

Familienrecht

Begriffsdefinitionen

Unter Familie versteht man die Gesamtheit aller durch Ehe, Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbundenen Personen. Das Familienrecht regelt im wesentlichen nur die Beziehungen zwischen Mitgliedern einer Kleinfamilie, dh einer nicht mehr als 2 Generationen umfassenden Familie. Eine Großfamilie umfaßt dagegen mehrere Generationen.

Blutsverwandt iSd §1589 S. 1 BGB ist man mit denjenigen, von denen man abstammt (Aszendenten), und mit denjenigen, die von einem selbst abstammen (Deszendenten). Dies ist die Verwandtschaft in gerader Linie. Verwandt ist man nach §1589 S. 2 BGB aber auch mit denjenigen, mit welchen man von einer gemeinsamen Person abstammt (Seitenverwandtschaft, dh Geschwister, Onkel, Neffen). Die Nähe der Verwandtschaft bestimmt sich nach Graden, dh nach der Anzahl der dazwischenliegenden Geburten.

Ehegatten als solche sind miteinander weder verwandt noch verschwägert. Verschwägert ist man mit den Verwandten seines Ehegatten, §1590 I 1 BGB. Die Schwägerschaft dauert auch nach Auflösung der Ehe fort, §1590 II BGB. Dies kann zB bei der Frage der persönlichen Beteiligung im Kommunalrecht eine Rolle spielen: die Schwägerschaft bleibt trotz Scheidung bestehen, hieraus kann sich eine Interessenkollision ergeben, nicht aber bzgl. des Ehegatten.

§§1297ff BGB Verlöbnis

Unter Verlöbnis versteht man das gegenseitige Heiratsversprechen von Mann und Frau. Mit dem Verlöbnis entsteht ein Rechtsverhältnis, die Begründung des Verlobnisses bedarf jedoch keine Form. Das Verlöbnis begründet eine Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe, diese ist jedoch nicht einklagbar, §1297 I BGB, auch eine Zwangsvollstreckung kann nicht stattfinden, §888 III ZPO. §888 III ZPO wird aber kaum relevant sein, da schon wegen §1297 I BGB kein Urteil ergehen darf. Ein Verlöbnis begründet gegenseitige Schutz- und Obhutspflichten iSd §13 StGB (Garantenstellung), Verlobte sind auch Angehörige iSd §11 I Nr. 1a StGB und haben daher Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte. Daher sind im Strafprozeß plötzlich alle miteinander verlobt, weil auch keine Form des Verlobnisses eingehalten werden muß. Allerdings kann eine Person nicht mit *zwei* Personen verlobt sein, letzteres ist nach §138 BGB sittenwidrig. Dies wirkt sich aber nicht auf den gutgläubigen Partner aus, da dieser sonst trotz seiner Integrität den Schutz der §§1298ff BGB verlieren würde.

• Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Verlobnisses ist umstritten, dieser Streit wirkt sich auf beschränkt geschäftsfähige Personen aus, ob diese ohne den gesetzlichen Vertreter ein Verlöbnis eingehen können. Nach der herrschenden Vertragstheorie ist das Verlöbnis ein formloser Vertrag, ein Minderjähriger bedürfte der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Nach anderer Ansicht handelt es sich beim Verlöbnis um einen familienrechtlichen Vertrag, auf den die §§104ff BGB nur eingeschränkt Anwendung finden. Vielmehr gilt statt der Geschäftsfähigkeit eine Verlobnisfähigkeit, dh ein Verlöbnis durch einen Minderjährigen ist nicht nach §108 BGB schwebend unwirksam, sondern analog dem früheren §30 EheG schwebend wirksam. Diese Theorie wird aber nicht mehr vertreten. Nach der Theorie vom gesetzlichen Rechtsverhältnis ist das Verlöbnis kein Vertrag, sondern ein gesetzliches Rechtsverhältnis, ein Minderjähriger kann diese eingehen.

-> das Verlöbnis ist nach hM ein Vertrag, der bei Minderjährigkeit ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schwebend unwirksam ist. Dennoch ist der andere Teil, da er die Minderjährigkeit kannte, an die Bindungen nach §109 II BGB gebunden, er kann sich nicht den Ersatzpflichten der §§1298ff BGB entziehen, auch wenn wegen der Minderjährigkeit eigentlich gar kein rechtswirksames Verlobnis vorliegt. Außerdem könnte der gesetzliche Vertreter mit Rückwirkung genehmigen, so daß bei einem Rücktritt des Verlobten die Ansprüche aus §§1298ff BGB (Rückerstattung) geltend gemacht werden können.

• Beendigung

Das Verlöbnis wird durch Eheschließung, Tod, Entlobung oder Rücktritt beendet. Der Rücktritt ist eigentlich eine einseitige Willenserklärung, für die ein Minderjähriger der Zustimmung bedürfte, §111 BGB. Beim Verlobnis ist ein Rücktritt jedoch auch ohne vorherige Zustimmung wirksam, da niemand gegen seinen Willen an einer Verlobnis gebunden sein soll. Dies ist ein höchstpersönlicher Akt, auf einen Vertreter darf es hier nicht ankommen.

- Rücktritt und Schadensersatz

Der Rücktritt erfolgt durch einseitige Willenserklärung, der Rücktritt ist berechtigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, §1298 III BGB. Dies ist der Fall, wenn ein Aufrechterhalten des Verlöbnisses unzumutbar wäre. Ohne wichtigen Grund ist der Rücktritt aber auch wirksam, er führt nur zum Schadensersatz nach §§1298 I, II BGB. Der Rücktretende hat denjenigen Personen, die Aufwendungen in Erwartung der Ehe gemacht haben, den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Schadensersatzpflicht tritt auch dann trotz wichtigem Grund ein, wenn der Rücktretende selbst den wichtigen Grund verschuldet hat oder zur „Unzeit“ zurücktritt (kurz vor Hochzeit, in den Flitterwochen...). Das Kranzgeld des §1300 BGB für die voreheliche Beiwohnung wurde gestrichen, es war früher einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich, da es sich um *vorkonstitutionelles* Recht handelte, also um schon vor dem Grundgesetz bestehendes Recht, daß zB einer Verfassungsbeschwerde entzogen war (heute nicht mehr, da durch die Beibehaltung des vorkonstitutionellen Rechts der Gesetzgeber dieses billigte und daher überprüfbar ist). Eine Schadensersatzpflicht für eine erschlichene Beiwohnung kann sich aber aus §§847 II, 825 BGB ergeben (Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) oder aus §826 BGB.

- Rückgabe von Geschenken

§1301 BGB regelt die Rückgabe von Geschenken, wenn die Eheschließung unterblieben ist. §1301 BGB ist dabei *lex specialis* zu §530 BGB (Widerruf der Schenkung). Die Herausgabe richtet sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, fraglich ist aber, ob hier eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung vorliegt. Liegt nämlich eine Rechtsgrundverweisung vor, so könnte eine Rückforderung desjenigen, der das Verlöbnis zum Scheitern gebracht hat, wegen §815 Alt. 2 BGB ausgeschlossen sein, da dieser die Eheschließung wider Treu und Glauben verhindert haben könnte.

Nach hM handelt es sich um eine Rechtsgrundverweisung, §1301 BGB ist eine spezielle Ausformung der Zweckverfehlung des §812 I 2 Alt. 2 BGB, auf diesen ist §815 Alt. 2 BGB anwendbar. Derjenige, der die Eheschließung wider Treu und Glauben verhindert, kann seine Geschenke nicht zurückfordern, aus selbst begangenen „Unrecht“ kann man keine Rechte herleiten. Ein treuwidriges Verhalten liegt aber nicht bei jedem Rücktritt ohne wichtigen Grund vor, es müssen weitere Umstände hinzutreten. Auch Anstandsgeschenke können nach §814 Alt. 2 BGB analog nicht herausverlangt werden.

Fraglich ist, ob Briefe unter Geschenke iSd §1301 BGB fallen. Nach hM fallen Briefe aber unter Geschenke iSd §1301 BGB, da Geschenke im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht, das durch Briefe in falschen Händen beeinträchtigt sein kann, weit ausgelegt werden muß.

§§1303ff BGB Ehe

Die Ehe kommt durch vertraglich Einigung zustande und ist ein Dauerschuldverhältnis personenrechtlicher Natur. Der Begriff der Ehe ist gesetzlich nicht geregelt, darunter versteht man die eingegangene, staatlich anerkannte, unauflösbare Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau. Eine wirksame Ehe setzt folgendes voraus:

- Geschlechterschiedenheit

- Ehefähigkeit

Die Ehefähigkeit setzt zunächst die Ehemündigkeit voraus, §1303 BGB. Ein Minderjähriger soll keine Ehe eingehen, §1303 I BGB, auf Antrag erteilt aber das Vormundschaftsgericht dann eine Befreiung, wenn der Antragsteller mindestens 16 Jahre alt ist und der künftige Ehegatte volljährig. Neben der Ehemündigkeit erfordert die Ehefähigkeit aber auch eine allgemeine Geschäftsfähigkeit iSd §§104ff BGB. Der beschränkt Geschäftsfähige bedarf aber nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, dieser kann nur nach §1303 III BGB die Befreiung durch das Vormundschaftsgericht verhindern, wenn er einen triftigen Grund gegen die Eheschließung hat. Es genügt also die Befreiung durch das Familiengericht. Diese Befreiung wirkt sich auch so aus, daß der Minderjährige nicht mehr nach §108 I BGB der Einwilligung der Eltern bedarf, §1303 IV BGB.

- Fehlen von Willensmängeln oder Eheverboten

Die Ehe darf nicht unter Willensmängeln leiden, hierfür gelten aber nicht die Vorschriften des Allgemeinen Teils, sondern §1314 II BGB abschließend. Der Eheschließende darf nicht vorübergehend geistesgestört sein, er darf nicht durch Täuschung oder Drohung zur Ehe bestimmt worden sein, es darf auch keine Scheinehe vorliegen.

Die Eheverbote sind in den §§1306ff BGB abschließend aufgezählt. Verboten ist zB die Doppelhe nach §1306 BGB, geschützt wird die erste Ehe. Die Eingehung einer Doppelhe ist auch nach §172 StGB strafbar. Auch dürfen nach §1307 BGB keine Ehen zwischen Verwandten gerader Linie geschlossen werden. Dies gilt auch für ein adoptiertes Kind, auch wenn durch die Annahme als Kind nach §1755 BGB die Verwandtschaftsverhältnisse zu den leiblichen Eltern erloschen sind. Dies gilt nach §1308 BGB auch für eine Ehe zwischen dem adoptierten Kind und den neuen Eltern. Obwohl diese eigentlich nicht wirklich blutsverwandt sind, gilt das angenommene Kind nach §1754 BGB als gemeinschaftliches Kind, daher als

Verwandter gerader Linie, es darf nicht geheiratet werden. Von §1308 I BGB kann aber das Familiengericht auf Antrag eine Ausnahme nach §1308 II BGB machen, wenn das adoptierte Kind einen Verwandten ist der *Seitenlinie* (Geschwister) heiraten will, da ja eigentlich keine Blutsverwandtschaft besteht.

- Einhaltung von Verfahrensvorschriften

Die Eheschließung erfolgt vor dem Standesbeamten, §1310 BGB, eine kirchliche Trauung hat keinerlei zivilrechtliche Auswirkungen, §§1588 BGB, 67 PStG. Vielmehr ist es eine Ordnungswidrigkeit nach §67 PStG, vor der standesamtlichen Trauung kirchlich zu heiraten. Die Eheschließung erfolgt durch die Erklärung beider Eheschließenden, zwei Zeugen sind nicht mehr erforderlich. Diese Erklärungen müssen persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklärt werden. Das Aufgebotsverfahren wurde aufgehoben.

Bei Verstößen gegen diese Voraussetzungen ist eine Ehe *fehlerhaft und aufhebbar*. Besonders schwerwiegende Verstöße lassen eine Ehe aber überhaupt nicht zustande kommen, es liegt eine sog. *Nicht-Ehe* vor. Dies ist dann zB der Fall, wenn gleichgeschlechtliche Personen heiraten oder wenn die Ehe nicht vor einem Standesbeamten geschlossen wurde. Eine Nicht-Ehe entfaltet keine Rechtswirkungen. Ansonsten ist die Ehe nur aufhebbar, die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Aufhebbarkeit der Ehe wurde gestrichen. Die Aufhebung der Ehe erfolgt nach §§631ff ZPO, eine Ehe kann nur durch gerichtliches Gestaltungsurteil aufgehoben werden. Die Aufhebungsgründe sind abschließend in §1314 BGB geregelt, eine Aufhebung ist aber ausgeschlossen, wenn der Fehler nach §1315 BGB bestätigt wird. Die Antragsbefugnis ist in §1316 BGB geregelt.

Wirkungen der Ehe

- Name §1355 BGB

Die Ehegatten sollen einen gemeinsamen Ehenamen bestimmen, sie können aber auch ihre Namen weiter beibehalten oder einen Doppelnamen wählen. Die Namenseinheit ist nur ein Sollvorschrift. Die Probleme der Namenswahl hat sich auf die Kinder verlagert, §§1616ff BGB.

- Eheliche Lebensgemeinschaft

Die Pflichten, die sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben, sind im Gesetz nicht beschrieben (außer §§1360-1361 BGB). Vielmehr bestimmt §1353 BGB, daß die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind, nicht aber, was dies bedeutet. §1353 I BGB stellt eine Art Generalklausel ähnlich des §242 BGB dar. Daraus ergibt sich eine Vielzahl von Pflichten:

- (1) Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft

Grundsätzlich sind die Eheleute verpflichtet, miteinander zu wohnen, daraus ergibt sich auch das Recht, daß nur einvernehmlich über Fragen des Wohnorts entschieden wird. Jedoch gibt es keine gerichtliche Durchsetzbarkeit.

- (2) Pflicht zur Wahrung ehelicher Treue

- (3) Beistandspflichten

Hieraus kann die strafrechtliche Garantenstellung hergeleitet werden,.

- (4) Pflicht zur Rücksichtnahme

Diese Pflicht spielt meist dann eine Rolle, wenn vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Ehegatten durchgesetzt werden sollen. Dann entfaltet §1353 I BGB eine Schrankenfunktion, eine Rechtsausübung, die normalerweise zulässig wäre, kann zwischen Ehegatten unzulässig sein.

- (5) Recht zur Mitbenutzung von Hausrat

An den Hausratsgegenständen entsteht unabhängig von den Eigentumsverhältnissen Mitbesitz iSd §866 BGB, sofern die Gegenstände nicht ausschließlich dem persönlichen Gebrauch eines Ehegatten dienen. Dann liegt bei einer Veräußerung durch einen Ehegatten ein Abhandenkommen vor, der einen gutgläubigen Erwerb nach §935 I BGB verhindert, ein Rückgriff auf §1369 BGB ist nicht mehr erforderlich. Aufgrund der Ehe vermittelt der mitbesitzende Nichteigentümer dem Eigentümer den Besitz, die Ehe ist ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis iSd §868 BGB. Meist bei Übereignungen zwischen Ehegatten relevant:

Während die dingliche Einigung keine Probleme bereitet, scheitert §929 S. 1 BGB aber an der Übergabe, da der veräußernde Ehegatte den Besitz nicht vollständig aufgibt, er hat ja weiterhin Mitbesitz. Die Übergabe kann aber nach §930 BGB ersetzt werden durch Vereinbarung eines konkreten BMV. Es ist nicht hinderlich, daß dieses BMV schon besteht.

- (6) Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit

Nach §1356 I BGB regeln die Ehegatten die Haushaltsführung gemeinschaftlich, nach §1356 II BGB sind beide berechtigt, erwerbstätig zu sein. Die Haushaltsführung kann auch einem Ehegatten überlassen werden, die Pflicht zur Mithilfe ergibt sich dann aus §1353 I 2 BGB. Durch die alleinige Haushaltsführung kommt der Ehegatte seiner Unterhaltspflicht nach §1360 S. 2 BGB nach, er verrichtet *nicht Dienstleistungen* gegenüber dem anderen Ehegatten. Daraus ergibt sich auch, daß der Ehegatte bei Tötung des anderen Ehegatten gegen den Schuldigen keinen Anspruch aus §845 BGB wegen entgangener Dienste hat, sondern nur aus §844 II BGB (Tötung des Unterhaltspflichtigen). Der Schadensersatzanspruch für die Einstellung einer Haushaltshilfe ergibt sich dann aus §844 II BGB. Das Recht zur Erwerbstätigkeit steht nach §1356 II BGB unter der Schranke der Familienverträglichkeit. §1356 II BGB entfaltet aber keine Drittwirkung.

