

# Familienrecht

Gernhuber / Coester-Waltjen

7., völlig neu bearbeitete Auflage 2020

ISBN 978-3-406-73131-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

sozialer Medien und der Veröffentlichung von Fotos zu wahren.<sup>12</sup> Schließlich gehören in den geschützten Bereich der Privatsphäre eines Ehegatten auch seine sexuelle Selbstbestimmung (→ Rn. 46) einschließlich der Entscheidung zu einer legitimen Geschlechtsumwandlung.<sup>13</sup>

## II. Verhaltensanforderungen

**1. Rechtspflichten.** Die Ehe begründet zwischen den Ehegatten ein Rechtsverhältnis (gesetzliches Schutzverhältnis), das an die Partner wechselseitige Verhaltensanforderungen stellt, die insoweit als *Rechtspflichten* zu qualifizieren sind, als ihre Erfüllung gefordert werden kann. Ob diese Forderung sanktioniert oder durchgesetzt werden kann, ist für die Einordnung unerheblich.<sup>14</sup> Die Möglichkeit, Erfüllung vor staatlichen Gerichten zu fordern, ist für den Begriff der Rechtspflicht nicht wesentlich.

Interindividuelle Ehelehren vermögen (wenn überhaupt) nur formale Rechtspflichten der Ehegatten zu postulieren (→ § 4 Rn. 5–7). Institutionelle Ehelehren (→ § 4 Rn. 3f.) und pragmatische Ehelehren, die in der Ehe eine soziale Verhaltensform mit Leitbildfunktion erblicken (so der Text → § 4 Rn. 9f.), sind dagegen in der Lage, die Ehe mit inhaltserfüllten Rechtspflichten zu ordnen und damit die Ehe als gesetzliches Schutzverhältnis zu etablieren. § 1353 I BGB mit der Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft ist für sie der rechtliche Ausdruck des gegenwärtigen Eheverständnisses mit einigen zum Teil klar konturierten und fixen, zum Teil mit offenen Aussagen. Unbestreitbar ist freilich, dass die allgemeinen Wirkungen der Ehe heute wenigstens weithin von autonomen Entscheidungen der Ehegatten bestimmt werden.<sup>15</sup> Frei ist bereits die Wahl eines bestimmten Ehemodells (mit dem bestimmte artspezifische Standards gegeben sind); frei sind aber auch viele Entscheidungen genereller Natur und praktisch alle, die den Alltag im Einzelnen gestalten.

**2. Obliegenheiten.** Von den Rechtspflichten der Ehegatten sind ihre Obliegenheiten zu unterscheiden, diese verstanden als Verhaltensanforderungen, deren Nichtbefolgung rechtliche Nachteile bewirken kann (die in Kauf zu nehmen, nicht pflichtwidrig ist). Es gibt etwa im gesetzlichen Güterstand keine generelle Pflicht der Ehegatten, ihr Vermögen „vernünftig“ zu verwalten (mit dem Ziele steter Mehrung) oder auch in einer vom „Wohl der Familie“ bestimmten Art und Weise (→ § 33 Rn. 5), aber es gibt neben speziellen Pflichten auch Verwaltungsobliegenheiten, deren Vernachlässigung zu Nachteilen beim Ausgleich des Zugewinns führt (vgl. dazu § 1375 II BGB; in den Fällen der Nr. 3 ist stets eine Pflichtwidrigkeit gegeben, in den Fällen der Nr. 1 und 2 dagegen im Regelfall lediglich die Missachtung einer Obliegenheit).

**3. Gebote sozialer Standards,** die nicht vom Recht rezipiert werden können, sind weder Rechtspflicht noch Obliegenheit. Ehegatten sollen einander lieben; eine Rechtspflicht besteht indessen insoweit nicht.<sup>16</sup> Zu fordern ist allein ein Verhalten, das sich um die Bewahrung der gegenseitigen Zuneigung bemüht.

## III. Autonomie der Ehegatten

**Schrifttum:** *Fenn*, Ehevereinbarungen – Wirkungsweise, Bindung, Folgen, in: Bosch (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im Familienrecht, 1990, S. 37; *Gernhuber*, Die geordnete Ehe, FamRZ 1979,

<sup>12</sup> Vgl. BGH 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094; *Ann Lappmann* (eine außereheliche Beziehung betreffend); *Danninger/Seitz* NZFam 2016, 868, 871 (den Zugang betreffend – Recht aus § 1353 I 2 BGB).

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 49, 286, 298.

<sup>14</sup> Vgl. *Staudinger/Vöppel* BGB § 1353 Rn. 18; *Rauscher* Rn. 238; *Hepting* S. 182ff.; *Giesen* JR 1983, 90; jetzt auch (anders noch FamRZ 1977, 506f.) *MüKoBGB/Roth* BGB § 1353 Rn. 20; *Erman/Kroll-Ludwigs* BGB § 1353 Rn. 1; *Dethloff* FamR § 4 Rn. 12; zur Möglichkeit vertraglicher Sanktionen → Rn. 13ff., insbes. 32ff.

<sup>15</sup> Nicht überzeugend aber die Annahme eines rechtsfreien Raumes durch *Struck* FuR 1996, 118 (123).

<sup>16</sup> *Schlüter* Rn. 42; so wohl auch zumindest kraft Vereinbarung: *Grziwotz* FamRZ 2002, 1154 (mit zT skurrilen Vorschlägen).

