gleiches gilt, wenn die Ehegatten bis zum Tode eines von ihnen mindestens drei Jahre als Ehegatten zusammengelebt haben, ohne dass ein Aufhebungsantrag gestellt wurde (§ 1315 II Nr. 2 BGB).

- (2) Da eine Ehe nur auf Lebenszeit geschlossen werden kann, sind eine **Befristung** der Ehe oder eine Eheschließung unter einer **Bedingung** unzulässig (§ 1311 S. 2 BGB). Hier setzt die gleiche Rechtsfolge ein wie bei Beispiel (1).
- (3) Eine Aufhebbarkeit der Ehe liegt auch vor, wenn einer der beiden Eheschließenden **bereits anderweitig verheiratet** ist. Denn gem. § 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 besteht (Verbot der **Doppel-ehe**).<sup>48</sup> Eine vorherige Ehe (auch Scheinehe) muss also durch Scheidungsurteil **rechtskräftig geschieden** worden sein oder der frühere Ehepartner muss **verstorben** sein. Ein Eheverbot besteht auch für denjenigen, der bereits eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet hat (§ 1306 BGB). Auch hier ist eine wirksame Eheschließung erst möglich, wenn die eingetragene Lebenspartnerschaft entweder durch rechtskräftige richterliche Entscheidung oder Tod des Lebenspartners aufgelöst wurde.

Die Aufhebbarkeit ergibt sich in beiden Fällen aus § 1314 I BGB. Antragsberechtigt sind jeder Ehegatte sowie die dritte Person, mit der einer der Partner schon verheiratet ist oder eine Lebenspartnerschaft führt. Den Antrag kann ferner die zuständige Verwaltungsbehörde stellen (§ 1316 I Nr. 1 BGB); diese soll sogar den

---

<sup>47</sup> Eine Stellvertreterhochzeit ist aber in einigen anderen Rechtskreisen zulässig (etwa in Pakistan). Eine nach ausländischem Recht per Vertreter geschlossene Ehe ist in Deutschland gültig und anzuerkennen, selbst wenn sich die beteiligten Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung noch nie gesehen haben. Voraussetzung ist nur, dass der Wille des Vertretenen, den zukünftigen Ehegatten zu heiraten, zum Zeitpunkt der Bestellung des Vertreters vorliegt. Vgl. dazu den Fall OLG Zweibrücken NJW-RR 2011, 725: Die streitgegenständliche Ehe wurde von den Eheleuten im Februar 2009 in Pakistan geschlossen. Anwesend waren der Standesbeamte, die pakistanische Braut sowie der Onkel des der Trauungszeremonie per Telefon zugeschalteten staatenlosen Bräutigams. Zum Zeitpunkt der Eheschließung hatten sich die Eheleute noch nie gesehen; sie begegneten sich vielmehr erstmalig im Oktober 2009. Da dieses Szenario nicht den deutschen Vorstellungen einer einvernehmlichen Eheschließung entsprach, hatte der deutsche Standesbeamte auch Zweifel, ob er diese Ehe nach §§ 15, 34 PStG im Eheregister beurkunden dürfe. Das OLG Zweibrücken zerstreute diese Bedenken mit dem Hinweis, dass für die Frage der Wirksamkeit der im Ausland geschlossenen und nunmehr in Deutschland anzuerkennenden Ehe allein das jeweilige ausländische Recht maßgeblich sei. Da das pakistanische Recht eine Stellvertretung bei der Eheschließung zulasse, sei die Ehe auch in Deutschland als wirksam anzusehen, soweit eine Willensvertretung den Umständen nach ausgeschlossen werden könne.

<sup>48</sup> Das Prinzip der Monogamie ist strafrechtlich durch § 172 StGB (Strafbarkeit der Doppel-ehe) abgesichert.

## Die Eingehung der Ehe

Antrag stellen, es sei denn, es liegt eine schwere Härte für einen der Ehegatten oder die Kinder vor (§ 1316 III BGB). Die Antragsbefugnis ist nicht befristet.

Die Aufhebung ist ausgeschlossen, wenn vor der Schließung der neuen Ehe die Scheidung oder Aufhebung der früheren Ehe mit dem Dritten ausgesprochen ist und dieser Ausspruch nach der Schließung der neuen Ehe rechtskräftig wird (§ 1315 II Nr. 1 BGB).

Einen Sonderfall der Doppelehe regelt § 1319 BGB: Heiratet ein Ehegatte, nachdem der andere **fälschlich für tot** erklärt worden ist, kann die neue Ehe nur dann wegen Verstoßes gegen § 1306 BGB aufgehoben werden, wenn beide Partner der neuen Ehe bei Eheschließung wussten, dass der für tot Erklärte im Zeitpunkt der Todeserklärung noch lebte (§ 1319 I BGB). Andernfalls wird durch den Abschluss der zweiten Ehe die erste aufgelöst (§ 1319 II S. 1 BGB). Wurde sie aufgehoben, bleibt sie es auch dann, wenn die Todeserklärung aufgehoben wird (§ 1319 II S. 2 BGB).

Lebt der für tot Erklärte noch, kann sein früherer Ehegatte die Aufhebung der neuen Ehe begehren, außer wenn er bei der Eheschließung wusste, dass der für tot Erklärte im Zeitpunkt der Todeserklärung noch lebte (§ 1320 I BGB).

- (4) Ein Eheverbot besteht gem. § 1307 BGB auch bei **Verwandten in gerader Linie** (Großeltern, Eltern, Kinder, Enkelkinder, § 1589 S. 1 BGB) sowie bei **Geschwistern** und **Halbgeschwistern** (§ 1589 S. 2 BGB).<sup>49</sup>

Hier ergibt sich die Aufhebbarkeit aus § 1314 I BGB. Antragsberechtigt sind jeder Ehegatte sowie die zuständige Verwaltungsbehörde (§ 1316 I Nr. 1 BGB); diese soll sogar den Antrag stellen, es sei denn, es liegt eine schwere Härte für einen der Ehegatten oder die Kinder vor (§ 1316 III BGB). Die Antragsbefugnis ist nicht befristet.

Eine Ehe zwischen Onkel und Nichte und zwischen Vetter und Cousine darf also geschlossen werden. Das früher ebenfalls bestehende Eheverbot bei **Schwägerschaft** ist im Zuge des Eheschließungsrechtsreformgesetzes 1998 aufgehoben worden. Seitdem darf eine Ehe also nicht nur zwischen Onkel und Nichte, Vetter und Cousine, sondern auch zwischen miteinander verschwägerten Personen geschlossen werden.

- (5) Eine **Scheinehe**, also eine Eheschließung, bei der die Ehegatten keine eheliche Lebensgemeinschaft gem. § 1353 I BGB begründen wollen, sondern andere Zwecke verfolgen (vgl. dazu Rn 23 sowie 78 ff.), ist zunächst wirksam. Denn das Eheschließungsrecht sieht diesen Verstoß gegen die Grundsätze einer Ehe als nicht so gravierend an, dass es von einer Unwirksamkeit ausginge. Vielmehr hat das Gesetz die Aufhebbarkeit angeordnet (§ 1314 II Nr. 5 BGB).

**Beispiel:** Dem sich in Deutschland aufhaltenden somalischen Staatsangehörigen S droht die Abschiebung. Er kann daher die sozial schwache F gegen Zahlung von 5.000,- € dazu bringen, ihn zu heiraten.

Hier wurde die Ehe nur deshalb geschlossen, um die Abschiebung des S zu verhindern (sog. Scheinehe). Die Ehe ist zwar nicht von vornherein unwirksam, aber gem. § 1314 II Nr. 5 BGB aufhebbar.

Zur Aufhebbarkeit einer fehlerhaften, aber zunächst wirksamen Ehe vgl. im Übrigen ausführlich Rn 82 ff.

---

<sup>49</sup> Das Eheverbot zwischen bestimmten Verwandten ist Ausdruck des auf langer kultureller Tradition beruhenden Inzesttabus und ist strafrechtlich mittelbar durch § 173 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten) abgesichert.

### III. Der Eheschließungsakt

Die Ehe basiert auf dem **Konsensprinzip**. Sie ist ein gegenseitiger personenrechtlicher **Vertrag**<sup>50</sup> zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts. Erklärt wird der Wille, die Ehe miteinander einzugehen (Ehewillenserklärung). Mit dem wirksamen Abschluss des Vertrags treten sämtliche Rechtswirkungen der Ehe (Verpflichtung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft; Vergünstigungen im Steuerrecht etc.) ohne Rücksicht darauf ein, ob sie im Einzelnen gewollt sind oder nicht.<sup>51</sup>

58

**Beispiel:** F ist von Beruf Arzthelferin. Sie schließt mit M, einem niedergelassenen Arzt, die Ehe. Das Einkommen bestreitet M ausschließlich über seine Praxis. Kurz nach der Eheschließung gibt F ihren Beruf als Arzthelferin auf und widmet sich der Haushaltsführung. Als die Praxis des M (aufgrund der Gesundheitsreform) nicht mehr so viel Gewinn abwirft, muss M eine der beiden Arzthelferinnen entlassen und verlangt nunmehr von F, dass diese in seiner Praxis mitarbeitet. Doch F ist der Meinung, dass sie dazu nicht verpflichtet sei, weil man vor der Eheschließung nicht darüber gesprochen habe.

Eine eheliche Pflicht, im Betrieb des anderen Ehegatten mitzuarbeiten, besteht grds. nicht. Zu beachten ist allerdings, dass M der F angemessenen Unterhalt gewähren muss (§ 1360 S. 1 BGB). Diese Pflicht kann spiegelbildlich die Obliegenheit bei F begründen, in der Praxis des M mitzuarbeiten, damit dieser überhaupt angemessenen ehelichen Unterhalt gewähren kann. Voraussetzung ist, dass die Praxis die *wesentliche Quelle des Familienunterhalts* bildet und ohne die Mitarbeit der F *in ihrem Bestand gefährdet* oder *nicht hinreichend rentabel* wäre. Eine Mitarbeitspflicht der F bestünde nur dann nicht, wenn diese durch eine externe Berufsarbeit die Familie gleich gut ernähren könnte. Davon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden.

Darüber hinaus kann sich die Pflicht zur Mitarbeit in der Praxis des M aus dem *familienrechtlichen Rücksichtnahmegebot* (§ 1356 II S. 2 BGB) ergeben. Das ist dann der Fall, wenn das Zusammenwirken im Betrieb bzw. in der Praxis die einverständlich gewählte Gestaltungsform der konkreten Ehegemeinschaft darstellt; typisch ist der kleinere, arbeitsintensive Familienbetrieb, wie er in der Landwirtschaft, bei Gaststätten und zum Teil auch beim Handwerk häufig zu finden ist.<sup>52</sup> Eine Verweigerung kann grob rücksichtslos sein und dem ehelichen Rücksichtnahmegebot zuwiderlaufen, woraus sich eine Mitarbeitspflicht ergibt.

Vorliegend stellt die Praxis des M die wesentliche Quelle des Familienunterhalts dar und wäre ohne die Mitarbeit der F auch nicht hinreichend rentabel. Zudem würde sich F grob rücksichtslos verhalten, wenn sie die Mitarbeit in der Praxis des M verweigerte. F ist daher zur Mitarbeit in der Praxis des M verpflichtet, obwohl dies vor der Eheschließung nicht vereinbart wurde.

#### 1. Vorbereitendes Verfahren

Das Verfahren zur Eheschließung beginnt damit, dass die Heiratswilligen ihre beabsichtigte Eheschließung beim Standesamt, in dessen Zuständigkeitsbereich einer der beiden seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, **anmelden** (§ 12 I PStG).<sup>53</sup> Sie haben die für die Eheschließung relevanten Daten (Personenstand; Wohnsitz; Staatsangehörigkeit; ggf. letzte Eheschließung und deren Auflösung) durch Vorlage öffentlicher **Urkunden** nachzuweisen (§ 12 II PStG). Das Standesamt hat dann zu **prüfen**, ob der Eheschließung ein Hindernis entgegensteht (§ 13 I S. 1 PStG). Reichen dazu die nach § 12 II PStG vorgelegten Urkunden nicht aus, haben die Eheschließenden weitere Urkunden oder sonstige Nachweise vorzulegen (§ 13 I S. 2

59

<sup>50</sup> Das Konsensprinzip darf nicht mit dem **Ehevertrag** nach § 1408 BGB verwechselt werden.

<sup>51</sup> Schwab, FamR, § 14 Rn 61.

<sup>52</sup> Schwab, FamR, § 23 Rn 127.

<sup>53</sup> Das **Aufgebotsverfahren** ist seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (EheschlIRG) am 1.7.1998 entfallen (siehe Rn 50).

PStG). Wird bei der Prüfung der Ehevoraussetzungen ein Ehehindernis (d.h. ein Eheverbot<sup>54</sup>) festgestellt, teilt das Standesamt den Eheschließenden mit, dass die Eheschließung nicht vorgenommen werden kann. Gegen die Ablehnung steht der Rechtsweg vor dem Familiengericht offen (§ 49 I PStG). Ergeben sich aber keine rechtlichen Hindernisse, darf der Standesbeamte seine Mitwirkung an der Eheschließung nicht verweigern (§ 1310 I S. 2 Halbs. 1 BGB); er teilt dann den Verlobten mit, dass die Eheschließung vorgenommen werden kann (§ 13 IV S. 1 Halbs. 1 PStG). Vor der Eheschließung muss er die Eheschließenden auch befragen, ob sich seit der Anmeldung ihrer Eheschließung Änderungen in ihren die Ehevoraussetzungen betreffenden tatsächlichen Verhältnissen ergeben haben und ob sie einen **Ehenamen** bestimmen wollen (§ 14 I PStG).

Alle Vorschriften des vorbereitenden Verfahrens sind Soll-Vorschriften. Werden sie in einem einzelnen Fall nicht beachtet, ist die gleichwohl geschlossene Ehe vollgültig (Rn 53).

## 2. Der Trauvorgang

- 60 Liegen die o.g. Voraussetzungen vor, kann die **Eheschließung** erfolgen. Die Eheschließenden müssen vor dem Standesbeamten persönlich und gleichzeitig erscheinen (§ 1311 S. 1 BGB). Stellvertretung und Botenschaft sind durch das Erfordernis persönlicher Erklärung also ausgeschlossen (vgl. bereits Rn 57). Der Standesbeamte soll die Eheschließenden **einzelnen befragen**, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und, nachdem die Eheschließenden diese Frage bejaht haben, **aussprechen**, dass sie nunmehr kraft Gesetzes rechtmäßig verbundene Eheleute sind (§ 1312 S. 1 BGB). Die Eheschließung kann in Gegenwart von einem oder zwei **Zeugen** erfolgen, sofern die Eheschließenden dies wünschen (§ 1312 S. 2 BGB). Im Übrigen soll die Eheschließung in einer der Bedeutung der Ehe entsprechenden **würdigen Form**, die dem Standesbeamten eine ordnungsgemäße Vornahme seiner Amtshandlung ermöglicht, vorgenommen werden (§ 14 II PStG).

Im Anschluss an die Eheschließung sind die Erklärungen der Eheschließenden, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, vom Standesbeamten in einer Niederschrift zu **beurkunden**. Die Niederschrift muss alle im Eheregister zu beurkundenden Angaben enthalten; sie ist von den Ehegatten, den Trauzeugen (soweit vorhanden) und dem Standesbeamten zu **unterschreiben**. Die Niederschrift wird zu den Sammelakten des Eheeintrags genommen (§ 14 III PStG). Schließlich erfolgt die Eintragung der Ehe in das **Eheregister** (§ 15 PStG).

Auch die Vorschriften über den Trauvorgang sind Soll-Vorschriften; ihre Missachtung beeinträchtigt die Wirksamkeit der Eheschließung daher nicht. Fehlt aber bei mindestens einer zur Trauung vorgesehenen Person die Ehemillenserklärung (Rn 55, 57), ist dieser Mangel so gewichtig, dass eine Nichtehe vorliegt.

## IV. Ehefähigkeit

### 1. Minderjährige, § 1303 BGB

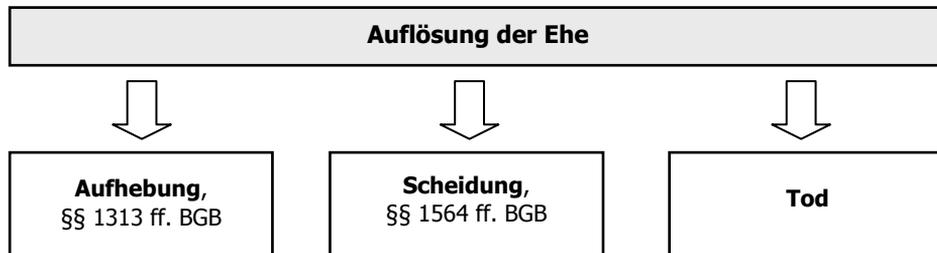
- 61 Da es sich bei der Ehe um einen gegenseitigen personenrechtlichen Vertrag handelt, setzt eine Eheschließung **Ehemündigkeit** der Ehemilligen voraus. Diese ist vom Gesetzgeber grundsätzlich an die Volljährigkeit, also an die Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 2 BGB) gekoppelt (§ 1303 I BGB). Jedoch kann das Familiengericht auf Antrag eine Befreiung von dem erforderlichen Mindestalter erteilen, wenn der Antragsteller das 16. Lebensjahr vollendet hat und sein künftiger Ehepartner volljährig ist (§ 1303 II BGB).

---

<sup>54</sup> Ehehindernisse werden als Eheverbote verstanden (so ausdrücklich *Schwab*, FamR, § 13 Rn 57 a.E.).

### C. Die Aufhebung der Ehe, §§ 1313-1318 BGB

- 82 Neben der **Ehescheidung** (§§ 1564 ff. BGB, siehe Rn 259 ff.) ist auch die **Aufhebung** der Ehe (§§ 1313 ff. BGB) eine Form der Eheauflösung. Beide Formen haben die Gemeinsamkeit, dass sie durch richterliche Entscheidung (Gestaltungsurteil) mit Wirkung für die Zukunft (*ex nunc*). erfolgen. Als dritte Form der Auflösung der Ehe kommt der **Tod** eines Ehegatten hinzu.

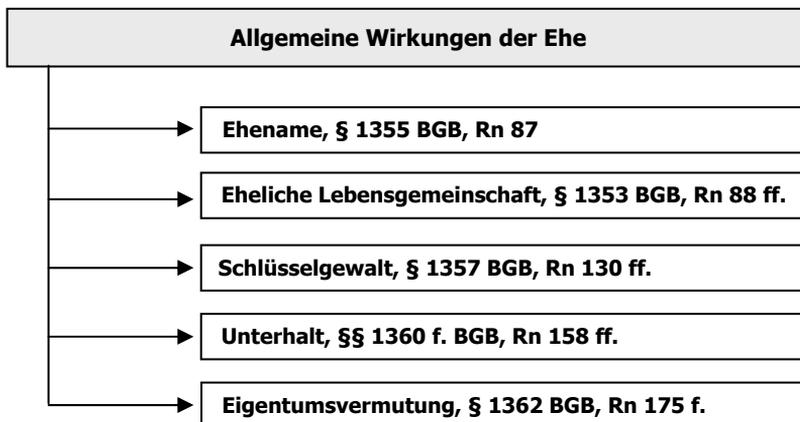


- 83 Zuständig für das Eheauflösungsverfahren ist das **Familiengericht** (§§ 111 Nr. 1; 121 Nr. 2 FamFG). Das Verfahren setzt einen **Antrag** voraus (§ 124 FamFG). Zu beachten ist in den Fällen des § 1314 II Nr. 2 bis 4 BGB die Jahresfrist bzw. Dreijahresfrist des § 1317 BGB. Wer antragsbefugt ist, ergibt sich aus den materiellrechtlichen Vorschriften (§ 1316 BGB). Antragsgegner ist bei Antrag eines Ehegatten der jeweils andere. Wird der Antrag durch die Verwaltungsbehörde gestellt, richtet er sich gegen beide Ehegatten; Gleiches gilt, wenn bei Doppelehe der Dritte den Antrag stellt (§ 129 I FamFG).
- 84 Die Begründetheit des Aufhebungsantrags setzt das Vorliegen eines **Aufhebungsgrundes** voraus. Eine Ehe kann aufgehoben werden, wenn sie entgegen den Vorschriften der §§ 1303, 1304, 1306, 1307 und 1311 BGB geschlossen wurde (§§ 1313 S. 3, 1314 I BGB). Darüber hinaus kann sie in den Fällen des § 1314 II BGB aufgehoben werden (vgl. Rn 71). In den Fällen des § 1315 BGB ist eine Aufhebung der Ehe ausgeschlossen („Bestätigung“).
- 85 Die Ehe ist erst mit Rechtskraft der die Ehe aufhebenden Entscheidung aufgelöst (§ 1313 S. 2 BGB). Folge der rechtskräftigen Aufhebung ist die Auflösung der Ehe mit Ex-nunc-Wirkung; die Ehe ist erloschen. Freilich folgt dem (wie bei der Scheidung) regelmäßig ein **nacheheliches Rechtsverhältnis**, wobei hinsichtlich der Regelungen nicht pauschal auf das Scheidungsfolgenrecht verwiesen wird, sondern § 1318 BGB im Fall der Aufhebung nur auf einzelne Regelungen des Scheidungsrechts verweist, und das auch nur in bestimmten, in § 1318 II und III BGB genannten Fällen. Dabei betrifft § 1318 II BGB den **Unterhalt** und § 1318 III BGB den **Zugewinnausgleich** sowie den **Versorgungsausgleich**. § 1318 IV Halbs. 1 BGB verweist auf §§ 1568a und 1568b BGB und betrifft damit die Zuweisung der **Ehewohnung** und von **Haushaltsgegenständen**. Doch sind die Umstände bei der Eheschließung, bei Doppelehe auch die Belange des Dritten besonders zu berücksichtigen (§ 1318 IV Halbs. 2 BGB). Die Aufhebung der Ehe hat schließlich Auswirkungen auf das **Erbrecht**. So ist der Ehegatte, der bei bestimmten schweren Verstößen die Aufhebbarkeit der Ehe bei Eheschließung gekannt hat, vom gesetzlichen Erbrecht des § 1931 BGB ausgeschlossen (§ 1318 V BGB).

## D. Die eheliche Gemeinschaft, §§ 1313-1318 BGB

### I. Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, §§ 1353-1362 BGB

Die allgemeinen Wirkungen der Ehe sind in §§ 1353-1362 BGB geregelt. Sie gliedern sich folgendermaßen: 86



#### 1. Ehename, § 1355 BGB

Die Bestimmung eines gemeinsamen Ehepartners ist zwar die Regel, aber nicht zwingend, da § 1355 I S. 1 BGB lediglich als Sollvorschrift ausgestaltet ist. Die Ehepartner können also auf einen gemeinsamen Ehepartner verzichten und ihre bisherigen Namen fortführen. Bestimmen sie aber einen gemeinsamen Ehepartner, haben sie die Wahl, den Namen des Mannes oder den Namen der Frau als gemeinsamen Ehepartner zu bestimmen (§ 1355 II BGB). Gemäß § 1355 II BGB kann als Ehename auch ein Name erklärt werden, den einer der Ehegatten durch eine frühere Heirat erworben hat. Ein gemeinsamer Doppelname ist aber auf keinen Fall möglich. 87

**Beispiel:** Schließen Herr Meier und Frau Schulze miteinander die Ehe, haben sie die Wahl, ob sie ihre jeweiligen Namen behalten oder einen gemeinsamen Ehepartner bestimmen wollen. Bestimmen sie einen gemeinsamen Ehepartner, können sie sich auf Meier oder Schulze einigen. Der Doppelname Meier-Schulze ist nicht zulässig.

Der Ehegatte, dessen Name nicht Ehename wird, kann seinen Namen dem Ehepartner voranstellen oder anfügen, vgl. § 1355 IV S. 1 BGB.

**Beispiel:** Einigen sich Herr Meier und Frau Schulze auf Meier als gemeinsamen Ehepartner, darf Frau Schulze ihren bisherigen Namen dem Namen Meier voranstellen oder anfügen, sich also z.B. für Meier-Schulze entscheiden.

Um jedoch „Vielfachnamen“ auszuschließen, bestimmt § 1355 IV S. 2 BGB, dass der Ehegatte, dessen Name nicht Ehename wird, seinen Namen dem Ehepartner nicht voranstellen oder anfügen kann, wenn bereits der Ehename aus mehreren Namen besteht.

