

Familienrecht

Schwab

28., neu bearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-75199-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

3. Wirkungen. Die Rechtshängigkeit sowohl eines Antrags nach § 1385 als auch eines Antrags nach § 1386 bestimmt den Stichtag für die Berechnung des Endvermögens und für die Höhe der Ausgleichsforderung (§ 1387). Der Tag einer späteren Erhebung des Scheidungsantrags spielt dann für den Zugewinnausgleich keine Rolle mehr. Mit Rechtskraft der Entscheidung, welche die Zugewinnsgemeinschaft vorzeitig aufhebt, entsteht der Zugewinnausgleichsanspruch (§ 1378 III 1) und tritt Gütertrennung ein (§ 1388). Die Möglichkeit des vorzeitigen Zugewinnausgleichs kann in der Praxis eine erhebliche Bedeutung erlangen. Die Vorverlegung des Stichtags für Endvermögen und Höhenbegrenzung wirkt sich je nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten günstig oder ungünstig für den einen oder den anderen Ehegatten aus.

Beispiel: Die Beziehung des Ehepaars Brause ist in der Krise. Herr Brause weigert sich auf fortgesetzte Nachfrage seiner Frau, über seine Vermögensverhältnisse Auskunft zu geben. Währenddessen verschlechtert sich die allgemeine Wirtschaftslage. Frau Brause fürchtet, wenn es zur Scheidung käme, wäre für sie nicht mehr viel übrig. Aber sie möchte von sich aus als Katholikin keinen Scheidungsantrag stellen. In diesem Fall kann es sehr wichtig sein, nach §§ 1385 oder 1386 vorzugehen und damit für die Berechnung des Zugewinnausgleichs einen Stichtag zu retten, an dem die Aktienkurse noch relativ hoch stehen.

Möglicherweise laufen Verfahren auf vorzeitigen Zugewinnausgleich und auf Zugewinnausgleich nach Scheidung nebeneinander. Dann ist zu beachten, dass es sich um unterschiedliche und selbständige Streitgegenstände handelt. Die Rechtshängigkeit eines Antrags auf vorzeitigen Zugewinnausgleich hindert nicht, im Zusammenhang mit einem parallel laufenden Scheidungsverfahren den Zugewinnausgleich bei Scheidung geltend zu machen (BGH FamRZ 2019, 1535 Rn. 44).

XI. Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich

Literatur: S. vor Rn. 223; J. Weber FS Koch, 2019, 271.

1. Ehevertrag. Der Zugewinnausgleich und seine Durchführung können durch Verträge unter den Ehegatten modifiziert werden. Durch Ehevertrag (§ 1408 I, § 1410) kann die **gesetzliche Regelung ergänzt oder geändert** werden, soweit es sich nicht ausnahmsweise im Hinblick auf den Schutzzweck um zwingende Normen handelt (so etwa bei § 1381). Möglich sind ehevertragliche Abreden über das Anfangs- und Endvermögen (etwa die Herausnahme eines Betriebsvermögens aus dem Zugewinnausgleich, BGH NJW 1997, 2239), die

Festlegung einer vertraglichen Höchstgrenze für den Zugewinnausgleichsanspruch oder die Bestimmung einer anderen Beteiligungsquote. Freilich sind die Grundsätze der richterlichen Vertragskontrolle zu beachten (→ Rn. 236).

- 320 **2. Sonstige Vereinbarungen.** Abgesehen von der Möglichkeit, durch Ehevertrag Einfluss auf den Zugewinnausgleich zu nehmen, ist der Raum für vertragliche Gestaltungen begrenzt. Grundsätzlich besteht ein Verbot für die Ehegatten, sich vor Beendigung des Güterstandes zu verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen (§ 1378 III 3) oder – was dem gleichsteht (BGH FamRZ 1983, 160) – eine solche Verfügung vorzunehmen (Veräußerungsverbot nach § 134). Doch gestattet **§ 1378 III 2** den Ehegatten, **während eines Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens** Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns für den Fall der Auflösung der Ehe zu schließen. Solche Vereinbarungen müssen entweder notariell beurkundet oder nach § 127a gerichtlich protokolliert sein. Die Sperre des § 1378 III 3 gilt für Verträge nach § 1378 III 2 nicht. Sinn dieser Vorschrift ist insbesondere, eine Regelung des Zugewinnausgleichs im Scheidungsverfahren durch gerichtlichen Vergleich zu ermöglichen.

