

für Familienrecht e.V. und Richter am Bayerischen Anwaltsgerichtshof.

Einem größeren Kreis von Kolleginnen und Kollegen wurde er vor allem als erster Regionalbeauftragter der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht des wichtigen Bezirks des OLG München bekannt. Zahlreiche Aufsätze, Urteilsanmerkungen, Rezensionen und Bücher sind erschienen, so unter anderem „Die Ehescheidung und ihre Folgen“, 5. Aufl., und „Verträge in Familiensachen“, 2. Aufl. 2001 sowie im Giesecking Verlag „Familienvermögensrecht“, 2003, das er als Mitherausgeber betreut.

In dieser Zeitschrift Forum Familien- und Erbrecht ist vor allem der Vortrag anlässlich der Herbsttagung 1998 in Leipzig „Nahtstellen Familien-/Erbrecht“ auch heute noch lesenswert. Er zeigt exemplarisch die Verknüpfung von Familien- und Erbrecht auf (FF 1999, 3 ff.).

Im Zusammenhang mit der Problematik der Eheverträge ist auf die Anm. „Aus rechtsphilosophischer Sicht zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen“ (FF 2003, 118) und aktuell im letzten Heft 4 auf die Anm. zu der BGH-Entscheidung v. 28.1.2004 zu der Problematik – die Einwendungen der Verwirkung nach § 1579 Nr. 7 BGB auch nach dem Tod des Verpflichteten durch den Erben – (FF 2004, 220) hinzuweisen.

Prof. Schwab ist in seiner Würdigung in Heft 17 der FamRZ (FamRZ 2004, 1343) uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er *Bergschneider* didaktisches Talent bescheinigt. Entscheidend scheint mir zu sein, dass er eben nicht nur schwierige rechtliche Fragen in einem Vortrag Zuhörern nahe bringen kann, sondern darüber hinaus auch in der Lage ist, dies in Aufsätzen und Büchern zu Papier zu bringen.

Wir hoffen, dass er seine Fähigkeiten auch in Zukunft nicht nur als Lehrbeauftragter der Universität Regensburg, sondern auch als Dozent und Autor in der Arbeitsgemeinschaft und natürlich auch im Forum Familien- und Erbrecht nutzt. Hierzu wünschen wir ihm vor allem Gesundheit und Freude an seinem Anwaltsberuf.

Klaus Schmitzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht

Vorsitzende der Familiensenate in Bayern

In Bayern gibt es drei Oberlandesgerichte: in Bamberg, München und Nürnberg. Nach zwei Jahren sind vier neue Vorsitzende bestellt, und zwar in dreizehn Familiensenaten (vgl. FF 2002, 62).

OLG Bamberg www.justizbayern.de/olg-ba/

Gerichtseingesessene = 2.453.487*

OLG Bamberg, Wilhelmsplatz 1, 96047 Bamberg
Postfach 17 29, 96008 Bamberg
Telefon: 09 51/8 33-0, Fax: 09 51/8 33-1240 und 8 33-1240

	Geburtsdatum
2. Senat: VRiOLG Dörfler	6.2.1954
7. Senat: VRiOLG Reuß	4.6.1945

OLG München www.justizbayern.de/olgm/

Gerichtseingesessene = 6.884.281*

OLG München, Prielmayerstraße 5, 80097 München
Telefon: 089/55 97-02, Fax: 089/55 97-35 75

Senate in Augsburg, Fuggerstraße 10, 86150 Augsburg
Telefon: 08 21/31 05-0, Fax: 08 21/31 05-5 02

	Geburtsdatum
2. Senat: VRiOLG Dr. Reiß, Tel. 089/55 97-31 21	28. 9.1941
11. Senat: VRinOLG Florentz, Tel. 089/55 97-26 47	10.12.1941
12. Senat: VRiOLG Dr. Hüßtege, Tel. 089/55 97-33 11	3. 9.1952
16. Senat: VRiOLG Dr. Gerhardt, Tel. 089/55 97-24 92	17. 1.1941
17. Senat: VRiOLG Pauling,	–
26. Senat: VRiOLG Geißler, Tel. 089/55 97-23 02	22. 4.1943
4. Senat (Augsburg): VRiOLG Dr. Graba, Tel. 08 21/31 05-2 13	6. 2.1941
30. Senat (Augsburg): VRiOLG Barth, Tel. 08 21/31 05-3 05	31.10.1942

