

Familienrecht

**Ehe
Verwandtschaft
Vormundschaft
Betreuung/Pflegschaft**

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

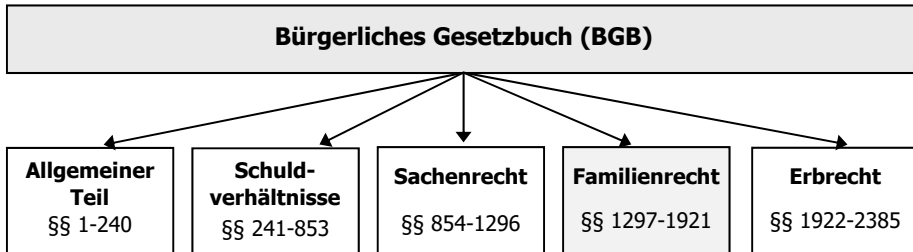
11. Auflage 2022

1. Kapitel – Einleitung

A. Regelung im BGB

I. Das Familienrecht im 4. Buch des BGB

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ist, dem römischen Pandektensystem¹ folgend, in fünf Bücher eingeteilt. Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung ist das 4. Buch des BGB – das in den §§ 1297-1921 BGB geregelte **Familienrecht**. 1



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

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

II. Rechtsdogmatische Besonderheiten des Familienrechts

Das Familienrecht ist durch einige rechtsdogmatische Besonderheiten gekennzeichnet, deren Kenntnis (auch) für die Lösung familienrechtlicher Fallgestaltungen unabdingbar ist. Dazu gehört zunächst die Frage, ob die Vorschriften des Familienrechts überwiegend zwingendes oder dispositives Recht darstellen, des Weiteren, ob die Pflichten der ehelichen Gemeinschaft einklagbar und vollstreckbar sind, ob die Parteien auf die ihnen gesetzlich zustehenden Rechte verzichten können und inwieweit die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB und des Schuldrechts anwendbar sind. 2a

1. Zwingendes und dispositives Recht

Allgemein unterscheidet das BGB zwischen zwingendem (*ius cogens*) und dispositivem (*ius dispositivum*) Recht. Zwingendes Recht bedeutet, dass die den Sachverhalt regelnden Normen von den Parteien stets und uneingeschränkt zu beachten sind, ihre Geltung also nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen (abbedungen) oder eingeschränkt werden kann. Dementsprechend stellen Rechtsnormen, deren Geltung von den Beteiligten ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann, *dispositives* Recht dar.² Während etliche schuldrechtliche Bestimmungen dispositiv sind, gilt für die meisten Normen 2b

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

² Vgl. Brox/Walker, BGB AT, Rn 35 f.; Köhler, BGB AT, § 3 Rn 23 f.; Kötz, JuS 2013, 289 ff.; R. Schmidt, BGB AT, Rn 57.

des Familienrechts das Gegenteil. So leuchtet es ein, dass das in § 1297 II BGB angeordnete Verbot eines Vertragsstrafversprechens für den Fall, dass die versprochene Ehe nicht eingegangen wird, zwingendes Recht darstellt. Stünde die Vorschrift zur Disposition der Verlobten, verlöre sie ihren Zweck. Auch dürfte klar sein, dass z.B. die Verpflichtung der Ehegatten zum Familienunterhalt (§ 1360 BGB) nicht der Disposition der Eheleute unterliegen kann. Insbesondere ist ein Unterhaltsverzicht während bestehender Ehe nicht zulässig (§§ 1614 I, 1360a III BGB). Andererseits gewährt das Familienrecht den Ehegatten einen weitgehenden Freiraum, wenn es um die konkrete Ausgestaltung der ehelichen Beziehung geht. So spricht § 1353 I S. 2 BGB zwar von einer Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die Vorschrift konkretisiert jedoch die Pflichten nicht; vielmehr sollen die Ehepartner selbst bestimmen, wie sie ihre Ehe führen wollen (Rn 88 ff.). Auch bei der Wahl des Güterstands sind die Ehegatten weitgehend frei. Sie leben nur dann im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbart haben (§ 1363 I BGB). Weitgehend frei sind die Ehegatten auch bei der ehevertraglichen Gestaltung ihrer vermögensrechtlichen Situation anlässlich der Scheidung. Werden Eheverträge geschlossen, haben diese meistens Vereinbarungen über nachehelichen Unterhalt, Güterstand und Versorgungsausgleich zum Gegenstand. Ist die Ehe gescheitert, haben die Parteien zudem die Möglichkeit, eine sog. Scheidungsfolgenvereinbarung zu treffen, in der sie z.B. Höhe und Dauer des nachehelichen Ehegattenunterhalts, den Zugewinnausgleich, den Versorgungsausgleich, das Sorge- und Umgangsrecht etc. regeln. Die Gerichte greifen korrigierend nur ein bei Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) oder einem erheblichen Ungleichgewicht (§ 242 BGB) der Vereinbarung bzw. wenn Dritte (Sozialbehörde etc.) geschädigt werden (Rn 406 ff.).

- 2c Auch bei der elterlichen Sorge hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern lediglich unabdingbare „Mindeststandards“ festgelegt. Nach der Legaldefinition in § 1626 I S. 1 BGB sind darunter die Pflicht und das Recht der Eltern zu verstehen, für ihre minderjährigen Kinder zu sorgen. Im Mittelpunkt der elterlichen Sorge stehen die Wahrung und Förderung der körperlichen, geistigen, seelischen, sozialen und wirtschaftlichen Interessen des Kindes.³ Ziel ist die Hinführung des jungen Menschen zur persönlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit.⁴ Wie die Eltern aber im Einzelnen die Kindeserziehung handhaben, ist ihrer Verantwortung überlassen. Der Staat übt ein „Wächteramt“ aus und greift lediglich bei Kindeswohlgefährdung ein (Rn 501 ff.).

2. Einklagbarkeit und Vollstreckbarkeit?

- 2d Angesichts der höchstpersönlichen Natur der meisten familiären und insbesondere der ehelichen Rechte und Pflichten erscheint fraglich, ob solche Rechte einklagbar oder gar vollstreckbar sind. Das Gesetz verwehrt in einigen Fällen bereits die Einklagbarkeit, im Übrigen lediglich die Vollstreckbarkeit, wenn es um höchstpersönliche Angelegenheiten geht.⁵ Im vermögensrechtlichen Bereich hingegen sind eine Einklagbarkeit und Vollstreckbarkeit durchweg möglich.⁶

Bereits nicht einklagbar ist das bei Eingehung des Verlöbnisses rechtsverbindlich gegebene Versprechen, die Ehe zu schließen (vgl. § 1297 I BGB, der zugleich zwingendes Recht darstellt, s.o.). Dagegen ist ein auf Erfüllung der sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden höchstpersönlichen Pflichten (vgl. §§ 1353-1359 BGB: etwa Mitarbeit im Haushalt,

³ Wellenhofer, FamR, § 32 Rn 1.

⁴ Schwab, FamR, § 45 Rn 527 ff.

⁵ Vgl. § 120 III FamFG (dazu sogleich sowie Rn 88 ff.; ferner Borth/Grandel, in: Musielak/Borth, FamFG, § 120 Rn 6 f.).

⁶ Vgl. § 120 I, II FamFG; vgl. auch Siede, in: Grüneberg, § 1353, Rn 16.

Mitbenutzung von Haushaltsgegenständen, körperliche und seelische Zuwendung etc.) gerichteter Leistungsantrag („Eheerstellungsantrag“)⁷ als „sonstige Familiensache“ gem. § 266 I Nr. 2 FamFG zwar möglich, aber wenig effizient und daher unüblich, da die Verpflichtung zur Herstellung des ehelichen Lebens bzw. zur Einhaltung personaler Ehepflichten nicht der Vollstreckung unterliegt, § 120 III FamFG. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Anspruchs gegen den Ehepartner auf Unterlassung einer außerehelichen Beziehung zu einem Dritten⁸; dieses ehewidrige Verhalten kann zwar Gegenstand eines Unterlassungsverfahrens sein, das Unterlassungsurteil unterliegt aber ebenfalls nicht der Vollstreckung. Der Zweck des § 120 III FamFG besteht darin, den personalen Kern der Ehe frei von Rechtszwang zu halten, da ein diesbezüglicher Rechtszwang unserer Rechtsordnung widerspräche. Um die Wertung des § 120 III FamFG auch nicht dadurch zu unterlaufen, dass die Ehegatten bei Verstößen gegen personale Ehepflichten untereinander (an sich vollstreckbare) Schadensersatzansprüche geltend machen, ist auch das Versprechen (d.h. Vereinbaren) einer Vertragsstrafe wegen Verletzung personaler Ehepflichten unwirksam.⁹

3. Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB AT?

Der BGB-Gesetzgeber geht vom Prinzip des „Vor-die-Klammer-Ziehens“ aus, d.h. er stellt allgemeine, für alle oder zumindest viele Rechtsgeschäfte bzw. Schuldverhältnisse gleichermaßen geltende Bestimmungen voran, um grundlegende Bestimmungen nicht bei jedem Vertrags- oder Geschäftstyp erneut regeln zu müssen. Der Vorteil dieser Regelungstechnik besteht darin, dass – im Rahmen der anderen Bücher des BGB, aber auch anderer Rechtsgebiete des Zivilrechts – grundsätzlich auf diese Normen zurückgegriffen werden kann (Vermeidung von Wiederholungen bzw. Redundanzen). Auch im Familienrecht sind die Regelungen des BGB AT daher prinzipiell anwendbar. Allerdings bestehen gerade im Familienrecht einige Besonderheiten. So hat der Gesetzgeber bei Vorliegen bestimmter (schwerer) Mängel bei der Eheschließung die Nichtigkeit der Ehe angeordnet. Eines Rückgriffs auf die Nichtigkeitsvorschriften des BGB AT bedarf es insoweit nicht.

2e

Beispiele:

- (1) So ist eine Ehe unwirksam, wenn einer der Eheschließenden zum Zeitpunkt der Eheschließung noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat (§ 1303 S. 2 BGB – dazu sogleich Rn 2g).
- (2) Unwirksam ist auch eine Ehe, wenn sie nicht vor einem Standesbeamten unter dessen Mitwirkung geschlossen wurde (§ 1310 I S. 1 BGB: „wird nur dadurch geschlossen, dass“).

Überwiegend hat der Gesetzgeber aber bei Ehen, die unter Mängeln bei der Eheschließung zustande kamen, nicht die Nichtigkeit, sondern lediglich die Aufhebbarkeit angeordnet. In diesen Fällen ist die betroffene Ehe – soweit sie überhaupt geschlossen wurde¹⁰ – also zunächst wirksam. Sie ist jedoch mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) aufhebbar, wenn das Gesetz in §§ 1313 ff. BGB die Aufhebbarkeit zulässt bzw. anordnet. Aufhebungsgründe sind abschließend in § 1314 BGB genannt. Gemäß § 1314 I BGB kann eine Ehe aufgehoben werden, wenn sie entgegen den Vorschriften der §§ 1303 S. 1 (Eheschließung mit einem 16- oder 17-Jährigen – dazu sogleich Rn 2g), 1304 (Geschäftsunfähigkeit), 1306 (Eheverbot wegen bestehender Ehe oder Lebenspartnerschaft), 1307 (Eheverbot bei Verwandtschaft), 1311 (Verstoß gegen das Erfordernis der

2f

⁷ Vgl. etwa *Siede*, in: Grüneberg, Einf v § 1353 Rn 13 f.; *Borth/Grandel*, in: Musielak/Borth, FamFG, § 120 Rn 6 f.

⁸ Sog. quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch aus § 823 BGB und § 1004 I BGB analog.

⁹ BGH NJW 1988, 2023, 2033.

¹⁰ Gemäß § 13 I S. 1 PStG prüft das Standesamt vor Eheschließung, ob kein Eheverbot besteht. Besteht ein solches (etwa weil eine der Voraussetzungen der §§ 1306, 1307 BGB vorliegt), verweigert der Standesbeamte seine Mitwirkung bei der Eheschließung (§ 13 IV PStG).

persönlichen Erklärung) BGB geschlossen worden ist. Eine Ehe kann ferner aufgehoben werden, wenn ein Aufhebungsgrund des § 1314 II BGB vorliegt. In der Praxis relevant ist v.a. die Aufhebung einer Scheinehe, also einer Ehe, bei der die Ehegatten keine eheliche Lebensgemeinschaft gem. § 1353 I BGB begründen wollen, sondern andere Zwecke verfolgen. Die Regelungen der §§ 116 ff. BGB über die Nichtigkeit bzw. die Regelungen der §§ 119 ff. BGB über die Anfechtung von Willenserklärungen werden verdrängt.

- 2g** Wie bereits aus den vorstehenden Ausführungen deutlich geworden ist, stellen sich Fragen nach der Anwendbarkeit des BGB AT auch, wenn es um die Eheschließung mit einem Minderjährigen geht. Da es sich bei der Ehe um einen gegenseitigen personenrechtlichen Vertrag handelt, setzt eine Eheschließung Ehemündigkeit der Ehemündigen voraus. Diese ist vom Gesetzgeber an die Volljährigkeit, also an die Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 2 BGB) gekoppelt (§ 1303 BGB). Die früher bestehende Möglichkeit, dass das Familiengericht auf Antrag eine Befreiung von dem erforderlichen Mindestalter erteilen kann, wenn der Antragsteller das 16. Lebensjahr vollendet hat, sein künftiger Ehepartner volljährig ist (§ 1303 II BGB a.F.) und der Eheschließung keine triftigen Gründe entgegenstehen (vgl. § 1303 III BGB a.F.), ist mit Gesetzesänderung vom 17.7.2017 (BGBl I 2017, S. 2429) aufgehoben worden, siehe Rn 54, 56 und 61.
- 2h** Auch die nach dem BGB AT grundsätzlich mögliche Stellvertretung (insbesondere in Form der Vollmacht) ist im Familienrecht – gerade wegen der Höchstpersönlichkeit – weitgehend gesetzlich ausgeschlossen. So ist beim Verlöbnis seinem Wesen nach eine Stellvertretung ausgeschlossen.¹¹ Bei der Eheschließung ist gem. § 1311 BGB die Stellvertretung explizit ausgeschlossen.

Beispiel¹²: Vor der Eheschließung mit M muss F noch einen wichtigen Geschäftstermin in den USA wahrnehmen. Sie plant ihre Rückkehr einen Tag vor dem Standesamtstermin. Wegen eines Sturms an der Ostküste der USA werden aber alle Flüge für diesen Tag abgesagt. Daher bittet F telefonisch ihre Freundin V, in ihrem Namen die Ehe mit F zu schließen, damit wenigstens der Hochzeitstermin nicht verschoben werden muss.

Da die Rechtsfolgen einer Stellvertretung den Vertretenen, nicht den Vertreter treffen (§ 164 I S. 1 BGB), erscheint eine Stellvertretung auch vorliegend möglich, da V keinesfalls Ehefrau des M wird. Die Eheschließung ist aber ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft, bei dem die Eheschließenden ihre Erklärungen, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten abgeben müssen (§ 1311 S. 1 BGB).¹³ Daher ist eine Stellvertretung nicht möglich. Der Standesbeamte würde seine Mitwirkung an der Eheschließung verweigern, wenn eine Stellvertretung erschiene.

Ob eine Eheschließung mittels Videokonferenztools (Skype, Zoom etc.) zulässig wäre, ist angesichts des klaren Wortlauts des § 1311 S. 1 BGB zwar ebenfalls zweifelhaft, möglicherweise aber teleologisch gerechtfertigt, siehe dazu Rn 60. Der Abschluss eines Ehevertrags ist jedenfalls ohne weiteres mittels Stellvertretung möglich.¹⁴

4. Anwendbarkeit der Vorschriften des Schuldrechts?

- 2i** Wie bereits aus den vorangegangenen Ausführungen deutlich geworden ist, stellen die Vorschriften des Familienrechts stellen ein spezielles, die familienrechtlichen Beziehungen regelndes Rechtsgebiet dar. Das wirft die (weitere) Frage auf, ob sie in ihrem An-

¹¹ Unten Rn 36 sowie *Siede*, in: Grüneberg, Einf v § 1297 Rn 1.

¹² R. *Schmidt*, BGB AT, Rn 624.

¹³ Vgl. dazu im Einzelnen Rn 58 ff.

¹⁴ BGHZ 138, 239, 243 ff.

wendungsbereich die Vorschriften des Schuldrechts ausschließen. Diese Frage ist deswegen interessant, weil das BGB-Familienrecht zwar bestimmte Ausgleichsansprüche (man denke nur an den Zugewinnausgleich nach Beendigung des Güterstands), aber keine Anspruchsgrundlagen hinsichtlich Schadensersatzansprüche bereitstellt. Solche sind aber im Schuldrecht vorhanden (vgl. §§ 280 ff., 823 ff. BGB). Hinsichtlich etwaiger Schadensersatzansprüche aus §§ 280 ff. BGB ist zu beachten, dass diese zunächst ein Schuldverhältnis i.S.v. § 241 BGB voraussetzen. Im Bereich der **Ehe** könnte es hieran fehlen, da §§ 1353-1359 BGB von einer ehelichen Lebensgemeinschaft sprechen und damit primär auf höchstpersönliche Rechte und Pflichten (etwa Mitarbeit im Haushalt, Mitbenutzung von Haushaltsgegenständen, körperliche und seelische Zuwendung etc., vgl. Rn 88) abstellen, die gerichtlich nicht durchsetzbar sind (vgl. § 120 III FamFG). Jedoch hat der BGH zwischen den (geschiedenen) Ehepartnern, jedenfalls sofern es um eine gemeinsame rechtliche Elternschaft geht, die Rechte und Pflichten auslöst (vgl. etwa §§ 1601 ff., 1615a ff., 1616 ff., 1626 ff. BGB), ein „sonstiges familienrechtliches Rechtsverhältnis“ (bzw. ein „familienrechtliches Rechtsverhältnis eigener Art“) und damit der Sache nach ein „Schuldverhältnis“ i.S.v. § 241 BGB angenommen, um die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Vorschriften (etwa §§ 280 ff., 242 BGB) auf familienrechtliche Sachverhalte begründen zu können. Voraussetzung sei aber, dass familienrechtliche Sondervorschriften nicht unterlaufen werden.¹⁵

Sind oder waren die Eltern miteinander verheiratet, tritt also das Schuldverhältnis, das durch die gemeinsame Elternschaft begründet wird (und das nicht zwingend eine Ehe voraussetzt), neben das Schuldverhältnis, das durch die Ehe begründet wird bzw. wurde. Demzufolge kann u.U. **Schadensersatz gem. § 280 I BGB** verlangt werden, wenn eine zum Schaden führende Pflichtverletzung des anderen Ehepartners vorliegt, die in dem ehelichen Rechtsverhältnis begründet ist. Freilich kann es sich hierbei nur um eine Pflichtverletzung handeln, die außerhalb des höchstpersönlichen Bereichs liegt und zudem eigentums- oder vermögensrechtlichen Inhalts ist. Das ist etwa im Bereich von Unterhalts-, Regress-, Ausgleichs- oder Auskunftsansprüchen der Fall. Auch hat der BGH entschieden, dass die Ehefrau dem Ehemann gem. § 242 BGB (Grundsatz von Treu und Glauben), der wiederum ein „Schuldverhältnis“ voraussetzt, **Auskunft** erteilen muss, ob sie während der (gesetzlichen) Empfängniszeit (vgl. § 1600d III BGB) zu einem anderen Mann sexuellen Umgang hatte und das Kind, deren rechtlicher (nicht aber genetischer) Vater der Ehemann ist, von diesem anderen Mann abstammen könnte.¹⁶ Denn nur durch die Auskunftserteilung ist es i.d.R. möglich, den genetischen Vater zu ermitteln bzw. feststellen zu lassen und diesen anschließend wegen geleisteter Unterhaltszahlungen in **Regress** zu nehmen (§ 1607 III S. 2 BGB). Das BVerfG hat dem jedoch eine Absage erteilt¹⁷, vgl. dazu näher Rn 125 ff./499 ff.

Geht es um die Frage nach Schadensersatzansprüchen im Verhältnis **Kinder gegen Eltern** (etwa in dem Fall, dass ein Elternteil seine gegenüber dem Kind bestehende Aufsichtspflicht verletzt, wodurch das Kind einen Schaden erleidet), entnimmt die h.M. das für § 280 I BGB erforderliche Schuldverhältnis der statusrechtlichen Zuordnung der Kinder zu ihren Eltern (siehe §§ 1626 ff. BGB). Teilweise wird aber auch hier (wie im Verhältnis der Eltern untereinander) ein „sonstiges familienrechtliches Rechtsverhältnis“ bzw. ein „familienrechtliches Rechtsverhältnis eigener Art“ angenommen.¹⁸ Voraussetzung ist aber auch hier stets eine schuldhaftige Pflichtverletzung, wobei – wie sich aus § 280 I S. 2 BGB ergibt – nicht das geschädigte Kind die Pflichtverletzung der Eltern bzw. des Elternteils beweisen muss, sondern der (Gegen-)Beweis des Nichtvertretenmüssens den Eltern bzw. dem betreffenden Elternteil obliegt. Hinsichtlich des Grads

¹⁵ BGH NJW 2012, 450, 451; NJW 2013, 2108, 2109 f.; NJW 2014, 2571.

¹⁶ BGH NJW 2012, 450, 451; NJW 2014, 2571 f.

¹⁷ BVerfG NJW 2015, 1506 ff.

¹⁸ Siehe zu beiden Herleitungen *Löhnig/Firsching/Naczinsky/Runge-Rannow*, JA 2018, 22, 27 mit Verweis u.a. auf *Budzi-kiewicz*, in: Jauernig, § 1664 Rn 1; *Preisner*, in: Soergel, § 1626 Rn 87; *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, § 1626 Rn 74 f.

des Verschuldens gilt – in Abweichung zu § 276 BGB – die Privilegierung des § 1664 I BGB, wonach die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge nur für eigenübliche Sorgfalt haften (*diligentia quam in suis* – Sorgfalt, wie sie in eigenen Dingen angewendet werden soll, siehe § 277 BGB¹⁹). Danach ist also ein abgeschächter Haftungsmaßstab maßgeblich.²⁰ Wenn also der die Aufsichtspflicht verletzende Elternteil in seinen eigenen Angelegenheiten regelmäßig nachlässig handelt, kann er von der Haftung für leichte und mittlere (wegen § 277 BGB aber nicht für grobe!) Fahrlässigkeit befreit sein. Ist er dagegen ein ordentlicher Mensch, gilt diese Haftungsprivilegierung nicht. Somit ist es für ihn günstig, wenn er darlegen kann, dass er eigentlich ein unsorgfältiger Mensch ist. Dass diese den Aufsichtspflichtigen privilegierende Regelung das Kind benachteiligt, liegt auf der Hand. Zudem kann je nach Sachverhaltskonstellation ein Wertungswiderspruch zu § 832 BGB bestehen. Denn während bei § 832 BGB im Verhältnis zum Dritten, zu dessen Nachteil das zu beaufsichtigende Kind einen Schaden verursacht hat, der Entlastungsbeweis (= keine Aufsichtspflichtverletzung) möglich ist, greift wegen § 1664 I BGB im Verhältnis zum Kind gerade die Haftungsprivilegierung, wenn der aufsichtspflichtige Elternteil auch sonst ein unsorgfältiger Mensch ist. Außer in Fällen von grob fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung, wo sowohl bei § 832 BGB als auch bei § 1664 I BGB kein Haftungsausschluss greift und insoweit auch kein Wertungswiderspruch besteht, könnte die Problematik der Haftungsprivilegierung nach § 1664 I BGB daher dahinstehen. Jedoch ist zugunsten des Kindes, dessen Wohl unter besonderem verfassungsrechtlichem Schutz (insbesondere aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) steht, angebracht, generell in Fällen elterlicher Aufsichtspflichtverletzung, in denen § 1664 I BGB zu einer Haftungsprivilegierung führen würde, die tatbestandliche Weite des § 1664 I BGB teleologisch zu reduzieren und die Vorschrift insoweit unangewendet zu lassen. Dass damit § 1664 I BGB kein nennenswerter Anwendungsbereich verbleibt, ist mit Blick auf die Grundrechtsrelevanz des Kindeswohls hinzunehmen.

- 2j) Keines Schuldverhältnisses i.S.v. § 241 BGB bedarf es, wenn es um die Frage geht, ob die familienrechtlichen Regelungen allgemeine Deliktsansprüche ausschließen. Grundsätzlich wird man dies bejahen müssen, weil die Ehe (jedenfalls in ihrem Kern) außerhalb der Rechtsverhältnisse steht, deren Verletzung allgemeine Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschäden auslösen kann.²¹ So stellt etwa eine die Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten beeinträchtigende Ehestörung – wie insbesondere ein Ehebruch – einen innerehelichen Vorgang dar, der allein nach Maßgabe der eherechtlichen Vorschriften zu beurteilen ist und deliktische Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB grundsätzlich ausschließt.²² Dennoch kann es nicht Aufgabe des Familienrechts sein, einen Ehepartner, der den anderen vorsätzlich und sittenwidrig schädigt, zu privilegieren. Daher kann trotz familienrechtlicher Sonderverbindung ein Fall des § 826 BGB auch innerhalb einer ehelichen Beziehung vorliegen, wenn weitere schädigende Umstände hinzukommen.²³ Das ist etwa der Fall, wenn ein Kind bei einem Ehebruch der Frau gezeugt wird und die Ehefrau ihren Ehemann täuscht, indem sie unzutreffende Angaben über die Abstammung des Kindes macht bzw. Zweifel des Ehemanns durch ausdrückliches Leugnen des Ehebruchs zerstreut und ihn dadurch an der Anfechtung der Vaterschaft hindert. An das Kind geleistete Unterhaltszahlungen sind dann durchaus ersatzfähig nach § 826 BGB.²⁴

¹⁹ Dazu im Einzelnen *R. Schmidt*, SchuldR AT, Rn 553 ff.

²⁰ *Götz*, in: *Grüneberg*, § 1664 Rn 1 ff.

²¹ BGH NJW 2013, 2108, 2109.

²² BGH NJW 2013, 2108, 2109 mit Verweis auf BGH FamRZ 1990, 367, 368.

²³ BGH NJW 2013, 2108, 2109 mit Verweis auf BGH FamRZ 1990, 367, 369.

²⁴ BGH NJW 2013, 2108, 2109 mit Verweis auf BGH NJW 2012, 1443.

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

III. Begriff der Familie

Der Begriff der Familie ist gesetzlich nicht definiert. Die antiquierte Rechtsprechung des BVerfG versteht darunter die „Keimzelle der staatlichen Gemeinschaft“.²⁵ Nach modernem Verständnis wird unter Familie eine Gemeinschaft mit gegenseitiger Fürsorge- und Beistandsverpflichtung verstanden. Diesbezüglich lassen sich traditionell die mehrere Generationen umfassende Großfamilie und die maximal zwei Generationen umfassende Kleinfamilie unterscheiden. Hinzu kommt die eingetragene Lebenspartnerschaft. 4

- Unter **Großfamilie** ist das umfassende Beziehungsverhältnis zwischen Großeltern, Eltern, Kindern, (sonstiger) naher Verwandtschaft, worunter insbesondere Geschwister, Halbgeschwister, Tante, Onkel, Nefte, Nichte, Vetter und Cousine (Rn 7) fallen, und Schwägerschaft (Rn 10) zu verstehen.²⁶ Im BGB finden sich Regelungen über die Großfamilie z.B. in §§ 563, 1093 II, 1685 I, 2047 II und 2373 S. 2 BGB.
- Mit **Kleinfamilie** ist zunächst die Gemeinschaft der Eltern mit ihren Kindern gemeint. Als Kleinfamilie gilt auch die Gemeinschaft der nichtehelichen Kinder mit ihrer Mutter bzw. mit ihrem Vater. Gleichgültig ist, ob die Eltern miteinander verheiratet sind.²⁷ Auch spielt es keine Rolle, ob die Kinder minderjährig oder volljährig, aus Ein- oder Mehrehen hervorgegangen, Adoptiv-, Stief- oder Pflegekinder sind. Selbst das Zusammenleben von nur einem Elternteil mit einem (selbst nichtehelichen) Kind ist vom Begriff der Kleinfamilie umfasst.²⁸ Entscheidend ist stets, ob eine gewachsene persönliche Bindung, d.h. eine Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft entstanden ist. Regelungen über die Kleinfamilie finden sich z.B. in §§ 1355, 1360, 1360a, 1360b, 1617, 1618 und 1666a BGB. Fraglich ist, ob auch die kinderlose Ehe unter den Begriff der Kleinfamilie fällt. Dies wird man mit Blick auf die Formulierung in Art. 6 I GG, wo von „Ehe *und* Familie“ gesprochen wird, verneinen müssen, da man anderenfalls die Differenzierung nivellierte.
- Wegen der rechtlichen Gleichstellung der **eingetragenen Lebenspartnerschaft**, die nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) zwischen gleichgeschlechtlichen Personen begründet worden ist (vgl. dazu Rn 6, 20b und 443 ff.), unterfällt auch diese unter den gleichen Voraussetzungen wie die traditionelle Ehe dem Begriff der Familie, und zwar selbstverständlich auch dann, wenn die Lebenspartner ihre Lebenspartnerschaft nicht in eine Ehe umwandeln, was ihnen gemäß der am 1.10.2017 in Kraft getretenen Vorschrift des § 20a LPartG möglich wäre (vgl. dazu ebenfalls Rn 6, 20b und 443 ff.). Auch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) ordnet Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf Lebenspartnerschaften den Familiensachen zu (vgl. § 111 Nr. 11 FamFG).²⁹
- **Nicht** dem Familienrecht (i.e.S.) unterfällt jedenfalls mangels gesetzlicher Regelung die **nichteheliche Lebensgemeinschaft** (Rn 448 ff.), da sich hier die Partner bewusst nicht den familienrechtlichen Regelungen unterwerfen möchten.

²⁵ BVerfGE 6, 55, 71.

²⁶ Auch das BVerfG und der BGH stellen auf diesen weiten Familienbegriff ab (BVerfGE 136, 382, 389; BGH NJW 2017, 2622 f.) und unterstellen ihn dem Schutz aus Art. 6 I GG (näher dazu unten Rn 29).

²⁷ Vgl. dazu etwa OLG Bremen FamFR 2011, 383.

²⁸ Vgl. dazu insgesamt BVerfGE 79, 256, 267; 92, 158, 162 ff., 176 ff.; BVerfG FamRZ 1990, 363; 1993, 1420; BVerwG FamRZ 1977, 541; BGH FamRZ 1980, 548; *Beck*, NJW 2001, 1894, 1893 f.; *Krings*, FPR 2001, 7, 8; *Koch*, in: MÜKo, Einl. zum FamR, Rn 33; *Siede*, in: Grüneberg, Einl v § 1297 Rn 2.

²⁹ Auch das BVerfG geht in seinem Urteil betreffend die Sukzessivadoption durch eingetragene Partner davon aus, dass die Gemeinschaft aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und einem Kind unter den Begriff der Familie fällt (BVerfGE 133, 59, 88 f.). Bereits zuvor hat der EGMR entschieden, dass gleichgeschlechtliche Paare ein Recht auf Achtung des Familienlebens i.S.d. Art. 8 EMRK haben (EGMR NJW 2011, 1421).

- 5 Zu beachten ist, dass die Familie als solche **keine eigene Rechtspersönlichkeit** hat. Sie kann also nicht als Träger von Rechten und Pflichten am Rechtsverkehr teilnehmen. Personenrechtliche und vermögensrechtliche Beziehungen bestehen also nur zwischen den einzelnen Mitgliedern der Familie.

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

IV. Begriff der Ehe

- 6 Das Grundgesetz definiert den Begriff der Ehe nicht. In Anknüpfung an die christlich-abendländische Tradition und unter Zugrundelegung einer historischen Auslegung des Art. 6 I GG (dazu Rn 19 ff.) versteht die (bisherige) traditionellen Werten verpflichtete h.M. unter Ehe die rechtlich verbindliche Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau (**Heterosexualität** und **Monogamie**).³⁰ Die Ehe sei die rechtliche Form umfassender Bindung zwischen Mann und Frau; sie sei alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern.³¹ Unter Zugrundelegung dieses Verständnisses sind also die Ehe zwischen Menschen gleichen Geschlechts und die Mehrehe nicht möglich. In Bezug auf die Frage, ob die Gestaltungs Offenheit des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs auch die gleichgeschlechtliche Ehe zulasse, wurde bereits in sämtlichen Voraufgaben dieses Buches indes die Auffassung vertreten, dass es dem Gesetzgeber nicht nur freistünde, das Institut der Ehe auch Menschen gleichen Geschlechts zu öffnen, sondern dass die Öffnung unter dem Aspekt des Art. 3 I, III S. 1 GG sogar geboten sei. Es wurde vertreten, dass Art. 6 I GG, der seinem Wortlaut nach keine Verschiedengeschlechtlichkeit voraussetzt, dem nicht entgegenstünde, zumal der Schutzbereich des Art. 6 I GG stark normgeprägt sei, was bedeute, dass die Begriffe Ehe und Familie einer Ausgestaltung durch den Gesetzgeber offen seien und die Grenzen lediglich in der Institutsgarantie des Art. 6 I GG und den Strukturprinzipien der Ehe, d.h. den die Ehe im Wesentlichen kennzeichnenden Prinzipien, zu finden seien. Ob zu diesen Strukturprinzipien die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner gehört, hat der Verfasser – entgegen der Rechtsprechung des BVerfG³² – verneint, und er hat vertreten, dass angesichts des gesellschaftlichen Wandels, der bei einer Verfassungsinterpretation nicht ignoriert werden darf³³, und der Gewährleistungen des Art. 3 I, III S. 1 GG die Versagung der Möglichkeit der Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren abzulehnen sei.³⁴ Auch der EGMR ist der Auffassung, dass das in Art. 12 EMRK garantierte Recht, eine Ehe einzugehen, nicht auf verschiedengeschlechtliche Menschen beschränkt sei. Allerdings hat er auch betont, dass die Entscheidung, ob die Ehe zwischen Menschen gleichen Geschlechts gestattet werden solle, „zum gegenwärtigen Zeitpunkt dem Recht der Konventionsstaaten überlassen“ bleibe.³⁵ „Rückendeckung“ war vom EGMR also nicht zu erwarten.

³⁰ So etwa BVerfGE 6, 55, 71; 25, 167, 196; 76, 1, 51; mit Nachdruck auch *Roth*, in: MüKo, § 1353 Rn 1 ff.

³¹ So ausdrücklich BVerfGE 76, 1, 51 (Familiennachzug).

³² Vgl. BVerfGE 10, 59, 66; 53, 224, 245; 62, 323, 330; 105, 313, 345; 128, 109, 125; 131, 239, 259; 133, 377, 409.

³³ Auf den Verfassungswandel abstellend mit der Folge, dass es zur Öffnung der Ehe auch für Gleichgeschlechtliche keiner Änderung des Art. 6 I GG bedarf, sondern dass der Gesetzgeber einfachgesetzlich die Ehe auch Gleichgeschlechtlichen ermöglichen dürfte, vgl. bereits *R. Schmidt*, Grundrechte, 16. Aufl. 2014, Rn 555 ff. und explizit *R. Schmidt*, FamR, 2. Aufl. 2014, Fußn. 15; auf den Verfassungswandel später auch abstellend *Koschmieder*, JA 2014, 566, 570 ff.

³⁴ So (i.E.) auch *Brosius-Gersdorf*, NJW-Editorial 12/2013 und FamFR 2013, 169 ff.; scharf ablehnend *Benedict*, JZ 2013, 477, 486; *Selder*, DStR 2013, 1064, 1067; *Gade/Thiele*, DÖV 2013, 142, 150 f.; *Hillgruber*, JZ 2010, 41, 41; *Krings*, NVwZ 2011, 26, 26; *Hofmann*, JuS 2014, 617, 620.

³⁵ EGMR NJW 2011, 1421 ff.

Im Sinne der hier schon immer vertretenen Auffassung hat nun der Gesetzgeber mit Gesetz vom 20.7.2017 durch Änderung u.a. des § 1353 I S. 1 BGB beschlossen, dass das Institut der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht.³⁶ Mit Inkrafttreten der Neuregelung am 1.10.2017 kommt es bei der Begründung der Ehe also nicht mehr auf die Geschlechtsverschiedenheit an. Zu den Argumenten und zur Bewertung der Neuregelung vgl. Rn 20a ff. und Rn 443 ff.

Unbeschadet der nunmehr beschlossenen Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare kommt die Ehe durch den erklärten Ehemillen der Heiratswilligen zustande (**Konsensprinzip**), folgt dem Prinzip der Gleichberechtigung und wird grds. auf Lebenszeit geschlossen (**Lebenszeitprinzip**, vgl. § 1353 I S. 1 BGB)³⁷. „Lebenszeitprinzip“ bedeutet dabei keineswegs eine Untrennbarkeit der Verbindung, sondern lediglich, dass die Ehe nicht beliebig von den Partnern aufgelöst werden kann³⁸, was freilich die Möglichkeit der **Aufhebung** (§ 1313 BGB) oder **Scheidung** (§ 1564 BGB) durch das Familiengericht nicht ausschließt.

V. Begriff der Verwandtschaft

Verwandte sind die Abkömmlinge eines Menschen. Dabei wird unter Verwandtschaft i.S. des Bürgerlichen Rechts nur die engere Verwandtschaft über wenige Generationen verstanden, z.B. Großeltern, Eltern, Kinder und Enkel, aber auch Geschwister, Halbgeschwister, Tante, Onkel, Nefte, Nichte, Vetter und Cousine, da im weiteren Verständnis letztlich alle Menschen über ihre weit verzweigten Vorfahren miteinander verwandt sind. Die Verwandtschaft umfasst gem. § 1589 S. 1 BGB die auf Abstammung beruhende Blutsverwandtschaft und die Annahme als Kind gem. §§ 1741 ff. BGB.³⁹ Auch die in § 1590 BGB geregelte Schwägerschaft infolge Eheschließung ist eine Form der Verwandtschaft. Ehegatten sind nicht miteinander verwandt oder verschwägert, es sei denn, sie waren es bereits vor der Eheschließung.

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

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

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

- **Verwandtschaft in gerader Linie** besteht zwischen Personen und deren Abkömmlingen, § 1589 S. 1 BGB (z.B. Großmutter-Vater-Tochter-Enkel). Dabei wird die Person, von der eine andere abstammt, Aszendent, und diejenige, die von einer anderen abstammt, Deszendent genannt.

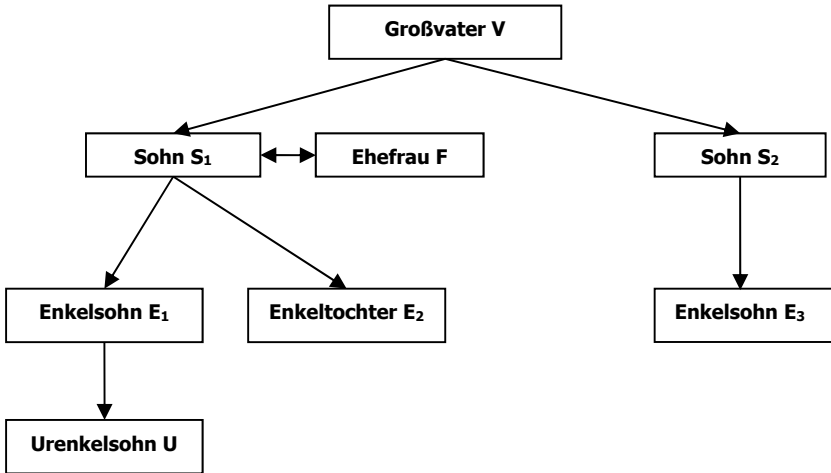
³⁶ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 – BGBl I 2017, S. 2787. Siehe auch BT-Drs. 18/6665, S. 5 ff.

³⁷ Vgl. dazu BVerfGE 10, 59, 66; 29, 166, 176; 31, 58, 82; 49, 286, 300; 53, 224, 245; 62, 323, 323; 76, 1, 71; 87, 234, 264; 105, 313, 345; 115, 1, 19; 121, 175, 193/198.

³⁸ Vgl. auch Roth, in: MüKo, § 1353 Rn 16.

³⁹ Auf die Bedeutung der Unterscheidung zwischen der auf Abstammung beruhenden „Blutsverwandtschaft“ und der durch Adoption begründeten „rechtlichen Verwandtschaft“ wird im Rahmen der Eheverbote noch einzugehen sein (Rn 56 Bsp. 4).

- **Verwandtschaft in der Seitenlinie** besteht zwischen Personen, mit denen man gemeinsam von einer dritten Person abstammt, § 1589 S. 2 BGB (Seitenverwandtschaft, z.B. Geschwister, Vetter, Cousine, Onkel und Nefte).
- 9 Die Nähe der Verwandtschaft wird durch die Zahl der vermittelnden Geburten bestimmt (§ 1589 S. 3 BGB). Man spricht von **Verwandtschaftsgraden**, die sich mittels Stammbaums sehr schön darstellen lassen:



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

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

- 9a Die Bedeutung des Bestehens eines (bestimmten) Verwandtschaftsverhältnisses kann sich v.a. bei den **Zeugnisverweigerungsrechten** zeigen. So ist gem. §§ 52 I Nr. 3 StPO, 383 I Nr. 3 ZPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, wer mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war. Auch bestehen zwischen bestimmten Verwandten **Eheschließungsverbote**. So bestimmt § 1307 S. 1 BGB, dass zwischen Verwandten in gerader Linie (Großeltern, Eltern, Kinder, Enkelkinder, § 1589 S. 1 BGB) sowie zwischen bestimmten Verwandten in der Seitenlinie, namentlich Geschwistern, gleichgültig, ob diese gemeinsame Eltern („vollbürtige Geschwister“ oder „Vollgeschwister“ genannt) oder nur einen gemeinsamen Elternteil („halbbürtige Geschwister“ oder „Halbgeschwister“ genannt) haben (§ 1589 S. 2 BGB), eine Ehe nicht geschlossen werden darf. Da das Gesetz die Verwandtschaft nicht „blutsmäßig“ versteht, sondern auch juristisch begründet (etwa durch Vaterschaftsanordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB oder durch Adoption nach § 1741 BGB, die dazu führt, dass gem. § 1754 II BGB das Kind die rechtliche Stellung eines Kindes des Annehmenden erlangt), besteht auch insoweit ein Eheschließungsverbot (siehe dazu Rn 56).

VI. Begriff der Schwägerschaft

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

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

Gemäß § 1590 I S. 1 BGB sind somit B und M verschwägert. Auch sind F und S verschwägert. Die zwischen einem Ehegatten und den Geschwistern des anderen Ehegatten bestehende Schwägerschaft ist eine Schwägerschaft zweiten Grades in der Seitenlinie (vgl. § 1590 I S. 2 BGB).

Verschwägert ist auch F mit den Eltern des M und M ist mit den Eltern der F verschwägert (daher auch die Bezeichnung „Schwiegereltern“). Die zwischen einem Ehegatten und den Eltern und Kindern des anderen Ehegatten bestehende Schwägerschaft ist eine Schwägerschaft ersten Grades in gerader Linie (vgl. § 1590 I S. 2 BGB).

Auch beim obigen Stammbaum ist F mit V und S₂ verschwägert.

Verschwägert sind gemäß der Regelung des § 1590 I BGB auch Stiefvater und Stieftochter bzw. Stiefmutter und Stiefsohn (Schwägerschaft ersten Grades) etc. Keine Schwägerschaft besteht indes zwischen den Verwandten der Ehefrau und denen des Ehemanns. 11

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

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

Beispiel: Gemäß § 1590 II BGB bleiben B und S des obigen Beispiels auch dann verschwägert, wenn die zwischen F und M geschlossene Ehe geschieden wird.

Bedeutung der Schwägerschaft: Einerseits führt die Schwägerschaft zu bestimmten **Zeugnisverweigerungsrechten** (dazu Rn 9a). Andererseits löst sie – anders als die Verwandtschaft – **keine familienrechtlichen Unterhaltspflichten** aus (arg. § 1601 BGB). Auch begründet die Schwägerschaft kein gesetzliches Erbe (arg. §§ 1924-1929 BGB). Vor Inkrafttreten des Eheschließungsreformgesetzes 1998 bestand zudem ein Eheverbot zwischen Verschwägerten gerader Linie. Dieses Verbot wurde allgemein als nicht mehr zeitgemäß angesehen, zumal zwischen den Verschwägerten ohnehin keine Blutsverwandtschaft besteht und die Gefahr von Erbkrankheiten infolge Inzests nicht gegeben ist. Das Eheverbot zwischen Verschwägerten gerader Linie wurde daraufhin aufgehoben. Seitdem darf eine Ehe also nicht nur zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe, Vetter und Cousine („Geschwisterkinder“), sondern auch zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern geschlossen werden. Die Ehe zwischen in der Seitenlinie Verschwägerten (Schwager und Schwägerin, Stiefmutter und Mann der Stieftochter etc.) war – in Ermangelung einer Verbotsnorm – schon vor 1998 erlaubt. 13

Beispiel: M und F sind miteinander verheiratet. Gleichwohl verliebt sich F in ihren Schwager S, den Bruder des M, was die Scheidung der Ehe zur Folge hat. Nach der Scheidung möchten F und S heiraten.

Ein Eheverbot zwischen Verschwägerten besteht nicht. F und S dürfen also heiraten, obwohl gem. § 1590 II BGB die Schwägerschaft auch dann bestehen bleibt, wenn die sie begründende Ehe aufgelöst wurde. Tun sie dies, sind sie sowohl verheiratet als auch verschwägert.

VII. Begriff des Angehörigen

- 14 Den Begriff des Angehörigen definiert das BGB nicht. Eine Definition enthält aber das Strafrecht in § 11 I Nr. 1 StGB. Danach ist Angehöriger, wer zu den folgenden Personen gehört: Verwandte und Verschwägte gerader Linie, der Ehegatte, der Lebenspartner (i.S.d. LPartG), der Verlobte, Geschwister, Ehegatten oder Lebenspartner der Geschwister, Geschwister der Ehegatten oder Lebenspartner, und zwar auch dann, wenn die Ehe oder die Lebenspartnerschaft, welche die Beziehung begründet hat, nicht mehr besteht oder wenn die Verwandtschaft oder Schwägerschaft erloschen ist, darüber hinaus Pflegeeltern und Pflegekinder.
- 15 Nicht von § 11 I Nr. 1 StGB erfasst sind bestimmte Verwandte in der Seitenlinie, z.B. Onkel/Tante oder Neffe/Nichte. Für den Bereich des Strafrechts ist dies unschädlich, da § 11 I Nr. 1 StGB neben den Angehörigen auch „andere nahestehende Personen“ erfasst (vgl. etwa beim entschuldigenden Notstand gem. § 35 StGB). Zu diesen „anderen nahestehenden Personen“ zählen z.B. Verwandte, die nicht Angehörige sind (also Onkel/Tante, Neffe/Nichte), sowie Personen aus eheähnlichen Lebensgemeinschaften, Liebesverhältnissen, engen Freundschaften, langjährigen Hausgemeinschaften, sogar die Haushälterin kann eine andere nahestehende Person sein. Voraussetzung ist jedenfalls eine auf Dauer angelegte persönliche Beziehung, die über den üblichen Sozialkontakt des Alltagslebens hinausgeht und in ihrer Intensität des Zusammengehörigkeitsgefühls der Beziehung zwischen Verwandten vergleichbar ist. Diese für das Strafrecht geltenden Grundsätze sind sachgerecht und lassen sich ohne weiteres auf das Zivilrecht übertragen.

B. Sonstige einfachgesetzliche Rechtsquellen des Familienrechts

- 16 Außerhalb des BGB finden sich familienrechtliche Regelungen insbesondere im Personenstandsgesetz (PStG), im Unterhaltsvorschussgesetz (UVG), im Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG), im Kinder- und Jugendhilferecht des Sozialgesetzbuchs VIII (SGB VIII), im Adoptionsvermittlungsgesetz (AdvermiG) und im Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG). Die Vorschriften des 1998 aufgehobenen Ehegesetzes finden sich seitdem in §§ 1303 ff. BGB.
- 17 Das **Verfahrens- bzw. Prozessrecht** in Bezug auf familienrechtliche Streitigkeiten findet sich seit dem 1.9.2009 im Wesentlichen im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (**FamFG**), das jedoch teilweise auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO) verweist (vgl. § 113 FamFG).

Das FamFG ist hinsichtlich familienrechtlicher Auseinandersetzungen von großer Bedeutung, da viele Rechtsfolgen ausschließlich durch gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden können. Das betrifft insbesondere die Scheidung, die Vaterschaftsanfechtung oder die Änderung des Sorgerechts nach Scheidung der Eltern. Erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung wird in diesen Fällen die Rechtslage umgestaltet.⁴⁰

⁴⁰ *Wellenhofer*, FamR, § 1 Rn 6. Siehe auch OLG Frankfurt MDR 2019, 488 f.

Erstinstanzlich zuständig für familiengerichtliche Verfahren sind die **Familiengerichte**. Bei diesen handelt es sich jedoch nicht um eigenständige Gerichte, sondern um Abteilungen der Amtsgerichte (§ 23b I GVG). Der Familienrichter/die Familienrichterin entscheidet als Einzelrichter/-in (§ 22 I GVG). Neben den eben genannten Familiengerichten werden bei den Amtsgerichten zudem Abteilungen für Betreuungs- und Unterbringungssachen gebildet (**Betreuungsgerichte**, § 23c I GVG). Der Instanzenzug wird von den Oberlandesgerichten gebildet, die insbesondere für Beschwerden gegen Entscheidungen der Amtsgerichte in den von den Familiengerichten entschiedenen Sachen zuständig sind (§ 119 I Nr. 1a GVG, §§ 58 ff. FamFG), und dem BGH, der für die Rechtsbeschwerde bzw. Sprungrechtsbeschwerde zuständig ist (§ 133 GVG, §§ 70 ff. FamFG).

Das FamFG ist in 9 Bücher gegliedert. Es ist sehr logisch und klar aufgebaut und folgt dem Prinzip des partiellen Vor-die-Klammer-Ziehens. So enthält der Allgemeine Teil (1. Buch, §§ 1-110) verfahrensübergreifende Grundsätze und regelt z.B. den Beteiligtenbegriff, die Akteneinsicht, die Fristbestimmung, das Verfahren im ersten Rechtszug, den Beschluss, die einstweilige Anordnung, die Rechtsmittel, die Verfahrenskostenhilfe, die Kosten und die Vollstreckung. Im 2. Buch (§§ 111-270) ist das Verfahren in Familiensachen geregelt. Eine Aufzählung dazu, was das Gesetz unter „Familiensachen“ versteht, enthält § 111 FamFG. Im 3. Buch (§§ 271-341) ist das Verfahren über Betreuungs- und Unterbringungssachen geregelt. Die Bücher 4-9 enthalten Bestimmungen über sonstige Verfahren, die in dieser Bearbeitung nicht näher ausgeführt werden.

Vor den Familiengerichten besteht grundsätzlich **Anwaltszwang** (§ 114 I FamFG), d.h. die Ehegatten müssen bei der Scheidung grundsätzlich anwaltlich vertreten sein. Allerdings ist im Falle einer einverständlichen Scheidung für die Zustimmung zur Scheidung und den Widerruf einer solchen Zustimmung die Vertretung durch einen Anwalt nicht erforderlich (§ 114 IV Nr. 3 FamFG).⁴¹ Der anwaltlich nicht vertretene Antragsgegner kann jedoch keine Prozesshandlungen vornehmen, insbesondere keine Anträge stellen. Zur Wahrung seiner Rechte kann ihm das Gericht daher von Amts wegen einen Anwalt beordnen (§ 138 I FamFG). Dieser hat dann die Stellung eines Beistands (§ 138 II FamFG). Stimmt der Antragsgegner der Scheidung nicht zu (streitige Scheidung), bedarf er wegen § 114 I FamFG stets eines Anwalts. Für den Antragsteller ist die Rücknahme des Scheidungsantrags auch ohne anwaltliche Vertretung zulässig (§ 114 IV Nr. 3 FamFG). Eine weitere Besonderheit besteht in der Bezeichnung des Verfahrens und der Verfahrensbeteiligten. Statt Prozess, Klage, Kläger und Beklagter heißt es **Verfahren, Antrag, Antragsteller** und **Antragsgegner** (§ 113 V Nr. 1-4 FamFG). Man spricht zudem nicht von den Parteien, sondern von den **Beteiligten** (§ 113 V Nr. 5 FamFG). In Familiensachen ergeht die Entscheidung des Gerichts als Beschluss, § 116 I FamFG.

C. Strafrechtlicher Schutz von Ehe und Familie

Familienrechtliche Beziehungen unterstehen selbstverständlich auch dem **Schutz des Strafrechts**, z.B. durch § 169 StGB (Personenstands Fälzung), § 170 StGB (Verletzung der Unterhaltspflicht), § 171 StGB (Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht), § 172 StGB (Doppelehe), § 173 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten), §§ 174, 176-176b StGB (sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen und Kindern), §§ 180 (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) und § 184 StGB (speziell: Überlassung und Zugänglichmachung von pornographischen Schriften an Minderjährige) – jeweils mit Erzieherprivileg –, § 177 StGB (sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung – wobei § 177 StGB selbstverständlich nicht speziell Familienbezug hat, sondern gegenüber jedem Menschen begangen werden kann). Weiterhin haben § 225 StGB (Misshandlung von Schutzbefohlenen), § 235 StGB (Kindesentziehung) und § 236 StGB (Kinderhandel) Familienrechtsbezug. Mit Rücksicht auf die innerfamiliären Sonderbeziehungen werden bestimmte Straftaten gegen Angehörige (zum Begriff vgl. Rn 14) jedoch

18

⁴¹ Vgl. dazu im Einzelnen bspw. *Borth/Grandel*, in: Musielak/Borth, FamFG, § 114 Rn 9.

nur auf deren Antrag verfolgt (vgl. §§ 247, 259 II, 263 IV, 263a II, 265a III, 266 II, 294 StGB) oder bei Straftaten von Angehörigen besondere Zwangslagen privilegiert (§§ 139 III, 157 I, 258 VI StGB).⁴² Im Nebenstrafrecht sind insbesondere die Strafvorschriften zur Ersatzmuttervermittlung (§ 14b AdvermiG) sowie nach dem Embryonenschutzgesetz (ESchG) von Bedeutung. Zweck des Embryonenschutzgesetzes ist v.a. die Begrenzung von Manipulationen des ungeborenen menschlichen Lebens durch Methoden der Gentechnologie und der In-vitro-Fertilisation (siehe dazu Rn 461 ff.).

