

Abschnitt 1

Bürgerliche Ehe

Titel 1

Verlöbnis

§ 1297 Wirkung

(1) Aus einem Verlöbnis kann nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden.

(2) Das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig.

ÜBERSICHT

1. Begrifflichkeiten; Normzweck	1, 2	a) Eheschließungsfreiheit	28
2. Rechtsnatur	3–6	b) Persönliche und vermögensrechtliche Folgen	29, 30
3. Wirksame Begründung	7–27	c) Erbrecht	31
a) Wechselseitige Willenserklärungen	7, 8	d) Verfahrensrecht	32
b) Keine Formerfordernisse	9	e) Straf-, Steuer-, Sozial- und Ausländerrecht	33
c) Geschäftsfähigkeit	10	f) Rückwirkungen auf die Dienstpflichten öffentlicher Amtsträger	34
d) Bedingung	11	g) Sonstiges	35
e) §§ 116–118	12	5. Beendigung des Verlöbnisses	36–39
f) Anfechtung	13–20	6. Prozessuales/Internationales Privatrecht	40
g) Gesetzliches Verbot, § 134	21		
h) Sittenwidrigkeit, § 138	22–26		
i) Sonderentwicklungen im Strafrecht	27		
4. Wirkungen eines wirksam begründeten Verlöbnisses	28–34		

Schrifttum: Thönissen, Grundfragen des Verlöbnisrechts, 1964; Canaris, Das Verlöbnis als gesetzliches Rechtsverhältnis, AcP 165 (1965), 1; Beitzke, Zur rechtlichen Qualifikation der Verlöbnisfolgen, Festschr für Ficker, 1967, 78; Wissing, Die Rechtsnatur des Verlöbnisses, Diss Saarbrücken, 1967; Carstensen, Zur Neuregelung des Verlöbnisrechts, StAZ 1973, 81; Montanari, Verlobung und Verlöbnisbruch, 1974; Füllkrug, Die Bedeutung des Eheversprechens nach der Reform des Ehe- und Scheidungsrechts, Diss Bochum 1982; Strätz, Das Verlöbnis als ehevorbereitendes Rechtsverhältnis, Jura 1984, 449; Tiedtke, Ausgleichsanspruch nach gescheiterter Ehe für während der Verlobungszeit erbrachter Leistungen, JZ 1992, 1025; Smid, Zum Zuwendungsausgleich unter Verlobten, wenn die zunächst geschlossene Ehe später scheitert, JR 1993, 62; Mankowski, Verlöbnisbruch, konkurrierende Deliktsansprüche und Rückforderung von Geschenken im Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, IPRax 1997, 173; Wacke, Gemeinschaftliche Testamente von Verlobten, FamRZ 2001, 457; Kanzleiter, Gemeinschaftliche Testamente bitte nicht auch für Verlobte, FamRZ 2001, 1198; Knütel, Verlöbnis einst und heute, in: Festschrift für Jayme II (2004), 1487; Fuge, Beendigung des Verlöbnisses, ZFE 2004, 270; Fritzel/Gramkow, Das Verlöbnis – Darstellung der Rechtsnatur und steuerrechtlichen Besonderheiten, SteuerStud 2005, 401; Röthel, Rückgewähr von Zuwendungen durch Verlobte, Ehegatten, Lebenspartner, JURA 2006, 641; Erbarth, Ansprüche bei Beendigung eines Verlöbnisses, FPR 2011, 89.

1. **Begrifflichkeiten; Normzweck.** Dem Begriff „Verlöbnis“ kommt doppelte Bedeutung zu: 1. Einerseits der konkrete Akt des Versprechens beider Beteiligten, eine Ehe eingehen zu wollen (Verlobung); andererseits das durch ein wirksames Versprechen begründete Dauerschuldverhältnis (Verlöbnis als „Brautstand“)¹. Das Verlöbnis hat dementsprechend eine **Doppelnatur**². Nach der gesetzlichen Konzeption ist es zwar Vorstufe zur Eheschließung; allerdings setzt eine wirksame Eheschließung kein vorheriges Verlöbnis voraus³. Die §§ 1297 ff gelten direkt nur für **verschiedengeschlechtliche Partner**. Handelt es sich um **gleichgeschlechtliche Partner**, so spricht das Gesetz nicht von Verlobung (vgl insbesondere StPO § 52 Nummer 1; Ausnahme: BeurkG § 3 Abs 1 Nummer 2 a); jedoch ist auch hier eine Vorstufe zur späteren Lebenspartnerschaft in Form des Versprechens, eine solche zu begründen, möglich, LPartG § 1 Abs 4 Satz 1⁴. Da LPartG § 1 Abs 4 Satz 1 inhaltlich § 1297 Abs 1 entspricht und LPartG § 1 Abs 4 Satz 2 auf die §§ 1297 Abs 2, 1298–1302 verweist, ergeben sich keine sachlichen Unterschiede. Verlöbnis und das Versprechen, eine Lebenspartnerschaft in der Zukunft begründen zu wollen, müssen klar von der reinen **nicht-ehelichen** (bzw nicht-partnerschaftlichen) **Lebensgemeinschaft** unterschieden werden, die als solche keine spezielle gesetzliche Regelung erfahren hat; bestand neben dem Verlöbnis aber zugleich eine nicht-eheliche Lebensgemeinschaft, sind im Falle des Scheiterns der Beziehung nicht nur die

1 RGZ 80, 88, 89f; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 6; Erbarth, FRP 2011, 89.
2 Vgl auch MünchKomm/Roth Rz 3, der von der „Doppelnatur“ des Verlöbnisses spricht.

3 Siehe näher Rz 5.
4 Ebenso Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 6.

§§ 1297 ff, sondern auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Auseinandersetzung nicht-ehelicher Lebensgemeinschaften⁵ anwendbar.

- 2 **Zweck** des § 1297 ist die **Sicherung der Eheschließungsfreiheit**, indem durch Absatz 1 eine Klage auf Eingehung der Ehe ausgeschlossen⁶ und mittels Absatz 2 auch einem mittelbaren Erfüllungszwang per Vertragsstrafversprechen vorgebeugt wird⁷.
- 3 2. **Rechtsnatur**. Das rechtliche Wesen des Verlöbnisses ist seit langem – getrieben vor allem durch die Problematik der Verlöbnisse von Minderjährigen – umstritten. Die heute nicht mehr vertretene **Tatsächlichkeitslehre**⁸ sah in dem Verlöbniß einen rein sozialen Vorgang, der keine Pflicht zur Eheschließung begründe. Die sogenannte (neuere) **Vertrauenshaftungslehre** sieht im Verlöbniß ein gesetzliches Rechtsverhältnis ähnlich der culpa in contrahendo (§§ 280, 311 Abs 2, 241 Abs 2); die in §§ 1298 ff angeordneten Rechtsfolgen leitet sie aus dem aus der Verlobung gespeisten Vertrauen darin, eine Ehe/Lebenspartnerschaft eingehen zu wollen, ab⁹. Die herrschende **Vertragstheorie** betrachtet demgegenüber das Verlöbniß als Vertrag im Sinne der §§ 133 ff, 145 ff, der zwar vermögensrechtlichen Folgen habe, dessen Spezialität aber darin bestehe, dass seine Primärpflicht zur Eheschließung nicht klagbar sei¹⁰. Eine weitere Ansicht sieht im Verlöbniß einen **familienrechtlichen Vertrag sui generis**, für dessen Zustandekommen es nicht auf die normale Geschäftsfähigkeit nach §§ 106 ff, sondern auf die sogenannte Verlöbnißfähigkeit ankomme, die entweder analog § 1303¹¹ oder nach der individuellen geistigen Reife des Verlobungswilligen¹² zu bestimmen sei. Schließlich wird die Verlobung als **geschäftähnliche Handlung** angesehen, weil die Schadensersatz- und Rückgabensprüche nach §§ 1298 ff kraft Gesetzes und damit unabhängig vom Willen der Beteiligten entstünden¹³.
- 4 **Stellungnahme**: Die *Tatsächlichkeitslehre* lässt sich mit der gesetzgeberischen Grundentscheidung für eine rechtlich relevante Ausgestaltung des Verlöbnisses nicht vereinbaren. Die *Vertrauenslehre* wiederum krankt daran, dass sie entweder zu unspezifisch ist, was den Beginn der Haftung betrifft (und damit zu Rechtsunsicherheit führt), oder – zur Vermeidung dieser Problematik – doch wieder auf die Abgabe der Verlöbnißerklärungen rekurriert und sich damit der Vertragstheorie annähert. Im Übrigen besticht der Vergleich zwischen Verlöbniß und culpa in contrahendo nicht¹⁴: Bei der culpa in contrahendo entsteht der Schaden in aller Regel durch ein Verhalten des Schädigers, wohingegen die über §§ 1298 f ausgleichsfähigen Schäden auf freiwilligen Handlungen des Geschädigten – eben Aufwendungen oder eingegangenen Vermögensdispositionen – beruhen. Zudem ist die culpa in contrahendo konzeptionell Haftung für rechtswidriges Verhalten, die Einstandsverbindlichkeit nach den §§ 1298 f setzt zwar richtigerweise ein Verschulden des Anspruchsgegners voraus, angesichts des freien Rücktrittsrechts kann aber nicht von einem rechtswidrigen Handeln gesprochen werden.
- 5 Die Entscheidung zwischen den übrigen Ansichten hängt zunächst davon ab, ob man das **Verlöbniß als notwendige Vorstufe jeder Ehe** ansieht oder nicht. Bejaht man dies, so kommt das Verlöbniß zustande, wenn beide Partner erklären, zukünftig die Ehe eingehen zu wollen. Darauf, ob sie zusätzlich den Willen haben, ein Verlöbniß zu begründen, käme es nicht an; dementsprechend wäre ihre „Heiratsabsichtserklärung“ in Bezug auf die Begründung des Verlöbnisses mit Hahn¹⁵ als geschäftsähnliche Handlung anzusehen. Sieht man das Verlöbniß zwar als mögliche, nicht aber als zwingende Vorstufe zur Eheschließung an, so entstände es nicht bereits dadurch, dass die Partner ihre Eheschließungsabsicht kundtun; erforderlich wäre vielmehr, dass sie zusätzlich den Willen haben und äußern, sich zu verloben. In diesem Falle ließe sich die Annahme einer geschäftsähnlichen Handlung nicht begründen, und zwar vor allem auch nicht damit, dass die §§ 1298 ff auch gelten, wenn die Partner nicht alle in §§ 1298 ff angeordneten Konsequenzen in ihren Willen aufgenommen haben. Denn der Tatbestand einer Willenserklärung entfällt nicht, weil der Erklärende nicht alle gesetzlich festgelegten Rechtsfolgen bedacht hat¹⁶: Wer beispielsweise einen Kauf-

