

**Herausgeber**

Dagmar Coester-Waltjen  
Dirk Ehlers  
Klaus Geppert  
Jens Petersen  
Helmut Satzger  
Friedrich Schoch  
Klaus Schreiber

**JURA****Juristische Ausbildung**

## **Gutgläubensschutz im Grundstücksrecht bei Erwerb kraft Gesetzes? – Die Ablösung von falsch oder unvollständig eingetragenen Grundpfandrechten**

Von Prof. Dr. Jürgen Kohler, Greifswald

*In Fortsetzung der Analyse, in wie weit gutgläubiger Erwerb im Liegenschaftsrecht wegen Nichtrechtsgeschäftlichkeit des Erwerbs ausgeschlossen ist (JURA 2008, S. 321 ff.), bedarf die praktisch wichtige Fallgruppe des gutgläubigen Erwerbs bei Rechtsübergang kraft Gesetzes infolge von Zahlungen auf falsch eingetragene Grundschulden einer eingehenden, differenzierten Betrachtung.*

### **III. Grenzen des Gutgläubenserwerbs bei Rechtsübergang kraft Gesetzes (cessio legis)**

#### **1. Grundsätzliche Zulassung von Gutgläubensschutz**

Wird ein Liegenschaftsrecht im Wege des gesetzlich angeordneten Rechtsübergangs oder als akzessorisches nur anlässlich der *cessio legis* des durch dieses gesicherten Anspruchs erworben, so liegt ein dem Schutz nach den §§ 892 f. BGB zugänglicher Erwerb mangels Rechtsgeschäftsmäßigkeit nach herrschender Auffassung nicht vor<sup>1</sup>. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Ausschließung des Gutgläubensschutzes aber als zweifelhaft.

#### *a) Zweifel im Fallvergleich*

Wenig einleuchtend ist es insbesondere im Vergleich von Grundschuld- und Hypothekenrecht, bei Letzterem gutgläubigen Erwerb dort, wo die Hypothek im Zusammenhang mit einer *cessio legis* der gesicherten Forderung übergeht, unter Hinweis darauf auszuschließen, dass es an der Rechtsgeschäftlichkeit des Hypothekenerwerbs fehle. Darüber hinaus stellen sich auch innerhalb des Hypothekenrechts Ungereimtheiten ein, soweit einerseits die Hypothek teils kraft Gesetzes infolge des gesetzlichen Übergangs der gesicherten Forderung übergeht und andererseits bloß ein Anspruch auf Abtretung der gesicherten Forderung besteht; im ersten Fall soll gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen sein, im zweiten dagegen nicht.

Unabhängig von diesen Fällen treten weitere Ungereimtheiten auf. So ist etwa der Bauwerksunternehmer in Fällen des § 648 BGB geschützt, wenn und weil ihm die gemäß § 648 BGB geschuldete Sicherungshypothek eigens nach § 873 BGB zu bestem Rang bestellt werden muss. Hingegen bleibt der Werkunternehmer, der Leistungen an einer beweglichen Sache erbringt, nach der Auffassung, derzufolge gutgläubiger Erwerb bei gesetzlichem Pfandrecht ausgeschlossen ist, hinsichtlich des Erwerbs des ihm verheißenen gesetzlichen Pfandrechts nach § 647 BGB ungeschützt<sup>2</sup>. Diese Benachteiligung tritt ein, obwohl das sachliche Anliegen beider Regelungen identisch ist, den wegen der Fälligkeitsregel des § 641 BGB von Gesetzes wegen grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Werkunternehmer eigens vor der Zahlungsunfähigkeit des Bestellers zu schützen, und obwohl die in § 647 BGB vorgesehene Lösung des gesetzlichen Erwerbs den

Unternehmer eher besserstellen soll als die schuldrechtliche Lösung, die nur gewählt wurde, um das Entstehen gesetzlicher Grundpfandrechte außerhalb des Grundbuchs zu verhindern und um damit auf die Richtigkeit des Grundbuchs hinzuwirken. Die schwächere Position im Regelungsbereich des § 648 BGB erweist sich damit als überraschender, nicht geplanter Glücksfall<sup>3</sup>.

Ebenso wenig leuchtet es ein, dass einerseits eine im Grundbuch fälschlich eingetragene Hypothek bei einem nach Leistung eines Ablösungsberechtigten stattfindenden gesetzlichen Übergang der scheinbar durch sie gesicherten, wirklich bestehenden Forderung auch von dem hinsichtlich des Bestehens der Hypothek Gutgläubigen nicht soll erworben werden können, weil die Hypothek aus Gründen ihrer akzessorischen Gestaltung als solche nicht Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Übertragung ist und daher in Bezug auf diese ein nicht gemäß § 892 BGB geschützter Erwerb kraft Gesetzes vorliegt, während andererseits in derselben Situation eine nicht bestehende, aber eingetragene Grundschuld zur fortgesetzten Sicherung einer abgetretenen Forderung ihrerseits eigens rechtsgeschäftlich auf den Zessionar übertragen werden muss und daher die Grundschuld gemäß § 892 BGB, da über sie eigens rechtsgeschäftlich verfügt wird, gutgläubig erworben werden kann. Mit Recht gilt, dass Akzesorietät bzw., damit verbunden, der Erwerb kraft Gesetzes die Zurücksetzung von Interessen des Sicherungsgebers zu dem Zweck indiziert, Verkehrsschutz mittels Verbesserung der Stellung des Erwerbers dadurch zu fördern, dass der Erwerb des sicherungsbedürftigen Zahlungsanspruchs unmittelbar mit dem Erwerb des dieses sichernden dinglichen Rechts verknüpft wird<sup>4</sup>, und dem läuft die Versagung gutgläubigen Erwerbs bei der akzessorisch gestalteten Hypothek gerade zuwider<sup>5</sup>, ohne

1 Vgl. dazu und zum Folgenden die im Abschnitt I unter 3 c) beschriebenen Fälle.

2 BGHZ 34, 122, 124 = NJW 1961, 499; BGHZ 87, 274, 280 = NJW 1983, 2140; BGHZ 100, 95, 97 = NJW 1987, 1880, 1881. Allerdings lässt es die herrschende Meinung zu, dieses Ergebnis dadurch zu unterlaufen, dass die rechtsgeschäftliche Bestellung eines Unternehmerpfandrechts, und zwar sogar in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zugelassen wird mit der Folge, dass ein gutgläubiger Erwerb nach den §§ 1204 (1207) BGB stattfinden kann.

