

Grundrisse des Rechts

Familienrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Schwab

25. Auflage 2017. Buch. XIX, 514 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 71133 6
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilrecht > Familienrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

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).

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 z. B. möglich privatschriftlicher Erlassvertrag, Abtretung). 321

§ 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, 6. Aufl. 2014; *Th. 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. Kefler*, 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; *Th. Rauscher*, NZFam 2014, 298; *M. Wellenhofer*, NZFam 2014, 314; *J. Hager*, FS Coester-Waltjen, 2015, 101. Rechtsprechungsberichte *R. Wever*, FamRZ 2015, 1243; 2016, 1627; *F.-T. Roßmann*, FuR 2016, 680; 2017, 13; *T. Herr*, FF 2016, 233.

I. Überblick

322 **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.

323 **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 „**Innengesellschaft**“ 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 Zuge, welche die Rechtsprechung für den gerechten Vermögensausgleich unter Ehegatten entwickelt hat. Für **Rückforderung von Sach- oder Geldleistungen** sind insbesondere folgende Anspruchsgrundlagen zu prüfen.

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 **Schenkungen möglicherweise wegen groben Undanks zu widerrufen** und Rückgabe zu verlangen (Anspruch aus § 531 II i. V. m. § 530). Die Rspr. erkennt an, dass schwere Eheverfehlungen die Voraussetzungen des § 530 I erfüllen können (BGH FamRZ 1982, 1066; 1983, 349; vgl. auch BGH FamRZ 1999, 1490). 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, z. B. 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 Schenkung** 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“).

- 327 **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. Eine Innengesellschaft wird angenommen, wenn die Ehegatten einen **über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck** verfolgen (z. B. 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** (z. B. 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; 2017, 965 Rn. 27). Ist keine derartige Bestimmung getroffen, so hat jeder Ehegatte den gleichen Anteil (§ 722 I).

Voraussetzungen eines Beteiligungsanspruchs aus Innengesellschaft:

329

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 un-

terlegt, aus dem sich erklärt, dass die Zuwendung *subjektiv* nicht unentgeltlich gemacht wird, sondern ihren Sinn aus dem Zusammenwirken der Ehegatten erhält (z. B.: 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 **Schenkung** 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 einschichtig ist, z. B. 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 Haushaltführung 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).

Voraussetzungen des Ausgleichsanspruchs (§ 313 I) für ehebedingte Zuwendungen:

332

1. Ein Ehegatte hat dem anderen Geld- oder Sachleistungen zugewendet.
2. Die Rechtsgrundlage dieser Zuwendung ist nicht durch ausdrückliche Vereinbarung anderweitig geregelt.
3. Die Zuwendung beruht auf einem stillschweigenden familienrechtlichen Vertrag, nach dem die Zuwendung nicht unentgeltlich, sondern als Beitrag zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft erfolgt.
4. Dabei geht der Zuwendende von der Erwartung aus, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er am zugewendeten Vermögenswert und dessen Früchten weiter teilhaben werde.
5. Durch die Trennung oder Scheidung der Ehegatten ist die Geschäftsgrundlage ganz oder teilweise weggefallen.
6. Die Aufrechterhaltung des nunmehr bestehenden Vermögensstands ist dem Zuwendenden nicht zumutbar.

5. Anspruch aus Zweckverfehlungskondiktion. In den geschilderten Fällen kommt auch ein Anspruch aus **Zweckverfehlungskondiktion** (§ 812 I 2 Alt. 2) in Frage. Das setzt voraus, dass Zuwendungen unter Ehegatten zu dem *vereinbarten Zweck* erfolgen, das

333

gemeinsame Leben zu verwirklichen und in diesem Rahmen dauerhaft am zugewendeten Gegenstand teilzuhaben. Eine solche Zweckvereinbarung verlangt nach BGH das *positive Wissen* des Empfängers von der Zweckvorstellung des Zuwendenden (BGHZ 184, 190 Rn. 51). Der Zweck kann (teilweise) verfehlt werden, wenn die Ehe scheitert und die Zuwendung in der Lebensgemeinschaft noch nicht verbraucht wurde, sich vielmehr als Bereicherung im Vermögen des Empfängers niederschlägt. Früher lehnte der BGH diese Anspruchsgrundlage für die Lösung der Zuwendungsfälle unter Ehegatten ab (BGHZ 82, 227, 231), es bahnt sich aber ein Wechsel in der Rechtsprechung an. Für den Vermögensausgleich unter den Partnern einer *nichtehelichen Lebensgemeinschaft* ist die Zweckverfehlungskondition als geeignetes Instrument des Vermögensausgleichs anerkannt (BGHZ 177, 193, Rn. 34 ff., → Rn. 1081), ebenso bei Zuwendungen der Schwiegereltern an einen Ehegatten (BGHZ 184, 190 Rn. 47 ff.). Dann ist es folgerichtig, in gleich gelagerten Fällen die Zweckverfehlungskondition auch im Verhältnis unter Ehegatten in Ansatz zu bringen.

Darüber, wie sich die Lösung der Fälle über § 812 I 2 Alt. 2 zu derjenigen über § 313 I (ehebedingte Zuwendung) verhält, besteht nach der Rspr. keine Klarheit. Folgerichtig müsste der Anspruch aus der Zweckverfehlungskondition zuerst geprüft werden, weil sich die Folge direkt aus der Zweckvereinbarung ergibt und somit nicht auf die Geschäftsgrundlage zurückgegriffen werden muss.

III. Ausgleich für geleistete Mitarbeit

- 334 **1. Die Problematik.** a) Nicht selten ist ein Ehegatte während der Ehe im Betrieb oder der Praxis des anderen ohne geregelte Bezahlung tätig. Wir haben gesehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen sogar eine Pflicht zur Mitarbeit bestehen kann (→ Rn. 134). Gleichgültig, ob eine solche Pflicht bestand oder nicht, ergibt sich bei Trennung der Eheleute die Frage nach einem angemessenen Ausgleich, wenn sich die Mitarbeit positiv auf das Vermögen des anderen Teils ausgewirkt, z. B. den Wert des Betriebes erhöht oder seine Erhaltung gesichert hat. Es entstehen also ähnliche Probleme wie bei den Sachzuwendungen. Auch hier kommt es in erster Linie auf die explizit getroffenen Vereinbarungen an. Den Ehegatten steht es frei, die mit der Kooperation im Betrieb zusammenhängenden Probleme durch ausdrückliche Abmachungen zu regeln, etwa Arbeits- oder Gesell-