

Familienrecht heute im Paket

Jochen Duderstadt



**Scheidung und
Scheidungsfolgen**



Kindschaftsrecht



Unterhaltsrecht



Vermögensrecht

Familienrecht heute

Jochen Duderstadt

Scheidung und Scheidungsfolgen



Familienrecht heute

Scheidung und Scheidungsfolgen

Von

Jochen Duderstadt

Fachanwalt für Familienrecht, Notar a. D.,
Göttingen

ERICH SCHMIDT VERLAG

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
ESV.info/978-3-503-18286-2

Gedrucktes Werk: ISBN 978-3-503-18277-0
eBook: ISBN 978-3-503-18286-2

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019
www.ESV.info

Ergeben sich zwischen der Version dieses eBooks
und dem gedruckten Werk Abweichungen,
ist der Inhalt des gedruckten Werkes verbindlich.

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Vorwort

Das gesamte materielle Familienrecht aus einem Guss – dieses Ziel habe ich in vier Büchern zu verwirklichen versucht.

Im vorliegenden Titel geht es um die Scheidung selbst, also die sog. Hauptsache, alsdann um Scheidungsfolgenvergleiche sowie die in den anderen drei Büchern nicht erörterten Folgesachen, nämlich Haushaltsteilung und Schicksal der Ehewohnung. Das Schlusskapitel behandelt die diesbezüglichen Rechtsfolgen nach dem Scheitern einer Nichteheichen Lebensgemeinschaft.

Grundlage ist eine jahrzehntelange Praxis als Scheidungsanwalt, als Notar und als Dozent an verschiedenen Fortbildungsinstituten. Die ständige Lektüre der Fachzeitschriften, etlicher Monographien, Kommentare, Lehrbücher und anderer Publikationen bildete die dritte Erkenntnisquelle.

Das Buch wurde verfasst von einem Anwalt für Anwälte, aber natürlich auch für andere Juristen, die sich – und wenn auch nur am Rande – mit dem Familienrecht befassen wollen oder müssen. Und selbstverständlich können sich auch unmittelbar betroffene Laien dieses Bandes bedienen, denn er wurde in einer zwar korrekten, aber doch verständlichen Sprache geschrieben. Er dient dazu, dass man darin nachschlägt, wenn man bei der Lösung eines Falles an die Grenzen seines präsenten Wissens gerät.

Die zahlreichen Fußnoten verweisen ganz bewusst vorrangig auf Gerichtsentscheidungen und erst in zweiter Linie auf Abhandlungen in Fachzeitschriften sowie auf Monographien und Kommentare. Denn bei der Lösung eines Falles kommt es in erster Linie auf das an, was die Obergerichte und der BGH entschieden haben.

Die bis Juli 2018 veröffentlichte Rechtsprechung ist eingearbeitet.

In den Berechnungsbeispielen dieses Leitfadens sind die aktuellen unterhaltsrechtlichen Selbstbehalte, die in 2018 gültige Düsseldorfer Tabelle und die aktuellen Leitlinien zugrunde gelegt worden, soweit auf nichts anderes hingewiesen wird.

Göttingen, im Juli 2018

Inhaltsverzeichnis

1	Scheidung	15
1.1	Geschichte des Scheidungsrechts	15
1.1.1	Eheverständnis im Wandel der Zeiten	15
1.1.2	Vom Scheidungsverbot zum Scheidungsrecht	18
1.1.2.1	Vorchristliche Zeit	18
1.1.2.2	Christliches Mittelalter	18
1.1.2.3	Reformation bis Säkularisierung	20
1.1.3	Kurze Geschichte der Scheidungsgründe	21
1.1.4	Der Bankrott des Schuldprinzips vor 1977	23
1.1.5	Zur Lage der Ehe in der Gegenwart	24
1.2	Das Scheitern der Ehe als einziger Scheidungsgrund	28
1.3	Die sofortige Scheidung wegen unzumutbarer Härte	30
1.3.1	Voraussetzungen	30
1.3.2	Wenn keine Härte: Trennungsjahr abwarten?	34
1.4	Die einverständliche Scheidung	34
1.4.1	Heimtrennung	34
1.4.2	Kurzzeitige Versöhnungsversuche	35
1.4.3	Förderung einer Einigung über die notwendigen Folgesachen	36
1.4.4	Die Folgesachen	37
1.5	Die streitige Scheidung	39
1.5.1	Die Feststellung des Scheiterns der Ehe	39
1.5.2	Der verfrühte Scheidungsantrag	41
1.5.3	Abtrennung von Folgesachen	45
1.6	Die Scheidung nach dreijähriger Trennung	47
1.7	Die Härteklauseln	48
1.7.1	Die Kinderschutzklausel	48
1.7.2	Die Ehegatten-Härteklause	50
1.8	Eheaufhebung	51
1.9	Demenz und Tod	55
1.10	Rechtskraft und Rechtsmittel	56
1.11	Zuständigkeitsfragen	57
2	Eheverträge und Scheidungsfolgenvergleiche	59
2.1	Inhaltskontrolle	59
2.1.1	Unterhaltsverträge	59
2.1.1.1	Verzicht auf Kindesunterhalt	59
2.1.1.2	Verzicht auf Trennungsunterhalt	60
2.1.1.3	Verzicht und Verpflichtung zulasten der Sozialverwaltung	60
2.1.1.4	Sittenwidrige Ausnutzung sozialer oder wirtschaftlicher Unterlegenheit	61
2.1.1.5	Sittenwidrigkeit von Leistungsversprechen	63
2.1.1.6	Spezialproblem: Sittenwidrigkeit beim Betreuungsunterhalt (Kernbereichslehre)	64
2.1.1.7	Prozessuales	68

2.1.2	Versorgungsausgleich	69
2.1.2.1	Vereinbarungen über die Ausgestaltung des VA	69
2.1.2.2	Vereinbarungen über den Ausschluss	70
2.1.3	Zugewinnausgleich	72
2.1.3.1	Grundsatz	72
2.1.3.2	Güterstandsschaukel	72
2.1.3.3	Paketlösungen	74
2.2	Globalverzicht	75
2.2.1	Voraussetzungen des wirksamen Globalverzichts	75
2.2.2	Teilnichtigkeit?	76
2.2.3	Sonstige Verträge	77
2.3	Ausübungskontrolle	78
2.3.1	Unterhalt	78
2.3.2	Versorgungsausgleich	80
2.3.3	Zugewinnausgleich	81
2.4	Epilog: Ehelicher Sex gegen Befriedigung kulturellen Sonderbedarfs ...	81
3	Die Ehwohnung	85
3.1	Die Mietwohnung nach der Trennung	86
3.1.1	Regelfall: Der Trennungswillige zieht aus	86
3.1.2	Ausnahme: Wohnungszuweisung an den Trennungswilligen ...	87
3.1.3	Rechtsstellung der Ehepartner in Bezug auf die gemietete Ehwohnung	89
3.1.3.1	Aufgabe des Mitbesitzes	89
3.1.3.2	Kündigung	90
3.2	Die Mietwohnung nach der Scheidung	92
3.3	Wohneigentum nach der Trennung	93
3.3.1	Nutzungszuweisung an Alleineigentümer	94
3.3.2	Zuweisung an Miteigentümer	95
3.4	Wohneigentum nach der Scheidung	96
3.4.1	Die Reform zum 1.9.2009	96
3.4.2	Nutzungszuweisung an Eigentümer	97
3.4.3	Nutzungszuweisung an Nichteigentümer	98
3.4.4	Nutzungszuweisung an Miteigentümer oder Teilung	99
3.4.5	Zuweisung bei konkurrierenden Rechten der Ehepartner	100
3.5	Zahlungsansprüche des weichenden Partners	100
3.5.1	Gesamtschuldnerausgleich bezüglich der Miete	100
3.5.2	Nutzungsvergütungsanspruch bei Mietwohnungen	101
3.5.3	Vergütungsanspruch des fortgezogenen Partners bei Wohneigentum nach Trennung	102
3.5.3.1	Anspruchsgrundlage bei Härtefällen	102
3.5.3.2	Anspruchsgrundlage bei Nichthärtefällen	103
3.5.3.3	Anspruchshöhe: Freiwillig gewichen der hinausgesetzt?	106
3.5.3.4	Vergütungsrechtliche oder unterhaltsrechtliche Lösung?	107
3.5.4	Miete oder Nutzungsvergütung zugunsten des weichenden Eigentümers nach Scheidung	108

3.6	Aufhebung gemeinsamen Eigentums	109
3.6.1	Verfügungsbeschränkungen vor der Scheidung	109
3.6.2	Verkauf innerhalb der Gemeinschaft	110
3.6.3	Aufteilung des Hauses in Eigentumswohnungen	111
3.6.4	Verkauf an einen Dritten (freihändiger Verkauf)	111
3.6.5	Aufhebungsversteigerung	113
3.6.5.1	Allgemeines	113
3.6.5.2	Versteigerungshindernisse	114
3.6.5.2.1	Vollstreckungsgegenklage wegen § 1365 BGB	115
3.6.5.2.2	Vorübergehende Einstellung	116
3.6.5.2.3	Vollstreckungsschutz	117
3.6.5.3	Das geringste Gebot	118
3.6.5.4	Das Problem der bestehenbleibenden Rechte	120
3.6.5.5	Das Mindestgebot	123
3.6.5.6	Zuschlag, Verteilungstermin und Schicksal des Erlöses	124
4	Hausratsteilung („Haushaltsteilung“)	126
4.1	Die Reform der Hausratsteilung	126
4.1.1	Gesetzliche Neufassung und Konsequenzen	126
4.1.2	Tod der Surrogationsregel	127
4.2	Was ist Hausrat?	127
4.2.1	Die Rolle des Erwerbszeitpunkts	127
4.2.1.1	Voreheliche Anschaffungen	127
4.2.1.2	Anschaffungen nach der Trennung	128
4.2.2	Abgrenzung zum Zugewinn	129
4.2.3	Abgrenzung zu persönlichen und berufsbezogenen Gegenständen	130
4.2.4	Sonderproblem Fahrzeuge	131
4.2.5	Sonderproblem Tiere	132
4.3	Auskunft	133
4.4	Die Verteilung des gemeinsamen Hausrats	134
4.4.1	Die Verteilungsregel und ihr Anwendungsbereich	134
4.4.2	Geschenke	135
4.4.3	Ausgleichszahlung	136
4.4.4	Rückschaffung	138
4.4.5	Schadensersatz	138
4.5	Vorläufige Zuweisung von Alleineigentum an Hausratsgegenständen ..	139
4.6	Haftung für hausratsbezogene Schulden	140
4.6.1	Innenverhältnis	140
4.6.2	Außenverhältnis	141
4.7	Verjährung und Verwirkung	141
4.8	Verfahren	142
4.8.1	Verfahrensgrundsätze	142
4.8.2	Die vorläufige Hausratsteilung für die Dauer der Trennung	145
4.8.3	Die endgültige Hausratsteilung	146

5	Befangenheit	147
5.1	Ablehnungsvoraussetzungen	147
5.1.1	Befangene Personengruppen	147
5.1.2	Zögerliche Bearbeitung	147
5.1.3	Sonstige Ablehnungsvoraussetzungen	149
5.2	Befangenheit von Sachverständigen	151
5.2.1	Befangenheit bejaht	151
5.2.2	Befangenheit verneint	151
5.3	Verfahren bei Befangenheit	152
5.3.1	Befangenheitsgrund in der Verhandlung	152
5.3.2	Verlust des Ablehnungsrechts	152
5.4	Zuständigkeit bei Befangenheitsanträgen	152
5.4.1	Amtsgericht	152
5.4.2	Landgericht	153
5.4.3	Oberlandesgericht	154
5.4.4	Rechtsbehelfe	154
5.5	Die Alternativen: Beschleunigungsrüge und Entschädigungsrechtsschutz	154
6	Anhang: Trennungsfolgen in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	156
6.1	Rechtsverhältnisse bei und nach Auflösung der NELE	156
6.1.1	Wohnung und Miete	156
6.1.1.1	Vermieter gegen Mieter und Partner	156
6.1.1.2	Vermieter gegen zwei Mieter	157
6.1.1.3	Mieter gegen Partner(in)	158
6.1.1.4	Mieter(in) gegen Mieter(in)	159
6.1.1.5	Exkurs: Eigentümer gegen Partner	162
6.1.2	Hausrat	163
6.1.2.1	Alleineigentum	163
6.1.2.2	Miteigentum	164
6.1.2.3	Lösungsinstrumente	165
6.1.2.4	Haustiere	166
6.1.3	Exkurs: Tod eines Partners	166
6.1.3.1	Erbrecht	166
6.1.3.2	Gesetzliche Erbfolge	167
6.1.3.3	Testament und Erbvertrag	167
6.1.3.4	Eintritt des Überlebenden in den Mietvertrag	170
6.2	Schadensverhütung durch Vorsorge	171
6.3	Die eingetragene Lebenspartnerschaft und die Ehe für Alle	173
6.3.1	Das Lebenspartnerschaftsgesetz	173
6.3.2	Überführung in die Ehe	173
6.4	Was nicht machbar ist	174
6.4.1	Der Ehe vorbehaltene Rechte	174
6.4.2	Vertragliches Treueversprechen	175
6.5	Was gemacht werden sollte	178
6.6	Nachbemerkung	179
	Literaturverzeichnis	181
	Stichwortverzeichnis	183

Abkürzungen

Kürzel	Langfassung
a. A.	anderer Ansicht
AG	Amtsgericht
Anm.	Urteilsanmerkung
ARB	Allgemeine Bedingungen in der Rechtsschutzversicherung
AS	Altersstufe bzw. Alleinsorge
BaföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BEGG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BezG	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bh	Beratungshilfe
BKB	Bedarfskontrollbetrag
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DAVorm	Der Amtsvormund (Zeitschrift)
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag
DT	Düsseldorfer Tabelle
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
ehel.	eheliche
ETW	Eigentumswohnung
EM-Rente	Erwerbsminderungsrente
ErbStG	Schenkungs- und Erbschaftssteuergesetz
EuGHMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EUVM	Ehegattenunterhaltsverteilungsmasse
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamG	Familiengericht
FamRB	Familienrechtsberater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende
FGB	Familiengesetzbuch der DDR
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FF	Forum Familienrecht (Zeitschrift)
Fn	Fußnote
FSJ	Freiwilliges Soziales Jahr

Abkürzungen

ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GewSchG	Gewaltschutzgesetz
FUR	Familie Partnerschaft Recht (Zeitschrift)
h. M.	herrschende Meinung
HUÜ	Haager Unterhaltsübereinkommen
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Einzelnen
i. e. S.	im engeren Sinne
i.	Ü. im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
JGG	Jugendgerichtsgesetz
KoKa	Korrespondierender Kapitalwert
KindUG	Kindesunterhaltsgesetz
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VII)
KoKa	Korrespondierender Kapitalwert
krit.	kritisch(er)
KV	Krankenversicherung
lit.	Buchstabe
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz (für homosexuelle Paare)
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
mj.	minderjährig(e)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NÄG	Namensänderungsgesetz
NELE	Nichteheliche Lebensgemeinschaft
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Rechtsprechungs-Report Zivilrecht der NJW
n. v.	nicht veröffentlicht
OLG	Oberlandesgericht
Pkh	Prozesskostenhilfe
PKV	Prozesskostenvorschuss
PV	Privilegierter Volljähriger (§ 1603 II 2 BGB)
Pr. AGZVG	Preußisches Ausführungsgesetz zum ZVG
Rnr.	Randnummer
RPflG	Rechtspflegergesetz

Rspr.	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite (am Anfang von Fußnoten auch <i>siehe</i>)
SB	Selbstbehalt
SGB	Sozialgesetzbuch (die einzelnen Bücher sind mit römischen Zahlen gekennzeichnet)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
SüdL	Süddeutsche Leitlinien
TS	Trennungssorgerecht
TU	Trennungsunterhalt
URNE	unterhaltsrelevantes Nettoeinkommen
UVG	Unterhaltsvorschussgesetz
VA	Versorgungsausgleich
VAG	Versorgungsausgleichsgesetz
Verf.	Verfasser
VG	Verwaltungsgericht
VK	Volljähriges Kind
vs.	<i>versus</i> (= gegen)
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZV	Zwangsvollstreckung/Zwangsversteigerung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

Nicht näher gekennzeichnete Paragraphen sind solche des BGB.

Die Schreibweise der Gesetzesbestimmungen (außer in Zitaten) soll an folgenden Beispielen erläutert werden:

- § 1613 II 2 Paragraph 1613 Absatz 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs
- § 1612a I 2. Paragraph 1612a Absatz 1 Ziffer 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs
- § 1579 Ziff. 7 Paragraph 1579 Ziffer 7 des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Ziffern erhalten – s. o. – einen Punkt, wenn sie auf das Absatzzeichen folgen, sonst nicht. „Nr.“ in Paragraphen (nicht in Anlagen!) ist durchgängig ersetzt durch „Ziff.“.

Zitate sind kursiv gedruckt und mit Anführungszeichen versehen. Gesetzeszitate sind lediglich kursiv gedruckt.

1 Scheidung

Dieses Kapitel ist der sog. Hauptsache gewidmet, also der Scheidung selbst ohne die Folgesachen.

1.1 Geschichte des Scheidungsrechts

Merkwürdig, aber wahr: Wie es früher den scheidungswilligen oder -unwilligen Eheleuten erging, erfährt man in der Ratgeberliteratur gar nicht und in der Fachliteratur erst nach langem Suchen.

Wie will man sein Schicksal richtig einordnen, wenn man nicht einmal ansatzweise erfährt, wo die heutige Rechtslage auf der großen Skala zwischen dem absoluten Scheidungsverbot und der formlosen Verstoßungsscheidung anzusiedeln ist? Also sehen wir uns einmal an, wie man früher verfuhr, wenn zumindest einer von beiden Partnern die Ehe nicht mehr fortsetzen wollte.

1.1.1 Eheverständnis im Wandel der Zeiten

Wer über Scheidung sprechen will, muss zuerst über die Ehe und die Familie sprechen.¹ Das Thema ist komplex und kann naturgemäß auf wenigen Seiten nur unter Inkaufnahme einer gewissen Vergröberung dargestellt werden.

Was das Verhältnis zur Ehe anlangt, lassen sich in der deutschen Geschichte vier Hauptströmungen und Entwicklungslinien erkennen, die sich freilich nicht nach Art des Staffellaufs ablösen, sondern sich zum Teil noch heute untereinander verschränken oder beflechten:

1) Schon unsere rauflustigen Vorfahren, die Germanen, hatten die auf Lebenszeit angelegte Ein-Ehe, allerdings eingebunden in die Großfamilie. Meist war die Ehe das Ergebnis eines Vertrages zwischen den Oberhäuptern zweier Familienverbände. Die jungen Leute wurden, bevor sie in einen Kreis von Zeugen traten und einander Treue gelobten, aus politischen und wirtschaftlichen Gründen miteinander verkuppelt.

In vorchristlicher Zeit war also die Ehe ein integraler Bestandteil des Großfamilienverbandes, intern gesehen ein Treue- und Gefolgschaftsverhältnis, wobei die Frauen in den verschiedenen Lebensbereichen (Ackerbau, Jagd, Krieg) annähernd gleichberechtigt waren, was dem häuslichen Matriarchat keinen Abbruch tat. Ein religiöser Überbau ist nicht erkennbar.

2) Vom Beginn der Christianisierung Germaniens im Frühmittelalter bis zur beginnenden Neuzeit bildete sich die katholische Ehelehre heraus. Vor der Jahrtausendwende waren private Trauungen üblich (wie bei den Vorvätern), allerdings mehr und

¹ Zum Wandel des Familienverständnisses s. z.B. Abh. *Wagenitz/Barth* in FamRZ 1996, 577 ff.

mehr mit anschließendem Kirchgang und priesterlichem Segen. Die Eheschließung selbst blieb aber – auch bei Beachtung des kirchlichen Scheidungsverbots – Privatsache. Erst im 12. Jahrhundert wurden Ehen durch Geistliche geschlossen. Die Verstärkung kirchlichen Einflusses fand schließlich im Tridentiner Konzil (1545–1563) ihren vorläufigen Höhepunkt: Danach ist die Ehe ein Sakrament, eine göttliche Stiftung, **einpaarig, verschiedengeschlechtlich und unauflöslich**. Das gilt übrigens noch heute.²

Primärer Zweck ist die Erzeugung und Erziehung von Kindern. In zweiter Linie tritt die wechselseitige Unterstützung hinzu.

3) Nach protestantischem Eheverständnis ist die Ehe kein Sakrament, hat aber, folgt man Luther, eine Doppelnatur: Einerseits ist sie Gottes Schöpfungsordnung unterworfen³, andererseits ist sie „*ein äußerlich weltlich Ding ... weltlicher Oberkeit unterworfen ...*“⁴ Mit der soeben zitierten Wertung ging bei Luther eine radikale Absage an das kanonische Recht einher.

Die Ehe ist also auch hier ein sozusagen doppelt „von oben“ gestifteter Zustand (Status), kein Vertrag. Allerdings, wir werden es noch sehen, kann dieser Status aufgelöst werden.

4) In der Epoche der Aufklärung und des aufgeklärten Absolutismus (2. Hälfte des 18. Jahrhunderts) wurde die Säkularisierung (Verweltlichung) des Eherechts von zwei Seiten her in Gang gebracht, einmal durch die Unterwerfung des Eherechts unter die staatliche Gesetzgebung und parallel dazu durch die Entwicklung der Ehe vom Status zu einem Vertrag, auf dessen Ausgestaltung die Vertragschließenden mehr und mehr Einfluss gewinnen sollten. Diese Entwicklung beschränkt sich keineswegs auf das deutsche Familienrecht.⁵

Die Ehe wurde also als das begriffen, als was sie heute mit großer Selbstverständlichkeit angesehen wird, nämlich als unter Umständen aufkündbarer Vertrag zwischen zwei verschiedengeschlechtlichen Menschen, die auf Lebenszeit zusammenleben wollen, meist miteinander Kinder haben und immer einander Beistand leisten wollen.

Wir sehen also drei miteinander verquickte Entwicklungslinien:

- Vom Status zum Kontrakt.
- Vom kirchlichen zum weltlichen Recht.
- Von der Unauflöslichkeit zum Scheidungsrecht.

Die Säkularisierung des Eherechts fand nach langem Streit („**Kulturkampf**“) ihren vorläufigen Abschluss in der Einführung der obligatorischen Zivilehe (Pflicht-Zivilehe) im Deutschen Reich (Personenstandsgesetz vom 6.2.1875): Gültig war fortan nur

² S. Abh. *Hierold* in FamRZ 2011, 6, 8. Daraus folgt: Das Eherecht der katholischen Kirche ist eine eigenständige Rechtsordnung neben der des Staates. Beide Rechtssphären sind getrennt und beeinflussen einander wenig. Römische Sharia?

³ Oder – so *Calvin*, zitiert in der Abh. von *Heinig*, FamRZ 2010, 77, 83 – „*eine gute und heilige Ordnung Gottes.*“

⁴ S. *Lück*, Zu den Anfängen des evangelischen Eherechts in Wittenberg, FamRZ 1999, 1549.

⁵ Zur Entwicklung im jüdischen Familienrecht unter Betonung der Schutzfunktion des Statusgedankens s. etwa *Falk*, FamRZ 1995, 1251.

noch die vor einem Standesbeamten geschlossene Ehe; kirchlich wurden die Brautleute *danach* getraut.⁶ Doch der kirchliche Einfluss wirkte auf mannigfache Weise, insbesondere im Scheidungsrecht, fort.

Zum 1.1.2009 fiel allerdings – kaum bemerkt von der Öffentlichkeit – das in **§§ 67, 67a Personenstandsgesetz** verankerte Verbot, eine kirchliche Trauung vor der standesamtlichen vorzunehmen, weg. Die katholische Kirche nahm dies erwartungsgemäß zum Anlass, rein kirchliche Trauungen durchzuführen und dabei in Kauf zu nehmen, dass gar keine standesamtliche Eheschließung folgte.⁷ Es gibt also seither kirchlich getraute Paare, die rechtlich nur eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bilden.

Die evangelische Kirche hielt dagegen gemäß ihrem Eheverständnis daran fest, dass es keine rein kirchlich geschlossenen Ehen geben soll, was sich naturgemäß nur dadurch sicherstellen lässt, dass man die standesamtliche Eheschließung vorausgehen lässt.⁸

Schon zuvor hatte der deutsche Gesetzgeber nach dem Scheidungsrecht auch das Eheschließungsrecht entrümpelt, und zwar durch das neben dem Kindschaftsreformgesetz am **1. Juli 1998** in Kraft getretene **Eheschließungsrechtsgesetz**.

Rechtstechnisch besteht die Änderung darin, dass das ohnehin längst ausgehöhlte Ehegesetz wieder in das BGB integriert worden ist (§§ 1310 ff. BGB).

Die materiellrechtlichen Änderungen sind im Wesentlichen die folgenden:

Das **Aufgebot**, das in den letzten Jahrzehnten keine andere Funktion mehr als die hatte, der Werbewirtschaft Gelegenheit zu geben, die Brautleute mit Prospekten zu überschwemmen, ist endlich abgeschafft und durch eine Anmeldung der Eheschließung ersetzt worden, die keinen öffentlichen Aushang mehr vorsieht.

Die Eheverbote wurden reduziert: Man darf seither seine Schwägerin oder die Tochter seiner geschiedenen Frau aus erster Ehe heiraten, wenn sie Lust dazu hat und wenn man das für geschmackvoll hält. Oder die Schwiegermutter, wenn man selbst Lust dazu hat (in den vorgenannten Fällen gab es schon eine großzügige Befreiungspraxis).

Was bleibt, sind die Verbote der Doppel- und der Verwandtenehe.

Der üblich gewordene Rechtsmissbrauch in Gestalt von „Scheinehen“ (genauer: Aufenthaltsehen) durch Ausländer, die lediglich ihren aufenthaltsrechtlichen Status verbessern wollen, ohne den Willen zur Lebensgemeinschaft zu hegen, ist jetzt förmlicher Eheaufhebungsgrund (§§ 1314 II 5., 1315 I 5.⁹). Mehr noch: Im Vorfeld muss der Standesbeamte nach § 1310 I 2, 2. Hs. BGB seine Mitwirkung verweigern, wenn offenkundig ist, dass die Ehe aufhebbar wäre. Hier kommen auch keine sog. Zweifelsvor-

⁶ Deshalb konnte auch ein Kenianer, der in Deutschland nur nach katholischem Ritus eine Landsmännin geheiratet hatte, seinen ausländerrechtlichen Status nicht verbessern (Aufenthaltserlaubnis oder Duldung), s. OVG Berlin-Brandenburg FamRZ 2014, 1954.

⁷ Abh. Schwab in FamRZ 2008, 1121.

⁸ I. E.: Abh. Heinig in FamRZ 2010, 77, 84.

⁹ Wenn die Parteien nach der Hochzeit als Eheleute miteinander gelebt haben, scheidet eine Eheaufhebung nach § 1314 II 5. BGB aus, so zutreffend OLG Celle FamRZ 2004, 949.

lagen nach § 45 II Personenstandsgesetz in Betracht, denn was offenkundig ist, ist dem Zweifel enthoben.¹⁰

Weiterhin fiel die Wartezeit zwischen Scheidung und Wiederheirat (10 Monate) weg; allerdings ist auch vorher schon fast immer Befreiung erteilt worden.

Und schließlich wurden die fehlerhaften Ehen in ihren Rechtsfolgen vereinheitlicht: Aufhebbarkeit und Vernichtbarkeit werden verschmolzen, d. h. an die Stelle der uralten Unterscheidung zwischen rückwirkender Nichtigkeit und Aufhebung für die Zukunft tritt die **einheitliche Aufhebung ohne Rückwirkung**. Die Rechtsfolgen wurden denen der Scheidung vollends angeglichen.¹¹

Die Rechtsentwicklung schreitet weiter fort. Erwähnenswert sind hier vor allem das Verbot der Kinderehen (s. die Erörterung des *Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen* unter **1.8**), die „Ehe für alle“ (s. **6.3**) und, daran anknüpfend, das Unionsrecht. Jüngstes Beispiel: Der EuGH¹² stellte durch Urteil vom 5.6.2018 fest, dass der (US-amerikanische) Ehemann eines rumänischen Staatsangehörigen in Rumänien ein Aufenthaltsrecht genießt, obwohl nach rumänischem Recht Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts verboten sind.

1.1.2 Vom Scheidungsverbot zum Scheidungsrecht

Lassen wir nun nach dieser kurzen Zusammenfassung unseren Blick über die Geschichte des Scheidungsrechts schweifen.

1.1.2.1 Vorchristliche Zeit

Über das Scheidungsrecht der Germanen ist nichts Zuverlässiges überliefert. Es spricht aber nichts dafür, dass Scheidungen überhaupt erlaubt waren. Meist, das sollte man nicht übersehen, erledigte sich das Problem von selbst. Ehebrecherinnen wurden in den Sümpfen ertränkt und ungeliebte Ehemänner starben nicht selten den Heldentod in einer der zahllosen Stammesfehden. Wo nicht, hatte der Tod schon aufgrund der allgemein geringen Lebenserwartung gute Chancen, der Partnerschaftskrise zuvorzukommen. Hinzu trat das Fehlen von akzeptablen Alternativen zur Fortführung der Ehe. Es war wie in dem alten Paradies-Witz: „*Adam, liebst du mich?*“ „*Ja wen denn sonst!?*“

1.1.2.2 Christliches Mittelalter

Im Frühmittelalter brach das Christentum über die Germanen herein. Und mit ihm nach und nach das absolute, kirchlich verhängte Scheidungsverbot.

Die Kirche berief sich auf Lukas 16, Vers 18, Markus 10, Vers 11 und Paulus' Ersten Korintherbrief 7, Vers 8. Da das Scheidungsverbot in einigen katholisch geprägten Ländern (allerdings nur noch im Vatikanstaat, auf Malta, in Andorra, der Dominika-

¹⁰ OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 225.

¹¹ Eine empfehlenswerte Einführung bietet die Abhandlung von *Hepting* in FamRZ 1998, 713.

¹² EuGH FamRZ 2018, 1063.

nischen Republik und auf den Philippinen¹³) heute noch gilt bzw. bis vor einigen Jahrzehnten noch galt (z. B. Italien, Spanien und Irland), was mittlerweile als Verstoß gegen den deutschen *ordre public* angesehen wird¹⁴, wollen wir etwas näher auf diese Stellen eingehen.

Bei Markus und Lukas heißt es inhaltlich gleichlautend: „*Wer sich scheidet von seinem Weibe und freit eine andere, der bricht die Ehe an ihr.*“¹⁵

Im 1. Korintherbrief verfügt Paulus¹⁶: „*Den Verheirateten aber gebiete nicht ich, sondern der Herr, dass die Frau sich nicht von ihrem Mann scheiden soll – hat sie sich aber geschieden, soll sie ohne Ehe bleiben oder sich mit ihrem Mann versöhnen – und dass der Mann seine Frau nicht verstoßen soll.*“

Hier sehen wir nicht nur das vorbehaltlose Scheidungsverbot, sondern als Hilfslösung auch das Verbot der abermaligen Eheschließung für alle, die sich dem Verbot widersetzt haben. Beide Verbote leben in der katholischen Ehedoktrin bis heute fort. Die Protestanten berufen sich dagegen auf ein biblisches Scheidungsverbot unter Vorbehalt, niedergelegt im Matthäus-Evangelium¹⁷:

Die Pharisäer fragen Christus, ob Scheidung erlaubt sei. Der zitiert seinen Vater mit den Worten: „*Darum wird ein Mann Vater und Mutter verlassen und an seiner Frau hängen, und die zwei werden ein Fleisch sein*“, um dann selbst zu schlussfolgern: „*Was nun Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden.*“ Die Pharisäer stoßen noch einmal nach und berufen sich auf Moses, der seinen Leuten gebo-

¹³ So Anm. Henrich in FamRZ 2007, 113. Für Geschichtssphobiker: Die Philippinen wurden ab 1563 durch Spanien kolonisiert. Mit den Spaniern kam der Katholizismus. Noch heute sind von den ca. 130 Millionen Filipinos etwa 100 Millionen christlich. Nur auf Mindanao dominiert der Islam.

¹⁴ BGH FamRZ 2007, 109: Das syrische interreligiöse Kollisionsrecht enthält ein Scheidungsverbot, das gegen den *ordre public* verstößt, weil das Grundrecht auf Eheschließungsfreiheit auch das Scheidungsrecht gebietet. Denn sonst würden Eheleute an einer gescheiterten Ehe lebenslang festgehalten. Kein *ordre public*-Verstoß liegt vor, wenn das anzuwendende ausländische (hier: italienische) Recht eine dreijährige Trennungszeit vorsieht, die erst mit Einleitung eines förmlichen Trennungsverfahrens zu laufen beginnt (BGH FamRZ 2007, 113).

Umgekehrt bereitet die Anerkennung von Auslandsscheidungen i. d. R. keine Probleme, sofern die Scheidung von einem Gericht oder einer sonstigen staatlichen Stelle ausgesprochen worden ist. Privatscheidungen – und das sind auch solche nach religiösem Recht – werden dagegen nicht anerkannt; s. hierzu Abh. Elmiah/Thomas zur Anerkennung der Scheidung nach jüdischem (oder auch sonstigem religiösen bis hin zu drusischem) Recht in Israel, FamRZ 2018, 739, außerdem OLG München FamRZ 2018, 817 (mit im Ergebnis zustimmender Anm. von Mankowski auf S. 821) zur Nichtanerkennung einer syrischen Privatscheidung. Mit der Begründung tat sich das OLG München schwer: Es verwarf die analoge Anwendung der Rom III-VO und füllte die Regelungslücke durch Fortschreibung der zuvor gültigen Rechtslage.

¹⁵ Lutherbibel, Markus 10, Vers 11; inhaltlich gleichlautend: Lukas 16, Vers 18. Bibel in gerechter Sprache, Markus 10, Vers 11: „*Wer seine Frau ziehen lässt und heiratet eine andere, der begeht ihr gegenüber Ehebruch.*“

¹⁶ Lutherbibel, Einheitsübersetzung, 1. Korintherbrief, Kapitel 7, Vers 10 und 11.

¹⁷ Lutherbibel, Matthäus Kapitel 19, Vers 1–12 und – im Kern gleichlautend – Matthäus 5, 32.

ten habe, der Frau „einen Scheidebrief zu geben.“ Ach, winkt Jesus ab, das hat er doch nur „eures Herzens Härte wegen“ erlaubt, und dann kommt er richtig in Fahrt¹⁸: „*Ich aber sage euch: Wer sich von seiner Frau scheidet, es sei denn um der Hurerei willen, und freit eine andere, der bricht die Ehe.*“

In anderen Übersetzungen heißt es „Unzucht“ oder „Ehebruch“ statt „Hurerei“.¹⁹ Gemeint ist dasselbe. Das „*es sei denn*“ entstammt der Lutherbibel. Luther entnahm seiner korrekten Übersetzung aus dem griechischen Original (... *mā epi porneia*) das Ausnahmerecht zur Scheidung für den Fall, dass die Frau fremdgeht. Der katholische Klerus hat diese Stelle wohlweislich lange Zeit anders übersetzt, nämlich nicht im Sinne von „außer wegen Ehebruchs“, sondern im Sinne von „auch nicht nach Ehebruch“. Also: Selbst wenn die Frau fremdgeht, darf man sich nicht scheiden lassen und eine andere nehmen, sonst ist man auch nicht besser. Scheidung ist Ehebruch.

Der katholische Versuch, des Menschensohnes Haltung zur Scheidung in den diversen Texten sozusagen durch einen bewussten Übersetzungsfehler kompatibel zu machen, ist je nach Geschmack ärgerlich oder rührend, aber notwendig war er nicht, denn Christus' wirkliche Meinung war zweifellos die vorbehaltlose Version, wie sie sich im ältesten Evangelium (Markus, ca. 50 n. Chr.) niederschlägt. Das Matthäusevangelium ist gut 20 Jahre älter und legt beredtes Zeugnis ab von den internen Schwierigkeiten einer frühen christlichen Gemeinde in Syrien: Wenn das Fremdgehen dort nicht eine soziologische Tatsache gewesen wäre, hätte man es sich sparen können, Jesus den Unzuchtsvorbehalt beim Scheidungsverbot in den Mund zu legen. Dieser zeichnete sich nämlich gegenüber allen, die vor ihm waren und nach ihm kamen, durch besondere moralische Rigorosität aus, d. h. durch eine *Verschärfung* der Gebote auf allen Feldern der Moral.

1.1.2.3 Reformation bis Säkularisierung

Von der Reformationszeit, also vom frühen 16. Jahrhundert an, bis zur Säkularisierung im 19. Jahrhundert gab es eine doppelte Entwicklung:

1.

Die Lutheraner zeigten sich im Hinblick auf das eingeschränkte göttliche Scheidungsverbot recht abgeklärt. Aus der einzigen erlaubten Ausnahme wurde allmählich ein Ausnahmekatalog: Treubruch, dauerhaftes Verlassen, Lebensnachstellung, Grausamkeit und lebenslängliche Zuchthausstrafe des Partners. Die Entwicklung wies also vom Scheidungsverbot zur grundsätzlichen Scheidbarkeit der Ehe. Dogmatischer Hintergrund: Die Ehe ist „*weltlich ding*“ und ein „*göttlicher stand*“; letzterer aber ist verletzbar. Schließlich gehört zum Glaubens- auch das Sündenbekenntnis.

Und manche Sünden sind offenbar lässlich. Luther, der den männlichen Sexualtrieb zwar durch die Ehe kanalisieren, ihm im übrigen aber keine Hemmnisse auferlegen

¹⁸ Lutherbibel, Matthäus 19, 9.

¹⁹ Die zeitgenössische Variante, ein traumhaft schönes Amalgam aus *political correctness*, moralischem Zeigefinger und Emanzipation, bietet die *Bibel in gerechter Sprache*: „*Wer seine Frau gehen lässt, außer wegen unverantwortlicher sexueller Beziehungen, und eine andere heiratet, der bricht die Ehe.*“ Die Frau wird nicht verstoßen, sie wollte ohnehin gehen!

wollte, sah auch in der sexuellen Verweigerung der Frau einen Scheidungsgrund und eine Rechtfertigung für Ehebruch: *„Hier ist's Zeit, dass der Mann sage: Willst du nicht, so will eine andere, will Frau nicht, so kommt die Magd.“*²⁰

2.

Zur Zeit des Absolutismus (uneingeschränkte fürstliche bzw. königliche Macht zu Lasten des Adels, des Klerus⁷ und des aufkommenden Bürgertums) setzte sich die Auffassung durch, dass Ehe nicht oder nicht nur eine göttliche Stiftung ist, sondern zuallererst ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag, mit der Folge, dass der Staat anstelle der Kirche das Ehe- und Scheidungsrecht in die Hand nahm (Säkularisierung). Wohl- gemerkt: Das Recht und damit auch die Möglichkeiten der Ausgestaltung des Ver- trages schuf der Souverän, nicht der Bürger!

Die Phase zwischen dem rein kirchlich begründeten Eherecht und der Zivilehe war durch die Errichtung der staatlichen Herrschaft *über* die Kirche geprägt: Der Klerus hatte etwa die Eheschließung zeremoniell durchzuführen, wenn der Souverän das wünschte – auch gegen kirchliche Eheschließungsverbote. Am Ende standen das staatliche Scheidungsrecht auch in katholisch dominierten Gebieten und der bis heute fortdauernde Widerspruch zwischen dem weltlichen und dem kanonischen Recht.

1.1.3 Kurze Geschichte der Scheidungsgründe

Wir hatten im vorigen Kapitel schon die ersten Durchbrechungen des Scheidungs- verbots in den protestantisch (und im Gefolge der französischen Revolution von 1789 auch naturrechtlich) geprägten Rechtsordnungen kennengelernt. Die unter **1.1.2. 1)** erwähnten „happigen“ Scheidungsgründe stehen ja sämtlich unter der Ägide des **Schuldprinzips**. Im Klartext: Man konnte sich scheiden lassen, wenn der andere eine besonders schreckliche Verfehlung begangen hatte. Dies verdient festgehalten zu werden, weil das Schuldprinzip in der deutschen Rechtsentwicklung fortlebte und für die Nachkriegszeit noch einmal durch das Ehegesetz von 1946 festgeschrieben wurde. Es galt bis Mitte 1977.

Doch so klar und übersichtlich, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, verlief die Rechtsgeschichte nicht. Das **Zerrüttungsprinzip** feierte interessanterweise schon ab Mitte des 18. Jahrhunderts seine ersten Siege, d.h. schon damals wurde der Boden auch der (gegenüber der katholischen Lehre schon weit toleranteren) protestanti- schen Ehelehre verlassen.

So enthält erstmals das preußische Corpus Iuris Fridericianum von 1749 den Schei- dungsgrund der gegenseitigen Einwilligung.

Parallel dazu setzte eine Entwicklung ein, die das Schuldprinzip mehr und mehr auf- weichte, d.h. Scheidungsgründe vorsah, die nur noch ein geringes Verschulden des Partners voraussetzten. So enthält die Nürnberger Scheidungsordnung von 1803 den Scheidungsgrund der fahrlässigen Gefährdung z.B. von Ehre, Amt, Vermögen oder Gewerbe des Partners, wohlgemerkt: der *fahrlässigen*, nicht etwa vorsätzlichen, und der *Gefährdung*, nicht etwa der konkreten Schädigung.