3 So auch J. HAGER, ZIP 1997, 133, 137.

4 CANARIS NJW 1986, 1488, 1489.

5 J. HAGER, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb (1990), S. 112 Fn. 134 weist auf den signifikanten Fall des § 1150 BGB hin: Dort war für den Fall der Ablösung durch Dritte im Gesetzgebungsverfahren ursprünglich vorgesehen (vgl. MUGDAN, Sachenrecht S. 406 i. V. m. S. 818), dass der ablösende Dritte lediglich einen Anspruch auf Übertragung der hypothekarisch gesicherten Forderung haben sollte, was den gutgläubigen Erwerb

geschuldet sind als die kriminelle Wirklichkeit widerspiegeln<sup>40</sup>) zu bewältigen pflegen. Sie dürften sich wohl der Rechtsfigur des sog. *dolus alternativus* bedienen<sup>41</sup>. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Täter bei Vornahme einer bestimmten Handlung nicht sicher weiß, ob er dabei von zwei sich gegenseitig ausschließenden Tatbeständen den einen oder den anderen verwirklicht, jedoch beide Möglichkeiten zustimmend in Kauf nimmt. Handelt es sich dabei um Tatbestände mit gleicher Schutzrichtung, wird aus demjenigen Tatbestand verurteilt, der objektiv gegeben und subjektiv vom alternierenden Vorsatz gedeckt ist<sup>42</sup>. . . woraus vorliegend folgt, dass »Dieb« D wiederum nur wegen (vollendeter) Wilderei zu bestrafen ist.

**4. Ergebnis:** Die wohl herrschende Ansicht würde den D in einem solchen Fall wegen versuchten Diebstahls (§§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 und 22) verurteilen, womit der mit dem Einsteigediebstahl tatbestandlich mitverwirklichte Hausfriedensbruch (§ 123) gesetzeskonkurrierend zurücktritt<sup>43</sup>. Nur höchst fürsorglich sei abschließend darauf hingewiesen, dass in diesem modi-

fizierten Fall eine gleichzeitige Hehlerei (§ 259) selbstverständlich zu verneinen ist; es fehlt hierfür der derivative (abgeleitete) Erwerb vom Vortäter/Vorbesitzer, wie er für den Tatbestand der Hehlerei zwingend erforderlich ist.

<sup>40</sup> Zu »Mauswiesel« und anderen Irrtumsfällen siehe schon PLASCHKE JURA 2001, 235 ff.

<sup>41</sup> Diesen Weg empfehlen denn auch gerade für die vorliegende Konstellation WESSELS/BEULKE, Strafrecht Allgemeiner Teil (37. Aufl. 2007), Rdn. 234.

<sup>42</sup> Dazu mit weiteren Nachweisen ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I (4. Aufl. 2006), Rdn. 92 ff. zu § 12 (S. 479 ff.), KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil (5. Aufl. 2005), Rdn. 27 a zu § 5 (S. 70 f.) sowie WESSELS/BEULKE, AT, Rdn. 231 ff.

<sup>43</sup> So jedenfalls die wohl h. M. ungeachtet des Umstands, dass § 243 keinen eigenen STRAFATBESTAND, sondern nur eine benannte Strafzumessungsregel enthält: vgl. SCH./SCHR./ESER Rdn. 59 zu § 243 und WESSELS/HILLENKAMP, BT 2, Rdn. 236.

## Die revokatorische Klage

Von Prof. Dr. Klaus Schreiber, Bochum

*Verfügt ein im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebender Ehegatte über sein Vermögen im Ganzen oder über einen Haushaltsgegenstand, so ist diese Verfügung unwirksam, wenn der andere Ehegatte seine Zustimmung verweigert. Dieser wird durch § 1368 BGB in die Lage versetzt, die Unwirksamkeit der Verfügung eigenständig geltend zu machen. Er kann das Vermögen bzw. den Haushaltsgegenstand »zurückrufen« (lat. revocare). Prozessuales Mittel zur Durchsetzung dieses Rechts ist die revokatorische Klage. Sie ist Gegenstand des folgenden Beitrags.*

### A. Einleitung

Bei der Begründung der Ehe<sup>1</sup> haben die Partner die Wahl, in welchem Güterstand sie leben wollen. Die Zugewinnsgemeinschaft ist der ordentliche gesetzliche Güterstand und gilt, wenn die Parteien keine abweichende Regelung getroffen haben (§ 1363 I BGB)<sup>2</sup>. Bei der Zugewinnsgemeinschaft entsteht durch die Eheschließung kein gemeinsames Vermögen der Ehepartner. Die Vermögensmassen bleiben rechtlich voneinander getrennt (§ 1363 II BGB)<sup>3</sup>. Jeder Ehegatte ist gem. § 1364 Hs. 1 BGB selbst für die Verwaltung seines Vermögens verantwortlich. Allerdings erfährt dieser Grundsatz eine wichtige Einschränkung. Nach § 1364 Hs. 2 BGB i. V. m. § 1365 BGB bzw. § 1369 BGB ist die Verfügungsmacht der Ehegatten beschränkt (dazu unter B). Denn Rechtsgeschäfte des einen Ehegatten über Haushaltsgegenstände und das Vermögen im Ganzen sind von der Zustimmung des anderen abhängig. Verweigert der Ehepartner die Zustimmung, ist das Rechtsgeschäft unwirksam. Oftmals wird die Zustimmung dann verweigert, wenn die Ehe in einem schlechten Zustand ist. Der Ehegatte, der ohne Zustimmung seines Partners verfügt hat, wird in dieser Situation an einer Rückabwicklung regelmäßig nicht interessiert sein und könnte diese verhindern. Deshalb gewährt § 1368 BGB dem übergangenen Ehegatten das Recht, den Gegenstand zurückzurufen (zu revozieren)<sup>4</sup>. Der übergangene Ehegatte kann selbstständig klagen, und zwar ohne oder sogar gegen den Willen des verfügenden Ehegatten<sup>5</sup> (dazu unter C.).

### B. Unwirksamkeit gemäß §§ 1365, 1369 BGB

Die §§ 1365, 1369 BGB beschränken die Freiheit des einzelnen, über eigenes Vermögen zu verfügen<sup>6</sup>. Sinn und Zweck beider Vorschriften ist es zunächst, die familiäre Lebens- und Vermögensgrundlage zu erhalten<sup>7</sup>. Aus diesem Grund werden nur für die Familie bedeutsame Gegenstände von der Beschränkung erfasst. Darüber hinaus verfolgen die Vorschriften den Zweck, mögliche Zugewinnausgleichsansprüche aus §§ 1371 ff. BGB abzusichern<sup>8</sup>.

