

Heinrich Mitteis

# Bürgerliches Recht Familienrecht

*Third Edition*

# ENZYKLOPÄDIE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

BEGRÜNDET VON

**F. VON LISZT** UND **W. KASKEL**

HERAUSGEGEBEN VON

**E. KOHLRAUSCH** · **H. PETERS** · **A. SPIETHOFF**

ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

**DR. EDUARD KOHLRAUSCH**

**DR. HANS PETERS**

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
BERLIN

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
BERLIN

X

## BÜRGERLICHES RECHT FAMILIENRECHT

VON

**DR. HEINRICH MITTEIS**

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG

DRITTE, NEUBEARBEITETE AUFLAGE



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1931

# BÜRGERLICHES RECHT FAMILIENRECHT

VON

**DR. HEINRICH MITTEIS**

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG

DRITTE, NEUBEARBEITETE AUFLAGE



SPRINGER-VERLAG BERLIN HEIDELBERG GMBH 1931

ISBN 978-3-662-37514-3      ISBN 978-3-662-38282-0 (eBook)  
DOI 10.1007/978-3-662-38282-0  
SOFTCOVER REPRINT OF THE HARDCOVER 3RD EDITION 1931

ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG  
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.

## Vorbemerkung.

Bei der dritten Bearbeitung des Grundrisses wurden die pädagogischen Erfahrungen verwertet, die sich bei seinem Gebrauch im Unterricht ergeben haben. Demgemäß wurde vor allem die drucktechnische Anordnung verbessert und die Rechtsprechung vermehrt herangezogen. Den Mitgliedern meines Seminars vom W. S. 1930/31, die mich bei der Auswahl unterstützten, sage ich hiermit meinen besten Dank.

Auf breitere Darstellung habe ich auch diesmal verzichtet. Das Buch soll seinen Charakter als Grundriß bewahren, der in unmittelbarer Verbindung mit der Vorlesung gebraucht werden soll, sei es zum Nacharbeiten, sei es — noch besser! — zur Vorbereitung des Hörers auf die einzelne Kollegstunde. Dadurch soll eine Entlastung vom rein Stofflichen erreicht werden, die es ermöglicht, schwierige Materien sofort durch Besprechung praktischer Fälle zu verlebendigen.

Heidelberg, Oktober 1931.

**H. MITTEIS.**

# Inhaltsverzeichnis.

<b>Einleitung.</b>		Seite
§ 1.	Begriff und Wesen des Familienrechts . . . . .	1
§ 2.	Quellen und Literatur des Familienrechts . . . . .	3
§ 3.	Verwandtschaft und Schwägerschaft . . . . .	5

## Erster Abschnitt.

### Die Ehe.

#### Erstes Kapitel.

##### Das persönliche Eherecht.

A.	Das Wesen der Ehe. § 4. . . . .	8
B.	Das Verlöbniß . . . . .	9
§ 5.	Eingehung des Verlöbnißes . . . . .	9
§ 6.	Der Rücktritt vom Verlöbniß . . . . .	11
C.	Die Eheschließung. § 7. . . . .	12
D.	Die fehlerhafte Ehe. . . . .	14
§ 8.	Grundlegung . . . . .	14
§ 9.	Die sogenannten Ehehindernisse. . . . .	18
§ 10.	Willensmängel bei der Eheschließung . . . . .	21
§ 11.	Schutzvorschriften für Redliche . . . . .	23
E.	§ 12. Wiederverheiratung nach Todeserklärung . . . . .	24
F.	Ehescheidung und Ehetrennung . . . . .	25
§ 13.	Prinzipielle Gestaltung . . . . .	25
§ 14.	Die Scheidungsgründe . . . . .	28
§ 15.	Die Scheidungswirkungen. . . . .	34
§ 16.	Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft . . . . .	36
G.	Die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe. § 17 . . . . .	37

#### Zweites Kapitel.

##### Eheliches Güterrecht.

A.	Allgemeines . . . . .	41
§ 18.	Gesetzlicher und vertraglicher Güterstand . . . . .	41
§ 19.	Das Güterrechtsregister. . . . .	43
B.	Der Güterstand der Nutzverwaltung (NV). . . . .	44
§ 20.	Eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut . . . . .	44
§ 21.	Die Rechtsstellung des Mannes zum eingebrachten Gut . . . . .	46
§ 22.	Die Rechtsstellung der Frau zum eingebrachten Gut . . . . .	51
§ 23.	Die Schuldenhaftung der Ehegatten . . . . .	54
§ 24.	Die Prozeßführung über eingebrachtes Gut . . . . .	56
§ 25.	Ende der Nutzverwaltung . . . . .	58
C.	Die Gütertrennung. § 26. . . . .	58
D.	Die Gemeinschaftsgüterstände . . . . .	59
§ 27.	Allgemeine Gütergemeinschaft. . . . .	59
§ 28.	Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft . . . . .	64

## Zweiter Abschnitt.

**Eltern und Kinder.**

	Seite
A. Eheliche Kinder . . . . .	66
§ 29. Eheliche Abstammung . . . . .	66
§ 30. Rechtsstellung der ehelichen Kinder . . . . .	67
§ 31. Elterliche Gewalt des Vaters . . . . .	69
§ 32. Elterliche Gewalt der Mutter . . . . .	74
B. Uneheliche Kinder. § 33 . . . . .	75
C. Verwandtschaft kraft Rechtsgeschäfts. § 34 . . . . .	80

## Dritter Abschnitt.

**Die Vormundschaft.**

§ 35. Grundsätzliche Gestaltung . . . . .	84
§ 36. Vormundschaft über Minderjährige . . . . .	85
§ 37. Vormundschaft über Volljährige. Pflegschaft . . . . .	91
Sachverzeichnis . . . . .	93

**Verzeichnis der Abkürzungen.**

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch. DJZ. = Deutsche Juristenzeitung. EGBGB. = Einführungsgesetz zum BGB. E. 1929 = Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die An- nahme an Kindes Statt von 1929. FE. = Fürsorgeerziehung. FGG. = Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. FR. = Familienrecht. G. = Gesetz. GRReg. = Güterrechtsregister. JW. = Juristische Wochenschrift. JWG. = Reichsgesetz für Jugendwohl- fahrt v. 9. 7. 1922. LZ. = (Leipziger) Zeitschrift für Deut- sches Recht.	NV. = Nutzverwaltung. PStG. = Reichsgesetz über die Beurkun- dung des Personenstandes (Per- sonenstandsgesetz) v. 6. 2. 1875. RAbgO. = Reichsabgabenordnung. RG. = Entscheidungen des Reichs- gerichts in Zivilsachen. RGes. = Reichsgesetz. Ssp. = Sachsenspiegel Landrecht. StB. = Standesbeamter. StGB. = Strafgesetzbuch. StPO. = Strafprozeßordnung. VG. = Vormundschaftsgericht. VO. = Verordnung. Zbl.f. Jug. = Zentralblatt für Jugendliche und Jugendwohlfahrt (seit 1909). ZGB. = (Schweizer) Zivilgesetzbuch. ZPO. = Zivilprozeßordnung.
---	--

# Einleitung.

## § 1. Begriff und Wesen des Familienrechts.

I. Das Familienrecht (FR.) ist in vielen Beziehungen der wichtigste Teil der Privatrechtsordnung. Gibt es doch keinen Menschen, der nicht in ein FR.-Verhältnis irgendwelcher Art hineingeboren würde. Das FR. liefert die Normen für die wichtigsten Tatbestände des Sozial- und Individuallebens, bei ihm erhebt sich das Privatrecht am höchsten in die Sphäre des Allgemein-Menschlichen und berührt sich am nächsten mit tief eingewurzelten Vorstellungen ethischer und religiöser Prägung.

Das BGB. hat diesem Sachverhalt insofern nicht genügend Rechnung getragen, als es das FR. von dem mit ihm aufs engste verbundenen Personenrecht abgetrennt und in sein viertes Buch, hinter das Verkehrs- und Vermögensrecht, verwiesen hat. Es übernimmt damit das Schema des „Pandektenrechts“, wie es sich seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts herausgebildet hatte. Ältere Gesetze und das Schweizer ZGB. haben diesen Fehler vermieden. Der Charakter des FR. weicht vom Vermögensrecht völlig ab; seine Vorschriften sind überwiegend zwingender Natur, seine Rechtsgeschäfte an strenge Formen gebunden; da die Rechtsregeln des Allgemeinen Teils (§§ 104ff.) vorwiegend auf das Verkehrsrecht zugeschnitten sind, bedarf es jeweils der Nachprüfung, inwieweit auch die Rechtsgeschäfte des FR. ihnen folgen.

II. Das FR. ist Privatrecht und muß es bleiben. Ihm dem Charakter eines Teils des öffentlichen Rechts zuzusprechen wäre verfehlt; eine „Sozialisierung“ des FR. würde einen Rückfall in längst überwundene Lebensformen primitiver Völker und somit einen großen Kulturrückschritt bedeuten. Aber andererseits muß der Staat sich an der Gestaltung der privaten FR.-Ordnung nach mehr als einer Richtung interessiert zeigen.

1. Er hat die Aufgabe, den Besitzstand des weltlichen FR. zu wahren. Seit dem frühesten Mittelalter betrachtet die katholische Kirche insbesondere das Eherecht als ihre ausschließliche Domäne, und in jahrhundertelangem zähem Ringen mußte sich der Staat Schritt für Schritt das Feld erobern. Noch heute sind die Spuren des Kampfes nicht völlig getilgt und geben dem FR. stellenweise den Charakter eines Kompromisses.

2. Der moderne Staat muß es als seine Aufgabe betrachten, regelnd und ordnend sogar in die Beziehungen des internen Familienlebens einzugreifen, besonders um der Zersetzungstendenz unserer Zeit entgegenzuwirken. Es ist bezeichnend, daß die Reichsverfassung (RV.) den 2. Abschnitt der Grundrechte mit Sätzen beginnt, die auf das FR. Bezug haben. Dabei ist das Maß staatlicher Einwirkung auf die verschiedenen Teile des FR. ungleich groß: am geringsten im Ehe-, am größten im Vormundschaftsrecht. Die einzelnen Normen sind folgende:

a) Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutze der Verfassung (Art. 119 I 1). Dieser Satz ist geltendes Recht; er besagt, daß eine grundlegende Änderung des Eherechtes (etwa Abschaffung der Monogamie oder der Eheschließungsform) nur durch verfassungsänderndes Reichsgesetz erfolgen könnte<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. ANSCHÜTZ, Komm. zur RV. Art. 119; WIERUSZOWSKI bei NIPPERDEY, Grundrechte und Grundpflichten der RV. II, 1930, S. 76ff.



b) Die Ehe „beruht auf der Gleichberechtigung der Geschlechter“. Die Tragweite dieses Satzes (RV. Art. 119 I 2) ist jetzt kaum mehr bestritten. Jedenfalls umgibt er die Ehe in ihrer heutigen Gestalt mit dem Schutz einer „institutionellen Garantie“ (C. SCHMITT); ferner ist er ein den künftigen Gesetzgeber bindendes Programm<sup>1</sup>; jedoch nicht in dem Sinne positives Recht, daß alle Sätze des BGB., die etwa eine ehemännliche Leitungsbefugnis normieren, aufgehoben wären. Aber er „gilt“ doch insofern, als er eine bindende Auslegungsregel dafür aufstellt, in welchem Sinne diese Leitungsbefugnis des Mannes zu deuten ist<sup>2</sup>. Nicht als eigennütziges Herrenrecht, sondern nur noch aus dem Gedanken der ehelichen Gemeinschaft heraus kann sie künftig erklärt werden. Damit ist die Umgestaltung der Ehe aus einem Herrschafts- in ein Gemeinschaftsverhältnis vollendet, und der Mann zum Willensbildungsorgan der Gemeinschaft bestimmt, zugleich jedoch der Frau ihr Platz neben ihm, nicht mehr unter ihm angewiesen. (Näheres siehe unten § 17.) In konsequenter Durchführung dieses Leitgedankens muß es gelingen, den Sätzen des BGB., auch wo sie scheinbar eine schon überwundene Stufe des Patriarchalismus darstellen, den Geist der Parität der Geschlechter einzuhauchen, der allein der seit einem Menschenalter völlig veränderten Stellung der Frau in Wirtschaft, Gesellschaft und Bildungswesen entspricht.

c) Die Erziehung des Nachwuchses ist Recht und Pflicht der Eltern unter staatlicher Überwachung (RV. Art. 120)<sup>3</sup>. Damit ist anerkannt, daß die Familie die natürliche Trägerin der Erziehungsaufgabe ist und ihre Selbstverwaltung in dieser Richtung unangetastet bleiben soll, daß aber der Staat mehr als bisher ergänzend eingreifen will, wo die Kräfte der Familie versagen<sup>4</sup>. (Näheres unten §§ 31, 35.)

d) Den unehelichen Kindern wird vermehrte Fürsorge verheißen (RV. Art. 121); eine absolute Gleichstellung zu verkünden konnte schon mit Rücksicht auf Art. 119 nicht der Sinn der RV. sein. Fortschritte sind hier vor allem auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes teils schon erzielt, teils anzustreben<sup>5</sup>. Überhaupt entfaltet sich auf der Grundlage der Art. 120 und 121 RV. ein ganz neues Rechtsgebiet, das Jugendrecht, das sich mit den Kreisen des FR. vielfach schneidet. Es geht nicht mehr aus von dem Interesse des Jugendlichen als Individuum, sondern von dem Interesse der Gesamtheit an einer starken und gesunden Jugend, verbindet sich also in steigendem Maße dem öffentlichen Recht<sup>6</sup>.

III. Mit dem Gesagten sind zugleich die Hauptteile des FR. schon in Erscheinung getreten. Das FR. ist ein äußerlich zusammengefaßter Komplex von Normen über Ehe, Verwandtschaft und Vormundschaft. Der Zusammenhang dieser Normengruppen ist nur historisch, nicht logisch faßbar. Hier waltete einst der einheitliche Grundgedanke der Munt (manus). Seit je gewährte bei den indogermanischen Völkern die Stellung des Familienoberhauptes ein absolutes Herrschaftsrecht, das als Herrschaft über Personen in historischer Zeit bereits im Gegensatz zur sachenrechtlichen Gewalt (Gewere an Sachen) steht, und zwar als Munt über die Ehefrau, über die Kinder und über sonstige schutzbedürftige Personen. Heute gehören die aus dem FR. fließenden Befugnisse gleichfalls in die Kategorie der absoluten oder Herrschaftsrechte; im übrigen aber ist jeder der drei Teile seinen eigenen Weg gegangen. Die Ehe beruht auf gegenseitiger Hingabe zu völliger Lebensgemein-

<sup>1</sup> Die Anpassung des BGB. an RV. 119 stand auf der Tagesordnung des 36. Deutschen Juristentags 1931 (Gutachten von EMMY REBSTEIN-METZGER und ERNST DRONKE).

<sup>2</sup> Zustimmend WIERUSZOWSKI a. a. O., S. 81 und ANSCHÜTZ a. a. O.

<sup>3</sup> Dazu KLUMKER bei NIPPERDEY a. a. O., S. 95ff. mit Lit.

<sup>4</sup> Vgl. auch RV. 119 II 2: Ausgleichende Fürsorge für kinderreiche Familien (vor allem durch steuerliche Schonung!).

<sup>5</sup> Vgl. KLUMKER a. a. O., S. 107ff.

<sup>6</sup> Gesetzestexte bei R. WEYL, Deutsches Jugendrecht, 1927; A. WEGNER, Jugendrecht, ein Lehrbuch zur Einführung, 1929. Viel Material im Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (seit 1909).

schaft; hier erscheint der alte Muntbegriff abgeschwächt, vergeistigt, aufgegangen im Gemeinschaftsgedanken; die Kindschaft ist ein Teil der Verwandtschaft, ein Zwangsverhältnis, in das man hineingeboren wird, aber kein einseitiges, nur der elterlichen Autorität dienendes Gewaltverhältnis mehr; die Vormundschaft endlich hängt mit der Familie nur noch durch lose Fäden zusammen; der Vormund ist öffentlicher Funktionär in amtsähnlicher Stellung, und die ihm geltenden Normen gleiten vor unseren Augen immer mehr ins Verwaltungsrecht hinüber.

IV. Aber das FR. regelt nicht nur die persönliche Seite der Familienverhältnisse, sondern auch ihre vermögensrechtlichen Auswirkungen. Mit der Eheschließung geht meist eine irgendwie geartete Veränderung der vermögensrechtlichen Verhältnisse eines oder beider Ehegatten vor sich. Vater, Mutter, Vormund stehen in Rechtsbeziehungen auch zum Vermögen ihrer Schützlinge. So steht neben dem „reinen“ FR. das Familiengüterrecht, vor allem das Recht der elterlichen und ehemännlichen Vermögensverwaltung. Dieses steht dem Vermögensrecht näher, und es gelten in ihm die gewöhnlichen schuld- und sachenrechtlichen Normen, wenn auch stets abgewandelt durch den besonderen familienrechtlichen Zweck. Insbesondere ist hier im Gegensatz zum reinen FR. der Vertragsfreiheit ein gewisser Spielraum gelassen. (Näheres unten § 18 II.) Auch hier sind die Auflösungstendenzen nicht zu verkennen; vielfach ersetzen heute Handelsgesellschaften, insbesondere die G. m. b. H. zwischen Ehegatten oder Verwandten, die früheren familienrechtlichen Bindungen.

## § 2. Quellen und Literatur des Familienrechts.

I. Hauptquelle ist das IV. Buch des BGB. Es ist in der Hauptsache das Werk GOTTLIEB PLANCKS, dessen „Motive“ heute noch lesenswert sind. Die ungeheuren gesetzpolitischen Schwierigkeiten, die die Regelung des FR. mit sich bringt, sind nur zum Teil glücklich gelöst. Aus dem Bestreben heraus, das pathetische Moralisieren älterer Gesetze zu vermeiden, ist man in das entgegengesetzte Extrem einer allzu formaljuristischen, überspitzten und kleinlich nüchternen Regelung verfallen. Es fehlt der Geist des Vertrauens, der gerade zwischen Ehegatten, zwischen Eltern und Kindern herrschen sollte, es fehlt der Hauch echter Menschlichkeit, der z. B. im Schweizer ZGB. als leiser Unterton mitklingt. So hat man dem BGB. nicht mit Unrecht vorgeworfen, es sei unvolkstümlich und gehe nicht von der gesunden, sondern von der zerrütteten Ehe aus; Kritik und Reformvorschläge haben hier ein besonders dankbares Betätigungsfeld gefunden.

II. Die Regelung des BGB. ist im großen und ganzen erschöpfend und bis jetzt nahezu unangetastet geblieben, bis auf einige kleine Änderungen des Vormundschaftsrechts durch das gleich zu erwähnende Jugendwohlfahrtsgesetz. Für die nächste Zukunft ist eine große Novelle zum Recht der unehelichen Kinder, die auch in einige andere Materien eingreift, zu erwarten. Ein schon 1920 fertiggestellter Entwurf ist 1925 veröffentlicht<sup>1</sup> und in einer auf Grund zahlreicher kritischer Äußerungen veränderten Form am 11. I. 1929 dem Reichstag zugeleitet worden, der ihn dem Rechtsausschuß überwiesen hat. Die Reform des Ehescheidungsrechtes beschäftigt den gleichen Ausschuß seit Jahren, freilich mit großen Unterbrechungen; seit April 1929 liegt auch ein Gesetzentwurf des Reichsjustizministeriums mit amtlicher Begründung vor<sup>2</sup>. (S. unten § 13.) Der Rechtsausschuß des Reichstags hat sich inzwischen mehrfach damit befaßt, ohne zum Abschluß zu kommen.

<sup>1</sup> Vgl. Drucksachen des Reichsrats, Tagung 1925, Nr. 108 (mit Begründung), Reichsarbeitsblatt 1925, S. 451 ff. (ohne Begründung). R. WEYL a. a. O., S. 301 ff. Drucks. des Reichstags, IV. Wahlperiode 1928/29, Nr. 733 (mit Begründung).

<sup>2</sup> Drucks. des Reichstags, IV. Wahlper., Nr. 55.

III. An sonstigen Reichsgesetzen kommt für das FR. vor allem noch in Betracht:

1. Das Reichspersonenstandsgesetz<sup>1</sup> (PStG.) vom 6. 2. 1875, der Bahnbrecher auf dem Wege zur obligatorischen Zivilehe, das in seinen formellrechtlichen Bestandteilen noch heute gilt;

2. Das Gesetz über die religiöse Kindererziehung<sup>2</sup>, vom 15. 7. 1921, das für einen wichtigen Teil der elterlichen Gewalt eine Neuregelung gibt, die an Stelle von 31 verschiedenen, durch EGBGB. 134 aufrechterhaltenen Landesrechten getreten ist;

3. Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt<sup>3</sup> (Jugendwohlfahrtsgesetz-JWG.) vom 9. 7. 1922, das, soweit es Berufsvormundschaft und Fürsorgeerziehung behandelt, die landesrechtlichen Vorbehalte des EGBGB. 135, 136 aufgehoben hat.

Dieses große, eine neue Ära des Jugendrechtes eröffnende Gesetz bringt außer dem im Laufe der Darstellung noch zu erwähnenden materiell-rechtlichen Vorschriften noch eine großzügige Organisation der Jugendwohlfahrtspflege, die aus Jugendämtern und Landesjugendämtern aufgebaut sein und in einem Reichsjugendamt gipfeln sollte. Indessen ist es erst z. T. durchgeführt. Statt das ganze JWG., wie beabsichtigt, am 1. 4. 1924 in Kraft treten zu lassen, hat man in einer Notverordnung vom 14. 2. 1924 vorwiegend aus Sparsamkeitsgründen manche Vorschriften gänzlich aufgehoben, von der Befolgung anderer die Länder dispensiert. Diese können z. B. von der Errichtung von Landesjugendämtern absehen; das Reichsjugendamt ist überhaupt nicht errichtet worden. Die Aufgaben der Jugendämter wurden vermindert, die „Fürsorge für hilfsbedürftige Minderjährige“ (Abschn. V des JWG.) beseitigt<sup>4</sup> usw. An Stelle der erhofften Rechtseinheit ist also wieder Zersplitterung getreten. Indessen haben die Länder nicht in dem Maße, wie befürchtet werden konnte, von den Befreiungen Gebrauch gemacht (vgl. die landesrechtl. Ausführungsbestimmungen bei FRIEDEBERG-POLLIGKEIT S. 47 ff.).

IV. Das Landesrecht spielt, nachdem die Vorbehalte zugunsten des Hochadels (EGBGB. 57, 58) durch Landesgesetz aufgehoben worden sind (in Preußen durch G. vom 23. 6. 1920), auf dem Gebiete des FR. eine verschwindend geringe Rolle. (Vgl. z. B. zu § 1807 unten § 36 IV 2.)

V. Außerordentlich wichtig ist die Ergänzung des materiellen FR. durch die ZPO. und ihre Nebengesetze (vor allem das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG)). Die ZPO. schafft einen eigenen Prozeß in Ehe- und Kinderschaftssachen (§ 606 ff.), der hier nicht im Zusammenhang dargestellt werden kann<sup>5</sup>.

VI. Das internationale FR. (hier gleichfalls nicht dargestellt) ist geregelt teils im EGBGB. (Art. 13 ff.)<sup>6</sup>, teils in den drei Haager Abkommen zwischen den wichtigsten europäischen Staaten (außer England): Eheschließungs- und Ehescheidungsabkommen vom 12. 6. 1902, Ehwirkungsabkommen vom 17. 7. 1905; über ihr jetziges Geltungsgebiet vgl. Art. 282 des Versailler Vertrags, dazu H. LEWALD im Wörterb. d. Völkerr. und NEUMEYER in Bd. XV dieser Sammlung S. 7, 18 ff.

VII. Von den juristischen Nachbargebieten kommen außer dem schon erwähnten öffentlichen Recht noch in Betracht die Rechtsgeschichte (vgl. die Darstellungen von JÖRS-WENGER und PLANITZ in dieser Sammlung), ferner die Rechtsphilosophie (vgl. etwa BINDER, Philosophie des Rechts 1925) und die Rechtsvergleichung. Bei der letzteren treten jetzt besonders Österreich<sup>7</sup>,

<sup>1</sup> Komm. von SARTORIUS, 1902; STOELZEL, 1926; K. SAUER, 1926; KRÜCKE, Privatrechtl. Nebenges. im Dtsch. Reich S. 62 ff. (1922).

<sup>2</sup> Komm. von ENGELMANN, v. D. PFORDTEN u. a. m.

<sup>3</sup> Komm. von BLAUM-RIESEBELL-STORCK, 1924; SCHIEDERMAIR, 1926; FRIEDEBERG-POLLIGKEIT, 2. Aufl. 1930 u. a. m.

<sup>4</sup> An ihre Stelle tritt die öffentliche Fürsorge. Vgl. VO. über die Fürsorgepflicht v. 13. 2. 1924 (abgeändert 8. 6. 1926); dazu Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorgeleistungen v. 4. Dez. 1924, abgeänd. 29. 3. 1928; zu beidem Komm. von BAATH, 8. Aufl. 1930 mit reichs- und landesrechtl. Ergänzungen.

<sup>5</sup> Vgl. GOLDSCHMIDT, Zivilprozeßrecht (Bd. XVII dieser Sammlung), S. 185 ff.; ROSENBERG, Lehrbuch des ZP.-Rechts, 3. Aufl. 1931.

<sup>6</sup> Vgl. LEWALD, Deutsches JPR. I, 1930, S. 79 ff.; GUTZWILLER, JPR., 1930, S. 1631 ff.; KIPP-WOLFF, §§ 39, 73, 99, 131; RAAPE bei STAUDINGER, Bd. VI, 1931.

<sup>7</sup> Grundlegend A. EHRENZWEIG, Syst. d. österr. PR. II 2, 1924. Kommentar zum ABGB., hsg. von KLANG, im Erscheinen (Eherecht von LENHOFF).

die Schweiz und die skandinavischen Länder in den Vordergrund. Dabei sind aber, sollen schiefe Ergebnisse vermieden werden, stets die sozialen und politischen Imponderabilien zu beobachten (größere Homogenität der österreichischen und Schweizer Bevölkerung, Fehlen konfessionell gebundener Parteien in Skandinavien usw.). Zur Rechtsvergleichung gehört auch das zu tieferem Verständnis unentbehrliche Studium des kanonischen Eherechts (Codex Juris Canonici von 1917; dazu TRIEBBS, Handbuch des kanon. Eherechts I, 1925; EICHMANN, Lehrb. des Kirchenr. II, 1930.

VIII. An außerjuristischen Grenz- und Nachbargebieten ist besonders hervorzuheben die Gesellschaftslehre (Soziologie); zur Einführung: MARIANNE WEBER, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung 1907; MAX WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft 1922; EMMA OEKINGHAUS, Die gesellschaftliche und rechtliche Stellung der deutschen Frau 1925; MAX REHM, Das Kind in der Gesellschaft 1925; ferner Biologie, Psychologie und Psychiatrie (aus der überreichen Lit.: BAUER-FISCHER-LENZ, Grundriß der menschlichen Erblichkeitslehre und Rassehygiene, 3. Aufl. 1927; FORRER, Rassehygiene und Ehe 1914; Graf KEYSERLING, Ehebuch. 1925; HÜBNER, Eherecht der Geisteskranken und Nervösen 1921; HELLER, Arzt und Eherecht 1927; MARCUSE, Die Ehe 1927; vgl. endlich die psychiatrischen Lehrbücher von HOCHÉ, BINSWANGER usw.

IX. Wichtigste Literatur des FR.: 1. Lehrbücher: (ENNECERUS-) KIPP-WOLFF, 7. Bearb. 1931, das Eherecht von M. WOLFF, der Rest von KIPP (führend); COSACK, 7. 8. Aufl. 1924; SIMÉON-DAVID, Recht und Rechtsgang, 14. Aufl., 1929; CROME, System IV, 1908; DERNBURG, IV, 1908; ENDEMANN II 2, 1908; KOHLER, III, 1915 (für Geübte höchst anregend). Dazu LEHMANN, Grundrisse der Rechtswiss. IV, 1926. — Kommentare: (PLANCK-)UNZNER, 3. Aufl. 1906, 4. Aufl. im Erscheinen; A. B. SCHMIDT-FUCHS 1907/09; (STAUDINGER-)ENGELMANN, 9. Aufl. 1926; GOLDMANN-LILIENTHAL-STERNBERG 1922; WARNEYER 2. Aufl. 1930; K. d. RG.-Räte, 6. Aufl. 1928 u. a. m. — Einzelschriften: WIERUSZOWSKI, Handbuch des Eherechts mit Ausschl. des Eheschließungsrechts u. d. Ehescheidungsrechts 1900; NEUSTADT, Krit. Studien z. FR. 1907. Vgl. auch die einschlägigen Artikel im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften (HdR.) und im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch hsgg. v. SCHLEGELBERGER (Rvgl. HWB.).

### § 3. Verwandtschaft und Schwägerschaft.

Das BGB. behandelt die beiden Begriffe in §§ 1589ff.; da sie aber für das ganze FR. grundlegend sind und schon in der Lehre von den Ebehindernissen vorausgesetzt werden, mögen sie vorweg erörtert werden.

#### I. 1. Verwandtschaft besteht

a) zwischen Personen, deren eine von der anderen abstammt (V. in gerader Linie, § 1589 I) oder

b) die gemeinsam von einer dritten Person abstammen (V. in der Seitenlinie, § 1589 I 2). Diese kann wieder eine vollbürtige sein (bei Abstammung von demselben Elternpaar) oder eine halbbürtige, wenn die Abkömmlinge nur einen Elternteil gemeinsam haben. Dieser Unterschied ist nicht für das FR., wohl aber für das Erbrecht von Bedeutung.

2. Den Grad der Verwandtschaft bestimmt die Zahl der sie vermittelnden Geburten, § 1589 I 3. Das BGB. folgt also der individualistischen römischen Zählung nach Graden, nicht der deutschrechtlichen nach Generationen, die sich im kanonischen Recht erhalten hat (s. unten § 9 II 1).

So sind Geschwister nach BGB. im zweiten, nach kanonischem Recht im ersten Grade verwandt, Geschwisterkinder nach BGB. im vierten, nach kanonischem Recht im zweiten usw.

3. a) Darauf, ob die Verwandtschaft durch Männer oder Frauen vermittelt wird, kommt es nicht an; der Unterschied von Agnaten und Kognaten ist bedeutungslos geworden.

b) Eine Ausnahme besteht nur für das uneheliche Kind: dieses gilt als nicht verwandt mit seinem Erzeuger, § 1589 II (sog. einseitige Verwandtschaftszurechnung, vgl. unten § 33; anders jedoch wieder § 1310 II für das Ebehindernis der Verwandtschaft!).

c) Die Ehe selbst begründet keine Verwandtschaft; Ehegatten sind nicht deshalb miteinander verwandt, weil sie verheiratet sind.

II. Die Verwandtschaft ist im Recht mannigfach von Bedeutung; so vor allem für das Verwandtenerbrecht, §§ 1924ff., ferner für die Ebehindernisse (unten § 9 II), für die Vormundschaft (unten § 36), ferner im Prozesse (Zeugnisverweigerungsrecht,

unbeeidigte Vernehmung, Ausschließung von Gerichtspersonen, ZPO. §§ 41, 49, 383, 393; StPO. §§ 22, 31, 52, 55, 58; RAbgO. § 178); im Strafrecht, StGB. §§ 52, 54, 257 II usw. Im FR. des BGB. speziell geregelt und daher in Kürze hier zu besprechen ist die **Unterhaltspflicht**, soweit sie auf Verwandtschaft beruht.

1. Unterhaltspflichtig sind einander nur Verwandte in gerader Linie, § 1601, also nicht wie in früheren und ausländischen Rechten Geschwister (wohl aber nach anderen Vorschriften der Ehegatte, § 1360, der uneheliche Vater, §§ 1708 ff.).

a) Die Reihenfolge der Unterhaltspflichtigen ist von dem Grundsatz beherrscht, daß die Unterhaltspflicht ein Spiegelbild des gesetzlichen Erbrechts ist. Daher sind die Deszendenten vor den Aszendenten verpflichtet, § 1606 I, die näheren Deszendenten vor den entfernteren, § 1606 II. Mehrere Pflichtige haften anteilig, Deszendenten nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile, § 1606 I 2, Aszendenten zu gleichen Teilen, § 1606 II, der Vater in der Regel vor der Mutter, § 1606 II 2, der Ehegatte vor ihnen allen, § 1608. Für den Leistungsunfähigen (§ 1602) tritt der Nachmann unter Erwerb eines Rückgriffsrechtes ein, § 1607.

b) Auch die Reihenfolge der Berechtigten ist durch das gesetzliche Erbrecht bestimmt, § 1609; nur daß der Ehegatte minderjährigen unverheirateten Kindern gleichsteht, § 1609 II.

2. Die Unterhaltspflicht setzt voraus

a) daß der Berechtigte bedürftig, d. h. außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, also weder Vermögen noch Einkommen hat, wobei die Verwertung der Arbeitskraft nicht in unbilliger Weise zugemutet werden darf (Studenten!), § 1602,

b) daß der Verpflichtete leistungsfähig ist, d. h. trotz Erfüllung der Unterhaltspflicht noch seine übrigen Schulden verzinsen und planmäßig abtragen kann<sup>1</sup>, ohne seinen eigenen standesgemäßen Unterhalt zu gefährden, § 1603 I.

c) Minderjährige unverheiratete Kinder sind jedoch ihren Eltern gegenüber in doppelter Hinsicht privilegiert: für die Beurteilung ihrer **Bedürftigkeit** kommt der Stamm ihres Vermögens (§ 1602 II), für die Beurteilung der **Leistungsfähigkeit** der standesgemäße Unterhalt der Eltern nicht in Betracht (§ 1603 II 1, beachte jedoch II 2)<sup>2 3</sup>.

Besonders stark ausgestaltet ist der Unterhaltsanspruch unehelicher Kinder, bei dem es auf Leistungsfähigkeit des Verpflichteten gar nicht ankommt (s. unten § 33 III 2b), der also nach § 1603 vorweg abzuziehen ist; dadurch können die ehelichen Kinder und die Ehefrau benachteiligt werden, vgl. RG. 106, S. 372. Der E. 1929 will dies beseitigen, § 1708.

3. Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf, § 1610 II, leibliche wie geistige Nahrung, und zwar in der Regel den nach dem Stande des Bedürftigen zu auskömmlichem Leben erforderlichen, den „standesgemäßen“, § 1610 I<sup>4</sup>; nur notdürftigen Unterhalts kann jedoch verlangen, wer durch eigenes sittliches Verschulden bedürftig geworden ist oder einen Pflichtteilsentziehungsgrund gegeben hat, § 1611.

<sup>1</sup> Vgl. RG. in JW. 1910, S. 16. Nach § 20ff. der RV. über die Fürsorgepflicht v. 13. 2. 1924 kann dem Unterhaltspflichtigen ein im Verwaltungswege erzwingbarer Arbeitsdienst auferlegt werden. Vgl. Reichsgrundsätze § 13.

<sup>2</sup> Die Eltern haben einen Anspruch gegen die Kinder stets nur, solange diese ihren standesgemäßen Unterhalt haben; darüber hinaus aber kann der Fürsorgeverband in den Grenzen des notdürftigen Unterhalts von ihnen Ersatz verlangen, § 22 FürsorgeVO.

<sup>3</sup> Über sittenwidrige Vereitelung des Unterhaltsanspruchs vgl. KG. v. 10. 11. 1928 bei BAATH a. a. O., S. 212.

<sup>4</sup> Dazu gehören auch die Kosten der Berufsvorbildung, § 1610 II. Es richtet sich also nach der Lebensstellung des Bedürftigen, ob er das Geld zum Studium fordern kann. Diese wird sich in der Regel doch wieder nach dem „Stande“ der Eltern richten; doch ist deren Verpflichtung von dem Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse bedingt; daran ändert auch ein förmliches Versprechen nichts. Andererseits wird sich der Berechtigte bemühen müssen, seine Ausbildung in angemessener Zeit zu beenden. Erwerbslosigkeit nach abgeschlossener Ausbildung begründet keine Unterhaltspflicht.

Der Unterhalt ist in der Regel in Geld vierteljährlich im voraus zu gewähren, §§ 1612, 760. Unverheirateten Kindern gegenüber haben die Eltern das Bestimmungsrecht, aber unter Kontrolle des VG. § 1612. Eine Vorausleistung für länger als drei Monate befreit bei erneuter Bedürftigkeit den Pflichtigen nicht, § 1614 II.

4. Der Unterhaltsanspruch ist unpfändbar, ZPO. § 850 Z. 2; unverpfändbar, § 1274; unabtretbar, § 400; passiv und aktiv unvererblich, soweit nicht schon „Perpetuierung“ eingetreten ist, § 1615; er ist vor Aufrechnung geschützt, § 394, und begründet in der Regel keine Konkursforderung, KO. § 3. Ein Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft ist nichtig, § 1614 I; für die Vergangenheit kann der Unterhalt nur unter den Voraussetzungen des § 1613 nachverlangt werden (in praeteritum non vivitur).

III. Die **Schwägerschaft** ist eine Folgeerscheinung der Verwandtschaft.

1. Sie verbindet den einen Ehegatten mit den Verwandten des anderen (nicht auch die Verwandten des einen Ehegatten mit den Verwandten des anderen), § 1590 I 1. Und zwar überdauert die Schwägerschaft die sie begründende Ehe, § 1590 II.

2. Der Grad der Schwägerschaft richtet sich nach dem Grade der sie vermittelnden Verwandtschaft, § 1590 I 2.

Also ist der Mann mit dem Vater der Frau im ersten, mit ihren Kindern im zweiten, mit ihrer Tante im dritten Grade verschwägert; der Mann zweiter Ehe ist verschwägert mit den Kindern der Frau aus erster Ehe („Stiefvater“); der Mann ist verschwägert mit dem unehelichen Kinde der Frau (nicht aber die Frau mit dem unehelichen Kinde des Mannes, § 1589 III) usw.

3. Die Bedeutung der Schwägerschaft liegt im Ehehindernis, § 1310, im Vormundschaftsrecht, § 1847, Prozeß- und Strafrecht, wo Verwandte und Verschwägte einander vielfach gleichgestellt sind. Unterhaltsansprüche und gesetzliches Erbrecht zwischen Verschwägerten bestehen nicht.

## Erster Abschnitt.

# Die Ehe.

## Erstes Kapitel.

### Das persönliche Eherecht.

#### A. Das Wesen der Ehe.

##### § 4.

I. Das Gesetz bestimmt den Begriff der Ehe ebensowenig wie den des Eigentums; große Kulturerscheinungen spotten der Einfassung in Definitionen. Dem monogamen Eheideal der zivilisierten Nationen würde es etwa entsprechen, zu formulieren: Ehe ist die Dauerverbindung eines Mannes mit einer Frau zu engster Lebensgemeinschaft.

1. Also ist die Ehe kein Vertrag, aber sie beruht auf einem Vertrag, der Eheschließung. Sie selbst ist mehr, ist ein sozialer Organismus, ein Personenverband, ein Gemeinschaftsverhältnis. Sie unterscheidet sich von allen andern auf sexuellen Beziehungen beruhenden Verbindungen durch ihre rechtliche Anerkennung, von allen andern menschlichen Gemeinschaftsverhältnissen durch ihren rechtlich bestimmten Zweck. Denn die Ehwirkungen treten sämtlich ohne jede Rücksicht auf einen gegenteiligen Parteiwillen durch gültigen Eheschluß automatisch und unabdingbar ein. Eine Abrede, den Ehezweck etwa auf Erlangung des Namens, der Staatsangehörigkeit, eines Versorgungsanspruchs, auf die Legitimation des Kindes beschränken zu wollen, wäre gänzlich unbeachtlich.

2. Andererseits scheidet als Ehezweck alles aus, was jenseits der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau liegt. Auch die Fortpflanzung ist heute im weltlichen Recht kein notwendiger Ehezweck mehr (anders noch Cod. Jur. Can. c. 1013, 1086, wonach Ausschluß der Kindererzeugung die Ehe nichtig machen würde; nach BGB. ist die Ehe gültig, die Abrede selbst unbeachtlich)<sup>1</sup>.

II. Das BGB. steht mit vollster Konsequenz auf dem Standpunkt der obligatorischen Zivilehe. Eine nur vor dem Geistlichen geschlossene Ehe ist keine Ehe vor dem Gesetz. Das ist der Endpunkt einer jahrhundertlangen Reaktion des Staates gegen die Überspannung der kirchlichen Ansprüche auf Übung der Ehegesetzgebung und Ehegerichtsbarkeit. Die einzelnen Phasen dieses Kampfes, der, unterstützt durch Reformation, Aufklärung, französische Revolution, über die Vorstufen der Notzivilehe und fakultativen Zivilehe zur obligatorischen Zivilehe führte, können hier nicht geschildert werden<sup>2</sup>. Noch heute ist das Pendel noch nicht völlig zur Ruhe gekommen: ja, das Eheschließungsrecht des BGB. stellt wieder eine Annäherung an den kirchlichen Standpunkt dar, indem es die unnötigen Spitzen vermeidet, die das aus dem Geiste des Kulturkampfes geborene PStG. von 1875 gegen die Kirche richtete.

1. Dort war die obligatorische Zivilehe für das ganze Reich als Norm aufgestellt worden, und zwar sollte der entscheidende Akt liegen in der Trauung durch den Standesbeamten, in seiner unumgänglich notwendigen konstitutiven Erklärung, „daß er die Eheleute nunmehr kraft des Gesetzes für rechtmäßig ver-

<sup>1</sup> Vgl. auch Preuß. Allg. Ldr. II 1, § 1: „Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder.“ Der Gedanke klingt noch nach in R.G. Bd. 94, S. 125; JW. 1922, S. 162.

<sup>2</sup> Vgl. PLANITZ, Deutsches Privatrecht, Bd. V dieser Sammlung, S. 119ff.

bundene Eheleute erkläre“. In dieser Trauformel hatte der Zusammenspruch des protestantischen Geistlichen den Sieg über die katholische Auffassung davongetragen, wonach die Ehe ein von den Eheleuten einander gespendetes Sakrament darstellt.

2. Im Gegensatz zum PStG. verlegt das BGB. den konstitutiven Akt der Eheschließung in die vor dem Standesbeamten abzugebende Erklärung der Verlobten, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, während der Standesbeamte nur noch durch konkludente Handlung seine Bereitschaft, diese Erklärungen entgegenzunehmen, erklärt, während sein, nur durch eine Sollvorschrift gebotener Ausspruch, daß die Verlobten nunmehr kraft Gesetzes rechtmäßig verbundene Eheleute seien, nur noch die von den Verlobten vollzogene Selbsttrauung feststellt. Damit hat der Staat seinen Standpunkt gewahrt und doch das Gefühlsleben der katholischen Bevölkerung geschont<sup>1</sup>. Ferner ist eine reinliche Abgrenzung der staatlichen von der kirchlichen Zuständigkeit auch schon zu erblicken in der Überschrift des I. Abschnitts des 4. Buches: „Bürgerliche Ehe“, und endlich in dem berühmten, dem „Kaiserparagrafen“ 82 des PStG. entsprechenden § 1588, der freilich nur eine „Höflichkeitsformel“ gegenüber der Kirche darstellt. Allerdings kann auch für das bürgerliche Recht die Verweigerung der kirchlichen Trauung Bedeutung gewinnen als Grund zur Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 II) und gegebenenfalls als Eheanfechtungsgrund (§§ 1333, 1334).

## B. Das Verlöbniß.

### § 5. Eingehung des Verlöbnisses.

Literatur: U. STUTZ, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach deutschem bürgerlichem Recht. Tübingen 1900; K. DITTENBERGER, Das Verlöbnißrecht im BGB. für das Deutsche Reich, Halle 1901 und zahlreiche Dissertationen.

I. Nach dem BGB. geht jeder (vgl. § 1317 I) Eheschließung ein Verlöbniß voraus. Das erklärt sich wesentlich aus der geschichtlichen Entwicklung: Das ältere deutsche Recht zerlegte den zur normalen Eheschließung gehörenden Munt-erwerb in zwei meist räumlich und zeitlich getrennte Akte, die Verlobung (*emptio puellae*) und die Trauung (*traditio puellae*). Ein Nachklang davon hat sich bis ins heutige Recht erhalten, allerdings in vollkommen veränderter Bedeutung.

1. Das Verlöbniß als einmaliger Rechtsakt, besser „Verlobung“ genannt, ist heute kein Teil der Eheschließung mehr, sondern ein völlig selbständiges Rechtsgeschäft, und zwar ein Vertrag des Personenrechtes. Damit ist zugleich gesagt, daß die Verlobung nicht den Regeln über die gewöhnlichen Schuldverträge, sondern in weitem Umfange nur ihren eigenen Gesetzen folgt; jene sind unanwendbar, soweit sie ausdrücklich ausgeschlossen werden oder dem Wesen des Verlöbnisses widersprechen.

2. Aus der Verlobung entsteht eine Rechtspflicht zur Eingehung der Ehe (bestr.)<sup>2</sup>. Freilich ist diese Rechtspflicht schwächer ausgestaltet als die normale

<sup>1</sup> In diesen Zusammenhang gehört auch, daß PStG. § 67 den Religionsdiener ausnahmslos mit Strafe bedrohte, der ohne Nachweis der Ziviltrauung zur Einsegnung schritt, während nach EGBGB. Art. 46 die Strafbarkeit in *articulo mortis* wegfällt. Eine bürgerliche Ehe entsteht aber auch hier nicht. (Anerkennung einer „kirchlichen Nottrauung“ wäre zu erwägen.)

<sup>2</sup> Dies leugnet die sog. „Tatsächlichkeitstheorie“ (KOHLER, HELLMANN, LANDSBERG, REICHEL, HENLE, neuerdings sehr entschieden H. LEHMANN, a. a. O. S. 25 ff.). Diese ist abzulehnen, weil sie gekünstelt ist und dem natürlichen Volksempfinden nicht entspricht. Die von ihr behaupteten Mängel der „Vertragstheorie“ sind vermeidbar (vgl. im Text bei II 1). Sie läßt sich aber auch aus dem Gesetz widerlegen: Bei Spiel, Wette, Ehemäklerlohn (656, 762), also in Fällen, wo zweifellos eine Rechtspflicht als bestehend angenommen werden muß, spricht das Gesetz vom Ausschluß der „Verbindlichkeit“. Demgegenüber ist der Ausschluß der Klage das Minus; um so mehr muß eine rechtliche Verpflichtung zur Heirat anerkannt werden. Das RG. hat vor dem BGB. die Verpflichtung der Verlobten zum Eheschluß anerkannt (Bd. 20, S. 333; Bd. 29, S. 98). Seither erkennt es das Eheversprechen als Tatbestandsmerkmal der Verlobung an (Bd. 61, S. 270), leugnet aber die daraus entspringende Rechtspflicht (Bd. 80, S. 90; Bd. 98, S. 14).



Schuldpflicht des Vermögensrechtes. Materiell-rechtlich fehlt ihr die Sicherbarkeit durch eine Vertragsstrafe, prozessual die Erzwingbarkeit durch Klage und Vollstreckung (§ 1297, ZPO. 888 II); aber ihre Verletzung kann zu Schadenersatz führen (§ 1298, unten § 6).

3. Weiterhin erzeugt aber das Verlöbniß noch heute eine unmittelbare Gegenwirkung<sup>1</sup>. Die Verlobten treten in ein familienrechtliches Annäherungsverhältnis zueinander, den „Brautstand“. Dieser ist aber weder eine „Vorehe“ (KOHLEK) noch begründet er eine „Lebensgemeinschaft“ (STUTZ). Vielmehr sind die einzelnen Annäherungswirkungen gesetzlich genau festgelegt:

a) Die Verlobten können bereits einen Ehevertrag schließen (§ 1432, unten § 18 II);

b) für Erbvertrag und Erbverzicht bestehen Erleichterungen (§§ 2275, 2276, 2290, 2347);

c) sie haben im Zivil- und Strafprozesse ein Zeugnisverweigerungsrecht (ZPO. §§ 383, 393; StPO. 52, vgl. RABGO. 178);

d) im Sinne des Strafrechts sind sie „Angehörige“ (StGB. § 52 II, 54, 257 II).

II. Eine Form für die Verlobung kennt das BGB. leider nicht, wodurch die Abgrenzung von der bloßen Liebschaft sehr erschwert ist. Eine Feststellungsklage auf das Bestehen des Brautstandes ist zulässig, da dieser ein Rechtsverhältnis ist (ZPO. § 256); § 1297 steht nicht entgegen.

1. Die Fähigkeit zur Verlobung kann nicht ohne weiteres identisch sein mit der „Geschäftsfähigkeit“ des Allgemeinen Teils. Die strikte Anwendung der Regeln §§ 108ff. würde zu dem unbilligen Ergebnis führen, daß eine konsenslos verlobte Minderjährige, wenn sie verlassen und entehrt wird, nicht einmal die Ansprüche aus Verlöbnißbruch geltend machen könnte. Man wird vielmehr sagen müssen, daß nur Willensunfähige sich überhaupt nicht verloben können, Geschäftsbeschränkte hingegen auch ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, wenn sie die natürliche Willensfähigkeit (hier = Einsicht in das Wesen der Ehe) besitzen<sup>2</sup>. Darin liegt kein Verstoß gegen die juristische Logik, der zur Anerkennung der Tatsächlichkeitstheorie zwänge, sondern nur die Einsicht, daß die Regeln des Allgemeinen Teils, in erster Linie auf Vermögensgeschäfte zugeschnitten, hier nicht passen.

2. Hingegen finden die Vorschriften des Allgemeinen Teils Anwendung hinsichtlich der Willensmängel; die Sonderregeln des Eheschließungsrechtes (§ 1323ff.) gelten für die Verlobung nicht. Also ist ein simuliertes Verlöbniß nichtig und ergibt kein Zeugnisverweigerungsrecht; Anfechtungsgrund ist jeder Irrtum, auch der über Vermögensverhältnisse (anders § 1334 II); dabei findet freilich das Vertrauensinteresse (§ 122 II) seine Grenze an den Sätzen des § 1298 (unten § 6).

3. Das Verlöbniß ist nichtig, wenn die Eheschließung infolge nicht zu beseitigender Eehindernisse (insbes. § 1310) rechtlich unmöglich ist (vgl. 306, 309, 308)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> RG. Bd. 59, S. 103; Bd. 80, S. 88.

<sup>2</sup> Anders die herrsch. Mein. und RG. Bd. 98, S. 15. Beachte, daß die Strafsenate des RG. der im Text vertretenen Ansicht viel näher stehen. Vgl. RGStr. Bd. 10, S. 117; Bd. 35, S. 49; Bd. 40, S. 421 usw. Das Schweizer ZGB. (Art. 90 II) lehnt nicht die Gültigkeit des Verlöbnisses, sondern nur die Verpflichtung des Unmündigen ab (negotium claudicans).

<sup>3</sup> Schwierigkeiten bereiten vor allem a) der Fall der Doppelverlobung. An sich ist eine mehrfache Verpflichtung zur gleichen Leistung nicht undenkbar; wohl aber ein mehrfacher Brautstand. Das zweite Verlöbniß ist also wegen rechtlicher Unmöglichkeit nichtig, wenn nicht etwa in seiner Eingehung ein Rücktritt vom ersten gefunden werden kann. Ob der zweite Partner informiert war, kommt dann nur für die Ersatzpflicht (§ 826) in Frage. Ist das zweite Verlöbniß unter der Bedingung der Lösung des ersten eingegangen, so greift § 138 durch (RG. Bd. 105, S. 245). b) die Verlobung eines Verheirateten; an sich ist das Hindernis behebbar; aber die Rechtsordnung kann die Spekulation darauf schwerlich billigen. Eine Verpflichtung einzugehen, deren Erfüllung den Tod eines andern oder die Scheidung voraussetzt, ist sittenwidrig. Anders vielleicht nur bei bevorstehender, nicht vom Verlobten verschuldeter Scheidung. Vgl. RG., DRichterZ. 1929, S. 109.

4. Stellvertretung bei der Verlobung ist wegen ihrer höchstpersönlichen Natur unzulässig (analog § 1317); zulässig sind hingegen Bedingungen; doch wird eine resolutive Bedingung des Brautstandes in einen suspensiv bedingten Rücktritt umzudeuten sein (wegen § 1298). Keine Bedingung ist die Hinausschiebung der Eheschließung bis zu einem ungewissen Ereignis (schlecht sog. „bedingte“ Eheschließung)<sup>1</sup>. Hier treten zumindest die Gegenwartswirkungen sofort in Kraft.

## § 6. Der Rücktritt vom Verlöbnis.

I. Die Lehre vom Rücktritt ist das Kernstück des ganzen Verlöbnisrechts. Rücktritt ist die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung eines Verlobten, wodurch der Brautstand beendet wird. Und zwar tritt diese Wirkung in jedem Falle ein, gleichgültig ob der Rücktritt berechtigt ist oder nicht; Unterschiede bestehen nur für die Schadensersatzpflicht. Die Regeln des Rücktrittsrechts (§§ 346 ff.) sind nicht ohne weiteres anwendbar; keinesfalls wird man annehmen können, daß der Brautstand *ex tunc* endet.

1. Berechtigt ist der Rücktritt, wenn er aus einem wichtigen Grunde erfolgt, § 1298 III. Wichtig ist jeder Grund, der einem der Verlobten das Verharren im Brautstande und die spätere Eheschließung objektiv unzumutbar macht; also z. B. Untreue, Verfehlungen gegen Angehörige, Vermögensverfall, schwere Krankheit (auch eigene schuldlose Erkrankung des Zurücktretenden). Auf Verschulden braucht der Rücktrittsgrund nicht zu beruhen; auch schadet es nicht, wenn der Zurücktretende ihn bei der Verlobung schon kannte, das Rücktrittsrecht ist dann zugleich Reurecht. Auf das Motiv des Rücktrittes kommt es nicht an; wer zurücktritt, weil er die Überzeugung gewonnen hat, die Ehe werde nicht glücklich sein, hat den moralisch wichtigsten, aber keinen wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes (a. M. KOHLER Lehrb. S. 43).

2. Der unberechtigte Rücktritt ist objektiv rechtswidrig<sup>2</sup> und verpflichtet zum Schadensersatz in dem vom Gesetz (§ 1298) genau bestimmten Umfange (unten II).

Die in § 1298 geregelte Ersatzpflicht läßt sich nicht schlechthin aus einem im Rücktritt liegenden Delikt ableiten. Liegt ein solches vor (§ 823 II, 826), so ist über § 1298 hinaus Ersatz zu leisten, z. B. auch für Kurkosten. Im Normalfalle jedoch liegt ein Fall der Veranlassungshaftung vor: der Zurücktretende muß dafür Ersatz leisten, daß gewisse Maßnahmen jetzt sinnlos geworden sind. Das ist aber kein „negatives“ Interesse (so die herrsch. Mein.), denn die Gültigkeit des Vertrags steht (anders als in §§ 122, 179 II, 307 usw.) nicht in Frage. Eher könnte man von „sekundärem Erfüllungsinteresse“ sprechen.

3. a) Wer schuldhaft veranlaßt, daß der andere Verlobte aus nichtigem Grunde zurücktritt, wird genau so verpflichtet als sei er selbst zurückgetreten (§ 1299).

b) Dasselbe muß gelten, wenn ein Verlobter zurücktritt, nachdem er dem andern bereits einen wichtigen Grund zum Rücktritt gegeben hat (erweiternde Auslegung von § 1299).

Es kann nicht darauf ankommen, wer schließlich den Rücktritt erklärt. Wird ein Bankbeamter wegen Unredlichkeit entlassen, so muß er Schadenersatz leisten sowohl wenn seine Braut nach § 1299, als auch wenn er selbst deswegen zurücktritt.

II. Der Umfang der Schadensersatzpflicht richtet sich danach, wer als Ersatzberechtigter in Frage kommt (§ 1298 I).

1. Zu unterst stehen die Ansprüche der Eltern und sonstiger Dritter, die an Stelle der Eltern gehandelt haben; sie können nur Ersatz der Aufwendungen und Befreiung von den Verbindlichkeiten erlangen, die sie unmittelbar in Erwartung der Ehe auf sich genommen haben (Bestellung der Aussteuer, des Hochzeitsessens).

<sup>1</sup> RG. Bd. 80, S. 90.

<sup>2</sup> Von „Rücktrittsfreiheit“ (so unrichtig RG. Bd. 80, S. 90) ist also keine Rede.