OLG Nürnberg

www.justizbayern.de/olgn/

Gerichtseingesessene = 3.046.115*

Fürther Straße 110, 90429 Nürnberg
Telefon: 09 11/3 21-01, Fax: 09 11/3 21-25 98

	Geburtsdatum
7. Senat: VRiOLG Bischoff, Tel. 09 11/32 12-2 22	6. 2.1940
10. Senat: VRiOLG Kleinknecht, Tel. 09 11/32 12-3 55	25. 2.1941
11. Senat: VizePr.OLG Dr. Forster, Tel. 09 11/32 12-3 56	29. 6.1940

* Angaben sind dem Handbuch der Justiz, 27. Jg. 2004, entnommen.

Rechtsprechung

Schlüsselgewalt beim Telefondienstvertrag

§ 1357 BGB

BGH 3. Zivilsenat, Urteil vom 11.3.2004 – Az: III ZR 213/03 – (LG Dessau)

Zur Anwendung des § 1357 BGB auf einen Telefondienstvertrag über einen Festnetzanschluss in der Ehwohnung.

Dabei kann das Doppelte des Betrages, der sich als Durchschnitt der unbeanstandeten Zahlungen in dem zurückliegenden Jahr der Vertragslaufzeit ergibt, im Regelfall als Maß für den Haftungsumfang nach § 1357 BGB herangezogen werden. (LS S. 2 aus den Gründen entnommen.)

Tatbestand: Der Ehemann der Bekl hatte mit der Kl einen Telefondienstvertrag über einen Festnetzanschluss in seiner Ehwohnung geschlossen. Die Kl stellte ihm am 3.12.1998 und am 11.1.1999 für die Grundgebühr im Dezember und Januar und für Verbindungen in der Zeit v. 24.10. bis 28.12. 1998 insgesamt 6.375,75 DM in Rechnung, die von ihm nicht ausgeglichen wurden. Die Bekl zahlte hierauf 771,13 DM. Auf den restlichen Betrag von 5.604,61 DM nebst Zinsen nimmt die Kl die Bekl, die den Anschluss am 15.2.1999 anstelle ihres Ehemannes übernommen hat, mit ihrer Klage aus dem Gesichtspunkt des § 1357 BGB in Anspruch. Der noch offene Rechnungsbetrag bezieht sich ausschließlich

auf Verbindungen zum Tele-Info-Service 0190 x, die nach dem Vortrag der Bekl von ihrem Ehemann angewählt worden sind.

Das AG hat die Klage abgewiesen, das LG hat ihr auf die Berufung der Kl entsprochen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe: Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Nach § 1357 Abs. 1 BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass sich aus den Umständen etwas anderes ergibt. Die auf dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.7.1976 (BGBl I S. 1421) beruhende Fassung der Vorschrift knüpft nicht mehr an die nach früherem Recht bestehende Pflicht der Frau an, den Haushalt in eigener Verantwortung zu führen (§ 1356 Abs. 1 S. 1 BGB a.F.) und ihr dementsprechend die Berechtigung zu geben, Geschäfte innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises mit Wirkung für den Mann zu besorgen. Vielmehr ist mit Rücksicht darauf, dass die Aufgabenverteilung in der ehelichen Gemeinschaft den Partnern selbst überlassen und das Leitbild der so genannten Hausfrauenehe aufgegeben worden ist, die Rechtsmacht zur Verpflichtung auch des Partners an die „angemessene Deckung des Lebensbedarfs der Familie“ gebunden worden. Der BGH hat hierzu entschieden, wie weit der Lebensbedarf der Familie reiche, bestimme sich familieneinindividuell nach den Verhältnissen der Ehegatten. Da die Einkommens- und Vermögensverhältnisse dem Vertragspartner allerdings häufig verborgen bleiben, ist entscheidend auf den Lebenszuschnitt der Familie abzustellen, wie er nach außen in Erscheinung tritt (vgl. eingehend hierzu BGHZ 94, 1, 5 f.). Darüber hinaus ist die Einbindung des § 1357 BGB in das Unterhaltsrecht zusammenlebender Ehegatten (§§ 1360, 1360a BGB) zu beachten. Zu den Umständen, die bei der Anwendung des § 1357 BGB von Bedeutung sein können, gehören daher auch die wirtschaftlichen Verhältnisse in ihrem Bezug zu den Kosten, die durch die jeweils in Rede stehende Geschäftsbesorgung ausgelöst werden. Auch insoweit ist die Sicht eines objektiven Beobachters nach dem Erscheinungsbild der Ehegatten, wie es für Dritte allgemein offenliegt, entscheidend (vgl. BGHZ 116, 184, 188 f.).

