

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 278/96

Verkündet am:
1. April 1998
Küpferle
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

zu A 2, 3 der Entscheidungsgründe

BGB §§ 167 Abs. 2, 1410

Die widerruflich erteilte Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages bedarf grundsätzlich keiner notariellen Beurkundung.

BGH, Urteil vom 1. April 1998 - XII ZR 278/96 - OLG Frankfurt am Main
AG Königstein

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. April 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Dr. Zysk, Dr. Hahne und Sprick

für Recht erkannt:

Die Revision der Antragsgegnerin gegen das Urteil des 5. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 7. November 1996 wird zurückgewiesen.

Die weitergehende Feststellungswiderklage wird abgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 23. August 1958 die Ehe, aus der vier inzwischen erwachsene Söhne hervorgingen. Der Antragsteller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, war als Geschäftsführer einer GmbH tätig, deren Alleingesellschafterin die Antragsgegnerin war.

- 3 -

Nachdem die Parteien sich bereits getrennt hatten, schlossen sie zu notarieller Urkunde vom 21. November 1989 einen Ehevertrag, in dem es heißt:

Für unsere Ehe haben wir durch notariellen Vertrag die Gütertrennung eingeführt.

Den notariellen Gütertrennungsvertrag heben wir hiermit auf.

Die Gütertrennung heben wir hiermit rückwirkend auf, so daß von Beginn unserer Ehe an der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelten soll.

Bei der Beurkundung war die Antragsgegnerin durch eine Angestellte des beurkundenden Notars vertreten, der sie am 19. Oktober 1989 eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt hatte.

Im Scheidungsverbundverfahren stellten beide Parteien Stufenanträge zum Zugewinnausgleich. Die diesbezügliche Folgesache wurde abgetrennt und dem Scheidungsantrag des Antragstellers durch Urteil vom 19. Oktober 1994 vorab stattgegeben.

Nach wechselseitiger Auskunftserteilung beantragte der Antragsteller im Wege der Teilklage, die Antragsgegnerin zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 20.663.707 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Er führte aus, sein Gesamtanspruch belaufe sich auf das Doppelte dieses Betrages.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Widerklagend beantragte die Antragsgegnerin festzustellen, daß die Parteien während ihrer Ehe nicht im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, sondern in Gütertrennung gelebt hätten. Sie vertrat die Auffassung, der Ehevertrag vom 21. November 1989 sei unwirksam, weil die Vollmacht der Notariatsangestellten nicht notariell beurkundet worden sei.

Vorsorglich focht sie den Ehevertrag wegen arglistiger Täuschung an. Der Antragsteller habe sie mit folgender Begründung zum Abschluß des Vertrages bewogen: Bei fortbestehender Gütertrennung fiel beim Tod eines Ehegatten Erbschaftsteuer in beträchtlicher Höhe an. Die dadurch bedingte Schmälerung des den gemeinschaftlichen Kindern zufließenden Vermögens könne durch Wiederherstellung der Zugewinnngemeinschaft erheblich vermindert werden. Nach einer kurz zuvor veröffentlichten Entscheidung des Bundesfinanzhofs werde steuerlich anerkannt, wenn Eheleute den gesetzlichen Güterstand rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung vereinbarten.

Der Antragsteller habe verschwiegen, daß der steuerliche Erfolg auch dann hätte erreicht werden können, wenn zugleich der Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung ausgeschlossen worden wäre. Damit habe er beabsichtigt, sich selbst Vermögensvorteile für die bereits beabsichtigte Scheidung zu verschaffen. Sie selbst sei erst im vorliegenden Rechtsstreit durch ihren Prozeßbevollmächtigten über diese Zusammenhänge aufgeklärt worden, so daß die einjährige Anfechtungsfrist des § 124 BGB gewahrt sei.

Der Antragsteller trat diesem Vorbringen entgegen.

Das Amtsgericht - Familiengericht - erließ ein Teilurteil, durch das es das als Zwischenfeststellungswiderklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) beurteilte Begehren der Antragsgegnerin abwies. Dagegen legte die Antragsgegnerin Berufung ein, die erfolglos blieb (Veröffentlichung in NJWE-FER 1997, 221).

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Antragsgegnerin ihr Feststellungsbegehren weiter; hilfsweise beantragt sie festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sei, dem Antragsteller Zugewinnausgleich auf der Grundlage einer rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung vereinbarten Zugewinnsgemeinschaft zu gewähren.