(7) Pflicht zur Mitarbeit in Beruf und Geschäft

Da beide Ehegatten frei erwerbstätig sein dürfen, §1356 II BGB, ergibt sich eine Pflicht zur Mitarbeit nur in engen Grenzen. Dies zB dann, wenn der erwerbstätige Ehegatte durch Ausfall seine Unterhaltspflicht nicht erfüllen kann. Sollte die Mitarbeit unterhaltsrechtlich geschuldet sein, ergibt sich hieraus kein Vergütungsanspruch, nur für darüber hinausgehende Mitarbeit kann Entgelt verlangt werden. Dieser Vergütungsanspruch kann in zwei Konstellationen relevant sein: Einerseits können Gläubiger des mitarbeitenden Ehegatten in die Vergütung vollstrecken, diese können auch bei der Frage des Zugewinns relevant sein. Andererseits besteht meist keine vertragliche Regelung des Vergütungsanspruchs, die Rechtsgrundlage ist umstritten. Dies wird meist dann relevant, wenn die Frau ständig im Haushalt gearbeitet hat, Gütertrennung vereinbart wurde, sie dennoch im Betrieb mitgearbeitet hat und hierfür Ausgleich möchte, da ein Zugewinnausgleich nicht stattfindet:

- * Als Grund für die Rückforderung der Vergütung nach der Scheidung kommt §812 I 1 Alt. 1 BGB nicht in Betracht, da die Ehe als Rechtsgrund nur *ex nunc* wegfällt, nicht mit Wirkung für die Vergangenheit.
 - * Regelmäßig wird zwischen Eheleuten auch kein Arbeitsverhältnis vereinbart worden sein (die Ehe basiert auf Gleichberechtigung, ein Arbeitsverhältnis auf Weisungsbefugnis). Außerdem fehlt es meist am Rechtsbindungswillen, es ist regelmäßig nicht anzunehmen, daß die Mitarbeit nur gegen eine angemessene Vergütung geleistet wird, wie es bei externen Dienstleistern der Fall ist.
 - * Auch eine Zweckverfehlungskondition nach §812 I 2 Alt. 2 BGB scheidet meistens, da die Mitarbeit nicht im Hinblick auf den Fortbestand der Ehe getätigt wurde, außerdem eine solche Abrede fehlt. Der Fortbestand der Ehe ist ein bloßes unbeachtliches Motiv.
 - * Daher wird nach ein Vergütungsanspruch über die Auflösung der stillschweigend gegründeten Ehegattinnen-gesellschaft erreicht, die nach Wegfall der Ehe wegen Zweckverfehlung aufgelöst wird. Die Ehe selbst stellt aber noch keinen gemeinsamen Zweck dar, vielmehr muß sich der Ehegatte in den Dienst einer gemeinsamen Aufgabe gestellt haben, die den Zweck einer Ehe übersteigt. Meist scheidet der Entgeltanspruch in der BGB-Gesellschaft aber an §733 II 3 BGB, da für geleistete Dienst kein Entgelt verlangt werden kann.
 - * die hM begründet den Entgeltanspruch über einen *Kooperationsvertrag* familienrechtlicher Art (*sui generis*), dh hier kommt dann ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Dies ist aber auch nur eine Rechtfertigung eines gewünschten Ergebnisses, dogmatisch nicht begründbar. Dies wird dennoch vom BGH vertreten. Die Arbeitsleistungen der Ehegatten stellen somit unbenannte, ehebedingte Zuwendungen dar, die nach Scheitern der Ehe über den Wegfall der GG ausgeglichen werden müssen. Die Ehegatten setzten nämlich den Fortbestand der Ehe voraus, sie hätten sich nicht auf die Mitarbeit eingelassen, wenn sie gewußt hätten, daß die Ehe scheitert. Dieser familienrechtliche Vertrag wird so begründet, daß in aller Regel auch eine stillschweigende Mitarbeit nicht unentgeltlich erfolgen soll, jedenfalls dann nicht, wenn die Ehe scheitert. Der Wegfall der GG verjährt nach §195 BGB in dreißig Jahren. Die Verjährungsvorschrift des §1378 IV BGB ist nicht anzuwenden, da der Anspruch aus dem familienrechtlichen Kooperationsvertrag in erster Linie für Fälle der Gütertrennung entwickelt wurde, eine analoge Anwendung des Zugewinnrechts verbietet sich daher.
- > dieser Anspruch aus dem familienrechtlichen Kooperationsvertrag besteht aber nur bei Gütertrennung, bei der Zugewinnsgemeinschaft wird dieser Anspruch regelmäßig von der Zugewinnausgleichsforderung verdrängt, diese hat Sperrwirkung für andere Ansprüche, solange diese nicht *ausdrücklich* vereinbart sind (Ausschließlichkeitsgrundsatz).

Rechtsschutz für die eheliche Lebensgemeinschaft

• Rechtsschutz der Eheleute untereinander

Die Pflichten, die sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben, sind einklagbare Rechtspflichten. Die Ansprüche der §§1353-1359 BGB könnten mittels einer Leistungsklage (sog. Eheherstellungsklage) verlangt werden, das Urteil ist aber wegen §888 III ZPO bei höchstpersönlichen Ansprüchen nicht vollstreckbar. Es wirkt daher nur wie ein Feststellungsurteil. Nur bei vermögensrechtlichen Ansprüchen gegen den Ehegatten kommt eine Vollstreckung nach §888 I ZPO in Betracht.

Feststellbar ist auch ein Recht zum Getrenntleben, hier kann eine einstweilige Anordnung nach §§620, 620a ZPO erwirkt werden. Störungen des ehelichen Lebens können nicht durch Unterlassungs- oder Beseitigungsklage nach §§823, 1004, 862 BGB gegen den anderen Ehegatten durchgesetzt werden, die würde das Vollstreckungsverbot nach §888 III ZPO unterlaufen, außerdem ist schon umstritten, ob das eheliche Leben als absolutes Rechtsgut anzusehen ist. Der andere Ehegatte kann nur eine Verletzung absoluter Rechtspositionen geltend machen.

• Rechtsschutz gegen störende Dritte

Ein Angriff eines Dritten in den räumlich-gegenständlich geschützten Bereich der Ehe gibt dem anderen Ehepartner einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus §§1004 I 2, 823 I BGB analog (quasinegatorischer Anspruch). Das Recht an der ehelichen Gemeinschaft wird von der ganz hM als absolutes Recht iSd §823 I BGB anerkannt. Strittig ist dann jedoch, ob der räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe auch einen Unterlassungsanspruch nach §1004 I 2 BGB gibt und einen Schadensersatzanspruch nach §823 I BGB. Nach der Rechtsprechung ergibt sich daraus überhaupt kein Anspruch, weil sonst das Verbot des §888 III ZPO unterlaufen werden würde. Die hL gewährt aber einen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch, der jedoch begrenzt ist, weil die Ursachen für die Ehestörung stets auch im Verhältnis der Ehegatten zueinander liegen und dies nicht auf den Dritten abgewälzt werden kann.

- Ansprüche bei Ehebruchskind

- (1) Der vermeintliche Vater des Kindes hat einen Anspruch gegen den wahren Erzeuger auf Rückzahlung der Unterhaltskosten, die er für das Kind aufgewendet hat. Dieser ergibt sich aus einer Rückgriffskondition, da nach §1601 BGB nur die Verwandten zum Unterhalt verpflichtet sind, er also den wahren Vater von seiner Verpflichtung befreit hat.
- (2) nach §1607 III BGB findet ein gesetzlicher Forderungsübergang auf denjenigen statt, der anstelle des wirklich Unterhaltsverpflichteten den Unterhalt geleistet hat (cessio legis). Von §1607 III BGB werden auch die Kosten der Vaterschaftsanfechtung erfaßt, da für solche Ansprüche die Feststellung der Vaterschaft nach §1600d IV BGB erforderlich ist. Der Ehemann hat keinen einklagbaren Anspruch gegen seine Ehefrau auf Benennung des Erzeugers.
- (3) Gegen die untreue Ehefrau hat der vermeintliche Vater keine Ersatzansprüche, da nach BGH das Familienrecht die vermögensrechtlichen Folgen abschließend regelt und für einen solchen Fall keine Ersatzansprüche vorgesehen sind. Die Verletzung der ehelichen Treuepflicht ist sanktionslos, schließlich wurde auch das Verschuldensprinzip abgeschafft. Eine andere Ansicht bejaht aber auch hier einen Ersatzanspruch aufgrund §1353 I BGB.
- (4) Auch besteht nach hM gegen den Dritten kein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der ehelichen Treue. Denn in Betracht käme nur §823 I BGB, was über den Gesamtschuldnerausgleich nach §§840, 426, 254 BGB auch wieder auf den untreuen Ehegatten zurückfallen würde und so die abschließende familienrechtliche Regelung umgangen werden könnte, das Vollstreckungsverbot des §888 III ZPO würde sonst umgangen werden können, da der Dritte seine Ausgleichsforderung aus §426 BGB einklagen könnte. Außerdem fällt die Untreue eines Ehegatten nicht in den Schutzbereich des Deliktsrechts. Diese Ansicht ist vorzuziehen, sonst würde jede ehewidrige Beziehung eine Schadensersatzpflicht auslösen.
Eine andere Ansicht sieht die Verpflichtung der Ehegatten zu geschlechtlicher Treue als absolut geschütztes Recht (in Analogie zu den Lebensgütern des §823 I BGB), daher soll zumindest das Abwicklungsinteresse (Scheidung, Vaterschaftsanfechtung) ersetzt werden, nicht aber das Bestandsinteresse (Schaden aus der Nichtfortführung der Ehe).

Haftungsmaßstab

Nach §1359 BGB haften die Ehegatten untereinander nur nach der Sorgfalt, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, dh es wird nicht wie bei §276 I BGB ein objektiver Maßstab für eine Pflichtverletzung angelegt, sondern ein subjektiver (dieser kann aber auch strenger sein!). Diese Haftungsprivilegierung schlägt sich auch auf das Deliktsrecht nieder. Auch wenn sich ein Ehegatte eines Dritten bedient, findet keine Verschuldenszurechnung nach §278 BGB in vollem Umfang statt, es bleibt bei der Haftungsbeschränkung nach §277 BGB.

Allerdings gilt §1359 BGB nach der Rechtsprechung dann nicht, wenn die Eheleute Dritten gegenüberstehen, so zB im Straßenverkehr. Im Rechtsverkehr mit Dritten ist kein Raum für individuelle Sorgfaltslosigkeit. Eine Umgehung der Haftungsprivilegierung ist aber auch anders möglich:

Beispiel: Ehefrau lenkt Ehemann leicht fahrlässig im Auto ab, Dritter fährt Ehemann an (auch leicht fahrlässig). Ehemann könnte nun von Dritten nach §823 I BGB Schadensersatz verlangen, dieser wiederum könnte eigentlich nicht nach §§840 I, 426 BGB Ausgleich von der Ehefrau verlangen, da diese aufgrund der Haftungsprivilegierung des §1359 BGB nicht haftet.

- aber: (1) entweder sagt man, daß der Ehemann nur den Teil der Verschuldensquote vom Dritten verlangen kann, die diesem auch zu Last fällt (Anspruchsverkürzungstheorie), er selbst soll den Schaden tragen, der ihm aufgrund der Haftungsbeschränkung entstanden ist.
- (2) oder man sagt, daß der Ehemann zwar vollen Schaden vom Dritten verlangen kann, dieser aber wiederum von der Ehefrau nach §426 BGB Ausgleich verlangen kann, weil die Haftungsprivilegierung nur im Verhältnis der Ehefrau zum Ehemann gilt (im Endeffekt die gleiche Ansicht wie der BGH).
- (3) oder man sagt mit BGH, daß §1359 BGB nicht im Verkehr mit Dritten anwendbar ist.

Unterhaltspflicht

Während der Ehe bestehen Unterhaltsansprüche aufgrund der §§1360-1360b BGB, beim Getrenntleben nach §1361 BGB. Nach der Scheidung gelten die §§1569ff BGB. Diese drei Zeiträume sind streng auseinanderzuhalten.

- Familienunterhalt

Ein Verzicht auf den Familienunterhalt für die Zukunft ist nicht möglich, §1360a III BGB verweist auf §1614 BGB. Anspruchsgrundlage für den Familienunterhalt ist §1360 S. 1 BGB, der jedoch nur für die Eheleute gilt. Kinder haben einen Unterhaltsanspruch aus §1601 BGB. Jeder Ehegatte hat einen Anspruch auf angemessenen Lebensunterhalt der Familie, §1360a I BGB, wozu auch der Unterhalt der gemein-

samen Kinder gehört (Wortlaut). Der Ehegatte kann also den Kindesunterhalt in eigenem Namen geltend machen (keine Prozeßstandschaft, da eigenes Recht des Ehegatten).

Der Unterhaltsanspruch geht nicht zwingend auf Geldleistung, nach §1360a II BGB kann der Unterhalt in der Weise geleistet werden, die durch die Lebensgemeinschaft geboten ist, also auch in Natur. Das erforderliche Haushaltsgeld ist vorzuschießen. Nach §1360 S. 2 BGB ist die Haushaltsführung allein durch einen Ehegatten Unterhaltsbeitrag, er steht den finanziellen Leistungen des arbeitstätigen Ehegatten gleich. Gemäß §1360b BGB wird vermutet, daß eine Zuvielleistung (über den hälftigen Anteil hinaus) im Zweifel nicht zurückgefordert werden kann. Es wird also wie bei §1620 BGB eine Quasi-Schenkung vermutet, nach §814 BGB sind Regreßansprüche ausgeschlossen.

- Trennungsunterhalt

Bei Getrenntleben tritt an die Stelle der Verpflichtung zum Familienunterhalt ein *einseitiger* Zahlungsanspruch in Geld. Dieser richtet sich nicht auf den Familienunterhalt, sondern auf den angemessenen Lebensbedarf des unterhaltsberechtigten Ehegatten. Getrenntleben liegt vor, wenn die Eheleute die eheliche Lebensgemeinschaft aufgegeben haben, nicht aber wenn sie nur aus Berufsgründen verschiedene Wohnsitze haben, da es nach §1567 BGB auch auf den Trennungswillen ankommt.

Der Umfang richtet sich nach der Bedürftigkeit des anderen Ehegatten, diese kann dann fehlen, wenn sich dieser zumutbar selbst unterhalten könnte (es wird auch das Vermögen berücksichtigt). Für die Frage der Zumutbarkeit sind nach hM die §§1569ff BGB entsprechend heranzuziehen, es sind jedoch geringere Anforderungen an die Erwerbspflicht zu stellen, da noch eine Ehe besteht und der *Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit* erst nach der Scheidung entsteht. Der Umfang richtet sich nach den gewohnten Lebensverhältnissen, dieser Lebensstandard soll aufrechterhalten werden. Es ist also auf das Einkommen im Zeitpunkt der Trennung abzustellen, ein späterer Einkommensrückgang des Unterhaltsverpflichteten ist nur soweit relevant, wie dieser schon vor der Trennung vorhersehbar war und einen prägenden Einfluß auf den Lebensstandard hatte (zB Einkommen des Ehemanns geht *nach* der Trennung zurück). Bei einem freiwilligen Einkommensverlust wird dem Ehegatten ein fiktives Einkommen unterstellt (Ehemann verzichtet auf Lohn, um seiner Ehefrau weniger zahlen zu müssen).

Ein Verzicht im Voraus auf den Trennungsunterhalt ist nicht möglich, §1361 IV 4 BGB verweist auf §1360a III BGB und damit auf §1614 BGB. Zum Trennungsunterhalt gehört nach §1361 I 2 BGB auch die Kosten für eine angemessene Versicherung des unterhaltsberechtigten Ehegatten für Rente, Berufs- und Erwerbsunfähigkeit.

Die Praxis orientiert sich bei der Unterhaltsbemessung an den „Düsseldorfer Unterhaltstabellen“. Wenn der Unterhaltsverpflichtete mehr verdient als er für seinen eigenen Unterhalt braucht, muß er von seinem Gesamteinkommen ca. 3/7 abgeben (es findet keine Halbierung des Einkommens statt, da der Erwerbstätige sonst in seiner Arbeit keinen Sinn sehen würde, daher erhält er grds. 1/7 mehr, sog. Erwerbstätigkeitsbonus). Über §1361 III BGB gelten auch die Härtefälle des §1579 BGB, wonach ein Unterhaltsanspruch bei grober Unbilligkeit entfällt.