193; *Hepting*, Ehevereinbarungen, 1984; *E. A. Kirchoff*, Die rechtliche Behandlung von Ehegestaltungsvereinbarungen, 1995; *Kurr*, Vertragliches „Einvernehmen“ der Ehegatten gemäß § 1356 I S. 1 BGB?, FamRZ 1978, 2; *Pawlowski*, Die „Bürgerliche Ehe“ als Organisation, 1983; *Ramm*, Grundgesetz und Eherecht, 1972; *Reinhart*, Zur Festlegung persönlicher Ehwirkungen durch Rechtsgeschäft, JZ 1983, 184.

- 13 1. Standort der Gegenwart.** Die Ehe – verstanden als rechtlich geregelte soziale Verhaltensform, die dem Anspruch des Einzelnen auf soziale Verhaltensmuster in einem zentralen und für alle bedeutsamen Lebensbereich Genüge tun soll (→ § 4 Rn. 9f.) – kann auf zwingendes Recht nicht vollständig verzichten (etwa nicht im Unterhaltsrecht). In Zeiten eines homogenen Gesellschaftskörpers, dessen Eheverständnis bis ins Detail nicht ernsthaft in Frage gestellt ist, mag der Umfang zwingender Regelungen beträchtlich sein. Zeiten konkurrierender Ehemodelle können sich mit der Regelung eines Ehemodells zufrieden geben, das sie den Ehegatten (als dispositives Recht) anbieten, aber nicht aufdrängen; sie können den Versuch unternehmen, verschiedene Ehemodelle mit ihren jeweiligen Eigenarten zu regeln; sie können schließlich in dem von konkurrierenden Mustern beherrschten Bereich auf eine Regelung ganz verzichten und der Autonomie der Ehegatten allein vertrauen.
- 14** Die bürgerliche Ehe des BGB begann als Ehe zwingenden Rechtes mit einigen wenigen, letztlich peripheren Fragen, die der Ordnung durch die Ehegatten im autonomen Akt überlassen blieben. Als die Homogenität der Vorstellungen von der richtigen Ordnung in der Ehe zerfiel, wirkte sie notwendig restaurativ, ohne den Prozess wirklich aufhalten zu können. Die faktische Autonomie der Ehegatten konnte weder geleugnet noch beseitigt werden; erst im Streit der Ehegatten wirkte sich das als zwingendes Recht postulierte Familienleitbild mit eher ehezerstörender Kraft aus: Ehegatten, deren Verhalten ihm nicht entsprach, setzten sich ins Unrecht, mochten sie auch kaum anders gehandelt haben als viele andere auch. Mit ausgesprochen restaurativer Tendenz hielt noch das GleichberG am Ehemodell der Hausfrauenehe fest, mit Regelungen, die als Träger zwingenden Rechtes gedacht waren, freilich alsbald in der Theorie zu dispositivem Recht umgedacht wurden; einerseits, um die Regelung überhaupt als verfassungskonformes Recht halten zu können, und andererseits, um der Entwicklung neuer sozialer Standards einen Raum im Recht zu gewähren.
- 15** Das geltende Recht hat den Gedanken eines verbindlichen Leitbilds aufgegeben (dagegen nicht etwa den der Regelung des Ehehalts überhaupt) und die Idee einer Regelung mehrerer Ehetypen mit Wahlfreiheit der Ehegatten nicht aufgegriffen.<sup>17</sup> Polymorph ist die Ehe der Gegenwart damit weithin auch im Recht geworden, gestaltbar insoweit von den Ehegatten nach ihren Wünschen. Dennoch hat es einen guten Sinn, Verhaltensmuster zu zeichnen, die Orientierungshilfen geben, und Ordnungen schaffen, wenn Einigkeit der Ehegatten sich nicht einstellen will (oder wieder zerbricht) oder Fragen auftreten, die nicht bedacht wurden. Ehescheidung ist weder die einzige Lösungsmöglichkeit bei Uneinigkeit der Ehegatten noch zur Sanktion pflichtwidrigen Verhaltens geeignet.
- 16 2. Zwingendes Recht** setzen alle Normen im Interessenbereich Dritter. Über ihren (Familien-)Unterhaltsanspruch können die Ehegatten etwa für die Zukunft nicht disponieren (§§ 1360a III, 1614 I BGB), weil jeder Ehegatte in eine bestimmte Ordnung der (potenziell) Unterhaltspflichtigen gewiesen ist, der er sich nicht willkürlich darf entziehen können. Die beiden Ehegatten eingeräumte Macht, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie auch mit Wirkung für den anderen Ehegatten zu besorgen (§ 1357 I 1 BGB), ist ebenfalls nicht abdingbar (wohl aber einseitig ausschließbar → § 19 Rn. 51 ff.). Sie ist drittorientiert, dient dem Schutz der Gläubiger und kann deshalb nicht einer Vereinbarung der Ehegatten anheim gegeben werden (vgl. aber → § 19 Rn. 48 zur Möglichkeit eines faktisch gleichwertigen Verhaltens).

<sup>17</sup> *A. Roth* FamRZ 2017, 1017, 1018; vgl. zu den Vorschlägen *Gernhuber*, Neues Familienrecht, 1977, S. 135 ff.; *Gernhuber* FamRZ 1979, 193; *Gernhuber*, Eherecht und Ehetypen, 1981.