D. Verfassungsrechtlicher Schutz von Ehe und Familie

I. Eheschließungsfreiheit als Grundprinzip des Art. 6 I GG

19 Art. 6 I GG stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Als wesentlichen Bestandteil enthält das Grundrecht die **Eheschließungsfreiheit**. Darunter versteht man das Recht, die Ehe mit einem selbstgewählten Partner einzugehen, wenn beide Partner die entsprechenden Voraussetzungen des deutschen (Ehe-)Rechts, das seinerseits wiederum im Lichte des Art. 6 I GG auszulegen ist, erfüllen.⁴³ Als Kernelement des Art. 6 I GG kommt der Eheschließungsfreiheit somit ein hoher verfassungsrechtlicher Rang zu. Das hat Auswirkungen auf die Festlegung der Ehevoraussetzungen und die Aufstellung von Ehehindernissen. Solche sind nur insoweit verfassungsgemäß, als sie von Sachgründen gefordert werden, die bei einer Abwägung mit Art. 6 I GG den Vorrang einnehmen.⁴⁴

- So wäre es mit der grundrechtlich geschützten Eheschließungsfreiheit unvereinbar, wenn der Staat ein Eheverbot etwa gegenüber Heiratswilligen mit extremem Altersunterschied verhängte.
- Auch ein pauschales bzw. generelles Eheverbot gegenüber Personen mit einer geistigen Behinderung verstieße gegen Art. 6 I GG.
- Eheverbote gegenüber Personen, die miteinander verwandt sind, sind eher zu rechtfertigen, wenn damit übergeordnete Schutzzwecke wie z.B. die Vermeidung von Erbkrankheiten verfolgt werden. Liegt aber keine Blutsverwandtschaft vor, greift dieser Schutzzweck nicht.
- Daher war es vor dem Hintergrund des Art. 6 I GG sogar geboten, dass der Gesetzgeber das früher bestehende Eheverbot bei Schwägerschaft in gerader Linie im Zuge des Eheschließungsrechtsreformgesetzes 1998 aufgehoben hat. Seitdem darf eine Ehe also nicht nur zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe, Vetter und Cousine („Geschwisterkinder“), sondern auch zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern geschlossen werden, da hier kein Verwandtschaftsverhältnis in gerader Linie besteht. Die Ehe zwischen in der Seitenlinie Verschwägerten (Schwager und Schwägerin, Stiefmutter und Mann der Stieftochter etc.) war schon vor 1998 erlaubt (vgl. Rn 7 u. 13).
- Das bislang unter Verweis auf die „Strukturprinzipien der Ehe“, zu denen die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner gehöre⁴⁵ (siehe sogleich Rn 20b ff.), bestehende Eheverbot zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern ist durch die bereits bei Rn 6 genannte Änderung u.a. des § 1353 I S. 1 BGB aufgehoben worden. Nunmehr dürfen auch gleichgeschlechtliche Paare miteinander die Ehe schließen (vgl. dazu Rn 443 ff.).
- Ein Eheverbot besteht aber dann, wenn einer der beiden Eheschließenden bereits anderweitig verheiratet (oder nach dem LPartG verpartnert) ist (Verbot der Doppelhehe). Diesem Eheverbot liegt das im hiesigen Kulturkreis vorherrschende Prinzip der Einehe

⁴² Vgl. dazu ausführlich *Schramm*, JA 2013, 881 ff.

⁴³ Vgl. *Koch*, in: MüKo, Einl. zum FamR, Rn 211.

⁴⁴ Vgl. *Koch*, in: MüKo, Einl. zum FamR, Rn 211.

⁴⁵ Siehe BVerfGE 10, 59, 66; 53, 224, 245; 62, 323, 330; 105, 313, 345; 128, 109, 125; 131, 239, 259; 133, 377, 409.

(Monogamie) zugrunde.⁴⁶ Ob dieses Prinzip mit der fortschreitenden Öffnung der deutschen Rechtsordnung gegenüber anderen Kulturkreisen, die die Mehrehe zulassen, dauerhaft Bestand haben wird, bleibt (ebenfalls) abzuwarten, siehe dazu Rn 20i-20k.

- Ein weiteres Eheverbot findet sich in § 1307 BGB. Danach darf eine Ehe nicht geschlossen werden zwischen Verwandten in gerader Linie (Großeltern, Eltern, Kinder, Enkelkinder, § 1589 S. 1 BGB) sowie zwischen bestimmten Verwandten in der Seitenlinie, namentlich Geschwister, gleichgültig, ob diese gemeinsame Eltern („vollbürtige Geschwister“ oder „Vollgeschwister“ genannt) oder nur einen gemeinsamen Elternteil („halbbürtige Geschwister“ oder „Halbgeschwister“ genannt) haben, § 1589 S. 2 BGB (vgl. Rn 56).
- Demgegenüber kann – entgegen dem ersten Anschein – eine Ehe zwischen einem Mann und der Tochter der geschiedenen Ehefrau, die während der Ehe geboren worden ist, jedoch nicht von dem Mann abstammt, wirksam geschlossen werden, da weder ein Nichtigkeitsgrund greift noch ein Aufhebungsgrund nach § 1314 BGB vorliegt (vgl. Rn 56).

II. Verfassungsrechtlicher Begriff von Ehe und Familie

Wie bereits dargestellt, definiert das Grundgesetz die Begriffe „Ehe“ und „Familie“ nicht. Insbesondere die Grundrechtsbestimmung des Art. 6 I GG setzt mit ihrem normgeprägten Schutzbereich die Existenz von Ehe und Familie als gesellschaftliche und rechtliche Institute voraus.⁴⁷ Gleichwohl ist es unumgänglich, die Begriffe Ehe und Familie (auch) für eine Anwendung des einfachen Rechts zu definieren.

20

1. Begriff der Ehe

Art. 6 I GG stellt Ehe und Familie unter besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, definiert beide Verfassungsbegriffe aber nicht. Hinsichtlich der Frage, ob eine Ehe nur zwischen *zwei* Menschen und auch nur zwischen zwei Menschen *verschiedenen* Geschlechts geschlossen werden kann, enthält der Wortlaut also keine Aussage. Da Art. 6 I GG aber bzgl. der Ehe einer gesetzlichen Ausgestaltung bedarf⁴⁸, lässt sich jedenfalls in Bezug auf die Frage nach der Zulässigkeit der Geschlechtsfrage gut argumentieren, dass die Ehe nicht an die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner geknüpft ist. Jedoch hat das BVerfG unter Verweis auf „unveränderbare Strukturprinzipien“ einer Ehe und in Anknüpfung an die christlich-abendländische Tradition entschieden, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit zu ebenjenen unveränderbaren Strukturprinzipien der Ehe zähle.⁴⁹ Sieht man zunächst von der Frage ab, ob dieses Eheverständnis angesichts moderner Familienstrukturen noch überzeugen kann, oder ob sogar die Mehrehe zu akzeptieren ist, ist das Institut der Ehe unter Zugrundelegung traditioneller bürgerlicher Lebensverhältnisse jedenfalls geprägt durch:

20a

- Monogamie⁵⁰
- auf Dauer angelegt mit dem Ziel der gemeinsamen Lebensgestaltung, der gegenseitigen Rücksichtnahme und Achtung sowie der Pflicht zur Beistandsleistung, Hilfe und Gefahrenabwehr
- freiwilliger Entschluss beider Partner zur Eheschließung und zur Fortpflanzung bzw. zur Familiengründung
- Gleichberechtigung der Ehepartner

⁴⁶ Das Prinzip der Monogamie ist einfachgesetzlich u.a. in §§ 1353 I S. 1 und 1306 BGB geregelt und strafrechtlich durch § 172 StGB (Strafbarkeit der Doppelhehe) abgesichert.

⁴⁷ BVerfGE 105, 313, 345; 15, 328, 332. Siehe dazu R. Schmidt, Grundrechte, 26. Aufl. 2021, Rn 555 ff.

⁴⁸ Für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung ausdrücklich BVerfGE 81, 1, 6 f.: „Jedoch hat der Gesetzgeber das Rechtsinstitut der Ehe in einer seiner Natur und Funktion entsprechenden Weise auszugestalten.“

⁴⁹ Vgl. etwa BVerfGE 31, 58, 82; 53, 224, 245; 105, 313, 342 ff.; 115, 1, 19.

⁵⁰ Siehe dazu BVerfGE 10, 59, 66 f.; 29, 166, 176; 31, 58, 82; 105, 313, 343. Siehe auch BVerwG FamRZ 2018, 1624. Zur Frage, ob die Gestaltungssoffenheit des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs auch die Mehrehe zulässt, siehe Rn 20i f.

- staatlicher Mitwirkungsakt (feststellender Verwaltungsakt des Standesbeamten, dass die Ehe geschlossen wurde)

20b Ob die genannte Verschiedengeschlechtlichkeit zu den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien gehört, ist unklar. Das BVerfG war bzw. ist bislang dieser Meinung. Es begründet das Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit mit der „idealtypischen Funktion der Ehe“, der Möglichkeit zur Gründung einer Familie, die auf natürliche Weise aus biologischen Gründen nur verschiedengeschlechtlichen Paaren gegeben sei. Die Ehe sei „von Natur aus“ auf die potentiell aus ihr hervorgehende Familie und die Fähigkeit, Nachkommen zu zeugen, ausgerichtet und gelte als „Keimzelle einer jeden menschlichen Gemeinschaft“⁵¹. Die Ehe als rechtliche Form einer umfassenden Bindung zwischen Mann und Frau könne in ihrer Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden⁵² und sei alleinige Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft und als solche Voraussetzung für die bestmögliche körperliche, geistige und seelische Entwicklung von Kindern⁵³. Die h.L. knüpft daran an und propagiert, dass die Erzeugung von Nachkommen und die Familiengründung geradezu der Zweck sowie die „natürliche Folge“ einer Ehe seien.⁵⁴ Das BVerfG betont schließlich, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit daher zu den „unveränderlichen Strukturprinzipien“ einer Ehe gehöre und somit mit Blick auf die Institutsgarantie des Art. 6 I GG unantastbar sei.⁵⁵

20c Unter Zugrundelegung dieses Eheverständnisses ist eine Ehe (i.S.d. Art. 6 I GG) unter Gleichgeschlechtlichen in der Tat ausgeschlossen. Das überzeugt nicht. Denn wie schon bei *R. Schmidt*, Grundrechte, 16. Auflage 2014, aufgezeigt, steht außer Zweifel, dass das Institut der Ehe auch zeugungsunfähigen Personen offensteht, solange sie nur verschiedengeschlechtlich sind, obwohl die „idealtypische Funktion der Ehe“ – die Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen – hier ganz offensichtlich ebenso wenig erreicht werden kann wie bei gleichgeschlechtlichen Paaren. Es wäre aber absurd, zeugungsunfähigen Menschen das Institut der Ehe zu verschließen. Aus diesen Überlegungen heraus folgt, dass die Begründung des BVerfG auf einem anachronistischen Eheverständnis beruht, das sich modernen Familienstrukturen verschließt und daher keine Überzeugungskraft beanspruchen kann. Zudem ist die „Verschiedengeschlechtlichkeit“ verfassungstextlich nicht als „unveränderliches Strukturprinzip“ festgeschrieben, sondern lediglich der aufgezeigten, von einer bürgerlichen Tradition geleiteten Verfassungsinterpretation entsprungen, die jedoch (und das wird vom BVerfG insoweit unberücksichtigt gelassen) gerade aufgrund der auch sonst vom BVerfG betonten Gestaltungsoffenheit⁵⁶ und der Normgeprägtheit des Art. 6 I GG einem Bedeutungswandel unterworfen ist.⁵⁷ Gerade Gestaltungsoffenheit und Normgeprägtheit des Art. 6 I GG führen dazu, den Begriff der Ehe unter Berücksichtigung moderner gesellschaftlicher Anschauungen zu interpretieren, ohne gegen die „unveränderlichen Strukturprinzipien“ der Ehe zu verstoßen oder den Verfassungstext ändern zu müssen. Der Umstand, dass eine Ehe zwischen Menschen gleichen Geschlechts in vielen anderen (ebenfalls „christlich geprägten“) Staaten (vgl. etwa Island, Großbritannien, Norwegen, Schweden, Dänemark, Niederlande, Belgien, Frankreich, Spanien, Por-

⁵¹ BVerfGE 6, 55, 71. Relativierend immerhin BVerfGE 133, 59, 83 (Sukzessivadoption).

⁵² BVerfGE 6, 55, 71.

⁵³ So ausdrücklich BVerfGE 76, 1, 51 (Familiennachzug).

⁵⁴ Vgl. *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Art. 6 Rn. 4; *Gade/Thiele*, DÖV 2013, 142, 143 f.; *Kreß*, ZRP 2012, 234, 235.

⁵⁵ BVerfGE 105, 313, 345. Vgl. auch BVerfG NJW 1993, 3058; BVerfG NVwZ 1997, 189, 190; BVerfGE 115, 1, 19; *Pieroth/Kingreen*, KritV 2002, 219, 239; *Scholz/Uhle*, NJW 2001, 393, 394.

⁵⁶ Siehe BVerfGE 81, 1, 6 f. (oben Rn 20a).

⁵⁷ Auf den Bedeutungswandel im Sinne eines Verfassungswandels abstellend bereits die 16. Auflage 2014, Rn 555 ff. und explizit *R. Schmidt*, FamR, 2. Aufl. 2014, Fußn. 15; später auch *Koschmieder*, JA 2014, 566, 570 ff.; *Kretschmann*, Bundesrat, Stenographischer Bericht, 959. Sitzung, 7.7.2017, S. 329.

tugal, Österreich, Schweiz und Chile) zulässig ist⁵⁸, stellt einen starken Indikator für ein sich wandelndes gesellschaftliches Selbstverständnis dar, was die in Deutschland (bislang) vorhandenen (Verfassungs-)Vorbehalte als unbegründet erscheinen lässt.⁵⁹ Schließlich greifen die teilweise angeführten Argumente, der historische Gesetzgeber sei ganz selbstverständlich von der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner ausgegangen und habe diese zur Grundlage seines Eheverständnisses gemacht⁶⁰, schon deshalb nicht, weil es in der Debatte im Parlamentarischen Rat primär um die Frage ging, generell den Schutz von Ehe und Familie in das Grundgesetz aufzunehmen.⁶¹ Der zunächst vom Grundsatzausschuss gebilligte Wortlaut: „Die Ehe ist die rechtmäßige Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau“⁶² wurde später vom Hauptausschuss ausdrücklich nicht angenommen. Dort verständigte man sich vielmehr auf die Fassung: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“.⁶³ Einen Willen des historischen Gesetzgebers, eine Ehe könne nur zwischen Mann und Frau geschlossen werden, hätte man daher nur dann annehmen können, wenn er den vom Grundsatzausschuss gebilligten Textentwurf übernommen hätte. Da er diesen aber gerade nicht übernommen, sondern sich für eine offene Formulierung in Art. 6 I GG entschieden hat, kann dem Willen des historischen Gesetzgebers also gerade nicht entnommen werden, dass er einen Verfassungs- bzw. Bedeutungswandel des Ehebegriffs für alle Zeiten ausschließen wollte. Zudem hat die historische Auslegung auch nur eine untergeordnete Bedeutung, jedenfalls, wenn der Gesetzeserlass nunmehr über 70 Jahre zurückliegt.

Dass auch das BVerfG die Möglichkeit eines Verfassungswandels im Sinne eines Interpretationswandels anerkennt, ist nicht zu bestreiten. Während es im Jahre 1957 noch entschied, dass die §§ 175, 176 StGB a.F., die die Homosexualität zwischen Männern unter Strafe stellten, verfassungsgemäß seien, weil homosexuelle Handlungen unter Männern gegen das Sittengesetz verstießen⁶⁴, hat es im Jahre 2002 das LPartG, das die Einführung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare vorsah, (ebenfalls) für verfassungsgemäß erachtet. Insbesondere sei Art. 6 I GG nicht verletzt. Der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 I GG hindere den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleichkämen. Dem Institut der Ehe drohten keine Einbußen durch eine (gleichwertige) Lebenspartnerschaft.⁶⁵ Daraus folgt: Würde das BVerfG nicht die Möglichkeit eines Verfassungswandels im Sinne eines Interpretationswandels (hier: das Sittengesetz als dynamischer Prozess) anerkennen, hätte es das LPartG „als Verstoß gegen das Sittengesetz“ ansehen müssen und hätte es nicht für verfassungsgemäß erachten dürfen.⁶⁶

Anknüpfend an den dynamischen Lebensprozess hat das BVerfG denn auch Verstöße gegen Art. 3 I, III S. 1 GG unter dem Aspekt der mittelbaren Ungleichbehandlung wegen der sexu-

20d

20e

⁵⁸ So hat – nachdem bereits im Mai 2015 das Referendum in Irland den Weg für die dortige Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare freigemacht hat – auch der Supreme Court der USA entschieden, dass die Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare mit der Verfassung der USA nicht vereinbar ist. Die Bundesverfassung garantiere bundesweit das Recht auf gleichgeschlechtliche Eheschließung („same-sex marriage“), siehe Case No. 14-556 (Obergefell v. Hodges).

⁵⁹ Auch das in Art. 12 EMRK garantierte Recht, eine Ehe einzugehen, ist nicht auf verschiedengeschlechtliche Personen beschränkt, wie der EGMR festgestellt hat, wenngleich sich der EGMR in Zurückhaltung geübt hat, indem er formuliert, dass die Entscheidung, ob die gleichgeschlechtliche Ehe gestattet werden solle, „zum gegenwärtigen Zeitpunkt dem Recht der Konventionsstaaten überlassen bleibt“ (EGMR NJW 2011, 1421 ff.). Den weiten Ermessensspielraum der Konventionsstaaten bei der Regelung familienrechtlicher Strukturen betont der EGMR auch in NJW 2014, 2015 f.

⁶⁰ So *Uhle*, in: BeckOK, GG, Art. 6 Rn 4.

⁶¹ *Leibholz/v. Mangoldt*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 93-99.

⁶² *Leibholz/v. Mangoldt*, a.a.O., S. 98.

⁶³ *Leibholz/v. Mangoldt*, a.a.O., S. 99.

⁶⁴ BVerfGE 6, 389, 413 ff. (Homosexuelle).

⁶⁵ BVerfGE 105, 313, 331 ff. (Lebenspartnerschaftsgesetz).

⁶⁶ Vgl. auch *Kretschmann*, Bundesrat, Stenographischer Bericht, 959. Sitzung, 7.7.2017, S. 330.

ellen Orientierung festgestellt hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im **Erbchaft- und Schenkungssteuerrecht**⁶⁷, hinsichtlich der **Hinterbliebenenversorgung** im Beamtenrecht⁶⁸, hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft bei der Gewährung von **Familienzuschlag** im Beamtenrecht⁶⁹ und hinsichtlich der (ehemaligen) Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft im **Grunderwerbsteuerrecht** nach § 3 Nr. 4 GrEStG a.F.⁷⁰ (jeweils eine am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messende Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung). Schließlich hat das BVerfG die unterschiedliche Behandlung im **Einkommensteuerrecht** beanstandet⁷¹, was zur Anwendung des sog. Ehesplittingtarifs auf Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft geführt hat⁷². Mittlerweile hat der Gesetzgeber eine vollständige Gleichbehandlung in sämtlichen steuerlichen Belangen vorgenommen.⁷³ Schließlich ist im **Adoptionsrecht** infolge eines Urteils des BVerfG⁷⁴ die Möglichkeit der **Sukzessivadoption** durch Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft gesetzlich eingeführt worden.⁷⁵ Auch im Übrigen macht das BVerfG deutlich, dass es der biologischen Elternschaft gegenüber der sozial-familiären keinen generellen Vorrang einräumt (Rn 466 ff./591 ff.). Und im **Transsexuellenrecht** ist aufgrund eines Urteils des BVerfG⁷⁶ § 8 I Nr. 2 Transsexuellengesetz, der die Änderung des Personenstands bei einem verheirateten Transsexuellen nur zuließ, wenn dieser sich zuvor hatte scheiden lassen, aufgehoben worden.

20f Berücksichtigt man also die auch sonst vom BVerfG anerkannte „Normgeprägtheit“ und „Gestaltungsoffenheit“ des Art. 6 I GG und erinnert an die vom BVerfG ebenfalls zugelassene Möglichkeit, verfassungsrechtliche Begriffe unter Berücksichtigung wandelnder gesellschaftlicher Lebensformen neu zu definieren bzw. Definitionsmerkmale neu zu interpretieren, war der einfache Gesetzgeber daher frei, nicht mehr auf der bürgerlichen Zwängen und Traditionen unterworfenen Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner zu beharren, sondern sich offen zu zeigen für moderne gesellschaftliche Strukturen unter Berücksichtigung der Gestaltungsoffenheit und der Normgeprägtheit des Art. 6 I GG und des dadurch ermöglichten aufgezeigten Verfassungswandels.⁷⁷ Im Sinne der hier (seit der 2. Auflage) vertretenen Auffassung hat denn auch der Bundestag in Wahrnehmung der Normgeprägtheit und der Gestaltungsoffenheit des Art. 6 I GG am 20.7.2017 ein „Eheöffnungsgesetz“⁷⁸ erlassen und u.a. § 1353 I S. 1 BGB geändert, der nun nicht mehr an die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner anknüpft, sondern in offener Weise formuliert, dass die Ehe von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen wird. Auch die Möglichkeiten der Eheschließung zwischen einem Mann oder einer Frau und einer Person, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehört, oder zwischen zwei Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehören, sind damit erfasst, wenngleich dies möglicherweise vom Gesetzgeber 2017 so nicht beab-

⁶⁷ BVerfGE 126, 400, 415 ff. Vgl. dazu auch *Tölle*, NJW 2011, 2165 ff.

⁶⁸ BVerwG NVwZ 2011, 499. Hinsichtlich des Anspruchs auf Hinterbliebenenrente für Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft vgl. EGMR NVwZ 2011, 31.

⁶⁹ BVerfGE 131, 239, 255 ff. Vgl. auch OVG Münster NVwZ 2014, 1534 ff.

⁷⁰ BVerfGE 132, 179, 193 ff.

⁷¹ BVerfGE 133, 377, 407 ff.

⁷² Gesetz v. 15.7.2013, BGBl I S. 2397 (steuerliche Gleichstellung von Ehen und eingetragenen Lebenspartnerschaften): Einfügung eines § 2 VIII EStG, wonach die Regelungen des EStG zu Ehegatten und Ehen auch auf Lebenspartner und Lebenspartnerschaften anzuwenden sind.

⁷³ Vgl. zuletzt das Gesetz v. 18.7.2014 (BGBl I S. 1042: Anpassung von Abgabenordnung und Bundeskindergeldgesetz). Siehe auch BFH NJW 2017, 2223, 2224, der zudem klarstellt, dass mit „Lebenspartner“ (i.S.v. § 2 VIII EStG) nur solche nach dem LPartG gemeint sind, nicht Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

⁷⁴ BVerfGE 133, 59, 73 ff. (Verfassungswidrigkeit der Nichtzulassung der Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner) - dazu unten Rn 599.

⁷⁵ Gesetz v. 20.6.2014 (BGBl I S. 786) - dazu ebenfalls unten Rn 599.

⁷⁶ BVerfGE 121, 175, 189 ff.

⁷⁷ Im Ergebnis auch *Brosius-Gersdorf*, NJW-Editorial 12/2013 und *FamFR* 2013, 169 ff.; *Koschmieder*, JA 2014, 566, 570 ff.; scharf ablehnend *Benedict*, JZ 2013, 477, 486; *Selder*, DStR 2013, 1064, 1067; *Gade/Thiele*, DÖV 2013, 142, 150 f.; *Hillgruber*, JZ 2010, 41, 41; *Krings*, NVwZ 2011, 26, 26; *Hofmann*, JuS 2014, 617, 620.

⁷⁸ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 (BGBl I 2017, S. 2787) – in Kraft getreten am 1.10.2017. Siehe auch BT-Drs. 18/6665, S. 5 ff.

sichtigt war, jedoch mit Blick auf Art. 2 I i.V.m. 1 I GG geboten ist. Denn das dort verankerte Recht auf Selbstbestimmung beinhaltet nicht nur das Recht, den entsprechenden Personenstand und die eigene Fortpflanzung⁷⁹ zu bestimmen, sondern schützt auch die **sexuelle Selbstbestimmung**, insbesondere in Bezug auf das Sexualleben, die Wahl der geschlechtlichen Identität, d.h. das Recht, einem bestimmten Geschlecht anzugehören, die Intersexualität und das Recht, weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht anzugehören.⁸⁰ Das spezielle Gleichheitsrecht aus Art. 3 III S. 1 GG flankiert diesen Schutz und fordert ebenfalls die Möglichkeit des Eingehens der Ehe.⁸¹

Seit Inkrafttreten der Neuregelung am 1.10.2017 kommt es bei der Begründung der Ehe also nicht mehr auf die Geschlechtsverschiedenheit an. Teilweise wird dies trotz der Offenheit des Art. 6 I GG für eine Gestaltung durch den Gesetzgeber für verfassungswidrig erachtet.⁸² Wie aber bereits aufgezeigt, fordern die Strukturprinzipien der Ehe keine Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner – jedenfalls nicht, wenn man sie dem gesellschaftlichen Wandel unterstellt und sich offen für moderne und diskriminierungsfreie Formen des Zusammenlebens zeigt. Man kann sogar so weit gehen und konstatieren, Art. 3 III S. 1 GG habe die Öffnung der Ehe für Partner desselben Geschlechts oder für Paare, bei denen mindestens einer der Partner weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehört, sogar verlangt.

Teilweise wird auch vertreten, dass zur Öffnung des Instituts der Ehe infolge der Rspr. des BVerfG⁸³ jedenfalls eine Änderung des Art. 6 I GG erforderlich wäre.⁸⁴ Auch dem ist nicht zuzustimmen.⁸⁵ Denn – wie aufgezeigt – handelt es sich bei Art. 6 I GG um ein gestaltungsoffenes Grundrecht, das auch unter Berücksichtigung der „unveränderlichen Strukturprinzipien“ der Ehe den Begriff der Ehe nicht auf die Verschiedengeschlechtlichkeit beschränkt, sondern der (einfachgesetzlichen) Ausgestaltung überlässt. Die Gestaltungsoffenheit des Art. 6 I GG lässt gleichgeschlechtliche Ehen mithin zu. Zur europarechtlichen und konventionsrechtlichen Seite vgl. Rn 30 ff.

20g

Schließlich stellt sich die Frage nach der rechtlichen Behandlung bereits bestehender Lebenspartnerschaften nach dem LPartG. Der Gesetzgeber hat mit der Einfügung eines § 20a in das LPartG die Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe vorgesehen, jedoch nur dann, wenn beide Lebenspartner vor dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Ehe führen zu wollen (§ 20a I S. 1 LPartG). Die Lebenspartner haben demnach also die Wahl, ob sie es bei ihrer eingetragenen Lebenspartnerschaft belassen oder diese in eine Ehe umwandeln wollen. Die Umwandlung erfolgt nach Maßgabe der §§ 17, 17a PStG. Eine Neubegründung einer Lebenspartnerschaft nach dem LPartG ist hingegen – wie sich unmittelbar aus Art. 3 III des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts und der mit Änderungsgesetz v. 18.12.2018⁸⁶ herbeigeführten Neufassung des § 1 LPartG ergibt – nicht mehr möglich, da nunmehr die Ehe auch zwischen Men-

20h

⁷⁹ Zur Schwangerschaft vgl. BVerfGE 88, 203, 254 (Schwangerschaftsabbruch II); zur Sterilisation BGH NJW 1995, 2407, 2409.

⁸⁰ Siehe dazu BVerfGE 47, 46, 73 (Sexualkundeunterricht); 49, 286, 287 ff. (Transsexueller); BVerfGE NJW 2011, 909 (Transsexueller); NVwZ 2018, 877, 878 (geschlechtliche Identität - siehe dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, 26. Aufl. 2021, Rn 275/277/283 Bsp 11); BVerwG NJW 2016, 2761 f. (Störung der Geschlechtsidentität); BGH NJW 2016, 1094, 1095 (geschlechtliche Intimität). Siehe auch EuGH NVwZ 2018, 643 ff. (Homosexualitätstests für Asylbewerber mit Art. 7 GRCh unvereinbar).

⁸¹ Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit, mit Blick auf Art. 2 I i.V.m. 1 I GG und Art. 3 III S. 1 GG das „dritte Geschlecht“ vollumfänglich anzuerkennen, vgl. *R. Schmidt*, Grundrechte, 26. Aufl. 2021, Rn 268.

⁸² So etwa von *Ipsen*, NJW 2017, 1096, 1098; *Haydn-Quindeau*, NJOZ 2018, 201, 205 f. – dazu sogleich Rn 20g.

⁸³ BVerfGE 10, 59, 66; 53, 224, 245; 62, 323, 330; 105, 313, 345; 128, 109, 125; 131, 239, 259; 133, 377, 409.

⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 18/4862 v. 8.5.2015, S. 5; *Ipsen*, NJW 2017, 1096, 1098; *Haydn-Quindeau*, NJOZ 2018, 201, 205 f.

⁸⁵ Vgl. bereits *R. Schmidt*, FamR, 4. Aufl. 2015; später auch *Brosius-Gersdorf*, NJW 2015, 3557 ff.

⁸⁶ BGBl I 2018, S. 2639.

schen beliebigen Geschlechts offensteht; das LPartG hat insoweit seinen Zweck verloren und gilt nur noch für Lebenspartner, die ihre Lebenspartnerschaft nicht in eine Ehe umwandeln möchten. Zum LPartG vgl. im Übrigen Rn 443 ff.

- 20i Steht Art. 6 I GG somit der Eheschließung zwischen Menschen desselben Geschlechts nicht entgegen, stellt sich die Frage, ob das auch für die **Mehrehe** gelten kann.

Unter den Begriff der Mehrehe (Polygamie; der Begriff stammt aus dem Altgriechischen und setzt sich zusammen aus „polys“ (viel) und „gamos“ (Ehe)) fallen Lebensmodelle, bei denen die Ehe aus mehr als zwei Personen besteht. Dabei werden zwei Grundmodelle unterschieden: Während eine Polygynie (gyno: die Frau betreffend) vorliegt, wenn ein Mann mit mehreren Frauen verheiratet ist, spricht man umgekehrt von Polyandrie (andro: der Mann) bei einer Ehe zwischen einer Frau und mehreren Männern. Freilich ist die Polygynie die verbreitetere Form; sie kommt hauptsächlich in afrikanischen und asiatischen Kulturkreisen vor und dürfte vornehmlich patriarchisch motiviert sein.

Neben patriarchischen Aspekten spielen aber auch religiöse Aspekte eine Rolle. Nach islamischem Recht darf ein Mann (unter der Voraussetzung der Leistungsfähigkeit) bis zu vier Frauen heiraten, wobei die Polygynie traditionell begründet ist und darauf basiert, dass unverheiratete Frauen einen niedrigeren sozialen (und rechtlichen) Status hatten. Im Judentum ist Polygamie formal verboten, was vereinzelt eine tatsächlich gelebte Polygamie aber nicht verhindert. Der Buddhismus toleriert Polygamie. Im Christentum ist Polygamie nicht vorgesehen.

Insgesamt dürften soziale Sicherung des Familienverbands, Ertragssteigerung des Familienverbands, Versorgung von Frauen (die alleinstehend, d.h. ohne die Mehrehe, kein angemessenes Leben führen können) und das Ansehen des Mannes in der (männlich dominierten) Gesellschaft die Hauptgründe einer Polygynie sein.

- 20j Zwar betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, ein Strukturprinzip der Ehe bestehe in der Einehe.⁸⁷ Letztlich wird man an diese Frage aber ebenso methodisch geordnet, d.h. durch Verfassungsinterpretation unter Heranziehung der anerkannten Auslegungsmethoden herangehen müssen. Sicherlich wäre die Vorstellung der Anerkennung von Mehrehen unter Zugrundelegung der christlich-abendländischen Tradition sowie der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse „befremdlich“. Aber galt dies vor einigen Jahrzehnten nicht auch für die Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Menschen? Anerkennt man mit der hier vertretenen Auffassung die Figur des Verfassungswandels und die Gestaltungs-offenheit des Art. 6 I GG, dürfte es unter Zugrundelegung der sozialen Funktion der ehelichen Gemeinschaft sogar schwerfallen, methodisch einwandfrei die Mehrehe vom Schutz des Art. 6 I GG auszunehmen, spielt sie dem vom BVerfG aufgestellten traditionellen Leitbild von der „idealtypischen Funktion der Ehe“ und der „Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen“, geradezu zu. Fürsorge, Beistandspflicht und Verantwortung sind in einer Mehrehebeziehung ebenso möglich wie in einer „traditionellen“ Ehe. Jedenfalls verstößt nach Auffassung des BVerfG das Bekenntnis zur Mehrehe nicht gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung des Grundgesetzes.⁸⁸ Insoweit besteht zumindest deswegen kein Grund, ihre Anerkennung zu versagen. Freilich „relativiert“ das BVerfG den Eindruck, es „billige“ die Mehrehe, indem es am Ende der Entscheidung formuliert, dass es dem Gesetzgeber freistehe, die Anspruchseinbürgerung bei bestehender Mehrehe auszuschließen, etwa indem er nach dem Vorbild des (inzwischen aufgehobenen) § 9 I Nr. 2 StAG auch für die Anspruchseinbürgerung vom Ausländer eine „Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse“ verlange.⁸⁹ Der Gesetzgeber ist durch Gesetz v. 4.8.2019 dieser „Aufforderung“ bzw. „Freigabe“ ge-

⁸⁷ Siehe etwa BVerfGE 105, 313, 343.

⁸⁸ BVerfG FamRZ 2018, 1624, 1627 f.

⁸⁹ BVerfG FamRZ 2018, 1624, 1628 f.

folgt und hat gem. § 10 I S. 1 a.E. StAG n.F. zur Einbürgerungsvoraussetzung gemacht, dass der Antragsteller die Einordnung in die deutschen Lebensverhältnisse gewährleistet, insbesondere er nicht gleichzeitig mit mehreren Ehegatten verheiratet ist. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine einfachgesetzliche Vorschrift nicht Prüfungsmaßstab sein kann; allein entscheidend ist, inwieweit der verfassungsrechtliche Ehebegriff die Mehrehe erfasst. Diese Frage muss anhand einer Verfassungsinterpretation unter Beachtung der Strukturprinzipien und des Zwecks einer Ehe beantwortet werden. Und hier wird nun die Schwäche der traditionellen Interpretation evident: Stellt man auf die „idealtypische Funktion“ der Ehe ab, d.h. die „Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen“, müsste man eine Mehrehe gerade anerkennen, ist bei ihr die Möglichkeit, Nachkommen zu zeugen und eine Familie zu gründen, sogar noch gesteigert. Auch der Versorgungsgedanke ist (im Vergleich zur Einehe) jedenfalls dann erhöht, wenn sämtliche Ehepartner berufstätig sind. Möchte man daher die Mehrehe ablehnen, muss man andere Argumente bemühen. Zu diesen zählt etwa die Frage nach der Elternschaft bei einer Mehrehe. Sollen die Kinder neben den leiblichen Eltern auch die anderen Ehegatten als Elternteil haben? Was soll bei einer solchen juristischen Elternschaft nach einer etwaigen Scheidung gelten? Und bei welcher Ehegattenzahl will man die Grenze setzen? Verneint man danach das Ehegrundrecht, bleibt immerhin das Familiengrundrecht.⁹⁰ Auch ist nach dem BVerwG die Mehrehe – soweit sie auf Freiwilligkeit beruht – nicht sittenwidrig, verstößt nicht gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung und wird im Rahmen des *ordre public* als im Bundesgebiet wirksam anerkannt (s.o.).⁹¹

Abzulehnen ist jedenfalls der Gesetzesvorschlag Bayerns (BR-Dr. 249/18) „zur Bekämpfung der Mehrehe“. Zu begrüßen ist allein das Ziel, Rechtsklarheit und -sicherheit im Umgang mit Mehrehen zu schaffen. Nach der hier vertretenen Auffassung verfassungswidrig ist aber die vorgeschlagene Regelung (d.h. die Ergänzung des Art. 13 EGBGB um einen neuen Absatz 4), die Mehrehe aufzuheben, sofern die Ehepartner ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Konkret heißt es im Gesetzesvorschlag: „Haben beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, so ist eine nach ausländischem Recht geschlossene Ehe nach deutschem Recht aufzuheben, wenn bei der Eheschließung zwischen einem der Ehegatten und einer dritten Person bereits eine Ehe oder Lebenspartnerschaft bestand.“ Die Verfassungswidrigkeit knüpft an den Umstand, dass ein Familienverbund auseinandergerissen würde mit unverhältnismäßigen Folgen für vorhandene Kinder, was eine Verletzung mehrerer Grundrechte impliziert (insb. Art. 6 I GG, aber auch Art. 2 I i.V.m. 1 I GG). Auch die von der Nichtigkeitserklärung betroffenen Ehepartner (insb. Frauen) würden in nicht zu rechtfertigender Weise um ihre Ehegattenrechte (und ihre Gleichheitsrechte) gebracht.

20k

Infolge des Kriteriums „grundsätzlich auf Dauer angelegt“ sind **geschiedene Ehen** nicht vom Schutzbereich des Art. 6 I GG erfasst.⁹² Allerdings entfaltet das Grundrecht aufgrund seiner objektiv-rechtlichen Funktion Nachwirkungen, die sich insbesondere im Zugewinn- und Versorgungsausgleich sowie im nahehelichen Unterhalt konkretisieren (dazu Rn 289 ff.).

21

Ob es mit dem Ziel der „gemeinsamen Lebensgestaltung“ vereinbar ist, wenn eine Ehe nur **zum Schein geschlossen** wird, darf bezweifelt werden. Das betrifft insbesondere den Fall, dass eine Ehe (womöglich gegen Entgelt) nur zur Erlangung der deutschen Staatsangehörigkeit oder zur Verhinderung einer Abschiebung geschlossen wird (sog. **Aufenthaltshehe**).

22

⁹⁰ BVerwG FamRZ 2018, 1624, 1627 f.

⁹¹ BVerwG FamRZ 2018, 1624, 1627 f.

⁹² BVerwGE 15, 306, 316.

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

- 23 Die Rechtsprechung verneint den Schutz des Art. 6 I GG mit dem Argument des Gestaltungsmissbrauchs. Eheschließungen, die ausschließlich dem Zweck der Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis durch einen der Ehepartner dienen, hätten nicht das Ziel der gemeinsamen Lebensgestaltung. Deshalb genossen sie nicht den Schutz des Art. 6 I GG.⁹³ Gleiches gelte für zwar formell rechtmäßige, aber nur wegen der Weitergabe des Namens geschlossene Ehen (sog. **Namensehen**).⁹⁴ Diese Rechtsprechung ist nicht ganz unproblematisch. Denn sie nivelliert die rechtsgestaltende Wirkung der standesamtlichen Eheschließung, die erst mit der richterlichen Entscheidung aufgehoben wird (§ 1313 BGB). Bis auf die Fälle, in denen der Rechtsmissbrauch evident ist, sollten daher auch Aufenthalts- und Namensehen dem Schutz des Art. 6 I GG unterstellt werden, und zwar so lange, bis die Ehe gem. §§ 1314 II Nr. 5, 1315 ff. BGB aufgehoben ist.⁹⁵

Zum obigen **Beispiel:** Nach der Rechtsprechung stünde Art. 6 I GG der Abschiebung des S von vornherein nicht entgegen. Aber auch nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich nichts anderes, weil der Missbrauch von S und F offensichtlich ist.

- 24 Nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich geschützt sind aber sog. **hinkende Ehen**. Darunter sind Ehen zu verstehen, die zwar nach dem Recht des Staates, in dem sie geschlossen wurden, wirksam sind, nicht aber nach dem Recht des Staates, in dem es um die Anerkennung der Ehe geht.⁹⁶

Beispiel⁹⁷: Der US-Amerikaner A (Soldat in den amerikanischen Streitkräften) und die Deutsche D wurden vor 20 Jahren, als A auf einer Militärbasis in Deutschland stationiert war, von einem amerikanischen Militärpfarrer getraut. Zunächst lebten sie noch 2 Jahre in Deutschland, dann verlegten sie ihren Wohnsitz kurzzeitig in die USA, zogen dann aber wieder nach Deutschland, wo A eine berufliche Tätigkeit in einem deutschen Unternehmen aufnahm. Das gesamte soziale Umfeld in Deutschland ging von einer wirksamen Ehe aus. Nachdem A Anfang 2022 gestorben war und D Hinterbliebenenrente beantragt hatte, versagte die zuständige Versicherungsanstalt ihr diese mit dem Argument der Ungültigkeit der Ehe, da in Deutschland eine Ehe nur von einem Standesbeamten geschlossen werden könne. ⇒ Rn 25 und 30c.

- 25 Ist die hinkende Ehe in ihrer tatsächlichen Wahrnehmung mit der Ehe i.S.d. Art. 6 I GG funktional vergleichbar, bezieht das BVerfG sie in den Schutzbereich des Art. 6 I GG mit ein.⁹⁸ Funktional mit der nach deutschem Recht geschlossenen Ehe vergleichbar sei eine hinkende Ehe, wenn die Verbindung zwischen den Partnern als lebenslange personale Gemeinschaft beabsichtigt sei und nach ihrer Ausgestaltung einer echten Lebensgemeinschaft entspreche.⁹⁹ Ergänzend wird man anführen müssen, dass das

⁹³ Die materielle Beweislast dafür, dass tatsächlich eine eheliche Lebensgemeinschaft angestrebt wird, liegt in Fällen des Familiennachzugs bei den Ehegatten (BVerfG NVwZ 2010, 1367). Falsche Angaben gegenüber der Ausländerbehörde zur ehelichen Lebensgemeinschaft sind gem. § 95 II Nr. 2 AufenthG strafbar. Im Unterschied zur Beweislast bei Erteilung eines Aufenthaltstitels muss die Straftat aufgrund des verfassungsrechtlichen Unschuldsprinzips selbstverständlich von der Strafverfolgungsbehörde bzw. von dem Strafgericht nachgewiesen werden.

⁹⁴ BVerwGE 65, 174, 180.

⁹⁵ Zur Aufhebbarkeit von Scheinehen vgl. Rn 78 ff.

⁹⁶ Vgl. BVerwGE 123, 18, 20; OLG Frankfurt FamRZ 2014, 1106; *Siede*, in: Grüneberg, § 1310 Rn 10.

⁹⁷ In Anlehnung an BVerfGE 62, 323, 329 f. (Trauung vor britischem Militärgeistlichen); dargestellt auch bei *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn 714.

⁹⁸ BVerfGE 62, 323, 329 f. Vgl. auch BVerwGE 123, 18, 20.

⁹⁹ BVerfGE 62, 323, 331; OVG Lüneburg NVwZ 2005, 1739, 1740; a.A. BVerwGE 71, 228, 231. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGH NJW 2016, 2953 f., der es einem deutschen gleichgeschlechtlichen Paar, das in den Niederlanden die Ehe geschlossen hatte, verwehrte, in Deutschland personenstandsrechtlich den gemeinsamen Namen als Ehenamen zu führen. Eine im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe sei im deutschen Recht als eingetragene Lebenspartner-

BVerfG die hinkende Ehe wohl nur dann anerkennen würde, wenn sie mit den (übrigen) „unveränderlichen Strukturprinzipien“ in Einklang steht.

Demzufolge hatte D Anspruch auf Rente. Etwas anderes hätte nur dann gegolten, wenn die Ehe nach beiden Rechtskreisen unwirksam gewesen wäre. Auch Mehrehen unterliegen einer anderen Bewertung (dazu sogleich Rn 26).

Zu beachten ist aber, dass sich die Entscheidung des BVerfG auf den öffentlich-rechtlichen Status bezog. Möglicherweise gilt zivilrechtlich (konkret: in Bezug auf das Scheidungsfolgenrecht) etwas anderes, weil in Deutschland gem. § 1310 I S. 1 BGB eine Ehe nur vor einem Standesbeamten geschlossen werden kann. Wird die Ehe nicht vor einem Standesbeamten gem. § 1310 I S. 1 BGB (oder einem „Scheinstandesbeamten“ gem. § 1310 II BGB) geschlossen und liegt auch kein Heilungstatbestand nach § 1310 III BGB vor, ist sie unwirksam (sog. Nichtehe – siehe dazu Rn 54). Eine Nichtehe kann folgerichtig auch nicht geschieden werden und es kann kein Scheidungsfolgenrecht greifen. Möglicherweise gilt aber etwas anderes, wenn man den Auslandsbezug berücksichtigt und entweder die Verordnung (EU) 1259/2010 (sog. Rom-III-Verordnung) oder zumindest Art. 13 ff. EGBGB („Internationales Familienrecht“) anwendet. Vgl. dazu Rn 30b/30c.

Weiterhin sind nach h.M. im deutschen Rechtskreis nur **Einehen** als Ehen zu verstehen (Rn 6, 19 und kritisch Rn 20i ff.). **Mehrehen** (die rechtsgültig im Ausland geschlossen wurden) können nach h.M. aber unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Familie unter Art. 6 I GG fallen.¹⁰⁰ Zu den sog. **Versorgungsehen** vgl. Rn 81a.

Das **geschützte Verhalten** beginnt bei der Eheschließung¹⁰¹ und umfasst das eheliche Zusammenleben¹⁰² einschließlich der Familienplanung und der Wahl des Wohnsitzes der ehelichen Gemeinschaft bzw. der Familie. Auch die Entscheidung über die Beendigung der Ehe (Scheidung) ist geschützt. Da das eheliche Pflichtenverhältnis mit der Scheidung zwar verändert, aber nicht beendet wird, sind nach der Rechtsprechung des BVerfG schließlich auch die Folgewirkungen einer Ehe, etwa Unterhaltsansprüche, durch Art. 6 I GG geschützt.¹⁰³

Das geschützte Verhalten beginnt mit der Wahl des Ehepartners und des Zeitpunkts der Eheschließung (Eheentschließungsfreiheit) und umfasst das eheliche Zusammenleben.¹⁰⁴ Auch die Entscheidung, ob die Partner einen gemeinsamen Familiennamen haben wollen und wie die Kinder heißen sollen, ist geschützt.¹⁰⁵ Ebenso obliegt den Ehepartnern die freie Bestimmung des Güterrechts und der finanziellen Beziehung untereinander. Das schließt die Freiheit ein, einen auf Gleichberechtigung basierenden **Ehevertrag** zu schließen¹⁰⁶, den gemeinsamen Wohnort zu wählen¹⁰⁷ und die Aufgaben in der Gemeinschaft zu verteilen^{108,109}. Lediglich bei Unbilligkeiten (etwa wenn der Ehevertrag einen Ehepartner extrem benachteiligt oder die einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt) räumen die Familiengerichte unter ausdrücklicher Billigung des BVerfG¹¹⁰ für sich das Recht ein, korrigierend einzugreifen.¹¹¹

schaft zu behandeln. Daher sei es auch nur möglich, einen Lebenspartnerschaftsnamen (und keinen Ehenamen) zu führen. Zum Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft vgl. unten Rn 443 ff.

¹⁰⁰ BVerwGE 71, 228, 231 f. Siehe auch FamRZ 2018, 1624, 1625 ff.

¹⁰¹ Wegen BVerfGE 126, 400, 415 ff.: auch die Eingehung der eingetragenen Lebenspartnerschaft.

¹⁰² Vgl. BVerwGE 110, 99, 105 und die Grundsatzentscheidung BVerfGE 105, 1, 11 ff.

¹⁰³ BVerfGE 53, 224, 250; 53, 257, 297; 66, 84, 93. Vgl. auch *Coester-Waltjen*, Jura 2009, 105, 107.

¹⁰⁴ Vgl. BVerwGE 110, 99, 105 und die Grundsatzentscheidung BVerfGE 105, 1, 11 ff.

¹⁰⁵ BVerfGE 104, 373, 385.

¹⁰⁶ Vgl. dazu BVerfGE 103, 89, 101; BGH NJW 2004, 930 ff.; NJW 2004, 3491 ff.

¹⁰⁷ BVerfG NJW 2005, 3556, 3557.

¹⁰⁸ BVerfGE 105, 1, 11.

¹⁰⁹ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn 694.

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 103, 89, 101 ff.

¹¹¹ BGH NJW 2004, 930 ff.; fortgeführt von BGH NJW 2004, 3431 ff.; NJW 2005, 142 f.; NJW 2005, 1370 ff.; OLG Hamm NJW 2006, 753 ff.

- 28a Schließlich verbietet die Schutzpflicht aus Art. 6 I GG dem Gesetzgeber auch, Ehe und Familie durch Rechtssätze zu schädigen oder zu beeinträchtigen. Dieses Verbot spielt eine wesentliche Rolle auf dem Gebiet des Steuer-¹¹² und Sozialrechts¹¹³. Umgekehrt begründet Art. 6 I GG keine Benachteiligungspflicht gegenüber anderen Formen der Lebensgemeinschaft, sodass z.B. § 563 II S. 4 BGB, der auch den nichtehelichen Lebenspartner erfasst¹¹⁴, nicht zu beanstanden ist.

2. Begriff der Familie

- 29 Wie bereits ausgeführt, umfasst Art. 6 I GG nicht nur den Schutz der Ehe, sondern auch den der **Familie**. Das Familiengrundrecht ist weit zu verstehen und erstreckt sich auch auf sozial-familiäre Gemeinschaften. Insbesondere ist diese Grundrechtsbestimmung vom formalen Ehe- und Elternstatus unabhängig.¹¹⁵ Geschützt sind also auch Familiengemeinschaften im weiteren Sinne, die als soziale Familien von einer Ehe (bzw. Lebenspartnerschaft nach dem LPartG) und einer rechtlichen Elternschaft unabhängig sind.¹¹⁶ Nichteheliche Lebensgemeinschaften mit daraus hervorgegangenen oder in die Gemeinschaft eingebrachten oder adoptierten Kindern genießen also ebenfalls den Schutz aus Art. 6 I GG¹¹⁷ Auch Mehrehen sind geschützt.¹¹⁸ Eingeschlossen sind schließlich familiäre Bindungen zwischen (sonstigen) nahen Verwandten, insbesondere zwischen Großeltern und ihren Enkelkindern.¹¹⁹ Diese Ausweitung des Schutzbereichs übt Einfluss etwa auf die Frage aus, ob nahe Verwandte das Recht haben, bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers in Betracht gezogen zu werden. Das BVerfG bejaht dies nicht nur, sondern geht sogar so weit, dass es den nahen Verwandten bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers den Vorrang gegenüber dritten Personen einräumt, sofern nicht im Einzelfall konkrete Erkenntnisse darüber vorliegen, dass dem Wohl des Kindes durch die Auswahl einer nicht verwandten Person besser gedient ist.¹²⁰ Voraussetzung ist nur, dass eine tatsächliche enge familiäre Bindung besteht (s.o.).

Beispiel¹²¹: M gab ihre Tochter T nach der Geburt in die Obhut ihrer Mutter G. Zwei Jahre später zog sie zu ihrer Mutter und ihrer Tochter und lebte bei diesen ca. 8 Jahre lang. Im 7. Jahr ihres Wohnaufenthalts bei G gebar M ihr zweites Kind, den S. T blieb nach dem Auszug der M aus dem gemeinsamen Haushalt auf eigenen Wunsch bei ihrer Großmutter, wohingegen S mit seiner Mutter auszog. G hielt das Verhalten der M für Kindeswohlgefährdend und wandte sich an das Jugendamt. Dieses brachte S – mit Zustimmung der M – zunächst bei einer Pflegefamilie unter. Wenig später setzte das Familiengericht zunächst das Jugendamt als Vormund für beide Kinder ein. G beantragte daraufhin, ihr die Vormundschaft für beide Kinder zu übertragen. Hinsichtlich des S sprachen sich sowohl der gerichtliche Sachverständige als auch M für einen Verbleib des S bei der Pflegefamilie aus. Kurze Zeit später entzog das Familiengericht der M das Sorgerecht für beide Kinder. Es bestellte G gem. § 1779 BGB zum Vormund für T. Für S

¹¹² BVerfGE 61, 319, 355; 69, 188, 205.

¹¹³ BVerfGE 28, 324, 346; 67, 186, 195.

¹¹⁴ Weidenkaff, in: Grüneberg, § 563 Rn 10.

¹¹⁵ BVerfG NJW 2019, 1793, 1794 mit Verweis auf BVerfGE 133, 59, 81 f.

¹¹⁶ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 mit Verweis auf BVerfGE 68, 176, 187; 79, 51, 59; 80, 81, 90; 99, 216, 231 f.; 108, 82, 107, 116; 133, 59, 82 f.

¹¹⁷ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 mit Verweis auf BVerfGE 10, 59, 66; 18, 97, 105 f.; 45, 104, 123; 79, 256, 267; 108, 82, 112.

¹¹⁸ Siehe Rn 20j.

¹¹⁹ Auf diesen weiten Familienbegriff stellt das BVerfG nunmehr (NJW 2014, 2853, 2854 f.) explizit ab und erteilt damit seiner früheren Rechtsprechung, in der das Gericht den Begriff auf das Eltern-Kind-Verhältnis beschränkte (enger Familienbegriff, vgl. BVerfGE 48, 327, 339), eine klare Absage (dazu näher R. Schmidt, FamR, 10. Aufl. 2018, Rn 29 ff.).

¹²⁰ BVerfG NJW 2014, 2853, 2854 f.

¹²¹ Nach BVerfG NJW 2014, 2853 (vereinfacht und gekürzt).

bestellte es hingegen mit Verweis auf das Kindeswohl das Jugendamt zum Vormund. G sieht sich dadurch in ihren Rechten aus Art. 6 I GG und Art. 8 I EMRK verletzt.¹²²

Das BVerfG erläuterte zunächst allgemein den Schutzgehalt des Art. 6 I GG. Diese Verfassungsnorm schütze die Familie als tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern. Sie zielen generell auf den Schutz spezifisch familiärer Bindungen¹²³, wie sie auch zwischen erwachsenen Familienmitgliedern und auch – wenn gleich regelmäßig weniger ausgeprägt – über mehrere Generationen hinweg zwischen den Mitgliedern einer Großfamilie bestehen könnten. Intensive Familienbindungen träten nicht nur im Verhältnis zwischen heranwachsenden Kindern und Eltern auf, sondern seien auch zwischen Mitgliedern der Generationen-Großfamilie möglich. Besondere Zuneigung und Nähe, familiäre Verantwortlichkeit füreinander, Rücksichtnahme- und Beistandsbereitschaft könnten insbesondere im Verhältnis zwischen Enkeln und Großeltern, aber auch zwischen nahen Verwandten in der Seitenlinie zum Tragen kommen. Beständen zwischen nahen Verwandten tatsächlich von familiärer Verbundenheit geprägte engere Bindungen, seien diese vom Schutz des Art. 6 I GG erfasst.¹²⁴ Soweit aus BVerfGE 48, 327, 339 etwas anderes gefolgert werden mag, halte der Senat daran nicht fest. Es spreche nichts dafür, dass Art. 6 I GG die Beziehungen zwischen Großeltern und Enkelkind aus dem Schutz der Familie ausnehmen wolle. Vielmehr deute der Wortlaut des Art. 6 III GG, der ausdrücklich vor der Trennung des Kindes von der „Familie“ schütze, darauf hin, dass der Verfassungsgeber unter Familie mehr verstanden habe als die Gemeinschaft des Kindes mit seinen Eltern. Einer abnehmenden verwandtschaftlichen Nähe der Familienmitglieder zueinander sei bei der Bestimmung der Schutzintensität und der Konkretisierung der Schutzinhalte des Art. 6 I GG Rechnung zu tragen.¹²⁵

Umfasst damit der Schutz des Art. 6 I GG auch die Großfamilie und greift im Verhältnis Großeltern-Enkelkinder, ist nunmehr die Reichweite des Schutzes zu bestimmen.