2. Gemessen an diesen Maßstäben ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den Abschluss eines Telefondienstvertrages für einen in der Familienwohnung befindlichen Festnetzanschluss im Ansatz als ein Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs angesehen hat.

a) Zu Recht hat das Berufungsgericht zugrunde gelegt, dass die Versorgung der Familie mit einem Telefonanschluss unter Berücksichtigung der heutigen Lebensverhältnisse ein anerkanntes Grundbedürfnis ist, wobei es davon ausgegangen ist, dass sich aus der jederzeitigen Verfügbarkeit eines solchen Anschlusses für die Familienmitglieder der Bezug zur familiären Konsumgemeinschaft ergebe. Das Berufungsgericht folgt damit im Ausgangspunkt einer in Rechtsprechung und Literatur verbreiteten Auffassung, nach der zur angemessenen Bedarfsdeckung der Familie auch Verträge zu rechnen sind, mit denen die Versorgung der Ehe- wohnung mit Strom und Gas sichergestellt wird (vgl. AG Wuppertal ZMR 1980, 239 f.; AG Beckum FamRZ 1988, 501; LG Koblenz WuM 1990, 445; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1357 Rn 13; *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl. 1988, § 1357 Rn 12; *Wacke*, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2000, § 1357 Rn 23; *Staudinger/Hübner/Voppel*, BGB, 13. Bearb. Stand Juli 1999, § 1357 Rn 45; *Rauscher*,

Familienrecht, 2001, Rn 279; *Erman/Heckelmann*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1357 Rn 13), und erstreckt diesen Gedanken im Hinblick auf die heute üblichen Standards und die weite Verbreitung von Telefonanschlüssen auch auf Telefondienstverträge, die einen stationären Festnetzanschluss in der Ehe- wohnung betreffen (ebenso AG Neustadt am Rübenberge ArchivPT 1997, 150; LG Bremen RTKom 2000, 240; LG Stuttgart FamRZ 2001, 1610 und die im Verfahren von der Kl vorgelegten nicht veröffentlichten Urteile des AG Bad Freienwalde v. 6.9.1999 – 20 C 76/99 – und des AG Ettlingen v. 28.5.2002 – 1 C 563/01 –; *Palandt/Brudermüller* a.a.O.; *Wacke*, in: MüKo-BGB a.a.O.). Dass mit einem solchen Vertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet wird, steht der Einordnung als Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs – wie auch bei einem Energielieferungsvertrag – nicht grundsätzlich entgegen, spiegelt diese Gestaltung doch nur wider, dass hier für die Familie ein beständiger Bedarf gedeckt wird. Die zunehmende Verbreitung von Mobiltelefonen, die weitgehend den Bedürfnissen des individuellen Benutzers dienen mögen, bedeutet nicht, dass der Festnetzanschluss in der Ehe- wohnung nicht mehr der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie zugerechnet werden könnte.