**Beispiel:** Schließen Herr Müller und Frau Meier-Schulze (die diesen Doppelnamen aus erster Ehe mit Herrn Meier behalten hat) miteinander die Ehe und bestimmen den Doppelnamen Meier-Schulze als Ehename, ist es nicht möglich, dass Herr Müller seinen

Namen dem Doppelnamen voranstellt oder anfügt. Der Name Meier-Schulze-Müller bzw. Müller-Meier-Schulze ist also unzulässig.

Im Übrigen soll die Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens bei der Eheschließung erfolgen. Wird die Erklärung später abgegeben, muss sie öffentlich beglaubigt werden, § 1355 III BGB. Schließlich ist zu beachten, dass ein einmal gewählter Ehe-name für die Dauer der Ehe unwiderrufbar ist.<sup>74</sup> Er will also gut überlegt sein. Zur Namensführung nach der Ehescheidung bzw. Wiederheirat vgl. auch Rn 440, 441.

### **2. Eheliche Lebensgemeinschaft, § 1353 BGB**

**88** Die eheliche Lebensgemeinschaft ist als Schicksalsgemeinschaft konzipiert und grundsätzlich auf Lebenszeit begründet, § 1353 I S. 1 BGB. § 1353 I S. 2 BGB spricht von einer Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, ohne jedoch die Pflichten zu konkretisieren. Da die Ehe aber ein Leben in Gemeinschaft bedeutet, sind folgende Grundelemente als eheprägend anerkannt:

- Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft
- Pflicht zur ehelichen Treue und Geschlechtsgemeinschaft
- Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Achtung
- Pflicht zur Beistandsleistung, Hilfe- und Gefahrenabwehr
- Gewährung der Mitbenutzung von Haushaltsgegenständen
- Pflicht zur Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit
- Verpflichtung zum Familienunterhalt
- Pflicht zur einvernehmlichen Regelung gemeinsamer Angelegenheiten
- Pflicht zur Mitarbeit in Beruf und Geschäft
- Bestehen eines rechtlichen Schutzes der ehelichen Lebensgemeinschaft

#### **a. Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft**

**89** Die eheliche Lebensgemeinschaft baut zunächst auf einer Wohngemeinschaft auf, deren Ausprägung allerdings von den konkreten Umständen und Lebensverhältnissen abhängt. So können die Ehepartner (etwa für den Fall, dass Arbeitsstätte und Wohnstätte auseinanderfallen oder keiner der beiden Ehepartner seine bisherige Wohnung aufgeben möchte) eine abweichende Lebensgestaltung vereinbaren. Liegen die Erwartungen der Ehepartner auseinander, verlangt § 1353 I S. 2 BGB eine Einigung. Allerdings kann der aus § 1353 I S. 2 BGB erwachsende Anspruch auf ein eheliches Zusammenleben nicht gerichtlich durchgesetzt werden, § 120 I, III FamFG.

#### **b. Pflicht zur ehelichen Treue und Geschlechtsgemeinschaft**

**90** Die Pflicht der Ehepartner zur ehelichen Lebensgemeinschaft und zur gegenseitigen Verantwortung (§ 1353 I S. 2 BGB) beinhaltet auch die Pflicht zur ehelichen Treue und zur Geschlechtsgemeinschaft. Beide Pflichten sind wegen § 120 I, III FamFG ebenfalls nicht vollstreckbar. Das gilt auch für den Bereich der Familienplanung. Ein Ehepartner kann vom anderen weder die Zeugung von Kindern verlangen noch die sichere Empfängnisverhütung. Das abredewidrige Absetzen von empfängnisverhütenden Mitteln bleibt daher ohne rechtliche Sanktion<sup>75</sup> und verstößt auch nicht gegen § 1353 I S. 2 BGB. Sogar die Entscheidung über die eigene Sterilisation kann ohne Beteiligung des Partners getroffen werden.<sup>76</sup>

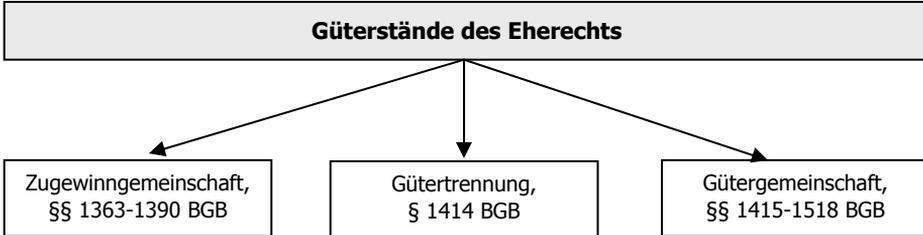
<sup>74</sup> BayObLG NJW 1993, 337.

<sup>75</sup> BGHZ 97, 372, 379 f.; a.A. *Grziwotz*, FamRZ 2002, 1154, 1156. Vgl. dazu auch BGH NJW 2011, 1789.

<sup>76</sup> BGHZ 67, 48, 51; *Wellenhofer*, FamR, § 9 Rn 5.

## II. Das eheliche Güterrecht, §§ 1363-1563 BGB

- 177 Das BGB-Familienrecht unterscheidet drei eheliche Güterstände: die Zugewinnngemeinschaft, die Gütertrennung und die Gütergemeinschaft. Dabei bildet die Zugewinnngemeinschaft den gesetzlichen Güterstand; bei der Gütertrennung und der Gütergemeinschaft handelt es sich um Wahlgüterstände, die die Eheleute vereinbaren können, sofern sie mit dem gesetzlichen Güterstand nicht einverstanden sind.



- 178 Die Wahl des (richtigen) Güterstandes hängt von vielen Umständen ab. Insbesondere bei Doppelverdiener-Ehen und Ehen mit höheren Einkommensverhältnissen wird der Zuschnitt des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft oft als unvorteilhaft erachtet.

### 1. Zugewinnngemeinschaft, §§ 1363-1390 BGB

- 179 Sofern die Eheleute nicht durch notariellen Ehevertrag (vgl. §§ 1408 ff. BGB) eine anderweitige Vereinbarung treffen, gilt der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 I BGB). Grundgedanke dieses Güterstands ist, dass das Vermögen, das die Ehegatten im Laufe der Ehe erwirtschaften, als von beiden gleichermaßen verdient angesehen wird. Zwar findet keine Fusionierung der Vermögensmassen statt, im Fall der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft findet aber ein Ausgleich statt. Diese Wesensmerkmale der Zugewinnngemeinschaft sind in § 1363 II BGB zusammengefasst:

- **Vermögensstrennung:** Die jeweiligen Vermögen der Ehegatten bleiben getrennt; insbesondere führt die Eheschließung nicht zur Verschmelzung der Vermögensmassen; dies gilt auch für das Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt (§ 1363 II S. 1 BGB). Allein durch die Eheschließung entsteht also kein gemeinschaftliches Eigentum. Ein solches kann aber aufgrund der allgemeinen Vorschriften (insbesondere durch Rechtsgeschäft) entstehen, etwa indem die Ehegatten gemeinschaftlich Eigentum gem. § 929 BGB oder gem. § 925 BGB erwerben und so zu Miteigentümern (etwa nach § 1008 BGB oder nach §§ 741 ff. BGB) werden.
- **Zugewinnausgleich bei Beendigung der Zugewinnngemeinschaft:** Der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe jeweils für sich erzielen, wird jedoch ausgeglichen, wenn die Zugewinnngemeinschaft endet (§ 1363 II S. 2 BGB). Eine zum Zugewinnausgleich führende Beendigung der Zugewinnngemeinschaft liegt vor im Fall des Todes eines Ehegatten (§ 1371 BGB) oder auf andere Weise (§ 1372 BGB), insbesondere durch Scheidung (§§ 1564 ff. BGB).

#### a. Vermögenstrennung und Einschränkungen

- 180 Folge der auch der Zugewinnngemeinschaft immanenten Vermögenstrennung ist, dass jeder Ehegatte sein Vermögen und seine Einkünfte grundsätzlich selbstständig verwalten kann (§ 1364 Halbs. 1 BGB). Um jedoch eine Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und der Zugewinnausgleichsforderung des anderen Ehegatten auszuschließen, hat das Gesetz rechtsgeschäftliche Beschränkungen (d.h. ein grund-

sätzliches Zustimmungsrecht des anderen Ehegatten) angeordnet (§ 1364 Halbs. 2 i.V.m. §§ 1365 ff. BGB). Das betrifft in erster Linie

- die Beschränkung der Verfügung über **das Vermögen im Ganzen** oder die Verpflichtung hierzu (§ 1365 BGB)
- und die Beschränkung der Verfügung über **Haushaltsgegenstände** oder der Verpflichtung hierzu (§§ 1369, 1366 BGB).

## aa. Beschränkungen bzgl. des Vermögens im Ganzen, § 1365 BGB

### a.) Verpflichtungen und Verfügungen

Gemäß § 1365 I S. 1 BGB kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen (§ 1365 I S. 1 BGB).

181

**Beispiel:** Ehemann M verkauft (§ 433 BGB) seine Motorjacht an D. Weiteres nennenswertes Vermögen hat M nicht. Übereignung und Übergabe (§ 929 BGB) der Jacht sollen eine Woche später erfolgen, weil D noch das Geld besorgen muss. Doch als die Ehefrau F davon erfährt, „untersagt“ sie M die Übereignung und Übergabe des Bootes, also das Verfügungsgeschäft. Hat D einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe?

D könnte einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Bootes gem. § 433 I S. 1 BGB haben. Das setzt aber einen wirksamen Kaufvertrag zwischen M und D voraus. Entsprechende Willenserklärungen der Vertragsparteien liegen vor. Allerdings könnte der Wirksamkeit des Kaufvertrags das Zustimmungserfordernis gem. § 1365 BGB entgegenstehen. Nach dieser Vorschrift kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen (§ 1365 I S. 1 BGB).

M hat sich gegenüber D verpflichtet, ihm seine Jacht zu übereignen und sie ihm zu übergeben. Da die Jacht zudem das gesamte Vermögen des M ausmacht, greift § 1365 BGB. F war damit berechtigt, dem Verkauf zuzustimmen. Der ohne diese Einwilligung geschlossene Kaufvertrag zwischen M und D ist daher (schwebend) unwirksam. D hat gegen M keinen Anspruch auf Übereignung und Übergabe der Jacht.

Nach § 1365 I S. 1 BGB ist also bereits das Verpflichtungsgeschäft zustimmungsbedürftig. Dies muss so sein, weil der Ehegatte sonst (wenn nur das Verfügungsgeschäft mangels Genehmigung unwirksam wäre) aus dem (wirksamen) Verpflichtungsgeschäft schadensersatzpflichtig würde. Der Schutzzweck des § 1365 I S. 1 BGB wäre dann untergraben, weil durch die Schadensersatzpflicht ebenfalls die wirtschaftliche Grundlage der Familie bzw. die Zugewinnausgleichsforderung des anderen Ehegatten gefährdet wäre.

182

Zustimmungsbedürftig ist auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft, wenn der zustimmungsberechtigte Ehegatte nicht bereits dem Verpflichtungsgeschäft zugestimmt hat. Ein ohne die erforderliche Zustimmung getätigtes Verfügungsgeschäft ist also auch (schwebend) unwirksam.

183

Im obigen **Beispiel** wäre also auch die Übereignung der Jacht (schwebend) unwirksam, wenn diese ohne Zustimmung der F erfolgt wäre.

Hat der andere Ehegatte aber das Verpflichtungsgeschäft genehmigt, bedarf das darauf folgende Verfügungsgeschäft keiner expliziten Zustimmung. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem Umkehrschluss aus § 1365 I S. 2 BGB. Selbst wenn man diesen Umkehrschluss nicht zieht, ist die Zustimmung zum Verfügungsgeschäft entbehrlich, weil man in der Zustimmung zum Verpflichtungsgeschäft gleichzeitig die Zustimmung zum Verfügungsgeschäft sehen kann. Denn es macht für den Zustimmungsberechtigten

184

keinen Sinn, lediglich dem Verpflichtungsgeschäft zuzustimmen und die Zustimmung zum Verfügungsgeschäft zu versagen. Zudem sind juristische Laien oftmals gar nicht in der Lage, stets die Zusammenhänge zwischen einem Verpflichtungs- und einem Verfügungsgeschäft zu erkennen.

- 185** Fehlt die erforderliche Zustimmung, ist das Rechtsgeschäft nicht stets unwirksam. Denn das Gesetz hat eine Konvaleszenz („Heilung“) vorgesehen für den Fall, dass der andere Ehegatte das ohne die erforderliche Einwilligung getätigte und damit schwebend unwirksame Rechtsgeschäft **genehmigt** (§ 1365 I S. 2, § 1366 I BGB). Verweigert der genehmigungsberechtigte Ehegatte die Genehmigung, ist das Rechtsgeschäft endgültig unwirksam (§ 1366 IV BGB).

Würde F im obigen **Beispiel** den Kaufvertrag genehmigen, bedürfte das anschließende Verfügungsgeschäft keiner Zustimmung mehr. Aber auch wenn M ohne die erforderliche Zustimmung das Verfügungsgeschäft vornähme, könnte F auch dieses genehmigen und den Schwebezustand im positiven Sinne beenden. Bei Verweigerung der Genehmigung greift die Unwirksamkeitsanordnung nach § 1366 IV BGB.

- 186** Verweigert der andere Ehegatte die Zustimmung ohne ausreichenden Grund oder ist er durch Krankheit oder Abwesenheit an der Abgabe einer (Zustimmungs-)Erklärung verhindert und ist mit dem Aufschieben Gefahr verbunden, kann das Familiengericht auf Antrag des Ehegatten (vgl. § 261 II FamFG) die Zustimmung des anderen Ehegatten ersetzen. Voraussetzung ist nur, dass das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht (§ 1365 II BGB).

Mit der Genehmigung durch den anderen Ehegatten wird das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft also gem. § 1366 I BGB wirksam, und zwar mit Ex-tunc-Wirkung (§ 184 I BGB). Bis zur Genehmigung kann der Dritte den Vertrag widerrufen. Hat er gewusst, dass sein Vertragspartner verheiratet ist, kann er nur widerrufen, wenn sein Geschäftspartner wahrheitswidrig behauptet hat, der andere Ehegatte habe eingewilligt; er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm beim Abschluss des Vertrags bekannt war, dass der andere Ehegatte nicht eingewilligt hatte (§ 1366 II BGB).

Fordert der Dritte den vertragschließenden Ehegatten auf, die erforderliche Genehmigung des anderen Ehegatten zu beschaffen, kann dieser sich nur dem Dritten gegenüber über die Genehmigung erklären. Die Genehmigung kann nur innerhalb von zwei Wochen seit dem Empfang der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert. Ersetzt das Familiengericht die Genehmigung (s.o.), ist sein Beschluss nur wirksam, wenn der vertragschließende Ehegatte dies dem Dritten innerhalb der zweiwöchigen Frist mitteilt; andernfalls gilt die Genehmigung als verweigert (§ 1366 III BGB).

Die Verweigerung der Genehmigung hat die Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge (§ 1366 IV BGB).

- 187** § 1365 BGB gilt vom Zeitpunkt der Eheschließung bis zum rechtskräftigen Scheidungs-urteil. Verpflichtet sich also ein Verlobter zur Verfügung seines gesamten Vermögens, stellt sich die Frage, ob das nach der Eheschließung vollzogene Verfügungsgeschäft der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf.

**Beispiel:** M und F sind verlobt. Noch vor der Eheschließung unterzeichnen F und ihre Mutter D einen Kaufvertrag (§ 433 BGB), wonach sich F verpflichtet, die ihr gehörende Motorjacht (ein Erbstück des kürzlich verstorbenen Großvaters) auf D zu übertragen (§ 929 BGB). Weiteres Vermögen hat F nicht. Nach der Eheschließung übereignet F die Jacht an D. Als M davon erfährt, fragt er nach der Rechtslage.

Da hier § 1365 BGB zum Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts noch nicht greift, bedürfte F insoweit nicht der Zustimmung des M. Einem Zustimmungserfordernis könnte aber das nach der Eheschließung vollzogene Verfügungsgeschäft unterliegen haben. Doch forderte man dies, könnte das zu einer verschuldensunabhängigen Haftung nach

§ 311a II BGB führen, wenn M die Zustimmung verweigerte und eine Ersetzung seiner Zustimmung durch das Familiengericht gem. § 1365 II BGB auch nicht erfolgte. Denn das Verpflichtungsgeschäft ist ja – wie gesehen – wirksam und kann bei Pflichtverletzung zu Schadensersatzansprüchen führen. Im Ergebnis wäre der Schutzzweck des § 1365 BGB also nicht gewahrt.

Das nach der Eheschließung vollzogene Verfügungsgeschäft der F bedurfte daher nicht der Zustimmung des M.

Wird umgekehrt das Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft während der Trennungszeit geschlossen, bedarf es der Zustimmung des anderen (Noch-)Ehegatten. Denn § 1365 BGB gilt bis zur rechtskräftigen Scheidung. Wird also die Ehe während des Schwebbezustands geschieden, wird der Vertrag auch nicht mit der Rechtskraft der Scheidung wirksam. **188**

Stirbt der vertragschließende Ehegatte während des Schwebbezustands, tritt wegen des Schutzzwecks des § 1365 BGB ebenfalls keine Konvaleszenz ein. Denn auch in diesem Fall kann der überlebende Ehegatte seine Zugewinnausgleichsansprüche i.S.v. § 1371 BGB nicht verwirklichen, wenn der verstorbene Ehegatte über sein gesamtes Vermögen verfügt hat. **189**

Dagegen ist eine Konvaleszenz des Rechtsgeschäfts durch den Tod des zustimmungsberechtigten Ehegatten nach allgemeinen Grundsätzen möglich, wenn der Schutzzweck des § 1365 BGB (Erhaltung des Vermögens als wirtschaftliche Grundlage der Familie sowie Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs) nicht mehr besteht. Voraussetzung einer solchen Heilung des Rechtsgeschäfts ist aber, dass es im Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands schwebend unwirksam und nicht bereits endgültig unwirksam ist. Hatte der zustimmungsberechtigte Ehegatte seine Genehmigung bereits verweigert (mit der Folge des § 1366 IV BGB), kommt eine Konvaleszenz deshalb nur in Betracht, wenn die Vertragsparteien vor seinem Tode die schwebende Unwirksamkeit des Vertrags durch Anrufung des Familiengerichts gemäß § 1365 II BGB oder durch Aufforderung gem. § 1366 III S. 1 BGB wiederhergestellt hatten.<sup>179</sup>

Schließlich ist zu beachten, dass einseitige Rechtsgeschäfte nicht genehmigt werden können. Fehlt diesbezüglich also die Zustimmung, ist ein **einseitiges** zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft **stets unwirksam** (§ 1367 BGB). **190**

### **b.) Revokationsrecht, § 1368 BGB**

Ist mangels Zustimmung das Verfügungsgeschäft unwirksam, gibt § 1368 BGB dem zustimmungsberechtigten Ehegatten ein **Revokationsrecht**, d.h. das Recht, das dem vertragschließenden Ehegatten zustehende Recht aus § 985 BGB im eigenen Namen, aber mit Wirkung für den vertragschließenden Ehegatten geltend zu machen. **191**

Das Revokationsrecht wird in Prozessstandschaft geltend gemacht, d.h. der klagende Ehegatte hat nur einen Anspruch auf Herausgabe an den Eigentümer, nicht aber an sich selbst, denn sonst würde der Grundsatz der getrennten Vermögensmassen (§ 1364 BGB) unterlaufen.

**Beispiel:** M und F sind verheiratet. Das hält F jedoch nicht davon ab, die ihr gehörende Motorjacht (ein Erbstück des kürzlich verstorbenen Großvaters) an ihre Mutter D zu veräußern (§ 433 BGB sowie 929 BGB). Weiteres Vermögen hat F nicht. Als M davon erfährt, verlangt er von D das Boot an F heraus.

Der von M geltend gemachte Anspruch könnte sich auf § 985 BGB i.V.m. §§ 1365 I S. 1, 1368 BGB stützen. Ursprünglich war F Eigentümerin der Jacht. Ihr Eigentum könnte sie aber gem. § 929 BGB an D verloren haben. Doch dies setzt die Wirksamkeit der Über-

<sup>179</sup> BGHZ 125, 355, 361 f.; *Kropholler*, Studienkommentar BGB, § 1366 Rn 3.

eignung voraus. Gemäß § 1365 I S. 1 BGB ist eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen unwirksam, wenn der andere Ehegatte nicht zustimmt (bzw. das Familiengericht die Zustimmung nicht gem. § 1365 II BGB ersetzt).

Die Jacht ist der einzige Vermögensgegenstand der F. Daher bedurfte die Verfügung der Zustimmung des M. Diese hat M verweigert. Eine Ersetzung seiner Zustimmung durch das Familiengericht ist nicht zu erwarten, da die Veräußerung der Jacht als einziger Vermögensgegenstand den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung nicht entspricht (§ 1365 II BGB).

Die Verfügung ist daher unwirksam. F ist Eigentümerin der Jacht geblieben und könnte diese daher nach § 985 BGB von D vindizieren. Sollte sich F weigern, diesen Anspruch geltend zu machen, kann M das F zustehende Recht aus § 985 BGB im eigenen Namen, aber mit Wirkung für F ausüben, § 1368 BGB.

Umgekehrt kann D den bezahlten Kaufpreis über § 812 BGB kondizieren. Ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) dergestalt, dass sie die Herausgabe der Jacht verweigern könnte, bis sie den gezahlten Kaufpreis zurückerhalten hat, steht ihr nicht zu; auch insoweit hat der Familienschutz Vorrang.

### c.) Vermögen im Ganzen

- 192** § 1365 I S. 1 BGB spricht vom „Vermögen im Ganzen“. Das könnte bedeuten, dass ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft nur dann vorliegt, wenn das gesamte Vermögen en bloc Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist. Darauf stellen die Vertreter der **Gesamttheorie**<sup>180</sup> ab. Doch eine Verfügung über das gesamte Vermögen ist dem Zivilrecht sonst nur in Ausnahmefällen, etwa bei der Verfügung von Todes wegen, bekannt. Daher muss bei § 1365 BGB etwas anderes gemeint sein. Nach richtiger Auffassung ist auch ein Rechtsgeschäft über einen einzelnen Gegenstand von § 1365 BGB erfasst, wenn dieser **im Wesentlichen das Vermögen** des Ehegatten darstellt (**Einzeltheorie**).<sup>181</sup>
- 193** Ob der Vermögensgegenstand im Wesentlichen das Vermögen ausmacht, ist im Einzelfall durch einen Wertvergleich zwischen dem vom Rechtsgeschäft umfassten Vermögensgegenstand und dem verbliebenen Restvermögen zu ermitteln. Bei kleinen Vermögen (aktuell bis 50.000,- €) hat der BGH die Anwendung des § 1365 BGB verneint, wenn eine Restquote von 15% verbleibt.<sup>182</sup> Bei größeren Vermögen soll eine Restquote von 10% genügen.<sup>183</sup>
- 194** Im Interesse des Rechtsverkehrs und wegen des Grundsatzes aus § 1364 BGB verlangt die h.M. aber, dass der Vertragspartner zumindest die Umstände kennen muss, aus denen sich ergibt, dass der Gegenstand im Wesentlichen das Vermögen des kontrahierenden Ehegatten ausmacht (subjektive Theorie).<sup>184</sup> Der für die Kenntnis relevante Zeitpunkt ist im Interesse des Verkehrsschutzes der des Abschlusses des Verpflichtungs-, nicht der des Erfüllungsgeschäfts.<sup>185</sup>

**Beispiel**<sup>186</sup>: Verpflichtet sich ein Ehegatte zur Übereignung seines Grundstücks, das im Wesentlichen sein ganzes Vermögen bildet, und ist diese Verpflichtung mangels positiver Kenntnis des Vertragspartners wirksam, bedarf das Verfügungsgeschäft – trotz zwischenzeitlich erlangter Kenntnis des Vertragspartners – nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten.

<sup>180</sup> Vertreten von *Budzikiewicz*, in: Erman, § 1365 Rn 7.

<sup>181</sup> BGHZ 35, 135, 143; 43, 174, 175 f.; 123, 93, 95; *Brudermüller*, in: Palandt, § 1365 Rn 4.

<sup>182</sup> BGHZ 77, 293, 299

<sup>183</sup> BGH FamRZ 1991, 669 f.; OLG München FamRZ 2005, 272.

<sup>184</sup> BGHZ 43, 174, 175 f.; 64, 246, 247 f.

<sup>185</sup> BGHZ 106, 253, 255 f.