Entscheidungsgründe:

A) Hauptantrag

1. Der Antragsteller hat nach der Schlußverhandlung der Berufungsinstanz mit Nichtwissen bestritten, daß die Parteien etwa ein Jahr nach der Eheschließung durch notariellen Ehevertrag die Gütertrennung vereinbart hätten. Da das Oberlandesgericht diese Frage letztlich offengelassen hat, ist für die Revisionsinstanz zugunsten der Antragsgegnerin von einer wirksamen Vereinbarung der Gütertrennung auszugehen. Daher kommt es nicht mehr darauf an, ob die von ihr in der Revisionsinstanz mit Schriftsatz vom 23. Juli 1997 vorgelegte Ablichtung einer diesbezüglichen notariellen Urkunde vom 31. März 1959 im Hinblick auf § 561 ZPO berücksichtigt werden kann.

2. Soweit die Parteien durch notariellen Ehevertrag vom 21. November 1989 vereinbart haben, daß die Gütertrennung rückwirkend aufgehoben werde und von Beginn der Ehe an der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelten solle, bedeutet dies, daß der neue Güterstand nicht nur für die Zukunft Wirkungen entfalten soll, sondern daß insbesondere im Rahmen eines etwaigen Zugewinnausgleichs für das Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 1 BGB) nicht der Vertragsabschluß, sondern der Zeitpunkt der Eheschließung maßgebend sein soll. Eine solche Gestaltung begegnet im Hinblick auf die in § 1408 Abs. 1 BGB statuierte Vertragsfreiheit keinen rechtlichen Bedenken (herrschende Meinung, vgl. etwa MünchKomm/Kanzleiter 3. Aufl. § 1408 Rdn. 15; s.a. Senatsurteil vom 26. März 1997 - XII ZR 250/95 - FamRZ 1997, 800).

3. Die Revision wendet sich vornehmlich gegen die Beurteilung des Oberlandesgerichts, der Ehevertrag vom 21. November 1989 sei formgerecht zustande gekommen. Sie macht geltend, die Anforderungen des § 1410 BGB seien tatsächlich nicht eingehalten. Wortlaut und Schutzzweck dieser Vorschrift legten die Auslegung nahe, daß beim Vertragsabschluß beide Teile persönlich anwesend sein müßten. Vorliegend sei die Antragsgegnerin aber durch eine Notariatsangestellte vertreten gewesen. Sofern eine Vertretung zulässig sei, sei § 167 Abs. 2 BGB, wonach die Erteilung der Vollmacht nicht der für das Vertretergeschäft geltenden Form bedürfe, im Wege der teleologischen Reduktion einschränkend dahin auszulegen, daß die Erteilung der Vollmacht jedenfalls für einen Ehevertrag der notariellen Beurkundung bedürfe. Ein solcher Vertrag greife regelmäßig tief in die

vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten ein und habe langfristige und weitreichende Auswirkungen. Wenn nach § 1410 BGB die notarielle Beurkundung vorgeschrieben sei, solle die damit verbundene Belehrungspflicht des Notars (§ 17 BeurkG) gewährleisten, daß kein Ehegatte durch den anderen übervorteilt werde (Schutzfunktion) und daß den Vertragsschließenden eindringlich die wirtschaftlichen Folgen ihrer Erklärungen vor Augen gehalten würden (Warnfunktion). Dieser Zweck sei nur zu erreichen, wenn auch die Vollmacht, die zum Abschluß des Vertrages ermächtige, der Form des § 1410 BGB bedürfe. Insoweit müsse das gleiche gelten wie bei einer Bürgschaft, bei der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs § 167 Abs. 2 BGB dahin einschränkend auszulegen sei, daß auch die Erteilung der Vollmacht durch den Bürgen der Schriftform des § 766 BGB bedürfe (Hinweis auf BGHZ 132, 119, 124 f.). Vorliegend sei somit nicht ausreichend gewesen, daß die die Antragsgegnerin vertretende Notariatsangestellte aufgrund einer Vollmacht gehandelt habe, bei der lediglich die Unterschrift notariell beglaubigt gewesen sei.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Die Vorschrift des § 1410 BGB, wonach ein Ehevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden muß, schließt nach allgemeiner Ansicht nur die sogenannte Stufenbeurkundung (§ 128 BGB) aus, nicht aber auch die Vertretung eines Vertragsteils (so schon BGHZ 5, 344, 349). Wo das Gesetz persönliches Handeln verlangt, sagt es dies ausdrücklich, wie z.B. in §§ 1750 Abs. 3 Satz 1, 2274 BGB, 13 Abs. 1 EheG.