b) Die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht die konkreten Umstände des Einzelfalls geprüft und – ohne dass ein Erfahrungssatz bestehe – die allgemeine Verfügbarkeit des Anschlusses für die Familie unterstellt, greift nicht durch. Zwar ist der Revision grundsätzlich darin zuzustimmen, dass den Gläubiger die Darlegungs- und Beweislast trifft, soweit er sich auf die Mitverpflichtung des Schuldners nach § 1357 BGB bezieht. Das verlangt im hier zu entscheidenden Fall jedoch weder Erkundigungen noch – seiner Natur nach gar nicht möglichen – Vortrag zu der Frage, in welcher Weise der Anschluss durch die einzelnen Mitglieder der Familie genutzt wurde. Die Bekl hat selbst nicht in Frage gestellt, dass es sich um einen privaten, nicht etwa mit einer geschäftlichen Tätigkeit ihres Ehemannes verbundenen Anschluss in der gemeinsamen Ehe- wohnung handelte. Dass der Anschluss unter diesen Umständen auch für die anderen Familienmitglieder verfügbar war, wird indiziell dadurch bestätigt, dass die Bekl einen Teil der Gebühren – wenn auch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – gezahlt hat.

c) Das Berufungsgericht hat jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Regelung des § 1357 BGB in das Unterhaltsrecht zusammenlebender Eheleute und damit in deren Lebenszuschnitt eingebunden ist. Die vorliegenden Rechnungen legen nach dem Vortrag der Bekl die Annahme nahe, dass die angemessene Bedarfsdeckung in dem abgerechneten Zeitraum weit überschritten ist.

Üblicherweise wird die Frage, ob ein Geschäft der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs dient, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beantworten sein. Dies gilt im Grundsatz auch für Dauerschuldverhältnisse, mit denen ein immer wiederkehrender Bedarf gedeckt werden soll. Dabei besteht z.B. bei Energielieferungsverträgen von vornherein ein relativ enges Verhältnis zwischen der Lebenssituation der Eheleute (Größe der Familie, des Haushalts, eines etwaigen Anwesens) und der danach erforderlichen Bereitstellung unterschiedlicher Energien, das zwar Schwankungen des Verbrauchs nicht ausschließt, sich aber doch in der Regel in überschaubaren Grenzen hält. Dies rechtfertigt auch die Erwartung des Vertragspartners, im Hinblick auf die Zwecksetzung des Vertragsverhältnisses sich auf eine Mitverpflichtung des Ehegatten einzustellen. Beim Telefondienstvertrag lässt sich der Bedarf hingegen von vornherein nur schwer abschätzen; vielfach wird er – etwa wegen Veränderungen in der persönlichen Lebenssituation – auch erheblichen Änderungen und Schwankungen unterliegen. Die Umstände, die hierzu führen – etwa ein vermehrter Bedarf

wegen einer doppelten Haushaltsführung; die Notwendigkeit, wegen Alters oder Krankheit nahe stehender Angehöriger häufiger als früher zu telefonieren –, treten regelmäßig nicht nach außen, gehen den Vertragspartner auch nichts an. Sichtbar wird für diesen nur das Ausmaß der tatsächlichen Inanspruchnahme während der Laufzeit des Vertrags, wobei sich aus der Zahlung der Rechnungsentgelte indiziell für ihn ergeben, in welchem Umfang die Ehegatten Mittel für diese Bedarfsposition als angemessen ansehen. In diesem Umfang und Rahmen, der – auch erhebliche – Änderungen des Ausgabeverhaltens einschließen kann, ist eine Mitverpflichtung des Ehegatten nach § 1357 BGB für einen Festnetzanschluss in der Ehwohnung ohne weiteres gegeben. Eine betragsmäßige Grenze hierfür lässt sich jedoch, weil sich der Lebensbedarf familienindividuell nach den Verhältnissen der Ehegatten richtet (vgl. BGHZ 94, 1, 6), nicht festlegen. Das rechtfertigt aber nicht, Kosten, die diesen Rahmen exorbitant überschreiten und die finanziellen Verhältnisse der Familie sprengen, nur deshalb der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs zuzurechnen, weil das Vertragsverhältnis bei seiner Begründung auf eine familiäre Nutzung hinwies. Eine solche Erwartung kann auch ein Diensteanbieter auf der Grundlage der Haftungserweiterung des § 1357 BGB (billigerweise) nicht hegen, die den Gläubigerschutz nicht als Zweck, sondern nur als Folge der eheaustaltenden Regelung vorsieht (vgl. BVerfGE 81, 1, 7 f.). Demgegenüber kann es nicht darauf ankommen, für welche Verbindungen der Anschluss genutzt worden ist. Das muss – auch im Prozess über die zu zahlenden Gebühren – ein Internum der Ehegatten bleiben, zu dem sich der Vertragspartner nicht äußern muss und von dem sein Recht, den Ehegatten nach § 1357 BGB auf Zahlung in Anspruch zu nehmen, nicht abhängen darf.