- Scheidungsunterhalt §§1569ff BGB (siehe Scheidungsunterhalt)

§1357 BGB Schlüsselgewalt

Gemäß §1357 BGB hat jeder Ehegatte (unabhängig vom Güterstand) das Recht, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs auch mit Wirkung für und gegen den anderen Ehegatten zu tätigen. Ursprünglich diente diese Vorschrift dem Schutz der nichterwerbstätigen Ehefrau, die den Haushalt alleine führte. Denn diese sollte nicht alleinige Verpflichtete gegenüber den Gläubigern sein, da schließlich auch der Ehemann davon profitierte und haften sollte, da er das einzige Einkommen der Familie hatte. Dies führt aber andererseits zu einer ungerechtfertigten Gläubigerbegünstigung, da bei normalen Haushaltsgeschäften es immer zu einer Schuldnerverdoppelung führt. Durch §1357 BGB soll es auch dem nichterwerbstätigen Ehegatten ermöglicht werden, ohne Rücksprache Geschäfte des täglichen Bedarfs zu schließen.

- Mitberechtigung und -verpflichtung

Normalerweise ist für eine Mitverpflichtung des nicht handelnden Ehegatten ein offenkundiges Auftreten auch im Namen des anderen erforderlich, §164 I BGB. §1357 I 1 BGB hilft über das meist fehlende Offenkundigkeitsprinzip hinweg, es wird auch bei einer Eigenverpflichtung der andere Ehegatte berechtigt und verpflichtet. Es handelt sich hierbei um eine ausnahmsweise zulässige Verpflichtungsermächtigung, die ansonsten wegen der Möglichkeit der Stellvertretung unzulässig ist. Der mitverpflichtete Ehegatte wird aber nicht auch Vertragspartner, dies bleibt allein der handelnde Ehegatte.

- Rechtsfolgen

§1357 I 1 BGB führt dazu, daß beide Ehegatten als Gesamtschuldner nach §§421, 427 BGB verpflichtet werden. Besonderheit hierbei ist, daß die Haftung des nicht handelnden Ehegatten streng akzessorisch ist

zur Haftung des handelnden Ehegatten. Sollte dieser also nicht haften, so haftet auch der andere nicht, §425 BGB gilt nicht bei §1357 BGB (wo es nur auf die persönlichen Voraussetzungen der Schuld ankommt). Die Mithaftung erstreckt sich daher sowohl auf den Primär- als auch auf evtl. anfallende Sekundäransprüche aus Vertragsverletzung. Trotzdem ist es möglich, daß nur ein Ehegatte aus der vertraglichen Haftung entlassen wird, also bessergestellt wird als der andere.

Wegen der strengen Akzessorietät kann nach §417 I 1 BGB analog ein Ehegatte auch die in der Person des anderen Ehegatten liegenden Gegenrechte geltend machen. Denn §417 BGB gilt nach hM nicht nur für die Schuldübernahme, sondern auch für den Schuldbeitritt, daher muß es auch für den gesetzlichen Schuldbeitritt des §1357 BGB gelten. Der Ausgleich im Innenverhältnis richtet sich nach §426 I 1 BGB nach dem Unterhaltsrecht, es ist also „ein anderes bestimmt“.

Umgekehrt werden beide Ehegatten berechtigt, dies bedeutet nach hM aber nicht §432 BGB, sondern §428 BGB, dh es muß nicht Leistung an beide Ehegatten verlangt werden, sondern es kann jeder Ehegatte Leistung nur an sich selbst fordern. Nach §429 III BGB ist auch sichergestellt, daß immer ein einheitliches Schuldverhältnis bestehen bleibt, dh Erfüllung an einen Ehegatten wirkt auch für den anderen. Würde man §432 BGB anwenden, so träte keine Erfüllung ein, da an beide geleistet werden muß.

- **Auswirkung auf Gestaltungsrechte**

Für Gestaltungsrechte wird im Gesetz teilweise eine gemeinsame Ausübung durch die Berechtigten gefordert. Dies gilt aber nicht für §1357 BGB, jeder Ehegatte kann Gestaltungsrechte allein ausüben. Fraglich ist aber, ob auch der nicht handelnde Ehegatte zur Ausübung berechtigt ist. Nach §143 BGB ist grundsätzlich derjenige zB zur Anfechtung berechtigt, der auch die Willenserklärung abgegeben hat. Da dies auf den nicht handelnden Ehegatten nicht zutrifft, hat dieser auch kein eigenes Gestaltungsrecht. §1357 BGB hilft hier nicht weiter, da dieser nur ein eigenes Forderungsrecht auf die Primär- oder Sekundärleistung gibt, nicht aber auch ein Gestaltungsrecht. Wegen seiner akzessorischen Mithaftung hat der nicht handelnde Ehegatte aber nach hM die Möglichkeit, dem Dritten die Einrede der Gestaltbarkeit nach §§770, 1137 I 1 BGB analog entgegenzuhalten, dh er kann das Gestaltungsrecht des anderen Ehegatten einredeweise geltend machen.

-> nicht handelnder Ehegatte hat kein eigenes Gestaltungsrecht, kann aber nach hM das Gestaltungsrecht des anderen Ehegatten einredeweise geltend machen.

- **Dingliche Wirkung**

Der Wortlaut des §1357 I 1 BGB, daß die Geschäfte des einen Ehegatten auch für und gegen den anderen Ehegatten wirken, könnte darauf hindeuten, daß dieser auch unmittelbar *dinglich* berechtigt wird, also es bei einem Verfügungsgeschäft des einen Ehegatten auch automatisch zu Miteigentumserwerb oder -verlust des anderen führt. Dies ist jedoch nach hM abzulehnen, §1357 BGB entfaltet keine dingliche Wirkung. Es ist aber durch Auslegung zu ermitteln, ob im Einzelfall nicht doch auch mit Wirkung für den anderen eine dingliche Wirkung eintritt („Übereignung an den, den es angeht“). Der BGH nimmt beim Erwerb von Hausratsgegenständen eine solche dingliche Wirkung an, dh der nicht handelnde Ehegatte wird automatisch Miteigentümer, obwohl sich die dingliche Einigung des Veräußerers darauf nicht bezieht.

-> grundsätzlich erfaßt §1357 I 1 BGB aber nur Verpflichtungsgeschäfte, es gibt keine Verfügungsmacht kraft Schlüsselgewalt

- **Abgrenzungen**

Ein Rückgriff auf §1357 I 1 BGB ist dann nicht nötig, wenn der handelnde Ehegatte im Namen des anderen handelt, also das Offenkundigkeitsprinzip des §164 I BGB eingehalten ist, da dann eine normale Stellvertretung vorliegt, sich also „ein anderes“ iSd §1357 I 2 BGB ergibt.

Ansonsten gelten für die Schlüsselgewalt die §§164ff BGB zumindest analog, dh auch ein minderjähriger Ehegatte wird durch ein Rechtsgeschäft nicht verpflichtet, dieses ist schwebend unwirksam. Hier ist es aber möglich, gegen den volljährigen Ehegatten vorzugehen. Nur wenn der handelnde Ehegatte geschäftsunfähig ist, verbietet sich ein Vorgehen gegen den anderen, da es wegen §105 II BGB nicht zu einem Vertrag gekommen ist (Nichtigkeit).

Die §§177ff BGB (*falsus procurator*) finden nur dann Anwendung, wenn der handelnde Ehegatte im Namen des anderen gehandelt hat, aber keine Vertretungsmacht vorlag, und §1357 BGB auch nicht einschlägig ist. Auch findet eine Wissenszurechnung nach §166 BGB statt.

§1357 BGB Voraussetzungen

- **Wirksame Ehe, kein Getrenntleben**

Nach §1357 III BGB entsteht die Verpflichtungsermächtigung nur, wenn der Vertrag während einer Ehe geschlossen wurde und die Eheleute nicht getrennt leben, §1567 BGB. Ein vor der Hochzeit geschlossener Vertrag fällt somit nicht unter §1357 BGB. Es kommt somit auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an.

Hierbei ist nicht der Zeitpunkt der Annahme relevant, es kommt vielmehr auf das Angebot an, da eine Person vor der Heirat nur ein Angebot für sich selbst abgeben kann.

Beispiel: A gibt Angebot auf Kaufvertrag ab, er heiratet B später. Die Annahme des Kaufvertrags erfolgt erst nach der Hochzeit. Käme es auf den Zeitpunkt der Annahme an, würde §1357 BGB eingreifen. Hier ist aber zu beachten, daß A vor der Hochzeit nur ein Angebot für sich selbst abgeben kann, daher greift §1357 BGB nicht, auch wenn A und B bei Vertragsschluß verheiratet waren.

Auch ein Getrenntleben hindert die Anwendung des §1357 BGB. Ein Getrenntleben liegt nach §1567 BGB aber erst dann vor, wenn die häusliche Ehegemeinschaft *willentlich* nach außen aufgegeben wurde, dh nicht bei Trennung aus Berufsgründen. §1357 BGB gilt erst dann gemäß §1313 S. 2 BGB nicht mehr, wenn die Ehe mit Rechtskraft aufgelöst wurde. Ein Getrenntleben hindert die Verpflichtungsermächtigung des §1357 BGB aber erst dann, wenn während des Getrenntlebens ein Vertrag geschlossen wurde. Bereits vorher geschlossene Verträge werden durch ein späteres Getrenntleben nicht berührt. Rechtsverpflichtungen werden durch eine spätere Trennung also nicht beseitigt.

- Dauerschuldverhältnisse

Fraglich ist aber die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen: die eine vertragliche Eingehung von Dauerschuldverhältnissen wird auch der andere nichthandelnde Ehegatte nach §1357 BGB berechtigt und verpflichtet. Da dieser aber nicht Vertragspartner wird und auch die Rechtsgeschäfte durch eine spätere Trennung nicht beseitigt werden, stellt sich die Frage, wie der mitverpflichtete Ehegatte nach einer Trennung aus der Verpflichtung entlassen werden kann. Eine Kündigung kommt nicht in Betracht, da er nicht Vertragspartei ist. Dieses Problem dürfte aber nicht oft relevant werden, da Dauerschuldverhältnisse in der Regel kein Geschäft für die Deckung des Lebensbedarfs darstellen.

- Geschäft für Deckung des Lebensbedarfs

§1357 BGB greift nur dann, wenn es sich um ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs handelt. Grundsätzlich fallen darunter alle Geschäfte, die den persönlichen Bedarf der Ehegatten decken sollen. Nur diejenigen Geschäfte, die ausschließlich nur den Eigenbedarf decken sollen, fallen nicht unter §1357 BGB, weil den Umständen nach „ein anderes“ bestimmt ist. Auch eine Kreditaufnahme kann unter Umständen ein solches Geschäft darstellen, regelmäßig wird eine Mithaftung des anderen Ehegatten aber nicht gewollt sein. Dies gilt insbesondere für Ratenzahlungsgeschäfte, auch wenn eine Sache gekauft wird, die dem Lebensbedarf der Familie dient, da die Belehrungspflicht des §7 II 2 VerbrKrG meist nicht in der Person des anderen Ehegatten erfüllt ist.

Das Geschäft muß zur Deckung des Lebensbedarfs angemessen sein. Angemessen ist ein Geschäft, wenn es den *durchschnittlichen Gebrauchsgewohnheiten* der jeweiligen Familie entspricht. Es ist also auf den jeweiligen Lebensstandard der Familie abzustellen. Die Geschäfte, die zwar angemessen wären, dennoch aber üblicherweise von beiden Ehegatten getätigt werden, fallen nur dann unter §1357 BGB, wenn sie unaufschiebbar sind, der andere Ehegatte soll nicht vor vollendete Tatsachen gestellt werden. Ein angemessenes Geschäft liegt also nur dann vor, wenn eine vorherige Absprache zwischen den Ehegatten als nicht erforderlich angesehen wird. Deshalb können auch größere Geschäfte unter §1357 BGB in einer wohlhabenden Familie fallen. Strittig ist dies für Reisen und ärztliche Behandlungen, da Reisen einerseits Luxusaufwendungen und ärztliche Behandlungen höchstpersönliche Rechtsgeschäfte sind. Reisen fallen daher nur bei ganz kurzer Dauer unter §1357 BGB, ärztliche Behandlungen aber immer, wenn sie im Interesse des gesamten Hauswesens sind (also nicht Schönheitsoperationen). Unaufschiebbare ärztliche Maßnahmen sind immer Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs, da die Behandlung stattfinden muß und keine Luxusbehandlung vorliegt.

- Andere Umstände

§1357 BGB gilt nicht, wenn sich aus den für den Geschäftspartner erkennbaren Umständen ein anderes ergibt, §1357 I 2 BGB. Dies zB dann, wenn ein Vertrag ausdrücklich im Namen des anderen Ehegatten geschlossen wird. Nach BGH muß der handelnde Ehegatte aber offenlegen, daß er nicht selbst haften will. Zwar sind unaufschiebbare Maßnahmen immer Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs, hier wird der andere Ehegatte aber nur dann verpflichtet, wenn sich die ärztlichen Kosten im finanziellen Rahmen der Familie bewegen, sonst wird nur der zu behandelnde Ehegatte verpflichtet.

- Beschränkungen der Schlüsselgewalt

Die Schlüsselgewalt kann nach §1357 II BGB beschränkt werden. Eine Beschränkung gilt dann aber nur im Innenverhältnis zwischen den Ehegatten. Gegenüber Dritten wirkt eine Beschränkung nur dann, wenn

diese in das Güterrechtsregister eingetragen wurde, §1412 BGB. Ansonsten kommt es bei §1357 BGB nur auf das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen an, ein guter Glaube an die Ehe oder das Zusammenleben wird nicht geschützt. Eine solche Fehlvorstellung kommt dem Dritten nicht zugute.

- Verschulden

Das Verschulden des handelnden Ehegatten wird dem Mitverpflichteten nach §278 BGB zugerechnet, dieser wird als *gesetzlicher Vertreter* des Mitverpflichteten behandelt. Problematisch wird die Verschuldenszurechnung über §278 BGB dann, wenn der handelnde Ehegatte deliktisch tätig wird (also zB beim Einkaufen stiehlt). In Betracht kommt eine Haftung aus *cic* oder Delikt.

Zunächst ist bei §1357 BGB fraglich, ob davon nur bereits geschlossene Schuldverhältnisse erfaßt sind oder ob §1357 BGB auch auf ein vorvertragliches Verhältnis (*cic*) bzgl. der Mitverpflichtung anwendbar ist. Nach hM gilt §1357 BGB auch dann für *cic*, wenn der zu schließende Vertrag unter §1357 BGB fallen würde, wenn es sich also um ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs gehandelt hätte. Dann ist fraglich, ob das Verschulden des handelnden Ehegatten dem anderen über §278 BGB zugerechnet werden kann, denn sonst würde dieser nicht über *cic* iVm §1357 BGB haften.

Die hM bejaht eine Zurechnung über §278 BGB, der Begriff des gesetzlichen Vertreters ist untechnisch zu verstehen. Allerdings entfällt eine Zurechnung über §278 BGB, wenn die Tat „bei Gelegenheit“ begangen wurde.

Eine deliktische Haftung des anderen Ehegatten nach §831 BGB kommt nicht in Betracht, weil die Ehepartner nicht weisungsgebunden sind, sie sind keine Verrichtungsgehilfen. Eine Anwendung des §1357 BGB scheidet im Deliktsrecht also aus.

§1362 BGB Eigentumsvermutung

Grundsätzlich gilt die Eigentumsvermutung des §1006 BGB aufgrund des Besitzes der beweglichen Sache. Der Besitzer der Sache gilt auch als deren Eigentümer. Diese Vermutung würde jedoch im Eherecht dazu führen, daß die Ehegatten immer als Miteigentümer nach §§1008, 741 BGB angesehen werden müßten, da diese regelmäßig Mitbesitz an den Sache in der gemeinsamen Wohnung haben. Diese gesetzliche Vermutung des §1006 BGB wird im Eherecht durch §1362 BGB verdrängt, wegen der weitgehenden Vermischung des Vermögens beider Eheleute sind die Besitzverhältnisse zu unklar.

