Wenn das Güterrecht am Ende ist – das Neben-Güter-Recht

- Konkludente Ehegatteninnengesellschaft
- Ehebezogene Zuwendung
- Familienrechtlicher Kooperationsvertrag

Seminarskript

© Dr. Thomas Herr, FA FamR, Kassel

1 Einführung 7
1.1 Problemstellung 7
1.2 Seminarziele 7
1.2.1 Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Anspruchsgrundlagen kennen 7
1.2.2 Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen als mögliche Vorfrage im Einzelfall beachten 7
1.2.3 Tatbestand und Rechtsfolgen der Anspruchsgrundlagen kennen 8
1.2.4 Konkurrenzen und Zusammenspiel der Anspruchsgrundlagen in der Praxis kennen 8
1.2.5 Checklisten und Schriftsatzmuster anwenden 8
1.2.6 Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte kennen 8
1.3 Beispielsfälle (zur Annäherung an die Problematik) 8
1.3.1 Nebengüterrecht 8
1.3.2 Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen 10
1.3.3 Verhältnis von Innengesellschaft und Inhaltskontrolle 11
2 Systematische Stellung im Güterrecht 11
2.1 Nebengüterrecht 11
2.1.1 materielles Recht 11
2.1.1.1 Begriff 11
2.1.1.2 Entstehung 12
2.1.1.3 Nebengüterrechtliche Ansprüche 12
2.1.1.4 Intention der BGH Rechtsprechung und Verhältnis zum gesetzlichen Güterrecht 13
2.1.2 Formelles Recht 13
2.2 Allgemeines zum sog. Nebengüterrecht 14
3 Bedeutung für die anwaltliche Tätigkeit 15
3.1 Haftung 15

3.2 Umsatz 17
3.3 Weitere Besonderheiten der Mandatsführung 17
4 Bedeutung für die notarielle Tätigkeit 18
5 Die konkludente Ehegatteninnengesellschaft 19
5.1 Begriff und Abgrenzung 20
5.1.1 Ehegatteninnen*gesellschaft* 20
5.1.2 Ehegatten*innen*gesellschaft 20
5.1.3 *Ehegatten*innengesellschaft 21
5.1.3.1 Nicht als Paar verbundene Personen, die erst später Lebensgemeinschafter werden oder einander heiraten 21
5.1.3.1 Nichteheliche Lebensgemeinschafter 21
5.1.3.2 Lebenspartner 22
5.1.3.3 Verlobte 22
5.1.3.4 Verwandte incl. Adoptierter 23
5.1.3.5 Verschwägerte 23
5.1.3.6 Getrennte und geschiedene Ehegatten 23
5.1.3.7 Abgrenzungsprobleme 24
5.1.3.8 Die Behandlung vorehelichen Innengesellschaftsvermögens im Zugewinnausgleich 24
5.1.4 *konkludente* Ehegatteninnengesellschaft 26
5.2 Rechtshistorische Entwicklung und heutiger Stand der BGH Rechtsprechung 26
5.2.1 Wichtige zeitliche Eckdaten 27
5.2.2 Die (Entwicklung der) verfassungs- und einfachrechtlichen (familienrechtlichen) Vorschriften 27
5.2.3 Die „historischen“ höchstrichterlichen Urteile (Leitentscheidungen) 29
5.2.3.1 RGZ 158, 380 vom 01.12.1938 29
5.2.3.1.1 Sachverhalt 29
5.2.3.1.2 Entscheidung 29
5.2.3.1.3 Neuerung 30
5.2.3.2 BGHZ 8, 249 vom 20.12.1952 30
5.2.3.2.1 Sachverhalt 30
5.2.3.2.2 Entscheidung 30
5.2.3.2.3 Neuerung 30
5.2.3.3 BGH FamRZ 1972, 201 vom 11.01.1972 30
5.2.3.3.1 Sachverhalt 30
5.2.3.3.2 Entscheidung 31
5.2.3.3.3 Neuerung 31
5.2.3.4 BGHZ 82, 361 vom 08.07.1982 31
5.2.3.4.1 Sachverhalt 31
5.2.3.4.2 Entscheidung 31
5.2.3.4.3 Neuerung 31
5.2.3.5 BGHZ 142, 137 vom 30.06.1999 31
5.2.3.5.1 Sachverhalt 32
5.2.3.5.2 Entscheidung 32
5.2.3.5.3 Neuerung 32
5.2.4 Tragender Grund der Innengesellschaftsrechtsprechung 32
5.3 Tatbestand der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft (Anspruchsvoraussetzungen) 32
5.3.1 Objektiver Tatbestand 32
5.3.1.1 Zielvorstellung 32

5.3.1.2 Gründungszeitpunkt, Gründungsakt, Abgabe von Willenserklärungen 33
5.3.1.3 Gesellschaftszweck 33
5.3.1.4 Beiträge 34
5.3.1.5 Grundsatz: kein Überunterordnungsverhältnis 34
5.3.1.6 (Noch) Vorhandensein des Gegenstandes der Wertschöpfung am Stichtag nicht erforderlich 34
5.3.1.7 Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung (negatives Tatbestandsmerkmal) 35
5.3.1.8 Gefälligkeit nicht ausreichend 36
5.3.1.9 Keine Ehegatteninnengesellschaft im Rahmen der ehelichen Pflichten 36
5.3.1.10 Krasse, unbillige, ungerechte, unzumutbare Benachteiligung des einen Ehegatten (negatives Tatbestandsmerkmal) 37
5.3.1.11 Keine Anspruchsbegrenzung auf den ungestörten Zugewinnausgleich 39
5.3.1.12 Beendigung der Gesellschaft/Stichtag/Fälligkeit 39
5.3.1.13 Verjährung 44
5.3.1.14 Güterstand 44
5.3.1.14.1 Zugewinngemeinschaft 45
5.3.1.14.2Gütertrennung 45
5.3.1.14.3 Gütergemeinschaft 45
5.3.1.15 Ehegatteninnengesellschaft mit einem Freiberufler? 46
5.3.2 Subjektiver Tatbestand 47
5.3.2.1 Allgemeines 47
5.3.2.1.1 Indizien für eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft: 48
5.3.2.1.2 Indizien gegen eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft: 50
5.3.2.2 Grundsätzlich keine Anfechtungsmöglichkeit 51
5.4 Rechtsfolgen der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft 52
5.4.1 Bis zur Beendigung 52
5.4.2 Nach der Beendigung - „Auseinandersetzung“, besser: Abwicklung 52
5.4.2.1 Grundsatz: keine dingliche Auseinandersetzung 52
5.4.2.2 Vielmehr: nur finanzieller Ausgleich; Kriterien für die Forderungshöhe 53
5.4.2.3 Durchsetzungssperre 55
5.4.2.4 Grundsatz der Gesamtabrechnung 55
5.4.2.5 keine separate Rückerstattung der Einlagen incl. Arbeitsleistungen 57
5.4.2.5.1 Einlagen (Geld- und Sachleistungen) 57
5.4.2.5.2 Mitarbeit 57
5.4.2.6 Kein Mindestbetrag 58
5.4.2.7 Kein Einwand der groben Unbilligkeit/„Verwirkung“ 58
5.4.3 Sozialpflichten bzw. –ansprüche und Einzelansprüche der Gesellschafter 58
5.4.4 steuerliche Veranlagung der Ehegatten 59
5.4.5 Auskunftsrechte 59
5.4.6 Haftung für Verluste 60
5.4.7 Außenverhältnis und Gesamtschuldnerausgleich 60
5.4.8 Fehlerhafte Innengesellschaft 61
5.4.9 Abgabenrechtliche Fragen 61
5.4.9.1 Steuern 61
5.4.9.2 Sozialabgaben 62

5.5 Künftige Entwicklung 62
6 Die ehebezogene Zuwendung 63
6.1 Begriff und Abgrenzung 63
6.1.1 Begriff 63
6.1.1.1 Nichteheliche Lebensgemeinschafter 64
6.1.1.2 Lebenspartner 64
6.1.1.3 Verlobte 64
6.1.1.4 Verwandte incl. Adoptierter, Verschwägerte 65
6.1.1.5 Zuwendung nach Ehescheitern, aber vor Trennung, sowie zwischen Trennung und Scheidung 65
6.1.1.6 Geschiedene Ehegatten 65
6.1.1.7 Die Behandlung vorehelicher Zuwendungen im Zugewinnausgleich 66
6.1.2 Abgrenzung zur Schenkung 66
6.1.3 Abgrenzung zur ehebezogenen Schenkung 69
6.1.4 Abgrenzung zu Mitarbeitsfällen (keine Sachzuwendung) 69
6.2 Rechtshistorische Entwicklung 69
6.3 Tatbestand 70
6.3.1 Zuwendungsgegenstand 70
6.3.2. Zuwendende Person 72
6.3.2 Stichtag/Fälligkeit 72
6.3.3 Schlüssiger Sachvortrag erfordert bei gesetzlichem Güterstand vollständige Darlegung der Zugewinnausgleichsberechnung 73
6.3.4 Gespaltene Verjährungsfrist 74
6.3.5 (Noch) Vorhandensein des Gegenstandes der Wertschöpfung am Stichtag 75
6.3.6 Verhältnis der Zuwendung zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten bzw. des zuwendenden Ehegatten 75
6.3.7 Krasse, unbillige, ungerechte, unzumutbare Benachteiligung des einen Ehegatten 76
6.3.7.1 Adäquate Gegenleistung (Kompensation) 76
6.3.7.2 Gütertrennung 76
Für die Frage der Benachteiligung kommt es darauf an, ob ein güterrechtlicher Ausgleich möglich ist und falls nein, weshalb nicht. 76
6.3.7.3 Zugewinngemeinschaft 77
6.3.7.4 Gütergemeinschaft 79
6.3.7.5 Güterstandswechsel 80
6.3.7.6 Privilegierung der Gütertrennung? 80
6.4 Rechtsfolgen 80
6.4.1 Grundsatz: finanzieller Ausgleich geht vor Rückgewähr 80
6.4.2 Mehrere Zuwendungen 82
6.4.3 Ausgleichskriterien 83
6.4.4 „Abschreibung“ des Anspruchs, Beschlussempfehlung des 19. Deutschen Familiengerichtstages 2011 85
6.4.5 Anspruchsbegrenzung auf den ungestörten Zugewinnausgleich 89
6.4.6 Wertsteigerungen 89
6.4.7 Wertverlust 90
6.4.8 „Sicherheitsausgleich“ bei dinglicher Rückgewähr 90
6.4.9 Kein Einwand der groben Unbilligkeit („Verwirkung“) 91
6.5 Sonderfall: Tod eines Ehegatten 91
6.6 Erbrechtliche Aspekte 91
6.7 Gläubigeranfechtungsgesetz 92

6.8 steuerliche Aspekte, Zuwendungsverträge 92
7 Der familienrechtliche Kooperationsvertrag 93
7.1 Begriff und Abgrenzung 93
7.2 Rechtshistorische Entwicklung und heutiger Stand der BGH Rechtsprechung 94
7.3 Tatbestand 94
7.4 Rechtsfolgen 95
7.4.1 Nur finanzieller Ausgleich, niemals Rückgewähr 95
7.4.2 Berechnungsmaßstab 95
7.4.3 Ausgleichskriterien 96
7.4.4 Verjährung 96
7.5 Leistungen naher Angehöriger 96
8 Berechnungsbeispiele 97
8.1 konkludente Ehegatteninnengesellschaft (nicht belegt) 97
8.2 ehebezogene Zuwendung 97
8.2.1 „Abschreibung“ nach der Formel des 19. Deutschen Familiengerichtstages 97
8.3 familienrechtlicher Kooperationsvertrag (nicht belegt) 98
9 Formfragen 98
10 Mischfälle 98
10.1 Mischfälle mit innerem Zusammenhang 98
10.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen einer Ehegatteninnengesellschaft liegen vor 98
10.1.2 Tatbestandsvoraussetzungen einer Ehegatteninnengesellschaft liegen nicht vor 99
10.2 Mischfälle ohne inneren Zusammenhang 99
11 Konkludente Ehegatteninnengesellschaft, ehebezogene Zuwendung und familienrechtlicher Kooperationsvertrag – synoptische Darstellung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolgen 100
11.1 Tatbestandsmerkmale 100
11.1.1 Übersicht 100
11.1.2 Gemeinsamkeiten und Unterschiede 101
11.1.2.1 Gemeinsamkeiten 101
11.1.2.2 Unterschiede 101
11.2 Rechtsfolgen 102
11.2.1 Übersicht 102
11.2.2 Gemeinsamkeiten und Unterschiede 103
11.2.2.1 Gemeinsamkeiten 103
11.2.2.2 Unterschiede 103
12 Konkurrenzfragen 103
12.1 Bedeutung der Unzumutbarkeit/Billigkeit/Abwägung 103
12.2 Verhältnis zwischen Nebengüterrecht und Güterrecht 104
12.3 Fälligkeit bei familienrechtlichem Vertrag sui generis beachten 106
13 Anwaltliche Prüfungsreihenfolge 106
13.1 Erfolgte eine eigene Wertschöpfung zugunsten des anderen Ehegatten und war sie zum Stichtag noch vorhanden, ggf. in welcher Höhe? 106
13.2 Bestehen diesbezüglich einzelvertragliche Sonderabreden und führen diese zu einem adäquaten Ausgleich? 106
13.3 Welcher Güterstand besteht? 106
13.3.1 Zugewinngemeinschaft: Zugewinnausgleich berechnen 106
13.3.2 Gütertrennung: Inhalts- und Ausübungskontrolle durchführen 107
13.4 Anspruch aus Nebengüterrecht prüfen 107

13.5 Überprüfung der Zugewinnausgleichsberechnung („interpolieren“) : 107
13.6 Nachträgliche Geltendmachung nebengüterrechtlicher Forderungen nach abschließender Regelung des Zugewinnausgleichs? 107
13.6.1 Regelung des Zugewinnausgleichs durch Vergleich 108
13.6.2 Regelung des Zugewinnausgleichs durch Urteil/Beschlusss 108
14 Anwaltstaktik 108
14.1 Darlegungs- und Beweislast 108
14.2 Verjährung 109
14.3 Auskunftsrechte ausnutzen 109
14.4 Die Ehegatteninnengesellschaft als vorzeitigen selektiven Zugewinnausgleich nutzen 109
14.5 Falsche Taktik bei der Ehegatteninnengesellschaft: Separater Vorabausgleich von Einlagen und Mitarbeit 110
14.6 Im Zweifel Antrag primär mit dem Zugewinnausgleich begründen und mit Haupt- und Hilfsanträgen arbeiten 111
14.7 Gegentaktik bei fehlendem zeitlichem Zusammenhang zur Ehe 111
14.8 Zurückhaltung beim Verteidigungsvorbringen 112
14.9 Verhandlungslösung suchen 112
14.10 Verfahrenskostenvorschuss 112
15 Besondere verfahrensrechtliche Fragen 113
15.1 Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts und die funktionale Zuständigkeit des Familiengerichts 113
16 Rechtsprechungsregister 114
16.1 Höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung 114
16.1.1 konkludente Ehegatteninnengesellschaft 114
16.1.1.1 Konkludente Ehegatteninnengesellschaft angenommen oder für möglich gehalten 114
16.1.1.2 Konkludente Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt oder für nicht möglich gehalten 117
16.1.2 Ehebezogene Zuwendung 119
16.1.2.1 Ehebezogene Zuwendung angenommen oder für möglich gehalten 119
16.1.2.2 Ehebezogene Zuwendung abgelehnt oder für nicht möglich gehalten 124
16.1.3 Familienrechtlicher Kooperationsvertrag 128
16.1.3.1 Familienrechtlicher Kooperationsvertrag angenommen oder für möglich gehalten 128
16.1.3.2 Familienrechtlicher Kooperationsvertrag abgelehnt oder für nicht möglich gehalten 128
16.2 Sachregister Ehegatteninnengesellschaft Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nach Güterständen 129
16.2.1 Gruppe 1: Gütertrennung 129
16.2.2 Gruppe 2: Gesetzlicher Güterstand 129
16.2.3 Gruppe 3: Gütergemeinschaft 130
16.2.4 Gruppe 4: Urteile des Bundesgerichtshofs ohne Tatsachenfeststellungen zum Güterstand 131
16.3 Literaturverzeichnis 132

1 Einführung

1.1 Problemstellung

„Im Interesse der rechtsuchenden Parteien muss gesetztes und gesprochenes Recht drei Grundvoraussetzungen erfüllen:

1. Es muss in seinem Regelungsgehalt klar, einfach und durchschaubar sein;
2. es muss gerecht sein und Rechtsfrieden zwischen den Parteien schaffen;
3. es muss den Rechtsuchenden vermittelbar sein“[1].

Anders ausgedrückt: „was man nicht versteht, sieht man auch nicht ein“[2].

Das gesetzliche Familienrecht bietet im Falle der Wertschöpfung des einen zugunsten des anderen Ehegatten dann keine Lösung, wenn der benachteiligte Ehegatte aufgrund der güterrechtlichen Gegebenheiten leer ausgeht. Statt dessen werden Ansprüche ausschließlich richterrechtlich begründet. Es handelt sich um die konkludente Ehegatteninnengesellschaft, die ehebezogene Zuwendung und den familienrechtlichen Kooperationsvertrag mit identischer Intention (Gerechtigkeit), aber höchst unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen.

Dass das eigentliche Güterrecht als gesetzliches Ordnungsrecht keine Lösung bereit stellt und damit unzulänglich ist, wird schon lange kritisiert[3].

1.2 Seminarziele

1.2.1 Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Anspruchsgrundlagen kennen

Diese Kenntnis ist erforderlich, um im Verfahren interessengerecht argumentieren zu können.

1.2.2 Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen als mögliche Vorfrage im Einzelfall beachten

Dies ist erforderlich, weil der Güterstand Vorfrage zum Nebengüterrecht ist.

---

[1] Hahne in: Brühler Schriften zum Familienrecht, 17. DFGT 2007, S. 17, 18
[2] Götz/Brudermüller NJW 2011, 801, 808
[3] Roquette, DR 1944, 91

1.2.3 Tatbestand und Rechtsfolgen der Anspruchsgrundlagen kennen

Dies ist erforderlich, um schlüssigen, haftungsfesten Antragsvortrag zu halten und um unschlüssige Anträge zu erkennen und richtig abzuwehren.

1.2.4 Konkurrenzen und Zusammenspiel der Anspruchsgrundlagen in der Praxis kennen

Rechtliches Verhältnis der Anspruchsgrundlagen zueinander und ihr Verhältnis zum Zugewinnausgleich beachten und richtig anwenden incl. anwaltlicher Prüfungsreihenfolge.

1.2.5 Checklisten und Schriftsatzmuster anwenden

1.2.6 Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte kennen

1.3 Beispielsfälle (zur Annäherung an die Problematik)

1.3.1 Nebengüterrecht

Folgende drei Fälle weisen zwei wesentliche Gemeinsamkeiten auf. M und F leben im Güterstand der Gütertrennung. Der eine Ehegatte engagiert sich zugunsten des anderen finanziell oder durch Mitarbeit und bewirkt bei diesem eine Wertschöpfung in Höhe von 50000 €.

1. M gründet in der Ehe einen Handwerksbetrieb. Dieser gehört incl. dem Betriebsgrundstück *formalrechtlich* M, jedoch betrachten ihn beide *wirtschaftlich* als gemeinsames Eigentum. M erledigt die handwerklichen Tätigkeiten, F den gesamten kaufmännischen Bereich. Dank der Tüchtigkeit und des Einsatzes beider hat der Betrieb nach 20 Jahren einen Verkehrswert von 100000 €. M trennt sich von F.

Variante: F unterstützt M anstatt durch Mitarbeit mit einer finanziellen Zuwendung für den Betrieb in Höhe von 50000 €.

Variante: Das Unternehmen hat inzwischen einen Wert von 200000 €.

Variante: Das Unternehmen ist inzwischen mit 100000 € überschuldet.

Lösung jeweils: konkludente Ehegatteninnengesellschaft.

Zwischenergebnis: Die Art der Wertschöpfung (Mitarbeit oder Zuwendung) ist für die Feststellung einer konkludenten Ehegatteninnengesellschaft – falls das

Unternehmen also wirtschaftlich als gemeinsames Eigentum betrachtet wurde - grundsätzlich unerheblich.

Variante: M arbeitet mit, ohne dass der Handwerksbetrieb von beiden wirtschaftlich als gemeinsames Eigentum betrachtet wird.

