

- a) Es wird daran festgehalten, daß eine Verfügung des Ehegatten über sein Vermögen im ganzen auch bei einer Verfügung über einen einzelnen Vermögensgegenstand vorliegen kann, wenn dieser tatsächlich das ganze oder nahezu das ganze Vermögen des Ehegatten bildet (BGHZ 35, 135).
- b) Voraussetzung ist dabei jedoch, daß der Vertragspartner weiß, es handle sich um nahezu das ganze Vermögen des Ehegatten, oder zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt. Die Kenntnis hat derjenige zu beweisen, der sich auf die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB beruft.

Aus den Gründen:

a) Mit Recht geht das Berufungsgericht in objektiver Hinsicht davon aus, daß zustimmungsbedürftig nach § 1365 BGB nicht nur Rechtsgeschäfte über die Veräußerung des Gesamtvermögens als solchen (als Inbegriff, en bloc) sind, sondern daß auch Rechtsgeschäfte über einen einzelnen Gegenstand (oder mehrere einzelne Gegenstände) darunter fallen können, nämlich dann, wenn dieser Gegenstand tatsächlich das ganze oder nahezu (im wesentlichen, so gut wie) das ganze Vermögen ausmacht. Zu dieser »Einzeltheorie« (im Gegensatz zu der insbesondere von Rittner, FamRZ 1961, 1 und Tiedau, MDR 1961, 721 vertretenen »Gesamttheorie«) hat sich der erkennende Senat bereits im Beschluß vom 28. April 1961 - V ZB 17/60 bekannt (BGHZ 35, 135, 143/44). Für eine solche - weite - Auslegung spricht in erster Linie der im genannten Beschluß (aaO S. 137) hervor gehobene Gesetzeszweck, (neben dem künftigen Ausgleichsanspruch des anderen Gatten) vor allem die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern. Für die Einbeziehung von Geschäften über Einzelgegenstände spricht weiter, daß Geschäfte, die sich auf die Übertragung des Gesamtvermögens als solchen (en bloc) richten, schon im Schuldrecht kaum vorkommen und im Sachenrecht überhaupt nicht möglich sind, so daß ein Bedürfnis zu einer gesetzlichen Regelung, die nur Gesamtgeschäfte erfaßt hätte, kaum bestand. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß auch die von Rittner als Hauptfall für § 1365 BGB angesehenen Hofübergabeverträge jedenfalls außerhalb des Bereichs der Höfeordnungen rechtlich ebenfalls nicht das Vermögen insgesamt betreffen, sondern eine wenn auch zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefaßte Summe von Einzelgegenständen, was sich auch daran zeigt, daß die in diesen Verträgen nicht genannten Vermögensstücke in der Regel dem Veräußerer verbleiben sollen, während sie bei einer Vermögensübertragung en bloc mitübertragen würden. Für die Einbeziehung von Geschäften über Einzelgegenstände spricht weiter die gleichartige Auslegung, welche die dem § 1365 BGB als Vorbild dienende Bestimmung des früheren § 1444 BGB (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1372) im Anschluß an RGZ 94, 314 erfahren hat (vgl. Reinicke, BB 1960, 1003, wobei offen bleiben kann, ob jene Entscheidung des Reichsgerichts selbst in diesem Sinne zu verstehen ist). Aus dem Wortlaut des Gesetzes vermag der Senat abweichend von Rittner nichts Entscheidendes gegen eine Einbeziehung von Einzelgeschäften im genannten Sinne zu entnehmen. Rittner betont in anderem Zusammenhang selbst die Mehrdeutigkeit des Wortes »Vermögen; der Formulierungsunterschied zwischen § 1365 und § 1369 BGB - dort Voranstellung des Verpflichtungsgeschäfts, hier des Verfügungsgeschäfts - läßt sich zwanglos aus der Unmöglichkeit dinglicher Gesamtverfügungen erklären und findet sich der Sache nach schon im alten Recht der Gütergemeinschaft, vgl. § 1444 mit §§ 1445, 1446 BGB aF. Schließlich sprechen auch die Gesetzesmaterialien mehr für die Einzelals für die Gesamttheorie; denn der schriftliche Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages vom 12. April 1957 (zu Drucksache 3409/53 S. 6) bezeichnet es unter Hinweis auf die dahingehende Auslegung des § 1822 Nr. 1 BGB durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28. Januar 1957 - III ZR 155/55 - ausdrücklich als zweifelhaft, ob § 1365 BGB nur »en bloc-Verträge ergreife. Nach allem hält der Senat daran fest, daß § 1365 BGB - ebenso wie § 419, § 2383 (Urt. v. 22. Februar 1965 - III ZR 208/63) und § 1423, anders als § 311 BGB - auch Geschäfte über einzelne Gegenstände erfaßt (gegen Rittner vgl. auch die ausführliche Kritik von Mülke, AcP 161, 134 ff und Riedel, DRiZ 1963, 182).