2. Weiter gehen die Ansprüche des verlassenen Verlobten selbst; er kann auch ersetzt verlangen, was er in Erwartung der Ehe durch sonstige Maßnahmen eingebüßt hat, die sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung betreffen, also etwa Aufgabe eines Postens, Wohnungsmiete, Flüssigmachen angelegter Gelder.

3. In beiden Fällen werden nur Aufwendungen ersetzt, die den Umständen nach angemessen waren, § 1298 II; darüber entscheidet richterliches Ermessen.

4. Die unbescholtene<sup>1</sup> Braut, der ihr Bräutigam während des Brautstands beigeohnt hat, kann außerdem noch allen hieraus erwachsenen, auch immateriellen, Schaden geltend machen, § 1300. Dieser „Deflorationsanspruch“ ist höchst persönlich, daher unübertragbar und unvererblich, es sei denn, daß er anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

III. Endet der Brautstand anders als durch Eheschließung, also durch Tod, Rücktritt, Wiederaufhebung in beiderseitigem Einverständnis, so kann jeder Verlobte vom andern die Brautgeschenke, Verlobungsringe, wohl auch die Briefe nach Bereicherungsrecht zurückverlangen, § 1301. Analog anwendbar ist auch die Regel des § 815, wonach nichts zurückfordern kann, wer die Heirat wider Treu und Glauben verhindert hat<sup>2</sup>. Hierunter fallen aber nicht alle Fälle unberechtigten Rücktritts, nicht z. B. der oben I 1 a. E. erwähnte Fall. Beim Tode eines Verlobten dürfte übrigens die dispositive Regel des § 1301 meist ausgeschlossen sein. Über Verjährung vgl. § 1302.

## C. Die Eheschließung.

### § 7.

Literatur: R. HENLE, Nichtehe 1915.

Die Ehe wird nach deutschem Recht dadurch geschlossen, daß die persönlich anwesenden Verlobten vor dem empfangsbereiten Standesbeamten einander bedingungslos ihren Eheschließungswillen erklären. Hiermit sind die wesentlichen Tatbestandsmerkmale und Formvorschriften erfüllt; über die zu beachtenden Sollvorschriften vgl. unten IV.

I. 1. Der **Standesbeamte** (StB.) ist geschichtlich der Nachfolger des Geistlichen. Er ist — mittelbarer oder unmittelbarer — Staatsbeamter und erlangt sein Amt durch Bestellung von der höheren Verwaltungsbehörde aus (in Preußen: Oberpräsident). Auf dem Lande wird meist der Standesamtsbezirk mit dem Gemeindebezirk zusammenfallen; dann nimmt in der Regel der Gemeindevorsteher die Geschäfte des StB. wahr (PStG. § 4). In den Städten werden meist besondere StB. bestellt (seit RG. vom 11. 6. 1920 auch Frauen). Die Dienstaufsicht über die StB. führen die Verwaltungsbehörden; gegen gesetzwidrige Verweigerung von Amtshandlungen kann jedoch auch des Gericht angerufen werden, PStG. § 11.

2. Die Amtsausübung des StB. ist streng an seinen Bezirk gebunden; außerhalb dessen kann er nicht zu einer gültigen Eheschließung mitwirken<sup>3</sup>, ist er nicht StB. Um aber die Ehegatten in diesem sowie in allen anderen Fällen, wo jemand sich die Würde eines StB. öffentlich anmaßt, zu schützen, bestimmt § 1319, daß die Eheschließung durch die Mitwirkung eines Nichtstandesbeamten nicht ungültig wird, wenn wenigstens einer der Verlobten sich in positiver Unkenntnis des Sachverhaltes befand, § 1319.

3. Vom StB. außerhalb seines Bezirks ist streng zu scheiden der unzuständige StB. Seine Mitwirkung verletzt nur eine Sollvorschrift, § 1320. Zuständig ist der

<sup>1</sup> Darüber vgl. RG. Bd. 52, S. 46; Bd. 98, S. 13.

<sup>2</sup> RG. JW. 1925, S. 2110 mit Anm. JACOBI, der ich im Ergebnis nicht beitrete.

<sup>3</sup> Diese eigenartige Lehre wurde schon vor dem BGB. vom Kammergericht begründet (vgl. ALR. I 12 § 72). Einer allgemeinen verwaltungsrechtlichen Norm entspricht sie nicht, vielmehr lediglich der Tatsache, daß die Standesregister bezirksweise angelegt sind; vgl. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (diese Enzykl. Bd. XXV), S. 272.

StB., in dessen Bezirk einer der Verlobten seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, § 1320 II; mehrere hiernach zuständige StB. stehen zur Wahl, § 1320 IV. Der unzuständige StB. kann außerdem dadurch zuständig werden, daß der zuständige ihm die Zuständigkeit überträgt (§ 1321; vgl. das Formular RGBl. 1920, S. 1430).

II. Der Eheschließung soll regelmäßig ein **Aufgebot** vorausgehen, erlassen durch den zuständigen StB. nach den näheren Vorschriften des PStG. § 45ff. Es ist dies ein heute etwas veralteter Ableger aus dem kanonischen Recht, wo das Aufgebot noch Verschweigungswirkung hatte, indem es demjenigen, der Eehindernisse kannte und nicht anzeigte, das jus accusandi nahm. Heute soll es die rechtzeitige Geltendmachung von Eehindernissen erleichtern aber nicht ihre nachträgliche unmöglich machen. Das wäre auch eine große Härte angesichts der völlig unzeitgemäßen Form des zweiwöchigen Aushangs, in der das Aufgebot im Inland erfolgt. Das Aufgebot kann unterbleiben auf Grund Befreiung, § 1316 III, 1322 II (generell bei der sog. Kriegstraung, vgl. KIPP-WOLFF, S. 61, Anm. 6) und bei lebensgefährlicher Erkrankung eines der Verlobten, § 1316 II, PStG. § 50. In allen andern Fällen bedeutet das Fehlen ein nur aufschiebendes Eehindernis<sup>1</sup>.

III. Der **Eheschließungsakt** selbst vollzieht sich durch Erfüllung der in § 1317 zwingend vorgeschriebenen Erfordernisse.

1. Die Verlobten müssen also persönlich und gleichzeitig vor dem StB. erscheinen, jede Stellvertretung im Willen oder in der Erklärung ist ausgeschlossen, jetzt auch beim hohen Adel.

2. Sie müssen dort erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Eine Form hierfür ist nicht vorgeschrieben; in der Regel erfolgt die Erklärung durch Bejahung der Frage des StB., doch würde auch Zeichensprache eines Stummen genügen<sup>2</sup>.

3. Der StB. muß zur Entgegennahme dieser Erklärungen bereit sein (aktive Assistenz), d. h. den Willen, die Erklärungen entgegenzunehmen, durch konkludentes Verhalten bekunden.

4. Diese Bereitschaftserklärung zusammen mit den Erklärungen der Ehegatten bildet den Tatbestand der Eheschließung. Hierin erschöpft sich aber auch die Mitwirkung des Staatsorgans; sein in § 1318 vorgeschriebener Ausspruch, daß die Verlobten „kraft des Bürgerlichen Gesetzbuches“ rechtmäßig verbundene Eheleute seien, ist nicht mehr wesentlich; vorheriger Tod etwa eines der Verlobten schadet nicht.

5. Negativ ist bestimmt, daß alle diese Erklärungen unbedingt und unbefristet abgegeben werden müssen. Die Suspensivbedingung widerspricht dem Wesen der Ehe; das Verbot der Resolutivbedingung macht die Ehe auf Probe, das des Endtermins die „Zeitehe“ unmöglich.

IV. Außer dem eben erwähnten Ausspruch des StB. gehören noch zu den Sollvorschriften, deren Verletzung die Gültigkeit der Ehe nicht berührt:

<sup>1</sup> Über Aushändigung eines Gesundheitsmerkblatts vgl. PStG. § 45 V, zugefügt d. Ges. vom 11. 6. 1920. Diese Vorschrift bedeutet eine Abschlagszahlung auf die von vielen geforderte zwangsweise ärztliche Untersuchung vor der Eheschließung, deren praktischer Wert aber fragwürdig ist. Weigerung, sich untersuchen zu lassen, kann u. U. ein wichtiger Grund zum Rücktritt vom Verlöbnis sein, KG. JW. 1920, S. 979. Nach § 6 des Ges. über die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1927 macht sich strafbar, wer eine Ehe eingeht, obwohl er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß er an einer ansteckenden Geschlechtskrankheit leidet, ohne dem anderen Teile vor Eingehung der Ehe davon Mitteilung zu machen (Antragsdelikt, Strafe: Gefängnis bis zu 3 Jahren). — Sehr ausbauwürdig erscheint die Einrichtung der ärztlichen Eheberatungsstellen (Holland). Vgl. zum Ganzen SCHWALBE, *Gesundheitl. Beratung vor der Eheschließung*, Sonderabdruck aus *Dtsch. med. Wochenschr.* 1926.

<sup>2</sup> Instruktionell ist Zuziehung eines Dolmetschers vorgeschrieben, *AufBek. z. PStG.* vom 25. 3. 1899, § 10.

1. die Mitwirkung von zwei Zeugen nach näherer Bestimmung des § 1318;
2. die an die Verlobten einzeln und nacheinander gerichtete Frage des StB., ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen;
3. die Eintragung im Heiratsregister<sup>1</sup> des StB. Diese ist rein deklaratorischer Natur, folglich von der Frau bereits mit dem Namen des Mannes zu unterzeichnen. Sie hat große Bedeutung für die Heilung etwaiger Formmängel und darf keineswegs unterbleiben, selbst wenn dem StB. bis dahin schon ein wesentlicher Formfehler aufgefallen ist (vgl. unten § 8 II 2a). Über die Eintragung enthält das Nähere PSTG. § 54 in der Fassung des Ges. vom 11. 6. 1920.

## D. Die fehlerhafte Ehe.

### § 8. Grundlegung.

Literatur: THIESING, Wirkung nichtiger Ehen 1907; HENLE, Nichtehe 1915.

I. 1. Der Ausdruck „fehlerhafte Ehe“ ist der Gesetzessprache fremd. Wir wählen ihn zur generellen Bezeichnung aller Fälle, in denen eine Eheschließung mit irgendeinem Mangel behaftet ist und infolgedessen vom Recht gemäßbilligt wird.

2. Dieser Mangel kann wieder sein

a) Fehlen einer Ehevoraussetzung. So, wenn

α) die Vorschriften des § 1317 nicht erfüllt sind (vgl. unten II 1, 2a) oder

β) einem Partner die Geschäftsfähigkeit vollständig fehlt (unten II 2b) oder

γ) der Wille eines Partners nicht einwandfrei gebildet ist (unten § 10).

b) Vorliegen eines Eheverbots (Ehehindernisses), vgl. unten § 9.

3. Hinsichtlich der Folgen eines solchen Mangels unterscheidet das Gesetz im dritten Titel des Eherechts (§ 1323 ff.) zwischen „nichtigen“ und „anfechtbaren“ Ehen. Hierbei ist zu beachten

a) daß diesen Ausdrücken nicht ohne weiteres dieselbe Bedeutung beigelegt werden darf wie den entsprechenden im Allgemeinen Teil;

b) daß die im dritten Titel des Eherechts getroffene Regelung erschöpfend ist. Alle sonstigen Nichtigkeitsgründe des Allgemeinen Teils bleiben außer Betracht; so ist z. B. die simulierte Ehe trotz § 117 ebenso gültig wie die im Scherz geschlossene; eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ist dem Eherecht unbekannt.

II. (Die Nichtigkeit.) Unter einer „nichtigen“ Ehe versteht das Gesetz wiederum zwei ganz verschiedene Tatbestände:

1. In einem einzigen Falle erklärt es die Ehe für schlechthin und im eigentlichen Sinne nichtig, das ist der Fall des § 1324 I: Ein unter Verstoß gegen zwingende Bestimmungen des § 1317 geschlossene Ehe ist nicht in das Heiratsregister eingetragen worden. Dann ist rechtlich nichts vorhanden, woran irgendwelche Ehwirkungen angeknüpft werden könnten, es liegt eine Nichtehe vor (matrimonium non existens des kanonischen Rechts). Hierauf kann sich jedermann jederzeit berufen; jeder der „Ehegatten“ kann anderweit heiraten; die Kinder aus solcher Verbindung sind rettungslos unehelich; nur durch „Bestätigung“ (= formrichtige Wiederholung, § 141) der Eheschließung könnte nachträglich noch eine gültige Ehe entstehen<sup>2</sup>.

2. In allen anderen Fällen mißt das Gesetz den Worten „nichtige Ehe“ eine ganz andere Bedeutung bei. Um diese zu ermitteln, müssen wir zunächst die Fälle kennenlernen. „Nichtig“ in diesem zweiten, uneigentlichen Sinne ist eine Ehe:

<sup>1</sup> Der StB. führt drei Register: Geburts-, Heirats- und Sterberegister. Über die Beweiskraft dieser Register und der auf ihrer Grundlage ausgestellten Geburts-, Heirats- und Todesurkunden (bzw. Familienstammbücher) vgl. PSTG. §§ 15, 15 a—c in der Fassung der VO. vom 14. 2. 1924. Vgl. ferner JELLINEK, VerwRecht, 3. Aufl., S. 158 ff.

<sup>2</sup> Praktisch wichtig sind Fälle, in denen Verlobte im Auslande sich in Unkenntnis entgegenstehender Vorschriften des internationalen Privatrechts berechtigt glauben, vor einem Konsul oder diplomatischen Vertreter zu heiraten. Für diese Fälle ist § 1324 I sehr hart.

a) nach § 1324 II, wenn zwar ein Verstoß gegen § 1317 vorgekommen, die Ehe aber nachträglich ins Heiratsregister eingetragen worden ist. Die Eintragung ist also von großer Bedeutung: Sie erlöst die mangelhaft geschlossene Ehe von dem Schicksal der Nichtehe in dem oben zu 1. erwähnten erläuternden Sinne und verwandelt sie in eine „Buchehe“, über deren weiteres Schicksal unten 4a) zu vergleichen ist;

b) nach § 1325, wenn einer der Ehegatten sich im Zustande der Geschäftsunfähigkeit befunden hat (vgl. § 104) oder seine Erklärung wegen Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Geistesstörung (vgl. § 105 II) der Wirksamkeit entbehrt, weil die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war<sup>1</sup>;

c) nach §§ 1326—1328, wenn der Ehe ein gesetzliches Verbot, ein sog. öffentlich trennendes Ehehindernis (Bigamie, Ehebruch, Verwandtschaft, Schwägerschaft, vgl. unten § 9 II) entgegenstand.

3. In allen diesen Fällen sagt das Gesetz nämlich, daß die „Nichtigkeit“ einer solchen Ehe nicht geltend gemacht werden könne, solange sie nicht aufgelöst oder durch Urteil für nichtig erklärt worden sei (§ 1329). Es liegt also eine (durch Urteil oder Auflösung) vernichtbare Ehe vor (matr. nullum des kan.R.). Erst durch das Urteil oder die Auflösung wird die Ehe zur „Nichtehe“ im obigen Sinne.

4. Der Wortlaut des § 1329 legt nahe zu glauben, daß es sich um eine Nichtigkeit im üblichen Sinne handelt, die nur in ihrer Geltendmachung gehemmt ist. Dies wäre indessen nur richtig, wenn die Verwandlung in eine Nichtehe unter allen Umständen, spätestens mit dem Tode eines der Gatten, einträte. Doch trifft das in folgenden Fällen nicht zu:

a) Haben die Ehegatten zehn Jahre unangefochten in einer „Buchehe“ miteinander gelebt oder ist einer von ihnen erst drei Jahre nach der mangelhaften, aber registrierten Eheschließung gestorben, so „ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen“ § 1324 II.

b) Das gleiche gilt, wenn im Falle § 1325 die Eheschließung nach Aufhören der Bewußtseinsstörung oder nach Erlangung der Geschäftsfähigkeit formlos bestätigt wird (§ 1325 II);

c) genau so endlich, wenn nachträglich Befreiung von dem Verbote der Eheschließung mit dem Ehebrecher (§ 1312) bewilligt wird (§ 1328 II, unten § 9 II 4).

5. Erst diese Fälle liefern den Schlüssel zum Verständnis für den komplizierten Begriff der Vernichtbarkeit.

a) Wenn das Gesetz sagt, die Ehe sei unter diesen Umständen „als von Anfang an gültig anzusehen“, so kann diese Fiktion unmöglich aufgelöst bleiben. Strikt durchgeführt würde sie bedeuten, daß erst durch die unter 4a)—c) aufgezählten Tatumstände die Ehe gültig zustande käme und dieser Gültigkeit vom Gesetz rückwirkende Kraft beigelegt würde. Wir hätten dann neben den normalen noch subsidiäre Eheschließungsmöglichkeiten: neben der Eheschließung nach § 1317 noch eine formlose Eheschließung, verbunden mit Registrierung und einer Art Ersitzung, neben der Ehe des Geschäftsfähigen noch die Ehe des Geschäftsunfähigen mit nachträglicher formloser Bestätigung usw. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein.

b) Viel ungezwungener ist vielmehr die Annahme, daß die Ehe in den Fällen unter 4a)—c) von Anfang an gültig ist. Die erwähnten Ereignisse sind nicht dazu bestimmt, ihr die Gültigkeit zu verschaffen, sondern zu erhalten. Genau das gleiche muß aber auch für alle anderen Fälle gelten. Ergebnis: In § 1329 verbirgt sich unter dem prozessualen Ausdruck: „Die Nichtigkeit kann nicht geltend gemacht

<sup>1</sup> RG. Bd. 74, S. 111; Bd. 103, S. 399; OERTMANN, Komm. I, 3. Aufl., S. 344.

werden“ der materiell-rechtliche Satz, daß die sog. nichtige Ehe von Anfang an gültig, aber vernichtbar ist, und zwar tritt die Vernichtung ein durch Auflösung oder rechtskräftiges Urteil. Dasselbe ergibt die einfache Überlegung, daß eine bereits nichtige Ehe doch nicht noch „aufgelöst“ werden könnte. Die Klage auf Nichtigkeit einer Ehe ist also eine rechtsgestaltende, das Urteil stellt nicht fest, daß die Ehe nichtig war, sondern es vernichtet die Ehe. Ergeht ein Scheidungsurteil, so löst es die vernichtbare Ehe nicht nur für die Zukunft auf, sondern vernichtet sie zugleich *ex tunc*; daß im Falle des Todes eines Gatten eine Rechtsgestaltung durch eine Naturtatsache erfolgt, ist nichts Singuläres.

6. Daraus folgt weiter:

a) In der vernichtbaren Ehe treten zunächst und bis auf weiteres alle Ehwirkungen ein: Die Ehegatten sind einander zur Lebensgemeinschaft verpflichtet (beachte aber § 1353 II, unten § 17 II); ihr Verkehr ist ein ehelicher; der Mann bekommt Verwaltung und Nutzung des Frauengutes, die Kinder sind ehelich; Treubruch ist Ehebruch. Eine Klage auf Feststellung der Ehenichtigkeit wäre in diesem Stadium glatt abzuweisen. Und dabei bleibt es, wenn einer der oben unter 4 a)–c) aufgezählten Umstände das Damoklesschwert der Vernichtbarkeit beseitigt.

b) Tritt die Vernichtung ein, dann sollen allerdings die Ehwirkungen nach dem Willen des Gesetzes (zu erschließen aus § 1343 I) mit rückwirkender Kraft wieder beseitigt werden. Doch ist zu beachten, daß dieser Rückwirkung durch die Natur der Sache enge Grenzen gesetzt sind<sup>1</sup>. Denn die eheliche Lebensgemeinschaft läßt sich nicht wieder ungeschehen machen; ein Konkubinat kraft Rückwirkung wäre eine Ungeheuerlichkeit; und daß die Frau bis dahin den Namen des Mannes zu Recht geführt hat und seine Staatsangehörigkeit besessen hat (steuerrechtlich wichtig), wird nicht zu leugnen sein. Erst mit der Vernichtung verliert sie das Recht zur Führung des Mannesnamens und kann als lästige Ausländerin ausgewiesen werden. Nur die Wirkungen, die mit der Lebensgemeinschaft nicht unmittelbar zusammenhängen, können *ex tunc* wieder beseitigt werden; so muß der Mann die zu Unrecht gezogenen Nutzungen des Frauengutes herausgeben (§ 985, vgl. aber §§ 955, 812), die Witwe eines Offiziers, die in vernichtbarer zweiter Ehe gelebt hat, bekommt ihre Versorgungsgebühren nachbezahlt<sup>2</sup> usw. Die Kinder könnten wohl theoretisch als unehelich behandelt werden, indessen setzen die Bestimmungen § 1699ff. der ungeheuren Härte, die darin liegen würde, Schranken, s. unten § 11 III.

III. Die Anfechtbarkeit. Vergleicht man den gewonnenen Begriff der vernichtbaren Ehe mit den Rechtsfiguren des Allgemeinen Teils, so sieht man, daß er der Anfechtbarkeit viel näher steht als der Nichtigkeit. Dem scheint zunächst zu widersprechen, daß das Gesetz ja außerdem noch eine „anfechtbare“ Ehe kennt (§ 1330ff.)<sup>3</sup>. Sieht man aber näher zu, so erkennt man, daß Anfechtbarkeit und Vernichtbarkeit dem Wesen nach durchaus nicht verschieden sind. Man könnte die Vernichtbarkeit geradezu eine erweiterte Anfechtbarkeit, die Anfechtbarkeit eine beschränkte Vernichtbarkeit nennen.

1. Auch die Anfechtung der Ehe erfolgt nicht formlos wie im Allgemeinen Teil, sondern durch Erhebung einer Anfechtungsklage (§ 1341 I). Aber die Klageberechtigung ist enger umgrenzt als bei der nichtigen Ehe:

a) Anfechtungsberechtigt sind nämlich grundsätzlich nur die Ehegatten der anfechtbaren Ehe selbst;

b) Vernichtungsberechtigt sind außerdem noch (ZPO. § 632):

<sup>1</sup> Vgl. E. GENZMER in Arch. für Rechts- u. Wirtschafts.-Phil. 16, S. 414ff. (1923).

<sup>2</sup> R.G. Bd. 88, S. 326.

<sup>3</sup> E. ZITELMANN. Zum Recht der Eheanfechtung (Festg. f. E. J. BEKKER 1907); ROSENBERG, Ehescheidung und Eheanfechtung nach deutschem und ausländischem Recht, 2. Aufl., 1931.

- α) der Staatsanwalt (praktisch höchstens bei Ausländerinnen, s. oben II 6 b);
- β) bei Bigamie der verlassene Ehegatte;
- γ) jeder, für den von der Nichtigkeit der Ehe ein Recht, von ihrer Gültigkeit eine Pflicht abhängt.

So kann z. B. derjenige Nichtigkeitsklage erheben, dem die Ehefrau im gesetzlichen Güterstand eine Sache verkauft und übergeben hat, ohne dazu ermächtigt zu sein, denn nur bei Nichtigkeit der Ehe würde er Eigentümer sein (§ 1396, unten § 22 II), ferner derjenige, der mit der Ehefrau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt kontrahiert hat, denn bei Gültigkeit der Ehe würde er dem Manne leisten müssen (§ 1357, unten § 17 IV). Daß das Gesetz das Schicksal einer Ehe u. U. von relativ belanglosen vermögensrechtlichen Ansprüchen abhängig macht, ist bezeichnend.

2. Auch das auf die Anfechtungsklage ergehende Gestaltungsurteil hat ehevernichtende Wirkung (§ 1343 I). Nicht aber kommt die gleiche Wirkung der Auflösung der anfechtbaren Ehe zu. Diese vernichtet die Ehe vielmehr nur, wenn sie erfolgt, nachdem bereits die Anfechtungsklage erhoben worden ist (vgl. § 1343 II mit § 1329!). Die Anfechtung verwandelt also die Ehe in eine nunmehr auch durch Auflösung vernichtbare.

3. Die Fälle der Anfechtbarkeit sind folgende:

a) Mangelnde Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines Geschäftsbeschränkten, § 1331 (s. unten § 9 III);

b) Willensmängel (Irrtum, Betrug, Zwang), § 1332f., s. unten § 10;

c) Rückkehr des für tot erklärten Ehegatten, § 1350, s. unten § 12.

4. Die Anfechtung duldet keine Vertretung (§ 1336 I); auch der beschränkt Geschäftsfähige kann sie persönlich vornehmen (vgl. ZPO. § 612).

Abweichendes gilt

a) für den nach der Eheschließung geschäftsunfähig gewordenen Ehegatten (§ 1336 II 1); hier übt der gesetzliche Vertreter das Anfechtungsrecht mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts aus;

b) im Falle des § 1331; hier kann der gesetzliche Vertreter das Anfechtungsrecht völlig nach eigenem Ermessen ausüben (§ 1336 II 2).

5. Da die anfechtbare Ehe, solange sie nicht angefochten ist, nicht durch Auflösung vernichtet wird (§ 1343 II), muß das Gesetz über das Schicksal des Anfechtungsrechts beim Tode eines der Gatten Bestimmungen treffen. Und zwar gilt:

a) Stirbt der anfechtungsberechtigte Ehegatte, so erlischt das Anfechtungsrecht, er nimmt es mit ins Grab;

b) Stirbt der Anfechtungsgegner, so kann der Überlebende nachträglich noch anfechten, und zwar nicht mehr durch Klage, sondern durch öffentliche beglaubigte Erklärung an das Nachlaßgericht, § 1342; er kann also nachträglich noch die aufgelöste Ehe in eine Nichtehe verwandeln.

6. Das Anfechtungsrecht kann vor der Ausübung verloren gehen; aber auch der schon vollzogenen Anfechtung kann die Wirksamkeit wieder entzogen werden.

a) Ein Verlust des Anfechtungsrechts tritt ein:

α) durch Genehmigung der anfechtbaren Ehe seitens des gesetzlichen Vertreters sowie durch Bestätigung<sup>1</sup> seitens des voll geschäftsfähig gewordenen Ehegatten (§ 1337);

β) durch Tod des Anfechtungsberechtigten, s. oben 4a;

γ) durch Scheidung der noch nicht angefochtenen Ehe, § 1343 II;

δ) durch Zeitablauf, § 1339; die Anfechtungsfrist ist eine Ausschlußfrist von sechs Monaten seit dem in § 1339 II näher bezeichneten Zeitpunkt<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Viele Streitfragen. Vgl. STERNBERG, AZPr. Bd. 107, S. 345ff.

<sup>2</sup> Es kommt auf positive Kenntnis des Anfechtungsgrundes an; der Irrtum muß „entdeckt“, nicht nur durch Schlußfolgerungen ermittelbar sein (anfechtbar RG., JW. 1928, S. 896). Dies Ziel möglichst rascher Beendigung des Schwebezustandes spielt gegenüber der Gewissensfrage, ob eine Ehe anzufechten sei oder nicht, keine Rolle (ENDEMANN); daher sollte die Anfechtungsfrist möglichst gestreckt werden. Andererseits hat das Gesetz wohl zu Unrecht eine objektive Grenze der Anfechtung nicht gesetzt (anders § 1571 I 2 für die Scheidungsklage).



b) Die erfolgte Anfechtung verliert nachträglich ihre Kraft:

α) durch Genehmigung oder Bestätigung nach § 1337, die noch während des Prozesses bis zu dem für das Urteil maßgeblichen Zeitpunkt möglich ist (§ 1342 II 2), hier erlischt das Anfechtungsrecht für immer;

β) durch Zurücknahme der Anfechtungsklage; hier kann die Anfechtung in den Grenzen des § 1339 wiederholt werden, § 1342 II 1.

IV. Über die prozessuale Behandlung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage vgl. ZPO. § 606ff. Beide gehören zu den „Ehesachen“, über deren Besonderheiten gegenüber sonstigen Streitigkeiten im Zivilprozeßrecht näher zu handeln ist. Besonders wichtig ist auch hier die vorläufige Regelung durch einstweilige Verfügung nach ZPO. § 627, vgl. unten § 13 V.

Die Lehre von der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe gehört zu den umstrittensten des BGB. Die hier vorgetragene Theorie von der „Vernichtbarkeit“ kann, obwohl vielfach vertreten (Übersicht bei WOLFF § 26 Anm. 10), noch nicht als die in der Praxis herrschende bezeichnet werden. Diese hält unter der Führung des Reichsgerichts<sup>1</sup> noch immer daran fest, daß Nichtigkeit bei der Ehe dasselbe bedeute wie im Allgemeinen Teil und von der Anfechtbarkeit streng zu trennen sei<sup>2</sup>. Sie übersieht aber die grundlegende Tatsache, daß der am römisch-kanonischen Recht orientierte Nichtigkeitsbegriff des BGB. sehr schlecht auf Rechtsgeschäfte paßt, aus denen soziale Dauertatbestände entspringen, die nun einmal durch Fiktionen und sonstige logische Kunstgriffe nicht wieder aus der Welt geschafft werden können. Es zeigt sich eben wieder, daß das Sozialrecht (im Sinne GIERKES verstanden) viel weniger durchgearbeitet ist als das Individualrecht. Immerhin beginnt sich der Begriff der Vernichtbarkeit auch in verwandten Fällen (Aktienrecht, Patentrecht, Verwaltungsrecht) immer mehr durchzusetzen. Verfehlt erscheint demgegenüber das Argument der „Moralwidrigkeit“ unsrer Auffassung, weil sie die verbotene, z. B. die bigamische Ehe für gültig erkläre. Dazu ist zu sagen, daß Gültigkeit und Nichtigkeit keine moralischen Werturteile, sondern rein teleologische Kategorien sind. Das Zivilrecht hat lediglich die Aufgabe, pathologische Fälle möglichst schonend zur Liquidation zu bringen. Das tut es, indem es seine Mißbilligung in die Form der Vernichtbarkeit kleidet.

Völlig zerfahren ist auch die Terminologie<sup>3</sup>: Man spricht von relativer, mittelbarer, unvollkommener Nichtigkeit, zerfallender Ehe (HENLE) usw. Irreführend ist der Ausdruck „Scheinehe“ (COSACK, ENDEMANN).

De lege ferenda wäre zu erwägen, daß die Ehenichtigkeit auf den Fall des § 1324 I beschränkt werden, die Vernichtbarkeit als qualifizierte Anfechtbarkeit (besser „Angreifbarkeit“) geregelt werden könnte. Dabei sollte die prinzipielle Rückwirkung fallen gelassen werden<sup>4</sup>, unbeschadet obligatorischer Ausgleichspflichten. Eine Aufhebung der Vernichtbarkeit könnte auch bei der bigamischen Ehe (für den Fall nachträglichen Todes des verlassenen Ehegatten) angeordnet werden.

## § 9. Die sogenannten Ehehindernisse.

I. Der Ausdruck „Ehehindernis“ (EH.) ist eine Übersetzung des kanonischen „impedimentum“. Das Kirchenrecht stellt einen langen Katalog von Gründen auf, die die Eheschließung irgendwie regelwidrig erscheinen lassen und unterscheidet *imped. dirimentia* und *impedientia*, von denen nur die erstgenannten die Ehe ungültig machen; ihre frühere Einteilung in *publica* und *privata* ist im Kirchenrecht aufgegeben, aber ins weltliche Recht übergegangen.

Ein so weitgespannter Begriff<sup>5</sup> ist für uns unbrauchbar. Es ist vielmehr zu sagen:

1. EH. sind stets **Eheverbote**, unter denen wieder zu unterscheiden sind

a) sanktionierte Eheverbote (trennende EH.); sie bewirken Fehlerhaftigkeit der Ehe in dem oben § 8 bezeichneten Sinne, und zwar

α) die öffentlich trennenden Vernichtbarkeit,

β) die privat trennenden Anfechtbarkeit;

<sup>1</sup> Bd. 88, S. 326, JW. 1913, S. 739. Noch in Bd. 120, S. 39 spricht das RG. von der „Klage auf Feststellung der Nichtigkeit“.

<sup>2</sup> STAUDINGER-ENGELMANN S. 92ff.

<sup>3</sup> Übersicht bei STAUDINGER a. a. O.

<sup>4</sup> So Schweizer ZGB. § 132, Schwed. Ehegesetz von 1915, V § 4.

<sup>5</sup> Das PStG. hat in § 48 noch den hier verworfenen weiteren Begriff des EH., wenn es sagt, der StB. müsse die Eheschließung ablehnen, wenn ihm ein EH. bekannt wird. Ebenso StGB. § 170.

b) unsanktionierte, reine Eheverbote (aufschiebende EH.), ohne Einfluß auf die Gültigkeit der verbotswidrig geschlossenen Ehe.

2. Verfehlt ist es, von EH. zu sprechen, wo die Fehlerhaftigkeit der Ehe nicht auf einem Verbot, sondern auf einem Mangel in den Ehevoraussetzungen beruht (Formfehler, Geschäftsunfähigkeit, Willensmängel). Man kann daher sagen:

Nicht alle EH. }  
Nicht nur die EH. } bewirken Fehlerhaftigkeit der Ehe.

3. Das BGB. regelt die EH. erschöpfend durch Aufzählung, §§ 1303—1315, und bestimmt (im Gegensatz zum PStG.) auch ihre Folgen, §§ 1326—1328, 1331. Erst aus dem Zusammenhalt dieser Bestimmungen ergibt es sich, welcher der 3 Gruppen das einzelne EH. zuzuzählen ist.

## II. Öffentlich trennende EH. (mit Vernichtbarkeitsfolge) sind:

1. Die Blutsverwandtschaft, § 1310 I, 1327. Sie mag an erster Stelle stehen, da sie am tiefsten im Volksbewußtsein eingewurzelt ist. Die Kirche hatte das Eheverbot zwischen Verwandten allzu weit ausgedehnt, zeitweise bis zum 7. Grade kanonischer Zählung<sup>1</sup>. Das BGB. schränkt es weiter ein als die meisten andern europäischen Rechte, nämlich auf Verwandte in gerader Linie und Geschwister. Hier ist jeder Dispens natürlich ausgeschlossen. Die Ehe zwischen Geschwisterkindern, zwischen Onkel und Nichte ist also, obwohl ethische und medizinische<sup>2</sup> Bedenken dagegen bestehen, nicht verboten. Andererseits ist der Verwandtschaftsbegriff, wenn das EH. in Frage steht, auch auf das Verhältnis der unehelichen Kinder zu seinem Erzeuger ausgedehnt, § 1310 III, i. Ggs. zu § 1589 II.

Also darf die uneheliche Tochter weder ihren Erzeuger noch dessen Sohn aus einer anderen unehelichen Geschlechtsverbindung heiraten.

2. Schwägerschaft, auch wenn auf unehelicher Verwandtschaft beruhend; also darf der Sohn die Stiefmutter, der Vater die uneheliche Tochter des Stiefsohnes, die Frau den unehelichen Sohn des Mannes nicht heiraten, bei Vernichtbarkeit der Ehe, §§ 1310 I, 1327. Über § 1309 II unten IV 5.

3. Doppelehe: eine Folgerung aus dem strengen Prinzip der Monogamie, § 1309 mit § 1326. Das bedeutet i. E.:

a) Die zweite Ehe ist vernichtbar, wenn die erste im Augenblick der Eheschließung als gültige bestand. Nachträgliche Auflösung der ersten Ehe rettet die Ehegatten ebensowenig wie ihr guter Glaube.

b) Das gleiche muß gelten, wenn die erste Ehe als vernichtbare bestand; auch dann ist der objektive Tatbestand der Bigamie gegeben (vgl. StGB. §§ 171, 338). Das Bestehen einer vernichtbaren Vorehe bedeutet also nicht etwa bloß ein aufschiebendes EH. (wegen § 1329!). Wird allerdings die Vorehe vernichtet, dann fällt die Vernichtbarkeit der zweiten Ehe *ex tunc* weg<sup>3</sup>.

c) Eine selbstverständliche Ausnahme betrifft die Wiederholung der Eheschließung, § 1309 I 2. Über § 1309 vgl. unten IV 3.

4. Ehebruch, § 1312 mit § 1328. Es ist verboten, daß der geschiedene Ehegatte denjenigen heiratet, mit dem er die Ehe gebrochen hat, wenn dieser Ehebruch als Scheidungsgrund im Scheidungsurteil festgestellt ist; diese Feststellung ist gesetzlicher Inhalt des Scheidungsurteils, ZPO. § 624. Von diesem EH. kann Befreiung bewilligt werden, und wird fast stets bewilligt, wodurch seine abschreckende

<sup>1</sup> Seit 1215 auf den 4., nach geltendem Recht (C. jur. can. 1076) auf den 3. Grad kan. Zählung beschränkt (indispensabel im I. Grade).

<sup>2</sup> Allerdings erkennt die medizin. Wissenschaft die Verwandtschaft heute nur noch indirekt als degeneratives Moment an, insofern sie die Möglichkeit beiderseitigen Einbringens der gleichen pathogenen Erbfaktoren vergrößert. Vgl. MARCUSE, Ehe S. 342ff.

<sup>3</sup> Dies scheint die interessante Entsch. R.G. Bd. 120, S. 35 im letzten Absatz zu übersehen. Nach dem im Text Gesagten könnte die Scheidungsklage der verlassenen Frau für die zweite Ehe keine Gefahr bedeuten. Vgl. dazu OERTMAN, JW. 1929, S. 204; PAGENSTECHE, DJZ. 1929, S. 492.

Kraft stark beeinträchtigt wird. Auch liegt die Gefahr nahe, daß im Scheidungsprozesse ein anderer Scheidungsgrund, etwa die Zerrüttung, vorgeschoben wird<sup>1</sup>.

III. An **privaten trennenden EH.** kennt das BGB. ein einziges echtes: Mangelnde Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, § 1304 mit 1331. Die Willensmängel gehören nach dem oben Gesagten nicht hierher.

1. Jeder Geschäftsbeschränkte (§§ 106, 114, 1906) bedarf des Vertreterkonsenses. Dessen Mangel zeitigt aber andere Folgen als im Allgemeinen Teil: Keine Möglichkeit zur Aufforderung an den gesetzlichen Vertreter, kein Schwebenzustand wie in § 108, sondern Anfechtbarkeit der Ehe durch den gesetzlichen Vertreter oder den geschäftsfähig gewordenen Gatten, § 1331, 1336 II 2, aber mit Möglichkeit der Heilung durch Genehmigung oder Bestätigung, § 1337.

2. Grundsätzlich wird derjenige einwilligen müssen, der zur Zeit der Eheschließung gesetzlicher Vertreter ist; er muß mit der Eheschließung einverstanden sein. In dessen wird man vermuten dürfen, daß wenn der gesetzliche Vertreter oder sein Vorgänger eine nach PStG. § 45 II formalisierte Erklärung an das Standesamt gerichtet hat, sein Einverständnis fortbesteht, solange es nicht durch eine Gegenklärung entkräftet ist (ähnlich wie bei der Einigung des Fahrnisrechts).

3. Ist der gesetzliche Vertreter Vater oder Mutter, so muß sich das Kind auch die grundlose Konsensverweigerung gefallen lassen. Gegen den Vormund kann das Mündel das Vormundschaftsgericht anrufen, wenn er den Konsens ohne Rücksicht auf das Interesse des Mündels verweigert; dieses kann die Einwilligung (§ 1304 II) wie übrigens auch die Genehmigung (§ 1337 I 2) ersetzen. Die ersetzte Genehmigung ist zweifellos unwiderruflich; auch gegen einen Widerruf der ersetzten Einwilligung durch den Vormund bestehen Bedenken; man wird besser den Vormund auf den Weg weisen, bei veränderten Umständen eine Abänderung der Entscheidung herbeizuführen, die trotz FGG. § 18 II, 53, 60 Z. 6 möglich sein muß (jetzt auch Analogie aus JWG. § 67 II).

4. Auffällig ist, daß neben der Einrichtung des gesetzlichen Vertreters noch die „elterliche“ Einwilligung verlangt wird (§ 1305). Praktisch werden beide Erklärungen oft zusammenfallen. Doch zeigt sich ihre grundsätzliche Verschiedenheit in folgendem:

a) Der Mangel elterlicher Einwilligung begründet nur ein aufschiebendes Ehehindernis (siehe unten IV 2).

b) Dieses besteht bis zum 21. Lebensjahre, nicht bis zur Volljährigkeit, also auch für den für volljährig Erklärten, aber nicht für den entmündigten Volljährigen.

c) Der Grund ist, daß § 1304 den Geschäftsbeschränkten als solchen, § 1305 das kindliche Pietätsverhältnis schützen will. Daher sind auch die vermögensrechtlichen Folgen verschieden:

α) Bei § 1304 ist das Vermögen der minderjährigen Frau dadurch geschützt, daß der gesetzliche Güterstand ausgeschlossen ist; es gilt Gütertrennung, §§ 1364, 1426.

β) Ein Verstoß gegen § 1305 erzeugt nur gewisse Strafwirkungen: die Tochter verliert den Aussteueranspruch, § 1621, und die elterliche Nutznießung dauert fort, während sie sonst mit der Heirat endet, § 1661 (siehe unten § 31 IV 3).

IV. Die **aufschiebenden EH.** (= reinen Eheverbote) beeinträchtigen die Gültigkeit der Ehe nicht, erhalten aber bindende Befehle, die Eheschließung zu unterlassen. Und zwar richten sich diese Befehle nicht nur an den Standesbeamten, den nach PStG. § 69 eine Geldstrafe treffen kann, sondern auch an die Ehegatten, denen freilich nur in einzelnen Fällen besondere Nachteile angedroht werden (Verlust des Aussteueranspruchs, §§ 1305, 1621; Entlassung aus der Vormundschaft, u. U. Schadensersatzpflicht, §§ 1314, 1886, 823 II; Bestrafung nach MStGB. § 150). Im einzelnen bestehen folgende Eheverbote:

1. Verboten ist die Eheschließung vor Erreichung eines gewissen Lebensalters, § 1303. Und zwar tritt die „Ehereife“ (besser als das irreführende „Ehefähigkeit“) ein für den Mann mit der Volljährigkeit, also frühestens mit 18 Jahren, vgl. § 3 II,

<sup>1</sup> In manchen Ländern, z. B. Preußen, Baden, ist das Befreiungsverfahren neuerdings erleichtert worden (Landgerichtspräsident statt Justizministerium).

für die Frau mit 16 Jahren; doch kann ihr Befreiung bewilligt werden, praktisch z. B. bei Verführung.

2. Bis zum 21. Lebensjahre bedürfen die Ehegatten der elterlichen Einwilligung, § 1305, auch im Falle der Volljährigkeitserklärung. Dann kann allerdings Ersatz durch das Vormundschaftsgericht begehrt werden, § 1308. Über die Wirkung dieses Eheverbotes ist schon oben unter III, 4 gehandelt worden; hier ist nur noch nachzutragen, daß die „elterliche“ Einwilligung nie Einwilligung beider Eltern bedeutet, sondern bei ehelichen Kindern regelmäßig die des Vaters, der sein Konsensrecht auch nicht verliert, wenn er die elterliche Gewalt durch ein Verbrechen an dem Kinde verwirkt hat (§ 1680; M. WEBER: „skandalös“). Die Mutter erlangt das Konsensrecht regelmäßig erst nach dem Tode des Vaters, § 1305 I 2, außer wenn es sich um ein ehelich erklärtes (unten § 34) Kind handelt, § 1305 I 3. Über Adoptivkinder vgl. § 1306.

3. Verboten ist die Eheschließung, wenn gegen eine frühere Ehe rechtskräftig vernichtet oder geschieden, aber Wiederaufnahme des Verfahrens (ZPO. § 579ff.) begehrt ist, außer wenn die in ZPO. § 586 bestimmte Fünfjahresfrist schon abgelaufen ist. § 1309 II.

Grund: Das Wiederaufnahmeverfahren kann zu einer Wiederherstellung der ersten Ehe mit rückwirkender Kraft führen; dann verwandelt sich das aufschiebende EH. in ein trennendes.

4. Verboten ist die Ehe mit einer Person, die mit einem Aszendenten oder Descendenten Geschlechtsgemeinschaft gehabt hat, § 1310 II (sog. illegitime Schwägerschaft). Dieses EH. ergänzt das der Verwandtschaft und Schwägerschaft insofern, als es auch eingreift, wenn die schwägerschaftserzeugende Ehe nichtig war (z. B. darf der Vater die Schwiegertochter auch bei nichtiger Ehe des Sohnes nicht heiraten).

5. Verboten ist die Ehe zwischen Wahleltern und Wahlkindern, § 1311; dieses EH. hat die Eigenheit, daß es sich bei Übertretung selbst aufhebt, das Adoptivverhältnis hört nämlich auf, § 1771.

6. Von geringerer Bedeutung sind die EH. der Wartezeit, § 1313, zur Verhütung der turbatio sanguinis aufgestellt, aber dispensabel; im Falle der Nichtbeachtung entscheidet über die Ehelichkeit eines Kindes im Zweifel § 1600; ferner des mangelnden Auseinandersetzungszeugnisses für den Inhaber der elterlichen Gewalt oder Vormund, § 1314 mit §§ 1493, 1669, 1845; endlich die EH. des öffentlichen Rechts, § 1315 (für Militärpersonen vgl. RWehrG. vom 23. 3. 1921 § 31 b: Ehekonsens in der Regel nicht vor dem 27. Lebensjahre; für Landesbeamte entscheidet das Landesrecht)<sup>1</sup>.

7. Weitere aufschiebende EH. enthalten die §§ 1316, 1320, 1349, s. oben § 7 II, unten § 12 I.

## § 10. Willensmängel bei der Eheschließung.

Der einwandfrei gebildete Wille ist Voraussetzung fehlerloser Eheschließung. Willensmängel führen zur Anfechtbarkeit der Ehe. Es sind dieselben, wie im Allgemeinen Teil: Irrtum, arglistige Täuschung, Drohung. Sonstige Willensmängel (Mentalreservation, Schein und Scherz) werden nicht berücksichtigt.

I. Der Irrtum kommt in doppelter Gestalt in Betracht (analog § 119 I, II):

1. als Geschäftsirrtum, § 1332, Irrtum über das Geschäft der Eheschließung selbst. So:

a) wenn der Irrende die Erklärung gar nicht abgeben wollte, mit dieser Person in die Ehe zu treten (er wollte nichts erklären);

b) wenn er über den Inhalt der Erklärung irrte, d. h. nicht wußte, daß es sich um eine Eheschließung handele (er wollte etwas Anderes erklären).

<sup>1</sup> Das früher im rechtsrheinischen Bayern erforderte distriktspolizeiliche Verehelichungszeugnis (Heimatsges. vom 30. 7. 1899) ist beseitigt durch Ges. vom 21. 8. 1914 Art. 89. Die in einigen Ländern (Bayern, Württemberg) geltenden Erschwerungen der Heirat für Lehrerinnen sind vom RG. als gegen Art. 128 II RV. verstoßend beseitigt worden, Bd. 102, S. 145; Bd. 106, S. 154. Für Schupbeamtete gilt landesrechtlich meist Ähnliches wie für die Reichswehr.

Solche Fälle kommen nicht bloß in Romanen, sondern auch im Leben vor, vgl. RG. JW. 1925, S. 1639 (Eheschließung vor dem russischen Geistlichen).

c) In beiden Fällen a) und b) wird eine Erheblichkeit des Irrtums nicht gefordert (anders § 119).

2. als Motivirrtum, § 1333, und zwar wieder:

a) entweder als Irrtum über die Person, d. h. über die Identität; auch hier wird keine Erheblichkeit gefordert;

b) als Irrtum über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten. In diesem praktisch wichtigsten Falle wird „Erheblichkeit“ gefordert, also die Feststellung, daß die Eigenschaft, über die geirrt wurde, den Irrenden bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von ihrer Eingehung abgehalten haben würde; d. h. gewisse Enttäuschungen müssen in Kauf genommen werden. Stets muß über Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt werden; Irrtum z. B. über eigene Krankheit genügt nicht.

c) Persönliche Eigenschaften sind stets wesensbestimmende Merkmale einer Person, und zwar körperliche, geistige oder sittliche<sup>1</sup>; niemals bloße äußere Umstände oder Verhältnisse (Zugehörigkeit zu einer Konfession, sozialen Gruppe oder Familie, Beruf oder Name); niemals vor allem Vermögensverhältnisse.

Diesen farblosen Sätzen läßt sich erst an Hand der Rspr. Verständnis abgewinnen. Das RG. hat insbesondere herausgearbeitet

α) den allgemeinen Begriff der „persönlichen Eigenschaften“. Das sind die wesentlichen Eigenschaften des Menschen, die als integrierender Bestandteil seiner Individualität erscheinen (Bd. 52, S. 310; Bd. 95, S. 289; Bd. 104, S. 335).

β) die Abgrenzung der wichtigsten persönlichen Eigenschaften im einzelnen. Eine Aufzählung der anerkannten Fälle ist unmöglich und wertlos, da jeweils nicht nur der objektive Tatbestand, sondern stets zugleich auch die subjektive Erheblichkeit zu prüfen ist. Im folgenden nur eine kleine Auswahl:

αα) Bei Krankheiten fordert das RG. für die Irrtumsanfechtung stets Unheilbarkeit (klar ausgesprochen nur in einer unveröffentlichten [!] Entscheidung, IV 64/20, zit. im Komm. der R.G.-Räte).

ββ) Führt die Erkrankung zu Unfruchtbarkeit der Ehe, so ist stets zunächst die subjektive Erheblichkeit zu prüfen (Alter!). Aber auch bei deren Bejahung ist nicht ohne weiteres Anfechtbarkeit gegeben (sehr str.)<sup>2</sup>.

γγ) Das gleiche gilt für sittliche Mängel (insbes. Virginität). Hier wägt die Rechtsprechung jeden einzelnen Fall sorgsam ab<sup>3</sup>; der allgemeine Vorwurf doppelter Moral ist unbegründet.

δδ) Unter den Geisteskrankheiten bereitet die Hysterie die größten Schwierigkeiten. Früher sah man mehr auf die einzelnen Symptome, neuerdings erfaßt man das Krankheitsbild als Ganzes und kommt so zur Anfechtbarkeit der Psychopathenehe<sup>4</sup>.

d) Der Anfechtende ist nicht zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet, § 122 gilt nicht; vielmehr erwachsen ihm u. U. Ansprüche aus § 1345ff. (siehe unten § 11, II).

II. Die arglistige Täuschung, § 1334, ist die absichtliche Irreführung des Partners durch Vorspiegelung falscher Tatsachen; Verschweigen genügt nicht, es sei denn, daß Aufklärungspflicht anzunehmen ist<sup>5</sup>. Im Gegensatz zum Irrtum können hier auch äußere Umstände in Frage kommen (Beruf, soziale Stellung<sup>6</sup>, Vorstrafen, auch von Familienangehörigen, Täuschung über die Absicht, die kirchliche Trauung zu verweigern usw.). Nur die Täuschung über Vermögensverhältnisse kommt auch hier nicht in Betracht; indessen kann eine systematische Irreführung hierüber einen so schweren sittlichen Defekt offenbaren, daß die Irrtumsanfechtung

<sup>1</sup> Vgl. RG. Bd. 52, S. 310; Bd. 95, S. 290; Bd. 104, S. 335 u. a. m.

<sup>2</sup> Subjektiv erheblich kann eine Krankheit auch sein, die der Frau die Mitarbeit im Haushalt unmöglich macht, wenn diese gefordert werden kann, RG. „Recht“ 1930, Nr. 1044.

<sup>3</sup> Vgl. neustens JW. 1927, S. 2124; JurRdschau 1929, S. 2001; WarnRspr. 1929, S. 300.

<sup>4</sup> Vgl. RG. JW. 1918, S. 686; 1922, S. 119 u. a. m.

<sup>5</sup> So RG. Bd. 94, S. 124 (Aufklärungspflicht über eine sterilisierende Operation). Schädigungsabsicht ist nicht erforderlich, RG. Bd. 111, S. 7. Diese Offenbarungspflicht steht gleichsam subsidiär hinter der Anfechtbarkeit wegen wesentlicher Eigenschaften.

<sup>6</sup> KG. JW. 1930, S. 74.

gerechtfertigt ist<sup>1</sup>. Im übrigen bestehen zwei Erschwerungen gegenüber dem Allgemeinen Teil:

1. Die Umstände, auf die sich die Täuschung bezog, müssen erhebliche gewesen sein.

2. Ist die Täuschung von einem Dritten verübt (dem Heiratsvermittler), so ist nur bei positiver Kenntnis des Anfechtungsgegners zur Zeit der Eheschließung die Anfechtungsmöglichkeit gegeben, anders § 123 II, 1.

III. Wer durch **Drohung** zur Eheschließung gezwungen worden ist, kann anfechten, wenn die Bestimmung widerrechtlich war; das wird allerdings stets der Fall sein, da niemand das Recht hat, einen anderen zur Eheschließung zu bestimmen (§ 1297). Ob die Drohung von einem Ehegatten oder einem Dritten ausging, ist gleichgültig.

IV. Über Bestätigung anfechtbarer Ehen siehe oben § 8.

### § 11. Schutzvorschriften für Redliche.

Das Prinzip der Rückwirkung der Ehevernichtung würde, rein durchgeführt, große Härten zeitigen. Daher muß das Gesetz gewisse Personen vor seiner eigenen Konsequenz schützen, und zwar in erster Linie Dritte, die mit den Eheleuten in Geschäftsverkehr getreten sind, dann auch die Ehegatten selbst und endlich die Kinder. Dabei gilt als schutzwürdig, wer nicht positiv von der Vernichtbarkeit der Ehe Kenntnis hatte; Kennenmüssen steht der Kenntnis ebensowenig gleich wie im Grundbuchrecht (§ 892); wir bezeichnen die Schutzwürdigkeit als „Redlichkeit“.

I. Geschützt werden zunächst **redliche Dritte**, die sich mit einem Ehegatten der vernichtbaren Ehe auf ein Rechtsgeschäft oder einen Prozeß eingelassen haben, § 1344. Ihnen können nach der Ausdrucksweise des Gesetzes „Einwendungen aus der Nichtigkeit der Ehe nicht entgegengehalten werden“, d. h. ihnen gegenüber tritt die Rückwirkung der Ehevernichtung nicht ein, sie sind so gestellt, als wäre die Ehe gültig geblieben.

Einzelne Folgerungen hieraus z. B.:

1. Der Mann hat kraft seines Verfügungsrechtes, das dem Dritten bekannt ist (§ 1376), verbrauchbare Sachen der Frau veräußert; bei rückwirkendem Wegfall dieses Rechtes wäre an sich der Herausgabeanspruch gegeben, § 932 würde nicht eingreifen, da er guten Glauben an das Eigentum voraussetzt; wohl aber schützt § 1344 den redlichen Dritten.

2. Der Mann hat kraft seines Prozeßführungsrechtes (§ 1380) auf Herausgabe einer zum eingebrachten Gut gehörigen Sache geklagt, ist aber abgewiesen worden. Die Frau kann nach Vernichtung der Ehe nicht nochmals klagen, das Urteil macht Rechtskraft gegen sie.

3. Die Frau hat im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt (§ 1357) Haushaltsschulden gemacht; der Mann muß sie auch nach Vernichtung der Ehe bezahlen.

4. Dieser Schutz gilt aber nur für Rechtsgeschäfte und Prozesse, nicht auch für Vollstreckungshandlungen. Der Gläubiger des Mannes, der Früchte des eingebrachten Gutes hat pfänden lassen (§ 1383), muß sie trotz Redlichkeit nach Ehevernichtung freigeben (ZPO. § 771).

5. Er gilt ferner nicht bei der Nichtehe, § 1344 II. Doch ist hier von Fall zu Fall zu prüfen, ob nicht aus einer stillschweigenden gegenseitigen Bevollmächtigung zweier Leute, die in Haushaltsgemeinschaft leben, Rechte und Pflichten Dritter herzuleiten sind. (Vgl. M. WOLFF § 28 III.)

II. Geschützt wird aber auch der **redliche Ehegatte**, § 1345. Dies hat natürlich nur Sinn, wenn der andere Ehegatte unredlich war; bei gleicher innerer Disposition beider Ehegatten ist für eine Bevorzugung eines von ihnen kein Raum. Und zwar kann

1. der redliche Ehegatte erreichen, daß er in vermögensrechtlicher Beziehung so gestellt wird, als sei die Ehe vollgültig, aber geschieden gewesen und der unredliche Teil für allein schuldig erklärt worden, d. h. er kann sich auf § 1578ff. berufen. Dementsprechend kann der Redliche vom Unredlichen Unterhalt fordern, Schenkungen widerrufen sowie die ganze Auseinandersetzung nach Scheidungsrecht herbeiführen. Er bewirkt dies alles durch eine unwiderrufliche

<sup>1</sup> RG. JW. 1903, Beil. Nr. 163.

rechtsgestaltende Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten, § 1347. Diese Erklärung kann durch eine Fristsetzung herausgefordert werden, § 1347 II.