F „schenkt“ M 50000 €, aber ohne Bezug zum Unternehmen. M, der über entsprechendes Eigenkapital verfügt (z. B. als Rücklage für die eigene Altersvorsorge), legt die 50000 € der F an und investiert stattdessen sein Eigenkapital von 50000 € in sein Unternehmen.

Lösung: In der Variante „Mitarbeit“ familienrechtlicher Kooperationsvertrag, in der Variante „finanzielle Zuwendung“ ehebezogene Zuwendung. Beide Konstruktionen sind jedoch nur Unterfälle eines familienrechtlichen Vertrages sui generis.

Zwischenergebnis: Die Art der Wertschöpfung (Mitarbeit oder Zuwendung) ist für die Feststellung eines familienrechtlichen Vertrages sui generis – falls das Unternehmen also wirtschaftlich nicht als gemeinsames Eigentum betrachtet wurde - grundsätzlich unerheblich.

Ergebnis: Je nachdem ob der Wertschöpfungserfolg wirtschaftlich als gemeinsames Eigentum betrachtet wurde, kommen unterschiedliche Anspruchsgrundlagen zur Anwendung. Ob diese Voraussetzung – die Bewertung des Wertschöpfungserfolges als gemeinsames Eigentum durch die Ehegatten – jedoch vorlag, lässt sich später nicht mehr oder nur schwer feststellen. Allein deshalb, weil die erzielten Wertschöpfungsergebnisse nicht nur auf unterschiedlichen Wertschöpfungsvorgängen beruhen, sondern im subjektiven Bereich erheblichen Beweisrisiken unterliegen, gelangen verschiedene nebengüterrechtliche Ansprüche zur Anwendung.

2. M und F leben in durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen. Die Ehe kriselt. M verschuldet sich, um F 50000 € zu „schenken“, damit sie ihm gewogen bleibe. F hat jetzt genügend Geld hat, um ihre Beziehung mit ihrem Liebhaber richtig auszuleben und trennt sich auf der Stelle von M.

Variante: M schenkt F nicht Geld, sondern eine Eigentumswohnung im Wert von 50000 €, die vermietet wird. Die Miete bringt F – in der Variante ohne Liebhaber – in die Ehe ein, trennt sich aber trotzdem von M, jedoch erst nach 15 Jahren.

Variante: Es handelte sich um eine „Schrottimmobilie“, die nicht mehr vermietbar ist und nur noch Kosten und damit einen Verlust verursacht.

Lösung jeweils: Ehebezogene Zuwendung.

3. Das Familienheim von M und F ist grundbuchlich auf F eingetragen, wurde aber von M, der Bauhandwerker ist, während der Ehe errichtet. F trennt sich von ihm.

Lösung: familienrechtlicher Kooperationsvertrag

Folgen z. B.: Der Anspruch der F ist im Fall 1. nicht auf den Betrag des fiktiven Zugewinnausgleichs beschränkt, aber in den Fällen 2. und 3. Dafür haftet F im Fall 1. aber auch für einen Verlust. In den Fällen 2. und 3. kommt hinzu, dass der Anspruch durch Zeitablauf immer geringer wird, nicht aber im Fall 1., wo er sogar steigen, aber eben auch in eine Verlustbeteiligung umschlagen kann.

Endergebnis: Die Zufälligkeiten und Beweisrisiken schlagen über die unterschiedlichen Rechtsfolgen der divergierenden Anspruchsgrundlage in erheblicher Weise auf die Anspruchshöhe durch.

Diese Unterschiede leuchten nicht ein, was die Variante von Fall 1. nochmals verdeutlicht: Nur deshalb, weil M das Geld von F und nicht sein eigenes Kapital zweckgemäß investiert, ist F je nach späterem Beweisergebnis Innengesellschafterin (ohne etwas davon zu ahnen, zumal angesichts der notariellen Belehrung beim Ehevertragsabschluss) und läuft ins volle unternehmerische Risiko, hat aber je nach den Einzelfallumständen aber auch erheblich einen erheblich höheren Anspruch .

Nächster Beispielsfall (wichtiger Exkurs zur Ehevertragskontrolle)

1.3.2 Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen

Bei zwei Ehepaaren[4], A und B sowie X und Y, herrschen im Wesentlichen gleiche Verhältnisse vor. Sie sind gleich alt, gleich lang verheiratet und die Ehemänner sind selbstständig, haben in der Ehe 500000 € erwirtschaftet, ansonsten aber keine Altersvorsorge. Die Ehefrauen haben ehezeitliche Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben und kein Endvermögen.
Ehemann A hat die 500000 € in eine private Rentenversicherung investiert. Der Versorgungsausgleich ist vertraglich ausgeschlossen.
Ehemann X hat die 500000 € in Kapitalvermögen angelegt. Es ist Gütertrennung vereinbart.

Lösung:

Ehefrau B hat die Möglichkeit, den Ehevertrag einer gerichtlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle unterziehen zu lassen, da der Versorgungsausgleich Unterhaltsrang hat und damit im Kernbereich der Scheidungsfolgen steht[5].

Ehefrau Y hingegen geht leer aus, denn das Güterrecht steht nicht im Kernbereich[6].

Ergebnis: Obwohl in beiden Fällen die gleiche eheliche Lebensleistung erwirtschaftet wurde und obwohl – jedenfalls bei Selbstständigen – auch die Anlage in Kapitalien eine geeignete und oft gewählte vollwertige Altersvorsorge darstellt (**Funktionsäquivalenz** zwischen Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich[7]), werden die beiden Ehefrauen ungleich behandelt.

Wichtige Tendenz in der Literatur:

---

[4] Vgl. Bergschneider, FamRZ 2010, 1857; Herr,ff 2011, 16
[5] BGH FamRZ 2005, 26; 2008, 386; 1041
[6] BGH FamRZ 2004, 601, 605, 608; 2008, 386
[7] Vgl. dazu evtl. Tendenz beim BGH: Urteil vom 21.11.2012 XII ZR 48/11, FamRZ 2013, 269

Bei Gütertrennungsverträgen ist – in besonders gelagerten Fällen - zwar keine Inhalts-, jedoch eine Ausübungskontrolle möglich.

Brudermüller, Familienrecht in Praxis und Theorie, FS für Hahne 2012, 121
Dauner-Lieb, FuR 2009, 361;FF 2010, 343
Herr, FF 2011, 16
Hoppenz, FamRZ 2011, 1697
Meder, FÜR 2012, 113
Wever, Familienrecht in Praxis und Theorie, FS Hahne 2012, 191
Deutscher Familiengerichtstag 2011, AK 19, Beschlussempfehlung 4 c).

1.3.3 Verhältnis von Innengesellschaft und Inhaltskontrolle

Wie noch aufzuzeigen ist, überschneiden sich Innengesellschaft und Inhaltskontrolle bei der Rechtsanwendung. Im Falle der Innengesellschaft werden bei Gütertrennung unter Umgehung der Kernbereichsproblematik finanzielle Forderungen zuerkannt. Bei der Ehegatteninnengesellschaft handelt es sich daher materiell um Inhaltskontrolle mit der Folge eines selektiven Zugewinnausgleichs[8].

2 Systematische Stellung im Güterrecht

2.1 Nebengüterrecht

2.1.1 materielles Recht

2.1.1.1 Begriff

„Nebengüterrecht“ ist kein Begriff der gesetzlichen Terminologie. Er fasst vielmehr schlagwortartig zusammen die

> „Ansprüche zwischen miteinander verheirateten oder ehemals miteinander verheirateten Personen … im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung oder Aufhebung der Ehe“

(§ 266 Abs. 1 Ziffer 3 FamFG), meint freilich nicht gesetzliche Ansprüche, also insbesondere nicht das (eigentliche) Güterrecht der §§ 1363 – 1563 BGB.

[8] Bergschneider, FamRZ 2010, 1857, 1859; Ausführlich Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, Diss. Mannheim 2008, S. 450; Münch FamRZ 2004, 233, 235; vgl. auch Sethe, Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen – eine Zwischenbilanz, in: Höland/Sethe/Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.), Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, Gieseking, Bielefeld 2007, 55 f

Entscheidend ist der Zusammenhang der im Einzelfall auftretenden Rechtsfrage mit den sozialen Vorgängen Trennung und Scheidung. Der Gesetzentwurf zum FamFG-RG erwähnt die Innengesellschaft und die ehebezogene Zuwendung ausdrücklich[9], der familienrechtliche Kooperationsvertrag steht der Zuwendung gleich und ist daher vom gesetzgeberischen Willen mit umfasst.

Es handelt sich um diejenigen Ansprüche, die aus den sozialen Lebenssachverhalten der Trennung und Scheidung/Eheauflösung herrühren, aber nicht im materiellen Familienrecht (insbesondere nicht im Güterrecht, dem Recht über die Verteilung der Hausratsgegenstände und dem der Wohnungszuweisung) geregelt sind[10], also nicht bereits (eigentliche) güterrechtliche Familiensachen im Sinne des § 111 FamFG sind (vgl. § 266 Abs. 1 am Ende).

Diese nebengüterrechtlichen Ansprüche unterscheiden sich vom Zugewinnausgleich dadurch, dass Grund des vom BGH gewährten finanziellen Ausgleichs immer eine Wertschöpfung des einen zugunsten des anderen Ehegatten ist, insbesondere ein materieller Gütertransfer oder eheliche Mitarbeit.

Der Zugewinnausgleich hingegen fragt nicht nach Grund und Herkunft einer Wertschöpfung. Er beruht vielmehr auf dem Gedanken, dass die bei einem Ehegatten während der Ehe erfolgte Vermögensmehrung (Zugewinn) auf der ehelichen Lebensleistung beider Ehegatten beruht.

2.1.1.2 Entstehung

Das Nebengüterrecht hat eine lange Entstehungsgeschichte. Seine Anfänge reichen bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts zurück[11]. Es wurde früh erkannt, dass das eheliche Güterrecht zu im Einzellfall zu extrem ungerechten Ergebnissen führen kann. Daher wurden verschiedene weitere Anspruchsgrundlagen entwickelt. Sie wurden im Laufe der Zeit, weil sie in der praktizierten Form immer neue rechtliche Probleme aufwiesen, verändert und erweitert. Sie haben jeweils unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen.

2.1.1.3 Nebengüterrechtliche Ansprüche

Hierzu zählen[12] in erster Linie die konkludente Ehegatteninnengesellschaft, die ehebezogenen Zuwendung und der familienrechtliche Kooperationsvertrag. Um diese Ansprüche geht es hier allein.

(Weiterhin sind zu nennen etwa[13] die Nutzungsentschädigung, der Gesamtschuldner- und Gesamtgläubigerausgleich, die Rückgewähr von

---

[9] BT-DS 16/6308 S. 263
[10] Johannsen/Henrich/Jaeger, Familienrecht, § 266 FamFG Rdn. 1
[11] RGZ 158, 380 behandelt bereits, wenngleich im Ergebnis ablehnend, die konkludente Ehegatteninnengesellschaft
[12] Vgl. Hoppenz, Familiensachen, § 266 Rdn. 4

Schenkungen, die Auseinandersetzung von Miteigentum und Bankkonten, bestimmte steuerrechtliche Ansprüche und vieles mehr. Es besteht kein numerus clausus.)

2.1.1.4 Intention der BGH Rechtsprechung und Verhältnis zum gesetzlichen Güterrecht

Das Nebengüterrecht gewährt *ausnahmsweise* Ausgleichsansprüche, wo sie nach dem gesetzlichen Güterrecht des BGB (§§ 1363 ff BGB) *im Einzelfall* ausgeschlossen sind, etwa aufgrund vereinbarter Gütertrennung oder weil der andere Ehegatte in der Ehe sein Anfangsvermögen verbraucht hat. Das güterrechtliche Ergebnis wird also korrigiert. Es handelt sich damit (gerade) nicht um ordnungsrechtliche Anspruchsgrundlagen.
Der Bundesgerichtshof lässt sich dabei von dem Ziel leiten, ein *billiges und sachgerechtes* Ergebnis zu erzielen[14]. Er korrigiert das ordnungsrechtliche Ergebnis, wo der benachteiligte Ehegatte mit einem Zugewinnausgleichsanspruch ausfällt, soweit dies als unbillig und nicht sachgerecht angesehen wird.

2.1.2 Formelles Recht

Nebengüterrechtliche Streitigkeiten sind Familiensachen (§ 266 Abs. 1 Ziffer 3 FamFG, Zuständigkeit des „großen“ Familiengerichts[15]), und zwar Familienstreitsachen (§ 112 Ziffer 3 FamFG). Nach § 113 FamFG gelten die Allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung und die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechen sowie das FamFG außer dessen §§ 2 bis 37, 40 bis 45, 46 Satz 1 und 2, 47, 48 und 76 bis 96. Es gelten also folgende Vorschriften des FamFG nicht[16]: die gesamten allgemeinen Vorschriften (Rückausnahme § 1), die Bestimmungen über das Verfahren im ersten Rechtszug, zum Beschluss (Rückausnahme §§ 38, 39, 46 Satz 3 und 4) sowie zur Verfahrenskostenhilfe, den Kosten und der Zwangsvollstreckung. Vielmehr gelten die §§ 266 FamFG und 1 bis 252 sowie 253 bis 494 a ZPO, insbesondere die §§ 91 ff, 114 ff, 128 ff, 166 ff, 233 ff ZPO.

Zu den nicht anwendbaren Vorschriften des FamG zählen insbesondere die §§ 121 ff, denn nebengüterrechtliche Streitigkeiten sind niemals Folgesache, also auch dann isoliert anhängig zu machen, wenn die Scheidung beantragt wird oder bereits beantragt, aber noch nicht erfolgt ist[17]. Es gelten aber auch nicht die §§ 261 ff. FamFG, denn das Nebengüterrecht ist als solche eben kein (eigentliches) Güterrecht.

---

[13] Vgl. dazu Garbe/Oelkers/Grabow 9/3.1
[14] BGH FamRZ 1960, 104, 105; vgl. auch BGHZ 31, 197, 201; BGH FamRZ 1960, 105, 107; 1961, 301; 1961, 519, 520; BGHZ 142, 137, 143 für die konkludente Ehegatteninnengesellschaft; das gleiche ergibt sich bei der ehebezogenen Zuwendung aus der Anwendung von § 242 BGB bzw. – nach der Schuldrechtsreform – von § 313 BGB
[15] Vgl. zum Begriff Zöller/Lorenz § 266 FamFG Rdn. 1
[16] Vgl. Hoppenz, Familiensachen, § 113 FamFG Rdn. 2
[17] Hoppenz, Familiensachen § 266 FamFG Rdn. 1

2.2 Allgemeines zum sog. Nebengüterrecht[18]

Die nebengüterrechtlichen Anspruchsgrundlagen sind durchweg allein schuldrechtlicher Natur, vermitteln also keine dingliche Rechtsposition. Dies ist insbesondere bei der Ehegatteninnengesellschaft hervorzuheben, bei der kein Gesamthandseigentum entsteht.

Das Nebengüterrecht ist kein (gesetzliches) Ordnungsrecht, sondern Vertragsrecht, entspricht damit aber gleichwohl der Konzeption des Familienrechts, da der Zugewinnausgleich, den es im Einzelfall ersetzen soll, nach § 1363 BGB seinerseits nur subsidiär ist:

> „Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes bestimmt haben“.

Allerdings handelt es sich beim Nebengüterrecht nicht um ehevertragliche Regelungen, sondern um andere Rechtsgeschäfte, die sie in gleicher Weise miteinander abschließen, wie sie dies mit Dritten auch tun können[19] und die deshalb den Zugewinnausgleich nicht verdrängen, sondern in Anspruchskonkurrenz neben ihn treten, sodass der Zugewinnausgleich unter dogmatischen Aspekten grundsätzlich nicht vorrangig ist[20]. Dies hat zur Folge, dass sie als vermögenswerter Gegenstand den Zugewinnausgleich rechnerisch beeinflussen können[21], sodass nach Feststellung eines nebengüterrechtlichen Anspruchs immer eine Kontrollberechnung des Zugewinnausgleichs durchzuführen ist.

Die Problematik der Einordnung als familienrechtliche Anspruchsgrundlagen ist hat keine materiellrechtlichen Auswirkungen. Ihr kann entgegen gehalten werden, dass die §§ 313 und 705 BGB zum Schuldrecht gehören. Allerdings sind die Ansprüche über die Gesetzesbegründung zu § 266 BGB vom Willen des Familiengesetzgebers umfasst.

In der Literatur wird – was die systematische Betrachtung anbelangt - häufig noch zunächst nach dem Wertschöpfungsvorgang gefragt und dieser dann separat nach Anspruchsgrundlagen dargestellt. So wird etwa unter der „Überschrift“ Mitarbeit von Ehegatten nach arbeits-, gesellschafts-, familien- und anderen rechtlichen Grundlagen gefragt[22]. Von der Intention des Nebengüterrechts her ist der Wertschöpfungsvorgang aber von nur untergeordneter Bedeutung. Entscheidend ist aber, auch nach Meinung des Bundesgerichtshofs[23], primär der Wertschöpfungserfolg und die Teilhabe des anderen Ehegatten daran. Dies spricht dafür, die gegenwärtig noch bestehende Diversifizierung in verschiedene Anspruchsgrundlagen zu überdenken und einer Vereinheitlichung zuzuführen[24].

---

[18] BGH, Urteile vom 27.06.2012, XII 47/09 und XII 203/09
[19] Palandt/Brudermüller § 1363 BGB Rdn. 3
[20] Palandt/Brudermüller § 1372 BGB Rdn 2
[21] BGH FamRZ 2009, 193
[22] Wever, Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl. S. 263
[23] BGHZ 142, 137
[24] Ausführlich Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, Diss. Mannheim 2008; Beschlussempfehlung des 19. Deutschen Familiengerichtstages, Brühler Schriften, Band 17, 2011, S. 134

3 Bedeutung für die anwaltliche Tätigkeit

Wichtig ist zunächst die Erkenntnis, dass man der Problematik als Familienrechtler nicht ausweichen kann. Insbesondere die strategische Ausrichtung, solche Fälle erst gar nicht anzunehmen, hilft nicht, denn die Sache kommt unerkannt daher. Die Innengesellschaft, die Zuwendung und der Kooperationsvertrag, sie alle wollen und müssen erst entdeckt werden, wenn der Mandant im Gespräch seine Situation schildert.

Hierfür ist das persönliche Mandantengespräch unerlässliche Voraussetzung, was einmal mehr die Unzulänglichkeit und das Risikopotenzial sog. Onlinescheidungen belegt.

3.1 Haftung

Ansprüche aus konkludenter Ehegatteninnengesellschaft, ehebezogener Zuwendung und familienrechtlichem Kooperationsvertrag werden häufig

- nicht erkannt, weil die Anspruchsgrundlagen nicht geläufig sind
- zwar erkannt, aber nicht geltend gemacht, weil das Prozessrisiko unzutreffend eingeschätzt wird
- zwar geltend gemacht, aber nicht in der richtigen Höhe, weil der Anspruch falsch berechnet wird[25].

Gerichtlich anhängige Verfahren in sonstigen Familiensachen iSd. § 266 FamFG – davon sind ja wiederum nur ein Teil Nebengüterrechtssachen - machten 2011 nur 1,6% der gesamten Eingänge aus[26]. Die Dunkelziffer „unentdeckter“ Ansprüche dürfte daher enorm sein.

Das Nebengüterrecht birgt also überdurchschnittliche Haftungsrisiken, indem es übersehen oder falsch angewendet wird.

Grundsätzlich fehlerhaft sind Beratungen folgenden Inhalts:

> „Sie haben nun einmal Gütertrennung vereinbart, da ist nichts zu machen“.
> Gefahr: Mandant verfolgt bestehenden Anspruch nicht.
>
> „Es gibt da zwar bestimmte Anspruchsgrundlagen, da entscheidet aber der Richter nach freiem Ermessen. Das Ergebnis lässt sich überhaupt nicht beeinflussen, das Kostenrisiko ist extrem hoch“.
> Gefahr: Mandant verfolgt bestehenden Anspruch nicht.
>
> „Es gibt da bestimmte Anspruchsgrundlagen, da entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Wir klagen das mal ein, meistens bleibt irgendetwas hängen“.
> Gefahr: Kostenregress.

[25] Vgl. Herr, FamRB 2011, 86
[26] Großmann NZFam 2014,289, 290

Diese Ratschläge sind selbst dann – weil reiner Zufall – in dieser Form falsch, wenn sie im Ergebnis stimmen.