Zwingenden Rechts sind ferner alle Normen, in denen (gegenwärtig) unaufgebbare Gerechtigkeitspostulate wirken. Die Pflicht zur Treue ist hier als Beispiel zu nennen (→ Rn. 47 und § 17 Rn. 6), sodann die Pflicht, einander zu schützen und beizustehen (→ Rn. 49), aber auch § 1356 I 2 BGB, also die Selbstständigkeit eines Ehegatten, dem der Haushalt überlassen wurde (→ § 20 Rn. 4). Dass niemand die Ehegatten zwingen kann, sich insoweit ehgemäß zu verhalten, ist freilich sicher und doch kein Indiz für die Möglichkeit, sich der Selbstständigkeit zu entäußern. Der Rechtsordnung sind auch sonst Normen geläufig, deren Schutz sich niemand begeben kann, obwohl sie ohne Sanktion faktisch missachtet werden können (im Recht der Zugewinnngemeinschaft gehören etwa die §§ 1381–1383 BGB dazu).

**3. Arten autonomer Akte.** Recht, das sich die Ehegatten im normfreien Raum oder gegen dispositive Normen in autonomen Akten setzen, ist nicht als Einheit zu begreifen. Es ist eine Trias im Anspruch und in der Wirkung; von den Ordnungen sind die Beschlüsse und die Verträge zu unterscheiden.<sup>18</sup> Als „Ordnung“ sind alle Bestimmungen des Eheinzhalts im autonomen Akt zu begreifen, alles Einvernehmen, das die konkrete Ehe „modelliert“, das sich als „Verfassung der Ehe“ charakterisieren lässt. Beschlüsse sind alle planenden Akte der Ehegatten (Planung verstanden als systematische Vorbereitung und Fixierung rationalen Verhaltens, das bestimmte Ziele auf bestmöglichem Weg verwirklichen soll), mit denen sie konkrete Akte festlegen (Begründung des Wohnsitzes) oder auch nur Rahmenbedingungen schaffen (Höhe des Wirtschaftsgeldes) oder Richtlinien entwickeln (Prioritäten in der Verwendung der zur Verfügung stehenden Gelder). Im Gegensatz zu den Verträgen berühren die Ordnungen und Beschlüsse idR stärker als erstere den rein personalen Bereich.

**4. Ordnungen** erwähnt das Gesetz allein (unter dem Begriff „Einvernehmen“) in § 1356 BGB für das Hauswesen, ohne damit den Einzugsbereich abschließend festzulegen.<sup>19</sup> Die Ordnung des Hauswesens impliziert ohnehin in aller Regel die Notwendigkeit einer Verständigung über weitere Fragen von ähnlich grundlegender Bedeutung (insbesondere die der Erwerbstätigkeit); auch sonst ist zudem den Ehegatten die Gestaltung ihrer Ehe in den Grenzen des zwingenden Rechtes anheim gegeben.

Ordnungen „organisieren“; das ihnen entsprechende Pflichtenprogramm ist aus § 1353 BGB zu entwickeln (womit die von der Legislative vermiedene Regelung unterschiedlicher Ehemodelle auf anderer Ebene als Aufgabe wiederkehrt), soweit es sich nicht unmittelbar aus den Ordnungen ergibt.

Ordnungen entfalten ihre Wirkungen, weil sie von den Ehegatten gewollt sind und erfüllen damit die Kriterien, die herkömmlich die Willenserklärungen von anderen recht-

<sup>18</sup> Grundlegend: *Gernhuber* FamRZ 1979, 193; die Frage nach der richtigen Qualifizierung der privatautonomen Akte der Ehegatten wird unterschiedlich beantwortet. Grundsätzliche Kritik am Text über *Hepting* (S. 121 f.: Denkgebäude abseits der Realität; S. 352 ff.: Ordnungen und Beschlüsse ein Scheingegensatz. Er selbst qualifiziert zwar als Rechtsgeschäft, fordert für dieses aber nur einen „natürlichen Regelungswillen“ und anerkennt lediglich „geringe, stark an den Besonderheiten der ehelichen Lebensgemeinschaft orientierte rechtliche Wirkungen“; ähnl. *Robbel* S. 76 ff., mit Ausführungen zum hypothetischen Willen und *Langenfeld/Milzer* Eheverträge-HdB Rn. 166) sowie *M. Lipp* S. 65 ff. (ihm zufolge ist das „gegenseitige Einvernehmen“ der Ehegatten lediglich ein „möglicher tatsächlicher Modus“ und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft lediglich die Rechtspflicht, den „ehelichen Status des anderen Partners zu achten“). Die Tendenz, die eheliche Lebensgemeinschaft von Rechtsgeschäften freizuhalten, wirkt ferner etwa bei *Fenn* (S. 41: vielfach nur „faktisches übereinstimmendes Verhalten“); *Pawlowski* S. 39 ff., 58 (faktisches Einvernehmen); *MüKoBGB/Roth* § 1353 Rn. 9 (Ehevereinbarungen allermeist „schlicht gelebt“; Geltungsgrund mehr „aus dem Gedanken an zurechenbar geschaffenes Vertrauen“); *Soergel/Lipp* BGB § 1356 Rn. 12 (eheliche Gesinnung beruhe auf einer sittlich-freien Entscheidung der Ehegatten).

Die Differenzierung des Textes wird lediglich als Beschreibung akzeptiert von *Reinhart* JZ 1983, 188 (er selbst will alle Vereinbarungen den allgemeinen Regeln für Rechtsgeschäfte unterwerfen).

Rechtsgeschäftlicher Charakter wird generell bejaht von *RGRK/Roth-Stielow* BGB § 1353 Rn. 20. Er wird jdf. für das „gegenseitige Einvernehmen“ des § 1356 I 1 BGB angenommen von *BeckOK BGB/Hahn* § 1356 Rn. 23; *Kurr* FamRZ 1978, 2 ff.; *Erman/Kroll-Ludwigs* BGB § 1356 Rn. 4; *Muscheler* FamR. Rn. 285 (Vertrag nur bei „Grundlagenabmachungen“, keine „Rechtsqualität“ bei „Alltagsabmachungen“).