Das Gestaltungsrecht des § 1345 findet eine Parallele in der *facultas alternativa* des Schuldners. (TITZE in dieser Sammlung Bd. VIII, S. 24.) Der redliche Ehegatte muß entscheiden, was für ihn günstiger erscheint; kann die redliche Frau vom unredlichen Mann Unterhalt nach Scheidungsrecht verlangen, ist aber der Mann erwerbsunfähig, so wird sie besser die Erklärung aus § 1345 unterlassen und Rückerstattung der vom Manne zu Unrecht gezogenen Nutzungen nach §§ 819, 955, 990 begehren.

2. Bei den Willensmängeln kann die Kenntnis oder Unkenntnis von der Anfechtbarkeit der Ehe nicht entscheidend sein. Vielmehr ist

a) bei der Drohung der Bedrohte, obwohl nicht redlich im Sinne des § 1345, doch zu dessen Anwendung befugt, § 1346;

b) bei Irrtum nicht der Irrende, sondern der Anfechtungsgegner dem Redlichen gleichzusetzen (§ 1346 II analog § 122).

α) Dies gilt jedoch nur, dafern der Anfechtungsgegner die Anfechtbarkeit wegen Irrtums nicht positiv kannte; in diesem Falle muß er sich als unredlich behandeln lassen, § 1346 a. E.<sup>1</sup>;

β) hätte er sie kennen müssen, so muß es wohl analog § 122 II bei der Nichtigkeit bewenden (strittig).

III. Die Redlichkeit der Ehegatten ist indessen noch in einer anderen hochwichtigen Beziehung von Bedeutung, nämlich für das Schicksal der Kinder. Statt diese schlechtweg für ehelich zu erklären, hat das BGB. in unglücklicher Anlehnung an das kanonische Recht den Seelenzustand der Eltern zur Zeit der Eheschließung entscheiden lassen. Es bestimmt daher:

1. Bei beiderseitiger Unredlichkeit sind die Kinder unehelich, wie im Falle der Nichtehe, es tritt volle Rückwirkung ein, § 1699 I, II. Immerhin haben die Kinder aus vernichtbarer Ehe bei Lebzeiten des Vaters auch in diesem Falle Unterhaltsansprüche wie eheliche Kinder, § 1703.

2. War auch nur einer der Ehegatten redlich, so rettet er die Kinder vor der Rückwirkung der Ehevernichtung, diese bleiben ehelich, wenn sie als eheliche geboren wurden, §§ 1699 I, 1595 ff. Dasselbe gilt (anders als oben bei II.) auch bei Redlichkeit beider Gatten.

3. Da die Ehegatten jetzt auseinandergehen, müssen die Kinder verteilt werden. Dafür gilt grundsätzlich dasselbe, wie wenn die Ehe aus beiderseitigem Verschulden geschieden worden wäre, §§ 1700, 1635, vgl. unten § 15 II. Dabei bewendet es bei Redlichkeit beider Eltern; den Unredlichen treffen Strafnachteile:

a) War der Vater unredlich, so verliert er alle Rechte aus der Vaterschaft, also auch das Erbrecht und das Recht, mit dem Kinde zu verkehren, die elterliche Gewalt geht auf die Mutter über, § 1701; die Pflichten des Vaters, insbesondere zum Unterhalt, bleiben bestehen.

b) War die Mutter bösgläubig, so steht sie wie eine schuldig Geschiedene, § 1702, verliert also das Recht der Mitsorge für die Person, § 1634, behält aber das Verkehrsrecht, § 1636.

## E. Wiederverheiratung nach Todeserklärung.

### § 12.

Literatur: MARTIN WOLFF, Bonner Festgabe für BERGBOHM, S. 116 ff. 1919.

I. Wird einer der Ehegatten für tot erklärt, so bewirkt das nach allgemeinen Regeln (§ 18ff.) nicht das Aufhören seines Rechtsbestandes, also auch nicht die Auflösung der Ehe. Wohl aber entsteht die Vermutung, daß die Ehe aufgelöst sei. Demzufolge kann der zurückgebliebene Ehegatte, solange die Vermutung nicht widerlegt ist, eine neue Ehe eingehen. Ist das Ausschlußurteil mit einer Anfechtungs-

<sup>1</sup> RG. Bd. 78, S. 369.

klage (ZPO. § 957) angegriffen, so bildet dies allerdings ein aufschiebendes Ehehindernis, außer wenn 10jährige Ausschußfrist des § 958 II, ZPO. schon abgelaufen war (§ 1349).

II. Das Kernproblem liegt in der Frage nach dem weiteren Schicksal der Ehegatten, wenn der Verschollene durch seine Rückkehr die Todesvermutung widerlegt. Hier galt es für das BGB., den Weg zu finden zwischen der konsequenten, aber lebensfremden Regelung des kanonischen Rechtes, das die neue Ehe zur Nichtigkeit verurteilte, und der gleichfalls konsequenten, aber zu einseitigen Stellungnahme des preußischen Rechtes (ALR. II, 1 § 666), wonach die alte Ehe definitiv unterging. Die vom BGB. gewählte Lösung ist folgende:

1. Die Ehe mit dem Verschollenen wird in dem Augenblick aufgelöst, wo der Zurückgebliebene eine neue Ehe eingeht, § 1348 II.

a) Es gibt also einen Fall, wo die Eheschließung, ein Verwaltungsakt, zugleich auch eine andre Ehe auflöst. Auch der Verschollene kann wieder heiraten. War die Ehe des Verschollenen vernichtbar, so ist sie daher jetzt auch vernichtet.

b) Aber nur die gültige Eheschließung löst die alte Ehe auf. Diese bleibt also bestehen, wenn die neue Ehe aus irgendeinem Grunde vernichtbar ist. Das ist sie insbesondere nach § 1348 I, wenn beide Ehegatten der neuen Ehe positiv wußten, daß der Verschollene den im Ausschußurteil festgesetzten Todeszeitpunkt (§ 18 I) überlebt hat. Der Zurückgekehrte kann jetzt die Nichtigkeitsklage wegen Bigamie erheben und nach Rechtskraft des Urteils den Fortbestand seiner Ehe geltend machen, und sei es auch nur, um nach § 1565 auf Scheidung zu klagen.

2. War einer der Ehegatten der neuen Ehe redlich, oder waren es beide, so bleibt dem Heimkehrer jede Möglichkeit versagt, gegen die neue Ehe anzugehen. Immerhin kann sie beseitigt werden, und zwar dadurch, daß ein Ehegatte der neuen Ehe diese, solange sie noch nicht aufgelöst ist, binnen 6 Monaten anfecht (§ 1350). Indessen ist nur der Redliche hierzu in der Lage; dem Unredlichen ist die Anfechtung versagt, er ist ganz in die Hand des Redlichen gegeben; ficht dieser an, so lebt die Ehe mit dem Zurückgekehrten wieder auf, dieser hat jetzt ebenfalls das Scheidungsrecht aus § 1565.

Die Regelung des BGB. ist anscheinend sehr fein ausgeklügelt, leidet aber an großen Härten gegen den Zurückgekehrten. Er muß sich mit den Ereignissen abfinden, und daß er vielleicht durch den Gedanken, es könne noch nach Jahren ein anderer als der in § 1348 festgesetzte Vernichtungsgrund für die neue Ehe des Zurückgebliebenen auftauchen, von der Wiederverheiratung abgehalten wird, ignoriert das Gesetz. Die Präsomption grober Pflichtvergessenheit des Verschollenen (vgl. Motive IV, S. 642) kann im Zeitalter des Weltkrieges, der Forschungsreisen und Ozeanflüge nicht aufrechterhalten werden.

III. Auf vermögensrechtlichem Gebiet bestimmt § 1351, daß der anfechtende Zurückgebliebene dem redlichen anderen Ehegatten der neuen Ehe Unterhalt nach Scheidungsrecht zu gewähren hat, aber nicht alternativ, sondern kumulativ neben den Ansprüchen aus angefochtener Ehe. Bei Anfechtung durch den neuen Ehegatten bewendet es bei § 1345. Der Zurückgekehrte hat bei gültiger neuer Ehe vermögensrechtliche Ansprüche höchstens aus §§ 823 II, 826. Über die Verpflichtung der Frau zu Unterhaltsbeiträgen für die Kinder vgl. § 1352.

## F. Ehescheidung und Ehetrennung.

### § 13. Prinzipielle Gestaltung.

Literatur: ROSENBERG, Scheidung und Anfechtung der Ehe, 2. Aufl. 1931. Eine große Monographie fehlt.

I. Mit dem Ehescheidungsrecht betreten wir das umstrittenste Gebiet des gesamten Familienrechts. Historische Entwicklungsprozesse und ethisch-religiöse Gebundenheiten liegen hier in scheinbar unentwirrbarem Kampfe mit liberalen Tendenzen, die dem differenzierten Seelenleben des modernen Menschen Rechnung



tragen wollen. Zwei geschichtlich begründete Standpunkte verdienen vor allem der Erwähnung:

1. Die katholische Kirche erklärt seit dem 12. Jahrhundert die (konsummierte) Ehe ihrem sakramentalen Charakter entsprechend für dem Bande nach unlösbar. Sie erkennt nur eine äußere Trennung der Ehegatten (*separatio quoad thorum et mensam*) an.

2. Das Recht der Aufklärungszeit erklärt die Ehe, die als zivilrechtlicher Vertrag aufgefaßt wird, als durch *contrarius actus* lösbar. Demgemäß enthält z. B. das Preuß. Allg. Landrecht einen Katalog von etwa 30 Scheidungsgründen, unter denen wohlbedachte gegenseitige Übereinkunft kinderloser Eheleute und einseitige unüberwindliche Abneigung nicht fehlen.

Beide Standpunkte sind im heutigen staatlichen Ehescheidungsrecht verlassen. Der katholische, wiewohl absolut betrachtet der konsequenteste, bindet den Staat seit der Säkularisierung des Eherechts nicht mehr und erweist sich auch, wie das Beispiel Österreichs zeigt, als praktisch unerträglich, weil das Maß der durchschnittlichen seelischen Leistungsfähigkeit übersteigend. Der naturrechtliche übersieht das Wesen der Ehe als einer Gemeinschaft, die zwar auf Vertrag beruht, aber in ihm nicht aufgeht, und das Eigeninteresse, das der Staat an möglichster Aufrechterhaltung der Ehe hat und haben muß, solange er sie als Keimzelle und Bindemittel der sozialen Ordnung betrachtet; und das muß er tun, solange nicht die Möglichkeit einer andern Gestaltung empirisch nachgewiesen ist. Dieses Eigeninteresse führt aber andererseits gerade wieder zur Anerkennung von Scheidungsmöglichkeiten für den Fall, daß die konkrete Ehe ihren höheren sozialen Zweck infolge inneren Zerfalles nicht mehr erfüllen kann, so daß sie nicht mehr gesunde Zelle im Aufbau des Gesellschaftsorganismus, sondern Giftkeim und Krankheitsherd geworden ist, dessen Ausscheidung im Interesse des sozialen Selbsterhaltungsetriebes geboten ist. M. a. W.: Das gesamte Scheidungsproblem darf nicht vom Standpunkt der individuellen Ehe oder der Freiheit der Einzelpersonlichkeit aus betrachtet werden, sondern in erster Linie vom Standpunkt des als idealen Repräsentanten der Gemeinschaft gedachten Staates aus. Nur unter diesem Gesichtspunkt ist es möglich, zu einer Lösung zu gelangen, die einer gewissen Konsequenz nicht entbehrt.

Der Standpunkt des geltenden Rechts stellt sich als typisches Kompromiß dar. Man erkannte einerseits die Möglichkeit der Ehelösung dem Bande nach aus einer Reihe von Scheidungsgründen an, wollte aber andererseits eine starke Sicherung einbauen in Gestalt des Verschuldungsprinzips. Dieses besagt, daß — mit einziger Ausnahme der Geisteskrankheit, s. unten § 14 IV — der Richter die Ehe nur scheiden darf, wenn ihm ein Verschulden des beklagten Ehegatten nachgewiesen wird. Die Erklärung, daß einer oder gegebenenfalls beide Ehegatten die Scheidungsschuld tragen, ist ein wesentlicher Bestandteil des Scheidungsurteils; auf diesem Werturteil über die Ehe beruhen dann die Regelung der Unterhaltungspflicht, die Verteilung der Kinder usw.

Die überwiegende Strömung in der ganzen Bewegung zur Scheidungsreform<sup>1</sup> geht nun dahin, die einseitige Vorherrschaft dieses Verschuldungsprinzips zu brechen und statt seiner oder neben ihm objektive Scheidungsgründe, insbesondere die werturteilsfreie Feststellung, daß die Ehe unheilbar zerrüttet sei, genügen zu lassen. Will man sich dieser Tendenz anschließen, so muß man sich darüber klar sein, daß damit eine „Erleichterung“ der Ehescheidung gar nicht Hand in Hand zu gehen braucht. Eine solche steht gar nicht zur Debatte; man kann nicht sagen, daß es in

<sup>1</sup> Aus der überreichen Reformliteratur: TRAUMANN, Ehescheidungsrecht der Zukunft 1920; M. MUNK, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung 1923; überragend W. KAHL, Ehescheidung wegen objektiver Ehezerüttung. Gruchots Beitr. Bd. 67 S. 1 ff. (1925); Derselbe, DJZ. 1927, S. 553. KIPP, DJZ. 1931, S. 271.

einem Staate, in dem jährlich gegen 40000 Ehen geschieden werden<sup>1</sup>, noch der Erleichterung bedarf. Wer heute erstlich geschieden werden will, wird sein Ziel mit ziemlicher Sicherheit erreichen, und immer mehr verstärkt sich der Eindruck, daß die Scheidungsmöglichkeit bei nicht wenigen Eheschließungen schon mit einkalkuliert wird. Je mehr soziale Bindungen zerfallen, um so mehr verschwinden die Hemmungen, sich der sog. absoluten Scheidungsgründe (s. u.) zu bedienen<sup>2</sup>. Das Schlagwort von der „Erleichterung“ der Ehescheidung führt nur dazu, weiten Volkskreisen jede Reform unannehmbar zu machen. Nicht um Erleichterung, einzig und allein um „Sanierung“ des Scheidungsrechts kann es sich handeln. Die Anerkennung der objektiven Ehezerrüttung als Scheidungsgrund könnte einen Riegel gegen die Scheidung aus Eigensucht oder Laune vorschieben und so zu einer Gesundung und Reinigung unsres Ehescheidungsrechts führen, das heute oft genug durch würdelose Machenschaften zur Schaffung von Schuldgründen vergiftet wird, insbesondere wenn dem Richter die strengste Prüfung zur Pflicht gemacht würde (vgl. Schweiz. ZGB. Art. 158)<sup>3</sup>. Dann würde die Scheidung nur noch die ultimo ratio für verzweifelte Fälle sein, als welche sie allein berechtigt ist. Übrigens würde jede Erleichterung der Ehescheidung auch den frauenfreundlichen Tendenzen unsrer Zeit widersprechen; denn erfahrungsgemäß ist die Frau im Ehescheidungsprozesse meist der schwächere Teil.

II. Mit Ausnahme des seinerzeit hart umkämpften Scheidungsgrunds der Geisteskrankheit sind also alle Scheidungsgründe des BGB. Verschuldensgründe. Unter ihnen besteht wieder ein gewichtiger Unterschied.

1. Bei einigen von ihnen ist dem Richter die Scheidung zur Pflicht gemacht, wenn ein im Gesetz genau festgelegter Tatbestand objektiv und subjektiv erfüllt ist; eine Beurteilung, wie dieser Scheidungsgrund im übrigen die Ehe beeinflusst habe, steht ihm nicht zu. Das sind die unbedingten oder **absoluten Scheidungsgründe**: Ehebruch, § 1565, Lebensnachstellung, § 1566, und bösliche Verlassung, § 1567.

2. Bei dem in der Praxis wichtigsten<sup>4</sup> Scheidungsgrund hingegen, dem der Ehezerrüttung, § 1568, bedarf es noch der weiteren, nach richterlichem Ermessen zu treffenden Feststellung, daß die Zerrüttung das Maß der Unzumutbarkeit fernerer Ehefortsetzung erreicht habe. (Näheres unten § 14 III.) Hier liegt also ein **relative** Scheidungsgrund vor (ebenso übrigens im Falle der Geisteskrankheit).

III. Die Ehescheidung erfolgt also stets nach vorausgegangenem Prozeß durch ein Gestaltungsurteil. Aber das Gericht handelt hier nur im Dienste des scheidungsberechtigten Ehegatten; materiell beruht die Scheidung zugleich auf einem Rechtsgeschäft des Familienrechtes, auf der einseitigen Erklärung des Berechtigten, daß er sich von der Ehe löse; sie stellt sich also als eine Kündigung der Ehe in besonders erschwerter Form dar (Analogie: Die Kündigungsklage bei der Offnen Handelsgesellschaft nach HGB. § 133).

<sup>1</sup> Die Zahl der Ehescheidungen betrug 1921: 39216, 1922: 36587, 1923: 33939, 1924: 35936, 1925: 35451, 1926: 34105, 1927: 36449, 1928: 36928, 1929: 39424 (auf 100000 Einwohner 61,1 Scheidungen). Die Kurve ist also wieder in steilem Anstieg. Einen großen Anteil haben immer noch die Kriegsehen (10 bis 15jähr. Dauer). Vor dem Kriege waren die Scheidungszahlen weit niedriger (1899: 9563, 1913: 17835). Innerhalb des Reiches halten Berlin und Hamburg die Spitze. (Hamburg 203,2, Berlin 189,7 Scheidungen auf 100000 Einwohner). Diese „relative Scheidungsziffer“ beträgt in Frankreich 47,1, in England und Wales nur 8,6. (Vgl. „Wirtschaft und Statistik“ 1931, S. 127).

<sup>2</sup> Dafür spricht die relative Zunahme der Scheidungen wegen Ehebruchs gegenüber der Vorkriegszeit.

<sup>3</sup> Mindestens ebenso wichtig wie die Reform des materiellen Scheidungsrechtes ist die Reform des Eheprozesses. Doch kann hierauf nicht näher eingegangen werden. Vgl. die Verhandlungen des 35. Dtsch. Juristentags (Salzburg 1928).

<sup>4</sup> Er trug 1925 ca. 60 % aller Scheidungsurteile.

IV. Neben der Ehescheidung hat das BGB. die vom PStG. in tendenziöser Weise verworfene, dem kanonischen Recht entlehnte Trennung von Tisch und Bett unter dem Namen „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“ wieder aufgenommen (siehe unten § 16).

V. Für die Scheidungs- und Aufhebungsklage gelten ebenfalls die in ZPO § 606ff. aufgestellten Sonderregeln des Eheprozesses. Ein Sühneversuch vor dem Amtsgericht mit persönlicher Beteiligung der Parteien ist in der Regel erforderlich (§ 608). Eine besonders große Rolle spielen die einstweiligen Verfügungen des Prozeßgerichts zur Regelung des Getrenntlebens, der Unterhaltungspflicht, der Kinderverteilung usw. (ZPO. § 627, sehr strittige Fragen).

## § 14. Die Scheidungsgründe.

Literatur: MÜSER, Ehescheidungsgründe 1913; TUNICA-GOLDSCHMIDT, Scheidungsrecht<sup>2</sup> 1926 (Spruchsammlung).

### I. Die absoluten Scheidungsgründe.

1. An die Spitze stellt das Gesetz, der Linie früherer Rechtsentwicklung folgend, den Ehebruch und gewisse Sittlichkeitsdelikte, § 1565. Dabei hat es sich der Aufgabe entzogen, eigene Begriffsbestimmungen aufzustellen, entlehnt vielmehr einfach die entsprechenden Begriffe dem Strafrecht. Diese enge Anlehnung an das Strafrecht ist hier wie überall im BGB. nicht glücklich; ja, es fragt sich überhaupt, ob nicht vor der Stempelung einzelner Sittlichkeitsdelikte zu unbedingten Scheidungsgründen ihr Aufgehenlassen in den allgemeinen Tatbestand der Ehezerüttung den Vorzug verdiente.

a) **Ehebruch** ist demnach der normale vollendete Beischlaf zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, von denen wenigstens die eine gültig (wenn auch verneinbar, s. oben § 8 II) verheiratet ist.  $\alpha$ ) Zur Begründung der Klage genügt nicht die allgemeine Behauptung, der Partner habe die Ehe gebrochen, sondern nur die Angabe genau spezialisierter Tatsachen; allerdings wird man im einzelnen Falle an die Feststellung von Zeit und Ort des Ehebruchs nicht allzu scharfe Anforderungen zu stellen haben; nicht einmal die Person, mit der die Ehe gebrochen wurde, muß bekannt sein; nur wenn sie sich aus den Verhandlungen ergibt, ist sie in dem Scheidungsurteil zu bezeichnen (wegen § 1312; vgl. ZPO. § 624)<sup>1</sup>.  $\beta$ ) Der Beweis des Ehebruchs wird für den klagenden Ehegatten oft sehr erschwert sein durch das Zeugnisverweigerungsrecht des Ehebrechers (ZPO. § 384 Z. 2); gelegentlich hilft ein dem Beklagten auferlegter richterlicher Eid; eine Eideszuschiebung über Tatsachen, die zur Scheidung führen sollen, ist unzulässig (ZPO. § 617 II). Oft schützt gleichzeitige hilfsweise Begründung der Klage aus § 1568 vor Abweisung<sup>2</sup>.

b) Weitere Tatbestände sind die Doppelehe (StGB. § 171) und die widernatürliche Unzucht im Rahmen des § 175 StGB. Alle diese Scheidungsgründe müssen als vollendete vorliegen; als versuchte können sie höchstens für § 1568 in Frage kommen.

c) Überall ist die Scheidung ausgeschlossen, wenn der Kläger der strafbaren

<sup>1</sup> Eine Berufung allein wegen unterlassener Feststellung der Person des Ehebrechers ist unzulässig (TUNICA-GOLDSCHMIDT S. 85). Aber mit Rücksicht auf §§ 1312, 1328, StGB. § 172 kann sich beschweren, wessen Ehe statt aus § 1568 aus § 1565 geschieden wurde, RG. Bd. 110, S. 45; Bd. 115, S. 194.

<sup>2</sup> In einem solchen Falle darf erst auf § 1568 zugekommen werden, wenn § 1565 nicht zum Ziele führt; der Kläger hat (wegen § 1312, StrGB. § 171) ein Recht auf Scheidung wegen Ehebruchs. RG. Bd. 115, S. 1; JW. 1930, S. 985. Hat er aus § 1568 und § 1565 zugleich geklagt (also § 1568 nicht nur hilfsweise angeführt), so muß das Gericht aus dem Grunde entscheiden, der zuerst spruchreif wird (ZPO. § 300). Umgekehrt hat der Beklagte das Recht auf milde Behandlung, es ist *reformatio in peius* (verboten in ZPO. § 536), wenn die höhere Instanz von § 1568 auf § 1565 übergeht (RG. Bd. 115, S. 194).

Handlung ernstlich zugestimmt<sup>1</sup> oder sich der Teilnahme schuldig gemacht hat § 1565 II (insbesondere durch Anstiftung eines Dritten zum Ehebruch). Ebenso, wenn die Handlung dem Täter nicht zurechenbar, etwa in Willensstörung<sup>2</sup>, entschuldbarem Irrtum<sup>3</sup>, Rechtsunkenntnis<sup>4</sup> oder unter Zwang (Notzucht) begangen war.

d) Eine Kompensation von beiderseits begangenen Ehebrüchen (wie vielfach in älteren Rechten) findet nicht statt. Vielmehr sind dann gegebenenfalls beide Ehegatten für schuldig zu erklären.

2. Im Gegensatz dazu ist der Tatbestand der **Lebensnachstellung** (§ 1566) völlig vom Strafrecht losgelöst. Ein strafrechtlich relevanter Akt (Mordversuch) braucht nicht vorzuliegen; es genügt ein in Tötungsabsicht geschehener, zurechenbarer, ernst zu nehmender Angriff<sup>5</sup>, selbst mit völlig untauglichen Mitteln (Vergiftenwollen mit Zucker statt Arsen).

3. Zum Tatbestand der **böslichen Verlassung** (§ 1567) gehört ein absichtlicher Verstoß gegen den Ehezweck des gemeinsamen Lebens. Der Verlassende muß den Willen haben, die häusliche Gemeinschaft zu zerstören, ohne die Absicht sie je wieder aufzunehmen und gegen den Willen des andern Ehegatten (sonst liegt nur „Getrenntleben“ vor). Die Verlassung kann also darin bestehen, daß ein Gatte den andern buchstäblich im Stiche läßt, oder daß er ihn verstößt, seine Aufnahme weigert, oder die Frau nicht folgt, wohin sie zu folgen verpflichtet ist (§ 1354), z. B. am Hochzeitstage nicht von Hause weg will; die häusliche Gemeinschaft braucht also noch gar nicht begonnen zu haben. Im übrigen unterscheidet das Gesetz:

a) die eigentliche Verlassung, *desertio* (§ 1567 II Nr. 2); sie liegt vor, wenn der schuldige Teil dergestalt abwesend ist, daß die Voraussetzungen öffentlicher Zustellung (ZPO. § 203) ein Jahr lang gegen ihn bestanden haben und bis zum Urteil fortbestehen (§ 1567 III); auch die böslische Absicht muß das ganze Jahr über angedauert haben; praktisch wird man sich mit dem Nachweis zu begnügen haben, daß er in böslischer Absicht fortgegangen ist (PLANCK-UNZNER 5b zu § 1567).

b) Die uneigentliche Verlassung, *Quasi-desertio* (§ 1567 II 1). Hier muß der Schuldige nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft (d. h. räumliche, nicht auch örtliche Trennung) rechtskräftig zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt worden sein, und darauf dem Urteil in böslischer Absicht ein Jahr lang die Folge verweigert haben (möglich wegen § 888 ZPO.!); dann erst kann Scheidungsurteil ergehen; die Klage kann schon vorher erhoben werden<sup>6</sup>, und es ist auch nicht nötig, daß die böslische Absicht bis zum Urteil fortbestanden hat<sup>7</sup>. Trotz seiner langen Dauer ist dieser Weg nicht unbeliebt, da er vorläufig noch der einzige zur Lösung einer ohne nachweisbare Schuld zerrütteten Ehe ist. Freilich setzt dies voraus, daß schon die Herstellungsklage nicht von dem ernstlichen Herstellungswillen des Klägers getragen wird; die Praxis kommt hier insofern entgegen, als sie den Herstellungswillen vermutet, solange nicht die Absicht einer einverständlichen Scheidung aus besonderen Umständen hervorgeht<sup>8</sup>.

II. In Ergänzung der absoluten Scheidungsgründe stellt das Gesetz als unentbehrliche Generalklausel den relativen Scheidungsgrund des § 1568 auf. Zusammen-

<sup>1</sup> Besser würde man von „Einverständnis“ als von Zustimmung sprechen, da dem Täter gegenüber keinerlei Erklärung erforderlich ist, RG. Bd. 85, S. 204. Guter Glaube an die Zustimmung schützt nicht. Doch kann auch nachträglich „zugestimmt“ werden, das ist ganz etwas Anderes als die „Verzeihung“ des § 1570; vgl. RG. JurRdschau 1930, S. 1460.

<sup>2</sup> RG. JurRdschau 1930, S. 1804.

<sup>3</sup> OLG. Hamm Rspr. 1928, S. 170. Vgl. LEONHARD FRANKS Novelle „Karl und Anna“.

<sup>4</sup> Vgl. RG. Bd. 120, S. 38. Auf Entschuldbarkeit kommt es dabei nicht an.

<sup>5</sup> Vgl. RG. Bd. 100, S. 114; Bd. 112, S. 32. <sup>6</sup> RG. Bd. 83, S. 62.

<sup>7</sup> Über vorübergehende Rückkehr ohne Herstellungswillen vgl. RG. Bd. 107, S. 332. Kein Schutz des guten Glaubens, die Herstellung verweigern zu dürfen: RG. Bd. 118, S. 191.

<sup>8</sup> Vgl. STAUDINGER 2c zu § 1567.

fassend kann man ihn bezeichnen als den **Scheidungsgrund der Ehezerüttung**. Hiernach kann der Richter die Ehe scheiden, wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Lebens eingetreten ist, daß dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann, und zwar auf Grund eines Verschuldens des Beklagten, das sich darstellt als schwere Verletzung der ehelichen Pflichten, ehrloses oder unsittliches Verhalten. Also Häufung relativer Tatbestandsmerkmale! Besonders wichtig ist dabei, daß jedem dieser vier Elemente durch eignes ehewidriges Verhalten des Klägers das zur Scheidung nötige spezifische Gewicht entzogen werden kann. Im einzelnen:

1. Die Ehe muß zerrüttet, d. h. dauernd (nicht notwendig „unheilbar“) zerstört, in ihren sittlichen Grundlagen aufgehoben sein; es muß völlige Entfremdung der Ehegatten eingetreten, die eheliche Gesinnung des Verletzten erloschen sein. Also keine Scheidung, wenn aus eigenem Verhalten des Klägers folgt, daß er das Benehmen des Beklagten nicht als ehezerrüttend empfunden hat (z. B. völlige Gleichgültigkeit gegen Untreue)<sup>1</sup>.

2. Diese Zerrüttung muß vom Beklagten verschuldet worden sein. Das bedeutet einmal:

a) Verursachung der Zerrüttung, d. h. Kausalzusammenhang zwischen Ehwidrigkeit und Entfremdung; auf Verfehlungen, die dem Kläger erst nach eingetretener Entfremdung bekannt geworden sind, kann er sich nicht berufen. Es ist aber anderseits nicht erforderlich, daß nur die Ehwidrigkeit des Beklagten die Zerrüttung herbeigeführt habe; Mitverursachung durch den Kläger schließt die Scheidung nicht aus; immer aber muß durch die Handlungsweise des Beklagten noch eine Steigerung der Entfremdung herbeigeführt worden sein. Freilich gibt es auch Fälle, wo eigene Angriffe des Klägers den Kausalzusammenhang unterbrochen haben. Stets schließt seine Zustimmung die Ehwidrigkeit aus<sup>2</sup>.

b) Die Zerrüttung muß dem Beklagten zum Verschulden zugerechnet werden können, und zwar zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit (z. B. fahrlässige venerische Infektion). Wo keine zurechenbare Handlung, da keine Scheidung; so können Ehen geistig abnormer, psychopathischer Persönlichkeiten oft nicht aus § 1568 geschieden werden. Nicht nötig ist, daß der Beklagte sich gerade der ehezerrüttenden Wirkung seines Verhaltens bewußt gewesen ist (z. B. bei religiösen Quälereien, Querulantenwahn)<sup>3</sup>. Kann überhaupt nicht festgestellt werden, welchen Ehegatten die Verschuldung an der Entfremdung trifft, so muß die Klage abgewiesen werden (nicht selten bei weltanschaulichen Differenzen).

3. Infolge der Zerrüttung muß die Fortsetzung der Ehe dem Kläger unzumutbar sein. D. h. der Richter muß auf Grund objektiver Kriterien feststellen, ob man vom Kläger die Fortsetzung der Ehe verlangen kann oder nicht. Hier kommt es also zur Geltung, daß die Ehe als „höhere Ordnung“ dem Willen der Parteien entzückt ist.

Insbesondere ist die Fortsetzung der Ehe demjenigen zumutbar, der es selbst an der rechten ehelichen Gesinnung hat fehlen lassen. Dabei hat die Rspr. früher auf den ursächlichen Zusammenhang Wert gelegt, die Scheidung also nur versagt, wenn der Kläger den Beklagten zu seinen Verfehlungen herausgefordert hat<sup>4</sup> (wechselseitige Beleidigungen). So kam man bei § 1568 doch zu einer Art „Kompensation“. In der Nachkriegszeit<sup>5</sup> ist man dazu übergegangen, auf den Gesamt-

<sup>1</sup> RG. Bd. 103, S. 326; Leipz. Zschr. 1915, S. 35; 1919, S. 968; 1920, S. 236. Daß ein Geisteskranker nicht Scheidung begehren könne, wenn er die ihm angefügte Kränkung nicht mehr als solche empfinden könne (so RG. Bd. 85, S. 11) ist aber unzutreffend.

<sup>2</sup> Sie beseitigt die objektive Rechtswidrigkeit. Ebenso Putativnotwehr: RG. JurRdschau 1928, S. 1709.

<sup>3</sup> Eignes Verhalten des Klägers kann die Zurechenbarkeit aufheben. So z. B. wenn der Ehegatte eines Trinkers diesen animiert oder auch nichts getan hat, um ihn zu heilen.

<sup>4</sup> So früher RG. JW. 1920, S. 438.

RG. JW. 1923, S. 372, 984; 1927, S. 1193. Etwas einschränkend: JW. 1928, S. 3039.

verlauf der Ehe abzustellen; demnach wäre der Frau, die Treulosigkeit des Mannes mit Vernachlässigung des Haushalts erwidert, die Ehe nicht unzumutbar. Ergebnis: Je zerrütteter die Ehe, desto schwerer die Scheidung! Soweit darf der favor matrimonii nicht getrieben werden. Richtig M. WOLFF, § 34 bei A. 30: Nicht daß die Ehe dem Kläger zumutbar, sondern daß sie auch dem Beklagten unzumutbar geworden sei, ist zu folgern.

4. Der objektive Tatbestand der vom Beklagten verwirklichten Eheverfehlungen muß sich charakterisieren

a) entweder als eine schwere Verletzung seiner Pflichten gegen den anderen Partner; als Beispiel führt das Gesetz grobe Mißhandlungen an. Wann eine Verletzung eine „schwere“ ist, läßt sich nur aus dem Einzelfall unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe bestimmen. Soziale Verhältnisse und sonstige Begleitumstände sind bei Tätlichkeiten und wörtlichen Beleidigungen in Betracht zu ziehen<sup>1</sup>. Ferner gehören hierher Bedrohungen, Bloßstellungen im gesellschaftlichen Verkehr, üble Nachrede, unbeweisbare Prozeßbehauptungen<sup>2</sup>, unbegründete Strafanzeigen (wobei jedoch die Frage des berechtigten Interesses zu prüfen ist), ferner sexuelle Rücksichtslosigkeit, Treuwidrigkeiten, Verweigerung der kirchlichen Trauung, Religionswechsel aus materiellen Gründen<sup>3</sup>, Verlassung außerhalb des Rahmens des § 1567, Pflichtwidrigkeiten in bezug auf die Vermögensverwaltung, Kindererziehung<sup>4</sup>, Haushaltsführung usw.

Eigenes Verhalten des Klägers ist dabei insofern zu berücksichtigen, als es die Tat in milderem Lichte erscheinen lassen, ihr den Charakter einer schweren Pflichtverletzung nehmen kann. Einmaliges Tätlichwerden in der Erregung über eine Treulosigkeit ist vielleicht milder zu beurteilen als jahrelange ununterbrochene Beschimpfungen deswegen<sup>5</sup>.

b) oder als ehrloses und unsittliches Verhalten<sup>6</sup>, das sich nicht notwendig gegen den Ehepartner zu richten braucht; so z. B. Trunksucht, Ergreifung eines ehrlosen Gewerbes, Verschwendungssucht, endlich unehrenhafte Verbrechen und Vergehen (nicht die Bestrafung deswegen; so kann z. B. strafloser Diebstahl [StGB. 247 II] Scheidungsgrund sein).

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, in welchen Fällen ein unabweisbares Bedürfnis nach Anerkennung der objektiven Ehezerrüttung als Scheidungsgrund besteht. Es handelt sich vor allem um die Fälle der Entfremdung der Ehegatten ohne nachweisbaren Grund und um die Ehe psychopathischer Personen. Aber eine völlige Abkehr vom Verschuldensprinzip ist auch hier nicht angezeigt<sup>7</sup>. Es kann nicht geduldet werden, daß derjenige, den die überwiegende Schuld trifft, unter dem Deckmantel der objektiven Zerrüttung die Scheidung durchsetzt. Bei dieser Sachlage muß es dem Beklagten offen stehen, das klägerische Verschulden als Einwendung geltend zu machen, womit er allerdings zugleich die Beweislast übernehmen würde. Diesem Gedankengang trägt der oben § 2 II erwähnte Entwurf Rechnung, indem er folgenden § 1568a vorschlägt:

„Ein Ehegatte kann ferner auf Scheidung klagen, wenn aus einem anderen Grunde eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten ist, daß ihm die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Das Klagerecht besteht nicht, wenn er selbst einen Scheidungsgrund gegeben hat oder anderweit die Zerrüttung der Ehe vorwiegend durch sein schuldhaftes Verhalten herbeigeführt worden ist.“

Es ist zu hoffen, daß durch diese Umdeutung des Verschuldens vom Klagegrund zur Einwendung in einer Reihe von Fällen ein glatterer Prozeßverlauf erreicht wird.

Beachtlich ist ferner, daß der Entwurf die Zumutbarkeit beibehalten hat (nach dem oben Gesagten nicht unbedenklich; besser wäre es vielleicht gewesen, bei der KAHLSCHEN Fassung stehen zu bleiben: „daß eine dem Wesen der Ehe entsprechende Fortsetzung der Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann“). Endlich, daß der Entwurf es ablehnt, wie von ver-

<sup>1</sup> RG. JW. 1907, S. 142; 1911, S. 945 usw.

<sup>2</sup> RG. JW. 1928, S. 903. OLG. Karlsruhe, Bad. Rspr. 1930, S. 62. So reiht sich oft an eine abgewiesene Scheidungsklage sofort eine neue mit vertauschten Rollen!

<sup>3</sup> RG. Leipz. Zschr. 1921, S. 340. <sup>4</sup> RG. Bd. 124, S. 54.

<sup>5</sup> Vgl. etwa RG. Seuff. Arch. Bd. 78, S. 151; Recht 1930, Nr. 814.

<sup>6</sup> Daß nicht ganzen Volksschichten das feinere Gefühl für Ehrenhaftigkeit abgesprochen werden darf, betont mit Recht RG. JW. 1916, S. 1192.

<sup>7</sup> Sehr beachtlich dazu HELLER, Arzt und Eherecht S. 124 ff.

schiedenen Seiten beantragt wurde, auf eine ein- oder mehrjährige „Heimtrennung“ vor Erhebung der Klage abzustellen. Diese ließe sich unter den gegenwärtigen Verhältnissen kaum durchführen.

III. Heute noch allein außerhalb des Systems der Verschuldensgründe steht die Scheidung wegen **Geisteskrankheit**. Es muß sich dabei um eine totale geistige Erkrankung, nicht bloß um eine partielle (z. B. Kleptomanie) handeln; diese Erkrankung muß während der Ehe drei Jahre lang bestanden haben und zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung einen Grad erreicht haben, der „die“ geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten ausschließt, das ist nicht jede geistige Gemeinschaft, sondern die spezifisch zur Erfassung der Ehe notwendige; geistiger Tod wird nicht verlangt<sup>1</sup>. Wohl aber muß jede Aussicht auf Wiederherstellung ausgeschlossen sein, worüber wenigstens ein Sachverständiger zu hören ist, ZPO. § 623. Entmündigung des Geisteskranken ist nicht erforderlich, es genügt Bestellung eines Pflegers für den Scheidungsprozeß.

Auch die Voraussetzungen des § 1569 — dessen Anwendungsgebiet bei Annahme des § 1568a erheblich geschmälert werden würde — sollen geändert werden. Der Entwurf schlägt folgende Fassung vor: „Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte in Geisteskrankheit verfallen ist, der Krankheitszustand einen solchen Grad erreicht hat, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist und kein Anhalt dafür besteht, daß sie wieder hergestellt werden wird.“

IV. Der **Schuldausspruch** ist nach geltendem Recht notwendiger Bestandteil jedes Scheidungsurteils, dafern es nicht wegen Geisteskrankheit ergeht, § 1574 I; fehlt er, so kann Urteilsergänzung beantragt werden, ZPO. § 321.

1. Siegt also der Kläger, so ist der Beklagte für schuldig zu erklären; eine Schuldigerklärung des Klägers ist nach den Regeln des Prozeßrechts ausgeschlossen, solange der Beklagte in der Defensiv verharret. Indessen kann der Beklagte Widerklage erheben, in der er ebenfalls um Scheidung, aber aus dem Verschulden des Klägers oder beider Teile bittet, § 1574 II. Dann muß das Gericht über Klage und Widerklage in einem Verfahren entscheiden; ein Teilurteil in Ehesachen ist nach der ständigen Praxis des RG.<sup>2</sup> ausgeschlossen.

2. Will der Beklagte nichts anderes erreichen als die Mitschuldigerklärung des anderen Teils, so kann er sich dazu statt der Widerklage auch des einfachen Antrags bedienen (§ 1574 III). Das hat den doppelten Vorteil:

a) daß der Beklagte dazu Gründe benutzen darf, die infolge Verzeihung (§ 1570) oder Zeitablaufs (§ 1571) nicht mehr klageweise hätten geltend gemacht werden können, dafern sie nur bestanden, als der Kläger seinen Scheidungsgrund erhielt<sup>3</sup> (es wird eine Art „Aufrechnungslage“ konstruiert);

b) daß der Beklagte sicher ist, daß die Ehe nicht etwa auf seine Widerklage hin geschieden wird, was er vielleicht aus religiösen Gründen vermeiden möchte.

V. **Erlöschen des Scheidungsrechts** tritt ein aus den allgemeinen Gründen des Erlöschens aller Rechte, auch durch rechtsgeschäftlichen Verzicht<sup>4</sup> (strittig). Daneben bestehen noch besondere Gründe:

1. Die prozessuale Konsumption, ZPO. § 616; der Kläger, der mit einer Scheidungsklage abgewiesen ist, kann auch aus anderen Gründen die Scheidung nicht begehren, wenn er diese in dem erledigten Verfahren vergeblich geltend gemacht hat oder doch geltend machen konnte. Das gleiche gilt vom Beklagten, wenn er die Möglichkeit der Widerklage hatte<sup>5</sup>.

2. Bei allen Verschuldensgründen erlischt das Scheidungsrecht durch **Verzeihung**, § 1570. Das ist im Gegensatz zum Verzicht kein Rechtsgeschäft, aber auch kein

<sup>1</sup> RG. Bd. 97, S. 340; Bd. 98, S. 296; Bd. 100, S. 108. Auf Verschulden des Klägers kommt es hier nicht an.

<sup>2</sup> RG. Bd. 58, S. 307; Bd. 94, S. 153; Bd. 104, S. 294; JW. 1924, S. 46.

<sup>3</sup> RG. Bd. 104, S. 86.

<sup>4</sup> RG. JW. 1915, S. 148.

<sup>5</sup> Dazu RG. Recht 1928, S. 77.

nach außen projizierter Vorgang des reinen Gefühlslebens<sup>1</sup> — die innere Einstellung des Verletzten spielt dabei keine Rolle. Die Verzeihung ist vielmehr eine — vielfach durch schlüssige Handlung getätigte — Rechtshandlung, aus der hervorgeht, daß der verletzte Ehegatte die Ehe fortzusetzen gewillt ist; daran knüpft dann das Gesetz die Folge des Anspruchsverlustes. Daher sind die Regeln des allgemeinen Teils über Willensfähigkeit nicht anwendbar; die Anfechtung wegen Willensmangels bedarf es nicht, da eben nicht verziehen hat, wer über die Schwere der Schuld irrte<sup>2</sup>.

3. Fristablauf, § 1571; eine Sechsmonatsfrist läuft a tempore scientiae, eine objektive zehnjährige vom Scheidungsgrund an. Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft hemmt den Lauf der Frist, § 1571 II; der unschuldige Ehegatte braucht also, solange er getrennt lebt, den Verlust des Scheidungsrechts nicht zu befürchten; um nicht zu lange hingehalten zu werden, kann ihm der andere Teil zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft oder zur Erhebung der Scheidungsklage eine Frist setzen. — Präkludierte Scheidungsgründe können im Laufe eines Prozesses, der aus anderem Grunde begonnen wurde, immer noch geltend gemacht werden, wenn sie nur zur Zeit der Klageerhebung noch nicht ausgeschlossen waren, § 1572, und später noch als „Illustrationsfakten“, § 1573<sup>3</sup>.

VI. **Scheidungsverträge**<sup>4</sup>. Sehr häufig werden zwischen den Parteien Vereinbarungen getroffen, die den Gang des Scheidungsverfahrens oder die Wirkungen der Ehescheidung zum Gegenstande haben. Solche Verträge werden in der Rechtsprechung verschieden beurteilt. Es sind folgende Grundtypen zu unterscheiden:

1. Verträge, die den Gang des Scheidungsprozesses betreffen, sind regelmäßig dann nichtig, wenn sie gegen den in der ZPO. (§§ 617, 622) aufgestellten Grundsatz des Eheschutzes verstoßen. So wenn die Scheidung dadurch herbeigeführt werden soll, daß ein fingierter Scheidungsgrund zwischen den Parteien vereinbart wird (wobei es nach dem RG. gleichgültig ist, ob ein anderer Scheidungsgrund wirklich besteht)<sup>5</sup>. Oder wenn sich ein Partner dazu verpflichtet, anspruchvernichtende Einwendungen (Einwilligung, Verzeihung)<sup>6</sup> nicht vorzubringen oder auf ein Rechtsmittel zu verzichten<sup>7</sup>.

2. Hingegen ist nicht ohne weiteres nichtig das sog. Paktieren über Scheidungsgründe (die Parteien vereinbaren, daß von mehreren wirklich bestehenden Scheidungsgründen nur einer vorgetragen werden soll; einer von ihnen „nimmt die Schuld auf sich“)<sup>8</sup>. Es ist nicht einmal sittenwidrig, dafür Vermögensvorteile zu gewähren<sup>9</sup>. Solche Verträge dienen der Schonung des Gegners und der Reinigung des Verfahrens von unnötigem Ballast.

3. Die meisten Verträge betreffen die Scheidungswirkungen, vor allem die im folgenden zu erörternde Unterhaltsgewährung, das Verhältnis zu den Kindern usw. Solche Verträge sind grundsätzlich gültig, auch wenn sie faktisch die Scheidung erleichtern, d. h. für den begünstigten Teil annehmbarer machen, indem sie ihn wirtschaftlich sicherstellen<sup>10</sup>. Nur wenn die Bereitschaft eines der Scheidung grundsätzlich abgeneigten Partners geradezu erkaufte oder eine Zwangslage ausgenutzt werden soll, wird man Verstoß gegen die guten Sitten und somit Nichtigkeit anzunehmen haben<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> RG. Bd. 96, S. 286; Bd. 105, S. 107; Jur. Rdschau 1928, S. 2092.

<sup>2</sup> RG. Bd. 123, S. 237; JW. 1928, S. 905. <sup>3</sup> RG. Bd. 129, S. 102.

<sup>4</sup> ROCH: Verträge über Ehescheidungsfolgen. Berlin 1926; RUNGE, Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht. Heidelb. Diss. 1926; ROSENBERG, AZPr. 1927, S. 46ff. und JW. 1930, S. 108.

<sup>5</sup> RG. Warn. Rspr. 1920, Nr. 4; Recht 1924, Nr. 1519; JW. 1928, S. 1500; 1930, S. 983.

<sup>6</sup> RG. Bd. 118, S. 174.

<sup>7</sup> RG. Bd. 118, S. 171; Bd. 123, S. 84; Bd. 126, S. 321 = JW. 1930, S. 984.

<sup>8</sup> KG. in Bl. f. Rpf. 1917, S. 15ff. (vgl. AZPr. 1927, S. 57; RG. JW. 1930, S. 984 mit Zit. aus älteren E.).

<sup>9</sup> OLGE. Bd. 32, S. 10.

<sup>10</sup> RG. JW. 1913, S. 128; 1916, S. 573; 1920, S. 640 u. a. m.

<sup>11</sup> RG. Bd. 108, S. 213; OLG. Hamburg Jur. Rdschau 1929, S. 367.



### § 15. Die Scheidungswirkungen.

I. Die Scheidungswirkungen treten für die Zukunft mit der Rechtskraft des Urteils ein; der Randvermerk im Heiratsregister (PStG. § 55) hat nur deklaratorische Bedeutung. Die Scheidung löst die Ehe ex nunc auf; jeder Ehegatte kann wieder heiraten, auch seinen früheren Ehegatten. Gewisse Vorwirkungen, insbesondere erbrechtliche, hat auch schon die rechtmäßig erhobene Scheidungsklage, §§ 1933, 2077. Die allgemeinen Wirkungen, die die Scheidung mit den andern Eheauflösungsgründen gemeinsam hat, wie Aufhören der ehelichen Lebensgemeinschaft, des Güterstands, Verlust des Wohnsitzes (§ 10), des Erb- und Pflichtteilrechts sind hier weiter nicht zu verfolgen. Von besonderem Interesse sind aber folgende spezifischen Scheidungswirkungen:

#### 1. Hinsichtlich des Namensrechts:

a) Grundsätzlich hat die geschiedene Frau drei Möglichkeiten: Sie kann ihren Ehenamen fortführen oder ihren Mädchennamen oder den in einer früheren Ehe geführten Namen wieder annehmen, § 1577. Die Wiederannahme erfolgt durch öffentlich beglaubigte Erklärung an die nach Landesrecht zuständige Behörde (Preußen: Standesamt).

b) Ist die Frau für allein schuldig erklärt, so ist ihr der frühere Ehe name versagt und der geschiedene Mann kann ihr die Führung seines Namens (durch Erklärung wie oben) untersagen. Es bleibt ihr also nur der Mädchenname, § 1577 III. Abweichendes gilt für die Firma (HGB. § 21).

Ein vertraglicher Verzicht des Mannes auf sein Untersagungsrecht oder der Frau auf ihr Namensführungsrecht ist zulässig. — § 1577 kann entsprechende Anwendung finden, wenn der Mann den Namen der Frau dem seinigen hinzugefügt hatte.

#### 2. Hinsichtlich der Unterhaltspflicht.

Für sie trifft das BGB. eine sehr verwickelte Regelung.

a) Die Unterhaltspflicht nach Scheidung ist ein abgeschwächter Rückstand der ehelichen. Sie trifft grundsätzlich den schuldigen Ehegatten zugunsten des unschuldigen. Bei Schuld beider Partner kommt sie nicht zur Entstehung.

Dasselbe würde künftig gelten, wenn eine Scheidung ohne Verschulden ausgesprochen werden könnte, wie es § 1568a des Entwurfs zulassen will (vgl. oben § 14 II a. E.). Indessen sieht § 1579a doch eine Unterhaltsregelung nach Billigkeit vor. — Es ist klar, daß gerade die Unterhaltsfrage den Scheidungsprozeß sehr belastet; oft stellt sie das Hauptmotiv des Kampfes dar. Aber ein Weg, sie abzutrennen und einem besonderen Nachverfahren zu überweisen, ist noch nicht gefunden.

b) Der schuldige Teil hat dem unschuldigen Unterhalt zu gewähren, und zwar notfalls unter Opferung seines Vermögens. Im übrigen bestehen Unterschiede.

α) Ist der Mann der schuldige Teil, so kann die Frau von ihm den standesgemäßen Unterhalt fordern, solange sie ihn nicht aus den Renten ihres Vermögens oder aus Arbeitseinkommen (wirklichem oder möglichem) bestreiten kann. Letzteres wird aber bloß gerechnet, wenn eigne Erwerbstätigkeit der Frau nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben<sup>1</sup>, üblich war, § 1578 I. Den Stamm ihres Vermögens braucht sie nicht anzugreifen.

Dies ändert sich, wenn der Mann selbst in Not gerät (näheres § 1579 I 1) oder wenn er minderjährigen Kindern oder nach Wiederverheiratung einem neuen Ehegatten Unterhalt zu gewähren hat (§ 1579 I 2). Nach dem Wortlaut von § 1579 II würde dann sogar jede Unterhaltspflicht erlöschen, solange die Frau noch von ihrem Vermögen leben kann. Doch hat die Rspr. (vor allem R.G. Bd. 97, S. 277) die darin liegende große Härte gemildert: ein Raubbau an ihrem Vermögen soll der Frau nicht zugemutet werden. So bewendet es im wesentlichen bei der Billigkeitsregel des § 1579 I 2. Billigkeit kann dann auch fordern, daß die Frau unter allen Umständen sich ihren Arbeitsverdienst anrechnen läßt.

β) Die allein für schuldig erklärte Frau braucht erst Unterhalt zu leisten, wenn der Mann weder Vermögen noch Einkommen hat, § 1578 II; ist sie selbst nicht voll leistungsfähig, so muß sie das geben, was ihren notdürftigen Unterhalt übersteigt

<sup>1</sup> R.G. Bd. 101, S. 206.

(§ 1579 I). Hat sie wieder geheiratet, so kommt für die Bemessung ihrer Leistungsfähigkeit nicht nur ihr Vorbehaltsgut, sondern auch ihr Eingebrauchtes und das ganze Gesamtgut einer Gütergemeinschaft in Betracht. §§ 1581 II, 1604.

γ) Der Unterhalt ist regelmäßig in einer vierteljährlich im voraus zu leistenden Geldrente zu entrichten (§ 1580). Aus wichtigem Grunde (z. B. Auswanderung) kann Kapitalisierung verlangt werden (§ 1580 II). Die Vorschriften über die Unterhaltspflicht der Verwandten (oben § 3) finden Anwendung; beachte § 1611 I.

δ) Die Unterhaltspflicht endet mit Tod oder Wiederverheiratung des Berechtigten, nicht des Verpflichteten, §§ 1581, 1582; jedoch muß sich in letzterem Falle der Berechtigte die Rente auf die Hälfte der letzten Einkünfte herabsetzen lassen, § 1582 II; dafür ist sie jetzt vom Schwanken der Leistungsfähigkeit nicht mehr berührbar, eine Art Pflichtteilsrente.

3. Bei Scheidung wegen Geisteskrankheit können diese Grundsätze nur so zur Anwendung kommen, daß der Gesunde an Stelle des Schuldigen tritt, § 1583; der Geisteskranke muß jedenfalls materiell gesichert sein.

4. Über den Widerruf von Schenkungen spricht § 1584; er betrifft alle Schenkungen aus der Zeit des Brautstandes und der Ehe, auch Anstandsgeschenke, nur muß er binnen einem Jahr seit Rechtskraft des Scheidungsurteils und bei Lebzeiten beider Teile erklärt werden.

5. Von großer Bedeutung ist zur Zeit und wahrscheinlich noch auf lange die Frage, wem nach der Scheidung das Gebrauchsrecht an der Ehwohnung zustehen soll. Früher<sup>1</sup> kam man unter Zugrundelegung rein schuldrechtlicher Gesichtspunkte zu der Entscheidung, daß, wenn ein Ehegatte (meist der Mann) die Wohnung allein gemietet hatte, der andere ohne weiteres weichen mußte; bei gemeinsamer Mietae sollten die Grundsätze über die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft (BGB. § 749 ff.) Anwendung finden. Dies führte jedoch zu dem unbilligen Ergebnis, daß entweder beide Teile wohnungslos wurden (§ 753 I 1) oder der Kapitalkräftigere die Wohnung ersteigerte (§ 753 I 2). Das Ergebnis ist auch methodisch bedenklich, da die Ermietung nicht auf Grund schuldrechtlicher, sondern familienrechtlicher Beziehungen erfolgt war, die so entstandene Gemeinschaft also auch nach den Grundsätzen des FR. aufgelöst werden muß. Da das Gesetz schweigt, muß Richterrecht die Lücke ausfüllen. Feste Grundsätze sind zuerst in der Hamburger Praxis aufgestellt worden<sup>2</sup>. Danach entscheidet auch hier die Scheidungsschuld. Der für schuldig Erklärte muß räumen, allerdings nur gegen Angebot einer angemessenen Geldentschädigung. Bei Schuld beider entscheidet das überwiegende Interesse (Kinder, Gewerbebetrieb usw.). Ganz Entsprechendes muß aber auch bei Alleinmiete gelten<sup>3</sup>.