b) Nach herrschender Auffassung sind de lege lata entsprechend dem Wortlaut der §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB sowohl die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages als auch die nachträgliche Genehmigung von einem vollmachtslosen Vertreter abgegebener Erklärungen grundsätzlich formfrei, (zur Genehmigung vgl. Senatsurteil vom 25. Januar 1989 - IVb ZR 44/88 - FamRZ 1989, 476; zur Vollmacht vgl. MünchKomm/Kanzleiter aaO § 1410 Rdn. 4; BGB-RGRK/Finke, 12. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Soergel/Gaul BGB 12. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Palandt/Diederichsen BGB 57. Aufl. § 1410 Rdn. 1; Erman/Heckelmann BGB 9. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Jauernig/Schlechtriem BGB 7. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen Lehrbuch des Familienrechts 4. Aufl. § 32 II 1 S. 474). Dabei halten einige Autoren die Regelung allerdings für reformbedürftig. Auf der Grundlage des geltenden Rechts bejahen sie eine Durchbrechung des Grundsatzes einer formfrei wirksamen Vollmacht nur für Ausnahmefälle, insbesondere dann, wenn diese unwiderruflich oder sonst mit Bindungswirkung erteilt worden ist (vgl. MünchKomm/Kanzleiter aaO Rdn. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen aaO); weitergehend wird vertreten, daß die im Hinblick auf § 313 BGB zur Formbedürftigkeit der Vollmacht von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch auf den Fall des § 1410 BGB anzuwenden seien (vgl. Staudinger/Thiele [1994] § 1410 Rdn. 6).

Demgegenüber wird im Schrifttum zu § 167 BGB teilweise eine generelle Erstreckung aller Formvorschriften mit Warnfunktion auf die Erteilung der Vollmacht befürwortet, insbesondere in Anwendung der Grundsätze der teleologischen Reduktion (vgl. Staudinger/Schilken [1995] § 167 Rdn. 20 m.w.N.); gleiches wird für die Vorschrift des § 182 Abs. 2

BGB vertreten (Nachweise bei BGHZ 125, 218, 221 f.). Nach anderer Auffassung soll insoweit nach der jeweiligen Interessenlage zu differenzieren sein (vgl. Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft 1955 S. 276 ff.) bzw. es bei einer Einzelfallbeurteilung analog der bereits angeführten Rechtsprechung zu § 313 BGB verbleiben (vgl. MünchKomm/Schramm aaO § 167 Rdn. 20).

c) Der Senat hält es auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht für gerechtfertigt, die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages generell der Form des § 1410 BGB zu unterwerfen. Die teleologische Reduktion einer Norm setzt voraus, daß eine vom Gesetzgeber unterlassene Differenzierung entweder durch den Sinn und Zweck der einzuschränken- den Norm selbst oder durch den vorrangigen Zweck einer anderen Norm angezeigt ist, der sonst nicht erreicht würde (vgl. etwa Larenz, Methodenlehre 5. Aufl. S. 376). Im Gesetzgebungsverfahren zu dem am 1. Juli 1958 in Kraft getretenen Gleichberechtigungsgesetz ist im Hinblick auf das Verhältnis des Formzwangs eines Ehevertrages zur Formfreiheit der Vollmachtserteilung die Frage erörtert worden, ob "ein Dritter durch ein einfaches Blatt Papier zu einer so weittragenden Maßnahme wie dem Abschluß eines Ehevertrages bevollmächtigt werden" kann. Für die Beibehaltung der Formfreiheit der Vollmacht wurde jedoch der Gesichtspunkt der Erleichterung des Rechtsverkehrs ins Feld geführt, zumal es nicht wenige Fälle gebe, "in denen die künftigen Ehegatten weit voneinander entfernt" lebten. Von einer Reform wurde schließlich mit der Erwägung abgesehen, daß eine Bestimmung, mit der 50 Jahre lang kein Mißbrauch betrieben worden sei, nicht geändert werden sollte (vgl. Deutscher Bundes-

tag, 2. Wahlperiode 1953, Protokoll der 7. Sitzung des Unterausschusses "Familienrechtsgesetz" vom 22. April 1955). Daraus ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber des Gleichberechtigungsgesetzes der Schutzfunktion des heutigen § 1410 BGB gegenüber dem Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs, das dem § 167 Abs. 2 BGB zugrunde liegt, keinen Vorrang eingeräumt hat. Nur dann wäre aber eine generelle teleologische Reduktion, wie sie teilweise vertreten wird, gerechtfertigt.