5 Näher dazu siehe Staud/Löhnig Anh zu § 1297 ff, Rz 77 ff.

6 Siehe Rz 28.

7 Zum geschichtlichen Hintergrund mit plastischem Beispiel Henrich, FamR § 4 I 1.

8 Früher vertreten von Lehmann, FamR, 1. Aufl., § 6 I; Siebert DRWiss 1936, 206; GleichberGKomm-Krüger Einl Rz 287; vgl auch LG Koblenz FamRZ 1957, 325.

9 Canaris AcP 165 (1965), 1, 11, 15, 29; Henrich, FamR § 4 I 2; Rauscher, FamR Rz 107; Erman/Kroll-Ludwigs Vor § 1297 Rz 4; kritisch Beitzke, FS Ficker, 1967, S 78 ff.

10 BGHZ 28, 377; RGZ 80, 88; RGRK/Roth-Stielow Rz 7 vor § 1297; NK-BGB/Kaiser Rz 3; Bremen FamRZ 1977, 555, 556; MünchKomm/Roth Rz 5 f;

Pal/Diederichsen Einf 1 vor § 1297; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 8 I 4; PWW/Weinreich/Rausch Rz 1; Hk-BGB/Kemper Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 1; Dölle, FamR I, S 62; Beitzke, FamR § 5 I; Thönissen, Grundfragen des Verlöbnißrechts, 1964, S 78.

11 Staud-Dietz^{10/11} Rz 23 ff vor § 1297; Boehmer JZ 1961, 267; Schnitzerling StAZ 1961, 185.

12 Lehmann, FamR, 3. Aufl., § 6 I; vgl auch Henrich, FamR § 4 I 3.

13 BeckOK-BGB/Hahn Rz 5; Schwab, FamR Rz 42.

14 Siehe auch Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 54.

15 BeckOK-BGB/Hahn Rz 5.

16 Vgl insoweit auch Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 69.

vertrag schließt, gibt auch dann eine Willenserklärung ab, wenn er die Gewährleistungsrechte der §§ 437 ff nicht kennt, ja sogar dann, wenn er sie eigentlich nicht angewendet haben will. Der **Privatautonomie** als Grundprinzip des BGB entspricht es eher, den Partnern die Wahl zu lassen, ob sie ein Verlöbnis mit den in §§ 1298 ff beschriebenen Folgen eingehen möchten oder nicht; das Verlöbnis ist daher richtigerweise zwar regelmäßige, nicht aber zwingende Vorstufe jeder Eheschließung¹⁷. Überzeugend ist daher die Charakterisierung des Verlobnisses als **Vertrag**, der durch zwei **korrespondierende Willenserklärungen** zustande kommt. Dem kann nicht überzeugend entgegengehalten werden, dass es widersprüchlich sei, zwar eine Rechtspflicht zu bejahen, diese aber für nicht klagbar zu halten. Das zeigt ein Vergleich mit den Naturalobligationen (wie zB BGB §§ 763 Satz 2, 656 oder InsO § 301 Abs 1), bei denen der Schuldner auch zur Leistung verpflichtet ist, diese aber nicht gegen seinen Willen gerichtlich durchgesetzt werden kann, so dass in Wahrheit keine Schuld-, sondern eine Haftungsbeschränkung vorliegt¹⁸. Auch das Nebeneinander von Rechtspflicht und jederzeitigem Rücktrittsrecht ist nicht widersprüchlich oder systemfremd, wie vor allem die Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung eines freien Rücktrittsrechts zeigt¹⁹. Schließlich kann den Vertragstheorien auch nicht entgegengehalten werden, dass sie zwar die Primärpflicht für nicht erzwingbar halten, die Verletzung von Sekundärpflichten aber (durchsetzbar) sanktionsbewehrt ist; das findet sich nämlich auch bei anderen zivilrechtlichen Rechtsinstituten, insbesondere den Gefälligkeitsverhältnissen, bei denen die Leistung zwar unverbindlich zugesagt wird, aber dennoch außerdeltische Schutzpflichten begründet werden²⁰.

Damit bleibt nur noch die Frage zu klären, ob der herrschenden Vertragstheorie oder der Theorie vom **familienrechtlichen Vertrag sui generis** der Vorzug zu geben ist. Während sich die erste nahtlos in die zivilrechtliche Dogmatik einordnen lässt, spricht gegen letztere, dass die von ihr in den Mittelpunkt gestellte „Verlobnisfähigkeit“ anders als Geschäftsfähigkeit und Ehemündigkeit gesetzlich nicht geregelt ist; es müsste von ihr daher erst einmal bewiesen werden, dass das BGB hier planwidrig lückenhaft ist, was insbesondere für eine Analogie zu § 1303 Grundvoraussetzung wäre. Zudem fehlt es insoweit auch an der vergleichbaren Interessenlage, sind die möglichen – auch und gerade finanziellen – Konsequenzen einer Ehe doch weit gravierender als die einer Verlobung. Auch die andere „Spielart“ der auf die Verlobnisfähigkeit abstellenden Auffassung, nach der es auf die individuelle geistige Reife des Verlobungswilligen ankommt, überzeugt nicht, weil sie zu ganz erheblicher Rechtsunsicherheit führt²¹. Zusammengefasst ist damit der **herrschenden Vertragstheorie zu folgen**.

3. Wirksame Begründung. – a) **Wechselseitige Willenserklärungen.** § 1297 Abs 1 erfasst das Verlöbnis zweier Personen **verschiedenen Geschlechts**; die entsprechende Vorstufe bei **gleichgeschlechtlichen Partnern** findet sich in LPartG § 1 Abs 4 Satz 1 (siehe Rz 1). Erforderlich ist die zugangsbedürftige **ernsthafte Erklärung** beider Parteien, zukünftig **heiraten** (oder eine Lebenspartnerschaft eingehen) **und** – folgt man der hier vertretenen Auffassung (Rz 5) – ein **Verlöbnis begründen** zu wollen. Diese in der Theorie zu trennenden Voraussetzungen werden in der Praxis aber regelmäßig *in actu* erfolgen; da das Verlöbnis traditionell Vorstufe zur Ehe ist, wird man mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch davon ausgehen können, dass jemand, der eine ernsthafte Heiratsabsicht äußert, sich zugleich verloben möchte.