Das BVerfG führt dazu aus, dass der grundrechtliche Schutz familiärer Beziehungen zwischen nahen Verwandten jenseits des Eltern-Kind-Verhältnisses deren Recht umfasse, bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers berücksichtigt zu werden. Großeltern und sonstigen nahen Verwandten komme (wegen Art. 6 I GG) bei der Auswahl des Vormunds oder Ergänzungspflegers sogar der Vorrang gegenüber dritten Personen zu, sofern nicht im Einzelfall konkrete Erkenntnisse darüber beständen, dass dem Wohl des Kindes durch die Auswahl einer dritten Person besser gedient sei.¹²⁶ Das BVerfG macht diesbezüglich aber deutlich, dass Voraussetzung für eine solche vorrangige Berücksichtigung das tatsächliche Bestehen einer engeren familiären Bindung zum Kind sei. Daran fehle es im vorliegenden Fall im Verhältnis zu S. Daher sei die Entscheidung des Familiengerichts rechtlich nicht zu beanstanden.

Bewertung: Auch wenn G mit ihrer Rechtsauffassung im Ergebnis nicht durchdrang, so hat sie doch den Grundstein für eine überaus wichtige und in ihren Folgen sehr weitreichende bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung gelegt. Denn das BVerfG hat den Fall zum Anlass genommen, den Begriff der Familie und die Reichweite des Schutzes aus Art. 6 I GG neu zu bestimmen bzw. zu erweitern. Der Schutz aus Art. 6 I GG erstreckt sich (nunmehr) auf den mehrere Generationen umfassenden Familienverband und auf enge Verwandte in der Seitenlinie wie Geschwister, Onkel und Tante. Voraussetzung ist

¹²² Im Originalfall prüfte das BVerfG zwar auch das Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG, kam jedoch zutreffend zu der Annahme, dass das Elternrecht keinen eigenen grundrechtlichen Schutz der subjektiven Interessen der Großeltern begründet (BVerfG NJW 2014, 2853, 2854).

¹²³ BVerfG NJW 2014, 2853, 2854 mit Verweis auf BVerfGE 133, 59, 82 f.

¹²⁴ BVerfG NJW 2014, 2853, 2854 mit Verweis auf *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 6 Rn 10; *Kingreen*, Jura 1997, 401, 402; *Pirson*, in: *Bonner Kommentar*, Bd. 2, 1976, Art. 6 Abs. 1 Rn 21; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Abs. 1 Rn 88; *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn 14; ebenso EGMR NJW 1979, 2449 zum Schutz des „Familienlebens“ i.S.d. Art. 8 EMRK; a.A. *Burgi*, in: *Friauf/Höfling*, GG, Bd. 1, 2002, Art. 6 Rn 20; v. *Coelln*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 6 Rn 17.

¹²⁵ BVerfG NJW 2014, 2853, 2854 mit Verweis auf *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Abs. 1 Rn 89; *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn 14; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn 112.

¹²⁶ BVerfG NJW 2014, 2853, 2855.

nur, dass eine tatsächliche enge familiäre Bindung besteht. Zugleich ist eine Annäherung zur vom EGMR vorgenommenen weiten Auslegung des Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens – dazu sogleich) deutlich zu erkennen. Welche „Fernwirkung“ das Urteil entfalten wird, etwa auf den Gebieten des Adoptionsrechts oder des Erbschaftsteuerrechts, ist derzeit noch nicht absehbar.

- 29a** Da es sich bei Art 6 I GG um ein Grundrecht mit Ausgestaltungs- und Regelungsvorbehalt handelt, stellen ausgestaltende und regelnde Bestimmungen, die den Ausgestaltungs- bzw. Regelungsspielraum nicht überschreiten, zwar keine Grundrechtseingriffe dar, jedoch müssen sie selbstverständlich mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sein. Der Unterschied zu „echten“ Grundrechtseingriffen besteht v.a. darin, dass das Zitiergebot nicht gilt und geringere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen sind, da das Grundgesetz dem Gesetzgeber ja gerade einen Ausgestaltungs-, Regelungs- und Konkretisierungsauftrag erteilt. Das ist auch bei Art. 6 I und II GG der Fall. Gesetzliche Ausgestaltungen, Regelungen und Konkretisierungen, die die Definition von Ehe, Familie und Elternschaft nicht verlassen, stellen sich nicht als Grundrechtseingriffe dar.

Beispiele für definierende Regelungen¹²⁷: **(1)** § 1591 BGB bestimmt, dass Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat. Damit hat sich der Gesetzgeber in Ausübung seiner Ausgestaltungsfreiheit für die gebärende Frau als rechtliche Mutter entschieden. Daher sind z.B. Eizellspenderinnen nicht Trägerinnen des Elternrechts aus Art. 6 II GG, obwohl sie genetische Mütter sind.¹²⁸ **(2)** § 1353 I S. 2 BGB verpflichtet die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft und zu gegenseitigen Verantwortung.¹²⁹ **(3)** Nach § 1357 I BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung für und gegen den anderen Ehegatten zu besorgen.¹³⁰ **(4)** Auch die Regelungen über das Scheidungsrecht (§§ 1564 ff. BGB) definieren das Gebilde Ehe. Auch das Gegenbeispiel bei Rn 29b beschreibt eine den Familienbegriff ausgestaltende Regelung.

- 29b** Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG liegt ein Eingriff in Art. 6 I GG bzw. Art. 6 II GG jedoch dann vor, wenn eine betreffende Regelung die zulässige Definitionsbreite verlässt, die Ehe, Familie oder Elternschaft beeinträchtigt und erst recht, wenn sie mit der Institutsgarantie oder (sonstigen) Strukturprinzipien des Art. 6 I und II GG kollidiert.¹³¹

Beispiele für schutzbereichsbeeinträchtigende und als Eingriffe anzusehende Regelungen: **(1)** § 1303 BGB knüpft die Ehemündigkeit an die Volljährigkeit. Dies stellt für Minderjährige eine so hohe Grundrechtsrelevanz dar, dass § 1303 BGB nicht mehr als definierende Regelung angesehen werden kann. Die Versagung der Möglichkeit einer „Minderjährigenehe“ ist damit ein Eingriff in die durch Art. 6 I GG geschützte Eheschließungsfreiheit.¹³² **(2)** Das gesetzliche Verbot der Leih- bzw. Ersatzmutterchaft stellt für die Betroffenen eine so hohe Grundrechtsrelevanz dar, dass die Tatbestände des § 1 I Nr. 1, 6 und 7 ESchG nicht mehr als definierende Regelungen angesehen werden können; es liegt ein Eingriff in Art. 6 I GG vor.¹³³

Gegenbeispiel: Die gesetzliche Regelung in § 1754 I, II BGB und § 1755 I S. 1, II BGB a.F., wonach ein Kind von seinem mit einem rechtlichen Elternteil in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebenden „faktischen“ Stiefelternteil unter keinen Umständen adoptiert

¹²⁷ Vgl. zu Beispielen 2-4 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn 725.

¹²⁸ Siehe dazu im Einzelnen unten Rn 462.

¹²⁹ Siehe dazu im Einzelnen unten Rn 92.

¹³⁰ Siehe dazu im Einzelnen unten Rn 130 ff.

¹³¹ BVerfGE 6, 55, 76; 55, 114, 126 f.; 81, 1, 6. Vgl. auch BVerfGE 105, 313, 342 ff.

¹³² Siehe dazu näher unten Rn 61.

¹³³ Siehe dazu näher unten Rn 462 ff.

werden konnte, ohne dass die verwandtschaftliche Beziehung zum rechtlichen Elternteil erlosch, stellte nach Auffassung des BVerfG keinen Eingriff in das Familiengrundrecht aus Art. 6 I GG dar, sondern sei von der Befugnis des Gesetzgebers zur rechtlichen Ausgestaltung der Familie gedeckt.¹³⁴ Es liege aber ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vor, weil die Regelungen in § 1754 I, II BGB und § 1755 I S. 1, II BGB (a.F.) Kinder in nichtehelichen Stiefkindfamilien gegenüber Kindern in ehelichen Stiefkindfamilien ohne ausreichenden Grund benachteiligten.¹³⁵ Der Gesetzgeber ist dem nachgekommen und hat eine Neuregelung geschaffen.¹³⁶ Nach § 1766a I BGB gelten für zwei Personen, die in einer verfestigten Lebensgemeinschaft in einem gemeinsamen Haushalt leben, die Vorschriften über die Annahme eines Kindes des anderen Ehegatten entsprechend. Eine Definition der „verfestigten Lebensgemeinschaft“ enthält § 1766a II S. 1 BGB: Diese liegt i.d.R. vor, wenn die Personen seit mindestens vier Jahren oder als Eltern eines gemeinschaftlichen Kindes mit diesem eheähnlich zusammenleben. Sie liegt gem. § 1766a II S. 2 BGB i.d.R. nicht vor, wenn ein Partner mit einem Dritten verheiratet ist. Eine Sonderregelung bezüglich eines Adoptivwilligen, der mit einem Dritten verheiratet ist, enthält § 1766a III BGB. Siehe dazu insgesamt Rn 599f.

E. Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

Aus völkerrechtlicher Sicht wirkt v.a. die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) auf die nationale Rechtsordnung ein. Innerstaatlich kommt diesem völkerrechtlichen Vertrag kraft gesetzlicher Übernahme („Rechtsanwendungsbefehl“) gem. Art. 59 II S. 1 GG formal zwar nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu¹³⁷, allerdings ist es ständige Rechtsprechung des BVerfG, dass aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 1 II GG)¹³⁸ sowie der völkervertraglichen Bindung, die die Bundesrepublik mit der Unterzeichnung der EMRK eingegangen ist, Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK sowohl bei der Anwendung von einfachem Recht als auch bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind¹³⁹.

30

In Bezug auf das Familienrecht sind Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Art. 12 EMRK (Recht auf Eheschließung und Familiengründung) jeweils i.V.m. Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) einschlägig, wobei der gem. Art. 32 ff. EMRK für die Überprüfung von Verletzungen der EMRK durch die Unterzeichnerstaaten zuständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) betont, dass dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung seiner Urteile ein weiter Beurteilungsspielraum zustehe.¹⁴⁰ Andererseits kann der EGMR durch seine zahlreichen Entscheidungen als Wegbereiter für die Schaffung eines modernen Familienrechts in den Unterzeichnerstaaten angesehen werden, das weniger am traditionellen Verständnis von Ehe und Familie verharret, sondern vielmehr an Antidiskriminierung und rechtliche Ausgestaltung der sozial-familiären Lebenswirklichkeit anknüpft. In Bezug auf Deutschland sind insbesondere folgende aktuelle Entscheidungen von besonderer Bedeutung:

30a

¹³⁴ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795.

¹³⁵ BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 ff.

¹³⁶ Siehe BGBl I 2020, S. 541.

¹³⁷ Vgl. zu diesem Rangverhältnis BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; BVerfG NJW 2016, 1295, 1297; BVerfG 4.5.2015 - 2 BvR 2169/13; BVerfGE 128, 326, 367; 111, 307, 317; 82, 106, 120; 74, 358, 370; BGH NJW 2016, 91, 95. Vgl. auch *Sachs*, FS Klein 2013, 321, 325; *Masing*, JZ 2015, 477 ff.

¹³⁸ Vgl. dazu BVerfGE 111, 307, 316 f. (Görgülü).

¹³⁹ Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2019, 1793, 1795 (Stiefkindadoption); BVerfG NJW 2017, 611, 627 ff. (NPD-Parteiverbotsverfahren); BVerfG NJW 2017, 217, 218 (Atomausstieg); BVerfG NJW 2017, 53, 58 f. (ärztliche Zwangsmaßnahmen); NVwZ 2016, 1079 f.; NJW 2016, 1295, 1299 f.; BVerfGE 128, 326, 366 ff.; 123, 257, 344 ff.; 113, 273, 296; 112, 1, 26; 111, 307, 317; 92, 26, 48; 83, 119, 128; 74, 358, 370. Vgl. auch BAG NJW 2016, 1034, 1035. Zur Geltung der EMRK im innerstaatlichen Bereich und zu deren Rang vgl. insgesamt *R. Schmidt*, Grundrechte, 26. Aufl. 2021, Rn 4b ff.

¹⁴⁰ EGMR DÖV 2012, 526 ff.

- Das Recht der unverheirateten Mutter, das alleinige Sorgerecht auszuüben und den leiblichen Vater gänzlich auszuschließen (§ 1626a II BGB a.F.), verstößt gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 I EMRK (EGMR NJW 2010, 501 ff. – Zaunegger/Deutschland) und führte zu einer Gesetzesänderung (dazu Rn 503 ff.).
- Die Nichtgewährung des Rechts des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters, gegen den Willen der Mutter Umgang mit dem Kind zu pflegen und Auskunft über dessen persönliche Verhältnisse zu verlangen, verstößt gegen Art. 8 I EMRK (EGMR NJW 2011, 3565, 3566 f. – Anayo/Deutschland; EGMR NJW 2012, 2781, 2782 – Schneider/Deutschland), was zur Einführung des § 1686a BGB führte (dazu Rn 567a).
- Andererseits verstößt es nicht stets gegen Art. 8 I EMRK, wenn die nationale Rechtsordnung Klagen mutmaßlicher biologischer (d.h. genetischer) Väter, die auf Zuerkennung der Vaterschaft gerichtet sind, abweist, um den bestehenden Familienverband zu schützen (EGMR DÖV 2012, 526 – Ahrens/Deutschland; EGMR NJW 2013, 1937 – Kautzor/Deutschland), dazu Rn 567a.
- Hinsichtlich der Frage, ob eine nationale Beschränkung der Ehemöglichkeit auf verschiedengeschlechtliche Personen das in Art. 12 EMRK garantierte Recht, eine Ehe einzugehen, verletze, hat der EGMR entschieden, dass Art. 12 EMRK gleichgeschlechtlichen Ehen nicht entgegenstehe. Allerdings bleibe die Entscheidung, ob die gleichgeschlechtliche Ehe gestattet werden solle, „zum gegenwärtigen Zeitpunkt dem Recht der Konventionsstaaten überlassen“¹⁴¹. Damit bewegt sich der EGMR letztlich auf dem Boden der Formulierung in Art. 12 EMRK, wo es heißt: „... nach den innerstaatlichen Gesetzen ...“. Immerhin sieht der EGMR einen Konventionsverstoß, wenn ein Konventionsstaat gleichgeschlechtliche Partnerschaften nicht anerkennt. So hat er Italien zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften aufgefordert. Es verstoße gegen Art. 8 I EMRK, wenn homosexuelle Partnerschaften rechtlich nicht anerkannt werden.¹⁴² Umgekehrt beachtenswert ist ebenso die Auffassung des EGMR, aus der EMRK lasse sich kein Recht auf Scheidung ableiten, da die EMRK ein solches Recht nicht kenne.¹⁴³

F. Ehe und Familie mit Auslandsbezug/EU-Recht

- 30b** Nicht selten kommt es vor, dass Eheleute unterschiedlicher Nationalität sind und/oder während der Dauer ihrer Ehe gemeinsam oder einzeln, ganz oder zeitweise in verschiedenen Staaten wohnen. Insbesondere begünstigt haben dies die EU-Grundfreiheit des freien Personenverkehrs (Art. 21 AEUV), die jedem Unionsbürger das Recht gewährt, sich (mit seiner Familie) im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten, die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV), die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer („Arbeitskräfte“) innerhalb der Union gewährleistet, und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 II, 50 I AEUV), die den freien Aufenthalt, das freie Wohnrecht, die freie Wahl des Studien- und Arbeitsplatzes sowie die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines beliebigen Mitgliedstaats der EU gewährleistet.
- 30c** Dürfen also ein EU-Bürger und seine Familie im gesamten EU-Gebiet von der Aufenthaltsfreiheit Gebrauch machen, wirft dies die Frage auf, ob auch gleichgeschlechtliche Ehepartner von EU-Bürgern daraus ein Daueraufenthaltsrecht ableiten können.

Beispiel¹⁴⁴: R ist rumänischer Staatsbürger. Er lebte einige Zeit in den USA und schloss dort die Ehe mit dem Amerikaner A. Nunmehr beabsichtigten die Eheleute, ihren Lebens-

¹⁴¹ Vgl. EGMR NJW 2011, 1421 ff. – dazu Rn 443.

¹⁴² EGMR 21.7.2015 – 18766/11, 36030/11 – Oliari u.a./Italien.

¹⁴³ EGMR 10.1.2017 – 1955/10 – Babiarz/Polen) – dazu Rn 259a.

¹⁴⁴ Nach EuGH NVwZ 2018, 1545.

mittelpunkt nach Rumänien zu verlegen. Unter Verweis auf die Grundfreiheit des freien Personenverkehrs nach Art. 21 I AEUV und die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, beantragte A den Daueraufenthalt in Rumänien. Die rumänischen Behörden versagten ihm dies jedoch mit der Begründung, dass er in Rumänien nicht als Ehegatte eines Unionsbürgers eingestuft werden könne, weil Rumänien die gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkenne. Das Ehepaar beschritt den Klageweg bis zum rumänischen Verfassungsgerichtshof (Curtea Constituțională). Dieser legte gem. Art. 267 AEUV dem EuGH die Frage vor, ob der unionsrechtliche Ehebegriff an die Verschiedengeschlechtlichkeit anknüpfe und ob die rumänischen Bestimmungen über die Nichtanerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe mit Unionsrecht (un-)vereinbar seien.

Der EuGH hat entschieden, dass der Begriff des **Ehegatten** in der Richtlinie 2004/38/EG **geschlechtsneutral** zu verstehen sei und somit den gleichgeschlechtlichen Ehegatten eines Unionsbürgers einschlieÙe. Allerdings könne der Nicht-EU-Gatte aus dieser Richtlinie kein Aufenthaltsrecht ableiten, da die Richtlinie allein Einreise und Aufenthalt eines EU-Bürgers in einem Mitgliedstaat seiner Wahl regle. Jedoch gewähre Art. 21 I AEUV dem *EU-Bürger* das Recht, seinen dauerhaften Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat seiner Wahl einzunehmen und dabei seinen Ehegatten nachziehen zu lassen bzw. mitzunehmen. Zwar sei dieses Freizügigkeitsrecht nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern stehe unter dem Vorbehalt der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen (siehe Wortlaut Art. 21 I AEUV), diese Beschränkungen und Bedingungen müssten aber auf objektiven Erwägungen des Allgemeinwohls beruhen und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgten Zweck stehen.¹⁴⁵ Da der unionsrechtliche Begriff des Ehegatten nicht an die Verschiedengeschlechtlichkeit anknüpfe, beruhe die Aufenthaltsbeschränkung nicht auf objektiven Erwägungen des Allgemeinwohls und stehe in keinem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgten Zweck, zumal Art. 7 GRC (Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) verstärkend hinzutrete und auch der EGMR¹⁴⁶ die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe fordere. Insgesamt folge daraus die Pflicht, eine gleichgeschlechtliche Ehe zum Zweck der Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts anzuerkennen.¹⁴⁷

(Weitere) das EU-Primärrecht konkretisierende und das Familienrecht betreffende Bestimmungen des Sekundärrechts finden sich bspw. in der VO (EU) 2016/1103, betreffend Fragen des ehelichen Güterstands, der VO (EU) 2016/1104, betreffend Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Lebenspartnerschaften¹⁴⁸, und der VO (EU) 1259/2010 („Rom-III-Verordnung“) betreffend das Scheidungsrecht (bzw. Auflösungsrecht). Das deutsche Durchführungsgesetz¹⁴⁹ zu der VO (EU) 2016/1103 und der VO (EU) 2016/1104 ist am 29.1.2019 in Kraft getreten. Danach ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Ehepartner nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Ein späterer Wohnortwechsel ändert daran nichts. Die genannten Güterrechtsverordnungen gelten in allen EU-Staaten außer Dänemark, Estland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei und Ungarn, da diese Staaten die Geltung der Verordnungen nicht angeordnet haben. Schließlich ist die VO 2019/1111/EU über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen zu nennen, die vollständig ab dem 1.8.2022 gilt (Art. 105 II der VO). Das deutsche Durchführungsgesetz¹⁵⁰ zu der VO tritt vollständig am 1.8.2022 in Kraft.

30d

¹⁴⁵ EuGH NVwZ 2018, 1545, 1548.

¹⁴⁶ EGMR NJOZ 2017, 34 – Oliari u.a./Italien („Keine Ehe oder eingetragene Partnerschaft für Homosexuelle in Italien“).

¹⁴⁷ EuGH NVwZ 2018, 1545, 1548.

¹⁴⁸ Vgl. dazu näher *Rieck/Lettmaier*, NJW 2016, 3755 ff.

¹⁴⁹ Internationales Güterrechtsverfahrensgesetz (BGBl I 2018, S. 2573).

¹⁵⁰ BGBl I 2021, S. 3424.

30e Kommt es zu einer Trennung, Scheidung oder einer Auflösung der Ehe (bzw. Partnerschaft) aus anderen Gründen, beantwortet die Frage nach dem anwendbaren (Scheidungs-)Recht innerhalb der EU¹⁵¹ die Verordnung (EU) 1259/2010 (sog. Rom-III-Verordnung). So dürfen gem. Art. 5 I der VO die Eheleute grundsätzlich selbst (d.h. durch schriftliche Vereinbarung gem. Art. 7 I der VO) das Recht wählen, nach dem ihre Scheidung abgewickelt werden soll. Treffen die Eheleute keine Vereinbarung, gilt gem. Art. 8 a) der VO vorrangig das Recht des Staates, in dem beide Eheleute zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten. Lässt sich dieser nicht ermitteln (etwa, weil die Eheleute bereits getrennt in verschiedenen Staaten leben), greift gem. Art. 8 b) der VO das Recht des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Ist auch danach eine Zuordnung nicht möglich, gilt gem. Art. 8 c) der VO das gemeinsame Heimatrecht zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts. Scheidet eine Zuordnung auch danach aus, greift gem. Art. 8 d) der VO schließlich das Recht des Staates des angerufenen Gerichts.

Beispiel zu a): Die Eheleute M und F (beide italienischer Staatsangehörigkeit) leben seit vielen Jahren in Deutschland. Eine Vereinbarung, welches Recht im Fall einer Scheidung gelten soll, haben sie nicht getroffen. ⇒ Kommt es nun zu einer Scheidung, greift Art. 8 a) der Rom-III-VO: Anwendbar ist deutsches Recht. Gleiches würde übrigens gelten, wenn M und F unterschiedlicher Nationalität wären.

Beispiel zu b): Die Eheleute M und F (beide italienischer Staatsangehörigkeit) lebten viele Jahre in Deutschland. Nachdem sich die Eheleute auseinandergeliebt hatten, kehrte F in ihre alte Heimat nach Rom zurück. Sie möchte sich nunmehr scheiden lassen. Eine Vereinbarung, welches Recht im Fall einer Scheidung gelten soll, haben M und F nicht getroffen. ⇒ Stellt F innerhalb eines Jahres einen Scheidungsantrag vor Gericht, greift Art. 8 b) der Rom-III-VO mit der Folge, dass deutsches Recht greift.

Beispiel zu c): Die Eheleute M und F (beide italienischer Staatsangehörigkeit) lebten viele Jahre in Deutschland. Nachdem sich die Eheleute auseinandergeliebt hatten, kehrte F in ihre alte Heimat nach Rom zurück. Sie möchte sich nunmehr scheiden lassen. Eine Vereinbarung, welches Recht im Fall einer Scheidung gelten soll, haben M und F nicht getroffen. ⇒ Stellt F nach Ablauf eines Jahres einen Scheidungsantrag vor Gericht, greift nicht Art. 8 b) der Rom-III-VO, sondern deren Art. 8 c) mit der Folge, dass das gemeinsame Heimatrecht greift, vorliegend also italienisches Recht. (Anm.: Da es selbstverständlich auch M freisteht, die Ehescheidung zu beantragen, könnte er vor Ablauf des Jahres in Deutschland einen Scheidungsantrag stellen; in diesem Fall würde wegen Art. 8 b) der Rom-III-VO deutsches Recht gelten).

Beispiel zu d): Die Eheleute M (spanische Staatsangehörigkeit) und F (portugiesische Staatsangehörigkeit) lebten viele Jahre in Deutschland. Nachdem sich die Eheleute auseinandergeliebt hatten, kehrte F in ihre alte Heimat nach Lissabon zurück. Sie möchte sich nunmehr scheiden lassen. Eine Vereinbarung, welches Recht im Fall einer Scheidung gelten soll, haben M und F nicht getroffen. ⇒ Stellt F nach Ablauf eines Jahres einen Scheidungsantrag vor Gericht, greifen weder Art. 8 b) noch Art. 8 c) der Rom-III-VO, sondern deren Art. 8 d) mit der Folge, dass das Recht des Staates greift, in dem F den Scheidungsantrag stellt.

30e Ist die Rom-III-VO nicht anwendbar, etwa, weil der sachliche Anwendungsbereich des Art. 1 I der VO nicht greift, eine Bereichsausnahme des Art. 1 II der VO vorliegt oder

¹⁵¹ Zwar werden in den Erwägungsgründen 6 und 8 der VO lediglich 14 EU-Staaten als Teilnehmerstaaten genannt, wegen Erwägungsgrund 12 sowie Art. 4 der VO ist das in der VO bezeichnete Recht aber auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines teilnehmenden Mitgliedstaats ist („universelle Anwendung“).

die Rom-III-VO aus anderen Gründen nicht anwendbar ist¹⁵², gelangen die Regelungen der Art. 13 ff. EGBGB zur Anwendung.

Beispiel: Im Beispiel von Rn 24 verstirbt A nicht, sondern A und D trennen sich und D verlangt von A Trennungsunterhalt gem. § 1361 BGB. Anwaltlich beraten wendet A ein, es habe nie eine wirksame Ehe vorgelegen, weshalb er auch nicht zur Zahlung von Trennungsunterhalt herangezogen werden könne.

Rein national betrachtet, könnte A mit seiner Rechtsauffassung durchdringen, weil in Deutschland gem. § 1310 I S. 1 BGB eine Ehe nur vor einem Standesbeamten geschlossen werden kann. Wird die Ehe nicht vor einem Standesbeamten gem. § 1310 I S. 1 BGB (oder einem „Scheinstandesbeamten“ gem. § 1310 II BGB) geschlossen und liegt auch kein Heilungstatbestand nach § 1310 IV BGB vor, ist sie unwirksam (sog. Nichtehe – siehe dazu Rn 54). Besteht also keine Ehe, können auch keine (nach-)ehelichen Ansprüche geltend gemacht werden.

Jedoch könnte wegen des internationalen Bezugs der Ehe die EU-Verordnung 1259/2010 (sog. Rom III-Verordnung) greifen. Gemäß Art. 5 I der VO dürfen die Eheleute grundsätzlich das Recht wählen, nach dem ihre Scheidung abgewickelt werden soll. Treffen die Eheleute keine Wahl, gilt das in Art. 8 der VO abgestufte System des anwendbaren Rechts (s.o.). Jedoch kommt es vorliegend darauf nicht an, weil gem. Art. 1 II e) der VO vermögensrechtliche Folgen der Ehe und gem. Art. 1 II g) der VO unterhaltsrechtliche Pflichten ausgenommen sind. Vorliegend geht es um Trennungsunterhalt, also um eine unterhaltsrechtliche Angelegenheit. Die Rom-III-VO ist mithin nicht anwendbar.

Wegen des Auslandsbezugs zu beachten sind dann aber Art. 13 ff. EGBGB. Nach Art. 13 II Nr. 1 Var. 2 EGBGB ist deutsches Recht anzuwenden, wenn einer der beiden Verlobten Deutscher ist. Da D Deutsche ist, griff zum Zeitpunkt der Eheschließung also deutsches Recht. Nach Art. 13 IV S. 1 EGBGB kann im Inland eine Ehe allerdings nur in der hier vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Danach hätte also gem. § 1310 I S. 1 BGB die Ehe zwischen A und D unter Mitwirkung eines Standesbeamten geschlossen werden müssen. Ein (amerikanischer) Militärfarrer ist kein Standesbeamter i.S.d. § 1310 I S. 1 BGB. Auch greift § 1310 II BGB nicht, weil ein Pfarrer kein „Scheinstandesbeamter“ (dazu Rn 54) ist.

Jedoch kann gem. Art. 13 IV S. 2 EGBGB eine Ehe auch vor einer von der Regierung des Staates, dem einer der Verlobten angehört, ordnungsgemäß ermächtigten Person in der nach dem Recht dieses Staates vorgeschriebenen Form geschlossen werden. „Ordnungsgemäß ermächtigte Personen“ sind i.d.R. konsularische oder diplomatische Vertreter¹⁵³; aber auch Verwaltungsstellen und Armeegeistliche der in der Bundesrepublik stationierten ausländischen Streitkräfte können ermächtigt sein, sofern nur eine Ermächtigung des Staates vorliegt¹⁵⁴. Demnach ist ein (amerikanischer) Militärfarrer „zu Eheschließungen von Soldaten der amerikanischen Streitkräfte“ nur ermächtigt, wenn eine entsprechende Ermächtigung des US-amerikanischen Staates vorliegt.

Da Art. 13 IV S. 2 EGBGB aber nur greift, wenn *beide* Verlobte nicht Deutsche sind, D aber Deutsche ist, kommt es auf die Frage, ob der amerikanische Militärfarrer „ermächtigt“ war, nicht an. Zwar wendet das BVerfG auf solche hinkenden Ehen den Schutz aus Art. 6 I GG an, jedoch hat der BGH eine Übertragung dieses Schutzes auf das Zivilrecht

¹⁵² So hat der EuGH entschieden, dass die Rom-III-VO nicht das auf Privatscheidungen anwendbare Recht bestimmt. Daher müsse ein EU-Staat (hier: Deutschland) eine „Sharia-Scheidung“ nicht anerkennen, weil die Rom-III-VO nur Ehescheidungen erfasse, die entweder von einem staatlichen Gericht oder von einer öffentlichen Behörde bzw. unter deren Kontrolle ausgesprochen werden. Eine durch einseitige Erklärung eines Ehegatten vor einem geistlichen Gericht bewirkte Ehescheidung falle daher nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Rom-III-Verordnung (EuGH NJW 2018, 447, 448). In einem solchen Fall kommen also die Art. 13 ff. EGBGB zur Anwendung.

¹⁵³ BGHZ 43, 213, 222 f. Vgl. auch Art. 5 lit. f des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen v. 24.4.1963.

¹⁵⁴ BGHZ 43, 213, 222 f.

Einleitung

(bislang) nicht vorgenommen.¹⁵⁵ Daher liegt nach deutschem Recht eine sog. Nichtehe vor. Unterhaltsansprüche stehen der D somit nicht zu.

¹⁵⁵ Vgl. BGHZ 43, 213 ff. Seitdem ist – soweit ersichtlich – keine Entscheidung des BGH ergangen.

2. Kapitel – Das Eherecht

A. Das Verlöbnis, §§ 1297-1302 BGB

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

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

Die Rechtsnatur des Verlobnisses ist nicht ganz klar. Während teilweise von einem gesetzlichen Rechtsverhältnis ausgegangen wird¹⁵⁶, handelt es sich nach zutreffender Auffassung bei dem Verlöbnis um einen gegenseitigen **Vertrag**, bei dem sich zwei Personen ernsthaft versprechen, künftig die Ehe miteinander einzugehen (sog. **Eheversprechen**)¹⁵⁷. Auswirkungen hat dieser Streit, wenn am Verlöbnis ein Minderjähriger beteiligt ist (dazu Rn 35). 33

Da die Ehe nicht mehr an eine Verschiedengeschlechtlichkeit anknüpft, ist auch das Verlöbnis nicht mehr an eine bestimmte Geschlechtskonstellation gebunden. Somit besteht die Möglichkeit des Verlobnisses zwischen

- einem Mann und einer Frau,
- einem Mann und einem Mann,
- einer Frau und einer Frau,
- einem Mann oder einer Frau und einer Person, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehört,
- und zwischen zwei Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehören.

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

Fraglich ist, ob ein wirksames Verlöbnis auch dann vorliegt, wenn das Eheversprechen 34 gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Insbesondere stellt sich die Frage, ob ein Verlöbnis sittenwidrig und damit unwirksam ist (vgl. § 138 BGB), wenn ein Partner **noch verheiratet** bzw. verpartnert oder **bereits anderweitig verlobt** ist. Die Rspr. geht im Grundsatz von der Sittenwidrigkeit und damit von der Unwirksamkeit des Verlobnisses eines Verheirateten aus.¹⁵⁸ Dies gelte auch dann, wenn die Ehe gescheitert ist oder bereits das Scheidungsverfahren läuft.¹⁵⁹ Freilich kann die Anwendung des § 138 BGB für den anderen, redlichen Verlobten nachteilig sein, etwa, wenn er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Verlobnisses Aufwendungen gemacht oder gar seine Arbeitsstelle

¹⁵⁶ *Canaris*, AcP 165 (1965), 1 ff.; *Dethloff*, FamR, § 2 Rn 5 ff.; Dem sich anschließend *Wellenhofer*, FamR, § 4 Rn 4.

¹⁵⁷ BGHZ 28, 375, 377; *Siede*, in: Grüneberg, Einf v § 1297 Rn 1; *Muscheler*, FamR, 228; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, FamR, § 8 Rn 5.

¹⁵⁸ So BGH FamRZ 1984, 386 vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Umstände.

¹⁵⁹ BayObLG FamRZ 1983, 277; OLG Karlsruhe NJW 1988, 3023.

gekündigt hat. Denn ist das Verlöbnis unwirksam, dürften streng genommen auch die Ausgleichsansprüche aus den §§ 1298 ff. BGB nicht greifen, da diese Vorschriften ja gerade ein (wirksames) Verlöbnis voraussetzen. Insoweit ist auch die Auffassung des BGH nicht konsequent, trotz Nichtvorliegens eines wirksamen Verlobnisses zugunsten des redlichen Teils die Vertrauensschutzwirkungen des Verlobnisses eintreten zu lassen, etwa zugunsten der Frau, die nicht weiß, dass sie es mit einem verheirateten Mann zu tun hat.¹⁶⁰ Auch besteht kein Bedürfnis für die systemwidrige Anwendung der §§ 1298 ff. BGB, da das Bereicherungsrecht, aber auch das Deliktsrecht (insbesondere § 826 BGB) hinreichend Schutz gewähren. Immerhin versagt auch die Rechtsprechung den Schutz aus §§ 1298 ff. BGB, wenn beide Partner wussten, dass der eine Teil noch verheiratet war. Richtigerweise kommen in diesem Fall auch keine Deliktsansprüche in Betracht. Das gilt auch dann, wenn z.B. der verheiratete Mann seiner Geliebten die Absicht vorgetäuscht hat, sich demnächst scheiden lassen zu wollen, und die Geliebte sich ihm daraufhin wiederholt geschlechtlich hingegeben hat. Denn auch in diesem Fall ist die Geliebte nun einmal bösgläubig und nicht schutzwürdig; das geltende Recht kennt keinen Schutz des ehewidrigen Verhaltens.¹⁶¹

- 35 Da es sich bei dem Verlöbnis nach zutreffender Auffassung um einen Vertrag handelt, sind auch Vorschriften der **Rechtsgeschäftslehre** anwendbar. So greifen z.B. die Vorschriften der §§ 105, 116-118 und 145 ff. BGB. Denkbar sind auch die Anfechtungsregeln der §§ 119 ff. BGB, etwa wenn der andere Teil das Verlöbnis nur erschleicht. Jedoch stellen die §§ 1298, 1299 BGB, verbunden mit der jederzeitigen Auflösbarkeit des Verlobnisses, abschließende Regeln dar. Anwendbar ist auch das **Minderjährigengrecht**. Unter den Voraussetzungen der §§ 106 ff. BGB kann ein Verlöbnis also auch von einem Minderjährigen eingegangen werden. Dies hat zur Folge, dass ein Minderjähriger unabhängig von seinen gesetzlichen Vertretern kein Verlöbnis eingehen kann (str.). Das Verlöbnis ist vielmehr schwebend unwirksam und bedarf der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Bleibt diese aus, ist das Verlöbnis endgültig unwirksam. Eine Umgehung der Schutzvorschriften der §§ 1298 ff. BGB liegt damit nicht vor, sofern man einzelne Schutzwirkungen des Verlobnisses auch zugunsten des Minderjährigen, der sich ohne Zustimmung der Eltern verlobt hat, (analog) anwendet.
- 36 Das **Stellvertreterrecht** ist von vornherein nicht anwendbar, da es sich bei dem Verlöbnis (wie bei der Heirat) um ein höchstpersönliches Geschäft handelt. Es ist also stets eine **persönliche** Erklärung des Verlobten erforderlich.
- 37 Der Verlobnisvertrag ist – da keine gesetzliche Formvorschrift existiert – **formfrei**. Er kann daher auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden. Dies kann etwa durch Planung der Hochzeit, Traugespräch mit dem Pastor, Druck der Einladungskarten zur Hochzeit etc. geschehen. Freilich ist dadurch die Feststellung, ob, und wenn ja, seit wann ein Verlobnis besteht, erschwert.¹⁶² Geschenke und Ringe können allenfalls Anzeichen eines Verlobnisses sein. Der Wille beider Verlobten, miteinander die Ehe zu schließen, muss jedenfalls nach außen erkennbar in Erscheinung getreten sein. Äußere Umstände wie häufiges Zusammensein, bloßes „Miteinander-Gehen“, Schmieden von gemeinsamen Zukunftsplänen etc. können u.U. auf ein Verlobnis schließen lassen. Die

¹⁶⁰ BGH FamRZ 1969, 474 für den Rückgabeanspruch aus § 1301 BGB.

¹⁶¹ Richtig LG Saarbrücken NJW 1987, 2241 f. und *Pawlowski*, NJW 1983, 2809 f. Abzulehnen OLG Hamm NJW 1983, 1436, das einen Schmerzensgeldanspruch wegen Eingriffs in die Entschließungsfreiheit und damit in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der getäuschten Frau gewährte.

¹⁶² Das ist v.a. im Rahmen des strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts von Bedeutung, denn wegen der Formfreiheit kann das Bestehen eines Verlobnisses (und damit eines Zeugnisverweigerungsrechts) von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten kaum überprüft werden (vgl. dazu *Hartmann/Schmidt*, StrafProzR, 7. Aufl. 2018, Rn 262 ff.).

Ernsthaftigkeit wird insbesondere unterstrichen, wenn einer der Beteiligten etwa ein Einfamilienhaus zum gemeinsamen Bewohnen erwirbt.¹⁶³

Obwohl es sich bei dem Verlöbnis um einen Vertrag handelt, der eine Rechtspflicht zur Eheschließung begründet (str.), ist es den Parteien, anders als bei den sonstigen Verträgen im BGB (Kaufvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Mietvertrag etc.), jedenfalls **nicht möglich, auf Erfüllung**, d.h. auf Eingehung der Ehe, **zu klagen**. § 1297 I BGB stellt dies ausdrücklich klar, indem er formuliert, dass aus dem Verlöbnis nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden kann. Überdies könnte eine Verpflichtung zur Eingehung der Ehe und zur Herstellung des ehelichen Lebens nicht vollstreckt werden, § 120 III FamFG.¹⁶⁴ Auch das Versprechen einer Vertragsstrafe (Konventionalstrafe, § 339 BGB) für den Fall der Nichterfüllung des Verlöbnisses ist nichtig, § 1297 II BGB.

38

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

39

§ 1300 BGB, der eine finanzielle Entschädigung für den Fall vorsah, dass der die Ehe versprechende Mann das Verlöbnis löste, obwohl die Frau ihm aufgrund seines Eheversprechens die Beiwohnung gestattete und so ihre Jungfräulichkeit verlor, wurde 1998 aufgehoben. Hintergrund dieser anachronistischen Regelung war, dass der ursprüngliche Gesetzgeber die noch Ende des 19. Jahrhunderts vorherrschende gesellschaftliche Situation vor Augen hatte, wonach die Ledige wegen des Verlusts ihrer Jungfräulichkeit nicht mehr als „unbescholten“ galt und daher geringere Chancen auf eine standesgemäße Heirat mit einem anderen Mann habe. Daher habe sie wegen des Verlusts ihrer Jungfräulichkeit wenigstens einen Entschädigungsanspruch gegen den ehemaligen Verlobten.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei der **Rücktrittserklärung** handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit also des Zugangs beim Verlobnispartner (vgl. § 130 I S. 1 BGB). Auf die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden kommt es in Anbetracht der Höchstpersönlichkeit grds. nicht an. Daher kann auch nicht der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen ohne dessen Willen das Verlöbnis „beenden“. Der Einsatz eines Erklärungsboten des vom Verlöbnis Zurücktretenden ist indes möglich.

Hinsichtlich der **Wirkungen** eines Rücktritts bzw. einer Entlobung sind einige Besonderheiten zu beachten. So gilt zunächst, dass der Rücktritt bzw. die Entlobung nur für die Zukunft wirken. Zudem gelten die schuldrechtlichen Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB grds. nicht. Wird die Verlobung beidseitig aufgehoben („einverständliche Entlobung“), sind zudem grundsätzlich keine Schadensersatzansprüche gegeben. Lediglich bei einseitigem Rücktritt bzw. einseitiger Entlobung kommen Schadensersatzansprüche des Verlobnispartners in Betracht. **Anspruchsgrundlage(n)** für die Geltendmachung eines Schadensersatzes ist/sind dann je nach Fallgestaltung § 1298 I BGB und/oder §§ 1299, 1298 I BGB:

¹⁶³ LG Marburg FamRZ 2020, 1903; *Weber*, NJW 2021, 3091.

¹⁶⁴ Vgl. dazu etwa *Borth/Grandel*, in: Musielak/Borth, FamFG, § 120 Rn 6 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Wichtige Gründe sind erhebliche Tatsachen, die bei verständiger, die Einzelfallumstände berücksichtigender Würdigung den Zurücktretenden von der Verlobung abgehalten hätten; die Hinderungsgründe können in objektiven Tatsachen oder in der Person eines Verlobten (auch des Zurücktretenden selbst) liegen.¹⁶⁵

Beispiele von wichtigen Gründen: Hat ein Verlobnispartner den anderen durch Täuschung zur Abgabe der Verlobungserklärung veranlasst und tritt der Getäuschte darauf-

¹⁶⁵ Roth, in: MüKo, § 1298 Rn 10.

hin vom Verlöbnis zurück, muss er keinen Schadensersatz leisten. Auch wenn ein Verlobnispartner untreu ist, berechtigt dies den übergangenen Verlobnispartner zum Rücktritt ohne gleichzeitig zum Schadensersatz verpflichtet zu sein. Ein wichtiger Grund liegt auch vor, wenn der Verlobnispartner Zweifel an der Ernsthaftigkeit seines kundgetanen Eheinteresses hat aufkommen lassen. Auch (Charakter-)Eigenschaften des anderen, die bei Eingehung des Verlobnisses nicht bekannt oder erkennbar waren, stellen einen wichtigen Grund dar.¹⁶⁶ Sehr problematisch ist die Beurteilung der Frage, ob die Überzeugung, die Ehe mit dem Partner werde nicht glücklich, als wichtiger Grund anzuerkennen ist. Die ganz h.M. anerkennt eine derartige nicht nachweisbare Behauptung nicht als wichtigen Grund, da sich sonst jeder darauf berufen könnte und jede Bindung an den erklärten Eheschließungswillen einschließlich einer Schadensersatzpflicht entfele. Das Risiko eines nicht auf einem wichtigen Grund basierenden Verlusts der Ehebereitschaft trägt damit der Zurücktretende.¹⁶⁷

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

42

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

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

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

Von der genannten Schadensersatzpflicht, die auf den Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet ist, abgesehen, ist die zivilrechtliche Bedeutung des Verlobnisses in der modernen Gesellschaft gering geworden. Denn das ursprünglich bestehende Schutzbedürfnis der Frau ist heute i.d.R. nicht mehr erkennbar. Dieses Schutzbedürfnis hatte den Hintergrund, dass der soziale bzw. gesellschaftliche Status vieler Frauen von der Eheschließung und der Wahl des Ehepartners abhing.¹⁶⁸ Daher war das Heiratsversprechen des Mannes für das Leben der Frau von großer Bedeutung. Hielt sich der Mann nicht an sein Heiratsversprechen, war dies für die Frau – insbesondere im Fall einer Schwangerschaft – mit den genannten weitreichenden Folgen verbunden; nichteheliche Mütter waren in der Gesellschaft regelmäßig „geächtet“; es war kaum möglich, ein bürgerliches Leben zu führen. Daher sollte wenigstens ein Schadensersatzanspruch über diese Situation hinweghelfen.

43

¹⁶⁶ Roth, in: MüKo, § 1298 Rn 10.

¹⁶⁷ Roth, in: MüKo, § 1298 Rn 10.

¹⁶⁸ Vgl. Schwab, FamR, § 9 Rn 38.

- 44 Neben einem etwaigen Schadensersatzanspruch steht jedem Verlobten für den Fall, dass die Eheschließung unterbleibt, gem. § 1301 S. 1 BGB die **Herausgabe der Gegenstände** zu, die er dem anderen geschenkt oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat.

Nicht eindeutig ist die Rechtsnatur des § 1301 S. 1 BGB. Während eine vereinzelte Minderheitsmeinung in der Literatur § 1301 S. 1 BGB als eine Unterart der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ansieht¹⁶⁹, betrachtet eine andere Auffassung die Vorschrift als Verweisung auf die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechts.¹⁷⁰ Die Voraussetzungen der Bereicherungstatbestände wären demnach nicht zu prüfen. Die h.M. geht indes zutreffend davon aus, dass es sich bei § 1301 S. 1 BGB um einen selbstständigen **Bereicherungstatbestand** handelt, der inhaltlich an die Zweckverfehlungskondition (condictio ob rem) nach § 812 I S. 2 Var. 2 BGB¹⁷¹ anknüpft¹⁷². Zwar führen alle Auffassungen im Ergebnis grundsätzlich zu einem Herausgabeanspruch, doch nur bei Befolgung der h.M. sind auch die bereicherungsrechtlichen Ausschlussgründe (§§ 814, 815, 817 S. 2 BGB) zu beachten, die dann auch auf § 1301 BGB Anwendung finden. Wenn also der Anspruchsteller z.B. die Eheschließung durch einen Seitensprung treuwidrig verhindert, kann er wegen § 815 BGB nicht das an den Verlobten Geleistete über § 1301 S. 1 BGB zurückverlangen. Sollte man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Anwendung der bereicherungsrechtlichen Ausschlussgründe auf § 1301 S. 1 BGB verneinen oder gar den Weg über § 313 BGB wählen, würde zwar nicht § 815 BGB greifen, aber dann käme § 242 BGB zur Anwendung, was wohl zum selben Ergebnis führte.

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

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

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

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

¹⁶⁹ *Johannsen/Henrich/Althammer*, FamR, 7. Aufl. 2020, § 4 I 4.

¹⁷⁰ *Löhnig*, in: Staudinger, § 1301 Rn 3.

¹⁷¹ Vgl. zu dieser *R. Schmidt*, SchuldR BT II, Rn 382 ff.

¹⁷² BGHZ 45, 261, 263; *Siede*, in: Grüneberg, § 1301 Rn 1-3.

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

Neben etwaigen Schadensersatz- und bereicherungsrechtlichen Herausgabeansprüchen entfaltet das Verlöbnis auch sonstige Rechtswirkungen. So begründet es zwar kein gesetzliches Erbrecht (§ 1931 BGB bezieht sich nur auf den Ehegatten) und die Verlobten können auch kein gemeinschaftliches Testament errichten (§ 2265 BGB); jedoch werden im **Erbvertragsrecht** Verlobte teilweise wie Ehegatten behandelt (§§ 2275 III, 2279 II, 2290 III S. 2, 2276 II BGB). Auch können Verlobte **Eheverträge** schließen, wie sich aus § 1408 I BGB ergibt. **Güterrechtliche Wirkungen** entfaltet das Verlöbnis nicht. Daher wird auch keine gesetzliche Unterhaltspflicht begründet. Allerdings können Zuwendungen unter Verlobten, die der Deckung des Lebensbedarfs dienen, einer sittlichen Pflicht entsprechen und daher nicht zurückgefordert werden. So unterliegen Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, nicht der Rückforderung und dem Widerruf (§ 534 BGB). Auch kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (§ 814 BGB). Ein sehr wichtiges Recht des Verlobten ist das bereits bei Rn 9a genannte prozessuale **Zeugnisverweigerungsrecht**. So kann der Verlobte des Beschuldigten gem. § 52 I Nr. 1 StPO im Strafprozess (der insoweit auch das Ermittlungsverfahren umfasst) das Zeugnis verweigern. Im Zivilprozess gewährt § 383 I Nr. 1 ZPO dem Verlobten einer Partei ein Zeugnisverweigerungsrecht. Verlobte sind schließlich als „**Angehörige**“ (§ 11 I Nr. 1a StGB) bei bestimmten Straftaten privilegiert (vgl. etwa § 247 StGB, wonach ein Diebstahl oder eine Unterschlagung zum Nachteil eines Angehörigen nur auf Antrag verfolgt wird). Hinsichtlich der Fallbearbeitung sei auf den Hinweiskasten bei Rn 39 verwiesen. 47

Im Einzelfall kann es wichtig sein, das Verlöbnis von der bloßen **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** abzugrenzen, die kein Rechtsverhältnis und erst recht keinen Vertrag und damit auch keine wechselseitigen Ansprüche, die einem Verlöbnis zugrunde liegen, begründet¹⁷³. Maßgeblich ist dabei die Frage, ob ein gegenseitiges verbindliches Heiratsversprechen, welches auch konkludent erfolgen kann, vorliegt. 48

Die Ansprüche im Zusammenhang mit der Beendigung eines Verlöbnisses sind „sonstige Familiensachen“ i.S.v. § 266 I Nr. 1 FamFG; zuständig sind die **Familiengerichte**, §§ 23a I S. 1 Nr. 1, 23b I GVG. 49

¹⁷³ Dass etwaige Unterhaltspflichten wegen **gemeinsamer Kinder** bestehen (etwa aus § 1601 BGB oder aus § 1615I BGB), ist ein anderes Thema.

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

- 50 Das am 1.7.1998 in Kraft getretene Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (EheschIRG) hat die Eheschließungsvoraussetzungen erheblich geändert. So ist das Ehegesetz (EheG) aufgehoben und die beibehaltenen Vorschriften sind in das BGB (§§ 1303 ff. BGB) integriert worden. Die übrigen Vorschriften des EheG sind aufgehoben worden. So ist das Eheverbot bei Schwägerschaft entfallen. Entfallen ist auch das Aufgebotsverfahren; an seine Stelle ist ein Anmeldeverfahren getreten (§ 12 PStG). Trauzeugen sind nicht mehr erforderlich, können aber auf Wunsch beigezogen werden (§ 1312 S. 2 BGB). Für die Befreiung vom Ehemündigkeitserfordernis und für die Ersetzung eines Widerspruchs des Personensorgeinhabers ist seitdem ein einheitliches Verfahren vorgesehen (Rn 61). Auch das Verfahren zur Aufhebung einer Ehe wurde neu gestaltet (§§ 1313 ff. BGB). Der Aufhebungsgrund des Irrtums über die Person oder über wesentliche Eigenschaften des Ehepartners ist gestrichen, der neue Aufhebungsgrund der Scheinehe ist eingeführt worden (§ 1314 II Nr. 5 BGB). Der Standesbeamte muss bei einer sog. Scheinehe die Mitwirkung an der Eheschließung verweigern (§ 1310 I S. 2 Halbs. 2 BGB) und ist zu Ermittlungen befugt, ob eine solche aufhebbare Ehe vorliegt (§ 13 PStG), siehe dazu Rn 78 ff.
- 50a Eine weitere erhebliche Modifizierung hat das Eherecht mit dem am 1.10.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (BGBl I 2017, 2787) erfahren. Nunmehr ist gem. § 1353 I S. 1 BGB n.F. die Ehe zwischen zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts möglich.

Auch nach der Neuregelung bleibt es bei der Wirksamkeit der Eintragung einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft nach dem LPartG. Die Lebenspartner haben gem. § 20a LPartG aber die Möglichkeit, vor dem Standesamt ihre Lebenspartnerschaft in eine Ehe umzuwandeln. Die Umwandlung erfolgt nach Maßgabe der §§ 17, 17a PStG, wobei gem. Art. 3 II des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner nach der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe der Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft weiterhin maßgebend bleibt. Eine Neubegründung einer Lebenspartnerschaft nach dem LPartG ist hingegen – wie sich unmittelbar aus Art. 3 III des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts und der mit Änderungsgesetz v. 18.12.2018¹⁷⁴ herbeigeführten Neufassung des § 1 LPartG ergibt – nicht mehr möglich, da nunmehr die Ehe auch zwischen Menschen beliebigen Geschlechts offensteht; das LPartG hat insoweit seinen Zweck verloren und gilt nur noch für Lebenspartner, die ihre Lebenspartnerschaft nicht in eine Ehe umwandeln möchten.

