

**Herausgeber: Deutscher Juristinnenbund e. V.**

**Präsidium:** Ramona Pidal, Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht, Brandenburg a.d.H. (Präsidentin); Rechtsanwältin Oriana Corzilius, Brüssel; **Dr. Afra Waterkamp**, Präsidentin des Finanzgerichts des Landes Sachsen-Anhalt, Dessau-Roßlau (Vizepräsidentinnen); **Petra Lorenz**, Regierungsdirektorin i.R., Baden-Baden (Schatzmeisterin); **Schriftleitung:** Anke Gimbal, Rechtsassessorin, Geschäftsführerin Deutscher Juristinnenbund, Berlin.

DOI: 10.5771/1866-377X-2016-2-51

## Das eheliche Güterrecht: Defizite der *lex lata* – ein Überblick aus Sicht der Praxis

**Brigitte Meyer-Wehage**

Vorsitzende der djb-Kommission Zivil-, Familien- und Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften; Direktorin des Amtsgerichts, Brake

**I.**

Das eheliche Güterrecht ist in seiner Vielschichtigkeit eine komplexe Materie und nicht auf wenigen Seiten zusammen zu fassen. Ziel des nachfolgenden Überblicks ist es daher, einige praxisrelevante Aspekte herauszugreifen, die verdeutlichen, dass das geltende Recht den Ansprüchen einer modernen und vor allen Dingen mobilen Gesellschaft nicht genügt. Auch stellen 28 Mitgliedstaaten mit ihren jeweils eigenen nationalen Regelungen Anforderungen an die unmittelbar Beteiligten, d.h. die Ehe- und Lebenspartner, aber auch an die mit der Materie befassten Professionen, die nicht zu unterschätzen sind (Stichwort: Rechtswahl).

1) Mit Ausnahme des (Wahl-)Güterstandes der Gütertrennung sind die Vorschriften der §§ 1363 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) – dies vorausgeschickt – mit einer gewissen Regelmäßigkeit überarbeitet worden. Dass die Gütertrennung insoweit außen vor geblieben ist, überrascht nicht. Denn die Begrifflichkeit ist eindeutig und der Zweck – keine Vermögensteilhabe, keine Verantwortung für den anderen Ehepartner – ebenso. In der Praxis kommt die Gütertrennung in der Regel bei selbstständig tätigen Partnern – mit oder ohne Kompensationslösung für den anderen (dazu später mehr) – oder im Fall der wirtschaftlichen Unabhängigkeit beider Partner, sei es aufgrund von Erwerbstätigkeit oder aufgrund von Unternehmensbeteiligungen – häufig im Wege der Erbfolge – zum Tragen.

2) Der Güterstand der Zugewinngemeinschaft als der gesetzliche Güterstand bedeutet im Fall bestehender Ehe, wie nicht

oft genug betont werden kann, ebenfalls Gütertrennung und führt nur bei Beendigung des Güterstandes (von § 1371 BGB abgesehen) zu einem Ausgleichsanspruch. Der Gesichtspunkt der Gütertrennung wird tatsächlich, wie eine im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) erstellte Studie belegt, nicht wahrgenommen bzw. verstanden. Die Ergebnisse der Studie Partnerschaft und Ehe – Entscheidungen im Lebensverlauf, Sinus Sociovision / Dr. Carsten Wippermann, 5. Auflage 2014, sollen an dieser Stelle nicht wiederholt werden, da sie Gegenstand einer (Vortrags-)Veranstaltung im Juni 2012 in Berlin waren.<sup>1</sup> Zum besseren Verständnis ist dennoch ein Gesichtspunkt herauszustellen, da er auch heute – sechs Jahre nach der Umfrage – an Aktualität nicht eingebüßt hat. Nach der Studie glauben nämlich 89 Prozent (der Anteil der Frauen ist in diesem Bereich leicht erhöht), dass alles, was während einer Ehe erworben wird, beiden Partnern gleichermaßen gehört. Diese Erkenntnis ist unabhängig vom Bildungsstand; allerdings kommen die (rechtlichen) Fehleinschätzungen signifikant häufiger bei Frauen vor. Auch wünschen sich 80 Prozent aller Menschen, dass die Ehe oder Partnerschaft ein Leben lang hält. Der Anteil bei den nicht verheirateten ist deutlich geringer (71 Prozent / 87 Prozent), wobei eine lebenslange Ausrichtung der Ehe jedoch eher die vorrangig am oberen Rand der Gesellschaft Lebenden (also die Besserverdienenden) bezweifeln. In diesem Zusammenhang werden Bildungsunterschiede virulent; auch das Alter spielt eine Rolle sowie, ob die Paare mit oder ohne Kinder leben.