Die Gefahr eines Regresses im Falle eines Anwaltsverschuldens dürfte weiter steigen, nachdem das Nebengüterrecht aufgrund des neuen § 266 FamFG immer mehr aus seinem bisherigen Schattendasein treten wird.

Es ist dringend zu empfehlen, alle Beratungsschritte zu dokumentieren incl. der Beratung über die Kosten, am besten im Rahmen der Mandantenkorrespondenz. Hier ist immer darauf zu achten, dem Mandanten nur „das Wesentliche aus unserer letzten Besprechung, insbesondere…“ zu bestätigen, um der Gefahr einer Beweislastumkehr vorzubeugen.

Auch wenn sich der Mandant gezielt nur nach etwaigen Zugewinnausgleichsansprüchen erkundigen sollte, ist der Anwalt zu einer allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Beratung verpflichtet[27]. Diese schließt das Nebengüterrecht unbedingt mit ein.

Zwar obliegt es dem Rechtsanwalt nicht, die Erfolgsaussicht eines Rechtsstreits mit mathematischer Genauigkeit vorher zu sagen. Zur pflichtgemäßen Mandatsbearbeitung genügt aber der Hinweis an den Auftraggeber nicht, solche Fälle seien mit erheblichen Risiken behaftet und Ansprüche nur in Ausnahmefällen durchsetzbar. Aufgabe des Rechtsanwalts ist es vielmehr, durch Befragung des Mandanten die Kriterien möglichst vollständig zu ermitteln, die unter Berücksichtigung der insbesondere in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch vertretenen herrschenden Auffassung maßgeblich sind. Eine Checkliste ist empfehlenswert! Hierbei kommt es nicht nur auf die Herausarbeitung der für, sondern auch auf die Herausarbeitung der gegen den Anspruch streitenden Tatsachen an, die antezipierend zu erfragen sind. Danach ist der Mandant konkret über das Prozessrisiko aufzuklären[28]. Anschließend hat er die letzte Entscheidung für oder gegen die Rechtsverfolgung zu treffen, was ihm unter Hinweis auf die erfolgte Beratung schriftlich bestätigt werden sollte. Es genügt also auf gar keinen Fall, nur anhand der „positiven“ Fallumstände den Antrag schlüssig zu machen und abzuwarten, was der Gegner im Verfahren einwendet und wie man dann damit fertig wird, sondern es müssen die möglichen Einwendungen vorher beim Mandanten abgefragt, geprüft und darf erst dann über die Frage der gerichtlichen Geltendmachung entschieden werden.

Vorstehendes gilt auch im Falle der Beratung und Vertretung betreffend einen nichtigen Ehevertrag und einen sich daran anschließenden Vergleichsabschluss[29].

Es ist auf substantiierten Vortrag zu den Anspruchsvoraussetzungen nach Grund und Höhe zu achten, insbesondere zu den Abwägungstatsachen im Rahmen des familienrechtlichen Vertrages sui generis (ehebezogene Zuwendung und familienrechtlicher Kooperationsvertrag)[30], da hier ein gesetzlicher Zweifelsgrundsatz

[27] Vgl. zum Unterhaltsrecht etwa OLG Düsseldorf FF 2012, 449
[28] OLG Düsseldorf FamRZ 2011, 323; FamRZ 2004, 1647; OLG Zweibrücken FamRZ 2007, 142
[29] OLG Düsseldorf, FuR 2012, 199
[30] Vgl. BGH, Urteil vom 19.09.2012, XII ZR 136/10; AG Bensheim, Beschluss v. 19.06.2012, 73 F 190/12 RI, juris

(Halbteilung) wie bei der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft (§ 722 BGB) nicht besteht.

Das Gericht muss z. B. in der Lage sein, aufgrund des Sachvortrags Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu treffen, die daher substantiiert vorzutragen sind[31].

Da die nebengüterrechtlichen Ansprüche, insbesondere die Ehegatteninnengesellschaft, faktisch zu einem selektiven vorzeitigen Zugewinnausgleich führen[32], ergibt sich ein zusätzliches Haftungsrisiko daraus, dass der Rechtsanwalt bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen Sicherungsmaßnahmen ergreifen, ggf. einen Arrest anraten muss, wie dies für den Fall des Zugewinnausgleichs bereits entschieden ist[33].

3.2 Umsatz

Die Erfahrung zeigt, dass die Gegenstandswerte der gerichtlichen Verfahren relativ hoch sind. Die hat verschiedene Gründe.
Zum einen setzen nebengüterrechtliche Ansprüche in der Regel voraus, dass die auszugleichende Benachteiligung des betroffenen Ehegatten eine gewisse Erheblichkeit hat. Relativ geringe Wertschöpfungen zugunsten des anderen Ehegatten bleiben häufig ausgleichslos (aus rechtlichen Gründen, auf die noch einzugehen ist). Dies unterscheidet sie vom Zugewinnausgleich, der auch zu kleineren Beträge führen kann, welche erfahrungsgemäß auch durchaus geltend gemacht werden.
Zum anderen ist das Prozessrisiko überdurchschnittlich hoch, weil die Erfolgsprognose deutlich schwieriger ist als beim Zugewinnausgleich. Viele Mandanten sehen daher bei kleineren Beträgen von einer Verfolgung ihres Anspruchs ab, weil das Kostenrisiko in Euro in keinem angemessenen Verhältnis zum möglichen, aber unsicheren Verfahrenserfolg steht.
Offenbar spielt auch der psychologische Aspekt eine Rolle, dass es einen Unterschied macht, ob sich der andere Ehegatten mit der gesamten wirtschaftlichen Lebensleistung beider aus der Ehe verabschiedet und einem selbst nichts verbleibt, was als ganz besonders ungerecht empfunden werden kann, oder ob es nur um einen Teil hiervon geht. Häufig ist auch der verlassene Ehegatte in höherem Maße risikobereit. Der Mandant sollte regelmäßig auf die Risiken hingewiesen werden und dass diese objektiv und mit „klarem Kopf“ zu betrachten seien. Die Kunst besteht darin, ihm hierbei nicht die Rechtsverfolgung auszureden, ihn also nicht unangemessen zu verängstigen.

3.3 Weitere Besonderheiten der Mandatsführung

Den höheren Gegenstandswerten steht in der Regel ein höherer anwaltlicher Aufwand gegenüber.

---

[31] BGH FamRZ 2012, 1789, 1791
[32] Die Ehegatteninnengesellschaft ist nichts anderes als eine privilegierte selektive Quasizugewinngemeinschaft, vgl. Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, S. 374 f
[33] OLG Hamm FamRZ 2003, 758; 1992, 430

Dieser geht schon deshalb notwendig über den Aufwand einer Zugewinnausgleichssache hinaus, weil auch hier – und zwar auch bei Gütertrennung! - eine Zugewinnausgleichsberechnung durchzuführen ist, und dies bei gesetzlichem Güterstand gleich zweimal, nämlich am Anfang des Mandats und nochmals nach Feststellung des nebengüterrechtlichen Anspruchs, um zu prüfen, wie dieser sich auf den Zugewinn auswirkt. Bis hierhin ist der Mehraufwand durch Anwendung eines Berechnungsprogramms zu begrenzen. Hinzu kommt aber die eigentliche nebengüterrechtliche Anspruchsprüfung.

Eine erste Zugewinnausgleichsberechnung ist aus folgenden Gründen vorab durchzuführen:

Bei der ehebezogenen Zuwendung und dem familienrechtlichen Kooperationsvertrag ist der Zugewinnausgleich unter dem Tatbestandsmerkmal der Unbilligkeit zwingend rechtliche Vorfrage.

Bei der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft ist der Zugewinnausgleich zwar nicht rechtliche vorgreiflich, führt aber unter rechnerischen Gesichtspunkten im Einzelfall zur Entbehrlichkeit des Innengesellschaftsverfahren (Gefahr des Kostenregresses).

Selbst bei Gütertrennung sollte im Falle der Innengesellschaft vorher der Zugewinnausgleich durchgerechnet werden, um zu prüfen, ob sich eine Inhalts- und Ausübungskontrolle (überhaupt) lohnt.

Die gerichtlichen Verfahren sind häufig langwierig. Meist gibt es mehrere Termine, viele Schriftsätze und werden dementsprechend häufige Mandantengespräche erforderlich sein, auch bei eigener guter Vorbereitung. Dies liegt an der Vielfältigkeit der sich im Einzelfall ergebenden Fragen in tatsächlicher *und* rechtlicher Hinsicht, was zu vergleichsweise vielen gerichtlichen Hinweisen und Auflagen führt.

Eine der Schwierigkeiten liegt in dem Umstand begründet, dass es letztlich immer zu einer Abwägung durch das Familiengericht kommt und der Anwalt nie sicher vorhersagen kann, was für das Gericht von Relevanz ist und was nicht. Einzelne Umstände des Falles wird man daher im Zweifel vortragen und veranlasst damit entsprechenden Gegenvortrag, auf den dann zu replizieren ist.

4 Bedeutung für die notarielle Tätigkeit

Auch hier ist auf erhebliche Haftungsrisiken hinzuweisen.

Der Ausschluss des Zugewinnausgleichs (Gütertrennung) umfasst nicht das Nebengüterrecht[34]! Nebengüterrechtliche Ansprüche müssen deshalb ggf. zusätzlich ausgeschlossen werden.

Die Bezeichnung als Schenkung in einer notariellen Urkunde schließt eine ehebezogene Zuwendung jedenfalls bis zum Ende der 1960er[35] bzw. für die 1970er

[34] BGH FamRZ 2006, 607
[35] OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 467, 468

Jahre aufgrund der damaligen rechtlichen Erkenntnisse und des Sprachgebrauchs nicht aus[36]. Die notarielle Praxis änderte sich erst 1981, als sich die ehebezogene Zuwendung zu einer eigenen Rechtsfigur verselbstständigt hatte[37]. Grundsätzlich jedoch kommt der Wortwahl in einer notariellen Urkunde für die Einschätzung des rechtsgeschäftlichen Inhalts erhebliches Gewicht zu, weil die Urkunde die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich hat[38]. Deshalb hat sich die erwähnte Argumentation zu Notarurkunden aus den 1970er Jahren oder noch früherer Zeit umgekehrt: da Notare heute den Unterschied zwischen Schenkung und ehebezogener Zuwendung kennen müssen, streitet die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung nunmehr für die ehebezogene Zuwendung, wenn im Notarvertrag nicht ausdrücklich von Schenkung gesprochen wird[39]. Dies wirkt sich im Streitfall so aus, dass im Zweifel von ehebezogener Zuwendung ausgegangen wird[40]. Umgekehrt kann ein ausdrücklich als Schenkung beurkundetes Rechtsgeschäft kaum noch in eine ehebezogene Zuwendung umgedeutet werden. Je jünger die Urkunde ist, umso stärker ist die indizielle Bedeutung der Bezeichnung der Zuwendung als Schenkung[41].

Die Aufnahme evtl. später erfolgter ehebezogener Zuwendungen wird heute in vielen notariellen Urkunden bereits vorausschauend berücksichtigt. Vielfach heißt es lediglich, bei dem betreffenden Vermögenstransfer handele es sich nicht um eine Schenkung, sondern um eine ehebezogene Zuwendung oder die Zuwendungen seien im Fall des Scheiterns der Ehe zurück zu gewähren. Solche Textbausteine sind riskant, weil die Vereinbarung einer Rückgewähr nicht der Rechtsprechung entspricht, die im Regelfall nur einen obendrein *gekürzten* finanziellen *Ausgleich* zulässt. Die vereinbarten Rechtsfolgen müssen zwar keineswegs der BGH Rechtsprechung genügen, sondern sind frei vereinbar. Sie gehören jedoch zum Kern des Beratungsgegenstandes.

Der Ausgleich ehebezogener Mitarbeit kann in gleicher Weise wie derjenige der Zuwendung vorausschauend geregelt werden. Auch hier sind zu Grund und Höhe die Rechtsprechungsgrundsätze zu beachten.

Überhaupt sollte der Notar nach ausgleichswürdigen Vermögenstransfer- oder Mitarbeitsleistungen fragen, insbesondere bei einem Scheidungsfolgenvertrag, wenn die Ehegatten bereits getrennt leben. Häufig werden hierbei bis dahin nicht für möglich gehaltene Anspruchslagen überhaupt erst „entdeckt“.

Manchmal erscheint es zweckmäßig, die Zusammenarbeit über die Trennung oder Scheidung hinaus fortzusetzen. Hier ist auf die gestalterischen Möglichkeiten, etwa Gründung einer Außengesellschaft, hinzuweisen.

5 Die konkludente Ehegatteninnengesellschaft

[36] BGH FamRZ 1990, 600, 602; 1992, 293, 1994, jeweils mit Hinweis auf BGH NJW 1981, 2687, 2688; OLG Bamberg FamRZ 1996, 1221, 1222; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1075
[37] OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 467, 468
[38] BGH FamRZ 2006, 1022, 1023
[39] OLG Hamm OLGR Hamm 2000, 376; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 134
[40] KG FamRZ 2010, 33
[41] Schulz, FamRB 2004, 364, 365

5.1 Begriff und Abgrenzung

Eine Ehegatteninnengesellschaft liegt vor, wenn die Ehegatten zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, in der Regel Bildung von Vermögen, dauerhaft zusammen wirken und jeweils entsprechende Beiträge leisten (§ 705 BGB)[42], ohne diesbezüglich nach außen in Erscheinung zu treten und ohne Gesamthandsvermögen zu bilden.

5.1.1 Ehegatteninnen*gesellschaft*

Bei der Ehegatteninnengesellschaft handelt es sich um eine vollwertige Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen sich nach den §§ 705 ff BGB richten, letzteres allerdings mit zahlreichen Abweichungen und Sonderregelungen, weil die Ehe eben keine Gesellschaft ist.

Teilweise wird vertreten, dass es sich lediglich um analoge Rechtsanwendung handele[43].

Der Bundesfinanzhof hat die Ehegatteninnengesellschaft steuerlich noch nie anerkannt[44]. Dies entsprach auch seit jeher der Literaturauffassung: das Steuerrecht könne mit der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft „beim besten Willen nichts anfangen“[45].

Insgesamt wird die Rechtskonstruktion seit jeher als unpassend kritisiert, wobei deren Rechtsfolgen aber allgemein akzeptiert werden.

5.1.2 Ehegatten*innen*gesellschaft

Eine Innengesellschaft tritt nach außen nicht in Erscheinung tritt und nimmt am Rechtsverkehr nicht teil. Sie hat also weder Vertretung noch Geschäftsführung. Sie bildet auch kein Gesamthandsvermögen. Beides ist zulässig, denn die innere Ausgestaltung jeder BGB Gesellschaft unterliegt der Vertragsfreiheit der Beteiligten. Diese können daher sowohl auf eine gesamthänderische Bindung wie auf eine Geschäftsführung und Vertretung verzichten. Das Fehlen dieser Umstände macht die Innengesellschaft originär aus, sie sind ihr Wesensmerkmal. Eine BGB Gesellschaft ohne Gesamthandsvermögen, Stellvertretung und Geschäftsführung ist eine Innengesellschaft[46].

Daher erfolgt bei der Beendigung keine dingliche Auseinandersetzung. Es gibt kein Liquidationsstadium. Es erfolgt die sofortige Vollbeendigung. Der formale Inhaberehegatte führt das Unternehmen allein fort.

---

[42] BGHZ 142, 137
[43] Münchner Kommentar/Ulmer Vor § 705 BGB Rdn. 79 f
[44] BFH NJW 1959,70; 1966, 567
[45] Gernhuber FamRZ 1958, 243, 246 Fn. 19 m. w. Nachw.
[46] Palandt/Sprau § 705 BGB Rdn. 33 f

Ein allerdings eher theoretisches Problem ist das Verhältnis zur stillen Gesellschaft. Der stille Gesellschafter eines nicht kaufmännischen Unternehmens wird als Innengesellschafter angesehen[47]. Umgekehrt ist aber der Innengesellschafter, insbesondere der Ehegatte, keineswegs zwingend stiller Gesellschafter, da sich seine Aktivität nicht unbedingt in einer Vermögenseinlage erschöpft, er vielmehr seinen Beitrag oft (auch oder sogar ausschließlich) in Form von Mitarbeit leistet[48].

5.1.3 ***Ehegatten*innengesellschaft**

Vorliegend geht es um die Innengesellschaft zwischen Ehegatten. Nicht angesprochen sind also:

5.1.3.1 Nicht als Paar verbundene Personen, die erst später Lebensgemeinschafter werden oder einander heiraten

Sie können eine Innengesellschaft gründen, u. U. auch konkludent, nicht jedoch wie Lebensgemeinschafter oder Ehegatten. Ein auf diese Weise gegründete BGB-Gesellschaft kann aber später in das Stadium einer Eheinnengesellschaft übergehen.

5.1.3.1 Nichteheliche Lebensgemeinschafter[49]

Wie die gemeinschaftsbezogene Zuwendung[50] das Gegenstück zur ehebezogenen Zuwendung ist, können nichteheliche Lebensgemeinschafter durch schlüssiges Verhalten auch eine Innengesellschaft gründen. Der analoge und richtige Terminus wäre konkludente Lebensgemeinschafterinnengesellschaft. Zunächst ist erforderlich, dass die Beteiligten einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinsamen Wert schaffen, der für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt wurde, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung wirtschaftlich auch gemeinsam gehören sollte[51]. Der Beurteilungsmaßstab ist zunächst insgesamt großzügiger als bei Ehegatten, denn diese schulden sich mehr als Lebensgemeinschafter. Hier sind insbesondere rechtliche Mitarbeitspflichten und die güterrechtlichen Ausgleichsmöglichkeiten zu nennen[52]. Was ohnehin geschuldet ist, kann aber – bei Ehegatten - nicht über das Gesellschaftsrecht auszugleichen sein (und scheidet bereits als Gesellschaftszweck aus), was umgekehrt den Anwendungsbereich bei Lebensgemeinschaftern zunächst erweitert[53]. Um den erforderlichen

[47] Palandt-Sprau § 705 BGB Rdn. 50
[48] Zu den daraus folgenden dogmatischen Bedenken gegen die BGH Konstruktion vgl. Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft S. 363 f
[49] Hier ggf. Lösung über Gesellschaftsrecht, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Bereicherungsrecht, vgl. BGH FamRZ 2008, 1822; 2010, 277; 2011, 1563; siehe auch Schwab, Martin, Die Vermögensauseinandersetzung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften, FamRZ 2010, 1701
[50] BGH FamRZ 2011, 1563, 1565
[51] BGH FamRZ 2010, 277
[52] BGH FamRZ 2008, 1822, 1825
[53] BGH FamRZ 1999, 1580, 1582

Rechtsbindungswillen festzustellen, ist jedoch andererseits die Verfolgung eines Zwecks erforderlich, der über den typischen Rahmen der Lebensgemeinschaft hinaus geht[54]. Andere, ohnehin verfolgte Zwecke scheiden damit regelmäßig aus, etwa ein Bauvorhaben zu Wohnzwecken (Familienheim)[55]. Dies nähert den Anwendungsbereich dem der konkludenten Innengesellschaft unter Ehegatten wieder an (vgl. etwa zum Beispiel des Familienheims die gefestigte Rechtsprechung[56]).

Eine konkludente Innengesellschaft zwischen Lebensgemeinschaftern muss sich immer auf einen abgrenzbaren Vermögensgegenstand beziehen. Sie kann niemals zu einem bloßen einheitlichen Gesamtausgleich, dem Zugewinnausgleich bei Ehegatten entsprechend, führen. Deshalb kann der Gesellschaftszweck nicht allein im Aufbau eines gemeinsamen Vermögens bestehen[57].

Solange die konkludente Innengesellschaft von Lebensgemeinschaftern noch in die Zuständigkeit des IX. BGH-Zivilsenats fiel, bestand eine weitere wichtige Unterscheidung zur Innengesellschaft von Ehegatten (zuständig nunmehr XII. BGH Senat, Familiensachen): während der XII. Senat für Ehegattendie Feststellung des Rechtsgeschäftswillens forderte, genügte dem IX. Senat eine tatsächliche Willensübereinstimmung, weil auf die Prädominanz der persönlichen Beziehungen der nicht ehelichen Lebenspartner abgestellt wurde. Die subjektive Seite der Gesellschaftsgründung wurde also nicht problematisiert[58], sog. faktische Gesellschaft. Der nun insgesamt zuständige XII. Familiensenat verlangt bei Lebensgemeinschaftern wie bei Eheleuten gleichermaßen einen zumindest konkludenten Vertragsschluss[59], zu dessen richterlicher Feststellung ihm freilich Indizien genügen, etwa Abreden über die Gewinnverwendung[60].