²⁰ Zitiert bei *Lähteenmäki*, Sexus und Ehe bei Luther, Turku 1955 (vergriffen), S. 72, hier der jetzigen Orthografie angepasst.

Zur Entwicklung zwischen Einführung der obligatorischen Zivilehe und dem Ende des zweiten Weltkrieges sollen nur einige kurze Anmerkungen gemacht werden.

Was das Ehegesetz den Scheidungswilligen und -unwilligen der Nachkriegszeit bescherte, soll unter 1.1.4 erläutert werden.

Ab 1875 galt zwar, wie erwähnt, im gesamten deutschen Reich die Zivilehe, jedoch lebte im Ehe- und Scheidungsrecht selbst die Rechtszersplitterung bis zur Jahrhundertwende fort. In den drei unterschiedlichen Rechtskreisen (preußisches Recht, französisches Recht in den linksrheinischen Gebieten und gemeines Recht) waren alle unterschiedlichen Ansätze vertreten, vom absoluten Scheidungsverbot über einen verfeinerten Katalog der Scheidungsgründe nach dem Schuldprinzip bis hin zur Zerrüttungsscheidung.

Die Rechtseinheit kam mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 (BGB). Dort war im vierten Buch (wie heute) das Scheidungsrecht reichseinheitlich geregelt.

Das BGB unterschied zwischen

- *absoluten Scheidungsgründen*, die stets für eine Scheidung langten (Ehebruch, Lebensnachstellung und „böslches“ Verlassen), und den
- *relativen Scheidungsgründen*, die nur zusammen mit der Zerrüttung *infolge* dieses Fehlverhaltens (Misshandlung, Bedrohung, Beleidigung, Sex- und Unterhaltsverweigerung, Vernachlässigung der Kinder) für eine Ehescheidung ausreichten.

Als sehr wirksame Scheidungsbremse erwies sich die *Verzeihung*: Wenn der Ehegatte dem Schuldigen verzieh, etwa dadurch, dass er wieder mit ihm schlief, konnte dieser sich nicht mehr auf den Scheidungsgrund berufen.

Das Scheitern der Ehe an sich reichte für eine Scheidung in keinem Fall.

Zur Zeit der Weimarer Republik (1918–1933) entbrannte eine heftige Reformdiskussion, aber Gesetzesänderungen blieben aus. Erst die Nationalsozialisten brachten ein neues Scheidungsrecht hervor, nämlich das Ehegesetz von 1938. Dieses Gesetz hatte einen besonders aparten Katalog von Scheidungsgründen nach dem Schuldprinzip, aber auch nach dem „Schicksalsprinzip“, nämlich

- Ehebruch,
- Fortpflanzungsverweigerung und sonstige schwere Eheverfehlungen (Bigamie, böslches Verlassen usw.),
- Geisteskrankheit,
- unheilbare ekelerregende Krankheit,
- frühe Unfruchtbarkeit.

Und endlich kam in § 55 die Zerrüttungsscheidung als wichtigste Neuerung, übrigens als späte Frucht der Reformdiskussion in der „Systemzeit“. Allerdings: So hatten die Weimarer Demokraten sich das Zerrüttungsprinzip nicht gedacht. Nach dreijähriger Trennung konnte geschieden werden. Verlangte der überwiegend schuldige Teil die Scheidung, konnte der andere widersprechen. Der Widerspruch war aber unbeachtlich, wenn das „Interesse der Volksgemeinschaft“ gegen das Fortbestehen der Ehe sprach. Umgekehrt schlug der Widerspruch durch, wenn die Volksgemeinschaft sich von der Fortführung der Ehe noch einige blonde Recken und Maiden versprach. Das Privatinteresse der beteiligten Eheleute trat hinter einer grotesken Ideologie zurück.

Ab 1946, wir werden es noch sehen, wurde das Zerrüttungsprinzip wieder völlig ausgehöhlt, und zwar durch das unbeschränkte Widerspruchsrecht des nicht scheidungswilligen Partners.

Erst das „neue Scheidungsrecht“ bescherte uns mit Wirkung ab 1.7.1977 das *Zerrüttungsprinzip*. Seither kann geschieden werden, wenn die Ehe gescheitert ist, gleichgültig, wer das Scheitern verursacht oder verschuldet hat.

Fassen wir zusammen:

Von der Zeit, da nur der Tod eine Ehe scheiden konnte, über die Jahrhunderte, in denen nur ein verwerfliches Handeln des einen Ehegatten dem anderen die Scheidungsoption bot, bis zum heutigen Tage, da die Feststellung des Scheiterns (fast) immer ausreicht, die Ehe zu scheiden, war es ein langer und bisweilen gewundener Weg. Die heute gültige Rechtslage ist das Ergebnis leidvoller Erfahrungen mit dem Schuldprinzip (s. 1.1.4). Der Weisheit letzter Schluss muss sie nicht sein.

1.1.4 Der Bankrott des Schuldprinzips vor 1977

Die letzte – und hoffentlich allerletzte – Nachkriegszeit in Deutschland war geprägt durch das im Ehegesetz von 1946 festgeschriebene Schuldprinzip: Eine Ehe konnte im Ergebnis nur geschieden werden, wenn der Scheidungswillige sich darauf berufen konnte, dass der Ehepartner die Ehe schuldhaft zugrunde gerichtet hatte.

Es gab, um genau zu sein, drei Gruppen von Scheidungsgründen:

1. Ehebruch (§ 42 EheG) oder schuldhafte Zerrüttung durch schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten (§ 43 EheG).
2. Zerrüttung infolge ansteckender, ekelerregender oder geistiger Krankheit (§§ 44 bis 47 EheG).
3. Dreijährige Trennung *und* unheilbare Zerrüttung (§ 48 EheG), freilich mit dem fatalen 2. Absatz, der dem scheidungsunwilligen Partner ein Widerspruchsrecht und damit eine zeitlich unbegrenzte Scheidungssperre gewährte, wenn der andere die Zerrüttung – und jetzt sind wir durch die Hintertür doch wieder beim Schuldprinzip gelandet – „verschuldet“ hatte. Absatz 2 lautete: *Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so darf die Ehe gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten nicht geschieden werden, es sei denn, dass dem widersprechenden Ehegatten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlen, die Ehe fortzusetzen.*

Die weitaus meisten Ehen wurden nach der 1. Gruppe geschieden. Die 2. Gruppe kann zahlenmäßig vernachlässigt werden. Die 3. Gruppe hatte in den sechziger Jahren einen Anteil von 5–7 % der 1. Gruppe. Die Quote wäre aber auf über 10 % gestiegen, wenn nicht in dieser Gruppe Jahr für Jahr über 2.000 Scheidungsklagen abgewiesen worden wären. Die Zerrüttungsfälle mit Scheidungsbremse waren also die umkämpften, bitteren und langwierigen Fälle, an denen sich vor allem der Ruf nach einer Scheidungsreform entzündete.

Die eigentlichen Verschuldensscheidungen waren zu 90 % unproblematisch: Es handelte sich um *Konventionalscheidungen*. Beide waren sich einig, dass es mit der Ehe nicht mehr weitergehen konnte. Man einigte sich über die Folgen (meist Sorgerecht,

Unterhalt und Zugewinnausgleich). Dann wurde einer ausgeguckt, der das Verschulden²¹ auf sich zu nehmen bereit war (meist der Mann).

Wie gesagt: Wenn Einigkeit herrschte, war's – jedenfalls für die beteiligten Juristen – eher eine Komödie.

Aber wenn der eine wollte und die andere nicht, wurde es schrecklich, sei es, dass man die schwere Eheverfehlung des scheidungsunwilligen Partners nicht nachweisen konnte, oder sei es, dass man mit der Zerrüttungsscheidung nach jahrzehntelanger Trennung nicht weiterkam, weil dieser unter Ausstrecken des moralischen Zeigefingers widersprach. Der Widerspruch hatte zum Teil handfeste wirtschaftliche Gründe, etwa der Verlust der abgeleiteten Altersversorgung bei Beamten – ein Motiv, das heute wegen des Versorgungsausgleichs nicht mehr greift –, zum Teil aber auch rein emotionale und nur beschränkt achtenswerte Motive: Dem treulosen Mann wurde einfach eine zweite Ehe mit der „grünen Person“ nicht gegönnt.

Und da nun auch über § 48 EheG die Sache nur aus der Pattsituation herauskam, wenn man dem Scheidungsunwilligen etwas am Zeuge flicken konnte, wurde spioniert, moralisiert, schmutzige Wäsche gewaschen, in Intimitäten herumgewühlt, gelogen und erpresst. Der Widerspruch nach § 48 II EheG wurde, wie man sich denken kann, zur Handelsware. Der scheidungswillige Mann musste der Frau den Widerspruch „abkaufen“, und das konnte teuer werden.

Weil am Ende kein Jurist mehr Lust hatte, Scheidungsprozesse über sich ergehen zu lassen, die die Fortsetzung häuslicher Ehekrähe darstellten, vor allem aber: Da sich das beiderseitige (oder gar multilaterale) Verschulden an der Zerrüttung einer Ehe beim besten Willen nicht quantifizieren lässt (s. *überwiegend verschuldet* in § 48 II EheG), war die Hauptstoßrichtung der Reform von 1977 die Befreiung der Rechtsprechung von dieser unzulänglichen und überdies klebrigen Ursachenforschung und zugleich die Befreiung der Partner aus gescheiterten Ehen von diesem entwürdigenden Herumwühlen in ihrer Intimsphäre.

Unzulänglich war die Analyse deshalb, weil naturgemäß jeder schuldhafte Verursachungsbeitrag zur Zerrüttung seinerseits eine Ursache hat, die meist beim anderen Partner liegt und die wiederum einen Grund hat – usw. *ad infinitum*.

Und so ging denn das alte Scheidungsrecht aus den ihm selbst innewohnenden Gründen bankrott.

1.1.5 Zur Lage der Ehe in der Gegenwart

In demokratischen Gesellschaften passt sich das Recht mehr oder weniger geschmeidig an die gesellschaftlichen Bedürfnisse an.

In den achtziger Jahren stabilisierte sich sowohl die Zahl der Eheschließungen als auch die der Scheidungen. Auf drei Trauungen kam im Durchschnitt eine Scheidung, so dass man mit Recht sagen kann, dass von zehn Ehen mindestens drei wieder geschieden wurden.

²¹ Älteren Anwälten klingelt die Standardformulierung noch in den Ohren: „Küsse und Zärtlichkeiten ausgetauscht“.

In den Neunzigern wurde weniger geheiratet, dafür aber mehr geschieden; die Scheidungsquote nähert sich der 40 %-Marke.

Hierzu ein wenig Statistik (bis 1999 nur Bundesrepublik, ab 1990 Gesamtdeutschland!):

Jahr	Eheschließungen	Scheidungen	Scheidungsquote ²²
1985	364.661	128.124	35,1 %
1986	372.112	122.443	32,9 %
1987	382.564	129.850	33,9 %
1988	397.738	128.729	32,4 %
1989	398.608	126.628	31,8 %
1990			
(Deutschland insgesamt)	516.388	154.786	29,6 %
1991	454.291	136.317	31,6 %
1992	453.428	135.010	30,8 %
1993	442.605	156.425	35,1 %
1994	440.244	166.052	36,9 %
1995	430.534	169.425	39,4 %
1996	427.297	175.550	41,1 %
1997	422.776	187.802	44,4 %
1998	417.420	192.416	46,1 %
1999	430.674	190.590	44,2 %
2000	418.550	194.408	46,4 %
2001	389.591	197.498	50,7 %
2002	391.963	204.214	52,1 %
2003	382.911	213.975	55,9 %
2004	395.992	213.691	54,0 %
2005	388.451	201.693	52,9 %
2006	373.681	190.928	51,1 %
2007	368.922	187.072	50,7 %
2008	377.055	191.948	50,9 %
2009	378.439	185.817	49,1 %
2010	382.047	187.027	49,0 %
2011	377.816	187.640	49,7 %
2012	387.423	179.147	46,2 %
2013	373.655	169.833	45,5 %
2014	385.952	166.199	43,1 %
2015	400.115	163.335	40,8 %
2016	Noch nicht bekannt	162.397	

²² Zur **Klarstellung**: Die Quote zeigt das Verhältnis von Eheschließungen zu Scheidungen in dem jeweiligen Jahr und nicht etwa die Haltbarkeitsrate der in einem bestimmten Jahr geschlossenen Ehen.

Es gibt also pro Jahr nur gut doppelt so viele Hochzeiten wie Scheidungen.²³

Wie kommt es, dass so viele Ehen scheitern, obwohl die Ehe doch eigentlich auf Lebenszeit angelegt ist?

Ach, der Gründe sind viele. Schauen wir uns die wichtigsten an:

1. Es war immer so, nur: Früher kam der Sensenmann der Zerrüttung zuvor.
2. Die Frauen haben im Verlauf der Emanzipationsbewegung ihre Fügsamkeit und Schicksalsergebenheit verloren. Und: Wenn sie heute den Absprung wagen, können sie im Gegensatz zu früher sicher sein, dass das Becken voll ist (vorausgesetzt, es ist nicht schon vor der Trennung leer gewesen). Unterhalt, Versorgungsausgleich, Zugewinnausgleich, die Hälfte des Hausrats und die Teilhabe an der elterlichen Sorge sind ihnen fast immer sicher.
3. Das Scheitern ehelichen Zusammenlebens setzt das subjektive Unglücklichsein zumindest eines Partners voraus. Unglück ist relativ. Es entsteht aus dem Gegensatz von Wirklichkeit und Wunsch. Je höher der Realisierbarkeitsgrad einer bestimmten Glücksvorstellung ist, als desto unglücklicher wird die eigene Lage empfunden. Nicht die Schimäre vom Märchenprinzen lässt das Leid gedeihen, sondern die realistische Gewissheit des „dabei könnte ich es doch besser haben“.
4. Die Glücksansprüche an die Ehe sind den realen Möglichkeiten eines ehelichen Zusammenlebens davongelaufen. Umso herber wird der Absturz. In der Ehe geht es nicht zu wie im Liebeslied, im Lore-Roman und im Märchen, wobei übrigens die Märchenerzähler ausdrücklich in Schutz genommen werden müssen, haben sie doch regelmäßig das Märchen unmittelbar *vor* der Hochzeit enden lassen. Aus gutem Grund. Liebestaumel in lauen Sommernächten, am Tage wonnigliche Kindergesichter und in der Wohnung alles, was das Werbefernsehen verheißt – das ist nicht die Ehe, wohl aber das, was viele erhoffen, wenn sie hineinrauschen. Unsere Vorfahren waren nüchterner. Zum Beispiel hätten sie uns für die Illusion einer lebenslangen lustvollen Geschlechtsgemeinschaft ausgelacht.
5. Die Zeiten ändern sich schneller als die Männer. Motoren der Veränderung sind die Frauen. Sie haben eine fast revolutionäre Neudefinition der Familie und der Rollen der Familienmitglieder durchgesetzt. Damit korrespondiert u. a. eine gestrenge Erwartungshaltung an ihre Männer, sich dieser Neudefinition entsprechend zu verhalten. Wenn es Ärger gibt, missverstehen dies viele Männer immer noch als harmloses Genörgel um Kleinigkeiten. Die Männer sollten sich nicht täuschen: Die Frage, wer die Geschirrpülmaschine ausräumt, ist existentiell.

Bleibt zu fragen, warum in mehr als 80 % aller Fälle die Frauen den ersten Schritt tun, also die *Trennung* vollziehen, indem sie entweder selbst ausziehen oder ihrem Mann den Auszug nahelegen.

Es scheint, dass sie unter kaputten Beziehungen mehr leiden als ihre Männer, aber wichtiger ist: Sie machen sich nichts vor und sind weniger zu ertragen bereit. Männer haben größere emotionale Nehmerqualitäten, und da gibt es nun oft Faktoren, die es ihnen auch leichter machen. Für eine Frau, die ihr Selbstwertgefühl im Wesentlichen aus einer intakten Familie bezieht, ist die Zerrüttung einer Beziehung

²³ Quelle: Statistisches Bundesamt (2018).

schlimmer als für einen Ehemann, dessen Selbstwertgefühl durch Leistung und Stellung in der beruflichen Hierarchie gestärkt wird. Aber diesen oft verzweiflungshemmenden Faktor sollte man nicht überbewerten. Tatsache bleibt: Auch wenn beide arbeitslos sind oder er arbeitslos ist und sie Nur-Hausfrau, sind es in aller Regel die Frauen, die im Falle des Scheiterns der Ehe den ersten Schritt tun, also ausziehen oder – noch vor dem Auszug – einen Anwalt befragen. Wenn beide gleichermaßen leiden, warum machen fast immer die Frauen dem grausamen Spiel ein Ende?

In vielen Fällen ist die Antwort klar, wenn auch vielleicht überraschend. Jede Frau will ihre Interessen und ihre Machtansprüche durchsetzen. Das ist legitim, und natürlich tun das die Männer auch. Aber Frauen wollen es oft nicht um den Preis eines Konflikts. Aus Konfliktscheu geraten viele (beileibe nicht alle) Frauen in die Position der ständigen Verliererin, und am Ende fällt es ihnen – so merkwürdig es klingt – leichter, den Mann zu verlassen, als einmal richtig Krach mit ihm zu haben.

Aber spielt bei der Entscheidung, den Mann zu verlassen, nicht auch (neben der begrenzten Leidensbereitschaft und der Konfliktscheu) eine Art nüchterner Realitätssinn mit, die illusionslose Einsicht, dass es nicht mehr geht? Männer machen sich in der Tat viel öfter etwas vor. Wenn die Ehe in der Krise ist, bilden sie sich noch ein, es sei alles in Ordnung, wenn die Ehe heillos zerrüttet ist, wännen sie sich noch in der Krise, und wenn die Frau ausgezogen ist, hoffen sie hartnäckig auf ihre Rückkehr. Am Ende ereilt sie ein schwer zu verkraftender Doppelschlag, der den allermeisten Frauen erspart bleibt: Nicht nur der Ehepartner ist für immer weg, sondern auch die Kinder scheiden nahezu aus dem Leben des Vaters aus.

Dennoch kann von einer tiefgreifenden Krise der Ehe als gesellschaftliche Institution nicht die Rede sein. Trotz einer bedrückenden und im Einzelfall für die Brautleute wenig vertrauenerweckenden Scheidungsquote von etwa 35 % wird Jahr für Jahr mit keineswegs fallender Tendenz weitergeheiratet.

Als eine Art Konkurrenzunternehmen hat sich zwar die vom geschriebenen Recht völlig vernachlässigte **Nichteheliche Lebensgemeinschaft** etabliert – aber man betrachte die Zahlen: Verheiratet sind in der „alten“ Bundesrepublik knapp 30 Millionen Menschen. In Nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben nach vorliegenden Schätzungen etwa 5,4 Millionen Leute (+ Kinder!). Viele von ihnen geben auf Befragen an, später heiraten zu wollen, oder schließen das nicht aus. Kurzum: Die Ehe führt immer noch mit 5:1, und mit einer Aufholjagd ist schon wegen des heiratswilligen Potentials in der „Ehe ohne Trauschein“ nicht zu rechnen.

Dass die Proportionen nicht ins Wanken geraten, die Nichteheliche Lebensgemeinschaft also weiterhin nur von einer Minderheit bevorzugt werden wird, ist freilich nicht den Gründen zu verdanken, die bei rationaler Betrachtungsweise den Ausschlag gäben, sondern eindeutig den falschen Gründen. Die vernunftbestimmten Gründe für die Ehe sind rechtlicher Natur, aber kraft mutwilligem Erkenntnisverzicht derer, die in einer Art rechtsfreiem Raum leben wollen (den es nicht gibt), werden diese Gründe nicht zur Kenntnis genommen. Die Ehe ohne Trauschein ist sowohl im Außenverhältnis der Beteiligten gegenüber dem Sozialstaat benachteiligt (z.B. kein Ehegattensplitting, keine abgeleitete Kranken- und Altersversorgung) als auch im Innenverhältnis: Hier schneidet der wirtschaftlich und nervlich schwächere Partner gegenüber dem Stärkeren haarsträubend schlecht ab (kein Unterhalt, keine

Rechte aus dem Mietverhältnis, kein Zugewinnausgleich, kein Versorgungsausgleich, kein gesetzliches Erbrecht).

Anders die Ehe. Sie ist aus juristischer Sicht, wie wir auf den folgenden Seiten und in den drei anderen Bänden von „Familienrecht heute“ erörtern werden, eine spinnwebfeine Vernetzung aus Rechten und Pflichten, die im Falle der Scheidung nicht einfach zerrissen, sondern durch ein anderes Netz ersetzt wird.

1.2 Das Scheitern der Ehe als einziger Scheidungsgrund

Das jetzige Scheidungsrecht wird vom Zerrüttungsprinzip beherrscht. Die Ehe wird geschieden, wenn sie gescheitert ist.²⁴ Das hat sich herumgesprochen. Aber es stimmt nicht ganz. Dazu gleich mehr (1.7).

Die Scheidungsrichter haben zwei Möglichkeiten: Entweder stellen sie das Scheitern der Ehe durch Anhörung der Noch-Eheleute (notfalls sogar durch Zeugenvernehmung) fest oder sie stützen sich erleichtert auf die beiden gesetzlichen Fiktionen (oder unwiderlegbaren Vermutungen, was im Ergebnis das gleiche ist und unfreundlich mit „gesetzlichen Unterstellungen“ übersetzt werden kann), durch die das Scheidungsrecht formalisiert wird:

- Nach § 1566 I wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide geschieden werden wollen.
- Nach § 1566 II wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit 3 Jahren getrennt leben.

In beiden Fällen ist zu bedenken, dass nach Ende der Frist das Scheidungsverfahren erst *beginnt*. Der Prozess selbst dauert, wenn er nicht durch streitige Folgesachen belastet ist, heute durchschnittlich etwa 6 Monate.²⁵

Die Eheleute sind jeweils vom Gericht anzuhören. Das folgt aus dem Untersuchungsgrundsatz und gilt auch dann, wenn jemand trotz Ladung nicht zum Termin erscheint.²⁶ Das Unterbleiben der Anhörung ist ein schwerer Verfahrensmangel, der zur Aufhebung des Scheidungsbeschlusses und zur Zurückverweisung an die 1. Instanz nötigt.²⁷ Das Gericht darf und muss deshalb das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen und sie anhören. Das ergibt sich klar aus § 128 I FamFG. Die Pflicht zur Anhörung entfällt auch nicht dadurch, dass ein Partner sich in seinem Heimatland (hier: Rumänien) aufhält und nur eine private Übersetzung seiner Stellungnahme vorliegt.²⁸

²⁴ Streng genommen müsste man von „Scheiternsprinzip“ statt vom Zerrüttungsprinzip sprechen, denn Scheitern ist mehr als Zerrüttung. Eine zerrüttete Ehe kann noch gerettet werden, eine gescheiterte nicht. „Zerrüttungsprinzip“ hat sich gleichwohl durchgesetzt, weil es weniger sperrig klingt.

²⁵ Erfahrungswerte des Autors und vieler Kollegen. Belastbare Statistiken sind nicht ersichtlich. Die Verfahrensdauer scheint sich jedenfalls verkürzt zu haben. Nach einer Erhebung des Statistischen Bundesamts für 1990 betrug sie im Durchschnitt noch 9,6 Monate, s. Anm. *Kleinwegener* in FamRZ 1993, 985.

²⁶ OLG Hamm FamRZ 1996, 1156.

²⁷ OLG Hamm FamRZ 2013, 64.

²⁸ OLG Hamm FamRZ 2000, 898.

Von einer Anhörung kann aber ausnahmsweise abgesehen werden. Folgende Fallgruppen sind dabei zu unterscheiden:

- Ein schon gegenüber einem seiner nacheinander beauftragten²⁹ Anwälte gewalttätig gewordener Antragsgegner hat den ersten Termin platzen lassen und durch sein Gesamtverhalten zu erkennen gegeben, dass er nicht geneigt ist, gerichtlichen Anordnungen Folge zu leisten.³⁰
- Die Ehe kann auch ohne Anhörung des Antragsgegners geschieden werden, wenn die Dreijahresfrist abgelaufen ist, eine notarielle Vereinbarung über die vermögensrechtlichen Aspekte der Ehe unter Dach und Fach ist, der Mann schriftlich zugestimmt hat und dann zwei Mal nicht zum Termin erschienen ist.³¹
- Eine Anhörung der Antragsgegnerin kann entfallen, wenn die Dreijahresfrist abgelaufen ist und weder Sachaufklärung noch Versöhnung zu erwarten ist.³²
- Eine Anhörung kann ferner entfallen, wenn einer der Partner (hier: die Ehefrau) mehrfach unentschuldigt fernbleibt und sich hieraus zusammen mit anderen Tatsachen der Schluss ziehen lässt, dass er den Fortgang des Prozesses sabotieren will.³³
- Eine erneute Anhörung ist nicht zwingend erforderlich, wenn ein Ehegatte von seiner im ersten Termin erklärten Zustimmung wieder abrückt.³⁴

In geeigneten Fällen (etwa bei Strafhaft oder Auslandsaufenthalt eines Ehepartners) kommt eine Videokonferenz in Betracht.³⁵

In der zutreffenden Erkenntnis, dass es keine besseres Indiz für das Scheitern einer Ehe gibt als ein langdauerndes Getrenntleben, erspart der Gesetzgeber in den beiden Fällen des § 1566 BGB dem Gericht die konkrete Feststellung des Scheiterns der Ehe.

Um einer Verfestigung der schlichten Fehl-Formel „Scheitern = Scheidung“ vorzubeugen, muss aber schon im Rahmen dieses Grobüberblicks Folgendes klargestellt werden:

Eine gescheiterte Ehe *kann* geschieden werden, *muss* aber nicht. Die Scheidung setzt voraus, dass einer der beiden Ehegatten sich an das Familiengericht wendet. Ohne Kläger kein Richter!

Im Folgenden sollen nun die unterschiedlichen „Scheidungsarten“ je nach Trennungsdauer und Grad der Einigkeit (über die Scheidung selbst und die Folgesachen) erläutert werden.

²⁹ Kleiner Exkurs in die Vkh-Rspr.: Kostenmäßig uneingeschränkte Beordnung des nächsten Anwalts geschieht bei triftigem Grund, z.B. wenn der erste Anwalt den Mandanten genötigt hat, vor Gericht vorsätzlich falsche Angaben zu machen (OLG Hamm FamRZ 2016, 929). Sonst dürfen durch den Anwaltswechsel keine Mehrkosten entstehen.

³⁰ OLG Hamm FamRZ 1998, 1123.

³¹ FamG Konstanz FamRZ 2001, 425.

³² FamG Lüdenschied FamRZ 2009, 804.

³³ OLG Koblenz FamRZ 2001, 1159.

³⁴ BGH FamRZ 2016, 617.

³⁵ FamG Darmstadt FamRZ 2015, 271 mit begeisterter Zustimmung von *Viefhues*, Anm. auf S. 272.

1.3 Die sofortige Scheidung wegen unzumutbarer Härte

Leben die Eheleute weniger als ein Jahr lang getrennt, kann die Ehe ausnahmsweise geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde (§ 1565 II).

1.3.1 Voraussetzungen

Ausgangsfrage ist die, worauf sich die *Unzumutbarkeit* bezieht. Schon kurze Zeit nach Inkrafttreten der Vorschrift bestand Einigkeit darüber, dass nicht die Unzumutbarkeit der Fortführung der ehelichen Lebensgemeinschaft gemeint ist und auch nicht die des Abwartens bis zum Ablauf des Trennungsjahrs, sondern allein die Unzumutbarkeit des *Fortbestehens des rechtlichen Ehebandes*, also des „weiter-miteinander-verheiratet-seins“.³⁶ Mit anderen Worten: Für den, der die sofortige Scheidung begehrt, muss schon das Bewusstsein, noch mit dem betreffenden Minuskavalier bzw. mit dem jeweiligen Flittchen verheiratet zu sein (obwohl man schon getrennt lebt), jenseits des Zumutbaren sein.

Daraus folgt: Es muss schon etwas ziemlich Schwerwiegendes passiert sein, wenn man mit einer erfolgversprechenden „Hau-Ruck-Scheidung“ beginnen will; dagegen muss es nicht unbedingt der andere allein verbrochen haben (allerdings als erster, s. u.).

Subjektive Empfindlichkeiten des Antragstellers spielen mit hinein; es muss aber für jeden objektiven Betrachter ohne weiteres nachvollziehbar sein, warum das „Opfer“ das Eheband zerschnitten sehen will.

Als ein Unzumutbarkeit begründendes Verhalten hat die Rechtsprechung angesehen:

- Körperliche Misshandlungen.³⁷
- Bedrohungen, insbesondere Morddrohungen.³⁸
- Dringender Verdacht der Tötung der Schwiegereltern (mit U-Haft)³⁹
- Verschweigen einer bevorstehenden Inhaftierung (hier: 8 Monate Freiheitsstrafe wegen Betrugs).⁴⁰
- Schwere Beleidigungen und Beschimpfungen.
- Ekelerregendes Verhalten nach übermäßigem Alkoholgenuß (z. B. Urinieren in das Ehebett).

³⁶ So KG FamRZ 2018, 751.

³⁷ OLG Dresden FamRZ 2013, 627. Ein einmaliger, überdies provozierter und im Affekt begangener Akt der Körperverletzung reicht aber nicht aus, so OLG Stuttgart FamRZ 2002, 239.

³⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2001, 1458; der Falle zeichnete sich dadurch aus, dass der Ehemann außerdem erotische Kurzgeschichten aus der Feder seiner Frau, die ausdrücklich nur für die Lektüre durch die Ehepartner bestimmt waren („zu privaten Zwecken verfasst“, wie der Senat anmutig sagt), öffentlich gemacht und seine Frau damit bloßgestellt hatte.

³⁹ FamG Hannover FamRZ 2004, 630.

⁴⁰ FamG Ludwigsburg FamRZ 2007, 286.

- Sofortige Aufnahme eines anderen Mannes in die dörfliche Ehewohnung, nachdem der Ehegatte ausgezogen ist⁴¹, erst recht, wenn sie von diesem Mann schwanger ist.⁴²
- Schwangerschaft aus einem ehebrecherischen Verhältnis.⁴³
- Ehefrau nimmt nach der Trennung sofort die Tätigkeit einer Prostituierten auf.⁴⁴
- Ehebruch.

Was den zuletzt genannten Grund anlangt, muss man freilich differenzieren:

Kurzzeitige folgenlose Seitensprünge begründen keine unzumutbare Härte. Desgleichen nicht das Zusammenleben mit einem neuen Partner und die Ablehnung der Ehe mit dem oder der Angetrauten.⁴⁵ Wäre schon jeder Fehltritt oder jeder Fall der dauerhaften Untreue ein Grund, sofort die Ehe zu scheiden, müssten bei jedem Familiengericht zusätzliche Dezernate eingerichtet werden.

Eheliche Untreue ist aber unzumutbar,

- wenn sich der „Fremdgänger“ zum Serientäter entwickelt,
- wenn er die betrogene Frau zum Geschlechtsverkehr zu dritt auffordert⁴⁶,
- wenn der untreue Partner den HIV-Virus einschleppt,
- wenn die Ehefrau vor Ablauf des Trennungsjahrs von einem anderen Mann schwanger wird⁴⁷,
- wenn ein Verhältnis eingegangen und zwecks Demütigung des Partners in dessen weiterem Lebenskreis offengelegt wird (etwa durch eine Verlobungsanzeige), und
- wenn eine **nichteheliche Lebensgemeinschaft** begründet wird, der treulose Partner aber die Ehewohnung noch als eine Art Basislager nutzt.

Bejaht wurde die unzumutbare Härte ferner in folgenden Einzelfällen:

- Die Frau verlässt die Ehewohnung, um mit dem Bruder des Ehemannes in eheähnlicher Gemeinschaft zu leben.⁴⁸ Das Argument „Es bleibt doch in der Familie“ schlug hier also nicht durch.
- Ein in einer Kleinstadt lebendes Ehepaar nimmt die Schwester der Frau in der Wohnung auf. Der Mann beginnt ein Verhältnis mit ihr und zieht schließlich mit ihr in eine andere Wohnung des aus drei Wohnungen bestehenden Hauses.⁴⁹
- Wenige Wochen nach der Hochzeit offenbart der Mann, er habe seit einem Jahr ein Verhältnis mit einer anderen Frau, und fordert sie auf, das Verhältnis nicht nur zu tolerieren, sondern aktiv am Geschlechtsverkehr zu dritt teilzunehmen.⁵⁰

⁴¹ OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 1305.

⁴² OLG Brandenburg FamRZ 2004, 25.

⁴³ OLG Hamm FamRZ 2014, 2004.

⁴⁴ OLG Bremen FamRZ 1996, 489.

⁴⁵ OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 286.

⁴⁶ OLG Köln FamRZ 1996, 1208.

⁴⁷ OLG Frankfurt FamRZ 2006, 625.

⁴⁸ OLG Oldenburg FamRZ 1992, 682. Dazu der Volksmund am Rande des Zitierfähigen: *Am Abend lässt die Schwägerin / den Schwager ins Gehege rin.*

⁴⁹ OLG Köln FamRZ 2003, 1565 („besonders demütigend“).

⁵⁰ OLG Köln FamRZ 1996, 108.

- Die Frau unterhielt ein ehebrecherisches Verhältnis in der ehemaligen – vom sei-nerseits ehebrecherischen Ehemann zur Pflege seiner neuen Beziehung verlassenen – Ehewohnung.⁵¹ Vergeblich wies die Frau darauf hin, dass der Mann es allein zu verantworten habe, dass es so weit gekommen sei, weil er sich zuvor einer anderen Frau zugewandt habe.⁵²
Wesentlich abgeklärter die Vorinstanz, die den Antrag zurückgewiesen hatte. Zitat: *„Denn es ist heute gang und gäbe, dass bei Trennung von Eheleuten schon neue Partner parat stehen, mit denen man zusammenzieht. Im Übrigen bestreitet der ASt. nicht, selbst eine neue Partnerschaft eingegangen zu sein.“* Dann allerdings wird's kaltschnäuzig: *„Auch der Umstand, dass es sich bei dem neuen Partner der AGg. um den besten Freund des ASt. handelt, erlaubt keine andere Beurteilung. Schlimmer wäre es sicher für den ASt., wenn es sein ärgster Feind wäre, dem sich die AGg. zugewandt hätte.“* Noch schlimmer, wenn aus dem besten Freund ein Feind wird.
- Die Ehefrau geht während des Zusammenlebens fremd, erwartet ein Kind und erzählt dann dem Mann bewusst wahrheitswidrig, dies sei das Ergebnis der künstlichen Befruchtung mit seinem Sperma.⁵³
- Die Ehefrau erwartet aus einem ehebrecherischen Verhältnis ein Kind. Hier kann sich der Ehemann sofort scheiden lassen, um der Vaterschaftsvermutung nach § 1599 II 1 Hs. 1 BGB zu entgehen.⁵⁴
- Eine unzumutbare Härte kann selbst dann vorliegen, wenn auch der antragstellende Ehegatte sich einem anderen Partner zugewandt hat, wobei es nach der überwiegenden Rechtsprechung aber darauf ankommt, wer „angefangen“ hat.⁵⁵ Der Gesetzeswortlaut bestimmt nicht ausdrücklich, dass nur Gründe in der Person des anderen vorliegen dürfen.⁵⁶
- Die Ehefrau leidet unter Zwangsstörungen und Wahnvorstellungen, begeht deshalb Stalking und stößt Verwünschungen und Morddrohungen aus, was für sich gesehen nicht gereicht hätte (psychische Erkrankungen bilden grundsätzlich keinen Härtegrund), **aber**: Der Ehemann leidet deshalb unter depressiven Verstimmungen, Panikattacken und Suizidgedanken, ergo ist lt. KG⁵⁷ die unzumutbare Härte gegeben.

Verneint wurde die unzumutbare Härte in folgenden Einzelfällen:

- Das Fehlverhalten beruht auf einer psychischen Erkrankung oder wird im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit begangen.⁵⁸ Härtebegründend ist letztlich

⁵¹ OLG Köln FamRZ 1999, 723.

⁵² Richtig wäre die Entscheidung gewesen, wenn der Ehemann ein ganz Braver gewesen wäre, der nur auf Druck seiner Frau ausgezogen ist, so im Fall OLG Saarbrücken FamRZ 2005, 809.

⁵³ FamG Biedenkopf FamRZ 1999, 722.

⁵⁴ OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1417.

⁵⁵ OLG Rostock FamRZ 1993, 808.

⁵⁶ So OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 319.

⁵⁷ KG FamRZ 2018, 751.

⁵⁸ OLG Brandenburg FamRZ 1995, 807 und OLG Hamm FamRZ 1995, 808.

also eine *feindliche Willensrichtung*, nicht aber ein unerfreuliches Verhalten, das sich als Produkt einer „*unglückliche(n), schicksalhafte(n) Entwicklung*“ – so die erstgenannte Entscheidung – darstellt.

- Der dringende Verdacht einer Vergewaltigung und sexuellen Nötigung der Ehefrau begründen keine unzumutbare Härte, wenn wegen räumlicher Trennung mit Wiederholungen nicht zu rechnen ist.⁵⁹
- Der Mann schlägt seine Frau ein einziges Mal; danach kommt es in ruhiger Atmosphäre zu Einigungsgesprächen über Folgesachen.⁶⁰
- Die Frau bringt die beiden ehelichen Kinder um, allerdings aufgrund einer schweren seelischen Krise, die vom Mann durch Untreue mitverursacht worden ist.⁶¹
- Leben beide mit neuen Partnern zusammen und erwartet die Ehefrau aus der neuen Partnerschaft ein Kind, liegt kein Härtegrund vor.⁶²
- Das Gleiche gilt, wenn der Ehemann keine neue Partnerin hat, seine Frau aber von ihrem neuen Partner schwanger ist und ihn heiraten will.⁶³
- Beide haben neue Partner, nächtigen aber in aller Regel noch im Ehebett.⁶⁴
- Die schlichte Nichtzahlung von Trennungsunterhalt reicht nicht aus.⁶⁵
- Schließlich sind auch sexuelle Beziehungen zu einem gleichgeschlechtlichen Partner für sich gesehen noch kein Härtegrund. Derartige Affären unterliegen den gleichen Regeln wie heterosexuelle Beziehungen.⁶⁶ Hier muss man allerdings zwischen Täuschung und schicksalhafter Entwicklung unterscheiden: Wer heiratet und zuvor eine ausgeprägte homosexuelle Orientierung verschweigt, setzt einen Härtegrund (und einen Eheaufhebungsgrund, s. 1.7). Wenn aber während einer langen Ehe ein Präferenzenwechsel⁶⁷ eintritt, ist das für den Partner keine unzumutbare Härte im Rechtssinne.
- Erklärt der Ehegatte, er werde keinen Unterhalt zahlen und sich in sein Heimatland verdrücken, reicht das gleichfalls nicht für eine unzumutbare Härte.⁶⁸
- Die Frau behauptet unsubstantiiert, ihr Mann habe „*ständig wechselnde außereheliche Beziehungen*“. Das reicht nicht aus.⁶⁹

⁵⁹ OLG Braunschweig FamRZ 2000, 287.

⁶⁰ FamG Kitzingen FamRZ 2006, 625.

⁶¹ FamG Landstuhl FamRZ 1996, 1287.

⁶² OLG Stuttgart FamRZ 1999, 722.

⁶³ OLG Naumburg FamRZ 2005, 1839.

⁶⁴ OLG Köln FamRZ 2013, 1738.

⁶⁵ OLG Stuttgart FamRZ 2001, 1458.

⁶⁶ OLG Köln FamRZ 1997, 24.

⁶⁷ Erfahrene Scheidungsanwälte wissen zu berichten, dass dies bei Frauen zwischen 40 und 55 Jahren nicht sehr selten vorkommt.

⁶⁸ KG FamRZ 2000, 288.

⁶⁹ OLG Stuttgart FamRZ 2002, 1342.

1.3.2 Wenn keine Härte: Trennungsjahr abwarten?

Wenn ein Ehegatte Scheidungsantrag wegen unzumutbarer Härte stellt und in der letzten (meistens einzigen) Verhandlung vor dem Familiengericht nach Auffassung des Gerichts keine solche Härte gegeben ist, muss der Antrag abgewiesen werden.

Mit der Folge übrigens, dass der unterlegene Antragsteller alle Kosten des Verfahrens zu tragen hat – die Gerichtskosten und die Kosten *beider* beteiligter Anwälte.

Um dem vermeintlichen oder wirklichen Opfer diese bittere Folge zu ersparen, verfahren viele Richter wie folgt:

1. Sie warten (nach Rücksprache mit dem Anwalt des Antragstellers) schon mit dem ersten Termin, bis das Trennungsjahr um ist.
2. Sie regen im ersten Termin an, keine Anträge zu stellen, mit der Folge, dass sie dann das Ruhen des Verfahrens anordnen können; kurz vor Ablauf des Trennungsjahrs stellt dann einer der beteiligten Rechtsanwälte den Antrag auf Terminsanberaumung.
3. Sie sehen einem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens entgegen (Folge: wie zu 2.).

Streng genommen ist das alles unzulässig.