1 Zu den Einzelheiten vergleiche: Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder (Hrsg.), *Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft? Auf dem Weg zu einem partnerschaftlichen Güterrecht*.

3) Neben dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft und dem Wahlgüterstand der Gütertrennung ist noch der Wahlgüterstand der Gütergemeinschaft zu erwähnen, der zwar mit über einhundert Normen im BGB am umfassendsten geregelt, in der praktischen Bedeutung aber zu vernachlässigen ist. Ob die Gütergemeinschaft „ausgestorben“ ist, wie Stefan Meder in seinem Beitrag „Das geltende Ehegüterrecht – ein kritischer Aufriss“<sup>2</sup> formuliert, ist schwer zu sagen. Es spricht einiges dafür, wie man von Seiten des Deutschen Notarinstituts erfahren kann. So hat man beispielsweise nur in Bayern auf diesen Güterstand noch bis in die 90-ziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts, vorrangig in der Landwirtschaft, zurückgegriffen.<sup>3</sup> Da die Höfeordnung nicht in allen Bundesländern gilt, leuchtet dies ein, gibt aber andererseits Aufschluss darüber, dass in jüngster Zeit der Güterstand *realiter* doch bis zur „Bedeutungslosigkeit“ verkommen ist.<sup>4</sup>

## II.

Die Schwachpunkte oder auch Defizite des geltenden Rechts sind am gesetzlichen Güterstand darzustellen, da er grundsätzlich zur Anwendung gelangt, sofern die Beteiligten nichts anderes vereinbaren.

1) Das Leitbild des gesetzlichen Güterstandes während intakter Ehe ist die Gütertrennung, obwohl die Ehe- und Lebenspartner – wie beschrieben – von etwas anderem ausgehen. Entgegen allen Hinweisen, Belehrungen und Beratungen ist diese (Fehl-)Einschätzung offenbar nicht auszumerzen. Es gibt, wie festzuhalten ist, keine gleichberechtigte Teilhabe am Erwirtschafteten, sondern es findet bei Beendigung des Güterstandes (Regelfall: Scheidung) ein Ausgleich des zum Bewertungsstichtag vorhandenen Vermögens statt. Während der Ehe gibt es mithin **keine** Gleichwertigkeit von Erwerbstätigkeit und häuslicher Arbeit, die in der Regel noch immer von der Ehefrau übernommen wird. Sie erzieht die Kinder, versorgt den Haushalt und geht – für den Konsum – einer Teilzeitbeschäftigung nach. Für den gering verdienenden und allein haushaltführenden Ehepartner ist eine gleichberechtigte Teilhabe am Vermögen also Illusion. Andererseits tragen die Ehegatten für einander Verantwortung (§ 1353 BGB), regeln die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen (§ 1356 BGB), können den jeweils anderen Ehegatten – überspitzt formuliert – beim Brötchenkauf mit verpflichten (§ 1357 BGB), sollten aber bei einer ärztlichen Behandlung besser Nachfrage halten, ob der (Ehe-) Partner z.B. bei fehlendem eigenen Einkommen den Behandlungsvertrag ebenfalls unterzeichnet. Die genannten Regelungen verdeutlichen unter gleich mehreren Aspekten „Defizite“ des geltenden Güterrechts. So drängt der Gläubiger z.B. bei der Anschaffung von Einrichtungs- und Haushaltsgegenständen oder des (Familien-)PKW, sofern keine sofortige Bezahlung erfolgt, regelmäßig auf die gemeinsame Verpflichtung beider Ehegatten, wohl wissend, dass nur ein Erwerbseinkommen zur Verfügung steht. Für den sich mitverpflichtenden Ehegatten, der über das geringere oder gar kein Erwerbseinkommen verfügt, wird der Gedanke der Gütertrennung nahezu konterkariert, was ihm allerdings erst im Fall des Scheiterns der Ehe oder der Kreditverpflichtung nachhaltig vor Augen geführt werden wird. Denn er wird entweder vom die Verbindlichkeit ablösenden Ehegatten oder vom Gläubiger – bei fehlender Bonität des (verdienenden) Ehegatten – in Anspruch