II. Stellung der Kinder. 1. Die Unterhaltspflicht Kindern gegenüber wird von der Scheidung nicht beeinflußt, da sie ja auf Verwandtschaft und nicht auf Ehe beruht. Jedoch soll der Vater nicht die Lasten allein zu tragen haben, daher statuiert § 1585 eine Beitragspflicht der Frau, auch der unschuldig geschiedenen, zu erfüllen aus Vermögenseinkünften, Ertrag von Arbeit und Erwerbsgeschäft. Hat die Frau selbst die Personensorge, so muß sie trotzdem den Beitrag an den Vater abführen und erhält ihn mit dessen Unterhaltsbeitrag zurück; einbehalten darf sie ihn nur bei zu besorgender erheblicher Gefährdung (unbillig!).

2. Hingegen wird das persönliche Schicksal der Kinder von der Scheidung unmittelbar betroffen, da die Sorge für die Person (s. u. § 31 I) mit der Schuldfrage auf das engste verquickt ist<sup>4</sup>.

a) Ist nur einer der Gatten für schuldig erklärt, so bekommt der andere automatisch die Personensorge, § 1635 I 1.

b) Bei Schuld beider steht die Personensorge für Kinder unter 6 Jahren und darüber hinaus für Töchter der Mutter, für Söhne über 6 Jahren dem Vater zu, § 1635 I 2.

<sup>1</sup> Übersicht über die Rspfr. bei HENSELER, Jahrb. f. Dogm. Bd. 80, 1930, S. 365 ff. Ganz abwegig LG. Berlin III in JW. 1927, S. 1956, wonach der Mann (in Fortwirkung seines Scheidungsrechtes, siehe unten § 17 II 2) stets die Frau vertreiben dürfte.

<sup>2</sup> Vgl. MITTELSTEIN, JW. 1929, S. 2631. Ähnlich LG. Berlin I ebenda und JW. 1930, S. 1020. ROSENBERG, Ehescheidung S. 77. Vgl. schon v. BLUHME, AZPr. 1926, S. 272; 1927, S. 101. Unentgeltlich überlassene Wohnung: OLG. München, Recht 1930, Nr. 2231.

<sup>3</sup> OLG. Hamburg in Grundstücksware 1929, S. 206.

<sup>4</sup> Vgl. BEHREND: Zbl. f. Jugendr. 1927, S. 92 ff.; Entschl. des Bundes dtsh. Frauenvereine in Eisenach (Okt. 27).

c) Die übrigen Bestandteile der elterlichen Gewalt (Vermögensverwaltung, Nutznießung und Vertretungsrecht) verbleiben dem Vater in jedem Falle, auch das Vertretungsrecht in persönlichen Angelegenheiten, § 1635 II, eine der anfechtbarsten Gesetzesregeln; die Gefahr liegt nahe, daß ein für schuldig erklärter Vater wichtige Entscheidungen für das Kind zu treffen böswillig unterläßt. Die dagegen denkbaren Schutzmaßnahmen (§§ 1666ff., unten § 31 IV) sind völlig unzureichend. Nicht einmal im Alimentationsprozeß gegen den Vater kann die Mutter ihre Kinder vertreten; sie selbst kann wegen gewährten Unterhalts nur aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung oder Bereicherung Ersatz verlangen. In vielen Beziehungen stehen Kinder aus geschiedenen Ehen schlechter als uneheliche, schon weil ihnen die Leistungen der Berufsvormundschaft nicht zugute kommen.

d) Der von der Personensorge ausgeschlossene Teil behält das Recht, mit dem Kind „persönlich“<sup>1</sup> zu verkehren, § 1636. Dies ist ein absolutes (auch gegen dritte Störer) verfolgbares Recht (Rest der Personensorge); es ist nicht durch Vertrag aufhebbar, wohl aber der Regelung fähig. Auch das VG. kann diesen Verkehr näher regeln, aber nicht ganz verbieten (strittig).

e) Abweichende Vereinbarungen sind zulässig, aber stets widerruflich, und entbinden nicht von der Haftung für die Personensorge. Auch kann das VG.<sup>2</sup> abweichende Anordnungen treffen, wenn es im Interesse des Kindes erforderlich ist, § 1635 I 3 (zu eng). Vgl. JWG. § 43 I. Am Vertretungsrecht des Vaters kann es indessen nichts ändern, § 1635 II.

f) Die genannte Regelung gilt nur für die Lebensdauer der Geschiedenen; im Todesfalle gelten die unten § 31 f. dargestellten Regeln.

## § 16. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Literatur: SECKEL, Berliner Festgabe für DERNBURG 1900, S. 351 ff.

I. Die Rücksicht auf den oben dargelegten Standpunkt der katholischen Kirche bewog das Gesetz, neben der Scheidung die der *separatio quoad thorum et mensam* entsprechende Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (kürzer: Trennung) wieder zuzulassen.

1. Es kann daher ein Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt wäre, statt dessen Trennung verlangen, § 1575 I. Doch kann der Beklagte seinerseits die Trennung verhindern, auch wenn er schuldig ist, indem er den einfachen Antrag stellt, die Ehe zu scheiden, § 1575 I 2; dann ist also lediglich der Gewissensberuhigung gedient. Den gleichen Antrag kann der Kläger, der mit der Scheidungsklage abgewiesen zu werden droht, einer auf Trennung gerichteten Widerklage gegenüberstellen<sup>3</sup>.

2. Aber auch nach dem Trennungsurteil kann es jeder der getrennten Gatten zur Scheidung treiben. Er braucht jetzt nur Scheidungsklage zu erheben, die ihm zugesprochen werden muß, wenn nicht der Beklagte einwenden kann, es sei inzwischen die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt worden, § 1576; andre Einwände (Verzehrung, Präklusion) werden nicht gehört.

II. 1. Nach der Trennung sollen die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten, § 1586, aber mit zwei großen Ausnahmen: Getrennte Ehegatten dürfen nicht wieder heiraten, und die Vorschriften über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden noch Anwendung. Dieser rätselhafte Satz kann doch wohl nur dahin verstanden werden, daß die Ehe dem Bande nach nicht aufgelöst ist (sehr bestritten). Es sollen wohl nur die Wirkungen eintreten, die aus dem Aufhören der ehelichen Gemeinschaft als solcher erklärt werden können: Wegfall des Wohnsitzes, der Staats-

<sup>1</sup> Was hierunter zu verstehen sei, ist äußerst bestritten, insbesondere ob Briefwechsel zulässig ist. Vgl. die Komm. zu § 1636. KG. JW. 1930, S. 1009. Das Verkehrsrecht kann schon vor Rechtskraft des Scheidungsurteils ausgeübt werden (Gesetzeslücke!); Bay. OLG. DRichtZ. 1929, S. 142.

<sup>2</sup> Nach einer VO. des Preuß. Justizmin. vom 8. 3. 1926 ist dem VG. von jeder Entscheidung in einem Eheprozesse Mitteilung zu machen, womöglich unter Zusendung der Gerichtsakten. Vgl. zum Ganzen RG. Bd. 129, S. 18 ff.

<sup>3</sup> Vgl. RG. Bd. 115, S. 86 ff.

angehörigkeit der Frau, des Erb- und Pflichtteilrechts, des Güterstands usw. Aber eine neue Ehe würde als bigamisch anzusehen sein (§§ 1309, 1326, StGB. § 171). Wer die Ehe als aufgelöst ansieht, muß dies folgerichtig leugnen und nur ein trennendes Ehehindernis der getrennten Ehe annehmen<sup>1</sup>.

2. Dagegen spricht aber, daß die vollen Ehwirkungen wieder eintreten, wenn die Ehegatten das eheliche Gemeinschaftsleben wieder aufnehmen, § 1587. Die Gegner unsrer Auffassung müßten in dieser einfachen Rechtshandlung folgerichtig die Eingehung einer neuen Ehe erblicken (so in der Tat OPEIT S. 429). Nur der gesetzliche Güterstand tritt nicht wieder ein; es gilt Gütertrennung. Zusammenfassend kann man sagen, daß das ganze Institut der Trennung an inneren Widersprüchen leidet, die es wohl dauernd hindern werden Wurzel zu schlagen.

## G. Die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe.

### § 17.

I. Im 5. Titel des FR. hat das BGB. einige Normen über das persönliche Rechtsverhältnis der Ehegatten zueinander aufgestellt; es kam ihm darauf an, das eheliche Verhältnis als Rechtsverhältnis unzweideutig zu kennzeichnen. Dabei hat es mit Recht die Statuierung allgemeiner Treupflichten, andererseits aber auch die Regelung bis ins einzelne abgelehnt. Nirgends so wie hier zeigen sich die Grenzen des Gesetzgebers. Die in § 1353ff. aufgestellten Einzelansprüche werden durch 3 Leitgedanken zusammengehalten:

1. Es wird für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten (leider!) gehaftet, § 1359; jedoch steht den Ehegatten eine vertragliche Haftungsverstärkung offen (strittig).

2. Jeder Anspruch wird durch Mißbrauch ausgeschlossen, §§ 1353 II, 1354 II, 1357 II, 1358 II.

3. Alle Ansprüche können zwar durch gerichtliche Klage verfolgt, aber nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden (ZPO. § 888 II). Aus der ZPO. stammt auch die einheitliche Bezeichnung aller Klagen aus dem 5. Titel als „Herstellungsklage“. In allen Fällen soll also eine, abgesehen von den Kosten, rein moralische Urteilswirkung erzielt werden<sup>2</sup>.

II. Die einzelnen Ansprüche sind:

1. Der Anspruch jedes Ehegatten auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, § 1353 I.

a) Diese ist i. E. nicht näher bestimmt, ihre Ausgestaltung richtet sich nach den Umständen; häusliche Gemeinschaft muß sie nicht sein, z. B. kann mit der Herstellungsklage gerade Aufsuchen einer Heilanstalt verlangt werden (RG. Bd. 95, S. 330). Aber nur die Klage auf Herstellung der „häuslichen“ Gemeinschaft ist Scheidungsvoraussetzung nach § 1567 I 2.

<sup>1</sup> Aus ähnlichen Gedankengängen heraus kam man in Deutsch-Österreich zur sog. „Dispensehe“. Da nach ABGB. für katholische Eheleute nur die kanonische separatio möglich ist, gingen nach dem Kriege die Verwaltungsbehörden einzelner Bundesländer dazu über, getrennten Ehegatten Dispens vom EH. des bestehenden Ehebandes zu gewähren (vgl. ABGB. S. 83). Die Gerichte erkennen jedoch die „Dispensehe“ nicht an, behandeln sie vielmehr als bigamisch. Auch die der Dispensehe günstige Stellungnahme des Verfassungsgerichtshofs hat keine Klarheit geschaffen. Vgl. LENHOFF, Auflösung der Ehe und Wiederverheiratung, 1926; ROLLER, Ehrechtsangleichung, 1929; MITTEIS, Preuß. Jahrb. 1929, S. 30ff. Die Anerkennung der Dispensehe in Deutschland scheidet an EGBGB. 30. Vgl. Bay. ObLG. Jur. Rdschau 1928, S. 2282; OLG. Karlsruhe Bad. Rspr. 1929, S. 7.

<sup>2</sup> In allen Fällen ist aber auch das ganze eheliche Verhältnis Streitgegenstand. Eine Klage auf Erfüllung einzelner ehelicher Pflichten gibt es nicht; das Gericht ist kein Eheaufsichtsorgan. Alle Ehepflichten sind ferner auf dem Wesen der Ehe als sittlicher Gemeinschaft begründet, also unübertragbar und nur vom Ehegatten erfüllbar. Daher kein Schadensersatzanspruch gegen den ehebrecherischen Dritten (RG. Bd. 72, S. 131; anders die französische Praxis).

b) Ein Mißbrauch liegt stets dann vor, wenn einem der Ehegatten die Herstellung oder Fortsetzung der ehelichen oder häuslichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden kann<sup>1</sup>.

Beispiele etwa: Ansteckende Krankheit eines Partners oder auch nur Krankheitsverdacht<sup>2</sup>; Geisteskrankheit bis zur Scheidungsreife; Bestehen eines Verhältnisses, das die Ehe vernichtbar macht (siehe oben § 9 II)<sup>3</sup>; Unmöglichkeit, eine geeignete (nicht gerade „standesgemäße“) Wohnung zu beschaffen<sup>4</sup>; Weigerung, eine Hilfskraft im Hause anzustellen; Ausschluß der Frau von der Leitung des Hauswesens<sup>5</sup>; endlich auch schwere Kränkung durch Hang zur Untreue<sup>6</sup>.

Stets stellt das Verlangen nach ehelicher Gemeinschaft einen Mißbrauch dar, wenn der andere Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen, § 1353 II.

2. Das Recht des Mannes zur Entscheidung gemeinschaftlicher ehelicher Angelegenheiten, § 1354.

a) Dieses viel umstrittene ehemännliche Entscheidungsrecht erschien noch in den Motiven als ein „natürlich-sittliches Postulat“; die Prärogative des Mannes entsprach der historischen Konsequenz des Gesetzes, wohl auch der Regel des Lebens für den Durchschnitt der damaligen Ehen. Aber auch heute erscheint eine Bestimmung darüber, wer das Willensbildungsorgan der ehelichen Gemeinschaft sein soll, unentbehrlich. Würde das Gesetz sich ihrer enthalten, so würde es das Problem umgehen, statt es zu lösen. Nur muß das ehemännliche Entscheidungsrecht, wie schon oben angedeutet, richtig verstanden werden, nicht als egoistisches Herrenrecht, sondern als verantwortungsbeschwertes, pflichtgeladenes Recht, den Willen der Gemeinschaft aus dem Interesse der Gemeinschaft heraus zu bilden. D. h. es stellt die ultima ratio dar, die einsetzt, wenn alle Verständigungsversuche gescheitert sind, und sein Gebrauch ist nur dann kein Mißbrauch, wenn die berechtigten Interessen der Frau mit zur Entscheidungsgrundlage gemacht sind<sup>7</sup>. Jede egoistische Entscheidung des Mannes ist Pflichtverletzung und Mißbrauch und berechtigt die Frau zum passiven Widerstand, § 1354 II, ja sogar zur Klage auf Abänderung der Entscheidung<sup>8</sup>. In dieser Form ist das ehemännliche Entscheidungsrecht das kleinere Übel im Vergleich zum Hinaustragen ehelicher Differenzen vor den Richter oder zur Ehelösung wegen unvermeidlicher Ehezerrüttung, oft auch schon zur Verschleppung. Wenn es sich um Tod und Leben eines Kindes handelt (vgl. § 1634), so muß der Mann die Kraft haben, Entschlüsse zu fassen. Das entspricht dem richtig verstandenen Wesen der Ehe als einer Gemeinschaft, in der sich das Majoritätsprinzip ad absurdum führt, in der nicht nach Mehrheit, sondern nur nach Gewichtsverteilung entschieden werden kann. Daß die gesetzliche Verteilung die richtige ist, d. h. daß der Mann das ihm gegebene Entscheidungsrecht durch die Reife seiner Persönlichkeit rechtfertige, dafür zu sorgen ist seine Sache.

b) Das ehemännliche Entscheidungsrecht betrifft nur gemeinsame eheliche Angelegenheiten. So bestimmt der Mann Wohnort, Ausstattung der Wohnung, Lebenshaltung, Tageseinteilung, Kindererziehung nach vorhergehender Verständigung mit der Frau unter Berücksichtigung auch ihrer Wünsche, besonders wenn sie gleichfalls berufstätig ist. Über reine Frauensachen (Lektüre, Korrespondenz, politische Betätigung, Kleidung, Haartracht der Frau usw.) hat der Mann kein Entscheidungsrecht. Aber die Frau kann ihrerseits eine Pflichtverletzung begehen, wenn sie auf diesem ihrem Eigengebiet den Interessen des Mannes geflissentlich zuwiderhandelt<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> RG. Warn. Rspr. 1920, Nr. 79 u. a. m.

<sup>2</sup> RG. JW. 1905, S. 722; 1907, S. 48; LZ. 1923, S. 277.

<sup>3</sup> RG. (I. Strafsenat) JW. 1927, S. 1209.

<sup>4</sup> RG. Warn. Rspr. 1920, S. 113.

<sup>5</sup> RG. Recht 1927, S. 499.

<sup>6</sup> RG. Bd. 103, S. 349; LZ. 1922, S. 118; 1923, S. 394.

<sup>7</sup> Gut RG. Bd. 124, S. 54.

<sup>8</sup> RG. Bd. 97, S. 287.

Dazu neuestens RG. Bd. 130, S. 178.

3. Recht und Pflicht der Frau zur Führung des Mannesnamens<sup>1</sup>, § 1355, und entsprechend Recht des Mannes, daß die Frau seinen Namen führt. Einen Doppelnamen und den Zusatz ihres Mädchennamens („geb.“) kann er ihr nicht verwehren. Ihren früheren Namen behält die Frau (R.G. JW. 1912, S. 338). Die Frau des Grafen X. heißt Gräfin X., vgl. R.G. Bd. 113, S. 107.

4. Recht und Pflicht der Frau zur Leitung des Hauswesens, § 1356; dabei hat sie, wenn in Verhältnissen der Ehegatten üblich, mitzuarbeiten, § 1356 II; in welchem Umfange und ob gegen Entgelt<sup>2</sup>, bestimmt der Mann, § 1354.

5. Recht des Mannes zur Lösung ehewidriger Verträge, § 1358; die Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit der Frau erleiden durch die Ehe keine Einbuße; aber der Mann kann ehewidrige Verträge einseitig kündigen, wenn Kollision der vertragsmäßigen mit den ehelichen Pflichten schon eingetreten (nicht nur zu befürchten) ist. Voraussetzung ist, daß es sich um eine in Person zu bewirkende Leistung der Frau handelt (aus Dienstvertrag, Gesellschaft mit persönlicher Arbeitspflicht, nicht nur mit persönlicher Haftung). Ferner, daß die Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft leben und daß der Ehemann vom Vormundschaftsgericht zur Kündigung ermächtigt worden ist. Umgekehrt kann die Frau geltend machen, der Mann habe zugestimmt und kann die mißbräuchlich verweigerte Genehmigung vom VG. ersetzen lassen. Durch die Kündigung wird die Frau dem Dritten schadensersatzpflichtig bei culpa in contrahendo, sonst liegt nur unvertretbares Unvermögen vor<sup>3</sup>.

III. Der Intensität der ehelichen Lebensgemeinschaft entspricht es, daß zwischen Ehegatten die denkbar weitestgehende Unterhaltspflicht besteht.

1. In erster Linie ist der Mann der Frau unterhaltspflichtig, ohne Rücksicht darauf, ob sie im eigentlichen Sinne bedürftig oder sein eigener standesgemäßer Unterhalt gefährdet ist, § 1360 I. Er muß alles, was er hat, mit ihr teilen. Für das Maß des Unterhaltes ist die Lebensstellung des Mannes entscheidend; insoweit, kann man sagen, tritt die Frau noch heute in den „Stand“ des Mannes.

2. a) Der Unterhalt ist grundsätzlich in natura zu leisten, d. h. in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Art und Weise, § 1360 III; indessen hat die Frau einen Rechtsanspruch auf Haushaltsgeld, vgl. § 669<sup>4</sup>.

b) Ein Recht auf Zahlung von festen Geldrenten gewinnt sie hingegen erst, wenn einer der Ehegatten die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit Recht (!) verweigert<sup>5</sup>, § 1361, also insbesondere bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes oder einer das Getrenntleben gestattenden einstweiligen Verfügung.

c) In diesem Falle ist vierteljährlich im voraus zu zahlen, § 760, dafern nicht eine Einschränkung der Billigkeit entspricht, § 1361 II; auch der Mann ist verpflichtet, der Frau die zur Führung eines getrennten Haushalts erforderlichen Sachen herauszugeben, es sei denn, daß sie ihm unentbehrlich sind oder der Frau aus eignem Vermögen zur Verfügung stehen. Ob sie ihm oder der Frau gehören, ist gleichgültig; gehören sie ihr, so wird sie zugleich unmittelbare Fremd- und mittelbare Eigenbesitzerin, § 868.

3. Die Unterhaltspflicht der Frau ist geringer, insofern sie erst bei Bedürftigkeit des Mannes einsetzt und dann nur seiner Lebensstellung zu entsprechen braucht, § 1360 II.

IV. Die materielle Grundlage für die Hausleitung gibt der Frau die in jedem Güterstand bestehende Schlüsselgewalt, § 1357, ein gesetzliches Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht, das aus der personenrechtlichen Stellung der Ehefrau fließt, also nur ihr, nicht auch der Haushälterin zusteht. Ferner besteht sie nur im Rahmen des häuslichen Wirkungskreises der Frau, also nicht, wenn die Ehegatten dauernd getrennt leben.

<sup>1</sup> Rechtsvergleichend: ANNEMARIE GEILER, Das Namensrecht der Ehefrau, Heidelberg 1931.

<sup>2</sup> Vgl. R.G. Bd. 64, S. 328; Bd. 129, S. 58. <sup>3</sup> Vgl. R.ArbG. JW. 1930, S. 1023.

<sup>4</sup> Anerkannt in R.G. Bd. 97, S. 289 (Anwendbarkeit des § 888 II ZPO.).

<sup>5</sup> Und erst recht, wenn es der zum Unterhalt Verpflichtete ohne Grund tut (str.); vgl. R.G. Bd. 62, S. 405; JW. 1905, S. 205; 1923, S. 292 u. 685.

1. Die Schlüsselgewalt gewährt der Frau im Innenverhältnis das Recht, Geschäfte des Mannes zu besorgen, d. h. solche Geschäfte, die ihm auf Grund seiner Unterhaltungspflicht oder seiner Pflicht den ehelichen Aufwand zu tragen obliegen, wie Anschaffung von Lebensmitteln und Heizstoffen, laufende Erneuerung der Haushaltsgegenstände, Kleidung, Arztkosten für Frau und Kinder<sup>1</sup>, Zeitungsbezug, Dienstverträge mit Hausangestellten usw. Es gilt entsprechend Auftragsrecht (Frau muß Rechnung legen und Weisungen des Mannes beachten, § 665, 666).

2. Im Außenverhältnis bedeutet die Schlüsselgewalt ein gesetzliches Vertretungsrecht der Frau. Aus ihrer Tätigkeit wird also nicht sie selbst, sondern nur der Mann berechtigt und verpflichtet (höchst anfechtbar!)<sup>2</sup>, außer wenn der Rahmen der Schlüsselgewalt den äußerlich erkennbaren Umständen nach gesprengt ist (umgekehrt wie § 164 I!), nicht also, wenn nur internen Weisungen des Mannes keine Folge geleistet ist. Indessen ist die gesetzliche Vertretungsmacht nicht unbeschränkt, § 1357 II. Der Mann kann die Schlüsselgewalt beschränken (z. B. auf Bargeschäfte) oder völlig ausschließen, und zwar zunächst durch formfreie Erklärung gegenüber der Frau oder dem Dritten oder durch öffentliche Bekanntgabe. Er kann die Beschränkung allgemein wirksam machen durch Eintragung ins Güterrechtsregister (§§ 1561, 1435). Die Frau kann gegen ungerechtfertigte Beschränkung das VG. anrufen, § 1357 II 2<sup>3</sup>.

V. Endlich ergibt sich aus der Natur des ehelichen Zusammenlebens die Notwendigkeit, die Eigentumsverhältnisse durch (widerlegbare) Vermutungen zu regeln. Das tat schon die *praesumptio Muciana* des gemeinen Rechts. Im BGB. gelten zwei **Eigentumsvermutungen**, und zwar in erster Linie bei den Güterständen der Gütertrennung, während bei den Gemeinschaftsgüterständen zuerst die Vermutung für das Gesamtgut und erst bei deren Widerlegung für den Mann gilt:

1. Die beweglichen Sachen, Inhaber- und blankindossierten Orderpapiere, die sich im Besitz eines der Ehegatten befinden, gelten, auch wenn sie sich im Alleinbesitz der Frau (in einem von ihr geleiteten Bureau) befinden, als vom Manne zu Eigentum erworben<sup>4</sup>, und zwar nur dessen Gläubigern gegenüber<sup>5</sup>. Das ist vor allem wichtig in der Zwangsvollstreckung: Die Frau muß, wenn sie Widerspruch erheben will (§ 771 ZPO.), erst die Vermutung des § 1362 widerlegen. Jedoch dürfen die Verfahrensvorschriften nicht verletzt werden, namentlich ZPO. §§ 808, 809: Besitzt die Frau, so muß, wenn sie nicht herausgabebereit ist, der Herausgabeanpruch des Mannes gepfändet werden, § 846 ZPO., aber auch dann ist die Frau durch § 1362 zum Gegenbeweis genötigt. Die Vermutung gilt nicht im Verhältnis der Ehegatten zueinander, z. B. bei der Auseinandersetzung<sup>6</sup>, oder zugunsten des Mannes im Konkurse der Frau. Im Konkurse des Mannes ist der Gedanke des § 1362 durch KO. § 45 erweitert: Die Frau muß beweisen, daß die Sachen ihr gehören, und vor der Ehe oder während der Ehe, dann aber nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners, angeschafft worden sind.

2. Für Sachen, die zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind (Schmucksachen, Kleider, Arbeitsgeräte), gilt die gegenteilige Vermutung. Sie werden als Eigentum der Frau vermutet, gleichgültig in wessen Besitz sie sich befinden, § 1362 II. Diese Vermutung gilt aber auch im Verhältnis der Eheleute zueinander, z. B. bei der Auseinandersetzung — ein Rest des alten Geradeprinzips.

<sup>1</sup> Vgl. SIEBERT, JW. 1930, S. 1527.

<sup>2</sup> Besser Schweiz. ZGB. Art. 163, 207 II. Vgl. RABEL, Rhein. Zschr. 1919, S. 112ff. und die Verhandlungen des Heidelberger Juristentages, JW. 1924, S. 1819; K. TH. KIPP, Rechtsvergl. Studien zur Lehre v. d. Schlüsselgewalt, 1928. Fraglich, ob gesamtschuldnerische oder nur subsidiäre Haftung am Platze wäre (evtl. sogar subsidiäre Haftung der Frau für Geschäfte, die der Mann getätigt hat).

<sup>3</sup> Richtiger wäre es, die Entziehung an die Genehmigung des VG. zu binden.

<sup>4</sup> RG. Bd. 99, S. 153. <sup>5</sup> RG. Bd. 80, S. 62; JW. 1928, S. 897. <sup>6</sup> RG. Bd. 84, S. 49.

Zweites Kapitel.  
**Eheliches Güterrecht.**  
A. Allgemeines.

**§ 18. Gesetzlicher und vertraglicher Güterstand.**

I. Die Schwierigkeiten der Gesetzgebung auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts waren andere als auf dem Gebiet des persönlichen Eherechts. Sie lagen in der historisch gewordenen Rechtszersplitterung. Deutschland war übersponnen von einem Netz zahlreicher untereinander sehr verschiedener Güterstände — man zählte am Ende des 19. Jahrhunderts über hundert —, die alle Schattierungen von der vollkommenen Trennung der Gütermassen (Römisches Dotalrecht, z. B. in Braunschweig, Hannover) bis zu ihrer völligen Verbindung (allgemeine Gütergemeinschaft, z. B. in Ost- und Westpreußen, Posen, Westfalen, Bremen und Hamburg) aufwiesen. Man wollte nun weder auf die Rechtseinheit verzichten und sich zu dem preußischen Regionalsystem bekennen, wonach jeder Landschaft ihr angestammtes Güterrecht blieb, noch die altgewohnten Güterrechte durch völlige Uniformierung vergewaltigen. Es blieb daher nur ein Ausweg: einer der Güterstände wurde zum ordentlichen gesetzlichen Güterstand erhoben und im Gesetz ausführlich geregelt; er sollte automatisch in jeder Ehe eintreten, wenn nicht besondere gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen ihn ausschlossen. Daneben regelt das Gesetz aber noch einige andere Güterstände und läßt den Parteien die Möglichkeit offen, einen von ihnen durch Abschluß eines Ehevertrages einzuführen.

1. Zum **ordentlichen gesetzlichen Güterstand** erhob man die Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut der Frau, § 1363ff. Für ihn hat sich der Ausdruck „Verwaltungsgemeinschaft“ eingebürgert, der insofern irreführend ist, da die Verwaltung gerade nicht gemeinschaftlich, sondern ausschließlich vom Mann geführt wird. Wir werden im folgenden kurz von Nutzverwaltung (NV.) sprechen (so jetzt auch LEHMANN). Der Grundgedanke ist: Die Güter des Mannes und der Frau bleiben dem Eigentume nach getrennt, verschmelzen aber zu einer Verwaltungseinheit in der Hand des Mannes („unfreie“ Gütertrennung, NEUSTADT).

Die Wahl dieses Güterstandes ist schon bei den Beratungen des Gesetzes lebhaft bekämpft worden, und seine Beibehaltung dürfte heute in der Tat schwer mehr zu rechtfertigen sein. Die Unfähigkeit der Frau, ihre Vermögensangelegenheiten selbst zu besorgen, besteht heute generell nicht mehr, und bestände sie noch, so wäre es eine schöne Aufgabe der Volkserziehung, dem abzuhelfen. Die Einführung der gesetzlichen Gütertrennung würde niemandes wohl-erworbene Rechte kränken, und die Möglichkeit einer engeren Verbindung durch einen Ehevertrag oder freiwillige Überlassung der Verwaltung könnte ja bestehen bleiben. Ein Ehevertrag, der zur Gütertrennung führt, kann leicht als Mißtrauensvotum gegen den Mann aufgefaßt werden, einer, der aus ihr herausführt, niemals. Wahre Vertragsfreiheit besteht auf diesem Gebiete solange nicht, als die Ehegatten auch ohne Abschluß eines Ehevertrags durch Diktat der Rechtsordnung in ein Netz von Verpflichtungen verstrickt werden können und es ihnen überlassen bleibt, sich davon zu befreien. Andererseits aber erfüllt der gesetzliche Güterstand nicht einmal die Aufgabe, der Frau bei Auflösung der Ehe einen Anteil an der ehelichen Errungenschaft zu gewähren, der ihr doch als Anerkennung des wirtschaftlichen Wertes auch der Hausfrauenarbeit zweifellos gebührt; er gibt ihr keinerlei Kontrollrechte, keinerlei Anspruch auf „ein bestimmtes Maß pekuniärer Autonomie“ (M. WEBER), er zwingt sie, vom Mann Geld für den Haushalt und ihre persönlichen Bedürfnisse zu „erbetteln“. So läßt sich heute schon sagen, daß



der Gütertrennung die Zukunft gehört, vielleicht in Verbindung mit einer bei Eheauflösung einsetzender Errungenschaftsgemeinschaft („Zugewinstgemeinschaft“)<sup>1</sup>. Freilich ist die ganze Reformdebatte einzig unter dem Gesichtswinkel der Eheleute selbst geführt worden. Es ist aber zu beachten, daß bei den Trennungsgüterständen in Zukunft auch Sicherungen für die Gläubiger eingebaut werden müßten. Sehr oft läßt die Frau ihr Vermögen im Geschäfte des Mannes mitarbeiten und vergrößert so scheinbar seine Kreditbasis; die Gläubiger, die den Sachverhalt nicht nachprüfen können, sind schutzlos und müssen es erleben, „daß der Mann im Kraftwagen der Frau beim AG. vorfährt, um den Offenbarungseid zu leisten“ (ROBINOW in JW. 1929, S. 2568).

2. Da es Fälle gibt, wo der ordentliche gesetzliche Güterstand kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (§ 1364, oben § 9 III 4b, § 1587, oben § 16 II 2), so mußte das Gesetz einen subsidiären gesetzlichen Güterstand aufstellen, das ist die Gütertrennung. Sie tritt auch ein, wenn durch Ehevertrag der gesetzliche Güterstand ausgeschlossen wird, § 1436; endlich kann sie auch vertraglich vereinbart werden, siehe unten II.

3. Nur kraft vertraglicher Vereinbarung zum Zuge kommen können die Güterstände der Gütergemeinschaft. Diese kann drei Formen annehmen: Allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft.

4. Für Ehen aus der Zeit vor dem BGB. bleiben an sich die älteren Güterstände, die zur Zeit seines Inkrafttretens galten, bestehen (EGBGB. Art. 200). Doch sind fast in allen Ländern (nicht in Württemberg) Überleitungsvorschriften erlassen worden (EGBGB. Art. 218), wodurch die lokalen Güterstände in die nächstverwandten des BGB. übergeleitet wurden, z. B. die im Rheinland geltende Fahrnisgemeinschaft (communauté légale) des französischen Rechts in die Fahrnisgemeinschaft des BGB. (jedoch mit Beibehaltung des freien Verfügungsrechts des Mannes über Gesamtgutsgrundstücke, Preuß. AGBGB. 44ff., insbes. 56ff. Für Bayern vgl. Ges. vom 9. 6. 1899, Art. 19ff., für Baden Ges. vom 4. 8. 1902.

II. Ehevertrag<sup>2</sup> ist also ein Vertrag, durch den Eheleute oder Verlobte ihr Güterrecht regeln. Ein vermögensrechtlicher Vertrag, den auch Fremde miteinander schließen könnten (Gesellschaft, Darlehen), ist niemals Ehevertrag.

1. Der Ehevertrag kann vor oder nach (beachte EGBGB. Art. 200 II) der Eheschließung geschlossen werden, § 1432, Formerfordernis ist gleichzeitige Anwesenheit der Vertragsparteien oder ihrer Vertreter (beachte § 181)<sup>3</sup> vor Richter oder Notar, § 1434. Gesetzliche Vertretung ist ausgeschlossen bei allgemeiner Gütergemeinschaft, § 1437, und Fahrnisgemeinschaft, § 1549, sowie im Falle des § 1508 II.

2. Für den Ehevertrag gilt beschränkte Vertragsfreiheit.

a) Er kann entweder die Geltung des gesetzlichen Güterstands bestätigen, dann dient er in der Regel der Ausfüllung dispositiver Gesetzesnormen (Bestimmung von Gegenständen zu Vorbehaltsgut, § 1368, Ausschluß des freien Verfügungsrechts des Mannes, § 1376, Bestimmung über ein Erwerbsgeschäft der Frau usw.).

b) Oder er kann als „negativer“ Ehevertrag den gesetzlichen oder einen vertragsmäßigen Güterstand aufheben, dann gilt Gütertrennung, § 1436; endlich kann er als „positiver“ Ehevertrag Gütertrennung oder einen Gemeinschaftsgüterstand einführen oder aus einem solchen wieder zum gesetzlichen Güterstand zurückleiten.

c) Unzulässig ist Schaffung eines Güterstandes durch Verweisung auf älteres oder ausländisches Recht, mit einer in § 1433 II geregelten Ausnahme. Auch die Schaffung eines Phantasiegüterstandes ist nur in äußerst beschränktem Umfange zulässig; es darf weder eine zwingende Norm des BGB. verletzt noch der ausgesprochene Charakter eines Güterstandes geändert werden, z. B. Verwaltungsrecht

<sup>1</sup> Vgl. MARGARETE BERENT: Die Zugewinstgemeinschaft 1915, und die Verhandlungen des Heidelberger Juristentages 1924 (JW. 1924, S. 1816ff.), sowie die Gutachten zum 36. Dtsch. Juristentag 1931.

<sup>2</sup> v. BALIGAND, Der Ehevertrag. München 1906.

<sup>3</sup> RG. Bd. 79, S. 282.

der Frau oder Alleineigentum des Mannes eingeführt werden — dadurch würde der *numerus clausus* der dinglichen Rechte durchbrochen und ein Fall der Universal-sukzession herbeigeführt werden, den das Gesetz nicht kennt — oder der Frau die Verfügung über ihr Vorbehaltsgut entzogen (§ 1371) oder die Haftung des eingebrachten Gutes ausgeschlossen werden.

### § 19. Das Güterrechtsregister.

I. Der Ehevertrag bedarf zu seinem Zustandekommen außer der soeben beschriebenen Formen keiner Eintragung in ein Register. Das Gesetz gibt aber die Möglichkeit, Eheverträgen auf Antrag der Ehegatten durch Verlautbarung im Güterrechtsregister (GRReg.) erhöhte Wirksamkeit Dritten gegenüber zu verleihen<sup>1</sup>.

1. Das GRReg. wird von den Amtsgerichten geführt; zuständig ist das Gericht am Wohnsitz des Mannes (Näheres §§ 1558, 1559). Eintragungen erfolgen nur auf Antrag und im beantragten Umfang, § 1560; ein Zwang zur Stellung des Antrags wird nicht geübt. Antragsberechtigt sind:

a) in der Regel beide Ehegatten, § 1561 II, einer ist dem andern zur Mitwirkung verpflichtet. So z. B. auch, wenn gesetzliches Vorbehaltsgut oder Vorbehaltsgut nach § 1369 eingetragen werden soll.

b) Der Antrag eines der Ehegatten genügt, wenn der Ehevertrag mit dem Antrag vorgelegt wird, oder das Rechtskraftzeugnis über eine den Güterstand regelnde Entscheidung (z. B. aus §§ 1418, 1426); oder wenn Neueintragung bei Wohnsitzverlegung begehrt wird, § 1561 III.

c) Der Antrag des Mannes genügt bei der Beschränkung oder Entziehung der Schlüsselgewalt, § 1357, beim Einspruch gegen den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, § 1405, sowie beim Widerruf der Einwilligung dazu, § 1561 I.

2. Das GRReg. ist öffentlich und die Eintragungen sind zu veröffentlichen, §§ 1562, 1563. Die einschränkenden Bestimmungen der VO. vom 14. 2. 1924 sind durch VO. vom 20. 6. 1925 wieder aufgehoben.

II. Die materielle Wirksamkeit des Registereintrags ergibt sich aus § 1435.

1. Eine eintragbare Tatsache kann, solange sie nicht eingetragen ist, einem Dritten nicht entgegengehalten werden, wenn er sie nicht positiv kannte. Wer also in diesem Sinne redlich ist, kontrahiert gültig mit einem der Ehegatten, auch wenn in Wirklichkeit ein anderes eingetragenes Güterrechtsverhältnis besteht.

a) Solange also überhaupt nichts eingetragen ist, kann sich der Dritte auf das Bestehen des gesetzlichen Güterstands verlassen und erwirbt gültig verbrauchbare Sachen der Frau, über die der Mann verfügt, auch wenn die Gatten einen nicht verlautbarten Ehevertrag auf Gütertrennung geschlossen hatten.

b) Ist eingetragene Gütertrennung ohne Eintrag wieder aufgehoben, so erwirbt ein redlicher Dritter durch Veräußerung der Frau Eigentum (trotz § 1395) und wird durch Zahlung von Zinsen an sie befreit (trotz § 1383), solange die Aufhebung nicht eingetragen ist.

c) Ist allgemeine Gütergemeinschaft eingetragen, so erwirbt der Dritte, der der Frau mit Zustimmung des Mannes ein Darlehen gibt, eine persönliche Forderung auch gegen den Mann (§ 1459 II), ohne daß ihm die nicht eingetragene Aufhebung der Gütergemeinschaft entgegengesetzt werden könnte; ja sogar das Gesamtgut besteht ihm gegenüber weiter, § 1459 I; die Rechtslage ist ähnlich wie bei § 1344 (oben § 11 I).

2. Diesen Schutz gibt es aber nur bei Rechtsgeschäften und Urteilen, nicht auch bei Vollstreckungshandlungen und gesetzlichen Tatbeständen oder Delikten; hier gelten stets die tatsächlichen Verhältnisse; er versagt ferner, wenn die einge-

<sup>1</sup> Eintragungsfähig sind aber nicht nur Eheverträge. Vgl. §§ 1357 II, 1369, 1405 usw. — Im Gegensatz zum Handelsregister (z. B. §§ 31 II, 53 III) gibt es hier keine selbständig eintragbaren Aufhebungstatsachen. Nur die Aufhebung eingetragener Bestimmungen ist eintragbar. Ein fernerer Unterschied ist der, daß es hier nur auf die Eintragung, nicht auch auf die Bekanntmachung ankommt, trotzdem eine solche stattfindet (§ 1562, VO. 20. 6. 1925).

tragene Tatsache selbst niemals dem wahren Sachverhalt entsprochen hat, der eingetragene Gütertrennungsvertrags etwa wegen Formmangels nichtig war; das GRReg. genießt also keinen öffentlichen Glauben, sondern nur die sog. negative Publizität, wie das Handels- und Vereinsregister; nur dem Schweigen des Registers darf man trauen, seinem positiven Inhalt nur, wenn es sich um das Fortbestehen, nicht wenn es sich um das Entstehen eines Güterstandes handelt. Ferner wird auch der nicht geschützt, der auf das Fortbestehen eines nicht eingetragenen Güterstandes vertraut, § 1435 II, anders als HGB. § 15 (siehe oben S. 43 Anm. 1). — Neben § 1435 gelten selbstverständlich noch die allgemeinen Grundsätze des Gutgläubensschutzes (§§ 892, 932 usw.). In gewissem Umfange rechtfertigt sich sogar<sup>1</sup> die Übertragung der handelsmäßigen Gewohnheitsrechtssätze, denen zufolge jeder eine unrichtige Eintragung gegen sich gelten lassen muß, der sie beantragt hat oder unberichtigt stehen läßt.

## B. Der Güterstand der Nutzverwaltung (NV.).

### § 20. Eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut.

I. Gesetzlicher Güterstand ist demnach der Güterstand der NV. Er tritt in jeder Ehe automatisch ein, wenn er nicht kraft Gesetzes (§§ 1364, 1587) oder Ehevertrags ausgeschlossen ist. Er wird von folgenden Grundgedanken beherrscht:

1. Die aktiven Vermögensmassen der Eheleute bleiben der Zuständigkeit nach völlig getrennt.

a) Das Vermögen des Mannes wird durch diesen Güterstand überhaupt nicht berührt; es unterliegt weiterhin vollständig seiner freien Verfügung und Verwaltung. Weder die Frau noch ihre Gläubiger gewinnen irgendwelche Rechte daran.

b) Im Vermögen der Frau hingegen sind zwei Massen zu scheiden: Den Grundstock bildet das eingebrachte Gut der Frau; es tritt unter die Verwaltung des Mannes, und die Nutzungen dieses Gutes fließen in sein Vermögen. Eingebrachtes Gut ist alles, was die Frau in die Ehe mitbringt, aber auch das, was sie während der Ehe erwirbt; in beiden Fällen ist jedoch dasjenige auszunehmen, was Vorbehaltsgut der Frau wird. Dieses bleibt zu völlig freier Verfügung und Nutzung der Frau.

2. Ebenso wie die Vermögensmassen sind auch die Passiva getrennt: Für Manneschulden (beachte § 1357!) haftet nur das Mannesvermögen, für Frauenschulden das Frauengut, und zwar unbedingt das Vorbehaltsgut, das Eingebrachte nur unter den unten § 23 II zu erörternden Voraussetzungen. Die Frau haftet für Manneschulden niemals, der Mann für Frauenschulden nur in wenigen Fällen persönlich als Gesamtschuldner, § 1388.

3. Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Ehegatten bleibt unbeschränkt, nur erleidet die Frau eine Finbuße an Verfügungsmacht über ihr eingebrachtes Gut (§ 1395) und Prozeßführungsrecht (§ 1380) Keinesfalls aber wird der Mann ihr gesetzlicher Vertreter; ist sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bleibt sie in der Munt ihres bisherigen gesetzlichen Vertreters, Heirat macht nicht mündig.

II. Vorbehaltsgut ist dasjenige Vermögen der Frau, das der Verwaltung und Nutznießung nicht unterworfen ist, § 1365. Vorbehaltsgut kann sich auf verschiedene Art und Weise bilden:

1. Gewisse Gegenstände gehören kraft Gesetzes dazu, nämlich:

a) die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch bestimmten Gegenstände der Frau. Gesetzliche Beispiele sind Schmucksachen, Kleider und Arbeitsgeräte. Objektiv müssen die Sachen zum Gebrauch der Frau geeignet (Damenfahrrad) und subjektiv ausschließlich dazu bestimmt sein, nicht zugleich Einrichtungsstücke (Klavier). Auch unkörperliche Gegenstände (Forderungen) können V. sein.

<sup>1</sup> Anders die früheren Aufl.; vgl. aber jetzt M. WOLFF (Aufl. v. 1931), § 42 a. E.

b) Der Arbeitserwerb der Frau während der Ehe; also der durch ihre Arbeit bewirkte Verdienst (nicht Spekulationsgewinn) sowie das Arbeitsprodukt selbst und das Recht zu seiner Verwertung (Kunstwerk und Urheberrecht daran); dadurch sichert das Gesetz der erwerbstätigen Frau ihre wirtschaftliche Selbständigkeit<sup>1</sup> und verwandelt in einer vermögenslosen Ehe die Nutzverwaltung faktisch in Gütertrennung.

c) Endlich, was die Frau durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes verdient. Selbständig ist ein Betrieb, nicht nur wenn die Frau ihn persönlich als Prinzipal leitet, sondern auch wenn er nur auf ihren Namen geführt wird, auch wenn dies durch einen Prokuristen geschieht, ja sogar wenn der Mann der Prokurist ist. Endlich genügt es nach neuerer Rechtsprechung<sup>2</sup> auch, wenn der Betrieb dem Manne gegenüber selbständig ist, d. h. nach außen zwar unter der Firma des Mannes, nach innen aber völlig auf Rechnung der Frau geführt wird. Nur muß in der Tat „betrieben“ werden; Erwerb durch Beteiligung der Frau an einer stillen Gesellschaft oder Aktiengesellschaft wird nicht Vorbehaltsgut, wohl aber durch Beteiligung an einer Personalgesellschaft<sup>3</sup>. Ferner ist zu beachten, daß nur die Nutzungen des Erwerbsgeschäftes, nicht auch dieses selbst zum Vorbehaltsgut erklärt sind. Hierzu bedürfte es eines Ehevertrages, zu dessen Abschluß unbedingt zu raten ist.

Mit „Erwerbsgeschäft“ meint das BGB. wohl die einzelnen Aktiva (Geschäftsinventar, Warenvorräte, Kassenbestände, Außenstände usw.). Gegen deren Behandlung als eingebrachtes Gut haben Dernburg<sup>4</sup>, Hachenburg<sup>5</sup> u. a. vergeblich Widerspruch eingelegt, ohne die Rechtsprechung<sup>6</sup> beeinflussen zu können. Eine andere Frage ist es, wie es mit dem „Unternehmen“ (als idealer Komplex von Sachen, Rechten, Chancen usw.) steht. Da dieser Rechtsbegriff dem BGB. unbekannt war, ist hier eine Lücke durch Auslegung zu schließen. Diese führt dahin, daß § 1367 die Nutznießung am Unternehmen als Ganzes ausgeschlossen hat, dieses also Vorbehaltsgut ist. Inwieweit dann in einer vom Mann geduldeten Zweckwidmung einzelner Gegenstände an das Unternehmen eine Überführung ins Vorbehaltsgut liegen kann, ist Tatfrage. Ferner ist zu beachten, daß der Mann durch seine Duldung des Geschäftsbetriebs der Frau die Ermächtigung zu freier Verfügung über die Aktiva gibt, § 1405. Was sie mit dem Erlös neu anschafft, wird Vorbehaltsgut nach § 1371, also findet Umwandlung durch Umsatz statt.

Stimmt der Mann freilich nicht zu, so kann er der Frau nach dem Gesagten den Betrieb praktisch nahezu unmöglich machen, indem er die Stücke des Geschäftsvermögens in Besitz nimmt und, soweit sie verbrauchbar sind (Lagerbestände, § 92 II) im eigenen Namen veräußert (§ 1376 Z. 1). Hingegen hat er keinen Anspruch darauf, daß das Unternehmen als Ganzes auf ihn übertragen, die Firma auf ihn umgeschrieben wird. Hat die Frau dies allerdings freiwillig getan (vgl. HGB. § 22 II), so liegt darin wohl eine ausdrückliche unwiderrufliche Ermächtigung zum Geschäftsbetrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, solange die Nutzverwaltung dauert; die Frau kann dann nur durch deren Aufhebung (§ 1418) wieder zu ihrem Geschäft kommen.

2. Ferner können auch kraft Rechtsgeschäfts Gegenstände zu Vorbehaltsgut erklärt werden, und zwar:

a) zwischen den Ehegatten selbst durch Abschluß eines Ehevertrags, § 1368, dann liegt partielle und, wenn das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Ehefrau (außer Erbschaften, § 312) zu Vorbehaltsgut erklärt wird, sogar totale Gütertrennung vor; Dritten gegenüber wirkt dies wieder nur nach § 1435.

b) Einseitig kann die Bestimmung zu Vorbehaltsgut erfolgen von einem Erblasser in letztwilliger Verfügung bei der Zuwendung als Erbschaft, Vermächtnis oder Pflichtteil, § 1369, oder von einem Dritten bei Schenkung, und zwar auch schon vor der Ehe (bestritten)<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Daher halte ich Ausschluß des § 1367 durch Ehevertrag für unzulässig. Anders die h. M. RG. LZ. 1922, S. 650.

<sup>2</sup> Dazu RUDOLF HEINSHEIMER, Über die Teilhaberschaft, S. 81 ff. Heidelberg 1930.

<sup>3</sup> Lehrbuch IV, S. 144.

<sup>4</sup> Vorträge über das BGB. S. 391 und in Düringer-Hachenburg Komm. z. HGB. I, S. 55.

<sup>5</sup> RG. Bd. 87, S. 104 ff. und neuerdings Bd. 127, S. 115, wo zur Veräußerung des ganzen Unternehmens Zustimmung des Mannes gefordert wird.

<sup>7</sup> So jetzt RG. Bd. 106, S. 381; anders früher RG. Bd. 65, S. 367. (Der Vergleich der beiden Entsch. ist lehrreich für das Vordringen der „Interessenjurisprudenz“.) „Dritter“ kann auch der Mann sein, OLG. Braunschweig, EOLG. 26, S. 218 (strittig).

3. Endlich gehört auch zum Vorbehaltsgut, was kraft Surrogation für vorhandenes Vorbehaltsgut erworben wird (§ 1370): also auf Grund eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Rechtes (Mietzinsen eines Vorbehaltsgrundstücks), durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf Vorbehaltsgut bezieht (nachgeschaffte Waren, Entschädigungssumme bei Sachversicherung, Ansprüche auf Lieferung persönlicher Gebrauchsgegenstände) oder als Ersatz für entzogenes, zerstörtes, beschädigtes Vorbehaltsgut, und wohl auch Ansprüche der Frau aus unerlaubter Handlung, wenn sie sich gegen ihre Person richtete (Schmerzensgeld, vgl. OLG. 18, S. 75)<sup>1</sup>.

4. Das Vorbehaltsgut wird von der Frau völlig frei verwaltet und genutzt, wie ihr Vermögen bei Gütertrennung. Nur muß sie zur Bestreitung der ehelichen Lasten (§ 1389) einen Beitrag leisten, § 1371, wenn die Nutzungen des Eingebrachten dazu nicht voll ausreichen. Auch kann sie ihr Vorbehaltsgut dem Manne zur Verwaltung freiwillig überlassen (§ 1430). Über Normen für den Ausgleich zwischen Eingebrachtem und Vorbehaltsgut s. unten § 23 III. Da das Vorbehaltsgut eine Sonderstellung genießt, trifft den, der die Zugehörigkeit einer Sache zum Vorbehaltsgut behauptet, die Beweislast: redlichen Dritten gegenüber wirkt sie nur auf Grund Eintragung im GRReg. (§ 1371 mit 1431).

### § 21. Die Rechtsstellung des Mannes zum eingebrachten Gut.

Literatur: HEINSHEIMER, Recht des Mannes am eingebrachten Gut der Frau 1903.

I. Der Mann hat am eingebrachten Gut der Frau Verwaltung und Nutznießung, und zwar notwendig beides zusammen.

1. Das NV-Recht des Mannes ist ein absolutes Recht, d. h. es berechtigt ihn selbsthandelnd durch Einwirkung auf das eingebrachte Gut tätig zu werden, jeden anderen davon fernzuhalten und sein Recht gegen jedermann zu verfolgen<sup>2</sup>. Ein „dingliches“ Recht (Sachenrecht) im eigentlichen Sinne ist die NV. schon deshalb nicht, weil sie die einzelnen Sachen nicht speziell, sondern nur kraft ihrer Zugehörigkeit zu dem Sachinbegriff „eingebrachtes Gut“ ergreift. Daher gelten auch die Regeln des Sachenrechts nicht schlechthin, insbesondere findet keine Eintragung der NV. ins Grundbuch statt. Wohl aber sind einzelne Regeln des Nießbrauchsrechts für anwendbar erklärt, s. unten IV.

2. a) Das Recht des Mannes fließt aus seiner personenrechtlichen Stellung als Ehemann. Daher ist es von ihr auch nicht trennbar: Die NV. ist als solche unübertragbar, § 1408; wohl aber kann die Ausübung einzelner Teilbefugnisse anderen auf Zeit überlassen werden, etwa durch Vermietung oder Verpachtung einzelner Gegenstände. Auch kann der Mann die Verwaltung des eingebrachten Gutes durch Bevollmächtigte führen lassen, sogar durch die Frau in Generalvollmacht (strittig).

b) Ferner ist die NV. unverpfändbar (§ 1274 II) und der Pfändung nicht unterworfen (ZPO. § 861). Ja, sogar die dem Manne gehörenden gezogenen Früchte sind zur Sicherung gewisser Verpflichtungen, insbesondere der Unterhaltspflicht, für unpfändbar erklärt (ZPO. § 861 II).

c) Auch der Konkurs des Mannes ergreift das eingebrachte Gut nicht, beendet vielmehr die NV., § 1419; im Konkurse der Frau gehört das eingebrachte Gut zur Konkursmasse (KO. § 2, sehr schwierige Fragen).

3. Aus der personenrechtlichen Natur der NV. sollte folgen, daß sie nicht durch einen gesetzlichen Vertreter des Mannes ausgeübt werden könnte; demzufolge wäre die Entmündigung des Mannes als Beendigungsgrund zu bestimmen gewesen. Leider hat das Gesetz diese Konsequenz nicht gezogen, sondern betraut den Vormund mit der Wahrnehmung der Mannesrechte, § 1409.

<sup>1</sup> A. M. R.G. Bd. 90, S. 68 u. a. m.

<sup>2</sup> Vgl. SOHM, Jahrb. f. Dogm. 74, S. 292ff. (1924).

Wird die Frau selbst Vormund, so verwaltet sie unnatürlicherweise ihr eigenes Vermögen in Vertretung ihres Mannes. Wird ein Fremder Vormund, so kann die Lage der Frau sich unerträglich gestalten; die Frau kann nur dann nach § 1402 von Fall zu Fall das VG. anrufen, oder sie muß gemäß § 1418 Z. 3 auf Aufhebung der NV. klagen und ihre Entziehung durch einstweilige Verfügung begehren, wobei ihr der Vormund große Schwierigkeiten bereiten kann.

II. Zum Zwecke der NV. hat der Mann das Recht, das eingebrachte Gut in Besitz zu nehmen, § 1373. Weder geht der Besitz automatisch auf ihn über noch soll ihm die Befugnis gegeben werden, den Besitz der Frau mit Gewalt zu brechen; er darf den Besitz ohne, aber nicht gegen ihren Willen an sich ziehen, sonst begeht er verbotene Eigenmacht; er ist also auf den Rechtsweg angewiesen, wenn er sein Recht auf den Besitz in tatsächliche Sachherrschaft umwandeln will. Auch zerstört der Mannesbesitz den Besitz der Frau nicht vollständig; sie bleibt wenigstens mittelbare Besitzerin (nicht Mitbesitzerin, anders § 1081), und ihr Besitz wächst sich wieder zum unmittelbaren aus, wenn der Mann den seinen aufgibt, z. B. von ihr wegzieht. Hingegen ist sie bei bestehender Hausgemeinschaft an den Haushaltsachen nur Besitzdienerin.

III. Das **Verwaltungsrecht** des Mannes äußert sich in folgenden Richtungen<sup>1</sup>:

1. Der Mann ist zu allen tatsächlichen und rechtlichen Einwirkungen auf das eingebrachte Gut befugt, die seiner Verwaltung (d. h. Erhaltung, Vermehrung, zweckentsprechenden Verwendung) dienen. Die daraus entstehenden Kosten kann er liquidieren, § 1390.

2. Eine wichtige Ausnahme besteht für **Verfügungen**: zu diesen ist er nur mit Zustimmung der Frau befugt, seine Verfügungsmacht ist ergänzungsbedürftig, § 1375. Nur mit Zustimmung der Frau kann er Eingebrachtes veräußern, belasten, Rechte der Frau aufgeben oder inhaltlich verändern.