Wie bereits das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat, wäre auch bei einer Ausdehnung der Beurkundungspflicht des Ehevertrages auf die Abschlußvollmacht nichts Entscheidendes für die Schutz- und Warnfunktion des § 1410 BGB gewonnen. Die Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG geht nämlich nur so weit, als eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form wirksam enthält. Im Falle der Vollmachterteilung muß sich diese also nicht notwendig auch auf den Inhalt und die Ausgestaltung des Vertretergeschäftes beziehen, soweit dessen Einzelheiten überhaupt schon bekannt sind (vgl. BGHZ 125 aaO, 225 f.). Sie bezieht sich schwerpunktmäßig auf die Rechtswirksamkeit der Beurkundung, wobei der Notar darauf achten soll, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1988 - IX ZR 77/87 - ZIP 1988, 696, 697). Die Pflicht zur Unparteilichkeit nötigt ihn zur Zurückhaltung bei der Erörterung möglicher wirtschaftlicher Auswirkungen des Rechtsgeschäfts, da die einseitige Interessen-

wahrnehmung nur von einem Rechtsanwalt erwartet werden kann (BGH aaO S. 699). Eine Belehrungspflicht kann sogar ganz entfallen, wenn sich die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärung und das damit verbundene Risiko vollständig im klaren sind und die konkrete Vertragsgestaltung ernsthaft wollen (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 1996 - IX ZR 237/95 - NJW 1996, 2037, 2038). Insoweit besteht ein Wertungsgleichklang mit § 182 Abs. 2 BGB, wonach auch der unbelehrte Vertragsbeteiligte formfrei einen schwebend unwirksamen Vertrag genehmigen kann. Demgegenüber ist auf die Regelung des § 1587 o Abs. 2 BGB hinzuweisen, wonach bei Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich im Zusammenhang mit einer Scheidung neben der notariellen Beurkundung eine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist. Hier hat der Gesetzgeber eine Situation gesehen, in der die Übervorteilung eines Ehegatten typischerweise naheliegt, und dem durch ein besonderes Regulativ Rechnung getragen (vgl. dazu BT-Drucks. 7/4361 S. 49; Senatsbeschluß vom 24. Februar 1982 - IVb ZB 746/80 - FamRZ 1982, 471, 472 = NJW 1982, 1463). Sofern den Schutzinteressen beim Abschluß eines Ehevertrages nachhaltig Rechnung getragen werden soll, wäre nach allem das erstrebte Ziel kaum schon durch eine Beurkundungspflicht auch der Vollmachterteilung zu erreichen, sondern es wäre etwa an das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Verlobten oder Ehegatten zu denken (ähnlich MünchKomm/Kanzleiter aaO Rdn. 4).

d) Die Übertragung der zur Blankobürgschaft entwickelten Grundsätze (BGHZ 132, 119, 124 f.) auf den Fall des § 1410 erscheint wegen der anders gearteten Interessenlage als nicht gerechtfertigt. Es geht nicht darum, mit der Er-

streckung der Schriftform des § 766 BGB auf die Vollmachterteilung dem Bürgen Art und Umfang seiner Haftung vor Augen zu führen und die EntschlieÙung darüber nicht einem Dritten zu überlassen, sondern um eine sachgerechte Aufklärung der Vertragsteile über die Konsequenzen einer von ihnen beabsichtigten Regelung. Wie ausgeführt, läÙt sich der Schutzzweck des § 1410 BGB nicht entscheidend durch einen Formzwang für die Vollmacht fördern. Soweit der Gesetzgeber diesem Zweck keinen Vorrang gegenüber dem Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs gegeben hat, ist das hinzunehmen.