Nach BGH FamRZ 1983, 157, 159 können Verträge der in § 1378 III 2 genannten Art entgegen dem Wortlaut des Gesetzes auch schon *vor Anhängigkeit eines Eheauflösungsverfahrens* wirksam geschlossen werden. Diese Rechtsprechung erweitert die Möglichkeiten vertraglicher Gestaltung beträchtlich. Allerdings muss die Form der notariellen Beurkundung oder des gerichtlichen Vergleichsprotokolls gewahrt sein; mündliche oder bloß schriftliche Abmachungen während des Güterstandes sind nichtig (§ 125, vgl. BGH FamRZ 1983, 160).

- 321 **3. Rechtsgeschäfte nach Beendigung des Güterstandes.** Mit Beendigung des Güterstandes ist die Ausgleichsforderung unbeschränkt übertragbar. Sie unterliegt von diesem Zeitpunkt an der rechtsgeschäftlichen Dispositionsfreiheit wie beliebige andere Forderungen. Formvorschriften bestehen nicht mehr (daher zB möglich privat-schriftlicher Erlassvertrag, Abtretung).

§ 34. Vermögensbeziehungen unter den Ehegatten außerhalb des Güterrechts

Literatur: *W. Schulz/ J. Hauß*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 6. Aufl. 2015; *R. Wever*, Vermögensauseinandersetzung unter Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 7. Aufl. 2018; *T. Herr*, Nebengüterrecht, 2013. Zu einzelnen Bereichen: *M. Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970; *H. Fenn*, Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger, 1970; *H. Seutemann*, Der Widerruf von Schenkungen unter Ehegatten, 1984; *M. Schwab* FamRZ 2010, 1701; *J. Henke/J. Keßler* JuS 2011, 583, 686; *R. Hoppenz* FPR 2012, 84; *A. Röthel* FamRZ 2012, 1916; *D. Schwab* FS Hahne, 2012, 175; *E. Koch* NZFam 2014, 311; *T. Rauscher* NZFam 2014, 298; *M. Wellenhofer* NZFam 2014, 314; *J. Hager* FS Coester-Waltjen, 2015, 101; *W. Kogel* FamRB 2017, 354; *S. Szalai* NZFam 2018, 761; *W. Bayer/P. Selettin* FS Koch, 2019, 307; *F.-T. Roßmann* FuR 2019, 558; *R. Wever* FamRZ 2019, 1289. Rechtsprechungsberichte *R. Wever* FamRZ 2018, 649; 2019, 757; *F.-T. Roßmann* FuR 2016, 680; 2017, 13; 2020, 12; *T. Herr* FF 2018, 138; 2019, 184.

I. Überblick

1. Grundsatz. Die Regeln des Güterrechts umfassen nicht die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen, die unter Ehegatten bestehen können. Das liegt vor allem daran, dass die Eheleute unter sich beliebige Rechtsgeschäfte abschließen können. Sie können sich Darlehen gewähren, gemeinsam eine Wohnung mieten, zusammen eine Handelsgesellschaft gründen, einander etwas verkaufen – alle schuldrechtlichen Geschäfte, die sie mit Dritten abschließen könnten, sind auch unter ihnen selbst möglich. Sie können auch unter- und miteinander sachenrechtliche Geschäfte tätigen, etwa Wohnungseigentum zu Bruchteilen erwerben. Die Rechtswirkungen solcher Geschäfte richten sich in erster Linie nach den einschlägigen Vorschriften des Schuld- und Sachenrechts. 322

2. Konkludente Geschäfte besonderer Art. Über die gängigen Verträge hinaus, die zwischen beliebigen Personen geschlossen werden können, hat die Rechtsprechung zunächst für die Ehe, dann auch für andere Lebensgemeinschaften besondere Geschäftstypen entwickelt, mit deren Hilfe bei speziellen Fallgestaltungen ein angemessener Vermögensausgleich ermöglicht werden soll: die „Innenge- 323

sellschaft“ und die „**ehebedingte Zuwendung**“. Diese Arten von Geschäften werden üblicherweise nicht ausdrücklich, sondern „stillschweigend“ abgeschlossen. Bei näherem Hinsehen sind es Hilfskonstruktionen der Rechtsprechung. Sie sind vor allem für zwei Fallgestaltungen gedacht: 1) Ein Ehegatte hat dem anderen Vermögen zugewendet, das er bei Trennung oder Scheidung ganz oder teilweise zurück haben möchte; 2) Ein Ehegatte hat während der Ehe im Berufsbereich des anderen Arbeitsleistungen erbracht, die das Vermögen des anderen vermehrt haben und für die er nun einen Ausgleich erhalten möchte.