genommen. In einem gerichtlichen Verfahren hat der verpflichtete Ehegatte sodann darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass seine Verpflichtung eine krasse Überforderung bedeutet, die den Bereich der Sittenwidrigkeit erreicht (§ 138 BGB), wie sie von der Rechtsprechung zur Bürgschaft von Angehörigen herausgearbeitet worden ist. Auch die **eheliche Verantwortung** für den jeweils anderen (§ 1353 BGB) trägt im Ergebnis nicht. Denn sie findet im Güterrecht kein Äquivalent, wie der Bundesgerichtshof (BGH) in seiner Entscheidung vom 06. Oktober 2010<sup>5</sup> unter Hinweis auf die Funktionsweise des gesetzlichen Güterstands deutlich gemacht hat. Also ist der Ehegatte, dem es im Verlauf der Ehe nicht gelungen ist, Vermögen anzusammeln, sondern der die Kinder erzogen hat und allenfalls einer geringfügigen Beschäftigung nachgegangen ist, darauf angewiesen, die „Zeichen der Zeit“, d.h. die Trennungsabsicht des anderen rechtzeitig wahrzunehmen. Er ist mit Blick auf die Voraussetzungen des § 1375 Abs. 2 BGB gehalten, darauf zu achten, dass Vermögen nicht verschwendet oder in Benachteiligungsabsicht beiseite geschafft wird. In der familiengerichtlichen Praxis ist man damit an einem „wunden Punkt“ des Güterrechts angelangt. Denn die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 1375 Abs. 2 BGB trägt derjenige, der sich darauf beruft.<sup>6</sup> Soweit es um Abhebungen von Konten geht, genügt zwar die Darlegung, dass es sich um einen unüblichen Betrag gehandelt hat mit der Folge, dass sich der andere substantiiert dazu zu erklären hat.<sup>7</sup> Dies gelingt dem anderen Ehegatten jedoch häufig, sei es über den mit der Trennung verbundenen (Mehr-)Bedarf – Ausstattung einer neuen Wohnung, großzügige Reisen zwecks Erhaltung der Arbeitskraft – und führt selten zu Korrekturen. In der Beratungspraxis wird in solchen Fallkonstellationen verstärkt der vorzeitige Zugewinnausgleich in den Blick zu nehmen sein. Allerdings ist auch dies nicht ohne Risiko. Denn mit der Rechtskraft der Entscheidung über die vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft tritt Gütertrennung ein (§ 1388 BGB) und führt zum Ausschluss künftiger Ansprüche auf ehelichen Zugewinn.

2) Soweit im Einzelfall versucht wird, den Zahlungsanspruch durch den Antrag auf **dinglichen Arrest** zu sichern (§§ 119 Abs. 2 FamFG, 916 ff. ZPO) – dies als ein verfahrensrechtlicher Exkurs – ist dem selten Erfolg beschieden.<sup>8</sup> Mag noch die Darlegung eines Arrestanspruchs gelingen, droht spätestens beim Arrestgrund (§ 917 ZPO) häufig die Zurückweisung des Begehrens. Denn der Arrest soll vor unlauterem Verhalten des Schuldners schützen und wird begründet zum Beispiel durch das Beiseiteschaffen von erheblichen Vermögenswerten; dies setzt in der Regel das Fortschaffen des einzigen Vermögensgegenstandes voraus. So offenkundig geht der Schuldner, also der ausgleichspflichtige Ehegatte, aber selten

2 Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder, a.a.O, S.13 ff.

3 Vgl. Ziche, Verbreitung ehelicher Güterstände in der Landwirtschaft Bayerns – Ergebnisse einer Befragung von Bäuerinnen – AgrarR 1990, 155 ff.

4 Zu den Vor- und Nachteilen des Güterstandes: Müko – Kanzleiter, Familienrecht I, Band 6, vor § 1415 Rz. 14 ff.

5 FamRZ 2011,25 ff.= NJW-RR 2011,73 ff., Rz.33.

6 Zuletzt: BGH FamRZ 2014, 32 ff.

7 BGH FamRZ 2015, 232; 1727 ff.

8 Im konkreten Fall anders: OLG Bremen FamRZ 2016, 129 ff.

vor. Grob falsche Auskünfte erteilt er ebenfalls nicht, und eine verschwenderische Lebensführung ist schwer zu greifen.