Verhandlungstermine dürfen nicht mutwillig verzögert werden, das Ruhen des Verfahrens ist eine Umgehung, und die Aussetzung ein Missbrauch, weil sie nur für Fälle der sich anbahnenden Wiederversöhnung gedacht ist.⁷⁰

Ist der Scheidungsantrag unbegründet, ist er abzuweisen. Basta. Sonst gewinnt der, der einen unbegründeten Antrag auf sofortige Scheidung stellt, auch noch unverdiente Vorteile: Seine Frau partizipiert an seinen Versorgungsanswartschaften nur bis zum Monat der Antragseinreichung, obwohl sie eigentlich Anspruch auf Teilhabe bis zur Einreichung ca. ein Jahr später hätte, und beim Zugewinnausgleich stellt sich das entsprechende Problem.

Zu der Frage, wie prozessual weiter zu verfahren ist, s. 1.5.2.

1.4 Die einverständliche Scheidung

1.4.1 Heimtrennung

Der Begriff bedeutet die Trennung innerhalb der (ehemaligen) Ehewohnung (§ 1567 I 2). Diese Trennung muss strikt sein. Es darf zwischen den Eheleuten keine häusliche Gemeinschaft mehr bestehen. Das bedeutet nicht nur Trennung von Tisch und Bett, sondern

- eine interne (auch mündliche) Nutzungsvereinbarung bezüglich der Räumlichkeiten, die einen äußerlich zusammenhängenden Raumkomplex (Wohnung, Eigentumswohnung oder Haus) bilden, und zwar des Inhalts, dass jeder Raum entweder dem einen oder dem anderen zugewiesen ist – mit Ausnahme der Räume, die nur

⁷⁰ Für eine Aussetzung reicht es aus, wenn einer von beiden Ehegatten die persönlichen Beziehungen noch als unzerstört ansieht und sich die Fortführung der Lebensgemeinschaft vorstellen kann, OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 394.

einmal vorhanden sind (Küche, Nasszelle)⁷¹ und die deshalb gemeinsam, wenn auch nicht gleichzeitig, genutzt werden müssen, sowie

- zwei völlig getrennte Lebenskreise innerhalb der Ex-Ehewohnung, und zwar unter Ausschluss einer gemeinsamen Haushaltsführung.

Trotz räumlicher Nähe muss also ein Höchstmaß an Absonderung nach außen hin erkennbar sein.⁷² Getrenntes Schlafen und Essen allein reicht nicht aus.⁷³ Erst recht ist keine Heimtrennung gegeben, wenn beide noch das Schlafzimmer gemeinsam nutzen.⁷⁴

Zum Grad der Restgemeinsamkeit gibt es eine strenge und eine eher lasche Auffassung, schließlich dann die sog. mittlere oder vermittelnde Linie.

Die noch zum alten Scheidungsrecht entwickelte **strenge Auffassung** verneinte die Heimtrennung schon dann, wenn die Frau dem Mann noch das Abendbrot in dessen Zimmer stellte oder seine Socken wusch.

Die **Gegenmeinung** konzentrierte sich auf wirtschaftliche und hygienische Notwendigkeiten und nahm Getrenntleben schon dann an, wenn zwar Geschlechtsverkehr und Versorgung der Gesamtfamilie eingestellt worden waren, zur Milderung trennungsbedingter Mehrkosten aber noch gemeinsam gegessen und zwecks Meidung von Chaos und ausufernder Schlamperei noch der dem Mann zugewiesene Wohnungsteil von der Ehefrau saubergemacht und aufgeräumt wurde.

Der BGH⁷⁵ folgt schon seit langer Zeit der **mittleren Linie**.

Sie ist strikt insofern, als die Führung eines gemeinsamen Haushalts das Getrenntleben ausschließt.⁷⁶ Aber andererseits sind gelegentliche Hilfeleistungen, die aus Gutmütigkeit oder Gewohnheit verrichtet werden, sozusagen unschädlich: Sie ändern nichts an der Heimtrennung.⁷⁷ Auch ein gelegentliches gemeinsames Essen schließt das Getrenntleben nicht aus, desgleichen nicht sporadische Handreichungen im Krankheitsfall.

1.4.2 Kurzzeitige Versöhnungsversuche

Wenn die Partner einer sehr belasteten (also noch nicht endgültig gescheiterten) Ehe sich wieder vertragen wollen, will der Gesetzgeber es ihnen leicht, nicht schwer machen. Er würde es ihnen schwer machen, wenn jeder Wiederversöhnungsversuch mit dem Risiko verbunden wäre, dass damit die Trennung unterbrochen wird. „Unterbrechung“ oder nach neuerer Terminologie **„Neubeginn“** im Rechtssinne bedeutet,

⁷¹ OLG München FamRZ 2001, 1457.

⁷² OLG Köln FamRZ 1982, 807.

⁷³ OLG Bremen FamRZ 2000, 1418.

⁷⁴ OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1869.

⁷⁵ Schon BGH FamRZ 1979, 469, 470.

⁷⁶ Umgekehrt ist auch keine Heimtrennung gegeben, wenn der Mann zum sozusagen verdünnten Zusammenleben das Seine beiträgt, also Familienunterhalt nach § 1360 BGB zur Verfügung stellt, OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1418 (Ls).

⁷⁷ So auch OLG Köln FamRZ 1998, 826 über Säubern der Wohnung und Wäsche-waschen.

dass die Frist plötzlich endet und *von vorne* zu laufen beginnt (§ 212). Wenn sie nach der Zwischenphase weiterläuft, sprechen wir von „**Hemmung**“ (§§ 203 ff.).

Jemand, der es noch einmal mit seinem Ehepartner versuchen will, soll nicht Angst haben müssen, dass er die womöglich schon nahezu absolvierte Trennungszeit abermals ableisten muss, wenn der Versöhnungsversuch scheitert. Deshalb bestimmt § 1567 II, dass ein abermaliges Zusammenleben die Trennungsfristen weder unterbricht noch hemmt.

Beispiel:

Wenn Gesine Grumpel nach zehnmonatiger Trennung wieder zu ihrem Gustav zieht und nach weiteren sechs Wochen merkt, dass es keinen Sinn hat, braucht sie nur noch gut zwei Wochen zu warten, und das Trennungsjahr ist endgültig um. Die Versöhnungszeit zählt also mit.

Dieses Zwischenspiel darf aber nach der Rechtsprechung (das Gesetz erwähnt nur den verschwommenen Begriff „kürzere Zeit“) **nicht länger als 3 Monate** dauern.⁷⁸

Einmaliger Geschlechtsverkehr während der Trennungszeit ist kein zwingender Beweis für eine dauerhafte Wiederversöhnung; vielmehr gehören derartige Ereignisse in den Kontext des kurzfristigen – hier gescheiterten – Versöhnungsversuchs.⁷⁹ Das gilt auch bei wiederholten Intimitäten, wobei die Versöhnung von dem Partner zu beweisen ist, der nicht geschieden werden will.⁸⁰ Zu weitgehend dürfte die Auffassung des OLG Köln⁸¹ sein, wonach eine Versöhnung auch nicht durch jahrelangen Geschlechtsverkehr nach der Trennung (ein- bis zweimal pro Woche, alle Achtung!) begründet worden sein soll. Das OLG Köln⁸² vermisste hier die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft (im Übrigen).

Wenn das Zusammentreffen ohnehin nur auf kurze Dauer (Urlaub mit den Kindern u. ä.) angelegt ist, fällt es gar nicht erst unter § 1567 II, weil es dann nicht unter der Wiederversöhnungsflagge stattfindet. Derartige Ereignisse sind für die Fristberechnung völlig belanglos.

1.4.3 Förderung einer Einigung über die notwendigen Folgesachen

Nach § 133 FamFG *muss* die Antragsschrift eines Ehegatten, der die einverständliche Scheidung will, Folgendes enthalten:

- Namen, Geburtsdaten und Aufenthalt minderjähriger Kinder.
- Erklärung, ob die Eheleute eine Regelung über die ES, das Umgangsrecht, Unterhalt für Frau und mj. Kinder, Wohnung und Hausrat getroffen haben.
- Angabe, ob andere Familiensachen schon anhängig sind.

⁷⁸ Z. B. OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 96; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 469.

⁷⁹ OLG Celle FamRZ 1996, 804.

⁸⁰ OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 1212.

⁸¹ OLG Köln FamRZ 2002, 239.

⁸² OLG Köln FamRZ 2002, 239.

Der Antragsschrift muss ein Einigungspapier seit dem 1.9.2009 nicht mehr beigelegt sein. Es genügt der Hinweis, ob man sich in bestimmten Folgesachen einig ist oder nicht.

Die Eheleute sollen sich über den Unterhalt für die Kinder und den weniger verdienenden Partner ebenso einigen wie über Hausrat und Schicksal der Ehewohnung. Aber sie müssen das nicht. Ob eine Vereinbarung im Falle des Scheiterns der einverständlichen Scheidung gegenstandslos wird, widerrufen werden kann oder wirksam bleibt oder nicht, ist eine Frage der Einzelfallauslegung.⁸³ Wenn die Vereinbarung über die Regelungsgegenstände nach § 133 Ziff. 2 FamFG hinausgeht, bedarf es der Auslegung nach § 139 BGB: Danach hat eine Teilnichtigkeit die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge – es sei denn, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre oder dass eine salvatorische Klausel eingebaut ist.⁸⁴

Das Gericht soll eine außergerichtliche Streitbeilegung fördern, und zwar durch Anordnung eines Informationsgesprächs über Mediation oder sonstige außergerichtliche Streitbeilegung (§ 135 FamFG).

1.4.4 Die Folgesachen

Folgesachen sind nach § 137 FamFG:

- Versorgungsausgleich
- Kindesunterhalt
- Ehegattenunterhalt
- Wohnungszuweisung
- Hausrat
- Zugewinnausgleich.

Folgesachen können aber, wenn das ausdrücklich beantragt wird und das Gericht es für sachgerecht hält (s. § 137 III FamFG), auch sein:

- Sorgerechtsübertragung
- Umgangsrecht (auch mit Stiefkindern)
- Kindesherausgabe.

Keine Folgesachen, aber gleichwohl (nicht verbundfähige) Familiensachen sind:

- Schuldenteilung (Innenverhältnis).
- Schicksal des gemeinsamen Immobilienvermögens (meist Einfamilienhaus).⁸⁵
- Ansprüche geschiedener Eheleute aus Grundstücksrechten.⁸⁶

⁸³ BGH FamRZ 2006, 201 m. w. N.

⁸⁴ Diese hilft allerdings in Fällen krasser Benachteiligung auch nicht, s. BGH FamRZ 2018, 577. Wie *Bergschneider* in seiner Anm. (FamRZ 2018, 580, 581) zutreffend ausführt, ist ein in einer Gesamtwürdigung sittenwidriger Ehevertrag durch die salvatorische Klausel nicht teilweise (etwa in Bezug auf den Zugewinnausgleichsverzicht) zu retten, s. auch 2.2.2.

⁸⁵ Incl. Streit über Gesamtgläubigerausgleich aus einem Nießbrauch, § 266 I 3. FamFG, OLG Celle FamRZ 2014, 66.

⁸⁶ BGH FamRZ 2017, 1602. Bei der Würdigung des (zeitlichen) *Zusammenhangs mit Trennung oder Scheidung* i. S. v. § 266 I 3. FamFG gibt es lt. BGH keine feste zeitliche Grenze. Der BGH bejahte den Zusammenhang, obwohl zwischen Scheidung und Verfahrenseinleitung 12 Jahre vergangen waren.

- Ansprüche auf Nutzungsvergütung nach § 745 II BGB.⁸⁷
- Ansprüche auf Erstattung eines Lebensversicherungsguthabens.⁸⁸
- Ansprüche auf Darlehensrückzahlung zwischen Ehegatten.⁸⁹
- Ansprüche auf Darlehensrückzahlung⁹⁰ oder aus einem Mietvertrag⁹¹ zwischen einem Ehegatten und seinen Schwiegereltern (§ 266 I 3. FamFG).
- Anspruch einer Frau auf Herausgabe eines durch Geld verkörpert Erbes, das der Nachlasspfleger auf das Konto des getrennt lebenden Ehemannes überwiesen hatte.⁹²
- Auskunftsansprüche zwischen unterhaltspflichtigen Eltern zur Ermittlung ihrer Haftungsquote für den Volljährigenunterhalt (§ 266 I 4. FamFG).⁹³
- Steuerfragen (Steuerklassenwahl, gemeinsame Veranlagung) und
- Verfahrenskosten.

Wie sich der Judikatur ohne weiteres entnehmen lässt, wird insbesondere § 266 I 3. FamFG weit ausgelegt. Es muss nur ein sachlicher Zusammenhang mit Trennung, Scheidung oder Eheaufhebung gegeben sein. Ein zeitlicher Zusammenhang ist nicht erforderlich.⁹⁴

Einige Folgesachen und sonstige Familiensachen sind auch der **Schiedsgerichtsbarkeit** nach §§ 1025 ff. BGB zugänglich, nämlich die folgenden:

Ehegattenunterhalt, Kindesunterhalt, Elternunterhalt, Zugewinnausgleich, Betreuungunterhalt nach § 1615 lit. I BGB, Versorgungsausgleich, Ehewohnung und Hausrat.⁹⁵ Die Praxis macht davon kaum Gebrauch.

Sie müssen aber, um in den Verbund Aufnahme zu finden, **spätestens 2 Wochen vor der mündlichen Verhandlung im Scheidungsprozess anhängig** gemacht werden (§ 137 II FamFG). Das war zweifellos eine gesetzgeberische Sternstunde, wird damit doch der abstoßenden Praxis Einhalt geboten, im Scheidungstermin einen Folgesachenantrag vorzulegen und den überraschten Scheidungswilligen nach dem Erpressermotto „*Erkenne an oder es gibt keine Scheidung*“ unter Druck zu setzen.

Allerdings ist das OLG Brandenburg⁹⁶ der Meinung, dass eine Kindschaftssache nach § 137 III FamFG auch ohne Einhaltung der Zweiwochenfrist verbundfähig ist, es sei denn, dies widerspricht dem Kindeswohl.

Der BGH⁹⁷ folgert daraus, dass zwischen Zugang der Terminsladung und dem Termin selbst mindestens **drei Wochen** liegen müssen (eine Woche zur Vorbereitung des

⁸⁷ OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1681.

⁸⁸ OLG Celle FamRZ 2014, 66.

⁸⁹ OLG München FamRZ 2015, 1129 (§ 266 I 3. FamFG).

⁹⁰ LG Karlsruhe FamRZ 2016, 324 (Ls).

⁹¹ BGH FamRZ 2017, 1599.

⁹² BGH FamRZ 2018, 839.

⁹³ OLG Hamm FamRZ 2016, 575.

⁹⁴ *Bahrenfuss/Schwedhelm*, FamFG, Rz. 13 zu § 266 FamFG.

⁹⁵ Abh. *Schumacher* FamRZ 2004, 1677, 1678.

⁹⁶ OLG Brandenburg FamRZ 2012, 56.

⁹⁷ BGH FamRZ 2013, 1300.

Antrags). Der BGH⁹⁸ übersieht allerdings, dass die Gegenseite auch einige Wochen braucht, um dem Antrag entgegenzutreten, was in aller Regel erst nach dem Termin möglich sein wird, mit der Folge, dass ein weiterer Termin stattfinden muss, wenn im ersten Termin keine Einigung zustande kommt.⁹⁹

Zur Fristberechnung sagt das OLG Dresden¹⁰⁰ wunderbar umständlich:

„Die Rückwärtsfrist des § 137 II 1. FamFG endet mit Beginn des Tages, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, auf den der Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt ist.“

1.5 Die streitige Scheidung

Wenn der Antragsgegner/die Antragsgegnerin im Scheidungsverfahren sich selbst und dem Gericht nicht den Gefallen tut, dem Scheidungsantrag zuzustimmen, darf der Richter die schöne Gleichung „Ablauf des Trennungsjahrs = Scheitern“ nicht mehr ins Feld führen. Diese unwiderlegbare Vermutung gilt dann nicht mehr, und das Gericht muss ohne Zuhilfenahme von Fiktionen feststellen, ob die Ehe gescheitert ist.

1.5.1 Die Feststellung des Scheiterns der Ehe

Nach § 1565 I 2 müssen drei Voraussetzungen gegeben sein:

- Die Eheleute müssen ein Jahr lang getrennt gelebt haben (s. hierzu 1.5.2).
- Die Lebensgemeinschaft der Ehegatten besteht nicht mehr.
- Es ist nicht damit zu rechnen, dass sie wiederhergestellt wird.

Die Prüfung dieser Voraussetzungen scheint auf den ersten Blick ein Kinderspiel zu sein. Doch man täusche sich nicht.

Die Schwierigkeiten beginnen mit der Frage, ob das Trennungsjahr eigentlich abgelaufen ist. Zur Frage des Trennungsbeginns gibt es oft ganz unterschiedliche Darstellungen, die ggf. im Rahmen einer Beweisaufnahme geklärt werden müssen.

Vorab wird sich der Familienrichter mit der Frage auseinandersetzen müssen, was eigentlich „Lebensgemeinschaft“ bedeutet. Sie ist das Ganze der Ehe, also die geistige, emotionale und ökonomische Verbundenheit der Eheleute. Die häusliche Gemeinschaft gibt nur den äußeren Rahmen vor, der nicht einmal unbedingt gegeben sein muss: Manche Leute sind glücklich verheiratet, obwohl (oder weil) jeder eine eigene Wohnung unterhält.¹⁰¹

⁹⁸ BGH FamRZ 2013, 1300.

⁹⁹ Der BGH fördert auf diese Weise außerdem Sachanträge auf der Zielgeraden.

¹⁰⁰ OLG Dresden FamRZ 2013, 1329.

¹⁰¹ Die Ehe kann sich auch als „gelebte Verantwortungsgemeinschaft“ darstellen. Bizzarrer Fall: Die 1914 geborene Frau heiratet im Jahre 1995 den 1970 geborenen Mann, der (weiterhin) in der Nachbarwohnung wohnt, verfällt in senile Demenz und bekommt einen Betreuer beigeordnet, der für sie in 1999 Scheidungsantrag stellt. Der BGH wies den Antrag in letzter Instanz zurück (BGH FamRZ 2002, 316), weil die Lebensgemeinschaft in ihrer hier etwas ungewöhnlichen Ausprägung gar nicht aufgehoben worden sei.

Die Lebensgemeinschaft ist demnach aufgehoben, wenn die Eheleute sich innerlich voneinander abgewandt haben und deshalb die häusliche Gemeinschaft (wenn eine bestanden hat) und Gemeinsamkeiten der Lebensgestaltung nicht mehr existieren.

Dabei reicht es aus, wenn *einer* der Partner die völlige Abkehr vom anderen vollzogen hat (*einseitiges Scheitern*).¹⁰² Zur funktionierenden Ehe gehören zwei, zum Scheitern reicht einer. Die Ehe ist also auch gescheitert, wenn ein Partner mit aller Macht an ihr festhalten will, der andere aber partout nicht mehr möchte.¹⁰³ Das sind die schrecklichen, die tränenreichen Fälle. Sie zeichnen sich übrigens durch geschlechtsspezifische Unterschiede aus: Während die Männer direkt nach der Trennung nicht begreifen wollen, dass sie gegen das Verlassenwerden nichts ausrichten können, sind es in der Regel die Frauen, die sich – immerhin mindestens ein Jahr später – nach Einleitung des Scheidungsverfahrens nicht damit abfinden können, dass die Ehe gegen ihren Willen geschieden wird.

Von einem einseitigen Scheitern kann aber keine Rede sein, wenn der die Scheidung begehrende Partner seine Frau täglich besucht, um mit ihr gemeinsame Probleme zu erörtern, und mit ihr allwöchentlich schläft.¹⁰⁴

Nach der **Analyse** (Ist die Lebensgemeinschaft erloschen?) muss die **Prognose** folgen: Kann eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft erwartet werden?

Erst nachdem das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Ehe endgültig gescheitert ist, darf es sie scheiden.¹⁰⁵

Wenn die Eheleute ein Jahr lang getrennt leben, ist die Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft zwar unwahrscheinlich, doch Vorsicht – es gibt Fälle, in denen die Zerrüttung reparabel, also noch nicht in ein endgültiges Scheitern umgeschlagen ist, etwa dann, wenn der Mann der neuen Partnerin überdrüssig wird oder umgekehrt (reumütige Rückkehr). Es kommt also darauf an, ob die Ehe bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses einigermaßen intakt war und ob sie nach Aufhebung des Störfaktors (und seiner Folgen) geheilt werden kann, gleichgültig, ob es nun eine Geliebte oder der Griff zur Cognacflasche war.

Trennung, auch eine längere Trennung, kann also Ausdruck einer noch nicht abgeschlossenen Krise (mit Zerrüttungseffekt, aber offenem Ende) sein, jedoch auch Ausdruck eines unumkehrbaren Scheiterns der Ehe. Um herauszubekommen, ob die Ehe noch eine Chance hat, muss der Richter, wenn er seine Aufgabe ernst nimmt, auf die Ursachen der Zerrüttung eingehen, und zwar durch eingehende Befragung der Eheleute, aber auch der von den Parteien benannten Zeugen. Auch die Aufnahme einer dauerhaften außerehelichen Beziehung begründet vor Ablauf der Dreijahresfrist noch nicht die unwiderlegliche Vermutung des Scheiterns der Ehe, wenn einer der Ehegatten die Ehe fortsetzen möchte.¹⁰⁶

¹⁰² Statt Aller: OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1210. Außerdem OLG Naumburg FamRZ 2006, 43: Die Gründe dessen, der nicht mehr weitermachen will, müssen, so das Gericht, „auch nicht vernünftig sein“.

¹⁰³ OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 1212.

¹⁰⁴ OLG Oldenburg FamRZ 1997, 1213.

¹⁰⁵ FamG Landstuhl FamRZ 1996, 1481.

¹⁰⁶ FamG Landstuhl FamRZ 1995, 931.

Bevor allerdings der Richter Analyse und Prognose durchführt, bedarf es eines substantiierten Sachvortrags desjenigen Ehepartners, der die Scheidung begehrt. Er muss alle Zerrüttungsindizien zusammentragen und darf das Gericht nicht mit allgemein gehaltenen Äußerungen abspeisen, etwa der, dass die Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht möglich sei.¹⁰⁷

Eine weitverbreitete Gerichtspraxis geht freilich dahin, dem scheidungswilligen Partner zu sagen, er möge sich noch bis zum Ablauf der dreijährigen Trennungszeit gedulden und dann wiederkommen. Nach Ablauf von drei Jahren können sich die Richter nämlich auf eine weitere Arbeit sparende Fiktion stützen: Nach § 1566 II (s. u., 1.6) wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben – auch dann, wenn einer von beiden immer noch nicht geschieden werden will.

Diese Praxis ist ohne Zweifel eine gesetzwidrige Verweigerung des Rechtsschutzes für den scheidungswilligen Partner, der sich darauf, wenn er seiner Sache sicher ist, keinesfalls einlassen sollte.

1.5.2 Der verfrühte Scheidungsantrag

Dass das Trennungsjahr in Fällen der **streitigen** Scheidung bereits bei Rechtshängigkeit abgelaufen sein muss, ist unumstritten.

Nach verbreiteter¹⁰⁸, aber falscher Ansicht ist das bei **einverständlichen** Scheidungen anders: Erst in der letzten mündlichen Verhandlung muss demnach das Jahr verstrichen sein.¹⁰⁹ Das widerspricht dem klaren Wortlaut von § 1566 I BGB: Die Scheidung beantragen, *wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben*, bedeutet: den Scheidungsantrag rechtshängig machen, nicht in der mündlichen Verhandlung einen Antrag stellen. Die gegenteilige Ansicht ist auch rechtspolitisch nicht haltbar: Wäre sie richtig, könnte jeder Prozessbevollmächtigte in der Erwartung oder in der Gewissheit einer in der Hauptsache(!) einverständlichen Scheidung direkt nach der Trennung Scheidungsantrag stellen, sofern er damit rechnen kann, dass das Verfahren wegen der Komplexität einer beliebigen Folgesache¹¹⁰ mindestens ein Jahr dauert.

¹⁰⁷ OLG Köln FamRZ 1995, 1503.

¹⁰⁸ Bei *Palandt-Brudermüller* heißt es in Rz. 1 zu § 1566 BGB begründungsfrei, es sei ausreichend, wenn die Voraussetzungen des einjährigen Getrenntlebens am Schluss der mündlichen Verhandlung gegeben sind. *Erman-Blank*, Rz. 3 zu § 1566, begnügt sich mit der knappen Behauptung, die Ehe könne „nach einjähriger Trennung geschieden werden“, ohne den Beginn der Frist zu thematisieren. Der *Münchener Kommentar (Weber)* führt unter Rz. 4 zu § 1566 aus, dass die Ehegatten im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ein Jahr getrennt gelebt haben müssen, und stellt anstelle einer Begründung fest, dass die Frist frühestens mit der Eheschließung beginnen kann(!). Schließlich *Staudinger-Rauscher*: Dieser macht unter Rz. 1–13 zu § 1566 längere Ausführungen zu Absprachen und unwarhen Inszenierungen der Eheleute in puncto Trennungsdauer, bestimmt unter Rz. 20 den Fristbeginn und schweigt zu der Frage, ob die Jahresfrist bei Rechtshängigkeit abgelaufen sein muss.

¹⁰⁹ So u. a. OLG Oldenburg FamRZ 1996, 1480, 1481.

¹¹⁰ **Beispiele:** Versorgungsausgleich mit ausländischen Versorgungsträgern oder Zugewinnausgleich mit ungeklärtem Goodwill im Endvermögen eines Partners.

Da Fehler bekanntlich fortzeugend weitere Probleme schaffen, ergeben sich z.B. Probleme beim Zugewinnausgleich und beim Versorgungsausgleich:

Anknüpfungspunkt für den Auskunftsanspruch im Zugewinnausgleich ist grundsätzlich der Endvermögensstichtag, also der Tag der Zustellung des Scheidungsantrags. Das gilt nun auch für Fälle, in denen der Scheidungsantrag verfrüht, d.h. vor Ablauf des Trennungsjahrs gestellt worden ist. Hier kann lt. BGH¹¹¹ der Auskunftsanspruch nicht nach § 242 BGB erweitert werden auf Auskunft über das, was nach Ablauf des Trennungsjahrs an saldiertem Vermögen vorhanden war.¹¹² Etwas anderes gilt nur, wenn sich ohne Stichtagskorrektur ein Ergebnis ergäbe, das „*dem Gerechtigkeitsgefühl in unerträglicher Weise widersprechen würde*“. Um das prüfen zu können, hätte die Frau konkrete Tatsachen vortragen müssen, die eine Abweichung vom gesetzlichen Stichtag notwendig machen, also eine explosionsartige Vermögensmehrung zwischen dem „erschlichenen“ und dem korrekten Stichtag.

Naheliegender Einwand: Ob ein solch steiler Vermögensanstieg eingetreten ist, lässt sich ja vielfach erst feststellen, wenn die Auskunft erteilt worden ist.

Beispiel: Die Ehefrau hegt den vagen Verdacht, dass der Mann eine Auslandsimmobilie mit schwindelerregendem Gewinn verkauft hat; das Gericht vermisst hierzu konkrete Tatsachen.

Eine Auseinandersetzung mit der Problematik bliebe uns erspart, wenn die Rspr. von ihrem scheidungsrechtlichen Kardinalfehler abrücken würde, verfrühte Scheidungsanträge zuzulassen, d.h. in puncto Ablauf des Trennungsjahrs auf das Datum der mündlichen Verhandlung abzustellen statt auf den Tag der Rechtshängigkeit. Offenbar haben sich alle an diesen Unfug gewöhnt; sonst hätte nicht z.B. Koch¹¹³ in ihrer Anm. zum vorerwähnten BGH-Beschluss die Rspr. zu § 1566 BGB kritiklos referiert, statt sie endlich zu problematisieren.

Zur weiteren Rspr., auch zum VA, s. die Ausführungen am Ende dieses Kapitels.

Zur Praxis:

Klärer und sicherer ist es allemal, das Trennungsjahr abzuwarten, bevor man die Sache rechtshängig macht. Denn zum einen muss man immer mit dem Sinneswandel eines Antragsgegners rechnen, der zunächst sein Einverständnis mit der Scheidung signalisiert hat. Zum anderen kann man nicht sicher prognostizieren, wie das Gericht die erörterte Rechtsfrage beantwortet.

Bei vorgeschalteten Vkh-Anträgen ist selbstverständlich zu beachten, dass das Jahr erst abgelaufen sein muss, wenn nach Vkh-Gewährung endlich der Scheidungsantrag zugestellt wird. Dabei kann der Rechtsanwalt sicherheitshalber beantragen,

¹¹¹ BGH FamRZ 2018, 331, Beschluss vom 13.12.2017.

¹¹² In BGH FamRZ 2018, 331 hatten die Parteien sich am 5.11.2012 getrennt; der Mann hatte vier Monate später Scheidungsantrag gestellt; dieser wurde am 11.3.2013 zugestellt. Die Ehefrau wollte wissen, was am 6.11.2013 vorhanden war.

¹¹³ Anm. Koch in FamRZ 2018, 334.

über den Vkh-Antrag erst nach Ablauf des Trennungsjahrs zu entscheiden. Das Gericht hat dies zu beachten.¹¹⁴

Wie bereits unter 1.2.2 ausgeführt: Diejenigen Gerichte, die es mit der Jahresfrist ernst nehmen, versuchen, nach verfrüht gestellten Scheidungsanträgen die Sache so „hinzuziehen“, dass entweder im hinausgezögerten 1. Termin oder im 2. Termin das Trennungsjahr abgelaufen ist. Dabei ist es im Ergebnis gleichgültig, ob dies nach gerichtlicher Verneinung der Härtevoraussetzungen oder nach vorzeitiger Antragstellung in einem „regulären“ Verfahren geschieht.

Die unausgesprochene Motivlage ist praktischer, d.h. prozessökonomischer Natur:

In den zahlreichen Vkh-Fällen müsste die Landeskasse über Gebühr leiden, wenn in ein und derselben Scheidung zwei Mal Anwalts- und Gerichtsgebühren anfallen würden. Und: Im Falle der Antragsabweisung würde die Beschwerde provoziert, also die 2. Instanz.

Ausgehend hiervon gibt es mehrere Möglichkeiten:

- a) Das Gericht bedient sich der erwähnten Tricks hart am Rande des Zulässigen, das Trennungsjahr ist im Termin (oder auch schon nach verzögerter Zustellung des Antrags) abgelaufen, die Ehe wird geschieden und alle sind's zufrieden.
- b) Der Scheidungsantrag wird rechtskräftig zurückgewiesen, und der Antragsteller kann (mit deutlich verlagerten Stichtagen, s.u.!) von vorn beginnen.¹¹⁵ Grund: Der die Scheidung ablehnende Partner kann durch einen verfrühten Antrag erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleiden, insbesondere beim Versorgungsausgleich, beim Zugewinnausgleich und beim Unterhalt. Je später der Antrag eingereicht wird, desto mehr schwellen i.d.R. das Vermögen, die Rentenanwartschaften und manchmal auch das Einkommen des Pflichtigen an, desto stattdessen fällt die Teilhabe des berechtigten Partners aus und desto später kommt Letzterer bezüglich des Unterhalts in die Sphäre der gegenüber dem Trennungsunterhalt doch etwas verdünnten Rechte auf Nachehelichenunterhalt.
- c) Der Scheidungswillige legt gegen die Abweisung seines Antrags in der ersten Instanz Beschwerde ein und hat damit Erfolg, weil während der Dauer der zweiten Instanz das Trennungsjahr abgelaufen ist; die Ehe wird geschieden.¹¹⁶ Wenn noch eine erstinstanzliche Folgesache anhängig ist, ist der Prozess zurückzuverweisen (§ 146 FamFG). Alsdann darf das OLG nicht über die Scheidung entscheiden, sondern muss die Sache an das Familiengericht zurückverweisen.¹¹⁷ Dort geht der Prozess dann im sog. zweiten Rechtsgang von vorne los.

¹¹⁴ OLG Stuttgart FamRZ 2004, 1298.

¹¹⁵ OLG Oldenburg FamRZ 1996, 1480.

¹¹⁶ BGH FamRZ 1997, 347.

¹¹⁷ BGH FamRZ 1997, 347. Anders, wenn im Berufungsrechtszug beide Partner scheidungswillig sind und das Trennungsjahr abgelaufen ist. Dann sind die Voraussetzungen nach § 1565 II nicht mehr zu prüfen, sondern es ist der Fall an das FamG zurückzuverweisen, das die Ehe dann nach § 1566 I scheidet. Der Berufungsgegner trägt die Kosten der 2. Instanz. Eine analoge Anwendung von § 97 II ZPO kommt nicht in Betracht (OLG Hamm FamRZ 2000, 498 (Ls.) mit Anm. Born).

d) Das Familiengericht gibt dem verfrühten Scheidungsantrag statt und der temporär nicht scheidungswillige Partner legt dagegen Beschwerde ein. Hierzu das Kammergericht¹¹⁸:

Die Beschwerde ist unbegründet, wenn das Trennungsjahr bis zur mündlichen Verhandlung in der Beschwerdeinstanz abgelaufen ist. Eine Zurückverweisung nach § 146 FamFG scheidet dann aus. Allerdings trägt nicht der Beschwerdeführer die Kosten der 2. Instanz, sondern der andere (§ 97 II ZPO analog), weil das Trennungsjahr bei Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens eben noch nicht abgelaufen war.

In den Alternativen c) und d) hat der Antragsteller (Beschwerdegegner, früher Beschwerdebeklagter) die Kosten der Beschwerde – darüber besteht Einigkeit – nach § 97 II ZPO analog zu tragen¹¹⁹ (die Antragsgegnerin ist Beschwerdeführerin, sie will nicht geschieden werden).

Selbstverständlich ist den Gerichten nicht entgangen, dass auf diese Weise (verfrühter Scheidungsantrag, der später durch Fristablauf geheilt wird) die Stichtage für Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich zugunsten des Ausgleichspflichtigen verschoben werden. Sie können und müssen deshalb, aber nur in krassen Fällen, nach § 242 BGB dem „richtigen“ Fristablauf angepasst werden.¹²⁰ Die Zurückhaltung der Rspr. gilt auch dann, wenn der Antragsgegner geltend macht, der Scheidungsantrag sei in der Absicht verfrüht gestellt worden, sich ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Der BGH¹²¹ stellte schon vor zwei Jahrzehnten allein darauf ab, dass nach dem Gesetz die Ehe gescheitert ist (§ 1565 I BGB). Er sieht zwar die Möglichkeit der Manipulation der Folgesachen durch Vorverlegung der Stichtage, meinte aber, dem durch Anwendung der Härtereregeln begegnen zu können (§§ 1381¹²², 1587c BGB¹²³), und erwog, in besonderen Ausnahmefällen die Stichtage zu verlegen. Daran hat sich im Kern auch im BGH-Beschluss vom 13.12.2017¹²⁴ nichts geändert.

Das OLG Stuttgart¹²⁵ hatte in 2012 über eine Amtshaftungsklage zu entscheiden. Kläger war ein scheidungswilliger Ehemann, dessen Scheidungsantrag am 19.6.2008

¹¹⁸ KG FamRZ 2018, 125.

¹¹⁹ OLG Nürnberg FamRZ 1997, 223; OLG Hamm FamRZ 1996, 1078; OLG Naumburg FamRZ 2009, 2019.

¹²⁰ BGH FamRZ 2018, 331; OLG Naumburg FamRZ 2009, 2019; OLG Hamm FamRZ 2014, 208 m. w. N. Das OLG Düsseldorf (FamRZ 2017, 1044, Vorinstanz zu BGH FamRZ 2018, 331) meint hierzu allerdings einschränkend, dass eine eklatante, nicht hinnehmbare Schlechterstellung gegeben sein müsse; ein um 8 Monate zu früh gestellter Antrag führe nicht zu einer Anpassung (Stichtagsverlagerung).

¹²¹ BGH FamRZ 1997, 347, 348.

¹²² Diese Vorschrift kann hier nicht greifen, weil sie dazu bestimmt ist, bei grober Unbilligkeit den Schuldner zu schützen, nicht den geprellten Gläubiger.

¹²³ Heute wäre das § 27 VAG. Er kann hier auch nicht herangezogen werden, weil durch einen verfrühten Scheidungsantrag dem Ausgleichsgläubiger Rentenansprüche verloren gehen. Er will also „aufstocken“ und nicht etwa das erreichen, was § 27 VAG hergibt, also seinen Anspruch gekürzt sehen.

¹²⁴ BGH FamRZ 2018, 331.

¹²⁵ OLG Stuttgart FamRZ 2013, 736.

beim Familiengericht einging und dort verschlampt wurde: Die Zustellung erfolgte erst am 3.2.2009. Der Kläger gewann den Prozess gegen das Land.

1.5.3 Abtrennung von Folgesachen

Folgesachen können vom Verbund **abgetrennt** werden (§ 140 II FamFG).

Das ist in folgenden Fällen zulässig:

1. Im VA und im Zugewinnausgleich ist vor der Auflösung der Ehe keine Schlussentscheidung möglich.¹²⁶
2. Das Verfahren im VA ist schon ausgesetzt, weil vor einem anderen Gericht über Bestand und Höhe eines Anrechts gestritten wird.
3. In einer Kindschaftssache¹²⁷ hält das Gericht dies aus Kindeswohlgründen für sachgerecht oder das Verfahren ist ausgesetzt.
4. Beide Parteien haben nach 3 Monaten die Abtrennung des VA beantragt und haben zuvor ihren Mitwirkungspflichten genügt.
5. Das Scheidungsverfahren würde sich bei gleichzeitiger Entscheidung über Haupt- und Folgesache so außergewöhnlich verzögern, dass dies für den die Abtrennung beantragenden Partner eine unzumutbare Härte wäre.

Die Ziffern **1 und 2** entsprechen den Ziffern 1 und 2 in § 628 ZPO.

Nr. 3 ist zum 1.9.2009 eingefügt worden. Kindschaftsfolgesachen sollen im Interesse des Kindeswohls durch Abtrennung beschleunigt werden. Der BGH¹²⁸ lehnte schon vor Inkrafttreten des FamFG die Abtrennung in Fällen ab, in denen es dem Antragsteller „nur“ darum geht, eine schnelle Scheidung zu ermöglichen. Richtig ist hieran der Hinweis auf den folgenden Wertungswiderspruch: Während etwa die Abtrennung des Zugewinnausgleichs bei einem kinderlosen Ehepaar nur bei ganz außergewöhnlichen Verzögerungen zulässig ist, muss die Mutter mehrerer Kinder mit ansehen, dass die gesamte Unterhaltsproblematik aus dem Scheidungsverbund ausgekoppelt wird. Deshalb sieht das FamFG – so der BGH¹²⁹ zutreffend – auch in § 140 III vor, dass eine Unterhaltsfolgesache nur noch dann abgetrennt wird, *wenn dies wegen des Zusammenhangs mit der Kindschaftsfolgesache geboten erscheint*.

Ziff. 4 erleichtert die Abtrennung des VA, kodifiziert aber auch nur die seit Jahren gepflegte Praxis. Ohne den VA wären die meisten Scheidungen nach 3 Monaten zu

¹²⁶ **Beispiel:** Zwar kommt es sowohl beim Endvermögensstichtag wie auch bei der Kontrolle der Kappungsgrenze nur auf den Tag der Rechtshängigkeit an, jedoch kann ein Vermögensverfall zwischen Beginn und Ende des Scheidungsverfahrens (Rechtskraft der Scheidung!) zur Teilverwirkung nach § 1381 BGB führen, und dafür braucht man die Scheidungsrechtskraft vor der Entscheidung über den Zugewinnausgleich. Die Abtrennungsbefugnis ist eine Kann-Bestimmung, die im Ermessen des Gerichts steht, s. *Bahrenfuss/Blank*, FamFG, Rz. 3 zu § 140 FamFG.

¹²⁷ Der Begriff der Kindschaftssache ist weiter gefasst als bisher: Nach § 151 FamFG sind Kindschaftssachen Verfahren, die Folgendes betreffen: elterliche Sorge, Umgangsrecht, Kindesherausgabe, Vormundschaft, Pflegschaft, Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung, Anordnung der freiheitsentziehenden Unterbringung psychisch kranker Kinder und Aufgaben nach dem JGG.

¹²⁸ BGH FamRZ 2008, 2194 und BGH FamRZ 2008, 2268.

¹²⁹ BGH FamRZ 2008, 2194.

Ende, so dauern sie gemeinhin 8 bis 9 Monate. Wenn absehbar ist, dass die Sache sich länger hinzieht (etwa weil alle auf ein BGH-Urteil warten), prüft das Gericht vor einer Abtrennung nur noch, ob die Parteien an der Klärung der ungeklärten Versicherungszeiten mitgewirkt haben, getreu dem Motto, dass die Schlamper, wenn das Verfahren abgetrennt ist, erst recht ihre Mitwirkung einstellen.

Ziff. 5 enthält den klassischen Abtrennungsgrund. Sie entspricht in leicht modifizierter Form dem alten § 628 S. 1 Ziff. 4 ZPO. Immerhin haben die Parteien jetzt ein Antragsrecht; früher konnten sie die Abtrennung (im Gegensatz zu den Fällen nach § 623 ZPO) nur anregen.

Die Folgesache kann nicht nur abgetrennt werden, wenn sie selbst erkennbar komplex und zeitraubend ist, sondern auch dann, wenn das Gericht überlastet ist.