<sup>19</sup> *Schwab* FamR GdR Rn. 118 ff.

mäßigen juristischen Handlungen unterscheiden. Es besteht auch grundsätzlich kein Anlass, das System der juristischen Handlungen um eine weitere Variante des rechtlich relevanten, weil finalen Verhaltens zu erweitern. Doch bleibt die Notwendigkeit, den Akt der Ehegatten von den §§ 104ff. BGB zu lösen. Wenn die Rechtsordnung die Modellierung der konkreten Ehe dem „Einvernehmen“ der Ehegatten überweist,<sup>20</sup> ohne eine eigene, subsidiär geltende Eheordnung zu schaffen, dann kann (in einem Bereich notwendig höchstpersönlicher Rechtsgestaltung) die Fähigkeit, an Ordnungen mitzuwirken, nur von der Ehefähigkeit bestimmt sein (womit allein die geschäftsunfähig Gewordenen von ihnen ausgeschlossen sind).<sup>21</sup>

- 22 Ordnungen bedürfen keiner besonderen Form. Die konkludente Äußerung (die Übernahme bestimmter Funktionen) mag angesichts der allgemein bekannten (und geübten) Wahlfreiheit selten sein; möglich bleibt sie gleichwohl.
- 23 Ordnungen sind keine Verträge; sie begründen keine Schuldverhältnisse. Die Antwort auf die Frage nach der ihnen eigenen Bestandskraft (nach der Bindung der Ehegatten) ist damit weder dem Vertragsrecht noch dem Schuldrecht zu entnehmen. Dass sie (formlos) im Einvernehmen der Ehegatten jederzeit aufgehoben oder geändert werden können, ist selbstverständlich. Durch einseitigen Akt sind sie mit Wirkung allein für die Zukunft zu beseitigen, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist (also in Anlehnung an die allgemein für die Bindung an Dauerrechtsverhältnisse entwickelten Grundsätze).<sup>22</sup> Einseitig kann etwa (von beiden Ehegatten) die Entscheidung für eine Doppelverdiener Ehe mit geteilter Hausarbeit zu beenden sein, wenn ein Kind erwartet wird oder wenn ein Ehegatte arbeitsunfähig oder dauerhaft arbeitslos wird. Einseitig kann auch von einem Ehepartner die Entscheidung für die Haushaltsführungsrolle beendet werden, wenn der ihm zugewiesene Pflichtenkreis ihn nicht mehr ausfüllt: In einer Ehe sind auch Entwicklungen der eigenen Persönlichkeit ein wichtiger Grund.<sup>23</sup>
- 24 **5. Beschlüsse** nehmen heute den Raum ein, der in der patriarchalischen Ehe dem Entscheidungsrecht des Ehemannes zugewiesen war. Sie sind zT (in wechselndem Umfang) durch § 1353 BGB (gegebenenfalls vermittelt durch das selbst gewählte Ehemodell) präjudiziert, doch wirkt sich die Vorentscheidung nur im Streit der Ehegatten aus: Wer sich notwendigen Konsequenzen widersetzt, kommt seiner Pflicht aus § 1353 BGB nicht mehr nach.
- 25 Die Wahl des Wohnsitzes ist etwa idR abhängig von der beruflichen Tätigkeit der Ehegatten mit ihren Verbindungslinien zum Familienunterhalt. Pflicht jedes Ehegatten aus § 1353 BGB ist es, das Einvernehmen über die Erwerbstätigkeit während der Ehe in dem Beschluss über den gemeinschaftlichen Wohnsitz (der freilich kein Essential einer Ehe ist) anhand der gegebenen Situation optimal in die Wirklichkeit umzusetzen. Pflicht der Ehegatten ist es ferner, den Familienunterhalt nicht zu gefährden.
- 26 Präjudiziert kann auch die Aufnahme Verwandter in den ehelichen Haushalt sein (die jedoch dem Regelungsbereich der Eheordnung zuzurechnen ist, soweit es sich um die Aufnahme einseitiger Kinder handelt). Es ist die Pflicht zur Fürsorge und zur Anteilnahme am

<sup>20</sup> Vgl. dazu auch § 1687b BGB.

<sup>21</sup> Minderjährige Ehegatten gibt es seit der Reform des § 1303 BGB im Jahre 2017 eher selten, ihnen fehlt aber gleichfalls die Ehefähigkeit.

<sup>22</sup> Dem Text nahe stehend *Reinhart* JZ 1983, 190 f. (aber speziell das Gesellschaftsrecht heranziehend); BeckOK BGB/*Hahn* § 1356 Rn. 6 (einen „wichtigen Grund“ fordernd); *Langenfeld* Rn. 43 (kombiniert mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage). Auf die Grundsätze der Vertragsanpassung nach Änderung der Geschäftsgrundlage verweist *Brühl* FamRZ 1982, 650. § 314 BGB ist jdf. nicht direkt anwendbar, weil es sich nicht um ein Schuldverhältnis handelt, er gibt auch kaum als Orientierung etwas her.

Ehevereinbarungen werden generell als nicht bindend betrachtet von *Soergel/Lipp* BGB § 1356 Rn. 14; *Fenn* S. 46; *Ramm* FamR I § 14 II 4. Gefordert werden lediglich Information und Erläuterung sowie Erörterungsbereitschaft und Wahl eines geeigneten Zeitpunkts; *MüKoBGB/Roth* § 1353 Rn. 10 ff. differenziert danach, ob die Vereinbarungen den Intimbereich betreffen; ähnlich: *Dethloff* FamR § 4 Rn. 25 f. (keine Bindungswirkung für höchstpersönliche Angelegenheiten).