Die für solche Fälle von der Rechtsprechung entwickelten Instrumente werden nachfolgend dargestellt. *Jedoch ist stets zunächst zu prüfen, ob sich die Lösung nicht bereits aus einem der im BGB geregelten Geschäftstypen ergibt.*

II. Der Ausgleich von Zuwendungen unter den Ehegatten

- 324 1. **Grundsatz.** Hat ein Ehegatte während der Ehe dem anderen Sach- oder Geldleistungen erbracht, die er nach Trennung oder Scheidung zurückfordert oder ausgeglichen haben will, so ist zunächst zu überlegen, ob sich der Anspruch aus einem *im Gesetz näher ausgestalteten Vertragsverhältnis* ergibt. Ist die Zuwendung als Darlehen gegeben, so folgt der Anspruch auf Rückzahlung der Darlehenssumme und der bedungenen Zinsen aus § 488 I 2. Handelt es sich um eine Schenkung, so kommen die Regeln über die mögliche Rückforderung nach §§ 528 ff. zum Zuge (s. nachfolgend). Ist die Zuwendung im Rahmen einer zwischen den Ehegatten vereinbarten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff.) gemacht, so können sich Ansprüche aus Gesellschaftsrecht ergeben. Indes haben Ehegattenzuwendungen häufig keine ausdrückliche und eindeutige rechtliche Fundierung erhalten: Die Ehegatten unterstützen sich gegenseitig, ohne sich über die rechtliche Einordnung Gedanken zu machen. Dann kommen möglicherweise die Instrumente zum Zug, welche die Rechtsprechung für den gerechten Vermögensausgleich unter Ehegatten entwickelt hat. Für **Rückforderung von Sach- oder Geldleistungen** sind insbesondere folgende Anspruchsgrundlagen zu prüfen.

- 325 2. **Anspruch auf Rückforderung einer Schenkung.** a) **Anspruchsgrundlagen.** aa) Steht der Zuwendung eines Ehegatten an den anderen objektiv keine Gegenleistung gegenüber, so ist zunächst

zu untersuchen, ob sich ein Rückforderungsanspruch aus Schenkungsrecht (§§ 528–534) ergibt. Bei Ehegattenschenkungen kann der Gebende die **Schenkung** möglicherweise **wegen groben Undanks zu widerrufen** und Rückgabe zu verlangen (Anspruch aus § 531 II iVm § 530). Die Rspr. erkennt an, dass schwere Eheverfehlungen die Voraussetzungen des § 530 I erfüllen können (BGH FamRZ 1982, 1066; 1983, 349 und 569; 1985, 351). Allerdings muss die Verfehlung so schwer sein, dass daraus der Vorwurf grob undankbarer Gesinnung abgeleitet werden kann; nicht jede Eheverfehlung begründet also das Widerrufsrecht, nach verbreiteter Meinung bedarf es eines „exzessiven Fehlverhaltens.“

bb) Über die Regeln der §§ 528 ff. hinaus kann sich ein Anspruch auf **Rückforderung einer Schenkung aus § 313 I** ergeben, wenn die Geschäftsgrundlage der Zuwendung entfallen ist, zB wenn der schenkende Ehemann von der unzutreffenden Vorstellung ausgegangen ist, das in der Ehe geborene Kind stamme von ihm (BGH FamRZ 2012, 1363 Rn. 20f.).

b) Einschränkung. Das Schenkungsrecht kommt allerdings nicht bei allen Zuwendungen zum Zuge. Die Rechtsprechung ordnet Zuwendungen unter Ehegatten häufig **nicht als Schenkungen** ein, selbst wenn objektiv keine Gegenleistung festgesetzt ist. Vielmehr wurde die Rechtsfigur der „**ehebedingten Zuwendung**“ geschaffen, auf die das Schenkungsrecht keine Anwendung findet (→ Rn. 330). Ebenso ist es möglich, Zuwendungen als Beiträge im Rahmen einer „Ehegatteninnengesellschaft“ zu deuten (→ Rn. 327); auch dann findet das Schenkungsrecht keine Anwendung. Bevor also die Voraussetzungen des § 531 II geprüft werden, muss **festgestellt** sein, dass es sich **wirklich um eine Schenkung** handelt. Indiz für das Vorliegen einer Schenkung ist der erkennbare Wille der Parteien, dass die Zuwendung auch *über eine mögliche Scheidung der Ehe hinaus* Bestand haben soll („komme, was wolle“). 326