Hat er die Zustimmung, so ist es ihm überlassen, ob er in seinem eigenen oder im Namen der Frau verfügen will<sup>2</sup>. Letzteres wird geboten sein bei Forderungen der Frau, die ja nur durch den **Namen des Gläubigers** individualisierbar sind; bei Grundstücken bietet ihm hingegen der Mechanismus des Grundbuchrechtes trotz des Eintrags auf den Namen der Frau auch die erstere Möglichkeit, wenn er nur die Zustimmungserklärung in grundbuchmäßiger (GBO. § 29) Form beizubringen vermag.

Entbehrt der Mann der Zustimmung der Frau, so ist zu scheiden:

a) Hat er im eigenen Namen verfügt, so kann seine Verfügung durch Genehmigung wirksam werden, § 185; bei Mobilien ist außerdem mit der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs zu rechnen, § 932, dann ist die Frau auf Schadensersatzansprüche gegen den Mann angewiesen (§ 1359, evtl. § 823, wenn der Mann sich nicht für verfügungsbefugt halten durfte). Liegt keiner dieser Fälle vor, so kann die Frau ihr entfremdetes Gut mit der revokatorischen Klage (§ 1407 Z. 3) ohne Zustimmung des Mannes zurückfordern.

b) Hat er im Namen der Frau verfügt, so kommen statt dessen die Vorschriften über unberufene Stellvertretung (§ 177ff.) zum Zuge. Ein gutgläubiger Erwerb Dritter ist hier höchstens im Falle des HGB. § 366 denkbar (strittig).

c) Oft werden Verfügungen über eingebrachtes Gut im Interesse ordnungsmäßiger Verwaltung notwendig sein. Verweigert die Frau dann ihre Zustimmung, oder ist sonst Gefahr im Verzuge, so kann der Mann Ersetzung durch das VG. beantragen, § 1379.

3. Nur einige wenige Verfügungen über eingebrachtes Gut kann der Mann ohne Zustimmung der Frau treffen (§§ 1376, 1378); er kann (über das „soll“ s. § 1377, unten V 2) nämlich kraft eigenen Rechtes:

<sup>1</sup> Zum Folgenden SIBER, Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen. Jahrb. f. Dogm. Bd. 67, insb. S. 107ff, 137ff.

<sup>2</sup> Letztere Möglichkeit bestritten von HELLWIG, Anspruch und Klagerecht S. 299; COSACK, § 48 III 1; M. WOLFF § 48 I. Vgl. aber jetzt RG. Bd. 126, S. 115.

a) über Geld und andere verbrauchbare Sachen (beachte § 92 II) verfügen. Verbrauchbare Sachen sind auch Banknoten und gewisse andere Wertpapiere (Wechsel und Scheck, nicht Aktien, Obligationen). Zum Unterschied vom sog. Dispositionsnießbrauch des § 1067 wird also der Mann nicht ohne weiteres Eigentümer dieser Sachen; fällt er in Konkurs, so kann die Frau aussondern (beachte aber KO. § 45, oben § 17 V 1);

b) mit Forderungen der Frau gegen solche Forderungen aufrechnen, deren Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verlangt werden kann (§ 1411ff., siehe unten § 23 II);

c) Verpflichtungen der Frau zur Leistung von Gegenständen aus dem eingebrachten Gut erfüllen, also verkaufte Sachen dem Käufer ausliefern, Forderungen abtreten usw.

d) Gehört zum eingebrachten Gut ein Grundstück mit Inventar, so kann der Mann auch über nicht verbrauchbare Inventarstücke im Rahmen ordentlicher Wirtschaft verfügen, § 1378, vgl. § 1048.

4. Das Verwaltungsrecht umfaßt nicht die Befugnis schuldrechtliche **Verpflichtungsgeschäfte** mit Wirkung für und gegen die Frau abzuschließen.

a) Hat der Mann ein Verpflichtungsgeschäft im eigenen Namen abgeschlossen, so haftet er allein, auch wenn die Frau zugestimmt hat.

b) Hat er im Namen der Frau gehandelt, so wird diese sicher dann verpflichtet, wenn sie ihm Vollmacht gegeben hat, aber wohl auch dann, wenn sie der Verpflichtung zugestimmt hat; wenigstens haftet dann ihr eingebrachtes Gut<sup>1</sup>, während es zur Verhaftung des Vorbehaltsgutes und bei Verpflichtungen zu persönlichen Leistungen der Frau wohl stets der Spezialvollmacht bedarf. Fehlt es an der Ermächtigung, so gelten wiederum die Regeln über unberufene Vertretung. Die Zustimmung der Frau dürfte ebenso wie zu Verfügungen auch zu Verpflichtungen nach § 1379 ersetzbar sein (strittig).

c) Für einen wichtigen Fall, die Vermietung oder Verpachtung eines eingebrachten Grundstücks, erleichtert § 1423 dem Manne den Abschluß im eigenen Namen: die Frau tritt hier kraft Gesetzes in den von ihm geschlossenen Vertrag ein, §§ 1056, 571, auch soweit er die Nutzverwaltung überdauert; freilich kann sie nach § 1056 II bei Beendigung der NV. zum nächsten gesetzlichen Termin kündigen, und der Mieter geht sicherer, wenn er sich immer die Zustimmung der Frau verschafft, da diese einen Verzicht auf das Kündigungsrecht enthält; in den meisten Fällen wird stillschweigende Zustimmung zu unterstellen sein<sup>2</sup>.

5. Der Mann ist legitimiert zur Empfangnahme einseitiger Willenserklärungen, die sich auf den Aktivbestand des eingebrachten Gutes beziehen, § 1403, z. B. Anfechtung einer Übereignung an die Frau, Kündigung eines Schuldners; einseitige Geschäfte, die sich auf die Passiva des eingebrachten Gutes beziehen, z. B. Kündigung eines Gläubigers, können nicht einfach an den Mann adressiert werden, sondern müssen sich an die Frau richten, aber zugleich auch an den Mann, wenn sie eine Wirkung ins eingebrachte Gut äußern sollen (§ 1403 II).

6. Besonders behandelt werden **Erwerbsgeschäfte** des Mannes.

a) Vielfach wird der Mann in die Lage kommen, im Laufe der NV. einen Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes zu machen. Dann würde er, dafern er nicht etwa offen als Stellvertreter der Frau auftritt, zunächst selbst Eigentümer werden (§ 164 II), die Frau im Falle des Konkurses über sein Vermögen auf bloße Konkursforderungen beschränkt sein. Das Gesetz erkennt daher die Notwendigkeit an, auch bei Erwerb des Mannes im eigenen Namen das Eigentum sofort auf die Frau

<sup>1</sup> So SIBER a. a. O. S. 150 (strittig).

<sup>2</sup> Vgl. NUSSBAUM, Nießbrauchsrecht (1919). S. 53.

weiterzuleiten und statuiert in § 1381 eine eigenartige dingliche Surrogation als Ausfluß der im heutigen Recht vorerst nur spurenhaf<sup>1</sup> (z. B. auch HBG. § 392 II) anerkannten Lehre vom „Durchbruch des Interessentenrechtes“.

b) Diese Surrogation ergreift Gegenstände, deren Übertragung ohne Beurkundung erfolgen kann, also bewegliche Sachen, Inhaber- und blankindossierte Orderpapiere sowie sonstige durch einfachen Abtretungsvertrag übertragbare Rechte, also nicht Grundstücke<sup>2</sup>, Hypotheken, Namensaktien.

c) Und zwar ist die weitere Voraussetzung, daß der Mann den Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes getätigt hat; er muß also bei Anschaffungen die Gegenleistung kraft seiner Verfügungsmacht (§ 1376) dem eingebrachten Gut entnommen haben, bei einer Veräußerung kommt er empfangene Gegenwert ins eingebrachte Gut, wenn ein Fall des § 1376 oder Zustimmung der Frau vorliegt. Wird nicht sofort erfüllt, so entscheidet sich erst mit der Leistung des Mannes, ob Surrogation eintritt oder nicht; in der Zwischenzeit ist der Mann Eigentümer des Erwerbs. Leistet der Schuldner trotz schon eingetretener Surrogation an den Mann, so muß er nach Analogie des Zessionsrechts (§§ 406 ff.) geschützt werden können.

d) Endlich wird in § 1381 erfordert, daß der Mann den Willen gehabt hat, für Rechnung des eingebrachten Guts zu erwerben; dieser wird allerdings bis zum Gegenbeweis vermutet, auch wenn der Mann pflichtwidrig als Eigentümer aufgetreten und das Eigentum nach § 932 für die Frau verloren ist.

e) Eine ähnliche Surrogation, aber ohne daß es auf die näheren Umstände des Erwerbs ankäme, enthält § 1382 für Haushaltsgegenstände.

f) Abgesehen von diesen Sonderregeln gelten für den Erwerb die allgemeinen Grundsätze; der im eigenen Namen handelnde Mann wird also Eigentümer und muß nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung der Frau sein Recht übertragen.

IV. Der Mann erwirbt die Nutzungen des eingebrachten Gutes zu freiem Eigentum, und zwar regelt das Gesetz seine Befugnisse in schematischer Weise durch Verweisung auf das Nießbrauchsrecht. Dadurch werden manche Unklarheiten geschaffen, denn innerlich Wesensverschiedenes läßt sich nicht gleich behandeln. Vor allem zeigt sich dies bei den im Übermaß gezogenen Raubbaufrüchten, die der Mann in gleicher Weise erwirbt wie ein Nießbraucher (§ 1039), ohne daß der Frau, wie dem Nießbrauchsbesteller, ein besonderer Sicherheitsanspruch (§ 1051) deswegen zustände. Im übrigen ist auf die Kommentare zu verweisen, die einen ganzen Katalog unanwendbarer Nießbrauchsregeln enthalten.

V. Den Rechten des Mannes als Nutzverwalter entsprechen aber auch **Pflichten**.

1. Vor allem steht neben dem Verwaltungsrecht eine Pflicht zu ordnungsmäßiger Verwaltung, die freilich denkbarst milde ausgestaltet ist und deren Verletzung meist nur gegen Sollvorschriften verstößt.

a) Die Grundbestimmung ist gegeben in § 1374, wobei wieder an die Haftung nur für konkrete Fahrlässigkeit zu erinnern ist (§ 1359). Regelmäßig wird hierunter die Pflicht zur Erhaltung der Substanz (Ausnahmen: § 1376), zur Schuldentilgung, Zinsenziehung, Versicherung zu begreifen sein.

b) Recht schlecht bestellt ist es um die Kontrollrechte der Frau: sie hat nur ein Recht auf Auskunftserteilung über die Verwaltung, § 1374, aber nicht auf Rechenschaft über die Substanz des eingebrachten Gutes und über die Verwen-

<sup>1</sup> Beachte die interessante Analogie aus 1381 für die Zeit vor der Ehe in RG. Bd. 100, S. 190f. Beachte ferner, daß die Surrogation durch den Mann hindurch, nicht über ihn hinweg erfolgt; auf seinen guten Glauben kommt es an, die Frau wird seine Rechtsnachfolgerin.

<sup>2</sup> Aber eine interne Übertragungspflicht ist anzunehmen, wenn die Voraussetzungen des § 1381 vorliegen, RG. Bd. 126, S. 115.



dung der Erträge des eingebrachten Gutes zu Tragung des ehelichen Aufwands (§ 1389 II), sondern erst am Schlusse der NV. hat der Mann Rechenschaft über die Verwaltung zu legen, § 1421: eine Beschränkung, die auch das Recht der Frau auf Sicherheitsleistung (§ 1391) und Aufhebung der NV. (§ 1418) praktisch sehr entwertet.

2. Der Mann soll das Verfügungsrecht, das § 1376 ihm verleiht, nur zu Zwecken ordnungsmäßiger Verwaltung ausnützen, § 1377. Bei Zuwiderhandlung gegen dieses Gebot macht er sich indessen nur wertersatzpflichtig, insbesondere wenn er verbrauchbare Sachen der Frau lediglich zu seinem Nutzen verwendet, und zwar tritt die Ersatzpflicht regelmäßig erst bei Beendigung der NV. ein. Nur in zwei Fällen hat der Mann den Ersatzwert sofort ins eingebrachte Gut zu bringen:

a) wenn eine ordnungsmäßige Verwaltung das erfordert, z. B. Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs, § 1377 a. E.

b) wenn die Gläubiger der Frau es verlangen; § 1411 II; dieser Fall kann praktisch werden, wenn die Frau ihren Ersatzanspruch einem Gläubiger abgetreten oder das Gericht ihn ihm zur Einziehung überwiesen hat; eine direkte Haftung des Mannes gegenüber den Gläubigern folgt aus dieser Vorschrift nicht.

c) Strenger ist die Haftung des Mannes für die mündelsichere Anlage von Frauengeld, § 1377 II, hier macht Pflichtverletzung voll schadensersatzpflichtig, doch kann die Frau auch diesen Anspruch erst nach Beendigung der NV. einklagen (§ 1394).

3. Die Lasten, die als Gegengewicht der ihm zufließenden Nutzungen auf dem Manne ruhen, zerfallen in:

a) die Lasten des eingebrachten Gutes selbst.

Das sind in erster Linie die Kosten der Erhaltung und der Nutzungsgewinnung, § 1384; ferner die öffentlichen Abgaben, die das eingebrachte Gut treffen, also die Grundsteuern, Anliegerbeiträge usw., nicht aber die außerordentlichen, auf dem Stammwert liegenden Lasten, wie Erbschaftssteuern, Reichsnotopfer, Zwangsanleihe, wohl auch die Industriebelastung nach dem Ges. v. 30. 8. 1924 und die Rentenbankgrundschuld, § 1385 Z. 1; ferner die privatrechtlichen Lasten, wie Reallastleistungen, Grundschuldzinsen, § 1385 Z. 2, nicht auch das Aufwertungskapital; ferner Versicherungsbeiträge, § 1385 Z. 3; endlich die Kosten eines Aktivprozesses um eingebrachtes Gut, den der Mann im eigenen Namen führt, §§ 1387 Z. 1, 1380.

b) Die persönlichen Lasten der Frau, für die das eingebrachte Gut den Gläubigern haftet (unten § 23 II) und nicht etwa dem Vorbehaltsgut angleichspflichtig ist (§ 1386 II, unten § 23 III).

Hierher gehören öffentliche Lasten, also Einkommen- und Umsatzsteuer, Beiträge zur Sozialversicherung usw., ferner privatrechtliche, wie Schuldzinsen, Unterhaltsleistungen, Versicherungsprämien usw.

c) Ferner hat der Mann die Prozeßkosten der Frau zu tragen, und zwar muß er ihr, unbeschadet einer späteren Ausgleichungspflicht des Vorbehaltsgutes, Prozeßkostenvorschuß leisten (sehr bestritten)<sup>1</sup>; endlich Kosten für die Verteidigung der Frau in einem Strafverfahren nach näherer Bestimmung des § 1387 Z. 2.

d) Im Rahmen der in den §§ 1385—1387 aufgestellten Lastentragungspflicht haftet der Mann nicht nur der Frau, sondern auch den Gläubigern der Frau persönlich als Gesamtschuldner, § 1388, gleichgültig ob die Nutzungen des eingebrachten Gutes ihm Deckung gewähren oder nicht. Diese Bestimmung ist zwingend; wenn die Gatten im Ehevertrage eine andre Bestimmung treffen, so kann das nur für das Innenverhältnis von Bedeutung sein. Die steuerrechtliche Parallele für diese bürgerlich-rechtliche Regelung ist die (übrigens ohne Rücksicht auf den Güterstand erfolgende) Zusammenveranlagung der Ehegatten (vgl. Einkommensteuerges. § 22, RAbgO. § 95).

<sup>1</sup> Wie hier RG. Bd. 47, S. 72; KG. JW. 1925, S. 2147; a. M. ENGELMANN bei STAUDINGER 3 zu 1387 u. a. unter Berufung auf § 1394, dessen Anwendung aber die Frau u. U. ohne Not ins Armenrecht treibt. Richtig ist, daß der Mann das Recht zur Weigerung bei Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung haben muß und nur Gerichtskosten i. e. S., nicht auch Anwaltsgebühren der Frau hierher gehören.

e) Endlich hat der Mann den ehelichen Aufwand zu tragen, das sind die Kosten der Lebenshaltung, des Haushaltes, der Kindererziehung usw. Das ist nicht etwa identisch mit dem Unterhaltsanspruch, denn die Frau kann hier selbständig und aus eigenem Recht den Unterhalt auch der gemeinsamen Kinder verlangen, aber auch nicht mehr als das, nicht also z. B. den Unterhalt eines erstehelichen Kindes; die Voraussetzungen der Unterhaltungspflicht sollten durch § 1389 in keiner Weise geändert werden (vgl. R.G. Bd. 67, S. 1 ff.). Daß die Erträgnisse des eingebrachten Gutes in erster Linie diesen ehelichen Aufwand tragen sollen, ist im Gesetz ausdrücklich gesagt, § 1389 II. Dabei ist allerdings zu beachten, daß es Sache des Mannes ist, § 1354, das Maß des ehelichen Aufwands zu bestimmen.

Die gerichtliche Geltendmachung der in § 1389 geordneten Ansprüche steht der Frau jederzeit auch während der Dauer der Nutzverwaltung zu, § 1394; d. h. sie kann jederzeit vollstreckbar auf ihren und der Kinder Unterhalt klagen, während ihr, um den Mann zu anderer Bemessung des ehelichen Aufwands zu veranlassen, nur die Herstellungsklage zu Gebote steht.

## § 22. Die Rechtsstellung der Frau zum eingebrachten Gut.

I. 1. Die Frau bleibt Eigentümerin sowie mittelbare Besitzerin des eingebrachten Gutes. Sie hat ferner den Anspruch, dieses nach Beendigung der Nutzverwaltung der Substanz nach ungeschmälert zurückzuerhalten, und zwar in dem Zustande, der sich aus ordnungsgemäß geführter Verwaltung ergibt. Hieraus folgt z. B., daß der Mann, der ein Erwerbsgeschäft der Frau im eigenen Namen betreibt (s. oben § 20 II c), nur den jährlichen Reingewinn für sich behalten darf, wie es § 1655 dem Vater ausdrücklich vorschreibt, also eine etwa bei der Übernahme vorhandene Unterbilanz zunächst beseitigen muß.

2. Zur Sicherung dieser Ansprüche gewährt das Gesetz der Frau schon während, der NV. gewisse Schutzrechte, insbesondere das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, aber nur bei erheblicher Gefährdung, § 1391.

Über die Art und Weise der Sicherheitsleistung bestimmen die §§ 232 ff. das Nähere; auch die Bestellung einer Hypothek an inländischen Grundstücken (§ 238) ist taugliches Sicherungsmittel; einen allgemeinen gesetzlichen Hypothekentitel (wie etwa § 648 ihn gewährt) hat die Frau also nicht mehr. Unter denselben Voraussetzungen wie die Sicherheitsleistung kann die Frau gesperrte (§ 1392 II) Hinterlegung eingebrachter Inhaber- und blankindossierter Orderpapiere verlangen, § 1392 I, aber nur bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle oder der Reichsbank (vgl. Bankges. § 21 f.), nicht auch im Sperrdepot einer andern Bank (altmodisch).

3. Die Sicherungsansprüche der Frau sind sofort gerichtlich verfolgbar, wie überhaupt, wenn die Voraussetzungen der Sicherheitsleistung vorliegen, alle fälligen Ansprüche aus der Nutzverwaltung klagbar werden, § 1394; ebenso entsteht das Recht zur Aufhebungsklage, § 1418. Doch ist es der Frau durch das Fehlen jeder Rechenschaftspflicht sehr erschwert, diese Voraussetzungen darzutun. Im übrigen<sup>1</sup> ist ihr die gerichtliche Geltendmachung ihrer Ansprüche um des ehelichen Friedens willen (!) während der Dauer der Nutzverwaltung versagt, § 1394.

II. Beschränkungen der Verfügungsmacht. Die Frau bleibt geschäfts- und verpflichtungsfähig (vgl. WO. § 1) sowie prozeßfähig, vgl. ZPO. § 52 II. Aber in der Verfügungsmacht über ihr eingebrachtes Gut erleidet sie erhebliche Beschränkungen. Sie bedarf zu Verfügungen darüber grundsätzlich der Einwilligung des Mannes, § 1395; ist diese erteilt, so ist die Verfügung vollwirksam. Fehlt sie, so tritt eine dem Minderjährigenrecht (§ 107 ff.) nachgebildete Regelung ein:

<sup>1</sup> Auch bezüglich der Auskunftspflicht (§ 1374 II); R.G. Bd. 126 S. 104; die Inhaltsangabe in „Recht“ 1930 Nr. 47 leitet irre.

1. a) Einseitige Verfügungsgeschäfte, z. B. Kündigung einer Forderung, Aufgabe eines Pfandrechts, sind schlechthin und unheilbar unwirksam, § 1398; weder nachträgliche Genehmigung noch Wegfall der NV. können sie gültig machen. Der Geschäftsgegner kann sich schützen, indem er eine schriftliche Zustimmungserklärung des Ehemanns verlangt und bei deren Fehlen das Geschäft zurückweist (vgl. §§ 111, 180).

b) Ausnahmen, die der Frau einen geringen Betätigungsspielraum lassen, bringt § 1406: Erbrechtliche Verfügungen, Ablehnung von Vertragsofferten, worin eine Verfügung über die Rechtsposition der Gebundenheit (§ 145) zu erblicken ist, ferner Ablehnung von Schenkungen, einseitige Rechtsgeschäfte gegenüber dem Manne sind ihr gestattet.

2. Vertragsmäßige Verfügungen, insbesondere Eigentumsübertragung, Pfandrechtsbestellung, Zession, Erlaß, sind schwebend unwirksam. Davon besteht nur eine einzige Ausnahme: der Pflichtteilsverzicht, § 1406 Z. 1.

a) In allen übrigen Fällen kann eine Heilung der Fehlerhaftigkeit durch nachträgliche Genehmigung des Mannes eintreten; diese kann der Dritte durch Fristsetzung herausfordern, § 1396 II. Aber auch die nachträgliche Beendigung der NV. heilt die Unwirksamkeit, dafern sie noch nicht durch Versagung der Genehmigung seitens des Mannes zur endgültigen geworden ist, § 1396 III.

b) Der Geschäftsgegner hat bis zur Entscheidung über die Genehmigung ein Widerrufsrecht, § 1397, freilich nur wenn er nicht wußte, daß er mit einer verheirateten Frau kontrahierte, oder wenn ihm die Frau die ehemännliche Genehmigung erfolgreich vorgespiegelt hatte, § 1397 II.

c) Dabei ist zu beachten, daß der Widerruf sich stets nur auf die konsensbedürftige Verfügung als solche bezieht, nicht auch auf das Kausalgeschäft, von dessen Verpflichtungen sich zu lösen der Geschäftsgegner hier (anders als in § 109) keine Möglichkeit hat.

Hat die Frau z. B. eine bewegliche Sache verkauft und übergeben, so kann der Käufer nur die Annahme der dinglichen Einigungsofferte, nicht auch den Kauf widerrufen; die Frau kann diesen immer noch erfüllen, wenn sie die Übergabe mit Einwilligung des Mannes wiederholt oder die Nutzverwaltung endet. Der Käufer könnte sich nur durch Rücktritt vom Vertrag nach § 326 befreien. — Praktisch wird § 1397 bei den sog. „Äquivalentverfügungen“, z. B. Schuldübernahme, Hingabe an Erfüllungsstatt, wo der Widerrufende zugleich eine ihm ungünstige Wirkung der Verfügung beseitigen kann, vgl. STROHAL, DJZ. 1909, S. 1031ff.

3. Das Verpflichtungsgeschäft der Frau ist an sich stets vollgültig. Hier wird die bis jetzt festgestellte Gleichung mit der Rechtslage eines Geschäftsbeschränkten völlig aufgegeben. Hieraus folgt ohne weiteres:

a) daß die Frau für die von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten zumindest immer mit dem Vorbehaltsgut haftet. Der Gläubiger kann sie ruhig auf Leistung verklagen und auf Grund eines gegen sie gerichteten Titels ins Vorbehaltsgut vollstrecken;

b) daß die Zustimmung des Mannes zur Verpflichtung zu deren Wirksamkeit nicht nötig ist. Wohl aber begründet sie die Möglichkeit des Zugriffs auf das eingebrachte Gut; die Schuld wird dadurch zur Vollsuld (§§ 1399 II 1, 1412, s. unten § 23 II 2 a). Damit ist noch nicht gesagt, daß die Gläubiger ohne weiteres ins eingebrachte Gut vollstrecken können. Darüber unten § 23 II 4.

c) Indessen ist auch ohne Zustimmung des Mannes eine Haftung des eingebrachten Gutes begründet, insofern als dieses um einen Gegenwert für die zugesagte Leistung der Frau vermehrt (das Gesetz sagt irreführend „bereichert“) worden ist (§ 1399 II 2), z. B. einen vorausbezahlten Kaufpreis. Inwiefern dieser Gegenwert noch als vorhanden gilt, bestimmt sich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 818, 819). In diesem Umfang muß der Mann auch die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut dulden.

4. a) Alle diese Beschränkungen der Frau gelten im Interesse des Mannes, aber nicht nur dem Manne gegenüber. Es liegt keine nur relative Unwirksamkeit vor, sondern eine absolute, von jedermann geltend zu machende (strittig). Wer eine Sache von der Ehefrau übergeben erhält, hat nicht nur im Verhältnis zum Manne, sondern überhaupt kein Eigentum erworben. Es liegt nicht bloß ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 vor, sondern eine Beschränkung der Verfügungsmacht als solcher.

b) Daher können die Vorschriften über den Schutz des redlichen Erwerbs jedenfalls keine direkte Anwendung finden; denn der Erwerb vom Nichtverfügungsberechtigten wird ja nicht geschützt. Aber in unserm Falle wird sogar jede analoge Anwendung des Gutgläubensschutzes abgelehnt<sup>1</sup>, denn § 1404 erklärt ausdrücklich, daß der in Unkenntnis der Ehefraueneigenschaft seiner Gegnerin befindliche „Dritte“ nicht geschützt werden soll. Das bedeutet nicht etwa eine Ausnahme von dem Prinzip der §§ 892, 932 usw. — auch nicht von § 936, denn die NV. ist keine „Belastung“ des eingebrachten Gutes —, sondern stellt nur noch einmal fest, daß hier eben keine Ausnahme gemacht, das Vertrauen des Dritten nicht geschützt wird. Selbst auf den Grundbucheintrag der Frau mit ihrem Mädchennamen kann man sich nicht verlassen, das Grundbuch ist ja gar nicht unrichtig, da in den Eigentumsverhältnissen kein Wandel eingetreten ist; der gesetzliche Güterstand ist nicht buchfähig. Wer der Frau nach ihrer Verheiratung noch Hypothekenzinsen zahlt (§ 893), ist vor Nachforderung des Mannes ebensowenig sicher wie wer gewöhnliche Schuldzinsen an sie abführt (§ 407) — eine die Interessen des Mannes allzu einseitig schützende, überspannt verkehrsfeindliche Regelung! Die Banken sichern sich meist durch Einholung eines ehemännlichen Generalkonsenses. Die praktische Bedeutung der ganzen Materie steht unbestreitbar außer Verhältnis zu ihrer schwerfälligen Behandlung im Gesetz, die schon an sich geeignet ist, das Vordringen der Gütertrennung zu unterstützen.

III. In gewissen Fällen nimmt die Frau eine freiere Stellung ein, nämlich:

1. in den sog. „Eilfällen“, § 1401; wenn der Mann infolge Krankheit oder Abwesenheit nicht zustimmen kann, so fällt das Erfordernis der Zustimmung ersatzlos weg, aber nur unter der weiteren Voraussetzung, daß Gefahr im Verzuge ist, also eine Verwaltungshandlung nicht aufgeschoben werden kann (Aktienverkauf bei drohendem Kurssturz, Ausübung eines Bezugsrechts)<sup>2</sup>. Die Frau muß dabei (anders § 1450!) stets im eignen Namen handeln. Das VG. ist hier nicht zum Eingreifen berechtigt, was in Fällen, wo Meinungsverschiedenheiten über die Dringlichkeit einer Verwaltungshandlung bestehen können, eher eine Erschwerung als eine Erleichterung für die Frau bedeutet.

2. in persönlichen Angelegenheiten; hier ist umgekehrt Ersatz der Zustimmung des Mannes durch das Vormundschaftsgericht stets vorgeschrieben, § 1402; dabei ist der Kreis der „persönlichen Angelegenheiten“ nicht fest umgrenzt; man wird etwa hierher zu rechnen haben den Unterhalt, Kurkosten, die Ausstattung für ein Kind erster Ehe, Verteidigung in einem Strafverfahren, Scheidungsklage, Verfahren wegen Verletzung des Namens- oder eines Urheberrechts der Frau usw., den Gegensatz bilden Verwaltungsangelegenheiten des eingebrachten Gutes; kein Zustimmungersatz ist z. B. gegeben zu Verfügungen, auch wenn die Frau an der Erfüllung etwa vorehelicher Schulden ein noch so dringendes persönliches Interesse hat.

3. wenn die Frau mit Zustimmung oder mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes ein Erwerbsgeschäft selbständig betreibt (§ 1405 I, II).

<sup>1</sup> Anders als in den vergleichbaren Fällen der §§ 2113, 2211. Vgl. jetzt auch WIERUSZOWSKI, JW. 1928, S. 3030 gegen JW. 1925, S. 328. Zum Wesen der relativen Unwirksamkeit insbes. JAEGER, Kommentar zur KO. 6./7. Aufl., 1928, Anm. 9 zu § 7.

<sup>2</sup> Dazu (sehr weitgehend) RG. Bd. 103, S. 127f.

a) Diese Einwilligung des Mannes bedeutet keinen Generalkonsens zu allen Geschäften, die der Betrieb mit sich bringt — sonst müßte es dem Manne möglich sein, einzelnen Geschäften seine Zustimmung zu versagen, und das ist es genau so wenig wie im § 112 dem gesetzlichen Vertreter —, sondern sie bedeutet einen generellen Verzicht auf seine Rechtsposition; daß ein solcher möglich ist, ist ein Nachklang des alten Satzes „Handel macht mündig“. Der Mann kann nur versagen oder widerrufen seine Einwilligung zum Geschäftsbetrieb im Ganzen, und diesen Einspruch, damit er nach außen wirksam werde (§ 1435), ins GRReg. eintragen lassen (§ 1405 III).

b) Diese Einwilligung ermöglicht der Ehefrau nicht etwa den Geschäftsbetrieb als solchen oder den Erwerb der Kaufmannseigenschaft (so noch das ADHGB. von 1861), sondern nur die freie Verfügung und Prozeßführung auch über ihr eingebrachtes Gut, soweit es der Betrieb ihres Geschäftes mit sich bringt. Auch kann sie einseitige Rechtsgeschäfte in bezug auf dies Eingebachte entgegennehmen (§ 1405 I 2).

### § 23. Die Schuldenhaftung der Ehegatten.

Ebenso wie jeder Gatte sein Vermögen behält, so ruht auch auf jedem die Last seiner eigenen Schulden. Weder gibt es eine Sukzession des Mannes in Schulden der Frau (Ausnahme § 1388) noch umgekehrt. Das Hauptproblem ist daher im folgenden nur, inwieweit die Nutzverwaltung des Mannes dem Gläubigerzugriff auf das eingebrachte Gut weichen muß.

I. Für Mannesschulden haftet nur der Mann, in der Regel mit seinem ganzen Vermögen, niemals das eingebrachte Gut der Frau, § 1410. Mannesschulden sind auch die Verbindlichkeiten, die aus eherechtlichen Gründen entstehen (§ 1357, 1388). Also haftet der Mann auch mit den ihm zustehenden Nutzungen des Eingebachten; nur sind diese insoweit der Pfändung entzogen, als sie zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Frau, die der Mann ihr gegenüber tragen muß (§ 1384ff.), zur Bestreitung seines standesgemäßen Unterhalts oder zur Erfüllung bestimmter Unterhaltungspflichten gebraucht werden, ZPO. § 861 — eine sehr eigenartige Benachteiligung der Gläubiger.

#### II. Für Schulden der Frau haftet:

1. kraft Gesetzes stets ihr Vorbehaltsgut, alle Schulden sind gesetzlich Vorbehaltsschulden.

2. Hingegen ist von Fall zu Fall zu untersuchen, welche Verbindlichkeiten der Frau auch das eingebrachte Gut verhaften, also Vollsschulden sind.

Vollsschulden sind also nur Schulden, die beide Gütermassen verhaften. Es sind auch Schulden denkbar, für die nur das eingebrachte Gut haftet (etwa auf Grund Haftungsbeschränkung dem einzelnen Gläubiger gegenüber).

Das BGB. bestimmt in § 1411, daß die Gläubiger der Frau regelmäßig aus dem eingebrachten Gut Befriedigung verlangen können. Doch wird diese Regel, wonach Frauenschulden grundsätzlich Vollsschulden sind, durch eine Reihe schwerwiegender Ausnahmen durchbrochen (§ 1412—1414). Demnach bleiben bloße Vorbehaltsschulden:

a) alle Schulden der Frau aus Rechtsgeschäften während der Ehe, zu denen der Mann seine Zustimmung nicht gegeben hat, § 1412. Es zeigt sich hier also wiederum, daß der Mangel ehemännlichen Konsenses den Verpflichtungsgeschäften der Frau nicht ihre Wirksamkeit, wohl aber ihre Wirkung für das eingebrachte Gut nimmt; dieses bleibt für den Gläubiger unangreifbar (vorbehaltlich § 1399 II, s. oben § 22 II 3 c);

b) diejenigen Verbindlichkeiten der Frau, die mit dem Erwerb einer in das Vorbehaltsgut fallenden (§ 1369) letztwilligen Zuwendung zusammenhängen, z. B. Nachlaßverbindlichkeiten, Erbschaftssteuern;

c) alle Verbindlichkeiten der Frau, die entspringen aus einem zum Vorbehaltsgut gehörenden Recht (z. B. Reallastleistungen, Grundsteuern, Notwegrente, § 917) oder aus dem Besitz einer Vorbehaltssache. Unter den letztgenannten sind insbesondere die Ansprüche zu verstehen, die sich gegen den Besitzer als solchen richten (§ 987ff.). Meist werden auch hierher gezählt die Ansprüche aus Tier-, Wild- und Einsturzscha- den (§§ 831, 835, 836), wohl zu Unrecht; es entscheidet für ihre Behandlung, daß das Gesetz sie auch im übrigen den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen unterwirft; sie gehören daher genau so zu den Vollschulden wie alle andern Deliktsschulden der Frau.

### 3. Demnach bleiben übrig als **Vollschulden**:

a) die Schulden der Frau aus vor der Ehe eingegangenen Verpflichtungsgeschäften (begrifflich, denn die Gläubiger dürfen durch die Verheiratung keine Schlechterstellung erleiden);

b) ferner alle Schulden aus Verpflichtungsgeschäften, die die Frau während der Ehe schließt, wenn der Mann ihnen zugestimmt hat oder die Zustimmung aus einem besonderen Grunde (§ 1405) fehlen durfte;

c) endlich alle auf unerlaubter Handlung oder unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden Verbindlichkeiten der Frau (z. B. gesetzliche Unterhaltspflichten, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, auftragsloser Geschäftsführung, Gläubigeranfechtung usw.).

4. Damit ist aber erst die materiell-rechtliche Tatsache festgestellt, daß gewisse Gläubiger der Frau die Werte des eingebrachten Gutes zur Deckung ihrer Forderungen in Anspruch nehmen können. Aber es bedarf noch eines prozessualen Zwangsmittels, um das Recht des Mannes am Frauengut beiseitezuschieben und dieses dem Gläubigerzugriff offenzulegen. Das ist das Urteil auf **Duldung der Zwangsvollstreckung**, das gegen den Mann erwirkt werden muß (ZPO. § 739).

a) Der Gläubiger muß also normalerweise zwei Prozesse führen, um an das eingebrachte Gut der Frau heranzukommen: er muß die Frau auf Leistung, den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagen. Die Klagen können allerdings verbunden werden, ZPO. § 260. Der Mann kann stets selbständig bestreiten, daß er zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet sei (z. B. weil keine Vollschuld vorliege). Die Leistungspflicht der Frau kann er nur dann bestreiten, wenn diese noch nicht rechtskräftig verurteilt ist oder wenn das Urteil keine Rechtskraft gegen ihn besitzt (etwa weil er der Prozeßführung nicht zugestimmt hat, § 1400 I, s. unten § 24 III).

b) Das Duldungsurteil ist nur entbehrlich bei selbständigem Gewerbebetriebe der Frau (§ 1405, ZPO. § 741)<sup>1</sup> und wenn der Mann sich der Zwangsvollstreckung in öffentlicher Urkunde unterworfen hat (ZPO. § 794 II). Hingegen ist es erforderlich, auch wenn die Ehegatten als Gesamtschuldner zur Leistung verurteilt sind und ebenso, wenn der Mann die Schuld kraft seines Verfügungsrechtes erfüllen kann, § 1376.

c) Die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist eine rein prozessuale Voraussetzung des Gläubigerzugriffs; der Mann soll nicht in die Offensive (ZPO. § 771) gedrängt werden, sondern in der Beklagtenrolle prozessieren können. Eine materiell-rechtliche Verpflichtung, die der prozessualen Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung entspräche, hat das Gesetz nirgends anerkannt. Zwar soll der Mann nach § 1374 die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Handlungen vornehmen, also auch Schulden tilgen, doch besteht diese Pflicht nur gegenüber der Frau. Den Gläubigern schuldet der Mann weder dasselbe, was die Frau schuldet (so HELLWIG, LANGHEINECKEN) noch schuldet er Mitwirkung bei der Pflichterfüllung der Frau (so M. WOLFF u. a.). Daraus können sich sehr merkwürdige Rechtslagen ergeben. Hat z. B. die Frau vor der Ehe eine Sache verkauft, in der Ehe heimlich übergeben, so kann zwar

<sup>1</sup> Indessen ist auch in diesem Falle ein Duldungstitel vorteilhaft, wenn der Mann die Haftobjekte besitzt, da er sonst nicht Vollstreckungsschuldner, sondern Dritter im Sinne des § 809 ZPO. ist (vgl. die Kommentare).

der Gläubiger der Herausgabeklage des Mannes (§ 1380) sein auch ihm gegenüber wirksames Recht zum Besitze geltend machen (§ 986), aber die Frau kann ihm das Eigentum nun nicht mehr verschaffen (§ 1395) und ein Recht auf die Zustimmung des Mannes hat er auch nicht. Er kann also höchstens ersitzen. Das Gesetz schützt hier wieder ganz einseitig den Mann; dieser soll auch schuldrechtlich nicht gehalten sein zuzustimmen (vgl. § 1402).

5. Den Frauengläubigern haften auch die Ansprüche der Frau gegen den Mann aus der NV. selbst (§ 1394) und auf Wertersatz pflichtwidrig verbrauchter Sachen (§ 1377) sowie der Übermaßfrüchte (§§ 1383, 1039). Und zwar können die Gläubiger diese Ansprüche nach Pfändung und Überweisung sofort geltend machen, ohne an irgendwelche Beschränkungen gebunden zu sein, § 1411 II.

III. Die vom Gläubiger rein zufällig getroffene Wahl zwischen Inanspruchnahme des eingebrachten und des Vorbehaltsguts kann für das Innenverhältnis der Ehegatten keine bindende Regelung darstellen.

1. Hauptregel ist allerdings, daß Schulden, für die das eingebrachte Gut nach außen hin haftet, auch definitiv darauf lasten bleiben sollen. Infolgedessen gibt das Gesetz der Frau, die für eine solche Verpflichtung Vorbehaltsgut preisgegeben hat, einen Regreßanspruch gegen den Mann als Verwalter des eingebrachten Gutes, § 1417 II. Der Mann kann diese seine Schuld durch einfache Zahlung an die Frau erfüllen, ohne daß es eines Ehevertrags bedürfte, um das Gezahlte zu Vorbehaltsgut zu machen.

2. Ausnahmsweise fallen gewisse Vollschulden im Innenverhältnis dem Vorbehaltsgut zur Last, nämlich die Schulden aus einer während der Ehe begangenen unerlaubten Handlung und die Kosten eines etwa deswegen verurteilenden Strafverfahrens, § 1415 Z. 1, ferner die Verbindlichkeiten aus einem auf das Vorbehaltsgut sich beziehenden Rechtsverhältnis (z. B. Unterhalt eines vorehelichen Kindes, soweit er aus Vorbehaltsgut bestritten wird, Schulden eines konsentierten, zum Vorbehaltsgut gehörigen Erwerbsgeschäfts) die Kosten diesbezüglicher Prozesse sowie sonstige Prozeßkosten nach Maßgabe des § 1416. In solchen Fällen muß die Frau, wenn das eingebrachte Gut in Anspruch genommen worden ist, es aus dem Vorbehaltsgut wieder auffüllen, § 1417 I.

## § 24. Die Prozeßführung über eingebrachtes Gut.

Zur Verwaltung gehört auch die Prozeßführung. Das Gesetz mußte darüber besondere Bestimmungen treffen, da Prozeßführungsakte nicht ohne weiteres als Verfügungen angesehen werden können. Und zwar unterscheidet es Aktivprozesse (in denen ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht geltend gemacht wird) und Passivprozesse (in denen ein Recht gegenüber dem eingebrachten Gut Klagegegenstand ist).

I. Zur Führung von Aktivprozessen ist in erster Linie der Mann befugt<sup>1</sup>, § 1380. Er kann die Rechte des eingebrachten Gutes im eigenen Namen geltend machen, ohne zur Klage der Zustimmung der Frau zu bedürfen.

1. Der Mann klagt nach § 1380 wohl im eignen Namen, aber nicht aus eignem Recht (a. M. nur PLANCK-UNZNER, nach dem eine „actio quasi confessoria“ vorliegt): es ist das Recht der Frau, um das er streitet. Eine solche Klagebefugnis im eignen Namen aus fremden Recht nennt man „Prozeßstand-schaft“ (KOHLER).

Natürlich kann der Mann auch die einzelnen aus der Nutzverwaltung fließenden Befugnisse geltend machen, z. B. sein Besitzrecht, §§ 1373, 1007, sein Recht auf die Zinsen einer vermieteten Sache, § 1383. Dann liegt aber kein Fall des § 1380 vor. Ebensowenig, wenn der Mann im Namen der Frau klagt; dazu bedarf er der Prozeßvollmacht, deren Erteilung sich oft in das Gewand einer Zustimmung kleiden wird.

Daher kann der Mann auch nicht schlechtweg darauf klagen, daß an ihn geleistet werde, denn er würde ja mit Annahme der Leistung unberechtigt verfügen (§ 1375). Er kann nur darauf klagen, daß an die Frau geleistet werde, womit er zugleich seine Zustimmung zur Annahme der Leistung durch die Frau erteilt

<sup>1</sup> Der in früheren Aufl. gebrauchte Ausdruck „Aktivlegitimation“ ist hier besser zu vermeiden, vgl. ROSENBERG, Lehrb. S. 120.

oder daß an beide Gatten zusammen geleistet werde, oder auf Rückgewähr ins eingebrachte Gut, oder auf Hinterlegung; Leistung an ihn selbst kann er nur begehren, wenn er die Zustimmung der Frau zur Annahme der Leistung nachzuweisen imstande ist oder wenn diese auch zur Verfügung über die im Streit befangene Sache nach § 1376 nicht erforderlich wäre (strittig).

2. Sehr bestritten ist die Wirkung der vom Manne in Prozeßstandschaft geführten Prozesse für und gegen die Frau.

a) Das Gesetz sagt nur, daß das vom Manne herbeigeführte Prozeßergebnis für und gegen die Frau wirkt, wenn er über das geltend gemachte Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen berechtigt ist (§§ 1380 Z. 2, 1376, 1378). Dies muß offenbar auch gelten, wenn die Frau der Prozeßführung zugestimmt hatte (RG. Bd. 77, S. 35; Bd. 92, S. 153; Bd. 96, S. 96).

b) In allen andern Fällen wirkt das Urteil nach h. M. nicht für und gegen die Frau.

Ist also der Mann mit seiner unkonstentierten Klage abgewiesen, so kann der Gegner von der Frau mit Zustimmung des Mannes nochmals belangt (vgl. § 1400 II) und nunmehr verurteilt werden; hat der dem Manne unterlegene Gegner geleistet, so kann er zwar gegen die Frau nochmals klagen, wenn er sich nachzuweisen getraut, daß ihr Anspruch ungerechtfertigt war; aber selbst wenn er ein Urteil auf Herausgabe des zu Unrecht Geleisteten erzielt, kann er es nicht vollstrecken, denn der Mann kann sich der Duldungsklage gegenüber auf die Rechtskraft berufen! Alle diese Konsequenzen des Umkehrschlusses aus § 1380 Z. 2 sind, wie STERN<sup>1</sup> nachgewiesen hat, nicht zwingend und vom rechtspolitischen Standpunkt aus bedenklich.

II. Die Frau kann Aktivprozesse über eingebrachtes Gut nur mit Zustimmung des Mannes anstrengen (§ 1400 II).

Denn die Prozeßführung ist zwar keine Verfügung, aber sie kann im Effekt ähnlich wirken, und deshalb ist der Frau die Prozeßführungsbefugnis entzogen. Indessen wird der Mangel der Zustimmung nicht von Amts wegen zu beachten sein; erst wenn der Gegner ihn rügt, muß die Klage der Frau abgewiesen werden. Es kann also auch bei fehlender Zustimmung zu einem Urteil für oder gegen die Frau kommen; über dessen Wirkung kann erst unter III gehandelt werden. Die Klage der Frau kann sich stets nur auf Leistung an den Mann oder an sie mit seiner Zustimmung richten.

Ohne Zustimmung des Mannes ist die Frau prozeßführungsbefugt in Einfällen, § 1401, zu Prozessen, die aus einem selbständig betriebenen Erwerbsgeschäft entstehen (§ 1405), und in gewissen in § 1407 aufgezählten Fällen, insbesondere zur Erhebung der sog. revokatorischen Klage (§ 1407 Z. 3) sowie zur Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung (ZPO. § 771), wenn ein Mannesgläubiger auf das eingebrachte Gut gegriffen hat (§ 1407 Z. 4).

III. Passivprozesse müssen grundsätzlich gegen die Frau selbst geführt werden. Und zwar muß der Kläger von der Zustimmung des Mannes zur Prozeßführung unabhängig gestellt werden; die Frau darf nicht etwa die Einlassung verweigern, weil der Mann der Prozeßführung nicht zugestimmt habe. Nur bei der Durchsetzung des Anspruchs gegen den Mann zeigt sich seine Zustimmung als bedeutsam. Hat er nämlich der Prozeßführung zugestimmt, so wirkt das Urteil Rechtskraft gegen ihn; er kann also, wenn er auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt wird, nicht mehr die Leistungspflicht der Frau bestreiten (§ 1400 I).

Die herrschende Meinung<sup>2</sup> wendet nun § 1400 I auch bei Aktivprozessen der Frau (oben II) an; d. h. ein von ihr konsenslos erstrittenes Urteil ist nicht ganz und gar unwirksam, sondern nur dem Mann gegenüber, soweit es das eingebrachte Gut betrifft.

<sup>1</sup> Prozeßführung des Vermögensverwalters. Leipziger Festgabe für WACH 1915, S. 46.

<sup>2</sup> RG. Bd. 56, S. 76; STEIN-JONAS V zu ZPO. § 52 usw.



### § 25. Ende der Nutzverwaltung.

I. 1. Die Nutzverwaltung kann die Ehe nicht überleben; sie endet daher, wenn diese endet, also durch Tod, Scheidung, Wiederverheiratung nach Todeserklärung.

2. Aber die Nutzverwaltung kann auch bei bestehender Ehe enden.

a) Hierher gehört zunächst der Fall der Todeserklärung des Mannes. Diese beendet die Ehe nicht (s. oben § 12), wohl aber endet der Güterstand im Zeitpunkt des vermuteten Todes. Der Zurückgekehrte muß dann auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen mit der Wirkung, daß seine Rechte ex nunc wiederaufleben, § 1425. Also tritt im Widerspruch mit der formalen Logik aus praktischen Gründen keine Rückwirkung ein; anders, wenn die Todeserklärung selbst auf eine Anfechtungsklage hin ex tunc beseitigt wird. Die zu Unrecht erfolgte Todeserklärung der Frau beeinträchtigt die Rechtsstellung des Mannes überhaupt nicht.

b) Ferner endet die Nutzverwaltung durch ein Gestaltungsurteil, das auf die Aufhebungsklage der Frau hin ergeht. Die Fälle, in denen eine solche Klage statthaft ist, sind die Gefährdung der Rechte der Frau selbst, § 1418 Z. 1, des Unterhalts für Frau und Kinder nach näherer Bestimmung in § 1418 Z. 2, endlich die Unfähigkeit des Mannes zur Vermögensverwaltung infolge Entmündigung, Gebrechlichkeit oder Abwesenheit, derentwegen ein Pfleger bestellt wurde, § 1418 Z. 3—5. Mit der Rechtskraft des Urteils tritt Gütertrennung ein, § 1418 II. Im letztgenannten Falle kann der Mann nach Wegfall des Unfähigkeitsgrundes Wiederherstellung seiner Rechte ex nunc verlangen, § 1425.

c) Ebenso steht es bei Konkursöffnung über das Vermögen des Mannes; das Nutznießungsrecht selbst gehört nicht zur Konkursmasse; eine Wiederherstellung der Mannesrechte nach Konkursbeendigung wäre nur durch Ehevertrag möglich.

d) Endlich kann durch Ehevertrag jederzeit die Nutzverwaltung ausgeschlossen und ein anderer Güterstand an ihre Stelle gesetzt werden.

II. Nach Beendigung der Nutzverwaltung hat der Mann das Frauengut herauszugeben und Rechenschaft abzulegen (§§ 1421—1423). Über die Anwendbarkeit von Auftragsgrundsätzen vgl. § 1424.

## C. Die Gütertrennung.

### § 26.

I. Die Gütertrennung bedeutet völlige Trennung der Vermögen nach Substanz, Nutzung und Verwaltung.

1. Sie kann subsidiärer gesetzlicher Güterstand sein, so

a) in den Fällen der §§ 1364, 1587 (s. oben §§ 9 III 4b, 16 II 2), ebenso

b) nach Endigung eines Güterstandes infolge Aufhebungsklage, §§ 1426 mit 1418, 1470 I, 1545 I, 1549, bei Todeserklärung des Mannes und Konkursöffnung über sein Vermögen in den Fällen der NV. (§§ 1426, 1420) und der Errungenschaftsgemeinschaft, § 1545, bei letzterer auch im Falle der Todeserklärung der Frau, § 1545, endlich

c) bei vertragsmäßiger Aufhebung eines Güterstandes ohne Einführung eines neuen, § 1436.

2. Sie kann auch jederzeit ehevertraglich eingeführt werden, § 1432.

II. Trotz völliger Isolierung der beiden Vermögen sind doch gewisse güterrechtliche Unterschiede vom Zustand des Unverheiratetseins gegeben:

1. Der Mann trägt auch hier den ehelichen Aufwand; als Gegenleistung dafür erhält er nicht Nutzungen, sondern nur Beiträge der Frau, die sie aus ihren Ein-

künften zu leisten hat, für die Vergangenheit jedoch nur, soweit sie trotz Aufforderung (keine technische Mahnung) des Mannes im Rückstande geblieben ist (kein technischer Verzug, daher auch keine Schadensersatzpflicht). Aus gewissen Gründen, insbesondere bei Gefährdung ihres Unterhalts, kann die Frau die Beitragsleistung verweigern und die fälligen Beträge zurückhalten, § 1428. Leistet sie Beiträge über ihre Pflicht hinaus, so ist nach § 1429 im Zweifel anzunehmen, daß sie keinen Ersatz verlangen will.

2. Das Gesetz gibt aber ferner auch gewisse dispositive Regeln für den Fall, daß die Frau in nähere Vermögensbeziehungen zum Manne treten will. Sie kann dem Manne ihr Vermögen ganz oder teilweise zur Verwaltung überlassen, § 1430; dann schließt sie mit ihm einen auftragsähnlichen Vertrag, der sie der Mühe eigener Tätigkeit überhebt, steht aber insofern sehr viel besser als im gesetzlichen Güterstand, als sie jederzeit Auskunft und Rechnungslegung verlangen kann, §§ 662, 675, und die Verwendung der Einkünfte in erster Linie ihrer eigenen Bestimmung unterliegt. Erst wenn keine solche getroffen ist und der Mann die Einkünfte auch nicht nach den Grundsätzen ordentlicher Wirtschaft zur Lastentilgung verwenden muß — §§ 1384—1387 werden entsprechend anzuwenden sein —, darf er sie nach freiem Ermessen in seinen eignen Nutzen kehren, § 1430. Vor allem ist die Frau dadurch geschützt, daß sie den Auftrag stets widerrufen kann, §§ 671, 675. Auch eine dem Manne erteilte Generalvollmacht wird wohl stets als widerruflich gelten müssen.

Aus dieser Gütertrennung mit Überlassungsvertrag, eventuell auch in Verbindung mit einer Beteiligung der Frau am ehelichen Erwerb des Mannes, könnte sich der Güterstand der Zukunft entwickeln (in diesem Sinne auch M. WEBER, a. a. O., S. 485), wenn das Gesetz die dürftige Dispositivnorm des § 1430 sinnvoll ausgestalten würde; allerdings nicht, wie KOHLER, Lehrb. S. 233 wollte, in möglichstem Anschluß an die Nutzverwaltungsregeln, eher nach Muster des Gesellschaftsrechts, das eine möglichst korrekte geschäftsmäßige Behandlung verbürgt. Vgl. oben § 18 I a. E.

## D. Die Gemeinschaftsgüterstände.

### § 27. Allgemeine Gütergemeinschaft.

I. Die allgemeine Gütergemeinschaft (AGG.) war früher der Güterstand, durch den in Handels-, Industrie- und auch Ackerbaugewandten eine gewisse Kapitalhäufung herbeigeführt wurde. Noch heute wird er von manchen als dem idealen Wesen der Ehe am meisten angemessen empfohlen. Hierin liegt der Trugschluß, daß eheliche Liebe nur durch möglichsten Ausschluß der Frau von den Vermögensangelegenheiten zu erhalten sei — als ob sich nicht mit der rechten ehelichen Gesinnung eine vollkommen geschäftsmäßige Behandlung der geschäftlichen Dinge gerade am besten verträge! Dieser Güterstand bietet für beide Ehegatten unstreitig die größten Gefahren: für die Frau, weil er dem Manne noch weitergehende Freiheiten läßt als der gesetzliche; für den Mann wegen seiner persönlichen gesamtschuldnerischen Haftung für Frauenschulden (§ 1459: *qui épouse femme, épouse ses dettes*). Immerhin ist die AGG. noch immer der verbreitetste von allen Vertragsgüterständen, vor allem wohl in Westdeutschland, und wird immer noch von älteren kinderlosen Ehepaaren bevorzugt<sup>1</sup>. Dieser Güterstand kennt nicht weniger als fünf Gütermassen:

1. a) Hauptmasse ist das **Gesamtgut**; für dieses spricht die Vermutung, d. h. Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zu ihm muß beweisen, wer sie behauptet (ausdrücklich ausgesprochen allerdings nur in § 1527 für das Gesamtgut der Erzungenschaftsgemeinschaft). Erst hinter dieser Vermutung gilt die des § 1362.

<sup>1</sup> Daß in der Vereinbarung der AGG. u. U. — bei großer Vermögensverschiedenheit — eine Schenkung liegen kann, behauptet RG. Bd. 87, S. 301 (nicht unanfechtbar).

b) Gesamtgut wird also alles, was den Eheleuten bei Eingehung der AGG. gehört, und auch was sie später erwerben, dafern es nicht kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts ausdrücklich ausgenommen wird, § 1438 I, und zwar erfolgt der Übergang uno actu, ohne daß es einer Übertragung der Einzelgegenstände bedarf, § 1438 II. Es entsteht also sofort eine Gesamthand, die Rechtsnachfolgerin des einzelnen Ehegatten wird (ähnlich wie bei § 1381!), und zwar auf dem Wege der Universal-sukzession; das Grundbuch, in dem einer der Ehegatten allein eingetragen ist, wird unrichtig, und es bedarf der deklaratorischen Grundbuchberichtigung auf Antrag beider Ehegatten, wozu einer vom andern Mitwirkung verlangen kann, § 1438 III. Der Grundbucheintrag muß die AGG. als Rechtsgrund der Gesamtberechtigung erkennen lassen, GBO. § 48<sup>1</sup>.