Deshalb wird zugunsten der Gläubiger vermutet, daß die sich im Besitz der Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen auch dem jeweiligen Schuldner gehören. Diese Vermutung gilt aber nicht bei Getrenntlebenden. Früher enthielt §1362 BGB nur eine Vermutung zugunsten des Ehemanns, weil angenommen wurde, daß die Frau meist nicht erwerbstätig war und deshalb die Gegenstände von ihrem Mann erworben wurden. Wegen der Gleichberechtigung wurde dies geändert.

Verfahrensrechtlich wird die Fiktion durch §739 ZPO ergänzt: wird nach §1362 BGB vermutet, daß der Schuldner auch Eigentümer ist, so gilt er nach §739 ZPO auch als *alleiniger* Gewahrsamsinhaber. Dies ist deshalb erforderlich, weil sonst eine Pfändung in das bewegliche Vermögen immer an §809 ZPO scheitern würde, da der andere Ehegatte dann aufgrund seines Mitbesitzes der Pfändung widersprechen könnte. Wegen §739 ZPO bleibt dem Alleineigentümer, der nicht Schuldner ist, nur der Weg über §771 ZPO, wo er die gesetzliche Vermutung des §1362 BGB bzgl. des anderen Ehegatten zugunsten der Gläubiger widerlegen muß. Die Erinnerung nach §766 ZPO hätte keinen Erfolg, da wegen der Gewahrsamsfiktion des §739 ZPO kein Verfahrensverstöß gegen §809 ZPO vorliegen kann.

Die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des §1362 BGB erfolgt dadurch, daß der andere Ehegatte, der nicht Schuldner ist, darlegt, daß er das Eigentum vor der Ehe oder während der Ehe in eigenem Namen erworben hat. Dann nämlich greift bzgl. des Fortbestehens des Eigentums die allgemeine Rechtsfortdauerermutung des §1006 II BGB, das Eigentum bleibt auch mit Eheschließung zumindest bei einer Zugewinnsgemeinschaft Eigentum des jeweiligen Ehegatten, §1363 II BGB.

§1362 II BGB enthält eine weitere Vermutung, daß die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch dienenden Gegenstände auch nur dem Ehegatten gehören, für dessen Gebrauch sie bestimmt sind (Kleidung, Schmuck). Diese Vermutung gilt auch unter den Ehegatten, nicht nur zugunsten der Gläubiger wie §1362 I BGB.

-> Die Vermutung des §1362 I BGB gilt nur zugunsten von Gläubigern

-> Zwischen den Ehegatten untereinander bleibt es bei der Vermutung des §1006 BGB, diese spricht für Miteigentum nach §§1008, 741 BGB.

-> Nur die Vermutung des §1362 II BGB gilt auch unter den Ehegatten

Allgemeines zum Güterstand

Solange die Ehegatten nicht durch Ehevertrag (§§1408ff BGB) einen anderen Güterstand vereinbart haben, gilt der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft, §1363 BGB. Ein Ehevertrag kann aber auch noch während der Ehe geschlossen werden. Inhalt des Ehevertrags kann aber nur ein anderer *gesetzlich geregelter* Güterstand sein, ein Mischgüterstand kann trotz der Privatautonomie nicht vereinbart werden. Möglich ist nur dann eine Abänderung eines gesetzlichen Güterstands, wenn die betreffende Vorschrift dispositiv ist. Es

kann also nur Gütertrennung oder Gütergemeinschaft vereinbart werden. Der Ehevertrag muß nach §1410 BGB in notarieller Form geschlossen sein, es ist die gleichzeitige Anwesenheit beider Ehegatte vor dem Notar erforderlich, eine Stellvertretung, auch durch den anderen Ehegatten, ist zulässig.

Der Güterstand der Gütertrennung oder Gütergemeinschaft ist nach §1412 BGB ins Güterrechtsregister (§§1558ff BGB) einzutragen, sonst entfaltet dies keine Wirkung gegenüber Dritten. Dies gilt auch für Änderungen im gesetzlichen Güterstand, insbesondere muß ein Ausschluß der §§1365, 1369 BGB (Ausschluß der Verfügungsbeschränkungen) nach §1412 BGB ins Güterrechtsregister eingetragen sein. Eine Erweiterung der §§1365, 1369 BGB ist aber wegen §137 S. 1 BGB nicht möglich (rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen haben keine dingliche Wirkung).

-> das Güterrechtsregister entfaltet nur negative Publizitätswirkung, dh Dritte dürfen sich nur darauf verlassen, daß etwas, was nicht eingetragen ist, auch nicht gilt. Dritte dürfen aber nicht darauf vertrauen, daß etwas, das eingetragen ist, auch wirklich vorliegt, das Güterrechtsregister entfaltet keine positive Publizität. Bei nicht eingetragenen Güterstand dürfen Dritte also darauf vertrauen, daß die Eheleute in der Zugewinnsgemeinschaft leben. Sollte dagegen ein Güterstand eingetragen sein, entfaltet dies kein Vertrauen darauf, daß dieser Güterstand auch wirklich besteht.

§§1363ff BGB Zugewinnsgemeinschaft

- Vermögenstrennung

Das Vermögen der Ehegatten bleibt auch nach der Ehe getrennt, ebenso wie das während der Ehe erworbene Vermögen, §1363 II BGB, jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbst, §1364 BGB, dh es besteht freie Verfügungsbefugnis (mit Ausnahme der §§1365, 1369 BGB). Daher kann auch jeder Ehegatte während der Ehe Alleineigentum erwerben, außer es soll gemeinschaftliches Eigentum sein (idR bei Hausratsgegenständen). Für den Alleineigentumserwerb spricht auch die Vorschrift des §1370 BGB, der eine dingliche Surrogation regelt: diejenigen Gegenstände, die als Ersatz für kaputte oder wertlos gewordene Gegenstände angeschafft werden, fallen in das Eigentum des Ehegatten, dem der vorherige Gegenstand gehört hat (§1370 BGB ist aber abdingbar durch Ehevertrag). Für §1370 BGB kommt es nicht auf Gleichartigkeit oder Gleichwertigkeit an, sondern nur auf die *Funktionsidentität*. Es ist auch unerheblich, mit wessen Mitteln der Gegenstand erworben wurde, es liegt schließlich keine Mittelsurrogation vor, sondern eine dingliche Surrogation. Zu beachten ist, daß kein Durchgangserwerb vorliegt, dh der handelnde Ehegatte erwirbt nicht für eine juristische Sekunde das Eigentum, dieses erwirbt automatisch der vorherige Eigentümer. Die dingliche Surrogation des §1370 BGB ist auch geeignet, die Eigentumsvermutung des §1362 BGB zu widerlegen, der Ehegatte muß nur nachweisen, daß er Eigentümer der vorherigen Gegenstände war. Da die Gegenstände automatisch Eigentum des früheren Eigentümers werden, kommt auch §935 BGB zur Anwendung, wenn der andere Ehegatte darüber verfügt.

- Verfügungsbeschränkung

Das grundsätzlich in der Zugewinnsgemeinschaft geltende Trennungsprinzip wird durch die §§1365, 1369 BGB eingeschränkt, die der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und der Sicherung der Ausgleichsforderung des Zugewinns dienen. Es handelt sich hierbei um absolute Verfügungsverbote iSd §134 BGB, dh ein gutgläubiger Erwerb über §135 II BGB ist **nicht** möglich. Ein ohne die Einwilligung geschlossenes Geschäft ist schwebend unwirksam, §1366 I BGB, ein einseitiges Rechtsgeschäft ist nach §1367 BGB nichtig. Die Zustimmung nur zum Verpflichtungsgeschäft deckt auch die Zustimmung zum Verfügungsgeschäft, sonst würde sich der Ehegatte schadensersatzpflichtig machen.

Probleme können sich ergeben, wenn das Verpflichtungsgeschäft zustimmungsfrei ist, nicht aber das Verfügungsgeschäft. Nach hM ist dann auch das Verfügungsgeschäft nicht zustimmungsbedürftig, weil sonst der Ehegatte nach §§440 I, 325 BGB schadensersatzpflichtig wäre, was den Schutzzweck der §§1365, 1369 BGB unterlaufen würde.

Beispiel: A verkauft vor der Ehe sein Grundstück, nach der Ehe soll das Erfüllungsgeschäft vorgenommen werden. Dieses ist, da das Verpflichtungsgeschäft vor der Ehe zustimmungsfrei ist, nach hM auch zustimmungsfrei.

Fraglich ist, wie sich die Beendigung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft auf die schwebende Unwirksamkeit eines Verfügungsgeschäfts auswirkt. §185 II 1 Alt. 2 BGB, nach dem alle vorgenommenen Geschäfte nach Wegfall der Beschränkung rückwirkend wirksam werden, kommt hier nicht in Betracht, da die §§1365, 1369 BGB auch die Sicherung des *Zugewinnausgleichsanspruchs* bezwecken, und dies sonst unterlaufen würde. Das Geschäft wird aber wirksam, wenn der zustimmungsberechtigte Ehegatte während der schwebenden Unwirksamkeit stirbt, da der Schutzbedürftige weggefallen ist. Dies auch dann, wenn der überlebende Ehegatte nicht Alleinerbe wird, da die Erben des verstorbenen Ehegatten nicht vom Schutzzweck der §§1365, 1369 BGB erfaßt sind. Das Zustimmungsrecht ist als höchstpersönliches und unvererbliches Recht anzusehen.

(1) §1368 BGB

Wird die Zustimmung verweigert, so ist auch der zustimmungsberechtigte Ehegatte nach §1368 BGB berechtigt, die Rechte gegen den Dritten geltend zu machen, die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergeben (zB §§985, 812 BGB). Für einen Anspruch aus §985 BGB dürfte der Dritte aber kein Recht zum Besitz haben, dh es muß auch das Verpflichtungsgeschäft schwebend unwirksam sein. Sowohl §1365 BGB als auch §1369 BGB erfordern auch die Zustimmung bzgl. des Verpflichtungsgeschäfts, so daß dies kein Problem sein dürfte. Allerdings könnte dem Dritten nach §986 I BGB ein Recht zum Besitz aus einem Zurückbehaltungsrecht iSd §§273, 1000 BGB zustehen, wenn er den Kaufpreis bereits gezahlt hat. Denn nach der Rechtsprechung bildet auch ein ZbR ein Recht zum Besitz. Dies aber nicht bei §§1365, 1369 BGB, da es dem Schutzgedanken widerspräche, sonst würde auch §1368 BGB unterlaufen, da dann der zustimmungsberechtigte Ehegatte nie Herausgabe verlangen könnte, weil der andere Ehegatte den Kaufpreis erhalten hat und sich gegen die Rückerstattung weigern kann.

-> §1368 BGB ist ein Fall einer gesetzlichen Prozeßstandschaft, der Ehegatte kann ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend machen. Der klagende Ehegatte kann nur Herausgabe an den Eigentümer verlangen, nicht aber an sich selbst. Er kann aber Herausgabe an sich selbst verlangen, wenn sich der andere Ehegatte weigert, die Sache wieder an sich zu nehmen.

-> §1368 BGB ist ein Fall einer sog. *revokatorischen Klage*, dh die Klage eines Ehegatten wirkt nach hM bzgl. Rechtshängigkeit und Rechtskraft nicht gegen den anderen Ehegatten. Jedoch hat ein obsiegendes Urteil für den zustimmungsberechtigten Ehegatten materielle Rechtskraftwirkung. Dies deshalb, weil sonst der ohne Zustimmung Verfügende durch eine schlechte Prozeßführung das Rückforderungsrecht des anderen Ehegatten vereiteln könnte, sollte die Rechtskraft auch gegen diesen wirken. Sollte dieser im Prozeß unterliegen, kann der andere Ehegatte erneut Klage erheben. Aber auch bei einem obsiegenden Urteil kann der zustimmungsberechtigte Ehegatte erneut klagen, weil das Urteil nicht ihm, sondern nur dem verfügenden Ehegatten die Zwangsvollstreckung ermöglicht. Es darf aber nicht anders in der Sache entschieden werden, dh der zustimmungsberechtigte Ehegatte muß auch obsiegen.

(2) §1365 BGB

Gemäß §1365 BGB bedarf der Ehegatte der Zustimmung, wenn er über sein Vermögen im Ganzen verfügen will. Sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft sind zustimmungsbedürftig. Nach hM muß nicht über das Vermögen als Ganzes verfügt werden (Gesamttheorie), es genügt, wenn über einzelne Vermögensgegenstände verfügt wird, die im wesentlichen das gesamte Vermögen ausmachen. Eine Vermögensverfügung im Ganzen liegt vor, wenn nur noch 10-15% Restvermögen verbleiben. Eine etwaige Gegenleistung hat nach hM aber außer Betracht zu bleiben, da die Gegenleistung meist in Geld erfolgt und dieses schnell ausgegeben sein kann.

Da §1365 BGB ein absolutes Verfügungsverbot darstellt und daher kein Gutgläubenserwerb in Betracht kommt, der Dritte aber dennoch schutzwürdig ist, ist §1365 BGB nach hM nur dann einschlägig, wenn der Dritte *wußte*, daß der Ehegatte über nahezu sein gesamtes Vermögen verfügt (subjektive Theorie). Die subjektive Theorie dient also der Ermöglichung eines Gutgläubenserwerbs, dies erfordert die Rechtssicherheit. Maßgeblicher Zeitpunkt für die positive Kenntnis ist nach hM der Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts, eine spätere Kenntniserlangung schadet demnach nicht. Verpflichtungsgeschäfte, die zustimmungsfrei sind (vor der Ehe abgeschlossen), erfordern dann auch beim Verfügungsgeschäft keiner Zustimmung mehr, sonst würde sich der Ehegatte nach §§440 I, 325 BGB Schadensersatzpflichtig machen.

§1365 BGB ist auch auf Belastungen des Vermögens anzuwenden, jede Belastung stellt auch eine Verfügung dar. Dies gilt nicht nur für Belastungen mit Grundpfandrechten, sondern auch für Belastungen mit beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten, wie zB einem Wohnrecht. Geschäfte, die nur Geldschulden begründen, fallen nicht unter §1365 BGB, außer, es soll damit bewußt §1365 BGB umgangen werden. §1365 BGB gilt nur ab der Scheidung nicht mehr, wohl aber bei Getrenntleben, da auch hier der Zugewinnausgleichanspruch gesichert werden soll.

(3) §1369 BGB

Wie §1365 BGB beinhaltet auch §1369 BGB ein *absolutes Verfügungsverbot*, nur betrifft dieser Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte über Gegenstände des ehelichen Haushalts. Unter Hausrat fallen alle beweglichen Gegenstände, die dem gemeinschaftlichen Leben der Ehegatten im privaten Bereich zu dienen bestimmt sind, nicht aber die Gegenstände zum beruflichen oder Alleingebrauch. Nach hM kommt es aber anders als bei §1365 BGB nicht auf die Kenntnis des Dritten von der Eigenschaft als Haushaltsgegenstände an, bei §1369 BGB ist also nie ein Gutgläubenserwerb möglich, einerseits, weil §135 II BGB wegen dem absoluten Verfügungsverbot keine Anwendung findet, andererseits, weil die subjektive Theorie als Korrelat nicht einschlägig ist.

Nach dem Wortlaut des §1369 BGB sind nur die Gegenstände erfasst, die dem verfügenden Ehegatten gehören. Fraglich ist also, ob unter §1369 BGB auch diejenigen Gegenstände fallen, die ihm nicht oder nur zum Teil gehören. Nach hM müssen aber auch die dem verfügenden Ehegatten fremden Gegenstände darunter fallen, dies ergibt sich aus einem „erst-recht-Schluß“. Der Streit ist aber nicht relevant, da bei einer Veräußerung fremder Gegenstände ein Gutgläubenserwerb schon wegen §935 BGB nicht möglich ist. Auf eine analoge Anwendung des §1369 BGB ist also erst dann abzustellen, wenn §935 BGB nicht einschlägig ist, weil der Nichteigentümer Alleinbesitzer ist.

Fraglich ist hier, ob §1369 BGB auch bei Getrenntleben gilt, weil dann die Haushaltsgegenstände ohnehin nicht mehr dem ehelichen Gebrauch dienen. Die hM bejaht §1369 BGB aber dennoch. Fraglich ist auch, ob §1369 BGB auf Rechte analog anzuwenden ist. Grundsätzlich ist dies abzulehnen, nur für das Anwartschaftsrecht wird als wesensgleiches minus zum Eigentum eine Ausnahme gemacht.

- Zugewinnausgleich

Da bei der Zugewinnsgemeinschaft eine dingliche Beteiligung am Vermögen des anderen Ehegatten nicht stattfindet, werden einseitige Vermögensvermehrungen bei Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft ausgeglichen, weil diese auch auf der Mitarbeit des anderen Ehegatten beruhen.