#### I. Unwirksamkeit von Verpflichtung und Verfügung

Die Überschriften der §§ 1365, 1369 BGB lassen vermuten, dass nur Verfügungen erfasst sein sollen, also nur Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, inhaltlich geändert oder aufgehoben wird (beispielsweise die Eigentumsübertragung, die Abtretung einer Forderung, die Bestellung ei-

<sup>1</sup> Die folgenden Ausführungen gelten entsprechend für die Lebenspartnerschaft (§ 6 S. 2 LPartG). Vgl. die Kommentierung bei HK-LPartG/KEMPER, 2. Aufl. 2005, § 6 Rdn. 10 ff.

<sup>2</sup> Zur Gütertrennung und Gütergemeinschaft vgl. MUSCHELER, Familienrecht, 2006, Rdn. 385 ff.; SCHLÜTER, Familienrecht, 12. Aufl. 2006, Rdn. 147 ff.

<sup>3</sup> Insofern unterscheidet sich die Zugewinnsgemeinschaft nicht von der Gütertrennung. Der Unterschied zur Gütertrennung besteht darin, dass bei Beendigung des Güterstands ein Zugewinnausgleich stattfindet.

<sup>4</sup> Für die – praktisch weniger relevante – Gütergemeinschaft gelten die §§ 1428, 1455 Nr. 8 BGB. Sie sind dem § 1368 BGB ähnlich.

<sup>5</sup> STAUDINGER/THIELE, Neubearb. 2007, § 1368 Rdn. 1.

<sup>6</sup> Allerdings sind die §§ 1365 ff. BGB dispositiv und somit durch Ehevertrag abdingbar (vgl. BGHZ 41, 370; HK-BGB/KEMPER, BGB, 5. Aufl. 2006, § 1365 Rdn. 2; LÜDERITZ/DETHLOFF, Familienrecht, 28. Aufl. 2007, § 5 Rdn. 68; RGRK/FINKE, BGB, 12. Aufl. 1984, § 1365 Rdn. 54.).

<sup>7</sup> BGHZ 35, 135, 137; HOPPE, Die revokatorische Klage nach § 1368 BGB, Diss. Münster 2001, S. 1; LÜDERITZ/DETHLOFF, Familienrecht, § 5 Rdn. 67.

<sup>8</sup> BGHZ 40, 218 f.; 43, 174; 77, 293, 297; ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1365 Rdn. 1; SCHLÜTER, Familienrecht, Rdn. 105.

ner Hypothek oder Grundschuld)<sup>9</sup>. Der Wortlaut der Normen steht dieser Annahme jedoch entgegen. Nicht nur das Verfügungsgeschäft ist erfasst, sondern schon das Verpflichtungsgeschäft ist unwirksam, wenn der Schuldner sich dadurch zu einer Verfügung verpflichtet.

**Beispiel:** F und M sind verheiratet. M verkauft und übereignet entgegen § 1369 BGB seinen Toaster an D. F ist empört und verweigert ihre Zustimmung.

Im *Beispiel* sind sowohl der Kaufvertrag (§§ 433 ff. BGB) als auch die Eigentumsübertragung (§§ 929 ff. BGB) wegen § 1369 BGB unwirksam. M ist Eigentümer des Toasters geblieben und kann daher dessen Herausgabe nach § 985 BGB verlangen. Zudem hat er wegen der Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts einen Anspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB<sup>10</sup>.

## II. Zustimmung des Ehegatten (§§ 1365 I 2, 1369 I BGB)

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte sind wirksam, wenn der Ehepartner einwilligt, also *vor* Abschluss des Rechtsgeschäfts zustimmt (§ 183 S. 1 BGB). Ohne Zustimmung ist ein mehrseitiges Rechtsgeschäft *schwebend* unwirksam. Der Wortlaut der §§ 1365 I 2, 1369 I BGB ist missverständlich, da er ausdrücklich nur die Einwilligung erfasst (»der andere Ehegatte einwilligt«). Aber aus § 1366 BGB ergibt sich eindeutig, dass bei *mehrseitigen* Rechtsgeschäften auch eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung, § 184 I BGB) möglich ist<sup>11</sup>. Daher ist das Rechtsgeschäft erst dann – endgültig – unwirksam, wenn die Genehmigung verweigert wird (§ 1366 IV BGB). Einseitige Rechtsgeschäfte sind hingegen regelmäßig nicht genehmigungsfähig, sondern gem. § 1367 BGB endgültig unwirksam. Unter den Voraussetzungen der §§ 1365 II, 1369 II BGB kann das Vormundschaftsgericht die Zustimmung ersetzen<sup>12</sup>.

## III. Voraussetzungen des § 1365 BGB

Nach § 1365 BGB kann sich ein Ehepartner nicht zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen verpflichten bzw. über das Vermögen verfügen, wenn der andere Ehepartner nicht zustimmt.

### 1. Einzelne Gegenstände als nahezu gesamtes Vermögen

Von § 1365 BGB werden nicht nur Rechtsgeschäfte erfasst, die ausdrücklich das gesamte Vermögen zum Gegenstand haben, sondern auch Geschäfte über einzelne Gegenstände, wenn sie nahezu das gesamte Vermögen ausmachen und der Wert der verbleibenden Vermögenswerte unerheblich ist (sog. Einzeltheorie)<sup>13</sup>. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist anhand eines Vergleichs des Vermögens vor der Verfügung mit dem verbleibenden Restvermögen zu ermitteln<sup>14</sup>.

**Beispiel:** F und M sind verheiratet. Die bewegliche Habe des M hat einen Wert von 5.000 €. M erbt ein Grundstück im Wert von 95.000 €. Er verkauft das Grundstück an den Dritten D. Das Grundstück wird aufgelassen. F verweigert ihre Zustimmung zu sämtlichen Rechtsgeschäften.

Im *Beispiel* beträgt das Gesamtvermögen des M 100.000 €. 95% des Vermögenswerts entfallen auf das Grundstück. Obwohl M nicht über sein Vermögen im Ganzen verfügt, ist das Rechtsgeschäft zustimmungsbedürftig. Denn das Grundstück macht nahezu das gesamte Vermögen aus<sup>15</sup>. Sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft sind unwirksam. Ob M für das Grundstück einen angemessenen Kaufpreis erhält oder Gewinn macht, ist im Rahmen des § 1365 BGB nicht zu berücksichtigen<sup>16</sup>.