3. Da das Berufungsgericht nicht die Frage geprüft hat, ob die beiden streitgegenständlichen Rechnungen den vorstehend gekennzeichneten Rahmen überschritten haben, andererseits die Parteien Gelegenheit haben müssen, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats ergänzend vorzutragen, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu den weiter notwendigen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei kann das Doppelte des Betrages, der sich als Durchschnitt der unbeanstandeten Zahlungen in dem zurückliegenden Jahr der Vertragslaufzeit ergibt, im Regelfall als Maß für den Haftungsumfang nach § 1357 BGB herangezogen werden.

■ **Anmerkung:** 1. Das Urteil führt die Rechtsprechung zur Schlüsselgewalt weiter und enthält eine praktisch relevante Ausdifferenzierung, der man im Ansatz zustimmen kann, deren Ergebnis aber als inkonsequent abzulehnen ist. Interessant ist das Urteil langfristig durch die Aussagen zur Privatheit.

2. Zustimmen kann man zweifelsfrei dem Ansatz, dass schon der Abschluss von Wiederkehrschuldverhältnissen für Heizung und Telefon das Tatbestandsmerkmal „Geschäft zur Deckung des Lebensbedarfs“ erfüllt, soweit durch den Abschluss selbst Zahlungspflichten entstehen. Richtig arbeitet der BGH dann heraus, dass innerhalb dieser Fallgruppe ergebnisrelevante Unterschiede festzustellen sind. Bei einem Fernheizungsvertrag wird typischerweise ein Gesamtkonsum (in Bandbreiten) voraussehbar sein, und hoch aufgelaufene Rechnungsbeträge werfen nur die Frage auf, ob nicht den Lieferanten eine positive Pflicht traf, der zunehmenden Verschuldung des Ehegatten, der nicht Vertragspartner war, durch Mahnung und Lieferstopp ein Ende zu setzen (vgl. dazu LG Koblenz FamRZ 1991, 445, Langtext bei juris: 1. Mahnung bei 4500 DM Rechnungsbetrag). Telefonkosten sind weniger einschätzbar. Ein Telefonvertrag kann durch Endlos-Telefonate in die Karibik Rechnungsbeträge auflaufen lassen (vgl. LG Stuttgart FamRZ 2001,

1610: 18.000 DM), die weit außerhalb des normalen Haushaltsgeschehens liegen. Sinn und Zweck der Norm § 1357 BGB ist nach der herrschenden Meinung, dem einkommenslosen Ehegatten zu ermöglichen, seinen angemessenen Part der Erledigung der Haushaltsführung zu ermöglichen (so das BVerfG) und im Familienunterhalt auch für die eigene Bedarfsdeckung zu sorgen (so der BGH; zu beidem Nachweise *Struck*, FF 2004, 108). Danach soll der einkommenslose Ehepartner Ausgaben tätigen können, die der einkommensbeziehende Ehepartner problemlos hätte tätigen können. Die herrschende Meinung bezieht sich implizit also immer auf die Normalität, dass auch der Einkommensbezieher keine Kreditgläubiger für unsinnigen Luxus, für sonstigen Blödsinn und für Suchtverhalten findet. Wenn sich die Betreiber von Fest- und Funktelefonnetzen in ihren Verträgen mit Einzelpersonen und nichtehelichen Lebenspartnern darauf einlassen, unbezahlbare Rechnungen auflaufen zu lassen, dann muss man die dadurch entstehenden Rechtsprobleme noch einmal gesondert diskutieren, Stichwort „Moderner Schuldturm“. Jedenfalls muss man solches Gläubigerverhalten nicht fördern, in dem man durch Eherechtsinterpretation speziell den verheirateten Schuldner verdoppelt. Hier ist die Haftung des Einkommenslosen in zweifacher Weise außerhalb des Telos des § 1357 BGB: Es geht weder um Familienleben noch um einen als normal unterstellbaren Konsens der Partner.