Wird die Zugewinnsgemeinschaft *durch Tod* beendet, erfolgt der Zugewinnausgleich durch eine dingliche Beteiligung am Vermögen des Verstorbenen, §§1931 III, 1371 I BGB (sog. erbrechtliche Lösung, es findet eine pauschale Erhöhung des Erbteils um $\frac{1}{4}$ statt). Erfolgt die Beendigung dagegen *zu Lebzeiten*, findet der Zugewinnausgleich durch einen schuldrechtlichen Anspruch statt, §1378 I BGB (sog. güterrechtliche Lösung). Eine Beendigung des Güterstandes zu Lebzeiten liegt insbesondere vor bei Scheidung (§§1564ff BGB), bei Eheaufhebung (§§1313ff BGB), bei nachträglichem Ehevertrag (§1408 BGB) und beim vorzeitigen Zugewinnausgleich (§§1385ff BGB).

- (1) Berechnung

Zugewinn ist nach §1373 BGB der Betrag, um den das Endvermögen das Anfangsvermögen übersteigt. Einen Zugewinnausgleichsanspruch hat derjenige Ehegatte, dessen Zugewinn niedriger ist als der des anderen Ehegatten, §1378 I BGB gibt einen Anspruch auf die Hälfte der Differenz. Der Zugewinn kann aber nur positiv sein, Schulden werden nicht ausgeglichen (Endvermögen ist dann mit 0 anzusehen).

- Anfangsvermögen

Das Anfangsvermögen ist das Vermögen abzüglich der Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Eheschließung, §1374 I BGB. Bei Schulden beträgt das Anfangsvermögen Null, ein negatives Anfangsvermögen ist nicht möglich. Grundsätzlich sind nur die geldwerten Positionen, die im Zeitpunkt der Ehe vorhanden sind, Anfangsvermögen. Nach §1374 II BGB sind aber auch noch zusätzliche vermögenswerten Positionen dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen, obwohl diese *nach Eintritt* in den Güterstand erworben wurden. Dies deshalb, weil so das Anfangsvermögen erhöht wird und so der Zugewinnausgleich verringert wird, weil der Ehegatte bei den Positionen des §1374 II BGB nicht zur Vermögensmehrung beigetragen hat (Erbschaft, Schenkungen). Dies gilt aber nur für die *Substanz* der Zuwendung, spätere Wertsteigerungen derselben fallen dagegen nicht mehr ins Anfangsvermögen, die Wertsteigerungen sind auszugleichen. Gratifikationen und Trinkgelder sind zwar auch Schenkungen, diese zählen aber den „Umständen nach zu den Einkünften“, §1374 II BGB. §1374 II BGB ist aber nach hM nicht auf Schenkungen *zwischen den Ehegatten* anwendbar (weder Schenkungen iSd §516 BGB noch unbenannte Zuwendungen), diese erhöhen also den Zugewinn und sind ausgleichspflichtig. Solche Schenkungen werden allenfalls bei §1380 BGB berücksichtigt. Umstritten ist auch, ob die Aufzählung des §1374 II BGB abschließend ist. Man könnte auch bei Schmerzensgeld oder Lotteriegewinnen an §1374 II BGB denken, dies wird jedoch von ganz hM abgelehnt.

Strittig ist jedoch der Fall, in dem das Anfangsvermögen negativ war (was dann nach §1374 I BGB auf Null gesetzt wird), später aber Zuwendungen iSd §1374 II BGB erhalten werden. Dann vertritt die Literatur die Ansicht, daß dann auch die Zuwendung mit den Schulden verrechnet werden muß. Nicht so der BGH, das Anfangsvermögen wird zunächst nach §1374 I BGB auf Null gesetzt, und dann erhöht die Zuwendung das Anfangsvermögen. Hierfür spricht der Gesetzeswortlaut.

Beispiel: A hat bei der Ehe 5.000 DM Schulden, nach der Ehe erbt sie 20.000 DM. Nach der Lehre beträgt das Anfangsvermögen 15.000 DM, nach dem BGH 20.000 DM.

Wurde kein Vermögensverzeichnis erstellt, so gilt nach §1377 III BGB (im Umkehrschluß) die Vermutung, daß das Anfangsvermögen Null war.

- Endvermögen

Das Endvermögen ist das Vermögen nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstandes, §1375 BGB. Maßgeblicher Zeitpunkt bei einer Scheidung ist aber nicht die Rechtskraft des Urteils, sondern nach §1384 BGB die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Bei der Berechnung des Endvermögens sind alle noch vorhandenen geldwerten Positionen zu berücksichtigen. Die Vermögenswerte, die aber in Verschwendungs- oder Benachteiligungsabsicht nicht mehr vorhanden sind, werden rein rechnerisch dem Endvermögen hinzugerechnet, §1375 II BGB. Allerdings wird zum Schutz der anderen Gläubiger des beeinträchtigenden Ehegatten nach §1378 II BGB bestimmt, daß die Ausgleichsforderung auf die Höhe des noch vorhandenen Aktivvermögens beschränkt ist. Es kann daher, auch wenn rein rechnerisch das Endvermögen wegen §1375 II BGB erhöht wird, aber nicht mehr vorhanden ist, nach §1378 II BGB auch nicht mehr verlangt werden. Man kann sich nur nach §1390 BGB an den beschenkten Dritten halten, dieser muß das Erlangte nach einer ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben (allerdings ist eine Entreicherung gemäß §818 III BGB möglich).

Zu beachten ist auch, daß Hausrat iSd HausratsVO, das beiden Ehegatten zu Miteigentum gehört, nicht einberechnet wird (auch sinnlos, da dann Endvermögen beider Ehegatten erhöht wird).

- Es werden aber nur echte Wertsteigerung ausgeglichen, nicht aber die unechten Wertsteigerungen, die sich nur aus der Inflation erheben. Daher wird das Anfangsvermögen um einen entsprechenden Inflationsfaktor erhöht, sog. Indexierung. Das Endvermögen nicht, dieses entspricht ja der aktuellen Kaufkraft des Geldes.

(2) Ausgleich

Die Ausgleichsforderung nach §1378 I BGB entsteht mit Beendigung des Güterstandes und ist vererblich und übertragbar. Nach §1380 BGB werden Vorausempfänge auf die Ausgleichsforderung angerechnet. Anrechnungspflichtig sind solche Rechtsgeschäfte zwischen den Ehegatten, die unter der Bestimmung erfolgt sind, daß sie auf die Ausgleichspflicht anzurechnen sind. §1380 BGB ist deshalb erforderlich, weil Zuwendungen *zwischen den Ehegatten* nach hM nicht unter §1374 II BGB fallen, demnach erhalte der begünstigte Ehegatte neben der Zuwendung auch noch den ungekürzten Zugewinn. Daher werden die Zuwendungen bei §1380 BGB berücksichtigt.

Beispiel: Zugewinn M 40.000 DM, Zugewinn F 10.000 DM, Schenkung M an F über 10.000 DM, die anrechnungspflichtig sein soll.

Die Ausgleichsforderung nach §§1378 I, 1380 BGB berechnet sich nun nicht einfach nach dem normalen Zugewinnausgleich (15.000 DM), und davon wird die Schenkung abgezogen. Vielmehr soll die Schenkung den Zugewinn des Schenkenden erhöhen (-> M 50.000 DM), da der Schenkungsgegenstand bei einer unterbliebenen Schenkung immer noch im Vermögen des Schenkenden wäre. Beim Vermögen des Beschenkten wird die Schenkung überhaupt nicht eingerechnet (-> F 10.000 DM), es ergibt sich ein normaler Ausgleichsanspruch der F auf 20.000 DM (40.000 DM : 2), von diesem wird dann die Schenkung abgezogen, so daß sich ein Zugewinnausgleichsanspruch von 10.000 DM der F ergibt.

Problematisch wird es, wenn die Höhe des Vorausempfanges den Ausgleichsanspruch übersteigt, wenn also der Beschenkte selbst zB ausgleichspflichtig wäre. Dann würde nämlich die Zuwendung bewirken, daß der Schenker selbst weniger Zugewinnausgleich verlangen könnte, weil die Schenkung seinem Zugewinn zugerechnet wird. §1380 BGB wird deshalb von der hM nur dann angewendet, wenn auch der Beschenkte einen Zugewinnausgleichsanspruch hat. Die Schenkung während der Ehe wird dann weder dem Vermögen des Schenkers hinzugerechnet noch muß der Beschenkten sich die Schenkung anrechnen lassen (sie wird aber zum Endvermögen hinzugerechnet).

Beispiel: Zugewinn M 60.000 DM, Zugewinn F 100.000 DM, Schenkung 15.000 DM M an F. Die Anwendung des §1380 BGB würde dazu führen, daß M einen Zugewinn von 75.000 DM hätte, F einen Zugewinn von 85.000 DM, ein Ausgleichsanspruch M gegen F würde 5.000 DM betragen. Dies wäre ungerecht, M wäre durch die Schenkung benachteiligt. Die Schenkung wird daher nach hM nicht berücksichtigt, §1380 BGB ist nicht anwendbar.

-> Zugewinn M 60.000 DM, Zugewinn F 100.000 DM, M hat gegen F einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 20.000 DM.

-> die Regeln über den Zugewinnausgleich verdrängen schuldrechtliche Rückforderungsansprüche, sog. Ausschließungsgrundsatz. Nur bei **ausdrücklich** vertraglich vereinbarten Verhältnissen (Arbeits-, Gesellschaftsverhältnis, Schenkungen iSd §516 BGB) bestehen diese Ansprüche weiterhin. Auch bei der Stellung von Sicherheiten für den anderen Ehegatten (zB Grundschuldbestellung) liegt zusätzlich ein Freistellungsanspruch aus Auftragsrecht vor, §§670, 257 BGB bei Kündigung (Scheidung, Trennung) auf Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber dem Grundschuldgläubiger. Immer dann, wenn also ein ausdrückliches Vertragsverhältnis zwischen den Ehegatten bestanden hat, kann auch aus diesem Ansprüche geltend gemacht werden, der Ehegatte ist nicht auf den Zugewinnausgleich nach §1378 BGB beschränkt. Es kommen also regelmäßig keine weiteren Anspruchsgrundlagen in Betracht, da eine vertragliche Vereinbarung selten ist (eine konkludente genügt nicht).

Gesamtschuldnerausgleich

Probleme ergeben sich bei der Bereinigung ehelicher Schulden, wenn sich als die Eheleute gemeinsam verpflichtet haben (oder über §1357 BGB). Diese haften dann nach §427 BGB im Zweifel als Gesamtschuldner. In einer klassischen Hausfrauenehe kann aber nach Bezahlung der Schulden durch den Mann kein interner Ausgleich nach §426 I BGB erfolgen, weil die Frau durch die Haushaltsführung ihren Beitrag zum Unterhalt nach §1360 S. 2 BGB geleistet hat, für die sonstigen Ausgaben ist der Mann zuständig. Es wurde also ein „anderes“ iSd §426 BGB vereinbart.

Nach der Trennung gilt diese Aufteilung des §1360 S. 2 BGB aber nicht mehr, dann ist auch die Frau als Mitschuldnerin verpflichtet. Die Aufteilung der Schuldnerschaft wird nach der Trennung nicht mehr durch die Ehe überlagert, es ist also nichts „anderes“ mehr bestimmt iSd §426 I 1 BGB. Maßgeblich ist aber nicht der Scheidungsantrag, entscheidend ist der Zerrüttungszeitpunkt der Ehe, weil sich dann ein anderes bereits aus dem tatsächlichen Geschehen ergibt, eine besondere Handlung hierfür ist nicht erforderlich.

Der Gesamtschuldnerausgleich wird auch nicht vom Zugewinnausgleichsanspruch verdrängt, weil in der Zugewinnsgemeinschaft kein Verlustausgleich für Schulden stattfindet. Bei einer Gesamtgläubigerschaft der Ehegatten besteht ein Ausgleichsanspruch untereinander nach §430 BGB im Zweifel zu gleichen Teilen (zB gemeinsames Konto). Meist aber nicht so relevant, da eine vorherige Einziehung einer Forderung durch einen Ehegatten nach §1384 BGB im Zeitpunkt des Scheidungsantrags schon in den Zugewinn miteingerechnet ist.

Unbenannte Zuwendungen

Neben der Zugewinnausgleichsforderung kann aber auch eine Ausgleichspflicht für die sog. *unbenannten Zuwendungen* vorliegen. Darunter versteht man eine unentgeltliche Zuwendung unter den Eheleuten ohne schuldrechtlichen Vertrag. Es liegt hier gerade keine Schenkung iSd §516 BGB vor, da es an einer *Einigung über die Unentgeltlichkeit* fehlt, es liegt nur eine objektive Unentgeltlichkeit vor. Den unbenannten Zuwendungen liegt die Vorstellung zugrunde, daß sie um *der Ehe willen* erbracht werden.

Die unbenannten Zuwendungen wurden deshalb entwickelt, damit „Schenkungen“, die ja eigentlich nach §§528, 530 BGB (Wegfall der Ehe) zurückgefordert werden könnten, weil hier dann wegen der vorliegenden vertraglichen Vereinbarung der Ausschließungsgrundsatz des Zugewinns nicht greift, nicht zurückverlangt werden können.

-> eine echte Schenkung nach §516 BGB liegt nach der Rechtsprechung in einer Ehe selten vor, ein Widerruf der Schenkung wäre dann aber nach §§528, 530 BGB möglich. Würde nämlich eine echte Schenkung iSd §516 BGB vorliegen, könnte diese zurückverlangt werden, der Ausschließungsgrundsatz der Zugewinnsgemeinschaft steht bei einer ausdrücklich vertraglichen Vereinbarung nicht entgegen.

-> daher liegt bei Schenkungen in einer Ehe nach der Rspr. regelmäßig eine sog. unbenannte Schenkung vor, dieser fehlt nämlich im Regelfall die für §516 BGB erforderliche Einigung über die Unentgeltlichkeit, da die Zuwendung der ehelichen Gemeinschaft dienen soll. Es liegt vielmehr nur eine objektive Unentgeltlichkeit vor. Und eine Rückforderung einer unbenannten Zuwendung über §812 I 2 Alt. 2 BGB scheidet aus, da der Fortbestand der Ehe nicht als Zweck vereinbart wurde, ebenso wie der Wegfall der Geschäftsgrundlage, da hier die Sperrwirkung des Zugewinnausgleichs greift (Ausschließungsgrundsatz). Die „Schenkungen“ wird schon im Rahmen des §1380 BGB berücksichtigt. Nur in Ausnahmefällen, in denen die güterrechtlichen Vorschriften zu einem unerträglichen Ergebnis führen würde, kann eine Rückforderung betrieben werden.

§1390 BGB Ausgleichsanspruch gegen Dritte

§1390 BGB ist dann anwendbar, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte wegen §1378 II BGB seinen Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten nicht in voller Höhe durchsetzen kann, da die Ausgleichsforderung auf die Höhe des *tatsächlich* vorhandenen Vermögens beschränkt ist. Ein Fall des §1378 II BGB kommt häufig dann vor, wenn aufgrund von Benachteiligungsabsicht eine Schenkung nach §1375 II BGB zum Endvermögen hinzugerechnet wird, obwohl diese nicht mehr vorhanden ist. Dann kann der beschenkte Dritte ausgleichspflichtig werden. Auf dessen Gutgläubigkeit kommt es nicht an, §1390 BGB verweist aber

auf die ungerechtfertigte Bereicherung (Rechtsfolgenverweisung), so daß eine Gutgläubigkeit im Rahmen des §819 BGB dann eine Rolle spielt, wenn das Geschenk schon verbraucht wurde, also ob sich der Dritte auf eine Entreicherung nach §818 III BGB berufen kann oder nicht.

§1414 BGB Gütertrennung

Bei Gütertrennung werden die Eheleute so behandelt, als wären sie nicht verheiratet. Natürlich gelten aber die §§1353-1362 BGB, die Eheleute stehen sich untereinander nicht wie Dritte gegenüber. Gütertrennung tritt ein, wenn dies durch Ehevertrag vereinbart wird oder wenn der Zugewinnausgleich oder der Versorgungsausgleich ausgeschlossen wird (im-Zweifel-Regelung). Gütertrennung tritt nach §1388 BGB auch dann ein, wenn vorzeitiger Zugewinnausgleich verlangt wird. Auch dann, wenn eine Gütergemeinschaft durch Urteil nach §§1449, 1470 BGB aufgehoben wird.