Es **kann** (Ermessensentscheidung!) abgetrennt werden, wenn eine außergewöhnliche Verzögerung zu befürchten ist, die für die antragstellende Partei eine **unzumutbare Härte** darstellen würde (früher § 628 I 4. ZPO). Als Richtschnur für eine außergewöhnliche Verzögerung gilt eine Verfahrensdauer von **2 Jahren ab Rechtshängigkeit**.¹³⁰ Teile der neueren Rspr. gehen von einer Verdoppelung des *übliche(n) Maß(es) von zwei Jahren*¹³¹ aus, wobei mit den zwei Jahren solche Scheidungsverfahren gemeint sind, die mit dem Zugewinnausgleich befrachtet sind.

Jedoch ist nicht jede noch so lange Verzögerung eine unzumutbare Härte.¹³² Die schiere Dauer ist also nur ein Indiz für die Härte. Wenn der sozial schwächere Partner an der Ehe festhalten will, ist er immerhin so schutzbedürftig¹³³, dass der andere getrost eine längere Verfahrensdauer in Kauf nehmen kann, es sei denn, dieser hat seinerseits schützenswerte Interessen, möglichst schnell fertig zu werden (etwa neue Partnerschaft mit Familienplanung).

Zu den Kriterien der unzumutbaren Härte gehört auch die „*obstruktive Verzögerung des Antragsgegners*“ (hier: u. a. mehrfacher Anwaltswechsel).¹³⁴

Eine Abtrennung des Zugewinnausgleichs kommt nicht in Betracht, wenn der die Abtrennung begehrende Partner seinerseits zur Verzögerung beigetragen hat.¹³⁵ Wichtiges Indiz: Er hat den Auskunftsanspruch *prozessual* anerkannt. Dies nämlich ist ein Zeichen dafür, dass er außerprozessual keine Auskunft erteilt hat, obwohl der Gegner einen Rechtsanspruch darauf hatte.¹³⁶ Entsprechendes gilt, wenn *beide* Parteien diese Folgesache nicht gefördert haben.¹³⁷

¹³⁰ OLG Zweibrücken FamRZ 2002, 334.

¹³¹ OLG Brandenburg FamRZ 2014, 232.

¹³² Die Härte muss zusätzlich gegeben sein, OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1266.

¹³³ OLG Brandenburg FamRZ 2005, 123.

¹³⁴ OLG Hamm FamRZ 2013, 2002. Ähnlich KG FamRZ 2014, 2023: Der Mann hatte bereits 4 Abtrennungsanträge gestellt, die alle abgewiesen wurden, der letzte allerdings mit einem deutlichen Hinweis an die Frau, dass der nächste Antrag Erfolg haben werde, wenn sie so weitermache wie bisher.

¹³⁵ OLG Köln FamRZ 1997, 1487, 1. Leitsatz.

¹³⁶ FamG Bergheim FamRZ 1996, 1484.

¹³⁷ OLG Hamm FamRZ 1997, 825.

Die Abwägung, ob es für den Antragsteller eine unzumutbare Härte bedeutet, wegen der sich hinziehenden Folgesachen noch Jahre länger als erhofft verheiratet zu sein, ist im Einzelfall schwierig. Je länger die Ehe gedauert hat, desto eher ist ein langes Scheidungsverfahren zumutbar. Das gilt bei einer bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags 24-jährigen Ehe auch dann, wenn aus der neuen Partnerschaft des antragstellenden Mannes bereits ein Kind hervorgegangen ist (Zurückweisung des Abtrennungsantrags).¹³⁸

Mehrere abgetrennte Folgesachen sollen im Teilverbund belassen werden. Wenn auch hier eine (abermalige) Abtrennung stattfinden soll, gelten die gleichen strengen Voraussetzungen. Grundregel ist die, dass dem Abtrennungswunsch nicht stattgegeben werden soll, wenn zwischen den Entscheidungen in den Folgesachen eine gegenseitige Abhängigkeit besteht.¹³⁹

Folgesachen dürfen auch dann abgetrennt werden, wenn sie erst anhängig, aber noch gar nicht rechtshängig sind.¹⁴⁰

Gegen die Ablehnung des Abtrennungsantrags ist nur dann (außerordentliche) Beschwerde zulässig, wenn die Abtrennung einer Verfahrensaussetzung gleichkommt – etwa wegen der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur elterlichen Sorge.¹⁴¹ Sonst sind Beschwerden unzulässig (§ 140 VI FamFG).¹⁴²

1.6 Die Scheidung nach dreijähriger Trennung

In § 1566 II heißt es kurz und bündig:

Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben.

Diese Scheidungsform bereitet den Beteiligten im weitesten Sinne die wenigsten rechtlichen Probleme: Der Ablauf der Dreijahresfrist ist selten umstritten und lässt sich, wenn Streit herrscht, meist zuverlässig beweisen. Weiterer Streit in der Hauptsache ist ausgeschlossen. Auch wenn einer der Eheleute nicht scheidungswillig ist, wird geschieden, und zwar aufgrund der oben zitierten Fiktion „dreijährige Trennung bis Rechtshängigkeit = Scheitern der Ehe“.

Für den, der nicht geschieden werden will, bleibt nur noch die keineswegs vielversprechende Flucht in die Härteklausele (s. 1.7).

In welchem Umfang der Scheidungsverbund ausgereizt wird, d.h. in welchem Umfang über Folgesachen verhandelt und gestritten wird, bestimmen die Parteien. Von Amts wegen muss, um es zu wiederholen, nur über elterliche Sorge und Versorgungsausgleich entschieden werden.

¹³⁸ OLG Köln FamRZ 1997, 1487, 1488.

¹³⁹ OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 1231 m. w. N.

¹⁴⁰ OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 1525.

¹⁴¹ OLG Frankfurt FamRZ 1997, 1167.

¹⁴² Das galt schon vor dem FamFG: OLG Dresden FamRZ 1997, 1230; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 98.

1.7 Die Härteklauseln

Vom gesetzlichen Zwang, eine gescheiterte Ehe auf Antrag zu scheiden, gibt es Ausnahmen (§ 1568 I BGB). Es wird nicht geschieden,

- a) wenn die Eheleute noch kein Jahr getrennt leben (ausnahmsweise aber dennoch, nämlich bei unzumutbarer Härte),
- b) wenn es im Interesse minderjähriger Kinder notwendig ist und
- c) wenn die Scheidung für den nicht Scheidungswilligen aufgrund außergewöhnlicher Umstände eine schwere Härte wäre.

Während über a) immer wieder heftig gestritten wird (es gibt dazu reichlich Rechtsprechung), werden die Ausnahmen b) und c) sehr selten angewandt, mehr noch: Aufgrund einer in Bezug auf diese Ausnahmenvorschriften (beide in § 1568) sehr zurückhaltenden Rechtsprechung ist die „Härtehürde“ so hoch, dass kaum ein Anwalt auf sie losstürmt, mit der Folge, dass es dazu auch nicht gerade eine Fülle veröffentlichter Entscheidungen gibt.

Um eine Verwässerung des Zerrüttungsprinzips zu verhindern, dessen Kern ja darin besteht, dass eine gescheiterte Ehe binnen angemessener Frist geschieden wird, wenn mindestens ein Beteiligter das wünscht, können Ausnahmen nur unter sehr strengen Voraussetzungen zugelassen werden. Folgerichtig „soll“ eine Ehe nach der in § 1568 I geregelten Härteklausel nur dann nicht geschieden werden,

wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist

oder

wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, aufgrund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint.

Man sieht, es wimmelt nur so von Hürden wie „besondere Gründe“, „ausnahmsweise“, „außergewöhnliche Umstände“ und „schwere Härte“. Auch für juristische Laien ist damit ersichtlich, dass nur in ganz atypischen Fällen die Scheidungssperre aufgebaut wird.

Die Härteklausel ist zwar formal eine Sollvorschrift; gleichwohl *muss* die Härteklausel zur Anwendung kommen, wenn die Ausnahmevoraussetzungen gegeben sind.

Um was für Fälle handelt es sich dabei?

1.7.1 Die Kinderschutzklausel

Wie soll sich, wenn die Scheidung nur dem längst eingetretenen Scheitern der Ehe Rechnung trägt, die Lage der Kinder durch den Scheidungsausspruch verschlechtern?

Theoretische Möglichkeiten sind diese:

- Wenn die elterliche Sorge nicht ohnehin schon auf den Schultern *eines* Elternteils ruht, hat das Kind, wenn die ES im Scheidungsverfahren umstritten ist, mit

Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses evtl. nur noch einen Elternteil, der ihm etwas „zu sagen“ hat. Entsprechend kann auf der Elternseite das Bewusstsein der Verantwortung für das Kind bei dem schrumpfen, der *nicht* sorgeberechtigt ist. Allerdings kann die Alleinsorge auch ohne Scheidung, d. h. in einem isolierten Verfahren, beschlossen werden.

- Wenn die Ehe geschieden wird, hat der Mann Gelegenheit, abermals zu heiraten und eheliche Kinder zu zeugen, mit der Folge, dass sich mehr Berechtigte als zuvor in die vorhandene Unterhaltsverteilungsmasse teilen müssen. Die Schnitte vom großen Kuchen wird also etwas kleiner.

Es liegt auf der Hand, dass sich mit solchen theoretischen und spekulativen Erwägungen die Hürden nicht nehmen lassen.

Katastrophal kann für die Kinder die Trennung der Eltern sein, aber die lässt sich nicht verhindern, jedenfalls nicht von der Justiz. Nicht schlimm kann dagegen der Sprung von der Trennung zur Scheidung sein, die von den Kindern oft nicht einmal mehr bewusst erlebt wird. Wenn Kinder bei der Mutter sind, hält sich der Vater ohnehin aus Erziehungsfragen heraus, so dass die Rechtskraft der Scheidung keinen kataraktartigen Absturz seiner pädagogischen Bemühungen mehr bedeuten kann, und was die väterliche Option anlangt, den Scheidungswaisen noch Halbgeschwister beizugesellen, besteht sie unabhängig von der Scheidung und gefährdet auch nur extrem selten in vorhersehbarer Weise die Unterhaltsansprüche der ersteren (lediglich eine leichte Minderung des Kindesunterhalts ist zu befürchten). Kindesunterhalt hat Vorrang vor dem Betreuungsunterhalt, so dass allenfalls der Unterhaltsanspruch der Geschiedenen Schaden leiden könnte, aber dieses Problem gehört in die zweite Variante der Härteklausein.

Verständlicherweise hat deshalb die Kinder-Härteklausein in der Rechtsprechung fast keine Rolle gespielt. Fast ausnahmslos ist ihre Anwendung abgelehnt worden, zuletzt durch das OLG Köln¹⁴³: Das Kind, dem der (ägyptische) Vater durch die Scheidung letztlich vollkommen entzogen wurde, fühlte sich dem Vater nicht einmal besonders verbunden.

Nur eine einzige veröffentlichte Entscheidung¹⁴⁴ hat die Härteklausein einmal als Scheidungssperre im Kindesinteresse eingesetzt, und zwar wegen akuter Selbstmordgefahr des Kindes.

Aus der Literatur ist der Beitrag von *Grziwotz*¹⁴⁵ erwähnenswert, der verschiedene vertragliche Kinderschutzklauseln vorstellt, von denen er aber als erfahrener Notar selbst sagt, dass sie entweder unwirksam oder nicht zwangsweise durchsetzbar sind. Sie haben eine Kameradschaftsehe zum Ziel, die so lange dauern soll, bis das jüngste Kind 16 Jahre alt ist.

¹⁴³ OLG Köln FamRZ 1998, 827.

¹⁴⁴ OLG Hamburg FamRZ 1986, 469.

¹⁴⁵ Abh. *Grziwotz* in FamRZ 2008, 2237 ff.

1.7.2 Die Ehegatten-Härteklausel

Um zur Anwendung dieser Variante zu kommen, müssen

- außergewöhnliche Umstände vorliegen, die
- eine Härte darstellen, die so schwer ist, dass dahinter die Belange des scheidungs-willigen Partners zurücktreten.

Die außergewöhnlichen Umstände müssen spürbar über das hinausgehen, was jeder Getrenntlebende, der zusätzlich „in Scheidung“ lebt, an seelischen Belastungen auf sich nehmen muss, und dagegen muss auch das verblassen, was der scheidungswillige Partner an Interessen ins Feld führen kann. Wer sich darauf beruft, muss Tatsachen selbstverständlich konkret vortragen.¹⁴⁶

Die Belange des Scheidungswilligen haben schließlich auch Gewicht. Wer eine unstreitig gescheiterte Ehe hinter sich hat, hat Anspruch auf Gründung einer neuen, zumal dann, wenn er Zeit, Mühe und Geld aufgewandt hat, die erste Ehe auch formal zum Erlöschen zu bringen. Je mehr Zeit vergeht, desto dringlicher wird sein berechtigtes Interesse am Scheidungsausspruch.

Wie müssen die härtebegründenden außergewöhnlichen Umstände beschaffen sein, die diese Belange aus dem Feld schlagen können?

Die Rechtsprechung hat sich in ungewöhnlich gelagerten Fällen aus folgenden Fallgruppen ausnahmsweise für die Anwendung der Härteklausel entschieden:

- Schwere Krankheit.
- Gesundheitsgefährdung.
- Suizidgefährdung des ablehnenden Partners¹⁴⁷ (s. u.).
- Drohende Scheidung neben anderen Schicksalsschlägen.
- Außergewöhnlicher Einsatz für den Familienbetrieb.
- Hohes Alter der Parteien.
- Verschärfung einer wirtschaftlichen Notlage.

Zur schweren Krankheit ist anzumerken, dass bei den psychischen Erkrankungen natürlich ein objektivierbarer Befund vorhanden sein muss; sonst wäre jeder scheidungswillige Mann mit Selbstmorddrohungen lebenslang erpressbar.¹⁴⁸ Scheidungsbedingte („reaktive“) Depressionen dürften eine unsichere Diagnose mit möglichem Erpressungscharakter darstellen.

Eine Suizidandrohung hindert die Scheidung nur dann, wenn der sie ablehnende Ehegatte in seiner Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Handeln eingeschränkt ist.¹⁴⁹

¹⁴⁶ OLG Brandenburg FamRZ 2013, 301.

¹⁴⁷ OLG Hamm FamRZ 2000, 1418: Die Ehefrau litt unter psychischen Problemen, insbesondere Suizidgefahr, die bei Scheidung auch deshalb zu einer erheblichen Gesundheitsgefährdung geführt hätten, weil sie dann nicht mehr beihilfeberechtigt gewesen wäre und ein Anspruch auf Krankenvorsorgeunterhalt nicht gesichert gewesen wäre. Eine gefährliche Entscheidung, weil sie der Ehegattenhärteklausel ein unübersehbares neues Anwendungsfeld schafft, nämlich die materielle Unterversorgung.

¹⁴⁸ Der Suizid muss schon mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten; Zweifel gehen zu Lasten des Scheidungsunwilligen (OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 1418, Ls.).

¹⁴⁹ OLG Celle FamRZ 1996, 614.

Er muss also schon psychisch krank sein, um vor der Scheidung „sicher“ sein zu können. Das ist z. B. der Fall, wenn das Verheiratetsein einer Frau eine äußere Struktur bietet, die das Fehlen einer inneren Struktur kompensiert. Zu den äußeren Strukturen gehört auch die Sicherstellung der medizinischen Versorgung.¹⁵⁰

Kein Grund für die Anwendung der Härteklausel wurde in folgenden Fällen gesehen:

- Der ablehnende Partner hegt eine tiefgreifende religiöse Überzeugung von der Unauflöslichkeit der Ehe.¹⁵¹
- Dem ausländischen (hier: malaysischen) Ehemann, der mit einer Deutschen verheiratet ist, wird die Aufenthaltserlaubnis nachträglich befristet und die Abschiebung mit Rücksicht auf die dauerhafte Trennung angedroht.¹⁵² Die Ehegattenhärteklausel ist also nicht dazu geeignet, das Ausländerrecht zu unterlaufen.
- Der widerstrebende Ehegatte wird durch die Scheidung zum Sozialfall.¹⁵³
- Der Verlassene bleibt mit behinderten Kindern zurück.¹⁵⁴

Das OLG Brandenburg¹⁵⁵ ist sogar der Ansicht, dass es nicht auf die persönlichen Folgen der Trennung (die dann ihrerseits in der Scheidung sozusagen kulminiert) ankommt, sondern nur auf solche Härten, die durch den Scheidungsausspruch selbst verursacht werden. Die durch das Scheitern der Ehe selbst verursachte Härte genügt nicht.

1.8 Eheaufhebung

Vorab:

Wer seine Ehe beenden will, hat die **Wahl** zwischen Ehescheidung und Eheaufhebung (sofern in beiden Fällen die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen).¹⁵⁶

Eine Ehe kann nach **§ 1314 I BGB** aufgehoben werden,

- wenn ein Beteiligter noch nicht 16 Jahre alt ist¹⁵⁷,

¹⁵⁰ BVerfG FamRZ 2001, 986. Das BVerfG bemerkt dazu mit Blick auf die Zukunft, daß im Falle künftiger Scheidungsanträge desselben Ehemannes zu prüfen sei, ob die Beseitigung der schweren Härte mit anderen Mitteln möglich wäre, etwa mit einer anderweitigen Gewährleistung der medizinischen Versorgung und mit der Bestellung eines Betreuers.

¹⁵¹ So FamG Schorndorf in FamRZ 1992, 568 betr. ein Mitglied der Advents- und Pfingstgemeinde.

¹⁵² OLG Nürnberg FamRZ 1996, 35.

¹⁵³ OLG Bamberg FamRZ 2005, 810 (Ls).

¹⁵⁴ OLG Bamberg FamRZ 2005, 810 (Ls).

¹⁵⁵ OLG Brandenburg FamRZ 2009, 1223.

¹⁵⁶ OLG Braunschweig FamRZ 2017, 910.

¹⁵⁷ Am 18.7.2017 ist das **Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen** in Kraft getreten. Danach wird unterschieden zwischen 2 Zeitblöcken: Wenn ein Beteiligter seinen 16. Geburtstag noch vor sich hat, ist die Ehe nicht wirksam eingegangen; es handelt sich um eine **Nicht-Ehe** (Abh. *Schwab* in FamRZ 2017, 1369, 1370). Ehen, bei denen sich einer von beiden zwischen seinem 16. und 18. Geburtstag befindet, können **aufgehoben** werden. Einer der beiden Eheleute **kann** das beantragen. Die zuständige Verwaltungsbehörde **muss** es beantragen – die vormals Minderjährige bestätigt den Willen zur Fortführung der Ehe (§ 1315 I 1.a BGB) oder es liegt eine schwere Härte vor (§ 1315 I 1.b). . Das FamG Frankenthal (FamRZ 2018,

- wenn er geschäftsunfähig ist,
- wenn er bereits mit einem anderen Partner verheiratet ist (Bigamie)¹⁵⁸,
- wenn er einen Verwandten in gerader Linie oder Bruder/Schwester geheiratet hat oder
- wenn nicht beide vor dem Standesbeamten erschienen sind.

Die sonstigen Aufhebungsgründe bilden einen abgeschlossenen Katalog (§ **1314 II Ziff. 1 bis 5 BGB**). Einige Fälle sind im Lore-Roman häufiger als in der Wirklichkeit. Nur zwei Fallgruppen haben praktische Bedeutung erlangt. Wir wollen die nur theoretisch interessanten Fälle nur kurz streifen und uns auf die praktisch relevanten Aufhebungsgründe konzentrieren. Aufhebungsgründe sind:

1. Beschränkte Geschäftsfähigkeit:
Bewusstlosigkeit oder vorübergehende Störung der Geistestätigkeit.
2. Ein Ehegatte weiß bei der Trauung nicht, dass es sich um eine Eheschließung handelt. Beispiele: Das Ja-Wort galt der Frage des Trauzeugen, ob er das Fenster öffnen solle. Oder: Die Braut denkt, sie spielt in einem Amateurvideo mit.
3. **Arglistige Täuschung über Umstände, die den Kandidaten bei Kenntnis der Sachlage abgehalten hätten zu heiraten.**
4. Drohung (nach dem Uraltmotto: Entweder heiratest du meine Tochter oder es gibt ein Messer in den Bauch). Innerhalb eines Jahres muss Aufhebungsklage erhoben werden (§ 1317 BGB). Die Frist beginnt mit dem Aufhören der Zwangslage.¹⁵⁹
5. Einigkeit unter den Eheleuten, dass sie untereinander keine Verpflichtungen nach § 1353 BGB begründen wollen, also gemeinsames Bewusstsein, eine **Scheinehe** oder eine reine **Versorgungsehe**¹⁶⁰ (Nutzung des Ehegattensplittings und erbschaftssteuerlicher Vorteile¹⁶¹) führen zu wollen.

749 mit Anm. *Löhnig*, a. a. O.) hat die in Bulgarien wirksam geschlossene Ehe einer 16-Jährigen nicht aufgehoben, und zwar v. a. mit der Begründung, die Eheleute seien EU-Bürger und innerhalb der EU sollten keine unterschiedlichen Maßstäbe gelten. Ebenso äußert sich zum Aufhebungsermessens das FamG Nordhorn FamRZ 2018, 750 zu einem Fall mit rumänischen Beteiligten, auch unter Hinweis auf die mittelbare Verletzung der Freizügigkeit in der EU bei Bestehen des Aufhebungsrisikos.

Zu Kinderehen, insbesondere zum Fortbestand, wenn das Mädchen volljährig geworden ist und weiter verheiratet bleiben will, s. auch Abh. *Coester* in FamRZ 2017, 77, 80.

¹⁵⁸ Eine Doppelehe kann auch dann aufgehoben werden, wenn die Beteiligten gebürtige Marokkaner sind, die in Deutschland leben, FamG Hanau FamRZ 2004, 949, ebenso, wenn die Doppelehe zwischen einem Pakistani und einer Deutschen in Pakistan geschlossen wird, OLG Zweibrücken FamRZ 2004, 950.

¹⁵⁹ So das Gesetz, s. a. FamG Burgwedel FamRZ 2005, 34.

¹⁶⁰ Eine typische Versorgungsehe zeichnet sich dadurch aus, dass ein moribunder Lebensgefährte noch schnell heiratet, um dem längerlebenden Partner eine Witwenrente zu verschaffen. Das klappt nach § 46 IIa SBG VI aber nur dann problemlos, wenn von der Eheschließung bis zum Tod mindestens ein Jahr vergangen ist. Wenn die Frist kürzer ist, kommt es auf die Motivlage der Brautleute an, s. LSG Hessen FamRZ 2018, 869.

¹⁶¹ OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1534.

Der Aufhebungsgrund, der in der Gerichtspraxis eine größere Rolle spielte, nämlich der Irrtum über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten, ist aufgehoben worden.

Die Fälle zu Ziff. 3 (arglistige Täuschung) haben erwartungsgemäß in der Praxis die größte Bedeutung erlangt.

Anscheinsbeweise für Arglist gibt es nicht. Wer sich auf Arglist beruft, muss den Strengbeweis führen.¹⁶²

Arglistig getäuscht fühlte sich eine Frau von einem Mann der ihr nicht offenbart hatte, nach einem zielgerichteten Eingriff **zeugungsunfähig** zu sein. Dass sie mit ihm noch neun Monate zusammenlebte, wertete das OLG Stuttgart¹⁶³ nicht als „Bestätigung“ i. S. v. § 1315 I 4. BGB (danach ist die Eheaufhebung ausgeschlossen, wenn der Getäuschte nach Entdeckung der Täuschung zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will). Denn in dieser Zeit hatte die Frau durchgehend, aber vergeblich versucht, ihren Mann zur Rückgängigmachung der Sterilisation zu überreden.

M.E. handelt auch arglistig, wer als bewusster **Homosexueller** heiratet, ohne seiner Frau diese sexuelle Präferenz offenzulegen.

Der Arglistvorwurf kann sich auch auf **berufliche Aktivitäten** beziehen: „*Er gab zu, seine Ehefrau systematisch und planvoll hinsichtlich seiner beruflichen Aktivitäten hinter das Licht geführt zu haben.*“¹⁶⁴

Die Täuschung kann auch in einem **Unterlassen** bestehen, nämlich im Verschweigen von Umständen, die den anderen (bei Anlegung eines **subjektiven** Maßstabes¹⁶⁵) bewogen hätten, von einer Eheschließung abzusehen (hier: Nichtoffenbarung der Erbkrankheit *Chorea Huntington*¹⁶⁶ (im Volksmund „Veitstanz“ genannt¹⁶⁷) bei der Mutter des Mannes).

Keinen Aufhebungsgrund liefern folgende Sachverhalte:

- Die bloße Nichtoffenbarung bestimmter Vorstellungen über die Eheführung (hier: Verweigerung des Geschlechtsverkehrs durch den frischgebackenen Ehemann mit der Begründung, der Kinderwunsch der Frau komme ihm ein bisschen plötzlich), ist nicht als arglistige Täuschung anzusehen, wenn die Eheleute – beide schwer katholisch und deshalb der vorehelichen Liebe abhold – darüber vor der Heirat nicht gesprochen hatten.¹⁶⁸

¹⁶² OLG Köln FamRZ 2000, 819.

¹⁶³ OLG Stuttgart FamRZ 2005, 33.

¹⁶⁴ S. FamG Weinheim FamRZ 1995, 1411.

¹⁶⁵ OLG München FamRZ 2008, 1536.

¹⁶⁶ Diese Erbkrankheit hat noch einen weiteren rechtlichen Aspekt: Eine Ehefrau (Mutter zweier Kinder) hatte den Arzt ihres Ehemannes nach § 823 BGB verklagt, der ihr unaufgefordert diese bei ihrem Mann getroffene Diagnose mitgeteilt und damit bei ihr depressionsähnliche Zustände ausgelöst hatte. BGH FamRZ 2014, 1288: Kein Schaden, Klage abgewiesen. Gleichwohl bejahte der BGH an dieser Stelle „*das Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung*“ als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

¹⁶⁷ Es handelt sich um eine durch einen Gendefekt bedingte Störung des motorischen Nervensystems, die mit hoher Wahrscheinlichkeit auf Kinder vererbt wird und die im Vollbild ausbricht, wenn die Nachkömmlinge ca. 40 Jahre alt sind.

¹⁶⁸ OLG Köln FamRZ 2000, 819, 820.

- Das Verschweigen eines Ehegatten, die Ehe niemals vollziehen zu wollen, und der „Nichtvollzug“ über Jahre hinweg ist für sich gesehen keine arglistige Täuschung, es sei denn, die Verweigerungshaltung des (kurdischen) Ehemannes ist nachweislich darauf zurückzuführen, dass es ihm nur auf eine Aufenthaltserlaubnis in Deutschland ankam (dort¹⁶⁹ verneint).
- Desgleichen ist die Nichtoffenbarung fehlender Liebe kein Aufhebungsgrund.¹⁷⁰
- Ein Mann, der nach Eheschließung feststellt, dass das bald nach der Heirat geborene Kind nicht von ihm ist, kann sich nicht auf § 1314 III 3. BGB berufen, wenn die Gesamtumstände von vornherein gegen seine Vaterschaft sprachen.¹⁷¹
- Wenn die Ehefrau weiß, dass der Mann schon zweimal verheiratet war und dass sein Familienname nicht der Geburtsname war, hätte sie die Gründe für das Scheitern zweier Ehen hinterfragen können und kann sich anschließend nicht darüber beschweren, dass er sie über seine Flucht vor seinen Gläubigern (u. a. durch Annahme des Namens seiner 2. Ehefrau), Spielsucht usw. nicht unterrichtet hatte.¹⁷²

Besonders bemerkenswert ist folgender Fall:

Der Mann hatte seiner aus Sri Lanka stammenden Frau erzählt, er sei Hindu. Später gestand er ihr, dass er Katholik war. OLG Düsseldorf¹⁷³: Das ist kein relevanter Umstand, der eine Eheaufhebung rechtfertigt. Die Entscheidung enthält folgenden schönen Satz:

„Demgegenüber muss ein Ehegatte von vornherein mit gewissen Enttäuschungen, Schwächen und Lügen seines Partners rechnen und kann im Hinblick darauf nicht die Aufhebung der Ehe verlangen.“

Hauptfall zu Ziff. 5 ist die Scheinehe mit dem Ziel, einem ausländischen Ehepartner eine Aufenthaltserlaubnis zu verschaffen.¹⁷⁴ Selbstverständlich kann hier Aufhebung verlangt werden, i. d. R. auch auf Kosten der Landeskasse.¹⁷⁵

Dazu folgender kostenrechtlicher Exkurs:

Ob Vkh mit der Begründung verweigert werden kann, dass schon das vorausgegangene Verhalten, das mit dem Vkh-gestützten Verfahren repariert werden soll, mutwillig gewesen sei (Hauptfall: **Scheinehen** mit Ausländern), ist umstritten. Nach der h. M.¹⁷⁶ kann Vkh nicht mit der Begründung verweigert werden, dass schon das vorausgegangene Verhalten, das mit dem Vkh-gestützten Verfahren

¹⁶⁹ OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1201.

¹⁷⁰ OLG Hamm FamRZ 2004, 545 (Ls).

¹⁷¹ OLG Stuttgart FamRZ 2005, 2070.

¹⁷² OLG Koblenz FamRZ 2016, 1854.

¹⁷³ OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 1289.

¹⁷⁴ Z. B. FamG Pankow-Weißensee FamRZ 2009, 1325.

¹⁷⁵ BGH FamRZ 2011, 872.

¹⁷⁶ OLGe Frankfurt und Nürnberg FamRZ 1996, 615 zu Anträgen, die auf die Scheidung von Scheinehen mit Ausländern abzielen: Vkh (+). Ebenso OLG Naumburg FamRZ 2001, 629, OLG Stuttgart FamRZ 2002, 890, OLG Saarbrücken FamRZ 2009, 626; OLG Hamm FamRZ 2011, 660. Einschränkend führt das OLG Frankfurt (FamRZ 2006, 1128) hierzu aus, dass

repariert werden soll, mutwillig gewesen sei (v.a. Scheidung einer Scheinehe). Mutwillen darf also nicht ohne weiteres unterstellt werden.¹⁷⁷ So auch OLG Köln¹⁷⁸, allerdings mit der Einschränkung, dass kein Anwalt beizuordnen ist, wenn der Ehepartner bereits einen Scheidungsantrag gestellt hat (zum „Abnicken“ braucht man keinen anwaltlichen Beistand).

Der BGH¹⁷⁹ hat sich der h.M. angeschlossen: Für das Scheidungs- oder Aufhebungsbegehren betr. Scheinehe gibt es Vkh. Der Antrag ist nicht mutwillig. Denn – so der BGH – wenn *„die Rechtsordnung die zu ehefremden Zwecken geschlossene Ehe als wirksam ansieht, stellt ein Eheaufhebungs- oder Scheidungsbegehren die einzige Möglichkeit zur Auflösung einer solchen Ehe dar.“*

Allerdings muss eine Frau, die für die Eingehung einer Scheinehe zur Verbesserung des ausländerrechtlichen Status' des Bräutigams das übliche Entgelt erhalten hat (der derzeit übliche Tarif – getarnt als Morgengabe – liegt auf dem Balkan (hervorzuheben ist hier Bitola/Mazedonien) und in der Türkei zwischen 10.000 und 15.000 €), davon Rücklagen bilden, um die spätere Scheidung zu finanzieren. Das funktioniert natürlich nur, wenn Einkommen oder Vermögen da war, aus dem Rücklagen hätten gebildet werden können.¹⁸⁰ Wenn sie behauptet, das Geld habe sie entgegen dem Versprechen des Mannes und/oder seiner Familie nicht bekommen, muss sie das auf Verlangen des Gerichts glaubhaft machen.¹⁸¹

Kinder aus aufgehobenen Ehen sind ehelich.

Die vermögensrechtlichen Folgen einer aufgehobenen Ehe entsprechen denen einer geschiedenen Ehe. Ausnahme: Wer sich selbst hinterlistig verhalten hat, also an Täuschung, Drohung und Irrtumserregung mitgewirkt hat, soll nicht noch finanziell von der Ehe profitieren (§ 1318).

Bei Aufhebung einer **Zwangsheirat**¹⁸² kommt das Unterhaltsrecht für die zur Ehe gezwungene Frau zur Anwendung (§ 1318 II 1. BGB).

1.9 Demenz und Tod

Eine Scheidung setzt voraus, dass beide Ehepartner **leben**.

Wenn einer **während des Prozesses stirbt**, wird das Verfahren eingestellt. Stets ist also im Falle des Todes eines der beiden Ehegatten vor Rechtskraft der Scheidung das Verfahren in der Hauptsache erledigt (§ 131 FamFG), d.h. die Ehe gilt als nicht geschieden – selbst dann, wenn der Tod während der Beschwerdefrist eintritt und keiner von beiden vorhatte, Beschwerde einzulegen. Tod und Hauptsachenerledi-

Vkh zu gewähren ist, wenn die Scheinehe gegenleistungsfrei eingegangen worden ist. **A.A.** (keine Vkh): OLG Hamm FamRZ 2000, 1092 (Ls).

¹⁷⁷ OLG Brandenburg FamRZ 2006, 132.

¹⁷⁸ OLG Köln FamRZ 2008, 1260.

¹⁷⁹ BGH FamRZ 2011, 872.

¹⁸⁰ OLG Braunschweig FamRZ 2017, 910.

¹⁸¹ BGH FamRZ 2011, 872.

¹⁸² S. hierzu im Einzelnen die Abh. von *Kaiser* in FamRZ 2013, 77, 87.

gung kann auf Antrag des Überlebenden durch Beschluss festgestellt bzw. ausgesprochen werden.¹⁸³ Die Kosten werden gegeneinander aufgehoben (§ 132 FamFG).

Wenn der Partner schon **vor Beginn des Verfahrens tot** ist, ist der Scheidungsantrag unzulässig. Das klingt selbstverständlicher, als die Sache ist: Vor dem OLG Bamberg¹⁸⁴ ging es um eine Frau, die von ihrem Mann geschieden werden wollte, der von Kolumbianischen Rebellen entführt worden war. Nach § 9 des Verschollenheitsgesetzes galt der Mann mittlerweile als tot. Die Rechtswirkung tritt ein, wenn der Verschollene nach Ablauf von 5 Jahren ab Ende desjenigen Jahres, in dem das Verschollenheitsereignis (hier: die Entführung) eingetreten ist, nicht wieder aufgetaucht ist. Der Scheidungsantrag wurde deshalb als unzulässig verworfen.

Demente Personen können dagegen geschieden werden: Der Betreuer kann einen Rechtsanwalt wirksam mit der Stellung eines Scheidungsantrags beauftragen. Auf den „natürlichen Willen“ des dementen Antragstellers, geschieden zu werden, kommt es dann nicht mehr an, denn mit der Demenz ist der *äußerste Grad von Eheferne* erreicht.¹⁸⁵

1.10 Rechtskraft und Rechtsmittel

Die Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses tritt einen Monat nach Zustellung desselben ein. Vor Rechtskraft des Scheidungsausspruchs werden die Entscheidungen zu den Folgesachen nicht wirksam (§ 148 FamFG).

Das Gericht trifft zwar eine einheitliche Endentscheidung (§ 142 FamFG), jedoch muss diese nicht insgesamt angefochten werden. Wenn wegen einer Folgesache Beschwerde eingelegt wird, tritt die Rechtskraft der Scheidung und der nicht angefochtenen Teile des Verbundbeschlusses **einen Monat nach Zustellung der Rechtsmittelbegründung** ein (§ 145 I FamFG).

Die Beschwerdefrist beträgt einen Monat ab Zugang des Endbeschlusses. Wird die Beschwerde (früher: Berufung) gegen eine Sachentscheidung beim Familiengericht von der Vkh-Bewilligung abhängig gemacht¹⁸⁶, so ist ein zugleich eingereichter Berufungsschriftsatz noch nicht als Beschwerde anzusehen¹⁸⁷, so dass das Rechtsmittel

¹⁸³ OLG Naumburg FamRZ 2006, 867; OLG Nürnberg FamRZ 2018, 341.

¹⁸⁴ OLG Bamberg FamRZ 2013, 479.

¹⁸⁵ OLG Hamm FamRZ 2013, 1889, 1891.

¹⁸⁶ Dem Vkh-Gesuch sind neben der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse auch Belege beizufügen. Wenn die Vkh wegen Fehlens der Belege verweigert wird, kann ein **Wiedereinsetzungsgesuch** Erfolg haben, falls die Partei mit einer Ablehnung der Vkh nicht rechnen musste (BGH FamRZ 2005, 1901). Das Gleiche gilt, wenn ein vollständiges Vkh-Gesuch eingereicht wurde und die Partei vernünftigerweise nicht damit rechnen musste, dass es zurückgewiesen werden würde, BGH FamRZ 2006, 32. Die Partei muss aber mit der Zurückweisung rechnen, wenn das Gericht schon Zweifel an der Bedürftigkeit angemeldet hat. Spätestens dann sollte der Anwalt zur Fristwahrung Beschwerde einlegen. Tut er es nicht, hat ein späteres Wiedereinsetzungsgesuch keine Erfolgschance (BGH FamRZ 2010, 448).

¹⁸⁷ BGH FamRZ 1993, 1427.

wegen Überschreitung der einmonatigen Beschwerdefrist unzulässig wird. Der BGH¹⁸⁸ ist sogar der Ansicht, dass eine nur für den Fall der Vkh-Bewilligung eingelegte Beschwerde schlicht unzulässig ist.

Allerdings hat die arme Partei die Chance, ein **Wiedereinsetzungsgesuch** einzureichen.¹⁸⁹ Hierfür hat sie **einen Monat** nach Zugang des Vkh-Beschlusses¹⁹⁰ (Ablehnung oder Bewilligung) Zeit.¹⁹¹ Wegen der weiteren Einzelheiten s. **Familienrecht heute, Band Vermögensrecht, 5.2.10.1.**

Die **Beschwerdebegründungsfrist** beträgt in Familienstreitsachen **2 Monate** ab Zugang der erstinstanzlichen Entscheidung (§ 117 I 3 FamFG). Vor der Verwerfung einer Beschwerde wegen Fristversäumung muss das Gericht allerdings dem Beschwerdeführer rechtliches Gehör gewähren.¹⁹² Geschieht das nicht, ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig.¹⁹³

Auf Antrag kann vom Senatsvorsitzenden die Begründungsfrist um maximal einen Monat verlängert werden, auch ohne die Einwilligung des Beschwerdegegners (§ 117 I 4 FamFG i. V. m. § 520 II 3 ZPO). Der **Verlängerungsantrag** muss allerdings innerhalb der Zweimonatsfrist gestellt werden; danach ist es zu spät.¹⁹⁴

1.11 Zuständigkeitsfragen

Die örtliche Zuständigkeit des Familiengerichts ergibt sich aus § 122 Ziff. 1 bis 6 FamFG, der inhaltlich dem aufgehobenen § 603 ZPO entspricht.

Danach ist, kursorisch gesagt, das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die gemeinsamen Kinder wohnen. Wenn die Ehe kinderlos geblieben ist, gilt der Gerichtsstand, in dessen Bezirk die Eheleute gewohnt haben, sofern einer von beiden da noch wohnt. Wenn beide weggezogen sind, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Wenn der im Ausland ist, ist der Wohnort des Antragstellers maßgeblich. Wenn beide nicht mehr in Deutschland sind, ist das Familiengericht Berlin-Schöneberg zuständig.

Für Fälle mit Ausländerbeteiligung gilt § 98 FamFG. Danach ist ein deutsches Familiengericht wahlweise zuständig, wenn

1. einer von beiden Deutscher ist,
2. beide in Deutschland wohnen,
3. einer staatenlos mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland ist oder
4. ein Ehegatte in Deutschland wohnt.¹⁹⁵

¹⁸⁸ BGH FamRZ 2007, 895.

¹⁸⁹ BGH FamRZ 2001, 907.

¹⁹⁰ Das Hindernis zur Berufungseinlegung entfällt also mit Bekanntgabe des Vkh-Bewilligungsbeschlusses, so auch BGH FamRZ 2001, 1143.

¹⁹¹ BGH FamRZ 2006, 1271 unter Bezugnahme auf das Justizmodernisierungsgesetz vom 24.8.2004.

¹⁹² BGH FamRZ 2018, 449.

¹⁹³ BGH FamRZ 2018, 449.

¹⁹⁴ BGH FamRZ 2017, 1068.

¹⁹⁵ Es sei denn, dass die angestrebte Scheidung *offensichtlich nach dem Recht keines der Staaten anerkannt würde, denen einer der Ehegatten angehört.*

EG-rechtlich gilt die Brüssel IIa-VO. Mitgliedsstaaten sind alle Staaten der EG bis auf Dänemark. Nach Art 3 I a, 5. Spiegelstrich der VO sind für Scheidungsfälle, in denen die Eheleute in unterschiedlichen Ländern leben (was nicht zwingend bedeutet, dass sie unterschiedliche Staatsangehörigkeiten haben), die Gerichte zuständig, in deren Hoheitsgebiet *der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat*, d. h. den Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse.¹⁹⁶

In allen Fällen der Zuständigkeit eines deutschen Familiengerichts gilt das deutsche **Prozessrecht**, also das FamFG.

Die Frage, welches **materielle** Scheidungsrecht anzuwenden ist, beantwortet Art. 14 EGBGB (Ehewirkungsstatut):

Nach Art. 14 I 1. EGBGB findet deutsches Scheidungsrecht Anwendung, wenn mindestens einer von beiden die deutsche Staatsangehörigkeit hat. Nach Art. 14 I Ziff. 2 ist deutsches Recht anzuwenden, wenn zwei Ausländer in Deutschland zusammengewohnt haben, und nach Ziff. 3 ist unser Recht anwendbar, wenn die Eheleute mit Deutschland *auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind*.