e) Werden die Fallgestaltungen in Betracht gezogen, in denen nach der Rechtsprechung zu § 313 BGB im Grundstücksverkehr schon die Erteilung einer Vollmacht notarieller Beurkundung bedarf (vgl. die Zusammenstellung bei MünchKomm/Schramm aaO § 167 Rdn. 17 bis 19 b; Staudinger/Thiele aaO § 1410 Rdn. 5), so scheidet der Hauptfall, die unwiderrufliche oder sonst mit gleicher rechtlicher oder tatsächlicher Bindung erteilte Vollmacht, nach den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen aus. Das Oberlandesgericht hat unangegriffen festgestellt, daß die Antragsgegnerin die der Notariatsangestellten am 19. Oktober 1989 erteilte Vollmacht bis zum Vertragsschluß am 21. November 1989 ohne weiteres widerrufen konnte. Das der Vollmachterteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis (§ 168 BGB) bestand in einem Auftrag, der gemäß § 671 Abs. 1 BGB für die Auftraggeberin jederzeit widerruflich war (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. Mai 1965 - V ZR 156/64 - DNotZ 1966, 92, 95) und ebenfalls nicht der Form des § 1410 BGB unterlag (vgl. dazu MünchKomm/Seiler aaO § 662 Rdn. 6 ff.). Anhaltspunkte da-

für, daß die Antragsgegnerin die Frage der Widerruflichkeit seinerzeit anders gesehen hat, bestehen nicht.

Im Schrifttum wird teilweise die Formbedürftigkeit der Vollmacht auch für den Fall bejaht, daß dem Vertreter kein eigener Entscheidungsspielraum gelassen ist (vgl. Staudinger/Thiele aaO). Dem folgt der Senat nicht. In der Rechtsprechung, auch derjenigen des Reichsgerichts zu § 313 BGB (vgl. dazu die in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen RGZ 54, 75, 79; 97, 332, 334 sowie HRR 1928 Nr. 304), findet diese Auffassung keine Stütze. In den genannten Fällen wird zumeist lediglich eine Spezialvollmacht vorliegen, die den Sinn hat, sich nicht in unüberschaubarer Weise dem Willen des Vertreters auszuliefern (vgl. Müller-Freienfels aaO S. 72 f.). Das gilt auch im vorliegenden Fall, in dem in der Vollmachtsurkunde der Inhalt des abzuschließenden Vertretergeschäfts dahin umschrieben ist, "daß die bestehende Gütertrennung für unsere Ehe aufgehoben und rückwirkend der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft eingeführt wird". Daß in derartigen Fällen einer jederzeit widerruflichen Vollmacht ein besonderer Grund vorläge, gleichwohl die Formbedürftigkeit der Vollmacht anzunehmen, ist nicht ersichtlich.

Offenbleiben kann, ob andere Fallgestaltungen, die nach den zu § 313 BGB entwickelten Grundsätzen eine Formbedürftigkeit der Vollmacht bedingen, auch für Eheverträge von Bedeutung sind. Sie liegen außerhalb des vorliegend gegebenen Sachverhalts, so daß eine Stellungnahme dazu nicht veranlaßt ist.

4. Die Antragsgegnerin hat unter dem 19. Oktober 1992 an den Antragsteller einen Brief gerichtet, der folgende Passagen enthält:

"Ich glaube ich habe durch die Aufgabe der Gütertrennung hinreichend bewiesen, daß ich für absolute Gerechtigkeit bei der Teilung des Vermögens bin, denn die Gütertrennung habe ich aufgegeben, als eine endgültige Trennung zwischen uns beiden doch ziemlich unvermeidbar schien. Für mich war es immer gleich ob Gütertrennung oder Zugewinnngemeinschaft, mein moralisches Empfinden wäre immer für exakte Teilung gewesen."

Diese Erklärung würde im übrigen auch die Erfordernisse für eine Genehmigung des Ehevertrages durch die Antragsgegnerin erfüllen. Mit diesem Brief, dessen Echtheit und Zugang unstreitig ist, hat sie nämlich die im Ehevertrag getroffene Vereinbarung nachträglich ausdrücklich gebilligt. In einem solchen Fall kommt es nicht darauf an, ob sie wenigstens mit der Möglichkeit rechnete, der Vertrag könnte nicht rechtswirksam abgeschlossen worden sein (vgl. BGHZ 47, 341, 351 f.; BGH WM 1967, 1164, 1165). Nach der Rechtsprechung des Senats, an der festgehalten wird, ist die Genehmigung gemäß § 182 Abs. 2 BGB formfrei (vgl. Senatsurteil vom 25. Januar 1989 aaO; s.a. BGHZ 125 aaO 222 ff.).