Voraussetzung der Zustimmungsbedürftigkeit eines Einzelgeschäfts im genannten Sinne ist, daß der Einzelgegenstand im wesentlichen (nahezu, so gut wie) das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt. Ob dies der Fall ist, ergibt ein Wertvergleich zwischen dem weggegebenen Vermögensstück und dem verbliebenen Restvermögen; insoweit ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise unumgänglich und sachlich gerechtfertigt. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise darf jedoch nicht so weit gehen, daß in den Wertvergleich auch die Gegenleistung einzubeziehen wäre, die der Ehegatte durch die Weggabe des Vermögensgegenstands erhält; der Wert der Gegenleistung spielt insoweit keine Rolle, wie der Senat ebenfalls schon in seinem früheren Beschluß ausgesprochen hat (aaO S. 145).

b) In Rechtsprechung und Rechtslehre umstritten ist vom Boden der Einzeltheorie aus, ob bei Einzelgeschäften die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB bereits durch die genannten objektiven Voraussetzungen

ausgelöst wird (objektive Theorie, vertreten insbesondere vom Landgericht Berlin, FamRZ 1959, 64, 66, Schulz-Kersting daselbst und JR 1959, 134, Lorenz, JZ 1959, 105, 106, Meyer-Stolte, FamRZ 1959, 229, Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1964, § 35 II 4; nur referierend Bosch, FamRZ 1958, 294; vgl. die neueste Zusammenstellung von Haegele, FamRZ 1964, 94), oder ob dazu noch ein subjektives Erfordernis in der Person mindestens des Vertragspartners kommen muß (subjektive Theorie, herrschende Meinung). Unter den Vertretern der subjektiven Theorie gehen die Auffassungen wieder darüber auseinander, ob positive Kenntnis nötig ist (so die meisten) oder grob- oder schlichtfahrlässige Unkenntnis genügt (Dölle, Familienrecht 1964 § 52 II zu Fußn. 32 und 33; Mülke, AcP 161, 149 ff, 159; vgl. Riedel, DRiZ 1963, 182, 185), sowie über die Frage der Beweislast (ob Tatbestandsmerkmal - so die meisten - oder rechtshindernde Einwendung - so Mülke aaO-). Der Senat hat diese Fragen in seiner früheren Entscheidung ausdrücklich offen gelassen (aaO S. 146). Er entscheidet sich nunmehr für die subjektive Theorie in ihrer strengsten Fassung: § 1365 BGB greift nur ein, wenn der Vertragspartner positiv weiß, daß es sich bei dem in Frage stehenden Gegenstand um das ganze oder nahezu das ganze Vermögen des Ehegatten handelt oder wenn er zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt. Die Kenntnis hat derjenige zu beweisen, der sich auf die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB beruft, also in der Regel der andere Ehegatte.

Ein solches Erfordernis ist geboten, um den in objektiver Hinsicht weit gezogenen Anwendungsbereich (oben a) in Grenzen zu halten. Die Vertreter der objektiven Theorie stellen auf den Vorrang des Familienschutzes vor dem Schutz des Rechtsverkehrs ab; aber der Gesetzgeber hat sich im Grundsatz für die Verfügungsfreiheit jedes einzelnen Ehegatten entschieden (§ 1364 BGB) und den Gedanken des Familienschutzes insoweit nur in zwei Ausnahmetatbeständen berücksichtigt, nämlich bei Verfügungen über das Vermögen im ganzen (§ 1365 BGB) und über Haushaltsgegenstände (§ 1369 BGB); infolgedessen besteht jener Vorrang nicht schlechthin, sondern es bedarf der Abwägung, inwieweit er besteht. Daß auch der Gesetzgeber selbst von jenem subjektiven Erfordernis der positiven Kenntnis ausging, ergibt die ausdrücklich dahin gehende Feststellung im genannten Bericht des Rechtsausschusses (aaO S. 6). § 1365 BGB ist deshalb insoweit einschränkend auszulegen. (Auch hier besteht im Ergebnis eine Parallele zu § 419 und § 2382 BGB.) Dafür, daß positive Kenntnis nötig ist und nicht schon fahrlässige Unkenntnis genügt, spricht die eben genannte Stelle der Gesetzesmaterialien und zum anderen der Ausnahmecharakter des § 1365 BGB gegenüber § 1364 BGB. Der Ausnahmecharakter des § 1365 BGB spricht schließlich auch entscheidend dafür, die Kenntnis als Tatbestandsmerkmal anzusehen, dessen Vorliegen derjenige zu beweisen hat, der sich auf die Nichtigkeit beruft, und nicht die Unkenntnis als Voraussetzung einer Gegen Ausnahme, die vom Vertragsgegner zu beweisen wäre. (Ob auch von dem sich verpflichtenden oder verfügenden Ehegatten selbst diese Kenntnis zu fordern ist, ist ebenfalls umstritten. Die Frage ist praktisch ohne große Bedeutung, da er die Kenntnis tatsächlich fast immer besitzen wird, und kann im vorliegenden Fall offen bleiben.)