5.1.3.2 Lebenspartner[61]

Eine unterschiedliche Behandlung eingetragener Lebenspartner gegenüber Ehegatten ist nicht begründbar. Eine konkludente Lebenspartnerinnengesellschaft ist also denkbar und dürfte auch regelmäßig vorkommen.

5.1.3.3 Verlobte

[54] BGHZ 165, 1, 10; 177, 193, 199, 200; 142, 137, 146; FamRZ 1982, 1065; 1999, 158; 2008, 1822;
[55] BGH 2008, 1822
[56] BGH NJW 1974, 1554; FamRZ 1989, 147; 1990, 973; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1834; OLG Hamm FamRZ 1983, 494 (Leistungen in der Verlobungszeit); 2010, 1737; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1075; NJW 2009, 2750; OLG München ErbR 2010, 59; OLG Nürnberg Urteil vom 03.03.2000 1 U 4025/98 EzFamR aktuell 2000, 223, nachfolgend BGH XII ZR 144/00; LG Ulm, Urteil vom 16.04.2008, 3 O 225/07
[57] OLG Bremen, Beschluss vom 04.01.2013, 4 W 5/12
[58] BGH FamRZ 1997, 1533; 2003; 1542
[59] BGH FamRZ 2006, 607
[60] Herr, Fk 2008, 144
[61] Hier wird eine analoge Anwendung in Betraht kommen: „konkludente Partnerschaftsgesellschaft“

Vorstehendes gilt entsprechend für Verlobte. Bei ihnen ist der familienrechtliche vertrag sui generis in Gestalt der Kooperation anerkannt[62], was ohne weiteres auf die Innengesellschaft übertragen werden kann, wobei der geringere Grad der wechselseitigen familienrechtlichen Verpflichtungen zu berücksichtigen ist vergleichbar der Lage bei nichtehelichen Lebensgemeinschaftern. Auch hier ist der Rechtsbindungswille zumindest anhand von Indizien festzustellen.

5.1.3.4 Verwandte incl. Adoptierter

Eine konkludente sog. Familiengesellschaft ist grundsätzlich denkbar, setzt aber eine rechtliche Bindung voraus, nach welcher jeder Beteiligter die Förderung des gemeinsamen Zwecks vom anderen nicht nur erwarten, sondern auch beanspruchen kann[63].

5.1.3.5 Verschwägerte[64]

Vorstehendes gilt auch für Verschwägerte[65].

5.1.3.6 Getrennte und geschiedene Ehegatten

Ganz von der Anwendung der Rechtsgrundsätze sind bereits geschiedene Ehen ausgenommen, weil diese schon begrifflich keine Ehegattengesellschaft (mehr) *gründen* können (sie vermögen dies nunmehr zwar wie andere Nichtehegatten auch, stehen damit aber außerhalb des Nebengüterrechts; Folge: § 266 FamFG ist nicht einschlägig, zuständig ist das allgemeine Zivilgericht). Nicht ausgeschlossen ist hingegen eine stillschweigende Gesellschaftsgründung zwischen Trennung und Scheidung[66], ebenso die Fortführung der während der Ehe gegründeten Ehe über die Scheidung hinaus, da die Scheidung selbst – bei Fortführung der Zusammenarbeit - keinen rechtlichen Beendigungstatbestand darstellt. Dass der Begriff Ehegatteninnengesellschaft dann nicht mehr passen mag, ist zwar richtig, ändert aber am Umstand nichts, dass die Gesellschaft unter Ehegatten stillschweigend gegründet worden war und danach nicht beendet worden ist[67]. Können geschiedene Ehegatten keine konkludente Ehegatteninnengesellschaft mehr gründen und gehören Streitigkeiten aus späteren Gründungen nicht vor das

[62] Vgl. insoweit etwa OLG Hamm FamRZ 1983, 494 (Kooperationsvertrag)
[63] BGH FamRZ 1966, 25
[64] Beachte hier die Schwiegerelternrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BGH FamRZ 2010, 1060; 1626; LG Coburg FamRZ 2009, 604; Innengesellschaft zwischen Schwiegerkind und Schwiegereltern
[65] LG Coburg, FamRZ 2009, 604
[66] OLG Karlsruhe 2008, 1080
[67] a. A. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.11.2011, 2 UF 163/10, weil die Fortführung einer Ehegatteninnengesellschaft nach der Ehe begrifflich ausscheide

Familiengericht (s. o.), ist es unschädlich, dass die Gründung vor der Ehe erfolgte, solange nur der Zusammenhang iSv. § 266 I Z. 3. gegeben ist[68].

5.1.3.7 Abgrenzungsprobleme

Im Einzelfall kann es zu Anwendungs- und Abgrenzungsproblemen kommen:

Beispiel:

M ist alleinige Inhaber und Eigentümer einer Schreinerei, F arbeitet unter Voraussetzungen mit, die einer Ehegatteninnengesellschaft entsprechen würden. Beide sind zunächst nicht eheliche Lebensgemeinschafter. Danach verloben sie sich, heiraten, trennen sich[69] (oder sie trennen sich bereits in der Verlobungszeit[70]). Sie lassen sich scheiden und beenden ihre Zusammenarbeit erst zwei Jahre später.

Die Tendenz scheint dahin zu gehen, dass derartige Zäsuren im Nebengüterrecht keine Ausschlag gebende Rolle spielen[71].

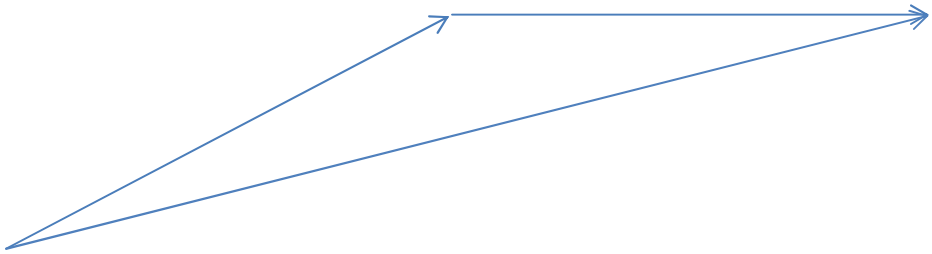
5.1.3.8 Die Behandlung vorehelichen Innengesellschaftsvermögens im Zugewinnausgleich

Beispielsfall:

Der Sachverhalt:

Die Eheleute M und leben im gesetzlichen Güterstand und waren bis zur Trennung 10 Jahre verheiratet. F hat (auf den ersten Blick) weder Anfangs- noch Endvermögen. Das Anfangs- und Endvermögen von M besteht in einem Gewerbebetrieb (Wert jeweils 500000 €), der ihm formell gehört, aber bereits weitere 10 Jahre vor der Eheschließung von beiden Ehegatten gegründet und bis zur Trennung geführt wurde, wobei die Voraussetzungen einer Ehegatteninnengesellschaft durchgängig vorlagen:

[68] OLG Dresden, Beschl. v. 29.11.2013, 20 U 1094/13 juris
[69] Vgl. dazu BGH FamRZ 1992, 160
[70] Vgl. dazu OLG Oldenburg FamRZ 2009, 2004
[71] Vgl. zur ehebezogenen Zuwendung BGH FamRZ 2012, 1789



Gründung 1990	**Eheschließung 2000**	**Rechtshängigkeit 2010**
(keine Stichtags-relevanz	**(Anfangsstichtag)**	**(Endstichtag)**
Wert 0 €	**Wert 500000 €**	**Wert 500000 €**

F hat also die Wertschöpfung voll mit erwirtschaftet (langer Pfeil), aber vor der Eheschließung (erster kurzer Pfeil), sodass sich in der Ehe kein ausgleichpflichtiger Zugewinn des M mehr ergeben hat.

Die Rechtslage:

F hat gegen M einen Ausgleichsanspruch aus Gesellschaftsrecht (aus 20jähriger gemeinsamer Tätigkeit) in Höhe von 250000 € (§§ 730, 722 BGB). Dieser fällt bei F aktiv und bei M passiv ins Endvermögen. Damit hat M ein Endvermögen von 500000 € (Betrieb) – 250000 € (Anspruch F) = 250000 €, F von 250000 € (Anspruch gegen M). M hat aber das Anfangsvermögen von 500000 €. F wiederum muss von ihrem Zugewinn in Gestalt des gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruchs 125000 € abgeben und steht jetzt durch die Eheschließung um diesen Betrag schlechter da als ohne (anstatt 250000 € lediglich 125000 €).

Das Problem:

Zum Zeitpunkt der Eheschließung hat F kein Vermögen, auch keinen Anspruch aus Ehegatteninnengesellschaft, gegen M, da die Gesellschaft nicht beendet wird. Sie kann also auch nichts mit in die Ehe bringen, während M der Betrieb im Anfangsvermögen ungeschmälert gutgeschrieben wird.

Die Lösung:

Das offensichtlich unbillige Ergebnis wird dadurch korrigiert, dass F einen weiteren Ausgleichsanspruch nach § 242 BGB erhält, welchen sie nicht in ihr Anfangsvermögen einbuchen muss[72]. Die bei der Innengesellschaft bestehende Sachlage ist der ehebezogenen Zuwendung bzw. dem Kooperationsvertrag insofern vollkommen vergleichbar, ein Grund für eine abweichende Behandlung nicht ersichtlich.

[72] BGH FamRZ 1992, 160 = NJW 1992, 427; OLG Hamm FamRZ 1983, 494; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1028; OLG Köln FamRZ 2002, 1404

5.1.4 ***konkludente*** **Ehegatteninnengesellschaft**

In der Lebenswirklichkeit von Trennung und Scheidung geht es im vermögensrechtlichen Bereich darum, einen Ausgleich für eheliche Leistungen zu gewähren, wo er aus Billigkeitsgesichtspunkte für geboten erscheint, aber nach dem Güterrecht nicht gewährt werden kann, weil nicht alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind oder Gütertrennung besteht. Da sich die Prüfung also nicht – wie beim Zugewinnausgleich – auf stichtagsbezogene Rechenoperationen beschränkt, ist ein – möglicherweise Jahrzehnte – zurück liegender Lebenssachverhalt aufzuarbeiten und zu prüfen. Das führt zu der Schwierigkeit, dass man, insbesondere nach längerer Zeit – Feststellungen zwar noch zu geleisteten Beiträgen treffen kann (um deren sichtbaren Erfolg, die Wertschöpfung, es ja gerade geht), nicht jedoch zu damaligen Abreden.

Als weitere Schwierigkeit tritt hinzu, dass Abreden meistens überhaupt nicht getroffen wurden und dies im Prozess sogar unstreitig bleibt. Leistungen zugunsten des anderen Ehegatten werden ganz einfach erbracht. In einer intakten Ehe werden hier, was die Vertragsseite betrifft, meist keine Fragen gestellt, nichts besprochen und schon gar nichts dokumentiert.

Wenn die Ehegatten diesbezüglich überhaupt in einer Vorstellung leben, dann – jedenfalls bei Gütertrennung – regelmäßig in der, dass ein Ausgleich bei Trennung und Scheidung gerade nicht gewährt wird.

Aus diesen Gründen würde eine Innengesellschaft in der Regel aus tatsächlichen, jedenfalls aus beweismäßigen Gründen scheitern.

Dieses Problem löst der BGH dadurch, dass er den Rechtsgeschäftswillen, wenngleich nur unter bestimmten Umständen, fingiert, wobei bestimmte Indizien den Schluss auf den subjektiven Tatbestand zulassen sollen. Hierbei handelt es sich – sowohl dogmatisch als auch praktisch - um das mit Abstand größte Problem der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft.

5.2 Rechtshistorische Entwicklung und heutiger Stand der BGH Rechtsprechung

Die konkludente Ehegatteninnengesellschaft ist ein hervorragendes Beispiel der Erkenntnis, dass das lebendige Wirken des Rechts nicht aus seinem Ruhezustand heraus, sondern nur unter historisch-dynamischer Betrachtungsweise erfasst werden kann[73]. Die konkludente Ehegatteninnengesellschaft kann also nur aus ihrer Entwicklungsgeschichte heraus richtig verstanden und deshalb auch nur so richtig und erfolgreich angewendet werden. Die Kenntnis ihrer Entstehung ist daher erforderlich, um im gerichtlichen Verfahren anwaltlich adäquat argumentieren zu können. Dies gilt insbesondere für die Vertretung des Antragsgegners. Die Gründe, die zur „Einführung“ der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft geführt haben, können nämlich als überholt angesehen werden, was überwiegend nicht bekannt ist oder nicht vorgetragen wird.

[73] Seagle, Weltgeschichte des Rechts, 1967, S. 4

5.2.1 Wichtige zeitliche Eckdaten

01.01.1900	Inkrafttreten des BGB
14.08.1919	Inkrafttreten Weimarer Reichsverfassung[74]
01.12.1938	RGZ 158, 380
23.05.1949	Inkrafttreten des Grundgesetzes[75]
20.12.1952	BGHZ 8, 249
31.03.1952	Ablauf der Frist des Art. 117 GG
01.07.1958	Inkafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes[76]
01.07.1977	1. Eherechtsreformgesetz[77]
08.07.1982	BGHZ 82, 361
24.04.1985	BGH *alte* Rspr. zur Ehevertragskontrolle[78]
07.03.1990	BVerfG zur *allgemeinen* Vertragskontrolle[79]
30.06.1999	BGHZ 142, 137
06.02.2001	BVerfG zur *Ehevertrags*kontrolle[80]
11.02.2004	BGH *neue* Rspr. zur Ehevertragskontrolle (Kernbereichslehre)[81]

5.2.2 Die (Entwicklung der) verfassungs- und einfachrechtlichen (familienrechtlichen) Vorschriften

Verfassungsrecht:

„Art. 109 WRV: Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich[82].
Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“.

> „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
>
> Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Niemand darf wegen seines Geschlechts … benachteiligt werden[83].“

Art. 3 GG:

---

[74] RGBl. 1919, S. 383
[75] BGBl. I 1949, S. 1
[76] BGBl. I 1957, S. 609
[77] BGBl. I 1976, S. 1421
[78] BGH FamRZ 1985, 788
[79] BVerfG NJW 1990, 1469; danach FamRZ 1994, 151
[80] BVerfG FamRZ 2001, 343; danach 2001, 985; 2002, 527
[81] BGH FamRZ 2004, 601; danach Weiterentwicklung und nähere Ausprägung in weiteren Entscheidungen
[82] Nur der Vollständigkeit halber hier ein Hinweis auf den gleichen Wortlaut in § 135 der Paulskirchenverfassung
[83] Art. 3 II 2 und 3 wurden durch das Gesetz vom 27.10.1994 (BGBl. I, 3146) im Rahmen der 2. Eherechtsreform in das GG aufgenommen

> „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
>
> Männer und Frauen sind gleichberechtigt.
> …“

Art. 117 GG:

> „Das dem Artikel 3 Abs. 2 entgegenstehende Recht bleibt bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953“.

<u>Familienrecht (§§ 1356, 1354 BGB):</u>

Ehelicher Pflichtenkreis

Alte Fassung:

Die ursprüngliche Fassung von § 1356 BGB hatte folgenden Wortlaut:

> „Die Frau ist, unbeschadet der Vorschriften des § 1354, berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten.
> Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Thätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist“[84].

Der in Bezug genommene § 1354 BGB lautete wie folgt:

> „Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung.
> Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Missbrauch seines Rechtes darstellt“[85].

Dass die Pflicht der Ehefrau zur Mitarbeit im Geschäft des Mannes von der Üblichkeit abhing, sollte der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB in der Landwirtschaft und in vielen Handwerks- und Einzelhandelbetrieben herrschenden Arbeitsteilung zwischen Mann und Frau Rechnung tragen[86].

Die Vorschriften wurden ab Inkrafttreten des Grundgesetzes allgemein als verfassungswidrig, weil (nunmehr) Art. 3 II GG verletzend, angesehen[87]. Aufgrund Art. I Nr. 6.des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.06.1954[88], in Kraft getreten am 01.07.1958 (Art. 8 II Nr. 4. GleichberG), wurde § 1354 BGB abgeschafft und § 1356 BGB wie folgt gefasst:

> Fassung § 1356 BGB aufgrund des Gleichberechtigungsgesetzes:

---

[84] RGBl. 1896, 426
[85] RGBl. 1896, 426
[86] BGH FamRZ 1963, 429
[87] Palandt, 15. Aufl. 1956, § 1354 BGB Anm. 1), Vorbem. zu § 1356 BGB, Vorbem. zu § 1358 BGB
[88] Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, BGBl. I 609

> „Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.
> Jeder Ehegatte ist verpflichtet, im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten mitzuarbeiten, soweit dies nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist“.

Fassung § 1356 BGB nach dem 1. Eherechtsreformgesetz[89]:

> „Die Ehegatten regeln die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen. Ist die Haushaltsführung einem der Ehegatten überlassen, so leitet dieser den Haushalt in eigener Verantwortung.
> Beide Ehegatten sind berechtigt, erwerbstätig zu sein. Bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit haben sie auf die Belange des anderen Ehegatten und der Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen“.

Güterstand

Bis 1953 war die ehemännliche Verwaltung und Nutznießung formell gesetzlicher Güterstand (auch Nutzverwaltung oder Verwaltungsgemeinschaft genannt). Es handelte sich um einen Unterfall der Gütertrennung. Der Ehemann erwarb am von der Frau eingebrachten Gut ein Verwaltungs- und Nutzungsrecht, hatte jedoch im Gegenzug die Lasten dieses Vermögens zu übernehmen und daneben den Familienunterhalt zu bestreiten.

5.2.3 Die „historischen“ höchstrichterlichen Urteile (Leitentscheidungen)

(Ein güterrechtlicher Ausgleich konnte jeweils aus Rechtsgründen nicht zugesprochen werden).

5.2.3.1 RGZ 158, 380 vom 01.12.1938

5.2.3.1.1 Sachverhalt

M, Arzt, war Inhaber eines medizinischen Instituts, welches aus gemeinsamen Mitteln, also auch aus Mitteln von F, errichtet und mithilfe der Mitarbeit von F während der gesamten Ehe betrieben wurde.

5.2.3.1.2 Entscheidung

[89] Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.06.1976, BGBl. I 1421

Bei Überschreitung des Pflichtenkreises des § 1356 BGB (überobligationsmäßiger Einsatz eines zugunsten des anderen Ehegatten) muss nicht zwingend eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft bestehen. Diese ist im Zweifel aus folgenden Gründen abzulehnen: es sei möglich, dass F die Absicht, entgeltlich tätig zu sein, gefehlt habe, etwa, weil sie M dessen Arbeit aus idealen Gründen erleichtern wollte oder weil ihr ein Ausgleich schon durch die Erhöhung des Lebensstandards oder über das erhöhte Erbteil zufalle.

5.2.3.1.3 Neuerung

Im Zweifel ist nicht von einer Ehegatteninnengesellschaft auszugehen.

5.2.3.2 BGHZ 8, 249 vom 20.12.1952

Diese Entscheidung ist die „Geburtsstunde“ der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft heutiger Prägung.

5.2.3.2.1 Sachverhalt

M hatte Gaststätten gepachtet, in welchen F überobligationsmäßig (§ 1356 BGB) mitarbeitete.

5.2.3.2.2 Entscheidung

Aufgrund des Wandels der allgemeinen Auffassung sei nunmehr im Zweifel von einer Ehegatteninnengesellschaft auszugehen. F sei nicht (mehr) der unbezahlte Dienstbote von M. Sie sei nicht entsprechend ihrer Arbeitsleistung zu entlohnen, sondern an den wirtschaftlichen Vorteilen (und Nachteilen) zu beteiligen.

5.2.3.2.3 Neuerung

Im Zweifel ist von einer Ehegatteninnengesellschaft auszugehen.

5.2.3.3 BGH FamRZ 1972, 201 vom 11.01.1972

5.2.3.3.1 Sachverhalt

M hatte F den Kauf von Wertpapieren finanziert.

5.2.3.3.2 Entscheidung

Dient eine Zuwendung der Alterssicherung, kann die Vorstellung grundlegend gewesen sein, die Ehe werde Bestand haben.