**Zwischenfazit:** Die Gütertrennung während intakter Ehe und die Ausgleichspflicht erst bei Beendigung des Güterstandes sind mit ihren Konsequenzen ein wesentlicher Kritikpunkt mit Blick auf das geltende Recht. Denn sie ermöglichen dem wirtschaftlich bessergestellten Ehegatten Manipulationen, die im Ergebnis – durch die gesetzlichen Regelungen gedeckt – zum Nachteil des wirtschaftlich schwächeren Partners, regelmäßig noch immer die Frau, gehen. Wie erwähnt, sind sich die wenigsten, insbesondere die Frauen, des Konstrukts des gesetzlichen Güterstandes bewusst. Kriselt es in der Ehe, sucht der potentiell Ausgleichspflichtige häufig Rechtsbeistand und -rat. So kommt es denn auch immer wieder vor, dass mit Blick auf das Stichtagsprinzip (§ 1384 BGB) sorgfältige Überlegungen angestellt und die Beendigung des Güterstandes zu einem „genehmen“ Tag herbeigeführt wird. Damit laufen wesentliche Schutzmechanismen leer. Außerdem nimmt die Verantwortung füreinander im Zuge der Trennung – wie nicht nur die erwähnte Studie eindrucksvoll belegt – ab, so dass sich die Frage nach anderweitigen Lösungen stellt.

3) Nahe liegt unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs oder auch der Kompensation von Nachteilen das Unterhaltsrecht.

a) Der nacheheliche Unterhalt basiert jedoch auf dem Prinzip der Eigenverantwortung, d.h. im Fall der Trennung und Scheidung endet die wechselseitige Verantwortung füreinander. Unterhalt kann – zumindest nach der Scheidung – nur unter bestimmten Voraussetzungen erlangt werden und ist regelmäßig zu begrenzen und/oder zu befristen (§ 1578b BGB). Das In-Familie-Leben und Verantwortung füreinander übernehmen, was mehr als 80 Prozent der Männer und Frauen als Verständnis von der Ehe haben, findet also weder im Güterrecht noch im Unterhaltsrecht seinen Niederschlag. Die fehlende Gleichwertigkeit von Hausarbeit und außerhäuslicher Erwerbstätigkeit im ehelichen Güterrecht ist evident. Man mag in diesem Zusammenhang noch alternativ an den Versorgungsausgleich denken. Ziel des Versorgungsausgleichs ist aber dem Ausgleichsberechtigten, in der Regel noch immer die geschiedene Ehefrau, eine *eigenständige* Sicherung zu verschaffen und die Alterssicherung vom Konzept des Unterhaltsersatzes zu lösen.<sup>9</sup> Eine güterrechtliche Funktion kommt dem Ausgleich aber sicher nicht zu.

b) Eine weitere Überlegung gilt § 1365 BGB. Die Vorschrift schränkt *prima facie* die Handlungsfreiheit der Ehepartner über ihr Vermögen zu verfügen, ein, und stellt damit eine Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Gütertrennung und Verwaltungsfreiheit dar. Die Norm bezweckt (allein) den Schutz des anderen Ehegatten vor einer Gefährdung seiner möglichen künftigen Zugewinnausgleichsforderung<sup>10</sup> und dient der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie. Ob dieser Schutzzweck (Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie) unter Berücksichtigung der veränderten Lebensumstände noch verwirklicht werden kann, ist höchst zweifelhaft. Zu den Theorien, die sich mit Blick auf den Anwendungsbereich des § 1365 BGB herausgebildet haben, soll an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden. Nach allgemeiner Meinung genügt jedoch die Verfügung über einen einzelnen Gegenstand, wenn er nahezu das gesamte