## 2. Subjektive Komponente auf Seiten des Erwerbers

Die Anwendung der Einzeltheorie führt zu der Gefahr, dass sowohl der Grundsatz der freien Vermögensverwaltung aus § 1364 Hs. 1 BGB als auch der Schutz des Rechtsverkehrs eingeschränkt werden<sup>17</sup>. Um den Tatbestand des § 1365 BGB nicht zu sehr auszudehnen, fordert die Rspr. ein subjektives Element auf Seiten des Erwerbers. Nach der Rspr. des BGH sind die Voraussetzungen des § 1365 BGB nur dann erfüllt, wenn der Erwerber bei Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts<sup>18</sup> positive Kenntnis davon hatte, dass der Gegenstand nahezu das gesamte Vermögen des Veräußerers ausmacht (subjektive Theorie)<sup>19</sup>. Fahrlässige Unkenntnis schadet dem Erwerber hingegen nicht<sup>20</sup>.

## IV. Unwirksamkeit gem. § 1369 BGB

Gemäß § 1369 BGB ist es den Ehepartnern verboten, eigene Gegenstände des ehelichen Haushalts ohne Zustimmung des anderen Ehepartners zu veräußern. Steht der Gegenstand im Eigentum des übergangenen Ehegatten, ist § 1369 BGB nicht direkt, wohl aber analog anwendbar<sup>21</sup>. Haushaltsgegenstände sind alle *Sachen* (i. S. v. § 90 BGB), die dem gemeinsamen Gebrauch der Ehegatten zu dienen bestimmt sind<sup>22</sup>.

- 9 BGHZ 1, 294, 304; BROX/WALKER, Allgemeiner Teil des BGB, 31. Aufl. 2007, Rdn. 104; ausführlich HAEDICKE JuS 2001, 966 ff. Vermietung und Verpachtung sind hingegen nicht auf Verfügungen gerichtet und damit nicht von den §§ 1365, 1369 BGB erfasst.
- 10 Zu den Ansprüchen, die der übergangene Ehegatte geltend machen kann, vgl. unter C. II. 1.
- 11 Vgl. FIRSCHING/GRABA, Familienrecht 1. Halbbd.: Familiensachen, 6. Aufl. 1998, Rdn. 174.
- 12 Zu den Einzelheiten MünchKommBGB/KOCH, 4. Aufl. 2000, § 1365 Rdn. 93 ff.; § 1366 Rdn. 23 ff.
- 13 BGHZ 35, 135, 143; 106, 253, 256; FIRSCHING/GRABA, Familiensachen, Rdn. 172; LÜDERITZ/DETHLOFF, Familienrecht, § 5 Rdn. 70 f.; RAUSCHER, Familienrecht, 2001, Rdn. 385; MünchKommBGB/KOCH, § 1365 Rdn. 13 f. Anders die sog. Gesamttheorie, nach der nur Verträge erfasst sein sollen, die tatsächlich das Vermögen im Ganzen betreffen (BENTHIN FamRZ 1982, 338 ff.; TIDAU MDR 1961, 721 ff.).
- 14 Bei der Vermögensberechnung ist nur das Aktivvermögen zu berücksichtigen. PERSÖNLICHE Verbindlichkeiten sind nicht abzuziehen. Zur Vermögensberechnung ausführlich GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 35 Rdn. 34 ff.; RAUSCHER, Familienrecht, Rdn. 385.
- 15 Die Rspr. geht zumindest bei größeren Vermögen davon aus, dass ein Gegenstand nahezu das gesamte Vermögen ausmacht, wenn nur noch ein Restvermögen von 10% verbleibt (vgl. BGHZ 77, 293, 299). Bei kleineren Vermögen liegt die Grenze hingegen bei 15% des Ursprungsvermögens. Verbleiben mehr als 10% bzw. 15% des Ursprungsvermögens, ist § 1365 BGB regelmäßig nicht erfüllt und das Geschäft damit zustimmungsfrei.
- 16 BGHZ 143, 174, 176; RAUSCHER, Familienrecht, Rdn. 385; RGRK/FINKE, BGB, § 1365 Rdn. 11; STAUDINGER/THIELE, § 1365 Rdn. 34.
- 17 BGHZ 106, 253, 257; RAUSCHER, Familienrecht, Rdn. 386.
- 18 BGHZ 106, 253, 257 f.; BayObLG FamRZ 1988, 503; MünchKommBGB/KOCH, § 1365 Rdn. 33; OLZEN, JURA 1988, 13, 16 f.: War dem Erwerber zu dieser Zeit nicht bekannt, dass es sich um nahezu das gesamte Vermögen handelt, ist auch das Verfügungsgeschäft nicht zustimmungsbedürftig. Abweichend SOERGEL/LANGE, BGB, 12. Aufl. 1988, § 1365 Rdn. 13.
- 19 BGHZ 43, 174; BGH FamRZ 1969, 322; FIRSCHING/GRABA, Familiensachen, Rdn. 173; LÜDERITZ/DETHLOFF, Familienrecht, § 5 Rdn. 72. Abweichend die sog. objektive Theorie (dazu ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, § 1365 Rdn. 10).
- 20 BGHZ 43, 174; 123, 93; FIRSCHING/GRABA, Familiensachen, Rdn. 173; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1365 Rdn. 12. Hingegen lassen DÖLLE, Familienrecht, Band I, 1964, § 52 I 1, S. 754 und MÜLKE AcP 161 (1962), S. 129, 157 ff. fahrlässige Unkenntnis ausreichen.
- 21 In diesem Sinne OLG Köln MDR 1968, 586; ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, § 1369 Rdn. 8; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht, § 35 Rdn. 53; PALANDT/BRUDERMÜLLER, BGB, 67. Aufl. 2008, § 1369 Rdn. 1. Abweichend MünchKommBGB/KOCH, § 1369 Rdn. 13; RGRK/FINKE, BGB, § 1369 Rdn. 13; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1369 Rdn. 16.
- 22 OLG Koblenz NJW-RR 1994, 516; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht, § 35 Rdn. 55; LÜDERITZ/DETHLOFF, Familienrecht, § 5

**Beispiele<sup>23</sup>:** Teppiche, Bilder, Radios und sonstige Wohnungseinrichtungen; Rasenmäher, Staubsauger, Waschmaschine; auch ein Hund kann ein Haushaltsgegenstand sein<sup>24</sup>.