M. a. W.: Es ist nicht ganz leicht, einen Fall zu bilden, in dem in Deutschland eine Scheidung nach fremdem materiellen Recht geschieden wird, zumal auch noch für Mehrstaater die Rechtswahl nach Art. 14 II EGBGB und für Sonstige nach Art 14 III EGBGB getroffen werden kann. Um z. B. das tschechische Scheidungsrecht zur Anwendung gelangen zu lassen, müssen beide Eheleute die tschechische Staatsangehörigkeit haben und nicht (mehr) in Deutschland wohnen.

¹⁹⁶ OLG Köln FamRZ 2018, 991: Eine Polin, die in Deutschland zwei Jahre lang ein Ehepaar pflegt, aber in dieser Zeit zweimal mehrere Monate lang nach Polen zurückkehrt, hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland.

*Klar hab ich gestern alles unterschrieben
Er denkt ja sonst, ich würde ihn nicht lieben*

2 Eheverträge und Scheidungsfolgenvergleiche

2.1 Inhaltskontrolle

Alle Eheverträge und Scheidungsfolgenvergleiche unterliegen der Inhaltskontrolle, d.h. der Prüfung der Frage, ob sie gegen ein gesetzliches Verbot oder ein von der Rechtsprechung entwickeltes Sittenwidrigkeitsverdict verstoßen.

2.1.1 Unterhaltsverträge

Zunächst zu den Begriffen: Unterhaltsverträge sind Vereinbarungen unter mindestens zwei Beteiligten über das „Ob“ und das „Wie“ des Unterhalts. In vielen Fällen handelt es sich um einen wechselseitigen Verzicht.

Auch ein Vergleich ist ein Vertrag, und zwar mit der Besonderheit, dass *der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird* (so die Legaldefinition des Vergleichs in § 779). Ein Unterhaltsvergleich läuft immer auf einen bestimmten Betrag hinaus, oft bezogen auf einen bestimmten künftigen Zeitraum und verbunden mit einer Pauschalregelung für die Vergangenheit.

In unserem Rechtssystem herrscht Vertragsfreiheit. Eigentlich können sich demnach Eheleute vor oder nach der Scheidung über alle Unterhaltsansprüche der Kinder und des wirtschaftlich schwächeren Partners einigen. Doch Vorsicht! Manche Verträge sind dem Parteiwillen entzogen.

2.1.1.1 Verzicht auf Kindesunterhalt

Ein auch nur teilweiser Verzicht auf Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder wäre als Vertrag zulasten Dritter null und nichtig.¹ Zulässig ist i. d. R. die vollständige oder teilweise Freistellung eines Elternteils von den Ansprüchen der Kinder² (Mutter springt für Vater ein oder umgekehrt).³ Diese aber ändert nichts an der Haftung des Freigestellten im Außenverhältnis.

¹ S. u. a. OLG Hamm FamRZ 2001, 1023.

² Wenn der betreuende Vater die Mutter von Kindesunterhaltsansprüchen freigestellt hat, kann er nicht als gesetzlicher Vertreter der Tochter den Unterhalt erfolgreich gegen die Mutter einklagen (nach dem altherwürdigen römischen Rechtsgrundsatz, dass derjenige arglistig handelt, der etwas fordert, was er gleich darauf wieder zurückgeben muss, Verstoß gegen § 242 BGB), so zutreffend OLG Naumburg FamRZ 2005, 298.

³ S. OLG Hamm FamRZ 1999, 163.

2.1.1.2 Verzicht auf Trennungsunterhalt

Nach § 1585c können Ehegatten über die Unterhaltungspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen (formfrei, d.h. ohne notarielle Mitwirkung⁴).

Jeder Verzicht auf **künftigen** Trennungsunterhalt – wenn ein materiellrechtlicher Anspruch überhaupt besteht – wäre jedoch nichtig (§ 1614 I BGB).⁵ Auf TU-Rückstände darf man also verzichten. Schwierig ist die Abgrenzung zwischen **zulässiger Ausgestaltung** (maximal ca. 10 %) und **unzulässigem Teilverzicht**. Hier ist es erforderlich, erst einmal die Höhe des angemessenen Unterhalts zu ermitteln.⁶

Keine Auslegungsprobleme ergeben sich aus der Formulierung „... *erlischt der Anspruch auf Unterhalt endgültig*“. Auch dies ist natürlich ein – beim Trennungsunterhalt nichtiger – Verzicht.⁷

Wenn für die Zeit von einem bestimmten kalendarischen Datum an per Ehevertrag auf Unterhalt verzichtet wird, unabhängig davon, ob die Ehe da schon geschieden ist oder nicht, tritt Teilnichtigkeit bezüglich der Zeit bis zur Scheidungsrechtskraft ein. Für die Zeit danach ist der Verzicht wirksam, da er den Nachscheidungsunterhalt betrifft (in einer Entscheidung des OLG Hamm⁸ begründet wegen vollschichtiger Erwerbsobliegenheit der Frau).

Eine **Haftungsfalle** bildet § 1614 II: Wenn der Trennungsunterhalt insgesamt und ohne konkrete Benennung des zeitlichen Bezugsrahmens mit der Summe X im Voraus abgefunden wird, wird die Abfindung, sofern die Frau das Geld flugs verbraucht (*bei erneuter Bedürftigkeit des Berechtigten*) nur auf die ersten drei Monate angerechnet. Für die Zeit danach wird der Ehemann abermals zur Kasse gebeten.

2.1.1.3 Verzicht und Verpflichtung zulasten der Sozialverwaltung

Auch ein wechselseitiger Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, „*und zwar auch für den Fall der Not*“, wie oft und gern zu Protokoll gegeben wird, kann sittenwidrig sein,

- wenn der Betreuungsunterhalt ausgeschlossen oder auch nur eingeschränkt wird
- oder wenn das Sozialamt für einen von beiden Hilfe zum Lebensunterhalt (§ 27 SGB XII) leistet⁹

⁴ Wer sich vor Scheidungsrechtskraft über den Nachscheidungsunterhalt einigen will, braucht allerdings einen Notar oder eine Vergleich vor dem Scheidungsrichter, der die notarielle Form ersetzt (§ 127a BGB). Der überwiegende Teil der Rspr. meint überdies, dass die Einigung auch in einem Trennungsunterhaltsprozess zu Protokoll gegeben werden kann (OLG Oldenburg FamRZ 2013, 385, bestätigt durch BGH FamRZ 2014, 728).

⁵ Einziger „Ausreißer“ in der Rspr.: OLG Köln FamRZ 2000, 609, mit ablehnender Anm. *Bergschneider* (daselbst) und *Deisendorfer*, FamRZ 2000, 1368.

⁶ BGH FamRZ 2015, 2131.

⁷ OLG Koblenz FamRZ 2007, 479.

⁸ OLG Hamm FamRZ 2007, 732.

⁹ BGH NJW 1987, 1546; OLG Koblenz FamRZ 2004, 1495.

- oder wenn bei Abschluss des Scheidungsfolgenvergleichs absehbar ist, dass einer von beiden auf Sozialhilfe angewiesen sein **wird**.¹⁰

Dann nämlich wird dem Amt die Rückgriffsmöglichkeit auf den Ex-Ehegatten genommen (wiederum **Vertrag zulasten eines Dritten**).

Dabei kommt es immer auf die Motivlage, nicht auf das Ergebnis an: Wenn durch den Verzicht bezweckt war, die eheliche Lebensgemeinschaft wieder herzustellen und ihr eine überschaubare wirtschaftliche Grundlage zu verschaffen, tritt trotz späteren Sozialhilfebezugs des verzichtenden Partners *keine* Sittenwidrigkeit ein.¹¹ Wird die Gefahr eines *späteren* Sozialhilfebezugs bei Vertragsabschluss nicht gesehen, ist die Vereinbarung wirksam.¹² Unwirksam ist sie nur, wenn sich die Vertragsschließenden der späteren Sozialhilfebedürftigkeit bewusst waren.¹³ Einer Schädigungsabsicht bedarf es nicht; für die Nichtigkeit genügt es, dass der Vertrag seinem objektiven Gehalt nach zu Lasten des Sozialhilfeträgers geschlossen wurde.¹⁴

Nicht sittenwidrig ist ein Unterhaltsverzicht, wenn zwar der Verzichtende auf Leistungen des Sozialamts angewiesen bleibt, der potentielle Unterhaltsschuldner aber ebenfalls Sozialleistungen bezieht und deshalb sowieso nicht leistungsfähig ist.¹⁵

2.1.1.4 *Sittenwidrige Ausnutzung sozialer oder wirtschaftlicher Unterlegenheit*

Neben den erörterten Fällen sind weitere Sittenwidrigkeitsfälle denkbar. Sie kommen auch in der Praxis vor:

Eine sittenwidrige Ausnutzung sozialer Unterlegenheit ist nicht nur in den Schwangerschaftsfällen gegeben (s. 2.1.1.6), sondern auch dann, wenn die Ehefrau Alkoholikerin ist und der Verzicht nicht im Rahmen eines Ehevertrages („last-minute-Vertrags“¹⁶), sondern per Scheidungsfolgenvergleich erklärt wird.¹⁷ Auf der subjektiven Seite bedeutet die Sittenwidrigkeit, dass der begünstigte Ehepartner von einer **verwerflichen Gesinnung** getrieben ist.¹⁸

Der BGH¹⁹ hat am 30.10.2012 den Gesichtspunkt der unterlegenen Verhandlungsposition besonders hervorgehoben, indem er ausführte, dass sich aus der Unausgewogenheit des Vertragsinhalts noch nicht die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages ergibt. Nichtig ist der Vertrag nur, wenn dreierlei zusammenkommt:

¹⁰ OLG Hamm FamRZ 1991, 88.

¹¹ OLG Koblenz FamRZ 1995, 171.

¹² OLG Nürnberg FamRZ 1996, 296.

¹³ OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1217 (Ls).

¹⁴ OLG Köln FamRZ 2003, 767.

¹⁵ BGH FamRZ 2007, 197 (keine einseitige Lastenverteilung).

¹⁶ Anm. *Bergschneider* in FamRZ 2005, 453.

¹⁷ FamG Rheine FamRZ 2005, 451.

¹⁸ BGH FamRZ 2014, 629, 633.

¹⁹ BGH FamRZ 2013, 195.

- **Ökonomische Disparität,**
- **Kognitive Unterlegenheit des Vertragspartners²⁰ und**
- **verwerfliche Gesinnung des vertraglich Begünstigten.**

Wenn der Mann die Wiederversöhnung von einem Unterhaltsverzicht abhängig macht, auf dass seine Frau ihre künftige eheliche Treue durch den Verzicht „manifestiere“, lässt die Rspr. den Unterhaltsanspruch bestehen.²¹ Der Verzichtsvertrag ist also nichtig. Anderer Ansicht ist der BGH in einem ganz ähnlichen Fall: Macht der Ehemann in einer Ehekrise den Wiederversöhnungsversuch davon abhängig, dass die Frau einen umfassenden Verzicht unterschreibt, wird der Vertrag dadurch nicht unwirksam.²²

Ein grobes Missverhältnis zwischen vertraglicher Leistung und Gegenleistung reicht dagegen nicht aus. Sittenwidrig wird die Sache erst dadurch, dass „*der Übervorteilende eine schwächere Position des Übervorteilten bewusst oder grob fahrlässig ausnutzt*“.²³

Das kann der Fall sein, wenn eine schwangere Frau, die schon ein schwerbehindertes Kind zu versorgen hat, sich vor der Eheschließung auf einen Ehevertrag einlässt, der Gütertrennung vorsieht und den Versorgungsausgleich ebenso ausschließt wie den Nachscheidungsunterhalt. Das BVerfG²⁴ hat diesen Fall wegen Verkennung der Schutzbedürftigkeit der Schwangeren und Verletzung von Art. 2 und 6 GG an das OLG zurückverwiesen.

Der Verzicht auf Betreuungsunterhalt ist heute tabu. Allerdings: Das bewährte **Altersphasenmodell** („0-8-15-Modell“) ist vom BGH²⁵ am 15.6.2011 **abgeschafft** worden. Angesichts der Abschaffung des Altersphasenmodells tut sich eine Grauzone auf, in der unklar ist, ob überhaupt noch ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt besteht. Das kann nur der Fall sein, wenn die Frau und Mutter noch keine vollschichtige Erwerbsobliegenheit hat, und das ist immer eine Frage des Einzelfalls.

Wenn ein Verzicht auf Betreuungsunterhalt angeboten wird, solange die Kinder noch nicht „aus dem Gröbsten raus“ sind, sollte man als Mann also gleich abwinken und den Notunterhalt anerkennen. Etwas Anderes gilt nur, wenn eine Frau verzichtet, weil sie mit einem anderen Partner schon knapp zwei Jahre zusammenlebt. Dann kann er hoffen, dass sich das Verhältnis als dauerhaft erweist.

Zur Höhe des trotz Verzichts verbleibenden Betreuungsunterhalts hat der BGH²⁶ schon 1995 ausgeführt, dass „*die Berufung auf den Unterhaltsverzicht nur zeitlich begrenzt ausgeschlossen ist, nämlich solange die Notwendigkeit der Betreuung des Kindes andauert*.“ Folge: Für die Zeit ab Aufnahme des Kindes in die dritte Grundschulklasse gab es nur noch 500 DM Betreuungsunterhalt.

²⁰ BGH FamRZ 2013, 195: Krankenschwester gegen Volljuristen. Es wird die Krankenschwestern ggf. interessieren, für geistig minderbemittelt erklärt zu werden, aber letztlich sind sie hier die Geschützten, also die Nutznießer.

²¹ OLG Zweibrücken FamRZ 1996, 869.

²² BGH FamRZ 1997, 156.

²³ OLG Koblenz FamRZ 1996, 1212; Sittenwidrigkeit wurde dort verneint.

²⁴ BVerfG FamRZ 2001, 985.

²⁵ BGH FamRZ 2011, 1375.

²⁶ BGH FamRZ 1995, 291, 292, in Fortführung von BGH FamRZ 1992, 1403.

2.1.1.5 Sittenwidrigkeit von Leistungsversprechen

Nicht nur der Verzicht, sondern auch die Zahlungsverpflichtung kann gegen Treu und Glauben verstoßen. Etwa dann, wenn jemand sich zu einer wie auch immer gearteten Zahlung für den Fall verpflichtet, dass er die Scheidung einleitet²⁷, oder wenn sich die Frau verpflichtet, für den Fall der Geburt eines ehelichen Kindes einen sechststelligen Betrag zu zahlen.²⁸ Beide Verträge wurden für sittenwidrig erklärt.

Wenn sich jemand vertraglich auf Unterhalt in Gestalt einer **Leibrente** (zahlbar bis zum Tode bzw. bis zum Rentenbezug) einlässt (hier: 1.300 DM mtl.), obwohl er nicht ansatzweise leistungsfähig ist (hier: 2.210 DM netto), ist der Vertrag schon an sich wegen mangelnder Vertragsparität sittenwidrig. Er ist aber zusätzlich deshalb sittenwidrig, weil auch dies ein Vertrag zulasten des Sozialleistungsträgers ist, denn der Pflichtige bedarf bei Erfüllung seiner Leibrentenverpflichtung ergänzender Sozialleistungen.²⁹

Die Nichtigkeitskontrolle übersteht auch ein Vertrag nicht, der dem Mann eine Zahlungsverpflichtung ungeachtet seiner Verrentung und seines Selbstbehalts aufbürdet.³⁰

Keineswegs nichtig ist aber ein Vertrag, in dem sich der Mann auf die Dauer von 10 Jahren zu umfassenden Unterhaltszahlungen (2.800 DM mtl.) verpflichtet, die sein Leistungsvermögen völlig überfordern.³¹

Gültig ist auch ein Vertrag, mit dem sich der Schuldner verpflichtet, den vereinbarten Unterhalt auch bei Arbeitslosigkeit und Einkommensminderungen fortzuentrichten. Dem widerspricht auch nicht § 850c ZPO, denn diese Vorschrift schützt zwar vor übermäßigen Vollstreckungszugriffen, dient also der Sicherstellung des Existenzminimums des Schuldners³², beschränkt aber nicht die Vertragsfreiheit.³³

Freilich verlagert sich das Problem auf die Vollstreckungsebene: Der schönste Anspruch nützt nichts, wenn die Berechtigten dennoch leer ausgehen. Verteilt werden kann also nur das, was über die Pfändungsfreigrenze (bzw. bei Unterhaltspflichten über den Notbedarf, nicht zu verwechseln mit dem materiellrechtlichen notwendigen Selbstbehalt!³⁴) hinausragt, wobei eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger stattfindet (§ 850d ZPO). Diese bedeutet keine Verteilung nach Kopfteilen, sondern eine nach dem Verhältnis der titulierten Forderungen zueinander³⁵, sofern die Inhaber der Forderungen gleichrangig i. S. v. § 1609 BGB sind³⁶, wobei sich der

²⁷ OLG Oldenburg FamRZ 1994, 1454.

²⁸ FamG Lörrach FamRZ 1994, 1456.

²⁹ BGH FamRZ 2009, 198.

³⁰ OLG Celle NJW-RR 2004, 1585.

³¹ OLG Stuttgart FamRZ 1998, 1296.

³² Kern/Diehm/Elden/Frauenknecht, ZPO, Rz. 1 zu 850c ZPO.

³³ OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 1436.

³⁴ Diesen bemisst das LG Osnabrück bei Unterhaltspflicht ggü. einer Tochter in FamRZ 2001, 840 auf den doppelten Eckregelsatz nach § 22 BSHG, das LG Neuruppin in FamRZ 2003, 698 dagegen mit dem notwendigen Selbstbehalt (dort 775/675 €, je nach dem, ob der Pflichtige erwerbstätig ist oder nicht).

³⁵ LG Konstanz FamRZ 1998, 1448.

³⁶ Kern/Diehm/Elden/Frauenknecht, ZPO, Rz. 4 zu 850d ZPO unter Bezugnahme auf § 850d II ZPO.

notwendige eigene Unterhalt (Selbstbehalt) nach § 850d ZPO i. d. R. an – damals – § 22 BSHG orientiert³⁷, also nicht einem solchen in Höhe des notwendigen Selbstbehalts entspricht³⁸, und die Rangverhältnisse der Unterhaltsansprüche nach materiellem Recht auch für die Zwangsvollstreckung maßgeblich sind.³⁹ Dabei haben die unmittelbar Unterhaltsberechtigten Vorrang vor Gläubigern, auf die der Unterhaltsanspruch übergegangen ist.⁴⁰

Zum umgekehrten Fall (die Frau verzichtet nicht, sondern erschleicht sich eine Unterhaltsabfindung) Folgendes:

Auch wer vor Gericht einen Vergleich schließt, hat natürlich eine prozessuale Wahrheitspflicht. Verstößt er dagegen (hier: durch Verschweigen einer mütterlichen Zuwendung von 250.000 DM), kann der Vergleich nach § 123 II BGB angefochten werden.⁴¹

Das Versprechen einer **Morgengabe** ist nicht sittenwidrig. Es übersteht auch die Ausübungskontrolle.⁴² Einklagbar ist es nach dem Recht des Staates, dem beide Eheleute angehörten, als sie heirateten, wenn einer von beiden diesem Staat noch angehört.⁴³

2.1.1.6 *Spezialproblem: Sittenwidrigkeit beim Betreuungsunterhalt (Kernbereichslehre)*

Die rechtliche Beurteilung von Verzichtserklärungen durch Frauen, die bei Vertragsabschluss entweder schwanger sind oder bereits mindestens ein betreuungsbedürftiges Kind haben, hat im 21. Jahrhundert einen dramatischen Wandel durchgemacht. Vorher waren derartige Verzichtserklärungen in der Rspr. des BGH⁴⁴ i. d. R. wirksam. Eine Ausnahme war die Entscheidung des FamG Schorndorf⁴⁵ in 1998: Für sittenwidrig wurde dort ein Vertrag erklärt, mit dem ein Mann seiner im 9. Monat schwangeren (!) Frau einen kategorischen Unterhaltsverzicht abgeluchst hatte.

³⁷ LG Kleve FamRZ 1999, 109; Betrag in Höhe des zweifachen Eckregelsatzes. LG Memmingen FamRZ 2004, 1393; Selbstbehalt wie Sozialhilfe. OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 365; Zuschlag von 50 % auf den Eckregelsatz reicht! LG Köln FamRZ 2005, 50; Regelsatz für Haushaltsvorstand + 20 % als Pauschale nach § 21 BSHG.

³⁸ So BGH FamRZ 2003, 1466 unter Hinweis darauf, dass der notwendige Selbstbehalt (damals 840/730 €) höher ausfällt als der Sozialhilfesatz.

³⁹ LG Duisburg FamRZ 1999, 109.

⁴⁰ LG Aachen FamRZ 2001, 177.

⁴¹ BGH FamRZ 2000, 153, 154.

⁴² OLG Köln FamRZ 2016, 720. Entsprechendes gilt für den **Brautschmuck** (nicht rückforderbares Geschenk, hier: im Wert von 21.900 €), s. OLG Hamm FamRZ 2016, 1687.

⁴³ OLG Frankfurt FamRZ 2017, 357.

⁴⁴ BGH FamRZ 1996, 1536.

⁴⁵ FamG Schorndorf FamRZ 1998, 1298.

Vorab:

Der BGH⁴⁶ hat mehrfach bestätigt, dass Verträge, die **vor** der Entscheidung des BVerfG⁴⁷ vom 6.2.2001, mit der die Kernbereichslehre begründet wurde, abgeschlossen worden sind, sich an der besagten Entscheidung messen lassen müssen, mit der für Notare wenig schmeichelhaften Folge, dass plötzlich Verträge null und nichtig waren, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch galten.⁴⁸ Die Gegenmeinung wird hier von *Bosch* vertreten, der gute Gründe dafür aufführt, dass die Rechtslage bei Vertragsabschluss maßgeblich ist.⁴⁹

Die soeben skizzierte alte Rspr. des BGH⁵⁰ ist vom **BVerfG**⁵¹ gekippt worden, und zwar mit dem soeben erwähnten Urteil vom **6.2.2001**, das natürlich viel Furore gemacht hat. Das Gericht hob dabei insbesondere auf den nach Art 6 IV GG gebotenen Schutz vor unangemessener Benachteiligung ab⁵² und – im Wege interdisziplinärer Rechtsfindung – auf die besondere Schutzbedürftigkeit unverheirateter Schwangerer. Der Ehevertrag war nach alledem eine **sittenwidrige Ausnutzung der Unterlegenheitsposition der schwangeren Partnerin**.⁵³

Erschwerend hinzu kam die dem Kindeswohl widersprechende Freistellung des Vaters von Kindesunterhaltsansprüchen, soweit diese um 150 DM Unterhalt für das Kind hinausgingen.⁵⁴

⁴⁶ Zitiert in der Abh. von *Bosch*, FamRZ 2016, 1026, 1029.

⁴⁷ BVerfG FamRZ 2001, 343, 345.

⁴⁸ Sittenwidrigkeit ist, so der BGH noch 1996 (BGH FamRZ 1996, 1536), relativ: Der mit dem Vertrag angestrebte Zustand muss mit dem verglichen werden, der herrschen würde, wenn der Ehevertrag nicht zustande käme. Dieser Zustand wäre vielfach die Fortdauer der nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder des unverheirateten Getrenntwohnens. Aus diesem Blickwinkel hat der BGH auch schon einmal einen vorehelich geschlossenen Ehevertrag, der die Rechte der bereits schwangeren Frau völlig aushöhlte (Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich) gebilligt (BGH FamRZ 1996, 1536).

⁴⁹ Abh. *Bosch* in FamRZ 2016, 1026, 1030.

⁵⁰ BGH FamRZ 1996, 1536.

⁵¹ BVerfG FamRZ 2001, 343, mit zustimmender Anm. von Schwab auf S. 349, Abh. Schubert in FamRZ 2001, 733 und Abh. *Bergschneider* in FamRZ 2001, 1337.

⁵² BVerfG FamRZ 2001, 343, 345.

⁵³ Wie auch das OLG Oldenburg (FamRZ 2004, 545) in einem Parallellfall klargestellt hat, besteht die besondere Perfidie eines Ehevertragsangebots gegenüber einer Schwangeren nicht etwa darin, dass diese nur eingeschränkt geschäftsfähig sei, sondern darin, dass sie sich vor die Alternative gestellt sieht, künftig entweder „*allein für das zu erwartende Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung ... einzubinden, wenn auch um den Preis eines ... sie ... stark belastenden Ehevertrages.*“ Ähnlich OLG Koblenz FamRZ 2004, 805. Im Ergebnis ebenso OLG Nürnberg FamRZ 2005, 454 (Philippin) und OLG Stuttgart FamRZ 2005, 455 (Ehevertrag kurz nach Eheschließung).

⁵⁴ Der Ehevertrag entstammte dem Jahre 1976!

Hieran orientierte sich die Rspr. in der Folgezeit, auch in den Fällen, in denen die Braut bzw. Ehefrau nicht schwanger war (Kriterium: **krasse Benachteiligung bei ungleicher Verhandlungsposition**).⁵⁵

Allerdings schlug in der Folgezeit das Pendel in die andere Richtung aus, und zwar im Sinne des Sittenwidrigkeitsverdikts der Rspr. zu Verträgen, die m.E. durchaus noch keine ganz unangemessene Benachteiligung eines Partners implizieren: So hat das OLG München (Senat Augsburg)⁵⁶ am 1.10.2002 einen Ehevertrag mit folgendem Inhalt für nichtig erklärt:

- Beschränkung des Nachscheidungsunterhalts auf Betreuungsunterhalt.
- Begründung einer Lebensversicherung als unvollkommener Ausgleich für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs.
- Gütertrennung bei erheblichem Anfangsvermögen des Mannes.

Die Ehefrau (Archäologin rumänischer Abstammung) war bei Vertragsabschluss nicht schwanger, hatte aus der Ehe ein knapp zweijähriges Kind und war vom Mann nicht unter Druck gesetzt worden.

Wie *Bergschneider* in seiner Urteilsanmerkung⁵⁷ zutreffend ausführt, würde der Spielraum für Eheverträge und Scheidungsfolgenvergleiche sehr gering, wenn der BGH dieser Rspr. folgte, ganz abgesehen davon, dass dann Tausende von bereits beurkundeten notariellen Verträgen sittenwidrig wären.

Erfreulicherweise ist der **BGH in seinem berühmten Urteil vom 11.2.2004**⁵⁸ und der dort entwickelten **Kernbereichslehre** dem aber nicht gefolgt, sondern hat vielmehr festgestellt:

Grundsätzlich sind Nachscheidungsunterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich disponibel, d. h. Ehegattenvereinbarungen zugänglich. Gleichwohl darf die **Disponibilität** der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch Eheverträge oder Scheidungsfolgenvergleiche beliebig unterlaufen wird. Die Bedeutung eines jeden Schutzzwecks führt dabei zu einer **Rangabstufung**⁵⁹ der Folgenachen:

1. Der Betreuungsunterhalt ist tabu (evident einseitige Lastenverteilung)⁶⁰; dies gilt auch für den Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes.⁶¹
2. Das Gleiche gilt für den Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt, soweit die Unterhaltspflicht eheliche Nachteile ausgleichen soll.⁶²

⁵⁵ S. z. B. FamG Schwäbisch Hall FamRZ 2003, 1284: Brasilianische Ehefrau ohne realistische Erwerbschancen (ein gemeinsames Kind) verzichtet auf Nachscheidungsunterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich. Ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 461: Brasilianerin verzichtet zwei Wochen vor der Hochzeit in Deutschland auf jeglichen Unterhalt, Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich.

⁵⁶ OLG München FamRZ 2003, 35.

⁵⁷ Anm. *Bergschneider* in FamRZ 2003, 38 f.

⁵⁸ BGH FamRZ 2004, 601.

⁵⁹ BGH FamRZ 2004, 601, 605.

⁶⁰ So schon kurz zuvor (13.11.2003) OLG Hamm FamRZ 2004, 1294 (völlig unangemessen) in einem Fall, in dem der Pflichtige auch noch Anwalt und Notar war.

⁶¹ OLG Celle FamRZ 2014, 1787 (Ls.).

⁶² BGH FamRZ 2005, 1449.

3. Krankheits- und Altersunterhalt können nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden.
4. Auf derselben Rangstufe wie der Altersunterhalt rangiert der Versorgungsausgleich.
5. Es folgen die übrigen Unterhaltstatbestände:
 - a. Arbeitslosigkeit.
 - b. Aufstockung.⁶³
 - c. Billigkeit.
 - d. Diese sind i. d. R. disponibel.⁶⁴
6. Der ehevertraglichen Disposition unbeschränkt zugänglich ist der Zugewinnausgleich.⁶⁵

Ein **Notar**, der im Rahmen eines Ehevertrages – die Braut war erkennbar hochschwanger – einen Verzicht auf nacheheliche Unterhaltsansprüche beurkundet, ohne darauf hinzuweisen, dass der Verzicht wegen Versorgung gemeinsamer Kinder unwirksam ist, muss, wenn er Pech hat, den Vater von den Unterhaltsansprüchen der geschiedenen Frau freistellen.⁶⁶ Denn wenn der Notar – so das OLG Düsseldorf⁶⁷ – seiner Belehrungspflicht nachgekommen wäre, hätte der Mann eingesehen, dass er im Falle der Eheschließung und anschließenden Scheidung auf jeden Fall Unterhalt würde zahlen müssen. Ergo hätte er gar nicht erst geheiratet und hätte sich die Unterhaltslast erspart, jedenfalls die, die über den Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB hinausgehen.

Die Kernbereichslehre impliziert auch:

Wenn im Rahmen einer Paketlösung der Betreuungsunterhalt gewahrt ist, können Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich wirksam ausgeschlossen werden.⁶⁸

Selbstverständlich sind auch Modifikationen des Zugewinnausgleichs zulässig. „Klassiker“ ist die Herausnahme eines Gewerbebetriebs oder einer Praxis aus dem Anfangs- wie Endvermögen (**modifizierter Zugewinnausgleich**). Ebenso kann man, so das OLG Nürnberg⁶⁹, einen privilegierten Erwerbsgegenstand (hier: 3 Grundstücke aus einer elterlichen Erbschaft) aus dem Anfangs- wie Endvermögen herauslassen. Das ist selbst dann wirksam, wenn sich dadurch im Ergebnis das Spiel umdreht, d. h. wenn am Ende die Frau Zugewinnausgleich zahlen muss, während sie bei Einbeziehung des privilegierten Erwerbs beim Mann Ausgleichsgläubigerin gewesen wäre.⁷⁰

⁶³ Zur Disponibilität des Aufstockungsunterhalts s. OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 519.

⁶⁴ So auch im Fall einer Ärztin, die mit einem Multimillionär verheiratet war, der sich auf den Ehevertrag berief, demzufolge die Unterhaltspflicht mit dem 18. Geb. des jüngsten Kindes enden sollte, OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 216. Der Betreuungsunterhalt war nicht berührt, also war der Vertrag nicht sittenwidrig!

⁶⁵ Zuletzt OLG München FamRZ 2017, 157.

⁶⁶ OLG Düsseldorf DNotZ 1997, 656.

⁶⁷ OLG Düsseldorf DNotZ 1997, 656, 658.

⁶⁸ OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 522.

⁶⁹ OLG Nürnberg FamRZ 2012, 1710.

⁷⁰ OLG Nürnberg FamRZ 2012, 1710.

Daneben unterscheidet der BGH⁷¹ sehr sorgfältig zwischen **Wirksamkeitskontrolle** und richterlicher **Rechtsausübungskontrolle** (s. hierzu **2.3**): Wenn die Wirksamkeitskontrolle ergibt, dass der Vertrag nicht nach § 138 BGB sittenwidrig ist, kann gleichwohl die durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht in der Folgezeit missbraucht werden (§ 242 BGB). Auch dafür war im Urteil der Vorinstanz nichts erkennbar.

Der BGH hat deshalb das Urteil des Augsburger Senats des OLG München⁷² aufgehoben und zurückverwiesen.⁷³ Denn der Betreuungsunterhalt war dort gerade nicht ausgeschlossen worden, ein Zugewinn war noch gar nicht entstanden und für den Verzicht auf den Versorgungsausgleich war immerhin eine – wenn auch möglicherweise nicht sehr üppige – Gegenleistung (Kapitallebensversicherung) vorgesehen.

In einer Konsequenzentscheidung vom 17.10.2007 ließ der BGH⁷⁴ einen Zugewinnausgleichsverzicht sowohl die Wirksamkeits- als auch die Ausübungskontrolle passieren: Der Verzicht war wirksam, obwohl die Frau vortrug, sie habe sich wenigstens ein gutes Abschneiden in puncto Versorgungsausgleich erhofft; ihr Mann habe dann aber als Selbständiger gar keine Versorgungsanswartschaften erworben.

2.1.1.7 Prozessuales

Abschließend einige **prozessuale Hinweise**:

Wer einen Ehevertrag für nichtig hält (Inhaltskontrolle, hier: Übervorteilung einer schwangeren Partnerin), kann zwar sogleich innerhalb des Verbundes auf Nachscheidungsunterhalt und Zugewinnausgleich klagen, muss das aber nicht: Er darf auch, so zutreffend das OLG Düsseldorf⁷⁵, vorab die Nichtigkeit des Ehevertrages per Feststellungsklage (§ 256 ZPO) feststellen lassen.

Es besteht aber kein Feststellungsinteresse außerhalb des Scheidungskontextes: Wenn weder ein Scheidungsverfahren anhängig ist⁷⁶ noch klar ist, ob es überhaupt jemals zur Scheidung kommt, bedarf der Nachscheidungsunterhalt keiner Klärung dem Grunde nach.⁷⁷

Wenn das Scheidungsverfahren noch rechtshängig ist oder die Ehe bereits geschieden ist, fehlt es ebenfalls am Feststellungsinteresse, da derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit eines Ehevertrages beruft, Leistungsklage erheben kann.⁷⁸

⁷¹ BGH FamRZ 2004, 601.606; BGH FamRZ 2005, 26.

⁷² OLG München FamRZ 2003, 35.

⁷³ Tausende von Notaren und Rechtsanwälten atmeten nach Bekanntwerden der Entscheidungsgründe auf.

⁷⁴ BGH FamRZ 2008, 386.

⁷⁵ OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 282.

⁷⁶ OLG Frankfurt FamRZ 2006, 713.

⁷⁷ OLG Frankfurt FamRZ 2005, 457.

⁷⁸ OLG Naumburg FamRZ 2008, 619 (dort: auf Zugewinnausgleich).

2.1.2 Versorgungsausgleich

Stets – so der BGH⁷⁹ in einer Folgeentscheidung zum Kernbereichsurteil – muss eine umfassende **Gesamtwürdigung** der persönlichen (auch gesundheitlichen) und wirtschaftlichen Verhältnisse der Eheleute sowie der getroffenen Regelungen angestellt werden. Vergleich bedeutet fast immer ein Geben und Nehmen, und man darf nicht aus einer **Paketlösung** einen einzigen Verzicht herausgreifen und diesen allein würdigen. Eine isolierte Betrachtung des Versorgungsausgleichsausschlusses reicht also nicht aus.

Die Parteien können sich über zweierlei einigen, nämlich über

- die Ausgestaltung und den teilweisen Ausschluss gegen Erbringung eines Äquivalents einerseits und
- den vollständigen Ausschluss ohne hinreichende Gegenleistung andererseits.

Überflüssigerweise betont § 8 I VAG, dass Vereinbarungen einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten müssen.

2.1.2.1 Vereinbarungen über die Ausgestaltung des VA

Nach § 6 I VAG können die Parteien den VA

- in güterrechtliche Regelungen einbeziehen,
- teilweise (oder vollständig, s. 2.1.2.2) ausschließen oder
- schuldrechtlich regeln.

Ein Teilausschluss kann etwa in der Weise geschehen, dass der Ausgleich auf einen kalendarisch bestimmten Teil der Ehezeit beschränkt wird. Er kann mit und ohne Gegenleistung vereinbart werden.

Generell gilt:

Der entschädigungslose Verzicht ist zulässig. Er scheitert nicht ohne Weiteres bei der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle⁸⁰; zu den Ausnahmen s. 2.1.2.2.

Eine Verrechnung mit dem Zugewinnausgleich soll nach § 47 V VAG mit Hilfe des **versicherungsmathematischen Barwerts** erfolgen, sofern der KoKa nicht ermittelt werden kann. Ohne Sachverständigengutachten wird man hier nicht weiterkommen.

Den Parteien steht es aber frei, für den eventuellen Verzicht auf ein Anrecht einen güterrechtlichen Ausgleich zu schaffen. Das Haftungsrisiko ist m.E. gering, da jede Regelung Imponderabilien enthält, insbesondere die nicht feststehende Lebensdauer des/der Berechtigten.

Ob Anrechte aus Beamtenversorgung mit anderweitigen (geringeren) Anrechten des anderen Ehegatten verrechnet werden dürfen, ist umstritten.⁸¹ Das KG⁸² meint (wie

⁷⁹ BGH FamRZ 2005, 26.

⁸⁰ OLG Brandenburg FamRZ 2017, 437 (Ls).

⁸¹ OLG Schleswig FamRZ 2012, 1144: geht nicht. OLG Celle FamRZ 2012, 1722: geht, kein Verstoß gegen § 8 II VAG!

⁸² KG FamRZ 2016, 1166.

OLG Celle⁸³, gegen OLG Schleswig⁸⁴): Zulässig sind sog. Saldierungsabreden mit dem Ziel, dass dem ausgleichspflichtigen verbeamteten Ehegatten ein größerer Teil seiner Beamtenversorgung verbleibt und dieser im Gegenzug auf die Übertragung eines entsprechenden Anteils aus der GRV des anderen verzichtet.

Dass Verrechnungen von GRV-Anrechten mit extern auszugleichenden Anrechten des anderen Ehepartners (Beamter) zulässig sind, meint auch das OLG Brandenburg⁸⁵; die Zustimmung des anderen kann aber weder nach § 242 noch nach § 1353 I 2 BGB erzwungen werden.⁸⁶

Unzulässig sind Vereinbarungen, die auf einer anderen Ehezeit beruhen. Es darf lediglich das Ehezeit-Ende rückverlagert werden.

Schon aus haftungsrechtlichen Gründen sollte man Vereinbarungen erst schließen, wenn der Wert der ehezeitlichen Anwartschaften feststeht oder hinreichend genau ermittelt werden kann, damit man weiß, wovon man spricht.

Zum formalen Aspekt:

Vereinbarungen über den VA, die vor Scheidungsrechtskraft geschlossen werden, bedürfen

- der notariellen Beurkundung oder
- der Protokollierung durch das Gericht nach § 127a BGB oder
- eines Vergleichs ohne mündliche Verhandlung nach § 36 I, III FamFG i. V.m. § 278 VI ZPO.⁸⁷

Wenn erst einmal eine rechtskräftige Entscheidung über den VA vorliegt, ist diese ohne eine weitere gerichtliche Entscheidung nicht mehr modifizierbar, d.h. die Vertragsfreiheit endet mit der Rechtskraft.

Abschließend eine schlechte Nachricht für Anwälte und Mediatoren:

Wenn der anwaltliche Mediator im Zusammenwirken mit dem Anwalt der Frau einen Scheidungsfolgenvergleich ausarbeitet, der auch einen VA-Ausschluss enthält, **ohne** die Auskünfte der Versorgungsträger abzuwarten und die Beteiligten über die Verzichtsfolgen aufzuklären, und sich *post festum* herausstellt, dass die Frau durch den (wirksamen!) Ausschluss einen Schaden im oberen vierstelligen Bereich erlitten hat, sind beide Anwälte regresspflichtig.⁸⁸

2.1.2.2 Vereinbarungen über den Ausschluss

Trotz weitgehender Disponibilität nach der Kernbereichslehre ist der VA-Ausschluss sittenwidrig, wenn er

⁸³ OLG Celle FamRZ 2012, 1722: geht, kein Verstoß gegen § 8 II VAG!

⁸⁴ OLG Schleswig FamRZ 2012, 1144: geht nicht.

⁸⁵ OLG Brandenburg FamRZ 2017, 876.

⁸⁶ OLG Brandenburg FamRZ 2017, 876.

⁸⁷ OLG Brandenburg FamRZ 2014, 1202.

⁸⁸ BGH FamRZ 2017, 1979.

- entweder in einen Globalverzicht eingebunden ist, der auf einer Störung der subjektiven Vertragsparität beruht⁸⁹,
- oder wenn kein Äquivalent geboten wird **und** die Frau dadurch unfehlbar im Alter Not leidet.⁹⁰

Beispiele:

- **Sittenwidrig** ist der Ausschluss, wenn der fast vollkommene Ausschluss (neben Gütertrennung und einer Einschränkung des Nachscheidungsunterhalts) einer Alkoholikerin abgerungen wird.⁹¹
- Unwirksam ist er auch, wenn die Frau bei Abschluss des Ehevertrages **schwanger** war und in der Ehe wegen Geburt und Versorgung dreier Kinder lange Jahre nicht erwerbstätig war.⁹²
- Nichtig ist er ferner, wenn die Parteien bei Vertragsabschluss bewusst in Kauf nehmen, dass die (i. Ü. hochschwangere!) Frau wegen Kinderbetreuung alsbald aus dem Erwerbsleben ausscheidet und – bis auf Kindererziehungszeiten – keine eigenen Anwartschaften erwerben wird.⁹³
- Nichtig ist er, wenn der Verzichtende nach langer Ehe keine ausreichende Alterssicherung hat.⁹⁴
- Nichtig ist er, wenn sich der Verzicht als Vertrag zulasten Dritter entpuppt⁹⁵, nämlich zulasten der Sozialverwaltung, die dann eine Grundsicherungsrente zu gewähren hat.