Bis zur Berichtigung ist zumindest derjenige Redliche geschützt, der mit dem allein eingetragenen Manne kontrahiert, §§ 892, 893, selbst wenn die AGG. schon im Güterregister verlaublich sein sollte, der öffentliche Glaube des Grundbuchs geht vor. Anders wenn nur die Frau eingetragen ist: hier versagt der Schutz des Grundbuchs, da das Prinzip des § 1404 offenbar auch bei der AGG. durchschlagen muß und hier eine wirkliche Ausnahme vom Publizitätsprinzip bedeutet; der Dritte darf jedenfalls nicht besser stehen, als wenn die Frau im gesetzlichen Güterstand gelebt hätte. Auch während des Güterstandes kann eine Unrichtigkeit des Grundbuchs dadurch entstehen, daß einer der Ehegatten allein als Erwerber eines Grundstücksrechtes eingetragen wird<sup>2</sup>; dann tritt ebenfalls sofort das Gesamthandsverhältnis ein, und für den andern Ehegatten entsteht der Berechtigungsanspruch.

2. Beide Ehegatten können **Sondergut** haben. Dieses wird gebildet von den Gegenständen, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, § 1439, also etwa Nießbrauch, unabtretbare Lohnforderungen, Gesellschaftsanteile, Rentenansprüche aus der Sozialversicherung. Anderes als gesetzliches Sondergut gibt es nicht. Das Sondergut bleibt Alleineigentum des betreffenden Ehegatten, es ist seinem Wesen nach ein eingebrachtes Gut und wird auch behandelt wie eingebrachtes Gut der Errungenschaftsgemeinschaft, also vom Manne für Rechnung des Gesamtguts verwaltet, § 1525, und zwar das des Mannes frei, das der Frau nach den Regeln des gesetzlichen Güterstandes; die Nutzungen fallen ins Gesamtgut; dingliche Surrogation findet nicht statt (§ 1439 schließt § 1524 aus); also fallen z. B. ausbezahlte Renten ins Gesamtgut.

3. Beide Ehegatten können **Vorbehaltsgut** haben, aber kein gesetzliches, nur rechtsgeschäftliches und surrogiertes, § 1440. Das Vorbehaltsgut des Mannes ist völlig freies Vermögen, das der Frau beitragspflichtig wie im gesetzlichen Güterstand, § 1441.

II. Das Gesamtgut ist **Gesamthandsvermögen** beider Ehegatten, jedem gehört das Ganze mit dem andern Ehegatten zusammen; irgendwelche ziffernmäßig feststellbaren Anteile bestehen nicht, sondern es liegt eine personenrechtliche Mitberechtigung vor.

Und zwar ist diese Gesamthand die festeste, die das Gesetz kennt: Keiner der Gesamthänder kann über seinen Anteil verfügen, § 1442 (anders § 2033), keiner Teilung verlangen (anders § 2042), keiner kündigen (anders § 723).

1. Die Verwaltung des Gesamtguts liegt beim Manne; er ist Verwalter fremden Vermögens, auch seinen Anteil verwaltet er nicht etwa zu eigenem Recht. Und zwar ist seine Stellung, verglichen mit dem gesetzlichen Güterstand, eine freiere; was dort Ausnahme, ist hier Regel: der Mann verwaltet das Gesamtgut frei, ohne Verantwortlichkeit der Frau gegenüber, § 1359 ist durch § 1456 ausgeschlossen (einige Ausnahmen ebenda und § 1466 I), und er verfügt auch über das Gesamtgut grundsätzlich frei, ebenso wie er sich zu Verfügungen aus dem Gesamtgut verpflichten kann; all dies im eigenen Namen; die Frau persönlich kann er nur verpflichten, wenn er Vollmacht dazu hat, § 1443 II.

<sup>1</sup> Dazu RG. Bd. 105, S. 53ff.

<sup>2</sup> Dazu RG. Bd. 84, S. 71 u. 326.

2. Nur in einigen Fällen ist dem Manne die Einholung des Frauenkonsenses auferlegt, § 1444 ff. Es kommen in Frage:

a) Rechtsgeschäfte, in denen er sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen verpflichtet — eine einheitliche Verfügung über das Gesamtgut im ganzen wäre ja undenkbar! — also etwa ein Verpfändungsvertrag mit Einsatz des ganzen Gesamtguts; ferner Verfügungsgeschäfte zur Erfüllung solcher Verpflichtung;

b) Verfügungen über Gesamtgutsgrundstücke samt der Verpflichtung dazu, § 1445 — diese würde ja das Gesamtgut verhaften, § 1459, und so indirekt wieder zur Verfügung zwingen —; nicht entzogen ist dem Manne also die Verfügung über ein einzelnes Grundstücksrecht, und ebensowenig nach herrschender Meinung die Belastung eines ins Gesamtgut fallenden Grundstücks mit einer Restkaufgeldhypothek gleich beim Erwerbe (RG. Bd. 69, S. 177; OLG. Bd. 38, S. 247)<sup>1</sup>.

c) Schenkungen aus dem Gesamtgut und Erfüllung eines Schenkungsversprechens mit Gesamtgut, § 1446. Aber auch schon das Schenkungsversprechen selbst bedarf zu seiner Wirksamkeit des Frauenkonsenses wegen der Haftung des Gesamtguts, außer wenn etwa der Mann von vornherein die Haftung auf Sonder- oder Vorbehaltsgut beschränken würde.

d) Die Einwilligung der Frau kann unter den in § 1447 näher bezeichneten Umständen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden; ist dies nicht zu erreichen, so steht der Drittkontrahent dem Manne gegenüber ähnlich wie gegenüber der konsenslos verfügenden Frau im gesetzlichen Güterstand, § 1448; also kann Konvaleszenz durch Genehmigung eintreten; nur ist zu beachten, daß hier eine Spaltung der Rechtswirksamkeit zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft (analog §§ 1396, 1399) nicht vorkommen kann, da ja auch die Verpflichtungsgeschäfte des Mannes mit Rücksicht auf § 1459 schwebend unwirksam sind.

3. Die Frau hat prinzipiell überhaupt keine Verfügungsmacht über Gesamtgut. Ausnahmen sind gegeben durch Eilfälle, § 1450, und durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, § 1452; ferner kann die Zustimmung des Mannes erteilt oder bei persönlichen Angelegenheiten der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, § 1451; sie ist entbehrlich in den Fällen des § 1453; all dies ist dem gesetzlichen Güterstand angeglichen.

4. Das Prozeßführungsrecht hat prinzipiell der Mann im eignen Namen, § 1443; das Urteil wirkt dann auch für und gegen die Frau.

Der Frau gibt das Gesetz die Befugnis zu Aktivprozessen in zwei Fällen ausdrücklich: zur revokatorischen Klage, § 1449, und zur Fortführung eines schon anhängigen Rechtsstreits, § 1454; im übrigen wird auf den gesetzlichen Güterstand zurückzugreifen sein; dort kehren die beiden Ausnahmen wieder in § 1407 Z. 1, 3; die entsprechende, in § 1400 enthaltene Regel dürfte auch für die AGG. zutreffen; also kann die Frau mit Zustimmung des Mannes und dann auch mit Wirkung für und gegen ihn prozessieren, und passiv muß sie sich auch ohne Rücksicht auf seine Zustimmung in jeden Prozeß einlassen, allerdings ist die Rechtskraftwirkung des Urteils dann auf ihr Sonder- und Vorbehaltsgut beschränkt, vgl. STEIN-JONAS Vorb. 2 zu ZPO. § 52.

5. Der eheliche Aufwand fällt dem Gesamtgut zur Last, § 1458; der Begriff ist derselbe wie beim gesetzlichen Güterstand.

III. Die Haftung des Gesamtguts erstreckt sich auf die **Gesamtgutsverbindlichkeiten**. Das sind Schulden der Eheleute, zu deren Deckung neben dem Sonder- und Vorbehaltsgut jedes Ehegatten auch das Gesamtgut herangezogen werden kann. Daß das Gesamtgut für sich allein haftet, wäre nur kraft vertraglicher Haftungsbeschränkung denkbar.

1. Gesamtgutsverbindlichkeiten sind nun grundsätzlich alle Schulden der Eheleute; § 1459; für den Mann gilt hiervon nicht die mindeste Ausnahme (beachte

<sup>1</sup> Nach RG. JW. 1927, S. 1192 kann der Ehevertrag dem Manne Grundstücksverfügungen gestatten (auch unentgeltliche?).

§ 1357 !), hingegen sind gewisse Schulden der Frau ausgenommen, nämlich diejenigen, für die auch das eingebrachte Gut im gesetzlichen Güterstand nicht haften würde (§§ 1460—1462, genau entsprechend §§ 1412—1414). Ferner entstehen Gesamtgutsverbindlichkeiten aus der Bereicherung des Gesamtguts infolge unkonstentierten Rechtsgeschäfts des Mannes oder der Frau, § 1455 (analog § 1399 II).

2. Außerdem haftet aber auch noch der Mann persönlich für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten als Gesamtschuldner mit seinem ganzen übrigen, nicht zum Gesamtgut gehörigen Vermögen. Also haftet er auch für diejenigen Frauenschulden, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, in dieser Weise, § 1459 II, und zwar ist weiter zu unterscheiden :

a) Fallen die genannten Gesamtgutsverbindlichkeiten auch im Innenverhältnis dem Gesamtgut zur Last, so ist diese solidarische Mithaftung des Mannes zeitlich unbegrenzt ;

b) fallen sie im Innenverhältnis der Frau allein zur Last, so erlischt die Mithaftung des Mannes mit dem Ende des Güterstandes, § 1459 II a. E.

Wann eine Gesamtgutsverbindlichkeit im Innenverhältnis vom einzelnen Ehegatten getragen werden muß, ergibt sich aus §§ 1463—1465, von denen die beiden ersten den §§ 1415, 1416 entsprechen; ohne Parallele im gesetzlichen Güterstande ist § 1465, wonach eine vom Manne gewährte Ausstattung eines gemeinschaftlichen Kindes nur im Rahmen des dem Gesamtgut entsprechenden Maßes Gesamtgutslast ist, darüber hinaus dem Mann zur Last fällt (wegen eines nicht gemeinschaftlichen Kindes vgl. § 1465 II).

Hat also z. B. die Frau ein Delikt begangen, so haftet sie dafür persönlich mit Vorbehalts- und Sondergut, ferner das Gesamtgut (§ 1459 I) und der Mann persönlich (§ 1459 III), aber nur bis zur Beendigung des Güterstandes (§§ 1459 II 2, 1463); gegen spätere Inanspruchnahme wehrt er sich mit § 767 ZPO.

3. Relativ einfach geregelt ist die Zwangsvollstreckung ins Gesamtgut: Ein gegen den Mann gerichteter Titel ist stets erforderlich, aber auch genügend, § 740 ZPO., auch wenn die Frau mit Wirkung gegen das Gesamtgut prozessiert hat; nur beim Zugriff auf ein von der Frau selbständig betriebenes Erwerbsgeschäft tritt an Stelle des Titels gegen den Mann einer gegen die Frau, § 741 ZPO.; über den Fall des § 743 s. unter IV. Jedoch ist auch durch diese Vorschriften nichts von den Erfordernissen der §§ 808, 809 ZPO., § 14 GBO. nachgelassen, falls die Frau im Besitze des Vollstreckungsobjekts ist oder ein Recht auf ihren Namen im Grundbuch eingetragen steht. U. U. ist deshalb eine Verurteilung auch der Frau zur Leistung oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung zweckmäßig<sup>1</sup>, vgl. STEIN II zu § 740 ZPO.

4. Im Konkurse des Mannes gehört das Gesamtgut zur Masse, nicht auch im Konkurse der Frau, § 2 KO.

IV. Die AGG. endet durch Auflösung der Ehe (wenn diese aber durch den Tod erfolgt, nur bei unbeerbter Ehe, s. unter V), bei bestehender Ehe durch Ehevertrag oder gerichtliches Urteil. Dieses kann auf Klage der Frau, aber auch des Mannes — denn auch er ist gefährdet — unter den in §§ 1468, 1469 näher bezeichneten Voraussetzungen ergehen; mit seiner Rechtskraft tritt Gütertrennung ein, § 1470.

1. In allen Fällen<sup>2</sup> der Beendigung der AGG. kommt es zur Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts. Die Gesamthand dauert zu diesem beschränkten Zwecke fort; sie tritt nunmehr in das Liquidationsstadium. Neuerwerb findet nun nicht mehr statt, wohl aber noch dingliche Surrogation, § 1473. Das Verhältnis der Ehegatten zum Gesamtgut festigt sich einerseits zur Verwaltungsgemeinschaft im eigentlichen Sinne des Wortes, § 1472, und lockert sich andererseits durch die jetzt

<sup>1</sup> RG. Bd. 105, S. 21.

<sup>2</sup> Außer bei vertragsmäßigem Ausschluß der Auseinandersetzung (RG. Bd. 89, S. 290).

bestehende Möglichkeit der Pfändung der Anteile, ZPO. § 860 II. Auch gehören die Anteile jetzt zur Konkursmasse beider Ehegatten, KO. § 1. Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ist fortan ein Titel gegen beide Eheleute erforderlich, und zwar gegen den persönlich haftenden stets auf Leistung, gegen den andern auf Duldung der Zwangsvollstreckung, § 743 ZPO.

2. a) Die Auseinandersetzung selbst weist die üblichen Stadien jedes Liquidationsverfahrens auf: Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten, § 1475, dazu gegebenenfalls Versilberung des Gesamtguts; dann Verteilung unter die Ehegatten zu gleichen Teilen, §§ 1476, 1477, mit Übernahmerecht, § 1477 II.

b) Die Gesamtgutsgläubiger sind dadurch geschützt, daß jeder Ehegatte nach der Teilung für nicht berichtigte Gesamtgutsverbindlichkeiten persönlich weiterhaftet, § 1480, aber durch die Einrede der Unzulänglichkeit (§§ 1990, 1991) seine Haftung auf die ihm zugeteilten ehemaligen Gesamtgutsgegenstände beschränken kann. Ein Anspruch auf Erfüllungsübernahme ist gegeben, falls derjenige Ehegatte nach § 1480 in Anspruch genommen wurde, der im Innenverhältnis die Last der Schuld nicht zu tragen hatte, § 1481.

c) Eine Sonderregel für den Fall der Ehescheidung gibt § 1478: Der unschuldige Ehegatte kann Auseinandersetzung in der Weise verlangen, daß statt der Halbteilung jedem Ehegatten der Wert dessen ersetzt wird, was er ins Gesamtgut eingebracht hat (sog. Illatenersatz); dabei gelten die Regeln der Errungenschaftsgemeinschaft, § 1478 II; dann ist bloß der Rest (die Errungenschaft selbst) zu teilen.

#### V. Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

1. Wird die Ehe durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst und sind gemeinschaftliche, zur gesetzlichen Erbfolge berufene Abkömmlinge vorhanden, so wird die Gütergemeinschaft behufs Verhinderung vorzeitiger Abschichtung zwischen den Abkömmlingen und dem überlebenden Ehegatten fortgesetzt (§ 1483). Und zwar gilt dies zwingend, wenn nicht das Gesetz selbst Abweichungen gestattet, § 1518:

a) Ausgeschlossen werden kann die Fortsetzung durch Ehevertrag (§ 1508) und gemeinschaftliches Testament<sup>1</sup>; durch einseitige letztwillige Verfügung nur unter den Voraussetzungen des § 1509 (Berechtigung des Erstversterbenden zur Pflichtteilsentziehung oder Aufhebungsklage);

b) der Überlebende kann die Fortsetzung ablehnen, § 1484, dann gilt Entsprechendes wie bei der Ausschlagung einer Erbschaft (§ 1484 II);

2. Im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört der Anteil des Verstorbenen nicht zum Nachlaß, sondern bildet mit dem Anteil des Überlebenden das Gesamtgut. Dieses wird jedoch geschmälert durch das Erbrecht der nicht gemeinschaftlichen Abkömmlinge, das sich nach den gewöhnlichen Regeln richtet, § 1483 II. Zum Gesamtgut gehört ferner, was der Verwitwete aus dem Nachlaß des Verstorbenen (d. h. einem Sonder- oder Vorbehaltsgut) oder später erwirbt, sowie die Nutzungen und Surrogate, § 1485. Hingegen gehören Nachlaßanteil und Erwerb der Abkömmlinge nicht zum Gesamtgut, sie werden von ihnen frei verwaltet, § 1485 II. Infolgedessen haben sie weder Sonder- noch Vorbehaltsgut, wohl aber hat es der Verwitwete, § 1486.

3. Bei der Verwaltung des Gesamtguts hat der Verwitwete die Stellung des Mannes, § 1487, die Abkömmlinge haben die Stellung der Frau<sup>2</sup> (§ 1450 ist ausgenommen). Gesamtgutsverbindlichkeiten sind also neben den noch vom Verstorbenen

<sup>1</sup> RG. Bd. 94, S. 317.

<sup>2</sup> Heiratet daher ein Abkömmling und macht AGG., so ist sein Anteil an der FGG. Sondergut (§ 1439); erst im Auseinandersetzungsstadium der FGG. gilt § 1438; vgl. RG. Bd. 125, S. 347 ff.

herrührenden fortan auch alle Schulden des Verwitweten, und er haftet für diese auch persönlich, §§ 1488, 1489, entspr. § 1459. Jedoch kann er seine Haftung auf das Gesamtgut nach erbrechtlichen Regeln (insbesondere durch Konkurs oder Verwaltung des Gesamtguts) beschränken bei solchen Schulden, die ihn erst infolge der Fortsetzung der Gütergemeinschaft getroffen haben, § 1489 II. Das ist insbesondere wichtig für die Witwe, sie haftet für Manneschulden stets nur beschränkbar; der Witwer für Frauenschulden nur dann, wenn ohne Fortsetzung der Gütergemeinschaft seine Haftung erloschen wäre (§ 1459 II), z. B. für eine eheliche Deliktsschuld der Frau.

4. Trotzdem die Fortsetzung der Gütergemeinschaft kein Erbgang ist, gelten gewisse erbrechtliche Regeln:

a) Ein Abkömmling kann, wie erbunwürdig, so auch gemeinschaftsunwürdig sein, § 1506; er kann durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen werden, § 1511, dann enthält er ein pflichtteilsartiges Recht auf Abfindung an dem Gesamtgut, § 1511 II, außer wenn er einen Pflichtteilsentziehungsgrund gegeben hat, § 1513; statt der Ausschließung kann von vornherein der Abkömmling auf einen halben Anteil gesetzt werden, § 1512; bei allen diesen Verfügungen ist Zustimmung des andern Ehegatten erforderlich, § 1516. Ein dem Erbverzicht nachgebildeter Anteilverzicht ist möglich nach § 1517.

b) Fällt ein Abkömmling nachträglich durch Tod weg, so gilt eine Art Repräsentationsrecht, und in Ermangelung dessen Anwachsung § 1490; letztere stets bei nachträglichem Wegfall durch Verzicht, § 1491.

c) Ein dem Erbschein nachgebildetes Zeugnis kann vom Nachlaßgericht ausgestellt werden, § 1507.

5. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft endet durch rechtsgeschäftliche Aufhebungserklärung des Überlebenden (§ 1492 I), Aufhebungsvertrag (§ 1492 II), Wiederverheiratung (§ 1493), Tod des Verwitweten (§ 1494), Aufhebungsklage (§ 1495) und Wegfall aller Abkömmlinge. Über die Auseinandersetzung vgl. § 1497 ff.

## § 28. Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft.

I. Das BGB. kennt zwei Formen partieller oder beschränkter Gütergemeinschaft: die Errungenschafts- und die Fahrnisgemeinschaft. Es hat indessen darauf verzichtet, sie auf Grund selbständiger Ideen zu gestalten, und daher sind sie lebensfremd geblieben<sup>1</sup>. Das ist besonders schade für die Errungenschaftsgemeinschaft, die in Deutschland die geschichtliche Priorität genießt und von allen Güterständen die erwerbstätige Frau, aber auch die Hausfrau am besten stellt, da sie ihr einen Anteil am ehelichen Erwerb gibt. — Beide Güterstände können nur vertragsmäßig eingeführt werden; die sie regelnden Rechtssätze sind meist Verweisungen auf die AGG. oder den gesetzlichen Güterstand.

II. Die **Errungenschaftsgemeinschaft** (reine ErrG.) kennt vier Gütermassen, nämlich eingebrachtes Gut beider Ehegatten, Gesamtgut und Vorbehaltsgut der Frau, § 1526. Letzteres kann nur kraft Rechtsgeschäftes oder Surrogation entstehen; der Arbeitsverdienst der Frau fällt nicht in ihr Vorbehaltsgut (anders und besser Schweiz. ZGB., wo in allen Güterständen der Arbeitsverdienst Vorbehaltsgut wird).

1. Eingebrachtes Gut ist, was den Ehegatten vor Eintritt des Güterstandes gehörte, § 1520; es kann vermehrt werden durch Ehevertrag, § 1523, und wird kraft Gesetzes vermehrt um Erwerb nach § 1521, Sondergut, § 1522, und Surrogation, § 1524. Die Nutzungen fallen ins Gesamtgut, § 1525, das andererseits die Lasten des eingebrachten Guts und den ehelichen Aufwand trägt, § 1529.

a) Die Verwaltung beider eingebrachter Güter liegt beim Manne, der das seinige frei verwaltet, das der Frau nach den Grundsätzen der Nutzverwaltung, § 1525 II, es bestehen also auch dieselben Verfügungsbeschränkungen wie dort.

<sup>1</sup> Die ErrG. scheint neuerdings in Süddeutschland wieder mehr in Aufnahme zu kommen.

Wer eingebrachtes oder Vorbehaltsgut behaupten will, muß es beweisen; die Vermutung spricht für Gesamtgut, § 1527. Zur Beweiserleichterung dient das Inventar über eingebrachtes Gut, § 1528.

2. Gesamtgut ist der eheliche Erwerb, § 1519, soweit er nicht ausnahmsweise ins eingebrachte Gut fällt. Für das Gesamtgut gelten die Regeln der AGG., also Universalsukzession, Verwaltungsrecht des Mannes usw.

3. Auch die Schuldenhaftung ist durch Verweisungen geregelt. Zu unterscheiden sind Gesamtgutsverbindlichkeiten und Verbindlichkeiten der eingebrachten Güter bzw. des Vorbehaltsguts.

a) Gesamtgutsverbindlichkeiten sind alle Mannes- und ausgewählte Frauenschulden, § 1530. Hier verläßt also das Gesetz sein System der negativen Haftungsbestimmung: die Frauenschulden, für die das Gesamtgut haftet, werden in §§ 1531—1534 positiv aufgezählt und stellen einen Ausschnitt aus der Zahl der beim gesetzlichen Güterstand durch Umkehrschluß gewonnenen Vollschulden dar (es fehlen insbesondere die vorehelichen und die Deliktsschulden).

b) Für die Gesamtgutsverbindlichkeiten, die von der Frau herrühren, haftet der Mann auch persönlich mit seinem Eingebrachten, § 1530 II. Inwieweit auch das eingebrachte Gut der Frau haftet, ergibt sich aus den Regeln der Nutzverwaltung, § 1525 II, 1411 ff. Für konsenterte eheliche Frauenschulden haften z. B. alle vier Gütermassen.

c) Eine besondere Regelung erfährt die Ausgleichungspflicht unter den Ehegatten, §§ 1535 ff., insbesondere fallen viele Frauenschulden intern dem Manne zur Last, § 1536.

4. Die ErrG. endet nicht nur aus allen den Gründen, aus denen die AGG. endet, sondern auch aus den Endigungsgründen des gesetzlichen Güterstands, so vor allem Konkurs des Mannes, § 1543, Todeserklärung des Mannes, § 1544, hinzu tritt Todeserklärung der Frau, § 1544. Eine Besonderheit ist ferner die Klage auf Wiederherstellung der ErrG., § 1547 (ähnlich § 1425).

### III. Die Fahrnisgemeinschaft (FahrnG.).

1. Sie ist Gemeinschaft der Fahrnis und der ehelichen Errungenschaft, § 1549, kann also auch Grundstücke umfassen. Ausgeschlossen vom Gesamtgut ist nur das angestammte und während der Ehe unentgeltlich erworbene Grundvermögen. Sie ist aufgenommen wesentlich mit Rücksicht auf das Gebiet des rheinischen Rechts, wo die FahrnG. des Code civil gesetzlichen Güterstand war. Große Bedeutung kommt ihr kaum mehr zu. Schon die Motive (IV, S. 151) tadeln mit Recht „die Prinziplosigkeit des Maßstabes, nach dem der Umfang desjenigen, was unter den Ehegatten gemeinsam sein soll, bestimmt wird“. Das Absterben der FahrnG. ist ein Symbol für die fortschreitende Verwischung des Unterschiedes zwischen Fahrnis- und Liegenschaftseigentum; Zeiten, die wieder familienhafter denken, kommen vielleicht auf ein ähnliches System zurück.

2. Das Gesamtgut umfaßt die Fahrnis und die gesamte eheliche Errungenschaft, einschließlich etwa dazu gehöriger Grundstücke, § 1549; die FahrnG. ist also eine erweiterte ErrG. Das Gesamtgut folgt den Regeln der AGG., § 1549.

3. Alles unbewegliche vorgüterständliche Vermögen ist eingebrachtes Gut eines der Ehegatten; es wird vermehrt durch Ehevertrag oder sonstiges Rechtsgeschäft, § 1553, durch Sondergut, § 1552, Surrogation, § 1554, wobei, wie bei der AGG., die Surrogate des Sonderguts ausgenommen sind. Bei dieser Gelegenheit umschreibt das Gesetz auch den Kreis der zum unbeweglichen Vermögen gehörigen Rechte, § 1551 II.

4. Vorbehaltsgut hat nur die Frau, § 1555. Also bestehen auch hier vier Gütermassen.

5. Die Schuldenhaftung des Gesamtguts richtet sich nach AGG., die des Eingebrachten nach gesetzlichem Güterrecht, der Innenausgleich und das Ende des Güterstandes wiederum nach AGG. Fortgesetzte FahrnG. kann vereinbart werden, § 1557 (unpraktisch).



## Zweiter Abschnitt.

# Eltern und Kinder.

## A. Eheliche Kinder.

### § 29. Eheliche Abstammung.

Literatur: RAAPE, Über den Begriff der Vaterschaft. Jahrb. f. Dogm. 51, S. 239; Vorläufige Ehelichkeit. AZPr. Bd. 120, S. 194.

I. Die Feststellung der ehelichen Abstammung ist für die mannigfachsten Verhältnisse von Bedeutung und es besteht ein dringendes Interesse daran, daß nicht durch ihre leichtfertige Anzweiflung der Familienfriede zerstört werde. Daher stellt das Gesetz eine Vermutung für die Ehelichkeit von Kindern auf und gestattet ihre Widerlegung nur unter sehr erschwerenden Kautelen.

1. Als ehelich wird zunächst vermutet jedes Kind, das von der Ehefrau in der Ehe oder bis zu 302 Tagen nach ihrer Auflösung geboren wird (§§ 1591, 1593). Ein solches Kind ist vom STB. als ehelich in Standesregister und Geburtsschein einzutragen, PStG. § 15. Auf Erzeugung in der Ehe kommt es also (im Gegensatz zum kanon. Recht) nicht an<sup>1</sup>.

2. Indessen muß dem Ehemann der Mutter die Möglichkeit offengehalten werden, ein Kind, das im Widerspruch mit den Tatsachen als ehelich vermutet wird, zu verleugnen, seine Ehelichkeit zu beschelten. Das kann er durch Anfechtung der Ehelichkeit, § 1593.

3. Diese führt allerdings nur zum Ziele, wenn es dem Ehemann gelingt, zu widerlegen

a) die Beiwohnungsvermutung des § 1591 II. Das Gesetz befiehlt dem Richter, bis zum Gegenbeweis anzunehmen, daß der Mann der Frau innerhalb der „Empfängniszeit“ beigewohnt habe. Empfängniszeit ist ein vom Gesetz bindend festgelegter Zeitraum, nämlich vom 181. bis zum 302. Tage von der Geburt des Kindes an nach rückwärts gerechnet, § 1592 I. Verlängerung der Empfängniszeit auf Grund von Sachverständigenaussagen ist möglich, nicht aber Verkürzung, § 1592 II<sup>2</sup>. Die Beiwohnungsvermutung gilt zunächst nur für den in die Ehe fallenden Teil der Empfängniszeit, darüber hinaus nur, wenn der Mann ohne anzufechten gestorben ist, § 1591 II 2.

b) die Vaterschaftsvermutung des § 1591 I. Sie setzt ein, wenn die Beiwohnungsvermutung nicht entkräftet ist; während gegen jene jeder Gegenbeweis möglich ist (immerhin schwierig wegen ZPO. §§ 641, 617, 384 Nr. 2), kann die Vaterschaftsvermutung nur durch den Nachweis entkräftet werden, daß die Abstammung des Kindes aus der vermuteten Beiwohnung offenbar unmöglich ist (z. B. wegen des Reifezustands, der Rasse des Kindes oder Impotenz des Mannes)<sup>3</sup>. Er-

<sup>1</sup> Über den Beweis der Mutterschaft vgl. RG. Bd. 76, S. 283 (KWILECKA-Prozeß).

<sup>2</sup> Eine Verlängerung der gesetzlichen Empfängniszeit wird auch von Ärzten befürwortet, vgl. ZANGEMEISTER, Recht 1917, S. 346.

<sup>3</sup> Auch die Ergebnisse der biochemischen „Blutgruppenlehre“ können zur Feststellung der offenbaren Unmöglichkeit der Vaterschaft verwertet werden. D. h. ein positiver Beweis für die Vaterschaft kann auf serologischem Wege noch nicht geführt werden; wohl aber in gewissen Fällen der Beweis der „Nichtvaterschaft“. Vgl. etwa HELLWIG, JW. 1930, S. 1556; SCHIFF, ebenda 1931, S. 1429 (neueste Verbesserungen). Der Beweis ist dann geführt, wenn das Kind Merkmale aufweist, die bei keinem der Eltern vorkommen. — Die an völlige Sicherheit grenzende Wahrschein-

wiesener Geschlechtsverkehr der Frau mit anderen Männern genügt keineswegs, es gibt hier keine Analogie zur *exceptio plurium* des Unehelichenrechtes (s. u. § 33 III 1b). Auch das nur möglicherweise eheliche Kind ist ehelich.

## II. Die Anfechtung der Ehelichkeit erfolgt

1. solange das Kind lebt, durch Erhebung der Anfechtungsklage, § 1596, das Urteil vernichtet die Ehelichkeit;

2. nach dem Tode des Kindes durch formalisierte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte, § 1597.

3. Der Mann verwirkt das Anfechtungsrecht durch Versäumung der Anfechtungsfrist (ein Jahr seit der Geburt des Kindes, § 1594) sowie auch durch formfreie Anerkennung des Kindes, § 1598; das Kind bleibt dann unanfechtbar ehelich.

4. Solange der Mann im Besitze des Anfechtungsrechtes ist, oder wenn er es einmal verwirkt hat, kann niemand die Ehelichkeit des Kindes anzweifeln, auch nicht dieses selbst<sup>1</sup>, § 1593. Hat er aber angefochten oder ist er im Besitze des Anfechtungsrechtes gestorben, so kann es jedermann, auch das Kind selbst, und zwar bei jeder Gelegenheit, auch im Laufe eines andern Rechtsstreits.

5. Bei späterer Geburt als 302 Tage nach Auflösung der Ehe kann zwar die Unehelichkeit auch unbeschränkt geltend gemacht werden, doch gilt dann immer noch zugunsten der Ehelichkeit die Regel des § 1592 II<sup>2</sup>.

## § 30. Rechtsstellung der ehelichen Kinder.

I. Auch auf diesem Gebiete ist das BGB. nur ein Glied in der Kette einer noch lange nicht abgeschlossenen Entwicklung. Das „Jahrhundert des Kindes“, an dessen Schwelle unser Gesetz steht, hat die Aufgabe vor sich, einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem im indogermanischen Rechtskreis besonders tief eingewurzelten Patriarchalismus und dem auch im Rechtsleben nach Ausdruck ringenden Interesse des Kindes an der Entfaltung seiner Individualität. Es kommen in erster Linie folgende Problemkreise in Betracht:

1. Die Regelung der Dauer der elterlichen Gewalt. Dem in diesem Punkte auffallend konservativen römischen Recht mit seiner das Hauskind zu Lebzeiten des Vaters völlig beherrschenden *patria potestas* hatte das deutsche Recht den Gedanken entgegengesetzt, daß die Verheiratung oder Erlangung wirtschaftlicher Selbständigkeit die elterliche Gewalt beende (*emancipatio Saxonica*, heute noch Schweiz. ZGB. § 14). Im heutigen Recht endet die elterliche Gewalt gleichmäßig für Söhne und Töchter mit der Erreichung der Volljährigkeit, § 1626, die ja für den Mann zugleich die Ehemündigkeit bedeutet; Verheiratung einer minderjährigen Tochter schränkt sie nur ein, indem der Vater die Personensorge, aber unter Rückbehaltung der Vertretungsmacht, an den Ehemann abgibt, § 1633. Ehe macht also heute nicht mündig, sondern läßt das Vertretungsrecht des Vaters bestehen — ein mit dem Wesen der Ehe schlecht vereinbarer Satz.

2. Eine andere Entwicklungstendenz des heutigen Rechts ist die zunehmende Verwandlung der wesentlich selbennützigen *patria potestas* in ein Verhältnis von Rechten und Pflichten; es liegt im Zuge der Zeit, auf die Pflichten entscheidendes

lichkeit des Verfahrens ist durch einstimmigen Beschluß eines vom Reichsgesundheitsamt eingesetzten Ausschusses anerkannt worden, daraufhin hat das Preuß. Justizministerium eine Gutachterliste veröffentlicht (JMinBl. 1930, S. 78). Auch der 8. ZS. des Kammergerichts hat jetzt seine Bedenken fallen lassen (JW. 1930, S. 1605). — Freilich ist die Blutprobe prozessual nicht erzwingbar; aus der Verweigerung der Blutentnahme darf kein dem Beweisführer ungünstiger Schluß gezogen werden, R.G. Recht 1930, Nr. 1725, 1726. — Nicht anerkannt ist der Beweis durch die sog. Papillarmuster der Fingerbeeren, OLG. Hamburg Jur. Rdschau 1929, S. 1591; Karlsruhe Bad. Rspr. 1930, S. 61.

<sup>1</sup> Anders E. 1925, der auch dem Kinde ein Anfechtungsrecht geben will, zeitlich begrenzt auf ein Jahr seit Eintritt der Volljährigkeit. Auch soll die Anfechtung künftig durch öffentlich beglaubigten Antrag an das VG. erfolgen.

<sup>2</sup> R.G. Bd. 102, S. 358.

Gewicht zu legen<sup>1</sup>. Hier wäre hervorzuheben, daß immer noch bedauerlicherweise der Inhaber der elterlichen Gewalt nur für culpa in concreto haftbar gemacht wird, §1664.

3. Ferner ist anzustreben die gleichmäßige Anteilnahme von Vater und Mutter an der Ausübung der elterlichen Gewalt. Hier ist das Gesetz auf halbem Wege stehengeblieben, indem es der Mutter nur eine sehr bescheidene Nebengewalt neben dem Vater einräumt (§ 1634, s. unten § 32I) und so die Frau von einem Gebiete verdrängt, das ihr ureigenstes sein und bleiben sollte.

4. Endlich ist der grundsätzlichen Frage zu gedenken, inwieweit der Staat durch seine Organe in die Geschicke auch derjenigen Kinder eingreifen soll, die im Schoße einer Familie aufwachsen. Bis jetzt übte er nur im Vormundschaftsgericht (VG.) eine sehr milde Erziehungskontrolle aus. Aber eine Zeit wie unsre, die mit vielen andren Autoritäten auch die der Familie zu untergraben droht, erfordert schärfere Maßnahmen, und in der Tat bedeutet das JWG. vom 9. 7. 1922 zweifellos einen Schritt auf diesem Wege, indem es jedem deutschen Kinde ein Recht auf Erziehung zuspricht und dieses durch eine Reihe von Bestimmungen auch den Eltern gegenüber sichert (s. unten § 31).

II. Von der Unterworfenheit des Kindes unter die elterliche Gewalt ist zu unterscheiden die Stellung, die es kraft seiner Zugehörigkeit zum elterlichen Haushalt einnimmt. Diese ist grundsätzlich von der Volljährigkeit durchaus unabhängig.

1. Solange ein Kind dem elterlichen Hausstande angehört, ist es zunächst dienstpflichtig nach Maßgabe des § 1617.

a) Dem elterlichen Hausstande gehört es an, solange es dort den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen hat, auch wenn es längere Zeit vom Hause abwesend ist, und nur gelegentlich zurückkehrt, aber doch nicht als Gast, sondern als heimatberechtigt. Bei minderjährigen Kindern ist die Dienstpflicht Ausfluß des Erziehungsrechts, bei volljährigen Korrelat des unentgeltlich gewährten Unterhalts.

b) Die Dienste müssen den Kräften und der Lebensstellung des Kindes entsprechen; öffentlichrechtliche Vorschriften (Kinderschutzges. vom 31. 3. 1903) sind zu beachten; Versicherungspflicht besteht nicht, RVO. § 176 Z. 2. Ferner sind die Dienste unübertragbar und nur im Hauswesen oder Geschäft der Eltern zu leisten. Freilich bleibt es den Eltern unbenommen, über den § 1617 hinaus noch einen Dienstvertrag mit dem Kinde zu schließen; zum Vertragsschlusse kann der Vater das Kind nach § 113 ermächtigen, und es bedarf dann nicht der Pflegerbestellung<sup>2</sup>.

2. Auch die Vermögensbeziehungen werden durch die Hausangehörigkeit eigenartig beeinflußt. Wenn das volljährige Kind aus seinem — an sich seiner völlig freien Verwaltung und Nutznießung unterliegenden — Vermögen einen Haushaltsbeitrag leistet, so gilt die Auslegungsregel, daß dies ohne die Absicht geschieht, Ersatz zu verlangen, § 1618 (analog § 1429); und wenn es sein Vermögen freiwillig der elterlichen Verwaltung überläßt, so gilt nach § 1619 der Verwalter als ermächtigt, Überschüsse über die Verwaltungskosten und Verwaltungslasten frei zu verwenden, wenn das Kind nicht anderes bestimmt und die Überlasten nicht zurücknimmt (analog § 1430).

III. Ebenfalls nicht Ausflüsse der elterlichen Gewalt sind die in verschiedenen Rechtskreisen verschieden ausgestatteten Rechtsinstitute der Ausstattung und Aussteuer. Auch hier dürfte der Standpunkt des BGB., das nur der heiratenden Tochter einen klagbaren Aussteueranspruch, Söhnen und Töchtern aber, die sich selbständig machen wollen, kein festes Recht auf die Ausstattung gibt, nur ein Durchgangspunkt sein (besser schon PrALR. II 2, §§ 232, 235ff.).

1. Der Oberbegriff ist Ausstattung, § 1624: alles was seinem Kinde mit Rücksicht auf Heirat oder Erlangung einer selbständigen Lebensstellung<sup>3</sup> zugewendet wird.

<sup>1</sup> Daher ist die elterliche Gewalt auch grundsätzlich unübertragbar. Eine Möglichkeit, die Sorge für die Person zu übertragen, will indessen E. 1925 durch den „Pflegekindevertragsvertrag“ schaffen, s. unten § 34 a. E.

<sup>2</sup> Anders wohl beim Lehrvertrag mit Rücksicht auf § 126b GewO., vgl. LOTMAR, Arbeitsvertrag I, S. 258; STIER-SOMLO, GewO.<sup>2</sup> S. 658 1923. Vgl. über Lehrvertrag zwischen Vater u. Kind OLG. Jena JW. 1927, S. 1223.

<sup>3</sup> Oder zu ihrer Verbesserung; RG. Jur. Rdschau 1929, S. 608.

a) Ein gesetzlicher Anspruch auf eine solche Zuwendung besteht nicht; andererseits aber gilt sie nicht als Schenkung, soweit sie nicht das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen von Vater und Mutter entsprechende Maß übersteigt.

Also gelten nicht die spezifischen Schenkungsregeln, nicht das Formerfordernis des § 518 für das Ausstattungsversprechen, nicht das Widerrufsrecht wegen Verarmung, das Rückförderungsrecht wegen Undankes, die besondere Schenkungsanfechtung in und außerhalb des Konkurses (strittig) für die gewährte Ausstattung. Wohl aber richtet sich die Gewährleistungspflicht wegen Rechts- und Sachmängeln stets nach Schenkungsrecht, § 1624 II.

b) Hat das Kind eignes Vermögen, so ist die Ausstattung im Zweifel daraus entnommen, § 1625; ebenso ist sie bei späterer Beerbung des Ausstattenden zur Ausgleichung zu bringen, § 2050, stellt also eine vorweggenommene Erbfolge dar.

c) Ein noch weiterer Begriff, den das Gesetz aber nicht verwendet, ist der dem Sprachgebrauch des Lebens entnommene der Mitgift<sup>1</sup>. Diese kann Ausstattung sein, wenn sie vom Vater oder Mutter herrührt, aber auch ein Dritter kann sie geben; auch dann dürfte sie nicht immer eine unentgeltliche Zuwendung darstellen, dies ist vielmehr von Fall zu Fall zu prüfen (RG. Bd. 62, S. 273; HAYMANN, Jahrb. f. Dogm. 56, S. 125ff.).

2. Aus dem Gesamtbegriff der Ausstattung herausgehoben und zu einer Rechtspflicht des Vaters und hilfsweise auch der Mutter (§ 1620 I 2) ausgestaltet ist die der Tochter bei der Verheiratung zu gewährende Aussteuer, §§ 1620f.

a) Sie besteht aus den beweglichen Sachen, die der Tochter zur Einrichtung des Hausstandes gegeben werden, und zwar muß die Aussteuer eine angemessene sein, wobei die Vermögensverhältnisse der Eltern mit Rücksicht auf die noch vorhandenen Kinder (nicht bloß Töchter!) sowie die Lebensstellung des Ehemanns in Ansatz zu bringen sind. Ihren eigenen standesgemäßen Unterhalt zu gefährden wird jedoch den Eltern nicht zugemutet<sup>2</sup>. In erster Linie geht der Aussteueranspruch auf die Sachen selbst; doch wird man den Eltern u. U. (z. B. bei Verfeindungschiedenheit der Lebensstellung usw.) Pflicht und Recht zuerkennen müssen, in Geld auszusteuern, § 242.

b) Der Aussteueranspruch entsteht mit der Schließung einer gültigen Ehe (vorher ist Klage auf künftige Leistung nur nach Maßgabe des § 259 ZPO. zuzulassen, strittig) er ist, außer bei schon bestehender Gütertrennung, vom Manne geltend zu machen (§§ 1380, 1439, 1522, 1552); ferner ist er unübertragbar, aber vererblich, d. h. der Mann kann auch noch nach dem Tode der Frau Ersatz für eine etwa von ihm angeschaffte Aussteuer fordern. Gegen ihn kann geltend gemacht werden:

α) als anspruchsvernichtende Einwendung, daß die Tochter eigenes Vermögen hat, § 1620, oder daß sie schon eine Aussteuer erhalten hat, § 1622;

β) als peremptorische Einrede, daß die Ehe ohne elterliche Einwilligung eingegangen wurde, oder daß die Tochter aussteuerunwürdig ist, § 1621. Die Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel der Aussteuer bestimmt sich nach Kaufrecht (zu Unrecht bestritten wegen § 1624 II; Buchstabeninterpretation!).

### § 31. Elterliche Gewalt des Vaters.

Die elterliche Gewalt besteht aus drei Hauptelementen: der Sorge für die Person des Kindes, der Sorge für sein Vermögen, endlich der Nutznießung am Kindesvermögen. Als Hilfseinrichtung gedacht ist das Vertretungsrecht, das dem Vater die Ausübung der Personen- und Vermögenssorge ermöglichen soll; es gehört daher zu beiden gleichmäßig.

I. Die Fülle der aus der Sorge für die Person erwachsenden Rechte und Pflichten ließ sich im Gesetz nicht auffangen. § 1631 enthält nur einen Ausschnitt<sup>3</sup>. Er hebt besonders hervor:

<sup>1</sup> NEUBECKER, Die Mitgift in rechtsvergleichender Darstellung 1909.

<sup>2</sup> Beweislast: RG. JW. 1925, S. 150.

<sup>3</sup> Er schweigt z. B. über das Recht zur Wahl des Vornamens. Den Familiennamen erwirbt das Kind mit der Geburt, § 1616.

1. Erziehungsrecht und Erziehungspflicht. Von der Erziehung im einzelnen ist hier nicht zu handeln; sie ist Charakterbeeinflussung mit psychischen Mitteln. Auch die dem Vater zustehenden<sup>1</sup> Zuchtmittel, § 1631 II, sind ihm nur aus dem Erziehungsgedanken heraus gegeben und dem Erziehungszweck anzupassen; auch sie dienen nur zur Verstärkung der psychischen Einwirkung auf das Kind. Das Vormundschaftsgericht hat zur Unterstützung des Vaters mit geeigneten Zuchtmitteln (Verwarnung, polizeiliche Rückführung, Unterbringung; vgl. JWG. § 43 I 4) einzugreifen, § 1631 II.

2. Aufsichtsrecht und Aufsichtspflicht; das wird besonders wichtig im Recht der unerlaubten Handlungen, § 832.

3. Das Recht, den Aufenthalt der Kinder zu bestimmen<sup>2</sup>; dieses verdichtet sich gegebenenfalls zum Anspruch auf Herausgabe des Kindes, vindicatio liberorum, § 1632. Das Kind am Fortlaufen hindern, wenn nötig mit Gewalt, ist selbstverständlicher Ausfluß des Erziehungsrechts; dann aber richtet sich der Anspruch des § 1632 gegen jeden, der dem Kinde das Fortbleiben ermöglicht oder es dem Vater rechtswidrig vorenthält, seinen Aufenthalt verschweigt, dem Vater den Zutritt verwehrt, selbst unter Behauptung eines Rechtes (beachte § 1636). Die Vollstreckung soll nach h. M. stets durch Wegnahme des Kindes (analog ZPO. § 883) erfolgen<sup>3</sup>; doch darf dies keinesfalls dazu führen, daß sich ein Handgemenge um das Kind entspinnt; etwaiger Widerstand ist vielmehr nach §§ 888, 892 ZPO. zu brechen. Letztere Form der Vollstreckung findet jedenfalls Anwendung, wenn der Dritte Angaben über den Verbleib des Kindes zu machen hat. Aus §§ 823 I, 249 kann sich auch seine Pflicht zur Rückführung ergeben.

4. Zur Erziehung gehört auch die Bestimmung des religiösen Bekenntnisses des Kindes. Dieses bis vor kurzem durch EGBGB. § 134 den Landesgesetzen überwiesene Recht ist jetzt geregelt durch das RG. über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 1921.

a) Das Kind unterliegt der religiösen Erziehung von seiner Geburt bis zum vollendeten 14. Lebensjahre (§ 5). Vom 10. Jahre ab hat es Recht auf Gehör, § 2 III, 3 II; vom 12. Jahre das Recht auf Konstanz der Erziehung (§ 5). „Erziehung“ ist dabei Zuweisung zu einem bestimmten Bekenntnis, etwa die Taufe in diesem; „religiöse“ Erziehung auch Erziehung in einer bestimmten Weltanschauung, also auch eine völlig dogmenlose Erziehung, wenn nicht etwa Mißbrauch (§ 1666) des Erziehungsrechts vorliegt.

b) Die Erziehung soll erfolgen auf Grund „freier Einigung“ der Eltern. Damit ist nur gesagt, daß beide Eltern zu gleichem Recht und unbeeinflußt von außen zu bestimmen haben. Einen Vertrag im Rechtssinne stellt die Einigung nicht dar, vielmehr sind Erziehungsverträge „ohne bürgerliche Wirkung“, § 4. Die Einigung ist also frei widerruflich und wird beim Tode eines der Eltern gelöst.

c) Besteht keine Einigung, so entscheidet nach § 2 derjenige über die religiöse Erziehung, der die Personensorge hat, also normalerweise der Vater. Dieser ist dann bei der ersten Bestimmung völlig frei; der Mutter fehlt jede Möglichkeit, auf die Wahl des religiösen Bekenntnisses einzuwirken. Nur beim Wechsel des Bekenntnisses oder bei der Abmeldung vom Religionsunterricht bedarf es ihrer Zustimmung, § 2 II, und selbst diese kann durch das VG. ersetzt werden, § 2 III, das überhaupt für Streitigkeiten aus diesem Gesetz zuständig ist, § 7. Diese Regelung ist unbefriedigend und entspricht nicht dem Grundgedanken der RV.; für den völligen Ausschluß von Erziehungsverträgen bestand kein Grund, was das Gesetz auch anerkannt hat, indem es ältere Verträge bestehen läßt, § 9.

d) Über die Stellung des Vormunds vgl. unten § 36 IV 1.

<sup>1</sup> Das Recht zu körperlicher Züchtigung ist im Gesetz weder bejaht noch verneint; sie ist pflichtmäßigem Ermessen anheingelassen. Rechtswidrig ist rohe und ehrenkränkende Züchtigung. Inwieweit Dritte ein unerbetenes Züchtigungsrecht haben, ist sehr bestritten. OLG. Jena 1913, S. 296 nahm sehr weitgehend ein „allgemeines Bürgerrecht zur Erziehungshilfe“ an; andre wollen es auf Geschäftsführung, Wohnheitsrecht oder öffentliches Recht stützen, vgl. JW. 1923, S. 310; 1924, S. 1788. Ablehnend: OLG. Kiel JW. 1925, S. 2159 und KIPP a. a. O., S. 320.

<sup>2</sup> Bay. OLG. in Recht 1931, Nr. 80.

<sup>3</sup> Vgl. JW. 1904, S. 557; 1923, S. 849; 1924, S. 539; 1925, S. 378; 1929, S. 869.

II. Das Recht des Vaters, das Kind zu vertreten, ist in folgenden Richtungen beschränkt:

1. durch das Schenkungsverbot des § 1641. Das ergibt den eigenartigen Rechtszustand, daß ein Minderjähriger weder selbst noch durch einen gesetzlichen Vertreter (beachte § 1804!) eine Schenkung aus nicht freiem Vermögen vollziehen kann, ausgenommen Anstandsschenkungen:

2. durch das auch den Vormund treffende Vertretungsverbot wegen Kollisionsgefahr, §§ 1630 II, 1795, nebst dem dort zitierten allgemeinen Selbstkontrahierungsverbot des § 181, es bedarf der Pflegerbestellung auch zu Schenkungen des Vaters an das Kind;

3. durch die Pflicht, zu gewissen Rechtsakten die Genehmigung des VG. einzuholen. Diese besteht für den Vater:

a) in gewissen Vermögensangelegenheiten des Kindes, § 1643. Dieser Katalog<sup>1</sup> stellt nur einen Ausschnitt aus dem entsprechenden für den Vormund aufgestellten dar; daher über alles weitere erst unten § 36 V.

b) in einer ganzen Reihe von Angelegenheiten der Personenvertretung, vgl. §§ 1336 II, 1595 II, 1728 II, 1750, Staatsangehör.Ges. § 19 für Entlassung aus dem Staatsverband ZPO. § 962 (Antrag auf Todeserklärung).

III. Der Vermögenssorge, in § 1638 Vermögensverwaltung genannt, ist an sich alles Kindesvermögen unterworfen.

1. Die Vermögensverwaltung umfaßt, abgesehen von dem bereits behandelten Vertretungsrecht, noch das Besitznahmerecht, wobei der Erziehungszweck u. U. Gewaltmaßregeln rechtfertigt. Der Vater hat ferner das Recht, über Gegenstände des Kindesvermögens frei zu verfügen, und zwar auch im eignen Namen, im Rahmen der *diligentia quam suis*, § 1664, und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1643). Gegenstände, über die der Vater nicht frei verfügen kann, kann er auch nicht dem Kinde zu freier Verfügung überlassen, § 110 ist ausgeschaltet, § 1644. Erwirbt der Vater im eigenen Namen mit Mitteln des Kindes bewegliche Sachen, ihnen gleichgestellte Wertpapiere oder schlicht abtretbare Rechte, so gilt dingliche Surrogation, soweit nicht die Vermutung des Erwerbswillens für das Kind widerlegt wird, § 1646, entsprechend § 1381, s. oben § 21 III 5a.

2. Die vom Gesetz dem Vater auferlegten Pflichten sind gering, die Haftung dafür nur die für Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten, § 1664. Eine Sollvorschrift betrifft die mündelsichere (vgl. unten § 36 IV) Anlage des Kindesvermögens, § 1642<sup>2</sup>, eine Inventarisierungspflicht gilt nur ausnahmsweise, nämlich beim Tode der Mutter, § 1640, und bei Wiederverheiratung des geschiedenen Vaters, § 1669. Die Vermögensverwaltung kann auch allein, unter Fortdauer der übrigen Bestandteile der elterlichen Gewalt, enden, und zwar im Falle des Konkurses des Vaters, § 1647 und bei Entziehung durch das VG., § 1666, s. unten VI 3. Schwächere, die Vermögensverwaltung betreffende Maßnahmen gibt dem Vormundschaftsrichter § 1667 an die Hand.

3. Verwaltungsfreies Kindesvermögen kann geschaffen werden durch Zuwendungen Dritter an das Kind unter Lebenden oder von Todes wegen mit entsprechender Bestimmung, § 1638 II; dann ist ein Pfleger zu bestellen, § 1909 I 2. Was das Kind durch den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§ 112) oder eigne Arbeit (§ 113) erwirbt, muß es gleichfalls selbst verwalten können.

<sup>1</sup> Daß § 1822 Z. 7 fehlt, ist insofern unschädlich, als Dienste auch „wiederkehrende Leistungen“ im Sinne der Z. 5 sind. Der Vater kann also das Kind in Dienst oder Arbeit treten lassen (§ 113), aber nicht über ein Jahr nach Volljährigkeit hinaus binden.

<sup>2</sup> Über das RGes. vom 23. 6. 1923 s. unten § 36 IV 2.

IV. 1. Die Nutznießung des Vaters ergreift grundsätzlich auch das gesamte Kindesvermögen; doch gibt es kraft Gesetzes und Rechtsgeschäfts nutznießungsfreies Kindesvermögen;

a) kraft Gesetzes sind freies Vermögen, entsprechend dem gesetzlichen Vorbehaltsgut der Frau, die persönlichen Gebrauchsgegenstände, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, § 1650 (ohne Surrogation), ferner der Arbeitsverdienst und Geschäftsgewinn, ersterer ohne Rücksicht auf erweiterte Geschäftsfähigkeit, letzterer nur im Rahmen des § 112;

b) kraft Rechtsgeschäfts kann freies Kindesvermögen geschaffen werden nach § 1651 Z. 2; für die beiden letzterwähnten Fälle gilt Surrogationsprinzip, § 1651 II.

Der Dritte kann also nutznießungsfreies Vermögen unter väterlicher Verwaltung schaffen oder verwaltungsfreies unter Nutznießung oder gänzlich freies durch Kombination von § 1638 mit § 1651 Z. 2.

2. Infolgedessen ist die Nutznießung auch verschieden ausgestaltet, je nachdem, ob sie mit der Verwaltung verbunden ist oder nicht.

a) Die Nutznießung mit Verwaltungsrecht ist kein dingliches Recht, daher auch nicht grundbuchfähig, aber doch nießbrauchsähnlich ausgestaltet, § 1652. Der Vater erwirbt also die Früchte mit der Trennung, § 954.

α) Befinden sich hingegen im Kindesvermögen verbrauchbare Sachen, so erwirbt er nicht Eigentum (wie in § 1067), sondern nur Verfügungsrecht im eignen Namen mit der Pflicht des Wertersatzes, § 1653.