<sup>186</sup> Nach *Kropholler*, Studienkommentar BGB, § 1365 Rn 2.

Überhaupt sind **Grundstücksveräußerungsgeschäfte** sowie die Veräußerung von **Geschäftsanteilen** der Hauptanwendungsbereich des § 1365 BGB. Dingliche Belastungen eines Grundstücks, welches im Wesentlichen das ganze Vermögen ausmacht, sind nur dann erfasst, wenn der Wert des Grundstücks in einem Maße absinkt, dass dem verfügenden Ehegatten nur ein unwesentlicher Teil seines ursprünglichen Gesamtvermögens verbleibt.<sup>187</sup> Bei der Bestellung eines **Nießbrauchs** wird dies jedoch kaum der Fall sein, da dieser den Wert des Grundstücks niemals ganz ausschöpft.<sup>188</sup> Bei der Dienstbarkeit in Form eines **Wohnrechts** sowie bei **Hypothek** und **Grundschuld** sieht dies anders aus.

**Beispiel:** M und F sind verheiratet und leben im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. F ist Alleineigentümerin eines noch unbebauten Grundstücks auf Sylt, das sie noch vor der Eheschließung geerbt hat. Weiteres Vermögen hat F nicht. Weil sie sich eine Motorjacht gönnen möchte, ihr aber dazu das nötige Geld fehlt, bestellt sie zugunsten ihrer Hausbank B formgerecht eine Buchgrundschuld i.H.v. 100.000,- €. Damit ist das Grundstück zu 90% seines Verkehrswerts belastet. M verschweigt sie dies alles. Als dieser die Sachlage erfährt, verlangt er die Löschung der Grundschuld und Berichtigung des Grundbuchs (d.h. von B die Abgabe der nach § 19 GBO erforderlichen Bewilligung zur Grundbuchberichtigung).

Der von M geltend gemachte Anspruch könnte sich aus §§ 1368, 894 BGB ergeben. Voraussetzung wäre, dass das Grundbuch unrichtig ist. Das wiederum wäre der Fall, wenn die Grundschuld nicht wirksam entstanden ist.

Die Buchgrundschuld entsteht durch dingliche Einigung zwischen dem Sicherungsgeber und dem Gläubiger gem. § 873 I BGB mit dem Inhalt des § 1191 BGB. Im Falle einer Buchgrundschuld muss die Einigung zusätzlich den Ausschluss der Brieferteilung umfassen (§§ 1192, 1116 II BGB). Die Eintragung der Grundschuld richtet sich nach § 1115 BGB.<sup>189</sup>

Bis auf die Einigung liegen alle Voraussetzungen unstreitig vor. Die nach § 873 BGB erforderliche Einigung könnte wegen § 1365 BGB zu verneinen sein.

Dazu müsste das Grundstück im Wesentlichen das Vermögen ausmachen. Das ist der Fall. Es ist davon auszugehen, dass der Hausbank dies auch bekannt war.

Allerdings wurde das Grundstück nicht auf die Bank übereignet, sondern lediglich mit einer Grundschuld belastet. Die Belastung eines einzelnen Gegenstands ist jedoch nur dann als zustimmungspflichtiges Geschäft i.S.d. § 1365 BGB zu bewerten, wenn bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Einzelfall festgestellt wird, dass die Belastung den Wert der Sache fast ganz ausschöpft. Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen, da F lediglich 10% des Verkehrswertes unbelastet verbleiben.

Demnach ist die Bestellung der Grundschuld gem. §§ 1365 I S. 2, 1366 I, IV BGB unwirksam. M steht der geltend gemachte Anspruch zu.

Nach h.M. wird in der Eingehung einer Geldschuld (Übernahme einer Bürgschaft, Aufnahme eines Darlehens, Eingehung einer Kaufpreisschuld) weder eine Verfügung noch die Verpflichtung gesehen, über bestimmte das ganze oder nahezu das ganze Vermögen verkörpernde Gegenstände zu verfügen. Begründet wird dies mit dem Vorrang des reibungslosen Rechtsverkehrs vor familienrechtlichen Anliegen.<sup>190</sup> Auch Verfügungen von Todes wegen sind von § 1365 BGB nicht erfasst, weil die Vorschrift die Testierfreiheit nicht beschneiden möchte. Zudem ist der überlebende Ehegatte durch § 1371 BGB abgesichert.<sup>191</sup>

<sup>187</sup> BGH NJW 1990, 112.

<sup>188</sup> BGH FamRZ 1966, 22.

<sup>189</sup> Zum Entstehen einer Grundschuld vgl. ausführlich R. Schmidt, SachenR II, 5. Aufl. 2011, Rn 483 ff.

<sup>190</sup> BGH FamRZ 1983, 455; Kropholler, Studienkommentar BGB, § 1365 Rn 3.

<sup>191</sup> BGH FamRZ 1969, 323, 325.

### d.) § 1365 BGB und gutgläubiger Erwerb

197 Die gesetzliche Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB steht in ihrer Wirkung einem **absoluten Veräußerungsverbot** gleich<sup>192</sup>, weil § 1365 BGB in erster Linie die wirtschaftliche Grundlage der gesamten Familie schützt. Daher ist ein **gutgläubiger Erwerb** nach §§ 929, 932 BGB bzw. nach §§ 873, 925, 892 BGB **nicht** möglich. Das gilt aber nur im Anwendungsbereich des § 1365 BGB, also beim gutgläubigen Erwerb.

**Beispiel:** M und F sind verheiratet. F verkauft (§ 433 BGB) ihre Motorjacht, die ihr gesamtes Vermögen ausmacht, ohne Zustimmung des M an D. Auch die Übereignung und Übergabe (§ 929 BGB) finden ohne Wissen des M statt. Als dieser von der Veräußerung erfährt, tritt er an D heran und fordert die Jacht heraus. Doch von D erfährt er, dass dieser die Jacht zwischenzeitlich an E weiterveräußert habe. M macht daher gegenüber E den Herausgabeanspruch geltend.

Der von M geltend gemachte Anspruch könnte sich auf § 985 BGB i.V.m. §§ 1365 I S. 1, 1368 BGB stützen. Ursprünglich war F Eigentümerin der Jacht. Ihr Eigentum könnte sie aber gem. § 929 BGB zunächst an D verloren haben. Doch dies setzt die Wirksamkeit der Übereignung voraus. Gemäß § 1365 I S. 1 BGB ist eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen unwirksam, wenn der andere Ehegatte nicht zustimmt (bzw. das Familiengericht die Zustimmung nicht gem. § 1365 II BGB ersetzt).

Die Jacht ist der einzige Vermögensgegenstand der F. Daher bedurfte die Verfügung der Zustimmung des M. Diese hat M verweigert. Eine Ersetzung seiner Zustimmung durch das Familiengericht ist nicht zu erwarten, da die Veräußerung der Jacht als einziger Vermögensgegenstand den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung nicht entspricht (§ 1365 II BGB).

Die Verfügung im Verhältnis F-D ist daher unwirksam. F ist insoweit Eigentümerin der Jacht geblieben.

Allerdings könnte F das Eigentum an der Jacht infolge der Veräußerung von D an E verloren haben. Ein gesetzliches Verfügungsverbot (wie z.B. § 1365 BGB) greift hinsichtlich D nicht. Daher kann auch die in § 1366 IV BGB angeordnete Rechtsfolge (Unwirksamkeit) nicht greifen. Insoweit ist das Verfügungsgeschäft zwischen D und E also nicht unwirksam.

Da D aber wegen der Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts F-D nicht Eigentümer der Jacht werden konnte und ihm auch eine Verfügungsbefugnis gem. § 185 I BGB nicht erteilt wurde, war er im Verhältnis zu E Nichtberechtigter. Von daher könnte E Eigentum lediglich kraft guten Glaubens gem. §§ 929, 932 I BGB erworben haben. E dürfte gem. § 932 II BGB also nicht positiv gewusst oder grob fahrlässig nicht gewusst haben, dass die Jacht nicht D gehörte oder D nicht zur Veräußerung berechtigt war. Doch diesbezüglich fehlen entsprechende Anhaltspunkte.

E konnte daher gutgläubig das Eigentum an der Jacht erwerben. M hat keinen Herausgabeanspruch gegen E.

### e.) Disponibilität der Verfügungsbeschränkungen

198 Die genannten Verfügungsbeschränkungen haben den Zweck, die wirtschaftlichen Grundlagen der Familie (bzw. des Haushalts) sowie die Zugewinnausgleichsforderung (§ 1378 BGB) des anderen Ehegatten zu sichern. Dieser Schutzzweck entfällt, wenn der andere Ehegatte die zu seinen Gunsten bestehenden Beschränkungen aufgibt. Sie sind damit auch ehevertraglich (gleichsam generalisierend) **abdingbar** (vgl. § 1408 BGB).

<sup>192</sup> BGHZ 40, 218, 219 f.; *Hütte/Hütte*, SachenR I, 5. Aufl. 2011, Rn 456; *Kropholler*, Studienkommentar BGB, § 1365 Rn 4; *Schwab*, FamR, § 32 Rn 259.

## **bb. Beschränkungen bzgl. Haushaltsgegenstände, §§ 1369, 1366 BGB**

Eine Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkung speziell hinsichtlich **Haushaltsgegenstände** enthält § 1369 BGB. Nach § 1369 I BGB bedürfen diesbezügliche Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte der Einwilligung des anderen Ehegatten. 199

Der Unterschied zu § 1365 BGB besteht also lediglich hinsichtlich des Vertragsgegenstands (bei § 1365 BGB: das Vermögen als Ganzes; bei: § 1369 BGB: Haushaltsgegenstände). Hier wie dort wird man – um sinnwidrige Ergebnisse zu vermeiden – in der Zustimmung zum Verpflichtungsgeschäft auch die Zustimmung zum Verfügungsgeschäft sehen müssen und umgekehrt.<sup>193</sup> 200

Der **Zweck** des § 1369 BGB besteht darin, die gegenständliche Substanz des familiären Zusammenlebens vor einseitiger Disposition zu schützen. Die Rechtsfolge ist die gleiche wie bei § 1365 BGB (vgl. § 1369 III BGB): Es besteht ein absolutes Veräußerungsverbot. 201

**Gegenstände des ehelichen Haushalts** sind bewegliche Sachen (also niemals Grundstücke), die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Ehegatten zu dienen bestimmt sind. Entgegen dem Wortlaut des § 1365 BGB, wo von „sein Vermögen“ die Rede ist, wird man unabhängig davon, ob der betreffende Gegenstand im Eigentum des verfügenden, des anderen oder beider Ehegatten steht, dem Zweck des § 1369 BGB entsprechend alle dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Ehegatten zu dienen bestimmte Gegenstände erfassen müssen, auch wenn sie **gemeinschaftliches Eigentum** oder **Alleineigentum des anderen Ehegatten** sind.<sup>194</sup> Daraus ergibt sich, dass ein gutgläubiger Erwerb nach §§ 932 ff. BGB regelmäßig ausgeschlossen ist. Denn hinsichtlich eines Haushaltsgegenstandes wird der Dritte kaum geltend machen können, er habe an das Alleineigentum des veräußernden Ehegatten geglaubt. 202

**Beispiele** von Haushaltsgegenständen i.S.v. § 1369 BGB: Einrichtungsgegenstände, Haushaltswäsche, Nahrungsmittel, Brennmaterial, Fernseher, technische Haushaltsgeräte, Gartenmöbel, Wohnwagen etc.

**Nicht** unter § 1369 BGB fallen die dem **persönlichen Gebrauch** bestimmten Sachen. 203  
So ist z.B. bei einem Pkw oder bei (Haus-)Tieren zu differenzieren: Bei einem Pkw ist entscheidend, ob er vorwiegend beruflich oder als Familienauto genutzt wird. Nur wenn er vorwiegend als Familienfahrzeug genutzt wird, unterfällt er der Regelung des § 1369 BGB. Ein Pkw, der vorwiegend beruflichen Zwecken oder der Freizeitgestaltung eines Ehegatten („Hobby“) dient, unterfällt dementsprechend nicht dem Begriff des „Haushaltsgegenstandes“. Bei Haustieren ist ähnlich zu unterscheiden (Familiertier, Hobby eines Ehegatten, Unterstützung bei Erwerbstätigkeit).

Ob die Vorschrift auch bei **Getrenntleben** der Ehegatten gilt, ist unklar. Eine Mindermeinung wendet bei Getrenntleben der Ehegatten § 1369 wegen Zweckverfehlung nicht an, da die Vorschrift die Familie dann nicht schütze, sondern die Spannungen eher verschärfe.<sup>195</sup> Dies ist jedoch mit Blick auf Wortlaut und Zweck der Norm abzulehnen. Denn der Wortlaut differenziert nicht zwischen Zusammen- und Getrenntleben. Und den Zweck der Vorschrift kann man darin sehen, dass ein gegenständlicher Bereich erhalten wird, in den die Rückkehr möglich ist; denn das Getrenntleben ist von 204

<sup>193</sup> Koch, in: MüKo, § 1369 Rn 5; Kropholler, Studienkommentar BGB, § 1369 Rn 1; Brudermüller, in: Palandt, § 1369 Rn 8.

<sup>194</sup> Str.; vgl. BayObLG FamRZ 1965, 331, 333; LG Berlin FamRZ 1982, 803; Koch, in: MüKo, § 1369 Rn 12 f.; Kropholler, Studienkommentar BGB, § 1369 Rn 1; Brudermüller, in: Palandt, § 1369 Rn 1; Schwab, FamR, § 32 Rn 249; a.A. Schreiber, in: Soergel, § 369 Rn 16.

<sup>195</sup> Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, § 35 III 4.

der Anlage her dazu bestimmt, dass die Eheleute über eine endgültige Entscheidung noch einmal nachdenken sollen. § 1369 BGB ist jedenfalls nicht anwendbar für die Sachen, die dem Eigentümer gem. § 1361a I S. 2 BGB zum eigenen Gebrauch überlassen sind, die gem. § 1361a II BGB einem Ehegatten zugewiesen wurden oder die für die getrennte Haushaltsführung beschafft wurden<sup>196</sup>

- 205 Auch hinsichtlich der Haushaltsgegenstände kann das Familiengericht auf Antrag des Ehegatten die Zustimmung des anderen Ehegatten ersetzen, wenn dieser sie ohne ausreichenden Grund verweigert oder durch Krankheit oder Abwesenheit verhindert ist, eine Erklärung abzugeben (§ 1369 II BGB).

### cc. Keine dingliche Surrogation

- 206 Vor dem 1.9.2009 galt im gesetzlichen Güterstand eine Surrogationsregel (§ 1370 BGB). Danach wurden Haushaltsgegenstände, die anstelle von nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Gegenständen angeschafft werden, kraft Gesetzes Eigentum des Ehegatten, dem die nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Gegenstände gehört haben.

**Beispiel:** Kaufte F für die von ihrem Ehemann M in die Ehe eingebrachte Waschmaschine im eigenen Namen eine neue, weil die Waschmaschine des M mittlerweile untauglich geworden war, wirkte die Einigung zwischen F und dem Veräußerer nach § 929 BGB unmittelbar für M. Dieser wurde also Alleineigentümer der während der Ehe von F gekauften Waschmaschine. Diese Regelung übte z.B. Einfluss auf den Zugewinnausgleich aus, weil die neue Waschmaschine dem Anfangsvermögen des M zugerechnet wurde und daher nicht dem Zugewinn zugeordnet wurde.

- 207 Diese Regelung wurde dem modernen Verständnis des Eherechts nicht mehr gerecht. Sie ist daher zum 1.9.2009 gestrichen worden. Nunmehr erfolgt der Erwerb von Haushaltsgegenständen ausschließlich nach den allgemeinen Regeln des Sachenrechts. Wer Eigentümer eines angeschafften Haushaltsgegenstandes wird, richtet sich folglich nach dem erkennbaren Willen bei der Übereignung.

Im obigen **Beispiel** gilt nunmehr: Erwirbt F erkennbar für sich die Waschmaschine, erwirbt sie gem. § 929 S. 1 BGB Alleineigentum daran. Erwirbt sie das Eigentum für beide Ehegatten gemeinsam, werden F und M Miteigentümer (§ 1008 BGB).

## b. Zugewinnausgleich

### aa. Einführung und Überblick

- 208 Aus den bisherigen Ausführungen folgt, dass der gesetzliche Güterstand grundsätzlich nichts an der Vermögenslage der Ehegatten ändert; eine Beteiligung am Vermögen des Ehegatten findet grundsätzlich nicht (jedenfalls nicht nach Familienrecht) statt (§ 1363 II S. 1 BGB). Ein Ausgleich der während der Ehe einseitig aufgetretenen Vermögensmehrung findet aber nach Beendigung der Zugewinnngemeinschaft statt. Dabei ist zu unterscheiden: Endet die Zugewinnngemeinschaft durch den **Tod** eines Ehegatten, erfolgt der Zugewinnausgleich nach § 1371 I BGB i.V.m. § 1931 III BGB nach der sog. erbrechtlichen Lösung. Endet die Zugewinnngemeinschaft auf andere Weise, wird gem. der in § 1372 BGB angeordneten güterrechtlichen Lösung der Zugewinn nach §§ 1373-1390 BGB ausgeglichen. „Auf andere Weise“ endet der Güterstand mit der **Scheidung** der Ehe (§§ 1564 ff. BGB), der **Aufhebung** der Ehe (§§ 1313 ff. BGB, vgl. § 1318 III BGB) oder durch **Aufhebung des gesetzlichen Güterstands durch Ehevertrag** (§§ 1408 ff. BGB).

<sup>196</sup> Kropholler, Studienkommentar BGB, § 1369 Rn 4; Schwab, FamR, § 32 Rn 234.

Der Zugewinnausgleich beruht auf der Erwägung, dass jeder Ehegatte nach Beendigung der Zugewinnngemeinschaft an dem Vermögen teilhaben soll, das die Ehegatten während des gesetzlichen Güterstands im Rahmen einer arbeitsteiligen Zusammenarbeit erschaffen haben. Ganz offenbar hat das Gesetz hierbei jedoch die Alleinverdienerehe im Auge, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Ehegatte erwerbstätig ist und der andere den Haushalt führt. Wegen der (familienrechtlichen) Gleichwertigkeit von Erwerbstätigkeit und Haushaltsführung und der während der Ehe nicht stattfindenden Vermögensverschmelzung soll der haushaltsführende Ehegatte nach Beendigung der Zugewinnngemeinschaft an dem erwirtschafteten gleichmäßig partizipieren. Daraus folgt zugleich, dass die Regelungen über die Zugewinnngemeinschaft an ihre Grenzen stoßen, wenn beide Ehegatten während der Ehe über vergleichbare Einkommen und damit über einen vergleichbaren Vermögensaufbau verfügen. Besonders virulent werden die Schwächen der Zugewinnngemeinschaft, wenn ein Ehegatte ein Unternehmen als Lebensgrundlage hat. Im Fall der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft führt der gesetzliche Ausgleichsanspruch (§ 1378 I BGB) dann i.d.R. zur Liquidation des Unternehmens. Etwaige Beschäftigte verlieren ihren Arbeitsplatz und ihre Existenzgrundlage. Daher sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, den gesetzlichen Güterstand durch Ehevertrag (§§ 1408 ff. BGB) auszuschließen oder zu modifizieren. Freilich steht die Rechtsprechung Eheverträgen grundsätzlich skeptisch gegenüber und überprüft sie am Maßstab der Sittenwidrigkeit (§ 138 I BGB) bzw. nimmt eine umfassende Inhaltskontrolle (§ 242 BGB) vor und korrigiert etwaige (vermeintliche) Unbilligkeiten nach eigenem Ermessen (vgl. dazu im Einzelnen Rn 406 ff.).

209

Besteht aber eine Zugewinnngemeinschaft, erfolgt der Zugewinnausgleich dadurch, dass derjenige Ehegatte, der während der Dauer der Zugewinnngemeinschaft den höheren Vermögenszuwachs erzielt hat, dem anderen gemäß dem **Halbteilungsgrundsatz**, der seine Rechtfertigung in Art. 6 I GG und Art. 3 II GG findet<sup>197</sup>, die Hälfte des Überschusses auszahlt (§ 1378 I BGB).

210

**Beispiel:** Erzielt Ehemann M während der Ehe einen Zugewinn von 50.000,- € und Ehefrau F von 20.000,- €, ergibt sich bei M ein um 30.000,- € höherer Zugewinn. Nach dem Halbteilungsgrundsatz schuldet M der F somit 15.000,- € Zugewinnausgleich.

Erwirbt ein Ehegatte nach der Eheschließung Vermögen durch Schenkung oder Erbschaft bzw. vorweggenommene Erbschaft, wird das dem Anfangsvermögen zugeschlagen, weil dieser Vermögenszuwachs nicht Resultat einer arbeitsteiligen Zusammenarbeit ist. An diesem Vermögenszuwachs kann also der Ehegatte nicht teilhaben. Im Einzelnen ist jedoch vieles strittig. Im Folgenden werden diese Grundsätze daher näher ausgeführt und konkretisiert.

## bb. Zugewinn

Der Zugewinn ist nach der Legaldefinition des § 1373 BGB der Betrag, um den das Endvermögen (§ 1375 BGB) eines Ehegatten dessen Anfangsvermögen (§ 1374 BGB) übersteigt. Formelhaft lässt sich sagen:

211

$$\text{Endvermögen} - \text{Anfangsvermögen} = \text{Zugewinn}$$

### a.) Anfangsvermögen

Anfangsvermögen ist nach § 1374 I BGB das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Eintritt des Güterstands gehört. Soweit die Ehegatten keinen Ehevertrag geschlossen haben, in dem etwas anderes vereinbart wurde, ist für

212

<sup>197</sup> Vgl. dazu BVerfG FamRZ 2002, 527, 529; FamRZ 2011, 537 und unten Rn 317.

den Eintritt des Güterstands i.d.R. der Zeitpunkt der Eheschließung (§ 1310 BGB) maßgebend (§§ 1374 I, 1376 I BGB).

- 213** Bei der Bestimmung des Anfangsvermögens sind zunächst die **Aktiva** zu berücksichtigen. Dazu zählen alle dem Ehegatten am Stichtag zustehenden rechtlich geschützten Positionen von wirtschaftlichem Wert. Das sind neben Sachen alle Rechte, die einen messbaren Vermögenswert innehaben.<sup>198</sup> Hinsichtlich der Berechnung des Anfangsvermögens bestimmt § 1376 I BGB, dass der Wert zugrunde gelegt wird, den das beim Eintritt des Güterstands vorhandene Vermögen in diesem Zeitpunkt hatte.

**Beispiel:** Zum Zeitpunkt der Eheschließung, die vorliegend auch den Eintritt in den gesetzlichen Güterstand begründet, ist M Eigentümer eines Hausgrundstücks, das einen Verkehrswert von 175.500,- € hat. Außerdem besitzt er Aktien im Wert von 24.500,- €.

Hier beläuft sich das Aktivvermögen also auf 200.000,- €.

- 214** Vom Wert des Aktivvermögens sind alle am Stichtag vorhandenen Verbindlichkeiten (**Passiva**) abzuziehen, also insbesondere Schulden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bis zum Stichtag 1.9.2009 Verbindlichkeiten nur bis zur Höhe des Vermögens zu berücksichtigen waren (§ 1374 I Halbs. 2 BGB a.F.). Es gab also kein negatives Anfangsvermögen. Der verschuldete Ehegatte ging also mit einem Vermögen von minimal Null in die Ehe, obwohl seine Verbindlichkeiten das Vermögen überschritten.

**Beispiel:** Im obigen Beispiel hat M neben dem genannten Aktivvermögen auch Verbindlichkeiten i.H.v. 220.000 € bei der B-Bank. F hat zum Zeitpunkt der Eheschließung weder Vermögen noch Verbindlichkeiten.

Saldiert man die Positionen, ergab sich nach alter Rechtslage bei M trotz des Negativsaldos von 20.000,- € ein Anfangsvermögen von 0 €, da die Verbindlichkeiten nur bis zur Höhe des Vermögens zu berücksichtigen waren (§ 1374 I Halbs. 2 BGB a.F.). Bei F lag ein Anfangsvermögen von 0 € vor. Wurden nun die Schulden des M während der Ehe getilgt und hatten die Ehegatten kein weiteres Vermögen aufgebaut, konnte F nach alter Rechtslage keinen Zugewinnausgleich geltend machen, da der Zugewinn insoweit 0 € betrug, obwohl die Schuldentilgung das Ergebnis arbeitsteiligen Zusammenwirkens war.