Ansprüche sind hingegen keine Haushaltsgegenstände, weil ihnen die Sacheigenschaft fehlt. Einschränkend gegenüber dem Sachbegriff des § 90 BGB sind hier nur bewegliche körperliche Gegenstände erfasst. Unbewegliche Sachen (wie Grundstücke und Wohnungseigentum) können schon begrifflich keine Haushaltsgegenstände sein<sup>25</sup>. Von § 1369 BGB ebenfalls *nicht* erfasst sind diejenigen beweglichen Sachen, die ausschließlich oder zumindest ganz überwiegend dem persönlichen Gebrauch eines Ehegatten dienen<sup>26</sup>. Aus diesem Grund ist ein PKW regelmäßig kein Haushaltsgegenstand<sup>27</sup>. Eine andere Sichtweise ist jedoch angebracht, wenn es sich bei dem Wagen um das einzige Kraftfahrzeug der Ehepartner handelt und es somit notwendigerweise für familiäre Belange genutzt wird<sup>28</sup>.

## V. Kein gutgläubiger Erwerb

Der Erwerber einer Sache geht regelmäßig davon aus, dass der Veräußerer befugt ist, die Verfügung vorzunehmen. Veräußert jemand eine Sache, die ihm nicht gehört, wird der Erwerber über die Gutgläubensvorschriften<sup>29</sup> geschützt. In den Fällen der §§ 1365, 1369 BGB ist der Veräußerer Eigentümer<sup>30</sup>. Der Erwerber könnte in dieser Situation ebenso schutzbedürftig sein, wenn er gutgläubig davon ausgeht, dass der Veräußerer nicht verheiratet ist oder der andere Ehegatte der Verfügung zugestimmt hat.

**Beispiel:** F und M leben im gesetzlichen Güterstand. M ist Eigentümer des Staubsaugers, der zum täglichen Säubern der Ehwohnung genutzt wird. Eines Tages veräußert M den Staubsauger gegen den Willen der F an den Dritten D. M spiegelt dem D vor, die F habe ihre Zustimmung bereits erteilt. Ist D Eigentümer des Staubsaugers geworden?

Die Gutgläubensvorschriften sind auf diesen Fall weder analog noch über § 135 II BGB entsprechend anwendbar<sup>31</sup>. §§ 1365, 1369 BGB sind *absolute Veräußerungsverbote*<sup>32</sup>, die nicht gutgläubig überwunden werden können. Der Schutzzweck der §§ 1365, 1369 BGB gebietet diese Sichtweise, weil die familiäre Lebensgrundlage erhalten bleiben soll<sup>33</sup>. Obwohl die Voraussetzungen des § 929 S. 1 BGB grundsätzlich vorliegen, scheitert der Eigentumserwerb an § 1369 BGB. D ist im *Beispiel* nicht Eigentümer des Staubsaugers geworden. Möglich sind aber Schadensersatzansprüche gegen M aus § 826 BGB oder § 823 II BGB i. V. m. § 263 StGB<sup>34</sup>, da M dem D vorgespiegelt hat, die Voraussetzungen des § 1369 BGB lägen nicht vor. Veräußert D den Staubsauger weiter an einen gutgläubigen Erwerber, so kann dieser Eigentum über §§ 929 Satz 1, 932 BGB erwerben. § 1369 BGB hat in dieser Situation keinen Einfluss mehr<sup>35</sup>.

## C. Geltendmachung über § 1368 BGB

Gemäß § 1368 BGB ist »auch der andere Ehegatte berechtigt, die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte gegen den Dritten gerichtlich geltend zu machen.«. Hieraus ergibt sich, dass *beide* Ehepartner die Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts geltend machen können. Wortlaut und Systematik des § 1368 BGB legen nahe, dass die revokatorische Klage nur in den Fällen des § 1365 BGB eingreift. Allerdings erklärt § 1369 III BGB den § 1368 BGB für entsprechend anwendbar.

## I. Zulässigkeit der revokatorischen Klage

Im Rahmen der Zulässigkeit sind die Sachentscheidungs Voraussetzungen zu prüfen<sup>36</sup>. Bei einer revokatorischen Klage sind regelmäßig die Zuständigkeit des Gerichts und die Prozessführungsbefugnis problematisch. Zusätzlich können sich Probleme

ergeben, wenn beide Ehegatten unabhängig voneinander den Dritten auf Herausgabe verklagen.

### 1. Sachlich zuständiges Gericht

Geht der übergangene Ehegatte nach § 1368 BGB gegen einen Dritten vor, so handelt es sich um eine Familiensache, für die das Familiengericht gem. § 23 b I 2 Nr. 9 GVG bzw. § 621 I Nr. 8 ZPO sachlich zuständig ist<sup>37</sup>. Denn die Parteien streiten über Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht. Zwar ist die eigentliche Anspruchsgrundlage keine aus dem Familienrecht<sup>38</sup>, aber die §§ 1365 ff. BGB sind Teil des ehelichen Güterrechtes. Da diese Normen für den Erfolg der Klage entscheidend sind, ist die Zuständigkeit der Familiengerichte sowohl sinnvoll als auch rechtlich geboten<sup>39</sup>.

### 2. Prozessführungsbefugnis

Eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage ist die Prozessführungsbefugnis<sup>40</sup>. Prozessführungsbefugt ist grds. nur derjenige, der ein eigenes Recht geltend macht. Eine Ausnahme ist die Prozessstandschaft<sup>41</sup>. Hier macht der Kläger ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend. Allerdings ist die Prozessstandschaft nur begrenzt zulässig, beispielsweise, wenn sie gesetzlich angeordnet ist.

Wie § 1368 BGB in diesen Zusammenhang einzuordnen ist, kann nicht auf Anhieb entschieden werden. Denn diese Vorschrift gibt dem übergangenen Ehegatten die Berechtigung, »die sich aus der Unwirksamkeit der Verfügung ergebenden Rechte gegen den Dritten gerichtlich geltend zu machen«. Unklar bleibt, *in welcher Weise* er diese geltend macht: § 1368 BGB könnte dem

Rdn. 82; SCHLÜTER, Familienrecht, Rdn. 119; HK-BGB/KEMPER, § 1369 Rdn. 3.

23 Vgl. FIRSCHING/GRABA, Familiensachen, Rdn. 194; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1369 Rdn. 13.

24 OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 1432.

25 GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht, § 35 Rdn. 55; RAUSCHER, Familienrecht, Rdn. 392.

26 SCHLÜTER, Familienrecht, Rdn. 119; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1369 Rdn. 11; STAUDINGER/THIELE, § 1369 Rdn. 13.

27 OLG Naumburg FamRZ 2004, 889, 890.

28 OLG Düsseldorf NJW 2007, 1001 f.; BRUDERMÜLLER, FamRZ 2006, 1157, 1160 f.

29 Insb. die §§ 932 ff. BGB für bewegliche Sachen und die §§ 892, 893 BGB für Immobilien.

30 Siehe zur analogen Anwendung des § 1369 BGB auf Sachen, die im Eigentum des nicht verfügenden Ehegatten stehen, unter IV. und oben Fn. 21.