3. Anspruch aus Innengesellschaft. a) Voraussetzungen. Ein Anspruch auf Zahlung eines Auseinandersetzungsguthabens (§ 738 I 2 analog) kann sich ergeben, wenn ein Ehegatte Beiträge im Rahmen einer „**Ehegatteninnengesellschaft**“ geleistet hat und diese Gesellschaft mit der Trennung der Eheleute oder dem Scheitern der Ehe aufgelöst wird. Die Innengesellschaft unterscheidet sich von der Normalform der GbR dadurch, dass sie als solche nicht nach außen in Erscheinung tritt und dass kein Gesamthandsvermögen gebildet wird. 327

Eine Innengesellschaft wird angenommen, wenn die Ehegatten einen **über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck** verfolgen (zB Aufbau oder Förderung eines Unternehmens). Voraussetzung ist der Abschluss eines auf Gründung einer Innengesellschaft gerichteten Gesellschaftsvertrags, der stillschweigend erfolgen kann (BGH FamRZ 1999, 1580, 1581; 2012, 1789 Rn. 17). Auch die gemeinsame Vermögensbildung kann einen eheüberschreitenden Zweck darstellen und damit im Rahmen einer Innengesellschaft verfolgt werden (s. den Fall BGH FamRZ 1999, 1580). Die Auflösung der Innengesellschaft wird mit der Trennung oder mit dem Scheitern der Ehe, spätestens mit Erhebung des Scheidungsantrags (BGH FamRZ 1990, 1219, 1220) angenommen.

- 328 **b) Anspruchsinhalt.** Der Ausgleich nach Gesellschaftsrecht kommt insbesondere in Fällen zum Tragen, in denen durch das Zusammenwirken der Ehegatten eine **Wertschöpfung** geleistet wurde, die sich **nur auf das Vermögen des einen Ehegatten** (zB des Inhabers des gemeinsam geförderten Unternehmens) ausgewirkt hat. Bei Auflösung der Gesellschaft hat dann *der andere* einen Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens gemäß seinem Anteil. Dieser bemisst sich in erster Linie nach der Vereinbarung unter den Ehegatten, die auch stillschweigend erfolgen kann (BGH FamRZ 2016, 965 Rn. 26). Unterschiedlich hohe Beiträge zur Wertschöpfung sind ein Indiz dafür, dass auch die Anteile am Gesellschaftsvermögen unterschiedlich hoch sein sollen (BGH FamRZ 1990, 973, 974; 2016, 965 Rn. 27). Ist keine derartige Bestimmung getroffen, so hat jeder Ehegatte den gleichen Anteil (§ 722 I).

329

Voraussetzungen eines Beteiligungsanspruchs aus Innengesellschaft:
<ol style="list-style-type: none"> 1. Ein Ehegatte hat durch Geld- oder Sachleistungen zur Vermögensmehrung beim anderen beigetragen. 2. Die Rechtsgrundlage dieser Leistungen ist nicht durch ausdrückliche Vereinbarung anderweitig geregelt. 3. Zwischen den Ehegatten ist (stillschweigend) ein Vertrag über eine Innengesellschaft geschlossen. 4. Mit den Leistungen wurde ein über die bloße Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck verfolgt.

5. Den Leistungen lag die Vorstellung zugrunde, dass das gemeinsam geschaffene Vermögen *wirtschaftlich betrachtet* nicht nur dem „formal“ berechtigten, sondern auch dem anderen Ehegatten zukommen soll.
6. Die Gesellschaft ist durch Trennung der Ehegatten oder Scheitern der Ehe aufgelöst.