- 215** Diese Regelung wurde als ungerecht empfunden, weil sie den Zugewinnausgleichsanspruch zu Lasten des Berechtigten verzerrte. Dies veranlasste den Gesetzgeber, u.a. die Regelung des § 1374 BGB zu ändern.<sup>199</sup> Nach der nun geltenden Fassung sind Verbindlichkeiten auch über die Höhe der Aktiva hinaus abzuziehen (§ 1374 III BGB), sodass sich nunmehr auch ein negatives Anfangsvermögen ergeben kann.

Nach neuem Recht ergibt sich somit bei M ein Anfangsvermögen von -20.000,- €, bei F nach wie vor von 0 €. Werden die Schulden des M während der Ehe getilgt und haben die Ehegatten kein weiteres Vermögen aufgebaut, kann F nach neuer Rechtslage einen Zugewinnausgleich i.H.v. 10.000,- € geltend machen (§ 1378 I, II BGB).

- 216** Zu beachten ist auch die Vermutungsregel des § 1377 III BGB (i.V.m. § 292 S. 1 ZPO): Soweit die Ehegatten (zum Zeitpunkt des Beginns der Zugewinnsgemeinschaft) kein Vermögensverzeichnis erstellt haben, in das die Anfangsvermögen aufgenommen wurden, wird (widerlegbar) vermutet, dass das Endvermögen eines Ehegatten seinen Zugewinn darstellt, dass also das Anfangsvermögen Null war. „Widerlegbar vermutet“ bedeutet, dass der Gegenbeweis zulässig ist. Nach § 1379 I S. 1 Nr. 2 BGB steht jedem

<sup>198</sup> Vgl. dazu näher BGHZ 157, 379; 146, 64; 82, 149; BGH FamRZ 2007, 1307; NJW 2002, 436; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1028; *Ey*, in: MüKo, § 1364 Rn 6; *Brudermüller*, in: Palandt, § 1374 Rn 4-6; *Schwab*, FamR, § 33 Rn 266 ff.

<sup>199</sup> Vgl. das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 (BGBl I 2009, S. 1696).

## E. Die Scheidung der Ehe und deren Folgen, §§ 1564-1587 BGB

### I. Scheitern der Ehe als Scheidungsvoraussetzung

- 259 Eine Ehe kann auf Antrag eines Ehegatten oder beider Ehegatten gem. §§ 1564, 1565 I S. 1 BGB durch Beschluss des zuständigen Familiengerichts (vgl. §§ 116 I, 121-150 FamFG) geschieden werden, wenn sie **gescheitert** ist.

Während also die Eheaufhebung (§§ 1313 ff. BGB) auf Mängeln bei der Eheschließung beruht, bezieht sich die Scheidung auf Umstände, die nach der Eheschließung eingetreten sind. Diese Umstände müssen das Scheitern der Ehe begründen.

#### 1. Nachweis des Scheiterns der Ehe

- 260 Die Ehe darf nur geschieden werden, wenn sie gescheitert ist (§ 1565 I S. 1 BGB), was durch das Familiengericht positiv festzustellen ist. Nach § 1565 I S. 2 BGB ist die Ehe gescheitert, wenn sie unheilbar zerrüttet ist (**Zerrüttungsprinzip**).<sup>227</sup> Das ist der Fall, wenn

- die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht (**Analyse**)
- und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen (**Prognose**).

Die Lebensgemeinschaft der Ehegatten besteht nicht mehr, wenn mindestens ein Ehegatte nicht mehr bereit ist, mit dem anderen weiterhin ein gemeinsames eheliches Leben zu führen. Die Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft i.S.d. § 1567 BGB ist ein Indiz dafür, dass die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht.<sup>228</sup>

Hinsichtlich der durch das Familiengericht festzustellenden Prognose, ob die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr zu erwarten ist, kommt es darauf an, ob die Ehegatten noch versöhnungsbereit sind oder ob sie sich bereits so weit voneinander entfernt haben, dass sie sich über ein gemeinsames Leben nicht mehr verständigen können oder wollen.<sup>229</sup>

#### 2. Die gesetzlichen Vermutungsregeln

- 261 Leben die Ehegatten zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Gerichtsverhandlung seit einem Jahr getrennt (sog. **Trennungsjahr**) und beantragen beide Ehegatten die Scheidung oder stimmt der Antragsgegner der Scheidung zu (**einvernehmliche Scheidung**), wird gem. § 1566 I BGB unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist. In diesem Fall wird das Gericht ohne weiteres die Ehe scheiden. Eine Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 1565 I S. 2 BGB vorliegen, findet nicht statt.

Die Jahresfrist soll einen Rechtsmissbrauch verhindern, der darin bestehen könnte, dass der scheidungswillige Ehegatte allein unter Berufung auf die Zerrüttung schnell eine Scheidung herbeiführen möchte. Sie soll aber auch eine übereilte Scheidung verhindern. Gleichwohl gilt die Jahresfrist nicht absolut. So kann das Gericht die Ehe auch dann scheiden, wenn die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt leben. Voraussetzung ist aber, dass die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine **unzumutbare Härte** darstellen würde (§ 1565 II BGB). Als Gründe für die Unzumutbarkeit kommen v.a. besonders gravierende ehefeindliche Verhaltensweisen des anderen Ehegatten in Betracht.

---

<sup>227</sup> Das früher geltende **Schuldprinzip** wurde 1977 durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt. Damit ist es den Parteien erspart, den mitunter sehr persönlichen Vorwürfen und Anschuldigungen, deren Darlegung zum Nachweis der Pflichtverletzung (und damit der Schuld) erforderlich war, ausgesetzt zu sein.

<sup>228</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1565 Rn 2.

<sup>229</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1565 Rn 2.

### **Beispiele** für die Bejahung von Härtefällen<sup>230</sup>:

- ⇒ „Im-Stich-Lassen“ in einer Notsituation
- ⇒ Ehemann wohnt bereits mit neuer Freundin im bisherigen Eheanwesen (OLG Saarbrücken FamRZ 2005, 809)
- ⇒ Das ehebrecherische Verhältnis wird in der Ehewohnung praktiziert (OLG Köln FamRZ 1999, 723 und 2003, 1565)
- ⇒ Schwere und wiederholte körperliche Misshandlungen durch den anderen Ehegatten (OLG Stuttgart FamRZ 2002, 239)
- ⇒ Morddrohungen durch den anderen Ehegatten in Verbindung mit Bloßstellung in der Öffentlichkeit durch Bekanntmachung intimer Umstände (OLG Brandenburg FamRZ 2001, 1458)
- ⇒ Ehefrau geht Prostitution nach (OLG Bremen FamRZ 1996, 489) (zweifelhaft)
- ⇒ Schwangerschaft der Frau mit Kind eines Dritten gibt dem Mann einen Härtegrund, da der vor Geburt des Kindes eingereichte Scheidungsantrag dem Mann die Last der Vaterschaftsanfechtung nehmen kann, vgl. § 1599 II BGB (OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1417)

Verneint hat die Rechtsprechung einen Härtefall etwa in folgenden Fällen<sup>231</sup>:

- ⇒ Nichtzahlung von Unterhalt (OLG Stuttgart FamRZ 2001, 1458)
- ⇒ Nach langjähriger Ehe offenbarte Homosexualität eines Ehegatten (OLG Nürnberg NJW 2007, 2052)
- ⇒ Scheitern der Ehe drei Tage nach Eheschließung, weil der Ehemann einer Freundin der Ehefrau seine Liebe gesteht (OLG München FamRZ 2011, 218)
- ⇒ Schwangerschaft der Frau mit Kind eines Dritten gibt der Frau keinen Grund für vorzeitige Scheidung, schließlich liegt der Grund allein bei ihr (OLG Naumburg NJW 2005, 1812).

Ob der andere Ehegatte der Scheidung zustimmt oder ob beide Ehegatten die Scheidung einvernehmlich wollen, ist für die Anwendung des § 1565 II BGB irrelevant.<sup>232</sup>

**Exkurs einvernehmliche Scheidung:** Mit zunehmender Zahl an Ehescheidungen ist auch die Zahl einvernehmlicher Scheidungen gestiegen. Einvernehmliche Scheidung bedeutet, dass entweder beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner dem Scheidungsantrag des Antragstellers zustimmt. Einigen sich die Ehegatten (außergerichtlich) dann auch noch hinsichtlich der Folgesachen (Versorgungsausgleichsachen, Unterhaltssachen, Ehewohnungs- und Haushaltssachen, Güterrechtssachen, Kindschaftssachen, vgl. § 137 II, III FamFG), führt dies nicht nur zu einer Entlastung der Gerichte, sondern dies ist für die Ehegatten auch kostengünstiger, gerade hinsichtlich des Streitwerts und der damit verbundenen Rechtsanwaltsgebühren. Hinzu kommt, dass bei einer einvernehmlichen Scheidung nur der Antragsteller anwaltlich vertreten sein muss. Wenn also für alle Bereiche im Vorfeld eine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte und vor Gericht keine weiteren Anträge mehr gestellt werden müssen, benötigt der andere Ehepartner (der Antragsgegner) keinen eigenen Anwalt.

Die genannte vorprozessuale Einigung erfolgt idealerweise durch eine sog. Scheidungsfolgenvereinbarung. Eine Scheidungsfolgenvereinbarung ist ein Ehevertrag, der bei der Trennung oder im Rahmen des Scheidungsverfahrens geschlossen wird und in dem die konkreten Scheidungsfolgen geregelt werden. Zur Gültigkeit dieser Scheidungsvereinbarung bedarf es der Niederschrift eines Notars (§ 1410 BGB). Eine Vereinbarung über den Unterhalt, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, bedarf der notariellen Beurkundung (§ 1585c S. 2 BGB). Ohne diese Form(en) muss die Scheidungsfolgenvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit bei der mündlichen Verhandlung vom Familiengericht ak-

<sup>230</sup> Vgl. *Wellenhofer*, FamR, § 20 Rn 13; *Brudermüller*, in: Palandt, § 1565 Rn 10.

<sup>231</sup> Vgl. *Wellenhofer*, FamR, § 20 Rn 13; *Brudermüller*, in: Palandt, § 1565 Rn 11.

<sup>232</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1365 Rn 7.

tenkundig gemacht werden (vgl. § 29 III FamFG). In diesem Fall muss aber auch der Antragsgegner trotz Einvernehmlichkeit der Scheidung von einem Anwalt vertreten sein.

- 262 Stimmt der Antragsgegner der Scheidung nicht zu (**streitige Ehescheidung**), wird gem. § 1566 II BGB unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe zerrüttet ist, wenn die Ehegatten seit **drei Jahren** voneinander getrennt leben.

Diese Regelung ermöglicht die Scheidung also auch gegen den Willen des anderen Ehegatten (daher im Fall des § 1566 II BGB nicht nur streitige Scheidung, sondern auch einseitige Scheidung genannt) und unabhängig vom Nachweis, dass die Ehe gescheitert ist. Die Regelung soll verhindern, dass der andere Ehegatte (böswillig oder eigensüchtig) die Scheidung verhindert.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Teilweise wird in der Literatur<sup>233</sup> die Gesetzesystematik so verstanden, als gebe es drei Scheidungstatbestände, die Scheidung nach materieller Zerrüttungsprüfung durch das Gericht (§ 1565 I S. 2 BGB), die einvernehmliche Scheidung nach einjähriger Trennungszeit (§ 1566 I BGB) und die streitige Scheidung nach dreijähriger Trennungszeit (§ 1566 II BGB). In Wahrheit existiert jedoch nur ein Scheidungstatbestand, nämlich derjenige der materiellen Zerrüttung. Die Regelungen in § 1566 I und II BGB enthalten lediglich Vermutungsregeln für das Vorliegen der Zerrüttung.<sup>234</sup> Daher bietet sich auch im Rahmen der Fallbearbeitung an, zunächst den Scheidungstatbestand der Zerrüttung zu nennen und dann zu prüfen, ob eine der beiden Vermutungsregeln greift. Ist das der Fall, bedarf es keiner (ausführlichen) materiellen Zerrüttungsprüfung. Greift aber keine der beiden Vermutungsregeln, bedarf es einer (umfassenden) Zerrüttungsprüfung.

**Beispiel:** Während des ehelichen Zusammenlebens misshandelte M seine Frau F mehrmals schwer. Bereits zweimal musste sich F aufgrund der körperlichen Übergriffe einer Heilbehandlung unterziehen. Nachdem M die F ein weiteres Mal körperlich schwer misshandelt hatte, zog diese in tiefer Abneigung zu M aus der gemeinsamen Wohnung aus. Nach zwei Jahren hat F eine tiefe Beziehung mit D begründet. Sie hat daher einen Scheidungsantrag bei Gericht eingereicht. M ist mit einer Scheidung jedoch nicht einverstanden.

**Variante:** F hat bereits nach 10 Monaten eine tiefe Beziehung mit D begründet und daher einen Scheidungsantrag bei Gericht eingereicht.

Zum Ausgangsfall: Gemäß § 1565 I S. 1 BGB kann die Ehe geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen, § 1565 I S. 2 BGB (sog. Zerrüttungsprinzip).

Gemäß § 1566 I BGB ist die Ehe unwiderlegbar gescheitert, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt. F hat einen Scheidungsantrag bei Gericht eingereicht. Da M der Scheidung jedoch nicht zustimmt, greift diese Vermutungsregel nicht.

Eine dreijährige Trennung i.S.d. § 1566 II BGB, bei der es auf die Zustimmung des Antragsgegners nicht ankommt, besteht ebenfalls nicht.

Greift also keine der beiden Vermutungsregeln des § 1566 BGB, bedarf es einer (umfassenden) Zerrüttungsprüfung nach § 1565 BGB. Nach § 1565 I S. 1 BGB kann die Ehe nur geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen (§ 1565 I S. 2 BGB). Da F nicht mehr bereit ist, mit M nochmals ein gemeinsames eheliches Leben zu führen und sie zudem die häusliche Gemeinschaft i.S.d. § 1567 BGB aufgegeben hat, ist diese Voraussetzung erfüllt.

<sup>233</sup> Schwab, FamR, § 37 Rn 330, 331; Bruder Müller, in: Palandt, § 1564 Rn 4.

<sup>234</sup> Wie hier auch Ey, in: MüKo, § 1565 Rn 21.

Weiterhin ist F nicht versöhnungsbereit. Auch haben sich die Eheleute bereits so weit voneinander entfernt, dass sie sich über ein gemeinsames Leben nicht mehr verständigen können bzw. wollen. Insbesondere erscheint eine Wiederversöhnung infolge der tiefen Abneigung und der neuen Beziehung ausgeschlossen. Damit ist vom Vorliegen des Scheidungstatbestands des § 1565 I S. 2 BGB auszugehen.

Zur Variante: In diesem Fall genügt das Vorliegen des Scheidungstatbestands des § 1565 I S. 1 BGB nicht. Denn leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, kann gem. § 1566 II BGB 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. Als Gründe für die Unzumutbarkeit kommen v.a. besonders gravierende ehefeindliche Verhaltensweisen des anderen Ehegatten in Betracht. Solche Umstände können schwere körperliche Misshandlungen, Alkoholmissbrauch oder „Im-Stich-lassen“ in einer Notsituation sein.

M hat F mehrmals derart schwer körperlich misshandelt, dass sie sich Heilbehandlungen unterziehen musste. Dies stellt gleichzeitig eine schwere Persönlichkeitsverletzung dar. Für F stellte es daher eine unzumutbare Härte dar, wenn sie die Ehe mit M fortsetzen müsste. Daher kann das Gericht dem Scheidungsantrag stattgeben.

### 3. Härteklausele

Eine Ausnahme von §§ 1565, 1566 BGB sieht § 1568 BGB vor. Nach dieser Vorschrift soll eine Ehe trotz ihres Scheiterns nicht geschieden werden, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der gemeinsamen Kinder der Ehegatten notwendig ist (**Kinderschutzklausele**, § 1568 Var. 1 BGB) oder wenn die Scheidung aufgrund von außergewöhnlichen Umständen eine so schwere Härte darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe unter Berücksichtigung der Belange des Antragsgegners ausnahmsweise geboten erscheint (**Eheschutzklausele**, § 1568 Var. 2 BGB). Nach § 127 III FamFG kann das Familiengericht die außergewöhnlichen Umstände i.S.v. § 1568 Var. 2 BGB jedoch nur berücksichtigen, wenn sie von dem Ehegatten, der die Scheidung ablehnt, vorgebracht worden sind (= vom Antragsgegner vorzubringende Einwendung). Dagegen handelt es sich bei § 1568 Var. 1 BGB trotz der Undifferenziertheit des § 127 III FamFG mit Blick auf das Kindeswohl um eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung.<sup>235</sup>

263

### 4. Keine Disponibilität

Bei den Regelungen der §§ 1564 ff. BGB handelt es sich um zwingendes Recht. So ist z.B. ein ehevertraglicher Verzicht auf eine künftige Scheidung, deren Voraussetzungen erst nach der Vereinbarung entstehen, nicht möglich. Dagegen kann auf eine bereits entstandene Scheidungsvoraussetzung verzichtet werden mit der Folge, dass sie erlischt. Eine Scheidung ist dann erst wieder möglich, wenn einer der Scheidungstatbestände von Neuem erfüllt wird. Ein Ausschluss der Scheidung nur für eine begrenzte Zeit ist stets nichtig.<sup>236</sup>

264

### 5. Getrenntleben der Ehegatten, § 1567 BGB

Wenn bislang vom Getrenntleben der Ehegatten die Rede war, wurde damit noch nicht geklärt, was im Einzelnen darunter zu verstehen ist. Nach § 1567 I S. 1 BGB liegt ein Getrenntleben der Ehegatten vor, wenn zwischen ihnen **keine häusliche Gemeinschaft** mehr besteht (objektives Element) und mindestens ein Ehegatte erkennbar die (Wieder-)Herstellung der gemeinsamen häuslichen Gemeinschaft **ablehnt** (subjektives Element). Dabei schadet es nicht, wenn beide Ehegatten nach wie vor in denselben

265

<sup>235</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1568 Rn 1 ff.

<sup>236</sup> BGHZ 97, 304, 306 f.; *Ey*, in: MüKo, § 1564 Rn 22, 24.

Räumlichkeiten wohnen. Denn häufig können sich die Eheleute nicht sofort separate Wohnungen leisten oder es steht nicht sofort eine zweite Wohnung zur Verfügung. Voraussetzung ist gem. § 1567 I S. 1 BGB allein, dass keine häusliche Gemeinschaft mehr besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. In der Praxis ist zu fordern, dass aufgrund der Räumlichkeiten die Nutzung der Ehewohnung so organisiert werden kann, dass ein **getrenntes Wirtschaften** möglich ist. Es darf kein gemeinsamer Haushalt geführt werden und es darf keine persönliche Beziehung mehr bestehen<sup>237</sup> („Trennung von Tisch und Bett“). Trotz räumlicher Nähe muss ein Höchstmaß an Absonderung nach außen erkennbar sein. Hinsichtlich der Benutzung nur einmal vorhandener Einrichtungen (etwa Waschmaschine, Küche oder Bad) sind klare **Benutzungsregelungen** zu treffen. So hat die Rechtsprechung ein Getrenntleben verneint, wenn ein Ehegatte dem anderen Mahlzeiten zubereitet oder diesem das Mitessen gestattet. Erst recht ist bei gemeinsamer Benutzung des Schlafzimmers ein Getrenntleben zu verneinen. Aber auch bei getrennten Schlafzimmern hat die Rechtsprechung ein Getrenntleben verneint, wenn trotz Trennungswillens der gemeinsame Haushalt wie bisher weitergeführt und im Interesse der Kinder der Schein der ehelichen Lebensgemeinschaft aufrechterhalten wird.<sup>238</sup>

- 266** Ein Getrenntleben i.S.d. § 1567 BGB liegt jedenfalls nicht vor, wenn die Eheleute lediglich aus beruflichen Gründen oder unfreiwillig (Unterbringungs-gewahrsam, Haftanstalt etc.) getrennt leben.
- 267** Ein Zusammenleben der Ehegatten über kürzere Zeit, das der **Versöhnung** der Ehegatten dienen soll, unterbricht oder hemmt die in § 1566 BGB bestimmten Fristen nicht (§ 1567 II BGB). Die jeweilige Trennungsfrist läuft also weiter. Der Zweck dieser Regelung besteht darin, dass etwaige Versöhnungsversuche nicht schon deshalb unterbleiben, weil anderenfalls die Trennungsfrist gefährdet würde. Bei der Länge des Versöhnungsversuchs geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein Zeitraum von drei Monaten die Obergrenze darstellt und bei mehrfachen Versöhnungsversuchen die einzelnen Zeitspannen zu addieren sind. Wird die zeitliche Obergrenze erkennbar überschritten, gilt die bisherige Trennung ab dem Zusammenleben als aufgehoben. Das Trennungsjahr beginnt bei einer erneuten Trennung dann neu, ohne Anrechnung der bisherigen Trennungszeit.<sup>239</sup>
- 268** Das Zusammenleben dient der Versöhnung, wenn die Absicht vorliegt, die Ehe zu retten, mögen auch andere Gründe (z.B. Mitleid, persönliche Not, Hilfe bei Erkrankung) zusätzlich eine Rolle spielen. Voraussetzung ist, dass die Ehegatten einvernehmlich von der erfolgten Trennung Abstand genommen haben und dies durch die Wiederaufnahme einer häuslichen Gemeinschaft manifestieren. Fehlt es daran, reichen (selbst regelmäßiger<sup>240</sup>) Geschlechtsverkehr<sup>241</sup>, gelegentliche Besuche oder ein gemeinsamer Urlaub zum Nachweis einer erfolgten Versöhnung nicht aus. In derartigen Fällen ist aber bereits zweifelhaft, ob überhaupt ein Getrenntleben i.S.d. § 1567 BGB vorliegt.
- 269** Liegt ein Getrenntleben vor, hat dies zur Folge, dass der bedürftige Ehegatte gegen den unterhaltsverpflichteten Ehegatten einen Anspruch auf **Trennungsunterhalt** hat (§ 1361 BGB, vgl. dazu bereits Rn 165 ff.). Dabei kann der bisher nicht erwerbstätige Ehegatte nur dann darauf verwiesen werden, seinen Unterhalt durch eine eigene Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen, wenn dies von ihm nach seinen persönlichen Ver-

<sup>237</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1567 Rn 3 m.w.Nachw. Vgl. auch BSG NJW 2011, 172, 173.

<sup>238</sup> OLG Stuttgart FamRZ 2002, 239.

<sup>239</sup> OLG Hamm NJW RR 1986, 554; OLG München FamRZ 1990, 885; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 469.

<sup>240</sup> OLG Düsseldorf FamFR 2010, 116.

<sup>241</sup> OLG Celle FamRZ 1996, 804; OLG Köln FamRZ 2002, 239.

hältnissen, insbesondere wegen einer früheren Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe, und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten erwartet werden kann (§ 1361 II BGB). Insbesondere soll der haushaltsführende Ehegatte davor geschützt werden, bei der Trennung ohne weiteres eine Berufstätigkeit aufnehmen zu müssen.

Mit der Scheidung der Ehe erlischt der Trennungsunterhalt. An seine Stelle gelangt der **Scheidungsunterhalt**, der jedoch nicht mit dem Trennungsunterhalt identisch ist.<sup>242</sup> **270**

Eine Entscheidung über den Unterhalt während des Getrenntlebens umfasst folglich nicht den Unterhalt für die Zeit ab der Scheidung und darf auch nicht im Wege des Abänderungsverfahrens (§ 238 FamFG) dahingehend korrigiert werden; der Geschiedene muss also ein neues Verfahren anstrengen<sup>243</sup> (zur Möglichkeit, gem. § 137 FamFG diesen Anspruch im Verbund mit dem Scheidungsverfahren zu begehren vgl. Rn 284).