<sup>23</sup> Ebenso BeckOK BGB/*Hahn* § 1356 Rn. 6.

Leben des Partners, die hier Grenzen setzt, freilich die Entscheidungsfreiheit nicht generell beseitigt (→ Rn. 55).

Elternstreitigkeiten entscheidet das Familiengericht durch Beitritt zur Ansicht eines Elternteils (§ 1628 BGB), sofern es sich nicht um eine „Bagatellsache“ handelt (→ § 61 Rn. 15 ff.). Meinungsverschiedenheiten der Ehegatten ansonsten müssen dagegen grundsätzlich allein von ihnen bewältigt werden. Nur wenn ein Ehegatte um eine Einigung nicht bemüht ist oder sich präjudizierenden Bindungen zu entziehen sucht, kann er von seinem Partner in einem gerichtlichen Verfahren (sonstige Familiensache, § 266 FamFG) in Anspruch genommen werden (kein Vollstreckungszwang).<sup>24</sup> Im Restbereich bleibt der Streit der Ehegatten ohne Entscheidung, mag auch die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dadurch geschmälert oder gar gänzlich ausgeschlossen werden.

Alle Beschlüsse der Ehegatten entfalten Wirkungen nur im Innenverhältnis (in dem sie die Pflicht erzeugen, entsprechend zu handeln, insbesondere die von ihnen geforderten Rechtsakte vorzunehmen); kein Beschluss ist dagegen schon ein sich selbst verwirklichender Akt. Die Einigung auf einen bestimmten Wohnsitz verpflichtet die Ehegatten etwa, ihren Wohnsitz der Einigung entsprechend zu begründen; der Begründungsakt selbst vollzieht sich nach seinen eigenen Gesetzen. Oder auch: Die Einigung auf eine bestimmte eheliche Wohnung verpflichtet die Ehegatten intern, den erforderlichen Mietvertrag abzuschließen; für den Vermieter begründet sie keine Rechtsposition.

Die Ehegatten verlieren durch ihre Beschlüsse nichts an Rechtsmacht nach außen. Die pflichtwidrige Begründung eines Wohnsitzes etwa ist wirksam; die Einigung auf gemeinschaftliche Miete einer Wohnung gibt keinem Ehegatten automatisch Vertretungsmacht für den anderen; die Einigung über die Aufnahme eines einseitigen Verwandten verschafft diesem kein eigenes Recht zum Besitz.

Beschlüsse sind in Fragen ihrer Wirksamkeit und ihrer Bestandskraft jenen Regeln zu unterwerfen, die für die Ordnungen der Ehegatten gelten (→ Rn. 19). Beschlüsse, die Dauerwirkungen zeitigen (wie die Aufnahme einseitiger Verwandter in den Haushalt) können einseitig mit Wirkung für die Zukunft außer Kraft gesetzt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.<sup>25</sup>

Maßnahmen eines Ehegatten in Angelegenheiten, die eigentlich durch Beschluss zu regeln waren, sind grundsätzlich im Verhältnis zum Partner pflichtwidrig. Auch wenn das Bemühen um eine Einigung scheiterte, besteht grundsätzlich kein Recht zu einseitigem Vorgehen. Nur in Eilfällen wird selbstständiges Handeln zur Notwendigkeit und damit auch zur Pflicht aus § 1353 BGB; ihm hat eine erklärende Information zu folgen.<sup>26</sup> Der andere Ehegatte hat den einseitigen Akt anzuerkennen, soweit der Zwang der Verhältnisse keinen Aufschub zuließ, ist an ihn jedoch nicht stärker gebunden als an einen Beschluss.

**6. Verträge**, deren einziger Geschäftszweck der Vollzug der ehelichen Lebensgemeinschaft ist (zu den eheneutralen Verträgen → § 19 Rn. 14 ff.), schließen die Ehegatten ab, wenn sie einander eheliche Kooperation unter Einsatz ihres Vermögens oder unter Einsatz ihrer Arbeitskraft versprechen. Verträge dieser Art<sup>27</sup> unterscheiden sich von den konkurrie-

<sup>24</sup> Der Praxis sind derlei Verfahren (früher: Herstellungsklagen) heute nicht mehr geläufig (vgl. dagegen noch OLG Düsseldorf FamRZ 1969, 153). Die Praxis hat die Fragen jedoch immer noch dort zu beantworten, wo Restbestände des alten Verschuldensgrundsatzes im Scheidungsfolgenrecht anzutreffen sind. Vgl. dazu BGH FamRZ 1987, 572 (574) zu § 1579 Nr. 7 BGB (keine Verpflichtung, einen neuen gemeinschaftlichen Wohnsitz zu vereinbaren, wenn die zunächst getroffene Wahl sich als undurchführbar erweist); *Robbel* S. 210 ff.; zur Bedeutung der Verletzung ehelicher Pflichten in der Rspr. zu § 1579 Nr. 7 BGB: MüKoBGB/*Maurer* § 1579 Rn. 100 ff.

<sup>25</sup> Aus der Praxis vgl. OLG Schleswig SchlHA 1966, 204 (Pflicht, Wohngemeinschaft mit Elternteilen zu beenden, wenn das Zusammenleben unerträglich geworden ist).