Unabhängig davon, welcher Auffassung man zur Rechtsnatur des Verlobnisses folgt, genügt es jedenfalls nicht, dass beide Partner nur jeweils für sich selbst von der Möglichkeit einer späteren Heirat ausgehen, der ernstliche Wille muss vielmehr **bekundet** werden. Erklärungsgegner ist nur der andere Teil; es ist daher weder erforderlich noch ausreichend, dass der Wille beider Verlobter für Dritte erkennbar in Erscheinung tritt. Das Verlöbnis ist ein **höchstpersönliches Rechtsgeschäft**. Das schließt Stellvertretung, nicht aber Botenschaft aus²²; eventuelle abweichende Rechtstraditionen zB in Ostanatolien (Brautabreden der Eltern) sind in Deutschland nicht anzuerkennen, sie lösen demzufolge nicht die Rechtsfolgen der §§ 1298 ff aus²³. Das Recht, sich zu verloben, kann nicht unter Betreuungsvorbehalt gestellt werden²⁴. Auch bei einem beschränkt Geschäftsfähigen können nicht die Eltern die Willenserklärung abgeben (es ist nur ihre Zustimmung erforderlich, Rz 10).

17 Siehe auch Rz 17; anders RGZ 80, 88, 91 selbst für den Fall eines nur bedingten Eheversprechens; Henrich, FamR § 4 I 3; Rauscher, FamR Rz 108; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 1.

18 Vgl näher *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, suab § 3 b III 1.

19 Zutreffend MünchKomm/Roth Rz 5 mit Fn 14.

20 Vgl näher Staud/Olzen § 241 Rz 71 ff, 394 ff; PWW/Schmidt-Kessel § 241 Rz 32 ff.

21 AA Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 100.

22 Vgl statt aller Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 74; für Ausnahmen Thönissen aaO S 136 ff mNachw.

23 Ebenso Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 103.

24 Roth BtPrax 2007, 100.

- 9 b) **Keine Formerfordernisse.** Der Einhaltung einer Form bedarf es nicht, die Annahme eines Eheversprechens kann auch in **tatsächlichen Handlungen** liegen²⁵. Dafür genügen aber weder ein (vorläufiges) Zusammenleben noch die Gründung einer Wirtschaftsgemeinschaft mit Aussicht auf Eheschließung²⁶. Beiwohnung lässt entgegen RGZ 61, 267, 269 angesichts heutiger Anschauungen in aller Regel nicht auf Verlobungswillen schließen. Auch die Bezeichnung als Verlobte und kirchlicher Segen genügen nicht, wenn es an einem ernstlichen Eheversprechen fehlt²⁷. Die üblichen Äußerlichkeiten wie Ringwechsel, Vorbereitung von Hochzeitsfeierlichkeiten oder Vereinbarung eines Traugesprächs haben nur Bedeutung für die Feststellung des Vertragswillens. Sie sind weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die Annahme eines Verlöbnis²⁸. Das BayObLG hat ein Verlöbnis abgelehnt und eine bloße eheähnliche Lebensgemeinschaft bejaht, wenn zwar ein Ring ausgetauscht wurde und sich die Beteiligten als Verlobte bezeichneten, dann aber 15 Jahre unverheiratet zusammenlebten und unter anderem von der Eheschließung absahen, um den Verlust einer Witwenrente zu vermeiden²⁹. Das ist gut vertretbar, denkbar wäre es in diesem Fall aber auch gewesen, zunächst ein wirksam begründetes Verlöbnis anzunehmen und in der nicht nur vorübergehenden Verschiebung der Eheschließung eine Beendigung des Verlöbnisses zu sehen³⁰. Bei der Verwertung älterer Entscheidungen über den Verlöbnisschluss³¹ ist stets zu prüfen, inwieweit sie von heute nicht mehr bestehenden Anschauungen beeinflusst sind.
- 10 c) **Geschäftsfähigkeit.** Legt man die hier vertretene allgemeine Vertragstheorie zugrunde (Rz 6), setzt die Verlobung Geschäftsfähigkeit beider Partner voraus; die sittliche und geistige Reife ist kein überzeugender Maßstab³². Dementsprechend kann ein **Geschäftsunfähiger** kein Verlöbnis eingehen, weil er selbst die entsprechende Willenserklärung nicht abgeben kann und Stellvertretung nicht möglich ist (Rz 8); damit statuiert § 104 Nummer 1 faktisch eine Mindestaltersgrenze. Ein **Minderjähriger** kann sich nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam verloben, § 107³³; fehlt sie, ist das Verlöbnis nach § 108 Abs 1 schwebend unwirksam, der volljährige gewordene Verlobte kann es genehmigen, § 108 Abs 3. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist notwendige, aber auch hinreichende Voraussetzung. Einer familiengerichtlichen Zustimmung oder Befreiung analog § 1303 bedarf es nicht. Eine einmal (auch konkludent³⁴) erteilte Zustimmung kann nicht widerrufen oder angefochten werden³⁵. Solange sich der gesetzliche Vertreter aber nicht entschieden hat, ist der volljährige Teil unter den Voraussetzungen des § 109 Abs 2 an seine Erklärung gebunden, so dass der gesetzliche Vertreter die Schutzvorschriften der §§ 1298 ff auch nach einem Rücktritt des volljährigen Teils rückwirkend zur Geltung bringen kann (§ 184 Abs 1); dazu sind sie nach § 1626 zugunsten des Minderjährigen verpflichtet³⁶. Verweigert der gesetzliche Vertreter die Genehmigung, so dass der Schwebezustand beendet und das Verlöbnis unwirksam wird (§ 108 Abs 1), kann eine erneute Genehmigung nur erfolgen, wenn die Verlobten das Verlöbnis (zB durch Festhalten daran über längere Zeit) bestätigten (§ 141)³⁷. Eine Zustimmung der Eltern zum Verlöbnis schließt nicht aus, dass sie der späteren Eheschließung nach § 1303 Abs 3 widersprechen.
- 11 d) **Bedingung.** Weil das Verlöbnis nichts am familienrechtlichen Status ändert, kann es unter eine aufschiebende oder auflösende **Bedingung** gestellt werden, § 1311 Satz 2 ist nicht analog anwendbar³⁸. Als Bedingungen kommen zB in Betracht: Einwilligung der Eltern³⁹ (bei Minderjährigen aber bloße Rechtsbedingung), Behebung eines Eehindernisses, Bestehen einer Prüfung, Erlangung einer bestimmten Position, Wahl des Ehenamens. Ein Verlöbnis unter der Bedingung, dass der Geschlechtsverkehr zur Schwangerschaft führt, verstößt nicht gegen § 138⁴⁰. Es ist zwischen der Bedingung des Verlöbnisses und der Bedingung für die Eheschließung bei unbedingtem Verlöbnis zu unterscheiden⁴¹. Gegen einen **Anfangstermin** ist nichts einzuwenden. Dagegen lässt das Ziel des Verlöbnisses die Vereinbarung eines **Endtermins** nicht zu⁴². Wird

25 Rechtspolitische Forderung nach Schaffung eines Formerfordernisses bei Bosch FamRZ 1982, 867.

26 LG Hildesheim FamRZ 1960, 152.

27 BayObLG FamRZ 1983, 1226, 1228.

28 RG JW 1928, 3047; Dresden Recht 1906 Nr 470.

29 BayObLG NJWE-FER 2001, 261, 262.

30 Vgl Celle NJW 1983, 1065; Stuttgart 9.2.2011 – 3 W 73/10 (n.v. juris Rz 13); AG Göttingen 11.6.2010 – 74 IN 270/04 (n.v. juris Rz 6).

31 ZB RG WarnR 1917 Nr 273; München OLGE 26, 210; Kiel SchlHA 1921, 225.

32 Canaris AcP 165 (1965) 16; Beitzke, in FS Ficker 88; BeckOK-BGB/Hahn Rz 7; aA Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 100.