In der Sache läuft die Rechtsprechung zum Trennungs- und Scheidungsunterhalt von einzelnen Fragen abgesehen (vgl. § 1361 II BGB) weithin parallel. So wird auch bei der Frage nach dem Trennungsunterhalt bei der Beurteilung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit häufig auf die in den Tatbeständen der §§ 1570 ff. BGB genannten Kriterien zurückgegriffen (nicht anwendbar ist freilich § 1575 BGB). In der Regel trifft die Ehefrau nach ca. einem Jahr nach der Trennung die Verpflichtung, entweder eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder ihre bestehende Teilzeitbeschäftigung auszudehnen. Die Vorschrift des § 1581 BGB, wonach der Verpflichtete nur Unterhalt nach Billigkeit schuldet, wenn er bei Leistung des vollen Betrags seinen eigenen angemessenen Unterhalt gefährden würde, ist entsprechend anzuwenden.<sup>244</sup>

Weiterhin findet gem. § 1361a BGB während des Getrenntlebens das Verteilungsverfahren über die **Haushaltsgegenstände** statt, das sich verfahrensrechtlich nach §§ 200 ff. FamFG richtet (Rn 399 ff.). Auch entfallen gem. §§ 1357 III, 1362 I S. 2 BGB die Schlüsselgewalt nach § 1357 BGB und die Eigentumsvermutung nach § 1362 BGB. **271**

Das Getrenntleben übt mitunter auch Einfluss auf die elterliche **Sorge gegenüber den Kindern** aus. Grundsätzlich berührt das Getrenntleben i.S.d. § 1567 BGB das Recht und die Pflicht zur gemeinsamen Sorge nicht. Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, jedoch nicht nur vorübergehend getrennt, kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt (§ 1671 I BGB). Die Voraussetzungen, unter denen das Gericht dem Antrag stattgibt oder diesen ablehnt, sind in § 1671 II BGB geregelt. **272**

Unklar ist, ob im Falle des Getrenntlebens die Verfügungsbeschränkung des § 1369 BGB (**Verfügung über Haushaltsgegenstände**) bestehen bleibt. Mit Blick auf den Wortlaut des § 1369 BGB, dem eine Nichtgeltung nach Beginn des Getrenntlebens nicht zu entnehmen ist, und die bestehende Versöhnungsmöglichkeit ist die Geltung des § 1369 BGB auch für die Dauer des Getrenntlebens zu bejahen.<sup>245</sup> **273**

Schließlich ist über die Zuweisung der **Ehewohnung** zu entscheiden. Sofern die Ehegatten in diesem Punkt keine Einigkeit erzielen, entscheidet das Familiengericht auf Antrag („**Zuweisungsantrag**“). Anspruchsbegründende Norm ist § 1361b I S. 1 BGB. Danach kann ein Ehegatte vom anderen Ehegatten die Überlassung der Ehewohnung oder einen Teil davon zur alleinigen Benutzung verlangen, wenn: **274**

<sup>242</sup> BGH FamRZ 1981, 242; 1982, 465.

<sup>243</sup> Schwab, FamR, § 38 Rn 356.

<sup>244</sup> BVerfG FamRZ 2002, 1397; daher greift ein entsprechender Selbstbehalt des Pflichtigen auch beim Getrenntleben i.S.d. § 1567 BGB (BGH FamRZ 2009, 404; Schwab, FamR, § 38 Rn 356).

<sup>245</sup> Vgl. auch *Brudermüller*, in: Palandt, § 1369 Rn 2.

- die Ehegatten getrennt leben oder einer von ihnen diesen Zustand herstellen will
- und die Zuweisung der Wohnung oder eines Wohnungsteils unter Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten notwendig erscheint, um eine unbillige Härte zu vermeiden.

- 275** Gemäß § 1361b I S. 2 BGB kann eine unbillige Härte auch dann gegeben sein, wenn das Wohl von im Haushalt lebenden Kindern beeinträchtigt ist. Steht einem Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten das Eigentum, das Erbbaurecht oder der Nießbrauch an dem Grundstück zu, auf dem sich die Ehwohnung befindet, ist dies besonders zu berücksichtigen; Entsprechendes gilt für das Wohnungseigentum, das Dauerwohnrecht und das dingliche Wohnrecht.
- 276** Hat der Ehegatte, gegen den sich der Antrag richtet, den anderen Ehegatten widerrechtlich und vorsätzlich am Körper, der Gesundheit oder der Freiheit verletzt oder mit einer solchen Verletzung oder der Verletzung des Lebens widerrechtlich gedroht, ist in der Regel die gesamte Wohnung zur alleinigen Benutzung zu überlassen (§ 1361b II S. 1 BGB). Der Anspruch auf Wohnungsüberlassung ist nur dann ausgeschlossen, wenn keine weiteren Verletzungen und widerrechtlichen Drohungen zu besorgen sind, es sei denn, dass dem verletzten Ehegatten das weitere Zusammenleben mit dem anderen wegen der Schwere der Tat nicht zuzumuten ist (§ 1361b II S. 2 BGB).
- 277** Wird einem Ehegatten durch Gerichtsentscheidung („Zuweisungsbeschluss“) die Wohnung oder ein Teil davon zur alleinigen Benutzung überlassen, trifft den anderen die Pflicht, die Wohnung zu räumen. Außerdem hat dieser alles zu unterlassen, was geeignet ist, die Ausübung dieses Nutzungsrechts zu erschweren oder zu vereiteln (§ 1361b III S. 1 BGB). Immerhin kann er von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht (§ 1361b III S. 2 BGB).
- 278** Problematisch kann die Bestimmung des § 1361b IV BGB werden, wonach unwiderleglich vermutet wird, dass der Ehegatte, der nach der Trennung aus der Ehwohnung ausgezogen und nicht binnen sechs Monaten nach seinem Auszug eine ernstliche Rückkehrabsicht gegenüber dem anderen Ehegatten bekundet hat, dem in der Ehwohnung verbliebenen Ehegatten das alleinige Nutzungsrecht überlassen hat.

**Beispiel<sup>246</sup>:** Ehemann M hält die Gleichgültigkeit seiner Frau F, die einen Liebhaber hat, nicht mehr aus und zieht zu einem Freund. Versöhnungsgespräche, die er in der Folgezeit mit F führt, bringen keine Wende. Auch die Hoffnung, F werde die ehewidrige Beziehung beenden, erfüllen sich nicht. Schließlich sind sieben Monate seit seinem Auszug vergangen. Der Mann möchte nun, da er dem Freund nicht endlos zur Last fallen will, in die Wohnung zurück.

Nach der Fiktion des § 1361b IV BGB hat M der F die Wohnung zur alleinigen Nutzung überlassen. Daher ist es M verwehrt, in die Wohnung zurückzukehren.

## II. Das Scheidungsverfahren

- 279** In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass in Scheidungssachen seit dem 1.9.2009 originär nicht mehr die ZPO, sondern das **FamFG** einschlägig ist (die ZPO gilt jedoch noch so weit, wie das FamFG im Einzelfall auf sie verweist, so z.B. in § 113 FamFG, in § 124 S. 2 FamRG oder in § 138 I S. 1 Halbs. 2 FamFG). Das Scheidungsverfahren gehört zu den „Ehesachen“ (§ 121 Nr. 1 FamFG), die wiederum Familiensachen sind (§ 111 Nr. 1 FamFG), für welche die Familiengerichte zuständig sind (§§ 23a I S. 1 Nr. 1, 23b I GVG).

---

<sup>246</sup> Nach *Schwab*, FamR, § 38 Rn 364.

Maßgebend sind die allgemeinen Verfahrensvorschriften des FamFG, soweit nicht §§ 121-150 FamFG etwas anderes bestimmen. So besteht zunächst die Besonderheit, dass das Verfahren in Ehesachen nicht durch Klage, sondern durch einen **Antrag** anhängig gemacht (§ 113 V Nr. 2 FamFG; § 124 S. 1 FamFG). Die Parteien werden als „Antragsteller“ und „Antragsgegner“ bezeichnet (§ 113 V Nr. 3 und 4 FamFG). Zudem bestimmt § 124 S. 2 FamFG, dass auf den Antrag in Ehesachen die Vorschriften der ZPO über die Klageschrift (§ 253 ZPO) entsprechend geltend. Welchen Inhalt der Scheidungsantrag aufweisen muss, ist in § 133 FamFG geregelt. 280

In Ehesachen gilt nicht der Verhandlungs-, sondern der **Untersuchungsgrundsatz**: Das Familiengericht hat von Amts wegen die Ermittlungen durchzuführen, die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen notwendig sind (§ 127 I FamFG). Allerdings dürfen Tatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht sind, nur berücksichtigt werden, wenn sie geeignet sind, der Aufrechterhaltung der Ehe zu dienen oder wenn der Antragsteller einer Berücksichtigung nicht widerspricht (§ 127 II FamFG). Daraus folgt, dass die materiellen Zerrüttungsvoraussetzungen des § 1565 I S. 2 BGB vom Antragsteller vorzubringen sind, was nur dann entbehrlich ist, wenn eine der Vermutungsregeln des § 1566 BGB vorliegt. 281

Für die Ehegatten besteht gem. § 114 I FamFG **Anwaltszwang**. Allerdings ist im Falle einer einvernehmlichen Scheidung für die Zustimmung zur Scheidung und den Widerruf einer solchen Zustimmung die Vertretung durch einen Anwalt nicht erforderlich (§ 114 IV Nr. 3 FamFG). Unter diesen Voraussetzungen benötigt der Antragsgegner also keinen Anwalt; er wird auch ohne Anwalt gehört (§§ 127 f. FamFG). Der anwaltlich nicht vertretene Antragsgegner kann jedoch keine Prozesshandlungen vornehmen. So kann er etwa keine Anträge stellen, was mit Blick auf die Wahrung seiner Rechte sehr problematisch sein kann. Zur Wahrung seiner Rechte kann ihm das Gericht daher von Amts wegen einen Anwalt beordnen (§ 138 I FamFG). Dieser hat dann die Stellung eines Beistands (§ 138 II FamFG). Stimmt der Antragsgegner der Scheidung nicht zu (streitige Scheidung), bedarf er wegen § 114 I FamFG stets eines Anwalts. Für den Antragsteller ist die Rücknahme des Scheidungsantrags auch ohne anwaltliche Vertretung zulässig (§ 114 IV Nr. 3 FamFG). 282

Das Gericht soll das **persönliche Erscheinen** der Ehegatten anordnen und sie anhören. Die Anhörung eines Ehegatten hat in Abwesenheit des anderen Ehegatten stattzufinden, falls dies zum Schutz des anzuhörenden Ehegatten oder aus anderen Gründen erforderlich ist. Das Gericht kann von Amts wegen einen oder beide Ehegatten als Beteiligte vernehmen (§ 128 I FamFG). Ist ein Ehegatte am Erscheinen verhindert oder hält er sich in so großer Entfernung vom Sitz des Gerichts auf, dass ihm das Erscheinen nicht zugemutet werden kann, kann die Anhörung oder Vernehmung durch einen ersuchten Richter erfolgen (§ 128 III FamFG). 283

Eine Besonderheit im Scheidungsverfahrensrecht besteht darin, dass Scheidungs- und Folgesachen miteinander verbunden werden können (**Verbund von Scheidungs- und Folgesachen**, § 137 I FamFG). Dadurch wird ermöglicht, über die Scheidung der Ehe und über die wichtigsten Scheidungsfolgen in einem Verfahren zu verhandeln und zu entscheiden. Folgesachen sind gem. § 137 II FamFG 284

1. Versorgungsausgleichssachen,
2. Unterhaltssachen, sofern sie die Unterhaltungspflicht gegenüber einem gemeinschaftlichen Kind oder die durch Ehe begründete gesetzliche Unterhaltungspflicht betreffen mit Ausnahme des vereinfachten Verfahrens über den Unterhalt Minderjähriger,
3. Ehewohnungs- und Haushaltssachen und
4. Güterrechtssachen.

- 285** Folgesachen sind gem. § 137 III FamFG auch Kindschaftssachen, die die Übertragung oder Entziehung der elterlichen Sorge, das Umgangsrecht oder die Herausgabe eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten oder das Umgangsrecht eines Ehegatten mit dem Kind des anderen Ehegatten betreffen, wenn ein Ehegatte vor Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache die Einbeziehung in den Verbund beantragt, es sei denn, das Gericht hält die Einbeziehung aus Gründen des Kindeswohls nicht für sachgerecht.
- 286** Zu beachten ist, dass der Eintritt des Verbunds grundsätzlich vom Verhalten der Parteien abhängt: Es kommt darauf an, ob die Familiensache spätestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache von einem Ehegatten (durch Antrag) anhängig gemacht wird (§ 137 II S. 1 a.E. FamFG).
- Beispiel:** Beantragt der unterhaltsbedürftige Ehegatte spätestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache Unterhalt für die Zeit nach der Scheidung, werden gem. § 137 I, II S. 1 Nr. 2 FamFG Scheidungs- und Unterhaltsverfahren miteinander verbunden.
- 287** Lediglich der Versorgungsausgleich wird i.d.R. ohne Antrag durchgeführt (§ 137 II S. 2 FamFG); das Gericht leitet das Verfahren über diesen Gegenstand von Amts wegen ein und stellt den Verbund mit dem Scheidungsverfahren her.
- 288** Über den erfolgreichen Scheidungsantrag und die im Verbund stehenden Folgesachen wird durch **einheitlichen Beschluss** entschieden (§ 142 I FamFG). Wird der Scheidungsantrag abgewiesen, werden die Folgesachen gegenstandslos. Dies gilt jedoch nicht für die Kindschaftssachen nach § 137 III FamFG sowie für Folgesachen, hinsichtlich derer ein Beteiligter vor der Entscheidung ausdrücklich erklärt hat, sie fortführen zu wollen. Diese werden als selbstständige Familiensachen fortgeführt (§ 142 II FamFG).

### Scheidungsantrag (i.d.R. mit Folgesachen)

Ehesachen werden nicht durch Klage, sondern durch einen **Antrag** anhängig gemacht (§ 113 V Nr. 2 FamFG; § 124 S. 1 FamFG). Beantragt ein Ehegatte die Scheidung, wird i.d.R. auch über Folgesachen (insbesondere Sorge- und Umgangsrecht, Zugewinnausgleich, Unterhalt, Versorgungsausgleich) entschieden. Der Antrag muss, um erfolgreich zu sein, zulässig und begründet sein.

#### A. Zulässigkeit des Antrags

##### I. Zuständigkeit des Familiengerichts

Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts als Familiengericht ergibt sich aus §§ 23a I S. 1 Nr. 1, 23b I GVG i.V.m. §§ 111 Nr. 1, 121 Nr. 1 FamFG (Scheidungssachen sind Ehesachen). Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ergibt sich aus § 122 FamFG in der dort genannten Reihenfolge (Rangfolge). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (vgl. § 261 III Nr. 2 ZPO i.V.m. § 113 I S. 2 FamFG).

##### II. Ordnungsgemäßheit des Scheidungsantrags

Das Verfahren in Ehesachen wird durch Einreichung einer **Antragsschrift** anhängig (§ 124 S. 1 FamFG). Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Klageschrift (insbesondere § 253 ZPO) gelten entsprechend (§ 124 S. 2 FamFG). Welche Angaben die Antragsschrift enthalten muss, ergibt sich aus § 113 I S. 2 FamFG i.V.m. § 253 II ZPO sowie aus § 133 FamFG.

Gemäß § 114 I FamFG besteht grds. **Anwaltszwang**, d.h. die Ehegatten müssen bei der Scheidung anwaltlich vertreten sein. Allerdings ist im Falle einer einvernehmlichen Scheidung für die Zustimmung zur Scheidung und den Widerruf einer solchen Zustimmung die Vertretung durch einen Anwalt nicht erforderlich (§ 114 IV Nr. 3 FamFG). Unter diesen Voraus-

setzungen benötigt der Antragsgegner also keinen Anwalt; er wird auch ohne Anwalt gehört (§§ 127 f. FamFG). Der anwaltlich nicht vertretene Antragsgegner kann jedoch keine Prozesshandlungen vornehmen. So kann er etwa keine Anträge stellen. Zur Wahrung seiner Rechte kann ihm das Gericht daher von Amts wegen einen Anwalt beordnen (§ 138 I FamFG). Dieser hat dann die Stellung eines Beistands (§ 138 II FamFG). Stimmt der Antragsgegner der Scheidung nicht zu (streitige Scheidung), bedarf er wegen § 114 I FamFG stets eines Anwalts. Für den Antragsteller ist die Rücknahme des Scheidungsantrags auch ohne anwaltliche Vertretung zulässig (§ 114 IV Nr. 3 FamFG).

### III. Verfahrensfähigkeit

Auch ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte ist im Scheidungsverfahren verfahrensfähig (§ 125 I FamFG). Für einen geschäftsunfähigen Ehegatten wird das Verfahren durch den gesetzlichen Vertreter geführt. Der gesetzliche Vertreter bedarf für den Antrag auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe der Genehmigung des Familien- oder Betreuungsgerichts (§ 125 II FamFG).

### B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag ist begründet, wenn aufgrund der vom Antragsteller/von den Antragstellern vorgebrachten Umstände feststeht, dass die Ehe unheilbar **zerrüttet** und damit **gescheitert** ist (§§ 1564, 1565 I S. 1 BGB). Das ist der Fall

- ⇒ nach materieller Zerrüttungsprüfung durch das Gericht (§ 1565 I S. 2 BGB)
- ⇒ bei einvernehmlicher Scheidung nach einjähriger Trennung (§ 1566 I BGB)
- ⇒ bei einseitiger Scheidung nach dreijähriger Trennung (§ 1566 II BGB)

Nach richtiger Auffassung sind dies nicht drei Scheidungstatbestände, sondern es existiert nur ein Scheidungstatbestand, nämlich derjenige der materiellen Zerrüttung. Die Regelungen in § 1566 I und II BGB enthalten lediglich Vermutungsregeln für das Vorliegen der Zerrüttung. Vgl. dazu im Einzelnen Rn 259 ff.

### C. Scheidungsverbund

Gemäß § 137 I FamFG ist über Scheidung und **Folgesachen** zusammen zu verhandeln und zu entscheiden (Verbund). Folgesachen sind gem. § 137 II FamFG Versorgungsausgleichssachen, Unterhaltssachen, Ehewohnungs- und Haushaltssachen und Güterrechtssachen, wenn eine Entscheidung für den Fall der Scheidung zu treffen ist und die Familiensache spätestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache von einem Ehegatten anhängig gemacht wird. Gemäß § 137 III FamFG sind Folgesachen auch bestimmte in der Vorschrift genannte Kindschaftssachen, wenn ein Ehegatte vor Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug in der Scheidungssache die Einbeziehung in den Verbund beantragt, es sei denn, das Gericht hält die Einbeziehung aus Gründen des Kindeswohls nicht für sachgerecht. Zu den Folgesachen vgl. die nachfolgenden Ausführungen; zur Abtrennung von Folgesachen vgl. § 140 FamFG.

## III. Scheidungsfolgen

Mit Rechtskraft der richterlichen Entscheidung ist die Ehe aufgelöst (§ 1564 S. 2 BGB). Von diesem Zeitpunkt an entfallen die in §§ 1353 ff. BGB normierten gesetzlichen Ehewirkungen. An ihre Stelle treten nunmehr gewisse Nachwirkungen der Ehe. Das betrifft insbesondere:

- nacheheliche Unterhaltsansprüche (Ehegattenunterhalt),
- Zugewinnausgleich,
- Versorgungsausgleich,
- Zuweisung der Ehewohnung und Verteilung von Haushaltsgegenständen,
- Kindschaftssachen (Sorgerecht, Umgangsrecht, Unterhalt)
- künftige Namensführung

289

## 1. Ehegattenunterhalt

### a. Grundsatz der Eigenverantwortung

290 Mit dem am 1.1.2008 in Kraft getretenen Unterhaltsänderungsgesetz vom 21.12.2007 hat der Gesetzgeber die Vorschriften über den Ehegattenunterhalt reformiert und den **Grundsatz der Eigenverantwortung** der Ehegatten in den Vordergrund gestellt. So obliegt es gem. § 1569 S. 1 BGB nunmehr den geschiedenen Ehegatten jeweils selbst, für ihren Unterhalt zu sorgen. Der hierin zum Ausdruck kommende Grundsatz der wirtschaftlichen Eigenverantwortung wird in § 1577 BGB konkretisiert, wonach geschiedene Ehegatten gehalten sind, ihren Unterhaltsbedarf in erster Linie aus eigenem Einkommen und aus eigenem Vermögen zu decken.<sup>247</sup>

Da dies jedoch vielen Geschiedenen nicht möglich oder nach Art ihrer Lebensumstände nicht zumutbar ist, gewährt das Gesetz unter bestimmten Umständen und unter dem Einfluss des auch nach der Ehescheidung noch wirkenden Art. 6 I GG nahehehlichen Unterhalt. Die rechtsdogmatische Begründung für diese Regelung besteht darin, dass die Verantwortung der ehemaligen Ehepartner füreinander (§ 1353 I S. 2 BGB) mit der Scheidung nicht erloschen ist. Denn mit der Eheschließung haben Mann und Frau ihre Schicksale im Vertrauen auf weitestgehende Solidarität aneinander gebunden. Misslingt der gemeinsame Lebensplan, ist das Entstehen füreinander (§ 1353 I S. 2 BGB) nicht (gänzlich) obsolet. Nach Maßgabe der §§ 1570 ff. BGB gewährt das Gesetz daher einem geschiedenen Ehegatten einen **Anspruch auf Unterhalt**, wenn er außerstande ist, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen (§ 1569 S. 2 BGB). Dabei ist zu beachten, dass nicht § 1569 S. 2 BGB die Anspruchsgrundlage für die Unterhaltszahlung darstellt, sondern die in §§ 1570-1576 BGB aufgezählten **Unterhaltstatbestände**. Dies sind:

- Unterhalt wegen Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes (§ 1570 BGB)
- Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB)
- Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen (§ 1572 BGB)
- Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 I, III, IV BGB)
- Ergänzungs- bzw. Aufstockungsunterhalt (§ 1573 II BGB)
- Ausbildungsunterhalt (§ 1575 BGB)
- Unterhalt aus Billigkeitsgründen (§ 1576 BGB)

291 Liegen die Voraussetzungen eines Unterhaltstatbestands vor, besteht dem Grunde nach ein Unterhaltsanspruch. Ob aber im Einzelfall tatsächlich ein Unterhaltsanspruch besteht und in welcher Höhe Unterhalt verlangt werden kann, hängt von weiteren Voraussetzungen ab, namentlich, ob und inwieweit dem Anspruchsgegner auch nach der Scheidung noch eine Verantwortung aufgebürdet werden kann. So bestimmt § 1578 I BGB, dass sich das Maß des Unterhalts **nach den ehelichen Lebensverhältnissen** bemisst und dass der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf umfasst (vgl. dazu näher Rn 314 ff.).

292 Weiterhin hängt die Zuerkennung eines Unterhaltsanspruchs davon ab, ob und inwieweit der Anspruchsteller sich seinen Unterhalt durch Ausübung einer ihm zumutbaren Erwerbstätigkeit selbst verschaffen kann. Der Unterhaltsbegehrende muss also auch **bedürftig** sein (§ 1577 I BGB).

293 Spiegelbildlich für Bestehen und Umfang eines Unterhaltsanspruchs ist die **Leistungsfähigkeit** des Unterhaltspflichtigen. Nach § 1581 BGB braucht der Pflichtige den Unterhalt nur so weit zu gewähren, wie es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die

---

<sup>247</sup> Ein Unterhaltsanspruch besteht auch dann nicht, wenn die Ehegatten nach § 1585c S. 1 BGB einen Unterhaltsverzicht vereinbart haben. Nach § 1585c S. 2 BGB bedarf eine Vereinbarung, die vor Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, der notariellen Beurkundung.

## 4. Kapitel – Die Verwandtschaft

Der 2. Abschnitt des 4. Buches (§§ 1589-1772 BGB) regelt die Verwandtschaft. Zum Begriff und zur Abgrenzung zur Schwägerschaft vgl. bereits Rn 7 ff. und 10 ff., so dass in diesem Kapitel ausschließlich die Abstammung, die elterliche Sorge einschließlich der Unterhaltspflichten sowie die Annahme als Kind behandelt werden. 460

### A. Abstammung

Der Begriff der Abstammung beschreibt die biologische Herkunft eines Individuums. In § 1589 BGB wird er zur Definition der Verwandtschaft verwendet. 461

### I. Mutterschaft

Geburt als äußeres Beweiszeichen: Nach der Legaldefinition in § 1591 BGB ist Mutter die Frau, die das Kind geboren hat. So banal diese Definition klingen mag, so hat sie doch ihre Berechtigung. Denn während früher die Bestimmung der Mutterschaft problemlos war („mater semper certa est“: die Mutter ist immer sicher), ist in Zeiten, in denen eine „Leihmutterschaft“<sup>425</sup> medizinisch möglich ist, nicht eindeutig, wer als Mutter gilt, die Frau, deren Eizelle in den Uterus der anderen Frau eingesetzt wurde (die genetische Mutter), oder die Frau, die das (fremde) Kind austrägt (die gebärende Mutter). Daher bedurfte es einer Regelung, wer in einem solchen Fall („gespaltene Mutterschaft“) juristisch die Mutter ist. Eben diese Bestimmung trifft (seit 1.7. 1998) § 1591 BGB zugunsten der gebärenden Mutter. Damit stellt sich der Gesetzgeber auf den Standpunkt, dass die psychosoziale und physische Bindung der gebärenden Mutter schützenswerter sei als die Interessen der genetischen Mutter. Der Gesetzgeber ist sogar so weit gegangen, dass er die Leihmutterschaft in Deutschland verboten und für einige Beteiligte unter Strafe gestellt hat (§ 1 I Nr. 1 und 6 Embryonenschutzgesetz). Mit § 1591 BGB ist nunmehr auch bei einer Ersatzmutterschaft<sup>426</sup> geklärt, wer (juristisch) Mutter ist: Es ist stets die Frau, die das Kind geboren hat. Mithin ergibt sich folgender Überblick des Entstehens einer Mutterschaft: 462

---

<sup>425</sup> Von einer **Leihmutterschaft** spricht man, wenn einer Frau (der „Tragemutter“) entweder eine noch nicht befruchtete Eizelle einer anderen Frau eingepflanzt und dann natürlich oder künstlich befruchtet (inseminiert) wird oder wenn ihr eine bereits natürlich oder künstlich befruchtete Eizelle einer anderen Frau eingepflanzt wird, damit sie das Kind austrägt und gebärt.