I. Zivilehe versus religiöse (kirchliche) Ehe

- 51 Während bis zum 16. Jahrhundert die Ehe ausschließlich kirchlich geschlossen wurde, führte der Staat im Laufe der Verweltlichung des Eherechts die Eheschließung vor staatlichen Behörden ein (Zivileheschließung). Seit Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes (PstG) von 1875 ist in Deutschland die Zivilehe sogar zwingend, damit eine Rechtswirkung für den staatlichen Bereich vorliegt. Außerdem enthielt § 67 PStG ein grundsätzliches Verbot der „religiösen Voraustrauung“. Sofern die Verlobten also zusätzlich zur standesamtlichen Trauung noch eine religiöse Trauung wünschten, durfte diese der standesamtlichen grundsätzlich nicht vorausgehen. Nahm ein Geistlicher unter Verstoß gegen das Verbot der „religiösen Voraustrauung“ dennoch die Trauung vor, machte er sich strafbar. Die Kirchen sahen das Verbot der religiösen Voraustrauung zunächst als schweren Eingriff in ihr kirchliches Selbstbestimmungsrecht an, ge-

¹⁷⁴ BGBl I 2018, S. 2639.

wöhnten sich später aber ebenso daran wie die Heiratswilligen.

Das Verbot der religiösen Voraustrauung ist erst am 1.1.2009 im Zuge der Verabschiedung eines neuen Personenstandsgesetzes entfallen. Seitdem dürfen Brautpaare (in Ermangelung einer entgegenstehenden Regelung) religiös heiraten, ohne zuvor vor dem Standesamt die Ehe eingegangen zu haben. Selbst ohne standesamtliche Trauung ist eine religiöse Trauung möglich. Voraussetzung ist nur, dass das jeweilige Kirchenrecht dies zulässt. Die katholische Kirche lässt ausnahmsweise eine religiöse Trauung ohne vorhergehende Zivileheschließung zu; Voraussetzung dafür ist eine besondere Erlaubnis („nil obstat“) des zuständigen Ortsbischofs.¹⁷⁵ Die Evangelische Kirche in Deutschland vertritt demgegenüber die Auffassung, dass die zivilrechtliche Eheschließung generell Voraussetzung für eine religiöse Trauung bleibe.¹⁷⁶ Im Islam gibt es keine einheitlichen Regelungen. So gilt bspw. in der Türkei hinsichtlich islamischer Eheschließungen nach wie vor ein Verbot der religiösen Voraustrauung. Eine religiöse Voraustrauung ist sogar strafbar gem. Art. 230 V des türkischen Strafgesetzbuches (Freiheitsstrafe 2-6 Monate).

Von diesen (staats-)kirchenrechtlichen Regelungen abgesehen ist gem. § 11 II S. 1 PStG in der seit dem 22.7.2017 geltenden Fassung¹⁷⁷ eine religiöse oder traditionelle Handlung, die darauf gerichtet ist, eine der Ehe vergleichbare dauerhafte Bindung zweier Personen zu begründen, von denen eine das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, verboten. Das Gleiche gilt gem. § 11 II S. 2 PStG für den Abschluss eines Vertrags, der nach den traditionellen oder religiösen Vorstellungen der Partner an die Stelle der Eheschließung tritt. Siehe dazu auch Rn 54 und 61.

Die gem. § 1353 I S. 1 BGB n.F. vorgesehene Möglichkeit, dass auch gleichgeschlechtliche Paare eine Ehe eingehen können, lässt die Rechte der Kirchen und Religionsgemeinschaften selbstverständlich unberührt. Alles andere wäre mit der kirchlichen Selbstbestimmung über die eigene Organisation, Normsetzung und Verwaltung (vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III S. 1 WRV) auch unvereinbar. Lehnen die Kirchen also die religiöse Trauung gleichgeschlechtlicher Paare ab, ist dies hinzunehmen.

II. Vollgültige Ehe, Nichtehe, aufhebbare Ehe, Eheverbote

Damit eine Ehe rechtswirksam geschlossen werden kann, müssen verschiedene Voraussetzungen gegeben sein bzw. von den Verlobten erfüllt werden. Den Idealfall bildet diejenige Ehe, bei der der Eheschließungsakt an keinerlei Fehlern gelitten hat. Aber auch wenn der Eheschließungsakt fehlerhaft ist, hat dies nicht unweigerlich die Unwirksamkeit der Ehe zur Folge. Vielmehr hängt die Rechtsfolge von Art, Schwere und Bedeutung des Fehlers ab.

52

1. Vollgültige Ehe

Hat der Eheschließungsakt an keinerlei Fehlern gelitten („Idealfall“) ist die Ehe selbstverständlich **vollgültig**. Aber auch wenn bei der Eheschließung bloße Ordnungsvorschriften verletzt wurden, hat dies grds. keine Auswirkungen auf die Gültigkeit und den rechtlichen Bestand der Ehe. Als Ordnungsvorschriften gelten die meisten Soll-Vorschriften des Eheschließungsrechts.

53

Beispiel: Gemäß § 14 II PStG soll die Eheschließung in einer der Bedeutung der Ehe entsprechenden würdigen Form vorgenommen werden. Wird die Ehe also in einer der

¹⁷⁵ Siehe FamRZ 2009, 18.

¹⁷⁶ Siehe Pressemitteilung vom 15.9.2009: ekd.de/pm213_2009_ev_eheverstaendnis.htm

¹⁷⁷ BGBl I 2017, S. 2429.

Ehe unwürdigen Form geschlossen, mag dies für die Eheschließenden zwar misslich sein, dennoch ist die Eheschließung wirksam (und kann daher nicht wiederholt werden).

2. Nichtehe

- 54 Ist der bei der Eheschließung aufgetretene Fehler schwerwiegender, liegt entweder eine Nichtehe oder eine aufhebbare Ehe vor. Die Mängel, die zu einer Nichtehe oder einer aufhebbaren Ehe führen, sind im Eheschließungsrecht in §§ 1303-1308 BGB und §§ 1313 ff. BGB abschließend aufgeführt (vgl. auch § 1313 S. 3 BGB). Eine **Nichtehe** liegt vor, wenn bei der Eheschließung mindestens ein formeller oder materieller Mangel aufgetreten ist, der so schwer wiegt, dass die Ehe unter keinem Gesichtspunkt Bestand haben kann und daher auch an sich nicht vor dem Standesamt geschlossen werden könnte.¹⁷⁸ Eine gleichwohl geschlossene Ehe ist ex tunc unwirksam; sie entfaltet keinerlei familienrechtliche Wirkung.

Beispiele von Fehlern, die zur Nichtigkeit der Eheschließung führen¹⁷⁹:

- (1) **Fehlt** bei mindestens einer Person die auf Schließung der Ehe gerichtete Willensbekundung i.S.d. § 1310 I S. 1 BGB (**Ehewillenserklärung**), ist dieser Mangel so gewichtig, dass eine Nichtehe vorliegt.
 - (2) Wird die Ehe **nicht** vor einem **Standesbeamten** unter dessen Mitwirkung geschlossen (§ 1310 I BGB), ist sie unwirksam. Jedoch gilt gem. § 1310 II BGB als Standesbeamter auch, wer zwar kein Standesbeamter ist, dennoch das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausgeübt hat. Das ist etwa der Fall, wenn sich die Ernennung des Standesbeamten als nichtig herausstellt (zu den Nichtigkeitsgründen einer Beamtenernennung vgl. § 11 BeamStG sowie die entsprechenden Vorschriften des Landesbeamtengesetzes). Gäbe es § 1310 II BGB nicht, wären alle Ehen, die bspw. unter Mitwirkung eines Standesbeamten, dessen Beamtenverhältnis ex tunc für nichtig erklärt wird, ebenfalls nichtig.
 - (3) Nichtig ist auch eine Ehe, wenn einer der Eheschließenden zum Zeitpunkt der Eheschließung noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hatte (§ 1303 S. 2 BGB). Das gilt auch dann, wenn die Ehemündigkeit der betreffenden Person ausländischem Recht unterliegt (Art. 13 III Nr. 1 EGBGB).¹⁸⁰ Übergangs- bzw. Überleitungsregelungen bzgl. früher geschlossener Ehen finden sich in Art. 229 § 44 EGBGB.¹⁸¹
 - (4) Das früher bestehende Eheverbot zwischen **gleichgeschlechtlichen** Partnern ist mit Inkrafttreten des am 30.6.2017 verabschiedeten Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts abgeschafft worden. Nach § 1353 I S. 1 BGB in der nunmehr geltenden Fassung kann die Ehe auch zwischen Menschen gleichen Geschlechts geschlossen werden, auch wenn dies nach wie vor von Teilen der Rechtswissenschaft als Verstoß gegen Art. 6 I GG angesehen wird (siehe dazu Rn 6, 20a ff. sowie 443 ff.)
- 55 Da im Fall der Nichtehe keine wirksame Ehe zustande gekommen ist, muss auch keine konstitutive gerichtliche Entscheidung über die Unwirksamkeit der Ehe ergehen. Jedoch können Zweifel daran, ob ein Eheschließungsvorgang zu einer Ehe geführt hat oder der

¹⁷⁸ Vgl. *Siede*, in: Grüneberg, vor § 1306 Rn 1-3 und § 1310 Rn 10.

¹⁷⁹ Heutzutage wird man Fehler, die zur Nichtigkeit der Ehe führen, praktisch ausschließen können, weil die Behörden aufgrund moderner EDV und Vernetzung imstande sind, ohne weiteres die Ehevoraussetzungen zu prüfen. Am ehesten denkbar sind nichtige Ehen wegen Personenstands Fälshungen bei Ehemülligen ausländischer Herkunft.

¹⁸⁰ Siehe dazu die Gesetzesänderung v. 17.7.2017 (BGBl I 2017, S. 2429) – vgl. dazu auch Rn 56/57c/61/81d.

¹⁸¹ Beim BVerfG ist eine Richtervorlage des BGH (FamRZ 2019, 181) anhängig (1 BvL 7/18). Es geht um die Frage, ob Art. 13 III Nr. 1 EGBGB i.d.F. des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. Juli 2017 (BGBl I, S. 2429) mit Art. 1, 2 I, 3 I und 6 I GG vereinbar ist, soweit eine unter Beteiligung eines nach ausländischem Recht ehemündigen Minderjährigen geschlossene Ehe nach deutschem Recht – vorbehaltlich der Ausnahmen in der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 44 IV EGBGB – ohne einzelfallbezogene Prüfung als Nichtehe qualifiziert wird, wenn der oder die Minderjährige im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte.

Tatbestand der Nichtehe vorliegt, mit einem Verfahren auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe geklärt werden (§ 121 Nr. 3 FamFG); zuständig sind die Familiengerichte (§§ 23a I S. 1 Nr. 1, 23b I VVG).

3. Aufhebbare Ehe

In bestimmten Fällen hat der Gesetzgeber trotz Vorliegen eines (schweren) Mangels bei der Eheschließung nicht die Nichtigkeit der Ehe, sondern (lediglich) die **Aufhebbarkeit** angeordnet. Die Ehe ist – soweit sie überhaupt geschlossen wurde¹⁸² – also zunächst wirksam. Sie ist jedoch mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) aufhebbar, wenn das Gesetz in §§ 1313 ff. BGB die Aufhebbarkeit zulässt bzw. anordnet. Aufhebungsgründe, die vor dem Hintergrund des Art. 6 I GG im Zweifel eng auszulegen sind, sind abschließend in § 1314 BGB genannt. Gemäß **§ 1314 I BGB** kann eine Ehe aufgehoben werden, wenn sie entgegen den Vorschriften der §§ 1303 S. 1 (Eheunmündigkeit), 1304 (Geschäftsunfähigkeit), 1306 (Eheverbot wegen bestehender Ehe oder Lebenspartnerschaft), 1307 (Eheverbot bei Verwandtschaft), 1311 (Verstoß gegen Erfordernis der persönlichen Erklärung) BGB geschlossen worden ist. Das Modalverb „kann“ gibt dem Gericht (§ 1313 BGB) ein Ermessen bei der Frage, ob es trotz Vorliegens eines Aufhebungsgrundes eine Ehe aufhebt oder nicht.¹⁸³

56

Beispiele von (schwerwiegenden) Fehlern, die gem. § 1314 I BGB zur Aufhebbarkeit der Ehe führen (können)¹⁸⁴:

- (1) Wurde die Ehe entgegen § 1303 S. 1 BGB mit einem Minderjährigen geschlossen, der zum Zeitpunkt der Eheschließung noch nicht das 18., aber das 16. Lebensjahr vollendet hatte, ist sie zwar nicht von vornherein unwirksam, aber gem. § 1314 I BGB aufhebbar.¹⁸⁵ Das gilt nach der o.g. Gesetzesänderung v. 17.7.2017 auch dann, wenn die Ehemündigkeit der betreffenden Person ausländischem Recht unterliegt (Art. 13 III Nr. 2 EGBGB) und die Ehe im Ausland geschlossen wurde¹⁸⁶. Übergangsregelungen bzgl. früher geschlossener Ehen finden sich auch diesbezüglich in Art. 229 § 44 EGBGB. Vgl. dazu – sowie zur Kritik und den verfassungsrechtlichen Bedenken – näher Rn 61 f.
- (2) Da die Eheschließungserklärung von beiden Verlobten persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten abgegeben werden muss (§ 1311 S. 1 BGB), sind die Einschaltung eines **Stellvertreters** oder die Vorlage einer **Heiratserklärung** eines abwesenden Ehemülligen, der zufolge die Ehe trotz seiner Abwesenheit geschlossen werden soll, unzulässig.¹⁸⁷

¹⁸² Gemäß § 13 I S. 1 PStG prüft das Standesamt vor Eheschließung, ob kein Eheverbot besteht. Besteht ein solches (etwa weil eine der Voraussetzungen der §§ 1303, 1306, 1307 BGB vorliegt), verweigert der Standesbeamte seine Mitwirkung bei der Eheschließung (§ 1310 I S. 2 BGB, § 13 IV PStG).

¹⁸³ Insoweit klarstellend BGH NJW 2020, 3777, 3780 f.

¹⁸⁴ Wie für die Gründe, die zu einer Nichtehe führen, gilt für die Gründe, die zu einer aufhebbaren Ehe führen, dass man sie heutzutage aufgrund elektronischer Prüfverfahren praktisch ausschließen kann, wenn nicht gerade Personenstands-fälschungen vorliegen.

¹⁸⁵ Bei noch nicht vollendetem 16. Lebensjahr greift bereits die bei Rn 54 Bsp. 3 genannte Unwirksamkeitsregelung in § 1303 S. 2 BGB.

¹⁸⁶ Insoweit erneut klarstellend BGH NJW 2020, 3777, 3781 f.

¹⁸⁷ Eine Stellvertretereheschließung ist aber in einigen anderen Rechtskreisen zulässig (etwa in Pakistan). Eine nach ausländischem Recht per Vertreter geschlossene Ehe ist in Deutschland gültig und anzuerkennen, selbst wenn sich die beteiligten Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung noch nie gesehen haben. Voraussetzung ist nur, dass der Wille des Vertretenen, den zukünftigen Ehegatten zu heiraten, zum Zeitpunkt der Bestellung des Vertreters vorliegt. Vgl. dazu den Fall OLG Zweibrücken NJW-RR 2011, 725: Die streitgegenständliche Ehe wurde von den Eheleuten im Februar 2009 in Pakistan geschlossen. Anwesend waren der Standesbeamte, die pakistanische Braut sowie der Onkel des der Trauungszeremonie per Telefon zugeschalteten staatenlosen Bräutigams. Zum Zeitpunkt der Eheschließung hatten sich die Eheleute noch nie gesehen; sie begegneten sich vielmehr erstmalig im Oktober 2009. Da dieses Szenario nicht den deutschen Vorstellungen einer einvernehmlichen Eheschließung entsprach, hatte der deutsche Standesbeamte auch Zweifel, ob er diese Ehe nach §§ 15, 34 PStG im Eheregister beurkunden dürfe. Das OLG Zweibrücken zerstreute diese Bedenken mit dem Hinweis, dass für die Frage der Wirksamkeit der im Ausland geschlossenen und nunmehr in Deutschland anzuerkennenden Ehe allein das jeweilige ausländische Recht maßgeblich sei. Da das pakistanische Recht eine Stellvertretung

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

- (3) Da eine Ehe nur auf Lebenszeit geschlossen werden kann, sind eine **Befristung** der Ehe oder eine Eheschließung unter einer **Bedingung** unzulässig (§ 1311 S. 2 BGB). Hier setzt die gleiche Rechtsfolge ein wie bei Beispiel (1).
- (4) Eine Aufhebbarkeit der Ehe liegt auch vor, wenn einer der beiden Eheschließenden **bereits anderweitig verheiratet** ist. Denn gem. **§ 1306 BGB** darf eine Ehe nicht geschlossen werden, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe besteht (**Verbot der Doppelhehe**).¹⁸⁸ Eine vorherige Ehe (auch Scheinehe) muss also durch Scheidungsurteil **rechtskräftig geschieden** worden sein oder der frühere Ehepartner muss **verstorben** sein. Ein Eheverbot besteht auch dann, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine eingetragene **Lebenspartnerschaft** besteht (§ 1306 BGB). Auch hier ist eine Eheschließung erst möglich, wenn die eingetragene Lebenspartnerschaft entweder durch rechtskräftige richterliche Entscheidung oder Tod des Lebenspartners aufgelöst wurde. Eine gleichwohl geschlossene Ehe ist allerdings nicht nichtig, sondern (lediglich) aufhebbar.

⇒ Die Aufhebbarkeit ergibt sich in beiden Fällen aus § 1314 I BGB. Antragsberechtigt sind jeder Ehegatte sowie die dritte Person, mit der einer der Partner schon verheiratet ist oder eine Lebenspartnerschaft führt. Den Antrag kann ferner die zuständige Verwaltungsbehörde stellen (§ 1316 I Nr. 1 BGB); diese soll sogar den Antrag stellen, es sei denn, es liegt eine schwere Härte für einen der Ehegatten oder die Kinder vor (§ 1316 III S. 1 BGB). Die Antragsbefugnis ist nicht befristet.

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

Nicht gesetzlich geregelt war bisher der Fall, dass ein Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft seine personenstandsrechtliche Geschlechtszugehörigkeit änderte und danach mit seinem Partner aus der Lebenspartnerschaft die Ehe schließen wollte. Hier stellte sich die Frage, ob die Partner zunächst gem. § 15 LPartG die Lebenspartnerschaft auflösen mussten, die Auflösung der Lebenspartnerschaft ipso iure mit der Eheschließung eintrat oder gar die Eheschließung unwirksam bzw. aufzuheben war, wenn das Paar nicht zuvor die Lebenspartnerschaft aufgelöst hatte.

Beispiel¹⁸⁹: A und B, beides Frauen, schlossen miteinander die Lebenspartnerschaft nach dem LPartG. Während des Bestehens der Partnerschaft unterzog sich A einer Geschlechtsumwandlung, änderte ihre personenstandsrechtliche Geschlechtszugehörigkeit und ihren Vornamen. Sodann schlossen A und B miteinander die Ehe. Im Nachhinein kamen dem Standesamt Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Ehe-

bei der Eheschließung zulasse, sei die Ehe auch in Deutschland als wirksam anzusehen, soweit eine Willensvertretung den Umständen nach ausgeschlossen werden könne.

¹⁸⁸ Das Prinzip der Monogamie ist strafrechtlich durch § 172 StGB (Strafbarkeit der Doppelhehe) abgesichert.

¹⁸⁹ Nach OLG Nürnberg NJW 2016, 255.

schließung und es stellte eine Zweifelsvorlage gem. § 49 II PStG an das zuständige Familiengericht.

Ein Eheverbot gem. § 1306 BGB lag nicht vor, da die Vorschrift die Eheschließung nur für den Fall verbietet, dass bereits eine Ehe oder Partnerschaft einer der Eheschließungswilligen mit einem Dritten besteht. Vorliegend ist aber keiner der Beteiligten „Dritter“. Eine andere Vorschrift, die der Eheschließung entgegenstehen könnte, ist nicht ersichtlich. Somit bleibt die Frage nach einer analogen Anwendung des § 1306 BGB. Doch ob die für eine Analogie erforderliche Planwidrigkeit der Nichtregelung angenommen werden, erscheint fraglich, da der Gesetzgeber mehrmals die Eheschließungs-, Eheverbots- und Lebenspartnerschaftsvorschriften geändert hat, ohne die vorliegende Konstellation zu erfassen. Zudem ist zweifelhaft, ob es die Interessenlage gebietet, § 1306 BGB auf die vorliegende Konstellation anzuwenden. Vor allem aber stellt sich die Frage, ob § 1306 BGB als Ausnahmegesetz überhaupt analogiefähig ist. Zu Recht ging das OLG Nürnberg davon aus, dass es den Beteiligten unzumutbar gewesen sei, zunächst das Auflösungsverfahren nach § 15 LPartG zu betreiben. Zudem hätten keine schutzwürdigen Belange Dritter entgegengestanden. Daher sei die Lebenspartnerschaft mit dem Akt der Eheschließung erloschen, ohne dass es eines besonderen Aufhebungsverfahrens bedürftig habe.¹⁹⁰ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, aber weniger mit dem Argument der „Unzumutbarkeit“, sondern allein aufgrund des Nichtbestehens einer Eheverbotsvorschrift. Ein Aufhebungsgrund nach § 1314 I BGB besteht nicht.

Mit Inkrafttreten des am 30.6.2017 verabschiedeten Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts hat sich diese Problematik allerdings erledigt. Denn nach § 1353 I S. 1 BGB in der nunmehr geltenden Fassung kann die Ehe auch zwischen Menschen gleichen Geschlechts geschlossen werden. Und gem. § 20a LPartG können die Lebenspartner vor dem Standesamt ihre Lebenspartnerschaft jederzeit in eine Ehe umwandeln. Die Umwandlung erfolgt nach Maßgabe der §§ 17, 17a PStG (siehe dazu insgesamt Rn 6, 20a ff., 443 ff.).

Einen Sonderfall der Doppelehe regelt § 1319 BGB: Heiratet ein Ehegatte, nachdem der andere (nach dem Verschollenheitsgesetz) **fälschlich für tot** erklärt worden ist, kann die neue Ehe nur dann wegen Verstoßes gegen § 1306 BGB aufgehoben werden, wenn beide Partner der neuen Ehe bei Eheschließung wussten, dass der für tot Erklärte im Zeitpunkt der Todeserklärung noch lebte (§ 1319 I BGB). Anderenfalls wird durch den Abschluss der zweiten Ehe die erste aufgelöst (§ 1319 II S. 1 BGB). Wurde sie aufgehoben, bleibt sie es auch dann, wenn die Todeserklärung aufgehoben wird (§ 1319 II S. 2 BGB). Lebt der für tot Erklärte noch, kann sein früherer Ehegatte die Aufhebung der neuen Ehe begehren, außer wenn er bei der Eheschließung wusste, dass der für tot Erklärte im Zeitpunkt der Todeserklärung noch lebte (§ 1320 I BGB).

- (5) Ein weiteres **Eheverbot** findet sich in **§ 1307 BGB**. Danach darf eine Ehe nicht geschlossen werden zwischen **Verwandten in gerader Linie** (Großeltern, Eltern, Kinder, Enkelkinder, § 1589 S. 1 BGB) sowie zwischen bestimmten **Verwandten in der Seitenlinie**, namentlich Geschwister, gleichgültig, ob diese gemeinsame Eltern („vollbürtige Geschwister“ oder „Vollgeschwister“ genannt) oder nur einen gemeinsamen Elternteil („halbbürtige Geschwister“ oder „Halbgeschwister“ genannt) haben, § 1589 S. 2 BGB.¹⁹¹

⇒ Auch hier ergibt sich die Aufhebbarkeit aus § 1314 I BGB. Antragsberechtigt sind jeder Ehegatte sowie die zuständige Verwaltungsbehörde (§ 1316 I Nr. 1 BGB); diese soll sogar den Antrag stellen, es sei denn, es liegt eine schwere Härte für einen

¹⁹⁰ OLG Nürnberg NJW 2016, 255, 257 (mit Verweis auf *Kissner*, StAZ 2004, 139 und StAZ 2011, 376).

¹⁹¹ Das Eheverbot zwischen bestimmten Verwandten beruht auf dem traditionell begründeten Inzesttabu und ist mittelbar durch § 173 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten) abgesichert. Bei Adoptivgeschwistern greift die Regelung des § 1308 BGB, dazu Rn 57b.

Die Eingehung der Ehe

der Ehegatten oder die Kinder vor (§ 1316 III S. 1 BGB). Die Antragsbefugnis ist nicht befristet.

Eine Ehe zwischen Onkel und Nichte (bzw. Tante und Neffe) und zwischen Vetter und Cousine ist nicht von der Vorschrift erfasst, da hier kein Verwandtschaftsverhältnis in gerader Linie besteht. Sie darf also geschlossen werden. Fraglich ist, ob eine Ehe zwischen einem Mann und der Tochter der geschiedenen Ehefrau, die während der Ehe geboren worden ist, jedoch nicht von dem Mann abstammt, wirksam geschlossen werden kann.

Beispiel: M und F schließen die Ehe. Während der Ehe wird Tochter T geboren, die allerdings während eines außerehelichen Sexualkontakts der F gezeugt wurde. Die Ehe zwischen M und F scheidet und wird geschieden. Kann M die heute 18-jährige T heiraten?

⇒ Kraft Gesetzes (§ 1592 Nr. 1 BGB) ist M juristischer Vater. Da T aber nicht von ihm abstammt, sind M und T nicht miteinander verwandt i.S.d. § 1589 S. 1 BGB, der eine Verwandtschaft in gerader Linie davon abhängig macht, dass die eine Person von der anderen abstammt. Folgerichtig könnte man annehmen, der Wortlaut des § 1307 S. 1 Var. 1 BGB, wonach eine Ehe nicht zwischen Verwandten in gerader Linie geschlossen werden darf, greife nicht. Das Eheverbot aus § 1306 BGB, wonach eine Ehe u.a. nicht geschlossen werden darf, wenn einer der Heiratswilligen bereits mit einer dritten Person verheiratet ist, greift von vornherein nicht, da die Ehe zwischen M und F nicht mehr besteht. Sonstige Nichtigkeits- oder Aufhebungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit bliebe die Überlegung, ein Eheverbot auf der Grundlage einer teleologischen Extension des § 1307 BGB zu erwägen. Wenn man bedenkt, dass das Gesetz an einigen Stellen die juristische Verwandtschaft nicht an die Abstammung knüpft (man denke an die Adoption gem. § 1741 BGB, die dazu führt, dass gem. § 1754 II BGB das Kind die rechtliche Stellung eines Kindes des Annehmenden erlangt, oder an § 1592 Nr. 1 BGB, der die rechtliche Vaterschaft allein davon abhängig macht, dass der Mann zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Kindsmutter verheiratet ist), wird deutlich, dass eine juristische Verwandtschaft auch außerhalb der Blutsverwandtschaft bestehen kann. Im vorliegenden Fall ist gem. § 1592 Nr. 1 BGB M juristischer Vater der T. Die beiden gelten daher als „Verwandte in gerader Linie“ i.S.d. § 1307 BGB mit der Folge eines Eheschließungsverbots, was aber gegen die grundrechtlich gewährleistete Eheschließungsfreiheit aus Art. 6 I GG verstoßen könnte. Andererseits steht Art. 6 I GG unter Ausgestaltungsvorbehalt. Zu fragen ist daher, ob der Gesetzgeber mit § 1307 BGB, der nicht zwischen blutsmäßiger und juristischer Verwandtschaft unterscheidet, seinen Ausgestaltungsspielraum überschritten hat. Der Normzweck des § 1307 BGB besteht zunächst darin, Erbschäden bei Kindern inzestuöser Paarungen zu verhindern. Da T aber nicht von M abstammt, greift dieser Normzweck nicht. Der Normzweck des § 1307 BGB hat aber auch eine soziologische Dimension (Rollenteilung in der Familie; keine Geschlechtskonkurrenz in der Familie). Das rechtfertigt ein Eheschließungsverbot. In Betracht kommt aber die Beseitigung des juristischen Verwandtschaftsverhältnisses durch Anfechtung der Vaterschaft gem. § 1600 I Nr. 1 BGB. Dazu dürften aber noch nicht die Anfechtungsfristen abgelaufen sein. Für M gilt die Anfechtungsfrist von 2 Jahren (§ 1600b I S. 1 BGB). Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem er von den Umständen erfahren hat, die gegen die Vaterschaft sprechen (§ 1600b I S. 2 BGB). T kann unter Beachtung der Frist des § 1600b I, III BGB anfechten (die Zwei-Jahres-Frist nach § 1600b I S. 1 BGB fing gem. § 1600b III S. 2 BGB in dem Zeitpunkt an zu laufen, in dem T von den Umständen erfahren hatte, die gegen die Vaterschaft sprechen). War danach die Anfechtung (durch zumindest einen der beiden) erfolgreich, dürften M und T miteinander die Ehe schließen.¹⁹²

¹⁹² Wie hier wohl auch *Wellenhofer*, in: MüKo, § 1307 Rn 5. Zu beachten ist, dass dies überwiegend wohl anders gesehen wird mit der Behauptung (d.h. ohne methodische Herleitung und ohne Berücksichtigung der Anfechtung der Vater-

- (6) Das früher bestehende Eheverbot bei **Schwägerschaft** in gerader Linie ist im Zuge des Eheschließungsrechtsreformgesetzes 1998 aufgehoben worden. Insgesamt darf damit eine Ehe also nicht nur zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffe, Vetter und Cousine („Geschwisterkinder“), sondern auch zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern geschlossen werden. Die Ehe zwischen in der Seitenlinie Verschwägerten (Schwager und Schwägerin, Stiefmutter und Mann der Stieftochter etc.) war schon vor 1998 erlaubt. Vgl. dazu das Beispiel bei Rn 13.

Eine Ehe kann ferner aufgehoben werden, wenn ein Aufhebungsgrund des **§ 1314 II BGB** vorliegt. In der Praxis relevant ist v.a. die Scheinehe, also eine Ehe, bei der die Ehegatten keine Lebensgemeinschaft gem. § 1353 I BGB begründen wollen, sondern andere Zwecke verfolgen, etwa die Verschaffung eines Aufenthaltsrechts oder die Verhinderung einer Abschiebung (vgl. dazu Rn 23 sowie 78 ff.). Eine solche Ehe ist zwar zunächst wirksam, sie kann aber gem. § 1314 II Nr. 5 BGB aufgehoben werden. 57

Beispiel¹⁹³: Dem sich in Deutschland aufhaltenden somalischen Staatsangehörigen S droht die Abschiebung. Er kann daher die sozial schwache F gegen Zahlung von 5.000 € dazu bringen, ihn zu heiraten.

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

Anmerkung: Liegen sowohl die Voraussetzungen des § 1314 BGB (Aufhebung) vor als auch die der §§ 1565 ff. BGB (Scheidung), haben die Ehegatten die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten und können zudem von dem einen auf den anderen Antrag übergehen (§ 113 IV Nr. 2 FamFG).¹⁹⁴ Der Antrag auf Aufhebung der Ehe ist jedoch vorrangig, wenn über beide Anträge zu entscheiden ist und beide begründet sind (§ 126 III FamFG).¹⁹⁵

Einen „Sonderfall“ unter den (noch) bestehenden **Eheverboten** bildet **§ 1308 BGB**. 57a
Gemäß § 1308 I S. 1 BGB soll eine Ehe nicht geschlossen werden zwischen Personen, deren Verwandtschaft i.S.d. § 1307 BGB durch Annahme als Kind („**Adoption**“) begründet worden ist. Dies gilt gem. § 1308 I S. 2 BGB nicht, wenn das Annahmeverhältnis aufgelöst worden ist. Eine nach § 1308 BGB verbotswidrig geschlossene Ehe ist aber in jedem Fall rechtsgültig, da § 1308 BGB nicht von der Aufhebungsvorschrift des § 1314 BGB erfasst ist.

Beispiel: M und F schließen die Ehe. F bringt ihre 17-jährige Tochter T mit in die Ehe. T wird von M adoptiert. Wenig später scheidet die Ehe zwischen M und F und wird geschieden. Kann M die heute 18-jährige T heiraten?

⇒ Hier liegt eine sog. Stiefkindadoption vor: Für den Fall, dass ein Ehegatte bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung leiblicher Vater/leibliche Mutter eines Kindes war, kann der andere Ehegatte das Kind seines Ehegatten annehmen (§ 1741 II S. 3 BGB). Mit der Annahme erhält gem. § 1754 II BGB der Angenommene die rechtliche Stellung eines leiblichen Kindes.

schaft), der blutmäßigen Verwandtschaft sei die rechtliche Verwandtschaft gleichgestellt (so etwa *Siede*, in: Grüneberg, § 1307 Rn 5). Auf die „sittliche“ Dimension des § 1307 BGB abstellend *Budzikiewicz*, in: Jauernig, § 1307 (dort: „Anmerkungen zu den §§ 1306-1308“) Rn 3. Diese Auffassung greift wegen Art. 6 I GG sowie des klaren Wortlauts des § 1307 BGB aber zu kurz und ist abzulehnen.

¹⁹³ Siehe bereits die 2. Aufl. 2014; vgl. später auch OLG Braunschweig FamRZ 2017, 910 („syrischer Staatsangehöriger“).

¹⁹⁴ OLG Braunschweig FamRZ 2017, 910.

¹⁹⁵ OLG Braunschweig FamRZ 2017, 910.

Aufgrund der Sollvorschrift des § 1308 I S. 1 BGB, deren Zweck weniger in der Vermeidung von Inzestfolgen als in der Wahrung der familiären Rollenverteilung besteht¹⁹⁶, wird das Standesamt die Mitwirkung bei der Eheschließung verweigern. Erst nach einer Auflösung des Annahmeverhältnisses bestünde das grundsätzliche Eheverbot nicht mehr (§ 1308 I S. 2 BGB). Allerdings wird im vorliegenden Fall eine Auflösung des Annahmeverhältnisses nicht in Betracht kommen, da kein Auflösungsgrund greift (vgl. §§ 1759, 1760, 1763 BGB). Sollte die Ehe gleichwohl geschlossen werden, ist sie rechtsgültig, da kein Aufhebungsgrund aus § 1314 BGB greift.

- 57b** Bei Verwandtschaft in der *Seitenlinie* kann gem. § 1308 II S. 1 BGB das Familiengericht eine Ausnahme vom Eheverbot zulassen.

Beispiel: M und F schließen die Ehe. Die Ehe bleibt zunächst kinderlos und die Eheleute adoptieren den 3-jährigen S. Wenig später wird die eheliche Tochter T geboren. Nachdem diese volljährig geworden ist, möchten T und S miteinander die Ehe schließen.

⇒ Gemäß § 1754 I BGB erhielt S mit der Adoption die rechtliche Stellung eines leiblichen Kindes. T und S sind daher Adoptivgeschwister und miteinander in der Seitenlinie verwandt. Aufgrund der Sollvorschrift des § 1308 I S. 1 BGB wird das Standesamt die Mitwirkung bei der Eheschließung wohl verweigern. Eine Auflösung des Annahmeverhältnisses, die die Beendigung des grundsätzlichen Eheverbots zur Folge hätte, kommt in Ermangelung eines Auflösungsgrundes nicht in Betracht. Allerdings kann gem. § 1308 II S. 1 BGB das Familiengericht auf Antrag eine Befreiung vom Eheverbot nach § 1308 I S. 1 BGB erteilen. Die Befreiung soll versagt werden, wenn wichtige Gründe der Eingehung der Ehe entgegenstehen (§ 1308 II S. 2 BGB). Ist dies nicht der Fall, verdichtet sich das Entscheidungsermessen des Gerichts auf Null. Es muss eine Befreiung erteilen.

Weiterführender Hinweis: Wäre S als leiblicher Sohn der F mit in die Ehe gebracht und von M adoptiert worden, wären S und T halbbürtige Geschwister („Halbgeschwister“). Es läge – wegen § 1589 S. 2 BGB – ein Eheverbot nach § 1307 BGB vor.

- 57c** Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Aufhebung einer an sich aufhebbaren Ehe jedoch **ausgeschlossen**. Dazu formuliert **§ 1315 BGB** verschiedene Ausschlussgründe. Von besonderer Relevanz ist § 1315 I S. 1 Nr. 1 BGB, wonach eine Aufhebung ausgeschlossen ist bei einem Verstoß gegen § 1303 S. 1 BGB, wenn der minderjährige Ehegatte, nachdem er volljährig geworden ist, zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will (**Bestätigung**), oder wenn **außergewöhnliche Umstände** vorliegen, bei denen die Aufhebung der Ehe eine so **schwere Härte** für den minderjährigen Ehegatten darstellen würde, dass die **Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten** erscheint. Letzteres wird man der Gesetzesbegründung zufolge bspw. bei einer schweren und lebensbedrohlichen Erkrankung oder einer krankheitsbedingten Suizidgefahr des minderjährigen Ehegatten annehmen können.¹⁹⁷

- 57d** Zur Aufhebbarkeit einer fehlerhaften, aber zunächst wirksamen Ehe vgl. im Übrigen Rn 71 ff. und 78 ff.

III. Der Eheschließungsakt

- 58** Die Ehe basiert auf dem **Konsensprinzip**. Sie ist ein gegenseitiger personenrechtlicher **Vertrag**¹⁹⁸ zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts. Erklärt wird der Wille, die Ehe miteinander einzugehen (Ehewillenserklärung). Mit dem wirksamen Abschluss des Vertrags treten sämtliche Rechtswirkungen der Ehe (Verpflichtung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft; Vergünstigungen im Steuerrecht etc.) ipso jure ein,

¹⁹⁶ Vgl. auch *Wellenhofer*, in: MüKo, § 1308 Rn 1.

¹⁹⁷ BT-Drs. 18/12086, S. 22.

¹⁹⁸ Das Konsensprinzip darf nicht mit dem **Ehevertrag** nach § 1408 BGB verwechselt werden.

d.h. ohne Rücksicht darauf, ob den Partnern die Rechtswirkungen der Ehe im Einzelnen bewusst bzw. von diesen gewollt sind¹⁹⁹.

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

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

Darüber hinaus kann sich die Pflicht zur Mitarbeit in der Praxis des M aus dem *familienrechtlichen Rücksichtnahmegebot* (§ 1356 II S. 2 BGB) ergeben. Das ist dann der Fall, wenn das Zusammenwirken im Betrieb bzw. in der Praxis die einverständlich gewählte Gestaltungsform der konkreten Ehegemeinschaft darstellt. Zu nennen wäre bspw. der kleine Familienbetrieb, der nur deshalb bestehen kann, weil *beide* Ehepartner ihre Arbeitskraft einbringen. Typischerweise trifft dies auf Kleinstbetriebe in der Landwirtschaft, in der Gastronomie (etwa Café) und im Handwerk zu.²⁰⁰ Eine Verweigerung kann grob rücksichtslos sein und dem ehelichen Rücksichtnahmegebot zuwiderlaufen, woraus sich eine Mitarbeitspflicht ergibt.

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

1. Vorbereitendes Verfahren

Zuständig für die Eheschließung ist gem. § 11 I PStG jedes deutsche Standesamt. Jedoch müssen die Heiratswilligen ihre beabsichtigte Eheschließung bei dem Standesamt anmelden, in dessen Zuständigkeitsbereich einer der beiden seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 12 I PStG).²⁰¹ Sie haben die für die Eheschließung relevanten Daten (Personenstand; Wohnsitz; Staatsangehörigkeit; ggf. letzte Eheschließung und deren Auflösung) durch Vorlage öffentlicher Urkunden nachzuweisen (§ 12 II PStG). Das Standesamt muss dann prüfen, ob der Eheschließung ein Hindernis entgegensteht (§ 13 I S. 1 PStG). Reichen dazu die nach § 12 II PStG vorgelegten Urkunden nicht aus, haben die Eheschließenden weitere Urkunden oder sonstige Nachweise vorzulegen (§ 13 I S. 2 PStG).

Stellt danach der Standesbeamte fest, dass die Eheschließungsvoraussetzungen nicht vorliegen, teilt er den Eheschließungswilligen mit, dass die Eheschließung nicht vor-

¹⁹⁹ Schwab, FamR, § 14 Rn 61.

²⁰⁰ Schwab, FamR, § 23 Rn 127.

²⁰¹ Das **Aufgebotsverfahren** ist seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (EheschIRG) am 1.7.1998 entfallen (siehe Rn 50).

genommen werden kann. Das gilt auch und insbesondere dann, wenn ein Versagungsgrund nach § 1310 I S. 3 BGB vorliegt, wenn also offenkundig ist,

- dass die Ehe nach § 1314 II BGB aufhebbar wäre,
- oder wenn nach Art. 13 III EGBGB die Ehe unwirksam wäre
- oder die Aufhebung der Ehe in Betracht kommt.

Gegen die Ablehnungsentscheidung steht der Rechtsweg vor dem Familiengericht offen (§ 49 I PStG).

Liegen aber keine rechtlichen Hindernisse vor, darf der Standesbeamte seine Mitwirkung an der Eheschließung nicht verweigern (§ 1310 I S. 2 BGB). Es ergeht die Mitteilung an die Verlobten, dass die Eheschließung vorgenommen werden kann (§ 13 IV S. 1 Halbs. 1 PStG). Vor der Eheschließung muss er die Eheschließenden auch befragen, ob sich seit der Anmeldung ihrer Eheschließung Änderungen in ihren die Ehevoraussetzungen betreffenden tatsächlichen Verhältnissen ergeben haben und ob sie einen **Ehenamen** bestimmen wollen (§ 14 I PStG).

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

2. Der Trauvorgang

- 60 Liegen die o.g. Voraussetzungen vor, kann die **Eheschließung** erfolgen. Die Eheschließenden müssen vor dem Standesbeamten persönlich und gleichzeitig erscheinen (§ 1311 S. 1 BGB). Stellvertretung und Botenschaft sind durch das Erfordernis persönlicher Erklärung also ausgeschlossen (vgl. bereits Rn 56). Zweck dieser Formvorschrift ist, den Konsens der Eheschließenden abzusichern, bestehende Zweifel zu erkennen und ihnen bewusst zu machen, dass sie unwiderrufliche, sehr weit reichende, höchstpersönliche Erklärungen abgeben.²⁰² Kann aber dieser Zweck auch anderweitig erreicht werden, stellt die Frage, ob § 1311 S. 1 BGB teleologisch erweitert werden muss.

Beispiel: Vor der Eheschließung mit M muss F noch einen wichtigen Geschäftstermin in den USA wahrnehmen. Sie plant, drei Tage vor dem Standesamtstermin nach Deutschland zurückzukehren. Da sie sich aber wegen einer Viruspandemie in Absonderung begeben muss und daher nicht nach Deutschland einreisen kann, fragt F telefonisch die Standesbeamtin, ob es genüge, wenn sie sich via Videokonferenztools (Skype, Zoom etc.) dazuschalte, damit der Hochzeitstermin nicht verschoben werden müsse.

Hinsichtlich der Eheschließung ordnet § 1311 S. 1 BGB an, dass die Eheschließenden ihre Erklärungen, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten abgeben müssen. § 147 I BGB regelt die Annahme von Anträgen unter Anwesenden. Nach mittlerweile etablierter Auffassung zählen Willenserklärungen, die im Rahmen von Chats und Videokonferenzen abgegeben werden, als unter Anwesenden abgegeben bzw. angenommen.²⁰³

Insofern würde die Eheschließungserklärung der F als unter Anwesenden zu beurteilen sein. Das aber könnte dem Zweck des § 1311 S. 1 BGB widersprechen, der den Konsens der Eheschließenden absichern soll; bestehende Zweifel sollen erkannt werden und den Eheschließenden soll bewusst werden, dass sie unwiderrufliche, sehr weit reichende, höchstpersönliche Erklärungen abgeben. Daher ist allgemein anerkannt, dass die Vorgabe, persönlich und gleichzeitig vor dem Standesbeamten die Eheschließungserklärung abzugeben, etwa bei einer Stellvertretung nicht gewahrt ist. Der Standesbeamte würde seine Mitwirkung an der Eheschließung verweigern (siehe § 1310 I S. 2 BGB), wenn ein

²⁰² Siehe bereits BGHZ 29, 137, 141.

²⁰³ Siehe etwa *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 147 Rn 5.

Stellvertreter erschiene. Ob aber auch eine Eheschließung mittels Videokonferenztools (Skype, Zoom etc.), bei der sich ein Eheschließender „dazuschaltet“, unzulässig wäre, ist nicht so einfach zu beantworten. § 147 I BGB steht dem nicht entgegen, da Willenserklärungen bei Videokonferenzen als unter Anwesenden abgegeben bzw. angenommen angesehen werden. Jedoch könnte das dem Schutzzweck des § 1311 S. 1 BGB widersprechen. Denn § 1311 S. 1 BGB soll den Konsens der Eheschließenden absichern; bestehende Zweifel sollen erkannt werden und den Eheschließenden soll bewusst werden, dass sie unwiderrufliche, sehr weit reichende, höchstpersönliche Erklärungen abgeben. Aber auch bei einer audiovisuellen Übertragung („virtuelle Anwesenheit“) wird man den Schutzzweck als gewahrt ansehen können. Rechtsmethodisch erreicht man dies durch eine teleologische Extension des § 1311 S. 1 BGB, indem man die „Anwesenheit“ als „virtuelle Anwesenheit“ versteht. Art. 6 I GG, der u.a. die Eheschließungsfreiheit schützt, dürfte für die hier vertretene Auffassung sprechen. Folgt man dem also, würde es genügen, wenn der Standesbeamte die Eheschließung anschließend beurkundete (§ 14 III S. 1 PStG). Die Unterschrift der Ehegatten (§ 14 III S. 2 Halbs. 2 BGB) könnte nachgeholt werden, da diesbezüglich eine Koinzidenz nicht vorgeschrieben ist.

Bevor der Standesbeamte an der Eheschließung mitwirkt, muss er zunächst die Identität der Erschienenen überprüfen und soll sie sodann **einzelnen befragen**, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und, nachdem die Eheschließenden diese Frage bejaht haben, **aussprechen**, dass sie nunmehr kraft Gesetzes rechtmäßig verbundene Eheleute sind (§ 1312 S. 1 BGB). Die Eheschließung kann in Gegenwart von einem oder zwei **Zeugen** erfolgen, sofern die Eheschließenden dies wünschen (§ 1312 S. 2 BGB). Im Übrigen soll die Eheschließung in einer der Bedeutung der Ehe entsprechenden **würdigen Form**, die dem Standesbeamten eine ordnungsgemäße Vornahme seiner Amtshandlung ermöglicht, vorgenommen werden (§ 14 II PStG). Im Anschluss an die Eheschließung sind die Erklärungen der Eheschließenden, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, vom Standesbeamten in einer Niederschrift zu **beurkunden**. Die Niederschrift muss alle im Eheregister zu beurkundenden Angaben enthalten; sie ist von den Ehegatten, den Trauzeugen (soweit vorhanden) und dem Standesbeamten zu **unterschreiben**. Die Niederschrift wird zu den Sammelakten des Eheeintrags genommen (§ 14 III PStG). Schließlich erfolgt die Eintragung der Ehe in das **Eheregister** (§ 15 PStG).

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

IV. Ehefähigkeit

1. Minderjährige, § 1303 BGB

Aufgrund des Umstands, dass eine Ehe sowohl besondere personenrechtliche als auch vermögensrechtliche Verpflichtungen beinhaltet, die (jedenfalls, was die vermögensrechtlichen Verpflichtungen betrifft) auch nach einer Scheidung fortwirken können (man denke an Zugewinnausgleich, Unterhaltsansprüche, Versorgungsausgleich, Erbrechte etc.), versteht es sich von selbst, dass die Rechtsordnung nur solche Eheschließungen zulassen kann, bei denen die Eheschließungswilligen die Tragweite ihrer Entscheidung auch absehen können. Es erschiene geradezu paradox, wenn z.B. ein Minderjähriger nicht am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen, aber die Ehe schließen dürfte. Daher setzt eine Eheschließung **Ehemündigkeit** der Ehemilligen voraus. Diese ist vom Gesetzgeber an die auch sonst maßgebliche Volljährigkeit, also an die Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 2 BGB) gekoppelt (§ 1303 BGB).

61

- 61a** Die früher bestehende Möglichkeit, dass das Familiengericht auf Antrag eine Befreiung von dem erforderlichen Mindestalter erteilen kann, wenn der Antragsteller das 16. Lebensjahr vollendet hat und sein künftiger Ehepartner volljährig ist (§ 1303 II BGB a.F.), wurde mit Wirkung zum 22.7.2017 abgeschafft²⁰⁴ (siehe bereits Rn 54/56). Diese anachronistische Regelung, die offenbar dem Umstand geschuldet war, eine schwangere minderjährige Frau verheiraten zu können, damit diese nicht ein „uneheliches“ Kind gebären muss, mag bis Mitte des 20. Jahrhunderts ihre Berechtigung gehabt haben, ist aber in einer modernen Gesellschaft, in der sowohl die unverheiratete Mutter als auch das nichteheliche Kind die gleiche gesellschaftliche Akzeptanz und den gleichen Schutz genießen wie verheiratete Mütter und eheliche Kinder (vgl. Art. 6 IV und V GG), nicht mehr erforderlich; im Übrigen sind die ursprünglichen Beweggründe für diese Regelung auch nicht mehr gewichtig genug, um die Argumente, die eine Ehemündigkeit begründen, zu tragen.
- 61b** Ein weiterer Grund für die Knüpfung der Ehemündigkeit an die Volljährigkeit besteht darin, dass im Zuge der Migration von Flüchtlingen junge Frauen in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind, die teilweise bereits mit einem Alter von unter 14 Jahren (zwangsweise) verheiratet worden sind. Bei derart jungen Mädchen wird man kaum annehmen können, sie hätten die Tragweite ihrer Entscheidung erfasst oder gar eine Wahl gehabt. Richtig ist daher der Vorstoß des Gesetzgebers, eine **Aufhebbarkeit** bzgl. Ehen, die entgegen § 1303 S. 1 BGB mit Minderjährigen geschlossen worden sind, die zum Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr vollendet hatten, anzuordnen, und sogar eine **Unwirksamkeit** bzgl. solcher Ehen anzuordnen, die mit Minderjährigen geschlossen worden sind, die noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet haben (§ 1303 S. 2 BGB).
- 61c** Ist die Unwirksamkeitsanordnung bzgl. solcher Ehen, die mit Minderjährigen geschlossen worden sind, die noch **nicht das 16. Lebensjahr** vollendet haben (§ 1303 S. 2 BGB), noch so sehr zu begrüßen, darf nicht übersehen werden, dass sie auch Probleme mit sich bringen kann, etwa für den Fall des Vorhandenseins von Kindern, die bei einer Unwirksamkeitserklärung in Bezug auf die Ehe ohne juristischen Vater dastünden. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Regelung in Art. 229 § 44 I S. 1 EGBGB eine Überleitungsvorschrift geschaffen, wonach die Neuregelung (d.h. § 1303 S. 2 BGB n.F.) für Ehen, die vor Inkrafttreten der Neuregelung geschlossen worden sind, nicht anzuwenden ist. An die Stelle der Unwirksamkeit tritt die Aufhebbarkeit nach den Regelungen, die vor Inkrafttreten der Neuregelung bestanden, Art. 229 § 44 I S. 2 EGBGB. Jedoch ist zu beachten, dass sich die Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 44 I EGBGB aufgrund der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 1303 S. 2 BGB nur auf im Inland geschlossene Ehen beziehen kann.²⁰⁵ Bezüglich im Ausland geschlossener Ehen mit Personen, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, gilt die Regelung des Art. 229 § 44 IV EGBGB, der auf Art. 13 III Nr. 1 EGBGB verweist.²⁰⁶ Danach sind nach deutschem Recht Ehen **unwirksam**, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte.
- 61d** In Bezug auf eine Ehe, die mit einem **Minderjährigen** geschlossen worden ist, der das **16. Lebensjahr** vollendet hat, greift die Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 44 EGBGB nicht. So bezieht sich Art. 229 § 44 I EGBGB lediglich auf eine Ehe, die mit einer Person geschlossen worden ist, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Zudem betrifft Art. 229 § 44 I EGBGB lediglich Inlandsehen (s.o.). Art. 229 § 44 II EG-

²⁰⁴ BGBl I 2017, S. 2429.

²⁰⁵ BGH NJW 2020, 3777, 3779 unter Berufung auf BT-Drs. 18/12086 S. 24; BR-Drs. 275/17 S. 26.

²⁰⁶ BGH NJW 2020, 3777, 3779.

BGB bezieht sich zwar auch auf § 1303 S. 1 BGB, knüpft allerdings an den Umstand an, dass die Ehe unter Befreiung vom Erfordernis der Volljährigkeit nach § 1303 II-IV BGB a.F. (das sind die bei Rn 61a genannten Fälle) geschlossen worden ist. Das impliziert zugleich, dass es sich zwingend um Inlandsehen handeln muss, denn hinsichtlich Auslandsehen konnte es keine Befreiung vom Erfordernis der Volljährigkeit nach § 1303 II-IV BGB a.F. geben. Daher gilt in Bezug auf eine Ehe, die mit einem Minderjährigen geschlossen worden ist, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, die Regelung des § 1303 S. 1 BGB mit der Möglichkeit der Aufhebung nach § 1314 I Nr. 1 BGB. Das gilt auch für Ehen, die im **Ausland** geschlossen worden sind. Denn nach Art. 13 III Nr. 2 EGBGB ist die Ehe, auch wenn die Ehemündigkeit eines Verlobten nach Art. 13 I EGBGB ausländischem Recht unterliegt, aufhebbar, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte. Die auf den ersten Blick freilich nicht leicht zu überblickende Regelung war auch Gegenstand eines BGH-Beschlusses:

Beispiel²⁰⁷: Die Ehegatten, damals beide libanesische Staatsangehörige muslimischen Glaubens, schlossen vor rund 19 Jahren im Libanon die Ehe. Zum Zeitpunkt der Eheschließung war der Mann (M) 21 Jahre alt, die Frau (F) stand rund zwei Monate vor ihrem 17. Geburtstag. 2 Jahre später immigrierte das Ehepaar nach Deutschland. In der Folgezeit wurden vier Kinder geboren. Vor ca. 2 Jahren trennten sich die Eheleute. Seit der Trennung leben die vier Kinder im Haushalt der F, die einen neuen Lebensgefährten hat. Die Ehegatten sind inzwischen nach islamischem Recht geschieden. Anlässlich einer standesamtlichen Beurkundung teilte F auf Nachfrage der Standesbeamtin mit, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen. Daraufhin beantragte die Behörde beim Amtsgericht, die Ehe aufzuheben, weil F bei der Eheschließung minderjährig gewesen sei.

Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Ehe könnten gem. § 1314 I Nr. 1 BGB vorliegen. Danach kann eine Ehe aufgehoben werden, wenn sie entgegen § 1303 S. 1 BGB mit einem Minderjährigen geschlossen worden ist, der im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr vollendet hatte. Jedoch könnte sich etwas anderes aus der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 44 I S. 1 EGBGB ergeben, wonach die Neuregelung (d.h. § 1303 S. 1 und § 1314 I Nr. 1 BGB n.F.) für Ehen, die vor Inkrafttreten der Neuregelung geschlossen worden sind, nicht anzuwenden ist. Die vorliegend zu beurteilende Ehe fällt in diese zeitliche Ebene. Allerdings greift die Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 44 EGBGB nicht. So bezieht sich Art. 229 § 44 I EGBGB lediglich auf eine Ehe, die mit einer Person geschlossen worden ist, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. F war zum Zeitpunkt der Eheschließung bereits 16 Jahre alt. Zudem betrifft Art. 229 § 44 I EGBGB lediglich Inlandsehen (s.o.). Art. 229 § 44 II EGBGB bezieht sich zwar auch auf § 1303 S. 1 BGB (und damit auf Ehen, bei denen einer der Eheschließenden das 16., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat), knüpft allerdings an den Umstand an, dass die Ehe unter Befreiung vom Erfordernis der Volljährigkeit nach § 1303 II-IV BGB a.F. (das sind die bei Rn 61a genannten Fälle) geschlossen worden ist. Das impliziert zugleich, dass es sich zwingend um Inlandsehen handeln muss, denn hinsichtlich Auslandsehen konnte es keine Befreiung vom Erfordernis der Volljährigkeit nach § 1303 II-IV BGB a.F. geben. Daher gilt in Bezug auf eine Ehe wie die vorliegend zu beurteilende, die mit einem Minderjährigen geschlossen worden ist, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, die Regelung des § 1303 S. 1 BGB mit der Möglichkeit der Aufhebung nach § 1314 I Nr. 1 BGB. Das gilt auch für Ehen, die im Ausland geschlossen worden sind. Denn nach Art. 13 III Nr. 2 EGBGB ist die Ehe, auch wenn die Ehemündigkeit eines Verlobten nach Art. 13 I EGBGB ausländischem Recht unterliegt, aufhebbar, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte.²⁰⁸

²⁰⁷ Nach BGH NJW 2020, 3777.

²⁰⁸ Der BGH greift in seinem Beschluss NJW 2020, 3777 in Rn 21-24 noch die Auffassung auf, die eine analoge Anwendung des (wie aufgezeigt nur für Inlandsehen geltenden) Art. 229 § 44 II EGBGB auf vor dem 22.7.2017 geschlossene

Die Eingehung der Ehe

Zwischenergebnis: Insoweit bleibt festzuhalten, dass die zwischen M und F geschlossene Ehe der Aufhebungsmöglichkeit des § 1314 I Nr. 1 BGB unterliegt.

Dem könnte allerdings der Ausschlussgrund des § 1315 I S. 1 Nr. 1 BGB entgegenstehen. Danach ist bei einem Verstoß gegen § 1303 S. 1 BGB eine Aufhebung der Ehe ausgeschlossen, wenn der minderjährige Ehegatte, nachdem er volljährig geworden ist, zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will (Bestätigung), oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände die Aufhebung der Ehe eine so schwere Härte für den minderjährigen Ehegatten darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten erscheint.

F hat nicht zu erkennen gegeben, dass sie die Ehe fortsetzen will. Im Gegenteil, sie hat ausdrücklich zu verstehen gegeben, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen. Außergewöhnliche Umstände, nach denen die Aufhebung der Ehe eine so schwere Härte für F darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten erscheint, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Ausschlussstatbestand des § 1315 I S. 1 Nr. 1 BGB greift also nicht.

Mithin bleibt es also bei der Aufhebbarkeit nach § 1314 I Nr. 1 BGB. Das wirft aber die Frage auf, ob bei Vorliegen dieses (oder eines anderen) Aufhebungsgrundes die Ehe auch aufgehoben werden muss. Dagegen spricht der klare Wortlaut des § 1314 I Nr. 1 BGB, wo von „kann aufgehoben werden“ die Rede ist. Der Wortsinn dieser Formulierung deutet also auf ein Ermessen hin. Gleichwohl wird insbesondere in der Literatur die Auffassung vertreten, dass das Familiengericht bei Vorliegen eines Aufhebungsgrundes die Ehe auch aufheben muss.²⁰⁹ Das „kann“ in § 1314 BGB stelle die Aufhebung einer Ehe lediglich in den Machtbereich des Gerichts, nicht in dessen Ermessen.²¹⁰ Diese Auffassung versteht das Wort „kann“ also als „Kompetenz-Kann“, nicht als „Ermessens-Kann“. Der BGH ist dieser Auffassung entgegengetreten.²¹¹ Er hat entschieden, dass dem Familiengericht ein Ermessen bei der Entscheidung über die Aufhebung zusteht. Zwar sprächen die Erwägungen des Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien eher gegen die Annahme, dass § 1314 I Nr. 1 BGB dem Familiengericht bei einem Verstoß gegen das Ehemündigkeitsalter durch Eheschließung eines 16 oder 17 Jahre alten Minderjährigen bei der Aufhebungsentscheidung ein Ermessen einräume²¹², gleichwohl spreche der Wortlaut des § 1314 BGB für die Einräumung eines Ermessens; anderenfalls hätte es „muss“ lauten müssen²¹³. Die Verneinung eines gerichtlichen Ermessens würde in den Fällen der Eheaufhebung wegen Verstoßes gegen das Erfordernis der Ehemündigkeit zudem zur Verfassungswidrigkeit der Norm führen, weshalb sie verfassungskonform ausgelegt werden müsse.²¹⁴ Denn eine – außer bei Vorliegen eines Aufhebungsausschlusses – zwingende Eheaufhebung würde eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung sowohl mit nach deutschem Recht geschlossenen Ehen als auch mit Auslandsehen darstellen, bei denen ein Ehegatte bei Eheschließung jünger als 16 Jahre gewesen sei.²¹⁵ Die Annahme einer zwingenden Eheaufhebung unter Ausschluss eines gerichtlichen Ermessens wäre zudem unvereinbar mit dem von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 GG gebotenen

Auslandsehen von Minderjährigen annimmt. Zu Recht folgt der BGH dieser Auffassung nicht. Der Gesetzgeber habe klar formuliert, dass die Regelung, die zur Aufhebbarkeit von Ehen getroffen wurde, die mit einer Person geschlossen worden sind, die bei Eheschließung das 16., nicht aber das 18. Lebensjahr vollendet hatte, auch für nach ausländischem Recht wirksam geschlossene Ehen gelten soll (Rn 23 des Beschlusses mit Verweis auf BT-Drs. 18/12086 S. 1 f.; BR-Drs. 275/17 S. 1 f.). Für eine Analogie fehlt daher bereits die Planwidrigkeit einer etwaigen Regelungslücke.

²⁰⁹ Der BGH (NJW 2020, 3777, 3779, 3781) verweist auf *Coester-Waltjen*, IPrax 2017, 429, 434; *Erbarth*, FamRB 2018, 296, 297; *Löhnig*, FamRZ 2018, 749, 750; *Onwuagbaizu*, NZFam 2019, 465, 467; *Rauscher*, NJW 2018, 3421, 3422.

²¹⁰ *Hahn*, in: BeckOK, § 1314 Rn 1 (54. Edition, Stand: 1.5.2020) mit Verweis auf *Löhnig*, FamRZ 2018, 749. Auch bei *Siede*, in: Grüneberg, § 1314 Rn 1 heißt es: „ermöglichen soll“, was nicht auf ein Ermessen des Gerichts hindeutet.

²¹¹ BGH NJW 2020, 3777, 3781.

²¹² BGH NJW 2020, 3777, 3781 mit Verweis auf den Willen des Gesetzgebers. Dieser führe aus, die Aufhebung habe „grundsätzlich immer zu erfolgen“ (BT-Drs. 18/12086 S. 2; BR-Drs. 275/17 S. 1) bzw. solle „den Regelfall darstellen“ (BT-Drs. 18/12086 S. 15; BR-Drs. 275/17 S. 15).

²¹³ BGH NJW 2020, 3777, 3781.

²¹⁴ BGH NJW 2020, 3777, 3781.

²¹⁵ BGH NJW 2020, 3777, 3781 f.

Schutz des Kindeswohls.²¹⁶ Schließlich verstieße eine Auslegung, nach der § 1314 I Nr. 1 BGB dem Gericht bei Vorliegen des Eheaufhebungsgrundes kein Ermessen gewährt, auch gegen Art. 6 I GG unter dem Gesichtspunkt des aus Art. 20 III GG abgeleiteten Vertrauensschutzes.²¹⁷ Dem sei mit einer Gesetzesauslegung zu begegnen, nach der das Gericht von einer Eheaufhebung ausnahmsweise absehen könne, wenn feststehe, dass die Aufhebung in keiner Hinsicht unter Gesichtspunkten des Minderjährigenschutzes geboten sei, sondern vielmehr gewichtige Umstände gegen sie sprächen.²¹⁸ Im zu entscheidenden Fall führe diese Ermessensausübung zum Absehen von der Eheaufhebung. Umstände, die eine solche zum Schutz der bei Eheschließung fast 17-jährigen Ehefrau gebieten würden, lägen nicht vor. Vielmehr sei sie inzwischen 35 Jahre alt, habe die fast 14 Jahre des ehelichen Zusammenlebens mit dem Antragsgegner ausschließlich in Deutschland verbracht und nach Erreichen der Volljährigkeit mit diesem zusammen vier eheliche Kinder gezeugt. Eine Eheaufhebung würde mithin in krassem Gegensatz zu der langjährig bewusst im Erwachsenenalter gelebten Familienwirklichkeit stehen. Soweit die Ehefrau die Aufhebung der langjährig gelebten Ehe wünsche, führe dies zu keinem anderen Ergebnis der Ermessensausübung, weil die Ehefrau über die Aufhebung der Ehe nicht disponieren könne. Vielmehr stehe ihr insoweit die Scheidung der Ehe offen.²¹⁹

Stellungnahme: Der BGH begründet seine Auffassung ausführlich und zeigt auf, warum nicht nur das Wortlautargument für die Annahme einer gerichtlichen Ermessensentscheidung spricht, sondern auch eine verfassungskonforme Auslegung zu diesem Ergebnis zwingt. Zwar hat der Gesetzgeber bereits mit § 1315 I Nr. 1 BGB Ausschlussgründe formuliert, dabei aber nicht die Kindeswohlinteressen berücksichtigt, die einer Eheauflösung entgegenstehen könnten. Und auch für die Frau, die sich aus der Ehe lösen möchte, könnte die Aufhebung, über die sie ja nicht disponieren kann, unzumutbare Folgen bewirken, denn das naheheliche Unterhaltsrecht, der Versorgungsausgleich und der Zugewinnausgleich knüpfen an die Scheidung an. § 1318 BGB ordnet zwar die Geltung der meisten, aber nicht aller Scheidungsfolgenrechte an. Der BGH-Beschluss führt also richtigerweise dazu, dass trotz Vorliegens eines Aufhebungsgrundes (§ 1314 BGB) und Nichtvorliegens eines Ausschlussgrundes (§ 1315 BGB) die Aufhebung nicht die zwingende Rechtsfolge ist. Vielmehr ist dem Gericht ein Ermessen einzuräumen, um den Grundrechten der Beteiligten auf Rechtsfolgenseite hinreichend Rechnung tragen zu können. Daher kann das Familiengericht etwa auch die Aufhebung der Ehe versagen, wenn sie mit Kindeswohlinteressen nicht vereinbar wäre.

§ 1633 BGB bestimmt auch nach der Gesetzesänderung, dass sich die Personensorge des Sorgeberechtigten für einen Minderjährigen, der verheiratet ist oder war, auf die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten beschränkt. Jedoch wurde § 1633 BGB in der Verweisnorm des § 1800 S. 1 BGB gestrichen, sodass der verheiratete Minderjährige nunmehr – wie ein unverheirateter Minderjähriger – vollumfänglich der Sorge des Vormunds unterstellt ist, sofern ein Vormund bestellt worden ist. **61e**

Liegen die Voraussetzungen des § 1303 BGB nicht vor, muss der Standesbeamte seine Mitwirkung an der Eheschließung ablehnen. § 1310 I S. 3 BGB stellt dies zudem klar für den Fall, dass die Ehe offenkundig nach § 1314 II BGB aufhebbar wäre oder nach Art. 13 III EGBGB die Ehe unwirksam wäre oder die Aufhebung der Ehe in Betracht kommt. Zur Aufhebbarkeit entgegen § 1303 S. 1 BGB geschlossener Ehen vgl. Rn 56; zum Ausschluss der Aufhebbarkeit vgl. Rn 57c. **62**

²¹⁶ BGH NJW 2020, 3777, 3782.

²¹⁷ BGH NJW 2020, 3777, 3782.

²¹⁸ BGH NJW 2020, 3777, 3782.

²¹⁹ BGH NJW 2020, 3777, 3782.

2. Geschäftsunfähige, § 1304 BGB

- 63 Wer geschäftsunfähig ist, kann eine Ehe nicht eingehen (§ 1304 BGB). § 104 BGB wiederum beschreibt, wer geschäftsunfähig ist, wobei im Rahmen der Eheschließung ausschließlich § 104 Nr. 2 BGB in Betracht kommen dürfte. Die Nichtigkeit von Willenserklärungen, die von Geschäftsunfähigen abgegeben werden, ist allgemein in § 105 I BGB angeordnet und findet im Eherecht durch § 1304 BGB („Ehegeschäftsfähigkeit“) ihre grundsätzliche Bestätigung. Allerdings enthält das Eherecht spezielle Rechtsfolgenregelungen. So regelt § 1314 I BGB speziell und abschließend, dass der Mangel der Geschäftsfähigkeit zur Aufhebbarkeit (also nicht zur Nichtigkeit) dieser Ehe führt, und zwar (nur) mit Wirkung für die Zukunft (und nicht von Anfang an).

Beispiel: Der volljährige M leidet an einer dauerhaften psychopathologischen Störung. Diesbezüglich ist er auch in psychiatrischer Behandlung. Der behandelnde Arzt hat eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit und den Ausschluss der freien Willensbildung attestiert. Seiner Verlobten F verschweigt M diesen Umstand. Schließt M nun mit F die Ehe, ist fraglich, ob § 104 Nr. 2 BGB der Wirksamkeit der Eheschließung entgegensteht.

Da die Störung der Geistestätigkeit und der Ausschluss der Willensbildung nicht nur vorübergehend sind, liegt ein Fall des § 104 Nr. 2 BGB vor. M erfüllt damit nicht die Voraussetzungen, unter denen eine Person heiraten kann. Gleichwohl ist die Eheschließung wirksam, weil nicht § 105 I BGB, sondern § 1314 I Nr. 2 BGB i.V.m. § 1304 BGB greift. Die Ehe kann also durch richterliche Entscheidung auf Antrag (vgl. § 1313 BGB) aufgehoben werden. Antragsberechtigt wären vorliegend F (§ 1316 I Nr. 1 S. 1 BGB), der gesetzliche Vertreter des M (§ 1316 II S. 1 BGB) sowie die Verwaltungsbehörde (§ 1316 I Nr. 1, III S. 1 BGB).

- 64 Da § 104 Nr. 2 BGB weiterhin verlangt, dass sich die Person „in einem Zustand befindet...“, besteht in **lichten Augenblicken** (sog. *lucida intervalla*) Geschäftsfähigkeit. In diesen Momenten kann der ansonsten nach § 104 Nr. 2 BGB Geschäftsunfähige selbst wirksame Willenserklärungen (und damit auch die Erklärung zur Eheschließung) abgeben.²²⁰ Ist die Geistestätigkeit also lediglich zeitweilig gestört, ist der Betreffende in den lichten Intervallen voll geschäfts- und ehefähig.²²¹

Beispiel: Der volljährige M leidet an Zyklomanie. Dies ist eine Krankheit, bei der der Betroffene abwechselnd in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen in Phasen übersteigerter Euphorie und Depression gerät. Schließt M mit F nun die Ehe, ist fraglich, ob § 104 Nr. 2 BGB der Wirksamkeit der Eheschließung entgegensteht.

Hier hängt die Rechtsfolge des § 1304 BGB davon ab, ob die Ehe während oder außerhalb einer Krankheitsphase geschlossen wurde. Sofern dies außerhalb einer solchen geschah, ist die Ehe wirksam und auch nicht aufhebbar.

- 65 Schließlich ist – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der durch Art. 6 I GG gewährleisteten Eheschließungsfreiheit – anerkannt, dass sich die (Ehe-)Geschäftsunfähigkeit auch nur auf einen bestimmten gegenständlich abgegrenzten Bereich von Angelegenheiten beschränken kann. Hier wird von einer **partiellen (Ehe-)Geschäftsunfähigkeit** gesprochen.²²²

Beispiel: M ist krankhaft eifersüchtig. Diesbezüglich ist er auch in psychiatrischer Behandlung. Der behandelnde Arzt hat eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit und

²²⁰ Wellenhofer, in: MüKo, § 1304 Rn 5.

²²¹ Wellenhofer, in: MüKo, § 1304 Rn 5.

²²² Vgl. dazu allgemein etwa BayOblG NJW 1992, 2100, 2101; R. Schmidt, BGB AT, Rn 944; Brox/Walker, BGB AT, Rn 265; Medicus/Petersen, BGB AT, Rn 542; Köhler, BGB AT, § 10 Rn 4. Speziell zum Eherecht vgl. BVerfG FamRZ 2008, 359, 360 f.; Wellenhofer, in: MüKo, § 1304 Rn 3.

Die Eingehung der Ehe

eine partielle Geschäftsunfähigkeit attestiert. Seiner Verlobten F verschweigt M diesen Umstand. Die beiden heiraten.

Da sich die partielle Geschäftsunfähigkeit auf die Eifersucht und damit auf einen Bereich bezieht, der die Ehe betrifft, ist die freie Willensbestimmung des M insoweit ausgeschlossen (§ 104 Nr. 2 BGB). Zwar ist die Eheschließung wirksam, die Ehe kann allerdings gem. § 1314 I Nr. 2 BGB i.V.m. § 1304 BGB aufgehoben werden (s.o.).

Für andere Bereiche kann aber durchaus eine Ehegeschäftsfähigkeit zu bejahen sein kann; diese ist vor dem Hintergrund der von Art. 6 I GG geschützten Eheschließungsfreiheit, die zur engen Auslegung des § 104 Nr. 2 BGB und der Eehinderungsgründe der §§ 1304 ff. BGB zwingt, sogar geboten.²²³ So ist der Betroffene nicht daran gehindert, wirksam eine Ehe einzugehen, wenn sich die partielle Geschäftsunfähigkeit auf auf einen Bereich bezieht, der mit der Ehemündigkeit nichts zu tun hat. Entscheidend ist stets die Einsicht in die Bedeutung der Ehe und die Freiheit des Willensentschlusses zur Eingehung der Ehe. 66

Beispiel: M leidet an einer manisch-depressiven Erkrankung (d.h. an einer bipolaren Störung), die sich dadurch kennzeichnet, dass er sowohl depressive als auch manische Phasen erlebt, die von gegensätzlichen Symptomen geprägt sind. Die Symptome kennzeichnen sich durch extreme Stimmungen und Emotionen; gelegentlich treten auch psychotische Störungen auf, in denen M als geschäftsunfähig gilt. Außerhalb dieser Episoden ist er aber voll geschäftsfähig.

Findet der Eheschließungsakt also in einer Phase der Geschäftsunfähigkeit statt, greift an sich § 104 Nr. 2 BGB. Mit Blick auf die von Art. 6 I GG geschützte Eheschließungsfreiheit, die zur engen Auslegung des § 104 Nr. 2 BGB zwingt (s.o.), greift auch § 1304 BGB nicht, sofern M die Einsicht in die Bedeutung der Ehe und die Freiheit des Willensentschlusses zur Eingehung der Ehe entwickeln konnte.

Vermag der Betreffende den Sinn der Ehe und die damit bewirkte Änderung im Leben aber nicht zu erkennen, steht § 1304 BGB einer wirksamen Eheschließung entgegen. Verkennt er indes (lediglich) die rechtlichen Konsequenzen einer Ehe, greift § 1304 BGB wiederum nicht.²²⁴

Eine Betreuung gem. § 1896 BGB beeinträchtigt nicht automatisch die Ehefähigkeit, auch wenn ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet wurde. Denn ein Einwilligungsvorbehalt kann sich nicht auf eine Willenserklärung erstrecken, die auf Eingehung einer Ehe gerichtet ist (§ 1903 II Nr. 1 BGB). Der Standesbeamte muss daher in Zweifelsfällen nötigenfalls aufgrund eigener Ermittlungen prüfen (vgl. § 13 PStG), ob ggf. eine Geschäftsunfähigkeit i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB vorliegt, was meist nur mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln sein wird.²²⁵ 67

Den Antrag auf Aufhebung der Ehe wegen eines Verstoßes gegen § 1304 BGB können jeder Ehegatte sowie die zuständige Verwaltungsbehörde stellen (§ 1316 I Nr. 1 BGB), die in der Regel tätig werden soll (§ 1316 III S. 1 BGB). Für den geschäftsunfähigen Ehegatten stellt den Antrag sein gesetzlicher Vertreter (§ 1316 II S. 1 BGB), z.B. sein Betreuer. Der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige kann den Antrag nur selbst stellen und bedarf dazu nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 1316 II S. 2 BGB). 68

²²³ BVerfG FamRZ 2003, 359, 360 f.

²²⁴ OLG Brandenburg FamRZ 2011, 216.

²²⁵ Roth, in: Erman, BGB, § 1304 Rn 3.

- 69 Umgekehrt kann die von einem Eheunfähigen geschlossene Ehe durch Bestätigung geheilt werden, wenn der betreffende Ehegatte nach Wegfall der Geschäftsunfähigkeit zu erkennen gibt, dass er die Ehe fortsetzen will (§ 1315 I S. 1 Nr. 2 BGB).
- 70 Die Eheschließung einer Person, die ihre Ehemillenserklärung im Zustand nur vorübergehender Störung der Geistestätigkeit oder der Bewusstlosigkeit abgegeben hat, unterfällt nicht der Regelung des § 104 Nr. 2 BGB i.V.m. § 1304 BGB i.V.m. § 1314 I Nr. 2 BGB, da § 104 Nr. 2 BGB einen dauerhaften Zustand der Geschäftsunfähigkeit fordert. Aber auch diese Ehe ist aufhebbar (§ 1314 II Nr. 1 Var. 2 BGB). Sie wird in der Rechtsfolge also der Eheschließung einer geschäftsunfähigen Person gleichgestellt.

V. Willensmängel bei der Eheschließung

- 71 Eine Eheschließung kann nicht nur wegen mangelnder Ehefähigkeit, sondern auch wegen Willensmängel fehlerhaft sein. Willensmängel können etwa vorliegen, wenn der Ehemillige bei Abgabe seiner Erklärung einem **Irrtum**, einer **Täuschung** oder gar einer **Drohung** unterliegt. Da die Eheschließung ein Rechtsgeschäft darstellt, wäre an sich an die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB über Willensmängel (§§ 116 ff., 119 ff. BGB) mit der Folge der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit zu denken. Jedoch enthält das Eheschließungsrecht eine Reihe von Spezialvorschriften, die den allgemeinen Vorschriften vorgehen. Statt eine Ex-tunc-Nichtigkeitswirkung anzuordnen, wie dies bei §§ 116 S. 2, 117 I, 118, 142 I BGB der Fall ist, geht das Eheschließungsrecht insgesamt von der grundsätzlichen Wirksamkeit auch einer fehlerhaften Ehe aus. Es lässt aber die Aufhebbarkeit mit Ex-nunc-Wirkung zu. Aufhebungsgründe sind abschließend in § 1314 BGB genannt. Danach kann eine Ehe **aufgehoben** werden, wenn
- sie entgegen den Vorschriften der §§ 1303 S. 1, 1304, 1306, 1307, 1311 BGB geschlossen wurde (§ 1314 I BGB – dazu bereits Rn 56),
 - ein Ehegatte sich bei der Eheschließung im Zustand der Bewusstlosigkeit (wobei eine hochgradige Bewusstseinsstörung genügt) oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befand (§ 1314 II Nr. 1 BGB – dazu bereits Rn 70),
 - ein Ehegatte bei der Eheschließung nicht gewusst hat, dass es sich um eine Eheschließung handelt (Unkenntnis der Eheschließung, § 1314 II Nr. 2 BGB),
 - ein Ehegatte zur Eingehung der Ehe durch arglistige Täuschung über solche Umstände bestimmt worden ist, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten, es sei denn, die Täuschung betrifft Vermögensverhältnisse oder ist von einem Dritten ohne Wissen des anderen Ehegatten verübt worden (§ 1314 II Nr. 3 BGB),
 - ein Ehegatte zur Eingehung der Ehe widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist (§ 1314 II Nr. 4 BGB – insbesondere Zwangsehe²²⁶)
 - oder beide Ehegatten sich bei der Eheschließung darüber einig waren, dass sie keine Verpflichtung gem. § 1353 I BGB begründen wollen (§ 1314 II Nr. 5 BGB – sog. Scheinehe – dazu bereits Rn 57).
- 72 Ein Vergleich der in § 1314 BGB genannten Aufhebungsgründe mit den Anfechtungsgründen der §§ 119 ff. BGB zeigt eine deutliche Einschränkung möglicher beachtlicher Tatbestände. So ist bei § 1314 BGB nur eine einzige Art des Irrtums beachtlich, nämlich wenn ein Ehegatte bei der Eheschließung **nicht gewusst** hat, dass es sich bei dem Vorgang, an dem er beteiligt war, um eine Eheschließung handelt (§ 1314 II Nr. 2

²²⁶ Vgl. dazu auch das am 1.7.2011 in Kraft getretene „Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz“ (BGBl I S. 1266) besprochen von *Sering*, NJW 2011, 2161 ff.

BGB). Hier wird in der Literatur der Fall genannt, dass der betreffende Ehegatte dachte, es handele sich um ein feierliches Verlöbnis oder um ein bloßes Schauspiel.²²⁷

Unbeachtlich sind auch **Irrtümer über persönliche Eigenschaften** des anderen Teils, z.B. der Irrtum über die Tatsache, dass der Partner schon im Zeitpunkt der Eheschließung unheilbar krank oder impotent war. Der Gesetzgeber ist der Ansicht, dass für solche Fälle die Möglichkeit der Ehescheidung eine hinreichende Lösung bietet.²²⁸

73

Beispiel: M und F heiraten, wobei F es lediglich auf das Vermögen des todgeweihten M abgesehen hat. Nach der Eheschließung stellt sich heraus, dass die Krankheit des M nun doch nicht zum Tode führt und dass der Erbfall wohl noch nicht so schnell eintreten wird.

F kann die Eheschließung nicht etwa wegen Eigenschaftsirrturns²²⁹ anfechten, weil § 1314 BGB insoweit abschließend die Folgen einer fehlerhaften Eheschließung regelt. Der Irrtum über Eigenschaften des Ehepartners ist vom Katalog des § 1314 BGB nicht erfasst, sodass vorliegend auch keine Aufhebung der Ehe in Betracht kommt. F ist daher auf das Scheidungsrecht (§§ 1564 ff. BGB) verwiesen, wobei ein Scheitern der Ehe festgestellt werden muss (§ 1565 I BGB), was wiederum grundsätzlich erst nach einem einjährigen Getrenntleben (§ 1565 II BGB) angenommen wird.

Eine Ehe ist aber aufhebbar, wenn ein Ehegatte zu ihrer Eingehung durch **arglistige Täuschung** über solche Umstände bestimmt worden ist, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Heirat abgehalten hätten (§ 1314 II Nr. 3 BGB). Zur Bestimmung des Begriffs der arglistigen Täuschung können die für § 123 BGB entwickelten Grundsätze herangezogen werden. Wie bei § 123 I Var. 1 BGB ist auch bei § 1314 II Nr. 3 BGB unter Täuschung die Erregung, Verstärkung oder Aufrechterhaltung einer Fehlvorstellung (Irrtum) über Tatsachen bei einem anderen zu verstehen. Tatsachen sind dem Beweis zugängliche Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit.²³⁰ Arglistig ist die Täuschung, wenn der Täuschende die Unrichtigkeit seiner Angaben kennt und in dem Bewusstsein handelt, dass der andere Teil durch die Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird.²³¹ Wie bei § 123 I Var. 1 BGB kann die arglistige Täuschung ausdrücklich, konkludent und durch Unterlassen, also durch pflichtwidriges Verschweigen relevanter Tatsachen begangen werden.²³² Der Täuschungsvorwurf unter dem Aspekt des Unterlassens liegt immer dann nahe, wenn ein Ehegatte den anderen über Umstände, die für dessen Heiratsentschluss bedeutsam sind, vorsätzlich im Unwissen oder Irrtum lässt. Eine allgemeine Offenbarungspflicht besteht aber nicht.²³³ Sie kann sich aber aus einer ausdrücklichen Nachfrage des anderen Teils, aus dem ausgesprochenen Verlangen, über einen bestimmten Punkt aufgeklärt zu werden, aber auch aus den Umständen folgen, wenn nämlich der andere Teil zu erkennen gibt, dass er auf einen bestimmten Punkt besonderen Wert legt.²³⁴ Vor allem aber ergibt sich aus dem Wesen der Ehe eine **Offenbarungspflicht** hinsichtlich solcher Umstände, die für die eheliche Gemeinschaft und das Familienleben von **grundlegender Bedeutung** sind.²³⁵

74

²²⁷ So *Schwab*, FamR, § 16 Rn 78. Freilich dürfte ein solcher Irrtum in der Praxis auszuschließen sein, zumal eine solche Eheschließung auch nicht vor einem Standesbeamten erfolgt. Zur Aufhebung der irrtümlich von einer der deutschen Sprache unkundigen Vietnamesin eingegangenen Inlandsehe vgl. AG Prüm FamRZ 2002, 1561.

²²⁸ *Schwab*, FamR, § 16 Rn 78.

²²⁹ Vgl. dazu *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1350 ff. gerade in Bezug auf den Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des Geschäftspartners.

²³⁰ *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 123 Rn 2; *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1373.

²³¹ BGH NJW 2001, 2326; *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 1411.

²³² BGH FamRZ 1958, 314, 315; *Schwab*, FamR, § 16 Rn 79.

²³³ BGH FamRZ 2006, 1201, 1202.

²³⁴ *Wellenhofer*, in: MüKo, § 1314 Rn 17.

²³⁵ BGH FamRZ 1958, 314, 315; *Wellenhofer*, in: MüKo, § 1314 Rn 17.

Beispiele²³⁶: Verschweigen der eigenen Zeugungsunfähigkeit oder einer durchgeführten, irreversiblen Sterilisation; Verschweigen von schwerwiegenden Erb- oder sonstigen Krankheiten; Verschweigen von unheilbaren oder ansteckenden Leiden (z.B. HIV; Tuberkulose, Hepatitis); Verschweigen von gleichgeschlechtlicher Veranlagung; Verschweigen des Vorhandenseins von Kindern (auch eines während der vorherigen Ehe außerehelich gezeugten Kindes²³⁷); Verschweigen von erheblichen Vorstrafen; Verschweigen der vorehelichen Ausübung der Prostitution (jedenfalls dann, wenn diese über einen längeren Zeitraum ausgeübt wurde); Verschweigen einer bestehenden Schwangerschaft; Verschweigen, dass bei einer Schwangerschaft (oder bei einem bereits geborenen Kind) auch ein anderer Mann als Erzeuger in Betracht kommt.

Dagegen begründet die bloße Nichtoffenbarung bestimmter Vorstellungen über die Eheführung (etwa über die intime Ehegestaltung) noch keine arglistige Täuschung durch Unterlassen. Etwas anderes kann aber z.B. bei einer (späteren) absoluten Beischlaf-unwilligkeit anzunehmen sein.

- 75 Im Rahmen des § 1314 II Nr. 3 BGB muss der betreffende Ehegatte zur Eingehung der Ehe durch arglistige Täuschung über solche Umstände bestimmt worden sein, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe **von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten** (Kausalität der Täuschung). Die Täuschung und der dadurch erregte Irrtum müssen sich also auf Umstände beziehen, die mit dem Sinn und Zweck der ehelichen Lebensgemeinschaft in Zusammenhang stehen. Umstände, die mit der Eheschließung in keinem Zusammenhang stehen, sind somit unbeachtlich.²³⁸
- 76 Eine Ehe ist ferner aufhebbar, wenn ein Ehegatte zu ihrer Schließung widerrechtlich durch **Drohung** bestimmt worden ist (§ 1314 II Nr. 4 BGB). Das betrifft in erster Linie die sog. **Zwangsheirat** (Rn 71), die für den Veranlassenden zudem unter Strafe gestellt ist (§ 237 StGB). Wer dabei die Drohung (oder die Gewalt) ausgeübt hat, ist unbedeutend.
- 77 Die genannten Mängel wegen Unkenntnis der Eheschließung, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung machen die Ehe **aufhebbar**. Antragsberechtigt ist ausschließlich der Ehegatte, dessen Erklärung vom Willensmangel betroffen war (§ 1316 I Nr. 2 BGB). Der Antrag kann in den Fällen des § 1314 II Nr. 2 und 3 nur binnen eines Jahres, im Falle des § 1314 II Nr. 4 BGB nur binnen drei Jahren gestellt werden (§ 1317 I S. 1 BGB). Die Frist beginnt mit der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung oder mit dem Aufhören der Zwangslage (vgl. näher § 1317 I S. 2 BGB). Die Aufhebung ist ausgeschlossen, wenn der Ehegatte, bei dem der Willensmangel vorliegt, nach Entdeckung des Irrtums/der Täuschung oder nach Beendigung der Zwangslage zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will (Bestätigung, § 1315 I S. 1 Nr. 4 BGB).

VI. Scheinehe/Aufenthaltsehe/Versorgungsehe

- 78 Bei diesen Verbindungen ist zweifelhaft, ob eine wirksame Ehe angenommen werden kann. Es ist zu differenzieren: Eine **Scheinehe** ist eine Ehe, die nur formal geschlossen wurde. Die Ehegatten sehen sich nicht verpflichtet, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu begründen bzw. gegenseitige Verantwortung füreinander zu übernehmen. Der Grund für das Eingehen einer Scheinehe liegt auf der Hand, wenn man sich die Rechtswirkungen, die eine Ehe entfaltet, vergegenwärtigt. So bestehen i.d.R. Steuerprivile-

²³⁶ Vgl. die Nachweise bei *Siede*, in: Grüneberg, § 1314 Rn 11; *Wellenhofer*, in: MüKo, § 1314 Rn 17.

²³⁷ OLG Karlsruhe FamRZ 2011, 564.

²³⁸ Vgl. auch *Wellenhofer*, in: MüKo, § 1314 Rn 15.

gien („Ehegattensplitting“ bei gemeinsamer Veranlagung zur Einkommensteuer; Verdoppelung des Sparerfreibetrags etc.), namens- und statusrechtliche Folgen (etwa Erwirkung eines Adelstitels), v.a. aber Wirkungen im Ausländerrecht (insbesondere Erwirkung eines Aufenthaltsrechts durch Heirat eines deutschen Staatsbürgers, vgl. Rn 23 und 57). Zumeist kommt eine Scheinehe zustande, weil derjenige, der für sich die Rechtsfolgen der Eheschließung in Anspruch nehmen möchte, dem anderen ein Entgelt gewährt oder verspricht.

Neben den sog. **Namens- oder Adelstitlehen** kommt insbesondere die Scheinehe zur Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis (sog. **Aufenthaltsehe**) in der Praxis vor. Denn wer als Ausländer (d.h. als Nicht-EU-Bürger) mit einem bzw. einer Deutschen verheiratet ist, hat unter den Voraussetzungen der §§ 28, 30 AufenthG ein Aufenthaltsrecht und die Chance, nach drei Jahren ehelichen Zusammenlebens eine von der ehelichen Gemeinschaft unabhängige Aufenthaltserlaubnis zu erhalten (§ 31 AufenthG).

Dass eine Scheinehe keinen Schutz verdient, liegt auf der Hand. Gleichwohl ist eine nur zum Schein geschlossene Ehe zunächst einmal **wirksam**; sie kann aber aufgehoben werden (§ 1314 II Nr. 5 BGB – dazu Rn 57). Ob aber (aus tatsächlichen Gründen) eine Scheinehe überhaupt geschlossen werden kann, ist angesichts der gesetzlichen Regelung fraglich. Zwar nicht direkt aus dem Wortlaut, aber aus der gesetzlichen Intention des § 13 II, IV PStG ergibt sich, dass der Standesbeamte seine Mitwirkung an der Eheschließung verweigert, wenn offenkundig ist, dass ein Ehehindernis besteht oder die Ehe aus bestimmten Gründen aufhebbar wäre; und dazu zählt auch der Verstoß gegen § 1314 II Nr. 5 BGB. Zwar werden die Eheschließenden ihren Vorbehalt, eine eigentliche Ehe nicht zu wollen, gerade vor dem Standesbeamten geheim halten, jedoch wird der Standesbeamte gem. § 13 II S. 1 PStG bei Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten dem Verdacht einer Scheinehe nachgehen, insbesondere die Verlobten (einzeln oder gemeinsam) befragen und ihnen die Beibringung geeigneter Nachweise aufgeben. Führen auch diese Mittel nicht zur Aufklärung des Sachverhalts, kann der Standesbeamte schließlich die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (EV) über Tatsachen verlangen, die für das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Aufhebungsgründen von Bedeutung sind (§ 13 II S. 2 PStG).

Verdachtsmomente, die zu einer solchen Scheineheprüfung führen, sind etwa große Altersunterschiede zwischen den Verlobten, Zweitwohnungen (bei im Übrigen bescheidenen Lebensumständen) oder die Existenz von (auch möglicherweise unwirksamen) notariellen Eheverträgen, die weitgehend vermögensrechtliche und unterhaltsrechtliche Wirkungen ausschließen. Umstände, die Zweifel am tatsächlich bestehenden Willen zur Begründung einer ehelichen Lebensgemeinschaft begründen, können sich auch aus dem bisherigen Aufenthalt eines Ausländers ergeben, wenn dieser z.B. vor seiner Eheschließung über einen längeren Zeitraum vergeblich versucht hat, ein dauerndes Bleiberecht im Bundesgebiet zu erhalten, und/oder sich seiner drohenden Abschiebung durch Untertauchen entzogen hat²³⁹ und nunmehr die Absicht verfolgt, die Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen einzugehen. Auch kann der Standesbeamte die Verlobten getrennt etwa nach der Situation des Kennenlernens, dem gemeinsamen Tagesablauf, der Freizeitgestaltung und nach zahlreichen Einzelumständen der Beziehung befragen. Erst wenn auch diese Befragung den Verdacht einer Scheinehe nicht auszuräumen vermag, kann der Standesbeamte die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verlangen.²⁴⁰ Bei dieser handelt es sich um ein Mittel der Beweisführung, wobei Tatsachenangaben gemacht werden und deren Richtigkeit besonders versi-

²³⁹ Vgl. BVerfG FamRZ 2003, 1000.

²⁴⁰ Freilich können die Heiratswilligen eine eidesstattliche Versicherung auch von sich aus anbieten. Das entbindet den Standesbeamten aber nicht von einer (separaten) Befragung der Heiratswilligen, insbesondere, wenn sich ihm der Verdacht aufdrängt, die Heiratswilligen böten nur deshalb die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung an, um eine entsprechende Befragung zu verhindern.

chert wird. Die besondere Bedeutung der eidesstattlichen Versicherung besteht darin, dass die Abgabe einer unwahren eidesstattlichen Versicherung eine Straftat gem. § 156 StGB darstellt.

- 80 Ist trotz Nachforschungen (und ggf. Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung) das Vorliegen des Aufhebungsgrundes nicht offenkundig, *muss* der Standesbeamte an der Eheschließung mitwirken. Das ergibt sich aus dem Umkehrschluss aus § 1310 I S. 2 BGB. Der Standesbeamte hat aber die Möglichkeit, in Zweifelsfällen eine Entscheidung des zuständigen Amtsgerichts darüber herbeiführen, ob er die Amtshandlung vorzunehmen hat (§ 49 II PStG).²⁴¹
- 81 Kommt eine Scheinehe zustande, ist sie gem. § 1314 II Nr. 5 BGB **aufhebbar** (s.o.), und zwar mit Wirkung für die Zukunft. Antragsbefugt sind der Ehegatte und die zuständige Verwaltungsbehörde, die durch Rechtsverordnung der Landesregierung bestimmt wird (§ 1316 I Nr. 1 BGB). Die Aufhebung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Ehegatten nach der Eheschließung als Ehegatten miteinander gelebt haben (§ 1315 I S. 1 Nr. 5 BGB). Wie lange der Zeitraum des Miteinanderlebens sein muss, beantwortet das Gesetz nicht; jedenfalls ist mit „Miteinanderleben“ die eheliche Lebensgemeinschaft i.S.d. § 1353 I S. 2 BGB gemeint. Davon unbeschadet steht es den Ehegatten selbstverständlich auch frei, die Ehescheidung herbeizuführen, solange nur die Scheidungsvoraussetzungen vorliegen.²⁴² Der Antrag auf Ehescheidung ist erst dann nachrangig, wenn über beide Anträge zu entscheiden ist und beide begründet sind (§ 126 III FamFG).²⁴³
- 81a Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei einer sog. **Versorgungsehe**, d.h. bei einer Ehe²⁴⁴, die (insbesondere wegen des fortgeschrittenen Alters eines Ehegatten oder dessen schwerer Krankheit) ausschließlich oder überwiegend zur Erlangung einer Hinterbliebenenversorgung („Witwenrente“) geschlossen wurde. Mit Blick auf Art. 6 I GG ist eine Versorgungsehe **wirksam**. Allerdings enthält das Rentenversicherungsrecht Abwehrmechanismen, um einem Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung zu entgegen. So formuliert § 46 IIa Halbs. 1 SGB VI eine widerlegliche Vermutung für das Bestehen einer Versorgungsehe mit der Folge eines Leistungsausschlusses, wenn die Ehe nicht mindestens ein Jahr gedauert hat. Jedoch eröffnet § 46 IIa Halbs. 2 SGB VI die Führung eines Gegenbeweises. Danach ist der Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung nicht ausgeschlossen, wenn trotz der weniger als ein Jahr dauernden Ehe nach den besonderen Umständen des Falles die Annahme nicht gerechtfertigt ist, dass es der alleinige oder überwiegende Zweck der Heirat war, einen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung zu begründen. D.h., der/die Hinterbliebene kann die gesetzliche Vermutung einer Versorgungsehe widerlegen, indem er oder sie Tatsachen vorbringt, die das Nichtvorliegen einer Versorgungsehe indizieren.²⁴⁵ Bei einem Unfalltod oder einem Tod, der infolge einer überraschend aufgetretenen Krankheit eingetreten ist, kann die Grundannahme sicher widerlegt werden. Hat die Ehe bereits ein Jahr gedauert, ist es nach der hier vertretenen Auffassung von vornherein ausgeschlossen, eine Versorgungsehe anzunehmen, da die Gesetzeslage insoweit eindeutig ist.

Beispiel²⁴⁶: Die F heiratete den 30 Jahre älteren, zum Zeitpunkt der Eheschließung 83 Jahre alten und an einer Mehrzahl potenziell lebensbedrohlicher Erkrankungen leidenden

²⁴¹ Schwab, FamR, § 17 Rn 85.

²⁴² OLG Braunschweig FamRZ 2017, 910.

²⁴³ OLG Braunschweig FamRZ 2017, 910.

²⁴⁴ Das gilt (wie § 46 IV S. 1 SGB VI klarstellt) gleichermaßen auch für Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.

²⁴⁵ Im Beamtenrecht gilt dieselbe Rechtslage, vgl. etwa § 23 hambBeamVG. Dann entscheiden nicht die Sozialgerichte, sondern die Verwaltungsgerichte (vgl. § 54 I BeamStG) - dazu das Beispiel sogleich.

²⁴⁶ Nach VG Trier 5.7.2016 – 1 K 940/16.TR.

ehemaligen Professor P. Nachdem P anderthalb Jahre später verstorben war, beantragte F die Bewilligung eines Witwengeldes in Form monatlicher Unterhaltsbeiträge. Die zuständige Behörde lehnte den Antrag ab mit der Begründung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorlägen.

Nach Auffassung des VG Trier hat trotz Überschreitung der Mindestdauer eine Versorgungsehe vorgelegen. Leide ein Versorgungsempfänger im Zeitpunkt der Eheschließung offensichtlich bereits an einer lebensbedrohlichen Krankheit, könne davon ausgegangen werden, dass der Versorgungsgedanke der primäre Beweggrund für die Eheschließung gewesen sei. Unabhängig davon müssten zudem der große Altersunterschied der Ehepartner sowie das hohe Alter des P im Zeitpunkt der Eheschließung berücksichtigt werden. Dem Dienstherrn sei es nicht zuzumuten, durch die späte Eheschließung des P voraussichtlich noch über Jahrzehnte eine Versorgung der F zu übernehmen.

Die Rechtsauffassung des VG Trier ist abzulehnen, da sie sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen lässt. Mit Blick auf die verfassungsrechtlich verbürgte Eheschließungsfreiheit aus Art. 6 I GG stand es P frei, eine 30 Jahre jüngere Frau zu heiraten. Willensmängel bei der Eheschließung sind nicht ersichtlich. Den Eheleuten rechtsmissbräuchliches Verhalten zu unterstellen, findet weder in der Verfassung noch im einfachen Recht eine Stütze, da der Gesetzgeber ausschließlich auf die Jahresgrenze abgestellt und keine weiteren Kriterien aufgestellt hat. Zudem war zum Zeitpunkt der Eheschließung nicht auszuschließen, dass P noch einige Jahre hätte leben können. Auf die Frage der (für den Dienstherrn nicht gegebenen) Zumutbarkeit kann es von vornherein nicht ankommen, wenn eine klare gesetzliche Regelung besteht und rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht nachgewiesen werden kann.^{247 248}

VII. Ehe mit Auslandsbezug

Eine im **Ausland** geschlossene Ehe wird anerkannt (und ins Eheregister eingetragen), wenn die im Heiratsland geltenden Vorschriften beachtet wurden und die Ehe vor einer gesetzlich bevollmächtigten Person geschlossen wurde (siehe Art. 13 EGBGB). Als Nachweis dafür gilt die ausländische Heiratsurkunde, die zwecks Anerkennung amtlich beglaubigt werden muss (Konsulat oder Botschaft vor Ort).

81b

Besonderheiten gelten auch bei einer Eheschließung im Inland, wenn einer der Ehepartner **nicht deutscher Staatsangehöriger** ist. Grundvoraussetzung für eine Eheschließung ist, dass der ausländische Partner die persönlichen Voraussetzungen für die Eheschließung erfüllt. Dies richtet sich nach dem Recht seines Heimatstaates. Der Nachweis über die Ehefähigkeit ist durch Ehefähigkeitszeugnis des Heimatstaates („Zeugnis der inneren Behörde seines Heimatstaats“) zu erbringen, § 1309 I S. 1 BGB, wobei gem. § 1309 I S. 2 BGB (mit Verweis auf Art. 3 Nr. 1 lit. e der Verordnung (EU) 2016/1191) auch eine Urkunde einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung eines EU-Staates genügt. Stellt der Heimatstaat ein Zeugnis nach § 1309 I S. 1 BGB nicht aus oder gibt es dabei besondere Schwierigkeiten, kann der Präsident des OLG, in dessen Bezirk die Ehe geschlossen werden soll, eine Befreiung vom Ehefähigkeitszeugnis erteilen, § 1309 II BGB.

81c

Sollten Ehen im Ausland geschlossen worden sein, bei denen zum Zeitpunkt der Eheschließung insbesondere die Frau noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hatte (sog. „Kinderehen“), konnten sie nach früherer Rechtslage unter den Voraussetzungen des Art. 13 EGBGB selbst bei einem Verstoß gegen den *ordre public* (Art. 6 EGBGB) in

81d

²⁴⁷ Siehe bereits die 8. Aufl. 2017; kritisch später auch *Löhnig*, NJW-aktuell 14/2018, S. 15.

²⁴⁸ Anm: In einigen Bundesländern (wie z.B. in der Freien und Hansestadt Hamburg) kann sich die Problematik nicht stellen, wenn (wie etwa gem. § 23 I Nr. 2 hamburgisches Beamtenversorgungsgesetz) Witwengeld nicht gewährt wird, wenn die Ehe erst nach dem Eintritt des Beamten in den Ruhestand geschlossen worden ist.

Die Eingehung der Ehe

Deutschland gleichwohl gültig sein.²⁴⁹ Nach der bereits bei Rn 54 genannten, am 22.7. 2017 in Kraft getretenen Gesetzesänderung²⁵⁰ besteht diese Möglichkeit nun nicht mehr. Übergangs- bzw. Überleitungsregelungen bzgl. früher geschlossener Ehen finden sich jedoch in Art. 229 § 44 EGBGB.

- 81e** Zu den sog. „Aufenthaltsehen“ bzw. „Abschiebungsverhinderungsehen“, bei denen es lediglich darum geht, einen Aufenthaltsstatus zu erhalten bzw. zu sichern, vgl. bereits Rn 57 und 79 ff.

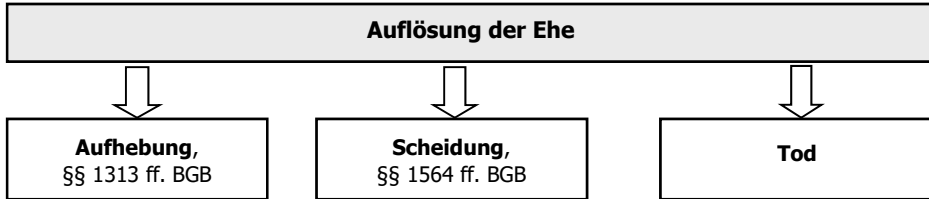
²⁴⁹ Vgl. OLG Bamberg FamRZ 2016, 1270 hinsichtlich einer in Syrien geschlossenen „Kinderehe“. Davon unbeschadet blieb die Möglichkeit der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit i.S.d. §§ 1313, 1314 I BGB a.F.

²⁵⁰ BGBl I 2017, S. 2429. Zur Frage nach der möglichen Verfassungswidrigkeit siehe Rn 54.

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

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

82



Zuständig für das Eheauflösungsverfahren ist das **Famliengericht** (§§ 111 Nr. 1; 121 Nr. 2 FamFG). Das Verfahren setzt einen **Antrag** voraus (§ 124 FamFG). Zu beachten ist in den Fällen des § 1314 II Nr. 2 bis 4 BGB die Jahresfrist bzw. Dreijahresfrist des § 1317 BGB. Wer antragsbefugt ist, ergibt sich aus den materiellrechtlichen Vorschriften (§ 1316 BGB). So ist bei einer Minderjährigenehe (dazu Rn 54 ff.) bei einem Verstoß gegen § 1303 S. 1 BGB ausschließlich der minderjährige Ehegatte antragsbefugt; der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf er dazu nicht (§ 1316 II S. 2 BGB). Antragsgegner ist bei Antrag eines Ehegatten der jeweils andere. Wird der Antrag durch die Verwaltungsbehörde gestellt (was im Fall des § 1303 S. 1 BGB gem. § 1316 III S. 2 BGB obligatorisch ist, wenn nicht der inzwischen volljährig gewordene Ehegatte zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will), richtet er sich gegen beide Ehegatten; Gleiches gilt, wenn bei einer Doppelehe der Dritte den Antrag stellt (§ 129 I FamFG).

83

Ein Aufhebungsantrag ist begründet bei Vorliegen eines **Aufhebungsgrundes**. Eine Ehe kann aufgehoben werden, wenn sie entgegen den Vorschriften der §§ 1303 S. 1, 1304, 1306, 1307 und 1311 BGB geschlossen wurde (§§ 1313 S. 3, 1314 I BGB, vgl. Rn 56 ff.). Darüber hinaus kann sie in den Fällen des § 1314 II BGB aufgehoben werden (vgl. Rn 71 ff./78 ff.). In den Fällen des § 1315 BGB ist eine Aufhebung der Ehe ausgeschlossen („Bestätigung“ – siehe Rn 57c).

84

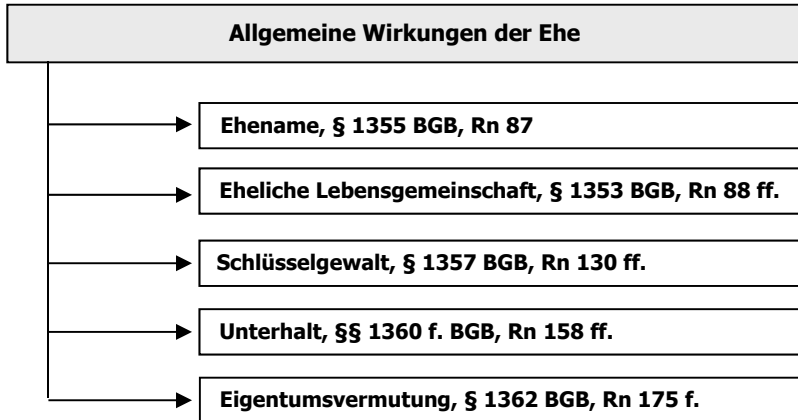
Die Ehe ist erst mit Rechtskraft der die Ehe aufhebenden Entscheidung aufgelöst (§ 1313 S. 2 BGB). Folge der rechtskräftigen Aufhebung ist die Auflösung der Ehe mit Ex-nunc-Wirkung; die Ehe ist (ab dem Aufhebungszeitpunkt) erloschen. Freilich folgt dem (wie bei der Scheidung) regelmäßig ein **nacheheliches Rechtsverhältnis**, wobei hinsichtlich der Regelungen nicht pauschal auf das Scheidungsfolgenrecht verwiesen wird, sondern § 1318 BGB im Fall der Aufhebung nur auf einzelne Regelungen des Scheidungsrechts verweist, und das auch nur in bestimmten, in § 1318 II und III BGB genannten Fällen. Dabei betrifft § 1318 II BGB den **Unterhalt** und § 1318 III BGB den **Zugewinnausgleich** sowie den **Versorgungsausgleich**. § 1318 IV Halbs. 1 BGB verweist auf §§ 1568a und 1568b BGB und betrifft damit die Zuweisung der **Ehe-wohnung** und von **Haushaltsgegenständen**. Doch sind die Umstände bei der Eheschließung, bei Doppelehe auch die Belange des Dritten besonders zu berücksichtigen (§ 1318 IV Halbs. 2 BGB). Schließlich hat die Aufhebung der Ehe Auswirkungen auf das **Erbrecht**. So ist der Ehegatte, der bei bestimmten schweren Verstößen die Aufhebbarkeit der Ehe bei Eheschließung gekannt hat, vom gesetzlichen Erbrecht des § 1931 BGB ausgeschlossen (§ 1318 V BGB).