<sup>26</sup> Dem Text entspr. MüKoBGB/*Roth* § 1353 Rn. 27; *Staudinger/Vöppel* BGB § 1353 Rn. 68; OLG Bremen 19.9.2014 – 4 UF 40/14, NJW 2015, 495 – Unterrichtung über Änderung des Versicherungsschutzes (mit Schadensersatzpflicht).

<sup>27</sup> Der BGH hat sie bereits in der Entscheidung FamRZ 1973, 22 (24) erwähnt; zu (allerdings skurrilen) Verträgen im sexuellen Bereich: *Grziwotz* FamRZ 2002, 1154.

renden allgemeinen Vertragstypen vergleichbarer Art (Gesellschaftsverträge, Arbeitsverträge) sowohl im Geschäftszweck als auch im Vertragsinhalt. Die Regelungsgegenstände differieren; für mehrdeutige und lückenhafte Verträge bleiben zwar die herkömmlichen Interpretationsmaximen des Vertragsrechtes (§§ 133, 157 BGB), doch werden deren Maßstäbe von den unter Ehegatten geltenden sozialen Standards präzisiert (mit einer Vielzahl von anerkannten Regeln ehегerechten Verhaltens). Ihre Dauer ist notwendig auf die Zeit der Ehe begrenzt; Verträge, die größere Konstanz vorsehen, sind nicht mehr als familienrechtliche Kooperationsverträge zu begreifen.

- 33 Kooperationsverträge begründen Dauerrechtsverhältnisse. Sie sind wie andere Dauerrechtsverhältnisse auch aus wichtigem Grund durch einseitigen Akt zu beenden. Doch täuscht der Eindruck eines Gleichlaufs der konkurrierenden allgemeinen Vertragstypen (vgl. für sie die §§ 626, 723 BGB) und der Kooperationsverträge wenigstens in der Phase der Beendigung: Die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht, kann nur unter steter Berücksichtigung des besonderen Geschäftszwecks beantwortet werden.
- 34 Verträge schließen die Ehegatten auch ab, wenn sie ihre Rechtsbeziehungen (im Rahmen des vorgegebenen zwingenden Rechtes) ordnen, jedoch nicht mehr um des Vollzugs ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft willen, sondern in der Abkehr von ihr. Derlei Trennungsverträge können sich auf eine einzige Regelung beschränken (etwa die Präzisierung der Unterhaltsrente); sie können aber auch als komplexes Rechtsgeschäft alle Beziehungen der Ehegatten zu ordnen suchen, die durch den Entschluss zur Trennung überhaupt einer neuen Ordnung bedürfen (Auseinandersetzung von Hausrat und Ehwohnung, vorweggenommener Zugewinnausgleich usw).<sup>28</sup>
- 35–37 Alle Verträge der Ehegatten sind den §§ 104 ff. BGB unterworfen. Das Gesetz erwähnt die ehebezogenen Verträge nicht eigens, doch weist § 1411 BGB (Ehevertrag) in die Richtung des allgemeinen Vertragsrechtes. Auch § 138 BGB ist anwendbar. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat der Staat die Pflicht, der Freiheit der Ehegatten in der Regelung ihrer wechselseitigen Pflichten dort Grenzen zu setzen, „wo diese nicht mehr Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln.“<sup>29</sup>

#### IV. Die Generalklausel (§ 1353 I 2 BGB) und ihre Funktionen

- 38 **1. Regelungsgrenzen.** Eheliche Lebensgemeinschaft lässt sich nicht in einem Mosaik scharf konturierter Rechtssätze ordnen, aus dem sich schließlich ein normativ vorgeformtes Bild der Ehe ergibt, das den Ehegatten detailliert (sei es nun kraft zwingenden, sei es kraft dispositiven Rechts) Pflichten auferlegt und Befugnisse zugesteht. Der unübersehbar hohe Anteil individueller Besonderheiten eines jeden Falles, neben dem sich die Typizität des Geschehens bis auf kleine Restbestände verflüchtigen kann, setzt schnell erreichte Grenzen. Ferner legt die Gefahr, Trivialitäten zu normieren und peinlicher Geschmacklosigkeit zu verfallen, Zurückhaltung nahe.<sup>30</sup> Das BGB hat deshalb von vornherein dem Gedanken einer abschließend kasuistischen Regelung des Eheinhalteltes widerstanden und weithin einer Generalklausel vertraut. 20. und 21. Jahrhundert haben weiter nachgegeben; konkrete Rechtsregeln sind im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft noch seltener geworden.<sup>31</sup>
- 39 **2. Funktionen.** Wie jede Generalklausel ist auch diejenige des § 1353 I 2 BGB der rechtstheoretischen Präzisierung in einzelnen Funktionen (Schichten) und Fallgruppen fähig. Dass § 1353 BGB die Ehegatten lediglich zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, will nichts besagen (wie auch die viel zu enge Fassung des § 242 BGB dessen

<sup>28</sup> Dazu im Einzelnen → § 23 Rn. 14 ff., → § 26 Rn. 6, 14 ff., → § 35 Rn. 8 ff.

<sup>29</sup> BVerfG FamRZ 2001, 343 (346); 2002, 985 (für Scheidungsvereinbarungen); vgl. auch → § 26 Rn. 14 ff.

<sup>30</sup> AA *Battes* S. 177; abschreckendes Beispiel: *Grziwotz* FamRZ 2002, 1154 in Anlehnung an die U.S.-amerikanische Vertragspraxis.

<sup>31</sup> *Struck* FuR 1996, 118.