33 RGZ 61, 267, 271; RG JW 1906, 9; Genehmigung; Bremen FamRZ 1977, 555 mNachw.

34 Hamburg HansGZ 1909 B 63.

35 LG Saarbrücken NJW 1970, 327.

36 Zutreffend NK-BGB/Kaiser Rz 6; Gernhuber/Coester-Waltjen § 8 Rz 12.

37 NK-BGB/Kaiser Rz 6; MünchKomm/Roth Rz 7.

38 RGZ 80, 88, 89; Königsberg HRR 1938 Nr 208; MünchKomm/Roth Rz 13; aM Ramm, FamR I, § 59 III 3c.

39 Dabei ist eine Frage der Auslegung, ob mit „Einwilligung“ der Eltern deren bloße rein tatsächliche Zustimmung oder die Einwilligung bzw Genehmigung im Sinne von §§ 107, 108 gemeint sind; relevant wird das, wenn der bei Verlobung Minderjährige zwischenzeitlich volljährig wird.

40 Hamburg OLGE 16, 203; BeckOK-BGB/Hahn Rz 11; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR § 8 II 3 Fn 4 mNachw; aA Soergel¹²/Lange Rz 8.

41 RGZ 80, 88, 91.

42 Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 74; MünchKomm/Roth Rz 13.

dennoch (unwirksam) ein Endtermin vereinbart, so ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien für den Fall, dass ihnen die Unwirksamkeit bekannt gewesen wäre, gar kein oder ob sie ein unbefristetes Verlöbnis gewollt hätten; nach der subsidiär eingreifenden Zweifelsregelung des § 139 ist das Verlöbnis insgesamt unwirksam.

e) §§ 116–118. Die §§ 116–118 sind auch auf das Verlöbnis anwendbar. Ein einseitiger geheimer Vorbehalt (zB eines Heiratsschwindlers) ist daher unbeachtlich und das Verlöbnis wirksam, § 116⁴³. Hingegen ist eine nicht ernstlich gemeinte Verlobungserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt, nichtig, § 118. Umstritten ist, ob derjenige, der die nicht ernstlich gemeinte Verlobungserklärung abgegeben hat, auf Schadensersatz nach § 122⁴⁴ oder nach §§ 1298 f haftet⁴⁵. Richtigerweise ist hier dem Grunde nach § 122 Abs 1 **Alternative 1** anwendbar, nicht hingegen die §§ 1298 f, weil es an einem wirksamen Verlöbnis fehlt (vgl Rz 17). Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung⁴⁶ – die Anfechtungsregelungen und damit auch § 122 Abs 1 Alternative 2 als durch das spezielle verlobnisrechtliche Rücktrittsrechts verdrängt ansieht, würde daraus nichts anderes folgen; denn im Gegensatz zu den Anfechtungsregelungen ist § 118 ja gerade auch nach dieser Ansicht neben dem Rücktritt vom Verlöbnis anwendbar. Der Anspruch nach § 122 ist allerdings nur in den *Grenzen der §§ 1298 f* (vor allem § 1298 Abs 2) zu gewähren, weil sonst der zu Schützende besser stünde, wie wenn seine irri- ge Vorstellung richtig wäre⁴⁷. Wird das Verlöbnis einverständlich nur zum Schein abgegeben, ist es nichtig, § 117⁴⁸. Kein Fall des § 117 ist es hingegen, wenn die angestrebte Ehe nur von kurzer Dauer sein soll⁴⁹; ebenfalls nicht unter § 117 fällt es, wenn nur eine Scheinehe eingegangen werden soll⁵⁰.

f) **Anfechtung**. Fraglich ist, ob ein Verlobter – statt zurückzutreten – das Verlöbnis ggf auch anfechten kann. Das wird nur vereinzelt bejaht⁵¹, überwiegend aber abgelehnt⁵². Dafür sieht die herrschende Meinung Umstände, die eigentlich Anfechtungsgründe darstellen würden, regelmäßig als wichtigen, eine Schadensersatzpflicht nach § 1298 ausschließenden Grund für den Rücktritt an (§ 1298 Abs 3)⁵³.

Festzustellen ist zunächst, dass von den im BGB genannten **Anfechtungsgründen** meist nur § 119 Abs 2 und § 123 praktische Bedeutung zukommen könnte. Ein Erklärungsirrtum (§ 119 Abs 1 Alternative 2) ist kaum denkbar, ein Inhaltsirrtum (§ 119 Abs 1 Alternative 1) nur insoweit, als sich jemand darüber täuscht, durch die betreffende Handlung ein Verlöbnis einzugehen – was äußerst unwahrscheinlich ist, auch weil der BGH für die Eingehung des Verlobnisses auf das Heimatrecht eines jeden Verlobten abstellt⁵⁴; und ein Irrtum über die weiteren Rechtsfolgen des Verlobnisses (zB über mögliche Ansprüche nach §§ 1298 ff) ist als bloß mittelbarer Rechtsfolgenirrtum kein beachtlicher Inhaltsirrtum⁵⁵. Hingegen erschiene für die Anfechtungsgründe nach § 119 Abs 2 und § 123 durchaus ein praktischer Anwendungsbereich, zB bei einem Irrtum bzw einer arglistigen Täuschung über erhebliche Charaktereigenschaften (Spielsucht, Verschwendungssucht), über die sexuelle Orientierung, Krankheiten oder – in krassen Fällen – die Vermögensverhältnisse des anderen Verlobten⁵⁶.

Für ein Nebeneinander von Anfechtung und Rücktritt spricht, dass wenn man mit der zutreffenden herrschenden Meinung⁵⁷ das Verlöbnis als „normalen“ zivilrechtlichen Vertrag ansieht, auf diesen alle Regelungen des Allgemeinen Teils anwendbar sind, solange nicht überzeugend dargelegt wird, warum diese Grundregel ausnahmsweise durchbrochen werden muss⁵⁸. Mit dem Charakter des Verlobnisses als Dauerschuldverhältnis lässt sich eine derartige Ausnahme nicht rechtfertigen, was insbesondere ein Vergleich mit dem Arbeitsverhältnis zeigt, dessen Anfechtbarkeit heute nicht mehr ernstlich zweifelhaft ist⁵⁹; das gilt umso mehr, als sich bei der Anfechtung von Verlobnissen – anders als bei der von Arbeitsverhältnissen – die Problematik der Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen nicht stellen würde. Wie zu zeigen sein wird, kann die Nicht-

43 RGZ 149, 148; AG Neumünster FamRZ 2000, 817, 818; Erbarth, FPR 2011, 89, 90.

44 Dafür BeckOK-BGB/Hahn Rz 10.

45 So NK-BGB/Kaiser Rz 7.

46 Siehe Rz 13 ff.

47 Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 75.

48 Ganz hM; München OLGE 26, 210.

49 RG JW 1905, 288; LG Wiesbaden FamRZ 1965, 272.

50 Zur Sittenwidrigkeit siehe Rz 22 ff.

51 Erman¹²/Gamillscheg Vor § 1297 Rz 15; so auch noch RG JW 1936, 836.

52 LG Saarbrücken NJW 1970, 327; Gernhuber/Coes- ter-Waltjen § 8 Rz 19; Schwab, FamR Rz 44; Staud/ Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 76 f;

MünchKomm/Roth Rz 12; PWW/Weinreich/Rausch Rz 8; Erbarth, FPR 2011, 89, 90; Brox, Die Ein- schränkung der Irrtumsanfechtung, 1960, S 260.

53 Siehe § 1298 Rz 27.

54 Rz 40.

55 Vgl zum Rechtsfolgenirrtum Soergel/Hefermehl § 119 Rz 24; Staud/Singer § 119 Rz 67 ff; BeckOK-BGB/ Wendtland § 119 Rz 32.

56 Zu diesen Gesichtspunkten als verkehrswesentliche Eigenschaften einer Person siehe Soergel/Hefermehl § 119 Rz 44 f.

57 Siehe oben Rz 3.

58 Erman¹²/Gamillscheg Vor § 1297 Rz 15.

59 Vgl dazu ausführlich Staud/Richardi/Fischinger § 611 Rz 271 ff.

anwendbarkeit der §§ 119 ff auch nicht damit begründet werden, dass für sie neben dem jederzeitigen freien Rücktrittsrecht kein Bedürfnis besteht⁶⁰. Schließlich folgt auch daraus, dass es sich bei dem Verlöbnis um einen Vertrag auf dem Gebiet des Familienrechts handelt, nichts anderes. Zwar ist die Anfechtung einer Ehe nach §§ 119 ff ausgeschlossen, das ist aber auf den besonderen Charakter der Zivilehe, an deren Zustandekommen und Auflösung (Scheidung) staatliche Institutionen beteiligt sind, zurückzuführen; für das rein privatautonom begründete Verlöbnis lässt sich dieser Gedanke hingegen nicht fruchtbar machen.