85

D. Die eheliche Lebensgemeinschaft, §§ 1353 ff. BGB

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

- 86 § 1353 I S. 2 BGB verpflichtet die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft und zu gegenseitigen Verantwortung. Die allgemeinen Wirkungen der Ehe sind in §§ 1353-1362 BGB geregelt. Sie gliedern sich folgendermaßen:



1. Ehename, § 1355 BGB

- 87 Die Bestimmung eines Ehenamens („gemeinsamer Familienname“) ist zwar die Regel, aber nicht zwingend, da § 1355 I S. 1 BGB lediglich als Sollvorschrift ausgestaltet ist. Die Ehepartner können also auf einen Ehenamen verzichten und ihre bisherigen jeweiligen Namen fortführen. Dann bleibt es bspw. bei Herrn Meier und Frau Schulze. Wie sich aus § 1355 III BGB ergibt, ist aber die Bestimmung eines Ehenamens auch später möglich (in Form einer öffentlichen Beglaubigung der Erklärung). Bestimmen die Ehepartner einen Ehenamen, haben sie die Wahl, den Geburtsnamen eines Ehegatten zu bestimmen (§ 1355 II BGB). Geburtsname ist der Name, der in der Geburtsurkunde eingetragen ist (§ 1355 VI BGB). Gemäß § 1355 II BGB kann – wie sich aus dem Satzbestandteil: „oder den zur Zeit der Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens geführten Namen“ ergibt – als Ehename auch ein Name erklärt werden, den einer der Ehegatten durch eine frühere Heirat erworben hat. Ein gemeinsamer Doppelname ist aber auf keinen Fall möglich.²⁵¹

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

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

Beispiel: Einigen sich Herr Meier und Frau Schulze auf Meier als gemeinsamen Ehenamen, darf Frau Schulze ihren bisherigen Namen dem Namen Meier voranstellen oder anfügen, sich also z.B. für Meier-Schulze entscheiden. Die Erklärung über die Voran-

²⁵¹ Dies wird zu Recht als nicht mehr zeitgemäß angesehen, weshalb der Gesetzgeber beabsichtigt, es Ehepaaren zu ermöglichen, gemeinsam einen zweigliedrigen Ehenamen (Doppelnamen) zu führen und diesen auch den gemeinsamen Kindern als Geburtsnamen zu geben. Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Die eheliche Gemeinschaft – allgemeine Wirkungen der Ehe

stellung oder Anfügung kann jederzeit widerrufen werden (§ 1355 IV S. 4 Halbs. 1 BGB, und zwar durch öffentlich beglaubigte Erklärung, § 1355 IV S. 5 Halbs. 2 BGB). Eine erneute Hinzufügung ist anschließend nicht mehr möglich (§ 1355 IV S. 4 Halbs. 2 BGB).

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

Beispiel: Schließen Herr Müller und Frau Meier-Schulze (die diesen Doppelnamen aus erster Ehe mit Herrn Meier behalten hat) miteinander die Ehe und bestimmen den Doppelnamen Meier-Schulze als Ehe name, ist es nicht möglich, dass Herr Müller seinen Namen dem Doppelnamen voranstellt oder anfügt. Der Name Meier-Schulze-Müller bzw. Müller-Meier-Schulze ist also unzulässig.

Geht aus der Ehe ein Kind hervor, erhält dieses als Familiennamen den Ehenamen seiner Eltern (§ 1616 BGB).

Beispiel 1: Schließen Herr Meier und Frau Schulze miteinander die Ehe und bestimmen den Namen Meier als Ehe name, lautet der Geburtsname des Kindes Meier.

Beispiel 2: Schließen Herr Müller und Frau Meier-Schulze (die diesen Doppelnamen aus erster Ehe mit Herrn Meier behalten hat) miteinander die Ehe und bestimmen den Doppelnamen Meier-Schulze als Ehe name, lautet der Geburtsname des Kindes Meier-Schulze.

Führen die Eltern keinen Ehenamen und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, bestimmen sie durch Erklärung gegenüber dem Standesamt den Namen, den der Vater oder die Mutter zur Zeit der Erklärung führt, zum Geburtsnamen des Kindes (§ 1617 I S. 1 BGB). Eine Kombination aus beiden Namen ist demnach nicht möglich.

Beispiel: Herr Meier und Frau Schulze schließen die Ehe. Einen gemeinsamen Ehenamen bestimmen sie nicht. Daher kann für das Kind entweder Meier oder Schulze als Geburtsname bestimmt werden, nicht aber eine Verbindung aus beiden Namen.

Dasselbe würde übrigens gelten, wenn Herr Meier und Frau Schulze nicht miteinander verheiratet wären.

Führt einer der beiden Elternteile einen Doppelnamen, darf dieser Doppelname nicht als Geburtsname für das Kind bestimmt werden.²⁵² Ausschließlich der Ehe name kommt als Geburtsname des Kindes in Betracht (§ 1616 BGB).

Beispiel: Herr Meier und Frau Schulze schließen die Ehe. Als Ehenamen bestimmen sie Meier. Die Frau fügt ihren Geburtsnamen an, entscheidet sich also für Meier-Schulze.

²⁵² Das BVerfG hat entschieden, dass diese Regelung verfassungsgemäß ist, indem es ausführt: „Wird Ehegatten generell das Recht eingeräumt, ihre beiden bisher geführten Namen zum Ehenamen zusammenzufügen, und soll der Ehe name weiterhin grundsätzlich der Geburtsname des ehelichen Kindes werden, um dessen familiäre Zugehörigkeit zum Ausdruck zu bringen, können sich schon in der nächsten Generation vierfache Namensketten als Ehe name bilden, die sich - von Generation zu Generation jeweils wieder auf die Kinder übertragen - bei Eheschließung weiter potenzieren würden. Dass der Gesetzgeber solche mehrgliedrigen Namensketten vermeiden will (vgl. BT-Drs. 12/5982, S. 17), lässt sich nicht nur mit Praktikabilitäts Erwägungen begründen, sondern dient auch dem Schutz künftiger Namensträger. So droht mit dem Anwachsen der Namenszahl die Funktion des Namens verloren zu gehen, identitätsstiftend der Bezugspunkt für den Namensträger zu sein. Gerade wegen dieser Funktion aber erfährt der Name verfassungsrechtlichen Schutz. Wenn der Gesetzgeber eine solche Entwicklung für das Namensgefüge dadurch zu verhindern trachtet, dass er nicht erst für nachfolgende Generationen das Zusammenfügen von Namen wieder begrenzt, sondern von vornherein Ehegatten allein die Möglichkeit eröffnet, grundsätzlich nur einen ihrer Namen zum Ehenamen zu bestimmen, dann ist dies das Ergebnis einer mit der Verfassung in Einklang stehenden Abwägung“ (BVerfGE 104, 373, 389). Vgl. auch VGH München NJW 2015, 659.

Die eheliche Gemeinschaft – allgemeine Wirkungen der Ehe

Geht nun aus der Ehe ein Kind hervor, kann dieses ausschließlich den Namen Meier als Geburtsnamen erhalten.

Anm.: Bestimmen die Eltern als Ehenamen einen Doppelnamen, richtet sich danach auch der Name des Kindes (oben Bsp. 2).

Wie ausgeführt, soll die Erklärung über die Bestimmung des Ehenamens bei der Eheschließung erfolgen (§ 1355 III S. 1 BGB). Allerdings können die Ehegatten auch nachträglich einen Ehenamen bestimmen; die darauf bezogene Erklärung muss öffentlich beglaubigt werden (§ 1355 III S. 2 BGB). Die nachträgliche Bestimmung des Ehenamens hat insb. Auswirkungen auf die Namensführung bereits geborener Kinder.

Beispiel: Herr Meier und Frau Schulze schließen die Ehe. Einen Ehenamen bestimmen sie zunächst nicht. Nach einem Jahr wird die gemeinsame Tochter T geboren. Für diese bestimmen die Eltern den Geburtsnamen Meier (vgl. § 1617 I S. 1 BGB). Einige Monate nach der Geburt der T entschließen sich die Eheleute doch zu einem gemeinsamen Ehenamen; sie einigen sich auf Schulze.

Vorüberlegung: Ließe man den bestehenden Familiennamen der T unberührt, hätte dies zur Folge, dass der Ehename der Eltern vom Familiennamen des Kindes abweicht. Demzufolge behielte T ihren Familiennamen Meier, obwohl die Eltern sich nachträglich auf den gemeinsamen Ehenamen Schulze einigen.

Zum Fall: Es stellt sich daher die Frage, ob die nachträgliche Bestimmung des Ehenamens überhaupt Auswirkungen auf den Familiennamen des Kindes haben kann. § 1617c BGB enthält hierzu eine nach dem Kindesalter differenzierte Regelung:

- ⇒ Bestimmen die Eltern einen Ehenamen, *bevor* das Kind das 5. Lebensjahr vollendet hat, erstreckt sich der Ehename auf den Geburtsnamen des Kindes (Umkehrschluss aus § 1617c I S. 1 BGB).
- ⇒ Bestimmen die Eltern einen Ehenamen, *nachdem* das Kind das 5. Lebensjahr vollendet hat, erstreckt sich der Ehename auf den Geburtsnamen des Kindes nur dann, wenn es sich der Namensgebung anschließt (§ 1617c I S. 1 BGB). Die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Standesamt abzugeben (§ 1617c I S. 3 BGB).
- ⇒ Bestimmen die Eltern einen Ehenamen, nachdem das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat, kann es die Erklärung nur selbst abgeben; es bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 1617c I S. 2 BGB).

Im vorliegenden Fall wechselt, da T noch nicht das 5. Lebensjahr vollendet hat, demnach der Familienname der T automatisch von Meier zu Schulze.

Weiterführende Hinweise:

- ⇒ Hätte T zum Zeitpunkt der Bestimmung des Ehenamens bereits das 5. (aber noch nicht das 14. Lebensjahr) vollendet, wäre der Namenswechsel davon abhängig gewesen, dass T sich der Namensgebung in der o.g. Form angeschlossen hätte (§ 1617c I S. 1 BGB). Allerdings kann die Entscheidung der T nicht von ihr autonom getroffen werden. Denn nach allgemeinen Regeln ist sie geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 1 BGB) und von ihr abgegebene Willenserklärungen sind nichtig (§ 105 I BGB). Insoweit ist die Formulierung in § 1617c I S. 1 BGB also trügerisch. Vielmehr entscheiden die Eltern als ihre gesetzlichen Vertreter (§ 1629 I BGB).
- ⇒ Wiederum anders wäre es gewesen, wenn T zum Zeitpunkt der Bestimmung des Ehenamens bereits das 14. Lebensjahr vollendet hätte. In diesem Fall hätte T nur selbst entscheiden können, ob sie sich der Namensänderung anschließt (§ 1617c I S. 2 Halbs. 1 BGB). Wegen §§ 2, 106 BGB hätte ihre Entscheidung jedoch der Zustimmung der Eltern bedurft (§ 1617c I S. 2 Halbs. 2 BGB). Das bedeutet letztlich: Schließt T sich der Namensänderung nicht an, behält sie ihren Geburtsnamen Meier;

die Eltern können daran nichts ändern. Schließt T sich jedoch der Namensänderung an, erhält sie den Familiennamen Schulze nur dann, wenn die Eltern zustimmen.

Schließlich ist zu beachten, dass – wie sich aus dem Umkehrschluss aus § 1355 IV S. 4 BGB ergibt – ein einmal gewählter Ehename für die Dauer der Ehe unwiderruflich ist. Die nachträgliche Änderung eines Ehenamens ist also nicht möglich. Auch bei der Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe kann ein Ehename nicht mehr bestimmt werden, wenn die Lebenspartner zuvor bereits einen Lebenspartnerschaftsnamen nach § 3 LPartG bestimmt hatten (§ 20a II LPartG).

Zur Namensführung nach der Ehescheidung bzw. Wiederheirat vgl. auch Rn 440, 441, 441a (auch mit Blick auf die Namensführung der Kinder). Zur Namensführung nach einer Adoption vgl. Rn 604-606.

2. Eheliche Lebensgemeinschaft, § 1353 BGB

Die eheliche Lebensgemeinschaft ist als „Schicksalsgemeinschaft“ konzipiert und grundsätzlich auf Lebenszeit begründet, § 1353 I S. 1 BGB. § 1353 I S. 2 BGB spricht von einer Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, ohne jedoch die Pflichten zu konkretisieren. Die Ehepartner sollen vielmehr selbst bestimmen, wie sie ihre Ehe führen wollen. Da die Ehe aber ein Leben in Gemeinschaft bedeutet, sind folgende Grundelemente/Strukturprinzipien allgemein als Eheprägend anerkannt²⁵³:

88

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

a. Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft

Die eheliche Lebensgemeinschaft baut – jedenfalls von der Grundkonzeption her – auf einer Wohngemeinschaft auf. Das bedeutet, dass die Ehegatten ihren Lebensmittelpunkt in der gemeinsamen Ehwohnung haben. Daher sind beide Ehegatten auch dann gleichberechtigte Mitbesitzer der Ehwohnung/des Hausgrundstücks, wenn die Wohnung/das Hausgrundstück lediglich im Eigentum eines Ehegatten steht oder wenn nur einer der beiden Ehegatten Mieter der Wohnung/des Hausgrundstücks ist.²⁵⁴ Hieraus folgt, dass der Ehegatte, der Alleineigentümer oder Alleinmieter ist, den anderen Ehegatten nicht einfach „vor die Türe setzen“ darf.²⁵⁵ Gleiches gilt bezüglich der Haushaltsgegenstände. Die eigentums- und besitzrechtlichen Bestimmungen des Schuldrechts und des Sachenrechts werden insoweit von § 1353 I S. 2 BGB „überlagert“. Anlässlich

89

²⁵³ Vgl. etwa *Siede*, § 1353 Rn 5 ff.; *Roth*, in: MüKo, § 1353 Rn 25 ff.

²⁵⁴ BGHZ 12, 380, 400 ff.; *Siede*, in: Grüneberg, § 1353 Rn 6.

²⁵⁵ Das gilt aber nicht, wenn der andere Ehegatte die im Miteigentum stehende Wohnimmobilie endgültig verlassen hat (OLG Bremen NJW 2017, 3245 f.). Im Übrigen spiegelt sich die Bedeutung der Ehwohnung für die eheliche Gemeinschaft auch im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter wider. So ist der Ehepartner, der nicht Partei des Mietvertrags ist, nicht „Dritter“ i.S.d. §§ 540, 553 BGB, solange es sich bei der Wohnung um eine Ehwohnung handelt. Bei der Wohnung handelt es sich auch dann um eine Ehwohnung, wenn der Ehegatte, der allein Mietvertragspartei ist, die Wohnung vorübergehend dem anderen Ehegatten überlässt und selbst nur sporadisch die Wohnung nutzt. Eine Kündigung des Mietvertrags wegen unberechtigter Überlassung an einen „Dritten“ ist dann unzulässig (BGH NJW 2013, 2507 f.).

der Scheidung enthält § 1568a BGB wiederum Regelungen über die Zuweisung der Ehwohnung an einen der Ehegatten; hinsichtlich Haushaltsgegenstände enthält § 1568b BGB Regelungen.

Im Übrigen hängt die Ausprägung der ehelichen Lebensgemeinschaft von den konkreten Umständen und Lebensverhältnissen ab. So können die Ehepartner (etwa für den Fall, dass Arbeitsstätte und Wohnstätte auseinanderfallen oder keiner der beiden Ehepartner seine bisherige Wohnung aufgeben möchte) eine **abweichende Lebensgestaltung vereinbaren**.²⁵⁶ Liegen die Erwartungen der Ehepartner auseinander, verlangt § 1353 I S. 2 BGB eine Einigung. Allerdings kann der aus § 1353 I S. 2 BGB erwachsende Anspruch auf ein eheliches Zusammenleben nicht gerichtlich durchgesetzt werden, § 120 I, III FamFG.²⁵⁷

b. Pflicht zur ehelichen Treue und Geschlechtsgemeinschaft?

- 90 Dem traditionellen Verständnis der Ehe folgend ist herrschende Ansicht zunächst, dass die Pflicht der Ehepartner zur ehelichen Lebensgemeinschaft und zur gegenseitigen Verantwortung (§ 1353 I S. 2 BGB) auch die Pflicht zur **ehelichen Treue** beinhaltet, da die Ausschließlichkeit der Sexualbeziehung zwischen den Ehegatten ein Element des Prinzips der Einehe sei.²⁵⁸ Das überzeugt so nicht. Vielmehr sollte man – gerade wegen der Höchstpersönlichkeit – es den Ehegatten überlassen, ausdrücklich oder stillschweigend außereheliche Sexualbeziehungen zuzulassen bzw. zu dulden. Die Rechtsordnung hat dies zu respektieren. Davon unbeschadet wäre die Einhaltung der ehelichen Treuepflicht wegen § 120 I, III FamFG aber ohnehin nicht vollstreckbar. Dem übergangenen Ehepartner bleibt letztlich nur der Weg der Duldung oder der Trennung.

Weiterhin ist unklar, ob § 1353 I S. 2 BGB – abhängig von Alter und Konstitution – eine Pflicht zum **Geschlechtsverkehr** beinhaltet. Nach der anachronistischen Rechtsprechung des BGH war das der Fall. Der BGH ging sogar so weit, dass er Anteilnahme verlangte („engagierter Beischlaf“). Er entschied, dass die Frau ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit genüge, dass sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen lasse. Wenn es ihr infolge ihrer Veranlagung oder aus anderen Gründen versagt bleibe, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, fordere die Ehe von ihr doch eine Gewährung des Beischlafs in ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft und verbiete es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen.²⁵⁹ Eine solche Pflicht wird man – wiederum mit Blick auf Höchstpersönlichkeit sexueller Angelegenheiten und die Freiheit der Ehepartner zur Ausgestaltung ihrer ehelichen Beziehung – jedoch selbstverständlich verneinen müssen.²⁶⁰ Das galt damals, als der BGH sein Urteil zum „engagierten Beischlaf“ fällte, ebenso wie es heute gilt. Aber auch diese Frage kann dahinstehen, da eine Vollstreckbarkeit wegen § 120 I, III FamFG ausscheidet.²⁶¹ Das gilt auch für den Bereich der **Familienplanung**. Sollte ein Ehepartner vom anderen die Mitwirkung bei der Zeugung von Kindern oder umgekehrt die sichere Empfängnisverhütung verlangen, bleibt etwa das (abredewidrige) Absetzen von empfängnisverhütenden Mitteln ohne rechtliche Sanktion²⁶² und verstößt auch nicht gegen § 1353 I S. 2 BGB. Und auch die Entscheidung über die eigene Sterilisation ist allein Sache des Betroffenen und kann daher ohne Beteiligung des Partners getroffen werden.²⁶³ Ein gerechtfertigter Schwan-

²⁵⁶ Roth, in: MüKo, § 1353 Rn 34.

²⁵⁷ Vgl. dazu etwa Borth/Grandel, in: Musielak/Borth, FamFG, § 120 Rn 6 f.

²⁵⁸ Roth, in: MüKo, § 1353 Rn 40.

²⁵⁹ BGH NJW 1967, 1078, 1079.

²⁶⁰ Vgl. auch Roth, in: MüKo, § 1353 Rn 41.

²⁶¹ Vgl. dazu etwa Borth/Grandel, in: Musielak/Borth, FamFG, § 120 Rn 6 f.

²⁶² Roth, in: MüKo, § 1353 Rn 42; Wellenhofer, FamR, § 9 Rn 5 mit Verweis auf BGHZ 97, 372, 379 f.; a.A. Grziwotz, FamRZ 2002, 1154, 1156. Vgl. dazu auch BGH NJW 2011, 1789.

²⁶³ Wellenhofer, FamR, § 9 Rn 5 mit Verweis auf BGHZ 67, 48, 51.

gerschaftsabbruch ist eine höchstpersönliche Entscheidung der Frau und daher ebenfalls nicht „zustimmungspflichtig“; gleichwohl gebietet es § 1353 I S. 2 BGB, dass der Ehemann zuvor Gelegenheit erhält, sich mit der Frau zu besprechen. Eine Beeinflussung der Schwangeren durch Druck oder Zwang zum Abbruch ist dagegen nicht nur ehewidrig, sondern sogar strafbar (Nötigung im besonders schweren Fall gem. § 240 I, II, IV S. 2 Nr. 2 StGB). Eine künstliche Befruchtung (homologe oder heterologe Insemination)²⁶⁴ ist, sofern sie abredewidrig oder eigenmächtig erfolgt, dagegen ehewidrig.²⁶⁵

c. Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Achtung

Aus § 1353 I S. 2 BGB folgt des Weiteren, dass die Ehepartner in ihrem gesamten Verhalten die dem Sinn und Zweck der Lebensgemeinschaft entsprechende Rücksicht aufeinander zu nehmen haben. Andererseits verlangt die Ehe nicht die Aufgabe der individuellen Entfaltung. Das betrifft etwa die außerhäusliche Berufswelt, das religiöse Leben, die politische, wissenschaftliche und künstlerische Betätigung.²⁶⁶ Auch im Freizeitbereich muss den Ehepartnern ein eigener Spielraum freier Persönlichkeitsentfaltung verbleiben. Denn trotz der engen personalen Beziehung der Ehepartner zueinander und der sich daraus ergebenden immanenten Grenzen des Persönlichkeitsschutzes bleibt jeder Partner dem anderen gegenüber Inhaber seiner Persönlichkeitsrechte. Insbesondere das eigene **Persönlichkeitsrecht** und das Recht auf eine eigene **Intimsphäre** werden durch die Eheschließung nicht berührt. Jeder Ehegatte hat gegenüber dem anderen ein Recht auf Wahrung der eigenen Persönlichkeitsphäre. Daher sind z.B. vertrauliche Aufzeichnungen, das Briefgeheimnis²⁶⁷ und der Schutz vor heimlicher Observation oder technischer Überwachung durch den anderen gewährleistet.²⁶⁸

91

Auch in **vermögensrechtlicher** Hinsicht besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf individuelle Persönlichkeitsentfaltung und der ehebedingten Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme. So folgt – unabhängig vom Güterstand – aus § 1353 I S. 2 BGB ein wechselseitiger Unterrichtsanspruch über das Einkommen und das Vermögen. Der Ehegatte soll während bestehender Ehe die notwendigen Informationen erhalten, um die wirtschaftliche Grundlage der Ehe beurteilen zu können.²⁶⁹ Allerdings sind keine detaillierten Ausführungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen geschuldet; es genügt die Verschaffung eines Überblicks, der dem anderen Ehegatten ein ungefähres Bild vom gegenwärtigen Stand des Vermögens vermittelt.²⁷⁰ Gemäß §§ 1386, 1385 Nr. 4 BGB kann der ausgleichs- und auskunftsberichtigte Ehegatte vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns bei vorzeitiger Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft verlangen, wenn der Auskunftspflichtige sich ohne ausreichenden Grund beharrlich weigert oder sich ohne ausreichenden Grund bis zur Erhebung der Klage auf Auskunft beharrlich geweigert hat, ihn über den Bestand seines Vermögens zu unterrichten. Vermögensrechtliche Ansprüche sind gerichtlich durchsetzbar, vgl. § 261 FamFG. § 120 III FamFG steht in diesem Fall einer Vollstreckung nicht entgegen²⁷¹, da es sich hierbei gerade nicht um eine persönliche/intime Angelegenheit handelt (vgl. Rn 116).

²⁶⁴ Vgl. dazu unten Rn 462m.

²⁶⁵ Roth, in: MüKo, § 1353 Rn 42.

²⁶⁶ Schwab, FamR, § 21 Rn 113.

²⁶⁷ BGH FamRZ 1990, 846.

²⁶⁸ Schwab, FamR, § 21 Rn 113; Wellenhofer, FamR, § 9 Rn 6.

²⁶⁹ BGH NJW 2015, 154, 156 mit Verweis auf Koch, in: MüKo, § 1386 Rn 24.

²⁷⁰ BGH NJW 2015, 154, 156 mit Verweis auf Koch, in: MüKo, § 1386 Rn 22. Vgl. dazu auch unten Rn 208.

²⁷¹ Wellenhofer, FamR, § 9 Rn 7.

Des weiteren folgt aus § 1353 I S. 2 BGB die (vermögensrechtliche) Pflicht, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne eine Verletzung eigener Interessen möglich ist.²⁷² Praktische Bedeutung gewinnt das im Steuerrecht bei der Wahl der Veranlagungsform der Ehegatten (Wahl der Steuerklassen). Aus § 1353 I S. 2 BGB ergibt sich eine einklagbare Pflicht zur Mitwirkung an der steuerlich günstigsten Veranlagungsform, d.h. regelmäßig eine Pflicht zur Zustimmung zur gemeinsamen Veranlagung, damit die Ehegatten in den Genuss des Splittingtarifs kommen.²⁷³ Die Verweigerung der geschuldeten Zustimmung kann Schadensersatzansprüche begründen²⁷⁴, die auf §§ 1353 I S. 2, 280 I BGB zu stützen sind. § 120 III FamFG steht auch in diesem Fall einer Vollstreckung nicht entgegen.

Allerdings muss die Zustimmung zur steuerlich günstigsten Veranlagungsform grundsätzlich nur Zug-um-Zug gegen eine entsprechende Freistellungserklärung des anderen Ehegatten erteilt werden. Denn würde der einzelne Ehegatte bei Einzelveranlagung für sich genommen steuerlich besserstellen als bei Zusammenveranlagung, ist ihm eine Zustimmung dazu nur zumutbar, wenn ihm der andere Ehegatte das dadurch entstandene Defizit ersetzt.²⁷⁵ Freilich wird das (vermeintliche) Defizit in der Praxis dadurch ausgeglichen, dass der Vorteil, den der andere Ehegatte durch die ihn begünstigende Veranlagungsform erfährt, ohnehin der ehelichen Gemeinschaft zugutekommt.

Das Gebot der (vermögensrechtlichen) Rücksichtnahme führt auch dazu, dass ein Ehegatte den anderen nicht zur Übernahme einer Bürgschaft oder zu einer Mithaftung bzw. Übernahme einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung drängen darf. Denn diese Übernahmen (die auch nach Auflösung der Ehe fortbestehen!), können mitunter die wirtschaftliche Existenz gefährden. Werden derartige Verpflichtungen gleichwohl eingegangen, stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit. Vor allem Bürgschaftsübernahmen durch Ehegatten des Schuldners haben die Gerichte beschäftigt.²⁷⁶ In der Regel waren es Fälle, in denen die finanziellen Mittel des Bürgen im Vergleich zur übernommenen Haftung völlig unzulänglich waren, somit die Gefahr einer lebenslangen Verschuldung bestand, und außerdem der Bürge unter Ausnutzung der ehelichen Bindung an den Schuldner zur Übernahme der Bürgschaft veranlasst worden war. Die Rspr.²⁷⁷ hat hier – auf Veranlassung des BVerfG²⁷⁸ – zunächst teilweise mit dem (freilich flexibleren) Institut der Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB (n.F.), später aber einheitlich mit § 138 I BGB helfend eingegriffen. Danach ist ein Bürgschaftsvertrag (§ 765 BGB)²⁷⁹ zwischen einem gewerblichen oder beruflichen Kreditgeber und einer dem Hauptschuldner persönlich nahestehenden Person (insbesondere dem Ehegatten) unwirksam, wenn der Bürge finanziell krass überfordert wird²⁸⁰ oder der Gläubiger die „seelische Zwangslage“ zum Hauptschuldner ausnutzt²⁸¹.

d. Pflicht zur Beistandsleistung, Hilfe und Gefahrenabwehr

- 92 Insbesondere in Notfällen ergibt sich aus § 1353 I S. 2 BGB regelmäßig die Pflicht, dem anderen beizustehen, diesem Hilfe zu gewähren und Gefahren abzuwehren. Dazu ge-

²⁷² BGH FamRZ 2007, 1229.

²⁷³ BGH FamRZ 2002, 1024, 1025; FamRZ 2005, 182; FamRZ 2007, 1229; *Siede*, in: Grüneberg, § 1353 Rn 12c.

²⁷⁴ Vgl. etwa BGH NJW 2010, 1897.

²⁷⁵ *Wellenhofer*, FamR, § 9 Rn 7.

²⁷⁶ Vgl. BGH NJW 2005, 971 ff.; BGHZ 136, 347, 350 und BGH NJW 2002, 2228, 2229 (Ehegatten und Verlobte für ihre Partner); BGH NJW 2002, 744 (Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für ihre Partner); BGH ZIP 2001, 1190 (Eltern für ihre Kinder); BGH NJW 2000, 1182 und ZIP 2002, 167 (Kinder für ihre Eltern).

²⁷⁷ BGH NJW 2002, 2228, 2229. Vgl. auch BGH NJW 2005, 971 ff.

²⁷⁸ BVerfG NJW 1994, 36 ff.

²⁷⁹ Zur Bürgschaft vgl. ausführlich *R. Schmidt*, SachenR II, Rn 559 ff.

²⁸⁰ BGHZ 135, 66, 70; BGH NJW 2000, 1182; 2001, 815; 2002, 744; 2005, 973, 975; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 46 Rn 42; *Ellenberger*, in: Grüneberg, § 138 Rn 38b.

²⁸¹ BGHZ 136, 347, 355; BGH NJW 1998, 597, 598 und 2138, 2140; NJW 1999, 135.

hört insbesondere die Verhinderung von Gefahren für Leib und Leben. Strafrechtlich besteht eine Erfolgsabwendungspflicht (sog. Garantenpflicht) gem. § 13 I StGB, deren Verletzung eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen eines unechten Unterlassungsdelikts nach sich ziehen kann.²⁸² Im Mittelpunkt der Nichtvornahme der gebotenen Gefahrenabwehrhandlung stehen gemäß der gesetzlichen Formulierung in § 13 I StGB Möglichkeit und Zumutbarkeit der Abwehrhandlung, deren Ausprägung sich nach dem Zustand der Ehe (intakt, zerrüttet, in Trennung lebend) richten. Je bedeutsamer das bedrohte Rechtsgut ist und je akuter die Gefahr dafür ist, desto eher besteht eine Einschreit- und Hilfespflicht. Auf jeden Fall markiert die allgemeine Solidarpflicht aus § 323c StGB die untere Grenze.

Beispiel²⁸³: T und O sind verheiratet. Infolge Mobbings am Arbeitsplatz, aber auch wegen ehelicher Probleme ging es O zunehmend schlecht. Sie verlor rasant an Körpergewicht und litt an extremer Unterzuckerung. Zuletzt wog sie nur noch 33,5 kg, war leichenblass und stark unterkühlt. T, dem dies nicht entgangen war, kümmerte sich gleichwohl nicht um O. Erst als sie kaum noch ansprechbar war und ihr Zustand für T erkennbar lebensbedrohlich war, alarmierte er – nach einigem Zögern – den Notarzt.²⁸⁴ In der Klinik wies O eine Blutzuckerkonzentration von 21 mg/dl auf; ihre Körperkerntemperatur betrug weniger als 33 Grad, die Temperatur der Haut war sogar deutlich geringer. Aus medizinischer Sicht war zu diesem Zeitpunkt nicht sicher, dass ihr Leben gerettet werden kann. Tatsächlich stabilisierte sich der Zustand aber und O überlebte.

In Betracht kommt eine Strafbarkeit des T wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen (hier: §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 13 I). T's Verhalten müsste dazu aber tatbestandlich gewesen sein. Daran fehlte es, wenn O eigenverantwortlich handelte. Denn wer lediglich eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts verantwortlich sein (st. Rspr.). Allerdings macht der BGH auch deutlich, dass sich die bloße Teilnahme am Geschehen in eine Täterschaft wandelt, sobald die Eigenverantwortlichkeit nicht mehr besteht. Entwickelte sich das allein auf Selbstgefährdung angelegte Geschehen erwartungswidrig in Richtung auf den Verlust des Rechtsguts, umfasse die ursprüngliche Entscheidung des Rechtsgutsinhabers für die Gefährdung seines Rechtsguts nicht zugleich den Verzicht auf Maßnahmen zum Erhalt des nunmehr in einen Zustand konkreter Gefahr geratenen Rechtsguts.²⁸⁵

Da sich O in akuter Lebensgefahr befand und aufgrund ihres Zustands nicht mehr eigenverantwortlich handeln konnte, ging die Tatherrschaft auf T über. Sein Untätigbleiben verwirklichte daher den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 13 I. Die gem. § 13 I erforderliche Garantenstellung ergab sich aus seiner Stellung als Ehemann und wird durch § 1353 BGB begründet. Dass die Ehe offensichtlich nicht mehr intakt war, ändert daran nichts, weil § 1353 BGB jedenfalls bis zur Trennung gegenseitige Beistands- und Hilfepflichten begründet.

e. Gewährung der Mitbenutzung von Haushaltsgegenständen

Zwar ändert die Ehe nichts an den Eigentumsverhältnissen, d.h. der sachenrechtlichen Zuordnung von Sachen zu einer Person, sodass es insbesondere möglich ist, dass ein Ehegatte Alleineigentum über Wohnung und Haushaltsgegenstände hat. Jedoch folgt aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft für die Ehegatten unstreitig die Pflicht, einander den Gebrauch bzw. die Benutzung der Wohnung und Haushaltsgegenstände zu gestatten. Insofern besteht insbesondere bezüglich der Ehwohnung und der

93

²⁸² Vgl. dazu R. Schmidt, Strafr AT, 22. Aufl. 2021, Rn 767 ff.

²⁸³ Nach BGH NStZ 2017, 219.

²⁸⁴ Im Originalfall war das Geschehen noch drastischer und zog sich noch länger hin.

²⁸⁵ BGH NStZ 2017, 219, 221.

Haushaltsgegenstände Mitbesitz auch des anderen Ehegatten, ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse. Der Mitbesitz beider Ehegatten kann sich im Rahmen des § 935 I BGB entscheidend auswirken, wenn der Ehegatte, der nicht Alleineigentümer ist, die Sache veräußert. Ein gutgläubiger Erwerb ist dann i.d.R. ausgeschlossen.

Beispiel: M und F sind miteinander verheiratet. Beide sind berufstätig. F kauft vom gemeinsam Ersparten ein Plasmafernsehgerät, das beide Eheleute gemeinsam nutzen. Infolge eines Streits bietet M in Abwesenheit der F das Gerät dem Bekannten D zum Kauf an, um der F „eins auszuwischen“. D geht davon aus, dass das Gerät allein dem M gehört, zahlt den Kaufpreis und nimmt das Gerät mit nach Hause. Als F davon erfährt, verlangt sie von D die Herausgabe. Zu Recht?

Das Herausgabeverlangen könnte sich auf § 985 BGB stützen. Dazu müsste F Eigentümerin sein und D dürfte kein Recht zum Besitz haben (§ 986 BGB).

Es ist davon auszugehen, dass M und F Miteigentümer (§ 1008 BGB) sind bzw. waren. Auch einem Miteigentümer kann der Anspruch aus § 985 BGB zustehen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass er bei einem Besitztzug durch einen oder mehrere seiner Miteigentümer nicht die vollständige Herausgabe, sondern naturgemäß nur die Einräumung des Mitbesitzes verlangen darf. Macht er den Herausgabeanspruch gegen einen Außenstehenden geltend, greift § 1011 BGB. Danach kann die Herausgabe nur an alle Miteigentümer gemeinsam verlangt werden.

Ursprünglich war F Miteigentümerin. F könnte ihr Eigentum aber gem. §§ 929 S. 1, 932 I BGB an D verloren haben, indem dieser das Gerät von M erwarb. M war Nichtberechtigter, weil ihm das Gerät nicht ausschließlich gehörte, sodass ein Erwerb nur unter dem Gesichtspunkt des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten in Betracht kommt. M hat dem D glaubhaft versichert, dass er Alleineigentümer des Fernsehgeräts sei (vgl. auch § 1362 I S. 1 BGB). Eine grob fahrlässige Unkenntnis (§ 932 II BGB) kann dem D daher wohl nicht vorgeworfen werden. Allerdings ist ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer abhandengekommen ist (§ 935 I BGB). Abhandenkommen bedeutet einen unfreiwilligen Verlust des unmittelbaren Besitzes (auch des Mitbesitzes) des Eigentümers.

Unabhängig von den Eigentumsverhältnissen war F als Ehefrau jedenfalls Mitbesitzerin. M hat den Fernseher ohne Kenntnis der F an D übergeben. Somit war der Besitzverlust für F unfreiwillig. Ein gutgläubiger Erwerb durch D scheidet somit aus. F ist Eigentümerin geblieben und kann von D, der kein Recht zum Besitz hat, die Herausgabe an F und M verlangen.

f. Pflicht zur Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit, § 1356 BGB

- 94 Die eheliche Lebensgemeinschaft funktioniert in aller Regel nur, wenn beide Ehegatten ihren Kräften und Möglichkeiten entsprechende Beiträge (Erwerbstätigkeit, Haushaltsführung, Zubereitung von Mahlzeiten etc.) leisten. Welcher Ehegatte dabei welche Beiträge leistet, ist wiederum eine Frage der individuellen Ausgestaltung der Ehe. Traditionell unterscheidet § 1356 BGB aber die Haushaltsführung von der Erwerbstätigkeit (§ 1356 I und II BGB).
- 95 Die **Haushaltsführung** müssen die Ehegatten im gegenseitigen Einvernehmen regeln. Ist die Haushaltsführung einem der Ehegatten überlassen, leitet dieser den Haushalt in eigener Verantwortung. Ein „Weisungsrecht“ des anderen Ehegatten besteht nicht. Umgekehrt schließt die eigenverantwortliche Haushaltsführung den anderen Ehegatten nicht gänzlich aus: Dieser bleibt mitverantwortlich, insbesondere bei Verhinderung des Haushaltsführenden durch Krankheit, und ist je nach der beiderseitigen beruflichen In-

anspruchnahme zur Mithilfe im Haushalt verpflichtet (vgl. § 1353 I S. 2 BGB).²⁸⁶ Je wesentlicher sich die Mithilfe darstellt, desto weiter tritt das Prinzip der Alleinverantwortlichkeit zurück.²⁸⁷

Beide Ehegatten sind berechtigt, **erwerbstätig** zu sein. Die Wahl und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit sind zwar nicht dem familiären Lebenskreis, sondern dem persönlichen Bereich des einzelnen Ehegatten zugeordnet, allerdings hat der erwerbstätige Ehegatte bei der Wahl und Ausübung seines Gewerbes auf die Belange des anderen Ehegatten und der Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen. Zudem begründet die Erwerbstätigkeit Unterhaltspflichten dem haushaltsführenden Ehegatten gegenüber. 96

Selbstverständlich ist es den Ehepartnern wegen § 1356 I S. 1 BGB anheimgestellt, auch Mischformen der Aufgabenverteilung zu vereinbaren. Somit können insgesamt hauptsächlich drei Ehetypen vorkommen²⁸⁸: 97

- Die **Alleinverdienerhe** ist dadurch gekennzeichnet, dass nur ein Ehegatte berufstätig ist, während der andere (alleinverantwortlich) den Haushalt besorgt.
- Von einer **Doppelverdienerhe** spricht man, wenn beide Partner voll berufstätig sind. Die Haushaltsführung wird dann idealerweise gemeinschaftlich ausgeübt, wobei die Lebenswirklichkeit oft (zu Lasten der Ehefrau) anders aussieht.
- In der **Zuverdienstehe** ist der eine Partner voll berufstätig, der andere beschränkt sich auf eine Teilzeitbeschäftigung oder Nebentätigkeit. Üblicherweise führt hier der beschränkt Berufstätige den Haushalt.

Ist eine einvernehmliche Regelung der Haushaltsführung nicht möglich, kann keine (vollstreckbare) gerichtliche Regelung herbeigeführt werden, da wegen § 120 I, III FamFG die Herstellung des ehelichen Lebens bzw. die Einhaltung personaler Ehepflichten nicht vollstreckbar sind.²⁸⁹ Daher ist auch eine (vollstreckbare) Regelung der Haushaltsführung durch Richterspruch nicht möglich. Das gilt auch dann, wenn eine einseitig getroffene Vereinbarung geändert wird. 98

Beispiel²⁹⁰: Das Ehepaar M und F beschließt, dass F in den ersten drei Jahren nach der Geburt der Tochter T den Haushalt führt und die Betreuung der T übernimmt. Doch schon ein halbes Jahr nach der Geburt der T fällt F derart die „Decke auf den Kopf“, dass sie beschließt, zumindest an zwei Tagen pro Woche wieder einer Berufstätigkeit nachzugehen. Da sie ein entsprechendes Arbeitsangebot erhält, stellt sie M vor vollendete Tatsachen und verkündet, dass er sich ab sofort mittwochs und freitags um das Kind zu kümmern habe.

Bis ein Kindermädchen gefunden ist, vergehen ein paar Wochen. In dieser Zeit entgeht M ein lukrativer Auftrag. Kann M von F Schadensersatz verlangen?

In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB. Doch diese Vorschrift setzt ein (vertragliches oder gesetzliches) Schuldverhältnis voraus, sodass die Rechtsnatur bzw. die Bindungswirkung der zwischen M und F getroffenen Vereinbarung geklärt werden muss.

²⁸⁶ BGH FamRZ 1960, 21.

²⁸⁷ Schwab, FamR, § 22 Rn 120.

²⁸⁸ Allgemeine Auffassung, vgl. etwa Schwab, FamR, § 22 Rn 118; Wellenhofer, FamR, § 9 Rn 13.

²⁸⁹ Vgl. dazu etwa Borth/Grandel, in: Musielak/Borth, FamFG, § 120 Rn 6 f.

²⁹⁰ Nach Wellenhofer, FamR, § 9 Rn 16.

5. Kapitel – Die Verwandtschaft

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

A. Abstammung

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

Das noch geltende Abstammungsrecht wird modernen Familienkonstellationen („Patchworkfamilien“⁹⁹¹, „Regenbogenfamilien“⁹⁹², Möglichkeit der Ei- und Samenspende, Möglichkeit, Ei- und Samenzellen sowie extrakorporal (d.h. in vitro) erzeugte Embryonen kryokonserviert (also tiefgefroren) aufzubewahren⁹⁹³, Drei-Eltern-IVF, Embryonentransfer auf die Partnerin/ Ehefrau der Eizellspenderin, biologische und soziale Vaterschaft, Adoptionswunsch von gleichgeschlechtlichen Paaren⁹⁹⁴ etc.) weitgehend nicht gerecht. Bereits in den Voraufgaben dieses Buches waren daher zahlreiche kritische Gedanken formuliert und es wurden Vorschläge unterbreitet. Die gegenwärtige Bundesregierung hat gemäß den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag eine „umfassende Familienrechtsreform“ angekündigt. Insoweit begrüßenswert ist der den Gesetzgeber erreichte Vorschlag einer „Mitmutterschaft“ bei verheirateten weiblichen Paaren (siehe bereits den vom Verfasser ausgearbeiteten Standpunkt nebst Gesetzesvorschlag bei Rn 462x). Doch zunächst soll die gegenwärtige Gesetzeslage dargestellt werden.

I. Mutterschaft

Nach der Legaldefinition in § 1591 BGB ist **Mutter** die Frau, die das Kind geboren hat. 462
Diese Art. 6 II GG ausgestaltende Regelung mag auf den ersten Blick selbstverständlich, geradezu banal sein, sodass sich die Frage stellt, warum der Gesetzgeber sich veranlasst sah, die Mutterschaft legalzudefinieren. Bei hintergründiger Betrachtung wird jedoch deutlich, dass § 1591 BGB durchaus eine wichtige Aussage trifft. Denn der Grundsatz: „mater semper certa est“ (sinngemäß: die Mutter ist immer gewiss), der an die Geburt als äußeres Beweiszeichen anknüpft, kann in Zeiten moderner Fortpflanzungsmedizin, in denen auch „Leihmutterschaft“, „Ersatzmutterschaft“, Eizell- und Embryonenspende medizinisch möglich sind, nicht mehr uneingeschränkte Geltung beanspruchen.

Beispiel⁹⁹⁵: Die beiden Frauen A und B sind miteinander verheiratet und verspüren einen Kindeswunsch. Damit beide einen Teil dazu beitragen, vereinbaren sie die Durchführung einer reziproken Befruchtung, die sog. ROPA-Methode (Reception of Oocytes from Partner). Dabei handelt es sich um eine Variante der IVF (In-vitro-Fertilisation⁹⁹⁶), d.h. um eine extrakorporale Befruchtung der Eizelle. Anders als bei der herkömmlichen IVF

⁹⁹¹ Der Begriff „Patchworkfamilie“ („bunt zusammengewürfelte Lebensgemeinschaft“) ist ein moderner Begriff für die „Stieffamilie“ und bezeichnet eine Familie bzw. Lebensgemeinschaft, bei der die Partner ihre Kinder aus früheren Ehen oder Lebensgemeinschaften mit in die neue Ehe bzw. Lebensgemeinschaft einbringen.

⁹⁹² Bei „Regenbogenfamilien“ handelt es sich um Familien, bei denen gleichgeschlechtliche Partner mit ihren jeweils adoptierten Kindern bzw. Kindern aus früheren Beziehungen in einer Familie zusammenleben.

⁹⁹³ Vgl. dazu etwa BGH NJW 2016, 3174 ff.

⁹⁹⁴ Zwar steht nunmehr auch gleichgeschlechtlichen Paaren die Möglichkeit offen, die Ehe zu schließen, ob damit aber sämtliche Probleme bei der Adoption beseitigt worden sind, wird im Folgenden geklärt.

⁹⁹⁵ In Anlehnung an AG München NJW 2022, 252.

⁹⁹⁶ In vitro = lat.: „im Glas“. In-vitro-Fertilisation bedeutet also eine im Glas (d.h. Reagenzglas) vorgenommene Befruchtung der Eizelle: Jede der Frau entnommene Eizelle wird in ein Kulturgefäß überführt und dort mit den (aufbereiteten) Spermien zusammengeführt. Das erfolgt im Idealfall durch schlichte Vermischung.

wird die mit Spendersamen in vitro befruchtete Eizelle aber nicht der Frau eingepflanzt, von der die Eizelle stammt, sondern ihrer Partnerin bzw. Ehefrau.

Mittels dieser Methode gibt es also eine gebärende Mutter (die Frau, die das Kind austrägt und gebärt) und eine genetische Mutter (die Frau, von der die Eizelle stammt). Hintergrund einer solchen IVF kann sein, dass (wie im Beispiel) beide Frauen ihren Anteil an der Familienplanung haben wollen. Welche Frau dann welche Position einnimmt, hängt im Idealfall vom Lebensalter der Frauen ab. Besteht ein (größerer) Altersunterschied, bietet es sich an, Eizellen der jüngeren Frau, also der Frau mit der besseren Ovarialreserve, zu entnehmen, diese in vitro mit Spendersamen zu befruchten und auf die Partnerin/Ehefrau zu übertragen, damit diese das Kind austrägt und gebärt.

Nach deutschem Recht ist Mutter die Frau, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB). Da die andere Frau nicht Vater gem. § 1592 BGB sein kann (das kann per definitionem nur ein Mann) und die deutsche Rechtsordnung eine „Mitmutterschaft“ (noch) nicht anerkannt hat (siehe dazu Rn 462x), ist die Frau, von der die Eizelle stammt, mit dem Kind juristisch nicht verwandt. Ihr bleibt nur der Weg über die Adoption, der aber mit Unwägbarkeiten verbunden sein kann. Zudem ist die ROPA-Methode für diejenigen, die sie durchführen, strafbar gem. § 1 I Nr. 2 ESchG, weshalb sich die Frauen entscheiden, sie in einem Staat vornehmen zu lassen, in dem sie nicht strafbar ist (etwa in Spanien).

Im Folgenden werden insbesondere Mutterschaft, Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende näher ausgeführt.

462a Dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend spricht man von einer **Leihmutterschaft**, wenn eine (unverheiratete) Frau, die „Leihmutter“, sich bereiterklärt, ein fremdes Kind auszutragen, zu gebären und es nach der Geburt den „Bestellern“, d.h. den Personen, von denen Ei- und Samenzellen stammen, zu überlassen. Denkbar ist auch, in vitro eine anonym gespendete Eizelle zu befruchten und der Leihmutter einzusetzen. In beiden Konstellationen ist aber klar, dass die Tragemutter niemals genetische Mutter ist, da die Eizelle nicht von ihr stammt. Wird die anonyme Eizelle mit dem Samen des bzw. (bei homosexuellen Wunscheltern) eines männlichen Wunschelternteils befruchtet, ist zumindest dieser Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt. In jedem Fall aber ist der Begriff „Leihmutter“ in mehrfacher Hinsicht juristisch falsch. Zunächst „verleiht“ die Tragemutter ihren Körper (d.h. ihren Uterus) nicht, da zum einen Gegenstand eines Leihvertrags nur eine Sache (und kein Uterus) sein kann (vgl. § 598 BGB) und zum anderen auch nicht der Besitz am Uterus überlassen wird. Zudem handelte es sich, wenn man schon in Kategorien zivilrechtlicher Gebrauchsüberlassung spricht, um einen Mietvertrag (§ 535 BGB), da – wie regelmäßig – das Austragen gegen Entgelt erfolgt. Schließlich verbietet es schon die Menschenwürde, den Körper wie eine Sache zu behandeln. Das Gesetz verwendet den Begriff „Leihmutter“ auch nicht, sondern spricht ausschließlich von **Ersatzmutterschaft** und knüpft zudem an spezielle reproduktionsmedizinische Konstellationen an.

- Gemäß der Legaldefinition in **§ 1 I Nr. 7 ESchG** ist Ersatzmutter eine Frau, die bereit ist, das aufgrund künstlicher Befruchtung gezeugte oder aufgrund Embryonenspende von ihr ausgetragene Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen. Hauptfall ist der, dass einer Frau (der „Tragemutter“) entweder eine noch nicht befruchtete Eizelle einer anderen Frau eingepflanzt (sog. Eizellspende) und diese dann natürlich oder künstlich befruchtet (inseminiert) wird oder ihr eine bereits natürlich oder künstlich befruchtete Eizelle einer anderen Frau (Embryo⁹⁹⁷) eingepflanzt wird (sog. Embryonenspende),

⁹⁹⁷ Als Embryo gilt gem. § 8 I ESchG die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle. „Befruchtet“ ist die Eizelle nicht bereits dann, wenn ein Spermium in die Eizelle eingedrungen ist (sog. Imprägnation), sondern erst dann, wenn ein Spermium in den Zellkern der Eizelle gelangt ist und sich die jeweiligen Chromosomensätze vereinigt haben (Kernverschmelzung - sog. Konjugation); vgl. dazu *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802 m.w.N.; *Taupitz*, NJW 2019, 337.

damit sie das Kind austrägt, gebärt und danach den Wunscheltern überlässt. In diesem Fall ist es somit nicht die Eizelle der Ersatzmutter, aus der das Kind entsteht. Die Ersatzmutter ist in diesem Fall daher nicht die genetische Mutter des Kindes. Genetische und gebärende Mutter sind in diesem Fall personenverschieden („gespaltene“ Mutterschaft). Wegen § 1591 BGB ist jedoch die gebärende Frau die rechtliche Mutter.

- Enger ist die Legaldefinition in **§ 13a AdvermiG**. Danach ist Ersatzmutter eine Frau, die (aufgrund einer Vereinbarung) bereit ist
 - ⇒ sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen (Nr. 1)
 - ⇒ oder einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen (Nr. 2)

und das Kind nach der Geburt Dritten zur Adoption oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen.

Im Fall des § 13a Nr. 1 AdvermiG ist Ersatzmutter i.S.d. § 13a AdvermiG i.d.R. eine Frau, die sich aufgrund einer vorherigen Vereinbarung mit den „Bestellern“ mit dem Samen des Bestellvaters (natürlich oder künstlich) befruchten lässt, das Kind austrägt, gebärt und anschließend der Bestellmutter überlässt. Die Ersatzmutter ist in diesem Fall die genetische und wegen § 1591 BGB auch die rechtliche Mutter des Kindes. Eine „gespaltene“ Mutterschaft, wie dies nach § 1 I Nr. 7 ESchG bzw. § 13a Nr. 2 AdvermiG möglich ist, existiert in diesem Fall also nicht.

Damit erfassen § 1 I Nr. 7 ESchG und § 13a AdvermiG aufgrund ihres Regelungsinhalts sämtliche Konstellationen, in denen eine Frau bereit ist, ein aufgrund künstlicher Befruchtung (auch im Rahmen einer **Eizellspende**) gezeugtes und von ihr ausgetragenes Kind oder ein aufgrund einer **Embryonenspende** (dazu Rn 462m) von ihr ausgetragenes Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen.

462b

Aufgrund der oben dargestellten „gespaltene“ Mutterschaft musste eine Entscheidung getroffen werden, wer juristisch als Mutter anzusehen ist, d.h. die Frau, deren Eizelle in den Uterus der anderen Frau eingesetzt wurde, oder die Frau, die das Kind ausgetragen und geboren hat. Der Gesetzgeber hat sich mit der bereits erwähnten Regelung des § 1591 BGB für die gebärende Mutter entschieden und damit seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dass er die psychosoziale und physische Bindung der gebärenden Mutter für gewichtiger erachtet als die genetische Abstammung. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Denn i.d.R. binden Schwangerschaft und Geburt die gebärende Frau und das Kind eng aneinander, sodass die Übernahme von Verantwortung für das Neugeborene am ehesten von der gebärenden Frau statt von der genetischen zu erwarten ist.⁹⁹⁸ Bei einer Ersatzmutterschaft wird man dies aber nicht unbedingt annehmen können, sodass in diesem Fall weniger die psychosoziale und physische Bindung der gebärenden Mutter als die sichere rechtliche Zuordnung (Statusklarheit) das Motiv für die Mutterschaftszuordnung sein dürfte. Eine Mutterschaftsanfechtung ist wegen § 1591 BGB (und nicht gegebener Anfechtungsmöglichkeit) in jedem Fall ausgeschlossen.

462c

Der deutsche Gesetzgeber ist sogar so weit gegangen, dass er die Ersatzmutterschaft verboten und für einige Beteiligte unter Strafe gestellt hat. So macht sich strafbar, wer es unternimmt, bei einer Ersatzmutter eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen (§ 1 I Nr. 7 ESchG). Die Ersatzmutter und die Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will, sind von der Strafbarkeit ausgenommen (§ 1 III Nr. 2 ESchG). Und wer entgegen § 13c AdvermiG Ersatzmuttervermittlung betreibt, diesbezüglich einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt oder sogar gewerbs- oder geschäftsmäßig handelt, macht sich gem. § 14b I bzw. II AdvermiG strafbar.

462d

⁹⁹⁸ Vgl. *Wellenhofer*, in: MüKo, § 1591 Rn 4.