β) Anders wieder wenn die verbrauchbaren Sachen zu einem Erwerbsgeschäft gehören, das der Vater im Namen des Kindes betreibt (nicht § 112!): Hier hat der Vater überhaupt kein eigentliches Nutzungsrecht, sondern nur den obligatorischen Anspruch auf den sich aus der Jahresbilanz ergebenden Reingewinn, soweit dieser nicht zunächst zur Verlustausgleichung verwendet werden muß, § 1655; auch dieser Anspruch ist, solange er nicht fällig ist, wie die ganze Nutznießung, der Pfändung entzogen, ZPO. § 862, während für die Früchte und die fällig gewordenen Einzelsprüche aus § 1655 dieselben Pfändungsbeschränkungen bestehen wie für die Früchte des eingebrachten Gutes, ZPO. §§ 862 II, 861 I 2.

Als Korrelat der ihm zustehenden Nutzungen hat der Vater die Lasten des Kindesvermögens zu tragen und haftet, ähnlich wie der Mann für die Lasten des eingebrachten Gutes, den Gläubigern des Kindes für deren Berichtigung auch persönlich, § 1654.

Im übrigen besteht keine Haftung des Vaters für Schulden des Kindes; hingegen haftet das der Verwaltung unterliegende Kindesvermögen für alle Kindesschulden ohne Rücksicht auf die väterliche Verwaltung und Nutznießung, § 1659; es bedarf nicht einmal eines Duldungstitels gegen den Vater, ZPO. § 746; auch der Besitz des Vaters kann ohne Rücksicht auf ZPO. § 809 gebrochen werden, denn dieser ist kein „Dritter“ im Sinne dieser Bestimmung, sondern gesetzlicher Vertreter des Vollstreckungsschuldners, vgl. STEIN II zu ZPO. § 746. Im Innenverhältnis zwischen freiem und nicht freiem Kindesvermögen gelten ebenfalls dem gesetzlichen Güterrecht nachgeformte Regeln, § 1660.

b) Die Nutznießung ohne Verwaltungsrecht, deren Hauptfälle sich ergeben aus §§ 1638, 1647, 1666, auch 1685 I, erschöpft sich wesentlich in einem ebenfalls unpfändbaren, konkursfreien obligatorischen Anspruch auf die vom Standpunkt der ordnungsmäßigen Verwaltung und Lastentragung des Kindesvermögens entbehrlichen Nutzungen, § 1656; selbst ausüben kann der Vater die Nutznießung nicht, es sind aber grundsätzlich alle Nutzungen von dem zur Vermögensverwaltung berufenen gesetzlichen Vertreter an ihn abzuführen, und nur ganz ausnahmsweise können die zum Unterhalt des Kindes unmittelbar erforderlichen Beträge vorweg entnommen werden, § 1656 II.

3. Die Nutznießung für sich allein endet, wenn eine Tochter heiratet, § 1661, außer wenn dies ohne die erforderliche elterliche Einwilligung geschieht; dann tritt zwar, anders als bei fehlender Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (§ 1361), der gesetzliche Güterstand ein, aber es wird die väterliche Nutznießung

von der Nutzverwaltung des Ehemanns nur insoweit verdrängt, als sie die Form für den diesem zu leistenden Unterhalt bildet, §§ 1360 II, 1609 II. Ferner kann der Vater auf die Nutznießung verzichten, und zwar im ganzen und — was ohne triftige Gründe geleugnet wird<sup>1</sup> — an den einzelnen Gegenständen, § 1662; endlich kann sie ihm unter bestimmten Voraussetzungen vom VG. entzogen werden, § 1666 II.

V. Der Vater kann, ohne daß die väterliche Gewalt endigt, doch an ihrer Ausübung behindert sein.

1. Im Falle rein tatsächlicher Behinderung tritt die stellvertretende elterliche Gewalt der Mutter ein, § 1685, jedoch mit Verbleib der verwaltungslosen Nutznießung beim Vater.

2. Davon zu unterscheiden ist der Verlust der Ausübungsmöglichkeit aus Rechtsgründen, im Gesetz **Ruhen** der elterlichen Gewalt genannt. Dieses tritt ein

a) aus rein rechtlichen Gründen: Geschäftsunfähigkeit, § 1676 I, Geschäftsbeschränktheit, Unterstellung unter eine Pflegschaft, § 1676 II. In den beiden letzten Fällen verbleibt dem Vater neben der Mutter oder einem zu bestellenden gesetzlichen Vertreter die Personensorge;

b) wenn das VG. feststellt, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist, § 1677. Dadurch wird die tatsächliche Verhinderung zum Rechtsgrund des Ruhens erhoben. Entsprechend endet das Ruhen mit der Feststellung des Wegfalls der tatsächlichen Gründe, § 1677 II.

c) Bei Ruhen tritt ebenfalls die stellvertretende elterliche Gewalt der Mutter ein, die dann gegebenenfalls auch die Nutznießung erlangen kann, vgl. § 1685 II.

VI. Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters tritt ein

1. mit dem Tode des Kindes, nicht auch mit einer zu Unrecht erfolgten Todeserklärung; ferner durch Erlangung der Volljährigkeit, Adoption des Kindes; endlich durch den Tod des Vaters, aber auch durch die ihn betreffende Todeserklärung (!), § 1679; die Wiederherstellung seiner Rechte für die Zukunft kann der Vater durch einseitige an das VG. gerichtete Willenserklärung herbeiführen, § 1679 II.

2. Ein weiterer Grund für die Endigung ist die **Verwirkung** der elterlichen Gewalt. Sie tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein, das den Vater wegen eines an dem Kinde begangenen (d. h. gegen seine Person oder sein Vermögen gerichteten) Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthaus oder mindestens sechs Monaten Gefängnis verurteilt (§ 1680). Die nachträgliche Begnadigung ändert daran nichts; dem Vater verbleibt lediglich das Recht zu persönlichen Verkehr mit dem Kinde, und auch dieses kann ihm, wenn das Interesse des Kindes es erheischt, vom VG. entzogen werden (strittig).

3. a) Endlich erreicht die elterliche Gewalt dadurch ein Ende, daß ihre sämtlichen Bestandteile dem Vater durch das VG. entzogen werden. Für die Vermögensverwaltung und Nutznießung bietet die Handhabe dazu § 1666 II, für die Personensorge § 1666 I. In allen Fällen wird schuldhaftes Pflichtverletzung des Vaters vorausgesetzt (strittig). Die völlige<sup>2</sup> Entziehung der Personensorge ist zweifellos die stärkste Maßnahme, die das VG. treffen kann und zur Verhütung der Verwahrlosung oder sonstigen Gefährdung<sup>3</sup> des Kindes treffen soll; Gehör der Beteiligten und sonstiger Interessenten ist vorgeschrieben, § 1673.

<sup>1</sup> Von DERNBURG, PLANCK-UNZNER, WARNEYER u. a. Die Frage ist auch steuerrechtlich von Bedeutung.

<sup>2</sup> Auch eine teilweise ist möglich und oft genügend (z. B. für Berufswahl, religiöse Erziehung).

<sup>3</sup> Beispiele: Weigerung einer Operation, Fernhalten vom Schulbesuch, Überschreitung des Züchtigungsrechts, Eigensinn in Fragen der Berufswahl (KG. Jur. Rdschau 1927, S. 371) usw.



b) Im Falle der Verwirkung oder völliger Entziehung der elterlichen Gewalt ist dem Kinde ein Vormund zu bestellen, § 1773. Die Mutter kommt deshalb nicht zum Zuge, weil nicht eine tatsächliche, sondern eine rechtliche Behinderung des Vaters vorliegt, die Voraussetzungen des § 1685 also nicht gegeben sind.

c) Die weiteren vom VG. sonst noch zu treffenden Maßnahmen richten sich nach dessen freiem Ermessen; es kann insbesondere Unterbringung in einer Familie oder Erziehungs- oder Besserungsanstalt anordnen, § 1666 I 2. Dann fallen allerdings die Kosten dem Kinde zur Last, das seinerseits wieder Regreß am Vater nehmen kann, § 1664.

4. Der § 1666 ist — neben § 1838 — auch der Angelpunkt des BGB., in dem die Fürsorgeerziehung (FE.) verankert ist. Daneben gibt es noch FE. auf Grund strafgerichtlicher Anordnung, JugendgerichtsG. §§ 5 II, 7.

a) Sie ist jetzt unter Aufhebung des § 135 EGBGB. in ihren Grundzügen reichsrechtlich geregelt im 6. Abschnitt des RJWG. und tritt nach § 63 dieses Gesetzes auf Beschluß des VG.<sup>1</sup> und zwar schon bei objektiver Gefährdung des Kindes ein, wenn die Voraussetzungen der §§ 1666 oder 1838 BGB. gegeben sind und die Entfernung des Minderjährigen aus seiner bisherigen Umgebung zur Verhütung der Verwahrlosung erforderlich ist, eine sonstige nach dem Ermessen des VG. geeignete Unterbringung aber nicht erfolgen kann, ferner aber auch wenn eine schon vorhandene Verwahrlosung beseitigt werden soll, RJWG. § 63 II.

b) Die FE. erfolgt auf öffentliche Kosten<sup>2</sup>, § 62 RJWG.

c) Die obere Altersgrenze ist im allgemeinen das 18. Lebensjahr, das 20. nur, wenn noch Aussicht auf Erfolg der FE. besteht, § 63 II JWG. Mit Eintritt der Volljährigkeit endet die FE., wenn sie nicht schon vorher aufgehoben wurde, § 72.

d) Die FE. ist Familienerziehung oder Anstaltserziehung unter Aufsicht der landesrechtlich geordneten FE.-Behörden (Preußen: Provinzialausschüsse). U. U. kann es auch zu einer Unterbringung in der eigenen Familie des Minderjährigen kommen, § 69 IV.

e) Die Vorschriften über gesetzliche Vertretung bleiben unberührt außer für Dienst- und Lehrverträge, RJWG. § 70 III, BGB. § 113.

f) Statt FE. kann das VG. auch Schutzaufsicht anordnen, RJWG. § 57ff. Diese wird ausgeübt durch einen Helfer, der wie ein Beistand (§ 1688) funktioniert.

VII. Bei Beendigung der elterlichen Gewalt hat der Vater dem Kind das Vermögen herauszugeben und Rechenschaft zu legen, § 1681. Das ist ein privatrechtlich durchsetzbarer Anspruch des Kindes, anders als die nach § 1667 vom VG. schon während der Dauer der Verwaltung anzuordnende Rechenschaftslegung. Über Schutzvorschriften für den Vater bei Beendigung seiner Rechtsstellung vgl. § 1682.

## § 32. Elterliche Gewalt der Mutter.

I. Die elterliche Gewalt der Mutter ist prinzipiell eine subsidiäre und entwickelt sich in der Stufenfolge dreier Erscheinungsformen: Nebengewalt, stellvertretende Gewalt, Vollgewalt.

1. Die Nebengewalt hat die Mutter schon bei bestehender väterlicher Gewalt, indem sie neben dem Vater Recht und Pflicht der Personensorge hat, freilich sich bei Meinungsverschiedenheiten dem Willen des Vaters unterordnen muß, § 1634. Ferner hat sie die Nebengewalt neben dem während bestehender Ehe bei Verwirkung (aus § 1684 Z. 2 zu entnehmen), Entziehung, § 1666, oder Ruhen, § 1676<sup>3</sup> der väterlichen Gewalt zu bestellenden Vormund oder Pfleger (§ 1698).

2. Die stellvertretende Gewalt bedeutet für die Mutter die Möglichkeit der Ausübung der elterlichen Gewalt, die aber der Substanz nach dem Vater verbleibt. Diese Stellung, jedoch mit Ausnahme der Nutznießung, erlangt sie während des

<sup>1</sup> Er ergeht von Amts wegen oder auf Antrag des zuständigen Jugendamts oder einer landesrechtlich festzusetzenden Stelle, RJWG. § 65. Über vorläufige FE. siehe § 67.

<sup>2</sup> Doch ist diese Kostentragung nur ein Vorschuß; der Kostenträger kann am Kinde oder Unterhaltspflichtigen Regreß nehmen, § 75.

<sup>3</sup> In diesem Falle aber nur, wenn die elterliche Gewalt der Mutter auch ruht oder verwirkt ist, oder sie den Antrag aus § 1685 II nicht stellt.

Bestehens der Ehe bei Ruhen der väterlichen Gewalt oder tatsächlicher Behinderung des Vaters, § 1685 I. Ist dann die Ehe durch Scheidung (insbes. aus § 1569) aufgelöst, so kann die Mutter unter der Voraussetzung, daß keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde, beantragen, daß ihr das VG. die dauernde Ausübung der elterlichen Gewalt mit Einschluß der Nutznießung übertrage, § 1685 II. Wird der Antrag nicht gestellt, so tritt Vormundschaft mit Nebengewalt der Mutter ein, § 1698.

3. Die Vollgewalt erreicht die Mutter bei Auflösung der Ehe durch den Tod und bei Todeserklärung des Vaters, § 1684 Z. 1; nicht schon bei Auflösung der Ehe durch Scheidung, hier bewendet es bei der Regel des § 1635; nur wenn der Vater bei der Scheidung bereits die elterliche Gewalt verwirkt hatte oder später verwirkt, kommt es zur Vollgewalt der Mutter, § 1684 Z. 2. In anderen Verwirkungsfällen gibt das Gesetz der Mutter die Vollgewalt nicht, weil es sie nicht in einen Pflichtenkonflikt zwischen Ehemann und Kind bringen wollte (Mot. IV, S. 755).

II. Die elterliche Gewalt der Mutter ist der des Vaters genau nachgebildet, § 1686; sie hat genau wie er das Recht und die Pflicht der Personensorge, Vertretung, Vermögensverwaltung und Nutznießung; sie kann ebenso wie er vom VG. nach § 1666 der Gewalt enthoben oder in ihr beschränkt werden. Als Hauptunterschied ist zu erwähnen, daß ihr ein **Beistand** gesetzt werden kann, und zwar sowohl auf ihren Antrag, § 1687 Z. 2, als auch gegen ihren Willen, auf Grund testamentarischer Anordnung des Vaters, § 1687 Z. 1, und von Amts wegen, § 1687 Z. 3.

1. Die Bestellung des Beistands erfolgt stets durch das VG., das dabei die Grenzen seiner Wirksamkeit festzusetzen hat; ist dies nicht ausdrücklich geschehen, so umfaßt sein Wirkungskreis alle der Mutter obliegenden Angelegenheiten, § 1688. Die Vermögensverwaltung kann ihm sogar auf Antrag der Mutter ganz übertragen werden, dann gewinnt er die Rechtsstellung eines Pflegers, § 1693; die Mutter hat ihm dann das Vermögen herauszugeben und nach § 1681 Rechenschaft zu legen, behält aber die Nutznießung (vgl. oben § 31 IV 2b).

2. Im übrigen hat der Beistand die Funktionen des Gegenvormunds, § 1690. Er hat also alle Rechtsgeschäfte der Mutter zu genehmigen, zu denen ein Vormund der Genehmigung des Gegenvormunds bedürfte (s. unten § 36 V1). Bedarf die Mutter selbst der Genehmigung des VG. § 1643, so genügt die Genehmigung des Beistands nicht.

3. Die Beistandschaft endigt mit Rücksicht auf ihre akzessorische Natur, wenn die elterliche Gewalt der Mutter endigt oder ruht, § 1694, und, mit Ausnahme der testamentarischen Beistandschaft, auch durch Aufhebung seitens des VG., § 1695. Der einzelne Beistand kann aber auch entlassen werden, §§ 1694, 1895, 1886.

III. Die elterliche Gewalt der Mutter endigt und ruht aus denselben Gründen wie die des Vaters; nur hat die minderjährige Mutter (§ 1676 II) die Personensorge, der dann zu bestellende Vormund insoweit Beistandstellung, § 1696. Als selbständiger Endigungsgrund tritt, im Widerspruch zur Gleichbehandlung der Geschlechter, die Wiederverheiratung der Mutter hinzu, die ihr nur die Personensorge neben dem Vormunde der Kinder beläßt; auch bei Lösung der zweiten Ehe lebt die elterliche Gewalt über die erstehelichen Kinder nicht wieder auf.

## B. Uneheliche Kinder.

### § 33.

Literatur: GEIGER, Das uneheliche Kind und seine Mutter im Rechte des neuen Staates 1920; BÜCKLING, Rechtsstellung der unehelichen Kinder im Mittelalter und in der heutigen Reformbewegung 1920; TOMFORDE-DIEFENBACH-WEBLER, Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Auslande 1930.

I. Die Regelung, die das ungeheuer verwickelte Problem der unehelichen Kinder im BGB. gefunden hat, war nicht von dem Willen zu schöpferischer Entwicklung getragen. Man wollte im wesentlichen das Fazit der Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts ziehen, in der ängstlich moralisierende, einseitigen Interessenstandpunkten entsprungene Tendenzen über den Fortschritt gesiegt hatten, den die Stellung der Unehelichen in der Aufklärungszeit bereits gemacht hatte. Besondere Betonung fand ferner der Schutz der Heiligkeit der Ehe, der dadurch erreicht werden sollte, daß durch Benachteiligung der unehelichen Kinder ein Gegenmotiv gegen außerehelichen Geschlechtsverkehr geschaffen wurde. Seit einem Menschenalter haben sich die Anschauungen erheblich gewandelt. Im Vordergrund steht jetzt der sozialpolitische Gedanke, daß auch den im unehelichen Nachwuchs — er beträgt mehr als  $\frac{1}{10}$  des gesamten — schlummernden Kräften der Weg zum Aufstieg und zur Einfügung in das Ganze des sozialen Organismus nach Möglichkeit frei gemacht werden müsse. Der Krieg brachte eine Beschleunigung und die Weimarer Verfassung einen gewissen Abschluß dieser Bewegung, indem sie in Art. 121 dem unehelichen Nachwuchs die Schaffung derselben Bedingungen für seine leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung verheißt wie den ehelichen Kindern.

Dadurch ist zwar an der positiven Rechtsstellung der unehelichen Kinder noch nichts geändert, aber eine Richtschnur für die Gesetzgebung aufgestellt; und in der Tat weisen die Sozialgesetze seit 1919 eine fast völlige Gleichstellung der unehelichen Nachkommenschaft mit der ehelichen auf<sup>1</sup>. Das JWG. verbessert die Stellung der Unehelichen durch weitere Ausgestaltung der Berufsvormundschaft. Hinter diesen Bestrebungen kann das bürgerliche Recht auf die Dauer nicht zurückbleiben; ist es auch utopisch, zu glauben, ein Federstrich des Gesetzgebers könne alteingewurzelte, bewußt gestützte Volksanschauungen über den Haufen werfen, so ist es doch eine große Aufgabe der Gesetzgebung, dazu beizutragen, daß die gesellschaftliche Stellung der Unehelichen sich hebe. Ein zur Zeit dem Reichstag vorliegender Gesetzentwurf von 1929 (E. 1929) bemüht sich, diesem Postulate Rechnung zu tragen<sup>2</sup>. Dabei ist auf die völlige Gleichstellung der Unehelichen mit den ehelichen Kindern (Norwegen 1915, Rußland 1918) mit Recht verzichtet worden. Im folgenden wird zunächst das geltende Recht, im Anschluß daran die geplante Neuregelung dargestellt werden.

II. Im Verhältnis zu seiner Mutter hat das uneheliche Kind die volle Rechtsstellung eines ehelichen Kindes, § 1705. Diese Anerkennung der Verwandtschaft zwischen dem Kind und der ganzen Muttersippe ist ebenso charakteristisch für das BGB. wie die rechtliche Gleichbehandlung aller unehelichen Kinder überhaupt, ohne Bevorzugung der Brautkinder, ohne Benachteiligung der aus einem Ehebruch stammenden. Hieraus folgt im einzelnen:

1. Das Kind hat Unterhaltsansprüche, Erb- und Pflichtteilsrecht gegen seine Mutter und deren Verwandte; es erhält Wohnsitz und Staatsangehörigkeit der Mutter.

2. Es erhält auch den Familiennamen der Mutter, und zwar stets den Mädchenamen, auch wenn die Mutter zur Zeit der Geburt verheiratet oder verwitwet war. Doch kann der Ehemann der Mutter dem Kinde mit seiner und der Mutter Einwilligung seinen Namen beilegen, („Einbenennung“ § 1706 II; dies geschieht durch

<sup>1</sup> Vgl. HANNA SCHREPNER-DREXEL, Rechte unehelicher Kinder aus den Sozialgesetzen 1926.

<sup>2</sup> Siehe oben § 2 II. Lit.: KIPP, Zur Reform des Rechtes der unehelichen Kinder, Festschr. f. STAMMLER, S. 359ff. (1925); A. B. SCHMIDT, Stellung der unehelichen Kinder und der E. 1925. Arch. für Ziv. Pr. 127, S. 210ff. (1927). Vgl. ferner die Flugschriften des Archivs Deutscher Berufsvormünder 1926 Heft 2 (Gesetzentwürfe zur Reform des Unehelichenrechts) und 3 (Vaterschaftsfeststellung und Verwandtschaft im Unehelichenrecht); BRANDIS, Der Gesetzentwurf über das Unehelichenrecht 1929; TRUDE LIEBHOLD, Reform der Rechtsstellung des unehelichen Kindes als Problem der Rechtsangleichung mit Österreich 1930, sowie zahlreiche Aufsätze.

Erklärung gegenüber der nach Landesrecht zuständigen Behörde (in Preußen: Standesamt, AG. § 68; in Bayern: Distriktpolizeibehörde, Zuständ. VO. § 18; im ganzen Reiche jetzt: Beamte oder Mitglieder des Jugendamtes kraft besonderer Ermächtigung, JWG. § 43 II).

E. 1925 regelt das Recht der Namengebung eingehender (§§ 1706 a—d). Insbesondere kann das VG. dem Kinde den Namen des Vaters auf dessen Antrag erteilen; ein Erwerb des Vaternamens ipso jure ist mit Recht abgelehnt.

3. Die elterliche Gewalt steht indessen der Mutter nicht zu, sondern nur die Personensorge; Vertretung und Vermögenssorge erhält ein Vormund, der bei der Personensorge in Beistandstellung ist. Vormund ist künftig kraft Gesetzes (JWG. § 35) das zuständige Jugendamt; dieses kann aber auf seinen Antrag entlassen und eine Einzelperson zum Vormund bestellt werden (JWG. § 40, s. unten § 36).

Die gegen diese Regelung gerichteten Angriffe gehen fehl, wenn sie in § 1707 eine Mißachtung der Mutter erblicken wollen. Die Regelung empfiehlt sich deshalb, weil Mütter der unteren Volksschichten oft nicht in der Lage sind, die erbitterten Kämpfe um die Durchsetzung der Unterhaltsansprüche wirksam durchzuführen. Sollte es anders sein, so kann jetzt schon die Mutter zum Vormund bestellt werden (vgl. § 1778), auch kann sie sich durch Adoption des Kindes die volle elterliche Gewalt verschaffen (s. unten § 34 II). E. 1929 gibt dem VG. das Recht, der volljährigen Mutter die volle elterliche Gewalt zu verleihen, aber nur, wenn es im Interesse des Kindes geboten erscheint, § 1707b.

4. Auf die Personensorge der Mutter finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung; die Mutter bestimmt den Aufenthalt des Kindes, fordert seine Herausgabe, hat Anspruch auf seine Dienste, leitet die religiöse und sonstige Erziehung; die Personensorge kann ihr nach § 1666 entzogen und Fürsorgeerziehung eingeleitet werden. Uneheliche Kinder unter 14 Jahren, die sich bei der Mutter befinden, unterstehen der Aufsicht des Jugendamtes, von der aber widerruflich befreit werden soll, wenn das Wohl des Kindes gesichert ist; auch kann das Landesrecht die Altersgrenze herabsetzen (JWG. §§ 24, 25; VO. vom 14. 2. 1924, Art. 1 Z. 5).

5. Ein Streitpunkt ist, wieweit die Mutter verpflichtet ist, dem Kinde den Namen des Erzeugers zu nennen. Hierfür kommt es darauf an, ob die Verheimlichung den Unterhaltsanspruch des Kindes in Frage stellt; die Mutter darf schweigen, wenn sie das Kind unterhält und den Unterhalt auch für den Fall ihres Todes sichergestellt hat. Ein eigentlicher „Schweigevertrag“ mit dem Erzeuger dürfte indessen nach § 138 nichtig sein.

III. Hingegen gilt das uneheliche Kind als nicht verwandt mit seinem Erzeuger, § 1589 III. (Das Wort „Vater“ ist daher nicht am Platze.) Es herrscht im BGB. noch streng die sogenannte „einseitige Verwandtschaftsrechnung“ (einzige Ausnahme: § 1310 III). Das Kind hat weder Erb- noch Pflichtteilsrecht, nur ein Unterhaltsanspruch ist ihm gegeben, der aber nicht auf Verwandtschaft beruht, sondern auf dem Tatbestande der Erzeugung.

1. Für diesen Unterhaltsanspruch wird als Verpflichteter vermutet, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit (s. oben § 29 I 3a) beigewohnt hat, § 1717. Diese Vermutung kann der Angesprochene widerlegen:

a) durch den Nachweis offener Unmöglichkeit der Empfängnis, analog<sup>1</sup> § 1591;

b) darüber hinaus aber noch durch den Nachweis, daß auch ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe (sog. *exceptio plurium*, Einwand der Untreue oder des Mehrverkehrs). Diesen Nachweis kann er durch Zeugen, aber auch durch Zuschreibung des Eides an die Mutter über spezialisierte Tatsachen erbringen.

Durch Aufnahme der *exceptio plurium* wollte das BGB. sich zur „Paternitätstheorie“ bekennen, wonach der Unterhaltsanspruch auf der physiologischen Tatsache der Zeugung beruht und wegfallen muß, wenn auch nur die Möglichkeit anderweiter Zeugung vorliegt; es wollte die „Deliktstheorie“ ablehnen, die man für das einzige Mittel ansah, mehrere als Gesamtschuldner haften

<sup>1</sup> Insbesondere also durch Blutgruppenprobe, siehe oben § 29, 3.

zu lassen. Gegen diese Auffassung hat sich von jeher die schärfste Kritik erhoben (für alle: M. WEBER, S. 564). Sie ist schon rein logisch nicht vereinbar mit dem Standpunkte des Gesetzes, daß in der Ehe die Vaterschaftsvermutung nur durch den Nachweis offener Unmöglichkeit der Zeugung widerlegt werden kann. Vor allem aber überwiegen die praktischen Unzuträglichkeiten, die sich aus dem Anreiz zur Verkuempelung, aus der Verlockung zum Meineid, aus der Verschleppung der Unterhaltsprozesse ergeben, alle theoretischen Bedenken. (Die e. p. wird in 40—50% der Fälle erhoben, nur in ca. 6% dringt sie durch.)

c) Die Mutter kann replizieren, daß die zweite Beiwohnung wegen offener Unmöglichkeit ihrer Kausalität außer Betracht zu bleiben habe, richtiger Ansicht nach wohl auch, daß sie verkuempelt worden sei, um gegen die guten Sitten den Einwand zu schaffen; dringt die Replik, obwohl begründet, im Unterhaltsprozesse nicht durch, so sind Schadensersatzansprüche aus § 826 gegeben<sup>1</sup>.

d) Der Einwand ist ausgeschlossen, wenn der Beklagte vor Amtsgericht, Notar, Standesbeamten oder Jugendamt (JWG. § 43 II) nach der Geburt des Kindes in öffentlich beglaubigter Urkunde seine Vaterschaft anerkannt hat, § 1718. Diese **Anerkennung** ändert an der Unehelichkeit des Kindes nichts, beseitigt vielmehr nur die Berufung auf den Mehrverkehr, nicht auf die offenbare Unmöglichkeit; auch präjudiziert sie nicht anderweiter Feststellung der Verwandtschaft nach § 1310 III.

Die Anerkennung ist eine einseitige Willenserklärung<sup>2</sup> und als solche den Vorschriften des Allgemeinen Teils unterworfen, also anfechtbar wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung. Der Irrtum über die Tatsache des Mehrverkehrs scheidet indessen als bloßer Motivirrtum aus; nur Irrtum über die Bedeutung der Erklärung wäre zuzulassen. Arglistige Täuschung kann auch in der Vorspiegelung des Alleinverkehrs durch die Mutter liegen, falls diese für die Anerkennung kausal war, so jetzt RG. Bd. 107, S. 175, Recht 1930, Nr. 1052 gegen Bd. 58, S. 348. — Bei Anerkennung durch mehrere gewinnt das Kind Ansprüche gegen alle, ohne daß es zu einer Gesamtschuld mit Regreßpflicht der Verpflichteten im Innenverhältnis käme (strittig); ebenso wenn mehrere rechtskräftig zur Unterhaltsleistung verurteilt sind (möglich nach ZPO. § 644).

2. Der Unterhaltsanspruch gegen den Erzeuger geht dem verwandtschaftlichen gegen die Mutter vor; soweit diese oder ihre Verwandten alimentieren, gewinnen sie einen Regreßanspruch gegen den Erzeuger, § 1709, der mit denselben prozessualen Besonderheiten (GVG. § 23 Z. 2. PZO. § 850 IV. Lohnbeschl.-Ges. § 4a) ausgestattet ist wie der Uranspruch des Kindes gegen den Erzeuger (bestritten; vgl. STEIN-JONAS, IV 2 zu § 850 ZPO., OLG. München, Seuff. Arch. 69, S. 382 mit Lit.).

3. a) Der zu gewährende Unterhalt<sup>3</sup> richtet sich nach der Lebensstellung der Mutter, § 1708; er umfaßt den gesamten Lebensbedarf, einschließlich der Kosten der Erziehung und Berufsvorbildung, § 1708 I 2. Er ist in einer für je drei Monate im voraus zu entrichtenden Geldrente zu leisten; durch eine Vorauszahlung auf längere Zeit hinaus wird der Vater nicht befreit, § 1710 II, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob eine erneute Bedürftigkeit eingetreten ist (anders § 1614 II). Jedoch wird man annehmen müssen, daß der Erzeuger ungerechtfertigte Bereicherung einwenden kann, wenn er nachweist, daß der vorausgezahlte Unterhalt noch vorhanden ist. Auch für die Vergangenheit kann (abweichend von der Regel des § 1613) der Unterhalt noch nachverlangt werden, § 1711, wenn also z. B. erst nach 14 Jahren der Erzeuger ermittelt wird.

b) Die Unterhaltspflicht endet am 16. Geburtstage des Kindes, außer wenn es zu diesem Zeitpunkt infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen unterhaltsunfähig ist, § 1708 II; dann entsteht ein außerordentlicher Unterhaltsanspruch, der sich von dem normalen dadurch unterscheidet, das es nunmehr auf eigene

<sup>1</sup> Sehr strittig; vgl. KIPP, Lehrb. § 95 II 1; LEHMANN, S. 251; OLG. München, SEUFF. Arch. 70, S. 143 mit Lit.

<sup>2</sup> RG. Bd. 84, S. 317. Auch Anerkennung durch Vertrag ist möglich, RG. Jur. Woch. 1910, 752.

<sup>3</sup> Über die subsidiär einsetzende soziale Fürsorge vgl. VO. über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924 und Reichsgrundsätze vom 4. 12. 1924 mit VO. vom 7. 9. 1925.

Leistungsfähigkeit des Erzeugers ankommt; für den ordentlichen Unterhaltsanspruch ist diese ohne jede Bedeutung; der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ist also energischer ausgestaltet als selbst der des ehelichen! Passiv ist er vererblich, doch haben die Erben des Erzeugers das Recht der Abfindung mit dem Pflichtteilsbetrag, § 1712 II. Aktiv ist er unvererblich, dafern er nicht schon perpetuiert ist, § 1713.

c) Vereinbarungen zwischen Vater und Kind über den Unterhalt, insbesondere sog. Abfindungsverträge, sind durchaus zulässig (beachte § 1714 II!) und sehr häufig; sie bedürfen keiner Form, aber der Genehmigung des VG. (§ 1714).

E. 1929 schlägt in das System des Gesetzes eine gewaltige Bresche. Sein Hauptgedanke ist, künftig zwei Kategorien unehelicher Kinder zu schaffen: solche, die einen Vater haben, und solche, bei denen keine Vaterschaft feststellbar ist.

1. Die Herstellung des Vaterschaftsverhältnisses erfolgt künftig durch Anerkennung vor dem VG. oder durch rechtskräftige Feststellung der Vaterschaft, § 1705 a. Zur Anerkennung bedarf es der Einwilligung des Kindes. Anerkennung und Feststellung sind für Vater und Kind anfechtbar, § 1705 d. — Die uneheliche Vaterschaft hat nicht nur eine erhöhte Unterhaltungspflicht, sondern auch eine engere familienrechtliche Bindung zur Folge. Es entsteht zwischen Vater und Kind eine Art abgeschwächten Verwandtschaftsverhältnisses. Auf Grund dessen

a) kann dem Vater, wenn er volljährig ist, durch das VG. die Personensorge oder sogar die elterliche Gewalt über das Kind verliehen werden, § 1707 a—c;

b) kann das VG. dem Kind auf Antrag des Vaters den Namen des Vaters erteilen (mit Einwilligung des Kindes, der Mutter, der Ehefrau des Vaters, § 1706 a—d);

c) ist u. a. für den Unterhalt auch die Lebensstellung des Vaters zu berücksichtigen, § 1708. Es kann auch eine Verlängerung der Unterhaltungspflicht über das 16. Jahr hinaus eintreten (§ 1708 a), besonders wenn die Berufsausbildung des Kindes in dem mit Zustimmung des Vaters gewählten Beruf noch nicht vollendet ist. Wenn der Vater die Personensorge oder elterliche Gewalt bekommen hat, hat er dem Kind Unterhalt zu gewähren wie einem ehelichen, § 1708 d. Subsidiär haften die Eltern des Vaters, wie im früheren Preußischen Recht, § 1708 e.

Eine große Reihe von Ergänzungen und Erweiterungen erfahren die in den §§ 1709—1712 geordneten Ansprüche. § 1712 d gibt sogar eine Art von Pflichtteilsrecht unter bestimmten Voraussetzungen. In zwei Punkten stellt der Entwurf das uneheliche Kind jedoch schlechter als bisher; Leistungsunfähigkeit des Vaters wird künftig berücksichtigt, § 1708 b, und das Kind kann keinen Unterhalt fordern, wenn es von seinen Renten oder seiner Arbeit leben kann, § 1708 c. Dadurch soll die Ungerechtigkeit gegen die ehelichen Kinder (s. oben § 3 II, 2) ausgeglichen werden.

2. Anders stehen Kinder, bei denen die Vaterschaft nicht anerkannt oder festgestellt ist. In diesem Falle gewinnt das Kind nur einen dem heutigen Recht entsprechenden Unterhaltsanspruch, aber unter Ausschluß der *exceptio plurium*<sup>1</sup>. Das Kind kann einen der mehreren möglichen Erzeuger herausgreifen; das rechtskräftige Urteil gegen ihn befreit die übrigen dem Kinde gegenüber (also keine Gesamtschuld, vgl. § 425 a. E.), läßt aber eine Regreßpflicht übrig, § 1718. Hierin liegt der einzige — aber recht bedenkliche — Unterschied von der im übrigen kopierten österreichischen Regelung. — Mit Recht abgelehnt hat der Entwurf das Schweizer System der „Zusprechung mit Standesfolge“, insbesondere mit Erbrecht gegen den Vater. Überhaupt ist zu sagen, daß jede Aufnahme des unehelichen Kindes in die väterliche Familie bedenklich erscheinen muß, da das Kind, der mütterlichen Familie entfremdet, in der väterlichen hintangesetzt, völlig heimatlos werden würde.

IV. Die Mutter selbst hat neben den eben besprochenen, dem Kinde zustehenden Ansprüchen und unter denselben Voraussetzungen wie dieses einen Anspruch auf Ersatz der gewöhnlichen Entbindungskosten, des Unterhalts für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung ohne Rücksicht auf den wirklichen Aufwand sowie der nachgewiesenen weiteren Aufwendungen § 1715; die Zahlung dieser Kosten und des ersten Unterhaltsquartals an die Mutter oder den Vormund bzw. dessen Hinterlegung kann dem Vater schon vor der Geburt des Kindes durch einstweilige Verfügung aufgegeben werden, ohne daß es der Glaubhaftmachung einer Gefährdung bedarf, § 1716.

E. 1929 steigert die Rechte der Mutter; sie kann Unterhalt schon für die letzten vier Wochen vor der Entbindung verlangen, und zur Wahrung der Rechte der Leibesfrucht kann ein Pfleger bestellt werden (so schon JWG. § 38).

<sup>1</sup> Die Empfängniszeit soll nach Analogie des § 1592 verlängerbar sein, § 1705 c II.

V. Seit je wirkt versöhnend auf das Schicksal der unehelichen Kinder die **Legitimation durch nachfolgende Ehe**.

1. Auch nach dem BGB. wird ein uneheliches Kind dadurch ehelich, daß der Erzeuger mit der Mutter eine gültige Ehe schließt, § 1719 (beachte jedoch § 1721: Anwendbarkeit der Vorschriften §§ 1699ff.!). Eine Verwandtschaft kraft Rechtsgeschäftes liegt hier nicht vor, da der Geschäftswille bei der Eheschließung sich nicht auf die Legitimation richten kann (s. oben § 4 I). Diese ist vielmehr nur gesetzliche Nebenwirkung der Eheschließung.

2. Die Legitimation stützt sich, ähnlich wie die Vaterschaft, auf zwei Vermutungen:

a) die Vaterschaftsvermutung; der Ehemann gilt als Vater, wenn er der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat, § 1720 I; entkräftet werden kann diese Vermutung nur durch den Nachweis offener Unmöglichkeit der Zeugung, eine *exceptio plurium* gibt es jetzt nicht mehr.

b) die Beiwohnungsvermutung; sie wird hier begründet durch die Anerkennung des Kindes, §§ 1720 II, 1718.

c) Die Widerlegung beider Vermutungen steht jedermann offen; §§ 1593ff. gelten nicht. Das ändert sich erst, wenn die Ehelichkeit des Kindes rechtskräftig festgestellt ist, ZPO. § 643.

3. Von der Eheschließung an ist das Kind ein eheliches im vollen Sinne des Wortes, auch im Verhältnis zu den Verwandten des Vaters; seine Abkömmlinge sind eheliche Enkel, ja selbst die Nachkommen eines bereits verstorbenen unehelichen Kindes werden durch die Eheschließung seiner Eltern ohne weiteres legitimiert, § 1722. Indessen endet die Vormundschaft über ein legitimes Kind erst mit rechtskräftiger Feststellung seiner Ehelichkeit oder Aufhebungsbeschluß des VG., § 1883, der erst ergehen soll, wenn feststeht, daß der Vater seine Vaterschaft nicht bestreitet.

## C. Verwandtschaft kraft Rechtsgeschäfts.

### § 34.

Auf zweierlei Arten ist es möglich, durch rechtsgeschäftliche Handlung ein Verwandtschaftsverhältnis herzustellen: Durch Ehelichkeitserklärung kann die eheliche Kindschaft zwischen einem unehelichen Kinde und seinem Erzeuger begründet werden, und durch Adoption (Ankindung) kann ein Kind in Verwandtschaftsbeziehungen zu einem ihm bis dahin fremden Wahlvater oder Wahlelternpaar treten. In beiden Fällen entsteht nur ein unvollkommenes Verwandtschaftsverhältnis, es treten nicht die Vollwirkungen der ehelichen Kindschaft ein.

I. 1. Die **Ehelichkeitserklärung** erfolgt durch bedingungs- und befristungsfeindlichen (§ 1724) Verwaltungsakt, und zwar des Landes, dem der Vater angehört (§ 1723). Auf Vornahme dieses Aktes besteht keinerlei subjektiv-öffentliches Recht, sie kann versagt werden, auch wenn kein gesetzlicher Hinderungsgrund entgegensteht, sie ist reiner Gnadenakt und entspricht in diesem Punkte noch genau der byzantinischen *legitimatio per rescriptum principis* (§ 1734). Gesetzliche Hindernisse sind der Tod des Kindes, § 1733 I, der Tod des Vaters, außer wenn er den Antrag schon eingereicht oder die Einreichung wenigstens schon veranlaßt hatte Näheres § 1733 II, endlich Abstammung des Kindes aus blutschänderischem Umgang, § 1732.

2. Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung sind:

a) Ein Antrag des Vaters, der zugleich mit der Erklärung abgegeben werden muß, daß er das Kind als das seine anerkenne, § 1725. Grundsätzlich soll also

nur der wirkliche Erzeuger das Kind legitimieren lassen können. Doch schadet es der Gültigkeit der Ehelicheitserklärung nichts, wenn der Antragsteller nicht der wirkliche Vater ist, § 1735.

Allerdings wird man ein wesentlich falsch abgegebenes Anerkenntnis für nichtig erachten müssen (§ 138, auch § 134 wegen § 169 StGB.). Auch ist Anfechtung eines auf Irrtum oder arglistiger Täuschung beruhenden Anerkenntnisses möglich; freilich wäre ein Irrtum wohl nur in den Fällen für relevant zu halten, wo er sich auf eine zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung taugliche Tatsache bezieht, also etwa über die eigene Zeugungsfähigkeit oder über die Empfängniszeit (arglistige Täuschung über das Geburtsdatum!); darüber hinaus (§ 1717!) wird bloßer Motivirrtum anzunehmen sein<sup>1</sup>.

b) Weitere Voraussetzungen sind die Einwilligung des Kindes, die es vom 14. Lebensjahre an selbst zu erklären hat, § 1728 II, ferner die Einwilligung der Mutter des Kindes und der Frau des Vaters, § 1726. Durch die Ehelicheitserklärung soll insbesondere auch den unehelichen Kindern verheirateter Männer geholfen werden können. Eine ganze Reihe weiterer formaler Bestimmungen enthalten die §§ 1726ff.

3a) Durch die Ehelicheitserklärung wird das Kind eheliches Kind des Antragstellers; zwischen ihm und dem Kinde treten alle damit verbundenen Wirkungen, besonders die erbrechtlichen, ein und sie erstrecken sich auch auf die Nachkommen des Kindes, § 1736, 1737 I.

Das Gesetz drückt sich allerdings vorsichtiger dahin aus, daß das Kind nur „die rechtliche Stellung eines ehelichen“ erhalte (§ 1736). Das ist insofern richtig, als die Beziehungen der weiteren Verwandtschaft und Schwägerschaft nicht eintreten (§ 1737 I 2). Andererseits besteht aber ein Unterschied zur Adoption, bei der das (eheliche oder uneheliche) Wahlkind wirklich nur einem ehelichen gleichgestellt wird (§ 1757, unten II 3).

b) Unberührt bleiben ferner die rechtlichen Verhältnisse zwischen dem Kinde, seiner Mutter und seinen Verwandten, § 1737 II; nur verliert die Mutter das Recht der Personensorge (§ 1738), und ihre Unterhaltungspflicht tritt hinter die des Vaters § 1739 zurück; ruht oder endigt die elterliche Gewalt des Vaters, so erlangt die Mutter die Personensorge nur wieder, wenn sie das Kind unterhält, § 1738 S. 2<sup>2</sup>.

E. 1929 bringt verschiedene Änderungen dieses Titels, vor allem soll der Legitimation der Charakter des Gnadentaktes genommen werden, daher wird jetzt das Verfahren vor das VG. verlegt und darf bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse Verweigerung nur noch aus wichtigem Grunde erfolgen.

II. Die **Annahme an Kindes Statt (Adoption)** ist der letzte Rest der früher so formenreichen künstlichen Verwandtschaft. Sie ist dem Wesen nach ein bedingungs- und befristungsfeindlicher (§ 1742) familienrechtlicher Vertrag, durch den die beschränkte Stellung eines ehelichen Kindes geschaffen wird.

1. Die Voraussetzungen der Adoption sind folgende:

a) Der Annehmende darf keine ehelichen Kinder haben, § 1741; daher kann auch nicht adoptieren, wer legitimierte Kinder hat, und die uneheliche Mutter kann höchstens ihr eigenes Kind adoptieren, dadurch erlangt sie die volle elterliche Gewalt (zu Unrecht bestritten, vgl. KUTTNER, Jahrb. f. Dog. 47, S. 1ff.). Vorhandene Wahlkinder hindern weitere Adoption nicht, § 1743.

b) Ferner soll der Annehmende auch keine Kinder mehr zu erwarten haben; daher ist eine untere Altersgrenze von 50 Jahren gesetzt, § 1744, die Vorschrift ist aber dispensabel, § 1745 I. Auch von dem im Interesse der Natürlichkeit des Verhältnisses geforderten Altersunterschied von 18 Jahren zwischen Wahlvater und Wahlkind (§ 1744) kann Befreiung bewilligt werden, § 1745.

<sup>1</sup> Irrtum im Beweggrunde schlechthin nimmt an GOLDMANN-LILIENTHAL, S. 368, Anm. 54; a. M. Komm. d. RGR., Anm. 2 zu § 1735. Keineswegs verliert das Kind im Fall des § 1735 seine Ansprüche gegen den wahren Erzeuger. A. M. Komm. d. RGR., Anm. 2 zu § 1736.

<sup>2</sup> Schwierigkeiten können entstehen, wenn das Kind von der Witwe des Vaters alimentiert wird. Vgl. RG. Bd. 105 S. 164 = JW. 1923, S. 76.



c) Weitere Erfordernisse sind das Einverständnis des Ehegatten des Annehmenden und des Wahlkindes (§ 1746) sowie der Eltern des Wahlkindes, wenn dieses noch nicht 21 Jahre alt ist, § 1747<sup>1</sup>. Ein gemeinschaftliches Kind kann nur von einem Ehepaar angenommen werden, *adoptio naturam imitatur*, § 1749; stirbt daher einer der Wahl Eltern, und heiratet der Überlebende nochmals, so kann der neue Ehegatte das schon adoptierte Kind auch seinerseits annehmen, im übrigen ist wiederholte Adoption desselben Kindes ausgeschlossen, § 1749. Über Adoption des Mündels durch den Vormund vgl. § 1752.

2. a) Der Annahmevertrag ist von den Beteiligten persönlich und in gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar abzuschließen, § 1750. Doch wird das noch nicht 14 Jahre alte Wahlkind durch seinen gesetzlichen Vertreter, der dazu wieder der Genehmigung des VG. bedarf, vertreten; ein geschäftsbeschränktes Wahlkind bedarf der nicht konsenspflichtigen Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und der Genehmigung des VG., § 1751.

b) Ferner ist erforderlich die Bestätigung des Vertrages durch das zuständige (FGG. § 65) Amtsgericht (nicht das VG.!) § 1741, eine im ganzen Gebiete des bürgerlichen Rechts einzig dastehende Wirksamkeitsvoraussetzung. Diese Bestätigung darf — anders als die Ehelichkeitserklärung — nicht versagt werden, außer wenn ein gesetzliches Erfordernis fehlt, § 1754 II. Erst mit der Bestätigung tritt die Adoption nach außen hin in Kraft; die Parteien sind allerdings bis zu ihrer Erteilung oder Versagung durch den Annahmevertrag gebunden § 1754 I. Nach dem Tode des Wahlkindes ist die Bestätigung nicht mehr möglich, § 1753 I, nach dem Tode des Wahlvaters nur, wenn bestimmte Schritte zu ihrer Erlangung bereits geschehen waren, § 1753 II.

c) Gegen den Bestätigungsbeschluß gibt es kein Rechtsmittel (gegen seine Versagung sofortige Beschwerde, FGG. § 68); fehlte es jedoch an einer Wirksamkeitsvoraussetzung, so kann die Nichtigkeit des Bestätigungsbeschlusses und damit der ganzen Adoption von jedermann geltend gemacht werden; eine Heilung von Mängeln durch die Bestätigung tritt nur in dem beschränkten Umfange des § 1756 ein, nur insoweit wird der Beschluß formeller Rechtskraft teilhaftig<sup>2</sup>. Im übrigen gelten die Vorschriften des Allgemeinen Teils, also Nichtigkeit des Adoptionsvertrags wegen Simulation (Namenserschleichung) und Sittenwidrigkeit<sup>3</sup>, Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung usw.

3. Durch die Adoption erlangt das Wahlkind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des oder der Annehmenden<sup>4</sup>, § 1757. Es tritt unter die elterliche Gewalt des Wahlvaters und erhält dessen Familiennamen, bei verheirateten Frauen den Mädchennamen<sup>5</sup>, § 1758, es darf aber seinen alten Namen zusatzweise weiterführen, § 1758 II. In einer Beziehung ist die Adoptionswirkung eingeschränkt: Das Kind erhält Erb- und Pflichtteilsrecht gegen den Wahlvater, aber nicht dieser gegen das Wahlkind (§ 1759); die Adoption soll nicht der Versorgung des Annehmenden dienen noch auch der Erbschleicherei Vorschub leisten. Der Annehmende wird unterhaltungspflichtig, subsidiär bleiben es die Verwandten des Kindes, § 1766.

<sup>1</sup> Nach E. 1929 (§ 1748) braucht die Einwilligungserklärung den Namen der Annehmenden nicht zu enthalten (Inkognito-Adoption, bes. bei Unehelichen praktisch).

<sup>2</sup> Vgl. R.G. Bd. 121, S. 114ff.

<sup>3</sup> Vgl. HELNSHEIMER, Neues Adoptionsrecht, Leipz. Zschr. 1925, Nr. 17/18. R.G. Bd. 114, S. 341 und bes. lehrreich Recht 1929, Nr. 2389.

<sup>4</sup> Dieser Ausdruck ist hier, anders als in § 1736, wörtlich zu nehmen. Heiratet z. B. die A den Erzeuger B ihres inzwischen von X adoptierten unehelichen Kindes, so wird dieses jetzt nach § 1719 eheliches Kind seiner leiblichen Eltern. Wäre es irrtümlich auf Antrag des X für ehelich erklärt worden (§ 1735), so wäre die Eheschließung zwischen A und B bedeutungslos.

<sup>5</sup> E. 1929 will dies ändern, damit verheiratete Frauen sich nicht dadurch von der Adoption abhalten lassen, daß ihr Adoptivkind denselben Namen führen müßte wie ein uneheliches.

4. Von den Nachkommen des Adoptivkindes werden nur die bei der Adoption noch nicht vorhandenen ipso jure zu Adoptivenkeln, schon vorhandene nur, wenn der Adoptionsvertrag auch mit ihnen geschlossen wird, § 1762.

5. Das Verhältnis des Wahlkindes zu seinen Verwandten bleibt völlig unberührt, § 1764; aber seine leiblichen Eltern verlieren die elterliche Gewalt, die uneheliche Mutter die Sorge für die Person, § 1765. Diese kann unter den Voraussetzungen des § 1765 II wieder aufleben, aber niemals mehr die Vertretung, das Kind bedarf des Vormundes, § 1765 a. E. Auf den persönlichen Verkehr mit dem Kinde haben die leiblichen Eltern keinen direkten Rechtsanspruch, aber in seiner Verwehrung kann ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt seitens der Adoptiveltern liegen, der das VG. nach § 1666 zum Einschreiten verpflichtet (strittig, vgl. R.G. Bd. 64, S. 77).

6. Abweichungen vom gesetzlichen Inhalt des Adoptionsvertrags können nur in ganz genau bestimmten einzelnen Punkten gewillkürt werden; es kann das Erbrecht des Wahlkindes wie auch das Nutzungsrecht des Wahlvaters am Kindesvermögen ausgeschlossen, nicht etwa ein Erbrecht des Wahlvaters, ein Nutznießungsrecht der leiblichen Eltern begründet werden, § 1767. Ebensowenig kann ein bloßer „Namenskauf“ vereinbart werden, siehe oben 3a E.

7. Die Adoption kann durch contrarius actus wieder aufgehoben werden, § 1768; ist das Wahlkind gestorben, so können die übrigen Beteiligten das Kind-schaftsverhältnis untereinander aufheben, also z. B. die Wahleltern und die nach § 1762 mitumfaßten Abkömmlinge, obwohl diese gar nicht Parteien des ursprünglichen Vertrages waren, § 1769.

E. 1929 bringt einschneidende Veränderungen des Adoptionsrechts:

1. Erleichtert werden soll die Adoption dadurch, daß das 40. Lebensjahr zum gesetzlichen Adoptionsalter gemacht wird, davon aber noch in gewissen Fällen dispensiert werden kann; ferner dadurch, daß das Vorhandensein ehelicher Abkömmlinge nicht mehr schlechterdings Adoptionshindernis sein soll.

2. Erschwert wird die Adoption dadurch, daß das VG., in dem künftig das Verfahren unter Wegfall der gerichtlichen „Bestätigung“ konzentriert werden soll, seine Genehmigung verweigern muß, wenn „erhebliche Zweifel daran begründet sind, daß die Vertragsschließenden durch die Annahme einen dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechenden Zustand herbeiführen wollen“. (Gegen die Scheinadoption!) Bei Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten ist außerdem das Interesse der Beteiligten zu prüfen (§ 1753a II).

3. Geändert wird die Vorschrift, daß ein Erbrecht der Annehmenden vertragsmäßig nicht begründet, das Erbrecht des Kindes hingegen völlig ausgeschlossen werden kann (§ 1767).

4. Hinzugefügt wird der Pflegekindschaftsvertrag, das ist ein mit Genehmigung der VG. gerichtlich oder notariell geschlossener Vertrag, der die Übertragung der Personensorge zum Gegenstande hat (auch an ein Ehepaar oder eine juristische Person). Er kommt hauptsächlich in Frage, wenn der Adoption Hindernisse im Wege stehen oder die Beteiligten eine so weitgehende Bindung vermeiden wollen (Vorbilder im preußischen und französischen Recht). Es ist aber zu beachten, daß der in E. 1929 aufgestellte Begriff der Pflegekindschaft sich durchaus nicht mit dem des JWG. § 19ff. deckt (und wohl auch nicht mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, vgl. FRIEDEBERG-POLLIGKEIT, Komm. z. JWG. S. 230ff.).

### Dritter Abschnitt.

## Die Vormundschaft.

### § 35. Grundsätzliche Gestaltung.

I. 1. Auch die Vormundschaft ist ein Sproß am Baume des alten familienhaften Muntrechts, der Schutzgewalt der Sippe über Angehörige, die keiner sonstigen Munt unterstehen, ausgeübt durch den „geborenen“ Vormund. Aber stark umgebogen wird die Linie der Entwicklung durch die im Mittelalter überall einsetzende öffentliche Vormundschaft auf Grund des Königsschutzes; die diesen Gedanken vor allem aufnehmende städtische Sozialpolitik führte zur Amtsvormundschaft des „gekorenen“ Vormunds. Den Höhepunkt dieser Entwicklung bildete das Preuß. ALR. mit seiner Herunterdrückung des Vormunds zum unselbständigen Organ der Obervormundschaft; erst die preuß. Vormundschaftsordnung von 1875 hat den privatrechtlichen Standpunkt neu belebt und so die Grundlagen des heutigen Rechtes geschaffen.

2. Nach BGB. gilt für die Bestellung des Vormundes zwar öffentliches Recht; niemand kann anders Vormund werden als durch Übertragung des Amtes durch eine Behörde, das VG. Aber die Einzelausgestaltung der vormundschaftlichen Rechtsstellung erfolgt doch wesentlich nach privatrechtlichen Gesichtspunkten; der Vormund steht dem Mündel nicht als öffentlicher Beamter gegenüber; nur in weiterem Sinne kann man ihm ein „Amt“ (im Sinne eines objektivierten Pflichtenkreises) zusprechen. Die Ansprüche des Mündels gegen ihn sind im ordentlichen Rechtswege verfolgbar, sein Vergütungsanspruch (§ 1836) ist ein schuldrechtlicher, seine Haftung die gewöhnliche Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276) wie die des normalen Schuldners; mit Recht hat man die schon beim Vater anfechtbare Erleichterung der Haftung bis zur Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten dem Vormund nicht vergönnt (§ 1833)<sup>1</sup>. Selbst auf die Bestellung des Vormunds haben in sogleich zu schildernder Weise Angehörige des Mündels Einfluß (§ 1776f.). Andererseits ist freilich der Gedanke einer Staatsaufsicht über die Vormünder nicht völlig aufgegeben worden, und mit Recht. Das VG. ist zur Kontrolle des im übrigen selbständigen Handelns des Vormunds, zur Genehmigung besonders wichtiger Rechtsgeschäfte, endlich zur Entlassung in der Lage.

II. So steht das BGB. prinzipiell noch auf dem Standpunkt der von beliebigen Personen gelegentlich zu führenden „Dilettantenvormundschaft“ (KOHLER, Lehrb. S. 486). Daß sich dabei große Mißstände ergeben mußten, und besonders in Großstädten und bei unehelichen Kindern durch die Suche nach einem Vormund viel Zeit verlorenging, erzeugte eine Strömung, die auf Einführung einer von Berufsbeamten zu führenden gesetzlichen Amtsvormundschaft hinwirkte.