3. Neu und aus der Luft gegriffen ist die Praxissteuerung durch den letzten Satz der Entscheidung:

Der Mithaftende zahlt das Doppelte vom üblichen Konsum. Es wird in keiner Weise begründet, dass die richtige Grenzziehung zwischen Deckung des Lebensbedarfs einerseits und Geschäften größerer Relevanz andererseits so vorgenommen werden soll. Auch die bisher in Literatur und Rechtsprechung gehandelten dogmatischen Formeln können eine solche Grenze nicht begründen. Wenn man z.B. sagt, zur Schlüsselgewalt gehören diejenigen Geschäfte nicht, die man normalerweise unter Ehegatten abzusprechen pflegt, dann stellen sich unlösbare Anschlussprobleme: Fasst man nämlich die Frage abstrakt, dann lässt sich sicher sagen, dass eine Verdoppelung eines Konsum-Segments unter Ehegatten abgesprochen wird. Redet man halb-abstrakt von „mehr Telefonieren“, dann kommt man zu „keine Absprache erforderlich!“. Fasst man die Frage konkret, dann wäre der Anwalt von 0190-Nummern in diesem Umfang sicher nicht zugestimmt worden. Man kann sich noch kleinteiliger fragen: War in den letzten Monaten die Telefonrechnung hoch und die Haushaltskasse ziemlich ausgeschöpft, dann müssen Ehepartner die Verdoppelung dieses Segments dringend absprechen. Der BGH aber argumentiert seltsam mit einer Art von „rechtmäßigem Alternativ-Verhalten“: Die Kosten für den 0190-Konsum hätten ja zum Teil auch durch vermehrte Kosten durch Anrufe bei einem kranken Familienangehörigen entstanden sein können. Tatbestandsmerkmal ist aber „Lebensbedarf“, und nicht „das, was Lebensbedarf hätte sein können“. Praktikabilität und Rechtsicherheit allein können das Ergebnis nicht begründen, denn die Begrenzung auf Durchschnitt oder auf Nicht-Haftung wäre genauso praktikabel gewesen. Auch *Hohloch* ist in seiner Analyse des Urteils kein guter Grund, sondern nur der blanke Verweis auf § 242 eingefallen (JuS 2004, 631); soweit er „Augenmaß“ bescheinigt (LMK 2004, 131), misst jedenfalls mein Auge anders. Fragt man mit dem BGH nach der Erwartung des Diensteanbieters, dann kommt man am ehesten zu einer Zahlungspflicht in Höhe des durchschnittlichen Telefonkonsums. Auch auf der Basis der bisher herrschenden Meinung ist das die konsequente Lösung. Positiv ist, dass der Gläubigerschutz wenigstens begrenzt wird auf eine finanzielle Größenordnung, die das Problem für den Mithaftenden wohl erträglich macht (vgl. *Erk*, FamRB 2004, 209).