Vermögen ausmacht.<sup>11</sup> Eine zustimmungsfreie Veräußerung des **Familienheims** vermag die Vorschrift im Ergebnis aber nicht zu verhindern und entzieht damit der Ehe und der Familie im wahrsten Sinne des Wortes „den Boden“. Steht die Immobilie im Alleineigentum eines Ehepartners (zum Miteigentum sogleich), ist von Bedeutung, in welcher Höhe noch ein Restvermögen verbleibt (die Diskussion, ob es 10 Prozent oder 15 Prozent zu sein haben,<sup>12</sup> kann hier vernachlässigt werden). Nach Erhebungen des Bundesamtes für Statistik ist das Immobilienvermögen im Vergleich zum Jahr 2008 um ca. 7,5 Prozent – bezogen auf den Erhebungszeitraum Anfang 2013 – gestiegen. Knapp 65 Prozent der privaten Haus- und Grundbesitzer verfügten zum Stichtag (1. Januar 2013) nach eigenen Schätzungen über ein Immobilienvermögen von bis zu 250.000 Euro; etwa 21 Prozent gaben den Wert von über 250.000 Euro bis zu 375.000 Euro an. Das Net togeldvermögen lag pro Haushalt bei ca. 36.000 Euro – bezogen auf die gesamte BRD.<sup>13</sup> Die genannten Zahlen verdeutlichen, dass die eheliche Wohnung häufig nicht mehr das nahezu gesamte Vermögen ausmacht, so dass der Ehepartner, der über keine finanziellen Mittel verfügt, weitgehend schutzlos ist und die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie im Ergebnis zur „Obdachlosigkeit“ führen kann. Im Fall des Miteigentums sieht es nicht deutlich besser aus. Denn der Gläubiger eines Ehepartners ist nicht daran gehindert, den Anspruch des Ehegatten auf Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft zu pfänden, um die Teilungsversteigerung zu betreiben. Er ist nicht verpflichtet, auf den Miteigentumsanteil zurückzugreifen. Denn Normadressat des § 1365 BGB sind die Ehegatten. Die Vorschrift verliert zwar in der Praxis an Bedeutung (siehe oben), bleibt aber exemplarisch für das Leitbild des gesetzlichen Güterstandes, nämlich Beibehaltung und – im Ergebnis auch Stärkung – des Gedankens der Gütertrennung, von dem die Ehepartner bei bestehender Ehe aber gerade nicht ausgehen.

4) Bei Beendigung des Güterstandes wird es mit Verlaub gesagt nicht besser.

Dabei bereitet nicht die Reform des Zugewinnausgleichsrechts nach Maßgabe des Änderungsgesetzes vom 6. Juli 2009<sup>14</sup> die Probleme, sondern die Aufstellung und Bezifferung des Anfangs- und des Endvermögens. Denn die Ehegatten sind mit dieser Form der Auseinandersetzung häufig überfordert. Um den Einstieg in die Berechnung zu erleichtern oder besser hinauszuzögern, wird sich im Auskunftsverfahren (Stufenantrag) gestritten und zu den jeweiligen Stichtagen, also zum Zeitpunkt der Eheschließung, der Trennung und der Zustellung des Scheidungsantrags Auskunft unter Beifügung von Belegen begehrt (§§ 1379, 1384 BGB). Da es auch heute noch Ehen gibt, deren Dauer mehr als fünf oder sieben Jahre beträgt, bereitet die Erstellung des Anfangsvermögens schon erhebliche Schwierigkeiten. Angefangen von dem PKW, über den es keine Nachweise mehr gibt, bis hin zur