31 DÖLLE, Familienrecht, § 53 III; MUSCHELER, Familienrecht, Rdn. 351; SCHWAB, Familienrecht, 14. Aufl. 2006, Rdn. 243; RGRK/FINKE, BGB, § 1365 Rdn. 13; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1365 Rdn. 59.

32 BGHZ 40, 218 f. (zu § 1365 BGB); FIRSCHING/GRABA, Familiensachen, Rdn. 171, 193; PALANDT/BRUDERMÜLLER, BGB, § 1365 Rdn. 1, 14, § 1369 Rdn. 10; abweichend SCHLÜTER, Familienrecht, Rdn. 105. Allgemein zu Veräußerungsverboten SCHREIBER, JURA 2008, 261 ff.

33 SCHLÜTER, Familienrecht, Rdn. 105.

34 Zur Haftung nach den Regeln der c. i. c. (§ 280 I BGB i. V. m. § 311 II BGB) in diesen Fällen GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht, § 35 Rdn. 85–87; MünchKommBGB/KOCH, § 1366 Rdn. 40.

35 Vgl. RGRK/FINKE, BGB, § 1368 Rdn. 21.

36 Allgemein zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen MUSIELAK, Grundkurs ZPO, 8. Aufl. 2005, Rdn. 112; SCHILKEN, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2006, Rdn. 253; ZEISS/SCHREIBER, Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2003, Rdn. 253.

37 BGH FamRZ 1981, 1045; 1046; OLG Hamm NJW-RR 2001, 869; HK-BGB/KEMPER, § 1368 Rdn. 5; PALANDT/BRUDERMÜLLER, BGB, § 1368 Rdn. 1; STAUDINGER/THIELE, § 1365 Rdn. 23; HOPPE, Die revokatorische Klage, S. 82. Die Familiengerichte sind gem. § 23 b I 1 GVG besondere Abteilungen der Amtsgerichte.

38 Vgl. zu den möglichen Anspruchsgrundlagen unter C. II.

39 HOPPE, Die revokatorische Klage, S. 82.

40 MünchKommZPO/LINDACHER, 3. Aufl. 2008, vor §§ 50 ff. Rdn. 75; MUSIELAK/WETH, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 51 Rdn. 14. Kritisch zu dieser Sichtweise GRUNSKY, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. 1974, S. 266 f.

41 Zur Prozessstandschaft MünchKommZPO/LINDACHER, Vor §§ 50 ff. Rdn. 41 ff.; ZEISS/SCHREIBER, Zivilprozessrecht, Rdn. 131 ff.

Ehegatten ein eigenes Recht geben oder nur die Erlaubnis, ein fremdes – nämlich ein ausschließlich seinem Ehepartner zustehendes – Recht geltend zu machen. Für ein eigenes Recht des Ehegatten spricht, dass die Rechtsposition des revozierenden Ehegatten so am stärksten wäre. Jedoch lässt sich diese Sichtweise nicht mit dem Wortlaut des § 1368 BGB vereinbaren, wonach »auch der andere Ehegatte« die Berechtigung zur Klage haben soll. Deshalb streitet der Wortlaut dafür, dass der revozierende Ehegatte *kein eigenes* Recht hat. Entscheidende Bedeutung kommt darüber hinaus dem Umstand zu, dass die Sicherung der familiären Lebensgrundlage, die durch §§ 1365, 1369 BGB garantiert werden soll, kein eigenes Recht des Ehepartners darstellt. Also wird der revozierende Ehegatte durch § 1368 BGB nur berechtigt, ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend zu machen. § 1368 BGB ist also ein Fall der *gesetzlichen Prozessstandschaft*<sup>42</sup>.

### 3. Negative Zulässigkeitsvoraussetzung: Keine anderweitige Rechtshängigkeit

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn *auch* der verfügende Ehegatte gegen den Dritten klagt. Denn § 1368 BGB gibt dem überangegangenen Ehegatten keine ausschließliche Prozessführungsbefugnis und schränkt die Rechte des Verfügenden nicht ein. Dieser kann selbst gegen den Dritten vorgehen.

**Beispiel:** F hat entgegen § 1365 BGB ihren wertvollen Schmuck an den Dritten D veräußert. Nachdem ihr Ehemann M seine Zustimmung verweigert hat, erhebt F Klage auf Herausgabe des Schmucks. M befürchtet, dass F nicht ausreichend auf den Prozess vorbereitet ist und möchte nun seinerseits gegen D auf Herausgabe klagen.

Die Klage des M könnte im *Beispiel* unzulässig sein, weil F den D bereits auf Herausgabe verklagt hat. Die Rechtshängigkeit dieser Streitsache könnte der Zulässigkeit der revokatorischen Klage gem. § 261 III Nr. 1 ZPO entgegenstehen. Der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit setzt neben der Identität des Streitgegenstandes<sup>43</sup> voraus, dass die Parteien der beiden Prozesse identisch sind<sup>44</sup>. Daran fehlt es hier. Allerdings könnte trotzdem die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen bestehen. Zwar greift der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit ausnahmsweise auch bei Fehlen der Parteiidentität ein, wenn sich die materielle Rechtskraft einer Entscheidung ebenfalls auf Personen des anderen Rechtsstreits erstreckt<sup>45</sup>. Bei der revokatorischen Klage hat ein Urteil in einem der Prozesse aber keinen Einfluss auf den anderen<sup>46</sup>. Denn für diesen Fall gibt es keine – dem § 325 ZPO vergleichbare – Vorschrift, die eine Rechtskrafterstreckung anordnet. Auch widerspräche es dem Sinn und Zweck der §§ 1365 ff. BGB, wenn der verfügende Ehegatte durch schlechte Prozessführung den anderen Ehegatten benachteiligen könnte. Folgerichtig greift der Einwand der Rechtshängigkeit nicht ein<sup>47</sup>. Typischerweise werden allerdings beide Prozesse verbunden (§ 147 ZPO) oder der eine Ehegatte tritt als Streithelfer dem Prozess des anderen bei (§ 66 I ZPO).

## II. Begründetheit der revokatorischen Klage

Seinem eindeutigen Wortlaut nach erfasst § 1368 BGB nur die Fälle, in denen die Unwirksamkeit des *Verfügungsgeschäfts* geltend gemacht wird. Die Unwirksamkeit muss sich aus den §§ 1365, 1369 BGB ergeben. Die *Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts* (typischerweise ein Kauf- oder Schenkungsvertrag) kann über § 1368 BGB hingegen nicht geltend gemacht werden<sup>48</sup>. Zwar ist auch das Verpflichtungsgeschäft wegen der §§ 1365, 1368 BGB unwirksam, aber der überangegangene Ehegatte kann sich hierauf im Rahmen einer Klage über § 1368 BGB nicht berufen.