- 16 Spricht man sich also richtigerweise für die Anfechtbarkeit des Verlobnisses aus, so ist in einem weiteren Schritt nach dem **Verhältnis der Anfechtungsgründe zu den Rücktrittsgründen** zu fragen. Richtigerweise sind insoweit beide Gestaltungsinstrumente unabhängig voneinander zu sehen, mit anderen Worten ein Umstand, über den sich der Anfechtungsberechtigte geirrt hat oder über den er vom anderen arglistig getäuscht wurde, kann – und wird in der Regel – zugleich wichtiger Grund im Sinne von § 1298 Abs 3 sein. Das bedeutet vor allem, dass auch schon bei Eingehung der Verlobung vorliegende Umstände – insoweit im Einklang mit der herrschenden Meinung – einen wichtigen Grund für den Rücktritt beinhalten können, das heißt eine (garennenscharfe) Abgrenzung von Anfechtungsgründen einerseits, Rücktrittsgründen andererseits nicht erfolgen muss.
- 17 Zu klären ist ferner, welche **Rechtsfolgen** die Anfechtung hat. Nach § 142 Abs 1 wirkt sie grundsätzlich **ex tunc**; Ausnahmen werden wegen der dort bestehenden Rückabwicklungsschwierigkeiten vor allem beim fehlerhaften Arbeitsverhältnis anerkannt⁶¹. Weil es trotz des Charakters als Dauerschuldverhältnis zwischen den beiden Verlobten keinen dem Arbeitsverhältnis vergleichbaren Leistungsaustausch gibt, erscheint es unbedenklich, es bei der Anfechtung von Verlobnissen bei der *ex tunc* Wirkung zu belassen⁶². Unabhängig davon will Kaiser die Anfechtung zwar tatbestandsmäßig zulassen, die Rechtsfolgen aber nicht den §§ 119 ff, sondern allein den §§ 1298 ff entnehmen⁶³. Das ist inkonsequent und überzeugt nicht. Wenn man schon die Anfechtungsregelungen neben dem Rücktrittsrecht für anwendbar hält, muss man grundsätzlich auch die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dem jeweiligen Regelungskomplex entnehmen. Daraus folgt: Da die §§ 1298, 1299, 1301 entgegen der herrschenden Meinung nur Anwendung finden, wenn die Parteien wirksam verlobt waren⁶⁴, **scheiden** diese Ansprüche **aus**; weder der Anfechtende noch der Anfechtungsgegner können sich auf sie berufen, der Anfechtende verliert also insbesondere einen möglichen eigenen Anspruch aus § 1301. Der Anfechtende haftet dem Anfechtungsgegner jedoch aus § 122. Der Anfechtungsgegner kann daher verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hätte⁶⁵; dritte Personen (insbesondere Eltern und die in § 1298 erwähnten Dritten) haben hingegen keinen Anspruch. Gegenüber dem Anfechtungsgegner muss der Anfechtende aber Ersatz für die aus den im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Eheversprechens getätigten Aufwendungen entstandenen Schäden sowie Rückgabe der in Erwartung der späteren Eheschließung erbrachten Geschenke leisten. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass der Anfechtungsgegner bei § 122 eben auch nur verlangen kann, so gestellt zu werden, als er bei Gültigkeit der Erklärung stünde⁶⁶. Dementsprechend kann der Anspruch nach § 122 inhaltlich nur soweit gehen, wie ein Schadensersatzanspruch nach §§ 1298, 1299 reichen würde; praktisch bedeutet das vor allem, dass nur Ersatz für aus angemessenen Aufwendungen (§ 1298 Abs 2) entstandene Schäden geschuldet ist.
- 18 Angesichts des **Damoklesschwert des § 122** ist die **praktische Bedeutung des Anfechtungsrechts** letztlich meist **gering**, weil die Anfechtung in den meisten Fällen für den Anfechtenden keine Vorteile hat, ja ihn – im Vergleich zum Rücktritt – sogar schlechter stellt, wenn der Anfechtungsgrund – wie in aller Regel – zugleich einen wichtigen Grund für den Rücktritt darstellt⁶⁷:
- Bei einem *Eigenschaftsirrtum* hat der sich Irrende im Falle des Rücktritts gegebenenfalls einen Anspruch gegen den Rücktrittsgegner aus § 1299, ohne selbst Schadensersatzansprüchen aus § 1298 (Abs 3!) oder § 122 (keine Anfechtung) ausgesetzt zu sein. Ficht er hingegen an, verliert er nicht nur – mangels Rücktritts – die Chance auf einen Anspruch aus § 1299, denkbar ist dann sogar eine eigene Schadensersatzverpflichtung aus § 122.
 - Bei einer *arglistigen Täuschung* gilt im Falle des Rücktritts des Getäuschten das soeben Gesagte ebenfalls (meist eigener Anspruch nach § 1299, keine Schadensersatzpflicht nach § 1298 oder § 122). Bei einer Anfechtung nach § 123 bestünde zwar keine eigene Schadensersatzpflicht nach § 122, der Anfechtende würde aber wiederum den Anspruch aus § 1299 verlieren.

60 Siehe Rz 16 ff.

61 Siehe Staud/Richardi/Fischinger § 611 Rz 297 ff, 308 ff.

62 So wohl auch Erman¹²/Gamillscheg Vor § 1297 Rz 15; aA NK-BGB/Kaiser Rz 18; MünchKomm⁴/Wacke § 1297 Rz 11.

63 NK-BGB/Kaiser Rz 18.

64 Siehe dazu näher Rz 26.

65 Vgl statt aller MünchKomm/Kramer § 122 Rz 8.

66 Vgl Staud/Singer § 122 Rz 8.

67 Siehe dazu § 1298 Rz 27.

Insoweit kommt den §§ 119 ff also keine praktische Bedeutung zu, da ein vernünftig handelnder Verlobter nicht anfechten, sondern zurücktreten wird; entsprechend wird die „Anfechtungserklärung“ (eines Laien) nicht als solche, sondern als Rücktritt auszulegen sein⁶⁸.

Es sind allerdings Konstellationen denkbar, in denen eine **Anfechtung** nach § 123 durchaus **19 sinnvoll** ist. Gemeint sind Fälle, in denen jeder Partner einen jeweils vom anderen verschuldeten wichtigen Grund für den Rücktritt hat; nach zutreffender Auffassung können hier dann, wenn einer von beiden zurücktritt, jeweils beide einen gegen den anderen gerichteten Schadensersatzanspruch aus § 1298 bzw § 1299 haben, die letztlich gegeneinander aufgerechnet werden können⁶⁹. Verhält es sich nun aber so, dass einer der beiden Verlobten den anderen arglistig getäuscht hat, so ist eine Anfechtung nach § 123 für den Getäuschten günstiger, *wenn* seine über §§ 1298 f liquidierbaren Schäden geringer sind als die des Täuschenden. Denn im Falle des Rücktritts muss er – saldiert – an den anderen leisten, ficht er hingegen an, entfallen nach zutreffender Auffassung die gegenseitigen Ansprüche aus §§ 1298 f – er steht also durch die Anfechtung besser. Das Verlöbnis anfechten kann er wegen der weitergehenden ex tunc Wirkung richtigerweise selbst dann noch, wenn der andere Verlobte zwischenzeitlich vom Verlöbnis zurückgetreten ist – und damit den zunächst entstandenen Schadensersatzansprüchen nach §§ 1298 f rückwirkend den Boden entziehen. Das dadurch zu erzielende Ergebnis ist auch sachgerecht, weil der arglistig Täuschende keinen Schutz verdient. Eine Anfechtung nach § 119 macht in diesen Konstellationen hingegen keinen Sinn, da der Anfechtende hier einen möglichen eigenen Anspruch nach § 1299 verlieren und zugleich dem anderen Ex-Verlobten nach § 122 haften würde.