5. Das Berufungsgericht hat die von der Antragsgegnerin erklärte Anfechtung des Ehevertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) nicht durchgreifen lassen. Dazu hat

es ausgeführt, der Entscheidung könne nicht die Behauptung der Antragsgegnerin zugrunde gelegt werden, der Antragsteller habe ihr arglistig verschwiegen, daß der mit dem Vertrag angestrebte Erfolg, im Falle des Todes eines Ehegatten die Erbschaftsteuerbelastung abzumildern, auch durch eine Regelung hätte erzielt werden können, die den Zugewinnausgleich für den Fall der Beendigung des Güterstandes durch Scheidung ausschließt. Der Antragsteller habe bestritten, eine derartige Möglichkeit der Vertragsgestaltung gekannt zu haben, so daß ein arglistiges Verhalten nicht vorliege. Ihre gegenteilige Darstellung habe die Antragsgegnerin nicht unter Beweis gestellt. Davon abgesehen spreche der Brief der Antragsgegnerin vom 19. Oktober 1992 dafür, daß es ihr nicht nur auf eine Vermeidung der "Doppelbesteuerung" im Falle des Todes eines Ehegatten angekommen sei, sondern daß sie auch für den Fall des Scheiterns der Ehe die zivilrechtlichen Folgen des gesetzlichen Güterstands akzeptiert habe.

Was die Revision hiergegen vorbringt, dringt nicht durch:

a) Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht berücksichtigt, daß der Antragsteller seinerzeit bereits eine Beziehung zu einer anderen Frau unterhalten und die Scheidung beabsichtigt habe, während die Antragsgegnerin von dem Fortbestand der Ehe ausgegangen sei. Daran ist richtig, daß in erster Instanz ein Verhältnis des Antragstellers zu einer anderen Frau vorgetragen worden ist, welches jedenfalls nicht substantiiert bestritten worden ist. Darauf ist die Antragsgegnerin

in der Berufungsinstanz nicht mehr zurückgekommen. Bereits bestehende Scheidungsabsichten hat aber der Antragsteller wiederholt mit dem Vortrag bestritten, er habe den Entschluß zum Scheidungsantrag, der im Oktober 1991 eingereicht worden ist, erst gefaßt, nachdem ihn die Antragsgegnerin am 2. Oktober 1991 fristlos als Geschäftsführer der GmbH abberufen habe. Ferner hat der Antragsteller vorgetragen, die Antragsgegnerin habe im Herbst 1989 in den USA ein Verhältnis mit K. unterhalten, den sie zu heiraten beabsichtigt habe. Auch dies wurde nicht substantiiert bestritten. Wird hinzugenommen, daß die Antragsgegnerin in ihrem Brief vom 19. Oktober 1992 selbst davon spricht, daß eine endgültige Trennung seinerzeit "doch ziemlich unvermeidbar schien", kann nicht als dargetan angesehen werden, daß sie bei Vertragsabschluß auf den Fortbestand der Ehe vertraute.

b) Da für den gesamten Tatbestand des § 123 BGB der Anfechtende die Beweislast trägt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 5. Dezember 1975 - V ZR 34/74 - LM BGB § 417 Nr. 2 Bl. 3), ist das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision nicht von einer unzutreffenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen, wenn es darauf abgehoben hat, daß die Antragsgegnerin ihre strittige Behauptung hätte beweisen müssen, dem Antragsteller sei seinerzeit die Möglichkeit bekannt gewesen, in steuerunschädlicher Weise eine sogenannte modifizierte Zugewinnngemeinschaft (mit Ausschluß des Ausgleichs für den Fall der Scheidung) zu vereinbaren. In der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 28. Juni 1989 (BFHE 157, 229), die Anlaß für den Abschluß des Ehevertrages war, wird diese Möglichkeit nicht angesprochen; auch war der Antragsteller seinerzeit schon län-

gere Zeit nicht mehr als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht tätig gewesen, sondern hatte sich der Geschäftsführung der GmbH gewidmet, die wirtschaftlich der Antragsgegnerin gehörte.