5.2.3.3.3 Neuerung

Einführung der Anspruchsgrundlage „ehebezogene Zuwendung“ in Abgrenzung zur Schenkung

5.2.3.4 BGHZ 82, 361 vom 08.07.1982

5.2.3.4.1 Sachverhalt

F erwarb ein Hausgrundstück, dessen Erwerb M teilweise mitfinanzierte. Außerdem baute M, der Bauhandwerker war, das Haus um, das dann als Ehewohnung (Familienheim) genutzt wurde.

5.2.3.4.2 Entscheidung

M müsse für seinen überobligationsmäßigen Einsatz (§ 1356 BGB) einen Ausgleich erhalten. Eine Ehegatteninnengesellschaft liege aber nicht vor, denn man könne keinen Geschäftswillen für die Gründung einer Gesellschaft mit einem Zweck annehmen, der ohnehin schon Gegenstand der Ehe sei. Auch scheide eine ehebezogene Zuwendung aus, denn Arbeitskraft könne man nicht zuwenden. Vielmehr sei von einem besonderen familienrechtlichen Vertrag sui generis auszugehen, in etwa dem der ehebezogenen Zuwendung entsprechend, wobei sich der Ausgleich aber an der Arbeitsleistung zu orientieren habe (Stundenlohnabrechnung).

5.2.3.4.3 Neuerung

Bei Wertschöpfung durch Mitarbeit zu eheimmanenten Zwecken, insbesondere der Ehewohnung, scheidet sowohl eine Innengesellschaft wie eine ehebezogene Zuwendung aus. Vielmehr besteht ein familienrechtlicher Kooperationsvertrag.

5.2.3.5 BGHZ 142, 137 vom 30.06.1999

5.2.3.5.1 Sachverhalt

F erwarb mehrere Immobilien, und zwar zu einem erheblichen Teil mit Mitteln des M. Hierbei wirkten beide planvoll und zielstrebig zusammen, um – auch im Alter – von den Erträgnissen zu leben. Auch wenn der Grundbesitz formal-dinglich F zugeordnet war (Grundbucheintragung), betrachteten ihn beide wirtschaftlich als ihnen gemeinsam gehörend.

5.2.3.5.2 Entscheidung

Annahme einer Innengesellschaft

5.2.3.5.3 Neuerung

Auch reine Kapitalzuwendungen können zur Annahme einer Innengesellschaft führen. Diese Fälle wurden bis dahin über die ehebezogene Zuwendung gelöst.

5.2.4 Tragender Grund der Innengesellschaftsrechtsprechung

Billiger, sach- und interessengerechter Ausgleich des benachteiligten Ehegatten, wo dieser Ausgleich güterrechtlich nicht zu erlangen ist, und zwar durch Beteiligung an der Wertschöpfung über einen schuldrechtlichen, auf Zahlung eines Geldbetrages gerichteten Anspruch.

Der Begriff der Wertschöpfung als Oberbegriff des Nebengüterrechts (früher: Vermögensmehrung[90]) ist inzwischen geläufig[91].

5.3 Tatbestand der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft (Anspruchsvoraussetzungen)

5.3.1 Objektiver Tatbestand

5.3.1.1 Zielvorstellung

Es kommt maßgeblich darauf an, ob die Ehegatten

[90] BGH FamRZ 1994, 1167
[91] BGH FamRZ 1999, 1580, 1582, 1584; 2002, 949, 950; 2006, 607, 608; Schröder FamRZ 2005, 1978; Dauner-Lieb, AcP Bd. 210 (2010), S. 580; Hoppenz FamRZ 2006, 609; Grziwotz FamRZ 2008, 1829

a) mit ihren Beiträgen objektiv einen über die bloße Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinaus gehenden Zweck verfolgen
b) und ob ihrem Tun die Vorstellung zugrunde liegt, dass das gemeinsam geschaffene Vermögen wirtschaftlich betrachtet nicht nur dem formal Berechtigten, sondern auch dem anderen Ehegatten zustehen soll (sog. Zielvorstellung)[92].

5.3.1.2 Gründungszeitpunkt, Gründungsakt, Abgabe von Willenserklärungen

Es wurden keine ausdrücklichen Willenserklärungen abgegeben. Der Bundesgerichtshof unterstellt (fingiert) daher einen konkludenten Vertragsabschluss. Hierbei ist auf den Beginn der Zusammenarbeit abzustellen. Dies ist auch in der Weise möglich, dass F erst später in ein bereits laufendes Unternehmen des M eintritt. Der bis dahin von M allein geschaffene Wert ist später bei der Endabrechnung im Rahmen der Beteiligungsquote (§ 722 BGB) zu berücksichtigen.

Die Gründung kann aber auch schon vor der Ehe liegen, wobei die bis zur Ehe erfolgte Wertschöpfung ebenfalls ausgleichspflichtig sein kann[93].

5.3.1.3 Gesellschaftszweck

Jeder erlaubte Zweck, der nicht bereits eigentlicher Zweck der Ehe ist, kann Gegenstand einer konkludenten Ehegatteninnengesellschaft sein. Die genannte Ausnahme ist darin begründet, dass die Gesellschaftsgründung rückwirkend nicht mehr festgestellt werden kann und daher anhand von Indizien angenommen wird. Man kann aber nicht einen Gesellschaftswillen annehmen, wo schon eindeutig eine andere Willensrichtung feststeht (s. u.). Eine andere Willensrichtung steht insbesondere fest, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung zustande gekommen ist.

Deshalb ist eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft insbesondere nicht denkbar, wenn der fragliche Zweck in der Errichtung oder dem Ausbau des Familienheims besteht[94].

Eine ausführliche Darstellung der zu fraglichen Gesellschaftszwecken ergangenen Rechtsprechung findet sich im Rechtsprechungsregister im hinteren Teil dieses Skripts.

Es muss eine gegenseitige Verpflichtung mit besonderer gesellschaftsrechtlicher Bindung vorliegen. Nicht ausreichend ist z. B. der Erwerb einer Eigentumswohnung

---

[92] BGHZ 142, 137; OLG Frankfurt FamRZ 2004, 877
[93] BGH FamRZ 2006, 607, 609
[94] BGH NJW 1974, 1554; FamRZ 1989, 147; 1990, 973; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1834; OLG Hamm FamRZ 1983, 494 (Leistungen in der Verlobungszeit); 2010, 1737; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1075; NJW 2009, 2750; OLG München ErbR 2010, 59; OLG Nürnberg Urteil vom 03.03.2000 1 U 4025/98 EzFamR aktuell 2000, 223, nachfolgend BGH XII ZR 144/00; LG Ulm, Urteil vom 16.04.2008, 3 O 225/07

im Zusammenhang mit der Errichtung eines Mehrfamilienhauses des anderen Teils, nur um diesem dadurch aus einem finanziellen Engpass zu helfen[95].

5.3.1.4 Beiträge

Es muss sich um vermögenswerte Leistungen handeln[96]. In Betracht kommen insbesondere Mitarbeit sowie Sach- und Vermögenstransfer[97], und zwar sowohl kombiniert wie auch jeweils allein. Es müssen beiderseitige Leistungen vorliegen[98]. Ursprünglich verlangte der BGH bei finanziellen Beiträgen, dass diese neben der Mitarbeit geleistet wurden. Dann genügte es, wenn das Schwergewicht auf den finanziellen Beiträgen lag[99]. Heute sind finanzielle Beiträge ohne Mitarbeit ausreichend[100].

5.3.1.5 Grundsatz: kein Überunterordnungsverhältnis

Eine lediglich untergeordnete Stellung des benachteiligten Ehegatten ist zwar grundsätzlich nicht ausreichend. Es ist aber keine Gleichwertigkeit der Beiträge, sondern nur die Gleichberechtigung bei der Mitarbeit erforderlich. Der Bundesgerichtshof hat das Kriterium mit seiner letzten Grundsatzentscheidung vom 30.06.1999 stark abgeschwächt: keine Übertonung dieses Kriteriums, maßgeblich ist die Feststellung der Leistung erheblicher Beiträge[101].

Damit will der Bundesgerichtshof, das Problem entschärfen, welches z. B. entsteht, wenn man bei Kapitalzuwendungen rechtlich zur Gesellschaft gelangen will, ohne dass der leistende Ehegatte die Möglichkeit der Einflussnahme auf unternehmerische Entscheidungen hat.

5.3.1.6 (Noch) Vorhandensein des Gegenstandes der Wertschöpfung am Stichtag nicht erforderlich

Ausgeglichen wird lediglich die noch vorhandene bilanzielle Vermögensmehrung als solche (der Wertschöpfungserfolg). Der zugewendete bzw. eingelegte Gegenstand selbst kann während der Gesellschaft untergegangen, verbraucht, veräußert und dgl. worden sein.

Beispiel:

---

[95] BGH FamRZ 2008, 393
[96] BGH FamRZ 2009, 34
[97] Zu BGHZ 142, 137
[98] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[99] BGH Urteil vom 09.02.1955 IV ZR 191/54 S. 13
[100] BGHZ 142, 137
[101] BGHZ 142, 137, 154; vgl. aber Haußleiter/Schulz 6. Kap. Rdn. 169; BGH FamRZ 2006, 607, 608

F hatte in den Handwerksbetrieb des M einen LKW eingebracht, den sie vom Vater, der ebenfalls Unternehmer gewesen war, geerbt hatte. Das Fahrzeug erlitt einen Totalschaden und existiert nicht mehr.

Ergebnis:

Ehegatteninnengesellschaft möglich, Anspruch aus ehebezogener Zuwendung nicht (mehr) möglich.

5.3.1.7 Fehlen einer anderweitigen Vereinbarung (negatives Tatbestandsmerkmal)

Ausdrückliche Abreden der Ehegatten streiten gegen die Annahme einer konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, weil das Verhalten eines ausdrücklichen Vertragsabschlusses die Annahme widerlegt, die Parteien hätten mit einem bestimmten nonverbalen Verhalten etwas davon Abweichendes zum Ausdruck bringen wollen. Ausdrückliche Abreden gehen schlüssigem Verhalten somit vor[102]. Dies gilt z. B. bei der Begründung von Miteigentum durch Vertrag[103], also nicht kraft Gesetzes, z. B. qua Erbgang. Bei einem Ehegattenarbeitsverhältnis wird seitens des Bundesgerichtshofs differenziert. Ein schriftlicher Anstellungsvertrag schließt eine Ehegatteninnengesellschaft dann aus, wenn er einem objektiven Dritt- oder Fremdvergleich standhält[104]. Zur sozialversicherungsrechtlichen (vgl. insoweit auch §§ 5 ff SGB V) und steuerlich richtigen Behandlung als Arbeitnehmer zählt nämlich die tatsächliche Auszahlung des angemessenen Entgeltes an den Ehegatten[105] auf ein Konto, über welches der Arbeitnehmerehegatte tatsächlich verfügen kann[106]. Hieran wird es bei einem Ehegatten, den beide als Teilhaber betrachten, in der Regel gerade fehlen.

Nach dieser Rechtsprechung gingen alle ausdrücklichen Vereinbarungen einer schlüssig zustande gekommenen Ehegatteninnengesellschaft vor[107]. Inzwischen hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein ausdrücklicher Arbeitsvertrag eine Ehegatteninnengesellschaft jedenfalls dann nicht ausschließt, wenn die tatsächliche Tätigkeit des Ehegatten von der arbeitsvertraglich geschuldeten wesentlich abweicht[108] (konkret: Geschäftsführer statt Lagerarbeiter). Somit dürfte es künftig darauf ankommen, ob eine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt *und* der Wertschöpfungsvorgang unter diese Vereinbarung subsummierbar ist. Für Streitigkeiten aus einem Ehegattenarbeitsverhältnis ist das Arbeitsgericht zuständig[109]. Es handelt sich also nicht um eine Familienstreitsache i. S. v. § 266 FamFG.

---

[102] BGH FamRZ 1987, 907, 908; 1990, 1219, 1220
[103] BGH FamRZ 1990, 975, 978
[104] BGH FamRZ 1995, 1062; BGH FamRZ 2006, 607; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdn. 590 f mit weiteren Nachweisen
[105] BSG NJW 1994, 341
[106] BFH NJW 1990, 853
[107] BGH FamRZ 1995, 1062, 1063
[108] BGH FamRZ 2006, 607, 608
[109] LAG Berlin-Brandenburg FamRZ 2009, 83

Grundsätzlich kommen andere, eine konkludente Gesellschaftsgründung ausschließende Vertragsverhältnisse jeder Art in Betracht, sofern sie auf eine Vergütung, einen Wertausgleich oder eine sonstige Teilhabe am Wertschöpfungserfolg gerichtet sind, z. B. auch ausdrückliche Gesellschaftsverträge, etwa über die Begründung einer Kommanditgesellschaft, oder Pachtverträge[110].

Fraglich ist, ob die Ehegatteninnengesellschaft auch gegenüber ehevertraglichen Vereinbarungen subsidiär sein kann, denn sie steht mit dem Zugewinnausgleich in Anspruchskonkurrenz[111]. Dies ist nach Auffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt[112] bei einer güterrechtlichen Realteilungsvereinbarung der Fall, selbst wenn diese ausdrücklich und ausschließlich den Zugewinnausgleich betrifft, sofern sie nur die betreffende Wertschöpfung tatbestandlich überhaupt umfasst[113]. Dagegen spricht, dass die Zusammenarbeit über die Scheidung hinaus fortgeführt worden sein kann. Es kann nicht sein, dass der Ausgleichsanspruch bereits fällig ist (§ 1378 III 1 BGB) und der Berechnungszeitpunkt (§ 1384 BGB) noch länger zurückliegt, wenn die Zusammenarbeit noch nicht einmal beendet ist. Nun kann aber die Frage, was früher vereinbart wurde, nicht nach der zufälligen Entwicklung beantwortet werden, wann die Zusammenarbeit später endete. Diese Auffassung ist daher abzulehnen.

Anderweitige, eine Innengesellschaft ausschließende Vereinbarungen können ihrerseits konkludent zustande gekommen sein[114].

5.3.1.8 Gefälligkeit nicht ausreichend

Leistungen im Rahmen bloßer Gefälligkeiten können keine Ehegatteninnengesellschaft begründen[115].

5.3.1.9 Keine Ehegatteninnengesellschaft im Rahmen der ehelichen Pflichten

Leistungen im Rahmen ehelicher Beistands- und Familienunterhaltspflichten (§§ 1353, 1356 Abs. 2, 1360 BGB) können keine Ehegatteninnengesellschaft begründen[116]. Die Leistung darf nicht der Ehe, sondern sie muss der Gesellschaft, z. B. dem Betrieb des anderen Ehegatten „gewidmet“ sein[117].

---

[110] BGH FamRZ 1990, 1219
[111] BGH FamRZ 2006, 607
[112] Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 22.02.2013, 2 UF 319/12
[113] AG Melsungen, Teilbeschlusss v. 03.08.2012, 51 F 1201/09 GÜ
[114] OLG Köln FamRZ 2010, 1738
[115] BGH FamRZ 1982, 910, 912
[116] BGH FamRZ 1994, 1167, 1169; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562; OLG Frankfurt FamRZ 2004, 877
[117] BGH LM § 66 BEG Nr. 14

5.3.1.10 Krasse, unbillige, ungerechte, unzumutbare Benachteiligung des einen Ehegatten (negatives Tatbestandsmerkmal)

Dieser Punkt ist problematisch und nach dem fingierten Rechtsgeschäftswillen das zweitgrößte dogmatische Problem der BGH Rechtsprechung.

Einerseits nämlich ist die Frage der Billigkeit ohne Zweifel kein Tatbestandsmerkmal der Auseinandersetzung einer BGB Gesellschaft.

Andererseits ist nicht zu bezweifeln, dass sich der Bundesgerichtshof zumindest lange Zeit darüber hinweg gesetzt hat:

Haben beide Ehegatten sich zu einer gemeinsamen, sie beide ausfüllenden Tätigkeit verbunden, in der sie zusammen lange Zeit hindurch für die eheliche Gemeinschaft ihre Arbeit geleistet haben, so kann u. U. die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses, das beiden Ehegatten ein Anrecht auf die Erträgnisse ihrer gemeinsamen Tätigkeit gibt, zu sachgerechten und billigen Ergebnissen führen, die einer richtigen Bewertung der Arbeit der Frau entsprechen, wie sie nach heutiger Auffassung auch für die vergangene Zeit geboten ist[118]. Bereits in seiner Entscheidung vom 20.12.1952 sprach der Bundesgerichtshof von der Ausschließung „grober Unbilligkeiten“[119]. Synonym sprach der Bundesgerichtshof später davon, dass die gefundene Lösung, die sich als ohnehin bestehende Rechtslage erweise, (nebenbei) auch noch zu sachgerechten und billigen Ergebnissen führe[120]. Mit der Entscheidung BGHZ 31, 197 (201) wurde nochmals deutlich, dass die Sachgerechtheit und Billigkeit für den Bundesgerichtshof ein Kriterium darstellt: „Es kann deshalb berechtigt sein, davon auszugehen, dass stillschweigend zwischen ihnen ein solcher Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden sei“. Anders herum ausgedrückt: Die Sachgerechtheit und Billigkeit, also der Umstand, dass ohne Annahme der Ehegatteninnengesellschaft im jeweiligen Fall das Ergebnis nicht sachgerecht und billig ist, hat unmittelbar die Annahme (Fiktion) des Rechtsbindungswillens im Hinblick auf das Zustandekommen einer Ehegatteninnengesellschaft zur Folge. Da die Ehegatteninnengesellschaft echte BGB-Gesellschaft nach § 705 BGB ist, ist die Unbilligkeit nicht Tatbestandsvoraussetzung im engeren Sinn, selbst wenn einiges dafür spricht, dass sie für den BGH weniger ein erfreulicher Reflex als Veranlassung für die Schaffung dieser Rechtsfigur war.

Billigkeitsgesichtspunkte begründen als solche keinen Anspruch im Hinblick auf den Ausgleich von Wertschöpfungen[121], weil der Richter ansonsten das Geschäftsvermögen eines Ehegatten mangels Einigung mit dem anderen Ehegatten nach Billigkeitsgesichtspunkten zu verteilen hätte, und solches sehe das Gesetz – außer in bestimmten Sonderfällen wie beim Hausrat – nicht vor; dies sei „unserem Recht fremd“ (VIII. Zivilsenat!).

---

[118] BGHZ 8, 249; BGH, BGH FamRZ 1954, 136; BGHZ 31, 197, 201; BGH FamRZ 1961, 520; 1994, 295, 297

[119] BGHZ 8, 249, 251

[120] z. B. BGH FamRZ 1961, 301; vgl. auch BGH 1954, 136, 137 („Treu und Glauben“)

[121] BGH FamRZ 1963, 34, 36

Dass die Ablehnung eines Ausgleichs eine Ehefrau, die gerade zu dem Zeitpunkt verstoßen wird, wo das Geschäft mit ihrer Mitarbeit hoch gewirtschaftet worden war, „besonders hart“ treffe, hat der Bundesgerichtshof mit dem Hinweis hingenommen, sie müsse dies im Unterhaltsverfahren vorbringen[122].

Noch deutlicher ist eine Entscheidung vom 15.04.1965[123], wonach Überlegungen, wie sich die Beteiligten gerechterweise hätten verhalten müssen, um eine Ausbeutung des einen Teils zu vermeiden, vollkommen unerheblich sind. Sie „können die fehlende Feststellung eines tatsächlich vorhandenen Vertragswillens ebenso wenig ersetzen wie bloße Billigkeitserwägungen“.

Die Frage, ob „grobe Unbilligkeit“, „Ungerechtigkeit“, Verstoß gegen „Treu und Glauben“ oder anderweitige Untragbarkeit des rein güterrechtlichen Ergebnisses ein Tatbestandsmerkmal der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft ist, ist daher unbedingt mit nein zu beantworten[124]. Eine Ehegattengesellschaft, gleich ob als Außen- oder Innengesellschaft, ob ausdrücklich oder konkludent zustande gekommen, kann nur echte BGB Gesellschaft sein, und dieser ist ein solches Tatbestandsmerkmal nicht eigen. Das Gesetz ist eindeutig. Weder normiert es ein solches Tatbestandsmerkmal noch eröffnet es einschlägige Auslegungsspielräume. Gleichwohl spielte die grobe Unbilligkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Ausschlag gebende Rolle[125], was durch folgende Umstände belegt wird:

- Zum einen wurden Ansprüche aus konkludenter Ehegatteninnengesellschaft durchgängig in solchen Fällen zu gesprochen, in denen das güterrechtliche Ergebnis objektiv unzumutbar war und ungerecht erschien.