**Beispiel:** M verkauft und veräußert sein Fernsehgerät. Kaufvertrag und dinglicher Vertrag iSv § 929 BGB sind wegen § 1369 BGB unwirksam. Über § 1368 BGB kann seine Frau F nun die Ansprüche geltend

machen, die sich auf die unwirksame Verfügung beziehen (also § 985 BGB). Einen Anspruch aus § 812 I 1 Var. 1 BGB steht dem M zwar auch zu, allerdings kann nur er selbst diesen Anspruch erheben.

### 1. Anspruchsgrundlagen<sup>49</sup>

§ 1368 BGB ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage<sup>50</sup>. Folglich bedarf es eines Anspruchs, den der Ehegatte geltend machen kann. Im Zentrum steht § 985 BGB, denn wegen der Unwirksamkeit der Verfügung ist das Eigentum nicht auf den Erwerber übergegangen. Ein Recht zum Besitz wird regelmäßig ebenfalls nicht bestehen. Daneben kommen Ansprüche auf Schadensersatz und Herausgabe der Nutzungen nach §§ 987 ff. BGB in Betracht. Zudem kann der überangegangene Ehegatte gem. § 771 ZPO einer Pfändung der Sache beim Dritten widersprechen. Veräußert der Dritte die Sache an einen gutgläubigen Erwerber, so hat der Ehepartner unter den Voraussetzungen des § 816 I 1 BGB einen Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten. Erfolgte die Verfügung des Dritten unentgeltlich, so kann der Ehegatte nach § 816 I 2 BGB von dem Erwerber die Herausgabe des Geleisteten fordern.

Besondere Ansprüche greifen ein, wenn entgegen §§ 1365 BGB über ein Grundstück verfügt wurde.

**Beispiel:** M und F sind verheiratet und leben im gesetzlichen Güterstand. F hat entgegen § 1365 BGB ihr Grundstück an den Dritten D veräußert. D wird gegen den Willen des M als Berechtigter im Grundbuch eingetragen.

In diesem Fall kann der überangegangene M gegen den D einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB mit der Leistungsklage geltend machen<sup>51</sup>. Im Vorfeld einer Klage hat M zudem die Möglichkeit, einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen zu lassen (§ 899 BGB).

### 2. Anspruchsziel

Bei einer Leistungsklage, die auf Herausgabe des Gegenstandes gerichtet ist, stellt sich oftmals die Frage, an wen der Gegenstand herauszugeben ist.

- 42 BGHZ 143, 356, 360; BGH NJW 1989, 1609; FIRSCHING/GRABA, Familiensachen, Rdn. 188; MEDICUS, Bürgerliches Recht, 21. Aufl. 2007, Rdn. 27; MünchKommBGB/KOCH, § 1368 Rdn. 3; RGRK/FINKE, BGB, § 1368 Rdn. 12; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1368 Rdn. 9; STAUDINGER/THIELE, § 1368 Rdn. 19. Abweichend BAUR FamRZ 1962, 508, 510 Fn. 31.
- 43 Zum – umstrittenen – Streitgegenstandsbegriff ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 92 Rdn. 1 ff.; ZEISS/SCHREIBER, Zivilprozessrecht, Rdn. 305 ff.
- 44 MUSIELAK/FOERSTE, ZPO, § 261 Rdn. 10 f.; HK-ZPO/SAENGER, 2006, § 261 Rdn. 16 f.; MünchKommZPO/BECKER-EBERHARD, § 261 Rdn. 51; ZEISS/SCHREIBER, Zivilprozessrecht, Rdn. 344.
- 45 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht, § 97 Rdn. 20; SCHILKEN, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2006, Rdn. 236.
- 46 BAMBERGER/ROTH/MEYER, BGB, 2003, § 1368 Rdn. 7; ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, § 1368 Rdn. 16; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht, § 35 Rdn. 91 f.; SCHLÜTER, Familienrecht, Rdn. 117. Umfassend zu den möglichen Fallkonstellationen HOPPE, Die revokatorische Klage, S. 104 ff.; STAUDINGER/THIELE, § 1368 Rdn. 36 ff.
- 47 BROX, FamRZ 1961, 281, 282 ff.; LÜDERITZ/DETHLOFF, Familienrecht, § 5 Rdn. 97; ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, § 1368 Rdn. 18; HK-BGB/KEMPER, § 1368 Rdn. 5; STAUDINGER/THIELE, § 1368 Rdn. 41.
- 48 HOPPE, Die revokatorische Klage, S. 16 ff.; JAUERNIG/BERGER, BGB, 12. Aufl. 2007, § 1368 Rdn. 2; MünchKommBGB/KOCH, § 1368 Rdn. 5; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1368 Rdn. 3; STAUDINGER/THIELE, § 1368 Rdn. 6, 20.
- 49 Hiervon zu trennen sind diejenigen Ansprüche, die der überangegangene Ehegatte aus EIGENEM Recht geltend machen kann. Gegenstand der folgenden Betrachtung sind ausschließlich diejenigen Ansprüche, die über § 1368 BGB im Wege der Prozessstandschaft eingeklagt werden können.
- 50 OLG Köln FamRZ 1959, 460; ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, § 1368 Rdn. 2; HOPPE, Die revokatorische Klage, S. 23.
- 51 BGH NJW 1984, 607; OLG Celle FamRZ 2004, 625; OLG Hamm FamRZ 1997, 675.

**Fall<sup>52</sup>:** M verkauft und übereignet seinen Wohnwagen an den Dritten D. Die Übereignung ist wegen § 1369 BGB unwirksam. Die Ehefrau des M, die F, erhebt Klage gegen den D auf Herausgabe des Wohnwagens.