Entwicklung nicht hat hindern können); der Normzweck reicht weiter als der Normtext, auch wenn der Gesetzgeber später zusätzlich die gegenseitige Verantwortung der Eheleute als ein die eheliche Lebensgemeinschaft kennzeichnendes Element hervorgehoben hat.<sup>32</sup> § 1353 I 2 BGB ist Interpretationsmaxime und Rechtsregel mit verschiedenen Funktionen: Von der pflichtenbegründenden Funktion ist die regulative Funktion zu unterscheiden und von beiden die Schrankenfunktion.

3. Als **Interpretationsmaxime** dient § 1353 I 2 BGB der deutenden und ergänzenden 40 Auslegung aller Ordnungen und Beschlüsse der Ehegatten (zu den ehebezogenen Verträgen → Rn. 32 ff.). Die in autonomen Akten der Ehegatten gesetzten Regeln für ihre individuelle Ehe erfahren insoweit ihre ehегerechte Ausformung auch dort, wo sie mehrdeutig oder lückenhaft sind.

4. In seiner **pflichtenbegründenden Funktion** ergänzt § 1353 I 2 BGB das in kon- 41 kreteren Rechtssätzen ausgeformte Pflichtenprogramm der Ehegatten zu einer abgeschlossenen Pflichtenordnung, deren Maßstab die generell unaufgebbaren Ehehalte sind, sowie die Modellierung, die von den Ehegatten gerade ihrer Ehe gegeben wurde (gesetzliches Schutzverhältnis → § 17 Rn. 13). Fundamentalpflichten (etwa die zur Treue) stehen neben Bagatellpflichten; Pflichten, die die persönliche Zuordnung der Ehegatten verwirklichen, treten neben andere, die allein der Sachgüterwelt verhaftet sind (etwa die Pflicht, dem Partner die Mitbenutzung von Hausrat und Ehwohnung zu gestatten; → § 19 Rn. 18 f.); selbstständige Pflichten begegnen neben anderen, die eine unvollständige Regelung des Gesetzes zu einem ehегerechten Gesamtbild ergänzen (etwa die Pflicht, den Ehegatten über den Bestand, die wesentlichen Veränderungen und bereits geplanten Entwicklungen des eigenen Vermögens zu informieren, Auskunftspflichten<sup>33</sup> → § 35 Rn. 16).

5. In seiner **regulativen Funktion** ordnet § 1353 BGB die Art und Weise, in der die 42 Ehegatten ihre Pflichten zu erfüllen haben (eine gesetzliche Einzelausprägung ist § 1360a BGB). Ehegatten können etwa einseitige Verwandte in ihren Haushalt aufnehmen und damit interne Duldungspflichten begründen. Ihnen hat der verschwägerte Ehegatte in ehегerechter Form zu entsprechen.

6. In seiner **Schrankenfunktion** schließlich kann § 1353 I 2 BGB die Ausübung sub- 43–45 jektiver Rechte zwischen Ehegatten auf bestimmte (ehегerechte) Formen beschränken oder gänzlich ausschließen. Greifbar wird diese Funktion vornehmlich im Vermögensrecht (→ § 19 Rn. 11 ff.).

## V. Persönliche Pflichten

**Schrifttum:** *Geilen*, Garantienpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 147.

1. **Gesetzliche Verankerung.** Einzelne persönliche Pflichten (hier verstanden als 46 Pflichten, die weder die Arbeitskraft noch das Vermögen der Ehegatten betreffen; vgl. insoweit unten die → §§ 19, 20) erwähnt das geltende Recht nicht und verweist sie damit ohne Ausnahme in die Generalklausel des § 1353 I 2 BGB, die durch die ausdrückliche Erwähnung der Verantwortung füreinander erweitert, dadurch aber nicht stärker konkretisiert worden ist. Eine subtile Entfaltung des gesamten Pflichtenprogramms (mit Zuordnung der einzelnen Pflichten zum zwingenden oder zum dispositiven Recht) hat insoweit keinen Sinn, als pflichtwidriges Verhalten unmittelbar überhaupt nicht und mittelbar (vermittelt u. a. von den Resten des Verschuldensprinzips im Scheidungsfolgenrecht) nur sehr beschränkt sanktioniert ist, also allein die Stabilität der Ehe gefährdet. Es ist insbesondere

<sup>32</sup> BT-Drs. 13/9416, 33; wieso für diese Gesetzesänderung ein dringendes Bedürfnis bestanden haben soll, wenn sie keinerlei Änderung bewirkt (so FamRefK/Wax BGB § 1353 Rn. 2), ist unverständlich.

<sup>33</sup> *Erbarth* FamRZ 2015, 1944; BGH 2.6.2010 – XII ZR 124/08; BGHZ 186, 13, FamRZ 2011, 21 Rn. 14.

nutzlos, die Pflichtensituation im Gesamtbereich des Sexuallebens darzustellen.<sup>34</sup> Selbst die (ohnehin nur eingeschränkte) Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung (§ 266 FamFG) würde keine andere Entscheidung rechtfertigen: Die Praxis kennt derlei (peinliche und geschmacklose) Anträge nicht mehr.