1. Schon EGBGB. § 136 trug dem Rechnung, indem er den Landesrechten die Möglichkeit gab, die Anstalts- oder Berufsvormundschaft einzuführen; es konnten Vorstände staatlicher Erziehungs- oder Verpflegungsanstalten oder sonstige Beamte mit der Vormundschaft über solche Minderjährige betraut werden,

<sup>1</sup> Interessante Entscheidung (Haftung des Vormunds für Nichteinlegung eines Rechtsmittels) RG. JW. 1922, S. 1006.

die in der Anstalt oder einer unter ihrer Aufsicht stehenden Familie (bei Unehelichen zählte hierzu die mütterliche Familie) erzogen wurden; in diesen Fällen waren die Vorschriften des BGB. über die Bestellung ausgeschaltet; es konnte aber auch angeordnet werden, daß die genannten Vorstände oder Beamten wenigstens den nach BGB. berufenen Vormündern vorgingen<sup>1</sup>. (Dazu Preuß. AG. § 78; Fürsorgeerziehungsges. § 12; Württemberg [altes] Ges. über die Berufsvormundschaft vom 8. 6. 1912 usw.). Besonders gefördert wurde der Gedanke der Berufsvormundschaft durch private Vereinstätigkeit (Archiv deutscher Berufsvormünder, gegr. 1911).

2. In neuester Zeit hat auch das Reich sich der Berufsvormundschaft angenommen (vgl. RV. Art. 7 Z. 7). Das JWG. schafft unter Aufhebung des Art. 136 EGBGB. zwei Typen der **Amtsvormundschaft**:

a) die **gesetzliche Amtsvormundschaft** besteht über alle im Bezirke des Jugendamts geborenen Unehelichen, § 35ff. Sie tritt ohne weiteres mit der Geburt eines unehelichen Kindes ein. Gesetzlicher Amtsvormund ist das Jugendamt, das aber stets beim VG. Entlassung aus der Amtsvormundschaft beantragen kann, wenn es das Wohl des Mündels nicht gefährdet, § 40;

b) die **bestellte Amtsvormundschaft**. Das Jugendamt kann mit seinem Einverständnis vom VG. unter Ausschluß der nach BGB. § 1776 Berufenen zum Vormund eines ehelichen, bevormundungsbedürftigen Minderjährigen bestellt werden, wenn kein anderer geeigneter Vormund vorhanden ist.

c) In beiden Fällen kann das Jugendamt die Ausübung seiner Funktionen einzelnen seiner Beamten oder Mitglieder übertragen (§ 32). Ferner ist die Amtsvormundschaft, wie schon die Berufsvormundschaft des bisherigen Rechts, stets eine befreite (vgl. unten § 36 VII); die Vorschriften des BGB. finden zwar auf sie Anwendung, aber nur mit vielen, aus der veränderten Sachlage sich ergebenden Modifikationen, die § 33 aufzählt; weitere Vorschriften kann das Landesrecht außer Kraft setzen, § 34.

d) Neben der Amtsvormundschaft läßt das JWG. noch die Anstalts- und Vereinsvormundschaft bestehen, allerdings, soweit private Träger in Frage kommen, nur unter gewissen Kautelen (§ 47).

Die Vorschriften über die gesetzliche Amtsvormundschaft gehören allerdings auch zu denen, von deren Durchführung die VO. vom 14. 2. 1924 die Länder befreit. Aber es ist wenig Gebrauch von der Befreiung gemacht worden, z. B. nicht für die Stadtkreise in Preußen.

III. Das BGB. unterscheidet die Vormundschaft über Minderjährige (Altersvormundschaft), § 1773ff., als Normalfall der Vormundschaft von größter Bedeutung, und Vormundschaft über Volljährige, die im wesentlichen nach dem Vorbild jener ausgestaltet ist (§ 1896ff.). Außerdem regelt es als ein schwächeres Mittel, einer im Daseinskampfe nicht voll aktionsfähigen Person Schutz und Hilfe angedeihen zu lassen, die Pflegschaft, § 1909ff. (vgl. unten § 37 III).

### § 36. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Die Vormundschaft über Minderjährige tritt ein:

1. wenn beide Eltern gestorben oder für tot erklärt sind, § 1679, beide die elterliche Gewalt verwirkt haben, § 1680, beiden die Personen- oder Vermögenssorge entzogen ist, § 1666;

2. Ferner, wenn der Vater bei bestehender Ehe die elterliche Gewalt verwirkt hat, § 1684 I 2, oder sie bei aufgelöster Ehe endgültig ruht, ohne daß die Mutter den Antrag aus § 1685 II stellt, oder ihm Personen- oder Vermögenssorge entzogen ist, § 1666, oder die Mutter nach dem Tode des Vaters sich wieder verheiratet oder sonst die elterliche Gewalt verliert (s. oben § 32 I).

3. Bei unehelichen (§§ 1707, 1699) und Findelkindern (§ 1773).

<sup>1</sup> Von dieser Berufsvormundschaft war zu unterscheiden die sog. Sammelvormundschaft, die nur eine Häufung normaler, nach BGB. zu beurteilender Vormundschaften darstellte.

II. Der Vormund erlangt sein Amt immer nur kraft Bestellung durch das VG. Dieses hat die Vormundschaft gegebenenfalls von Amts wegen anzuordnen, § 1774. Durchbrochen ist das Bestellungsprinzip nur bei der gesetzlichen Amtsvormundschaft des Jugendamts über Uneheliche (s. oben § 33 II 1)<sup>1</sup>.

1. Bei der Bestellung hat das VG. die **Berufung** zur Vormundschaft zu beachten.

a) In den meisten Fällen wird eine bestimmte Person kraft Gesetzes zum Vormund berufen sein. Die Berufungsgründe lassen deutlich den Zusammenhang der Vormundschaft mit den FR. erkennen.

α) In erster Linie ist nämlich berufen, wen der Vater des minderjährigen Mündels letztwillig (§ 1777 III) benannt hat, § 1776 Z. 1; das Benennungsrecht hat der Vater aber nur, wenn er im Vollbesitz des Vertretungsrechts über Person und Vermögen gestorben ist, § 1777 I.

β) Nach dem Vater (beachte § 1776 I „Reihenfolge“) ist die Mutter unter den gleichen Voraussetzungen benennungsberechtigt, §§ 1776 I Z. 2, 1777.

γ) Erst nach den durch Benennung Berufenen kommen die durch das Gesetz unmittelbar Berufenen zum Zuge: der väterliche, dann der mütterliche Großvater, § 1776 Z. 3, 4.

b) Der taugliche Berufene hat einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf Berücksichtigung durch das VG., § 1778, er kann sich gegen grundlose Übergehung mit Beschwerde wehren (FGG. § 66). Jedoch können dem Berufenen vorgezogen werden für die minderjährige Ehefrau der Mann, für das uneheliche Kind die Mutter, § 1778 III, für alle Minderjährigen das Jugendamt.

2. Erst wenn keine Berufung vorliegt, kann das VG. frei auswählen (§ 1779) unter Anhörung des Gemeindegewaltigenrats (Jugendamts, JWG. § 42). Es soll eine geeignete Persönlichkeit auswählen, tunlichst unter Berücksichtigung von Verwandten, Verschwägerten, Konfessionsgleichen (§ 1779 II, vgl. RV. Art. 136 III und ANSCHÜTZ, Komm. Anm. 3 zu Art. 136).

3. In allen Fällen hat das VG. die gesetzlichen Ausschlußgründe zu beachten. Diese beruhen entweder auf:

a) Unfähigkeit zur Vormundschaft, § 1780; sie macht die Bestellung zum Vormund nichtig und seine Vertretungshandlungen zu unberufenen (§ 177ff.), sie trifft Geschäftsunfähige sowie wegen Geistesschwäche, Trunksucht, Verschwendung Entmündigte.

b) Untauglichkeit zur Vormundschaft; sie bedeutet Gültigkeit, aber Unzulässigkeit der Bestellung (man wollte die Fälle gänzlicher Nichtigkeit möglichst einschränken). Die einzelnen Untauglichkeitsgründe sind in §§ 1781—1784 aufgezählt; aus § 1781 Z. 4 ist StGB. § 34 („Unfähigkeit“ Vormund zu sein) berichtend auszulegen § 1783 ist gestrichen durch JWG. § 48. Die Ehefrau kann also künftig auch ohne Zustimmung des Mannes zum Vormund bestellt werden, dieser wird aber dann gut tun, sofort auf Gütertrennung zu dringen, sonst haftet er für die Ansprüche aus der Vormundschaft mit dem eingebrachten Gut (§ 1412) und bei Gütergemeinschaft sogar persönlich, §§ 1460, 1459. Dem Beamten oder Religionsdiener darf die in § 1784 I vorgeschriebene Erlaubnis nur noch aus wichtigem dienstlichem Grunde verweigert werden, § 1784 II (zugefügt durch JWG. § 48). Ein untauglich Bestellter ist zu entlassen, § 1886 (§ 1887 ist aufgehoben durch JWG. § 48).

<sup>1</sup> Das Jugendamt erhält nur eine Bescheinigung über die eingetretene Vormundschaft, JWG. § 37.

c) Ausschließung durch einen Berufungsberechtigten, § 1782; die Rangordnung des Ausschließungsrechts ist dieselbe wie die des Berufsrechts; so kann die Mutter den vom Vater Berufenen nicht ausschließen, wohl aber umgekehrt.

4. Zur Übernahme der Vormundschaft besteht eine staatsbürgerliche Pflicht jedes Deutschen, der keinen gesetzlichen Ablehnungsgrund hat, § 1785.

a) Die Ablehnungsgründe ergeben sich aus § 1786; nur einer ist durch JWG. geändert: eine Frau ist nicht mehr schlechthin ablehnungsberechtigt, sondern nur noch, wenn sie zwei noch nicht schulpflichtige Kinder hat oder sonstige mit der Vormundschaft unvereinbare Familienpflichten geltend macht. Einen Ablehnungsgrund für Reichswehrangehörige hat RWehrG. § 33 geschaffen.

b) Sein Ablehnungsrecht muß der Berechtigte bis zur Bestellung geltend machen, § 1786 II, und haftet dem Mündel auf Schadenersatz, wenn er schuldhaft die Übernahme der Vormundschaft verzögert oder auf grundloser Ablehnung beharrt, § 1787 I; er muß die Vormundschaft ungeachtet seines Beschwerderechtes auf Verlangen des VG. vorläufig übernehmen, § 1787 II, sonst trifft ihn Ordnungsstrafe, § 1788.

5. Bestellung des Vormundes erfolgt durch Verpflichtung des Vormundes zu treuer und gewissenhafter Führung der Vormundschaft mittels Handschlags an Eidesstatt, § 1789; der Akt ist bedingungs- und befristungsfeindlich, kann jedoch unter Vorbehalt der Entlassung erfolgen, § 1790; die über die Bestellung ausgestellte Urkunde heißt Bestallung, § 1791.

6. In der Regel soll für ein Mündel oder für Geschwister nur ein Vormund bestellt werden, § 1775; nur aus besonderen Gründen (umfangreiche Verwaltung) können mehrere zu Vormündern bestellt werden; sie werden Mitvormünder. Sie führen die Vormundschaft gemeinsam, § 1797, und haften als Gesamtschuldner § 1833 II; jedoch kann das VG. jedem einen selbständigen Wirkungskreis zuweisen, § 1797 II. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet das VG. unter Beachtung letztwilliger elterlicher Bestimmungen, § 1797 III.

7. Kein Mitvormund ist der Gegenvormund, sondern ein bei jeder erheblichen Vermögensverwaltung dem Alleinvormund zu bestellendes Kontrollorgan, § 1792. Seine Berufung und Bestellung richten sich nach denselben Regeln wie die des Vormunds, sein Ausschluß (§§ 1852, 1856, JWG. § 33 I) ist der Hauptzug der sog. befreiten Vormundschaft (s. unten VII).

III. 1. Durch die Bestellung entsteht im Innenverhältnis zwischen Vormund und Mündel ein gesetzliches Schuldverhältnis; daher gelten für die Haftung des Vormunds (§ 1833) schuldrechtliche Regeln: Verjährung in 30 Jahren, Gerichtsstand der Vermögensverwaltung, ZPO. § 31. Ersatz von Aufwendungen gebührt ihm nach Auftragsrecht (§ 1835, 670, beachte § 181)<sup>1</sup>. Einen Vergütungsanspruch hat er nur kraft Bewilligung des VG., § 1836. Eine allgemeine Kautionspflicht besteht nicht, wohl aber kann das VG. Sicherheitsleistung anordnen, § 1844, und eine Sicherungshypothek beim Grundbuchamt beantragen FGG., § 54.

2. Nach außen hat der Vormund das Mündel zu vertreten, § 1793, und zwar in persönlichen und Vermögensangelegenheiten. Das Mündel haftet für ihn nach § 278. Beschränkt ist das Vertretungsrecht (außer durch §§ 112, 113)

a) kraft Gesetzes wegen zu befürchtender Interessenkollision nach § 1795; in Betracht kommen vor allem Geschäfte mit nahen Anverwandten (§ 1795 Z. 1) und Verfügungen über gewisse gesicherte Forderungen des Mündels gegen den Vormund (§ 1795 Z. 2);

b) kraft Entziehung durch das VG., § 1796.

<sup>1</sup> Der Vormund darf aber eine notwendige Amtshandlung nicht deswegen unterlassen, weil das Mündelvermögen ihm keine Deckung seiner Auslagen gewährt (§ 273 ist unanwendbar). Aber auch der Staat haftet nicht etwa deshalb, weil die Übernahme der V. öffentliche Pflicht war.

c) Beachtlich ist die Anziehung des § 181 in § 1795 II, die besonders bei Erbauseinandersetzungen zur „Pflegerhäufung“ führen kann<sup>1</sup>.

d) Überschreitungen der Vertretungsmacht des Vormunds sind nach § 177ff. zu beurteilen (Genehmigung durch den zu bestellenden Pfleger). Über die Stellung des Dritten vgl. RG. Bd. 83, S. 243.

IV. Genau wie die elterliche Gewalt, so umfaßt auch die Vormundschaft Personensorge und Vermögenssorge.

1. Den Umfang der Personensorge bestimmt § 1800 durch Verweisungen. Ist also eine verheiratete Frau bevormundet, so hat der Vormund nur die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten (§ 1633), neben einer unehelichen (§ 1707) und minderjährigen ehelichen (§ 1696) oder wiederverheirateten (§ 1697) Mutter nur Beistandsstellung. Die Sorge für die religiöse Erziehung kann dem Vormund entzogen werden, wenn er nicht konfessionsgleich ist (§ 1801).

Dies gilt nicht für den Amtsvormund, JWG. § 33 I; doch hat dieser bei der Unterbringung auf das Bekenntnis des Mündels Rücksicht zu nehmen, § 33 III. Ist dem Vormund die religiöse Erziehung nicht entzogen, so kann er doch nur mit Genehmigung des VG. darüber bestimmen; zu hören sind Eltern, Verwandte, Verschwägerter, Lehrer des Kindes und dieses selbst nach Vollendung des 10. Lebensjahres (Ges. vom 15. 7. 1921, § 3 II). Eine von den Eltern getroffene Bestimmung kann der Vormund grundsätzlich nicht ändern; nur wenn beide Eltern vor Inkrafttreten des genannten Gesetzes (1. 1. 1922) verstorben sind und über die Erziehung in einer bestimmten Konfession oder Weltanschauung nachweisbar einig waren, kann der Vormund diese mit Genehmigung des VG. einführen, § 10.

Das Erziehungsrecht kann dem Vormund vom VG. entzogen und das Mündel untergebracht oder in Fürsorgeerziehung genommen werden, § 1838, JWG. § 63. Pflichtverletzung des Vormunds ist dazu nicht erforderlich. Ebenso genügt objektive Gefährdung zur Anordnung der Schutzaufsicht (Erziehungsaufsicht) durch das VG., JWG. § 56ff.

Die Schutzaufsicht wird durch „Helfer“ in beistandsähnlicher Stellung ausgeübt (vgl. § 1688, JWG. § 58ff.). Zum Helfer kann das VG. eine Einzelperson, aber auch das Jugendamt oder eine Vereinigung für Jugendhilfe bestellen, JWG. § 60.

2. In der Vermögensverwaltung ist der Vormund mehr auf bindende Normen verwiesen als der elterliche Gewalthaber; die Nutznießung hat er überhaupt nicht. Zwar kann er ebenfalls das Mündelvermögen in Besitz nehmen und frei darüber verfügen, aber er hat es gleich bei Antritt des Amtes zu inventarisieren (§ 1802, indispensable) und das Inventar dem VG. einzureichen. Er kann sich dabei auf Kosten des Mündels eines Notars, Beamten oder sonstigen Sachverständigen bedienen, § 1802 II. Schenkungen aus Mündelgut sind ihm verboten, § 1804, ebenso jede eigennützige Verwendung des Mündelvermögens, etwa zu Spekulationen, § 1805. Die wichtigste Bindung ist jedoch die Pflicht zu mündelsicherer Vermögensanlage, § 1806ff. Eine andere Anlegung ist weder nichtig noch dem Vormund schlechthin verboten, geht aber auf seine Gefahr, § 1833. Sollvorschriften betreffen die Genehmigung des Gegenvormundes oder VG., § 1810.

Die Arten der mündelsicheren Anlage regelt das BGB. nur in Rahmenform.

a) Hauptanlage sind die Hypotheken, § 1807 Z. 1, deren Sicherheit das Landesrecht näher bestimmt (vgl. Preuß. AGBGB. § 73; Bayr. AG. § 92 usw.).

b) Ferner kommen in Betracht verbrieft Forderungen gegen Reich oder Länder, Schuldbuchforderungen (§ 1807 Z. 2) und Forderungen mit Verzinsungsgarantie (§ 1807 Z. 3); endlich Wertpapiere, die der Reichsrat für mündelsicher erklärt hat, was in den letzten Jahren vielfach erfolgt ist (vgl. die Sachverzeichnisse des Reichsgesetzblatts). Nach EGBGB. 212 bleiben landesrechtliche Erweiterungen des Katalogs in Kraft.

c) Endlich ist mündelsicher die Anlage bei Sparkassen, die das Landesrecht bestimmt (§ 1807 Z. 5; EGBGB. 99; Pr. AG. § 75; Bayr. Min.-Bekanntmachung vom 21. 12. 1899 usw.; vgl. übrigens auch JWG. § 33 II). Erst subsidiär ist dem Vormund auch Bankanlage gestattet (§ 1808; Pr. AG. § 76), aber stets mit Sperrvermerk, § 1809, so daß zur Abhebung Genehmigung des Gegenvormunds oder Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, § 1812 II, III.

<sup>1</sup> Eine „Gestattung“ des Selbstkontrahierens kommt nicht in Frage; auch das VG. kann sie nicht erteilen.

d) Nur ausnahmsweise ist dem Vormund eine Abweichung von diesen Regeln durch das Vormundschaftsgericht zu gestatten; diese Erlaubnis soll allerdings nur verweigert werden, wenn die beabsichtigte Art der Anlegung den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung zuwiderlaufen würde. (§ 1811; der 2. Satz hinzugefügt erst durch Ges. vom 23. 6. 1923, nachdem die Mündelvermögen größtenteils der Inflation zum Opfer gefallen waren<sup>1</sup>. Gehören zum Vermögen des Mündels Inhaber- oder blankindossierte Orderpapiere, so braucht der Vormund diese nicht in mündelsichere umzutauschen, muß sie aber vinkulieren lassen (§ 1814); auch kann er sie in Buchforderungen verwandeln (§ 1815). Weitere Einzelheiten: §§ 1816—1820.

3. Verwaltungsfreies Vermögen kann durch Zuwendung Dritter geschaffen werden (analog § 1638); dann ist ein Pfleger zu bestellen, § 1909. Auch kann der Dritte bei der Zuwendung bindende Anordnungen für die Verwaltung treffen, von denen der Vormund nur mit Genehmigung der VG. oder des Dritten abgehen darf, § 1803.

V. Gewisse Handlungen des Vormunds bedürfen der Genehmigung.

1. Genehmigung des Gegenvormunds ist erforderlich in den Fällen des § 1812 (Verfügungen über Forderungen und andere Rechte auf Leistungen, über Wertpapiere und Verpflichtungen zu solchen Verfügungen, vgl. aber § 1813). Doch kann die Vormundschaft auch hierin eine befreite sein, § 1852 II. Die Genehmigung des Gegenvormunds wird durch die des VG. ersetzt, § 1812 II, 2.

2. In den Fällen der §§ 1821—1823 bedarf es der **Genehmigung des VG.**

Sie enthalten einen ziemlich willkürlichen Katalog von Rechtsgeschäften der Vermögensverwaltung, die man für genehmigungsbedürftig gehalten hat, teils wegen ihrer Wichtigkeit (Grundstücksgeschäfte<sup>2</sup> § 1821, Geschäfte über Gesamtvermögen und Erbschaft, § 1822 Z. 1, 2 (vgl. § 1437 II); über Erwerbsgeschäfte<sup>3</sup>, Z. 3, teils wegen ihrer Bindungswirkung (Miete und Pacht, sowie andere Verträge auf wiederkehrende Leistungen [Versicherung], Z. 4, 5, Lehrvertrag und Dienstvertrag, Z. 6, 7), teils wegen ihrer Gefährlichkeit (Kreditaufnahme, Z. 8, 9, Interzession Z. 10 [Schuldübernahme, Bürgschaft, Verpfändung für fremde Schuld, RG. Bd. 63 S. 76]; Prokura, Z. 11, Vergleich, Schiedsvertrag, Entsicherung von Forderungen, Z. 12, 13). Dazu kommen an anderen Stellen erwähnte personenrechtliche Geschäfte (Ehelichkeitserklärung, §§ 1728, 1729, Adoption §§ 1750, 1755, 1770, Entlassung aus dem Staatsverband, Ges. vom 22. 7. 1913 § 19, religiöse Erziehung, Ges. vom 15. 7. 1922, § 10, Todeserklärung, ZPO. § 962 III; vgl. noch §§ 1336 II, 1341, 1595 II).

3. Das VG. muß zu jedem Rechtsgeschäft eine spezielle Ermächtigung erteilen, eine generelle gestattet das Gesetz nur für gewisse Fälle, § 1825, also z. B. zur Kreditaufnahme; sie soll aber erteilt werden, wenn es zum Zwecke der Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes nötig ist, § 1825 II.

4. Ihrer Natur nach ist die Genehmigung des VG. eine Staatswillenserklärung, ein Verwaltungsakt. Die privatrechtlichen Normen des BGB. über die Zustimmung (§ 182ff.) finden auf sie keine Anwendung. Sie heißt Genehmigung, auch wenn sie im vorhinein erteilt wurde. Sie kann nur dem Vormund, nicht etwa dem Mündel oder dem Drittkontrahenten erteilt werden (§ 1828); abänderbar ist sie allerdings bis zur Mitteilung an den Dritten (FGG. § 55). Über Gehör des Mündels vgl. § 1827.

a) Wird die Genehmigung vor Abschluß des Rechtsgeschäftes gegeben, so ergänzt sie die insoweit fehlende Vertretungsmacht des Vormunds zu dem konsenspflichtigen Geschäft.

b) Ist sie nicht erteilt, so ist

α) ein einseitiges Rechtsgeschäft<sup>4</sup> des Vormunds unheilbar nichtig und bedarf erneuter Vornahme, § 1831;

<sup>1</sup> Die Rspr. hat die Vorschrift des § 1811 Z. 2 teilweise so eng interpretiert, daß das VG. eine Abweichung von den Regeln des BGB. nur gestatten darf, wenn sie durch besondere Gründe des Einzelfalls oder allgemeine wirtschaftliche Gründe geboten ist (RG. Recht 1930, Nr. 1264; JW. 1931, S. 533). Dadurch ist die Novelle von 1923 fast ganz entwertet.

<sup>2</sup> Beachte, daß nicht nur Verfügungen über Grundstücke, Grundstücksrechte und darauf gerichtete Forderungen (§ 1827 Z. 1, 2), sondern auch Verpflichtungen dazu (§ 1821 Z. 3) und Erwerbsgeschäfte (§ 1821 Z. 4) konsenspflichtig sind. Stets ausgenommen sind die Grundkreditrechte, § 1821 II, dazu RG. Bd. 129, S. 27ff.

<sup>3</sup> RG. Bd. 115, S. 172; JW. 1925, S. 2159; 1926, S. 600; 1929, S. 630.

<sup>4</sup> Vgl. KG. Recht 1931, Nr. 243.



β) ein Vertrag schwebend unwirksam, bis die Genehmigung des VG. nicht nur erteilt, sondern auch dem Drittkontrahenten vom Vormund mitgeteilt wird, § 1829. In dieser Mitteilung liegt die eigene, jetzt mit ergänzter Vertretungsmacht bewirkte Zustimmungserklärung des Vormunds selbst; sie ist ein Privatakt und daher nach den gewöhnlichen Regeln über Willensmängel zu beurteilen.

Diese Mitteilung des Vormunds kann der Dritte durch Fristsetzung<sup>1</sup> herausfordern, § 1829 II; bis zum Ablauf der Frist ist der Dritte an seinen Antrag gebunden, § 1830, der insofern strenger gefaßt ist, als der korrespondierende § 109, als ein Widerrufsrecht von vornherein nur bei Vortäuschung der Genehmigung gegeben wird.

Die Regeln über Verträge gelten auch, wenn das Mündel selbst einen Vertrag geschlossen hat. Dann kommt zunächst die Normengruppe § 108ff. zum Zuge, also Widerrufsrecht dem Minderjährigen gegenüber bis zur Genehmigung durch den Vormund, dann setzt gegebenenfalls das Widerrufsrecht des § 1830 dem Vormund gegenüber ein. Statt zu widerrufen, kann der Dritte auch den Vormund als unberufenen Vertreter in Anspruch nehmen (§ 179, strittig).

VI. Die Tätigkeit des VG. ist im übrigen eine wesentlich beaufsichtigende, der Vormund soll in seiner selbständigen Amtsführung nicht gestört werden; nur bei direkter Pflichtwidrigkeit muß das VG. einschreiten, § 1837, dann aber auch mit Ordnungsstrafen, § 1837 II. Als ultima ratio kommt Entlassung in Betracht, die Verschulden nicht voraussetzt, also auch bei Meinungsverschiedenheit über Zweckmäßigkeitsfragen eintreten kann, § 1886.

Im einzelnen hat das VG.

1. das Inventar des Vormunds zu prüfen, § 1802 III, ebenso die grundsätzlich alle Jahre zu legende Vormundschaftsrechnung, § 1840ff., vgl. aber § 1854 (nicht zu verwechseln mit der Rechnungslegungspflicht dem Mündel gegenüber, § 1890);

2. das Recht, Auskunft zu verlangen, § 1839, gegebenenfalls den Vormund zur Sicherheitsleistung anzuhalten, § 1844, und beim Grundbuchamt Eintragung einer Sicherungshypothek für das Mündel zu beantragen, FGG. § 54;

3. das Mündel notfalls in eine Familie oder Anstalt oder in Fürsorgeerziehung zu bringen, § 1838, RJWG. § 62ff., oder Schutzaufsicht über ihn anzuordnen, JWG. § 56ff.;

4. ausnahmsweise bei Verhinderung des Vormundes dringende Rechtsgeschäfte für das Mündel selbst vorzunehmen, § 1846.

5. Bei allen diesen Handlungen kann sich das VG. der Unterstützung des Gemeindewaisenrats bedienen. Diese ursprünglich dem Landesrecht überlassene Hilfseinrichtung hat jetzt ihre Funktionen an die Jugendämter abgegeben, JWG. § 42. Der Gemeindewaisenrat bzw. das Jugendamt als solcher hat dem VG. die zur Vormundschaft geeigneten Personen vorzuschlagen, § 1849, den Vormund zu überwachen, § 1850, bei Vermögensgefährdung Anzeige zu erstatten, § 1851. Sonstige hier einschlägige Aufgaben des Jugendamts ergeben sich aus RJWG. § 43ff.

VII. Befreite Vormundschaft tritt ein auf Grund testamentarischer Anordnung des im Vollbesitz der elterlichen Gewalt befindlichen Vaters (§§ 1852, 1856) oder der zur Vormundsbenennung gelangenden Mutter (§§ 1855, 1856). Inhalt der Befreiung kann sein Ausschluß der Bestellung eines Gegenvormunds (§ 1852), also auch seiner Genehmigung in allen Fällen, wo diese sonst erforderlich wird, Aufhebung einzelner Beschränkungen (§ 1852 II, 1809, 1810, 1812), Dispens von den Pflichten der §§ 1814, 1816 und Erlaß der jährlichen Vormundschaftsrechnung (§§ 1840, 1854). Das VG. kann elterliche Anordnung bei Gefährdung des Mündels außer Kraft setzen (§ 1857). Die Amtsvormundschaft ist stets befreite Vormundschaft, JWG. § 33.

VIII. Ein erweitertes VG. (§ 1872) ist der Familienrat, §§ 1858—1881, der auf Grund letztwilliger Verfügungen bei Minderjährigen (§ 1858), sonst auf Antrag, §§ 1859, 1905, eingesetzt werden kann, eine historische Reminiszenz ohne praktische Bedeutung; er besteht aus

<sup>1</sup> Dazu RG. Bd. 130, S. 148 (= JW. 1931, S. 535).

2—6 Mitgliedern unter Vorsitz des Vormundschaftsrichters; die Mitglieder sind entweder berufen, § 1861, oder ausgewählt, § 1862, wobei sich der Vormundschaftsrichter grundsätzlich an die Familie halten soll, § 1867; jedoch können kraft Benennung oder Auswahl auch Nichtfamilienangehörige im Familienrat sitzen, § 1864. Über die Geschäftsführung vgl. §§ 1873ff.

#### IX. Die Vormundschaft als solche endigt:

##### 1. kraft Gesetzes:

a) wenn ein Minderjähriger stirbt, für tot erklärt wird (§ 1884 II), volljährig oder für volljährig erklärt wird;

b) wenn er wieder unter elterliche Gewalt tritt, also durch Adoption oder Ehelichkeitserklärung; bei Legitimation endet die Vormundschaft kraft Gesetzes erst mit der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft, § 1683 I;

c) durch Wiedererlangung der elterlichen Vollgewalt (§§ 1671, 1677, 1679, 1684);

d) durch Ermittlung des Familienstandes des Mündels im Falle des § 1773;

##### 2. kraft Anordnung des VG.:

a) wenn der Tod des verschollenen Mündels bekannt wird, § 1884 I;

b) wenn das VG. die Voraussetzungen der Legitimation für gegeben erachtet, § 1882 II.

#### X. Das Amt des einzelnen V. endigt:

1. kraft Gesetzes durch Tod, Entmündigung, Todeserklärung, § 1885;

2. durch Entlassung, deren nähere Voraussetzungen in §§ 1886—1890 geregelt sind.

Nach Beendigung seines Amtes oder der Vormundschaft hat er Vormund das Vermögen dem Mündel oder dessen Erben oder dem neuen gesetzlichen Vertreter herauszugeben und Schlußrechnung zu legen, § 1890; darauf besteht ein privatrechtlicher Anspruch mit Offenbarungseidespflicht, § 259. Gewisse Schutzvorschriften gelten für den Vormund, der die Beendigung seiner Rechtsstellung weder kennt noch kennen muß, und den mit ihm kontrahierenden Geschäftsgegner, § 1893. Endlich hat der Vormund die Bestallung zurückzugeben, § 1893 II.

### § 37. Vormundschaft über Volljährige. Pflegschaft.

I. Vormundschaft über einen Volljährigen tritt nur ein, wenn dieser entmündigt worden ist<sup>1</sup> (§ 1896). Sie folgt den Regeln der Vormundschaft über Minderjährige mit folgenden Ausnahmen:

1. Das Benennungsrecht der Eltern fällt weg, § 1898.

2. Für die Berufsordnung der Verwandten gilt Abweichendes, § 1899.

3. Der Ehegatte und die uneheliche Mutter des Entmündigten sind vorzugsweise berufen, § 1900 II, III (§ 1900 I ist durch Aufhebung des § 1783 sinnlos geworden).

4. Die Personensorge ist eingeschränkt, § 1901, auch hinsichtlich der Vermögenssorge gelten einzelne Besonderheiten, § 1902.

5. Der Vater des Entmündigten und in etwas schwächerem Maße auch die Mutter genießen die Stellung eines befreiten Vormunds, §§ 1903, 1904.

6. Der Familienrat kann nicht testamentarisch angeordnet werden, § 1905.

II. Vorläufige Vormundschaft tritt bei Volljährigen ein, deren Entmündigung beantragt ist, wenn das VG. es zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für Person oder Vermögen für erforderlich erachtet, § 1906. Sie führt stets zur beschränkten Geschäftsfähigkeit, auch wenn Entmündigung wegen Geisteskrankheit beantragt ist, § 114. Sonderregelung gelten für Berufung (§ 1907) und Beendigung (§ 1908).

III. Die Pflegschaft ist der Vormundschaft äußerlich nachgebildet, aber ihrem Wesen nach davon verschieden; sie ist eine staatlich organisierte Fürsorge für bestimmte Angelegenheiten; die Regeln für ihre Handhabung ergeben sich nicht ohne

<sup>1</sup> Irrtümliche Bestellung eines V. ist keine Entmündigung, aber die Rechtsakte des V. bleiben wirksam, FGG. § 32.

weiteres aus dem Gesetz, sondern richten sich nach dem Zweck, für den jeweils der Pfleger bestellt wird. Vor allem dient die Pflęgschaft niemals, wie die Vormundschaft, zum Ausgleich fehlender Geschäftsfähigkeit<sup>1</sup>. Der Pfleger ist also kein gesetzlicher Vertreter im eigentlichen Sinne, sondern ein vom Staate bestellter General- oder Spezialbevollmächtigter; aber die Regeln der gesetzlichen Vertretung (vor allem § 278) gelten auch für ihn.

1. Das Objekt der Pflęgschaft ist regelmäßig eine Person. Man unterscheidet fünf Fälle der Personenpflęgschaft:

a) Die Ergänzungspflęgschaft; sie tritt ein zur Ergänzung einer Vollgewalt, wenn deren Inhaber (Vater, Mutter, Vormund) zur Besorgung einzelner Geschäfte oder Geschäftskreise außerstande ist, und zwar aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (vgl. §§ 1666, 1647, oder bei Kollisionsgefahr, §§ 1795, 181); dann besteht auch eine gesetzliche Anzeigepflicht, § 1909 II. Endlich ordnet das Gesetz auch eine vorläufige Ergänzungspflęgschaft an, § 1909 III (§ 114 gilt hier richtiger Ansicht nach nicht, strittig).

b) Die Gebrechlichkeitspflęgschaft, § 1910, und zwar entweder als Vollpflęgschaft bei körperlichen Gebrechen, § 1910 I (bei geistigen nur Entmündigung!) oder als Teilpflęgschaft bei körperlichen und geistigen Gebrechen, § 1910 II.

c) Die Abwesenheitspflęgschaft, nur für abwesende Volljährige unbekanntem Aufenthalts und nur für Vermögensangelegenheiten, § 1911, vor allem zum Widerruf einer Vollmacht, deren Voraussetzungen weggefallen sind.

d) Die Pflęgschaft für eine Leibesfrucht, § 1912, deren Rechte der Fürsorge bedürfen und nicht durch den künftigen Vater, die Mutter, einen Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpflęger (§§ 1960, 2222) gewahrt sind, nach JWG. § 38 auch, wenn die Voraussetzungen des § 1912 nicht gegeben sind, aber die Mutter oder das Jugendamt die Bestellung eines Pflęgers beantragen; dieser wird dann mit der Geburt des Kindes ipso jure Vormund an Stelle des Jugendamts, § 35 JWG. ist ausgeschaltet; doch gilt die ganze Vorschrift sinngemäß wohl nur für unehelichen Kinder (strittig).

e) Die Pflęgschaft für einen noch ungewissen Beteiligten, für dessen Angelegenheiten ein Fürsorgebedürfnis besteht, § 1913 (Nacherbe, noch nicht genehmigte Stiftung, Eigentümer im Falle des § 928).

2. Als ein erratischer Block steht im FR. die einzige Sachpflęgschaft, die Pflęgschaft für ein verwaistes Sammelvermögen, § 1914. Sie gehört systematisch in den Allgemeinen Teil, vgl. ENNECCERUS, Lehrb., I § 110, II mit Lit. Ein ähnlicher Fall kann sich aus HGB. § 306 ergeben, vgl. KOHLER, Arch. f. bürgerl. Recht 40, S. 313.

3. Soweit keine Sondernormen bestehen, gelten für die Pflęgschaft die Regeln des Vormundschaftsrechts. Ein Gegenpflęger wird jedoch nicht bestellt, § 1915. Eine befreite Pflęgschaft kann angeordnet werden, § 1917 II, III. Über die Beendigung der Pflęgschaft vgl. §§ 1918—1921.

<sup>1</sup> Scharf herausgestellt von ENDEMANN, Lehrb. S. 708. Folgerichtig erklärt das Gesetz den unter vorläufige Vormundschaft Gestellten für geschäftsbeschränkt. Die vorläufige Vormundschaft enthält also auch eine vorläufige Entmündigung, Abtrennung der vorläufigen Vormundschaft und Verweisung in den Allgemeinen Teil (nach Schweizer Muster) wäre zu erwägen.

## Sachverzeichnis.

- Abfindungsverträge 79.  
Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft 63.  
— der Vormundschaft 87.  
Absolute Scheidungsgründe 28.  
Abstammung, eheliche 66ff.  
Abwesenheitspflegschaft 92.  
Actio quasi-confessoria 56.  
Adoption 81ff.  
— als Ehehindernis 21.  
Äquivalentverfügungen 52.  
Allgemeine Gütergemeinschaft 59ff.  
Angebot, Ablehnung durch die Frau 52.  
Amtsvormundschaft 85ff.  
Anerkennung der Ehelichkeit 67.  
— der Vaterschaft 78, 80.  
Anfechtung der Anerkennung 78.  
— der Ehe 14ff.  
— der Ehelichkeit 67.  
— der Todeserklärung 25, 58.  
— des Verlöbnisses 10.  
Angehörige 16, 86.  
Annahme an Kindes Statt s. Adoption.  
Arbeitsgeräte 44, 72.  
Arbeitsverdienst 44, 72.  
Aufgebot 13.  
Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 36.  
Aufhebungsklage 51, 58, 63, 65.  
Aufwand, ehelicher 51, 61.  
Auseinandersetzung des Gesamtguts 63, 65.  
Auseinandersetzungszugnis 21.  
Ausgleich zwischen eingebrachtem und Vorbehaltsgut 56.  
— zwischen Gesamtgut und Vorbehaltsgut 62, 65.  
Ausgleichung 69.  
Ausschlagung einer Erbschaft 63.  
Ausschluß von der Vormundschaft 86.  
— der fortgesetzten Gütergemeinschaft 63.  
Ausschlußurteil 24.  
Ausstattung eines Kindes 62, 63.  
Aussteuer 20, 69.  
Auswahl des Vormunds 86.  
Beamter, Ehekonsens 21.  
— Vormundschaft 86.  
Bedingung beim Verlöbniß 16.  
— bei der Eheschließung 13.  
— bei der Adoption 82.  
Befreite Vormundschaft 90.  
Befreiung von Eheverboten 19.  
Beitragspflicht der Frau zum Unterhalt des Kindes 34.  
— zu den ehelichen Lasten 46.  
— bei Gütertrennung 59.  
Beistand der Mutter 75ff.  
Beiwohnungsvermutung 66, 80.  
Bereicherung, ungerechtfertigte, des eingebrachten Gutes 52, 55.  
— des Gesamtguts 62.  
— des Kindes 78.  
Bereitschaftserklärung des Standesbeamten 13.  
Berufsvormundschaft 85ff.  
Berufung zur Vormundschaft 86.  
Besitz des Mannes am eingebrachten Gut 47.  
des Vaters 71.  
Bestallung 87.  
Bestätigung der Eheschließung 17, 18, 22.  
— der Adoption 82.  
Bestellung d. Vormundes 86, 90.  
Bigamie 19, 25; s. Doppelehe.  
Blutgruppenforschung 66 A. 3.  
Blutsverwandtschaft 19; s. Verwandtschaft.  
Bösliche Verlassung 29.  
Brautkinder 76.  
Brautstand 10.  
Buchehe 15.  
Deflorationsanspruch 12.  
Desertio malitiosa 29.  
Dienstpflicht des Kindes 68.  
Dienstvertrag 68.  
Dispense 37 A. 1.  
Doppelehe 19, 25, 28.  
Dotalrecht 41.  
Drohung 23.  
Duldung der Zwangsvollstreckung 55, 62.  
Ehe, Anfechtung der 16ff.  
—, Vernichtung der 14ff.  
—, Wesen der 8ff.  
Eheberatung, ärztliche 13 A. 1.  
Ehebruch 15, 28, 76.  
Ehehindernisse 11, 17ff.  
Eheliche Kinder, Rechtsstellung 66ff.  
Ehelichkeitserklärung 80.  
Ehereife 20.  
Ehesachen 4, 18, 28.  
Ehescheidung 25ff.  
Eheschließung 12ff.  
Ehevertrag 42ff.  
Eigentumsvermutungen 40.  
Eilfälle 53, 61.  
Eingebrachtes Gut der Frau im gesetzlichen Güterstand 46ff.  
— in der Errungenschaft und Fahrnisgemeinschaft 64.  
Einkommensteuer 50.  
Einseitige Verwandtschaftsrechnung 76.  
Einwilligung, elterliche 26ff., 69.  
Einstweilige Verfügung 28, 79.  
Einsturzschaden 55.  
Elterliche Gewalt 69ff.  
Empfängniszeit 66, 77.  
Entbindungskosten 79.  
Entlassung des Vormundes 85, 91.  
Entscheidungsrecht, ehemännliches 2, 38.  
Erbrechtliche Verfügungen der Frau 52.  
Erbschaftsregeln bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 63.  
Erbschaftssteuer 50.  
Erbvertrag unter Verlobten 10.  
Erbverzicht 10, 52.  
Ergänzungspflegschaft 92.  
Errungenschaftsgemeinschaft 64f.  
Erwerbsgeschäft der Frau 43, 45, 54ff.  
— der Kinder 71.  
Erziehungsrecht 70.  
Erziehungsverträge 70.  
Exceptio plurium 77ff.

- Facultas alternativa 24.  
 Fahrnisgemeinschaft 64.  
 Familie, soziale Bedeutung der 1ff.  
 Familienrat 85, 90.  
 Familienstammbuch 14 A 1.  
 Findelkinder 85.  
 Firma der Frau 34, 45.  
 Fortgesetzte Gütergemeinschaft 63.  
 — Fahrnisgemeinschaft 65.  
 Frauenbewegung 2.  
 Frauen als Vormund 86.  
 Fristen für Eheanfechtung 18.  
 — für Ehescheidung 32.  
 Fürsorgeerziehung 74, 90.
- Gebrechlichkeitspflegschaft 92.  
 Geburtsregister 14 A. 2, 66.  
 Geburtsschein 12 A. 2, 66.  
 Gegenvormund 87ff.  
 Geisteskrankheit, Scheidungsgrund 32.  
 Gemeindewaisenrat 90.  
 Gemeinschaft, eheliche 2, 37ff.  
 —, geistige 32.  
 —, häusliche 29, 33, 63, 68.  
 Genehmigung des gesetzlichen Vertreters 20, 82.  
 — des Vormundschaftsgerichts 66, 89ff.  
 Generalkonsens 54.  
 Gerade der Frau 40, 44.  
 Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft 60ff.  
 — der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft 64.  
 Gesamtgutsverbindlichkeiten 61, 64.  
 Geschäftsfähigkeit der Frau 51.  
 Geschenke, Rückforderung der 12, 35.  
 Geschlechtskrankheiten, Gesetz zur Bekämpfung der 13 A. 2.  
 Gesundheitsmerkblatt 13 A. 2.  
 Grundbuch bei gesetzlichem Güterstand 53.  
 — bei Gesamtgut 60.  
 Grundschuldzinsen 50.  
 Grundsteuern 50, 55.  
 Grundstücke im gesetzlichen Güterstand 48, 49.  
 — im Gesamtgut 60.  
 Gütergemeinschaft 41; s. Allgemeine G.  
 Güterrechtsregister 43ff.  
 Güterstand, gesetzlicher 41ff.  
 Gütertrennung 41, 58.  
 Gutglaubensschutz im gesetzlichen Güterstand 53.  
 — bei Gesamtgut 60.  
 — bei nichtiger Ehe 23f.
- Haftung der Ehegatten im allgemeinen 37.  
 Haftung des Mannes für Anlage von Frauengeld 50.  
 — für Lasten des Frauenguts 50.  
 — des eingebrachten Gutes 54ff., 65.  
 — des Gesamtgutes 60.  
 — persönliche des Mannes bei Gesamtgutsverbindlichkeiten 60, 65.  
 — des Vaters 71f.  
 — des Vormundes 84, 88.  
 Haushaltsgegenstände 40, 47.  
 Haushaltsgeld 39.  
 Hausstand, elterlicher 68.  
 Heiratsregister 14ff.  
 Herausgabe des Kindes 70.  
 Herstellungsklage 29, 37f.  
 Hypotheken 49, 50.  
 Hypothekenzinsen 50.
- Illatenersatz 63.  
 Illegitime Schwägerschaft 21.  
 Illustrationsfakten 33.  
 Industriebelastung 50.  
 Inhaberpapiere der Frau 40, 48, 50.  
 — des Mündels 88.  
 Inventar eines Grundstücks 48.  
 Inventarisierung 71, 88.  
 Irrtum bei Verlobnis 10ff.  
 — bei Eheschließung 21ff.  
 — bei Verzeihung 33.
- Jugendämter 3, 77, 85.  
 Jugendrecht 2.  
 Jugendwohlfahrt, R.G. für 3, 77, 85ff.
- Kaiserparagraph 9.  
 Kinder, eheliche 66ff.  
 —, uneheliche 75ff.  
 — aus geschiedener Ehe 35.  
 — aus nichtiger Ehe 24.  
 Kirche, Einwirkung auf das FR. 1.  
 Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung 55, 62.  
 — auf Herstellung des ehelichen Lebens 29, 37f.  
 Klagenverbindung 55.  
 Kompensation von Ehebrüchen 29.  
 Konkurs, Eigentumsvermutungen im K. 40.  
 — des Mannes im gesetzlichen Güterstand 58.  
 — in der Gütergemeinschaft 62, 64.  
 — des Vaters 72.  
 Konsumption, prozessuale 32.  
 Kündigung ehewidriger Verträge 39.  
 — von Miete und Pacht 48.
- Lasten des eingebrachten Gutes 50.  
 Lebensgemeinschaft der Ehegatten 2, 6, 29, 37ff.  
 —, Verweigerung der 29, 38.  
 Lebensnachstellung 29.  
 Legitimation unehelicher Kinder 80.  
 Lehrerinnen, Heiratserschwerung bei 21 A. 1.  
 Lehrvertrag 71.  
 Leibesfrucht, Pflegschaft für eine 82.  
 Leitungsbefugnis des Ehemanns 1f., 38ff.  
 Liquidation des Gesamtgutes 63, 65.  
 Lohnforderungen 60.
- Manus 2.  
 Mentalreservation 21.  
 Miete und Pacht 48, 88.  
 Militärpersonen, Ehekonsens für 21.  
 Mißbrauch der Eherechte 37f.  
 — der elterlichen Gewalt 70f.  
 Mißhandlungen 31.  
 Mitgift 69.  
 Mittelbarer Besitz der Frau 47.  
 Mitvormund 87.  
 Munt 2, 87.  
 Mündelsichere Vermögensanlage 60, 88.  
 Mutter, elterliche Gewalt der 74.
- Nachlaßverbindlichkeiten 54.  
 Name der Frau 39.  
 — des Kindes 69, 77.  
 — bei Scheidung 34.  
 — des Wahlkindes 82.  
 Nebengewalt der Mutter 74.  
 Nichtehe 14.  
 Nießbrauch 49, 71f.  
 Notwegrente 55.  
 Notzivilhe 8.  
 Nutznießung des Ehemanns 41, 48.  
 — des Vaters 71ff.  
 Nutzungen des eingebrachten Gutes 49.  
 — des Kindesvermögens 71ff.  
 Nutzverwaltung, Güterstand der 41, 44ff.
- Objektive Gestaltung des Scheidungsrechtes 26, 30.  
 Orderpapiere 40, 48, 50, 88.
- Persönliche Angelegenheiten der Frau 38, 53, 61.  
 — Eigenschaften 22.  
 Pfändung der Früchte des eingebrachten Gutes 46, 53.  
 — der Früchte des Kindesgutes 72.

- Pfändung der Nutzverwaltung 46.  
 Pflegekindschaft 68, 83.  
 Pflegschaft 85, 92.  
 Pflichtteilsverzicht 54.  
 Praesumptio Muciana 40.  
 Prozeßführung über eingebrachtes Gut 56ff.  
 — über Gesamtgut 62.  
 Prozeßkostenvorschuß 50.  
 Prozeßstandschaft 56.  
 Publizität des Güterrechtsregisters 43.
- Quasi desertio** 29.
- Rechenschaftspflicht des Mannes** 58, 63.  
 — des Vaters 74.  
 — des Vormundes 90.  
 Rechtskraftwirkung im Verhältnis der Ehegatten 57 ff., 63.  
 Reform der Ehescheidung 28 ff.  
 — des Rechtes der Unehelichen 76ff.  
 Regionalsystem 41.  
 Reichsnotopfer 50.  
 Reichsverfassung und Familienrecht 1 ff.  
 Reichswehrangehörige: Eheschließung 21.  
 — Vormundschaft 88.  
 Relative Scheidungsgründe 28ff.  
 — Unwirksamkeit 53.  
 Religiöse Kindererziehung 3, 70, 88.  
 Religionsdiener 8 A. 1, 87.  
 Rentenbankgrundschuld 50.  
 Repräsentationsrecht 63.  
 Restkaufgeldhypothek 61.  
 Revokatorische Klage der Frau 56, 61.  
 Rücktritt vom Verlöbniß 11.  
 — von der Adoption 82.  
 Rückwirkung der Ehevernichtung 16.  
 Ruhen der elterlichen Gewalt 73.
- Sammelvermögen, Pflegschaft für ein** 92.  
 Scheidung der Ehe 26ff.  
 Scheidungserleichternde Verträge 33.  
 Scheidungsgründe 28ff.  
 Scheidungswirkungen 34ff.  
 Schein und Scherz 21.  
 Schenkungen bei Verlöbniß 12.  
 — bei Ehescheidung 35.  
 —, Ablehnung von 49.  
 — aus dem Gesamtgut 61.  
 — bei Ausstattung 69.  
 — aus Kindervermögen 71.  
 — aus Mündelgut 89.
- Separatio quoad thorum et mensam 26, 36.  
 Schlüsselgewalt 39ff., 54.  
 Schupobeamte 21 A. 1.  
 Schutzaufsicht 74, 88.  
 Schwägerschaft 6.  
 — als Ehehindernis 19.  
 — illegitime 21.  
 Schweigevertrag 77.  
 Sicherheitsleistung 51, 87f.  
 Sicherungshypothek für das Mündel 88, 90.  
 Simulation bei Verlöbniß 12.  
 — bei Eheschließung 21.  
 Sittlichkeitsdelikte 28.  
 Sondergut bei Gütergemeinschaft 60, 64.  
 Sorge für die Person 35, 70, 74, 76.  
 — für das Vermögen 71f., 79.  
 Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten 37, 69.  
 Sozialgesetze, Stellung des unehelichen Kindes in den S. 76 A. 1.  
 Sozialversicherung 60.  
 Standesbeamter 13ff.  
 Stellvertretung b. Verlöbniß 11.  
 — bei Eheschließung 14.  
 —, Schlüsselgewalt als St. 39.  
 — bei Adoption 82.  
 Sühneversuch 28.  
 Surrogation 45, 48, 71.
- Tatsächlichkeitstheorie** 9 A. 2.  
 Täuschung, arglistige 22.  
 Tierschaden 55.  
 Todeserklärung, Wiederverheiratung nach 24.  
 —, Wirkung auf Güterrecht 58, 63, 65.  
 — des Vormundes 91.  
 Trennung s. Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.
- Überleitungsvorschriften im Güterrecht** 42.  
 Übermaßfrüchte 49, 55.  
 Umsatzsteuer 50.  
 Uneheliche Kinder 75ff.  
 Unfähigkeit zur Vormundschaft 86.  
 Universalsukzession 44, 60.  
 Unmöglichkeit, offenbare, der Vaterschaft 66, 77, 80.  
 Untauglichkeit zur Vormundschaft 86.  
 Unterhalt und ehelicher Aufwand 50.  
 Unterhaltspflicht der Verwandten 6, 83.  
 — des Ehegatten 39, 50.  
 — des geschiedenen Ehegatten 34.  
 — des unehelichen Vaters 6, 77.  
 — der Wahlältern 82.
- Untersuchung, ärztliche 13 A. 1.  
 Unzumutbarkeit 12, 30.
- Vater, elterliche Gewalt 69ff.  
 Vaterschaftsvermutung 66, 79.  
 Verhelichungszeugnis 21 A. 1.  
 Verfügungen des Mannes über eingebrachtes Gut 47ff.  
 — der Frau 51ff.  
 — über Gesamtgut 60ff.  
 — über Kindesvermögen 71ff.  
 Verkehrsrecht 24, 36, 79.  
 Verlöbniß 9ff.  
 Vermögensverwaltung des Ehemanns 46ff.  
 — des Vaters 71ff.  
 — des Vormunds 88.  
 Vermutung für Auflösung der Ehe 24; s. Eigentumsvermutungen.  
 Vernichtbarkeit der Ehe 15ff.  
 Verpflichtungsgeschäfte des Mannes 48, 61.  
 — der Frau 51ff., 61.  
 Verpfändungsvertrag 61.  
 Verschuldungsprinzip bei Ehescheidung 27ff.  
 Versicherungsbeiträge 50.  
 Vertragsfreiheit 2, 41.  
 Verteidigung der Frau 50.  
 Verwandtschaft 4ff.  
 — als Ehehindernis 19.  
 Vertreter, gesetzlicher, bei Eheschließung 13, 15f.  
 — bei Ehevertrag 41.  
 — bei Adoption 81.  
 Vertretungsrecht des Vaters 70.  
 Verwaltungsgemeinschaft 41, 45.  
 — bei Gesamtgut 62.  
 Verwaltungsrecht des Mannes am eingebrachten Gute 45ff.  
 — am Gesamtgut 59.  
 Verwaltungsvertrag bei Gütertrennung 59.  
 Verwirkung der elterlichen Gewalt 21, 73.  
 Verzeihung 32.  
 Verzicht auf Scheidungsrecht 32.  
 — auf Unterhalt 7.  
 — auf Nutznießung 72.  
 Vindicato liberorum 70.  
 Vollgewalt der Mutter 74.  
 Volljährige, Vormundschaft über 91.  
 Vollschild 54ff.  
 Vorbehaltsgut im gesetzlichen Güterstand 44ff.  
 — in der allgemeinen Gütergemeinschaft 59ff.  
 — in der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft 64.  
 Vormund als Vertreter bei Eheschließung 20.

Vormund bei ehelichen Kindern 71ff.	Wesentliche Eigenschaften, Irrtum über 22f.	Zerrüttung der Ehe 30.
— bei Unehelichen 76.	Widerruf 51.	Zeugnisverweigerungsrecht 11, 28.
—, Rechtsstellung des 82ff.	Wiederholung der Eheschließung 19.	Zivilehe, obligatorische, fakultative 8.
Vormundschaft 87ff.	Wiederverheiratung nach Todeserklärung 24ff.	Zuchtmittel 70.
—, vorläufige 92.	— des Vaters 73.	Züchtigungsrecht Dritter 70 A. I.
Vormundschaftsgericht 6, 15, 70ff., 87ff.	— der Mutter 75.	Zuständigkeit des Standesbeamten 12.
Wahlkindschaft s. Adoption.	Wildschaden 55.	Zwangsanleihe 50.
Warenlager 44.	Willensmängel bei Eheschließung 21ff.	Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut 54ff.
Wartezeit 21.	Wohnung bei Ehescheidung 35.	— ins Gesamtgut 62, 65.
Wechsel 48.		
Wertersatz 49.		