Damit kann die Frage praktisch relevant werden, ob sich der Anfechtungswillige „bloß“ geirrt **20** hat oder ob er von seinem Partner arglistig getäuscht wurde. So möge sich beispielsweise F mit M in Unkenntnis von dessen Bisexualität verlobt haben; später betrügt F den M mit einem anderen. Die Bisexualität des Partners ist sicherlich eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne von § 119 Abs 2 (und ein wichtiger Grund im Sinne des § 1298⁷⁰) – eine Anfechtung nach § 119 bringt der F aber wie oben gezeigt anders als eine solche nach § 123 nichts. Hatte M nicht auf eine explizite dahingehende Frage der F vor Verlobung gelogen, stellt sich die Frage, ob ihn auch ungefragt eine **Offenbarungspflicht** traf. Im Ausgangspunkt ist es ureigene Sache jeder „Vertragspartei“, selbst durch entsprechende Fragen in den „Vertragsverhandlungen“ sich die für sie wichtigen Informationen zu beschaffen. Ungefragt kann Auskunft daher nur verlangt werden, wenn es sich um Umstände handelt, die für das Verlöbnis bzw die versprochene Ehe derart wesentlich sind, dass eine Aufklärung erwartet werden kann (Treu und Glauben)⁷¹; das ist vor allem der Fall, wenn das Verlöbnis/die Ehe nicht durchgeführt werden kann oder sie für den anderen Beteiligten unzumutbar sind. Bei der Bisexualität des Partners im obigen Beispiel kann das sicherlich bejaht werden, eine Anfechtung der F nach § 123 also möglich (und – wie gezeigt – wirtschaftlich für sie sinnvoll).

g) **Gesetzliches Verbot, § 134.** Da das Verlöbnis nach hier vertretener Auffassung ein „normaler“ zivilrechtlicher Vertrag ist, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auf es auch § 134 und § 138 anwendbar sind⁷². Dass einem Verlöbnis nur deshalb, weil die Ehe unter ungewöhnlichen Umständen stattfinden wird (zB schwere Krankheit, lebenslange Freiheitsstrafe, extremer Altersunterschied), nicht mit Blick auf § 134 (oder § 138) die Wirksamkeit versagt werden kann, ist selbstverständlich⁷³. Schwerpunkt der Diskussion im Bereich des § 134 ist die Frage, ob ein Verlöbnis wirksam ist, obwohl der versprochenen Ehe ein **Ehehindernis** entgegensteht. Ganz überwiegend wird zumindest bei *unbehebaren* Eheverböten neben einem Verstoß gegen § 138 auch ein solcher gegen § 134 angenommen⁷⁴; für *behebare* Eheverböte (zB §§ 1303 Abs 2, 1308 Abs 2, 1309 Abs 2) wird vorbehaltlich besonderer Umstände einschränkend angenommen, dass ein Verstoß gegen § 134 dann ausscheidet, wenn die Verlobten ihre geplante Eheschließung im Sinne einer Bedingung von der Behebung des Eheverböts abhängig machen, wobei im Zweifel ein entsprechender Parteiwille unterstellt wird⁷⁵. Richtigerweise ist ein Verlöbnis aber **nicht** wegen Verstoßes **gegen § 134 nichtig**, nur weil der geplanten Ehe ein Eheverbot entgegensteht⁷⁶.

68 Schon wegen der Möglichkeit einer solchen „laiengünstigen“ Auslegung geht es zu weit, die Anfechtung nach § 119 generell für ausgeschlossen zu halten, nur weil sie für den Anfechtenden in der Regel ungünstiger ist (so aber Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 76).

69 Siehe § 1299 Rz 7.

70 Siehe § 1298 Rz 27.

71 Vgl MünchKomm/Kramer § 123 Rz 16 f.

72 Diesen Grundansatz teilen allerdings auch die Vertreter der Vertrauenshaftungslehre, vgl exemplarisch Rauscher, FamRZ Rz 111.

73 Ebenso Soergel¹²/Lange Rz 7.

74 Vgl MünchKomm/Roth Rz 14; PWW/Weinreich/Rausch Rz 7; Rauscher, FamR Rz 111; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 78; Gernhuber/Coester-Waltjen § 8 Rz 23; Fuge, ZFE 2004, 270; Erbarth FPR 2011, 89, 90; differenzierend zwischen Verstoß gegen § 1307 (§ 138 und § 134) und gegen § 1308 (nur § 134) BeckOK-BGB/Hahn Rz 12.

75 BeckOK-BGB/Hahn Rz 12; MünchKomm/Roth Rz 14; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 79; Soergel¹²/Lange Rz 7; Gernhuber/Coester-Waltjen § 8 Rz 23.

76 Ebenso NK-BGB/Kaiser Rz 8; Staud/Sack/Seibl § 134 Rz 218.

Eheverbote/-hindernisse richten sich nur gegen die Eingehung der *Ehe*, nicht aber des *Verlöbnisses*; das Verlöbniß kann auch nicht als ebenfalls von § 134 erfasstes Umgehungsgeschäft angesehen werden. Soweit ein solches Verlöbniß nicht wegen Verstoßes gegen § 138 nichtig ist⁷⁷, gilt Folgendes: Bei einem unhebbaren Eheverbot scheidet die grundsätzlich zu bejahende Rechtspflicht auf Eingehung der Ehe (Rz 29) dauerhaft⁷⁸, bei einem hebbaren Eheverbot temporär bis zum Wegfall des Ehehindernisses aus (§ 275 Abs 1)⁷⁹. Das hat Rückwirkungen auf die §§ 1298f: Wer das Eheverbot/-hindernis kannte, konnte nicht darauf vertrauen, dass es zu einer Eheschließung kommen würde. Er kann sich daher auch nicht auf die §§ 1298f berufen; kannte hingegen nur einer der beiden Verlobten das Hindernis, so kommen zugunsten des anderen Ansprüche aus §§ 1298f in Betracht. Die übrigen Rechtsfolgen des Verlöbnisses bleiben von dem Eheverbot unberührt.

- 22 h) **Sittenwidrigkeit, § 138.** Im Bereich des § 138 stellen sich mehr und praxisrelevantere Fragen als bei § 134. Nicht sittenwidrig ist ein Verlöbniß deshalb, weil **Abreden über Kinderlosigkeit** oder die Anzahl der geplanten Kinder getroffen werden⁸⁰. Gleiches gilt, wenn die vereinbarte Eheschließung unter eine **Bedingung** gestellt wird, zB die einer erfolgreichen Wohnungssuche⁸¹. Umstritten ist, ob das Verlöbniß gegen § 138 verstößt, wenn sich die Partner einig sind, sich **alsbald** nach der Eheschließung **wieder scheiden zu lassen**. Das wird zum Teil mit Blick auf das Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft bejaht⁸², ist richtigerweise aber zu verneinen⁸³, weil Ziel des Verlöbnisses allein die Eingehung einer Ehe ist, das weitere Schicksal der wirksam begründeten Ehe kann daher keine Rückwirkungen auf die Wirksamkeit des Verlöbnisses haben; allerdings ist der Plan einer schnellen Ehescheidung maßgeblich im Rahmen der Angemessenheit (§ 1298 Abs 2) zu berücksichtigen⁸⁴. Soll die Ehe hingegen zu einem **rechtlich missbilligten Zweck** geschlossen werden (zB um einem Ausländer die Aufenthaltserlaubnis zu verschaffen), so zielt auch das Verlöbniß auf ein von der Rechtsordnung missbilligtes Ziel und verstößt daher gegen § 138⁸⁵. Gegen § 138 verstößt es wegen der in GG Artikel 6 Abs 1 normierten Eheschließungsfreiheit, für den Fall des Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen größeren Geldbetrag zu versprechen⁸⁶. Verlöbnisse zwischen **Verwandten in gerader Linie** sowie **Geschwistern** sind schon deshalb nicht mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu vereinbaren, weil sie und die versprochene Ehe letztlich auch auf die Begehung inzestioser Handlungen zielt bzw diese zumindest typischerweise damit einhergehen; zwar ist es rechtspolitisch verfehlt und verfassungsrechtlich entgegen dem BVerfG⁸⁷ nicht haltbar, Inzest strafrechtlich zu sanktionieren, daraus folgt aber nicht, dass derartigen Verlöbnissen rechtliche Anerkennung zuteil werden müsste. Allerdings wird man ein Verlöbniß zwischen Personen, deren Verwandtschaftsverhältnis durch **Annahme als Kind** begründet wurde, nicht als sittenwidrig ansehen können; zu beachten ist insoweit nämlich die gesetzgeberische Wertung des § 1766, nach der eine zwischen solchen Personen geschlossene Ehe nicht zur Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit der Ehe, sondern zur Aufhebung des Annahmeverhältnisses führt.