4. Anspruch auf Ausgleich für eine ehebedingte Zuwendung. 330

a) **Voraussetzungen.** Erfolgte die Zuwendung weder als Schenkung noch aufgrund eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses, so kommt eine Rückforderung oder ein Ausgleichsanspruch aus dem Gesichtspunkt der **Änderung der Geschäftsgrundlage** (§ 313 I) einer **ehebedingten Zuwendung** in Frage. Die Rechtsfigur der ehebedingten Zuwendung wurde entwickelt, um Zuwendungen, die sich Ehegatten zur Verwirklichung ihrer ehelichen Gemeinschaft machen, aus dem Schenkungsrecht herauszuhalten. Nach der Rechtsprechung beruht die ehebedingte Zuwendung auf einem stillschweigend oder konkludent geschlossenen **familienrechtlichen Vertrag „sui generis“**, bei dem der Fortbestand der Ehe die Geschäftsgrundlage darstellt. Der Zuwendung eines Ehegatten an den anderen wird also ein Vertrag unterlegt, aus dem sich erklärt, dass die Zuwendung *subjektiv* nicht unentgeltlich gemacht wird, sondern ihren Sinn aus dem Zusammenwirken der Ehegatten erhält (zB: Nur der Mann ist berufstätig und ist Eigentümer des Familienheims, die Frau versorgt die Familie; die Zuwendung eines Grundstücksanteils an die Frau ist Ausdruck der trotz Rollenverteilung *gemeinsamen* Wertschöpfung). Dem BGH zufolge liegt eine ehebedingte Zuwendung vor, wenn ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde; darin liegt die Geschäftsgrundlage der Zuwendung (vorstehende Sätze nach BGH FamRZ 1999, 1580; 2006, 1022). Das Scheitern der Ehe kann folglich bedeuten, dass die Geschäftsgrundlage dieses Vertrages entfallen ist (BGH FamRZ 1994, 1167).

Von der **Schenkungen** unterscheidet sich die ehebedingte Zuwendung durch das Fehlen der „*subjektiven*“ *Unentgeltlichkeit*; es besteht die Vorstellung,

dass der Zuwendung des einen Teils Leistungen des anderen für die Familie gegenüberstehen. Von der **Innengesellschaft** unterscheidet sich die ehebedingte Zuwendung durch das *Fehlen eines über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zwecks* der Kooperation. Es geht um die Verwirklichung des ehelichen Zusammenlebens. Typisches Beispiel für ehebedingte Zuwendung ist die Errichtung eines Eigenheims, das formal im Eigentum des einen Ehegatten steht, zu dessen Schaffung aber auch der andere Beiträge geleistet hat. Doch hat der BGH der ehebedingten Zuwendung auch Fälle zugeordnet, in denen der Bezug zur ehelichen Lebensgemeinschaft weniger einsichtig ist, zB Verschiebung von Vermögen auf den anderen Ehegatten, um es dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen (BGH FamRZ 1990, 600, 601; einschränkend BGH FamRZ 1999, 1580, 1583).

- 331 b) **Anspruchsinhalt.** aa) Bei Wegfall der Geschäftsgrundlage ergibt sich ein **Ausgleichsanspruch aus § 313 I**, wenn die **Aufrechterhaltung des bestehenden Vermögensstandes** demjenigen Ehegatten, der die Zuwendung erbracht hat, **nicht zumutbar** ist (BGH FamRZ 1999, 1580, 1583; 2012, 1789 Rn. 25). Die Höhe des Zahlungsanspruchs bemisst sich nach den Umständen des Einzelfalls (Dauer der Ehe, Dauer des Mitgenusses der erbrachten Leistung, Art und Umfang der erbrachten Leistungen einschließlich Haushaltsführung und Kindererziehung, Einkommens- und Vermögensverhältnisse und vieles andere mehr). Es geht letztlich darum, einen billigen Ausgleich dafür zu schaffen, dass die erwartete Beteiligung an dem gemeinsam geschaffenen Wert und die Mitnutzung der Früchte gemeinsamer Anstrengungen für die Zukunft entfallen (BGH FamRZ 1994, 1167, 1168).

bb) In besonderen Fällen kann der Anspruch sogar auf die **völlige Rückerstattung** der erbrachten Leistung gehen, wenn die Billigkeit dies gebietet. In aller Regel ist dann Zug um Zug ein angemessener Gegenausgleich an den Rückgabepflichtigen zu leisten (BGH FamRZ 1989, 599, 600; 2002, 949, 950). Ein Anspruch auf Rückgewähr des zugewendeten Gegenstandes wird in Fällen bejaht, in denen Miteigentumsanteile an Grundstücken übertragen worden sind und die Beibehaltung der Bruchteilsgemeinschaft mit der Möglichkeit der Teilungsversteigerung als schlechthin unzumutbar erscheint (BGHZ 68, 299, 306; FamRZ 1982, 778).