<sup>426</sup> Von einer **Ersatzmutterschaft** spricht man, wenn eine Frau aufgrund einer vorherigen Vereinbarung mit den Ehegatten sich vom Ehemann (natürlich oder künstlich) schwängern lässt, das Kind austrägt und gebärt. Zu beachten ist, dass § 13a Adoptionsvermittlungsgesetz auch die Leihmutterschaft als Ersatzmutterschaft bezeichnet.

### **1. „Normale“ Mutterschaft, bei der genetische Mutter und gebärende Mutter identisch sind:**

- ⇒ Intrakorporale Befruchtung der Eizelle (in-vivo-Fertilisation)
  - ⇒ auf natürliche Weise (d.h. durch Geschlechtsverkehr)
    - ⇒ mit dem Samen des Ehemanns
    - ⇒ mit dem Samen eines anderen Mannes
  - ⇒ durch künstliche Befruchtung
    - ⇒ mit dem Samen des Ehemanns (homologe Insemination)
    - ⇒ mit dem Samen eines anderen Mannes (heterologe<sup>427</sup> Insemination)
- ⇒ Extrakorporale Befruchtung der Eizelle (in-vitro-Fertilisation)
  - ⇒ durch Entnahme einer Eizelle und Befruchtung außerhalb des Mutterleibs
    - ⇒ mit dem Samen des Ehemanns (homologe Insemination)
    - ⇒ mit dem Samen eines anderen Mannes (heterologe Insemination)
  - ⇒ und anschließender Einsetzung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter der Frau, von der die Eizelle stammt

### **2. Genetische Mutter und gebärende Mutter sind nicht identisch:**

- ⇒ Eispende: Das Ei einer anderen Frau wird mit dem Samen des Ehemanns in vitro befruchtet und anschließend in die Gebärmutter der Ehefrau eingesetzt.
- ⇒ Embryonenspende: Das Ei einer anderen Frau wird mit dem Samen eines anderen Mannes in vitro befruchtet und anschließend in die Gebärmutter der Ehefrau eingesetzt.
- ⇒ Leihmutterschaft: Das Ei der Ehefrau wird mit dem Samen des Ehemanns in vitro befruchtet und anschließend in die Gebärmutter einer anderen Frau eingesetzt, die das Kind austrägt und gebärt (Fall des § 13a Nr. 2 AdoptionsvermittlungsgG).

### **3. Ersatzmutterschaft (genetische und gebärende Mutter sind identisch):**

- ⇒ Eine Frau unterzieht sich aufgrund einer Vereinbarung mit einem Dritten oder Dritten (den „Wunscheltern“) einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung, um das Kind nach der Geburt dem Vertragspartner zur Annahme als Kind (Adoption) oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen (Fall des § 13a Nr. 1 AdoptionsvermittlungsgG).
- ⇒ Die künstliche Insemination bei einer Ersatzmutter ist gem. § 1 I Nr. 7 Embryonenschutzgesetz (ESchG) strafbar. Aus dem Umkehrschluss folgt, dass die natürliche Insemination (also durch Geschlechtsverkehr) nicht strafbar ist.
- ⇒ Unabhängig davon ist die Vereinbarung zwischen der Ersatzmutter und dem/den Dritten (den „Wunscheltern“) sittenwidrig und damit nichtig (§ 138 I BGB). Die Nichtigkeit lässt sich ggf. auch aus § 134 BGB herleiten, obwohl die Ersatzmutter selbst nicht nach § 1 I Nr. 7 ESchG strafbar ist. Die Ersatzmutter (die ja wegen § 1591 BGB auch juristische Mutter ist) muss also nach der Geburt das Kind nicht an die „Wunscheltern“ herausgeben. Sollten diese „Vorkasse“ geleistet haben, können sie die geleistete Geldsumme wegen § 817 S. 2 BGB nicht zurückverlangen.
- ⇒ Die Vermittlung einer Ersatz- (aber auch Leihmutterschaft) ist gem. §§ 13c, d AdoptionsvermittlungsgG verboten und gem. § 14b AdoptionsvermittlungsgG strafbar.

**463** Fazit: Da die Mutterschaft gem. § 1591 BGB feststeht, ist die gebärende Mutter auch dann Mutter, wenn die Schwangerschaft durch Ei- oder Embryonenspende herbeigeführt worden ist. Die Frau, von der die Eizelle stammt (Eispenderin), ist nicht (zusätzlich) Mutter; es gibt keine gespaltene Mutterschaft. Wegen § 1591 BGB sind daher auch Ersatzmütter und Leihmütter Mütter im Rechtssinne. Auch ist die Mutterschaft (anders als die Vaterschaft) nicht anfechtbar, da sie ja wegen § 1591 BGB feststeht. Schließlich ist § 1591 BGB auch nicht disponibel, d.h. vertragliche Regelungen zwi-

<sup>427</sup> Eigentlich müsste es donogene (lat. donum = Geschenk, Spende) Insemination heißen.

schen der genetischen und der gebärenden Mutter hinsichtlich der Mutterschaft sind mit Blick auf die Menschenwürde des Kindes ebenso unwirksam wie Verträge des Ehepaares mit einer Ersatzmutter.

Gemäß § 1598a BGB besteht allerdings ein Anspruch der Mutter (wie auch des Vaters und des Kindes), die genetische Abstammung des Kindes klären zu lassen. Das gilt auch für Kinder, die durch eine Samenspende gezeugt worden sind. **464**

Die Vorschrift des § 1598a BGB ist erst im Jahre 2008 eingefügt worden. Hintergrund ist, dass der juristische Vater (vgl. § 1592 BGB) bei Zweifeln an seiner Vaterschaft keine (legale) Möglichkeit hatte, seine biologische Vaterschaft außerhalb des Vaterschaftsanfechtungsverfahrens (§§ 1600 ff. BGB) feststellen zu lassen, wenn sich auch nur einer der Betroffenen (Mutter, Kind) gegen ein privat in Auftrag zu gebendes Abstammungsgutachten (Vaterschaftstest durch DNA-Analyse) sperrte. Es bestand also nur die Möglichkeit, in einem Vaterschaftsanfechtungsverfahren eine gerichtliche Anordnung der Begutachtung zu beantragen. Dies gelang i.d.R. jedoch nicht, wenn der juristische Vater nicht schlüssig darlegen konnte, dass er nicht auch der leibliche Vater sei. Insbesondere genügte es nicht, wenn der Antragsteller lediglich (eidesstattlich) versicherte, dass er nicht der Vater sei und dies durch ein vom Gericht in Auftrag zu gebendes Sachverständigengutachten beweisen könne. Vielmehr musste er Umstände vortragen, die geeignet waren, Zweifel an seiner Vaterschaft zu wecken und die Möglichkeit der Abstammung des ihm bislang zugeordneten Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen<sup>428</sup> (sog. Anfangsverdacht). Allein die Weigerung der Mutter, der Einholung eines DNA-Gutachtens (auch im Namen des Kindes) zuzustimmen, konnte den Anfangsverdacht nicht herbeiführen, weil man anderenfalls das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (von Mutter und Kind) missachtete. Daher entschieden sich betroffene Väter oft zu heimlichen Vaterschaftstests mit Haaren oder Speichel des Kindes als Vergleichsmaterial. Ein Anfechtungsverfahren hatte bzw. hat zudem auch zwingend rechtliche Konsequenzen in dem Fall, dass gerichtlich festgestellt wird, dass der rechtliche Vater nicht auch der biologische Vater ist. Denn durch diese Feststellung verliert der bislang als rechtlicher Vater geltende Mann eben diesen Status, obwohl es ihm eigentlich nur darum gegangen war, die Abstammung zu klären. Das BVerfG hat daher zweierlei entschieden: Zunächst hat es geurteilt, dass die Durchführung eines heimlichen Vaterschaftstests das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung verletze. Dies führe zu einem Beweisverwertungsverbot im Vaterschaftsanfechtungsverfahren. Da sich der Wunsch eines rechtlichen Vaters aber auch allein darauf richten könne, zu wissen, ob das Kind wirklich von ihm abstamme, ohne zugleich seine rechtliche Vaterschaft aufgeben zu wollen, habe der Gesetzgeber einen Verfahrensweg zu eröffnen, der diesem Wunsch entspricht.<sup>429</sup>

**465**

Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und mit Wirkung zum 1.4.2008 die Vorschrift des § 1598a BGB in Kraft gesetzt.<sup>430</sup> Diese Vorschrift verleiht dem Recht auf Kenntnis und Feststellung der Abstammung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG Geltung, ohne dies zwingend mit einem Anfechtungsverfahren zu verbinden. Insofern sind die beiden Verfahren (Klärung der Abstammung und Anfechtung der Vaterschaft) unabhängig voneinander.

§ 1598a I BGB gewährt zur Klärung der Abstammung einen Anspruch gegen die jeweils anderen Familienmitglieder auf Einwilligung zu einem Gentest und zur Duldung einer dazu erforderlichen Entnahme von genetischem Material (Haare, Blut, Speichel etc.). Wird die Einwilligung durch die jeweiligen Verpflichteten nicht erteilt, besteht die Möglichkeit der Ersetzung der Einwilligung durch das Gericht, § 1598a II BGB (es sei denn, dies würde dem Kindeswohl schaden, § 1598a III BGB). Hierfür bedarf es eines entsprechenden Antrags des Berechtigten bei Gericht. Möchte ein minderjähriges Kind den Antrag stellen, ist dies auf-

<sup>428</sup> BGH FamRZ 2003, 155, 156; 2005, 340 f.; 2006, 686 f.

<sup>429</sup> BVerfGE 117, 202 ff.

<sup>430</sup> BGBl I 2008, S. 441.

grund des neuen § 1629 IIa BGB nur durch einen für das Kind bestellten Ergänzungspfleger möglich.

Berechtigte im Sinne des § 1598a BGB sind der rechtliche Vater, die Mutter sowie das Kind gegenüber beiden (rechtlichen) Elternteilen. Nicht zu den Berechtigten gehört der leibliche Vater des Kindes. Dieser ist nach wie vor auf das Verfahren zur Anfechtung der Vaterschaft angewiesen, freilich unter Berücksichtigung der Voraussetzungen der §§ 1600 ff. BGB. Der Anspruch aus § 1598a BGB ist auf Einwilligung in die Einholung eines genetischen Abstammungsgutachtens gerichtet. Der Anspruch ist an keine Voraussetzungen gebunden, was verfassungsrechtlich nicht ganz unbedenklich ist. Auch sind keine Fristen zu beachten. Wegen § 194 II BGB tritt auch keine Verjährung des Anspruchs ein. Lediglich die allgemeine Schranke rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung soll nach der Gesetzesbegründung in ganz besonderen Ausnahmefällen Anwendung finden.

Die Einleitung eines Verfahrens auf Klärung der Abstammung führt schließlich dazu, dass die für das gerichtliche Vaterschaftsanfechtungsverfahren geltende zweijährige Anfechtungsfrist (§ 1600b I BGB) für die Zeit gehemmt wird (§ 1600b V S. 1 BGB). Erst sechs Monate nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung über den Antrag nach § 1598a BGB läuft die Anfechtungsfrist für das Vaterschaftsanfechtungsverfahren weiter (vgl. § 204 II S. 1 BGB).

## II. Vaterschaft

**466** Während die Mutterschaft stets feststeht, verhält es sich bei der Vaterschaft anders. Denn die Geburt als äußeres Beweiszeichen für die Mutterschaft sagt nichts über die Vaterschaft aus. Diese muss daher juristisch bestimmt werden. Sie ist in §§ 1592-1600d BGB geregelt. Ausgangslage ist § 1592 BGB, der drei Zurechnungsgründe nennt. Danach ist Vater eines Kindes,

- wer zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (Nr. 1),
- wer die Vaterschaft anerkannt hat (Nr. 2) oder
- dessen Vaterschaft nach § 1600d BGB gerichtlich festgestellt ist (Nr. 3).

**467** Die beiden zuerst genannten Zurechnungen können gem. § 1599 I i.V.m. §§ 1600-1600d BGB durch Anfechtung der Vaterschaft wieder beseitigt werden (dazu Rn 483 ff.). Solange aber keine diesbezügliche rechtskräftige gerichtliche Feststellung erfolgt, dass der betreffende Mann als Vater des Kindes ausscheidet, gelten die Vaterschaftszuweisungen nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB.

**468** Die drei in einem Alternativverhältnis zueinander stehenden Zurechnungsgründe schließen sich gegenseitig aus. Steht z.B. der Ehemann der Kindsmutter nach § 1592 Nr. 1 BGB als Vater fest, kann, solange nicht dessen Vaterschaft rechtskräftig angefochten wurde, kein anderer Mann wirksam die Vaterschaft anerkennen (vgl. § 1594 II BGB, aber auch die Ausnahme in § 1599 II BGB).

### 1. Vaterschaft kraft Ehe, § 1592 Nr. 1 BGB

**469** Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB ist Vater eines Kindes, wer im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder war. Bei dieser Regelung handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung der Vaterschaft des Ehemanns, die immer dann eingreift, wenn im Zeitpunkt der Geburt des Kindes eine Ehe mit der Mutter bestanden hat. Mit dieser Regelung greift der Gesetzgeber den römischen Rechtsgrundsatz: „pater est quem nuptiae demonstrant“ (Vater ist, wer durch die Heirat als solcher erwiesen ist) auf, um den Status des während der Ehe geborenen Kindes auf eine verlässliche Grundlage zu stellen: Unabhängig davon, wer aus biologischer Sicht Vater ist, gilt juristisch als Vater, wer zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

- Ein Kind, das **vor der Ehe** geboren wird, wird dem (späteren) Ehemann der Mutter nicht über § 1592 Nr. 1 BGB zugerechnet. Das heißt, der Verlobte der Frau und Erzeuger des vorehelich geborenen Kindes wird nicht durch die Eheschließung mit der Mutter automatisch Vater des Kindes. Möglich ist aber eine Vaterschaftsanerkennung bzw. -zurechnung über § 1592 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB. Ohne eine Vaterschaftsanerkennung besteht zumindest das gemeinsame Sorgerecht für das Kind (§ 1626a I Nr. 2 BGB).

470
  
- Zum Zeitpunkt der Geburt muss eine **wirksame Ehe** bestehen. Leben die Ehegatten zum Zeitpunkt der Geburt getrennt (§ 1567 BGB), ändert dies nichts an der Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB, da auch bei einem Getrenntleben der Eheleute die Ehe (noch) besteht. Das Gleiche gilt, wenn der Scheidungsantrag lediglich anhängig bzw. rechts-hängig ist. Denn eine Ehe wird erst durch ein rechtskräftiges Scheidungsurteil aufgelöst (§ 1564 BGB). Allerdings greift gem. 1599 II S. 1 BGB die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht, wenn das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird und ein Dritter spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils die Vaterschaft anerkennt. Die Anerkennung wird frühestens mit Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Beschlusses wirk-sam. Bis dahin bleibt die Vaterschaft des Ehemanns bestehen; die Anerkennung des bio-logischen Vaters bleibt bis dahin schwebend unwirksam.<sup>431</sup> Wird ein Kind während des Getrenntlebens oder des laufenden Scheidungsverfahrens geboren und liegt der (mög-liche) Zeitpunkt der Empfängnis ebenfalls in diesem Zeitraum, kann umgekehrt der Ehe-mann durchaus ein berechtigtes Interesse haben, die Vaterschaft anzufechten, wenn er der Meinung ist, das Kind stamme nicht von ihm ab.

471
  
- Eine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB scheidet somit aus, wenn das Kind nach Rechts-kraft der Scheidung oder der Eheaufhebung geboren wird (**nachehelich geborenes Kind**). Es gibt also keine Vaterschaftszurechnung bei in der Ehe gezeugten, aber nach Rechtskraft der Scheidung geborenen Kindern. Der Grund für diese Regelung besteht darin, dass der bisherige Ehemann (aufgrund des Trennungsjahres) meist ohnehin nicht der Erzeuger des Kindes ist. Sollte der frühere Ehemann dennoch der Erzeuger des Kindes sein, kann er über § 1592 Nr. 2 BGB die Vaterschaft anerkennen.

472
  
- § 1592 Nr. 1 BGB gilt gem. § 1593 S. 1 BGB entsprechend, wenn die Ehe **durch Tod** aufgelöst wurde und innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung ein Kind geboren wird. In diesem Fall gilt also der verstorbene Ehemann als Vater. Steht fest, dass das Kind mehr als 300 Tage vor seiner Geburt empfangen wurde, ist gem. § 1593 S. 2 BGB dieser Zeitraum maßgebend.

473
  
- Gerade der soeben genannte Punkt führt zu dem sonderbaren Ergebnis, dass das Kind an sich zwei Vätern zugerechnet werden müsste, wenn die schwangere Mutter alsbald nach dem Tod des ersten Ehemanns eine **neue Ehe** eingeht und das Kind dann geboren wird.

474

**Beispiel:** Der erste Ehemann verstirbt am 10.10.2010, am 4.3.2011 heiratet die Ehefrau erneut, am 10.5.2011 wird das Kind geboren.

Wird von einer Frau, die nach dem Tod ihres Ehemanns (alsbald) eine weitere Ehe geschlossen hat, ein Kind geboren, wäre dieses Kind sowohl nach § 1593 S. 1 und S. 2 BGB Kind des früheren Ehemanns als auch nach § 1592 Nr. 1 BGB Kind des neuen Ehemanns. Da letztlich aber nur ein Mann juristisch als Vater gelten kann, bedarf es einer Vorrangregelung. Das Gesetz hat sich (zugunsten des Kindeswohls) für den neuen (lebenden) Ehemann entschieden (§ 1593 S. 3 BGB), auch wenn er erwiesenermaßen nicht der biologische Vater ist. In diesem Fall ist aber nach § 1593 S. 4 BGB eine Anfechtung der Vaterschaft möglich. Wird dabei rechtskräftig festgestellt, dass der neue Ehemann nicht Vater des Kindes ist, ist es wegen § 1593 S. 1 BGB Kind des früheren Ehemanns.

---

<sup>431</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2004, 1595.

- 475 ■ Kinder, die zwar während (noch) bestehender Ehe, aber kurz vor der Scheidung geboren werden, stammen oftmals nicht mehr vom Ehemann ab. Blicke es ausnahmslos bei der Zurechnung kraft Ehe, würden solche Kinder auf jeden Fall dem Ehemann zugewiesen, auch wenn dies offensichtlich falsch ist und sogar ein Dritter sich als biologischer Vater bekennt; eine Korrektur der Zurechnung setzte stets ein erfolgreiches Anfechtungsverfahren voraus. Um den Beteiligten ein solches Verfahren zu ersparen, macht das Gesetz in Fällen, in denen das Kind nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags, aber noch vor Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses geboren wurde, eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Vaterschaft kraft Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) und der damit verbundenen Orientierung am Zeitpunkt der Geburt. Voraussetzung ist aber, dass der biologische Vater spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils die Vaterschaft anerkennt (§ 1599 II S. 1 BGB). Allerdings bedarf die Anerkennung neben den nach §§ 1595 und 1596 BGB notwendigen Erklärungen auch der Zustimmung des Ehemanns (§ 1599 II S. 2 BGB). Die Anerkennung wird frühestens mit Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses wirksam (§ 1599 II S. 3 BGB).

## 2. Vaterschaft kraft Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB

- 476 Vater eines Kindes ist auch, wer nach § 1592 Nr. 2 BGB die Vaterschaft anerkannt hat. Die Anerkennung erfolgt durch einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des Mannes, der sich als Vater bekennt.<sup>432</sup> Die Erklärung ist höchstpersönlich (§ 1596 IV BGB), bedarf der Form des § 1597 BGB und kann bereits vor der Geburt des Kindes abgegeben werden, § 1594 IV BGB. Nach § 1595 I BGB bedarf die Anerkennung der Vaterschaft jedoch der Zustimmung der Mutter. Bei Verweigerung ihrer Zustimmung bleibt dem Mann (ebenso wie dem Kind) nur der Weg einer Vaterschaftsfeststellungsklage nach § 1600d BGB, § 182 I FamFG (§ 1592 Nr. 3 BGB). Die Zustimmung des Kindes ist i.d.R nicht erforderlich, es sei denn, dass der Mutter die elterliche Sorge nicht zusteht, § 1595 II BGB. Der Mann kann nach § 1597 III S. 1 BGB die Anerkennung widerrufen, wenn sie ein Jahr nach der Beurkundung noch nicht wirksam geworden ist. Der Widerruf erfolgt nach § 1597 III S. 2 BGB in der gleichen Form wie die Anerkennung der Vaterschaft. Eine Anerkennung der Vaterschaft ist jedoch ausgeschlossen bzw. unwirksam, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht (§ 1594 II BGB). Einer Zustimmung des Ehemanns bedarf es grundsätzlich nicht, es sei denn, dass durch die Anerkennung die Vaterschaftszurechnung kraft Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) gemäß § 1599 II BGB beseitigt werden soll; dann muss auch die Zustimmung des Ehemanns hinzutreten. Die Modalitäten richten sich nach den für die Anerkennung gegebenen Vorschriften (§ 1599 II S. 2 BGB).

## 3. Vaterschaft kraft gerichtlicher Feststellung, § 1592 Nr. 3 BGB

- 477 Kann keine Vaterschaft nach §§ 1592 Nr. 1 oder 2, 1593 BGB begründet werden, bleibt die Möglichkeit, gem. § 1592 Nr. 3 i.V.m. § 1600d BGB/§ 182 I FamFG die Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen. Zuständig ist das Familiengericht, das über die Feststellung der Vaterschaft aufgrund einer Klage des Mannes gegen das Kind oder aufgrund einer Klage der Mutter oder des Kindes gegen den Mann entscheidet. Es handelt sich um ein „Verfahren in Abstammungssachen“ (§§ 169 ff. FamFG).
- 478 § 1600d II S. 1 BGB enthält die gesetzliche Vermutung, dass im gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahren als Vater vermutet wird, wer der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, es bestehen schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft (§ 1600d II S. 2 BGB). Solche schwerwiegenden Zweifel können sich insbesondere bei sexuellem „Mehrverkehr“ (Sexualverkehr der Frau mit verschiedenen

---

<sup>432</sup> Schwab, FamR, § 49 Rn 528.

Partnern) ergeben. Als Empfängniszeit gilt gem. § 1600d III S. 1 BGB die Zeit von dem 300. bis zum 181. Tag vor der Geburt des Kindes mit Einschluss der genannten Tage. Steht fest, dass das Kind außerhalb des genannten Zeitraums empfangen worden ist, gilt dieser abweichende Zeitraum als Empfängniszeit (§ 1600d III S. 2 BGB).

Um die in § 1600d II S. 1 BGB formulierte gesetzliche Vermutung zu widerlegen bzw. die Vaterschaft eindeutig festzustellen, ist i.d.R. ein genetisches Gutachten erforderlich. Ergibt dieses, dass ein bestimmter Mann der genetische Vater ist, wird dieser durch gerichtliche Feststellung zum juristischen Vater. Zu beachten ist aber, dass dies nur im Fall des § 1592 Nr. 3 BGB gilt. Besteht bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes gem. § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB, bleibt diese selbstverständlich unberührt. Freilich wird dieser u.U. erwägen, die Vaterschaft anzufechten.