Auch von dieser Strafandrohung sind gem. § 14b III AdvermiG die Ersatzmutter und die Bestelleltern ausgenommen.

- 462e** Die Motive für den Abschluss eines Ersatzmutterschaftsvertrags sind mannigfaltig. Zunächst kommt die „klassische“ Konstellation in Betracht, bei der ein verheiratetes heterosexuelles Paar seinen Kinderwunsch nicht selbst erfüllen kann oder möchte, weil mindestens einer der Partner zeugungsunfähig ist oder an einer Erbkrankheit leidet. Zwar kommt immer auch eine Adoption in Betracht, zumeist wünscht sich das Paar jedoch, dass zumindest einer der Partner genetischer Elternteil sein soll. Virulenter wird die Frage nach der Ersatzmutterschaft jedoch bei homosexuellen männlichen Paaren. Diese sind zwingend auf eine „Leihmutterschaft“ angewiesen, wenn einer der beiden Partner mit dem Kind genetisch verwandt sein soll.
- 462f** In allen Konstellationen gilt aber: Wenn die Parteien, d.h. die Wunscheltern (wobei es bei der Frage nach der (Un-)Wirksamkeit von Ersatzmutterverträgen nicht darauf ankommt, ob diese miteinander verheiratet sind) und die Ersatzmutter, versuchen, über einen **Vertrag** (vgl. § 311 I BGB) die Ersatzmutter (und wegen § 1591 BGB die rechtliche Mutter) zu verpflichten, das Kind nach der Geburt an die Wunschmutter zu übergeben, damit diese im Außenverhältnis (insbesondere gegenüber dem Standesamt) angeben kann, sie habe das Kind geboren, stellt sich die Frage nach der **Wirksamkeit** eines solchen Vertrags. Einer Wirksamkeit könnte zunächst § 134 BGB entgegenstehen. Ein direktes gesetzliches Verbot einer Ersatzmutterschaft im Verhältnis zwischen Wunscheltern und Ersatzmutter existiert nicht. Straf- bzw. bußgeldbewehrte Verbote sind zwar insbesondere in § 1 I Nr. 7 ESchG und §§ 13c, 14b I sowie § 14b II AdvermiG enthalten (s.o.). Zu einer Nichtigkeit des zwischen den Wunscheltern und der Ersatzmutter geschlossenen „Leihmuttervertrags“ wegen Verstoßes gegen § 134 BGB kommt man also nur, wenn man die genannten Sanktionstatbestände so auslegt, dass daraus ein umfassendes Verbot der Ersatzmutterschaft folgt. Das wäre angesichts der differenzierten gesetzlichen Regelung zumindest problematisch. Nicht unbeabsichtigt hat der Gesetzgeber Wunscheltern und Ersatzmutter von der Sanktionsandrohung ausgenommen. Auch aus § 1591 BGB lässt sich kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB herleiten. Zwar nimmt diese Vorschrift eine rechtliche Zuordnung vor („Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“), was ggf. zu einer rechtlichen Unmöglichkeit der vertraglichen Leistungsverpflichtung führt. Jedoch ist auch ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nicht per se nichtig, wie sich aus dem Wegfall der bis zum 31.12.2001 geltenden Regelung des § 306 a.F. BGB ergibt. Wegen § 311a I BGB ist auch ein solcher Vertrag wirksam. Daher ist der Frage nachzugehen, ob sich eine Nichtigkeit des „Leihmuttervertrags“ aus § 138 I BGB ergeben kann. Nach dieser Vorschrift ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt. Sittenwidrig ist nach dem BGH ein Verhalten, „das nach seinem durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermittelnden Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“.⁹⁹⁹ Diese Definition löst das Problem jedoch nicht wirklich, da hierdurch lediglich der eine unbestimmte Ausdruck durch andere Begriffe („Würdigung“, „Gesamtcharakter“, „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“) ersetzt wird. Zudem ist fraglich, wie ein Gericht beurteilen können soll, was „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ entspricht. Da es sehr nahe liegt, die eigenen Moralvorstellungen bei der Beurteilung mit einfließen zu lassen, ist die Vorschrift des § 138 I BGB nach der hier vertretenen Auffassung wegen einer Kollision mit dem verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgebot¹⁰⁰⁰ zu-

⁹⁹⁹ BGH NJW 2020, 1962, 1963; vgl. auch schon BGHZ 10, 228, 232; 69, 295, 297; 141, 357, 361; BGH NJW 2005, 1490 f.; BGH NJW 2014, 1380.

¹⁰⁰⁰ Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2020, Rn 191.

mindest verfassungsrechtlich bedenklich. Daher ist der Gesetzgeber berufen, dem dynamischen Begriff der „Sittenwidrigkeit“ (was heute noch verwerflich ist, kann morgen gesellschaftlich anerkannt sein) Konturen zu verleihen.¹⁰⁰¹ Geht man dennoch mit der h.M. von der Verfassungsmäßigkeit des § 138 I BGB aus, indem man den Begriff der Sittenwidrigkeit restriktiv auslegt, ist es entscheidend, ob das Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist.¹⁰⁰²

Einen rechtsmethodisch zutreffenden Ansatz stellt es dar, wenn man bei der Auslegung des Begriffs der „guten Sitten“ i.S.v. § 138 I BGB auf die **Grundrechte** der beteiligten Personen abstellt und diese miteinander und untereinander abwägt. Denn die Grundrechte verkörpern eine **objektive Wertordnung** und gelten für alle Bereiche des Rechts als Richtlinie und Impuls und damit auch mittelbar im Verhältnis der Bürger untereinander.¹⁰⁰³ Dieser Effekt wird allgemein **als mittelbare Drittwirkung der Grundrechte** bezeichnet: Der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte wirkt über das Medium der Vorschriften, die das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen. Das gilt insbesondere für die Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe, über deren Auslegung die widerstreitenden Grundrechte entscheiden.¹⁰⁰⁴

Damit sind also bei der Auslegung der „Sittenwidrigkeit“ in § 138 I BGB die Grundrechte der Beteiligten in ein Verhältnis praktischer Konkordanz¹⁰⁰⁵ mit den jeweils widerstreitenden Grundrechten zu bringen. Auf Seiten der Wunscheltern kommen die Grundrechte aus Art. 6 I GG (hier: Grundrecht auf Familie), aus Art. 6 II GG (Elternrecht, das das Recht auf Elternschaft beinhaltet) sowie aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) in Betracht. Bei der „Leihmutter“ ist zu differenzieren: Sollte diese aus wirtschaftlichen Gründen handeln (sog. kommerzielle Leihmutterschaft), steht nach wohl h.M. die Menschenwürde des (noch ungeborenen) Kindes¹⁰⁰⁶ dem Schutz aus Art. 12 I GG auch dann entgegen, wenn die „Leihmutter“ aus finanzieller Not heraus handelt (etwa, um ihre Familie zu versorgen). Denn in diesem Fall werde das Kind zu einer „Handelsware“. ¹⁰⁰⁷ Die theoretisch denkbare altruistische Leihmutterschaft, also die uneigennützig und unentgeltlich Leihmutterschaft, ist nach der hier vertretenen Auffassung hingegen von vornherein unproblematisch, und zwar selbst dann, wenn die „Leihmutter“ eine Aufwandsentschädigung erhält. Denn in diesem Fall wird das Kind nicht zur „Handelsware“. Aber auch bei der kommerziellen Leihmutterschaft steht am Ende ein Mensch, der ohne die Leihmutterschaft nicht gezeugt und geboren worden wäre. Es leuchtet nicht ein, wie man darin einen Menschenwürdeverstoß sehen kann. Ebenso wenig überzeugt es, einen Menschenwürdeverstoß auf Seiten der Ersatzmutter anzunehmen. Zwar ist es richtig, dass die Menschenwürde indisponibel ist und daher auch nicht zur Disposition der Ersatzmutter steht. Dass sich die Ersatzmutter durch ihr Verhalten aber ihren sozialen Wert- und Achtungsanspruch abspricht, der dem Menschen

462g

¹⁰⁰¹ Dieser Appell wird besonders deutlich, wenn man die antiquierte Auffassung des BVerfG zur „Sittenwidrigkeit“ von Prostitution und „Peep-Shows“ betrachtet.

¹⁰⁰² BGH NJW 1998, 2531, 2532.

¹⁰⁰³ Allgemeine Ansicht, vgl. etwa BVerfG NVwZ 2020, 53, 59 („Recht auf Vergessenwerden I“); BVerfG NJW 2018, 1667, 1668 (Stadionverbot); BGH NJW 2015, 489, 491; BGH NJW 2018, 1884, 1886 (jeweils jameda.de); vgl. auch BVerfG NJW 2015, 2485 f.; grundlegend BVerfGE 7, 198, 203 ff. (Lüth).

¹⁰⁰⁴ BGH NJW 1999, 566, 568.

¹⁰⁰⁵ Begriff nach *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 317 ff. Später verwendet bspw. auch von BVerfGE 89, 214, 232; 129, 78, 101 f.; 134, 204, 223; 142, 74, 101 ff.

¹⁰⁰⁶ Da die Parteien derartige Verträge i.d.R. zu einem Zeitpunkt schließen, in dem es noch nicht zu einer Befruchtung gekommen ist, stellt sich vordergründig die Frage, wie ein noch nicht einmal gezeugtes Kind Menschenwürde haben kann. Stellt man aber auf das potentielle menschliche Leben ab und erstreckt den Schutz der Menschenwürde auf menschliche Keimzellen, ist die Menschenwürde (ebenso wie bei „Genexperimenten“) betroffen; siehe dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, 26. Aufl. 2021, Rn 228.

¹⁰⁰⁷ *Majer*, NJW 2018, 2294, 2295 ff. m.w.N.

kraft seines Menschseins zukommt¹⁰⁰⁸, oder sich zum Objekt, d.h. zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabwürdigt¹⁰⁰⁹, kann nicht angenommen werden. Das gilt erst recht, wenn man bei der Frage nach der Menschenwürde den Schutz vor Erniedrigung, Demütigung, Brandmarkung, Verfolgung und Ächtung hervorhebt. Von alledem kann bei einer (freiwilligen!) Ersatzmutterschaft keine Rede sein. Solange also die Entscheidung zur Ersatzmutterschaft frei von Zwängen ist, die Ersatzmutter eigenverantwortlich handelt und sich auch nicht selbst als „Handelsware“ versteht, geht die Annahme einer Menschenwürdeverletzung fehl.

462h Aber auch Gleichheitsaspekte spielen eine Rolle. So könnten heterosexuelle Ehepaare, bei denen der Mann zeugungsunfähig ist oder wegen einer (schweren) Erbkrankheit keine Kinder zeugen möchte, völlig legal von einer Reproduktionsklinik eine heterologe Insemination¹⁰¹⁰ vornehmen lassen. Das Gleiche gilt für homosexuelle weibliche Ehepaare; bei diesen könnten sogar beide Ehepartner eine künstliche Befruchtung vornehmen lassen. Bei homosexuellen männlichen Ehepaaren ist all dies nicht möglich; diese gleichheitswidrige Differenzierung ließe sich nur mit einer Leihmutterschaft beseitigen. Die Rechtsprechung teilt diese Überlegung freilich nicht, allerdings mit der nicht überzeugenden Begründung, das Verbot der Leihmutterschaft verstoße nicht gegen den Gleichheitssatz, weil es nicht nur gleichgeschlechtliche Partnerschaften von Männern betreffe, sondern auch heterosexuelle Beziehungen.¹⁰¹¹ Das überzeugt schon deshalb nicht, weil heterosexuelle Paare nicht stets auf Leihmutterschaft angewiesen sind. Bei homosexuellen Paaren bleibt keine andere Möglichkeit, wenn zumindest einer der Partner genetisch verwandt sein soll.

462i Sollte man gleichwohl eine Sittenwidrigkeit annehmen, wäre der „Leihmuttervertrag“ gem. § 138 I BGB nichtig. Folge wäre, dass keine Ansprüche bestünden. Die Wunscheltern hätten keinen Anspruch auf Herausgabe des Kindes; die „Leihmutter“ hätte umgekehrt keinen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt. Selbstverständlich hätte dann die „Leihmutter“ auch keinen Anspruch auf „Abnahme“ des Kindes durch die Wunscheltern. Es bliebe bei der Regelung des § 1591 BGB. Sollte man (mit der hier vertretenen Auffassung) jedoch eine Sittenwidrigkeit verneinen, wäre der Ersatzmuttervertrag wirksam. Grundsätzliche Folge wäre die Verpflichtung zur Erbringung aller Primärpflichten und Beachtung aller Sekundärpflichten. Dann aber stellten sich (unlösbare) Probleme bei „Leistungsstörungen“. Sollen die Wunscheltern ein Recht zur Verweigerung der „Abnahme“ haben, wenn das Kind mit einer Behinderung zur Welt gekommen ist? Oder können die Wunscheltern (bei „Abnahme“ des Kindes) einen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn die Tragemutter während der Schwangerschaft Drogen (auch Alkohol) konsumiert hat, wodurch das Kind geschädigt wurde? Ein gangbarer Weg bestünde darin, die Vorschrift des § 120 III FamFG analog anzuwenden. Nach dieser Vorschrift unterliegt die Verpflichtung zur Eingehung der Ehe und zur Herstellung des ehelichen Lebens nicht der Vollstreckung. Dieses Vollstreckungshindernis könnte in analoger Anwendung des § 120 III FamFG auch für den Ersatzmuttervertrag gelten. Folge wäre, dass zwar Leistungsansprüche bestünden, diese aber nicht der Vollstreckung unterlägen. Tragemutter und Wunscheltern könnten also nicht gezwungen werden, ihren Vertragspflichten nachzukommen. Was aber soll gelten, wenn das Kind mit einer Behinderung zur Welt kommt, die nicht auf ein Fehlverhalten der Ersatzmutter zurückzuführen ist? Möglicherweise kommt es auf all diese Aspekte überhaupt nicht an, wenn man auf die Regelung des (indisponiblen) § 1591 BGB abstellt. Wie bereits bei Rn

¹⁰⁰⁸ So die Definition des BVerfG (BVerfGE 87, 209, 228).

¹⁰⁰⁹ So die Objektformel *Dürigs* (*Dürig*, AöR 81 (1956), S. 117, 126). Siehe auch BVerfGE 27, 1, 1; 45, 187, 228.

¹⁰¹⁰ Siehe dazu Rn 462m.

¹⁰¹¹ FG Münster 7.10.2021 – 10 K 3172/19 E – allerdings Revision beim BFH anhängig (VI R 29/21).

462f ausgeführt, lässt sich aus der rechtlichen, nicht anfechtbaren Zuordnung des Kindes zu der Frau, die es geboren hat, schließen, dass ein Ersatzmuttervertrag ggf. zu einer rechtlichen Unmöglichkeit der vertraglichen Leistungsverpflichtung führt. Folgt man diesem Ansatz, ist der Ersatzmuttervertrag zwar nicht allein deswegen nichtig, sondern wegen § 311a I BGB (zunächst) wirksam. Jedoch kommt dann gem. §§ 346 I, 323 I, 326 V, 275 I BGB ein sofortiges Rücktrittsrecht in Betracht mit der Folge, dass zunächst entstandene Ansprüche untergehen. Sollten die Wunscheltern „Vorkasse“ geleistet haben, stünde einem Rückzahlungsanspruch gegenüber der Ersatzmutter aus § 812 BGB auch nicht § 817 S. 2 BGB entgegen. So oder so gilt im Ergebnis: Die Ersatzmutter ist (und bleibt) rechtliche Mutter und muss die Folgen tragen. Freilich stünde es dem Gesetzgeber offen, die Leihmutterschaft gesetzlich zu regeln und eine von § 1591 BGB abweichende Regelung zu treffen.

Fazit: Wie die vorstehenden Ausführungen verdeutlicht haben, ist die Problematik der „Leihmutterschaft“ sehr differenziert zu betrachten, zumal auch moralische und rechtsethische Vorstellungen die rechtliche Beurteilung prägen. Da nach Auffassung des Verfassers weder die Menschenwürde der Ersatzmutter noch die des (zu zeugenden) Kindes verletzt ist, wäre eine gesetzliche Regelung der Ersatzmutterschaft in Deutschland – abweichend von der gegenwärtigen Regelung des § 1591 BGB – möglich. Voraussetzung wäre, dass sie – ähnlich wie die Samenspende – altruistisch (bzw. nur gegen Aufwandsentschädigung) erfolgte, dem Kind dieselben Rechte zustünden wie dem durch Samenspende gezeugten Kind und dass ein formalisiertes, der staatlichen Kontrolle unterworfenen Verfahren eingeführt würde.

462j

Von diesen sehr schwierigen (verfassungsrechtlichen) Fragen abgesehen, hat eine Ersatzmutterschaft in sehr vielen Fällen schließlich auch **Auslandsbezug**: So kann auf der Basis des aktuell geltenden Rechts die Ersatzmutterschaft zu erheblichen Problemen führen, wenn die Wunscheltern in ein Land reisen, in dem die Leihmutterschaft legal ist, dort eine Leihmutter beauftragen und anschließend mit dem Kind nach Deutschland einreisen (wollen). Da die Wunscheltern bis dahin nach deutschem Recht noch nicht die rechtliche Stellung als Eltern haben und das Kind daher auch nicht über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt (vgl. § 4 I StAG), kann nicht nur dem Kind die Erteilung eines deutschen Passes (oder gar die Einreise) verwehrt werden, sondern auch die Wunscheltern haben zunächst kaum eine Möglichkeit, eine rechtliche Elternschaft zu begründen.¹⁰¹²

462k

Noch deutlicher wird die Problematik, wenn ein homosexuelles männliches Paar in ein Land reist, in dem die Leihmutterschaft legal ist, dort eine Leihmutter beauftragt, eine mit dem Samen eines der Männer befruchtete anonyme Eizelle aufzunehmen, das Kind auszutragen und es anschließend an die Wunscheltern zu übergeben. Wird durch ein Obergericht des betreffenden Staates (hier: Superior Court des Staates Kalifornien) die Vereinbarkeit dieses Verfahrens mit dem Recht des Staates bestätigt und werden die Wunscheltern als rechtliche Eltern festgestellt, hat der BGH entschieden, dass die deutschen Standesbehörden – trotz der insoweit eindeutigen Regelung in §§ 1591, 1592 BGB – verpflichtet sind, die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern anzuerkennen (d.h. gem. § 36 I S. 1 Hs. 1 PStG i.V.m. § 21 PStG die Auslandsgeburt nachzubeurkunden). Entscheidend war der Ordre-public-Vorbehalt der deutschen Rechtsordnung. Mit „ordre public“ (franz.) ist nicht etwa die „öffentliche Ordnung“ gemeint, sondern es handelt sich um einen Rechtsbegriff des internationalen Privatrechts, der die grundlegenden inländischen Wertvorstellungen beschreibt. Gemäß Art. 6 S. 1 EGBGB ist eine Rechtsnorm eines anderen Staates (nur dann) nicht anzuwenden, wenn ihre Anwen-

462l

¹⁰¹² Vgl. dazu näher *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 ff.

dung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist gem. Art. 6 S. 2 EGBGB insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist. Daraus folgt umgekehrt, dass bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat (vgl. Art. 3 EGBGB) die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm dieses Staates nicht von vornherein ausgeschlossen ist, wenn Art. 6 EGBGB nicht greift. Ist also die Leihmutterschaft in dem Staat, in dem sie vorgenommen wird, erlaubt und wurde dies von einem „oberen Gerichtshof“ dieses Staates bestätigt, geht auch der BGH davon aus, dass dies in der Bundesrepublik Deutschland anzuerkennen ist.¹⁰¹³ Schwierigkeiten bestehen indes, wenn die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern – wie das in der Ukraine der Fall ist – lediglich vom ausländischen Standesamt festgestellt wird (und nicht vom dortigen „oberen Gericht“ bestätigt wird bzw. bestätigt werden muss). Denn der BGH hat entschieden, dass das ausländische Standesamt keine Behörde sei, die funktional einem deutschen Gericht entspreche, sodass eine Anerkennung der standesamtlichen Entscheidung nicht erfolgen könne.¹⁰¹⁴ Folge dieser Entscheidung ist, dass als rechtliche Mutter die ukrainische Leihmutter im deutschen Geburtenregister einzutragen ist. Diese ist aber nach ukrainischem Recht nicht rechtliche Mutter. Die Wunschmutter kann allenfalls durch Adoption (§§ 1741 ff. BGB) rechtliche Mutter werden¹⁰¹⁵; allerdings hat ein Adoptionsverfahren auch seine Hürden¹⁰¹⁶. Beim Wunschvater ist es weniger problematisch; er kann gem. §§ 1592 Nr. 2, 1594 BGB schlicht die Vaterschaft anerkennen.¹⁰¹⁷ In beiden Fällen ist aber zu beachten, dass Adoption bzw. Vaterschaftsanerkennung auch unterbleiben können, etwa, wenn das Kind an einem Genedefekt oder Geburtsfehler leidet¹⁰¹⁸ oder die Wunscheltern sich inzwischen schlicht trennen und den gemeinsamen Kinderwunsch aufgegeben haben¹⁰¹⁹. Das hat dann zur Folge, dass das Kind keine rechtlichen Eltern hat. Hier ist dringend der Gesetzgeber gefordert, Abhilfe zu schaffen, etwa durch Schaffung einer gesetzlichen Elternschaft: Wer im Ausland eine Leihmutter beauftragt, wird nach deutschem Recht rechtlicher Elternteil, sofern eine Elternschaft in dem betreffenden Staat nicht begründet wird.

462m Von diesen Besonderheiten abgesehen, kann die nach § 1591 BGB definierte Mutterschaft auf verschiedene (legale und illegale) Weisen entstehen:

1. „Normale“ Mutterschaft, bei der die gebärende Mutter auch die genetische Mutter ist:

- ⇒ Intrakorporale Befruchtung der Eizelle (In-vivo-Fertilisation¹⁰²⁰)
 - ⇒ auf natürliche Weise (d.h. durch Geschlechtsverkehr)
 - ⇒ mit dem Samen des Ehemanns
 - ⇒ mit dem Samen eines anderen Mannes („Fremdinsemination“)¹⁰²¹
 - ⇒ durch künstliche Befruchtung
 - ⇒ mit dem Samen des Ehemanns (homologe intrakorporale Insemination)
 - ⇒ mit dem Samen eines anderen Mannes (heterologe¹⁰²² intrakorporale Insemination)

¹⁰¹³ BGHZ 203, 350 ff. (Anerkennung einer kalifornischen Gerichtsentscheidung zur Leihmutterschaft).

¹⁰¹⁴ BGH NJW 2019, 1605, 1606 f.

¹⁰¹⁵ Siehe dazu OLG Frankfurt NJW 2019, 1615, 1616 ff.

¹⁰¹⁶ Immerhin kann nach OLG Frankfurt NJW 2019, 1615, 1616 ff. die genetische Mutter ihr fremdausgetragenes Kind bereits dann adoptieren, wenn die Adoption dem Kindeswohl dient.

¹⁰¹⁷ Siehe dazu AG Frankfurt 9.4.2018 – 470 F 16020/17 AD – dazu Rn 595b.

¹⁰¹⁸ Siehe *Löhnig*, NJW 2019, 1607, 1608: „nicht wunschgemäß geraten“.

¹⁰¹⁹ *Löhnig*, NJW 2019, 1607, 1608.

¹⁰²⁰ In vivo = lat.: „im Lebendigen“. In-vivo-Fertilisation bedeutet also eine im lebenden Körper einer Frau vorgenommene Befruchtung der Eizelle.

¹⁰²¹ Vgl. dazu Rn 482/485 ff.

¹⁰²² Eigentlich müsste es donogene (lat. donum = Geschenk, Spende) Insemination heißen. Der Begriff „heterolog“ hat sich aber durchgesetzt. Vgl. dazu Rn 480/485 ff.

- ⇒ Extrakorporale Befruchtung der Eizelle (In-vitro-Fertilisation (IVF)¹⁰²³ oder Fertilisation mittels intracytoplasmatischer Spermieninjektion (ICSI)¹⁰²⁴)¹⁰²⁵
 - ⇒ durch Entnahme einer Eizelle und Befruchtung außerhalb des Mutterleibs
 - ⇒ mit dem Samen des Ehemanns (homologe extrakorporale Insemination)
 - ⇒ mit dem Samen eines anderen Mannes (heterologe extrakorporale Insemination)
 - ⇒ und anschließende Einsetzung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter der Frau, von der die Eizelle stammt

2. Genetische Mutter und gebärende Mutter sind nicht identisch:

- ⇒ **Eizellspende:** Eine unbefruchtete fremde Eizelle wird in den Körper der Wunschmutter eingepflanzt und anschließend dort mit dem Samen ihres (oder eines anderen) Mannes befruchtet. Dieses Verfahren ist gem. § 1 I Nr. 1 ESchG für den Übertragenden strafbar. Zur Frage, wann eine Eizelle als befruchtet anzusehen ist, siehe Rn 462n.
- ⇒ **Embryonenspende:** Unter diesen Begriff fallen verschiedene, zulässige wie unzulässige Konstellationen.
 - ⇒ Zunächst ist es möglich, dass die Eizelle einer anderen Frau mit dem Samen des Ehemanns oder eines anderen Mannes in vitro befruchtet und anschließend in die Gebärmutter der Ehefrau eingesetzt wird. Dieses Verfahren ist nicht von den Strafnormen des ESchG erfasst, mithin straflos.
 - ⇒ Indes strafbar gem. § 1 I Nr. 6 ESchG ist die Entnahme einer bereits befruchteten Eizelle, d.h. eines Embryos (§ 8 I ESchG), aus dem Körper einer Frau, um diesen auf eine andere Frau zu übertragen oder ihn für einen nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden.
 - ⇒ Gemäß § 1 I Nr. 7 ESchG ist auch strafbar, wer es unternimmt, bei einer Ersatzmutter (Rn 462a) eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.
 - ⇒ Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass der Wunschmutter Eizellen zwecks In-vitro-Fertilisation entnommen werden, sich dann aber herausstellt, dass eine Einpflanzung einer imprägnierten¹⁰²⁶ oder befruchteten Eizelle in den Körper der Wunschmutter (medizinisch oder faktisch) unmöglich ist. Wird in diesem Fall ein Embryo in eine andere Frau übertragen, liegt kein Fall des § 1 II ESchG vor, da es allein schon an der zeitlichen Koinzidenz (vgl. § 1 II a.E. ESchG: „...ohne eine Schwangerschaft der Frau herbeiführen zu wollen, von der die Eizelle stammt“) fehlt. Gleiches gilt hinsichtlich der in § 1 I Nr. 6 ESchG beschriebenen Handlung, wenn die zeitliche Koinzidenz fehlt. Rechtspolitisch lässt sich die Straflosigkeit dieser Verfahren damit begründen, dass der Embryo anderenfalls verworfen werden müsste und dass die Ratio des ESchG, Vermeidung einer gespaltenen Mutterschaft, in diesen Fällen nicht greift.¹⁰²⁷

¹⁰²³ In vitro = lat.: „im Glas“. In-vitro-Fertilisation bedeutet also eine im Glas (d.h. Reagenzglas) vorgenommene Befruchtung der Eizelle: Jede der Frau entnommene Eizelle wird in ein Kulturgefäß überführt und dort mit den (aufbereiteten) Spermien zusammengeführt. Das erfolgt durch schlichte Vermischung.

¹⁰²⁴ Sollte bei der IVF ein eigenständiges Eindringen einer Samenzelle in die Eizelle nicht möglich oder erschwert sein, wird „nachgeholfen“ mittels intracytoplasmatischer Spermieninjektion (ICSI), d.h. durch Injektion einer Samenzelle in das Plasma einer Eizelle.

¹⁰²⁵ Die Entscheidung des Paares, ein Kind durch künstliche Befruchtung zu zeugen, fällt unter sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens i.S.d. Art. 8 EMRK (dazu EGMR NJW 2012, 207 ff.).

¹⁰²⁶ Imprägniert ist eine Eizelle, bei der noch keine Kernverschmelzung stattgefunden hat, die also noch nicht „befruchtet“ ist. Andererseits ist sie aber auch nicht mehr „unbefruchtet“ (i.S.d. § 1 I Nr. 1 ESchG), da sie bereits die Erbinformationen der mit ihr verschmolzenen Samenzelle in sich trägt.

¹⁰²⁷ Vgl. dazu *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802, 1803; *Taupitz*, NJW 2019, 337.

- ⇒ Wiederum strafbar macht sich gem. § 1 I Nr. 2 ESchG, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Es kommt also auch die entsprechende Intention zum Zeitpunkt der Befruchtung an. Unklar ist indes, ob ein Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG auch vorliegt in dem Fall, in dem die Frau, von der die Samenzelle stammt, die imprägnierte Eizelle nicht mehr benötigt, etwa, weil die Schwangerschaft bereits (durch eine IVF bzw. ICSI) eingetreten ist oder der Kinderwunsch sich erledigt hat. Wird die dann freigegebene imprägnierte Eizelle in eine andere Frau implantiert, könnte der Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG erfüllt sein. Ob das der Fall ist, hängt davon ab, ob eine Befruchtung bereits mit der Imprägnation vorliegt (dann kein Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG) oder erst mit der Kernverschmelzung/Konjugation (dann Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG). Siehe dazu Rn 462n.
- ⇒ Ein Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG liegt (jedenfalls) bei der ROPA-Methode vor, wenn also – anders als bei der herkömmlichen IVF – die mit Spendersamen in vitro befruchtete Eizelle der Partnerin bzw. Ehefrau der Frau eingesetzt wird, von der die Eizelle stammt (dazu Rn 462).
- ⇒ **Leihmutterschaft** in der Variante des § 1 I Nr. 7 ESchG bzw. § 13a Nr. 2 AdvermiG: Eine Eizelle der Ehefrau wird mit dem Samen des Ehemanns oder eines anderen Mannes in vitro befruchtet und anschließend in die Gebärmutter einer anderen Frau eingesetzt, die das Kind austrägt und gebärt. Dieses Verfahren ist gem. § 1 I Nr. 7, II ESchG für einige Beteiligte strafbar. Strafbar ist auch der Fall, dass einer Eizellspenderin eine Eizelle entnommen wird, um diese dann in vitro zu befruchten und einer Leihmutter zu übertragen. Denkbar ist eine solche Konstellation zum einen, wenn die Frau, von der die Eizelle stammt, (etwa aus gesundheitlichen Gründen) nicht bereit ist, das Kind auszutragen, und das Genmaterial der Frau, die das Kind austragen soll, nicht erwünscht ist. Zum anderen ist es denkbar, dass die Beteiligten dieses Verfahren allein deshalb wählen, um eine genetische (und damit rechtliche) Mutterschaft der gebärenden Mutter zu verhindern.¹⁰²⁸

3. Ersatzmutterschaft (bei Identität von genetischer und gebärender Mutter):

- ⇒ Eine Frau unterzieht sich aufgrund einer Vereinbarung mit den „Wunscheltern“ einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung, um das Kind nach der Geburt dem Vertragspartner zur Adoption oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen (Fall des § 13a Nr. 1 AdvermiG).
- ⇒ Die künstliche Insemination bei einer Ersatzmutter ist gem. § 1 I Nr. 7 Embryonenschutzgesetz (ESchG) strafbar. Aus dem Umkehrschluss folgt, dass die natürliche Insemination (also durch Geschlechtsverkehr oder durch Selbstinsemination einer Spermenspende) nicht strafbar ist.
- ⇒ Unabhängig davon ist nach h.M. (dazu Rn 462f ff.) die Vereinbarung zwischen der Ersatzmutter und den Wunscheltern sittenwidrig und damit nichtig (§ 138 I BGB). Die Nichtigkeit lässt sich ggf. auch aus § 134 BGB herleiten, obwohl die Ersatzmutter selbst nicht nach § 1 I Nr. 7 ESchG strafbar ist. Die Ersatzmutter (die ja wegen § 1591 BGB auch juristische Mutter ist) muss also nach der Geburt das Kind nicht an die „Wunscheltern“ herausgeben. Sollten diese „Vorkasse“ geleistet haben, können sie (sofern man den Standpunkt der Sittenwidrigkeit teilt) die geleistete Geldsumme wegen § 817 S. 2 BGB nicht zurückverlangen. Zu dem vom Verfasser vertretenen abweichenden Standpunkt vgl. Rn 462i.

¹⁰²⁸ Siehe dazu auch die Konstellation BGH NJW 2016, 3174 ff. (Mann in eingetragener Lebenspartnerschaft) sowie BGH NJW 2019, 1605 ff. (Leihmutterschaft in der Ukraine).

- ⇒ Die Vermittlung einer Ersatzmutterschaft (aber auch Leihmutterschaft) ist gem. §§ 13c, d AdvermiG verboten und gem. § 14b AdvermiG strafbar.

4. Drei-Eltern-IVF (IVF mit dem Erbgut von zwei Frauen und einem Mann):

- ⇒ Einen Sonderfall bildet die Drei-Eltern-IVF. Dabei handelt es sich um eine IVF, bei der ein Kind mit dem Erbgut von zwei Frauen und einem Mann gezeugt wird. Mit diesem Verfahren soll die Weitergabe mitochondrialer Gendefekte vermieden werden. Mitochondrien sind Zellbestandteile, in denen chemische Reaktionen der Atmungskette stattfinden. Vom Körper aufgenommene Glukose kann so zur Synthese von Adenosintriphosphat, dem Hauptenergiespeicher innerhalb von Zellen, verwendet werden. Die Mitochondrien befinden sich im Zytoplasma (der gesamte lebende Inhalt einer Zelle), das bei einer natürlichen Befruchtung immer von der Mutter auf das Kind weitergegeben wird. Weisen die Mitochondrien Gendefekte auf, werden diese daher mit hoher Wahrscheinlichkeit vererbt. Wird ein Kind mit einer Mitochondriopathie geboren, betrifft dies folgerichtig die Energieversorgung der Zellen. Dies kann Diabetes, Taubheit, Sehstörungen sowie intestinale (den Darm betreffende) oder kardiale (das Herz betreffende) Erkrankungen zur Folge haben, für die es auch heutzutage noch keine Heilungsmöglichkeit gibt. Und hier setzt die Drei-Eltern-IVF an: Vereinfacht dargestellt werden zunächst sowohl der Wunschmutter, die an einem mitochondrialen Gendefekt leidet, als auch der gesunden Eizellspenderin jeweils eine unbefruchtete Eizelle entnommen. Aus der Eizelle der Wunschmutter wird lediglich der gesunde Zellkern, in dem sich die mütterlichen Chromosomen befinden, entnommen; der Rest wird verworfen. Parallel dazu wird aus der Eizelle der Eizellspenderin (der Donorzelle) der Zellkern entfernt (und verworfen). Sodann wird der aus der Eizelle der Wunschmutter entnommene Zellkern nebst Chromosomen in die zellkernlose Donorzelle eingesetzt. Die gesunde Donorzelle wird damit also mit dem ebenfalls gesunden Zellkern der Eizelle der Wunschmutter ausgestattet, in dem sich deren Chromosomen befinden. Die auf diese Weise erzeugte „neue“ Eizelle enthält im Ergebnis also die chromosomale DNS der Wunschmutter und die mitochondriale DNS der Eizellspenderin. Diese Eizelle wird schließlich mit dem Samen des Mannes der Wunschmutter bzw. mit dem Samen eines Samenspenders künstlich befruchtet. Der auf diese Weise in vitro gezeugte Mensch hat also zwei genetische Mütter. Wegen § 1591 BGB ist aber allein die gebärende Mutter die juristische Mutter. Ob die Drei-Eltern-IVF in Deutschland zulässig ist, ist unklar. Zwar unterfällt sie nicht dem § 13a AdvermiG, sie verstößt möglicherweise aber gegen § 1 II ESchG, sofern man eine Erbgutveränderung bejaht. Die Annahme einer Erbgutveränderung ist angesichts des beschriebenen Verfahrens aber nicht zwingend.

Näher ausgeführt werden soll die Strafbarkeit nach § 1 I Nr. 2 ESchG, wonach sich strafbar macht, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Die § 1 I Nr. 2 ESchG unterfallende ROPA-Methode wurde bereits ausgeführt (Rn 462). Auch (andere) Fälle der Eizellspende und Embryonenspende wurden erläutert (Rn 462m). Im Folgenden gilt es zu klären, ob ein Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG auch vorliegt, wenn eine rechtmäßig imprägnierte Eizelle nicht mehr benötigt wird, etwa, weil die Schwangerschaft bereits (durch eine IVF bzw. ICSI) eingetreten ist oder der Kinderwunsch sich erledigt hat, und diese dann freigegebene imprägnierte Eizelle in eine andere Frau implantiert wird. Ob dies § 1 I Nr. 2 ESchG unterfällt, hängt davon ab, ob eine Befruchtung bereits mit der Imprägnation vorliegt (dann kein Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG) oder erst mit der Kernverschmelzung/Konjugation (dann Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG).

462n

Beispiel¹⁰²⁹: Der verurteilte Arzt ist Mitglied eines Vereins, der durch beteiligte Ärzte es zeugungsunfähigen Frauen ermöglichte, imprägnierte kryokonservierte (d.h. in flüssigem Stickstoff bei -196 Grad Celsius tiefgefrorene) Eizellen zu erhalten, um auf diese Weise schwanger zu werden. Imprägniert ist eine Eizelle, bei der die Samenzelle zwar in das Plasma der Eizelle eingedrungen ist bzw. eingebracht wurde, aber noch keine Kernverschmelzung (Verschmelzung von Samen- und Eizellkern) stattgefunden hat. Die imprägnierten Eizellen stammten von Frauen, bei denen zuvor eine künstliche Befruchtung vorgenommen wurde. Dazu wurden der jeweiligen Frau Eizellen entnommen und mit dem Samen ihres Partners in vitro befruchtet und anschließend in die Gebärmutter der Frau eingesetzt. Dieses Verfahren ist nicht von den Strafnormen des ESchG erfasst, mithin straflos und in der Reproduktionsmedizin weit verbreitet. Die Besonderheit dieses Verfahrens besteht aber darin, dass stets mehrere Eizellen entnommen und imprägniert werden, weil die Erfolgsquote nicht sehr hoch ist. Die überzähligen imprägnierten Eizellen werden sodann kryokonserviert, um im Fall eines Fehlschlags auf weitere zurückgreifen zu können. Im Falle einer Schwangerschaft werden diese imprägnierten kryokonservierten Eizellen (jedenfalls für die konkrete Schwangerschaft) nicht mehr benötigt, sodass das Paar gefragt wurde, ob sie sie anderen Paaren überlassen möchten. Das aber könnte dem Straftatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG unterfallen, worüber seit Jahren juristischer Streit herrscht. Das BayObLG hat der Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Berufungsurteil (teilweise) stattgegeben und die Sache zurückverwiesen.

Grundlagen: Ungewollte Kinderlosigkeit kann – beim Mann und bei der Frau – verschiedene (biologische) Ursachen haben. Im Zentrum steht die Infertilität, also die Unfähigkeit, Nachkommen zu zeugen, bzw. die Fähigkeit, nur noch sporadisch durch Spontankeimung schwanger zu werden. Um sich gleichwohl den Kinderwunsch zu erfüllen, entscheiden sich viele betroffene Paare zur künstlichen Befruchtung, d.h. zur **assistierten Reproduktion**. Gemäß der Definition der „Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion“ der Bundesärztekammer v. 06.10.2017 wird als assistierte Reproduktion „die ärztliche Hilfe zur Erfüllung des Kinderwunsches durch medizinische Behandlungen und Methoden bezeichnet, die die Handhabung menschlicher Keimzellen (Ei- und Samenzellen) oder Embryonen zum Zwecke der Herbeiführung einer Schwangerschaft umfassen“ (Punkt 1.4, erster Spiegelstrich der Richtlinie). Im Mittelpunkt steht die „**In-vitro-Fertilisation**“ IVF (in vitro = lat.: „im Glas“). In-vitro-Fertilisation bedeutet also eine im Glas (d.h. Reagenzglas) vorgenommene Imprägnation der Eizelle, daher auch als „extrakorporale Imprägnation“ bezeichnet. Dazu werden der Frau unmittelbar vor dem (künstlich erzeugten) Eisprung Oozyten (Eizellen) aus den Ovarien (Eierstöcken) entnommen (Follikelpunktion). Jede entnommene Eizelle wird in ein Kulturgefäß überführt und dort mit den (aufbereiteten) Spermien zusammengeführt. Das erfolgt durch schlichte Vermischung. Sollte ein eigenständiges Eindringen einer Samenzelle in die Eizelle nicht möglich oder erschwert sein, wird „nachgeholfen“ mittels **intracytoplasmatischer Spermieninjektion (ICSI)**, d.h. durch Injektion einer Samenzelle in das Plasma einer Eizelle. Das Eindringen einer Samenzelle in das Zellplasma einer Eizelle nennt man **Imprägnation**. Danach werden die imprägnierten Eizellen in einen Brutschrank gegeben, um die Befruchtung herbeizuführen bzw. abzuschließen. Die Befruchtungsphasen sind zeitlich, nach Fortschritt der Zellteilungen, gestaffelt:

- ⇒ 1. Tag nach der Imprägnation: Vorkernstadium (Pronucleus- bzw. PN-Stadium)
- ⇒ 2. Tag nach der Imprägnation: Zwei- bis Vierzellstadium
- ⇒ 3. Tag nach der Imprägnation: Achtzellstadium
- ⇒ 4. Tag nach der Imprägnation: Beerenstadium (Morulastadium)
- ⇒ 5. Tag nach der Imprägnation: Blastozystenstadium

¹⁰²⁹ Nach BayObLG MedR 2021, 460 (Sachverhalt leicht abgewandelt).

Aus der Strafnorm des § 1 I Nr. 3 des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) folgt, dass durch die IVF bzw. ICSI maximal 3 Embryonen extrakorporal erzeugt und übertragen werden dürfen. Üblicherweise werden daher 3 Embryonen erzeugt und in das PN-Stadium gebracht. Sodann werden maximal zwei Zellen des PN-Stadiums separiert und kryokonserviert, um – im Fall eines Fehlschlags – auf diese zurückgreifen zu können.

Lediglich die Eizelle(n), die auf die Frau übertragen werden soll(en), verbleibt bzw. verbleiben im Brutkasten zwecks Fortsetzung des Inkubationsprozesses. Nach Erreichen des Achtzellstadiums wird/werden sie dann mittels weichen Kunststoffkatheters in den Uterus (die Gebärmutter) der Frau übertragen (Embryonentransfer), damit sie sich dort einnistet bzw. einnistet (Nidation). Insoweit ist das Verfahren auch rechtlich einwandfrei.

Wenn aber die Implantation erfolgreich war und die Frau schwanger geworden ist oder sich der Kinderwunsch erübrigt hat, stellt sich die Frage nach dem Schicksal der überzähligen, kryokonservierten Eizelle(n). Es erscheint naheliegend, sie anderen Paaren zu überlassen. Ob das zulässig ist, ist zweifelhaft in Anbetracht der Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG, wonach sich strafbar macht, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Es kommt maßgeblich darauf an, ob zum Zeitpunkt der Kryokonservierung bereits eine Befruchtung stattgefunden hat. Nur, wenn das angenommen werden kann, ist § 1 I Nr. 2 ESchG nicht einschlägig. Da das ESchG den Begriff der Befruchtung jedoch nicht definiert, bedarf dieser einer Herleitung:

Befruchtet ist eine Eizelle jedenfalls mit der Kernverschmelzung (**Konjugation**), womit auch ein Embryo entstanden ist (siehe § 8 I Halbs. 1 ESchG). Die Konjugation wiederum ist gegeben, wenn sich Zellkern der Samenzelle und Zellkern der Eizelle vereinen. Das ist spätestens 24 Stunden nach der **Imprägnation** der Fall, also in der Phase 1 (im Pronucleus- bzw. PN-Stadium). Wie bereits erläutert, ist eine Eizelle imprägniert, wenn die Samenzelle zwar in das Plasma der Eizelle eingedrungen ist bzw. eingebracht wurde, aber noch keine Kernverschmelzung stattgefunden hat. Wird also eine lediglich imprägnierte Eizelle in die Gebärmutter einer *anderen* Frau implantiert, ist dieses Verfahren straflos, wenn man eine lediglich imprägnierte Eizelle noch nicht als befruchtete Eizelle ansieht. Eine Straflosigkeit besteht auch dann, wenn man eine imprägnierte Eizelle kryokonserviert und dabei nicht von einer Befruchtung ausgeht. Die entscheidenden Fragen lauten also: Handelt es sich bei einer imprägnierten Eizelle bereits um eine befruchtete Eizelle oder muss dazu eine Konjugation erforderlich sein? Und handelt es sich bei der kryokonservierten Eizelle bereits um eine befruchtete Eizelle?

Lösung: Der im Sachverhalt genannte Arzt könnte sich durch die Implantation einer aufgetauten imprägnierten bzw. befruchteten Eizelle in die Gebärmutter einer Frau, von der die Eizelle nicht stammt, nach § 1 I Nr. 2 ESchG strafbar gemacht haben. Nach dieser Norm macht sich strafbar, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Entscheidend ist also, in welchem Stadium des Befruchtungsprozesses die „Befruchtung“ i.S.d. § 1 I Nr. 2 ESchG anzunehmen ist. Teilweise wird auf den Zeitpunkt der Imprägnation abgestellt. Andere erachten den Zeitpunkt der Konjugation für maßgeblich. Das BayOblG hat entschieden, dass die Befruchtung einer Eizelle nicht schon durch das Einbringen der Samenzelle in die Eizelle geschehe (was also die Imprägnation als Akt der Befruchtung ausschließt), sondern sich über einen Zeitraum von bis zu 24 Stunden bis zur Entstehung eines Embryos (womit das Gericht wohl die Konjugation meint) vollziehe. Danach ist die Befruchtung also erst mit der Konjugation abgeschlossen. Schließt man sich dem an, kann man also lediglich von einem „Befruchtungsprozess“ sprechen, nicht aber von einer „fertigen Befruchtung“, solange die Konjugation noch nicht stattgefunden hat. Das wiederum führt zur Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG: Werden zwecks assistierter Reproduktion Eizellen der Wunschmutter entnommen, mit Samenzellen des Partners/Samenspenders imprägniert und sodann kryokonserviert, um sie später aufzutauen und der Wunschmutter zu implantieren, liegt darin noch keine Be-

fruchtung, wenn man bei der Frage nach der Befruchtung auf das Stadium der Konjugation abstellt. Dann aber ist der Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG erfüllt, wenn eine imprägnierte Eizelle aufgetaut wird, diese dann das Stadium der Konjugation erreicht und sodann einer anderen Frau implantiert wird. Diese Lesart vertritt das BayObLG: Da die Befruchtung erst ihren Abschluss finde, wenn die Eizelle wieder aufgetaut werde, geschehe dann das Auftauen nicht mehr mit dem Ziel, eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, sondern werde vorgenommen, um die Eizelle einer anderen Frau einzupflanzen. Damit sei der Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG erfüllt.¹⁰³⁰

Stellungnahme: Nach dem soeben Aufgezeigten ist es also entscheidend, ob man die Imprägnation oder die Konjugation als Befruchtung ansieht. Rechtlich vertretbar ist beides, zumal das ESchG dies nicht annähernd beschreibt. Zieht man aber die Ratio der Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG heran, wonach man in erster Linie einer gespaltenen Mutterschaft (Auseinanderfallen von genetischer und gebärender Mutterschaft) begegnen wollte, weil dies als „Kindeswohlgefährdung“ angesehen wurde¹⁰³¹, erscheint die Lesart des BayObLG auf den ersten Blick überzeugend. Jedoch bei einer gespaltenen Mutterschaft (zwingend) eine Kindeswohlgefährdung anzunehmen, ist zum einen nicht dargelegt und entspricht zum anderen auch nicht modernen Familienstrukturen. Zudem erscheint es nicht nachvollziehbar, warum es einerseits strafbar ist, wenn imprägnierte Eizellen eingefroren, später aufgetaut und einer anderen Frau eingesetzt werden, wohingegen es straflos ist, wenn die eingefrorenen Eizellen bereits konjugiert waren.¹⁰³²

Insofern wäre eine teleologische Reduktion des § 1 I Nr. 2 ESchG angebracht gewesen und es hätte sich die gegenteilige Handhabung der mittlerweile 30 Jahre alten Strafnorm des § 1 I Nr. 2 ESchG angeboten: Wenn das Kryokonservieren eines bereits weiterentwickelten werdenden Menschen straflos ist, kann es nicht strafbar sein, wenn der werdende Mensch in einem früheren Stadium seiner Entwicklung kryokonserviert (und später einer anderen Frau eingesetzt) wird.

Ergebnis: Entgegen der Entscheidung des BayObLG ist der Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG nicht erfüllt. Richtigerweise ist eine Eizelle bereits mit der Imprägnation und nicht erst mit der Konjugation „befruchtet“ i.S.d. § 1 I Nr. 2 ESchG. Die vom BayObLG vorgenommene Auslegung des Begriffs der „Befruchtung“ war weder rechtspolitisch noch kriminologisch geboten. Auch aus teleologischer Sicht gibt es keinen überzeugenden Grund, die „Befruchtung“ mit dem Stadium der Konjugation zu definieren. Die Entscheidung des BayObLG war damit also jedenfalls nicht zwingend.

462o Mitunter stellt sich auch die Frage, ob eine Frau einen Anspruch auf In-vitro- bzw. In-vivo-Fertilisation mit Hilfe kryokonservierter Spermien ihres zwischenzeitlich verstorbenen Mannes hat. Das wäre nicht der Fall, wenn damit ein Verstoß gegen Verfassungsrecht oder das ESchG verbunden wäre. Es ist zu unterscheiden: War die Eizelle der Frau mit dem Spermium des Mannes vor dessen Tod befruchtet, darf sich die Frau die Eizelle einsetzen lassen (vorausgesetzt, das damalige Einverständnis des Mannes lag vor).¹⁰³³ War der Mann zum Zeitpunkt der In-vitro-Fertilisation aber bereits verstorben, ist dies nicht der Fall.¹⁰³⁴ Die unterschiedliche Behandlung lässt sich mit der Regelung in § 4 I Nr. 3 ESchG erklären.

462p Da nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts am 1.10.2017 und der damit verbundenen Neufassung

¹⁰³⁰ BayObLG MedR 2021, 460, 463 ff.

¹⁰³¹ Siehe BT-Drs. 11/5460, S. 8.

¹⁰³² Ähnlich argumentierte auch der angeklagte Arzt gegenüber der LTO: „Das versteht kein Mensch. Wenn man nun einen Tag später einfriert, ist es legal“ (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bayoblg-206strr1461-19-netzwerk-embryonenspende-eizellspende-freispruch-revision-stattgegeben>).

¹⁰³³ OLG Rostock FamRZ 2010, 1117.

¹⁰³⁴ OLG München FamRZ 2017, 904.

des § 1353 I S. 1 BGB eine Ehe auch zwischen zwei Menschen gleichen Geschlechts geschlossen werden kann, stellt sich die Frage, wie es mit der diesbezüglichen Elternschaft aussieht. Handelt es sich bei beiden **Ehepartnern um Frauen** und gebärt eine der beiden Frauen (durch natürliche oder künstliche Befruchtung) ein Kind, stellt sich die bereits in der 9. Auflage dieses Buches aufgeworfene Frage nach dem Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zur Ehepartnerin der Mutter, zu der sich nun auch der BGH geäußert hat¹⁰³⁵.

Der BGH-Entscheidung lag folgender **Sachverhalt** zugrunde: Die Kindsmutter und die Antragstellerin (die heutige Ehefrau der Kindsmutter) lebten seit Mai 2014 in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Nach Einführung der „Ehe für alle“ (siehe dazu ausführlich Rn 20a ff.) schlossen sie am 12.10.2017 durch Umwandlung dieser Lebenspartnerschaft die Ehe. Am 3.11.2017 wurde das Kind geboren, das aufgrund gemeinsamen Entschlusses der beiden Frauen durch medizinisch assistierte künstliche Befruchtung mit Spendersamen einer Samenbank gezeugt worden war. Im Geburtenregister wurde die Mutter eingetragen, nicht aber ihre Ehefrau als weiterer Elternteil. Diese beantragte daraufhin beim Standesamt, den Geburtseintrag dahingehend zu berichtigen, dass sie als weitere Mutter aufgeführt werde. Der Antrag blieb jedoch erfolglos. Daraufhin erhob die Ehefrau Klage beim Familiengericht. Dieses gab der Klage statt und wies den Standesbeamten an, sie „als weiteren Elternteil bzw. als weitere Mutter“ einzutragen. Auf die hiergegen vom Standesamt und der Standesamtsaufsicht eingelegten Beschwerden hat das OLG den familiengerichtlichen Beschluss aufgehoben und den Antrag der Ehefrau zurückgewiesen. Die dagegen erhobene Rechtsbeschwerde der Ehefrau vor dem BGH blieb ebenfalls erfolglos.