- Zum anderen wird dieser Umstand vom Bundesgerichtshof auch jeweils explizit ausgeführt, wenngleich er nicht von einem Tatbestandsmerkmal spricht, sondern die Ungerechtigkeit eher als Reflex der Gütertrennung erscheint.

Dies belegt, dass ohne die im Einzelfall gegebene, geprüfte und im Urteil festgestellte Sachverhaltskomponente „grobe Unbilligkeit“ der Bundesgerichtshof die konkludente Ehegatteninnengesellschaft jeweils nicht zur Anwendung gebracht hätte. Sie wird damit – ohne explizit als solche bezeichnet zu werden – wie ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal behandelt, ohne dessen Erfüllung die Rechtsfolge nicht eintritt. Sie ist damit gleichzeitig Kontrolltatbestand hinsichtlich der güterrechtlichen Situation und negatives Tatbestandsmerkmal der Ehegatteninnengesellschaft[126]. Damit ist sie auch die Schnittstelle zwischen ehelichem Güterrecht und Gesellschaftsrecht.

---

[122] es fragt sich allerdings zu welchem Tatbestandsmerkmal und wie bei einem Unterhaltsausschluss zu entscheiden ist.

[123] BGH FamRZ 1966, 25, 26; die Entscheidung ist zwar nicht zu einem Ehegattenfall ergangen, sondern betraf ein – auch noch rechtlich fragliches – Verwandtschaftsverhältnis, jedoch sind die Grundsätze abstrakt formuliert und daher übertragbar

[124] So heute deutlich auch der Bundesgerichtshof, vgl. BGH FamRZ 2006, 607

[125] Wever FamRZ 2010, 237, 245: die BGH Rechtsprechung ist zur Korrektur grob ungerecht erscheinender Güterrechtsergebnisse entwickelt worden

[126] Handbuch Fachanwalt Familienrecht/v. Heintschel-Heinegg 10. Kap. Rdn. 33; Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 5. Aufl., Rdn. 296

War übergangsweise zumindest fraglich, ob der Bundesgerichtshof das Billigkeitskriterium nicht aufgegeben hat und nur nach dem Gesichtspunkt der Sachgerechtheit entscheidet[127], hat er sich (XII. Senat) neuerdings (nach Übernahme der Zuständigkeit des II. Senats für den dort angesprochenen Bereich und unter Aufgabe von dessen Rechtsprechung) dahingehend festgelegt, dass bei gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen kein Raum für Zumutbarkeits- und Billigkeitserwägungen sei[128]. Damit bewertet er den Billigkeitsaspekt jedenfalls formell nicht mehr als wie auch immer geartetes Tatbestandsmerkmal.

Beraterhinweis:

Wo es der Sachverhalt hergibt, sollten unter Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung Ausführungen zur Billigkeit erfolgen, ansonsten dieser Punkt nicht thematisiert werden sollte.

Auf der Gegenseite ist diese Taktik mit dem Hinweis auf die neuere Rechtsprechung zu kontern.

5.3.1.11 Keine Anspruchsbegrenzung auf den ungestörten Zugewinnausgleich

Im Gegensatz zum familienrechtlichen Vertrag sui generis ist die Forderungshöhe nicht durch den fiktiven Zugewinnausgleich grundsätzlich gedeckelt. (Im Gegenzug haftet der Ehegatte ja ggf. auch für einen Verlust[129]. Ist die Wertschöpfung also zweckgerichtet sowie mit gemeinsamer Planung und Zielstrebigkeit erfolgt (Ausnahme aber: eheimmanenter Zweck!), kann u.U. ein höherer Ausgleichsbetrag durchgesetzt werden, besteht aber ggf. auch ein höheres Risiko.

5.3.1.12 Beendigung der Gesellschaft/Stichtag/Fälligkeit

Die konkludente Ehegatteninnengesellschaft endet als vollwertige BGB Gesellschaft durch die vom Gesetz vorgegebenen Tatbestände.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist Personengesellschaft. Daher gehört der Bestand der Gesellschafter zu ihren Geschäftsgrundlagen[130]. Sie wird daher aufgelöst, wenn ein Gesellschafter wegfällt, also bei

- Kündigung eines Gesellschafters (§ 723 BGB)
- Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB)

---

[127] BGHZ 142, 137
[128] BGH FamRZ 2006, 607, 609
[129] BGHZ 8, 249, 253; OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[130] Palandt/Sprau, § 705 BGB Rdn. 16, Vorbem. Zu §§ 723-735 BGB Rdn. 1

- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728 II BGB).

Weitere Auflösungsgründe sind

- Fortfall des Gesellschaftszwecks (Erreichen oder Unmöglichwerden, § 726 BGB)
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft (§ 728 I BGB)
- Zeitablauf (§ 723 I 1 BGB).

Fraglich ist, ob die Gesellschaft über § 1413 BGB beendet werden kann. Besteht der gesellschaftsrechtliche Beitrag des Ehegatten in der Übertragung seines Vermögens, könnte die Gesellschaft durch den Widerruf der Übertragung beendet werden. Damit würde gleichzeitig die gesamte Innengesellschaftssystematik auf den Kopf gestellt, die als Rechtsfolge eben nicht die Rückübertragung, sondern nur den finanziellen Ausgleich nach §§ 730, 722 BGB vorsieht. In der Literatur ist umstritten, ob die Vorschrift nicht nur auf den Vermögensverwaltungsvertrag unter Eheleuten, sondern auch dann Anwendung findet, wenn diese ein anderes Schuldverhältnis begründen, über welches eine Übertragung des Ehegattenvermögens stattfindet[131]. Nach Bergschneider soll dies auch für die Innengesellschaft gelten[132]. Dagegen steht jedoch der Umstand, dass der Innengesellschafter seinen Beitrag an den anderen im Wege der Vollrechtsübertragung leistet (und nicht lediglich zu Verwaltungszwecken). Die Innengesellschafter ordnen das Gesellschaftsvermögen nur wirtschaftlich, nicht aber rechtlich beiden Ehegatten zu[133].

Grundsätzlich führt die Auflösung nicht sofort zur Vollbeendigung, sondern zunächst in das Liquidationsstadium, um das Gesamthandsvermögen auseinanderzusetzen. Die Vollbeendigung erfolgt erst nach Abschluss der Auseinandersetzung. Da bei der Innengesellschaft jedoch kein Gesamthandsvermögen geschaffen wird und somit auch keines auseinanderzusetzen ist, führt die Auflösung, also insbesondere die Kündigung, zur sofortigen Vollbeendigung der Gesellschaft[134]. Damit stehen sich die Ehegatten sofort als Gläubiger und Schuldner eines fälligen Auseinandersetzungsanspruches gegenüber[135].
Dies ist ein wichtiger Unterschied zur Liquidation einer BGB-Außengesellschaft, wo Fälligkeit erst mit der Erstellung der von den Gesellschaftern festgestellten[136] Schlussabrechnung (nicht erforderlich bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft[137]) eintritt, welche, ggf. aufgrund der Auseinandersetzungsbilanz, feststellt, welcher Gesellschafter ein Guthaben fordern kann (§ 734 BGB), nachschießen muss (§ 735 BGB) oder Ausgleichsansprüche gegen Mitgesellschafter hat[138]. Es erscheint die

---

[131] Zustimmend Coester/Waltjen § 32 IV Rdn. 41 f; Jauernig/Berger/Mausel, § 1413 BGB Rdn. 2; juris-PK BGB/Hauser, § 1413 BGB Rdn. 17; MünchKomm/Kanzleiter, § 1413 BGB Rdn. 6; Palandt/Brudermüller § 1413 BGB Rdn. 3; Schröder/Bergschneider Rdn. 4.882; Staudinger/Thiele § 1413 BGB Rdn. 8;ablehnend Bamberger/Roth/J. Mayer, § 1413 BGB Rdn.3, Soergel/Gaul Rdn. 2
[132] Schröder/Bergschneider Rdn. 4.882
[133] BGHZ 142, 137
[134] BGHZ 142, 137; OLG Hamm, FamRZ 2010, 1737; Erman/H. P. Westermann, § 738 BGB Rdn. 4; Palandt/Sprau, Vorbem. Zu §§ 723-735 BGB Rdn. 1
[135] Erman/H. P. Westermann, § 738 BGB Rdn. 4
[136] BGH NJW 1995, 188
[137] BGH, Beschluss vom 25.01.2011, II ZR 280/09 (juris)
[138] Erman/H. P. Westermann, § 738 BGB Rdn. 15

Auffassung richtig, wonach die zwischen dem Ausscheiden des Außengesellschafters und der Erstellung einer (erforderlichen) Bilanz vergangene nötige Zeit bei der Ermittlung des Fälligkeitstages zu berücksichtigen ist[139] (in der Rechtsprechung noch nicht entschieden). In diesem Fall wäre vor Bilanzerstellung zumindest gerichtlicher Antrag auf künftige Leistung zulässig[140].

Beendigung durch vereinbarten Zeitablauf (§ 723 I 1 BGB) scheidet von der Natur der Sache her aus, denn die Vereinbarung einer bestimmten Gesellschaftsdauer (lediglich) durch schlüssiges Verhalten ist nicht denkbar.

Bei Beendigung durch Tod eines Gesellschafters (§ 727 BGB) fällt das Gesellschaftsvermögen an den oder die Erben (§ 1922 BGB), ggf. an den überlebenden Ehegatten allein oder eine Erbengemeinschaft mit dem überlebenden Ehegatten (§ 2032 BGB). Dasselbe gilt für den Ausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten als Nachlassverbindlichkeit.

Die Gesellschaftsinsolvenz nach § 728 I BGB kommt bei der Innengesellschaft, da sie kein Gesamthandsvermögen hat, nicht in Betracht[141].

Die Gesellschafterinsolvenz (§ 728 II BGB) hingegen ist auch bei der Innengesellschaft möglich[142], aber von relativ geringer Bedeutung, da der Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten damit weitgehend hinfällig wird. Die eigentliche Abwicklung zwischen den Ehegatten findet außerhalb des Insolvenzverfahrens statt (§ 84 I InsO)[143].

Der Insolvenzverwalter kann Nachschussansprüche geltend machen.

Der verbleibende, die Praxis vollständige ausfüllende Beendigungstatbestand ist die Kündigung des Gesellschaftsvertrages (§ 723 BGB). Sie kann von jedem Ehegatten erklärt werden, ist, als actus contrarius ebenfalls formfrei (keine Anwendung von § 623 BGB analog) und unterliegt nur der Beschränkung des § 723 II BGB, darf also nicht zur Unzeit erklärt werden. Dies wird wegen der in der Regel parallelen Ehekrise selten vorkommen, wie auch die Fortsetzung eines Ehegattenarbeitsverhältnisses unzumutbar sein kann. Ähnlich ist die Lage bei der Gütergemeinschaft, wo die Mitwirkungspflicht nach § 1451 BGB eine intakte Ehe voraussetzt bzw. die Trennung die Mitarbeitspflicht unzumutbar machen kann[144].

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und kann wiederum durch schlüssiges Verhalten erfolgen, etwa durch Einstellung der Mitarbeit mit der Folge der tatsächlichen Beendigung der Zusammenarbeit bei bzw. aus Anlass der Trennung.

Auf welchen Stichtag hingegen die Ausgleichsforderung zu berechnen ist, hat in der Vergangenheit immer wieder zu Schwierigkeiten geführt.

---

[139] Erman/H. P. Westermann, § 738 BGB Rdn. 4; MüKo/Ulmer/Schäfer § 738 BGB Rdn. 20
[140] Erman/H. P. Westermann, § 738 BGB Rdn. 7
[141] Palandt/Sprau, § 705 BGB Rdn. 1
[142] Palandt/Sprau, § 705 BGB Rdn. 2
[143] Palandt/Sprau, § 705 BGB Rdn. 2
[144] BGH FamRZ 1986, 40, 42

Während der gesetzliche Zugewinnausgleich im Falle der Beendigung des Güterstands durch Scheidung auf den Stichtag der Zustellung des Scheidungsantrags berechnet (§ 1384 BGB), jedoch erst mit der Scheidungsrechtskraft fällig wird (§ 1378 III BGB), besteht beim Ausgleich außerhalb des Güterrechts weder eine gesetzliche Festlegung der Fälligkeit noch eine Differenzierung zwischen Stichtag und Fälligkeit.

Wie die Gesellschaft konkludent gegründet werden kann, kann sie auch konkludent gekündigt werden[145]. Abzustellen ist daher auf die tatsächliche Beendigung der Zusammenarbeit und die Weiterführung des Unternehmens durch den anderen Ehegatten als Geschäftsinhaber; das kann, muss aber nicht der Trennungstag sein[146]. In der Regel endet die Ehegatteninnengesellschaft also bei Trennung durch Auflösung.[147]

Mit einem Urteil vom 15.01.1958[148] wurde der Stichtag auf den Tag der Auflösung der Gesellschaft festgelegt, und diese falle zusammen mit der „dauernden äußeren Trennung der Ehegatten“ bzw. dem Zeitpunkt, in dem sich ein Ehegatte endgültig vom anderen abgewandt hat. Dies wurde 1999 bestätigt, weil „ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von einer gemeinsamen Vermögensbildung ausgegangen werden kann[149]. Mit der Trennung werde nämlich regelmäßig auch die Einstellung der Mitwirkung an der Erreichung eines gemeinsamen Gesellschaftszecks einher gehen[150].

Die Anhängigkeit des Scheidungsantrags – und nicht der Trennungstag – kann maßgeblich sein, wenn dem anderen Ehegatten erst dann die Vollmachten entzogen seien und ihm mitgeteilt wurde, dass man jetzt „in Scheidung lebe“[151].

In einer Entscheidung vom 08.04.1987[152] heißt es, dass die „Ehescheidung … regelmäßig zur Auflösung einer Ehegatteninnengesellschaft und zu ihrer Auseinandersetzung“ führe, unter dem 14.03.1990[153] wurde offen gelassen, ob dies schon durch die Schließung der Gaststätte oder erst durch den (nachfolgenden) Auszug des Ehegatten erfolgt sei, unter dem 11.04.1990[154] darauf erkannt, die Auflösung sei spätestens mit der „Erhebung des Scheidungsantrags“ erfolgt, wobei nicht zwischen An- und Rechtshängigkeit differenziert wurde[155].

---

[145] OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375, 1376
[146] BGHZ 142, 137; Wever in: Schröder/Bergschneider Rdn. 5.167; Grziwotz, Die zweite Spur - ein (neuer) Weg zur Gerechtigkeit zwischen Ehegatten, DNotZ 2000, 486, 494 mit weiteren Nachweisen; BGH FamRZ 2006, 607, 609
[147] OLG Hamm FamRZ 1983, 494; OLG Saarbrücken OLGR Saarbrücken 2007, 493; OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[148] BGH FamRZ 1960, 104, 105; im Ergebnis ebenso BGHZ 47, 157, 165
[149] BGHZ 142, 137, 154; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 1983, 494
[150] BGH FamRZ 1999, 1580; Hoppenz/Hoppenz Familiensachen 8. Aufl. 2005 § 1372 BGB Rdn. 9; BGH FamRZ 2006, 607
[151] BGH FamRZ 1975, 35, 37; vgl. auch BGB FamRZ 1990, 1219, 1220
[152] BGH FamRZ 1987, 907, 908
[153] BGH FamRZ 1990, 973, 974
[154] BGH FamRZ 1990, 1219, 1220
[155] Hoppenz § 1372 BGB Rdn. 9 versteht diese Entscheidung zu Unrecht „spätestens“ als Festlegung auf die Stellung des Scheidungsantrags

Aktuell[156] hat der Bundesgerichtshof die Auffassung abgelehnt, Stichtag sei der Zeitpunkt der späteren Auseinandersetzung. Er hat klargestellt, dass es darauf ankommt, wann die Ehegatten ihre Zusammenarbeit tatsächlich beendet haben und der Geschäftsinhaber das Unternehmen allein weiter führt. Das kann, muss aber nicht der Trennungstag sein[157]. In einer früheren Entscheidung hatte der BGH noch den Zeitpunkt der Scheidung als möglicherweise maßgebend angeführt[158]. Wenngleich die Zusammenarbeit erfahrungsgemäß mit der Trennung endet, kommt es doch vor, dass sie darüber hinaus fortgeführt wird. Überdauert sie den güterrechtlichen Stichtag des § 1384, ist sie mit dem dann gegebenen Wert in das Endvermögen einzustellen.

Beraterhinweise:

1. Mitarbeit wird erfahrungsgemäß mit der Trennung eingestellt. Das sollte dann dem anderen Ehegatten mit der Formulierung mitgeteilt werden, dass die Ehegatteninnengesellschaft mit dem Zugang des Schreibens gekündigt sei (Zugangsnachweis!). Dies gilt auch und erst recht für einen vom Stichtag abweichenden Beendigungszeitpunkt. Achtung: die Beendigung legt den Abrechnungstag fest!
2. Bestanden die Beiträge nur in der Überlassung von Kapital, ergibt sich die Beendigung nicht augenfällig aus der Trennung und sollte schriftlich gekündigt werden.
3. Es ist nicht auszuschließen, dass mehrere Ehegatteninnengesellschaften bestanden. Dann sind ggf. mehrere Kündigungen auszusprechen.
4. Es kann auch im Mandanteninteresse liegen, die Gesellschaft fortzusetzen.

Bei alledem darf nicht übersehen werden, dass die heute herrschende Auffassung, dass für die Beendigung des Gesellschaftsrechtsverhältnisses auf die Beendigung der Zusammenarbeit und damit in der Regel auf die Trennung abzustellen ist, schlichtweg darauf beruht, dass im Falle einer Trennung im Rahmen der Ehekrise *erfahrungsgemäß* nicht nur die eheliche Lebensgemeinschaft, sondern eben auch eine solche Zusammenarbeit endet. Zwingend ist dies jedoch nicht.

Die Beendigung der Zusammenarbeit zeitgleich mit der Trennung mag zwar in der Regel rechtmäßig, kann aber bei wirtschaftlicher Sichtweise im Einzelfall äußerst schädlich sein. Dies kommt z. B. dann vor, wenn der ausscheidende Ehegatte die gesamten Kunden- und Geschäftskontakte gepflegt hat bzw. der verbleibenden Ehegatte nur über das technische know how verfügt und allein völlig überfordert wäre. Auch ist eine Trennung oder Scheidung selbst in der heutigen Zeit schon für gesehen mitunter imageschädlich und sollte daher diskret und mit möglichst geringer Außenwirkung durchgeführt werden.

Beraterhinweis:

Es sollte auf die Möglichkeit der Fortsetzung der Zusammenarbeit, allerdings nunmehr in rechtlich ausdrücklich geregelter Weise,

[156] BGHZ 142, 137, 155; FamRZ 2006, 607
[157] BGH FamRZ 2006, 607, 609
[158] BGH FamRZ 1990, 1219; dazu Hoppenz § 1372 BGB Rdn. 54

hingewiesen werden. Für den Inhaberehegatten hat dies den Vorteil, geschäftliche Einbrüche zu verhindern, für den anderen, eine streitige und beweislich vielleicht schwierige Auseinandersetzung der Innengesellschaft zu vermeiden.

Es ist auch die umgekehrte Konstellation denkbar, die Gesellschaft vor der Trennung zu kündigen, womit auch der Ausgleichsanspruch früher fällig würde.
Anwendungsfall: Der Mandant befindet sich in Liquiditätsschwierigkeiten.

Beraterhinweis:

Eine solche Kündigung sollte schriftlich mit Zugangsnachweis erfolgen. Vor der Kündigung ist die Beweislage im Hinblick auf vom Bundesgerichtshof bezüglich der in der Vergangenheit liegenden schlüssigen Gesellschaftsgründung zu prüfen und ist ggf. Beweissicherung zu betreiben, etwa durch Fertigung von Kopien geeigneter Urkunden, solange im Rahmen der (noch) geleisteten Mitarbeit legaler Zugang zu den Geschäftsräumen besteht.

Liegt der Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft zugrunde und wird dieses vor der Trennung geschlossen, endet die Gesellschaft mit der Schließung[159].