9 BVerfG NJW 1993, 1057/1058; NJW 2014, 2093 ff.

10 BGH NJW 1996, 1740.

11 Müko-Koch, a.a.O., § 1365 Rz. 12 m.w.N.

12 Zum Meinungsstand: Müko, a.a.O. Rz. 22.

13 Quelle: destatis, Fachserien 15 Heft 2.

14 BGBl I 11696.

Begleichung der Hochzeitsfeierlichkeiten, sei es über Zuwendungen der Eltern oder aus eigenem (angesparten) Vermögen. Bei der Berücksichtigung von Schenkungen und Zuwendungen ist man an einem für die Praxis hoch problematischen Punkt des Ausgleichsverfahrens angelangt. Zum einen gilt es den sogenannten privilegierten Erwerb mit all seinen Facetten<sup>15</sup> zu beachten, zum anderen gewinnen Zuwendungen an Schwiegerkinder im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>16</sup> an Bedeutung. Die Einbeziehung von Schenkungen an Schwiegerkinder in das Ausgleichsverfahren wird häufig als tatsächlich und rechtlich schwierig empfunden, insbesondere wenn darauf hinzuweisen ist, dass der Zugewinnausgleich (eigentlich) unberührt bleiben soll. Die Probleme führen aber nicht vermehrt zu einer gütlichen Beilegung der Verfahren oder gar Befriedung der Beteiligten, sondern münden nicht selten in endlosen Beweisaufnahmen. Selbst wenn die aufgezeigten Hürden und Bewertungsfragen genommen sind, bleiben noch die Ansprüche einzustellen, die sich aus gemeinsamen Verpflichtungen der Ehepartner ergeben. Von erheblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten für Darlehensverpflichtungen aus einer im gemeinsamen Eigentum stehenden Immobilie. Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 426 BGB verdrängen bekanntlich die Vorschriften über den Zugewinnausgleich den Gesamtschuldnerausgleich nicht, wobei – so wörtlich – „richtiger Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis nicht zu verfälschen mag“. Konkret bedeutet dies, dass es für die Ermittlung des jeweiligen Endvermögens darauf ankommt, ob die Ausgleichsforderung (gegen den anderen Ehegatten) realisierbar ist.<sup>17</sup> Zu den weiter denkbaren Konstellationen, wie beispielsweise zum Ausgleich im sogenannten Zwei-Konten-Modell aufgrund konkludenter Vereinbarung soll nicht vertieft Stellung genommen werden<sup>18</sup> ebenso nicht zu den Wechselwirkungen mit Blick auf das Unterhaltsrecht.<sup>19</sup> Neben der zu § 426 BGB ergangenen Rechtsprechung ist noch das Gesellschaftsrecht – Stichwort: Ehegatteninnengesellschaft, Beteiligungen an Personen- oder Kapitalgesellschaften – zu nennen. Die Ehegatteninnengesellschaft ist in der gerichtlichen Praxis eher von untergeordneter Bedeutung und wird durch die Regelung des § 745 BGB – außerhalb des Zugewinnausgleichs – verdrängt; etwas anderes gilt indes für Gesellschaftsbeteiligungen. Sollte bei Eheschließung keine Gütertrennung vereinbart werden – in Gesellschaftsverträgen findet sich häufig eine entsprechende Verpflichtung für die Gesellschafter – wird es in Bezug auf die Bewertung der Anteile problematisch und kostenintensiv, da das Gutachten eines Wirtschaftsprüfers selten entbehrlich ist.

5) Auch der (Wahl-)Güterstand der Gütergemeinschaft ist nicht ohne Defizite. Wie eingangs erwähnt, ist der (dritte) Güterstand in der Fassung der §§ 1415ff. BGB in der Praxis weitgehend zu vernachlässigen, da die gesetzliche Konzeption als unübersichtlich und veraltet empfunden wird. Reformen, die die Bezeichnung auch verdienen, sind unterblieben. Es hat seit dem Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957<sup>20</sup> im Wesentlichen nur sprachliche Änderungen und Anpassungen gegeben, die als gesetzliche Folgeänderungen notwendig waren. Eine sachliche Überarbeitung steht indes bis heute aus.