Folgende Ausschlüsse wurden gebilligt:

- Völlig unbedenklich ist ein Vertrag, der die Durchführung des VA auf den Fall beschränkt, dass die Frau und Mutter ihre Erwerbstätigkeit bis zum 6. Geburtstag des jüngsten Kindes einschränkt.⁹⁶
- Durchgewinkt wurde ein VA-Verzicht, der nicht nur durch eine auf die Erben des Verpflichteten übergehende(!) Unterhaltslast, sondern auch durch die Übertragung einer Eigentumswohnung für den Scheidungsfall **kompensiert** worden war.⁹⁷

Grundsätzlich tun Anwälte und Notare gut daran, keinen kompensationslosen Ausschluss herbeizuführen – es sei denn, es ist mit den Händen zu greifen, dass nicht

⁸⁹ OLG Hamm FamRZ 2013, 1311: Ausnutzung einer Zwangslage, intellektuelle Unterlegenheit, soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit.

⁹⁰ OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1942.

⁹¹ OLG Koblenz FamRZ 2006, 428.

⁹² OLG Dresden FamRZ 2006, 1546. Ebenso BGH FamRZ 2009, 1041: Beide Ehegatten wussten, dass die Schwangere bis auf weiteres keine eigenen Anwartschaften würde erwerben können (abgesehen von Kindererziehungszeiten).

⁹³ BGH FamRZ 2008, 2011.

⁹⁴ OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1942.

⁹⁵ OLG Hamm FamRZ 2013, 1311.

⁹⁶ OLG Zweibrücken FamRZ 2014, 1111.

⁹⁷ OLG Karlsruhe FamRZ 2010, 34.

viel dabei herauskäme. Die Rspr. hält den kompensationslosen Ausschluss insbesondere dann für sittenwidrig, wenn die Frau die Kinderbetreuung übernimmt.⁹⁸

Wenn die Parteien den VA wirksam ausschließen, hat das Gericht dies nach § 224 III FamFG ausdrücklich festzustellen, und zwar mit dem Tenor:

Der Versorgungsausgleich findet nicht statt.

Wenn das Gericht keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit des VA-Ausschlusses sieht, darf es den Beteiligten die Ausfüllung der Fragebögen zu den ehezeitlichen Anwartschaften nicht abverlangen und darf deshalb auch kein Zwangsgeld festsetzen, wenn keine Auskunft erteilt wird.⁹⁹

2.1.3 Zugewinnausgleich

2.1.3.1 Grundsatz

Nach der Kernbereichslehre ist der Zugewinnausgleich bedenkenfrei disponibel.¹⁰⁰

Erst recht ist natürlich ein Zugewinnausgleichsverzicht mit Gütertrennung wirksam, wenn ein Äquivalent (z. B. Grundstücksübertragung) geboten wird.¹⁰¹

Wenn allerdings der Verzicht auf den Zugewinnausgleich Teil eines nichtigen Globalverzichts ist, so geht er sozusagen mit unter, weil es keine Teilnichtigkeit gibt. In krassen Fällen bewahrt auch die salvatorische Klausel den Vertrag nicht vor dem Sittenwidrigkeitsverdikt (s. 2.2.2).

2.1.3.2 Güterstandsschaukel

Von der Rspr. anerkannt wird auch die sog. **Güterstandsschaukel**.

Gemeint ist damit das Hin und Her von der Zugewinnngemeinschaft zur Gütertrennung und zurück.

Die Güterstandsschaukel ist i. d. R. steuerrechtlich motiviert: Es handelt sich um eine Gestaltung, bei der die Ehegatten bei Fortbestand der Ehe die Zugewinnngemeinschaft durch notariellen Ehevertrag beenden, also Gütertrennung (§ 1414 S. 1 BGB) vereinbaren, den Zugewinnausgleich errechnen und diesen an den Ausgleichsgläubiger leisten. Anschließend, d. h. nach einer gewissen Schamfrist, vereinbaren die Eheleute wieder den gesetzlichen Güterstand.

Das ganze Unternehmen kann gefährlich sein, wenn zwischen den Eheleuten kein ungetrübtes Einvernehmen besteht: Es ist ja nicht ausgeschlossen, dass der Ehemann, nachdem Gütertrennung vereinbart ist, nicht mehr in den gesetzlichen Güterstand zurückschaukeln möchte. Motiv: Er will seine Frau nicht mehr an seinem künftigen Vermögen partizipieren lassen.

⁹⁸ Z. B. OLG Koblenz FamRZ 2016, 548 (Ls).

⁹⁹ OLG Rostock FamRZ 2015, 410.

¹⁰⁰ BGH FamRZ 2004, 601; BGH FamRZ 2013, 269.

¹⁰¹ OLG Hamm FamRZ 2006, 337.

Ziel und Zweck der Schaukel ist zweierlei:

- Der Zugewinnausgleich bleibt steuerfrei.
- Die Schenkungsteuer für früher erfolgte Ehegattenschenkungen entfällt im Nachhinein ganz oder weitgehend.

Nach § 1380 BGB wird auf die Zugewinnausgleichsforderung (§ 1378 BGB) eines Ehegatten das angerechnet, was ihm von dem anderen Ehegatten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (egal, ob Schenkung oder ehebedingte Zuwendung) gegenleistungsfrei gewährt wurde, und zwar nach einem nicht unkomplizierten Vierschritt-Verfahren.¹⁰²

Beispiel:

Mann (M) und Frau (F) starten beide mit einem Anfangsvermögen von Null. Während der Ehe überträgt M, der mittlerweile Investmentbanker ist, der F die ideelle Hälfte des schuldenfreien Geschäftshauses in 1a-Lage, das er soeben von seiner Mutter geerbt hat. Die Hälfte ist 2.800.000 € wert. Darüber hinaus zahlt er, nachdem sich bei ihm die ersten geschäftlichen Erfolge eingestellt haben, auf einen Schlag 300.000 € aus der Pleite eines von ihr betriebenen Antiquitätengroßhandels zurück. Am Ende hat M ein saldiertes Vermögen von 12.000.000 €, während F nichts weiter hinzuerworben hat. Der Lebenshaltungskostenindex ändert sich während der Ehe ebenso wenig wie der Grundstückswert. Wer hat gegen wen welchen Zugewinnausgleichsanspruch?

Lösung:

Erster Schritt:

Zugewinn M:

Anfangsvermögen: Null + privilegierter Zuerwerb = 5.600.000 €. Endvermögen: 12.000.000 € + Zuwendungswert nach § 1380 II (2.800.000 € + 300.000 € = 3.100.000 €), zusammen 15.100.000 €.

Zugewinn also 9.500.000 €.

Zweiter Schritt:

Endvermögen F: 3.100.000 € (§ 1380 II 2) minus Zuwendung¹⁰³ (3.100.000 €) = Null.

Dritter Schritt:

Ausgleich: 9.500.000 € minus Null geteilt durch 2 = 4.750.000 €.

Vierter Schritt:

Anrechnung der Vorempfänge¹⁰⁴: 4.750.000 minus 3.100.000 € = 1.650.000 €.

¹⁰² S. Band 4, 1.6.3.

¹⁰³ Palandt-Brudermüller, 77. Aufl., Rz. 8 zu § 1380.

¹⁰⁴ Dass die Anrechnung stattfinden soll, wird nach § 1380 I 2 BGB vermutet, wenn der Wert der Zuwendung den Wert von Gelegenheitsgeschenken übersteigt. Das wird man hier wohl sagen dürfen.

Der endgültige Zugewinnausgleichsanspruch beträgt also 1.650.000 €.

Gemäß § 29 I 3. ErbStG erlischt die Schenkungsteuer für die seinerzeitige Zuwendung mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit die Ausgleichsforderung angerechnet wurde. Damit wird es möglich, durch ehevertragliche Gestaltung nachträglich eine **entstandene Schenkungsteuer für früher erfolgte Ehegattenschenkungen entfallen** zu lassen, woraus sich zugleich ergibt, dass die Güterstandsschaukel nur in Ehen interessant wird, in denen – wie in unserem obigen Beispiel – unter begüterten Eheleute Schenkungen jenseits der steuerrechtlichen Freibeträge gemacht werden.

Die Güterstandsschaukel funktioniert auch als erbschaftssteuerrechtliches Steuersparmodell, sofern die Beteiligten dem überlebenden Ehegatten nicht eine überhöhte Ausgleichsforderung zukommen lassen wollen. Vereinbarungen, die einem Ehegatten für den Fall der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft eine erhöhte güterrechtliche Ausgleichsforderung verschaffen, werden als steuerliche Schenkung auf den Todesfall bzw. unter Lebenden gewertet.

2.1.3.3 Paketlösungen

Unter Paketlösungen versteht man Verträge, in denen mehrere Folgesachen geregelt sind und Teilverzichtserklärungen mit dem umgekehrten Verzicht des anderen Partners in einer anderen Folgesache oder mit Abfindungsregelungen versehen sind. Derartige Paketlösungen sind i. d. R. unbedenklich.

Der Zugewinnausgleichsverzicht kann auch im Sinne einer Teilwirksamkeit bestehen bleiben, wenn der Rest des Vertrages (Unterhaltsverzicht) unwirksam ist (**str.**).¹⁰⁵

Auch ein gleichzeitiger Verzicht auf Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich ist i. d. R. wirksam.¹⁰⁶

Krasser und deshalb dem Sittenwidrigkeitsverdikt unterliegend sind die Fälle, in denen der Zugewinnausgleich zulasten der Frau ausgeschlossen, der VA aber zugunsten des Mannes aufrechterhalten wird.

Beispiel:

Bauunternehmer heiratet Lehrerin, beide vereinbaren Gütertrennung. Der Mann baut bis zur Trennung ein Millionenvermögen auf, die Frau erwirbt Pensionsanswartschaften. Er muss am Ende nichts vom Vermögen ergeben, sie dagegen knapp die Hälfte ihrer Pension.

Das OLG Karlsruhe¹⁰⁷ betont hier die **Funktionsäquivalenz** von Zugewinnausgleich und VA, billigt den Ehevertrag dann allerdings – anders, als der Leitsatz erwarten lässt – doch noch.

¹⁰⁵ OLG Frankfurt FamRZ 2006, 339.

¹⁰⁶ OLG Koblenz FamRZ 2009, 1680.

¹⁰⁷ OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 500. Die Frau hatte Zugewinnausgleich verlangt und sich auf die Sittenwidrigkeit des Ausschlusses berufen. M. E. wäre sie besser beraten gewesen, wenn sie sich auf die Verwirkung des VA berufen hätte (§ 27 VAG).

Außerhalb des Sittenwidrigkeitsverdikts kann man sich auf alles einigen, auch z.B. darauf, dass an die Stelle des Barunterhalts die kostenlose Nutzung einer Wohnung tritt¹⁰⁸, und v.a. darauf, dass an die Stelle des laufenden Unterhalts eine **Unterhaltsabfindung** tritt (kapitalisierter Schlussstrich).¹⁰⁹

Das OLG Thüringen¹¹⁰ hat auch einen Vertrag gebilligt, in dem die Frau sich gegenüber dem Mann zur Zahlung einer Abfindung von 30.000 € gegen einen Globalverzicht (Unterhalt, Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich) verpflichtet hatte.

2.2 Globalverzicht

Generell verdient festgehalten zu werden, dass nicht in allen Fällen der einseitigen Benachteiligung die Inhalts- und Ausübungskontrolle zu einem für die benachteiligte Frau erfreulichen Ergebnis führt.

Außerhalb des Verzichts auf künftigen Betreuungsunterhalt bleibt so ziemlich alles möglich und zulässig. So hat z.B. das OLG Hamm¹¹¹ einen Vertrag gebilligt, in dem die (grundsätzlich erwerbstätige, zur Zeit der Entscheidung aber arbeitslose) Frau anlässlich einer Ehekrise auf Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich verzichtet hatte. Als der Vertrag geschlossen wurde, war das einzige Kind 1 Jahr alt; als der Senat entschied, hatte das Kind seinen 30. Geburtstag schon hinter sich.

2.2.1 Voraussetzungen des wirksamen Globalverzichts

Ein **Globalverzicht** ist unbedenklich,

- wenn er nicht in einen *last-minute*-Vertrag kurz vor Eheschließung eingebettet ist,
- wenn die Frau nicht schwanger ist,
- wenn beide Vermögen haben, beide über eine qualifizierte Berufsausbildung verfügen und keine wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit eines Partners besteht¹¹² und
- (so der BGH¹¹³) keine Zwangslage, keine soziale und wirtschaftliche Abhängigkeit sowie keine intellektuelle Unterlegenheit (**subjektive Imparität**, wie auch das OLG Brandenburg¹¹⁴ zusammenfassend sagt) gegeben ist.

¹⁰⁸ Dieser Vertrag ist bei Änderung der Verhältnisse nur mit Abänderungsklage anfechtbar, nicht im Wohnungszuweisungsverfahren nach § 14 HausratsVO, so OLG Karlsruhe FamRZ 1995, 1157.

¹⁰⁹ Wenn die Abfindung in mehrere Raten zerfällt und beim Tode des Berechtigten noch Raten offen stehen, sind diese nicht vererblich, OLG Hamburg FamRZ 2002, 234.

¹¹⁰ OLG Thüringen FamRZ 2007, 2079.

¹¹¹ OLG Hamm FamRZ 2005, 1567.

¹¹² Anm. *Bergschneider* in FamRZ 2005, 1569.

¹¹³ BGH FamRZ 2013, 195. Ebenso BGH FamRZ 2017, 884 zu einer Unternehmerehe, in der die Frau per Ehevertrag auf VA und Zugewinnausgleich verzichtet und ihren Nachscheidungsunterhalt hatte einschränken lassen: sittenwidrig! Der Fall krankte außerdem daran, dass der Frau der Vertrag, den sie erstmals anlässlich der Beurkundung zur Kenntnis nehmen konnte, sozusagen untergejubelt worden war.

¹¹⁴ OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1893 (Ls). Der Mann hatte einen Hochschul-, die Frau Hauptschulabschluss.

Umgekehrt gesagt: Ein Globalverzicht ist nichtig, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ gegeben sind¹¹⁵:

- Unausgewogenheit des Vertragsinhalts,
- Kognitive Unterlegenheit des Vertragspartners und
- Verwerfliche Gesinnung des Begünstigten.

Wirksam kann sogar ein mit einer Schwangeren abgeschlossener Ehevertrag sein, der allein die Gütertrennung zum Inhalt hat.¹¹⁶

Ein wechselseitiger Unterhaltsverzicht für die Zeit nach der Scheidung ist wirksam, wenn keine grobe Unbilligkeit erkennbar ist, z. B. dann, wenn keine Kinder zu betreuen sind, beide in Zweitehe leben und bei beiden Vermögen gegeben ist und die Altersvorsorge gesichert ist.¹¹⁷

Wirksam ist auch ein Vertrag, in dem die Beteiligten nur eine Anpassung an künftige Einkommenssteigerungen ausschließen¹¹⁸, ebenso ein Vertrag, mit dem sie generell auf jegliche Abänderung nach § 238 FamFG¹¹⁹ (hier: für die Dauer von 5 Jahren) verzichten.¹²⁰

2.2.2 Teilnichtigkeit?

Führt eine Gesamtwürdigung des Ehevertrages zu dem Ergebnis, dass dieser eine Partei einseitig benachteiligt und deshalb sittenwidrig ist, so erfasst die Nichtigkeitsfolge den gesamten Vertrag.¹²¹ Eine **Teilnichtigkeit gibt es nicht**¹²², s. a. den letzten Absatz dieses Kapitels. Das gilt vor allem für den – bei isolierter Betrachtung wirksamen – Ausschluss des Zugewinnausgleichs¹²³, der dann von der Nichtigkeit erfasst wird.

Generell gilt hier die gesetzliche Vermutung des § 139 BGB: Wenn ein Teil nichtig ist, ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig, es sei denn, das Geschäft wäre auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden. Dafür ist ggf. der beweispflichtig, der den Vertrag teilweise retten möchte.

Die Gesamtnichtigkeit gilt auch für Fälle, in denen der Ehevertrag mit einem **Erb- und Pflichtteilsverzicht** in einer Urkunde verbunden ist: Das LG Ravensburg¹²⁴ hatte

¹¹⁵ BGH FamRZ 2013, 195.

¹¹⁶ OLG Hamm FamRZ 2006, 268, mit Anm. *Bergschneider* (S. 269).

¹¹⁷ FamG Kandel FamRZ 2006, 343.

¹¹⁸ BGH FamRZ 2007, 974.

¹¹⁹ Es gilt weiter die Wesentlichkeitsschwelle wie im „alten“ § 323 I ZPO, übrigens mit der Maßgabe, dass der Abänderungswillige sich nicht nur auf geänderte tatsächliche Verhältnisse, sondern auch auf eine Änderung der höchstrichterlichen Rspr. berufen kann, s. *Bahrenfuss/Schwedhelm*, FamFG, Rz. 18 zu § 238 FamFG.

¹²⁰ FamG Geldern FamRZ 2008, 1539 (Abänderung nach § 323 ZPO).

¹²¹ BGH FamRZ 2006, 1097 mit Anm. *Bergschneider* auf S. 1098.

¹²² Bei Nichtigkeit des Versorgungsausgleichsausschlusses gilt das für anderweitige Verzichtserklärungen jedenfalls dann, wenn die Frau im 9. Monat schwanger ist und den Vertrag erst in der notariellen Verhandlung vorgesetzt bekommt, BGH FamRZ 2008, 2011.

¹²³ OLG Köln FamRZ 2010, 29.

¹²⁴ LG Ravensburg FamRZ 2008, 1289.

über einen Vertrag zu entscheiden, mit dem die Frau sich auf Gütertrennung, auf einen Unterhalts-Totalverzicht und auf einen Erb- und Pflichtteilsverzicht eingelassen hatte. Die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages erfasste auch die erbrechtlichen Erklärungen.

Wenn die Nichtigkeit des Unterhaltsausschlusses zum Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt führt, erscheint der Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei geringen Anwartschaftsdifferenzen nicht mehr so schwerwiegend. Also kann dann m. E. ausnahmsweise der Ausschluss des VA weiterhin Gültigkeit haben.

Wem es nur darauf ankommt, den seiner Ansicht nach nichtigen, weil sittenwidrigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu revidieren, der muss schlicht den Versorgungsausgleich „einklagen“ und vom Gericht inzidenter prüfen lassen, ob der Ausschluss tatsächlich nichtig war. Für eine Feststellungsklage mangelt es nach Ansicht des OLG Bremen¹²⁵ am Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO.

Enthält ein Vertrag, der einen Ausschluss des Unterhalts und des Zugewinnausgleichs beinhaltet, zusätzlich die **salvatorische Klausel**, so tritt keine Totalnichtigkeit ein.¹²⁶ Es entfällt sodann nur der sittenwidrige Ausschluss des Betreuungsunterhalts.¹²⁷ **Aber:** Wenn die objektive und die subjektive Seite (krasse Benachteiligung des kognitiv Unterlegenen und verwerfliche Gesinnung des Überlegenen) eindeutig sind, kann der Vertrag trotz salvatorischer Klausel unwirksam sein, mit der Folge, dass der Zugewinnausgleichsausschluss das Schicksal der übrigen Verzichtsklauseln (Unterhalt und Versorgungsausgleich) teilt. Der BGH¹²⁸ hat dies in einem Fall klargestellt, in dem erschwerend hinzukam, dass es sich beim weiblichen Part um eine von der Ausweisung bedrohte Bosnierin handelte, der gar nichts anderes übrigblieb, als den Vertrag zu unterschreiben.

2.2.3 Sonstige Verträge

Erwachsene, die einander vor dem Gesetz keinen Unterhalt schulden, also etwa die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, können sich zur Unterhaltszahlung verpflichten.

Auch können sich Eheleute auf eine Abbedingung der **Wiederverheirathungsklausel** (§ 1586 I) verständigen, d. h. auf eine Vereinbarung, derzufolge der Mann auch dann weiterhin Unterhalt zahlt, wenn die Frau abermals heiratet.¹²⁹

Aber: Haben sich Eheleute für die Zeit nach der Scheidung auf einen Verzicht geeinigt, ist dieser unwiderruflich, auch bei veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen¹³⁰, vorausgesetzt, der wirtschaftlich stärkere Partner hat keinen psychischen Zwang ausgeübt.¹³¹

¹²⁵ OLG Bremen FamRZ 2007, 1180.

¹²⁶ FamG Offenbach FamRZ 2009, 1150 mit krit. Anm. *Bergschneider*, S. 1151.

¹²⁷ FamG Hamburg-St. Georg FamRZ 2008, 2033.

¹²⁸ BGH FamRZ 2018, 577 mit Anm. *Bergschneider*, S. 580.

¹²⁹ OLG Bamberg FamRZ 1999, 1278.

¹³⁰ OLG Hamm FamRZ 1993, 973.

¹³¹ OLG Brandenburg FamRZ 2003, 764. Dort wurde die Wirksamkeit des Unterhaltsausschlusses bejaht.

Neben Vergleichen, die gegen die guten Sitten verstoßen, gibt es auch solche, die **auslegungsbedürftig** oder nicht hinreichend bestimmt bzw. widersprüchlich (und deshalb nicht auslegungsfähig) sind. Das OLG Hamm¹³² hat sich etwa mit der Frage auseinandersetzen müssen, was ein Unterhaltsanspruch von 2.850 DM „brutto“ bedeutet. Das Gericht präsentiert einen ganzen Strauß von Auslegungsmöglichkeiten, stellt dann aber auf das (angeblich) von beiden Eheleuten Gemeinte ab: „*Ein Abzug von fiktiven Steuern etc. sollte danach nicht stattfinden.*“

2.3 Ausübungskontrolle

Manche Verträge sind zwar nicht nichtig, jedoch kann sich ihr vermeintlicher Nutznießer nicht auf den Verzicht berufen, wenn er infolge einer späteren Entwicklung damit gegen Treu und Glauben verstößt. Diese **Abstufung** (zuerst **Inhaltskontrolle (Nichtigkeitskontrolle)**, anschließend die zu einem späteren Zeitpunkt anzustellende Überprüfung der Frage, ob die Berufung auf den Vertragsinhalt gegen **Treu und Glauben** verstößt (**Ausübungskontrolle**)) ist auch Thema der BGH-Entscheidung vom 11.2.2004¹³³ und u. a. des Beitrags von *Hahne*.¹³⁴

Die Ausübungskontrolle greift nicht nur bei der **unerwarteten Geburt**¹³⁵ **eines Kindes**, sondern auch dann, wenn entgegen den beiderseitigen Erwartungen bei Abschluss des Ehevertrages am Ende der Ehe beim Vorsorgevermögen eine einseitige und unzumutbare Lastenverteilung gegeben ist.¹³⁶

2.3.1 Unterhalt

Das „Ausübungsverbot“ ist immer wieder in Fällen bejaht worden, in denen der Verzicht mittelbar zu einer Beeinträchtigung des Wohls und der Interessen gemeinsamer Kinder führt¹³⁷, und zwar dergestalt, „*dass der unterhaltsbedürftige Elternteil durch eigene Erwerbstätigkeit gezwungen wäre, die ihm obliegende Pflege und Erziehung des Kindes einzuschränken*“.¹³⁸ Kongenial das OLG Köln: „*Das Berufen auf den unter anderen Verhältnissen erklärten Unterhaltsverzicht ist treuwidrig, wenn der bedürftige Elternteil nunmehr eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müßte und dadurch die ordnungsgemäße Betreuung der gemeinsamen Kinder nicht mehr gewährleistet wäre.*“¹³⁹

In beiden Fällen bekommt zwar die Frau nicht den angemessenen Unterhalt, sondern nur den **Notunterhalt**, bei mangelnder Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ggf.

¹³² OLG Hamm FamRZ 1998, 1295.

¹³³ BGH FamRZ 2004, 601, 605.

¹³⁴ Abh. *Hahne* in DNotZ 2004, 84.

¹³⁵ Geburt entgegen den vermuteten biologischen Gegebenheiten und/oder entgegen der gemeinsamen Lebensplanung.

¹³⁶ KG FamRZ 2017, 791.

¹³⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 734; BGH FamRZ 1992, 1403; OLG Koblenz FamRZ 2001, 227; OLG Hamm FamRZ 2004, 201.

¹³⁸ so OLG Celle FamRZ 1992, 447 m. w. N.

¹³⁹ OLG Köln und inhaltlich gleichlautend OLG Bamberg, beide NJW 1991, 2776; ebenso BGH FamRZ 1997, 873.

weniger. Aber der Unterhaltsausschluss greift eben nicht. Hintergedanke dieser Rechtsprechung ist der, dass die Kinder nicht darunter leiden sollen, wenn die Mutter sich leichtfertig oder unter dem Eindruck der Verwirkungseinrede auf einen Unterhaltsverzicht eingelassen hat: Die Mutter müsste ja arbeiten gehen und würde den Kindern fehlen.

Grundsätzlich ist der Notunterhalt zeitlich unbegrenzt zu gewähren. Ein künftiger Wegfall, also eine zeitliche Begrenzung kann Thema eines Abänderungsantrags sein, den ggf. der Schuldner zu stellen hat.¹⁴⁰

Der Ausübungskontrolle unterliegen auch Verträge, die erst nach Scheidungsrechtskraft geschlossen worden sind. Die Ausübungskontrolle kann zur Folge haben, dass der geschiedene Mann sich während der Dauer der mütterlichen Kinderbetreuung nicht auf den Unterhaltsverzicht berufen darf.¹⁴¹

Sehr fragwürdig ist die Konsequenzentscheidung des OLG Karlsruhe¹⁴² vom 15.7.2004: Dort führte die Ausübungskontrolle nicht zum Wiederaufleben eines einem Teilverzicht unterworfenen Aufstockungs-Unterhaltsanspruchs nach § 1578 II BGB, nachdem sich die Einkommensverhältnisse des Ehemannes während der Ehe unerwartet günstig entwickelt hatten. Ebenso der BGH¹⁴³: Keine Anpassung kommt in Frage, wenn der Mann bei gleicher Ausgangslage nach der Ehe deutlich mehr verdient als erwartet.

Anders das OLG Koblenz¹⁴⁴ am 17.2.2005: Ehemann muss seiner Geschiedenen trotz Unterhaltsverzicht den Differenzbetrag zwischen ihrer EM-Rente und dem Mindestbedarf zahlen, nachdem diese nach(!) der Scheidung psychisch erkrankt war.

Wer ein nicht der Ehe entstammendes schwerbehindertes Kind betreut und darüber erwerbsunfähig wird, kann sich auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben berufen.¹⁴⁵

Entsprechendes gilt, wenn der Verzichtende später krank wird (hier: Lymphknotenkrebs).¹⁴⁶ Die für die Frau erfolgreiche Ausübungskontrolle löst allerdings keinen Anspruch auf Krankheitsunterhalt aus, sondern nur einen solchen auf Nachteilsausgleich, d. h. auf Ausgleich der ehebedingten Nachteile. Der Nachteil bestand in dem besagten Fall in der Differenz zwischen der tatsächlich bezogenen EM-Rente und der Rente, die die Frau bezogen hätte, wenn sie nicht während der Ehe auf eine Erwerbstätigkeit (und damit auf weitere Rentenansparungen) verzichtet hätte.¹⁴⁷

Eine Ausübungskontrolle und richterliche Vertragsanpassung kann in Betracht kommen, wenn die Eheleute bei Vertragsschluss und Bemessung des Unterhalts davon ausgingen, dass die Frau während der Ehe erwerbstätig sein würde – sie dann aber tatsächlich nicht erwerbstätig ist. Die nicht verwirklichte Tätigkeit muss aber erheb-

¹⁴⁰ KG FamRZ 2012, 1947.

¹⁴¹ OLG München FamRZ 2005, 215.

¹⁴² OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1789 mit krit. Anm. *Bergschneider* (S. 1791).

¹⁴³ BGH FamRZ 2007, 974, 976.

¹⁴⁴ OLG Koblenz FamRZ 2006, 420 mit krit. Anm. *Bergschneider*, S. 421 („Das Urteil ... geht entschieden zu weit.“).

¹⁴⁵ OLG Hamburg FamRZ 1997, 563.

¹⁴⁶ BGH FamRZ 2008, 582.

¹⁴⁷ BGH FamRZ 2008, 582.

lich gewesen sein, und auch im Übrigen muss die Frau dann nachweisen, dass das Festhalten am Vertrag für sie unzumutbar ist.¹⁴⁸

Das OLG Naumburg¹⁴⁹ ist grundsätzlich der Auffassung, dass über die Frage der einseitigen Lastenverteilung nur im Rahmen der Ausübungskontrolle zu befinden ist.

Anfechten wegen Wegfall oder Störung der Geschäftsgrundlage kann nicht nur der Berechtigte, sondern **auch der Pflichtige**:

Wenn die Eheleute eine lebenslange Unterhaltsverpflichtung vereinbart haben und sich die Rechtslage danach geändert hat (s. § 1578b!), kann sich der Pflichtige auf eine Störung der Geschäftsgrundlage berufen und nachträgliche Befristung verlangen.¹⁵⁰

2.3.2 Versorgungsausgleich

Der Ausschluss des VA kann ebenso wie der Unterhaltsverzicht der **Ausübungskontrolle** unterliegen: Der Ehemann kann sich nach Treu und Glauben nicht auf den Ausschluss berufen, wenn entgegen der Lebensplanung der Eheleute ein Kind geboren wird und die Frau deshalb ihre Erwerbstätigkeit für längere Zeit unterbrechen muss.¹⁵¹

Aber:

Wenn die Ehefrau keinen Gebrauch von der Möglichkeit macht, sich durch Zusatzausbildung und/oder Erwerbstätigkeit auf – so wörtlich – „*eigene Füße zu stellen*“ und so für ihre Zukunftssicherung zu sorgen, darf der Mann sich weiter auf den Ausschluss berufen, und zwar auch dann, wenn er an der Verwirklichung der geplanten selbständigen Tätigkeit nicht durch Mitunterzeichnung eines Kreditvertrags mitgewirkt hat. Die Frau, so das OLG Hamm¹⁵², hätte denselben Beruf auch als abhängig Beschäftigte ausüben können.

Wenn Eheleute vereinbaren, dass der VA ausgeschlossen wird, dass aber die sich daraus ergebenden Nachteile weitgehend dadurch ausgeglichen werden sollen, dass der Benachteiligte nach Abschluss seiner Ausbildung im Betrieb seiner Schwiegereltern versicherungspflichtig angestellt wird, übersteht dieser Vertrag die Inhaltskontrolle. Wird aber die Vereinbarung nicht in vollem Umfang eingehalten, gebietet die Ausübungskontrolle, „*dass in Höhe des Betrags, um den die Anwartschaften des benachteiligten Ehegatten in der gesetzlichen Rentenversicherung bei Einhaltung der Abrede höher wären, der Versorgungsausgleich entsprechend der gesetzlichen Regelung durchzuführen ist*“.¹⁵³

Die Anwartschaften des stärkeren Partners können in dem Umfang ausgeglichen werden, in dem der schwächere Partner ehebedingte Nachteile beim Aufbau seiner Altersversorgung erlitten hat.¹⁵⁴

¹⁴⁸ BGH FamRZ 2007, 974, 977 mit Anm. Bergschneider FamRZ 2007, 977.

¹⁴⁹ OLG Naumburg FamRZ 2007, 473.

¹⁵⁰ BGH FamRZ 2012, 525 und, bezogen auf Herabsetzung auf den angemessenen Unterhalt, BGH FamRZ 2015, 824 (keine Präklusion, wenn der Vertrag in 1996 abgeschlossen worden ist!).

¹⁵¹ OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 347.

¹⁵² OLG Hamm FamRZ 2014, 1635 (Ls).

¹⁵³ So OLG Zweibrücken FamRZ 2006, 1683.

¹⁵⁴ BGH FamRZ 2005, 185 und FamRZ 2013, 195.

In derartigen Fällen greift das Gegenargument, die Berechtigte hätte ja ungeachtet der Nichterfüllung ihrer Erwartung (kinderlose Ehe) – also trotz Kind – etwas für ihre Altersvorsorge tun können, nicht immer. Ggf. kann, so der BGH¹⁵⁵, der Frau diese Unterlassung nicht vorgehalten werden, wenn sie *„auf einer gemeinsamen Lebensplanung beruht oder von dem ausgleichspflichtigen Ehegatten während bestehender Lebensgemeinschaft geduldet oder gebilligt worden ist.“*

Auf den Ausschluss des VA kann sich der interessierte Partner weiter erfolgreich berufen, wenn **nicht** etwas sehr Schwerwiegendes (wie die Geburt eines Kindes) geschieht. Der BGH¹⁵⁶ hat z.B. klargestellt, dass ein Ausschlussvertrag die Ausübungskontrolle übersteht, wenn eine Physiotherapeutin ihre Praxis verkauft, vom Erlös ihre Schulden begleicht, eine neue Praxis im Hause des Ehemannes einrichtet und von dort im Rahmen des Trennungskonflikts weichen muss.

Zum Schluss eine gute Nachricht für **Notare**:

Wenn ein Notar im Rahmen der Beurkundung eines VA-Verzichts nicht auch über die Ausübungskontrolle, also über die Möglichkeit des Wiederauflebens des VA wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage belehrt, löst das **keinen** Regress aus.¹⁵⁷

2.3.3 Zugewinnausgleich

Wenn im Wege des modifizierten Zugewinnausgleichs ein einziger Vermögensgegenstand herausgenommen wird und sich nach der Scheidung herausstellt, dass sich gerade durch diese Auskoppelung die Ausgleichsrichtung umkehrt, reicht das noch nicht für eine erfolgreiche Ausübungskontrolle.¹⁵⁸ Die Vereinbarung bleibt also wirksam und durchsetzbar.

Zugewinnausgleichs- und Versorgungsausgleichsverzicht bei gleichzeitiger Vereinbarung der Gütertrennung können aber an der Ausübungskontrolle (evident einseitige Lastenverteilung erst zum Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe) scheitern, so dass Anspruch auf Endvermögensauskunft besteht.¹⁵⁹

*Braeuer*¹⁶⁰ vertritt mit triftigen Argumenten die Auffassung, dass die Grundsätze der Ausübungskontrolle gar nicht auf das Güterrecht anwendbar sind.

2.4 Epilog: Ehelicher Sex gegen Befriedigung kulturellen Sonderbedarfs

Seit der Verheiratung der Präsidenten-Witwe Kennedy mit dem Reeder Onassis weiß auch eine breite Öffentlichkeit, dass die eheliche Pflichterfüllung Gegenstand eines Vertrages, mithin auch einer Gegenleistung sein kann. Es gibt Bestrebungen,

¹⁵⁵ BGH FamRZ 2013, 770; Anm. *Hoppenz* in FamRZ 2013, 758.

¹⁵⁶ BGH FamRZ 2014, 1978.

¹⁵⁷ BGH FamRZ 2014, 1364.

¹⁵⁸ BGH FamRZ 2013, 1543; OLG Nürnberg FamRZ 2012, 1710.

¹⁵⁹ OLG Celle FamRZ 2008, 2115.

¹⁶⁰ Abh. *Braeuer* in FamRZ 2014, 77.

diesen aparten Ansatz auch ins deutsche Recht zu überführen. So schlägt *Grziwotz*¹⁶¹ gegen Ende seines – schon vom Grundansatz her problematischen – Beitrags zur Verrechtlichung des Geschlechtslebens in der wie auch immer verfassten Lebensgemeinschaft neben manch anderen Wunderlichkeiten eine Musterformulierung vor, die selbst hartgesottenen Zynikern die Schamröte ins Gesicht treibt:

„Wir verpflichten uns, uns zu bemühen, unsere Lebensgemeinschaft auch in sexueller Hinsicht für beide Teile möglichst befriedigend zu gestalten. Sofern nicht gesundheitliche Gründe entgegenstehen, wollen wir wöchentlich mindestens zweimal Geschlechtsverkehr miteinander haben. Neben der eigentlichen geschlechtlichen Vereinigung zählen wir hierzu auch Oralsex.

Als Ausgleich verpflichtet sich der Ehemann, mindestens einen Abend pro Woche für die gemeinsame außerhäusliche Freizeitgestaltung zu reservieren. Die diesbezüglichen Aktivitäten (z.B. Essen gehen, Theaterbesuch, Kino etc.) legen wir einvernehmlich fest. Zur Finanzierung dieser Aktivitäten richten wir ein gemeinsames Konto ein, auf das monatlich ein Betrag von 300 Euro einzubezahlen ist.“

Hinter dem „monatlich“ folgt eine Fußnote mit folgendem Wortlaut:

„Oder: ... auf das pro Tag, an dem gemeinschaftlich der Geschlechtsverkehr vollzogen wird, ein Betrag von 75 Euro einzubezahlen ist. Der Zusammenhang „Sex gegen Kultur“ mag zwar geschmacklos erscheinen, rechtlich unzulässig ist er jedoch nicht mehr.“¹⁶²

Wie immer, wenn der Anfangsverdacht der Satire sich nicht bestätigt, hat das Entsetzen freie Bahn:

Offenbar hat der Autor den Ehrgeiz, die Richtigkeit des Arguments zu bestätigen, das von Prostituierten aller Zeiten und Länder ins Feld geführt worden ist: Die sog. anständigen Frauen seien auch nicht besser, sondern nur verschlagener (Sex gegen Haushaltsgeld). Auch wenn *Grziwotz* hier die etwas gehobenere Gattung der Kultur-Geisha im Auge hat, lässt sich nicht leugnen, dass der oben zitierte Text ein Beitrag zur Verhütung der Frau ist (nebenbei mit der interessanten Variante, dass sie den Dirnenlohn auch noch mit bestreiten soll).

Heilige Justitia, welch ein Vertrag! Wenn man partout erreichen will, dass die Liebe vor die Hunde geht, braucht man nur aus jedem Freundschaftsspiel ein Pflichtspiel zu machen und diejenigen dafür zu bezahlen, die gar nichts haben will.

Aber wenn man die Sache schon verrechtlicht, dann auch mit allen Konsequenzen. Oder reicht die notarielle Phantasie¹⁶³ nicht so weit, um sich den nachfolgenden Dialog eines Anwaltspärchens vorzustellen?

– *Schatz, ich darf in Erinnerung bringen, dass wir in dieser Woche erst einmal GV hatten.*

¹⁶¹ *Grziwotz*, Sexuelle (Vertrags-) Freiheit für Lebensgemeinschaften?, FamRZ 2002, 1154 ff.

¹⁶² Abh. *Grziwotz* in FamRZ 2002, 1154, 1156 mit Fn 43.

¹⁶³ Die Lebenswirklichkeit ist, so dachte ich bis vor Jahren, phantasievoller und geschmackloser als ein Juristenhirn. Was die Geschmacklosigkeit betrifft, habe ich seit dem besprochenen Beitrag von *Grziwotz* Zweifel.

- *Ich erhebe die Einrede der Menstruation und beantrage hilfsweise, die Verbindlichkeit dem Nummernkonto für die nächste Woche gutzubringen.*
- *Ich rege an, dass wir uns vergleichsweise darauf einigen, gemäß dem Hilfsantrag zu verfahren.*
- *Einverstanden. Was machen wir am heutigen Sexabgeltungsabend? Ich schlage vor, im Kino Brot und Tulpen anzuschauen.*
- *Hier scheint mir zunächst, wie ich schon des Öfteren zu erwähnen Gelegenheit hatte, eine schiedsgerichtliche Klärung der Frage vonnöten zu sein, wer insoweit das Vorschlagsrecht hat.*
- *Wir hatten eine vorläufige Einigung des Inhalts getroffen, dass wir alternierend entscheiden, und heute bin ich an der Reihe.*
- *Grundsätzlich schon, aber du hast, wenn nicht die Gegenleistung insgesamt, so doch zumindest das Vorschlagsrecht für diese Woche verwirkt, und zwar wegen Schlechterfüllung im Sinne von BGH FamRZ 1967, 210.*
- *Das bestreite ich mit Nachdruck. Ich habe eigens die Brigitte beiseite gelegt, sogar den Fernseher ausgeschaltet, obwohl gerade Mona Lisa lief.*
- *Gleichwohl hast du entgegen deiner Obliegenheit zur Opferbereitschaft – ich nehme auf die vorerwähnte BGH-Entscheidung Bezug – Gleichgültigkeit zur Schau getragen.*
- *Das ist unzutreffend. Ich habe lege artis gestöhnt.*
- *Das nehme ich nicht in Abrede. Indes hast du vertragswidrig den Oralsex verweigert.*
- *Das Gegenteil ist richtig. Ich habe expressis verbis gesagt: Ich stelle insoweit anheim.*
- *Es war ... äh ... umgekehrt gemeint.*
- *Ach so, woher soll ich das wissen?*
- *Falsche Frage! Grob fahrlässiges Nichtwissen fällt in deine Risikosphäre, mithin greift eine Teilverwirkung des heutigen Kulturabends: Wir gehen ins Eishockeystadion.*

Männer und Frauen haben einen fundamental anderen mentalen Zugriff auf Sex. Da ist ebenso bekannt wie die ethnologische Binsenweisheit, dass zu allen Zeiten, in allen Weltgegenden und in allen Kulturen die Männer sich um Sex bewarben, während die Frauen ihn verwalteten (mit der Folge, dass sich auf dem kommerzialisierten Flügel der Sexualität nach den unerbittlichen Gesetzen der Marktwirtschaft Knappheitspreise herausbildeten). Für die Ehe gilt meist: Frauen wollen Liebe und geben dafür Sex, Männer wollen Sex und geben dafür Liebe. Und wenn es gut läuft, geben beide beides. Einen Vertrag braucht man dafür nicht.