Unterschiede zur Zugewinnngemeinschaft bestehen darin, daß die Verfügungsbeschränkungen der §§1365, 1369 BGB nicht gelten, ebensowenig wie die Surrogationsregel des §1370 BGB. Bei Beendigung des Güterstandes existieren keine Ausgleichsansprüche, eine Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen (Schenkungen...) erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften. Gerade in der Gütergemeinschaft ist auch die unbenannte Zuwendung relevant:

- > nach der Rspr. liegt auch hier regelmäßig keine Schenkung iSd §516 BGB vor, keine Einigung über Unentgeltlichkeit, sondern nur eine objektive Unentgeltlichkeit.
- > vielmehr unbenannte Zuwendung, die auf Fortbestand der Ehe gerichtet ist. Diese kann bei der Gütertrennung über den *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (Ehe) zurückgefordert werden, der Ausschließkeitsgrundsatz steht bei der Gütertrennung nicht entgegen, da kein Zugewinnausgleich stattfindet. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage gewährt also ein Rücktrittsrecht, die Rückabwicklung erfolgt nicht über §346 BGB, sondern nach §327 BGB über die §§818ff BGB.

§§1415ff BGB Gütergemeinschaft

Bei der Gütergemeinschaft werden die Ehegatten auch in vermögensrechtlicher Hinsicht als gleichberechtigt behandelt, nach Beendigung des Güterstandes wird das verbleibende Vermögen des Ehegatten halbiert, §1476 BGB. Bei der Gütergemeinschaft sind 3 Vermögensmassen zu unterscheiden:

- **Gesamtgut §1416 BGB**

Das Vermögen von Mann und Frau, das sie vor der Ehe hatten, und welches sie während des Güterstandes erworben haben, wird Gesamtgut. Mit der Heirat entsteht das Gesamtgut, es ist keine Rechtsübertragung erforderlich, es findet eine Universalsukzession statt. Das Gesamtgut ist Gesamthandsvermögen beider Ehegatten, es wird gemeinschaftlich verwaltet, §1421 BGB (§§1450ff BGB). Über seinen Anteil am Gesamthandsgut kann der einzelne Ehegatte nicht verfügen, §1419 BGB, er kann auch keine Teilung verlangen. Bei einer Klage um einen Gegenstand, der Gesamtgut darstellt, liegt eine notwendige Streitgenossenschaft nach §62 ZPO vor. Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt nach hM aber nur bei einem Aktivprozeß vor, bei dem also die Ehegatte selbst klagen. Bei einem Passivprozeß, bei dem die Ehegatten verklagt werden, liegt dagegen nur eine einfache Streitgenossenschaft vor (wahrscheinlich weil die Gütergemeinschaft für Dritte nicht ohne Blick ins Güterrechtsregister ohne weiteres ersichtlich ist).

- **Sondergut §1417 BGB**

Sondergut liegt bei den Gegenständen vor, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar sind, also nach §399 BGB unabtretbare Forderungen, Nießbrauch, unpfändbares Gehalt, §§850ff ZPO. Die Verwaltung des Sonderguts obliegt jedem Ehegatten selbst, er verwaltet es aber „für Rechnung des Gesamtguts“. Das heißt, daß die Nutzungen dem Gesamtgut gebühren. Eine vertragliche Schaffung von Sondergut ist nicht möglich, es entsteht nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des §1417 II BGB.

- **Vorbehaltsgut §1418 BGB**

Vorbehaltsgut sind die Gegenstände, die durch den Ehevertrag vom Gesamtgut ausgenommen worden sind oder die dem einen Ehegatten von einem Dritten geschenkt oder vererbt worden sind. Das Vorbehaltsgut wird vom Ehegatten selbständig und *für eigene Rechnung* verwaltet, dh die Nutzungen gebühren nicht dem Gesamtgut. Das Vorbehaltsgut entsteht also nicht kraft Gesetz, sondern durch Vereinbarung. Diese kann einem Dritten nur dann entgegengehalten werden, wenn es im Güterrechtsregister nach §1412 BGB eingetragen ist.

- > Am Sonder- und Vorbehaltsgut besteht Alleineigentum, am Gesamtgut dagegen Eigentum zur gesamten Hand. Nur über die Gegenstände des Sonder- und Vorbehaltsguts kann der Ehegatte alleine verfügen, nicht dagegen über seinen Anteil am Gesamtgut.

-> Einzelverwaltung §§1422ff BGB

Ist Einzelverwaltung vereinbart nach §1421 BGB, kann der verwaltende Ehegatte über die einzelnen Gegenstände frei verfügen, er bedarf aber bei Grundstücksgeschäften, bei Verfügungen über das Gesamtgut im Ganzen und bei Schenkungen der Zustimmung des anderen Ehegatten, §§1423-1425 BGB. Bei fehlender Zustimmung ist das Geschäft nach §1427 BGB schwebend unwirksam, der andere Ehegatte hat nach §1428 BGB eine gerichtliche Klagemöglichkeit (Revokationsanspruch wie §1368 BGB, dh Rechtshängigkeit und Rechtskraft stehen nicht entgegen).

Strittig ist, ob §§1423-1425 BGB durch gutgläubigen Erwerb überwindbar sind. Eigentlich fehlt dem verwaltenden Ehegatten nur die Verfügungsbefugnis, Eigentümer ist er aber. §§892, 932 BGB sollen aber jedenfalls dann anwendbar sein, wenn die Verfügungsbeschränkung nicht nach §1412 BGB ins Güterrechtsregister eingetragen ist. Bei sich widersprechenden Eintragungen im Güterrechtsregister und im Grundbuch geht der öffentliche Glaube des Grundbuchs vor. Anders als die §§1365, 1369 BGB sind die §§1423ff BGB nicht absolute Verfügungsverbote, sondern beruhen auf Vereinbarung. Daher soll gutgläubiger Erwerb möglich sein. Nach hM ist also ein Gutgläubenserwerb zulässig, dieser ist aber nicht kondiktionsfest, dh ausnahmsweise kann der andere Ehegatte die geleisteten Gegenstände nach §812 I 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen, da die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt ist (Verpflichtungsgeschäft ist ohne Zustimmung schwebend unwirksam!). Die Möglichkeit eines Gutgläubenserwerbs verhindert hier ausnahmsweise nicht eine Kondiktion.

Für die Verbindlichkeiten haftet das Gesamtgut, §1437 I BGB, den Gläubigern des verwaltenden Ehegatten haftet zusätzlich noch dessen Sonder- und Vorbehaltsgut, §1440 BGB, nicht aber das Sonder- und Vorbehaltsgut des anderen Ehegatten.

-> Gemeinschaftliche Verwaltung §§1450ff BGB

Nach §1450 I BGB können die Ehegatten über das Gesamtgut nur gemeinschaftlich verfügen, sofern nicht eine Ausnahme nach §§1454-1456 BGB vorliegt. Ein Revokationsrecht ergibt sich aus §1455 Nr. 8 BGB. Für die Verbindlichkeiten haftet nach §1459 I BGB das Gesamtgut, daneben haften die Ehegatten auch persönlich (§1459 II BGB), dh beide haften mit Sonder- und Vorbehaltsgut.

-> Nach Beendigung des Güterstandes setzen sich die Ehegatten über das Gesamtgut auseinander, §1471 BGB, es entsteht eine Liquidationsgesellschaft. Beendet wird der Güterstand entweder durch Ehevertrag, durch Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder durch Auseinandersetzungsurteil, §1479 BGB. Auch durch den Tod wird die Gütergemeinschaft aufgelöst, §1482 BGB. Beim Tod gehört der Anteil des Verstorbenen am Gesamtgut zum Nachlaß, es bestehen dann zwei Gesamthandsgemeinschaften, einerseits die zu liquidierende Gütergemeinschaft, andererseits die Erbengemeinschaft, außer der überlebende Ehegatte wird Alleinerbe, dann wächst diesem auch der anderen Anteil am Gesamtgut zu. Allerdings können die Ehegatten vereinbaren, daß der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft mit den Erben fortsetzt, §1483 BGB, es liegt eine sog. fortgesetzte Gütergemeinschaft vor.

§§1564ff BGB Scheidung

Eine Ehe wird auf Antrag eines Ehegatten durch Urteil geschieden, §1564 S. 1 BGB. Eine Ehe kann nur geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Gescheitert ist eine Ehe dann, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht, §1565 BGB. Es gilt das Zerrüttungsprinzip, als das Auseinanderleben der Eheleute, nicht mehr das Verschuldensprinzip. Das Scheitern der Ehe kann auf drei verschiedene Arten bewiesen werden:

- durch Prüfung des Gerichts, daß die Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht, §1565 I 2 BGB. Aber auch trotz Vorliegen der materiellen Voraussetzungen (keine Lebensgemeinschaft, keine Erwartung der Wiederherstellung) ist eine Scheidung nach §1565 I 2 BGB idR nur möglich, wenn die Eheleute ein Jahr getrennt gelebt haben. Vor Ablauf eines Jahres kann eine Ehe nur geschieden werden, wenn in der weiterbestehenden Ehe eine unzumutbare Härte liegt, §1565 II BGB.
- bei einvernehmlicher Scheidung nach einjähriger Trennung §1566 I BGB
- bei einseitiger Scheidung nach dreijähriger Trennung §1566 II BGB

Ein einjähriges oder dreijähriges Getrenntleben liefert einen *unwiderlegbaren* Beweis dafür, daß die Ehe zerrüttet ist, auf eine materielle Prüfung des Lebenssachverhalts nach §1565 I 2 BGB kommt es dann nicht mehr an. Eine Ehe soll nach §1568 BGB dann trotz Vorliegen einer Zerrüttung nicht geschieden werden, wenn dies für den anderen Ehegatten oder die minderjährigen Kinder eine besonders schwere Härte darstellen würde. Eine einvernehmliche Scheidung nach §1566 I BGB scheidet dann aus, wenn sie die Eheleute nicht auch über die Folgesachen einig sind (zB Sorgerecht), §630 ZPO. Von einer einvernehmlichen Scheidung kann man also erst dann sprechen, wenn alle damit verbundenen Frage geklärt sind.

Getrenntleben liegt nach §1567 BGB vor, wenn keine häusliche Gemeinschaft mehr besteht und ein Ehegatte diese auch nicht wiederherstellen will. Das Getrenntleben erfordert also ein objektives und ein subjektives Element. Keine häusliche Gemeinschaft liegt vor, wenn kein gemeinsamer Haushalt mehr geführt wird (ein Getrenntleben kann daher auch in der selben Wohnung vorliegen), also keine persönlichen Beziehungen zwischen den Eheleuten mehr bestehen. Zu beachten ist, daß sowohl die Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft **als auch** der subjektive Wille dazu mindestens 1 Jahr bestehen müssen, es genügt nicht, wenn seit einem Jahr zwar keine häusliche Gemeinschaft mehr vorliegt (zB Gefängnis), aber der Wille zur Scheidung erst seit einem halben Jahr vorhanden ist! Eine kürzere Versöhnungszeit hemmt oder unterbricht die Fristenlauf nicht. Nur bei einer echten Versöhnung muß die Frist erneut laufen.

Weigert sich ein Ehegatte, innerhalb einer Wohnung mit dem anderen getrennt zu leben (ein Auszug ist aus finanziellen Gründen nicht möglich), so hat der andere Ehegatte nach §1361b BGB ein Recht darauf, daß ihm der andere Ehegatte die Ehewohnung ganz oder zum Teil *zur alleinigen Nutzung* überläßt, damit die Voraussetzungen des §1567 I 1 BGB (keine häusliche Gemeinschaft) erfüllt werden können. Auch §1361a BGB dient der Herstellung eines getrennten Haushalts, hier hat der Ehegatte einen Anspruch gegen den anderen, die ihm gehörenden Haushaltsgegenstände herauszugeben.

Bei Getrenntleben entfällt die Schlüsselgewalt §1357 III BGB und die Eigentumsvermutung des §1362 BGB. Die Verfügungsbeschränkung des §1365 BGB bleibt zweifelsohne bestehen (soll Zugewinnausgleich sichern), fraglich ist, ob dies auch für §1369 BGB gilt, da der materielle Hausstand bei Getrenntleben nicht mehr benötigt wird. In Hinblick auf den Wert und den Zugewinnausgleich gilt nach hM aber §1369 BGB auch bei Getrenntleben. Nach dreijährigem Getrenntleben kann nach §1385 BGB schon vor der Scheidung ein vorzeitiger Zugewinnausgleich verlangt werden.

§§1569ff BGB Scheidungsfolgen

Die Scheidung einer Ehe hat vielfältige Auswirkungen. Zum einen wird der Güterstand beendet (§1372 BGB), die Scheidung beeinflusst auch den Umgang mit den Kindern (§1671 BGB), es muß Unterhalt gewährt werden (§§1569ff BGB für Ehegatten, §§1601ff BGB für Kinder). Der geschiedene Ehegatte darf aber den Ehenamen beibehalten, §1355 V BGB.

(1) Scheidungsunterhalt §§1569ff BGB

Grundsätzlich gilt der *Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit* des §1569 BGB, dh Unterhalt kann nur verlangt werden, wenn der Ehegatte sich nicht selbst versorgen kann. Es obliegt jedem selbst, nach der Scheidung seinen Unterhalt durch eine angemessene Erwerbstätigkeit zu finanzieren (Erwerbsobliegenheit), §1574 BGB. Nur dann, wenn der Ehegatte hierzu außerstande ist, hat er einen Anspruch auf Unterhalt (*Grundsatz der nahehehlichen Solidarität*). Empfängt der Unterhaltsberechtigte aufgrund einer Nichtleistung des Unterhalts Sozialhilfe, so geht der Unterhaltsanspruch gemäß §91 BSHG auf den Träger der Sozialhilfe über.

Der Scheidungsunterhalt (§§1569ff) ist aber vom Trennungsunterhalt (§1361) zu unterscheiden, beim Getrenntleben muß der Unterhalt den Lebensstandard aufrechterhalten, beim Scheidungsunterhalt muß eine eigene Erwerbstätigkeit angestrengt werden. Beim Scheidungsunterhalt kann nur Unterhalt verlangt werden, wenn eine Erwerbstätigkeit nicht zuzumuten ist, beim Trennungsunterhalt dagegen wird grundsätzlich Unterhalt gewährt, dieser kann nur durch die zumutbare Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit gemindert sein (zwei unterschiedliche Grundsätze). Dies deshalb, weil beim Trennungsunterhalt die Ehe noch besteht und daher auch der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit nicht greift.

• Anspruchsgrundlagen für Unterhalt

Nach §1570 BGB kann wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes keine Erwerbstätigkeit erwartet werden, der Anspruch endet, wenn das Kind nicht mehr betreuungsbedürftig ist. Es ist auch bei Alter, Krankheit und Gebrechen ein Unterhalt zu gewähren, §§1571, 1572 BGB. Diese Voraussetzungen müssen aber zum Zeitpunkt der Scheidung vorliegen, eine spätere Krankheit fällt nicht mehr in die Risikosphäre des anderen Ehegatten. Es genügt aber, wenn die Krankheit schon während der Ehe vorhanden war, aber erst nach der Scheidung offen zutage trat. Die Krankheit muß aber nicht ehebedingt sein, es ist auch unschädlich, daß sie schon im Zeitpunkt der Heirat vorhanden war.

Unterhalt ist nach §1573 I BGB auch dann zu zahlen, wenn der andere eine angemessene Erwerbstätigkeit nicht findet. Der Begriff der angemessenen Erwerbstätigkeit ist in §1574 II BGB definiert, es ist auch Pflicht des Ehegatten, sich umschulen oder fortbilden zu lassen, §1574 III BGB, um eine angemessene Arbeit zu finden. Aber auch wenn der Ehegatte eine angemessene Tätigkeit ausübt, diese aber nicht seinen vollen Unterhaltsanspruch abdeckt, kann er nach §1573 II BGB den Differenzbetrag (zu §1578 BGB) verlangen. Nach §1575 BGB ist Unterhalt zu gewähren, wenn in Erwartung der Ehe eine Ausbildung abgebrochen wurde und diese nun wieder aufgenommen werden soll. §1575 BGB oder §1573 BGB regeln aber nicht den Fall, daß während der Ehe eine Ausbildung begonnen wurde. Dennoch soll diese auch nach der Scheidung fortgeführt werden dürfen, hierfür ist nach §1573 BGB

Unterhalt zu gewähren. Es ist nicht der ursprüngliche Beruf wieder aufzunehmen, da eine angemessene Tätigkeit nur die neue Ausbildung darstellt. Schließlich bleibt noch die Billigkeitsklausel des §1576 BGB.