479

#### 4. Vaterschaft bei heterologer Insemination

Wie bereits bei Rn 462 ausgeführt, ist die heterologe Insemination dadurch gekennzeichnet, dass die Eizelle einer Frau in vivo oder in vitro mit dem Samen eines Mannes, der nicht der Ehemann ist, künstlich befruchtet wird. Diese Art der Insemination ist (straf-)rechtlich unproblematisch, da sie – wie die homologe Insemination – gesetzlich nicht verboten ist, auch nicht nach dem ESchG. Auch in Bezug auf die Vaterschaft ergeben sich an sich keine Besonderheiten: Der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratete Mann gilt gem. § 1592 Nr. 1 BGB so lange als Vater des (ehelichen) Kindes, wie die Vaterschaft nicht erfolgreich angefochten ist. Die Frage ist aber, ob der Mann überhaupt anfechten kann, wenn er seinerzeit der heterologen Insemination zugestimmt hat.

480

**Beispiel:** Ehemann M ist zeugungsunfähig. Da seine Ehefrau F aber einen Kinderwunsch äußert, willigt er darin ein, dass sich F künstlich mit dem Samen eines Unbekannten befruchten lässt (heterologe Insemination). Nach der Geburt des Kindes scheitert die Ehe und wird geschieden. M möchte, da das Kind nicht von ihm stammt, die gem. § 1592 Nr. 1 BGB bestehende Vaterschaft anfechten.

Gemäß der (2002 eingefügten) Vorschrift des § 1600 V BGB kann die Vaterschaft weder durch den Mann noch durch die Mutter angefochten werden, wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist.

Da das Kind mit Einwilligung des M und der F gezeugt wurde, ist das Anfechtungsrecht des M ausgeschlossen. Er gilt weiterhin als juristischer Vater.

Weiterführender Hinweis: Da auch und gerade bei heterologer Insemination zugunsten des Kindes die Vaterschaft auf sicherer Grundlage gestellt werden soll, könnte auch F wegen § 1600 V BGB die Vaterschaft des M nicht anfechten. Außerdem soll vermieden werden, dass sich Ehepaare, die sich für eine heterologe Insemination entscheiden, durch spätere Anfechtung ihrer Verantwortung (Personensorge, Unterhalt, Erbe) entziehen. Das Kind könnte hingegen von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen, weil sein Anfechtungsrecht nicht durch § 1600 V BGB ausgeschlossen ist. Dem Samenspender wiederum steht kein Anfechtungsrecht (gem. § 1600 I Nr. 2 BGB) zu, da er der Mutter nicht i.S.d. § 1600 I Nr. 2 BGB „beigewohnt“ hat.<sup>433</sup> Er würde aber i.d.R. ohnehin kein Interesse an einer Anfechtung haben. Im Gegenteil muss er befürchten, irgendwann zum juristischen Vater erklärt zu werden. Zwar können – wie gesehen – weder die Mutter noch der Mann die Vaterschaft des Mannes anfechten, da aber das Kind ein Anfechtungsrecht hat (§ 1600 I Nr. 4 BGB, freilich vertreten durch den gesetzlichen Vertreter, § 1600a III BGB), besteht ein Risiko für den Samenspender, dass das Kind nach erfolgreicher Anfechtung in einem weiteren Prozess die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders beantragt (§ 1600d I BGB).

481

<sup>433</sup> Schwab, FamR, § 49 Rn 563.

## B. Elterliche Sorge/Umgangsrecht

- 501 Die elterliche Sorge steht im Mittelpunkt der Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern. Nach der Legaldefinition in § 1626 I S. 1 BGB sind darunter die Pflicht und das Recht der Eltern zu verstehen, für ihre minderjährigen Kinder zu sorgen. Im Mittelpunkt stehen die Wahrung und Förderung der körperlichen, geistigen, seelischen, sozialen und wirtschaftlichen Interessen des Kindes. Ziel ist die Hinführung des jungen Menschen zur persönlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit.<sup>455</sup>
- 502 Das elterliche Sorgerecht kann auf drei verschiedene Weisen erworben werden, kraft Gesetzes, kraft Erklärung und kraft Gerichtsentscheidung.

### I. Sorgerecht kraft Gesetzes

- 503 Das Sorgerecht kraft Gesetzes wird erworben, wenn ein gesetzlicher Tatbestand das Sorgerecht zuordnet. Bei verheirateten Eltern ordnet § 1626 I S. 1 BGB das **gemeinsame Sorgerecht** an. Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, steht ihnen die gemeinsame elterliche Sorge kraft Gesetzes zu, wenn sie einander heiraten (§ 1626a I Nr. 2 BGB). Im Übrigen hat die Mutter das **alleinige Sorgerecht** (§ 1626a II BGB).
- 504 Nach § 1626a II BGB besteht also ein originäres **alleiniges Sorgerecht der Mutter**, wenn sie zum Zeitpunkt der Geburt **nicht verheiratet** ist, sie auch nicht nach der Geburt heiratet und sowohl sie als auch der Kindsvater keine Bereitschaft zur gemeinsamen Sorge erklären. Diese Folge diskriminiert den mit der Mutter nicht verheirateten Kindsvater, weil im Fall der Nichteinigung allein die Mutter das Sorgerecht ausübt und den Kindsvater hiervon völlig ausschließen kann. Dennoch wurde § 1626a II BGB vom BVerfG zunächst als verfassungsgemäß angesehen.<sup>456</sup> Der daraufhin angerufene EGMR war jedoch anderer Meinung und entschied, dass § 1626a II BGB gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstoße. Das gesetzliche alleinige Sorgerecht der Mutter, das eine Prüfung nicht zulasse, ob im Einzelfall nicht auch ein Sorgerecht des Vaters in Betracht komme, stelle eine Ungleichbehandlung des Vaters dar, die auch nicht durch Gründe des Kindeswohls zu rechtfertigen sei.<sup>457</sup> Nunmehr hat dann auch das BVerfG seine Meinung geändert. Es hat entschieden, dass mit der gesetzlichen Zuordnung des alleinigen Sorgerechts für ein nichteheliches Kindes zur Mutter eine Verletzung des Elternrechts des Kindsvaters aus Art. 6 II GG vorliege, weil dieser ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen sei und nicht überprüfen lassen könne, ob es aus Gründen des Kindeswohls angezeigt sei, ihm zusammen mit der Mutter die Sorge für sein Kind einzuräumen oder ihm anstelle der Mutter die Alleinsorge für sein Kind zu übertragen.<sup>458</sup> Dasselbe gilt hinsichtlich § 1672 BGB, da auch durch den Zustimmungsvorbehalt der Mutter das Elternrecht des Vaters verletzt wird.<sup>459</sup>
- Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung seien §§ 1626a II, 1672 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten sei, dass dies dem Kindeswohl entspreche.<sup>460</sup>
- 505 Ein weiteres Sorgerecht kraft Gesetzes besteht, wenn die Eltern das Kind für längere Zeit in Familienpflege (d.h. zu **Pflegeeltern**) geben und das Familiengericht auf Antrag der Eltern oder der Pflegeperson Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeperson überträgt (§ 1630 III S. 1 BGB). Im Umfang der Übertragung hat die

<sup>455</sup> Schwab, FamR, § 54 Rn 594.

<sup>456</sup> BVerfGE 107, 150, 168 ff.

<sup>457</sup> EGMR NJW 2010, 501.

<sup>458</sup> BVerfG NJW 2010, 3008.

<sup>459</sup> BVerfG NJW 2010, 3008, 3011.

Pflegeperson dann die Rechte und Pflichten eines Pflegers (§ 1630 III S. 3 i.V.m. §§ 1909 ff. BGB). Auch der **Vormund**, der gem. § 1793 I S. 1 BGB anstelle der Eltern das Sorgerecht ausübt, übt dies kraft Gesetzes aus.

## II. Sorgerecht kraft Erklärung

Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht (sei es noch nicht oder nicht mehr) miteinander verheiratet, steht ihnen die gemeinsame elterliche Sorge nur zu, wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (**Sorgeerklärungen**, § 1626a I Nr. 1 BGB).

506

Die Sorgeerklärungen, die auch schon vor der Geburt des Kindes abgegeben werden können (§ 1626b II BGB) und an keine Frist gebunden sind, sind nicht etwa Willenserklärungen, die zu einem Vertrag führen, sondern höchstpersönliche (§ 1626c I BGB), parallel laufende Erklärungen, die auch nicht gleichzeitig abgegeben werden müssen. Jedoch treten die Wirkungen der Sorgeerklärungen erst ein, wenn sie von Seiten *beider* Elternteile vorliegen. Die Erklärung z.B. nur des Kindsvaters allein kann noch keine Rechtswirkungen entfalten. Was die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen betrifft, ist zu beachten, dass beide Erklärungen der öffentlichen Beurkundung (§ 1626d I BGB) bedürfen. Zuständig sind die Notare (§ 1 I BeurkG) und das Jugendamt (§ 59 I S. 1 Nr. 8 SGB VIII). Das Erfordernis der Höchstpersönlichkeit der Erklärung besteht selbstverständlich auch dann, wenn der betreffende Elternteil noch minderjährig ist. Auch dieser kann die Sorgeerklärung nur selbst abgeben. Zur Wirksamkeit bedarf es aber der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (§ 1626c II S. 1 BGB), der die Zustimmung wiederum nur selbst (und nicht durch einen Vertreter) erteilen kann (§ 1626c II S. 2 BGB); wird diese verweigert, kann sie durch das Familiengericht ersetzt werden, wenn die Sorgeerklärung dem Wohl dieses Elternteils nicht widerspricht (§ 1626c II S. 3 BGB).

507

**Beispiel:** Die 16-jährige M hat ein Kind geboren. Der 18-jährige Kindsvater V ist bereit, mit M das gemeinsame Sorgerecht auszuüben. Auch M möchte die gemeinsame Sorge erklären. Doch die Eltern der M verweigern ihre Zustimmung, weil ihnen die gesellschaftliche Stellung des V nicht zusagt. M und V wenden sich daher an das Familiengericht.

Das Familiengericht kann die Zustimmung der Eltern der M ersetzen, wenn dies dem Wohl der M nicht widerspricht.

Ferner bleibt darauf hinzuweisen, dass Sorgeerklärungen, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden, unwirksam sind (§ 1626b I BGB).

508

Würden also die Eltern der M ihre Zustimmung zur gemeinsamen Sorge unter der Bedingung (§ 158 I BGB) erteilen, dass V ein Jurastudium aufnehme, wäre diese Erklärung unwirksam, weil Sorgeerklärungen und Zustimmungen dazu bedingungsfeindlich sind (§ 1626c II S. 2 Halbs. 2 i.V.m. § 1626b I BGB).

Schließlich ist eine Sorgeerklärung unwirksam, soweit eine gerichtliche Entscheidung über die elterliche Sorge nach §§ 1671, 1672 BGB getroffen oder eine solche Entscheidung nach § 1696 I BGB geändert wurde. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass gerichtliche Sorgeentscheidungen durch anschließende Sorgeerklärungen geändert werden. Möchten die Eltern eine gerichtliche Sorgerechtsregelung ändern, müssen sie eine Änderung beim Familiengericht beantragen (§ 1696 BGB).

509

Hätten M und V im Ausgangsfall wegen der verweigerten Zustimmung der Eltern der M das Familiengericht angerufen, hätte dieses aber die Anträge abgewiesen, könnte die gemeinsame Sorge nunmehr nicht etwa dadurch herbeigeführt werden, dass M erneut eine Sorgeerklärung (diesmal mit Zustimmung ihrer Eltern) abgibt. Denn wegen § 1696

<sup>460</sup> BVerfG NJW 2010, 3008, 3015.

BGB können gerichtliche Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht nur vom Familiengericht geändert werden.

- 510** Liegen nach den o.g. Maßstäben wirksame Sorgeerklärungen vor, sind diese **bestandskräftig**, d.h., sie können von den Sorgeerklärenden nicht autonom abgeändert und auch nicht widerrufen werden. Möchte einer der Elternteile nicht mehr an seiner Sorgeerklärung festhalten oder umgekehrt für sich das alleinige Sorgerecht, ist eine Entscheidung des Familiengerichts einzuholen (§ 1671 BGB). § 1671 BGB setzt aber ein nicht nur vorübergehendes Getrenntleben voraus. Solange also die Eltern zusammenleben, ist eine Rückkehr zur Alleinsorge der Mutter nicht möglich, es sei denn, das Familiengericht entzieht dem Kindsvater (wegen Gefährdung des Kindeswohls) das Sorgerecht (§ 1666 BGB).
- 511** Auch können Sorgeerklärungen **nicht angefochten** werden, und zwar selbst dann nicht, wenn der Erklärende bei Abgabe seiner Sorgeerklärung arglistig getäuscht wurde. Das ergibt sich aus § 1626e BGB, wonach Sorgeerklärungen und Zustimmungen nur dann unwirksam sind, wenn sie den Erfordernissen der vorstehenden Vorschriften (also den §§ 1626a-d BGB) nicht genügen. Ob trotz des eindeutigen Wortlauts des § 1626e BGB die Anfechtungssperre auch bei einer widerrechtlichen Drohung (§ 123 I Var. 2 BGB) gelten kann oder ob § 1626e BGB, etwa durch teleologische Reduktion, nicht auf widerrechtliche Drohungen (oder gar Zwang) anzuwenden ist, ist – soweit ersichtlich – bislang weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur behandelt worden.
- 512** Die Sorgeerklärung eines **Geschäftsunfähigen** ist selbstverständlich unwirksam. Zwar regeln §§ 1626a-e BGB lediglich die beschränkte Geschäftsfähigkeit, stellt man aber auf den Zweck des § 1626c II BGB und des allgemeinen Rechts der Geschäftsfähigkeit ab, wird klar, dass auch bei der Sorgeerklärung eine Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden keine Gültigkeit entfalten kann.
- 513** Die soeben erläuterten Regelungen der gemeinsamen Sorge sollten gezeigt haben, dass die nicht verheiratete Mutter, der ja nach § 1626a II BGB an sich das alleinige Sorgerecht zustünde, ein erhebliches Risiko eingeht, wenn sie (gemeinsam mit dem Kindsvater) eine Sorgeerklärung gem. § 1626a I Nr. 1 BGB abgibt. Denn dann kann sie in sämtlichen Sorgeangelegenheiten grds. nicht mehr alleine entscheiden. Kommt es zu einer (dauerhaften) Trennung, ist es sogar möglich, dass ihr das Familiengericht nach § 1671 BGB das Sorgerecht entzieht. In einem solchen Fall ist sie dem Kindsvater sogar zur Zahlung von Betreuungsunterhalt verpflichtet (§ 1615I IV BGB). Andererseits sind dies eben jene Nachteile, die nach (noch) geltendem Recht bei fehlender Sorgeerklärung sonst nur dem Kindsvater aufgebürdet sind. Auch hieran zeigt sich der dringende Handlungsbedarf des Gesetzgebers, der vom BVerfG angemahnt wurde, zumal der Anteil der nichtehelichen Kinder im Vergleich zu ehelichen kontinuierlich steigt (dazu Rn 649). Wann ein entsprechendes Gesetz (insb. eine Änderung der §§ 1629 ff. BGB) in Kraft treten wird und welchen konkreten Inhalt die Neuregelung haben wird, ist derzeit noch nicht abzusehen. Gemäß den Vorgaben des EGMR und des BVerfG dürfte aber am wahrscheinlichsten sein, dass es zwar bei der gesetzlichen Primärsorge der Mutter als Ausgangspunkt bleibt, jedoch ein gemeinsames Sorgerecht der Eltern nach Sorgeerklärung des (rechtlich feststehenden) Vaters eingeführt wird. Auch ist zu erwarten, dass das Gesetz die Möglichkeit eröffnet, die Sorgeerklärung vorgeburtlich und im Zusammenhang mit der Vaterschaftsanerkennung (im Verbundverfahren) zuzulassen.

### III. Sorgerecht kraft Gerichtsentscheidung

- 514** Schließlich kann ein Sorgerecht kraft Gerichtsentscheidung begründet werden. Allerdings entscheiden die Gerichte nur anlässlich wesentlicher Veränderungen der Lebensverhältnisse, etwa nach der Trennung der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB) oder in den Fällen der §§ 1678 II, 1680 II, III, 1681 II BGB. Wie schon erläutert, kann eine einmal vom Gericht getroffene Sorgerechtsentscheidung i.d.R. nur vom Gericht selbst wieder abgeändert werden (§ 1696 BGB). Für alle gerichtlichen Sorgerechtsverfahren gilt, dass

stets das Kindeswohl im Vordergrund steht. Es sind die Entscheidungen zu treffen, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entsprechen (§ 1697a BGB).<sup>461</sup>

#### IV. Bereiche der elterliche Sorge gegenüber ehelichen Kindern

Das Gesetz legt die Inhalte der elterlichen Sorge nicht enumerativ fest, sondern unterscheidet lediglich zwei große Felder der elterlichen Sorge: das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen (die **Personensorge**), und die Sorge für sein Vermögen (die **Vermögenssorge**), § 1626 I S. 2 BGB. Freilich ist eine trennscharfe Abgrenzung der beiden Felder nicht möglich, gerade wenn es um den Einsatz und die Verwendung wirtschaftlicher Mittel geht. So wird man die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen des Kindes zur Personensorge rechnen müssen, wohingegen die Verwaltung von Einkünften aus einem Vermögen, welches das Kind z.B. geschenkt bekommen oder geerbt hat, Teil der Vermögenssorge ist, auch wenn die Einkünfte im konkreten Fall dem Unterhalt des Kindes dienen.

515

Für beide Bereiche gilt gleichermaßen, dass gem. § 1627 S. 1 BGB die Eltern die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen stets zum Wohl des Kindes auszuüben haben. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen (§ 1627 S. 2 BGB). Ist eine Einigung in einer Angelegenheit, die für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht möglich, kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen (§ 1628 BGB).

516

Wird ein Elternteil geschäftsunfähig, ruht gem. § 1673 I BGB sein Sorgerecht. Das Gleiche gilt unter den Voraussetzungen des § 1673 II BGB für den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Elternteil. Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht auch dann, wenn das Familiengericht feststellt, dass er auf längere Zeit die elterliche Sorge tatsächlich nicht ausüben kann (§ 1674 I BGB). Das Sorgerecht kann den Eltern auch vom Familiengericht entzogen werden (§§ 1666, 1666a BGB).

517

Die elterliche Sorge eines Elternteils endet, wenn er für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt wird, mit dem Zeitpunkt, der als Zeitpunkt des Todes gilt (§ 1677 BGB).

Erlischt das Sorgerecht eines Elternteils oder wird es ihm durch das Familiengericht entzogen, steht dem anderen Elternteil die elterliche Sorge allein zu (§§ 1680, 1681 BGB).

#### 1. Die Personensorge

**Innenverhältnis:** Im Verhältnis zum Kind umfasst die Personensorge nach § 1631 I BGB die Pflicht und das Recht der Eltern, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Dabei haben sie gem. § 1631 II S. 1 BGB das Recht des Kindes auf eine gewaltfreie Erziehung zu beachten. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind gem. § 1631 II S. 1 BGB unzulässig.<sup>462</sup>

518

In einzelnen Angelegenheiten schränkt das Gesetz das grundsätzlich weit gefasste Erziehungsrecht ein. So sollen die Eltern in Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs auf Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht nehmen (§ 1631a S. 1 BGB). Auch hinsichtlich der Erziehung in Angelegenheiten der Religion bestehen Einschränkungen. Zwar obliegt

519

<sup>461</sup> Schwab, FamR, § 55 Rn 614.

<sup>462</sup> Zur Frage, inwieweit bei einem Verstoß gegen § 1631 II BGB eine Strafbarkeit der Eltern wegen Körperverletzung (§ 223 StGB) in Betracht kommt, vgl. R. Schmidt, StrafR AT, 10. Aufl. 2011, Rn 474 ff.

## D. Unterhalt

### I. Überblick

- 614** Die Unterhaltspflicht unter Verwandten bestimmt sich nach §§ 1601 ff. BGB. Gemäß der Grundnorm des § 1601 BGB sind Verwandte in gerader Linie (§ 1589 S. 1 BGB, dazu Rn 8) verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Es handelt sich also um gesetzliche Pflichten, die spiegelbildlich Ansprüche zur Folge haben. Im Folgenden werden ausschließlich gesetzliche Unterhaltsansprüche unter Verwandten in gerader Linie behandelt. Zu den Unterhaltsansprüchen unter Ehegatten vgl. Rn 158 ff., zum Geschiedenenunterhalt Rn 290 ff. und zu den Unterhaltsansprüchen unter Partnern von eingetragenen Lebenspartnerschaften Rn 443 ff.

### II. Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs

- 615** Das Gesetz knüpft verschiedene Voraussetzungen an den Unterhaltsanspruch. So fordert § 1602 I BGB eine **Bedürftigkeit** auf Seiten des Anspruchstellers. Bedürftig ist, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1602 I BGB). Das ist der Fall, wenn die Leistungsfähigkeit niedriger ist als der Unterhaltsbedarf.
- 616** Umgekehrt muss aber auch der Verpflichtete **leistungsfähig** sein. Soweit er das nicht ist, braucht er keinen Unterhalt zu leisten. So bestimmt § 1603 I BGB, dass eine Unterhaltspflicht nicht besteht, wenn der Pflichtige unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren. Dem Verpflichteten müssen also die Mittel für den eigenen angemessenen Unterhalt verbleiben; die Unterhaltspflicht darf ihn nicht unverhältnismäßig belasten.<sup>507</sup> Insbesondere ist er nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich nicht gezwungen, eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommensstypischen Unterhaltsniveaus hinzunehmen, es sei denn, dass er einen nach den Verhältnissen unangemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben im Luxus führt.<sup>508</sup>
- 617** Es besteht also stets eine Interaktion zwischen der Bedürftigkeit des Berechtigten und der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Diese ermittelt sich anhand der **konkreten Einkommens- und Vermögensverhältnisse** des Verpflichteten, wobei aufgrund der erforderlichen richterlichen Einzelfallentscheidung unter Anwendung der genannten unbestimmten Rechtsbegriffe ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit besteht.
- 618** Zu beachten ist schließlich, dass sich die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten nicht nach dessen tatsächlichen Einkünften richtet, sondern danach, was er bei zumutbarem Einsatz seiner Arbeitskraft **erzielen könnte**. Anderenfalls hätte es der Verpflichtete in der Hand, durch Reduzierung seiner Einkünfte das Maß des Unterhalts zu beeinflussen. Liegt also eine pflichtwidrige Verletzung der Erwerbsobliegenheit des Unterhaltsschuldners vor bzw. versucht dieser, durch unangemessene freiwillige berufliche oder wirtschaftliche Dispositionen das Maß des geschuldeten Unterhalts zu mindern, sind grds. die Einkünfte ausschlaggebend, die er bei zumutbarem Einsatz seiner Arbeitskraft erzielen könnte (**fiktives Einkommen**). Entsprechendes gilt selbstverständlich auch im umgekehrten Verhältnis, wenn also der Unterhaltsberechtigter seine Erwerbsobliegenheit verletzt. Auch hier ist das fiktive Einkommen ausschlaggebend, d.h., es werden fiktive Einkünfte angerechnet. Dem Unterhaltsberechtigten obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er sich erfolglos um eine Erwerbstätigkeit bemüht hat.

---

<sup>507</sup> Vgl. dazu BGHZ 152, 217, 225 f.

<sup>508</sup> BVerfG FamRZ 2001, 1685.

Das **Maß** des zu gewährenden Unterhalts bestimmt sich gem. § 1610 I BGB nach der Lebensstellung des Bedürftigen (angemessener Unterhalt). Der Unterhalt umfasst gem. § 1610 II BGB den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Kosten einer angemessenen **Vorbildung zu einem Beruf**, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der **Erziehung**.