### III.

Sind die beschriebenen Defizite des geltenden Rechts durch geltendes Recht, insbesondere durch Eheverträge, zu beheben? Diese Frage zu stellen, heißt fast schon, sie zu verneinen; das wäre aber zu kurz gegriffen. § 1408 BGB bietet den Ehegatten die Möglichkeit, ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag, der der notariellen Beurkundung bedarf (§ 1410 BGB), zu regeln. Gesicherte statistische Erhebungen darüber, inwieweit die Ehepartner davon Gebrauch machen, auch im Fall der Trennung als Scheidungsfolgenvereinbarung, gibt es nicht.<sup>21</sup> Der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft ist Modifikationen weitgehend zugänglich.<sup>22</sup> Bezogen auf den Güterstand der Gütergemeinschaft sind Regelungen für das Innenverhältnis der Ehepartner grundsätzlich möglich; für das Außenverhältnis gilt dies aber nicht uneingeschränkt, d.h. hier ist darauf zu achten, dass nicht zulasten Dritter eine Modifizierung erfolgt. So weit, so gut – gäbe es keine darüber hinaus zu beachtenden Schranken der Vertragsfreiheit. Seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 6. Februar 2001<sup>23</sup> und vom 29. März 2001<sup>24</sup> ist nicht mehr zweifelhaft, dass sogenannte „Null-Lösungen“, d.h. Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs und die Vereinbarung der Gütertrennung einer Überprüfung nicht standhalten. Die Inhaltskontrolle, die primär eine Wirksamkeitskontrolle ist, hat anhand des Maßstabs des § 138 BGB zu erfolgen, während die Ausübungskontrolle sich an den §§ 242 und 313 BGB ausrichtet. Der Entscheidung des BVerfG Rechnung tragend, hat sich der BGH mit seiner Grundsatzentscheidung vom 11. Februar 2004<sup>25</sup> dazu geäußert, wann eine Vereinbarung zu einer besonders einseitigen Verteilung von vertraglichen Lasten führt. Insbesondere – so der BGH – dürfe die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch eine vertragliche Vereinbarung beliebig unterlaufen werden könnte. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entsteht. Die Belastungen des einen Ehegatten – so die Definition – sind umso schwerwiegender und die Belange des anderen Ehegatten umso genauer zu prüfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich der Scheidungsfolgenrechts eingreift.<sup>26</sup> Den Zugewinnausgleich ordnet der BGH der untersten Stufe der Rangordnung

15) Vgl. BGH – Beschluss vom 6. Juli 2015, XII ZB 306/14 unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zum Nießbrauch.

16) FamRZ 2010, 958; NJW 2012, 523.

17) BGH FamRZ 2011, 25 ff.; vgl. zur schuldrechtlichen Qualifizierung von Ausgleichsansprüchen: Österr. OGH FamRZ 2016, 229 ff. mit Anm. Wiedemann.

18) BGH NZFam 2015, 629 ff.

19) OLG Oldenburg FamRZ 2013, 550.

20) BGB I 609; Art. 117 Abs. 1 GG.

21) Müko-Kanzleiter, a.a.O., vor § 1408 Rz. 16 ff. m.w.N.

22) Grundlegend: BGH NJW 1983,753= FamRZ 1983,157.

23) BVerfGE 103, 89 ff.=FamRZ 2001, 343.

24) FamRZ 2001, 985.

25) BGHZ 158,81 ff.=FamRZ 2004, 601, anknüpfend an Dauner-Lieb, AcP 2001, 295/319 f.

26) Müko-Kanzleiter, a.a.O., § 1408 Rz. 34 m.w.N.

zu, so dass man meinen könnte, es sei in diesem Bereich „alles“ vereinbar. Vor einer solchen Annahme und Einschätzung kann meines Erachtens nur gewarnt werden, insbesondere mit Blick auf den (Wahl-)Güterstand der Gütergemeinschaft. Zum gesetzlichen Güterstand gibt es einschlägige Rechtsprechung, auch der Obergerichte, die es ermöglichen, den Ehegatten beratend Wege aufzuzeigen, die einer gerichtlichen Überprüfung standhalten.

Anders hingegen bei den (Wahl-)Güterständen. Abgesehen von der Gütertrennung, die Dispositionen nicht zulässt, ist die Gütergemeinschaft einer freien Vereinbarung kaum zugänglich.

Abweichungen von den §§ 1415 ff. BGB in eigener Schöpfung zu suchen, ist risikobehaftet. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang nämlich daran, dass die Notarin oder der Notar nicht für die Rechtsfortbildung zuständig ist, sondern sich allein an die geltenden Gesetze zu halten hat. Inhalt und Umfang der Prüfungs- und Belehrungspflichten gemäß § 17 BeurkG stehen „schöpferischen Einzelleistungen“ entgegen (die Notarin/der Notar hat den „sichersten Weg“ zu gehen). Damit ist evident, dass die Regelung des § 1408 BGB gerade nicht gesetzliche Regelungen entbehrlich macht, sondern im Gegenteil sie voraussetzt.