Misslich sind die Folgen für die Ausbildung, in der der § 1357 BGB eine überproportional große Rolle spielt. Schon bisher konnten die Studierenden das, was die Rechtsprechung aus dem Gesetz gemacht hat, nur auswendig lernen, aber nicht nachvollziehen. Jetzt kommt ein neuer Merksatz hinzu: „Beim Telefon ist der Lebensbedarf das Doppelte vom Normalen; Rechtsgrundlage: Augenmaß!“

4. Die Begründungsschwäche der Entscheidung wird auch darin deutlich, dass der BGH an zwei Stellen auf Indizien abstellt. Das deutsche Zivilrecht kennt materiellrechtliche Fiktionen, im Prozess das Nichtbestreiten, die Vermutung, den Beweis des ersten Anscheins etc., aber Indizien haben systematisch keinen Stellenwert. So ist auch die eine Indizienverwendung (s.o. 2.b) schlicht unrealistisch: Wenn ein Ehegatte Schulden des anderen bezahlt, dann kann man auf Solidarität und auf Intaktheit der Ehe schließen, aber nicht auf den privaten Anlass gerade jener Schulden. Soweit bisheriges Bezahlen der Rechnungen ein Indiz für die Selbstdarstellung der Lebensverhältnisse darstellen soll (s. 2c), braucht es offenbar nur dieses einzige Indiz, damit der Vortrag des Kl den Prozess zu seinen Gunsten entscheidet. Dann aber ist das der Sache nach eine Vermutung, und der BGH hätte das so aussprechen sollen. Allerdings wäre dadurch ein Widerspruch sichtbar geworden zur Dogmatik des BGH, wonach es auf das „Erscheinungsbild der Ehegatten, wie es für Dritte allgemein offenliegt“ (s.o. 1.), ankommt, und nicht allein auf einen (a) einzigen und (b) der Öffentlichkeit verborgenen Umstand. Dieser Widerspruch sollte im Sinne der jetzigen Entscheidung aufgelöst werden, indem man die sowieso nicht praktikable Lehre von BGHZ 94, 6 f. aufgibt.

5. In einer Hinsicht allerdings scheint in dem Urteil ein zukunftsträchtiges Prinzip auf, das Hervorhebung verdient. In klarer Sprache wird gesagt, Umstände in der persönlichen Lebenssituation „gehen den Vertragspartner auch nichts an“; an anderer Stelle wird von dem „Internum der Ehegatten“ gesprochen, von dem ein Urteil nicht abhängen dürfe. Hier wird im Ergebnis zu Lasten der Ehegatten ein Prinzip betont, das man in zukünftigen Fällen auch zu ihren Gunsten argumentativ verwenden können. Recht muss die Privatheit der Ehe respektieren (vgl. hierzu *Brudermüller*, NJW 2004, 2269, Fn 66); es darf nicht von außen reglementieren, und es darf nicht das Innenverhältnis der Partnerschaft durch wechselseitige Rechtsansprüche und rechtliche Zurechnungen strukturieren, auch wenn diese auf Konsensen basieren können. Der Konsens allein sagt noch nichts darüber aus, ob staatliche Justiz zu seiner Durchsetzung beansprucht werden können sollte. In der Abfolge von „Heteronomie, Autonomie und Privatheit der Ehe“ (vgl. *Struck*, FuR 1996, 116 ff.) sollte die Idee der Privatheit in der Moderne immer weiter durchgesetzt werden. Bedauerlich ist, dass aktuell auf kurze Sicht das Gegenteil zu konstatieren ist. Die derzeitige Instrumentalisierung von Ehe für den Zweck des Abbaus des Sozialstaates zeigt aber deutlich, dass die Verrechtlichung des Binnenverhältnisses der Ehegatten keineswegs der „besondere Schutz“ der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz ist. Die Achtung vor dem „Privat- und Familienleben“ ist nach Art. 8 EMRK Menschenrecht.

Prof. Dr. Gerhard Struck, Universität Hamburg

Zugewinnausgleich

§§ 1371 Abs. 2, 1376 Abs. 2, 1378, 1384, 1967 BGB

BGH, Urt. v. 15.10.2003 – XII ZR 23/01
(OLG Braunschweig)

1. Das Endvermögen eines Ehegatten, der während eines rechtshängigen Scheidungsverfahrens, in dem die Ehe

voraussichtlich geschieden worden wäre, verstorben ist, ist auch dann nach dem Berechnungsstichtag des § 1384 BGB zu ermitteln, wenn der überlebende Ehegatte durch Testament als Erbe ausgeschlossen wurde und den güterrechtlichen Zugewinnausgleich verlangt (im Anschluss an Senatsurteil, BGHZ 99, 304 = FamRZ 1987, 353).