- 23 Das Verlöbniß ist nach herrschender Meinung sittenwidrig, wenn zumindest einer der beiden Partner bereits **anderweitig verheiratet** oder „verlebenspartnerschaftet“ ist⁸⁸. Die Gegenauffassung beruft sich hingegen vor allem auf die gewandelten Wertvorstellung und darauf, dass GG Artikel 6 Abs 1 nicht nur den Bestand, sondern auch die Möglichkeit der Ehescheidung schützt⁸⁹. **Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen.** Sowohl das Verlöbniß als – erst Recht – die Ehe beinhalten das Versprechen von Exklusivität, Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit; das lässt keine gleichgeartete zweite Beziehung zu einer anderen Person zu; es ist nicht zu erkennen, dass insoweit ein Wandel in den für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit maßgeblichen Anschauungen aller billig

77 Siehe dazu Rz 22 ff.

78 Wie hier NK-BGB/Kaiser Rz 8.

79 Vgl insoweit auch Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 79; auch in Bezug auf die vorübergehende Unmöglichkeit ist trotz seines Wortlauts § 275 Abs 1 anwendbar, vgl näher Staud/Löwisch/Caspers § 275 Rz 46 ff; MünchKomm/Ernst § 275 Rz 134.

80 Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 80; NK-BGB/Kaiser Rz 9; Fuge, ZFE 2004, 270.

81 Erman¹²/Gamillscheg Vor § 1297 Rz 16; soweit bei einem minderjährigen Verlobten die Verlobung von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängig gemacht wird, handelt es sich ohnehin nur um eine Rechtsbedingung.

82 Soergel¹²/Lange Rz 7.

83 So iE auch Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 80; vgl auch BeckOK-BGB/Hahn Rz 12; Gernhuber/Coester-Waltjen § 8 Rz 23; NK-BGB/Kaiser Rz 9; Staud/Sack/Fischinger § 138 Rz 554.

84 Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 80.

85 MünchKomm/Roth Rz 14; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 80; NK-BGB/Kaiser Rz 9; Staud/Sack/Fischinger § 138 Rz 554; für Verstoß auch gegen § 134 BeckOK-BGB/Hahn Rz 12 (nicht überzeugend).

86 Hamm NJW 1988, 2474; NK-BGB/Kaiser Rz 9.

87 BVerfG FamRZ 2008, 757.

88 BGH FamRZ 1984, 386; BayObLG NJW 1983, 831; Karlsruhe NJW 1988, 3023; Soergel¹²/Lange Rz 7; Schwab, FamR Rz 45; PWW/Weinreich/Rausch Rz 7; BeckOK-BGB/Hahn Rz 12.

89 NK-BGB/Kaiser Rz 9.

und gerecht Denkenden stattgefunden hat, der ein anderes Ergebnis rechtfertigen würde⁹⁰. Etwas anderes ist richtigerweise selbst dann nicht anzunehmen, wenn der verheiratete Teil zur Scheidung berechtigt ist und sie auch betreibt⁹¹. Denn bis zur Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses hat die Ehe noch formal Bestand. Das Argument, bei Scheitern der Ehe bestünden die Verpflichtungen aus § 1353 nicht mehr, kann nicht durchdringen, weil mittels Anerkennung des neuen Verlöbnisses der Scheidung in einer mit der Rechtsordnung nicht zu vereinbarenden Weise vorgegriffen würde⁹²; daher gilt auch nichts anderes, wenn bereits ein erstinstanzliches Scheidungsurteil vorliegt, dieses aber noch nicht rechtskräftig ist⁹³. Zu beachten ist aber, dass in all diesen Fällen das zunächst nichtige Verlöbnis nach Rechtskraft der Scheidung mit ex tunc-Wirkung durch Fortsetzung **bestätigt** werden kann, § 141 Abs 2⁹⁴. Zum Teil wird das Verlöbnis dann als nicht sittenwidrig angesehen, wenn es unter die Bedingung der Scheidung der anderweitigen Ehe gestellt wird⁹⁵; praktische Bedeutung kommt dem Streit allerdings kaum zu, weil selbst dann, wenn man auch hier von Sittenwidrigkeit ausgeht, in der Fortsetzung des Verlöbnisses nach der Scheidung eine Bestätigung zu sehen ist. Eine Ausnahme von der Sittenwidrigkeit trotz bestehender Ehe wird man dann machen können, wenn der Ehepartner offiziell (aber fälschlicherweise) **für tot erklärt** wurde; das folgt aus der Wertung des § 1319⁹⁶. Ob die „bloße“ **Verschollenheit** des Ehepartners genügt, um die Sittenwidrigkeit auszuschließen, ist umstritten⁹⁷. Für die Annahme von Sittenwidrigkeit spricht hier, dass anderenfalls ein nicht unerhebliches Maß an Rechtsunsicherheit darüber entstünde, ob der Aufenthalt des Betroffenen schon ausreichend lange ungewiss ist, um von Verschollenheit im Rechtssinne sprechen zu können⁹⁸. Das naheliegende Argument, angesichts der langen allgemeinen Frist für die Verschollenheitserklärung (zehn Jahre, VerschG § 3 Abs 1) sei es dem/der Hinterbliebenen nicht zumutbar, sein/ihr Leben nicht weiterzuführen und zu diesem Behufe sich wieder verloben zu können, vermag letztlich kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Denn eine Ehe kann vor der offiziellen Todeserklärung ohnehin nicht eingegangen werden (§§ 1306, 1319), die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit durch die Versagung der Wirksamkeit des Verlöbnisses ist demgemäß nicht schwerwiegend genug, um das mit der Gegenauffassung einhergehende Maß an Rechtsunsicherheit zu kompensieren; auch hier ist aber eine rückwirkende Heilung des zunächst nichtigen Verlöbnisses nach der Todeserklärung möglich, § 141. Zur Konstellation, in der zuerst ein Verlöbnis existiert und dann mit einer anderen Person die Ehe geschlossen wird vgl Rz 38.

Das (zweite) Verlöbnis ist auch dann sittenwidrig, wenn (mindestens) einer der beiden Verlobten bereits **anderweitig verlobt** oder ein entsprechendes Rechtsverhältnis mit einer Person gleichen Geschlechts eingegangen (vgl Rz 1) ist⁹⁹. Denn mit dem exklusiven Charakter des Verlöbnisses lässt es sich nicht vereinbaren, mehrere parallel einzugehen¹⁰⁰. Zu beachten ist allerdings, dass in der zweiten Verlobung ein **Rücktritt** vom ersten Verlöbnis zu sehen sein kann¹⁰¹; vgl dazu näher Rz 38.

Für das Vorliegen der Sittenwidrigkeit und die dadurch ausgelöste Rechtsfolge der Nichtigkeit des Verlöbnisses kommt es auf die **Kenntnis der Verlobten nicht an**¹⁰², weil es bei § 138 nicht um die Bewertung eines Verhaltens der Personen, sondern um die Bewertung eines Rechtsgeschäfts geht¹⁰³.

Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit ist zunächst die **Nichtigkeit** des Verlöbnisses. Ob die §§ 1298ff trotzdem anwendbar sein können, ist umstritten. Die herrschende Meinung hält ihre (analoge) Anwendung für möglich, und zwar zugunsten desjenigen Partners, der gutgläubig auf die

90 Vgl zur Anstandsformel ausf Staud/Sack/Fischinger § 138 Rz 13 ff.

91 Gegen Sittenwidrigkeit MünchKomm/Roth Rz 14; für Sittenwidrigkeit hingegen BGH FamRZ 1984, 386; BayObLG FamRZ 1983, 277; Fuge ZFE 2004, 270.

92 BayObLG FamRZ 1983, 277; PWW/Weinreich/Rausch Rz 7; Soergel¹²/Lange Rz 7; Schwab, FamR Rz 45; BeckOK-BGB/Hahn Rz 12; Staud/Sack/Fischinger § 138 Rz 556; einschränkend Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 82; aA MünchKomm/Roth Rz 14.

93 Celle MDR 1983, 1045; Karlsruhe NJW 1988, 3023.

94 MünchKomm/Roth Rz 14; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu § 1297–1302 Rz 82.

95 Gernhuber/Coester-Waltjen § 8 Rz 23; MünchKomm/Roth Rz 14; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 79; vgl BeckOK-BGB/Hahn Rz 12; aA Hk-BGB/Kemper Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 5 (Zusammenwirken am Vertragsbruch).