- 47 **2. Situationsabhängigkeit.** Fast alle persönlichen Pflichten, die aus der Generalklausel zu entwickeln sind, werden in ihrer näheren Ausgestaltung von der jeweils konkreten Situation der Ehegatten bestimmt.<sup>35</sup> Nur die Pflicht zur Treue kennt keine Unterschiede; sie gilt unbedingt (und zwar als zwingendes Recht, das zwar der Libertinage der Ehegatten tatsächlich ausgeliefert ist, jedoch weder generell noch einzelfallbezogen vertraglich ausgeschlossen werden kann).<sup>36</sup>
- 48 Die pflichtenbegrenzende Wirkung eines Umstandes wird durch die Möglichkeit seiner Beseitigung nicht aufgehoben. Doch erzeugt § 1353 I 2 BGB die Pflicht, Hindernisse, die einer Intensivierung der ehelichen Lebensgemeinschaft entgegenstehen, auf zumutbaren Wegen auszuräumen. Die Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft verliert etwa weithin ihre Bedeutung, solange die Ehegatten nicht über eine eheliche Wohnung verfügen; es bleibt die Pflicht, um eine Wohnung bemüht zu sein.<sup>37</sup> Oder auch: Körperliche Mängel und Krankheiten können viele Einzelpflichten begrenzen; es bleibt jedoch die Pflicht, um den Ausgleich der Mängel und um Gesundung (einschließlich zumutbarer Operationen) besorgt zu sein.<sup>38</sup>
- 49 **3. Verantwortungsgemeinschaft, Schutz und Beistand.** Das Eheschließungsreformgesetz 1998 betont die gegenseitige Verantwortung der Ehegatten – nach dem Willen des Gesetzgebers, um diese Gemeinschaften von anderen zu unterscheiden und die besondere Bedeutung der Ehe hervorzuheben.<sup>39</sup> Auch wenn an der Verantwortung der Ehegatten füreinander (selbst ohne die ausdrückliche Betonung derselben im Gesetz) keine Zweifel bestehen, dürfte das Ziel des Gesetzgebers, die Ehe hierdurch hervorzuheben, nicht erreicht werden, kennt das Recht doch auch weitere Verantwortungsgemeinschaften.<sup>40</sup> Verantwortung füreinander zeigt sich am deutlichsten daran, dass jeder Ehegatte seinem Partner in den Grenzen des Zumutbaren<sup>41</sup> Schutz und Beistand schuldet. Ehegatten haben einander vor Misshandlung und Tötung zu bewahren,<sup>42</sup> aber auch sonst in jeder Bedrängnis zu stützen.<sup>43</sup>

<sup>34</sup> Die hM lehnt mittlerweile zu Recht eine Pflicht zum Geschlechtsverkehr ab: Palandt/*Brudermüller* BGB § 1353 Rn. 7; MüKoBGB/*Roth* § 1353 Rn. 41; Jauernig/*Budzikiewicz* BGB § 1353 Rn. 3; *Lüke* AcP 178 (1978), 1 (6); *Haller* MDR 1994, 426 (428); (anders noch BGH FamRZ 1967, 210); §§ 177–179 StGB verstärken dies; entscheidend, ist jedoch die besondere Verquickung mit der höchstpersönlichen und intimsten Sphäre eines jeden Partners; für vertragliche Regelung: *Grziwotz* FamRZ 2005, 1154.

<sup>35</sup> Auch das Alter der Ehegatten ist zu berücksichtigen. Man kann aber nicht generell sagen, dass „an die Pflichten von zwei im Greisenalter heiratenden Personen wesentlich weniger strenge Maßstäbe als sonst üblich anzulegen sind“ (so OLG München FamRZ 1968, 198 (199)).

<sup>36</sup> Nach wie vor ganz hM. Vgl. MüKoBGB/*Roth* § 1353 Rn. 40; *Soergel/Lipp* BGB § 1353 Rn. 29; *Staudinger/Voppel* BGB § 1353 Rn. 29; *Grziwotz* MDR 1998, 1075 (1078); *ders.* FamRZ 2005, 1154 (eher skeptisch). Für verfügbar halten die Rechtspflicht *Streck* S. 86 f. und *Rauscher* Rn. 241.

<sup>37</sup> Vgl. OLG Celle NJW 1956, 1842 (Pflicht, einen Antrag auf Zuzugsgenehmigung für den Ehegatten zu stellen).

<sup>38</sup> Vgl. RGZ 95, 330; RG Warn. 1916 Nr. 142; HRR 1932 Nr. 1216; BGH FamRZ 1967, 33 (das Urteil betont zu Recht, dass eine Operation nicht zu fordern ist, wenn der Kranke vom Willen des Partners zu voller ehelicher Lebensgemeinschaft nicht überzeugt sein kann).

<sup>39</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9416, 29; auch ohne diesen Zusatz ist § 1353 BGB so verstanden worden. *Schwab* FamR GdR Rn. 116 ff. betont die Auswirkung auf Gesetzesauslegung und -anwendung.

<sup>40</sup> BVerfG FamRZ 1993, 167, 168 (zum eheähnlichen Zusammenleben); § 2 S. 2 LPartG; § 1618a BGB (Eltern und Kinder); vgl. zu Bedenken im Gesetzgebungsverfahren: Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9416, 26, 29.

<sup>41</sup> Einsatz des Lebens wird nicht mehr gefordert. Vgl. BSG NJW 1957, 1943; weitergehend *Staudinger/Voppel* BGB § 1353 Rn. 56; zur Bedeutung der auch nur noch einseitig möglichen Verantwortung und Zuwendung: BGHZ 149, 140; *Battes* S. 183.

<sup>42</sup> Vgl. RG LZ 1933, 863; RGSt 71, 187 (189).

<sup>43</sup> Zur Rechtsberatung in existenzbedrohender Krise des Ehegatten: BGH FamRZ 2001, 1521 (krit. *Hensler* LM RBerG § 1 Nr. 63, wegen des Fehlens verallgemeinerungsfähiger Aussagen); die Entscheidung