2. Der einem Ehegatten zustehende Nießbrauch an einem Grundstück ist mit seinem zum Bewertungsstichtag gem. § 1384 BGB gegebenen objektiven Wert im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen (im Anschluss an Senatsurteil v. 1.10.1986 – IVb ZR 69/85 –, FamRZ 1986, 1196).
3. Zur Bewertung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück, das mit Wohn- und Wohnnutzungsrechten belastet ist, im Endvermögen.
4. Zur Ermittlung des Zeitwerts künftiger Leistungen (hier: aus Nießbrauch und Wohnrecht) ist auf einen Zinssatz abzustellen, der aus einer langfristigen Beobachtung der maßgebenden wirtschaftlichen Orientierungsgrößen gewonnen ist (im Anschluss an Senatsbeschluss v. 23.7.2003, FamRZ 2003, 1639).

Der Kl verlangt vom Bekl Zugewinnausgleich.

Der Bekl ist ein Sohn des Kl aus dessen Ehe mit W. M., die am 15.10.1995 verstorben und vom Bekl als testamentarischem Alleinerben beerbt worden ist.

Durch notariellen Vertrag v. 15.8.1990 übertrug der Kl seinen hälftigen Anteil an einem im Miteigentum der Eheleute stehenden Hausgrundstück auf seine Ehefrau. In dem Übertragungsvertrag wurden dem Kl ein lebenslanges Wohnrecht an mehreren Räumen nebst dem Recht zur Mitbenutzung von Küche und Bad sowie – für den Fall des Vorversterbens der Ehefrau – ein lebenslanges Wohnnutzungsrecht an allen Räumen des Hauses eingeräumt. Wohnrecht und Wohnnutzungsrecht wurden im Grundbuch eingetragen. Spätestens seit Juli 1992 lebten die Eheleute getrennt. Mit notariellem Vertrag v. 29.10.1992 übertrug die Ehefrau einen $\frac{3}{4}$ -Anteil des Hausgrundstücks auf den Bekl, der gegenüber seiner Mutter eine Pflegeverpflichtung für den Fall der Krankheit und Gebrechlichkeit übernahm; außerdem wurde der Ehefrau ein lebenslanges Nießbrauchsrecht zugunsten des Grundbesitzes bestellt. Das für den Kl eingetragene Wohn- und Wohnnutzungsrecht blieb bestehen.

1993 beantragte der Kl die Scheidung. Der Antrag wurde am 9.9.1993 rechtshängig; er erledigte sich durch den Tod der Ehefrau. Zuvor – am 28.11.1992 – hatte der Kl privatschriftlich erklärt, auf das Wohn- und Wohnnutzungsrecht zu verzichten.

Das FamG hat die auf Zahlung von 95.000 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das OLG hat auf die Berufung des Kl der Klage i. H. eines Betrags von 52.216 DM nebst Zinsen entsprochen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Bekl die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Die Entscheidungsgründe sind abgedruckt in FamRZ 2004, 327 mit Anm. Koch.

■ **Anmerkung:** Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung zum Zugewinnausgleich in einer durch Tod eines Ehegatten beendeten Ehe mit **Stichtags- und Bewertungsfragen** und entwickelt seine Rechtsprechung fort. Die Entscheidung lässt aber auch einige Fragen offen.

1. Der BGH bestätigt die schon in der in Ziff. 1 der Leitsätze genannten Entscheidung vertretene Auffassung, wonach auch bei Durchführung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 Abs. 2 BGB für die Berechnung des Endvermögens auf den Tag der Zustellung des Ehescheidungsantrages abzustellen ist, wenn zwar ein Ehescheidungsverfahren rechtshängig war, die Ehe und damit der Güterstand vor Ab-