5.3.1.13 Verjährung

Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre (§ 195 BGB). Sie beginnt mit dem Schluss desjenigen Jahres, in welchem die Zusammenarbeit der Ehegatten und damit die konkludente Ehegatteninnengesellschaft enden (§199 BGB). Die Verjährung ist bis zur Rechtskraft der Ehescheidung gehemmt (§ 207 BGB).
Die bis zum Inkrafttreten des Erbrechtsverjährungsänderungsgesetzes am 01.01.2010[160] geltende Sonderverjährungsfrist von 30 Jahren galt für die Ehegatteninnengesellschaft nicht, da es sich nicht um einen familienrechtlichen Anspruch handelt[161].

Beraterhinweis:

In Übergangsfällen ist Art. 229 § 23 EGBGB zu beachten.

5.3.1.14 Güterstand

Der Güterstand hat tatbestandlich keinen Einfluss auf den Anspruch, weil sich ein solcher Einfluss dogmatisch nicht begründen lässt. Daher ist die Innengesellschaft bei allen Güterständen denkbar bzw. nicht von vornherein ausgeschlossen. Dennoch gelten Besonderheiten.

---

[159] BGH FamRZ 1990, 973
[160] BGBl. 2009 I S. 3142
[161] Palandt/Heinrichs 64. Aufl. § 197 BGB Rdn. 4; vgl. auch Bergschneider in: Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, S. 459, 464

5.3.1.14.1 Zugewinngemeinschaft

Wenn die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand leben und daher an der Wertschöpfung schon kraft Gesetzes teilhaben, sind auf der Beweis- (bzw. Indiz)ebene besondere Anforderungen zu stellen. Der Güterstand der Zugewinngemeinschaft spreche indiziell gegen den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, da die Ehegatten die Vorstellung haben, an der Wertschöpfung bereits über den Zugewinnausgleich zu partizipieren[162]. Das Argument verliert an Überzeugungskraft, wenn die Gesellschaft erst nach der Eheschließung gegründet wird. Daraus folgt außerdem nicht, dass, liegt gleichwohl eine Innengesellschaft vor, die Tatbestandsvoraussetzungen einer strengeren Beurteilung unterliegen würden[163]. Auf jeden Fall ist der Ausgleichsanspruch nach § 730 BGB auf beiden Seiten ins aktive bzw. passive Endvermögen einzustellen[164], so dass sich Auswirkungen bei einer Vergleichsrechnung meist ohne nicht ergeben[165]. Da der gesellschaftsrechtliche Anspruch die Zugewinnbilanz des Gläubigers verschlechtert, muss er auch geltend gemacht werden, so dass es im Ergebnis zu einer Neutralisierung kommt[166]. Hoppenz schlägt daher vor, die Vermögensauseinandersetzung zu vereinfachen, indem der gesellschaftsrechtliche Anspruch beim Zugewinnausgleich außer Betracht bleibt. Mit der Regelung des Zugewinnausgleichs wäre dann auch die Auseinandersetzung der Innengesellschaft erledigt[167]. Das entbindet den Rechtsanwalt aber nicht, beide Ansprüche zu prüfen, zumal der gesellschaftsrechtliche taktische Vorteile verschaffen kann, etwa beim Umfang des Auskunftsanspruchs oder bei der schnelleren, wenngleich lediglich selektiven Durchsetzung[168] der finanziellen Ausgleichsansprüche.

5.3.1.14.2Gütertrennung

Sie ist der klassische Anwendungsfall der Ehegatteninnengesellschaft.

5.3.1.14.3 Gütergemeinschaft

Steht die Wertschöpfung im Gesamtgut, partizipiert der andere Ehegatte hieran schon kraft Gesetzes[169] und scheidet eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft aus.
Anders ist die Lage, wenn die Gründung aus dem Gesamtgut heraus erfolgt, also mit Mitteln des Gesamtguts. Fraglich ist, ob die Gesellschaft mit ihrer Gründung wieder erlischt, weil sich die – gesellschaftlich getrennten – Anteile sofort wieder im

[162] BGH FamRZ 2006, 607, 608
[163] Hoppenz FamRZ 2006, 610
[164] BGH FamRZ 2006, 607
[165] Wall FamRB 2010, 248
[166] Haußleiter/Schulz Kap. 5, Rdn. 306 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.11.2011, 2 UF 163/10, S. 27
[167] Hoppenz FamRZ 2006, 610
[168] Herr, FamRB 2011, 258
[169] BGH FamRZ 1994, 295, 297

Gesamtgut vereinigen[170]. Dieses Problem stellt sich bei der Innengesellschaft nicht, die nur zu einer schuldrechtlichen Ausgleichsverpflichtung führt, also keine dingliche Wirkung hat. Es entsteht kein Gesamthandsvermögen.

Steht die Wertschöpfung im Vorbehaltsgut, ist streitig, ob eine Innengesellschaft rechtlich möglich ist[171].

Erbrechtlich ist die Begründung einer Gütergemeinschaft allenfalls als Schenkung und auch dies nur in Ausnahmefällen anzusehen[172].

5.3.1.15 Ehegatteninnengesellschaft mit einem Freiberufler?

Freiberufler, insbesondere Ärzte, Rechtsanwälte, Notare stehen bei der Eingehung gesellschaftsrechtlicher Bindungen im Konflikt der Vertragsfreiheit (Art. 2 GG) mit den Restriktionen der jeweiligen Berufsordnung, wonach Sozietäten ausschließlich mit entsprechenden Berufsträgern eingegangen werden dürfen (etwa § 23 b MBO Ärzte, § 9 BNotO). Dies gilt sogar bezüglich berufsfremder Akademiker[173]. Bei Ärzten sind sog. Nichtbehandlungsgesellschaften möglich, die sich etwa auf gutachterliche Tätigkeiten beschränken (§ 23c MBO Ärzte)[174].

Das Sozietätsverbot zwischen Anwälten und Ärzten ist möglicherweise verfassungswidrig (Verstoß gegen Art. 12 GG, Berufsfreiheit, Art. 9 GG, Vereinigungsfreiheit, Art. 3 GG, Gleichheitssatz). Der Bundesgerichtshof hat einen entsprechenden Streitfall dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt[175].

Dass Innengesellschaften von Freiberuflern mit Ehegatten, die keine Berufsträger sind, grundsätzlich möglich sind, solange der mitarbeitende Ehegatte nicht im ureigenen Kompetenzbereich des Berufsträgers tätig wird, hat bereits das Reichsgericht erkannt[176] und auch der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen[177]. Er hielt früher lediglich ein Arbeitsverhältnis eher bei Freiberuflern für denkbar und bei Ehegatten, die nicht im freiberuflichen Bereich tätig waren, eine Innengesellschaft[178]. Nachdem inzwischen selbst reine Sachbeiträge für eine Ehegatteninnengesellschaft genügen[179] und sich die Ehegatten ihres Gesellschafterstatus' ohnehin gar nicht bewusst sind, denn die Gesellschaft wird immer erst nach dem Ehescheitern überhaupt erst „entdeckt"[180], das zu unterbindende Risiko also bei Ehegatten ohne nicht virulent wird, sind auch solche Innengesellschaften anzuerkennen[181]. Einschlägiges Berufsrecht will im Sinne der geschützten Rechtsgüter das Tätigwerden eines Nichtberufsträgers und *deshalb*

---

[170] Münchner Kommentar/Ulmer, § 705 BGB Rdn. 75
[171] Wever Rdn. 626
[172] BGHZ 116, 178
[173] keine Anwaltssozietät mit einem Arzt oder Apotheker: OLG Bamberg, BRAK-Miteilungen 2011, 302
[174] Vgl.Kilian, BRAK-Mitteilungen 2011, 303
[175] BGH AnwBlatt 2013, 660
[176] RGZ 18, 380
[177] BGH FamRZ 1963, 429; 1974, 592
[178] BGH FamRZ 1961, 212
[179] BGHZ 142, 137
[180] Gernhuber FamRZ 1958, 245
[181] Herr, FamRB 2011, 221

die Gründung einer Gesellschaft verhindern. Bei der Ehegatteninnengesellschaft geht es demgegenüber niemals (mehr) um das *künftige* Tätigwerden und die Gründung, sondern die rechtliche Beurteilung greift erst in einem Stadium ein, wo sie bereits beendet ist und es nur noch um die Ausgleichsansprüche geht. Wenn die gerichtliche Feststellung des Bestehens einer Ehegatteninnengesellschaft erfolgt, ist diese bereits beendet, können also die durch das Berufsrecht geschützten Rechtsgüter nicht mehr in Gefahr geraten. Eine Ehegatteninnengesellschaft zwischen einem Freiberufler und einem nicht Freiberufler ist daher grundsätzlich möglich[182]. Das Kammergericht hat festgestellt, dass die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft eines Arztes mit seiner als Sprechstundenhilfe mitarbeitenden Ehefrau am Gesichtspunkt der Gleichberechtigung scheitere[183], nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 30.06.1999[184] nicht mehr gilt. Auch ein bestehendes Arbeitsverhältnis streitet nicht dagegen, wenn das tatsächliche Engagement der Ehefrau über die geschuldete Arbeitsleistung hinaus ging[185].

Das Problem lässt sich dogmatisch umgehen, wenn man mit Ulmer die konkludente Ehegatteninnengesellschaft für eine analoge Rechtsanwendung hält[186], was aber an der BGH Rechtsprechung scheitert, wonach es sich um eine echte BGB Gesellschaft handelt[187], mithin um unmittelbare Rechtsanwendung der §§ 705 ff BGB. Als abstrakt-generelle Regelung für Freiberufler würde hierdurch letztlich ein völlig neuer Vertragstypus geschaffen. Das Problem deckt letztlich nur erneut die dogmatische Schwierigkeit der Innengesellschaftslösung auf. Ließe man die Gesellschaft mit einem Freiberufler am Berufsrecht scheitern, fiele dessen Ehegatte mit dem Ausgleichsanspruch aus, ein sicher diskriminierendes und sowohl rechtlich wie auch für die Betroffenen nicht nachvollziehbares Ergebnis.

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind bei einem verbotenen Gesellschaftszweck nicht anwendbar. Hier kann nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückabgewickelt werden[188].

5.3.2 Subjektiver Tatbestand

5.3.2.1 Allgemeines

Der frühere rechtsgeschäftliche Bindungswille der Ehegatten lässt sich im Streitfall, also ex post, nicht feststellen, was daran liegt, dass er überhaupt nicht existiert. Der

[182] OLG Hamm, Beschluss v. 07.03.2012, II-12 UF 235/11; a. A. vorgehend AG Gütersloh, Beschluss v. 30.06.2011, 16 F 903/10
[183] so noch BGH FamRZ 1986, 558
[184] BGHZ 142, 137
[185] KG FamRZ 2013, 789
[186] Münchner Kommentar/Ulmer § 705 BGB Rdn. 79
[187] BGHZ 137, 142
[188] BGHZ 62, 234; NJW-RR 1991, 613

Bundesgerichtshof arbeitet hier mit einer Fiktion des Erklärungswillens, macht ihn jedoch *formal* an Indizien fest[189].

5.3.2.1.1 Indizien für eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft:

Indizien für eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft

- Abreden über Ergebnisverwendung, insbesondere über die Wiederanlage erzielter Erlöse, unter Einbeziehung des dinglich nicht berechtigten Ehegatten[190]
- Besitz eines Schlüssels zum Geldfach[191]
- Erfolgs- und Verlustbeteiligung des Nicht-Eigentümer-Ehegatten[192]
-
- Befugnis, Entnahmen ohne Rechnungslegung tätigen zu dürfen[193]
- Entnahmerecht des mitarbeitenden Nicht-Eigentümer-Ehegatten[194]
- Übertragung aufgrund – auch unzutreffender - haftungsrechtlicher Überlegungen[195]
- Planvolles und zielstrebiges Zusammenwirken, um erhebliche Vermögenswerte zu schaffen[196], nicht lediglich Zusammenwirken an einem Einzelprojekt. Hierbei spielt insbesondere eine Rolle, ob der nicht beteiligte Ehegatte in erheblichem Umfang seine Arbeitskraft[197] oder besondere fachliche Qualitäten einbringt oder wesentliche Betriebsgrundlagen einbringt
- Planung, Umfang und Dauer der Vermögensbildung sowie Absprachen über die Wiederverwendung erzielter Beträge[198]
- Gemeinsamer Aufbau oder Ausbau eines Unternehmens[199] und
- Aufgabenverteilung hierbei; je bedeutender die übernommenen Aufgaben, umso eher kann eine Gesellschaft angenommen werden[200]

---

[189] Vgl. auch Wever Rdn. 615 ff!; Blumenröhr, Festschrift für Odersky, 1996, S. 517, 524: auch die Kritiker hätten „keine (anderen) Sachverhaltselemente aufgezeigt, aus denen sich ein rechtsgeschäftlicher Wille … `real` nachweisen ließe“
[190] BGH NJW 2008, 3277; OLG Hamm, Urt. v. 11.07.2012, 8 U 192/08; Haas FamRZ 2002, 205, 215
[191] BGH FamRZ 1962, 357=VersR 1962, 769
[192] Haas FamRZ 2002, 205, 215 OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[193] BGH FamRZ 1962, 357=VersR 1962, 769
[194] OLG Celle NZG 1999, 650; Haas FamRZ 2002, 205, 215
[195] BGHZ 142, 137
[196] Haas FamRZ 2002, 205, 215; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1245, 1247
[197] BGH FamRZ 1962, 357, 358
[198] BGH FamRZ 2003, 1456
[199] BGH FamRZ 1960, 105; 2006, 607, 608
[200] Haas FamRZ 2002, 205, 215

- Auftreten nach außen, gegenüber den Behörden, insbesondere dem Finanzamt[201], aber auch im Übrigen, etwa Bezeichnung als „unser Unternehmen“[202]
-
- die Angestellten sehen beide als „Chef“ an[203]

- Andererseits spricht nicht gegen eine Innengesellschaft, dass nur der formelle Inhaber nach außen hin aufgetreten ist. Entscheidend ist dann, wer im Verhältnis der Ehegatten zueinander Inhaber war[204]

- Annähernde Gleichwertigkeit der Leistungen beider Ehegatten sein[205]

- Keine Weisungsbefugnis des einen gegenüber dem anderen[206]; dieses Kriterium sollte seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30.09.1999[207] zurückhaltend angewandt werden, wonach Kapitaleinlagen als Gesellschaftsbeiträge genügen, bei welchen eine Weisungsbefugnis nicht denkbar ist

- Die Namen beider Ehegatten stehen im Briefkopf[208]

- Einverständlich hergestellte Geschäftskopfbögen mit den Namen beider Ehegatten[209]
-

- Gemeinsame Verhandlung über und Aufnahme von Geschäftskrediten[210]

- Einer der Ehegatten kann deshalb nicht nach außen als Betriebsinhaber in Erscheinung treten, weil er als Beschäftigter im öffentlichen Dienst keine eigene selbstständige Tätigkeit ausüben durfte[211]

- Kein Ehegatte bezog ein festes Gehalt, vielmehr entnahm jeder die Beträge, die er zum Lebensunterhalt und zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse benötigte[212]

- Unterzeichnung von Steuerunterlagen, Einreichung solcher Unterlagen beim Finanzamt zur Erweckung des Scheins einer GbR[213]

---

[201] OLG Karlsruhe,FamRZ 1973, 649
[202] BGH FamRZ 1961, 522; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[203] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[204] BGH LM Nr. 14 zu § 66 BEG 1956
[205] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562 (a. A. BGHZ 142, 137
[206] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[207] BGHZ 249, 137
[208] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[209] OLG Karlsruhe FamRZ 1973, 649
[210] OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 228, 229
[211] OLG Köln FamRZ 2010, 1738
[212] OLG Karlsruhe FamRZ 1973, 649, 650 („starkes Indiz“, das nur durch schwer wiegende Gegenumstände entkräftet werden kann)
[213] OLG Karlsruhe FamRZ 1973, 649

5.3.2.1.2 Indizien gegen eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft:

- Fehlende Fachkenntnisse für das ausgeübte Gewerbe[214]
- Fehlende Zeit für die behauptete Tätigkeit wegen anderweitiger Auslastung[215]
- Gesetzlicher Güterstand[216]
- Ehegatte geht selbst einer Erwerbstätigkeit nach[217]
- Unterstützung nicht mit eigenem Kapital, sondern lediglich die Besorgung durch Bankkredit[218]
- Stellung von Sicherheiten[219]
- Solcher Vermögenstransfer, der in einer haftungsgünstigen Verteilung des Familienvermögens motiviert ist[220]
- Juristische Vorbildung des Anspruchsstellers (Rechtsprofessor[221])

Der BGH ist bei der Fiktion des Geschäftswillens ausgesprochen großzügig. Es soll nicht darauf ankommen, ob die Ehegatten ihre Zusammenarbeit selbst als gesellschaftsrechtliche angesehen haben und sich der Konsequenzen bewusst waren[222]. Es soll sogar unschädlich sein, wenn der Anspruch in der Klage auf eine vollkommen andere rechtliche Grundlage gestützt wurde[223]. Das ist bedenklich, da es hier nicht um den Grundsatz da „mihi factum, dabo tibi ius“ geht, sondern um den Antragstellervortrag zum subjektiven Tatbestand. Wenn hier Vortrag gehalten und selbst unter einen Anspruch subsummiert wird, der einer Innengesellschaft entgegensteht, wird ein Gesellschaftswille nicht ohne weiteres konstruiert werden können. Außerdem ist der benachteiligte Ehegatte im (häufigsten) Fall der Gütertrennung vom Notar belehrt worden, dass güterrechtliche Ansprüche nicht bestehen. Da der Laie den Unterschied zwischen Güter- und Gesellschaftsrecht nicht kennt, dürfte bei ihm daraus dürfte eher die Vorstellung erwachsen, dass er überhaupt keinen Ausgleich erhält. Selbst im gesetzlichen Güterstand macht sich der

---

[214] BGH v. 09.02.1955 IV ZR 191/54 n. v.
[215] AG Bielefeld, Beschluss vom 15.07.2011 34 F 403/10
[216] Denn die Ehegatten leben in der Vorstellung, am gemeinsam Erarbeiteten teilzuhaben, BGH FamRZ 2006, 607
[217] BGH Urteil vom 09.02.1955 IV ZR 191/54, S. 11
[218] BGH FamRZ 1987, 907
[219] BGH FamRZ 1987, 907
[220] Ausführliche Nachweise bei Wever Rd. 621
[221] AG Bielefeld, Beschluss vom 15.07.2011 34 F 403/10
[222] BGH v. 14.11.1956 IV ZR 139/56 n. v.; BGH FamRZ 1960, 104; BGH FamRZ 1960, 105; BGH FamRZ 1961, 431; BGH FamRZ 1961, 301; BGH FamRZ 1961, 519; BGH FamRZ 1975, 35; OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[223] BGH FamRZ 1954, 136, 137

Ehegatte überhaupt keine Gedanken darüber, ob er nach der Scheidung Ausgleichsansprüche haben kann oder nicht[224]. Dieses Argument sollte beim Erwiderungsvortrag verwertet werden.
So sieht es der Bundesgerichtshof bei nicht ehelichen Lebensgemeinschaftern auch. Diese hätten außerhalb ihrer Gemeinschaft – vergleichbar also der Ehe bei Ehegatten – regelmäßig keine über die Ausgestaltung derselben hinaus gehenden rechtlichen Vorstellungen, weshalb grundsätzliche Zweifel am Rechtsbindungswillen bestünden[225].

Dass die Konstruktion der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft selbst BGH intern für Unsicherheiten gesorgt hatte, belegt eine Entscheidung des V. Zivilsenats vom 20.05.1981 zur grundbuchrechtlichen Frage der Zulässigkeit und Eintragungsfähigkeit einer ausdrücklich abgeschlossen Ehegatteninnengesellschaft bürgerlichen Rechts[226]. Diese Entscheidung ist weniger wegen ihrer Erkenntnis bemerkenswert, dass jeder erlaubte Zweck objektiv Gegenstand einer Ehegattengesellschaft sein kann und damit auch der Erwerb und das Halten eines Familienheims als vielmehr wegen des Umstands, dass und wie der V. Zivilsenat im Wege des Freibeweises zu dieser Erkenntnis gelangte: da sich die Anspruchsgrundlage dem Senat offensichtlich nicht von selbst erschloss, unternahm er eine „Anfrage“ beim II. und beim IX. Senat, wie die dortige ständige Rechtsprechung zu verstehen sei und brachte so in Erfahrung, dass man davon ausgehe, bei Beiträgen, die ohnehin aus Gründen der ehelichen Lebensgemeinschaft geschuldet seien, könne man kein Indiz für einen Rechtsbindungswillen in Bezug auf den konkludenten Abschluss einer Ehegatteninnengesellschaft erkennen.