Unproblematisch kann F die Herausgabe an den zuvor besitzenden M verlangen<sup>53</sup>. Denn mit der revokatorischen Klage wird das Ziel verfolgt, die Vermögenslage so wiederherzustellen, wie sie vor der Verfügung bestanden hat (Wiederherstellung des status quo ante). Darüber hinaus muss der Kläger auch die Herausgabe an sich selbst verlangen können. Andernfalls könnte der verfügende Ehegatte die Rücknahme verweigern und somit die Wiedereingliederung des Haushaltsgegenstandes bzw. des Vermögens in die familiäre Sphäre verhindern. Diese Möglichkeit ist zwar gesetzlich nicht geregelt, sie entspricht jedoch dem in den §§ 869 S. 2, 986 I 2 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken: Auch in diesen Fällen kann der Anspruchsberechtigte ausnahmsweise Herausgabe der Sache an sich selbst verlangen, obwohl er zuvor nicht unmittelbarer Besitzer war. Folglich muss der revozierende Ehepartner zwar *vorrangig* Herausgabe an den verfügenden Ehegatten verlangen. Verweigert dieser jedoch die Annahme oder widerspricht er der revokatorischen Klage, so kann der revozierende Ehegatte auch Herausgabe an sich selbst verlangen<sup>54</sup>. Für den Prozess ergibt sich das Problem, dass der klagende Ehegatte darlegen müsste, ob sein Partner die Rücknahme verweigert. Um dem gerecht zu werden, kann der Kläger sowohl die Herausgabe an seinen Partner als auch die Herausgabe an sich selbst beantragen<sup>55</sup>. Beide Anträge sind Hauptanträge. Der Antrag auf Herausgabe an den Kläger selbst steht jedoch unter der Bedingung, dass die Herausgabe an den Ehegatten in der Zwangsvollstreckung nicht gelingt.

### 3. Einwendungen und Einreden des Dritten

Sehr relevant ist die Frage, ob der Dritte gem. § 273 I BGB ein Zurückbehaltungsrecht z. B. wegen der Rückzahlung des Kaufpreises aus § 812 I 1 Var. 1 BGB geltend machen kann.

**Fall<sup>56</sup>:** M verkauft entgegen § 1369 BGB seine Segelyacht an den Dritten D. D zahlt den Kaufpreis von 100.000 € an M. F, die Ehefrau des M, geht über § 1368 BGB gegen D vor und verlangt Herausgabe der Yacht. D beruft sich auf sein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I BGB, da ihm ein Anspruch auf Rückzahlung der 100.000 € zustehe.

Vor allem unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der § 1365 ff. BGB wird man davon ausgehen können, dass sich der Dritte gegenüber dem revozierenden Ehegatten *nicht* auf ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I BGB berufen kann<sup>57</sup>. § 1368 BGB dient dem vollkommenen Schutz des übergangenen Ehegatten. Er muss deshalb vor Einreden des Dritten geschützt werden. Ansonsten könnte der verfügende Ehegatte die Rückabwicklung verzögern, indem er sich weigert, die Gegenleistung zurückzugeben. D steht demnach im *Beispiel* kein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I BGB wegen des noch nicht zurück gezahlten Kaufpreises zu.

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn dem Dritten eine Forderung gegen den verfügenden Ehegatten zusteht. Unter den Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB<sup>58</sup> kann der Dritte mit seinem Anspruch auch im Rahmen der revokatorischen Klage aufrechnen<sup>59</sup>. Relevant wird diese Möglichkeit nur, wenn die Klage nach § 1368 BGB auf Zahlung gerichtet ist. Der Schutzzweck der §§ 1365 ff. BGB steht der Aufrechnung nicht entgegen. Geschützt wird nämlich nur das Vermögen des Ehegatten in seiner konkreten Zusammensetzung, aber nicht hinsichtlich seines Wertes<sup>60</sup>.

### D. Zusammenfassung

1. Nach § 1368 BGB wird dem Ehegatten, der nicht selbst verfügt hat, ein Mittel an die Hand gegeben, um die Unwirksamkeit der Verfügung seines Ehepartners gerichtlich geltend zu machen.

2. Die Unwirksamkeit der Verfügung ergibt sich aus den §§ 1365, 1369 BGB. Hierbei handelt es sich um absolute Veräußerungsverbote, die nicht gutgläubig überwunden werden können. Nach diesen Vorschriften ist zwar auch ein entsprechendes Verpflichtungsgeschäft unwirksam, aber diese Unwirksamkeit kann nicht über § 1368 BGB geltend gemacht werden.

3. Der übergangene Ehegatte wird im Rahmen der revokatorischen Klage weitreichend geschützt. So kann der Dritte sich nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, und auch der Einwand der Rechtshängigkeit oder der anderweitigen Rechtskraft kann nicht geltend gemacht werden. Allerdings kann der Dritte u. U. mit einem ihm gegen den verfügenden Ehegatten zustehenden Anspruch aufrechnen.

52 Nach OLG Köln FamRZ 1959, 460 f.

53 Bei Mitbesitz ist Herausgabe an beide Ehepartner zu fordern.

54 Wie hier MünchKommBGB/KOCH, § 1368 Rdn. 14; RGRK/FINKE, BGB, § 1368 Rdn. 13; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1368 Rdn. 11. Die wohl h. M. gewährt Herausgabe an den übergangenen Ehegatten, OHNE dass der verfügende Ehegatte die Rücknahme der Sache verweigert hat (SCHLÜTER, Familienrecht, Rdn. 117; ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, § 1368 Rdn. 13; HK-BGB/KEMPER, § 1368 Rdn. 5; PALANDT/BRUDERMÜLLER, BGB, § 1368 Rdn. 4).

55 So MünchKommBGB/KOCH, § 1368 Rdn. 14; RGRK/FINKE, BGB, § 1368 Rdn. 13; SOERGEL/LANGE, BGB, § 1368 Rdn. 11.

56 Fall nach OLG Köln MDR 1968, 586.

57 OLG Köln MDR 1968, 586; BROX, FamRZ 1961, 281, 285 f., 257; LÜDERITZ/DETHLOFF, Familienrecht, § 5 Rdn. 97; MünchKommBGB/KOCH, § 1368 Rdn. 19; PALANDT/BRUDERMÜLLER, BGB, § 1368 Rdn. 4; RGRK/FINKE, BGB, § 1368 Rdn. 15. Abweichend ERMAN/GAMILLSCHEG, BGB, § 1368 Rdn. 8.

58 Die Gegenseitigkeit der Forderungen ist regelmäßig gegeben, da der revozierende Ehegatte nur einen fremden Anspruch in eigenem Namen, aber keinen eigenen Anspruch geltend macht. Vertiefend zu den Voraussetzungen der Aufrechnung COESTER-WALTJEN, JURA 2003, 246 ff.

59 BGHZ 143, 356, 360 ff.; HOHLOCH, JuS 2000, 820; PALANDT/BRUDERMÜLLER, BGB, § 1368 Rdn. 3; RGRK/FINKE, BGB, § 1368 Rdn. 15; STAUDINGER/THIELE, § 1368 Rdn. 51.

60 LEIBLE, JA 2000, 742, 745; STAUDINGER/THIELE, § 1368 Rdn. 52.