- **Bedürftigkeit §1577 BGB**

Unterhalt ist nach §1577 BGB nur zu gewähren, wenn der andere Ehegatte bedürftig ist, sich also nicht selbst aus seinen Einkünften oder seinem Vermögen unterhalten kann. Grundsätzlich sind alle Einkünfte auf den Unterhaltsanspruch zu verrechnen, bei einer Unterlassung möglicher Erwerbstätigkeit werden die fiktiven Einkünfte angerechnet. Dienstleistungen, die umsonst erbracht werden, aber üblicherweise vergütet werden, sind auch fiktiv anzurechnen (nach Gedanke des §850h II ZPO). Nach §1577 II BGB sind die Einkünfte aber nicht anzurechnen, die eigentlich nach §1574 II BGB nicht zumutbar sind; dies aber nur dann nicht, wenn der Unterhaltsverpflichtete nicht den vollen Umfang leistet, dann soll ihm eine überobligatorische Erwerbstätigkeit, zu die der anderen gar nicht verpflichtet wäre, nicht zugute kommen. Soweit es wirtschaftlich zumutbar ist, muß auch der Stamm des Vermögens angegriffen werden, §1577 III BGB.

- **Umfang der Unterhaltspflicht §1578 BGB**

Der Unterhalt umfaßt nach §1578 I 4 BGB den gesamten Lebensbedarf. Dieser richtet sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen, also nach dem damaligen ehelichen Lebensstandard. Maßgeblicher Zeitpunkt ist nicht die Trennung, sondern die Rechtskraft des Scheidungsurteils.

- **Leistungsfähigkeit §1581 BGB**

Der Grundsatz der vollen Deckung des Lebensbedarfs nach §1578 BGB gilt aber nur dann, wenn der Verpflichtete auch leistungsfähig ist, also den Unterhalt ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts auch leisten kann. Faustregel ist, daß dem Unterhaltsverpflichteten regelmäßig 4/7 des Nettoeinkommens verbleiben sollen (1/7 Erwerbstätigkeitsbonus).

Bei Zusammentreffen von Ansprüchen eines geschiedenen Ehegatten mit Ansprüchen eines neuen Ehegatten (Familienunterhalt aus §§1360-1361 BGB), gehen die Ansprüche des geschiedenen Ehegatten vor.

Beispiel: M hat sich von F scheiden lassen, heiratet erneut und führt in der neuen Ehe den Haushalt alleine. F ist unterhaltsberechtig. Zwar hat auch die neue Ehefrau gegen M einen Unterhaltsanspruch aus §1360 BGB, dieser ist jedoch nach §1582 BGB nachrangig, dh M muß sich eine angemessene Erwerbstätigkeit suchen, um den vorrangigen Anspruch der F auf Unterhalt zu erfüllen.

- **Ausschluß des Unterhalts §1579 BGB**

Ein Unterhaltsanspruch kann versagt oder gemindert werden, wenn dies nach §1579 BGB grob unbillig wäre. Hierbei sind allerdings auch die Belange eines gemeinsamen Kindes zu berücksichtigen. Ein Unterhaltsanspruch kann aber auch nach §1585c BGB vertraglich ausgeschlossen worden sein. Dieser Vertrag ist grundsätzlich formlos möglich. Auf den Scheidungsunterhalt kann auch schon vor Eheschließung verzichtet werden. Zu beachten ist aber, daß nach §§1361 IV 4, 1360a III, 1614 BGB nicht im voraus auf den Trennungsunterhalt verzichtet werden kann. Erfolgt Scheidungs- und Trennungsverzicht in einem Vertrag, kann sich daraus eine Nichtigkeit des gesamten Vertrags nach §139 BGB ergeben.

Problematisch, wenn sich der Verzicht auch auf Dritte auswirkt, zB auf die Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes nach §1570 BGB. Der Verzicht ist dann zwar nicht nach §138 BGB nichtig, weil sonst der Verzicht nach unnötig gewordener Betreuung der Kinder nicht wieder aufleben könnte, der Unterhaltsverpflichtete kann sich dann aber nach §242 BGB nicht auf den Verzicht berufen, wenn dies die Kinder gefährden würde.

- **Unterhalt für die Vergangenheit**

Nach §1585b BGB kann für die Vergangenheit kein Scheidungsunterhalt gefordert werden. Ein Anspruch auf rückständigen Unterhalt besteht nur dann, wenn der Verpflichtete in Verzug (§284 BGB) gesetzt wurde oder Klage eingereicht wurde.

- **Unterhalt für die Zukunft**

Fraglich ist, ob der Unterhaltsverpflichtete gegen die Unterhaltsforderung mit eigenen Forderungen aufrechnen kann. In anderen Unterhaltstatbeständen ist geregelt, daß der Unterhaltsschuldner auf eigene Gefahr handelt, wenn er den Unterhalt für mehr als 3 Monate im voraus erbringt. Nach BGH bleibt es aber beim Scheidungsunterhalt bei der allgemeinen Regel des §271 II BGB, dh der Unter-

haltsverpflichtete kann im voraus leisten (und aufrechnen). Eine andere Ansicht sagt, daß der Unterhalt nach §1585 I BGB monatlich im voraus zu zahlen ist, und sich daher auch eine Schutzwirkung für den Unterhaltsberechtigten ergibt, daher soll eine Vorausleistung nicht möglich sein.

(2) Versorgungsausgleich §§1587ff BGB

Der Versorgungsausgleich zwischen den Ehegatten dient dazu, unterschiedlich hohe Renten- oder Erwerbsunfähigkeitsansprüche gegen Versicherungen untereinander auszugleichen. Ein Ausschluß des Versorgungsausgleichs ist nach §1408 II BGB möglich, führt dann aber zur Gütertrennung, §1414 BGB.

(3) Sorgerecht

Vor der Kindschaftsreform wurde das Sorgerecht nach der Scheidung nur auf einen Ehegatten übertragen, dies wurde vom BVerfG wegen Verstoß gegen Art. 6 GG für verfassungswidrig erklärt. Die Scheidung ist nun kein Anknüpfungspunkt mehr für das Sorgerecht, es bleibt beim gemeinsamen Sorgerecht des §1626 BGB, außer es wird ein Antrag auf alleiniges Sorgerecht nach §1671 BGB gestellt. Beim gemeinsamen Sorgerecht und Getrenntleben ist nach §1687 BGB für besondere Angelegenheiten die Zustimmung beider „Ehegatten“ erforderlich, nur bei alltäglichen Angelegenheiten genügt die Zustimmung eines einzelnen. Für den Antrag auf alleiniges Sorgerecht nach §1671 BGB ist die Zustimmung des anderen Elternteils erforderlich, solange das Kind nicht widerspricht, wenn es älter als 14 Jahre ist. Ohne Zustimmung entscheidet das Familiengericht nach Wohl des Kindes. Hierbei ist zu berücksichtigen, welcher Elternteil für die Erziehung des Kindes am besten geeignet ist (Förderungsprinzip), und an welchen Elternteil sich das Kind gewöhnt hat, es soll nicht aus gewohnter Umgebung gerissen werden (Kontinuitätsprinzip). Unabhängig von dem Sorgerecht steht jedem Elternteil ein Umgangsrecht nach §§1684, 1685 BGB zu.

(4) Kindesunterhalt §§1601ff BGB

Im Scheidungsurteil kann auch der Kindesunterhalt mitgeregelt werden, §§621 I Nr. 4, II Nr. 4, 623, 629 ZPO. Kinder sind gemäß §§1601, 1602 II BGB zum Unterhalt berechtigt. Der Unterhalt besteht nach §1612 BGB in einer Geldrente, nach §1606 III 2 BGB steht aber die Pflege und Erziehung dem Barunterhalt gleich. Erhält ein Elternteil nach §1671 BGB das Sorgerecht und kümmert sich daher um die Erziehung des Kindes, so ist das andere Elternteil nach §1612 BGB in Geld unterhaltspflichtig.

Nichteheliche Lebensgemeinschaft

Von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft spricht man bei einer Verbindung von zwei geschlechtsverschiedenen Personen zur gemeinsamen Lebensführung ohne Trauschein. Eherechtliche Vorschriften finden auf die NeLG keine Anwendung, da diese eben gerade nicht die eheliche Bindung wollten. Eine Analogie ist nur dann denkbar, wenn die Vorschriften nicht speziell auf die Ehe zugeschnitten sind. Die NeLG steht auch nicht unter dem Schutz des Art. 6 GG, sie wird nur vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 GG erfaßt.

Besonders relevant ist die NeLG im Mietrecht. Wenn beide Partner Mietvertragsparteien sind, ergeben sich keine Probleme, diese sind dann im Zweifel Gesamtschuldner, §427 BGB. Mietet dagegen nur ein Partner die Wohnung, und will dieser den anderen Partner aufnehmen, so muß der Vermieter nach §549 II 1 BGB die Erlaubnis hierfür erteilen. Stirbt ein Partner, so kann der andere in den Mietvertrag nach §569a BGB eintreten. Hier nimmt der BGH eine analoge Anwendung des §569a BGB an, da hier nicht nur der Ehegatte vom Schutzzweck des §569a BGB erfaßt sein soll, sondern zB auch Hausangestellte. Und wenn dies schon für Hausangestellte gilt, muß dies erst recht auch für Partner einer NeLG gelten.

Beim Tod des Partner einer NeLG hat der andere Partner kein gesetzliches Erbrecht nach §1931 BGB, auch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ist den Partnern einer NeLG versagt. Bei der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann auch kein Ausgleich nach §§1372ff BGB verlangt werden, diese wollten eben keine rechtliche Bindung. Rückforderungsansprüche können sich aus Widerruf von Schenkungen/Darlehen, aus Auftragsverhältnissen, aus Bereicherungsrecht oder aus Wegfall der Geschäftsgrundlage ergeben. Diese scheitern aber meist, auch eine analoge Anwendung des Wegfalls des *familienrechtlichen Kooperationsvertrags* kommt nicht in Betracht, da die Partner eine NeLG gerade die jederzeitige Auflösung der Lebensgemeinschaft ohne Ausgleich wollten.

§§1589ff BGB Verwandtschaft

Das Gesetz unterschied früher zwischen ehelicher und nichtehelicher Abstammung. Dies wurde durch das Kindschaftsreformgesetz aufgegeben. Mutter eines Kindes ist nach §1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat. Dabei kommt es nur auf das Gebären an, die genetische Abstammung (Leihmutter, Embryonenpende) ist rechtlich irrelevant. Es soll die Bindung zwischen der austragenden Mutter und dem Kind geschützt werden. Die Leihmutterchaft ist nach §1 ESchG in Deutschland verboten.

Vater ist nach §1592 BGB, wenn im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, die Vaterschaft anerkannt hat *oder* dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde. Nach §1599 BGB gilt §1592 BGB nicht, wenn gerichtlich festgestellt ist, daß der Mann nicht der Vater ist. Es muß also die Vaterschaft angefochten werden, soll die Vermutung des §1592 Nr. 1, 2 BGB durchbrochen werden. Anfechtungsberechtigt sind nach §1600 BGB der Mann, die Frau und das Kind selbst. Nicht zu Anfechtung berechtigt ist der *leibliche* Vater, da dies dem Wohl der Familie widerspricht. Es kann nur der Mann anfechten, dessen Vaterschaft nach §1592 Nr. 1, 2 BGB vermutet wird. Die Vaterschaft kann nur binnen zwei Jahren angefochten werden. Die Frist beginnt mit Kenntnis der Umstände, die gegen eine Vaterschaft sprechen. Die Vaterschaftsanfechtung fällt als Kindschaftssache nach §640 II Nr. 2 ZPO in die ausschließliche Zuständigkeit des Familiengerichts, §§621 I Nr. 10 ZPO, 23b I Nr. 12 GVG.

Mit der rechtskräftig festgestellten Nicht-Vaterschaft entfällt der Rechtsgrund für die Unterhaltspflicht nach §1601 BGB rückwirkend. Gegen einen Unterhaltstitel kann der Scheinvater mit der Vollstreckungsgegenklage nach §767 ZPO vorgehen (materielle Einwendung). Der Scheinvater kann vom wirklichen Vater nach §1607 III BGB für den geleisteten Unterhalt Regreß nehmen (gesetzlicher Forderungsübergang, *cessio legis*). Der gesetzliche Forderungsübergang kann aber nur soweit stattfinden, wie auch Verpflichtungen des wirklichen Vaters bestanden haben. Leistet der Scheinvater mehr, so kommen Ansprüche aus GoA oder Bereicherungsrecht in Betracht.

§§1741ff BGB Annahme als Kind

Das Verwandtschaftsverhältnis kann nicht nur durch leibliche Abstammung, sondern auch durch Adoption hergestellt werden (sog. juristische Verwandtschaft). Das adoptierte Kind erhält den Status eines gemeinschaftlichen Kindes, §§1754, 1767 II BGB. Ursprünglich hatte die Adoption den Zweck, einer kinderlosen Person einen Erben zu verschaffen, damit sein Vermögen im Todesfall nicht an den Staat fällt. Die Annahme als Kind ist mit dem Beschluß des Vormundschaftsgerichts wirksam, §1752 BGB (Dekretsystem, Hoheitsakt). Das Gesetz unterscheidet zwischen der Adoption Minderjähriger und der Adoption Volljähriger.

Bei der Adoption *Minderjähriger* erlischt das bisherige Verwandtschaftsverhältnis zu den früheren Verwandten, §1755 BGB, es handelt sich um eine Volladoption. Das Kind wird gemeinschaftliches Kind der Ehegatten (nicht Verheiratete können ein Kind nur alleine annehmen, §1741 II 1 BGB), es ist also auch zu den Verwandten der Ehegatten verwandt. Durch die Adoption wird dem Kind zugleich die deutsche Staatsangehörigkeit des Annehmenden vermittelt, §6 RuStAG. Bei der Annahme Volljähriger wird der Angenommene nicht Verwandter zu den Angehörigen des Annehmenden, §§1767, 1770 BGB, es handelt sich nur um eine *Teiladoption*. Ein Verwandtschaftsverhältnis wird nur zum Annehmenden, nicht aber zu dessen Verwandten begründet.

Nach §1747 BGB bedarf die Adoption die Zustimmung der leiblichen Eltern. Nach §1747 BGB aF hatte der Vater eines nichtehelichen Kindes kein Einwilligungsrecht, dieses stand nur der Mutter zu. Dies wurde durch §1747 BGB nF geändert, der nun von den Eltern spricht, auf das Verheiratetsein kommt es nicht mehr an. Die Möglichkeit der Adoption des eigenen Kindes wurde durch das Kindschaftsreformgesetz nun beseitigt, da der Vater mit seinem nichtehelichen Kind nun verwandt ist, eine Adoption nichts mehr bringt. Die Adoption des eigenen Kindes durch die Mutter wurde früher auch nur deshalb mißbraucht, daß das Verwandtschaftsverhältnis nach §1755 BGB zum Vater erlischt. Für die Adoption des eigenen Kindes besteht also keine Notwendigkeit mehr, da auch der Vater eines nichtehelichen Kindes nach §§1626a ff BGB das Sorgerecht erhalten kann.

Rechtsstellung des Kindes

- Dienstleistungspflicht

Gemäß §1619 BGB ist das Kind verpflichtet, den Eltern im Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten. Ein Entgelt kann hierfür nicht verlangt werden, die Dienstleistungen dürfen das Kind jedoch nicht beeinträchtigen. Daher haben die Eltern bei Tötung des Kindes auch einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger aus §845 BGB. Umgekehrt haben die Kinder einen Anspruch aus §1618a BGB (Rücksichtnahme und Beistandspflicht) auf Mitarbeit der Eltern.