Natürlich, Frauenrechtlerinnen werden den sexistischen, den frauenunterwerfenden Aspekt des Unternehmens betonen („*me too*“). Männer interessiert eher der Gesichtspunkt der Hilflosigkeit und auch der Selbsttäuschung: Ein Mann, der darauf drängt, den bewussten Vertrag unterschrieben zu bekommen und durchzusetzen, erhält nicht mehr als der, der es sein lässt – außer Duldungsstarre.

Schließlich bleiben im Umgang mit lustlosen Frauen andere Optionen außerhalb der Scheidung. Sie zu erörtern ist hier nicht der Ort. Erwähnenswert im Negativspektrum bleibt die protestantische Variante.¹⁶⁴ Sie stammt von *Martin Luther* höchstselbst. Da dieser als früher Vertreter des Male-Chauvinismus wenig bekannt ist, sei sie hier wie folgt zitiert:

*Hie ists tzeytt, das der man sage: „wiltu nicht, sso will eyn andere, will fraw nicht, sso kum die magd.“*¹⁶⁵

¹⁶⁴ Sie ist aber immer noch besser als die von *Grziwotz* befürwortete.

¹⁶⁵ Zitiert bei *Lähteenmäki*, Sexus und Ehe bei Luther, Turku 1955 (vergriffen), S. 72.

3 Die Ehwohnung

Das Scheitern einer jeden Ehe findet seinen äußeren Ausdruck in der Trennung der Eheleute. Die Trennung ist zugleich Scheidungsvoraussetzung. Ohne Trennung keine Scheidung.

Wer getrennt leben will, hat zwei Möglichkeiten:

- Er errichtet innerhalb der Ehwohnung eine sichtbare oder unsichtbare Mauer und ermöglicht damit die Heimtrennung.
- Er zieht aus oder veranlasst den Partner zum Auszug (räumliche Trennung).

Die Probleme der Heimtrennung liegen im persönlichen (seelisch-emotionalen) Bereich, die Probleme der räumlichen Trennung dagegen im wirtschaftlichen Bereich.

In beiden Fällen sind schwierige Rechtsfragen zu klären: Wer zahlt die Miete in welchem Umfang? Welche Rechte hat der weichende Partner in Bezug auf die Wohnung? Hat der Vermieter ein Wörtchen mitzureden?

Spielt sich das Drama im eigenen Haus oder in einer Eigentumswohnung ab, ergeben sich weitere Fragen: Wie wird das mietfreie Wohnen des im Hause bleibenden Ehepartners bewertet? Kann das Gericht den einen in Räume einweisen, die dem anderen gehören? Schließlich: Wie kommt man auseinander, wenn die Immobilie beiden Eheleuten gehört?

Abgesehen von der letzten Frage, die über das Familienrecht hinausweist (Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 749, 753 BGB), sind bei jeder Frage, je nachdem, ob sich das Problem während der Trennung oder nach der Scheidung stellt, gesonderte und differenzierte Betrachtungen nötig, die ihren Ursprung in ganz unterschiedlichen Vorschriften haben.

An dieser Stelle ist eine wichtige Abgrenzung nötig:

Wir sprechen im Folgenden von der **Ehwohnung**. Nur Streitigkeiten über Ehwohnungen gehören vor das Familiengericht und werden nach § 1361b bzw. § 1568a BGB behandelt.

Erste Voraussetzung für eine Zuweisung an den Eigentümer ist also die, dass die Wohnung überhaupt noch Ehwohnung ist. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Eheleute nach Auszug des einen Partners noch nicht endgültig über die Weiterbenutzung durch den Nichteigentümerehegatten geeinigt haben.¹

Wenn einer der Partner nach der Trennung eine Wohnung angemietet hat, in der er dem anderen später Obdach gewährt, muss die Sache vor der Zivilprozessabteilung verhandelt werden, und zwar materiellrechtlich unter Anwendung der Besitzschutzregeln.²

¹ OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 1087.

² OLG Frankfurt FamRZ 2015, 1898.

Die Erörterung der sich durch eine verwirrende Vielfalt auszeichnenden Aspekte des Schicksals der Ehwohnung begegnet überraschenden systematischen Problemen.

Folgende Vorgehensweisen kommen in Betracht:

- Verfolgung der Zeitachse vom Trennungsentschluss bis zum Ende der Wohnungszuweisungsfrist an den Miteigentümer.
- Erörterung der Anspruchsgrundlagen für die Zuweisungen und Zuordnung zu den unterschiedlichen Fallkonstellationen.
- Abhandeln der Anspruchsgrundlagen für finanzielle Ansprüche der Eheleute gegeneinander, vom Gesamtschuldnerausgleich bis zur Nutzungsvergütung durch den Miteigentümer nach der Scheidung, und zwar unter besonderer Hervorhebung der Alternative zwischen schuldrechtlicher und unterhaltsrechtlicher Lösung.
- Darlegung der Konsequenzen einer Differenzierung zwischen Verursachung eines Härtegrundes und einem freiwilligen Auszug.

Wir gehen hier so vor, dass folgende Themen nacheinander erörtert werden:

1. Vor die Klammer gezogen: Die Zuweisung der Ehwohnung an den einen wegen härtebegründenden Verhaltens des anderen Partners, wobei es grundsätzlich keinen Unterschied ausmacht, ob die Ehwohnung gemietet ist oder Wohneigentum darstellt.
2. Schicksal der Mietwohnung nach der Trennung und die Optionen zur Beendigung des Mietvertrages.
3. Schicksal der Mietwohnung nach der Scheidung im Lichte des Eingriffs in Vermieterrechte.
4. Schicksal von Wohneigentum nach der Trennung.
5. Schicksal des Wohneigentums nach der Scheidung.
6. Zahlungsansprüche der Eheleute gegeneinander.
7. Aufhebung gemeinsamen Eigentums.

3.1 Die Mietwohnung nach der Trennung

Wer es zu Hause nicht mehr aushält, zieht aus. Doch diejenigen, die es nicht mehr aushalten, sind fast immer die Frauen, und die haben oft zwei klobige Hemmschuhe an, wenn es an die räumliche Trennung geht, nämlich die Armut und den Tross. Wie will man sich eine neue Wohnung suchen, wenn das Einkommen Sozialhilfeniveau hat und die Kinder mitkommen wollen oder sollen?

3.1.1 Regelfall: Der Trennungswillige zieht aus

Die großen Beziehungssillusionisten, also die Männer, sehen meistens gar keinen Grund, die eheliche Lebensgemeinschaft aufzugeben und zu verlassen („*Meine Frau nörgelt zwar, aber macht nichts ...*“). Dabei haben sie fast immer ein paar Euro mehr und sind mobiler. Es war schon immer leichter, sich ein Zimmer zu nehmen, als eine Wohnung. Und auch der Umzug fällt leichter: Rasierapparat, Zahnbürste, Stereoanlage, die Lieblings-CDs und -bücher, die wichtigsten Kleidungsstücke und die Kaffeetasse passen ins Auto. Dafür braucht man keinen Möbelwagen.

Halten wir fest: Eine Hausfrau und Mutter, die ausziehen will, hat entweder einen beträchtlichen Leidensdruck oder einen konditionsstarken Egoismus.

Nun soll man ja – und das gilt für beide Geschlechter – erst das Sprungbrett verlassen, wenn man weiß, dass Wasser im Becken ist. Man braucht also eine Wohnung. Trennungswilligen Männern bieten sich zwei Alternativen:

Entweder ziehen sie gleich aus und machen bei Freunden, bei den Eltern oder in einem Hotel Zwischenstation, um sich dann desillusioniert eine Wohnung zu suchen oder voller falscher Hoffnungen auf ein flehendes „Komm zurück“ zu warten.

Oder sie bleiben in der Wohnung und warten auf den Auszug ihrer Frau.

Nach der räumlichen Trennung bricht die Zeit der neuen Bescheidenheit an – auch auf wirtschaftlichem Gebiet. Große Sprünge kann man nicht mehr machen. Wieso, ergibt sich sehr sinnfällig aus der Unterhaltslast.

Gern übersehen wird § 1361b IV BGB:

Er enthält eine gesetzliche, unwiderlegliche Vermutung dahingehend, dass derjenige, der nach der Trennung ausgezogen ist und binnen einem **halben Jahr** keine Rückkehrabsicht bekundet, dem verbliebenen Ehegatten das alleinige Nutzungsrecht überlassen hat. Ein Auszug ist allerdings erst dann gegeben, wenn der Betreffende einen **anderen Lebensmittelpunkt** begründet hat. Ein Umzug ins Hotel oder die Wahl einer anderen „Not-Zwischenlösung“ (kleine Bude am Arbeitsplatz) reichen nicht aus.³

3.1.2 Ausnahme: Wohnungszuweisung an den Trennungswilligen

Vorbemerkung: Im Folgenden wird für beide Partner im Interesse der Meidung von Umständlichkeiten die maskuline Form gewählt.

Will jemand getrennt leben, also den Partner loswerden, so kann er verlangen, dass ihm die Wohnung oder ein Teil davon zur alleinigen Benutzung überlassen wird, *soweit dies ... notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden* (§ 1361b I).

Die Vorschrift ist in folgenden Fällen heranzuziehen:

- Der „Klassiker“: Einer bleibt in der Wohnung. Der, dessen Verhalten härtebegründend war, wird hinausgesetzt.
- Die Wohnung wird dem zugewiesen, der von dem anderen ausgesperrt worden oder per Selbstjustiz hinausgeworfen worden ist.
- Der, der freiwillig ausgezogen ist, will wieder hinein, nachdem der andere einen Härtegrund gesetzt hat.

Bis Ende 2001 war eine **schwere Härte** erforderlich. Diese wurde in folgenden Fällen bejaht:

- Frau wirft Mann, der schwer lungenkrank und deshalb auf ein Sauerstoffgerät angewiesen ist, aus der Erdgeschosswohnung; deshalb Zuweisung an ihn.⁴

³ OLG Koblenz FamRZ 2006, 1207.

⁴ OLG Hamm FamRZ 1993, 1441.

- Mann drangsaliert schwer krebserkrankte Frau, obwohl er zu „*besonderer Rücksichtnahme*“ verpflichtet wäre.⁵
- Unbeherrschter Mann maltätiiert die Wohnungseinrichtung mit einem Beil.⁶
- Frau entzieht MS-krankem Mann die Wohnung, während dieser einen auswärtigen Gerichtstermin wahrnimmt, und vermietet sie weiter. Mann sucht in einem Kellerloch Zuflucht. Er darf zurück.⁷
- Mann kehrt in die Ehwohnung (gemeinsames Haus) zurück, allerdings nicht wegen Wiederversöhnungsabsicht, sondern aus Prinzipienreiterei und in angeblicher Ermangelung einer anderweitigen Unterkunft.⁸ Er muss weichen.
- Mann misshandelt wiederholt das gemeinsame einjährige Kind.⁹
- Mann erzeugt bei den Kindern eine spannungsgeladene Atmosphäre; Frau verbarrikadiert sich nachts im Kinderzimmer.¹⁰
- Psychisch kranker Mann (Miteigentümer des Hauses) tyrannisiert seine Familie, indem er u. a. die Tochter verprügelt, die Spardosen der Kinder plündert, trotz eines gerichtlichen Zimmer-Zuweisungsbeschlusses (Heimtrennung!) im gesamten Haus Chaos anrichtet und seinen in Plastiktüten gepackten Müll aus dem Fenster in den Vorgarten wirft.¹¹
- Schon das Bewusstsein der Fortdauer des Zusammenlebens mit dem Mann führt bei der psychisch kranken Frau zu Wein-, Panik- und Schmerzattacken. Auf ein Verschulden des Mannes kommt es nicht an.¹²

Insbesondere der Schutz der Kinder ist durch das **Gewaltschutzgesetz**¹³, in Kraft getreten am **1.1.2002**, verbessert worden.¹⁴ Seither ist „nur“ noch eine **unbillige Härte** erforderlich. Die Eingriffsschwelle ist also herabgesetzt worden.

Durch dieses Gesetz wurde u. a. ein neuer Satz 2 in § 1361b I eingefügt, und zwar mit folgendem Wortlaut:

Eine unbillige Härte kann auch dann gegeben sein, wenn das Wohl von im Haushalt lebenden Kindern beeinträchtigt ist.

§ 1361b II macht Körperverletzungshandlungen zum Regelfall für die Überlassung der *gesamten* Wohnung an den geprügelten Partner.¹⁵ Gleichwohl ist die Verschärfung der Vorschrift nicht nur auf die Fälle der Gewaltanwendung und Drohung gemünzt, sondern auf alle in Frage kommenden Fälle grob rücksichtslosen Verhaltens.¹⁶

⁵ OLG Thüringen FamRZ 1997, 559.

⁶ OLG Köln FamRZ 2001, 761 (Ls).

⁷ OLG Hamm FamRZ 1996, 1411.

⁸ FamG Essen FamRZ 1993, 1442.

⁹ OLG Köln FamRZ 1996, 1220.

¹⁰ OLG Stuttgart FamRZ 2015, 1189.

¹¹ OLG Hamm FamRZ 1997, 301, 302.

¹² OLG Bamberg FamRZ 2000, 1101 (Ls).

¹³ Abdruck in FamRZ 2002, 661.

¹⁴ Zur Einführung s. Abh. *Schumacher* in FamRZ 2002, 645–660.

¹⁵ S. z. B. OLG Stuttgart FamRZ 2007, 829.

¹⁶ OLG Naumburg FamRZ 2006, 1207 (Ls).

Die Rspr. ist uneinheitlich. Nach Ansicht des FamG Tempelhof-Kreuzberg¹⁷ reichen z. B. Fälle der Belästigung (hier: allnächtliches Treppen-Rumpeln und Schlüsselklappen) für einen erfolgreichen Zuweisungsantrag aus. Das OLG Rostock¹⁸ dagegen ist der Auffassung, dass Beschimpfungen, Nötigungen und ein fahrlässig verursachter Verkehrsunfall nicht für eine Zuweisung ausreichen.

Die Frage, wem die Wohnung zuzuweisen ist, ist nach einer umfassenden Billigkeitsabwägung zu beantworten.¹⁹ Zu den Umständen, die berücksichtigt werden müssen, gehören:

- Vorrangig: Verletzung bzw. Bedrohung eines Ehegatten durch den anderen.
- Provokation durch das Opfer.
- Eigentumsrechte.
- Kindeswohl.

Außerhalb des Kontextes zur Wohnungszuweisung sieht das Gesetz auch die Möglichkeit vor, befristete Verbote zur Kontaktaufnahme mit der gefährdeten Person auszusprechen (Betreten der Wohnung, Aufenthalt in einem bestimmten Umkreis der Wohnung, Telefonverbot u. v. m.).

3.1.3 Rechtsstellung der Ehepartner in Bezug auf die gemietete Ehwohnung

3.1.3.1 Aufgabe des Mitbesitzes

Wer die Ehwohnung verlässt, und zwar in der erklärten oder jedenfalls erkennbaren Absicht, nicht wieder zum verlassenen Partner zurückzukehren, kurz: wer die räumliche Trennung vollzieht, hat keine Rechte mehr bezüglich der Wohnung. Er darf insbesondere die Wohnung (selbst wenn er Miteigentümer ist²⁰) nicht mehr gegen den Willen des verlassenen Partners betreten²¹, sei es, dass er persönliche Sachen abholen will, sei es, dass er den Kanarienvogel füttern möchte. Vielmehr darf der andere, um derartige Kurzauftritte zu verhindern, ein neues Schloss einbauen.

Dass entgegen landläufiger Meinung nicht etwa das Eigentum heilig ist, sondern der Besitz, ergibt sich auch aus einem Urteil des LG Münster²²:

Danach darf der Alleineigentümerehegatte, der das Haus verlassen hat, weder die Haus- und Garagenschlösser austauschen noch das Grundstück allein oder mit Kaufinteressenten betreten (Anspruch auf Unterlassung von Besitzstörungen durch verbotene Eigenmacht, § 862 I BGB). Ebenso das OLG Bremen²³ am 22.8.2017: Wer ausgezogen ist, braucht einen besonderen Grund. Ein Besichtigungsrecht in Makler-

¹⁷ FamG Tempelhof-Kreuzberg FamRZ 2003, 532.

¹⁸ OLG Rostock FamRZ 2007, 921.

¹⁹ OLG Köln FamRZ 2009, 973.

²⁰ LG Saarbrücken FamRZ 2004, 1580.

²¹ Insbesondere sind die Zuweisungsvorschriften (§ 1361b BGB, §§ 3 ff. HausratsVO) nicht dazu da, einem Partner ein Betretungsrecht zu verschaffen (OLG Brandenburg FamRZ 2003, 532, Ls 1).

²² LG Münster FamRZ 1999, 1200.

²³ OLG Bremen FamRZ 2018, 249.

begleitung scheidet aus, wenn die im Haus verbliebene Frau den freihändigen Verkauf schon abgelehnt hat und die Auseinandersetzungsversteigerung betreibt.

Dass derjenige, der die Wohnung verlassen hat, trotz subjektiver mietvertragsähnlicher Befugnisse kein Recht mehr zum Betreten der Wohnung hat, wird damit begründet, dass er seinen *Mitbesitz aufgegeben* hat (§§ 862, 866). Das gilt nicht, wenn die Frau aus der Wohnung in ein Frauenhaus geflüchtet ist.²⁴

Über die Frage, ob § 1361b Spezialvorschrift gegenüber den Besitzschutzvorschriften (§§ 859 ff. BGB) ist oder ob beide nebeneinander anwendbar sind, besteht Streit.²⁵ Dieser ist allerdings für die Praxis irrelevant.

Wie auch immer: Ein Recht zum Betreten der Wohnung kann der gewichene Partner auch nicht daraus herleiten, dass Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind und die elterliche Sorge über minderjährige Kinder noch gemeinsam ausgeübt wird.²⁶ Denn die eheliche Lebensgemeinschaft endet mit der Trennung, und die elterliche Sorge kann auch außerhalb der Wohnung ausgeübt werden.

3.1.3.2 Kündigung

Wer hat das Recht an der (auf die) Wohnung? Die Frage, wer die Miete für die Wohnung zu zahlen hat und zahlt (s. **3.5.1**), sowie die Frage, wer den Mietvertrag unterschrieben hat, trägt zur Lösung dieses Problems (Recht an der Wohnung) kaum etwas aus.

Im Einzelnen:

1. Problematisch können hier die Formularmietverträge sein, in denen sich die Mieter unwiderruflich wechselseitig „*bevollmächtigen, Willenserklärungen mit Wirkung für den anderen abzugeben*“. Die Wirksamkeit dieser Klausel für Kündigungen ist umstritten und wird überwiegend verneint.²⁷ Wenn derjenige, der fortgezogen ist, *unwidersprochen* gekündigt hat, muss aber der in der Wohnung Verbliebene ausziehen und die Miete für seine neue Wohnung allein bezahlen.
2. Wenn die Wirksamkeit einer Kündigung, die der nicht mehr in der Wohnung Wohnende ausgesprochen hat, vom Vermieter und ggf. dem noch dort wohnenden Partner bestritten wird, kommt der an der Kündigung Interessierte nicht daran vorbei, den anderen auf **Mitwirkung** an der Kündigung zu **verklagen**, womit der in der Regel Erfolg haben wird.²⁸ Er muss lt. OLG Köln²⁹ allerdings mit dem Zustimmungsverlangen abwarten, wenn seit der Trennung noch keine 2 Monate vergangen sind.

²⁴ LG Freiburg FamRZ 2005, 1252.

²⁵ Zum Meinungsstand s. Abh. *Menter* FamRZ 1997, 76 ff.

²⁶ BGH NJW 1972, 44.

²⁷ *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 13. Aufl., Rz. 58 zu § 542 BGB.

²⁸ OLG Köln FamRZ 2007, 46.

²⁹ OLG Köln FamRZ 2011, 891. Der Mann war ausgezogen und wollte den Mietvertrag kündigen, weil er für die Miete mithaftete.

3. Wenn bei der soeben erörterten Konstellation keine wechselseitigen Unterhaltsansprüche bestehen, muss derjenige die Miete zahlen, der die Wohnung nutzt.³⁰ Der andere hat einen Anspruch auf Befreiung von den künftigen Verpflichtungen aus dem Mietvertrag und – wenn er im Außenverhältnis nicht aus der Haftung entlassen³¹ wird – auf Mitwirkung bei der Auflösung des gemeinschaftlichen Mietverhältnisses.³²
4. Umgekehrt kann auch in der in der Wohnung verbleibende Ehepartner, wenn sie ihm zu groß und teuer ist, die Wohnung kündigen (notfalls unter Erzwingung der Zustimmung des Partners, der ausgezogen ist).
5. Wenn der Mieter auszieht, bleibt der verlassene Partner als Verheirateter im Schutzbereich des Mietvertrages, kann also vom Vermieter nicht hinausgesetzt werden. Freilich darf der Mieter, der in der Praxis meist die Miete weiterbezahlt und von der Verteilungsmasse abzieht, das Mietverhältnis kündigen. Dagegen ist – anders als bei der Vermieterkündigung – kein Kraut gewachsen.
6. Als Ausweg bietet sich folgende Lösung an: Der Verlassene schließt mit dem Vermieter einen neuen Mietvertrag, der sich an das Ende der Kündigungsfrist anschließt, und zahlt fortan den Mietzins selbst.

Zu 1. und 4.: Wenn beide Eheleute den Mietvertrag unterschrieben haben, der Alleinverdiener auszieht und der verbliebene Partner nicht an der Kündigung mitwirken will, kann der Alleinverdiener als Alternativlösung eine Wiederzuweisung wegen unbilliger Härte verlangen.

Das LG Duisburg³³ hat den Regelfall (Mann kündigt und will nicht wieder hinein, Frau will drinbleiben und an der Kündigung nicht mitwirken) falsch entschieden, worauf *Volmer*³⁴ zu Recht hinweist: Das LG konstruierte zwischen den Eheleuten eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts (Ausdehnung der Ehegatten-Innengesellschaft auf Wirkung gegen Dritte, nämlich Vermieter) und kam über diese Rechtsfigur, die einen Gesellschafterwechsel (und das Ausscheiden eines Gesellschafters) ohne Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger möglich macht, zu dem waghalsigen Ergebnis, dass die in der Wohnung verbliebene Ehefrau allein für die Miete haftet. Zwei Mieter bilden aber nun einmal keine BGB-Gesellschaft, und das offenbar angestrebte Resultat, den getrenntlebenden Mann im Ergebnis von den Mietzahlungen zu befreien, lässt sich auch anders erreichen, nämlich

³⁰ Das gilt nach Auffassung des OLG Köln (FamRZ 2003, 1664) jedenfalls dann, wenn die Ehe bereits geschieden ist. *Wever* (FamRZ 2003, 1665) will in seiner Anm. zu dieser Entscheidung eine Ausnahme in den Fällen gelten lassen, in denen der verbleibende Partner in einer zu großen und teuren Wohnung sitzt. Sein Vorschlag: Soweit die Miete einkommensangemessen ist, zahlt sie der Nutzer allein; der überschüssige Betrag wird hälftig geteilt.

³¹ Wenn der fortziehende Mieter während der Trennungszeit vom Vermieter aus dem Mietverhältnis entlassen werden will und letzterer nicht abgeneigt ist, hat ersterer gegen den Ehegatten einen Anspruch auf Zustimmung, wenn diese Vertragsänderung angemessen und zumutbar ist (OLG Hamburg FamRZ 2011, 481).

³² LG Aachen FamRZ 1995, 1151.

³³ LG Duisburg FamRZ 1998, 1581.

³⁴ Anm. *Vollmer* in FamRZ 1999, 262.

1. Zum einen – wie dargestellt – über einen Prozess des Mannes gegen die Frau auf Mitwirkung bei der Kündigung.
2. Zum anderen durch Abzug der Miete von der Unterhaltsverteilungsmasse bei gleichzeitiger Erhöhung des Einkommens der Frau um den Wohnvorteil.³⁵

Wenn Frau auf Mitwirkung bei der ordentlichen(!) Kündigung verklagt wird, ist nach hiesiger Auffassung eine Berufung auf **Art. 6 GG** nicht erfolgversprechend. Die Summe aus Eigeneinkommen, Trennungsunterhalt, Kindesunterhalt und Kindergeld dürfte ausreichen, die Miete zu bezahlen. Wenn die Frau die Miete zahlt, hat der Ehemann keinen Anlass mehr zu kündigen. Wenn ihr die Miete zu hoch ist, kann sie an der Kündigung mitwirken und umziehen. Wer aber in einer teuren Wohnung sitzt und den fortgezogenen Partner die Miete zahlen lassen will, mag sich bitte nicht auf das Grundgesetz berufen.

3.2 Die Mietwohnung nach der Scheidung

Ein „harter Schnitt“ – auch mit Wirkung für und gegen den Vermieter – droht dem Mietverhältnis erst mit der Rechtskraft der Scheidung: Der Familienrichter kann nach § 1568a III BGB auf Antrag gestaltend in das Mietverhältnis eingreifen: Das Mietverhältnis wird mit dem verbleibenden Partner fortgesetzt.

Der, dem die Wohnung gerichtlich zugewiesen worden oder qua Vereinbarung zugefallen ist, muss dem Vermieter Bescheid sagen. Anschließend tritt er in den Mietvertrag ein (§ 1568a III 1. BGB). Wenn beide Mieter sind, müssen beide Bescheid geben. Wer sich sträubt, kann zur Mitwirkung gezwungen werden, allerdings erst nach Scheidungsrechtskraft.³⁶

Für die Zeit nach der Scheidung kann das Familiengericht, wenn die Noch-Eheleute sich nicht über das Schicksal der Mietwohnung einig werden, „Nägel mit Köpfen machen“, nämlich in den Mietvertrag eingreifen, indem es

- ein gemeinsames Mietverhältnis (beide haben den Mietvertrag unterschrieben) dahingehend ändert, dass nur noch einer den Mietvertrag fortsetzt, während der andere aus den Rechten und Pflichten des Mietvertrags weitgehend befreit wird,
- den einen anstelle des anderen in den Mietvertrag einsetzt³⁷ oder
- einen Mietvertrag zugunsten eines Beteiligten begründet, nachdem zuvor keiner (mehr) bestanden hatte (**Beispiele:** Vorausgegangene Kündigung der Mieter bzw. des Mieters, Wohnen im Haus der Eltern bzw. Schwiegereltern).

All dies sind Entweder-Oder-Lösungen, die dann erforderlich werden, wenn der bereits herrschende Zustand – vorläufige Benutzung der Ehewohnung durch einen

³⁵ Alternative wäre der Abzug der Miete vom Trennungsunterhalt. Das aber würde wohl gegen § 394 verstoßen, wenngleich die Berufung auf das Aufrechnungsverbot vielfach auch schon für treuwidrig erklärt worden ist (BGH FamRZ 1993, 1186; OLG Karlsruhe FamRZ 2003, 33; OLG Naumburg FamRZ 1999, 437 (hierzu krit. Anm. *Vollkommer*, FamRZ 1999, 1423) und OLG Hamm FamRZ 1999, 436).

³⁶ OLG Hamm FamRZ 2015, 667.

³⁷ Eine Genossenschaftswohnung kann auch an einen Ehegatten zugewiesen werden, der nicht Genossenschaftsmitglied ist, OLG Hamburg FamRZ 2017, 1049.

von beiden während der Trennungszeit – zum Schutz der Beteiligten und zur Schaffung klarer Verhältnisse rechtlich abgesegnet werden muss, ferner auch, wenn (selten!) mit Rechtskraft der Scheidung ein Nutzerwechsel der Mietwohnung stattfinden soll (**Beispiel:** Frau und Kind kehren in die Ehewohnung zurück; der Mann weicht für immer). Das OLG Celle³⁸ stellte dazu in 1998 fest, dass nach (dem damals noch gültigen) § 5 HausratsVO hätte vorgegangen werden müssen, weil ein einklagbarer Anspruch gegen der Vermieter auf alleinige Übernahme der Wohnung durch die Frau (unter gleichzeitiger Entlassung des Mannes aus der Mithaft für die Miete!) leider nicht bestehe.

Selbstverständlich kann ein Mieterwechsel auch außergerichtlich stattfinden, also durch Einvernehmen zwischen dem Vermieters und den Eheleuten. Tritt einer für den anderen in den Mietvertrag ein, hat der Ausscheidende lt. BGH³⁹ keinen Anspruch auf Herausgabe der **Mietkaution**. Er muss also abwarten, bis das Mietverhältnis beendet ist, es sei denn, er trifft eine anderweitige Vereinbarung über die Kaution oder kündigt gleich.

Erbarmen mit dem Vermieter hat hier das OLG Karlsruhe⁴⁰: Die gerichtliche Anordnung, dass der zahlungskräftige bisherige Mieter (Ehemann), der längst ausgezogen ist, zur Sicherung der Mietzinsansprüche für einen begrenzten Zeitraum gesamtschuldnerisch mithaftet, sei „*zwingend geboten*“.

Gegen den Willen des Ehepartners, der in der Wohnung verbleiben soll, geht es natürlich nicht. Das Gericht ist aber nicht an den geäußerten Willen (hier: der Frau und Mutter) gebunden, sondern an ihren tatsächlichen, für den es dann, wenn er vom geäußerten Willen abweicht, allerdings triftige Indizien geben muss.⁴¹

Das Wohnungszuweisungsverfahren ist auch dann zulässig, wenn sowohl die Eheleute sich darüber einig sind, wer von beiden die Wohnung weaternutzen soll, als auch der Vermieter mit der vorgeschlagenen Nutzung einverstanden ist (nur mit der Einschränkung, dass er den weichenden Ehegatten nicht aus dem Mietverhältnis entlassen will).⁴²

Die Befugnis des Richters zur Wohnungszuweisung endet selbstverständlich mit dem Einzug eines neuen Mieters in die ehemalige Ehewohnung nach Kündigung durch einen der Ehegatten.⁴³

3.3 Wohneigentum nach der Trennung

Wir verlassen jetzt die Mietwohnungen und wenden uns den selbstgenutzten Immobilien zu, genauer gesagt: den Häusern und Eigentumswohnungen, an denen die Ehepartner (oder einer von ihnen) **dingliche Rechte** haben. Es geht also nicht nur um das Eigentum, sondern auch um Miteigentum und dingliche Rechte wie Nießbrauch und Wohnungsrecht, die bisweilen mit dem Eigentumsrecht konkurrieren.

³⁸ OLG Celle FamRZ 1998, 1530.

³⁹ BGH FamRZ 2018, 677 (Ls).

⁴⁰ OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 301.

⁴¹ KG FamRZ 2002, 1355.

⁴² OLG Köln FamRZ 1999, 672 m. w. N.

⁴³ FamG Altona FamRZ 1995, 677.

Wichtig ist hier, wie immer in den Trennungsfällen, dass die vorläufigen Regelungen vom Gericht nur getroffen werden dürfen, wenn es um eine Trennung als Vorstufe zur Scheidung geht: Wenn eine Dauerlösung ohne Scheidungsabsicht angestrebt wird, ist § 1361b BGB nicht anwendbar.⁴⁴

3.3.1 Nutzungszuweisung an Alleineigentümer

Ausgangspunkt ist wieder § 1361b I: Danach kann das Gericht einem Ehepartner die Wohnung allein zuweisen, wenn das *notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden*. Wenn der andere Alleineigentümer ist, wird die Vorschrift nicht unanwendbar; die Eigentümerposition ist lediglich *besonders zu berücksichtigen*.

Klarer Fall:

Dem Mann gehört das Haus, die Eheleute betreiben Heimtrennung, die neue Lebensgefährtin des Mannes besucht diesen in der Ehwohnung, auch nachts. Ergo Zuweisung der Wohnung an die Frau (hier: bis Ablauf des Trennungsjahrs).⁴⁵

Ein Zuweisungsantrag kann nicht allein darauf gestützt werden, dass der Alleineigentümer in seiner Immobilie leben möchte. Der Widerspruch zwischen Nutzung und Eigentumsposition ist noch kein Härtegrund. Die Alleineigentümerposition führt nur zu einer Herabsetzung der Eingriffsschwelle.⁴⁶

Nun aber zum Regelfall, also dem, dass der Alleineigentümer in sein Haus will.

Hier ist die Rspr. widersprüchlich, aber unbestritten ist, dass der Eigentümer sich auf keinen Fall auf § 985 BGB berufen kann⁴⁷; wir sind hier im Familienrecht, und da gelten Spezialvorschriften.

Alsdann zum Streit in der Rspr.:

1. Das OLG Hamburg⁴⁸ hat entschieden, dass der Zuweisungsantrag auch dann begründet sein kann, wenn der Eigentümer die Immobilie (hier: Eigentumswohnung) nur wieder in Besitz nehmen will, um sie zu verkaufen, weil er den Erlös braucht, um sich zu entschulden).
2. Anders das OLG Köln⁴⁹: Missbräuchlich ist der Wohnungszuweisungsantrag, wenn er in Wahrheit den Zweck verfolgt, die Wohnung wegen der Finanzierungslasten zu verkaufen). Die Hamburger Entscheidung wurde auch vom OLG Hamm⁵⁰ heftig kritisiert („*nicht haltbar*“); auch nach Auffassung dieses Gerichts kommt eine Zuweisung nicht in Betracht, wenn der Antragsteller die Wohnung verkaufen will.

Wenn aber der Alleineigentümer ausgezogen ist und sich fortan keine unbillige Härte entwickelt, darf er bis zur Scheidungsrechtskraft nicht wieder hinein. Das verhält sich wie mit der Zahnpasta, die man nicht in die Tube zurückquetschen kann.

⁴⁴ OLG Bamberg FamRZ 1992, 1299.

⁴⁵ OLG Hamm FamRZ 2016, 1082.

⁴⁶ FamG Straubing FamRZ 1997, 943 unter Hinweis auf OLG Hamm FamRZ 1989, 739.

⁴⁷ BGH FamRZ 2017, 22.

⁴⁸ OLG Hamburg FamRZ 1992, 1298.

⁴⁹ OLG Köln FamRZ 1997, 943; ebenso OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 1087.

⁵⁰ OLG Hamm FamRZ 1998, 1172.

Das Besitzrecht des Nichteigentümerehegatten gilt aber nur im Innenverhältnis: Dieser hat gegenüber Erwerbern kein durchsetzbares Besitzrecht, auch wenn ihm die Wohnung für die Dauer des Getrenntlebens durch gerichtlichen Vergleich zugewiesen worden ist.⁵¹ Eine „veräußerungsbeständige“ Position hatte die Frau dort schon deshalb nicht, weil beide Eheleute im besagten Vergleich vom Verkauf der Immobilie ausgegangen waren.

Alleineigentum ist auch ein stärkeres Argument als eine gut fünfjährige alleinige Nutzung durch den Nichteigentümerehegatten. Der Eigentümer darf also in sein Haus zurück, wenn er Schwierigkeiten hat, eine neue Bleibe zu finden.⁵²

Umgekehrter Fall: Ein Eigentümerehegatte, der sich barbarisch aufführt, liefert seiner Frau damit eine Menge Trümpfe für den Zuweisungsantrag in die Hand, während er selbst nur zwei hat, nämlich den, dass er im Grundbuch steht, und den, dass vielfach Heimtrennung möglich ist. Das reicht in der Regel nicht.

Wichtigste Kriterien für das Gericht sind die **Häufigkeit, Intensität und Unerträglichkeit des härtebegründenden Verhaltens** sowie die Möglichkeit der Heimtrennung angesichts der Größe des Hauses oder der Eigentumswohnung. Je größer die Immobilie ist, desto größer ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass das Gericht den Partnern bestimmte Teile des Hauses (und nicht das Haus insgesamt) zur alleinigen Nutzung zuweist. Umgekehrt gesagt: Die Zuweisung des gesamten Heims an einen Partner (ggf. mit Kindern) ist nur dann möglich, wenn das Heim für eine klare Trennung zu klein ist oder sich konkrete Gefahren mit der Heimtrennung nicht ausräumen lassen.

Eine *unbillige Härte* ist bekanntlich nicht ganz so arg wie eine *unzumutbare* oder *schwere Härte*. Es muss also in den Härtefällen der Wohnungszuweisung unter Getrenntlebenden keine Situation gegeben sein, die schlimmer nicht denkbar ist. Es genügt sozusagen die zweithöchste Stufe.

Richtig ist auch, dass ein Eigentümer die Wohnung für die Trennungszeit nicht ganz so schnell los wird wie ein Mieter oder Mitmieter. Aber wie gesagt: Die Eigentümerposition ist keine wirksame Bremse für den Rauswurf.

Das zeigt sich auch an der nachfolgenden gegenläufigen Konstellation, nämlich der, dass einer der beiden Eheleute, nachdem er vom Partner (Alleineigentümer) **ausgesperrt** worden ist. Der Fall wird von der Rspr.⁵³ überwiegend so gelöst wie in der Lit.: Nach § 1361b analog kann er die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen. Das Alleineigentum steht dabei dem Besitzschutz nicht entgegen.

3.3.2 Zuweisung an Miteigentümer

Miteigentümer sind grundsätzlich gleichberechtigt. Ein Miteigentümer, der **vorübergehend** ausgezogen ist, darf nicht unter Berufung auf einen „besitzrechtlichen Vorsprung“ des anderen daran gehindert werden zurückzukehren (§ 745 BGB). Denn er kann grundsätzlich als Miteigentümer die Einräumung des Mitbesitzes verlangen (§§ 1011, 985 BGB). Anders verhält es sich, wenn er dauerhaft auszieht und seinen

⁵¹ OLG Celle FamRZ 2012, 32.

⁵² OLG Köln FamRZ 1994, 632 f.

⁵³ OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 760 m. w. N.

Mitbesitz aufgibt. Dann darf der verbliebene Miteigentümer die Wohnung auch teilweise untervermieten. Das steht im Einklang mit § 745 II BGB.⁵⁴

Bei nur vorübergehendem Auszug bedarf es schon einer verhaltensbedingten Härte, um dem Miteigentümer die Rückkehr zu verweigern⁵⁵, und diese schlägt, wenn sie gegeben ist, lt. OLG Düsseldorf⁵⁶ nicht durch, wenn die Wohnung groß genug für eine (nicht gemeinsame) Nutzung durch beide Ehegatten ist; die Eigentumswohnung war dort 106 qm groß.

Anders, wenn die Frau mit den 3 Kindern in eine (Zufall!) 106 qm große Wohnung übersiedelt und von dort aus die Zuweisung der Ehewohnung (Haus mit 180 qm Wohnfläche) wegen unbilliger Härte verlangt. Es bedeutet, so das OLG Köln⁵⁷, keine unbillige Härte, zu viert 106 qm zu bewohnen.

Ist der Auslöser der Härte Miteigentümer neben einem Dritten, sind die Rechte des Dritten mit zu würdigen. Klar ist: Wenn der Dritte mit im Hause wohnt, kann er nicht hinausgesetzt werden. Mehr noch: In manchen Fällen führen die Rechte des Dritten dazu, dass der an sich begründete Zuweisungsantrag eines Partners scheitert, weil es dem Dritten nicht zugemutet werden kann, neben diesem Partner allein in einem Hause zu wohnen. Man denke etwa an die Fälle, in denen das Haus Mutter und Sohn gehört und der Sohn (Ehemann) seine Geliebten mit in die Wohnung schleppt. Zweifellos ein Härtefall. Dennoch könnte die Wohnungszuweisung an die Ehefrau allein daran scheitern, dass zwischen Ehefrau und Schwiegermutter Krieg herrscht und der Ehemann/Sohn es bisher verstanden hat, den Konflikt zu entschärfen.

Ganz anders liegt der Fall natürlich, wenn einer der beiden Partner bewusst den Mitbesitz an der Wohnung aufgegeben hat.

Schließlich:

Was macht das Gericht, wenn beide Eheleute, die beide noch in der Ehewohnung wohnen, die alleinige Zuweisung der in ihrem Miteigentum stehenden Wohnimmobilie verlangen, jedoch bei beiden keine unbillige Härte festzustellen ist?

Gar nichts! Beide Anträge werden zurückgewiesen.⁵⁸ Die Eheleute stehen dann unter Einigungszwang. Oder es zieht der aus, der den höheren Leidensdruck empfindet.

Wenn alle Stricke reißen, findet als *ultima ratio* die Teilungsversteigerung statt.

3.4 Wohneigentum nach der Scheidung

Darf der vorübergehend gewichene Eigentümerehegatte nach der Scheidung nun endlich in sein Haus zurückkehren – komme, was da wolle?

3.4.1 Die Reform zum 1.9.2009

Welche Regelungen das Gesetz für die Behandlung der Ehewohnung anlässlich der Scheidung vorsieht, ergibt sich ausschließlich aus § 1568a BGB.

⁵⁴ FamG Schöneberg FamRZ 2018, 677.

⁵⁵ FamG Neustadt FamRZ 2005, 1253.

⁵⁶ OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1171.

⁵⁷ OLG Köln FamRZ 2011, 372.

⁵⁸ OLG Saarbrücken FamRZ 2013, 1982.

Die Vorschrift ist als **Anspruchsgrundlage** ausgestaltet (*Ein Ehegatte kann verlangen ...*). Die Vorschrift dient dem Schutz des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten und der gemeinsamen Kinder.⁵⁹

Nach **§ 1568a I BGB** wird i. d. R. die Wohnung dem wirtschaftlich schwächeren Ehegatten zugewiesen. Er ist in weitaus stärkerem Maß auf die Nutzung der Wohnung angewiesen.