96 Soergel¹²/Lange Rz 7; BeckOK-BGB/Hahn Rz 12.

97 Für Sittenwidrigkeit Soergel¹²/Lange Rz 7; aA Pal/Brudermüller, Einf v § 1297 Rz 1; Schleswig SchlHA 1950, 288; Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 83.

98 Zum Begriff der Verschollenheit vgl Staud/Habermann § 1 VerschG Rz 3 ff.

99 RGZ 105, 245; Hk-BGB/Kemper Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 5; Soergel¹²/Lange Rz 7; zum Teil einschränkend und differenzierend Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 85; BeckOK-BGB/Hahn Rz 12.

100 Vgl Rz 23 zur Ehe.

101 Erman/Kroll-Ludwigs Vor § 1297 Rz 13.

102 BGH FamRZ 1969, 474; Karlsruhe NJW 1988, 3023; Gernhuber, FamR § 8 II 5 Fn 18; Soergel¹²/Lange Rz 7; MünchKomm/Roth Rz 14; aA LG Nürnberg-Fürth FamRZ 1956, 282; differenzierend danach, ob nur einer oder ob beide Verlobte die andere Ehe kannten Staud/Löhnig Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 82, 84.

103 Zur Frage, inwieweit subjektive Elemente bei § 138 eine Rolle spielen vgl ausf Staud/Sack/Fischinger § 138 Rz 74 ff.

Wirksamkeit der Ehe vertraute¹⁰⁴; derjenige, in dessen Person der die Sittenwidrigkeit begründende Umstand lag, kann nach dem OLG Karlsruhe aber keine Ansprüche geltend machen¹⁰⁵. Andere sprechen sich zwar gegen die Anwendbarkeit der §§ 1298 f aus, halten aber immerhin § 1301 für anwendbar, wenn der Schenkende auf die Wirksamkeit des Verlöbnisses vertraute und der Nichtigkeitsgrund in der Person des anderen Verlobten lag¹⁰⁶. Das überzeugt sämtlich nicht, die §§ 1298 ff sind bei einem nichtigen Verlöbniß richtigerweise **nicht anwendbar**¹⁰⁷. Es ist methodisch nicht vertretbar, das Fehlen einer Tatbestandsvoraussetzung dadurch zu „überspielen“ oder zu „umgehen“, dass die Norm analog angewandt wird, ohne dass die Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen. Das aber ist nicht der Fall: Weder gibt es Anhaltspunkte für eine planwidrige Regelungslücke, noch ist die Interessenlage vergleichbar. Denn es ist ein Unterschied, ob ein Verlobter aufgrund eines wirksamen Verlöbnisses darauf vertrauen kann, dass es zur Eheschließung kommt, oder ob er nur darauf vertraut, dass ein wirksames Verlöbniß zustande kam und er deshalb meint darauf vertrauen zu können, dass die Ehe geschlossen wird. Der gute Glaube an einen wirksamen Vertragsschluss ersetzt diesen nicht. Für Fälle, in denen das Verlöbniß wegen Verstoßes gegen § 138 nichtig ist, ist für mögliche Ansprüche der „Verlobten“ zu unterscheiden:

- *Täuschte einer der beiden „Verlobten“ den anderen arglistig* über den Nichtigkeitsgrund (zB Verheimlichung der anderweitigen Heirat), so ist das als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung anzusehen, die zu einem Schadensersatzanspruch nach § 826 führt. Liquidiert werden können über diesen zunächst die aus Aufwendungen usw (§ 1298 Abs 1) entstandenen Schäden. Da die vorsätzlich sittenwidrige Schädigung nicht nur gegenüber dem Partner, sondern auch gegenüber den auf die Wirksamkeit des Verlöbnisses vertrauenden Eltern und sonstigen Dritten im Sinne von § 1298 begangen wurde, können auch diese sich auf § 826 berufen. Sie und der getäuschte Verlobte dürfen aber auch nicht besser stehen, wie wenn ihre Vorstellung (wirksames Verlöbniß) zutreffen hätte. Man muss daher den Anspruch entsprechend der Regelung des § 1298 beschränken müssen, das heißt insbesondere ihn auf Ersatz von aus angemessenen (§ 1298 Abs 2) Aufwendungen entstandenen Schäden begrenzen. Über § 826 wird man ferner aber auch einen Herausgabeanspruch für Geschenke und Verlöbnißszeichen, wie er nach einem wirksamen Verlöbniß über § 1301 gewährt würde, herleiten können, weil die Schenkungen ohne das Vertrauen auf die Wirksamkeit des Eheversprechens nicht erfolgt wären. Schließlich können gegebenenfalls die in § 1300 Rz 2 genannten Ansprüche in Betracht kommen.
- *Wussten entweder beide Partner um den Nichtigkeitsgrund* (zB anderweitige Heirat) oder *wusste keiner von ihnen um den Nichtigkeitsgrund* und trifft daran auch keinen ein Verschulden (zB Ödipus-Konstellation; Unkenntnis der Geschwisterstellung) so kommen nur – nach den jeweiligen allgemeinen – Regeln Ansprüche aus Bereicherungsrecht, Schenkungsrecht, GoA oder Innengesellschaft in Betracht. Deliktische Ansprüche werden hier in der Regel nicht bestehen.
- *Trifft einen der beiden Partner an dem Nichtigkeitsgrund ein Verschulden*, ohne dass ihm eine arglistige Täuschung vorzuwerfen wäre (zB – praktisch schwer vorstellbar, aber nicht undenkbar – fahrlässige Unkenntnis von einer fortbestehenden Ehe), und ist dem anderen Partner kein entsprechender Vorwurf zu machen, dann kommt zum Schutz des Gutgläubigen eine Anwendung der **culpa in contrahendo** (§§ 280 Abs 1, 241 Abs 2, 311 Abs 2) in Betracht. Erforderlich ist dabei aber stets, dass der in Anspruch Genommene den Nichtigkeitsgrund zu vertreten hat; allein die Tatsache, dass ein in seiner Person liegender Grund der Wirksamkeit des Verlöbnisses entgegensteht, genügt daher nicht. Ihm muss vielmehr entweder vorzuwerfen sein, dass er diesen Grund verursacht hat oder dass er ihn dem anderen Partner pflichtwidrig und mindestens fahrlässig nicht vor der Verlobung mitgeteilt hat. Der Anspruch aus §§ 280 Abs 1, 241 Abs 2, 311 Abs 2 ist zudem auf dasjenige zu beschränken, was nach einem Rücktritt von einem wirksamen Verlöbniß hätte verlangt werden können, das heißt es ist insbesondere die Wertung des § 1298 Abs 2 zu berücksichtigen.

27 i) **Sonderentwicklungen im Strafrecht.** Soweit das Verlöbniß im Rahmen des Strafrechts relevant wird¹⁰⁸, haben sich für seine Anerkennung zum Teil ganz eigenständige Grundsätze entwickelt¹⁰⁹. Insbesondere werden Verlöbniße eines Minderjährigen auch dann als wirksam anerkannt, wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters fehlte, solange der Minderjährige nur hinreichend einsichtsfähig war¹¹⁰. Andererseits wird entgegen § 116 einem trotz Mentalre-

104 BGH FamRZ 1969, 474, 475 f; MünchKomm/Roth Rz 14; PWW/Weinreich/Rausch Rz 7; Schwab, FamR Rz 45; widersprüchlich Hk-BGB/Kemper Vorbemerkung zu §§ 1297–1302 Rz 5 einerseits, § 1301 Rz 3 andererseits.

105 Karlsruhe NJW 1988, 3023; Pal/Brudermüller, Einf v § 1297 Rz 1.

106 BeckOK-BGB/Hahn Rz 14, § 1301 Rz 3; Gernhuber/Coester-Waltjen § 8 Rz 24–26, 55.

107 Ebenso – soweit ersichtlich – nur NK-BGB/Kaiser §§ 1298, 1299 Rz 9, § 1301 Rz 7 (mit zT abweichender Begründung).

108 Siehe unten Rz 29 und 33.

109 Schönke/Schröder/Eser/Hecker, StGB § 11 Rz 9; vgl auch Geilen FamRZ 1961, 147, 156; Bruns MDR 1953, 458 ff.

110 RGSt 38, 242.