619

Zur „Vorbildung zu einem Beruf“ gehört insbesondere die **Berufsausbildung**. In Abhängigkeit von der Begabung des Unterhaltsberechtigten sind die dafür erforderlichen Kosten vom Pflichtigen zu übernehmen.<sup>509</sup> Allerdings steht es dem Unterhaltsberechtigten (i.d.R. das Kind) nicht frei, diese Vorbildung zu einem beliebigen Zeitpunkt zu erwerben. Vielmehr muss sich das Kind darum bemühen, die Berufsausbildung binnen einer angemessenen Orientierungsphase nach Abschluss des Schulbesuchs aufzunehmen, denn aus der gegenseitigen Beistand- und Rücksichtnahmepflicht (§ 1618a BGB) ergibt sich die Obliegenheit, die Ausbildung planvoll und zielstrebig aufzunehmen und durchzuführen. Nach Verstreichen eines längeren Zeitraums seit dem Abschluss des Schulbesuchs müssen die Eltern grds. nicht mehr damit rechnen, noch zu derartigen Unterhaltszahlungen herangezogen zu werden.<sup>510</sup> Ein freiwilliges soziales Jahr wird i.d.R. jedoch als angemessene Orientierungsphase anzusehen sein.<sup>511</sup> Ebenso fehlt es an einer Obliegenheitsverletzung, wenn der Unterhaltsberechtigte infolge einer Schwangerschaft und der anschließenden Kindesbetreuung seine Ausbildung verzögert beginnt. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der Unterhaltsberechtigte seine Ausbildung nach Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes – gegebenenfalls unter zusätzlicher Berücksichtigung einer angemessenen Übergangszeit – aufnimmt.<sup>512</sup>

620

**Beispiel:** Absolviert die anspruchsberechtigte Tochter nach Beendigung ihrer Schulbildung (hier: Abitur) ein freiwilliges soziales Jahr, um sich zu orientieren, wird in diesem Zeitraum schwanger und betreut anschließend drei Jahre lang<sup>513</sup> ihr Kind, sodass zwischen dem Erwerb der allgemeinen Hochschulreife und der Aufnahme des Studiums über fünf Jahre liegen, kann sie gleichwohl Ausbildungsunterhalt verlangen. Denn die Kindesbetreuung ist eine gesetzliche Pflicht und kann keine Obliegenheitsverletzung begründen.

Jedoch ist zu beachten, dass im Grundsatz nur die Kosten der ersten Berufsausbildung zu übernehmen sind.<sup>514</sup> Die Kosten für eine Zweitausbildung sind also grds. nicht vom Unterhaltspflichtigen zu übernehmen. Davon zu unterscheiden sind die Kosten im Rahmen eines einheitlichen Ausbildungswegs. Bei engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang sind auch die Kosten für eine Weiterbildungsmaßnahme zu übernehmen.<sup>515</sup> Freilich ist ein enger Maßstab anzulegen, um die Unterhaltspflicht, die ja eine immense Belastung darstellen kann, für den Pflichtigen zumutbar zu halten.

Hinsichtlich der **Höhe** des Unterhalts richtet sich die Rechtsprechung i.d.R. nach Unterhaltstabellen (z.B. nach der Düsseldorfer Tabelle). Der Anspruch geht im Grundsatz auf Zahlung einer monatlich im Voraus zu entrichtenden **Geldrente**, § 1612 I S. 1, III S. 1 BGB, ggf. zuzüglich Mehr- und Sonderbedarf, wie sich aus § 1610 II BGB ergibt. Der Verpflichtete kann vom Berechtigten verlangen, dass dieser ihm die Gewährung des

621

<sup>509</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1610 Rn 16 f.

<sup>510</sup> *Löhning*, JA 2011, 868, 869.

<sup>511</sup> *Löhning*, JA 2011, 868, 869; a.A. OLG Naumburg FamRZ 2008, 86, was jedoch mit Blick auf den verstärkten Appell der Bundesregierung, nach Wegfall der allgemeinen Wehrpflicht ein freiwilliges soziales Jahr zu absolvieren, obsolet sein dürfte.

<sup>512</sup> BGH 29.6.2011 – XII ZR 127/09.

<sup>513</sup> Der Dreijahreszeitraum entspricht dem Zeitraum, innerhalb dessen eine Mutter Betreuungsunterhalt vom Kindsvater verlangen kann (§ 1615I BGB, dazu Rn 651). Eine Übertragung dieser Wertung auf den Ausbildungsunterhalt ist sachgerecht (so ausdrücklich auch BGH 29.6.2011 – XII ZR 127/09).

<sup>514</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1610 Rn 20 ff.

<sup>515</sup> *Brudermüller*, in: Palandt, § 1610 Rn 26 f.

Unterhalts in anderer Art gestattet, wenn besondere Gründe es rechtfertigen, § 1612 I S. 2 BGB.

- 622 Insbesondere Kindesunterhalt:** Auch im Rahmen des geschuldeten Kindesunterhalts ist Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (§ 1612 I S. 1 BGB). Dieser Anspruchsinhalt wird jedoch durch § 1612 II S. 1 BGB modifiziert. Danach können gegenüber ihrem unverheirateten Kind zum Unterhalt verpflichtete Eltern bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im Voraus der Unterhalt gewährt werden soll, sofern auf die Belange des Kindes die gebotene Rücksicht genommen wird. Daraus folgt, dass sich die Eltern zulässigerweise für die Gewährung von Naturalunterhalt (Bereitstellung von Unterkunft, Mahlzeiten, Kleidung etc.) entscheiden können. Das ist sogar (jedenfalls bei minderjährigen unverheirateten Kindern) der übliche Weg. Virulent wird diese Regelung vor allem bei einer Scheidung der Eltern, bei der sich die Frage stellt, wie der Kindesunterhalt zwischen den geschiedenen Ehegatten aufgeteilt wird. Grundsätzlich besteht eine gleichrangige Haftung der geschiedenen Eltern für den Unterhalt (§ 1606 III S. 1 BGB), und zwar gem. § 1612 BGB grundsätzlich in Form einer im Voraus zu entrichtenden Geldrente (§ 1612 I S. 1 BGB). Allerdings stellt § 1606 III S. 2 BGB klar, dass Barunterhalt und Kindesbetreuung grundsätzlich gleichwertig sind. Das bedeutet, dass der Elternteil, bei dem das Kind lebt, seine Unterhaltspflicht durch die Kindesbetreuung (Pflege und Erziehung) erfüllt. Für den anderen Ehegatten bedeutet dies, dass er allein barunterhaltspflichtig ist und dafür regelmäßig erwerbstätig sein muss. Der betreuende Elternteil muss sich nur am Mehr- und Sonderbedarf anteilig nach § 1606 III S. 1 BGB beteiligen.
- 623** Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Regelung der §§ 1602 II, 1603 II S. 1 BGB. Danach sind minderjährige unverheiratete Kinder privilegiert. Sie müssen bei der Berechnung der Unterhaltshöhe den Stamm ihres Vermögens (soweit vorhanden) grundsätzlich nicht verwerten. Unter den Voraussetzungen des § 1603 II S. 2 BGB ist das volljährige Kind dem minderjährigen gleichgestellt. Eine weitere Privilegierung enthält § 1611 II BGB.
- 624** Haben sich die Eltern eines unverheirateten Kindes unter den Voraussetzungen des § 1612 II BGB entschieden, Naturalunterhalt statt Barunterhalt zu leisten, gewinnt dies auch Bedeutung für den Fall, dass sich das unterhaltsberechtigte Kind gegen den Willen der Eltern außerhalb des Elternhauses aufhält und sich von dritter Seite unterhalten lässt. Versucht dann der Dritte, seine gemachten Aufwendungen über §§ 670, 683 S. 2, 679, 812 BGB von den Eltern ersetzt zu bekommen, können diese dem Anspruchsteller § 1612 II BGB entgegenhalten und darauf verweisen, dass sie sich zulässigerweise für Naturalunterhalt entschieden hätten und dass ihnen anderenfalls das Kind auf diesem Wege die Gewährung von Barunterhalt aufzwingen könnte. Dadurch würde die Regelung des § 1612 II BGB unterlaufen.
- 625** Eine Erweiterung zu § 1612 BGB enthält § 1612a I BGB (**Mindestunterhalt minderjähriger Kinder**). Gem. § 1612a I S. 1 BGB kann ein minderjähriges Kind von einem Elternteil, mit dem es nicht in einem Haushalt lebt, den Unterhalt als Prozentsatz des jeweiligen Mindestunterhalts verlangen. Der Mindestunterhalt richtet sich nach dem doppelten Freibetrag für das sächliche Existenzminimum eines Kindes (Kinderfreibetrag) nach § 32 VI S. 1 des Einkommensteuergesetzes (§ 1612a I S. 2 BGB). Er beträgt monatlich entsprechend dem Alter des Kindes für die Zeit bis zur Vollendung des 6. Lebensjahres (erste Altersstufe) 87%, für die Zeit vom 7. bis zur Vollendung des 12. Lebensjahres (zweite Altersstufe) 100% und für die Zeit vom 13. Lebensjahr an (dritte Altersstufe) 117% eines Zwölftels des doppelten Kinderfreibetrags (§ 1612a I S. 3 BGB).  
Gemäß § 1612a II S. 1 BGB ist der Prozentsatz auf eine Dezimalstelle zu begrenzen; jede weitere sich ergebende Dezimalstelle wird nicht berücksichtigt. Der sich bei der

Berechnung des Unterhalts ergebende Betrag ist auf volle Euro aufzurunden (§ 1612a II S. 2 BGB).

Der doppelte steuerliche Kinderfreibetrag (§ 32 VI S. 1 EStG) beträgt gegenwärtig jährlich  $2 \times 2.184,- \text{ €} = 4.368,- \text{ €}$ , auf den Monat umgerechnet also  $364,- \text{ €}$  Mindestunterhalt für die genannte 2. Altersstufe. Die Stufen 1 und 3 sind prozentual nach unten und nach oben abgestuft, um dem altersbedingten Unterhaltsbedarf gerecht zu werden.

### Altersstufen für den Mindestunterhalt

Altersstufe	Berechnung nach § 1612a I, II BGB	Mindestunterhalt
1 (0 - 5 Jahre)	$2.184 \text{ €} \times 2 : 12 \times 87\%$	317 €
2 (6 - 11 Jahre)	$2.184 \text{ €} \times 2 : 12 \times 100\%$	364 €
3 (12 - 17 Jahre)	$2.184 \text{ €} \times 2 : 12 \times 117\%$	426 €

Gemäß 1612b I S. 1 BGB ist das auf das Kind entfallende **Kindergeld** zur Deckung seines Barbedarfs zu verwenden, und zwar zur Hälfte, wenn ein Elternteil seine Unterhaltspflicht durch Betreuung des Kindes erfüllt (§ 1606 III S. 2 BGB), anderenfalls in voller Höhe. In diesem Umfang mindert es den Barbedarf des Kindes (§ 1612b I S. 2 BGB). Das Kindergeld beträgt gem. § 66 I EStG bzw. § 6 I Bundeskindergeldgesetz seit Januar 2010 für das erste und zweite Kind jeweils 184,- € monatlich, für das dritte Kind 190,- € und für das vierte und jedes weitere Kind 215,- €.

626

### Mindestunterhalt (nach Abzug des hälftigen Kindergeldes)

Altersstufe	Bei 100%igem Mindestunterhalt für erstes und zweites Kind	Bei 100%igem Mindestunterhalt für drittes Kind	Bei 100%igem Mindestunterhalt für viertes Kind
1 (0 - 5 Jahre)	$317 \text{ €} - 92 \text{ €} = 225 \text{ €}$	$317 \text{ €} - 95 \text{ €} = 222 \text{ €}$	$317 \text{ €} - 107,50 \text{ €} = 209,50 \text{ €}$
2 (6 - 11 Jahre)	$364 \text{ €} - 92 \text{ €} = 272 \text{ €}$	$364 \text{ €} - 95 \text{ €} = 269 \text{ €}$	$364 \text{ €} - 107,50 \text{ €} = 256,50 \text{ €}$
3 (12 - 17 Jahre)	$426 \text{ €} - 92 \text{ €} = 334 \text{ €}$	$426 \text{ €} - 95 \text{ €} = 331 \text{ €}$	$426 \text{ €} - 107,50 \text{ €} = 318,50 \text{ €}$

## III. Gegenrechte

### 1. Grundsätzlich kein Unterhalt für die Vergangenheit

Auch wenn die Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch vorliegen, ist ein solcher nicht zu gewähren, wenn Gegenrechte bestehen. So schränkt § 1613 BGB die Möglichkeit ein, Unterhaltsansprüche für die **Vergangenheit** geltend zu machen. Nach § 1613 I S. 1 BGB kann der Berechtigte für die Vergangenheit Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur

627

- von dem Zeitpunkt an fordern, zu welchem der Verpflichtete zum Zwecke der Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs aufgefordert worden ist, über seine Einkünfte und sein Vermögen Auskunft zu erteilen,
- zu welchem der Verpflichtete in Verzug gekommen
- oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist.

Liegt demnach ausnahmsweise ein Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit vor, wird der Unterhalt gem. § 1613 I S. 2 BGB ab dem Ersten des Monats, in den die bezeichneten Ereignisse fallen, geschuldet, wenn der Unterhaltsanspruch dem Grunde nach zu

628

## 5. Kapitel – Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft

662 Der 3. Abschnitt des BGB-Familienrechts normiert in den §§ 1773-1921 BGB die Vormundschaft, die rechtliche Betreuung und die Pflegschaft. Im Titel über die rechtliche Betreuung sind auch die Regelungen über die Patientenverfügung und die Vorsorgevollmacht (§§ 1901a-c BGB) enthalten.

### A. Die Vormundschaft (§§ 1773-1895 BGB)

#### I. Überblick

663 Der Begriff der Vormundschaft entstammt dem lateinischen Wort *mundiburdium* (Schutzgewalt) und bezeichnet im Geltungsbereich des BGB-Familienrechts die umfassende Sorge für eine minderjährige Person, die ihre Angelegenheiten nicht selbst wahrnehmen kann und für die auch nicht die Eltern als gesetzliche Vertreter fungieren. So bestimmt § 1773 I BGB, dass ein Minderjähriger einen Vormund erhält, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht (etwa, weil die Eltern tödlich verunglückt sind) oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind (etwa, weil sie selbst noch minderjährig sind oder weil ihnen durch das Familiengericht das Sorgerecht entzogen wurde). Ein Minderjähriger erhält einen Vormund auch dann, wenn sein Familienstand nicht zu ermitteln ist (Findelkind, § 1773 II BGB). In beiden Fällen stellt die Vormundschaft also einen Ersatz für die elterliche Fürsorge dar.

664 Abzugrenzen ist die Vormundschaft zum einen von der rechtlichen **Betreuung**, die immer dann greift, wenn ein Volljähriger aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. In diesem Fall bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer (§ 1896 I S. 1 BGB).<sup>534</sup> Zum anderen ist die Vormundschaft von der **Pflegschaft** (§§ 1909 ff. BGB) zu unterscheiden. Pflegschaft bedeutet Sorgerecht in Bezug auf einen lediglich beschränkten Kreis von Angelegenheiten. Sie kann für Minderjährige, in bestimmten Fällen auch für Volljährige und für den Nasciturus angeordnet werden. Strukturell ist sie der Vormundschaft nachgebildet, sodass das Gesetz die Regeln des Vormundschaftsrechts weitgehend auch für entsprechend anwendbar erklärt (§ 1915 I BGB).

665 Ist anzunehmen, dass ein Kind mit seiner Geburt eines Vormunds bedarf, kann schon vor der Geburt des Kindes ein Vormund bestellt werden; die Bestellung wird mit der Geburt des Kindes wirksam (§ 1774 S. 2 BGB).

666 Kraft Gesetzes tritt die Vormundschaft nur dann ein, wenn ein nichteheliches Kind geboren wurde, das eines Vormundes bedarf (§ 1791c BGB). Ansonsten bedarf die Vormundschaft einer gerichtlichen Anordnung (§ 1774 S. 1 BGB), die vom Familiengericht von Amts wegen getroffen wird. Die Anordnung ist eine Kindschaftssache i.S.d. § 151 Nr. 4 FamFG und findet in folgenden Fällen statt:

- Ein Minderjähriger steht nicht unter elterlicher Sorge (weil z.B. die Eltern tödlich verunglückt sind oder ein Elternteil verstorben ist und dem anderen das Sorgerecht entzogen wurde)
- Die Eltern sind nicht zur Sorge berechtigt (§ 1773 I BGB)
- Die Eltern sind zur Vertretung des Minderjährigen nicht berechtigt (weil z.B. das Familiengericht ihnen die elterliche Sorge entzogen hat oder weil die elterliche Sorge ruht,

<sup>534</sup> Gemäß § 1908a BGB können die Maßnahmen nach den §§ 1896, 1903 BGB auch für Minderjährige getroffen werden, sofern diese das 17. Lebensjahr vollendet haben und anzunehmen ist, dass die Maßnahmen bei Eintreten der Volljährigkeit erforderlich werden.

etwa in dem Fall, dass der Aufenthaltsort der Eltern unbekannt ist, §§ 1666, 1673, 1674 BGB)

- Der Familienstand des Minderjährigen ist nicht zu ermitteln (Findelkind, § 1773 II BGB)

Grundsätzlich erhält der Mündel *einen* Vormund (§ 1775 S. 2 BGB). Lediglich bei Bestehen von besonderen Gründen können auch mehrere Vormünder bestellt werden, welche die Vormundschaft entweder gemeinschaftlich oder jeweils selbstständig in getrennten Wirkungskreisen zu führen haben (§ 1797 BGB). Neben dem Vormund kann ein Gegenvormund bestellt werden (§ 1792 BGB), der die Amtsführung des Vormunds überwacht (§ 1799 BGB) und dessen Genehmigung der Vormund für bestimmte Geschäfte benötigt (§§ 1809, 1810, 1812 BGB). Die Bestellung eines Gegenvormunds kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Vermögen zu verwalten ist, es sei denn, die Verwaltung ist nur unerheblich oder die Vormundschaft wird von mehreren gemeinschaftlich geführt (§ 1792 II BGB). Tritt das Jugendamt als Vormund auf (dazu Rn 670), kann ein Gegenvormund nicht bestellt werden (§ 1792 I S. 2 BGB).

667

## II. Auswahl des Vormunds

Nach § 1785 BGB hat jeder Deutsche die Vormundschaft, für die er vom Familiengericht ausgewählt wird, zu übernehmen, sofern seiner Bestellung zum Vormund keiner der in den §§ 1780 bis 1784 BGB bestimmten Gründe entgegenstehen. So kommt als Vormund von vornherein nicht in Betracht, wer selbst geschäftsunfähig ist (§ 1780 BGB). Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder unter Betreuung steht, soll nicht zum Vormund bestellt werden (§ 1781 BGB). Im Übrigen hat eine geeignete und vom Familiengericht bestimmte Person nur unter den Voraussetzungen des § 1786 BGB ein Ablehnungsrecht. Danach kann die Übernahme der Vormundschaft etwa ablehnen,

668

- wer das 60. Lebensjahr vollendet hat,
- wem die Sorge für die Person oder das Vermögen von mehr als drei minderjährigen Kindern zusteht,
- wer durch Krankheit oder durch Gebrechen verhindert ist, die Vormundschaft ordnungsmäßig zu führen,
- wer wegen Entfernung seines Wohnsitzes von dem Sitz des Familiengerichts die Vormundschaft nicht ohne besondere Belästigung führen kann,
- wer mit einem anderen zur gemeinschaftlichen Führung der Vormundschaft bestellt werden soll,
- wer mehr als eine Vormundschaft, Betreuung oder Pflegschaft führt; die Vormundschaft oder Pflegschaft über mehrere Geschwister gilt nur als eine; die Führung von zwei Gegenvormundschaften steht der Führung einer Vormundschaft gleich.

Den Eltern steht unter den Voraussetzungen des § 1777 BGB ein grundsätzliches Bestimmungsrecht zu (§ 1776 BGB). Wunschkandidaten der Eltern sind oft die Paten, Freunde oder Verwandte. Diese sind jedoch nicht allein aufgrund des Wunschs der Eltern verpflichtet, die Vormundschaft zu übernehmen. Die Verpflichtung zur Übernahme ergibt sich aus den allgemeinen Regeln der §§ 1785, 1786 BGB, freilich unter Beachtung des § 1779 I BGB.

669

I.d.R. bestimmen die Eltern durch letztwillige Verfügung, wer nach ihrem Tod Vormund werden und die Aufgaben der elterlichen Sorge übernehmen soll (§§ 1776, 1777 III BGB). Idealerweise stammt diese Person aus dem Freundeskreis der Eltern oder aus dem Verwandtenkreis. Das Familiengericht ist an die Entscheidung der Eltern auch grundsätzlich gebunden (§ 1779 I BGB). Da das Familiengericht aber andererseits nur eine Person auswählen soll, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Vormundschaft geeignet ist (§ 1779 II S. 1 BGB), können in der Praxis durchaus abweichende Entschei-

670

dungen ergehen, wenn die von den Eltern bestimmte Person weder charakterlich noch intellektuell in der Lage oder nicht willens ist, die zeitaufwändige und grds. unentgeltliche Tätigkeit als Vormund zu übernehmen. Daher hat der Gesetzgeber auch die Möglichkeit geschaffen, dass auch das Jugendamt zum Vormund bestellt werden kann, wenn eine als Einzelvormund geeignete Person nicht vorhanden ist (bestellte Amtsvormundschaft, § 1791b I BGB). Im Fall der Amtsvormundschaft muss das Jugendamt einen seiner Mitarbeiter mit der Wahrnehmung der Aufgaben des Vormundes beauftragen (§§ 55, 56 SGB VIII).

Aufgrund der in der letzten Zeit bekannt gewordenen Fälle von Verwahrlosung und Missbrauch hat der Gesetzgeber durch Gesetz vom 29.6.2011 (BGBl I S. 1306), jedoch erst mit Wirkung zum 5.7.2012, eine Änderung des § 55 II SGB VIII vorgesehen. Danach soll vor der Übertragung der Aufgaben des Amtspflegers oder des Amtsvormunds das Jugendamt das Kind oder den Jugendlichen zur Auswahl des Beamten oder Angestellten mündlich anhören, soweit dies nach Alter und Entwicklungsstand des Kindes oder Jugendlichen möglich ist. Eine ausnahmsweise vor der Übertragung unterbliebene Anhörung ist unverzüglich nachzuholen. Ein vollzeitbeschäftigter Beamter oder Angestellter, der nur mit der Führung von Vormundschaften oder Pflegschaften betraut ist, soll höchstens 50 und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger Vormundschaften oder Pflegschaften führen.

Nach der ebenfalls am 5.7.2012 in Kraft tretenden Bestimmung des § 55 III SGB VIII gehört die Übertragung der Amtsvormundschaft zu den Angelegenheiten der laufenden Verwaltung. In dem durch die Übertragung umschriebenen Rahmen ist der Beamte oder Angestellte **gesetzlicher Vertreter** des Kindes oder Jugendlichen. Amtspfleger und Amtsvormund haben den persönlichen Kontakt zu diesem zu halten sowie dessen Pflege und Erziehung nach Maßgabe des § 1793 Ia und § 1800 BGB (dazu Rn 673) persönlich zu fördern und zu gewährleisten.

Ferner kann auch ein rechtsfähiger Verein zum Vormund bestellt werden, wenn eine als Einzelvormund geeignete Person fehlt oder wenn der Verein von den Eltern des Mündels als Vormund berufen ist (Vereinsvormundschaft, § 1791a BGB). Es kommen nur solche Vereine in Betracht, denen das Landesjugendamt die Erlaubnis zur Übernahme von Vormundschaften erteilt hat (§ 54 SGB VIII).<sup>535</sup>

Man unterscheidet also **Einzelvormundschaft** (durch natürliche, geschäftsfähige Personen, auch wenn mehrere Vormünder, beispielsweise ein Ehepaar, bestellt werden), **Amtsvormundschaft** und **Vereinsvormundschaft**.

- 671** Das Familiengericht soll bei der Auswahl des Vormunds Verwandte oder Verschwägerete des Mündels hören, wenn dies ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann (§ 1779 III S. 1 BGB). Ein Mündel, das das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist, kann der Bestellung einer bestimmten Person als Vormund widersprechen (§ 1778 I Nr. 5 BGB).

### III. Rechte und Pflichten des Vormunds

- 672** Gemäß § 1793 I S. 1 BGB hat der Vormund das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu **sorgen**, insbesondere den Mündel zu **vertreten**. § 1626 II BGB gilt gem. § 1793 I S. 2 BGB entsprechend. Vertretungsverbote nach § 181 BGB (Verbot der Selbstkontrahierung und der Mehrfachvertretung)<sup>536</sup> und nach § 1795 BGB gelten auch für den Vormund. Darüber hinaus kann das Familiengericht dem Vormund die Vertretungsmacht partiell entziehen (§ 1796 I BGB); dies soll aber nur dann geschehen, wenn sich bei einem Geschäft oder in einem bestimmten Ge-

<sup>535</sup> Schwab, FamR, § 80 Rn 879.

<sup>536</sup> Vgl. dazu R. Schmidt, BGB AT, Rn 854 ff.