DOI: 10.5771/1866-377X-2016-2-55

# CEFL-Prinzipien zu den vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten

Prof. Dr. Nina Dethloff, LLM und Anja Timmermann, Bonn\*

## I. Einleitung

Was mein ist, ist auch dein! Dieser Grundsatz gilt in mehr als der Hälfte der europäischen Rechtsordnungen, wenn zwei Menschen eine Ehe eingehen. In den anderen Ländern werden dagegen nur Bett und Tisch geteilt, nicht aber das Geld – ein Ausgleich findet erst bei Auflösung der Ehe statt. In kaum einem anderen Bereich des Familienrechts bestehen damit in Europa traditionell so grundlegende Unterschiede wie im Güterrecht. Die Commission on European Family Law – kurz: CEFL – sah sich daher vor besonderen Herausforderungen, als sie auf rechtsvergleichender Grundlage für den Bereich der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten Prinzipien zum Europäischen Familienrecht erarbeitet hat. Wie sie diese Aufgabe bewältigt hat, ist Gegenstand des folgenden Beitrags.

## II. Die CEFL und ihre Prinzipien

Die CEFL wurde am 1. September 2001 von einer Gruppe von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern gegründet, die sich seit langem dem Familienrecht und der Rechtsvergleichung widmen. Ursprünglich gehörten ihrer *Expert Group* Familienrechtsexpertinnen und -experten aus 22 Rechtsordnungen an, heute sind bereits 29 Rechtsordnungen vertreten. Hierzu zählen praktisch alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union und darüber hinaus auch Norwegen, Russland sowie die Schweiz. Ihre Hauptaufgabe sieht die CEFL darin, unverbindliche Prinzipien zum Europäischen Familienrecht zu entwerfen. Sie sollen Modelle für den nationalen Gesetzgeber darstellen, der auf der Suche nach zeitgemäßen Lösungen bei Reformen des nationalen Rechts ist. Auf diese Weise können die Prinzipien zugleich die Grundlage für eine Angleichung oder sogar Vereinheitlichung des Familienrechts in Europa bilden.<sup>1</sup> Tatsächlich haben sie schon bisher Niederschlag in der nationalen Gesetzgebung gefunden.<sup>2</sup>

Doch wie macht die CEFL das eigentlich, wie gelangt sie überhaupt zu ihren Prinzipien? Hierbei muss man verschiedene Schritte unterscheiden:<sup>3</sup> Nach der Wahl eines Arbeitsgebietes entwirft das *Organizing Committee* unter Anwendung der in der Rechtsvergleichung üblichen funktionalen Methode einen Fragebogen. Die Fragen werden anschließend von den nationalen Expertinnen und Experten in Form von Länderberichten beantwortet. Diese werden online zugänglich gemacht und in synoptischer Form auch als Buch publiziert. Auf der Grundlage der Länderberichte werden sodann die Prinzipien zum Europäischen Familienrecht in einem längeren Prozess der Diskussionen und Beratungen erarbeitet und schließlich ebenfalls veröffentlicht. Näher beschrieben sei hier noch die Methode, die bei der Erarbeitung der Prinzipien verwendet wird: Vergleicht man, wie die einzelnen europäischen Rechtsordnungen ein bestimmtes Problem lösen, so lassen sich häufig Übereinstimmungen feststellen, die zwar nicht unbedingt in allen, aber doch in der großen Mehrzahl der untersuchten Rechte bestehen. Hier spricht man von einem *common core*.<sup>4</sup> Ob diese Lösung nun als Prinzip formuliert wird, hängt davon ab, ob sie nach Ansicht der CEFL auch die im Hinblick auf das verfolgte Ziel einer Harmonisierung des Familienrechts beste darstellt.<sup>5</sup> Ist dies nicht der Fall, wird eine andere, bessere Lösung gesucht. Dieser sogenannte *better law-approach* kann auch angewandt werden, wenn kein *common core* existiert. Die

\* Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M., Attorney at Law (New York) ist Geschäftsführende Direktorin des Käte Hamburger Kollegs „Recht als Kultur“ und des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Anja Timmermann ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht.

1 Zum Vorstehenden Boele-Woelki/Martiny, ZEuP, 2006, 6, 8.

2 Siehe für Beispiele Boele-Woelki, RabelsZ 73 (2009), 241, 267.

3 Vgl. dazu im Einzelnen Boele-Woelki/Martiny, ZEuP, 2006, 6, 10 f.

4 Zum Begriff Boele-Woelki, RabelsZ 73 (2009), 241, 246.

5 Boele-Woelki, RabelsZ 73 (2009), 241, 246 f.