Bei dinglichen Rechten eines Ehegatten kommt nach **§ 1568a II BGB** eine Zuweisung an den anderen nur in Betracht, wenn dies notwendig ist, um eine **unbillige Härte** zu vermeiden.

Wie schon nach dem abgeschafften § 5 I S. 1 HausratsVO ist auch nach § 1568a BGB eine **Wohnungszuweisung gegen den Willen des Vermieters** möglich.

Wird die Wohnung einem Ehegatten überlassen, kommt es zu einer **Mietvertragsänderung**. Nach § 1568a II Ziff. 1 BGB können die Ehegatten diese Vertragsänderung durch eine gemeinsame Mitteilung über die Überlassung an den Vermieter herbeiführen. Nach § 1568a III Ziff. 2 BGB tritt die Mietvertragsänderung automatisch mit der Rechtskraft der Endentscheidung im Wohnungszuweisungsverfahren ein.

§ 1568a IV BGB gibt einem Ehegatten nur unter bestimmten engen Voraussetzungen einen Anspruch auf Begründung eines Mietverhältnisses, wenn den Ehegatten die **Wohnung auf Grund eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses**, das zwischen einem von ihnen und einem Dritten besteht, überlassen worden ist. Entweder muss das **Einverständnis des Dritten** vorliegen oder die Notwendigkeit der Überlassung zur **Vermeidung einer schweren(!) Härte**.

Wenn ein Mietverhältnis nicht besteht, kann der Ehegatte, der Anspruch auf die Überlassung hat, nach **§ 1568a V BGB** von der zur Vermietung berechtigten Person die Begründung eines Mietverhältnisses zu ortsüblichen Bedingungen verlangen. Der Vermieter hat unter den Voraussetzungen des § 575 I BGB oder bei Unbilligkeit eines unbefristeten Mietverhältnisses Anspruch auf eine Befristung. Die Regelung bezieht sich auf die Fälle der Überlassung der Wohnung an den Nichteigentümer oder einen Miteigentümer.

Eine Nutzungszuweisung an den Nicht- oder Miteigentümer kann nur gelingen, wenn sie **innerhalb eines Jahres** nach Scheidungsechtskraft rechtshängig gemacht wird (**§ 1568a VI BGB**).⁶⁰

Die Anwaltskosten werden in Wohnungszuweisungs- und Nutzungsvergütungsverfahren grundsätzlich gegeneinander aufgehoben. Liegt ein grobes Verschulden des Antragsgegners vor, trägt dieser die Kosten (§ 81 II 1. FamFG).⁶¹

3.4.2 Nutzungszuweisung an Eigentümer

Unausgesprochener Regelfall ist der, dass der Alleineigentümer das Wohneigentum, also die ehemalige Ehewohnung, allein nutzen darf.

⁵⁹ BT-Drucksache 635/08 zu 2, S. 6.

⁶⁰ OLG Bamberg FamRZ 2017, 703.

⁶¹ OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1979.

Sonderfall:

Es kommt lt. BVerfG⁶² auch eine Zuweisung an den ehemaligen Eigentümer in Betracht, wenn das Haus zwischenzeitlich veräußert worden ist und beide geschiedene Eheleute gleichwohl darin wohnen wollen. Selbstverständlich ist der neue Eigentümer in jeder Phase des Verfahrens zu informieren und anzuhören, gerade wenn ein unentgeltliches Nutzungsverhältnis beantragt und vom Gericht erwogen wird. Wird der Neueigentümer „außen vor“ gelassen, so ist das ein Verstoß gegen Art. 103 I GG.

3.4.3 Nutzungszuweisung an Nichteigentümer

Wir erinnern uns: Es bedarf schon einer *unbilligen Härte*, wenn der trennungswillige Partner den Auszug des anderen erzwingen will. Gehört dem Missetäter überdies das Heim, so ist das *besonders zu berücksichtigen* (§ 1361b I).

Nach der Scheidung kann die Hürde nicht niedriger sein. Und siehe: Gemäß § **1568a BGB** soll der Richter dem anderen Ehegatten die Wohnung nur zuweisen, *wenn dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden*. Aber immerhin: Es ist zulässig, dass dem Nichteigentümer die Wohnung zur Nutzung zugewiesen wird!

Eine Zuweisung kann lt. OLG Bamberg⁶³ nur im Rahmen eines **Mietverhältnisses** durchgeführt werden.

Wann ist nun von einer unbilligen Härte auszugehen?

Die Härtefälle haben bei der Trennung und bei der Zuweisung nach der Scheidung nach allgemeiner Ansicht etwa den gleichen Grad, aber naturgemäß eine ganz andere Struktur: Während bei der Zuweisung zur Trennungserzwingung das unzivilisierte Verhalten des weichenden Eigentümers im Vordergrund steht, kann eine Härte für die Zeit nach der Scheidung hierauf wegen Abwesenheit des Übeltäters nicht mehr gestützt werden.

Hier kommen folgende Fälle in Betracht:

- Frau und Kinder können in der näheren Umgebung keine adäquate Ersatzwohnung finden.⁶⁴
- Im Haus wohnt die pflegebedürftige Schwiegermutter der Frau, die sich von ihrem Sohn abgekehrt hat und die nötige Zuwendung nur von der Geschiedenen erfährt.
- Eine 60-jährige geschiedene, aber schon 17 Jahre getrennt lebende Frau lebt seit der Trennung allein im Haus des Ex-Ehemannes.⁶⁵

⁶² BVerfG FamRZ 2002, 451.

⁶³ OLG Bamberg FamRZ 2017, 703.

⁶⁴ OLG Naumburg FamRZ 2002, 672 (strenge Anforderungen!).

⁶⁵ FamG Königstein FamRZ 2002, 973.

Aber: Umzugsbedingte Unbequemlichkeiten reichen ebenso wenig aus wie schlechtere Unterbringung in einer Ersatzwohnung wegen nur notdürftiger Unterhaltszahlungen.⁶⁶ Hier muss der Nichteigentümer weichen.⁶⁷

Selbstverständlich kommt eine derartige Zuweisung nicht auf Dauer in Betracht, sondern nur, bis z. B. die Kinder das Haus verlassen und/oder eigene Einkünfte erzielen. So hat das OLG Köln⁶⁸ einer Frau mit zwei Kindern die Ehewohnung (Alleineigentümer: Ehemann) für 5 Jahre zugewiesen. Die vom Mann vergeblich angebotene Ersatzwohnung hatte nur zwei Zimmer.

Ebenso wie Eigentümer werden die Inhaber ähnlicher Rechte behandelt: Nießbraucher, Erbbauberechtigte, Inhaber von Wohnungsrechten (§ 1568a II).

3.4.4 Nutzungszuweisung an Miteigentümer oder Teilung

§ 1568a BGB enthält keine ausdrückliche Regelung für den Fall, dass nach der Scheidung beide Ex-Ehegatten Miteigentümer sind. Andererseits ist diese Konstellation im 1. Absatz der Vorschrift nicht ausgeschlossen.

Im Rahmen einer Billigkeitsentscheidung ist auf das Wohl der Kinder abzustellen. Grundsätzlich soll den Kindern ihr bisheriges Umfeld erhalten bleiben.⁶⁹ Der Ehegatte, der die Kinder betreut, hat also bessere Chancen, im Haus zu bleiben.

Der Richter begründet dann ein Mietverhältnis zwischen den beiden Rechtsinhabern. Der weichende Partner fungiert als Vermieter, der verbleibende Miteigentümer als Mieter. Bei der Bemessung muss natürlich wieder berücksichtigt werden, dass dem „Mieter“ schon die Hälfte gehört – was zwangsläufig zur Halbierung der Miete führt.

Auch eine solche Regelung kann nur vorübergehender Natur sein, denn passt sie dem anderen nicht, kann er die Aufhebungsversteigerung beantragen, mit der Folge, dass der Erwerber den verbleibenden Miteigentümer dann sogar ohne Berufung auf Eigenbedarf aus der Wohnung setzen kann: Der Zuschlag lässt jedes Besitzrecht erlöschen.

Das kann lange dauern. In der Zeit davor kann die Frau durchaus einen Anspruch auf Räumung der Ehewohnung durch den geschiedenen Mann haben, nämlich dann, wenn ihr die Wohnung zur alleinigen Nutzung zugewiesen ist. Ein daneben bestehender Anspruch des Mannes auf Rückübertragung des hälftigen Miteigentumsanteils hindert den Räumungsanspruch nicht.⁷⁰

Indes kann das Gericht, wenn sich das nach den räumlichen Gegebenheiten anbietet, das Haus auch – selbstverständlich ohne Eingriff in die Miteigentümerpositionen – unter den Miteigentümern zur beiderseitigen Nutzung aufteilen. Dann hat jeder seine „Schnitte“ oder Ebene vom Haus. Ob das lange gut gehen kann (angenommen,

⁶⁶ OLG München FamRZ 1995, 1205.

⁶⁷ OLG Schleswig FamRZ 2010, 1985. Wenn die Frau Miteigentümerin ist, bleibt ihr die Option der Auseinandersetzung der Gemeinschaft nach § 741 ff. BGB oder die Versteigerung nach § 180 ZVG.

⁶⁸ OLG Köln FamRZ 1996, 492.

⁶⁹ OLG Celle FamRZ 1992, 465.

⁷⁰ OLG München FamRZ 2010, 1250.

es herrscht noch Streit wegen sonstiger Folgesachen oder ein nicht aufgearbeiteter emotionaler Konflikt auf der Partnerebene!), wird das Gericht in jedem Einzelfall besonders sorgfältig prüfen müssen.

3.4.5 Zuweisung bei konkurrierenden Rechten der Ehepartner

Die verschärfte Voraussetzung für die Zuweisung nach § 1568a BGB entfällt nicht nur bei Miteigentum beider Partner, sondern auch dann, wenn eine dingliche Berechtigung (Wohnungsrecht, Nießbrauch) des einen auf das Eigentum des anderen trifft.

Wenn z. B. die Frau das Wohnungsrecht nach § 1093 genießt und der Mann Eigentümer der Wohnung ist, braucht die Frau keine unbillige Härte ins Feld zu führen, um die Wohnung zur weiteren Nutzung zugewiesen zu bekommen. Hier kann der Richter kann nach *billigem Ermessen* entscheiden.

Wenn beide Miteigentümer des Grundstücks sind, der Ehemann jedoch alleiniger Erbbauberechtigter, mithin alleiniger Eigentümer des aufstehenden Hauses ist, genießt er nach der Scheidung den Vorrang und bekommt die durch das Haus verkörperte Ehwohnung zugewiesen, allerdings mit einer angemessenen Räumungsfrist für die Frau.⁷¹

Der Wohnungsrechtsinhaber genießt den Vorrang vor dem Eigentümerehegatten, wenn letzterer von der Mitbenutzung der Wohnung ausgeschlossen ist.⁷² Das ist bei Eheleuten die Ausnahme, nach der Trennung allerdings nicht mehr.

Im Ergebnis ebenso wurde der Fall vom OLG Naumburg⁷³ entschieden (der Ehemann wollte dort einen Teil der Räume für sich nutzen, an denen er seiner Frau das Wohnrecht eingeräumt hatte). Das Gericht stellt darauf ab, dass nach billigem Ermessen (früher § 2 HausratsVO, jetzt § 1568a II BGB) Frau und Kinder den Vorrang genießen müssen und dass eine verspätete Heimtrennung nur zu vermeidbarem Verdruss führen würde. Der Mann bleibt also außen vor.

3.5 Zahlungsansprüche des weichenden Partners

3.5.1 Gesamtschuldnerausgleich bezüglich der Miete

Wer zahlt die Miete?

1. Wenn ein Nichtunterzeichner des Mietvertrages ausgezogen ist, zahlt der alleinige Mieter = Nutzer die Miete weiter.
2. Wenn beide unterschrieben haben und einer auszieht, ist als erstes zu beachten, dass es dem Vermieter freisteht, das Geld vom einen *oder* vom anderen zu fordern (gesamtschuldnerische Haftung). **Im Innenverhältnis haftet der verbleibende Partner allein für die Miete.**⁷⁴ Er muss den anderen also von Vermieterforderungen

⁷¹ OLG Oldenburg FamRZ 1998, 571.

⁷² OLG Stuttgart FamRZ 1990, 1260, 1261.

⁷³ OLG Naumburg FamRZ 1998, 1529.

⁷⁴ Das gilt jedenfalls dann, wenn er durch sein Verhalten (mehr als **halbjährige alleinige Nutzung**, kein Bemühen um Auflösung des Mietverhältnisses) zu erkennen gibt, dass er zu bleiben beabsichtigt, OLG Düsseldorf FamRZ 2011, 375.

freistellen, was ggf. die Unterhaltsforderungen des anderen entsprechend mindert. Das OLG Brandenburg⁷⁵ will dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten eine Überlegungsfrist von bis zu 3 Monaten zubilligen, nach deren Ablauf der Gesamtschuldnerausgleich entfällt, und zwar dann auch rückwirkend ab Beginn der alleinigen Nutzung. Anspruchsgrundlage ist lt. OLG Bremen⁷⁶ (*nota bene*: in einem Fall, in dem der Ehemann aus eigenem Antrieb die Mietwohnung verlassen hatte) § 426 I 1 BGB. Grundsätzlich kann er danach nur die Hälfte (Halbteilungsprinzip als Hilfsauslegungsregel!) der von ihm gezahlten Miete von seiner Frau zurückverlangen; will er mehr haben, muss er eine *anderweitige Bestimmung, Natur der Sache oder Treu und Glauben* nachweisen, was ihm hier nicht schwer fallen wird.

3. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass im Innenverhältnis beide für die Miete haften, sobald der Verbliebene nach Ablauf der Kündigungsfrist ebenfalls ausgezogen ist. Er muss sich aber natürlich für die Dauer seines alleinigen Verbleibs in der Wohnung einen fiktiven Wohnwert anrechnen lassen.
4. Der Sonderfall, dass einer auszieht, weil dem anderen die Wohnung zugewiesen worden ist (§ 1361b I), ändert nichts an der Verpflichtung des Mieters bzw. der Mieter gegenüber dem Vermieter. Allerdings kann der in der Ehwohnung verbleibende Partner zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet sein, wenn der andere die Miete zahlt. Die Ausgleichszahlung ist i. d. R. geringer als die Miete. Sonst könnte man die Pflicht zur Mietzahlung im Innenverhältnis gleich dem aufbürden, dem die Wohnung zugewiesen worden ist.

3.5.2 Nutzungsvergütungsanspruch bei Mietwohnungen

Lassen wir das Gesetz (§ 1361b III 2) zu Wort kommen:

Wurde einem Ehegatten die Ehwohnung ganz oder zum Teil überlassen, ... Er kann von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht.

Eine Vergütungspflicht kann auch bei Mietwohnungen eintreten. M. E. gibt es aber nur eine Fallgruppe, in der das angemessen sein kann:

Der alleinige Mieter hat vom Gericht wegen unbilliger Härte die „Rote Karte“ bekommen. Seine Frau, die gegen ihn keine Unterhaltsansprüche hat, sitzt erleichtert in der Wohnung („weg isser“). Der Mann zahlt die Miete weiter, ohne etwas davon zu haben.

Das muss – zumindest weitgehend – ausgeglichen werden.⁷⁷

⁷⁵ OLG Brandenburg FamRZ 2007, 1172, 1173.

⁷⁶ OLG Bremen FamRZ 2016, 1367.

⁷⁷ Wichtiger Hinweis: Der Fall darf nicht verwechselt werden mit dem unter **3.5.1 (2)** geschilderten (beide haben den Mietvertrag unterschrieben, der eine ist freiwillig ausgezogen und wird vom Vermieter in Anspruch genommen); Da besteht Anspruch auf vollen Gesamtschuldnerausgleich.

Ein derartiger Anspruch – auch in Gestalt des Anspruchs auf Befreiung von der Verpflichtung, die Miete zu zahlen – kann in Ausnahmefällen auch nach § 2 V Gewaltschutzgesetz bestehen.⁷⁸

Der Anspruch setzt weiter voraus, dass der Nutzungswert nicht schon bei der Unterhaltsbemessung in Ansatz gebracht worden ist.⁷⁹

Im Einzelnen: Selbstverständlich ist hier das **Verbot der Doppelverwertung** zu beachten. Wenn ein Unterhaltstitel besteht, bei dem der Wert des mietfreien Wohnens bei der Frau berücksichtigt worden ist, kann der Mann, der entsprechend weniger Unterhalt zahlt, nicht im Nachhinein eine Nutzungsvergütung nach § 1361b verlangen.⁸⁰

Nur wenn keine Unterhaltsansprüche im Spiel sind, kommt die „mietrechtliche“ Lösung in Betracht. Wenn ein Partner Unterhaltsansprüche hat, wird die Vergütungsproblematik unterhaltsrechtlich (über die Einstellung des Wohnwerts) gelöst.

Die Billigkeit ist zu verneinen, wenn die Frau ausgezogen ist, sich jedoch weigert, in das gemeinsame Ferienhaus zu ziehen, für das sie dem Mann keine Nutzungsvergütung zahlen müsste.⁸¹

Der in der Wohnung verbliebene Partner kann sich dem Begehren auf Zahlung der Nutzungsvergütung nicht dadurch entziehen, dass er seine Erwerbsobliegenheit verletzt, ergo nichts verdient.⁸²

Als Überleitung zum nächsten Kapitel eignet sich folgender Hinweis:

Wenn während der Trennungszeit ein Antrag auf Zuweisung gestellt wird, wird dieser durch einen zwischenzeitlichen Scheidungsausspruch nicht unzulässig, falls ein parallel laufendes einstweiliges Anordnungsverfahren zu demselben Ergebnis führt.⁸³

3.5.3 Vergütungsanspruch des fortgezogenen Partners bei Wohneigentum nach Trennung

3.5.3.1 Anspruchsgrundlage bei Härtefällen

Das Gesetz (§ 1361b III 2) sagt zu den Fällen, in denen *einem Ehegatten die Ehewohnung ganz oder zum Teil überlassen* wurde:

Er kann von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht.

Zu erörtern ist hier zunächst der Regelfall, nämlich der, dass der Hinausgewiesene Eigentumsrechte hat:

⁷⁸ OLG Hamm FamRZ 2006, 50.

⁷⁹ OLG Saarbrücken FamRZ 2014, 1636.

⁸⁰ KG FamRZ 2015, 1191.

⁸¹ OLG Celle FamRZ 2015, 1193.

⁸² OLG Bamberg FamRZ 2015, 668.

⁸³ OLG Schleswig FamRZ 2013, 629.

Einig ist man sich nur darüber, dass eine Vergütung (das Vorliegen der anderen Voraussetzungen unterstellt) *stets* zu zahlen ist, wenn der weichende Ehepartner Alleineigentümer oder Eigentümer mit einem Dritten ist. Eine einvernehmliche Verrechnung mit Unterhaltsansprüchen des Vergütungsschuldners ist dadurch nicht ausgeschlossen.

Gehört die Wohnung ausschließlich dem Ausziehenden, kann eine Nutzungsvergütung⁸⁴ gewährt werden, und zwar durch das FamG. Wenn derjenige, der das Feld räumt, keine dinglichen Rechte an der Immobilie hat, kann er gleichwohl einen Vergütungsanspruch haben, wenn das der Billigkeit entspricht.⁸⁵

Höchst umstritten ist aber, unter welchen Voraussetzungen ein Vergütungsanspruch besteht: Nur bei einem gerichtlichen Zuweisungsbeschluss oder auch bei anderweitigem „Außendruck“ nach vorangegangenem kritikwürdigen Verhalten?

Man denke an folgende Fälle:

1. Auszugsvereinbarung der Ehepartner.
2. Freiwilliger Auszug desjenigen, dessen Verhalten eine schwere Härte begründet.
3. Freiwilligen Auszug dessen, der den von ihm wesentlich verursachten „Zerrütungsstress“ nicht mehr erträgt.
4. Gerichtsentscheidung nach § 1361b I.

Wann also muss der aus guten Gründen weichende Partner zahlen?

M.E. besteht kein vernünftiger Grund, die Verpflichtung auf die Fälle zu beschränken, in denen das Gericht eine Zuweisungsentscheidung getroffen hat. Eine Verpflichtung kann auch durch Vertrag begründet werden⁸⁶ oder durch freiwilligen Auszug wegen eigenen härtebegründenden Verhaltens erfüllt werden. Hauptsache, es besteht *überhaupt* eine wie auch immer begründete *Verpflichtung* – und das ist nicht der Fall, wenn einer ohne ein zuvoriges härtebegründendes Verhalten freiwillig die Ehewohnung räumt.⁸⁷ Dazu gleich mehr.

3.5.3.2 Anspruchsgrundlage bei Nichthärtefällen

Nach dem altherwürdigen Erst-Recht-Argument (*a minore ad maius*) muss der **untadelige, freiwillig von dannen Gezogene**, wenn schon der Hinausgewiesene einen Vergütungsanspruch hat, erst recht einen solchen haben (und zwar, wie noch zu zeigen sein wird, einen höheren). Deshalb muss das von der Rspr. entfachte Subsumtionsfeuerwerk zu dieser Problematik verwundern.

Das OLG Köln⁸⁸ meint, dass es einer Auszugsverpflichtung nicht bedarf. Auch bei stillschweigendem Auszug des Alleineigentümers bestehe ein Anspruch auf Nut-

⁸⁴ Nach OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 1981 gemäß § 1361b III 2 analog.

⁸⁵ OLG München FamRZ 2008, 695. Der Ehemann fühlte sich als „wirtschaftlicher Miteigentümer“, weil er unstreitig durch Arbeitsleistungen und finanzielle Zuwendungen mindestens die Hälfte des Anwesens mitfinanziert hatte.

⁸⁶ So auch OLG Schleswig NJW-RR 1988, 1413.

⁸⁷ KG FamRZ 2001, 368; ebenso AG Köln FamRZ 1991, 811, 812 und Abh. *Erbarth* in FamRZ 2005, 1713.

⁸⁸ OLG Köln FamRZ 1992, 440.

zungsentschädigung. Bei der Anspruchsgrundlage kommt das Gericht ins Grübeln. Es stellt dann einige mögliche zur Auswahl (§ 1361b II analog; § 745 II; § 812; §§ 990, 989), ohne sich für eine zu entscheiden – dies mit der verblüffenden Begründung, dass „*ein Anspruch in jedem Fall zu bejahen ist*“.

Im Ergebnis vertreten das OLG Frankfurt⁸⁹, das OLG Köln⁹⁰, das OLG München⁹¹, das OLG Düsseldorf⁹² (unter ergänzender Heranziehung von § 745 II BGB), das OLG Braunschweig⁹³ und das OLG Hamm⁹⁴ dieselbe Lösung: Auch diese Gerichte halten § 1361b III 2 (früher § 1361b II) für analog anwendbar, wenn ein Ehegatte ohne härtebegründendes Verhalten freiwillig auszieht. Zugleich bejaht das OLG Frankfurt die Frage nach der Zulässigkeit eines Antrags auf isolierte Nutzungsvergütung. Man kann danach also gemäß § 1361b III 2 BGB i. V.m. § 1568a V BGB eine Nutzungsvergütung verlangen, *ohne* dass zugleich der Gegner die Zuweisung selbst begehrt. Anstelle der Nutzungsvergütung nach § 1361b III kann – als rechtliches Minus ggü. der Vergütung – auch Freistellung von den Mietzinsansprüchen des Vermieters verlangt werden.⁹⁵

Der BGH⁹⁶ ist durch Urteil vom 15.2.2006 der Auffassung gefolgt, dass ein Anspruch auf Nutzungsvergütung auch dann besteht, wenn der weichende Partner kein härtebegründendes Verhalten gezeigt hat, und zwar nach § 1361b II (a. F.) analog. Zugleich hat der BGH die Anwendung von § 745 II auf diesen Fall verneint.⁹⁷

Der Unterschied ist nicht rein akademischer Natur: Ansprüche nach § 1361b III beschränken sich in ihrem Regelungsgehalt auf die Zeit bis zur Scheidungsrechtskraft.⁹⁸ Die nach § 745 BGB gelten zeitlich darüber hinaus, d. h. bis zur Aufhebung der Eigentümergemeinschaft.

Gut vier Jahre später (4.8.2010) überlegte der BGH es sich aber wieder anders⁹⁹ und gestand in einem Fall, in dem der Mann wich, die Frau Alleineigentümerin war und der Mann ein grundbuchlich gesichertes Wohnungsrecht hatte, letzterem Ansprüche aus § 745 II BGB zu.

Derartige Ansprüche aus § 745 II setzen aber voraus, dass der in der Wohnung verbliebene Ehepartner **aufgefordert** wird, eine Nutzungsentschädigung zu zahlen, und zwar nach dem klaren Motto „Zahlung oder Auszug“.¹⁰⁰

⁸⁹ OLG Frankfurt FamRZ 1992, 677.

⁹⁰ OLG Köln FamRZ 1998, 1434.

⁹¹ OLG München FamRZ 1999, 1270.

⁹² OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1271.

⁹³ OLG Braunschweig FamRZ 1996, 548.

⁹⁴ OLG Hamm FamRZ 2011, 892 (hälftige Vergütung an Ehegattenmiteigentümer).

⁹⁵ OLG Naumburg FamRZ 2003, 1748.

⁹⁶ BGH FamRZ 2006, 930.

⁹⁷ BGH FamRZ 2006, 930, 932. Ebenso OLG Frankfurt FamRZ 2011, 373 und OLG Hamm FamRZ 2011, 481: § 1361b III 2 ist *lex specialis* zu § 745 II BGB.

⁹⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2015, 1498.

⁹⁹ BGH FamRZ 2010, 1630.

¹⁰⁰ OLG Naumburg FamRZ 2012, 1941.

Ein Anwalt, der seine Mandantschaft nicht über ihm zustehende Nutzungsvergütungsansprüche belehrt, macht sich regresspflichtig.¹⁰¹

Die Gegenmeinung (keine Vergütung bei vertragsloser Nutzungsüberlassung durch den Alleineigentümer!) wird vom OLG Dresden¹⁰² vertreten.

*Huber*¹⁰³ differenziert wie folgt:

Wenn die Eheleute übereinkommen, dass einer dem anderen die Wohnungsnutzung überlässt, liegt darin eine Vereinbarung, die eine Vergütungsverpflichtung nach § 1361b III 2 (früher § 1361b II) auslöst.

Diverse OLGe vertraten schon vor dem Schwenk des BGH vom 4.8.2010¹⁰⁴ die besagte Linie:

Wenn einer sang- und klanglos auszieht, kann nach § 745 II BGB eine Nutzungsvergütung gefordert werden.¹⁰⁵ Dabei ist ohne Bedeutung, wer die Wohnung finanziert hat und wer für das Scheitern der Ehe verantwortlich ist.¹⁰⁶ Logischerweise setzt die Anwendung von § 745 II die Miteigentümerposition beider Eheleute (oder konkurrierende dingliche Rechte) voraus. Das geht, wie angedeutet, auch schon vor dem Scheidungsantrag, jedoch nicht vor dem erkennbaren und eindeutigen Verlangen nach einer Neuregelung der Benutzung und Verwaltung. Eine Nutzungsvergütung kann nach § 745 II nur gefordert werden, wenn dies der Billigkeit entspricht. Daran mangelt es, wenn der verbleibende Ehegatte wegen Versorgung eines kleinen Kindes nicht zahlungsfähig ist.¹⁰⁷

Auf keinen Fall hat die Miteigentümerehegattin einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung gegen ihre Nachfolgerin, wenn diese sich zum Ehemann „ins gemachte Nest“ begibt.¹⁰⁸

Stets gilt dabei, dass eine Vergütungsregelung nicht in Betracht kommt, wenn die Unterhaltsregelung schon eine Berücksichtigung des Wohnwerts enthält.

In einem Fall, in dem der Ehemann Alleineigentümer und **Zwangsverwaltungsschuldner** war, verneinte das OLG Brandenburg¹⁰⁹ Ansprüche des Zwangsverwalters gegen die im Hause verbliebene Ehefrau.

¹⁰¹ OLG Düsseldorf FamRZ 2010, 1851.

¹⁰² OLG Dresden FamRZ 2000, 1104.

¹⁰³ Abh. *Huber* in FamRZ 2000, 129.

¹⁰⁴ BGH FamRZ 2010, 1630.

¹⁰⁵ BGH FamRZ 1986, 434 = NJW 1986, 1340; OLG Bamberg FamRZ 2001, 1074; OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 209; OLG Stuttgart FamRZ 2012, 33 (hierzu Anm. *Erbarth* in FamRZ 2012, 1302). Klar gesagt: § 745 II ist Anspruchsgrundlage für die Nutzungsentschädigung. Ferner FamG Ludwigslust FamRZ 2005, 728, das § 745 II für anwendbar hält, weil eine dauerhafte Nutzungsregelung Vorrang vor einer nur vorläufigen Regelung nach § 1361b BGB habe.

¹⁰⁶ OLG München FamRZ 2005, 806.

¹⁰⁷ OLG Brandenburg FamRZ 2002, 396 (Ls).

¹⁰⁸ LG Bielefeld FamRZ 2003, 158.

¹⁰⁹ OLG Brandenburg FamRZ 2013, 881.

Im Ergebnis gelten die obigen Ausführungen auch für Fälle, in denen die Wohnung zwar nicht den Eheleuten gehört, diese aber trotzdem keine Miete zahlen, z. B. dann, wenn sie im elterlichen bzw. schwiegerelterlichen Haus wohnen und die Räume auf eigene Kosten ausgebaut haben. Auch hier kann der, der ausgezogen ist, vom anderen eine Nutzungsvergütung nach § 1361b III 2 BGB verlangen, aber natürlich nur, solange dieser noch drin wohnt, und spätestens bis zur Zustellung des Scheidungsantrags.¹¹⁰

Auch die Nutzungsentschädigungsansprüche eines freiwillig weichenden Partners sind Familiensachen.¹¹¹

3.5.3.3 Anspruchshöhe: Freiwillig gewichen der hinausgesetzt?

Das zweite Problem neben der Anspruchsgrundlage ist die Höhe der Vergütung. In der zitierten Vorschrift (§ 1361b III 2 BGB) steht nichts von der marktüblichen Miete; vielmehr wird ein Anspruch auf Vergütung begründet, *soweit dies der Billigkeit entspricht*. Bei Billigkeitsentscheidungen ist nicht allein maßgeblich, was der Markt hergibt.

Die Billigkeitsvergütung ist die Obergrenze (*soweit*). Es sind also durchaus Fälle denkbar, in denen der weichende Eigentümerehegatte (wegen vorangegangenen indiskutablen Verhaltens, Armut des Partners oder mangelnder eigener Einkünfte und daraus folgender Unfähigkeit, Unterhalt zu zahlen), mit einem „Schmunzelpreis“ zufrieden sein muss oder gar nichts verlangen kann.

Es spielt also eine Rolle,

- dass die Leistungsfähigkeit des verbleibenden Partners oft eingeschränkt ist,
- dass die Wohnungsüberlassung durch den weichenden Partner nicht in Gewinnerzielungsabsicht geschieht
- und dass der verbliebene Partner die Wohnung allein gar nicht vernünftig nutzen kann.¹¹²

Die Vergütung kann dann erkennbar unter der Marktmiete liegen.¹¹³

Entscheidender Parameter ist aber die Frage, ob ein Härtebegründendes Verhalten vorausgegangen ist. Wenn ja, kann der Vergütungsanspruch auf Null schrumpfen. Für die Null-Lösung ist z. B. das OLG Köln¹¹⁴ in einem Fall, in dem außer der Frau noch drei volljährige Söhne in der Ehwohnung (Villa) lebten und der Mann – immerhin Miteigentümer zu einem Drittel – es sich laut Gericht *„selbst zuzuschreiben hat*,

¹¹⁰ OLG Rostock FamRZ 2017, 433. Dort weiter: Ab Rechtshängigkeit gibt's nichts mehr, auch nach der Scheidung nicht, weil weder Einigung über die künftige Nutzung noch gerichtliche Zuweisungsentscheidung gegeben sind.

¹¹¹ OLG Brandenburg FamRZ 2006, 1392. Das gilt auch für entsprechende Ansprüche, die auf § 745 II BGB gestützt werden, OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1681.

¹¹² OLG Düsseldorf FamRZ 2006, 209.

¹¹³ Ausnahme: Mehrjährige Nutzung durch den anderen Ehepartner samt Kindern, während der Alleineigentümer in wirtschaftlich beengten Verhältnissen lebt, OLG Bremen FamRZ 2010, 1980.

¹¹⁴ OLG Köln FamRZ 1993, 562.

dass die Ehewohnung der Agg. zugewiesen werden musste.“ Eine herbe Entscheidung, wenn man bedenkt, dass zu allem Überfluss die Frau auch noch ein paar Mal so viel verdiente wie der hinausgeworfene Mann.

Wenn beide Miteigentümer sind, beide leistungsfähig sind, die Wohnung nicht zu groß ist und keine Härte vorausgegangen ist, ist die Marktmiete aber der Anknüpfungspunkt.¹¹⁵

Die Vergütung wird mit dem Auszug des weichenden Eigentümers fällig. Es bedarf also keiner Inverzugsetzung.¹¹⁶

Wenn dem scheidenden Ehegatten das Heim zusammen mit dem verbleibenden Partner gehört, kann er naturgemäß höchstens die Hälfte der angemessenen Vergütung verlangen. In der Vergütungsfestsetzung liegt hier zugleich eine Neuregelung der Benutzungsvereinbarung innerhalb der Bruchteilsgemeinschaft gemäß § 745 II. Wird der Anspruch auf Nutzungsvergütung bejaht, ist bei der Bemessung der Höhe auch zu prüfen, ob dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten gegen den anderen im Falle der Zahlung der Nutzungsvergütung ein Unterhaltsanspruch zustünde, den er bis dahin nicht geltend gemacht hat und ggf. schon rechnerisch gar nicht geltend machen konnte. Dieser ist dann im Rahmen der Billigkeitskontrolle abzuziehen.¹¹⁷

Zahlt der Alleineigentümer die Betriebskosten für die im Haus verbliebene Frau, hat er insoweit einen Erstattungsanspruch.¹¹⁸ Bei Miteigentum gilt: Die verbrauchsabhängigen Kosten hat die Ehefrau, wenn sie die Wohnung allein nutzt, voll zu erstatten, die verbrauchunabhängigen zur Hälfte.

3.5.3.4 Vergütungsrechtliche oder unterhaltsrechtliche Lösung?

Auch hier ist die vergütungsrechtliche Lösung überflüssig, wenn Unterhaltsansprüche im Spiel sind.

Beispiel: Mann ist ausgezogen, Frau bleibt in der ihm gehörenden ETW (Ehewohnung).

Unterhaltsrechtliche Lösung:

	Mann	Frau
Netto	2.800 €	1.600 €
Wohnwert		400 €
Zwischensumme	2.800 €	2.000 €
Differenz	800 €	
Unterhaltsanspruch der Frau		400 €
Ergebnis	2.400 €	2.400 €

¹¹⁵ OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1980 (Ls).

¹¹⁶ Abhandlung *Erbarth* FamRZ 1998, 1007, 1012 m. w. N.

¹¹⁷ OLG Frankfurt FamRZ 2013, 135 (Ls).

¹¹⁸ OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 1981.

Schuldrechtliche (vergütungsrechtliche) Lösung:

	Mann	Frau
Netto	2.800 €	1.600 €
Frau zahlt Nutzungsvergütung an den Mann	400 €	(kein Abzug, wie bei Miete!)
Zwischensumme	3.200 €	1.600 €
Differenz	1.600 €	
Unterhaltsanspruch der Frau		800 €
Ergebnis	2.400 €	2.400 €

3.5.4 Miete oder Nutzungsvergütung zugunsten des weichenden Eigentümers nach Scheidung

Wenn der (Mit-)Eigentümer weichen muss, kann das Gericht nach § 1568a V BGB ein Mietverhältnis zwischen den beiden scheidungswilligen oder bereits geschiedenen Eheleuten begründen. Es setzt auch den Mietzins fest. Das muss beiden Partnern und dem Vermieter zumutbar sein.¹¹⁹

Voraussetzung ist natürlich, dass keine unterhaltsrechtliche Überlagerung des Problems stattgefunden hat: Wenn der Nutzungsvorteil bei der Festsetzung des Trennungsunterhalts bereits berücksichtigt worden ist, scheiden Ansprüche nach § 1361b III aus.¹²⁰

Hier spricht m.E. nichts dagegen, von der **Marktmiete** auszugehen. Selbstverständlich kann ggf. eine Verrechnung mit Unterhaltsansprüchen stattfinden. Ist über den Unterhalt bereits per Scheidungsfolgenvergleich oder Urteil eine Regelung getroffen, die die Wohnungsnutzung mit einbezieht (*de facto* Teilerfüllung des Unterhaltsanspruchs), bedarf es selbstverständlich keiner Mietfestsetzung mehr.

Haben beide **Miteigentum** oder eine dingliche Berechtigung (etwa ein unentgeltliches Wohnungsrecht), hat der Ausscheidende Anspruch auf eine anteilige Miete.

Wenn Frau und Mann ein verdinglichtes Wohnungsrecht genießen und die Frau auszieht, hat sie Anspruch auf Nutzungsentschädigung, allerdings nach Auffassung des OLG Zweibrücken¹²¹ nur in Höhe eines weit unter dem Mietwert liegenden Betrages.

Wenn kein Mietverhältnis begründet wird, besteht gleichwohl Anspruch auf eine Nutzungsvergütung. Nach Auffassung des OLG München¹²² aus 2007 orientierte sich diese (auch im Falle des freiwilligen Auszugs eines Partners) **nach** der Scheidung an §§ 2, 3 HausratsVO¹²³ (jetzt § 1568a V BGB), nicht dagegen an § 745 II BGB. Das OLG

¹¹⁹ FamG München FamRZ 2014, 1459 (nach Aufhebung einer Lebenspartnerschaft).

¹²⁰ OLG Naumburg FamRZ 2009, 2090.

¹²¹ OLG Zweibrücken FamRZ 2013, 1980, 1981: Mietwert 1.200 €, Hälfte 600 €, Nutzungsentschädigung 250 €.

¹²² OLG München FamRZ 2007, 1655 mit Anm. *Wever* auf S. 1658.

¹²³ OLG Hamm FamRZ 2011, 481, Urteil vom 1.7.2010(!).

Karlsruhe¹²⁴ meint dagegen, dass eine Nutzungsentschädigung nach § 745 II geschuldet wird. Über die Höhe ist man sich einig: Hälftiger Wohnwert.

Dabei darf der Haushaltsrichter nur die Miete bzw. Nutzungsvergütung zuerkennen, nicht auch Schadensersatz.

3.6 Aufhebung gemeinsamen Eigentums

Der § 1568a BGB befasst sich in der Wohnungsfrage mit Nutzungszuweisungen und – insoweit unter Eingriff in die Vertragsfreiheit (Privatautonomie) – mit der Begründung vertraglicher (schuldrechtlicher) Verpflichtungen durch richterlichen Gestaltungsakt.

Der Familienrichter darf aber nicht in dingliche Rechtspositionen eingreifen, d. h. er darf *die Eigentumslage nicht ändern*.

Dies dürfen nur die beteiligten (Ex-)Eheleute selbst, wenn sie dazu ein Bedürfnis verspüren.

3.6.1 Verfügungsbeschränkungen vor der Scheidung

Bekanntlich kann jeder mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren (§ 903 BGB). Niemand kann und darf etwa einen Hauseigentümer zwingen, sein Grundstück zu verkaufen – was nicht ausschließt, dass es Situationen gibt, in denen jemand unter dem Druck der wirtschaftlichen oder (bau-)rechtlichen Verhältnisse verkauft (etwa, um einer Vollstreckungsversteigerung oder einer Enteignung zuvorzukommen oder um eine Zugewinnausgleichsforderung bedienen zu können).

Also: Grundsätzlich kann zwar jeder Eigentümer mit seinem Hausgrundstück machen, was er will. Schwierig wird es nur, wenn es ihm nicht allein gehört, d. h. wenn er, um die beiden gängigsten Fälle zu nennen, mit anderen Eigentümern in einer Bruchteilsgemeinschaft oder in einer ungeteilten Erbengemeinschaft verbunden ist.

Uns interessiert hier der erste Fall, der unter Eheleuten recht häufig ist: Beiden gehört das Hausgrundstück **je zur ideellen Hälfte**. Wird die Ehe nun geschieden, besteht fast ausnahmslos zumindest bei *einem* Partner das Bedürfnis, dass man „irgendwie auseinander kommt“, dass also die Grundstücksgemeinschaft aufgehoben wird.

Als getrenntlebender oder geschiedener Ehegatte *kann* und *darf* man das bewirken, aber entgegen einem weitverbreiteten Irrtum *muss* das keineswegs geschehen.

Wenn beide Ehepartner auch nach der Ehe noch in einer grundstücksbezogenen Bruchteilsgemeinschaft verbunden bleiben wollen, kann keine Macht der Welt sie daran hindern.

Aus dem Gesetz ergibt sich nur der umgekehrte Zwang, während der ehelichen Lebensgemeinschaft, also vor der Trennung, die Gemeinschaft unangetastet zu lassen (§§ 1353, 1365), sofern die Grundstückshälfte den wesentlichen Vermögensge-

¹²⁴ OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 775.