c) Soweit die Revision den Umständen entnehmen will, zwischen den Parteien sei seinerzeit stillschweigend ein Beratungsvertrag zustandegekommen, aufgrund dessen der Antragsteller auch auf unzureichende steuerliche Kenntnisse hätte hinweisen müssen, kann dies letztlich dahinstehen. Zum Tatbestand des § 123 BGB gehört u.a. die Ursächlichkeit eines inkriminierten Verhaltens für den Vertragsschluß. Vorliegend müßte danach davon ausgegangen werden können, daß die Antragsgegnerin in Kenntnis der Möglichkeit, den steuerlichen Erfolg wenigstens seinerzeit auch durch eine modifizierte Zugewinnsgemeinschaft zu erreichen, den Ehevertrag nicht oder nicht in der geschehenen Weise abgeschlossen hätte (vgl. etwa Palandt/Heinrichs aaO § 123 Rdn. 24 m.w.N.). Dies hat das Berufungsgericht verneint, indem es den Brief der Antragsgegnerin vom 19. Oktober 1992 dahin gewürdigt hat, sie habe auch für den Fall des Scheiterns der Ehe die hälftige Aufteilung des in der Ehe gemeinsam Erarbeiteten als sachgerecht angesehen. Dies stellt eine rechtlich mögliche tatrichterliche Würdigung dar, die nahe liegt und jedenfalls revisionsrechtlich unangreifbar ist. Da demnach zumindest nicht auszuschließen ist, daß die Antragsgegnerin auch in Kenntnis der Möglichkeit einer sogenannten modifizierten Zugewinnsgemeinschaft den Ehevertrag in der geschehenen Weise abgeschlossen hätte, ist der für eine Anfechtung gemäß § 123 BGB erforderliche Nachweis nicht erbracht.

B) Hilfsantrag

Der erstmals in der Revisionsinstanz von der Antragsgegnerin gestellte Hilfsantrag bleibt ohne Erfolg.

Grundsätzlich ist es nicht gestattet, im Revisionsrechtszug die Klage zu ändern. Nur ausnahmsweise kann ein hier erstmals gestellter Hilfsantrag zulässig sein, wenn er lediglich eine modifizierte Einschränkung des Hauptantrags darstellt und sich auf einen Sachverhalt stützt, der vom Tatrichter bereits gewürdigt worden ist (vgl. BGHZ 104, 374, 383; BGH, Urteil vom 23. Oktober 1974 - IV ZR 7/73 - WM 1974, 1185, 1189).

a) Die mit dem Hilfsantrag begehrte Feststellung, daß die Antragsgegnerin nicht verpflichtet sei, dem Antragsteller Zugewinnausgleich auf der Grundlage einer rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung vereinbarten Zugewinnsgemeinschaft zu gewähren, wird zum einen auf einen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen (c.i.c.) gestützt. Nach Auffassung der Revision hätte der Antragsteller die Antragsgegnerin darauf hinweisen müssen, daß er zu einer umfassenden Beurteilung der steuerlichen Aspekte des Ehevertrages nicht in der Lage gewesen sei. Daraus folge eine schuldrechtliche Verpflichtung des Inhalts, die Antragsgegnerin so zu stellen, als sei der Vertrag nicht abgeschlossen worden. Das kann dem Antrag nicht zum Erfolg verhelfen. Aus den bereits oben zur arglistigen Täuschung dargelegten Gründen kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, daß die Antragsgegnerin den Ehever-

trag nicht oder nicht so abgeschlossen hätte, wenn sie in der von der Revision vermißten Weise aufgeklärt worden wäre.

b) Der Hilfsantrag wird weiter auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt, weil die Antragsgegnerin bei Vertragsschluß für den Antragsteller erkennbar die Vorstellung gehabt habe, nur so den Interessen ihrer Söhne dienen zu können, was im Hinblick auf die Möglichkeit der Vereinbarung einer sogenannten modifizierten Zugewinnsgemeinschaft aber nicht der Fall gewesen sei. Insoweit ist der Hilfsantrag unzulässig, weil eine abschließende Beurteilung aufgrund des bereits festgestellten und vom Tatrichter gewürdigten Sachverhalts nicht möglich ist. Das ergibt sich schon daraus, daß sich die Revision insoweit auf einen Beweisantrag bezieht, dem das Berufungsgericht im

Rahmen des in zweiter Instanz gestellten Feststellungsbegehrens nicht nachzugehen brauchte. Auch insoweit dürfte im übrigen der bereits mehrfach erörterte Brief der Antragsgegnerin gegen die Auffassung der Revision sprechen.

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Hahne

Sprick