- Elterliche Sorge

Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen, §1626 I 1 BGB. Dieses Recht der Eltern ist als absolutes Recht von §823 I BGB geschützt. Die Eltern können einem Dritten auch den Umgang mit ihrem Kind verbieten, §1632 II BGB, dieses Verbot kann mit der quasi-negatorischen Unterlassungsklage nach §1004 BGB analog iVm §§823 I, 1626 I 1 BGB durchgesetzt werden. Wegen der Einordnung der Sorgfaltspflicht als absolutes Recht können sich die Eltern aber bei Verletzung auch schadensersatzpflichtig machen. Nach §1664 BGB haben die Eltern aber nur für die Sorgfaltspflicht ein-

zustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, §277 BGB. Nach hM ist §1664 BGB aber nicht nur Sorgfaltsmaßstab, dieser stellt vielmehr auch eine *Anspruchsgrundlage* für Schadensersatzansprüche dar. Nach aA ist Anspruchsgrundlage pVV, deren Verschuldensmaßstab sich nach §1664 BGB richtet. §1664 BGB gilt aber nur im Verhältnis Eltern-Kind, nicht im Verhältnis gegenüber Dritten. Für deren Schadensersatzansprüche gilt die normale objektive Verschuldensregelung des §276 BGB. Die Haftungsprivilegierung des §1664 BGB kann nach hM nicht auf andere Sorgepersonen (Kindermädchen) analog ausgedehnt werden. Ein Verschulden Dritten müssen sich die Eltern nach §278 BGB zurechnen lassen. §1664 BGB gilt aber dann als Haftungsbegrenzung, wenn die Eltern einen Dritten beauftragen müssen, §1664 BGB normiert dann nur grobe Fahrlässigkeit bei Auswahl und Verschulden des Dritten (zB Arzt), obwohl eigentlich aus §278 BGB anwendbar wäre.

- **Personen- und Vermögenssorge**

Die elterliche Sorge umfaßt nach §1626 I BGB sowohl die Personensorge als auch die Vermögenssorge. Die Personensorge ist in §§1631-1633 BGB geregelt, sie umfaßt alle persönlichen Angelegenheiten des Kindes. Die Vermögenssorge ist in §§1638-1648, 1649, 1683, 1698 BGB geregelt, sie schließt alle Maßnahmen ein, die dazu dienen, das Vermögen des Kindes zu erhalten und zu vermehren. Die Vermögenssorge ist ein gesetzliches Besitzmittlungsverhältnis, dh die Eltern sind unmittelbare Fremdbesitzer des Kindsvermögens, das Kind ist mittelbarer Besitzer. Die Eltern üben die elterliche Sorge grundsätzlich gemeinsam im Einvernehmen aus, §1627 BGB. Nur in bestimmten Fällen hat nur ein Elternteil die elterliche Sorge:

- * bei Gefahr im Verzug ist jeder Elternteil allein sorgeberechtigt §1629 I 4 BGB
- * das Sorgerecht wurde nach §§1666, 1666a BGB einem Elternteil übertragen
- * in den Fällen der Sorgerechtsübertragung nach §§1671, 1672 BGB
- * bei Ruhen der elterlichen Sorge, §§1675, 1678 BGB
- * bei Tod §§1680, 1681 BGB

- **Vertretung**

Die gesetzliche Vertretung des Kindes regelt §1629 BGB. Die Personensorge des §1626 I 2 BGB ist als „Geschäftsführung“ im Innenverhältnis anzusehen, während die §1629 BGB die „Vertretungsmacht“ nach außen darstellt. Grundsätzlich sind beide Eltern Gesamtvertreter, sie üben die Vertretung gemeinsam aus. Handelt ein Elternteil ohne Mitwirkung des anderen, so gelten die §§177ff BGB entsprechend. Allerdings ist es nach §125 II 2 HGB analog möglich, daß ein Elternteil den anderen zum alleinigen Handeln ermächtigt.

Handeln die Eltern bei Rechtsgeschäften nicht im Namen des Kindes, so wird nach §164 I BGB das Kind auch nicht berechtigt oder verpflichtet. Allerdings wird das Kind, sollten die Eltern mit Mittel des Kindesvermögens gehandelt haben, automatisch Eigentümer, §1646 BGB (Mittelsurrogation). Eine Wissenszurechnung erfolgt nach §166 BGB, die Eltern sind jedoch keine Verrichtungsgehilfen des Kindes (keine soziale Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit). Die Vertretungsmacht der Eltern ist jedoch in vielen Fällen beschränkt:

- * nach §1629 II 1 BGB in den Fällen, in denen ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen wäre, §1795 BGB
- * nach §1629 II 3 BGB, wenn die Vertretungsmacht der Eltern nach §1796 BGB entzogen wurde
- * keine Vertretungsmacht auch bei selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, §§112, 113 BGB
- * keine Schenkung in Vertretung des Kindes §1641 BGB
- * keine Vertretung bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften
- * bei Beschränkung der Vermögenssorge nach §1638 BGB
- * bei Rechtsgeschäften, die nach §§1643, 1821, 1822 BGB eine familiengerichtliche Genehmigung erfordern. Genehmigung meint hier jedoch Zustimmung, also ein von vornherein vorliegendes Einverständnis. Verträge ohne die erforderliche Genehmigung des Familiengerichts sind schwebend unwirksam, §1829 BGB.
- * bei Insichgeschäften nach §181 BGB

§1626a BGB Elterliche Sorge bei nicht verheirateten Eltern

Vor der Kindschaftsreform stand die elterliche Sorge bei nicht verheirateten Eltern ausschließlich der Mutter zu, dem Vater wurde jegliche Teilhabe am Sorgerecht verwehrt. Nach neuer Fassung steht die elterliche Sorge nach §1626a II BGB zwar auch grundsätzlich der Mutter zu, die Eltern haben jedoch die Möglichkeit, durch eine *gemeinsame* Sorgeerklärung das Sorgerecht gemeinsam auszuüben. Da aber auch dies die Zustimmung der Mutter erfordert, kann sich diese weiterhin gegen eine Mitwirkung des Vaters sperren. Eine gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter ist nicht möglich.

§§1601ff BGB Unterhalt

- zwischen Ehegatten beim Zusammenleben §§1360, 1360a BGB, bei Getrenntleben §1361 BGB, bei Scheidung §§1569ff BGB.
- zwischen nichtverheirateten Paaren nach §1615I BGB (6 Wochen vor und 8 Wochen nach Geburt), die Vorschriften über den Unterhalt zwischen Verwandten (§§1601ff BGB) sind entsprechend anzuwenden.
- Verwandtenunterhalt §§1601ff BGB

Zwischen Verwandten in gerader Linie (§1589 S. 1 BGB) ist Unterhalt zu gewähren, §1601 BGB. Unterhaltsberechtigt ist nur, wer sich nicht selbst unterhalten kann, §1602 I BGB. Bei unterlassenen Einkünften werden diese fiktiv angerechnet, §850h II ZPO gilt dem Rechtsgedanken nach. Bzgl. der Frage, ob eine Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, kann auf §1574 BGB zurückgegriffen werden. Bei Kindern ist fraglich, ob diese einen Unterhaltsanspruch auch dann haben, wenn sie volljährig sind und eigentlich einer Erwerbstätigkeit nachgehen könnten, sich aber noch in der Ausbildung befinden (zB Studium): Nach §1610 II BGB umfaßt der Lebensbedarf auch die Kosten für eine angemessene Ausbildung, dies umfaßt aber nur die Kosten für *eine* Ausbildung, nicht für mehrere (außer sachlich zusammenhängende Weiterbildung). Eine Zweitausbildung muß der Unterhaltsverpflichtete nicht finanzieren. Der Umfang richtet sich nach dem gesamten Lebensbedarf des Bedürftigen, §1610 I BGB, der Unterhaltsverpflichtete muß aber auch leistungsfähig sein, §1603 BGB.

Unterhaltsverpflichtet ist vorrangig der Ehegatte des Bedürftigen, §1608 BGB. Nächste Unterhaltsverpflichtete sind die Abkömmlinge, §1606 I BGB, danach haften die Verwandten in ihrer Reihenfolge (aufsteigende Linie), §1606 BGB. Soweit ein Verwandter nach §1603 BGB wegen mangelnder Leistungsfähigkeit ausscheidet, tritt der nächste Verwandte an dessen Stelle, §1607 I BGB (Ersatzhaftung). Die Unterhaltsforderung geht aber nicht nach §1607 III BGB auf diesen über, eine *cessio legis* findet nur statt, wenn der vorrangig Verpflichtete nicht ausfindig gemacht werden kann oder wenn ein Dritter *als (vermeintlicher) Vater* Unterhalt geleistet hat (obwohl er nicht leiblicher Vater ist). Nach §§90, 91 BSHG geht der Unterhaltsanspruch auf den Sozialhilfeträger über, wenn dieser Unterhalt geleistet hat.

Das unterhaltsberechtigten Kind wird nach §1602 II BGB privilegiert, da es auch Unterhalt verlangen kann, wenn es Vermögen hat. Nach §1612 II BGB können die Eltern sich aber für eine Unterhaltsgewährung in Natura entscheiden, es muß nicht zwingend eine monatliche Geldrente gewährt werden. Bei geschiedenen Eltern sind beide Eltern nach §1606 II BGB zum Unterhalt verpflichtet, der Elternteil, der das Sorgerecht erhält, erfüllt seine Unterhaltsverpflichtung nach §1606 III BGB aber durch die Pflege und Erziehung des Kindes, der andere muß daher seine Unterhaltsverpflichtung durch Barunterhalt (§1612 I BGB) erfüllen. Erfüllt ein Elternteil seine Unterhaltspflicht nicht, so ist fraglich, ob der erfüllende Elternteil Regreß verlangen kann. Nicht nach §426 BGB, da §1606 III BGB klarstellt, daß die Unterhaltsverpflichteten anteilig verpflichtet sind, also gerade keine Gesamtschuldnerschaft vorliegt. Nach hM hat daher der zahlende Elternteil einen *familienrechtlichen Ausgleichsanspruch*, Anspruchsgrundlage ist §1606 III 1 BGB. Auch für das nichteheliche Kind gelten die §§1601ff BGB, da §1615a BGB diese Vorschriften auch für das nichteheliche Kind für anwendbar erklären.

BVerfG: Sterilisation und Kind als Schaden

Lassen sich die Eltern sterilisieren und wird die Frau dennoch schwanger, so ist fraglich, ob der Arzt aus pVV wegen Schlechterfüllung des Behandlungsvertrags schadensersatzpflichtig ist. Das Kind als solches ist grundsätzlich kein Schaden, dies verbietet die Menschenwürde. Ein Schaden kann sich aber aus der Unterhaltsverpflichtung des §1601 BGB ergeben. Fraglich ist aber, ob dieser überhaupt ein Vermögensschaden iSd §251 BGB darstellt. Dies wird zT verneint, da eine Qualifizierung des Kindes als Schadensquelle wegen Art. 1 GG nicht in Betracht kommt. Nach dem BGH ist die Unterhaltsbelastung aber ein Vermögensschaden, dies beweist auch §844 II BGB. Dies fällt in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags, da eine Schwangerschaft ja gerade aus diesem Grund vermieden werden sollte.

Ein Schadensersatzanspruch könnte sich auch auf §823 I BGB stützen, da die Herbeiführung einer Schwangerschaft eine Gesundheitsbeeinträchtigung der Mutter ist. Die Unterhaltsbelastung resultiert aber aus der Schwangerschaft und nicht unmittelbar aus der Gesundheitsverletzung, daher stellt die Unterhaltsbelastung nur einen entfernten Folgeschaden dar, der nicht von §823 I BGB erfaßt wird. Jedoch ergibt sich ein Schmerzensgeldanspruch aus §847 BGB wegen der Schwangerschaft. Diese Ausführungen gelten auch für den Fall, in denen ein Kind rechtmäßig abgetrieben werden soll, die Abtreibung aber wegen eines Behandlungsfehlers des Arztes fehlschlägt.

§§1773ff BGB Vormundschaft

Vormundschaft ist die Sorge für einen *Minderjährigen*, dessen Eltern nicht als gesetzliche Vertreter fungieren können, §1773 BGB. Ein Minderjähriger erhält einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht (für Volljährige gibt es die Möglichkeit einer Pflegschaft, §§1896ff BGB). Der Vormund hat die

gleichen Rechte, wie sie auch den Eltern zustehen würden, §1793 BGB. Dem Vormund steht die Personen- und die Vermögenssorge zu, ebenso wie die gesetzliche Vertretung. Klausurrelevant sind die Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vormunds:

- nach §1794 BGB kann der Vormund das Mündel nicht in Angelegenheiten vertreten, für die ein Pfleger bestellt ist. Handelt er dennoch, finden die §§177ff BGB Anwendung.
- §1795 BGB regelt Rechtsgeschäfte, die wegen Interessenskollision verboten sind. Der Vormund kann nicht im Namen des Mündels handeln, wenn Vertragspartner ein Ehegatte oder Verwandter des Vormunds ist. Ein Handeln im Namen des Mündels und dem Vormund selbst verbietet sich nach §181 BGB. Handelt der Vormund dennoch, so gelten die §§177ff BGB, das Geschäft ist schwebend unwirksam.
- Ebenso wie die Eltern (§1641 BGB) kann auch der Vormund nicht im Namen des Mündels Schenkungen tätigen, die Schenkung ist nach §134 BGB nichtig, §1804 BGB.
- Darüber hinaus muß eine Reihe von Geschäften durch das Vormundschaftsgericht genehmigt werden. Hier sind insbesondere die §§1812, 1821, 1822 BGB relevant. Bei diesen Vorschriften ist das rechtliche Können im Außenverhältnis beschränkt. §1812 BGB ist hierbei ein Auffangtatbestand, der dann greift, wenn keine der speziellen Genehmigungserfordernisse der §§1821, 1822 BGB einschlägig ist (Verfügung über Forderungen). Ein Handeln ohne die erforderliche Genehmigung macht den Vertrag schwebend unwirksam, §1829 BGB. Die Erklärung der Genehmigung gegenüber dem Vormund macht das Geschäft aber noch nicht wirksam, dies erst, wenn der Vormund die Genehmigung dem Geschäftspartner mitteilt. Dies deshalb, weil dem Vormund das Recht eingeräumt werden soll, trotz Genehmigung noch zu entscheiden, ob er das Geschäft wirksam lassen werden soll.

§§1896ff BGB Betreuung

Anstelle der Vormundschaft gibt es für *Volljährige*, die ihre Angelegenheiten nicht selbst regeln können, die Betreuung. Das Vormundschaftsgericht bestellt einen Betreuer, diesen kann der Volljährige aber auch selbst auswählen, §1897 IV BGB. Ein Betreuer darf nur für die Angelegenheiten bestellt werden, für die die Betreuung erforderlich ist, §1896 II BGB. Der Betreuer ist in diesem Aufgabenkreis gesetzlicher Vertreter, §1902 BGB. Die Beschränkungen der Vertretungsmacht ergeben sich aus §1908i BGB, der auf das Vormundschaftsrecht verweist (insbesondere §§1821, 1822 BGB). Das Vormundschaftsgericht kann aber auch einen Einwilligungsvorbehalt nach §1903 BGB anordnen, dann benötigt der Betreute für ein Rechtsgeschäft der Einwilligung des Vormundes.

Problematisch ist der Fall, wenn ein betreuter Geschäftsunfähiger ein Rechtsgeschäft tätigt, und der Betreuer danach genehmigt. Da ein Rechtsgeschäft eines Geschäftsunfähigen nichtig ist und nicht etwa schwebend unwirksam, hätte die Genehmigung keine Auswirkung auf das Rechtsgeschäft. Die hM deutet dann die Genehmigung, sollte sie dem Geschäftspartner gegenüber erfolgen, in eine Eigenvornahme als Vertreter des Geschäftsunfähigen um, §140 BGB.

Familienrecht und ZPO

• Ehesachen

Das Familiengericht ist nach §23b I Nr. 1 GVG zuständig für Ehesachen, diese sind in §606 I ZPO abschließend aufgezählt (Scheidung, Aufhebung, Herstellung des ehelichen Lebens. Für Ehesachen gilt ein stark abgewandeltes ZPO-Verfahren, die §§606-620g ZPO regeln die allgemeinen Vorschriften, die §§622-638 ZPO die besonderen. Bei Verfahren in Ehesachen gilt nicht mehr der Beibringungsgrundsatz, sondern nach §616 ZPO der Untersuchungsgrundsatz. Auch sind die Eheleute in ihrem Dispositionsgrundsatz beschränkt, §§614, 617, 612 ZPO. Das Scheidungsverfahren §§622ff ZPO wird nicht durch Klage, sondern auf Antrag eingeleitet.

• andere Familiensachen

Das Familiengericht ist auch für andere Familiensachen zuständig, §23b I Nr. 2-14 GVG.

- Zu beachten ist aber, daß sich die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte als Familiengerichte nicht aus §23b GVG ergibt, sondern aus §23a GVG für die dort genannten Ehe- und Familiensachen, für die nicht genannten aus §27 GVG iVm §64 FGG.