462q

Der BGH hat entschieden, dass die Ehefrau der Kindsmutter nicht mit der Geburt rechtlicher Elternteil des Kindes geworden sei. Die allein in Betracht zu ziehende Elternstellung gemäß oder entsprechend § 1592 Nr. 1 BGB scheidet aus, weil diese Vorschrift weder unmittelbar noch analog auf die Ehe zweier Frauen anwendbar sei. Mit dem am 1.10.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 („Ehe für alle“) habe der Gesetzgeber zwar die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt, jedoch das Abstammungsrecht (noch) nicht geändert. Die direkte Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB komme bereits deshalb nicht in Betracht, weil die Norm nach ihrem klaren Wortlaut allein die Vaterschaft regelt und diese aufgrund einer widerlegbaren Vermutung einem bestimmten Mann zuweise. Die Abstammungsregeln der §§ 1591 ff. BGB hätten nach wie vor die Eltern-Kind-Zuordnung zu einer Mutter und einem Vater zum Gegenstand. Das Gesetz nehme ausgehend davon, dass ein Kind einen männlichen und einen weiblichen Elternteil habe, eine Zuordnung des Kindes zu zwei Elternteilen unterschiedlichen Geschlechts vor. Die Vorschrift sei auch nicht entsprechend (d.h. analog) anwendbar, weil die Voraussetzungen für eine Analogie nicht vorlägen. Das Gesetz weise schon keine planwidrige Regelungslücke zu der Frage einer Mittelternschaft bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren auf. Zwar sei richtig, dass der Gesetzgeber mit der „Ehe für alle“ bestehende Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Identität habe beenden und hierzu rechtliche Regelungen, die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften schlechterstellen, habe beseitigen wollen. Er habe aber bislang von einer Reform des Abstammungsrechts bewusst Abstand genommen, wie der Umstand belege, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Arbeitskreis eingesetzt habe, der eine umfassende Reform des Abstammungsrechts habe vorbereiten sollen und sich dabei auch intensiv mit der Frage gleichgeschlechtlicher Elternschaft befasst habe. Dieser habe seinen Abschlussbericht am 4.7.2017 und damit wenige Tage vor Erlass des Gesetzes zur „Ehe für alle“ vorge-

462r

¹⁰³⁵ BGH NJW 2019, 153 ff. Siehe dazu auch Rn 475c.

legt, sodass der Bericht nicht mehr in das Gesetz zur Neuregelung der Ehe vom 20.7. 2017 habe einfließen können. Daneben fehle es auch an der für eine entsprechende Anwendung erforderlichen Vergleichbarkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe zweier Frauen mit der von § 1592 Nr. 1 BGB geregelten Elternschaft des mit der Kindsmutter verheirateten Mannes. Denn die Vaterschaft kraft Ehe beruhe darauf, dass diese rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung auch die tatsächliche Abstammung regelmäßig abbilde. Die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende widerlegbare Vermutung der Vaterschaft sei für die mit der Kindsmutter verheiratete Frau dagegen keinesfalls begründet.¹⁰³⁶

Schließlich meint der BGH, dass die bestehende Rechtslage auch nicht gegen das Grundgesetz (GG) oder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verstoße. Insbesondere stelle es keine (ungerechtfertigte) Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 I GG dar, dass die Ehefrau der Kindsmutter anders als ein Ehemann nicht allein aufgrund der bei Geburt bestehenden Ehe von Gesetzes wegen rechtlicher Elternteil des Kindes sei. Vielmehr sei die Situation insoweit verschieden, als die Ehefrau rein biologisch nicht leiblicher Elternteil des Kindes sein könne. Dieser Unterschied rechtfertige die im Rahmen des Abstammungsrechts nach wie vor bestehende abweichende Behandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren und deren Kindern. Der Ehefrau einer Kindsmutter bleibe daher jedenfalls bis zu einer gesetzlichen Neuregelung nur die Möglichkeit einer Adoption nach § 1741 II S. 3 BGB, um in die rechtliche Elternstellung zu gelangen.¹⁰³⁷

462s Bewertung: Handelt es sich bei beiden Ehepartnern um Frauen und gebärt eine der beiden Frauen (durch natürliche oder künstliche Befruchtung) ein Kind, stellt sich – wie der BGH zu Recht aufzeigt – die Frage nach dem Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zur Ehepartnerin der Mutter, d.h. die Frage, ob die Ehefrau der Mutter **Co-Mutter** bzw. **Mitmutter** sein kann. § 1592 Nr. 1 BGB greift jedenfalls nicht direkt, da die Vorschrift allein die Vaterschaft regelt und die Ehefrau der Mutter nicht „Vater“ sein kann. Eine analoge Anwendung lehnt der BGH – wie aufzeigt – ab. Folgt man dem, wäre mit dem BGH tatsächlich nur an eine Adoption zu denken, wobei aber jedenfalls weder eine Einzeladoption noch eine Stiefkind- oder Sukzessivadoption in Betracht kommen:

- Während eine Einzeladoption nur unverheirateten Personen möglich ist (§ 1741 II S. 1 BGB), muss für eine Stiefkindadoption der eine Ehegatte bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung leiblicher Vater/leibliche Mutter eines Kindes sein, das dann der andere, adoptionswillige Ehegatte annehmen kann (§§ 1741 II S. 3, 1749 I S. 1 BGB – dazu Rn 597). Die Annahme eines nach der Eheschließung geborenen Kindes ist danach also – entgegen dem BGH – nicht möglich.¹⁰³⁸ § 1741 II S. 3 BGB passt schlicht nicht für die vorliegende Konstellation (a.A. der BGH).
- Es scheidet aber auch eine Sukzessivadoption aus: Zum einen betrifft sie nur den Fall, dass der Ehegatte das bereits zuvor vom anderen Ehegatten *adoptierte* Kind annimmt, und zum anderen muss das vom anderen Ehegatten adoptierte Kind bereits vor der Eheschließung angenommen worden sein (§ 1742 BGB – dazu ebenfalls Rn 597). Nichts von dem trifft auf die vorliegende Konstellation zu.

462t Selbst wenn man die vom BGH für möglich gehaltene Adoption nach § 1741 II S. 3 BGB in Erwägung zieht, ist Voraussetzung, dass das (sozial zu verstehende) Eltern-Kind-Verhältnis zwischen dem Annehmenden und dem Kind entweder bereits besteht

¹⁰³⁶ BGH NJW 2019, 153, 154.

¹⁰³⁷ BGH NJW 2019, 153, 154.

¹⁰³⁸ Nach EGMR NJW 2013, 2173 diskriminiert die fehlende Möglichkeit der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare in Österreich diese im Vergleich zu unverheirateten heterosexuellen Paaren und verstößt gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Ein Ausschluss von Stiefkindadoptionen bei gleichgeschlechtlichen Paaren zum Schutz der Familie im traditionellen Sinne oder zum Wohl des Kindes sei nicht notwendig. Daraus folgt, dass der EGMR durchaus geneigt ist, im Sinne gleichgeschlechtlicher Paare zu entscheiden.

oder die ernsthafte Aussicht seiner Entstehung vorhanden ist. Das darüber entscheidende Familiengericht darf die Annahme erst aussprechen, wenn nach seiner Überzeugung diese Voraussetzungen feststehen (BT-Drs. 7/5087, S. 9). Um Fehlentscheidungen zu vermeiden, soll die Annahme als Kind i.d.R. erst ausgesprochen werden, wenn der Annehmende das Kind eine angemessene Zeit in Pflege gehabt hat (§ 1744 BGB). Weiterhin muss das Gericht bei seiner Entscheidung über das Vorliegen der Adoptionsvoraussetzungen alle (sonstigen) wesentlichen Umstände berücksichtigen. Dazu gehört insbesondere die Eignung des Bewerbers. Zu berücksichtigen sind: Alter und körperliche Leistungsfähigkeit, seelische Belastbarkeit, Charakter, Wohnungs- und Vermögensverhältnisse, berufliche und gesellschaftliche Stellung, Erziehungsfähigkeit und -willigkeit, Vorhandensein weiterer Kinder, Intaktheit der Ehe und sonstige (besondere) Eigenschaften (dazu Rn 594).

Auf das alles kommt es aber nicht an, wenn ein Fall des § 1592 Nr. 1 BGB vorliegt. Denn dann besteht eine Elternschaft kraft Gesetzes ohne weitere Voraussetzungen. Eine direkte Anwendung kommt – wie aufgezeigt – allerdings nicht in Betracht, da die Ehefrau der Kindsmutter nicht Vater sein kann. Daher ist an eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB zu denken.¹⁰³⁹ Dazu müssten die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen. Diese sind:

- Bestehen einer *Regelungslücke* (d.h. einer Unvollständigkeit im Gesetz),
- Bestehen einer Interessenlage, die es gebietet, die Lücke bzw. Unvollständigkeit i.S. der vorhandenen Regelung zu schließen (*Interessengleichheit*),
- *Planwidrigkeit* der Regelungslücke (d.h. eine versehentliche Unvollständigkeit im Gesetz).¹⁰⁴⁰

Eine Regelungslücke besteht. Auch das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.7.2017 hat die vorliegende Konstellation nicht erfasst. Insoweit ist dem BGH beizupflichten. Anders als der BGH meint, besteht jedoch durchaus eine Interessenlage, die es gebietet, die Lücke bzw. Unvollständigkeit i.S. der vorhandenen Regelung (hier: § 1592 Nr. 1 BGB) zu schließen. Denn lässt man die Ehe zwischen zwei Menschen gleichen Geschlechts (hier: zwei Frauen) zu und gebärt eine der beiden Frauen während der Ehe ein Kind, gebieten es sowohl die Interessen der Ehepartner als auch die des Kindes, dass eine juristische Elternschaft zu beiden Elternteilen unter denselben Voraussetzungen besteht, wie das bei einer Vaterschaft gem. § 1592 Nr. 1 BGB der Fall wäre. Der vom BGH vorgenommene Verweis auf die Adoptionsmöglichkeit nach § 1741 II S. 3 BGB (falls eine solche überhaupt besteht, s.o.) erscheint angesichts des zum Zeitpunkt der Geburt bereits bestehenden Eheverhältnisses zur Kindsmutter für die Beteiligten nicht zumutbar. Die Interessenlage ist dieselbe wie bei heterosexuellen Ehepaaren. Schließlich ist die vorhandene Regelungslücke auch planwidrig. Insbesondere ergeben sich aus der Gesetzesbegründung¹⁰⁴¹ keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber der Ehefrau der Kindsmutter bewusst die Elternschaft verwehren wollte. Selbst wenn man mit dem BGH ein plangemäßes Unterlassen (d.h. einen absichtsvollen Regelungsverzicht) annimmt, ist dem mit Blick auf den übergeordneten Verfassungskreis keine Beachtung zu schenken. Es stellt eine **Diskriminierung wegen des Geschlechts** (siehe Art. 3 III S. 1 GG) dar, wenn einerseits der Ehemann der Kindsmutter kraft Gesetzes Elternteil wird und andererseits die Ehe-

¹⁰³⁹ Siehe bereits die 9. Aufl. dieses Buches (Rn 462p) und nunmehr auch BGH NJW 2019, 153, 154 f.

¹⁰⁴⁰ Vgl. dazu auch BGHZ 105, 140, 143; 120, 239, 251 f.; 149, 165, 174; BGH NJW 2003, 1932, 1933; NJW 2016, 2502, 2503; ferner *Koch*, NJW 2016, 2461, 2463; *Kuhn*, JuS 2016, 104. Siehe auch *R. Schmidt*, BGB AT, Rn 40.

¹⁰⁴¹ BT-Drs. 18/6665, S. 7 f.

frau der Kindsmutter auf den (ungewissen) Adoptionsweg verwiesen wird.¹⁰⁴² Und selbst wenn man den Adoptionsweg als einigermaßen risikolos betrachtet, so stellt doch allein die Auferlegung dieses Verfahrens eine Diskriminierung dar. Entgegen der Auffassung des BGH liegt daher mit der Verneinung der analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB auch ein Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens gem. Art. 8 I EMRK und das Diskriminierungsverbot gem. Art. 14 EMRK vor.¹⁰⁴³

- 462w** Fazit: Liegen damit die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB vor, wird die mit der Kindsmutter verheiratete Frau zum Zeitpunkt der Geburt juristische Mutter. Terminologisch kann man (in Anlehnung an das norwegische Recht) von „Mitmutter“ sprechen.¹⁰⁴⁴ Von der Zulässigkeit (und Gebotenheit) einer analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB abgesehen, ist selbstverständlich der Gesetzgeber gefordert, das Versäumnis einer gesetzlichen Regelung auszugleichen und eine entsprechende Regelung nachzuholen. Diese könnte etwa durch eine Änderung des § 1591 BGB erfolgen und lauten:

§ 1591 Mutterschaft

*Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat. Mutter eines Kindes ist auch die Frau, die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist.*¹⁰⁴⁵

- 462x** Freilich wären damit noch nicht die Probleme gelöst, die etwa entstehen könnten, wenn die Ehe, die zur Begründung des rechtlichen Verwandtschaftsverhältnisses geführt hat, für unwirksam erklärt (dazu oben Rn 54 f.) oder aufgehoben (dazu oben Rn 56 ff.) würde. Hier stellte sich die Frage nach dem Einfluss auf das rechtliche Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kind und der Ex-Ehefrau der Kindsmutter. Auf der Grundlage der gegenwärtigen Gesetzeslage (konkret: im Fall der juristischen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB) bestehende Regelungen, die herangezogen werden könnten, lassen sich nicht finden. Denn ist im Fall der juristischen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratete Mann nicht der biologische Vater, kann dieser bereits die Vaterschaft anfechten (§ 1600 I Nr. 1 BGB). Auf die Frage nach den rechtlichen Auswirkungen, wenn die die Verwandtschaft begründende Ehe nichtig ist oder aufgehoben wurde, kommt es hier also nicht an. Aus Gründen des Kindeswohls wird man die sich bei Ehen unter Frauen möglicherweise stellende Problematik aber ähnlich wie bei einer mit Einwilligung des Ehemanns erfolgten heterologen Insemination lösen müssen: Gemäß § 1600 IV BGB kann die Vaterschaft weder durch den Mann noch durch die Mutter angefochten werden, wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist (siehe dazu Rn 480). Das Gesetz will damit also verhindern, dass die durch die Zustimmung zur heterologen Insemination übernommene Verantwortung für das Kind durch Anfechtung aufgehoben werden kann. Die gleiche Regelung böte sich bei der „Mitmutterschaft“ (etwa durch Änderung des § 1600 IV BGB) an:

§ 1600 Anfechtungsberechtigte; Ausschluss der Anfechtung

(4) Ist das Kind mit Einwilligung des Ehemannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Ehemann oder die Mutter ausgeschlossen. Die Anfechtung einer Mitmutterschaft

¹⁰⁴² Siehe bereits die 9. Aufl. dieses Buches (Rn 462p); später auch KG FamRZ 2021, 854, 859 ff. und OLG Celle FamRZ 2021, 862, 863 ff. – jeweils Vorlagebeschluss nach Art. 100 I GG.

¹⁰⁴³ Siehe dazu auch EGMR NJW 2011, 1421.

¹⁰⁴⁴ Zur diesbezüglichen Rechtslage in Norwegen vgl. *Fritze*, in: Rieck/Lettmaier, Ausländisches Familienrecht, Familienrecht Norwegen, Rn 11 ff.

¹⁰⁴⁵ So schon der Vorschlag des Verfassers in der 9. Aufl. 2018 (Dezember 2017).

ist ausgeschlossen, wenn das Kind mit Einwilligung der Ehefrau und der Mutter durch künstliche Befruchtung gezeugt worden ist.

Ist das Kind also mit Einwilligung der Ehefrau der Kindsmutter durch künstliche Befruchtung gezeugt worden, ist ein Anfechtungsrecht der Ehefrau der Kindsmutter ausgeschlossen. Sie gilt weiterhin als juristische Mutter, und zwar auch dann, wenn die Ehe nachträglich für nichtig erklärt bzw. aufgehoben oder schlicht geschieden wurde. Wurde das Kind indes ohne Zustimmung der Ehefrau der Kindsmutter gezeugt, wird man der Ehefrau das gleiche Anfechtungsrecht zubilligen müssen, wie es jetzt schon dem juristischen Vater gem. § 1600 I Nr. 1 BGB (wegen § 1592 Nr. 2 BGB) zusteht.

462y

Gesamtfazit (zur aktuellen Rechtslage): Da die Mutterschaft gem. § 1591 BGB feststeht, ist die gebärende Mutter auch dann Mutter, wenn die Schwangerschaft durch Ei- oder Embryonenspende herbeigeführt worden ist. Die Frau, von der die Eizelle stammt (Eispenderin), ist nicht (zusätzlich) Mutter; es gibt keine gespaltene Mutterschaft. Aufgrund von § 1591 BGB sind daher auch Ersatzmütter („Leihmütter“) Mütter im Rechtsinne. Auch ist die Mutterschaft (anders als die Vaterschaft) nicht anfechtbar, da sie ja wegen § 1591 BGB feststeht und der Gesetzgeber eine Anfechtungsmöglichkeit nicht vorgesehen hat. Schließlich ist § 1591 BGB auch nicht disponibel: Vertragliche Regelungen zwischen der genetischen und der gebärenden Mutter bzw. zwischen Ersatzmutter und Wunscheltern hinsichtlich der Mutterschaft sind zwar nicht explizit verboten (Ersatzmutter und Wunscheltern sind von den Verbots- und Strafnormen der §§ 1 I Nr. 7 ESchG und 13c AdvermiG entweder tatbestandlich nicht erfasst oder gem. § 1 III Nr. 2 ESchG und § 14b III AdvermiG ausgenommen) und daher nicht *deshalb* gem. § 134 BGB unwirksam (was aber eine Nichtigkeit wegen § 1591 BGB nicht ausschließt, sofern man in § 1591 BGB ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB sieht). Allerdings sieht die h.M. in der Ersatzmutterschaft eine Sittenwidrigkeit und gelangt zur Nichtigkeit über § 138 I BGB. Zu dem vom Verfasser vertretenen abweichenden Standpunkt vgl. Rn 462i. Zur Problematik, die sich mit der Öffnung der Ehe auch für Menschen gleichen Geschlechts ergeben hat, wurde ebenfalls Stellung genommen und es wurden Lösungswege aufgezeigt. Vorgeschlagen wurde die Aufnahme eines S. 2 in § 1591 BGB, der die zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratete Frau ebenfalls zur Mutter erklärt (Rn 462p ff.).

463

Ungeachtet der Besonderheiten einer gleichgeschlechtlichen Ehe (zwischen zwei Frauen) besteht gem. § 1598a BGB ein Anspruch der Mutter (wie auch des Vaters und des Kindes), die genetische Abstammung des Kindes klären zu lassen (**Abstammungsklä- rungsverfahren**). Das gilt auch für Kinder, die durch eine Samenspende gezeugt worden sind.

464

Die Vorschrift des § 1598a BGB ist erst im Jahre 2008 eingefügt worden. Hintergrund ist, dass der juristische Vater (vgl. § 1592 BGB) bei Zweifeln an seiner Vaterschaft keine (legale) Möglichkeit hatte, seine biologische (d.h. genetische) Vaterschaft außerhalb des Vaterschaftsanfechtungsverfahrens (§§ 1600 ff. BGB) feststellen zu lassen, wenn sich auch nur einer der Betroffenen (Mutter, Kind) gegen ein privat in Auftrag zu gebendes Abstammungsgutachten (Vaterschaftstest durch DNA-Analyse) sperrte. Es bestand also nur die Möglichkeit, in einem Vaterschaftsanfechtungsverfahren eine gerichtliche Anordnung der Begutachtung zu beantragen. Dies gelang i.d.R. jedoch nicht, wenn der juristische Vater nicht schlüssig darlegen konnte, dass er nicht auch der leibliche Vater sei. Insbesondere genügte es nicht, wenn der Antragsteller lediglich (eidesstattlich) versicherte, dass er nicht der Vater sei und dies durch ein vom Gericht in Auftrag zu gebendes Sachverständigengutachten beweisen könne. Vielmehr musste er Umstände vortragen, die geeignet waren, Zweifel an seiner Vaterschaft zu wecken und die Möglichkeit der Abstammung des ihm bislang zuge-

464a

ordneten Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen¹⁰⁴⁶ (sog. Anfangsverdacht). Allein die Weigerung der Mutter, der Einholung eines DNA-Gutachtens (auch im Namen des Kindes) zuzustimmen, konnte den Anfangsverdacht nicht herbeiführen, weil man anderenfalls das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (von Mutter und Kind) missachtete. Daher entschieden sich betroffene Väter oft zu heimlichen Vaterschaftstests mit Haaren oder Speichel des Kindes als Vergleichsmaterial. Ein Anfechtungsverfahren hatte bzw. hat zudem auch zwingend rechtliche Konsequenzen in dem Fall, dass gerichtlich festgestellt wird, dass der rechtliche Vater nicht auch der biologische Vater ist. Denn durch diese Feststellung verliert der bislang als rechtlicher Vater geltende Mann eben diesen Status, obwohl es ihm eigentlich nur darum gegangen war, die Abstammung zu klären. Das BVerfG hat daher zweierlei entschieden: Zunächst hat es geurteilt, dass die Durchführung eines heimlichen Vaterschaftstests das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung verletze. Dies führe zu einem Beweisverwertungsverbot im Vaterschaftsanfechtungsverfahren. Da sich der Wunsch eines rechtlichen Vaters aber auch allein darauf richten könne, zu wissen, ob das Kind wirklich von ihm abstamme, ohne zugleich seine rechtliche Vaterschaft aufgeben zu wollen, habe der Gesetzgeber einen Verfahrensweg zu eröffnen, der diesem Wunsch entspricht.¹⁰⁴⁷

Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und mit Wirkung zum 1.4.2008 die Vorschrift des § 1598a BGB in Kraft gesetzt.¹⁰⁴⁸ Diese Vorschrift verleiht dem Recht auf Kenntnis und Feststellung der Abstammung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG Geltung, ohne dies zwingend mit einem Anfechtungsverfahren zu verbinden. Insofern sind die beiden Verfahren (Klärung der Abstammung und Anfechtung der Vaterschaft) unabhängig voneinander.

§ 1598a I BGB gewährt zur Klärung der Abstammung einen Anspruch gegen die jeweils anderen Familienmitglieder auf Einwilligung zu einem Gentest und zur Duldung einer dazu erforderlichen Entnahme von genetischem Material (Haare, Blut, Speichel etc.). Wird die Einwilligung durch die jeweiligen Verpflichteten nicht erteilt, besteht die Möglichkeit der Ersetzung der Einwilligung durch das Gericht, § 1598a II BGB (es sei denn, dies würde dem Kindeswohl schaden, § 1598a III BGB). Hierfür bedarf es eines entsprechenden Antrags des Berechtigten bei Gericht. Möchte ein minderjähriges Kind den Antrag stellen, ist dies aufgrund des neuen § 1629 IIa BGB nur durch einen für das Kind bestellten Ergänzungspfleger möglich.

Berechtigte im Sinne des § 1598a BGB sind der rechtliche Vater, die Mutter sowie das Kind gegenüber beiden (rechtlichen) Elternteilen.¹⁰⁴⁹ Nicht zu den Berechtigten gehört der leibliche Vater des Kindes. Dieser ist nach wie vor auf das Verfahren zur Anfechtung der Vaterschaft angewiesen, freilich unter Berücksichtigung der Voraussetzungen der §§ 1600 ff. BGB. Der Anspruch aus § 1598a BGB ist auf Einwilligung in die Einholung eines genetischen Abstammungsgutachtens gerichtet. Der Anspruch ist an keine Voraussetzungen gebunden, was verfassungsrechtlich nicht ganz unbedenklich ist. Auch sind keine Fristen zu beachten. Wegen § 194 II Nr. 2 BGB tritt auch keine Verjährung des Anspruchs ein. Lediglich die allgemeine Schranke rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung soll nach der Gesetzesbegründung in ganz besonderen Ausnahmefällen Anwendung finden.

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

¹⁰⁴⁶ BGH FamRZ 2003, 155, 156; 2005, 340 f.; 2006, 686 f.

¹⁰⁴⁷ BVerfGE 117, 202 ff.

¹⁰⁴⁸ BGBl I 2008, S. 441.

¹⁰⁴⁹ Siehe dazu auch BGH NJW 2017, 2829, 2830, der zudem deutlich macht, dass eine Fälschung des Personenstandsregisters oder der Geburtsurkunde des Kindes keine rechtliche Vaterschaft begründet.

Die vorstehenden Ausführungen bilden die Grundlage auch für die Frage nach dem **Beginn des Menschseins**. Mit dem Begriff „Empfängnis“ ist die **Konzeption** (lat. conceptus) gemeint. Dieser Begriff steht wiederum für die Befruchtung (Fertilisation; „Zeugung“). Der Befruchtungsprozess beginnt mit dem Eindringen der Samenzelle in das Zytoplasma der Eizelle (sog. Imprägnation) und endet mit der Kernverschmelzung (der Konjugation), also dann, wenn sich die Kernmembranen der beiden Keimzellen aufgelöst haben und sich das Genmaterial der weiblichen Eizelle und der männlichen Samenzelle verdoppelt und neu kombiniert hat (s.o.).¹⁰⁵⁰ Mit der Befruchtung entsteht ein **Embryo** (in diesem Stadium: die Blastozyste), der – soweit die Befruchtung auf natürlichem Weg erfolgt ist – durch die Eileiter in die Gebärmutter gelangt; bei künstlicher Befruchtung wird der Embryo in die Gebärmutterschleimhaut implantiert. In diesem Stadium der fetalen Entwicklung spricht man auch vom **nondum conceptus** („der noch nicht Empfangene“; besser: „der noch nicht Eingenistet“, da die Empfängnis ja bereits stattgefunden hat). Sobald sich der Embryo in der Gebärmutterschleimhaut eingenistet (besser: an sie angeheftet) hat (sog. **Nidation**, von lateinisch *nidus* – „Nest“), was im Zeitraum von 6 bis 10 Tagen nach der Konjugation stattfindet, spricht man vom **Nasciturus** („einer, der geboren werden wird“ bzw. vom „Erzeugten“). Nach Ablauf der 8. Schwangerschaftswoche (also mit Ausbildung der inneren Organe) wird aus dem Embryo dann der **Fötus**. Auf der Grundlage dieser Differenzierung gewährt das BGB bestimmte Rechte:

- So fingiert § 1923 II BGB die Erbfähigkeit des Nasciturus. Diese gesetzliche Fiktion beruht auf folgender Überlegung: Gesetzliche Erben sind die Abkömmlinge des Erblassers (§ 1924 I BGB). Stirbt also z.B. Vater V, sind seine Kinder gesetzliche Erben. Erbe kann gem. § 1923 I BGB aber nur sein, wer zur Zeit des Erbfalls (d.h. im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, § 1922 I BGB) lebt. Mit „Leben“ ist das nachgeburtliche Leben gemeint, woran § 1 BGB auch die Rechtsfähigkeit knüpft. Wäre also ein Sohn des V zum Zeitpunkt des Ablebens des V noch nicht geboren (aber bereits erzeugt), wäre er wegen § 1 BGB noch nicht rechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit ist aber Voraussetzung, um erben zu können. Um gleichwohl den noch ungeborenen Sohn als Erben anzusehen, bestimmt § 1923 II BGB, dass das zur Zeit des Erbfalls gezeugte, aber noch nicht geborene Kind als vor dem Erbfall geboren gilt (gesetzliche Fiktion).¹⁰⁵¹ Voraussetzung ist aber, dass das Kind lebend zur Welt kommt und damit rechtsfähig ist (§ 1 BGB).¹⁰⁵² 465a
- Ein Minderjähriger erhält einen Vormund, wenn die Eltern aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das Sorgerecht nicht ausüben können (§ 1773 BGB). Die Vormundschaft ist vom Familiengericht von Amts wegen anzuordnen (§ 1774 S. 1 BGB). Ist anzunehmen, dass ein Kind mit seiner Geburt eines Vormunds bedarf, kann das Familiengericht auch schon vor der Geburt des Kindes einen Vormund bestellen; die Bestellung wird mit der Geburt des Kindes wirksam (§ 1774 S. 2 BGB) – vgl. auch § 151 Nr. 5 FamFG. Und im Wege der einstweiligen Anordnung kann bereits vor der Geburt des Kindes die Verpflichtung zur Zahlung des für die ersten drei Monate dem Kind zu gewährenden Unterhalts geregelt werden (§ 247 I FamFG). 465b
- Die Rechtsprechung versteht den Nasciturus trotz fehlender zivilrechtlicher Rechtssubjektqualität als „einen anderen“ i.S.d. § 823 I BGB, der vor vorgeburtlichen Schädigungen dadurch geschützt wird, dass er im Falle seiner Geburt einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger hat.¹⁰⁵³ Des Weiteren gewährt § 844 II S. 2 BGB dem un- 465c

¹⁰⁵⁰ Zur Frage der Grundrechtsträgereigenschaft siehe R. Schmidt, Grundrechte, 26. Aufl. 2021, Rn 52.

¹⁰⁵¹ Ellenberger, in: Grüneberg, § 1 Rn 6; Brox/Walker, BGB AT, 45. Aufl. 2021, Rn 706; Köhler, BGB AT, 45. Aufl. 2021, § 20 Rn 3.

¹⁰⁵² Weidlich, in: Grüneberg, § 1923 Rn 6.

¹⁰⁵³ Grundsätzlich BGHZ 76, 249 ff. (missglückte Sterilisation); 124, 128 ff. (Unterhaltsschaden bei fehlgeschlagenem Schwangerschaftsabbruch) und BGH NJW 2002, 886 ff. (Unterhaltsschaden bei unterbliebenem Schwangerschaftsabbruch) und NJW 2002, 2636 ff. (Geburt eines schwer behinderten Kindes). Siehe dazu ausführlich R. Schmidt, SchuldR BT II, Rn 1127.

geborenen Kind einen Anspruch auf Geldrente gegenüber demjenigen, der den an sich zum Unterhalt Verpflichteten getötet hat. Auch kann der Nasciturus Begünstigter eines Vertrags zugunsten Dritter (§ 331 II BGB) oder eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (§ 328 BGB) sein.

II. Vaterschaft

- 466** Während die Mutterschaft stets feststeht, verhält es sich bei der Vaterschaft anders. Denn die Geburt als äußeres Beweiszeichen für die Mutterschaft sagt nichts über die Vaterschaft aus. Eine (automatische) Zuordnung zum genetischen Vater hat die Rechtsordnung nicht vorgenommen. Die Vaterschaft muss daher juristisch bestimmt werden. Regelungen treffen die §§ 1592-1600d BGB. Ausgangslage ist § 1592 BGB, der drei Zurechnungsgründe nennt. Danach ist Vater eines Kindes,
- wer zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (Nr. 1),
 - wer die Vaterschaft anerkannt hat (Nr. 2) oder
 - dessen Vaterschaft nach § 1600d BGB gerichtlich festgestellt ist (Nr. 3).
- 467** Die beiden zuerst genannten Zurechnungen können gem. § 1599 I i.V.m. §§ 1600-1600d BGB durch Anfechtung der Vaterschaft wieder beseitigt werden (dazu Rn 483 ff.). Solange aber keine diesbezügliche rechtskräftige gerichtliche Feststellung erfolgt, dass der betreffende Mann als Vater des Kindes ausscheidet, gelten die Vaterschaftszuweisungen nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB.
- 468** Die drei aufgezählten Zurechnungsgründe stehen in einem strengen Alternativverhältnis zueinander. Steht z.B. der Ehemann der Kindsmutter nach § 1592 Nr. 1 BGB als Vater fest, kann, solange nicht dessen Vaterschaft rechtskräftig angefochten wurde, kein anderer Mann wirksam die Vaterschaft anerkennen (vgl. § 1594 II BGB, aber auch die Ausnahme in § 1599 II BGB).

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

- 469** Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB ist Vater eines Kindes, wer im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder war. Bei dieser Regelung handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung der Vaterschaft des Ehemanns, die immer dann eingreift, wenn im Zeitpunkt der Geburt des Kindes eine Ehe mit der Mutter bestanden hat. Mit dieser Regelung greift der Gesetzgeber den römischen Rechtsgrundsatz: „pater est, quem nuptiae demonstrant“ (Vater ist, wer durch die Heirat als solcher erwiesen ist) auf, um den Status des während der Ehe geborenen Kindes auf eine verlässliche Grundlage zu stellen: Unabhängig davon, ob der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratete Mann auch aus biologischer (d.h. genetischer) Sicht Vater ist, gilt er (zunächst¹⁰⁵⁴) juristisch als Vater.¹⁰⁵⁵ Die Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB knüpft also an das (aus Sicht des Kindeswohls bestehende) Bedürfnis einer (juristischen) Vaterschaft an sowie an die Vermutung, dass der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratete Mann auch aus biologischer (d.h. genetischer) Sicht der Vater ist. Damit unterscheidet sich der Zuordnungsgrund aus § 1592 Nr. 1 BGB von der „Negativnorm“ des § 1600d IV BGB, wonach bei einer „qualifizierten“ Samenspende (also einer Samenspende, die in einer Entnahmeeinrichtung i.S.v. § 2 I S. 1 SaRegG abgegeben wird und zu einer Zeugung des Kindes führt¹⁰⁵⁶) eine Vaterschaftsfeststellung ausge-

¹⁰⁵⁴ Zur Anfechtbarkeit der Vaterschaft siehe unten Rn 483 ff.

¹⁰⁵⁵ In Deutschland wird der Anteil von Kindern, bei denen der juristische Vater das nicht von ihm abstammende Kind im Glauben großzieht, das Kind stamme von ihm (sog. „Kuckuckskinder“), auf ca. 1,5% geschätzt (vgl. *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 8. Aufl. 2012, S. 381). Der Begriff „Kuckuckskind“ ist an den Kuckucksvogel angelehnt, der seine Eier in fremde Nester legt, die dann von dem anderen Vogel mit ausgebrütet werden.

¹⁰⁵⁶ Siehe dazu Rn 599b/599c.

geschlossen ist. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

- Solange gem. § 1592 Nr. 1 BGB eine Vaterschaft kraft Ehe besteht, ist eine Anerkennung der Vaterschaft durch einen anderen Mann (d.h. den Erzeuger) ausgeschlossen. Das gilt selbst dann, wenn eine biologische Vaterschaft sicher ausgeschlossen werden kann, etwa weil der Ehemann unfruchtbar ist. Erst eine rechtskräftige familiengerichtliche Entscheidung über die Vaterschaftsanfechtung (siehe dazu Rn 483 ff.) kann rückwirkend diesen Vaterschaftsstatus beseitigen¹⁰⁵⁷ und den Weg zur Vaterschaftsanerkennung durch den biologischen Vater ebnen. **470**
- Ein Kind, das **vor der Ehe** geboren wird, wird dem (späteren) Ehemann der Mutter nicht über § 1592 Nr. 1 BGB zugerechnet. Das heißt, der Verlobte der Frau und Erzeuger des vorehelich geborenen Kindes wird nicht durch die Eheschließung mit der Mutter automatisch rechtlicher Vater des Kindes. Möglich ist aber eine Vaterschaftsanerkennung bzw. -zurechnung über § 1592 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB. Ohne eine Vaterschaftsanerkennung besteht zumindest gem. § 1626a I und II BGB die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts für das Kind (Rn 503). **471**
- Zum Zeitpunkt der Geburt muss eine **wirksame Ehe** bestehen. Leben die Ehegatten zum Zeitpunkt der Geburt getrennt (§ 1567 BGB), ändert dies nichts an der Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB, da auch bei einem Getrenntleben der Eheleute die Ehe (noch) besteht. Das Gleiche gilt, wenn der Scheidungsantrag lediglich anhängig bzw. rechts-hängig ist. Denn eine Ehe wird erst durch ein rechtskräftiges Scheidungsurteil aufgelöst (§ 1564 BGB). Allerdings greift gem. 1599 II S. 1 BGB die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht, wenn das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird und ein Dritter spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils die Vaterschaft anerkennt. Die Anerkennung wird frühestens mit Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Beschlusses wirksam (§ 1599 II S. 3 BGB). Bis dahin bleibt die Vaterschaft des Ehemanns bestehen; die Anerkennung des biologischen (genetischen) Vaters bleibt bis dahin schwebend unwirksam.¹⁰⁵⁸ Wird ein Kind während des Getrenntlebens oder des laufenden Scheidungsverfahrens geboren und liegt der (mögliche) Zeitpunkt der Empfängnis ebenfalls in diesem Zeitraum, kann umgekehrt der Ehemann durchaus ein berechtigtes Interesse haben, die Vaterschaft anzufechten, wenn er der Meinung ist, das Kind stamme nicht von ihm ab. **472**
- Eine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB scheidet somit aus, wenn das Kind nach Rechtskraft der Scheidung oder der Eheaufhebung geboren wird (**nachehelich geborenes Kind**). Es gibt also keine Vaterschaftszurechnung bei in der Ehe gezeugten, aber nach Rechtskraft der Scheidung geborenen Kindern. Der Grund für diese Regelung besteht darin, dass der bisherige Ehemann (aufgrund des Trennungsjahres) meist ohnehin nicht der Erzeuger des Kindes ist. Sollte der frühere Ehemann dennoch der Erzeuger des Kindes sein, kann er über § 1592 Nr. 2 BGB die Vaterschaft anerkennen. **473**
- § 1592 Nr. 1 BGB gilt gem. § 1593 S. 1 BGB entsprechend, wenn die Ehe **durch Tod** aufgelöst wurde und innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung ein Kind geboren wird. In diesem Fall wird also (widerleglich) vermutet, dass der verstorbene Ehemann Vater ist. Steht fest, dass das Kind mehr als 300 Tage vor seiner Geburt empfangen wurde, ist gem. § 1593 S. 2 BGB dieser Zeitraum maßgebend. **474**
- Gerade der soeben genannte Punkt führt zu dem sonderbaren Ergebnis, dass das Kind an sich zwei Vätern zugerechnet werden müsste, wenn die schwangere Mutter alsbald nach dem Tod des ersten Ehemanns eine **neue Ehe** eingeht und das Kind dann geboren wird. **475**

¹⁰⁵⁷ OLG Frankfurt MDR 2019, 488 f.

¹⁰⁵⁸ Vgl. dazu BGH NJW 2004, 1595.

Beispiel¹⁰⁵⁹: Der erste Ehemann verstirbt am 10.7.2021, am 4.1.2022 heiratet die Frau erneut, am 10.3.2022 wird das Kind geboren.

Wird von einer Frau, die nach dem Tod ihres Ehemanns (alsbald) eine weitere Ehe geschlossen hat, innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod ihres früheren Ehemanns ein Kind geboren, wäre dieses Kind sowohl nach § 1593 S. 1 und S. 2 BGB Kind des früheren Ehemanns als auch nach § 1592 Nr. 1 BGB Kind des neuen Ehemanns. Da letztlich aber nur ein Mann juristisch als Vater gelten kann, bedarf es einer Vorrangregelung. Das Gesetz hat sich (zugunsten des Kindeswohls) für den neuen (lebenden) Ehemann entschieden (§ 1593 S. 3 BGB), auch wenn er erwiesenermaßen nicht der biologische (genetische) Vater ist. In diesem Fall ist aber nach § 1593 S. 4 BGB eine Anfechtung der Vaterschaft möglich. Wird dabei rechtskräftig festgestellt, dass der neue Ehemann nicht genetischer Vater des Kindes ist, ist es wegen § 1593 S. 1 BGB Kind des früheren Ehemanns.

- 475a** ■ Kinder, die zwar während (noch) bestehender Ehe, aber kurz vor der Scheidung geboren werden, stammen oftmals nicht mehr vom Ehemann ab. Blicke es ausnahmslos bei der Zurechnung kraft Ehe, würden solche Kinder auf jeden Fall dem Ehemann zugewiesen, auch wenn dies offensichtlich falsch ist und sogar ein Dritter sich als biologischer Vater bekennt; eine Korrektur der Zurechnung setzte stets ein erfolgreiches Anfechtungsverfahren voraus. Um den Beteiligten ein solches Verfahren zu ersparen, macht das Gesetz in Fällen, in denen das Kind nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags, aber noch vor Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses geboren wurde, eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Vaterschaft kraft Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) und der damit verbundenen Orientierung am Zeitpunkt der Geburt. Voraussetzung ist aber, dass der biologische (genetische) Vater spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils die Vaterschaft anerkennt (§ 1599 II S. 1 BGB). Allerdings bedarf die Anerkennung neben den nach §§ 1595 und 1596 BGB notwendigen Erklärungen auch der Zustimmung des Ehemanns (§ 1599 II S. 2 BGB). Die Anerkennung wird frühestens mit Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils¹⁰⁶⁰ wirksam (§ 1599 II S. 3 BGB).
- 475b** ■ Nach § 1600d IV BGB ist bei einer „qualifizierten“ Samenspende, also einer Samenspende, die in einer Entnahmeeinrichtung i.S.v. § 2 I S. 1 SaRegG abgegeben wird und zu einer Zeugung des Kindes führt, eine Vaterschaftsfeststellung ausgeschlossen. Der „qualifizierte“ Samenspender ist also trotz feststehender Vaterschaft niemals juristischer Vater.¹⁰⁶¹ Hintergrund dieser Regelung ist, dass Abkömmlinge auch von Samenspendern das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung haben, also auch auf Kenntnis der Identität ihres Erzeugers.¹⁰⁶² Das könnte dazu führen, dass Samenspender ermittelt werden und Ansprüchen (Sorge, Unterhalt, Erbschaft) ausgesetzt sind. Um daher die berechtigten Interessen der Samenspender, sorge-, unterhalts- und erbrechtlich nicht in Anspruch genommen zu werden, zu schützen, hat der Gesetzgeber die Regelung des § 1600d IV BGB erlassen, wonach bei assistierter Reproduktion die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft ausgeschlossen ist (§ 1600d IV BGB). Sofern die Frau, die sich über eine „qualifizierte“ Samenspende befruchten lässt, verheiratet ist, ist wegen § 1592 Nr. 1 BGB ihr Ehemann juristischer Vater; eine Anfechtung (etwa nach der Scheidung) ist ausgeschlossen (§ 1600 IV BGB). Sofern die Frau mit einer anderen Frau verheiratet ist, ist die Ehefrau nach (noch) geltender Rechtslage nicht „Mitmutter“ und daher auch nicht juristische Mutter. Es ist davon auszugehen, dass der Ausschluss

¹⁰⁵⁹ Nach *Schwab*, FamR, § 49 Rn 554 (Datumsangaben verändert).

¹⁰⁶⁰ Eigentlich müsste es wegen § 38 FamFG „Beschlusses“ heißen.

¹⁰⁶¹ Siehe dazu Rn 599b/599c. Bei einer „privaten“ Samenspende ist also § 1600d IV BGB nicht einschlägig mit der Folge, dass der „private“ Samenspender als Vater (mit den entsprechenden Rechten und Pflichten) festgestellt werden kann.

¹⁰⁶² BVerfGE 90, 263, 270 f. (Anfechtung der Ehelichkeit); 96, 56, 63 (Recht auf Kenntnis des Vaters); BVerfG NJW 2016, 1939, 1940 (isolierte Klärung der Abstammung). Vgl. auch BGH NJW 2014, 3786 f. (Vaterschaftsfeststellung auch nach Tod des vermeintlichen Vaters); OLG Hamm NJW 2013, 1167, 1168 ff. (durch heterologe Insemination gezeugtes Kind kann vom behandelnden Arzt Auskunft über seine genetische Abstammung verlangen) – siehe dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, 26. Aufl. 2021, Rn 268.

- Absenkung** Unterhalt 322, 353
Abstammung 461, 481
Achtung 91
Additionsmethode 321, 349
Adelstitellehe 78
Adoption 591 ff.
Alleinverdienerhe 97
Amtsvormund 668 ff.
Anfangsvermögen 212 ff.
Anfechtung Vaterschaft 483 ff.
 - Prüfungsschema 496
Angehöriger 14
angemessener Lebensbedarf 359
Annahme als Kind 591 ff.
Anrechnung von Vorausempfängen 242
Anrechnungsmethode 321, 349
Anwaltszwang 17, 282
Arglist bei Eheschließung 74
Aufenthaltsbestimmungsrecht 430, 435a, 558
Aufenthaltsehe 23, 78
Aufgebotsverfahren 59
Aufhebbarkeit Ehe 57, 71, 77, 81, 82 ff.
Aufhebung Ehe 57, 71, 77, 81, 82 ff.
Auflösung der Ehe 82 ff.
Aufstockungsunterhalt 310
Ausbildungsunterhalt 311
Ausgleich des Zugewinns 240 ff.
Auskunftsanspruch
 - bei Beendigung Zugewinnsgemeinschaft 216, 239, 374
 - bei Ehebruchskind 126
 - bei Familienunterhalt 163
 - bei heterologer Insemination 481
 - bei Scheidung 216, 239, 374
 - bei Vaterschaftsanfechtung 500
 - bei Versorgungsausgleich 387
Auslandsbezug Ehe 81a
Ausübungskontrolle (Ehevertrag) 418 ff.
- Barunterhalt** 161
Bedarfsdeckungsgeschäft 138
Bedürftigkeit 292, 615
Befristung des Unterhalts 294, 322, 353
begleiteter Umgang 563
Beistandspflicht 92
Berechnung Unterhalt 314 ff.
Bereicherungsrecht 226
Betreuer (Auswahl) 700
Betreuung 664, 689 ff.
Betreuungsgericht 17
Betreuungsunterhalt 649
Betreuungsverfügung 724, 730
BGB-Innengesellschaft 109
- Dauer des Unterhalts** 363
deutsch-französische Wahl-Zugewinnsgemeinschaft 178
Differenzmethode 320, 349
Dingliche Surrogation 206
Doppelverdienerhe 97
- Drei-Eltern-IVF** 462m
Dreiteilungsmethode 340
Drittes Geschlecht 442
Drohung bei Eheschließung 71, 76
Düsseldorfer Tabelle 171, 317, 757 ff.
- Ehe (Begriff)** 6
Ehebedingte Zuwendung 222
Ehebedingter Nachteil 359
Ehebruchskind 125
Ehefähigkeit 61
Ehegatten-Innengesellschaft 109, 225
Ehegattenunterhalt 290 ff.
Eheherstellungsantrag 114
Eheliche Gemeinschaft 86 ff.
Eheliche Lebensgemeinschaft 88
Eheliche Lebensverhältnisse 291, 314 ff.
Eheliche Treue 90
Eheliche Unterhaltspflicht 158 ff.
Eheliches Güterrecht 177 ff.
Ehemündigkeit 61
Ehename 59, 87 ff.
Eherecht 31 ff.
Eheregister 60
Ehescheidung 259 ff.
Eheschließung
 - Drohung 76
 - Willensmängel 71
Eheschließungsakt 58
Eheschutzklausel 263
Ehestörer 122, 127
Eheverbot 57
Eheversprechen 33
Ehevertrag 29, 406 ff.
Ehewillenserklärung 55
Ehewohnung 174, 274, 391
Eigentumsvermutung 175
Eingetragene Lebenspartnerschaft 4, 442 ff.
Einkommensminderung 335
Einkommenssteigerung 334
Einvernehmliche Scheidung 261
Einwilligungsvorbehalt bei Betreuung 713
Einzeltheorie 192
Einzelvormund 668 ff.
Elterliche Sorge 501 ff.
Elternunterhalt 631, 643 ff.
Endvermögen 230
Ergänzungspfleger 749
Ergänzungsunterhalt 310
Ersatzhaftung 638
Ersatzmuttertschaft 462a ff.
Erwerb von Todes wegen 218
Erwerbsobliegenheit 336
Erwerbstätigenbonus 317, 333
Erwerbstätigkeit 96
Europäische Menschenrechtskonvention 30a
Existenzminimum 318
- FamFG** 17
Familie (Begriff) 4 ff., 29
Familiengericht 17, 677

- Familienname 87
 Familienunterhalt 99, 159 ff.
 Feststellung der Vaterschaft 497
 Feststellungsverfahren 115
 Folgen der Scheidung 289
 Folgesachen (Scheidung) 284
- G**eburtsname 87
 gerade Linie (Verwandtschaft) 8
 Gesamtschulden 245
 Gesamtheorie 192
 Geschäft zur angemessenen Deckung
 des Lebensbedarfs 139
 Geschäftsgrundlage 110, 226 ff.
 Geschäftsunfähigkeit (Eheschließung) 63
 Geschlechtsgemeinschaft (Ehe) 90
 Getrenntleben 265
 Grobe Unbilligkeit 246, 372
 Großfamilie 4
 Grundlagengeschäft (bei Schlüssel-
 gewalt) 139
 Grundrechtsschutz 19
 Grundsatz der Eigenverantwortung 290 ff.
 Grundstücksveräußerungsgeschäfte 195
 Gütergemeinschaft 255
 Güterrecht 177 ff.
 Gütertrennung 250 ff.
 Gutgläubiger Erwerb 197
- H**aftungsmaßstab 115
 Halbteilungsgrundsatz 317
 Härteklausele 263
 Haushaltsführung 95
 Haushaltsgegenstände 93, 152, 173,
 199 ff., 271, 399
 Haushaltsgeld 163
 Häusliche Gemeinschaft 89, 265
 Hausrat 402
 Herabsetzung des Unterhalts 294, 353
 Heterologe Insemination 462m
- I**ndexierung des Anfangsvermögens 229a
 Innengesellschaft 109
 Insemination 462m, 480, 486, 487a
 In-vitro-Fertilisation 462m
 Irrtum Eheschließung 71
 isolierte Vaterschaftsfeststellung 494
- J**ugendamt 575 ff.
- K**eine dingliche Wirkung des § 1357 BGB
 151
 Kinder- und Jugendhilfe 575 ff.
 Kinderschutzklausele 263
 Kindesunterhalt 436 ff., 622
 Kindeswohl 501, 515, 518, 558
 Kindschaftssachen 424 ff.
 Kirchliche Ehe 51
 Kleinfamilie 4
 Konsensprinzip 6, 58
 Künftiges Erbrecht 219
- L**ebensgemeinschaft 448
 Lebenspartnerschaft 4, 443 ff.
 Lebenspartnerschaftsgesetz 20b
 Lebenszeitprinzip 6
 Leihmutterchaft 462 ff.
 Leistungsfähigkeit (Unterhalt) 170, 293,
 616
- M**angelfall 352
 Maß des Unterhalts 314 ff.
 Mehrehe 20i, 26
 Minderjähriger 61, 153
 Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten 102
 Mitberechtigung (Schlüsselgewalt) 149
 Mitverpflichtung (Schlüsselgewalt) 135,
 146 ff.
 Modifizierte Zugewinnngemeinschaft 254
 Mündel 663 ff.
 Mutterchaft 462
- N**acheheliches Rechtsverhältnis 85
 Namensehe 24, 78
 Namensführung 87, 440, 441, 441a
 Naturalunterhalt 161
 Nichtehe 55
 Nüchterehele Lebensgemeinschaft 4, 448
- P**atchworkfamilie 452, 453b, 461, 567a
 Patientenverfügung 731 ff.
 Personensorge 515, 518 ff.
 - bei Vormundschaft 673
 Pflegeeltern 752
 Pflegefamilie 752
 Pflegegeld 754
 Pflegschaft 664, 746 ff.
 Privilegiertes Vermögen 217
- R**angfolge Unterhalt 636
 Recht auf Kenntnis der eigenen
 Abstammung 481
 Rechtliche Betreuung 689 ff.
 Rechtsquellen 16
 Regenbogenfamilie 461
 Regress des Scheinvaters 493, 499
 Residenzmodell 435a
 Revokationsrecht 191
 ROPA-Methode 462, 462m
 Rücksichtnahme 91
- S**amenspende 464, 476, 482, 486, 487a
 Scheidung 259 ff.
 Scheidungsantrag 279 ff.
 - Prüfungsschema 288
 Scheidungsfolgen 289
 Scheidungsfolgenvereinbarung 406
 Scheidungskosten 287
 Scheidungsunterhalt 270
 Scheidungsverbund 284
 Scheidungsverfahren 279 ff.
 Scheinehe 57, 78

- Scheinvater 493, 499
 Scheitern der Ehe 260 ff.
 Schenkung unter Ehegatten 220a, 242
 Schenkungen von Schwiegereltern 226 ff.
 Schenkungen während der Ehe 220
 Schlüsselgewalt 130 ff.
 Schuldprinzip (bei Scheidung) 260
 Schwägerschaft 10 ff., 57
 Schwiegereltern und Zuwendung 226 ff.
 Seitenlinie (Verwandtschaft) 8
 Sorgeerklärung 506
 Sorgerecht 425 ff., 501 ff.
 - kraft Erklärung 506
 - kraft Gerichtsentscheidung 514
 - kraft Gesetzes 503
 Standesbeamter 55
 Stellvertretung des Kindes 528 ff.
 Sterilisation 718
 Stichtagsprinzip 317
 Störung der Geschäftsgrundlage 110, 226
 Strafrecht 18
 Streitige Scheidung 262
 Stundung 248
- T**aschengeld 163
 Täuschung bei Eheschließung 71, 74
 Trauung 60
 Trennungsjahr 261
 Trennungsunterhalt 165 ff., 269
- Ü**berobligatorische Einkünfte 329
 Umgangsrecht 434 ff., 501 ff., 556 ff.
 Umgangsrecht anderer Personen 568 ff.
 Unbenannte Zuwendung 222
 Unbilligkeit (Unterhalt) 246, 372
 Unterbringung
 - eines minderjährigen Kindes 519b, 752
 - eines Betreuten 719
 Unterhalt 99, 614 ff.
 - Absenkung 322, 353
 - Alter 301
 - Berechnung 314 ff.
 - Betreuung 649
 - Betreuung eines Kindes 297
 - Billigkeit 312
 - Ehegatte 290 ff.
 - Erwerbslosigkeit 304
 - Krankheit oder Gebrechen 302
 - Rangfolge 636
 - Verwandte 614 ff.
 Unterhaltsabänderung 335
 Unterhaltsberechnung 314 ff.
 Unterhaltsdauer 363
 Unterhaltsmaß 314 ff.
 Unterhaltspflicht Kinder ggü Eltern 643
 Unterhaltsrechtliche Ersatzhaftung 638
 Unterhaltsrelevantes Einkommen 327 ff.
 Unterhaltstatbestände 290 ff.
 Unterhaltsvereinbarung 375
 Untersuchungsgrundsatz 281
 Unverheiratete Mutter 649
- V**aterschaft 466 ff.
 - bei heterologer Insemination 480
 - kraft Anerkennung 476, 487a
 - kraft Ehe 469 ff.
 - kraft gerichtlicher Feststellung 474
 Vaterschaftsanfechtung 483 ff.
 Vaterschaftsfeststellung 487a, 497
 Veräußerung von Geschäftsanteilen 195
 Verbund von Scheidungs- und Folge-
 sachen 284
 Vereinsvormund 668 ff.
 Vergütungsanspruch 104
 Verletzung Erwerbsobliegenheit 336
 Verlöbnis 31 ff.
 Vermögen im Ganzen 181, 192 ff.
 Vermögenssorge 515, 524 ff., 673
 Vermögenstrennung 179
 Vermögensverzeichnis 216
 Versöhnung 267
 Versorgungsausgleich 378
 Versorgungsehe 81a
 Vertretung des Kindes 528 ff.
 Verwandtenunterhalt 614 ff.
 - Prüfungsschema 635
 Verwandtschaft 460 ff.
 - Begriff 7 ff.
 - Gerade Linie 8
 - Seitenlinie 8
 Verwandtschaftsgrade 9
 Vollgültige Ehe 53
 Vorempfänge 242
 Vorbereitendes Verfahren (Eheschließung) 59
 Vormund – Auswahl 668
 Vormundschaft 663 ff.
 Vorsorgevollmacht 739 ff.
- W**ahl-Zugewinnsgemeinschaft 178
 Wandelnde eheliche Lebensverhältnisse 332
 Wechselmodell 435b
 Wegfall der Geschäftsgrundlage 110, 226 ff.
 Wirksamkeitskontrolle 411 ff.
 Wirkungen der Ehe 86 ff.
- Z**errüttungsprinzip (Scheidung) 260
 Zivilehe 51
 Zugewinn (Definition) 211
 Zugewinnausgleich 111, 179, 208 ff., 377
 Zugewinnsgemeinschaft 179 ff.
 Zuverdienstehe 97
 Zuweisungsantrag 274, 398
 Zwangsheirat 76