Letzteres hat insbesondere Relevanz für die Familienheimfälle, bezüglich derer eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft kategorisch ausgeschlossen ist. Bezüglich eines Zwecks, der sich bereits aus dem Gesetz ergibt, nämlich die eheliche Lebensgemeinschaft zu verwirklichen, kann man nicht annehmen, dass die Ehegatten stillschweigend den Willen zur Gründung eines Gesellschaft bürgerlichen Rechts gebildet hätten[227]. Die ausdrückliche Gesellschaftsgründung (Außengesellschaft) ist hingegen möglich[228].

5.3.2.2 Grundsätzlich keine Anfechtungsmöglichkeit

Der BGH hat noch nicht entschieden, ob der Gründungsakt einer konkludenten Ehegatteninnengesellschaft angefochten werden kann, wofür insbesondere der Fall des Inhaltsirrtums (§ 119 I 1 1. Alt. BGB) in Betracht kommt, wenn der begünstigte Ehegatte den anderen am Gewinn beteiligen soll oder dieser den anderen am Verlust.
Jedoch wird die Anfechtung schon daran scheitern, dass die anzufechtende Willenserklärung nicht festgestellt werden kann. Die Lösung muss dann bereits auf

[224] So Roquette bereits 1944, DR 1944, 91
[225] BGH FamRZ 2008, 1822, 1825
[226] BGH FamRZ 1974, 592; 1982, 141
[227] BGH FamRZ 1960, 58, 59; 1968, 23, 24; 1969, 78, 79; 1974, 526; 1974, 1554; 1989, 147, 148
[228] BGH FamRZ 1982, 141

der Ebene des Zustandekommens des Gesellschaftsvertrages (Indizien) gesucht werden.

5.4 Rechtsfolgen der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft

5.4.1 Bis zur Beendigung

Beide Ehegatten haben ihre Beiträge zu leisten (§ 705 BGB).

Der Gewinn ist aufzuteilen, auch wenn er formell dem Inhaberehegatten zusteht[229].

5.4.2 Nach der Beendigung - „Auseinandersetzung“, besser: Abwicklung

Die Gesellschaft wird nicht wie eine Außengesellschaft nach §§ 730 ff BGB auseinandergesetzt. Es gelten Besonderheiten.

5.4.2.1 Grundsatz: keine dingliche Auseinandersetzung

Art des Ausgleichs: es erfolgt keine dingliche Auseinandersetzung. Insbesondere bestehen keine Übereignungs- oder Herausgabeansprüche[230]. Auch kann der ausscheidende Ehegattengesellschafter nicht die Verwertung einzelner Vermögensgegenstände verlangen[231]. Vielmehr entsteht mit der Beendigung der Gesellschaft ein Anspruch auf Ausgleich in Geld[232]. Der andere Ehegatte führt die ehemalige Gesellschaft nunmehr allein fort.

Da die Innengesellschaft kein Gesamthandsvermögen kennt, das Gesellschaftsvermögen vielmehr einem der Ehegattengesellschafter formaljuristisch bereits zugeordnet ist und bleibt, kann es bei einer Innengesellschaft niemals zu einer Auseinandersetzung kommen[233].

Was rechtlich nicht zusammen war, kann man auch nicht auseinandersetzen.

Dies wird sowohl vom Bundesgerichtshof[234] als auch in der Literatur[235] zwar nicht in der Sache, aber begrifflich verkannt.

---

[229] OLG Köln FamRZ 2010, 1738
[230] LG Düsseldorf, FamRZ 2004, 1035
[231] BGHZ 142, 137, 156
[232] BGHZ 8, 249, 252, 256
[233] Palandt/Sprau § 705 BGB Rdn. 35
[234] BGHZ 142, 137, 155
[235] Wever, Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts, Rdn. 656

Hat der anspruchsberechtigte Ehegatte jedoch einen Gegenstand nicht als Einlage geleistet, sondern „zur Benutzung überlassen“, kann er sie zurück verlangen (§§ 738 I 2, 732 BGB).

5.4.2.2 Vielmehr: nur finanzieller Ausgleich; Kriterien für die Forderungshöhe

An die Stelle einer gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung tritt der Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichsbetrages. Der finanzielle Ausgleich verkörpert, quasi als Ersatz für die Auseinandersetzung, den Chancen- und Risikoanteil jedes Ehegatten am Geschäftsergebnis[236].

Für die Höhe des Ausgleichs ist grundsätzlich die Hälfte des bilanziellen Gesellschaftsvermögens der richtige Ausgangspunkt: Zweifelsgrundsatz des § 722 Abs. 1 BGB. Die Vorschrift gilt auch für die Innengesellschaft[237] und hier für die Ehegatteninnengesellschaft[238].

Jedoch ist eine abweichende Quote aufgrund der Einzelfallumstände nach der BGH Rechtsprechung möglich. Diese Einzelfallumstände müssen Hinweise auf eine bestimmte Verteilungsabsicht geben[239]:

- Art und Umfang der geleisteten Tätigkeit[240]; höhere Beiträge führten zur Abweichung vom Grundsatz, dass im Zweifel eine hälftige Beteiligung zu erfolgen habe[241]; das Verhältnis der von den Ehegatten für den gemeinschaftlichen Zweck eingesetzten Vermögenswerte[242]
-
- Hat ein Ehegatte wesentliche Sacheinlagen erbracht, etwa die Haftungsgrundlage zur Verfügung gestellt, kommt dem Umstand, dass die Arbeitsleistungen beider Ehegatten den gleichen Umfang hatten, geringere Bedeutung zu[243]

- auch die Tätigkeit im Haushalt sei zu berücksichtigen[244]

- Höhe des im Geschäft erzielten Gewinns

- Zurverfügungstellung der Haftungsgrundlage für größere Investitionen; in diesem Fall kommt dem Umstand, dass beide Ehegatten etwa in gleichem Umfang mitgearbeitet haben, geringere Bedeutung zu[245]

---

[236] BGH NJW-RR 1990, 736
[237] BGH WM 1967, 3407
[238] BGHZ 142, 137 = BGH NJW 1999, 2962, 2967
[239] BGHZ 142, 137, 156
[240] so auch BGH v. 14.11.1956 IV ZR 139/56 n. v., S. 12
[241] BGH FamRZ 1990, 973, 974; OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[242] BGH NJW-RR 1990, 736
[243] BGH FamRZ 1990, 973, 974
[244] BGH v. 14.11.1956 IV ZR 139/56 n. v., S. 13; dies ist im Hinblick auf die gesetzliche Haushaltsführungspflicht jedenfalls für die damalige Rechtslage allerdings äußerst fraglich
[245] BGH FamRZ 1990, 973, 974

- was hat der Anspruch stellende Ehegatte oder ein naher Angehöriger in das Geschäft eingebracht?[246]

- bereits getätigte Entnahmen beider Ehegatten

- Lohn- und Gehaltsaufwand für eine fremde Arbeitskraft, was nach den konkreten ehelichen Lebensverhältnissen zu korrigieren ist, und zwar bei überdurchschnittlich guten nach oben und bei unterdurchschnittlichen nach unten[247]

- maßgebend sind immer die konkreten Verhältnisse[248]

- und ggf. Vereinbarungen der Ehegatten[249]

- Schulden (jedoch nur insoweit, als sie mit der Gesellschaft zusammenhängen, persönliche Schulden scheiden aus[250])

- insbesondere (auch schriftliche, notfalls durch Zeugenbeweis verifizierbare) Zusagen, am geschaffenen Vermögen Miteigentum zu verschaffen[251]

- die Höhe der Gewinnbeteiligung muss letztlich nach § 287 ZPO geschätzt werden[252].

WICHTIG: HIER HANDELT ES SICH NICHT UM INDIZIEN ZUR GESELSCHAFTSGRÜNDUNG, SONDERN FÜR DIE BETEILIGUNGSQUOTE!!!

Ausdrückliche Abreden über die Gewinnquote sind bei einer konkludenten Gesellschaft kaum denkbar, würden aber bei veränderten Verhältnissen ihrerseits einem Anpassungsanspruch nach § 313 BGB unterliegen, wie es bei der ausdrücklichen Gesellschaft auch der Fall ist[253].

Wer im Rahmen der Ausgleichszahlung vom Halbteilungsgrundsatz zu seinen Gunsten abweichen will ist entsprechend beweisbelastet[254].

Häufig hat die Ehegatteninnengesellschaft ein Unternehmen zum Gegenstand. Hier ist, sofern, wie in der Regel, zutreffend, bei der Abschichtungsbilanz zu beachten, dass das Unternehmen vom anderen Ehegatten fortgeführt wird. Daher ist nicht, wie bei der Auseinandersetzung/Liquidation, der Zerschlagungs-, sondern der Fortführungswert in Ansatz zu bringen, also incl. stiller Reserven, good will usw[255]. Damit ist zusätzlich der Gleichlauf zur BGH-Rechtsprechung betr. die Bewertung von

[246] so auch BGH v. 14.11.1956 IV ZR 139/56 n. v., S. 12
[247] BGH LM § 66 BEG Nr. 14
[248] BGH FamRZ 1954, 136, 138
[249] OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[250] BGHZ 142, 137, 157
[251] BGHZ 142, 137, 156 f
[252] BGH LM § 66 BEG Nr. 14
[253] BGH Urteil vom 15.12.2003, II ZR 358/01; OLG Stuttgart Urteil vom 16.05.2007 14 U 9/06
[254] BGHZ 142, 137, 156
[255] Erman/H. P. Westermann, § 738 BGB Rdn. 7

Unternehmen, insbesondere freiberuflicher Praxen[256], gewährleistet. Das ist deshalb von Bedeutung, weil der Innengesellschaftsausgleichsanspruch Bilanzposten beim Zugewinnausgleich ist und es zu erheblichen, nicht vernünftig erklärbaren Verschiebungen käme, würde ein und dasselbe Unternehmen gesellschafts- und güterrechtlich unterschiedlich bewertet.

5.4.2.3 Durchsetzungssperre

Die in den Auseinandersetzungs- bzw. finanziellen Ausgleichsanspruch einfließenden Posten können nicht selbstständig geltend gemacht werden[257] (Durchsetzungssperre[258]). Ihre Fälligkeit ist hinaus geschoben[259].

Die Durchsetzungssperre soll der Gefahr von Hin- und Herzahlungen während der Auseinandersetzung begegnen. Einzelansprüche von Gesellschaftern können aber Gegenstand einer positiven oder negativen Feststellungsklage sein[260].

Eine Ausnahme kann für auf einem anderen Rechtsverhältnis beruhende Ansprüche gelten[261].

5.4.2.4 Grundsatz der Gesamtabrechnung

Die Geltendmachung eines schuldrechtlichen Ausgleichsanspruchs nach Auflösung einer Ehegatteninnengesellschaft setzt die Erstellung einer Gesamtabrechnung voraus[262]. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zum familienrechtlichen Vertrag sui generis (ehebezogene Zuwendung und Kooperation), wo jeder Wertschöpfungsvorgang einzeln auszugleichen ist[263].

Es ist aber denkbar, dass zwischen denselben Ehegatten mehrere Innengesellschaften bestehen. Dann sind diese auch getrennt auseinander zu setzen.

Beispiel:

F und M haben jeweils 250000 € geerbt. Sie investieren das Geld in ein Mietobjekt, um aus dessen Erträgnissen Vermögen und Rücklagen zu bilden. Das Grundstück

---

[256] BGHZ 188, 282 = NJW 2011, 999 = FamRZ 2011, 622; BGHZ 188, 249 = NJW 2011, 2572 = FamRZ 2011, 368; 1367
[257] BGH Urteil v. 14.11.1956 IV ZR 139/56, S. 17; OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 1080
[258] Palandt/Sprau § 730 BGB Rdn. 6
[259] OLG Celle NZG 1999, 650; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1075
[260] Palandt/Sprau § 730 BGB Rdn. 7
[261] BGH FamRZ 2008, 393
[262] BGH FamRZ 2003, 1648; OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 1080
[263] BGH FamRZ 1989, 599, 600

wird auf F eingetragen, auf die auch das Hauskonto lautet und die alle schuldrechtlichen Verträge allein abschließt. Dies um die Immobilie vor dem Zugriff von Gläubigern des M zu bewahren, der selbständiger Schreinermeister ist. Den ihm allein gehörenden Handwerksbetrieb haben F und M ebenfalls gemeinsam aufgebaut, F arbeitet dort ganztägig mit und versieht den gesamten kaufmännischen Bereich.

Zur Schlüssigkeit gerichtlicher Geltendmachung ist grundsätzlich die Darlegung einer Gesamtabrechnung erforderlich, aus der sich ergibt, dass der andere Ehegatte aus der Innengesellschaft per Saldo größere Gewinne erzielt oder geringere Verluste erlitten hat als er selbst[264].

Es ist zwischen einer Auseinandersetzungsbilanz im Liquidationsfall und einer Abschichtungsbilanz beim Ausscheiden eines BGB-Gesellschafters zu unterscheiden.

Im Falle der Auseinandersetzung/Liquidation wird das Unternehmen nicht fortgeführt. Selbst hier ist eine formelle Schlussbilanz i. S. v. § 154 HGB nicht erforderlich[265]. Dies gilt erst recht bei der Beendigung der Ehegatteninnengesellschaft, denn nach dem Ausscheiden des benachteiligten Ehegatten führt der andere das Unternehmen regelmäßig allein fort.

Selbst bei der Auseinandersetzung/Liquidation ist eine – nicht formelle – Auseinandersetzungsbilanz entbehrlich, wenn die Verhältnisse leicht überschaubar sind, namentlich wenn Aktivvermögen bereits zwischen den Gesellschaftern verteilt ist[266]. Auch dies gilt erst recht bei der Ehegatteninnengesellschaft.

Entgegen anders lautender Auffassung[267] ist die Erstellung einer (Trennungs)stichtagesbilanz/Abschichtungsbilanz daher nicht zwingend geboten und wird sie auch nicht vom Bundesgerichtshof verlangt[268]. Sie ist allerdings grundsätzlich zweckmäßig. Ehegatten, welche die Buchführung erledigt und die steuerlichen Belange des Unternehmen bearbeitet haben oder über Kopien von Jahresabschlüssen usw. verfügen, umgehen den ansonsten erforderlichen verfahrensverschleppenden Stufenantrag je nach Einzelfall besser, indem sie den Stichtagsbilanzwert substanziiert vortragen und unter Sachverständigenbeweis stellen.

Nicht zutreffend – und auch nicht vom Zitat Haußleiter/Schulz gedeckt – ist die Auffassung des Oberlandesgerichts Karlsruhe, es sei eine schlüssige Schlussbilanz der beiderseitig erbrachten Leistungen erforderlich[269]. Zu bilanzieren sind nicht die erbrachten Leistungen, sondern die damit geschaffenen Vermögenswerte[270] (mit

---

[264] BGH-RR 1991, 422, 423; 1991, 1049; Beschluss vom 13.08.2003 XII ZR 95/01, BGH Entscheidungsdatenbank
[265] Erman/HG. P. Westermann § 705 BGB Rdn. 11
[266] Erman/HG. P. Westermann § 705 BGB Rdn. 11
[267] Burhoff/Willemsen, Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 3. Aufl. 2009 Rd. 235
[268] BGHZ 142, 137
[269] OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.11.2011, 2 UF 163/10, S. 27, mit Hinweis auf Haußleiter/Schulz Kap. 5 Rdn. 301
[270] Haußleiter/Schulz Kap. 5 Rdn. 301

Aktiva und Passiva), also nicht die Wertschöpfungsvorgänge, sondern das Wertschöpfungsergebnis.

Es ist daher immer in zwei Schritten zu prüfen:

1. Feststellung des Unternehmenswertes

2. Feststellung der Quote

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Gesamtabrechnung gilt, wenn der endgültige Anspruch des Gesellschafters – hier: des ausgeschiedenen Ehegatten – sich ohne besondere Abrechnung ermitteln lässt oder wenn sein Anspruch wenigstens zu einem Teilbetrag sicher feststeht[271].

5.4.2.5 keine separate Rückerstattung der Einlagen incl. Arbeitsleistungen

5.4.2.5.1 Einlagen (Geld- und Sachleistungen)

Eine BGB Außengesellschaft wird nach § 733 BGB auseinandergesetzt, wobei nach der Schuldenberichtigung die Einlagen zurückzuerstatten sind. Sacheinlagen sind jedoch selbst bei der Außengesellschaft nicht zu erstatten, sondern es ist Wertersatz zu leisten (§ 733 II 2 BGB). Eine Innengesellschaft kann außerdem nicht auseinandergesetzt werden, da es mangels Gesamthandsvermögens nichts auseinanderzusetzen gibt[272]. Aus diesem Grund können auch keine Einlagen, selbst wenn sie in Geld bestehen, (separat) zurückverlangt werden, sondern es entsteht (ausnahmsweise) ein finanzieller einheitlicher Gesamtausgleichsanspruch, bei dem allerdings die beiderseitigen Einlagen ein Kriterium zur Quotenbemessung sein können[273].

Diese Umstände werden von der Gegenmeinung verkannt bzw. nicht erörtert[274]. Sie bezieht sich auf die Kommentierung der Außengesellschaft[275], die hier gerade nicht gilt. Auch die dort zitierte Rechtsprechung[276] besagt solches nicht.

5.4.2.5.2 Mitarbeit

Vorstehendes gilt zwangsläufig auch für Arbeitsleistungen, zumal diese nicht einmal bei der Auseinandersetzung der Außengesellschaft zu ersetzen sind (§ 733 II 3

---

[271] BGH NJW-RR 1991, 613
[272] Palandt/Sprau § 705 BGB Rdn. 35
[273] BGH NJW-RR 1990, 736
[274] Burhoff/Willemsen, Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 3. Aufl. 2009 Rd. 235; bis zur 4. Auflage auch Haußleiter/Schulz Kp. 9. Rdn. 30
[275] Palandt/Sprau § 733 BGB Rdn. 10
[276] BGH NJW 1985, 1841; OLG Köln FamRZ 1993, 432

BGB). Allerdings sind sie ebenfalls Kriterium bei der Bemessung des finanziellen Ausgleichsanspruchs.

5.4.2.6 Kein Mindestbetrag

Die in der Literatur vertretene Auffassung, es würde für die Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs aus konkludenter Ehegatteninnengesellschaft geben (40000 DM)[277], ist unzutreffend und wird von der angegebenen Rechtsprechung in keiner Weise gestützt. Dies folgt allein daraus, dass der Gesellschafterehegatte auch Verluste mittragen muss; dann ist er zwangsläufig auch an selbst geringen Gewinnen beteiligt. Es handelt sich auch nicht, wie bei der ehebezogenen Zuwendung[278], um einen Billigkeitsanspruch (§ 313 BGB), bei dem es in irgendeiner Weise auf das Verhältnis der Beiträge zu den wirtschaftlichen ehelichen Verhältnissen ankomme würde.

5.4.2.7 Kein Einwand der groben Unbilligkeit/„Verwirkung“

Eheverfehlungen sind unerheblich. § 1579 BGB ist selbst analog unanwendbar[279].

5.4.3 Sozialpflichten bzw. –ansprüche und Einzelansprüche der Gesellschafter

Aus der Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergeben sich für die Gesellschafter Pflichten als Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft [280](Sozialpflichten[281]). Es ist keine gesetzliche Anknüpfung ersichtlich, welche Ausnahmen das Gesetz für Ehegattengesellschafter ermöglichte[282].

Es geht insbesondere um Informations-, Rücksichtnahme- und Abrechnungspflichten sowie Anspruch auf Leistung der Beiträge (das kann bei Mitarbeit der Ehefrau, wenn sie auch Kinder betreut und aus dem Unternehmen der Familienunterhalt erwirtschaftet wird, auf einklagbare überobligationsmäßige Tätigkeit hinauslaufen!) , auf Nachschuss bei Gesellschaftsende, Rückzahlung unberechtigter Entnahmen, Ansprüche gegen den Anderen aus dessen Geschäftsführung, Feststellung und Auszahlung des Gewinnanteils und gewinnunabhängige Entnahme, Aufwendungsersatz.

Die Sozialpflichten, insbesondere die Pflicht zur Leistung der Beiträge, vornehmlich zur Mitarbeit, enden mit der Gesellschaft, also mit der Trennung. Dies ist der Lage bei der Gütergemeinschaft, wo die Mitwirkungspflicht nach § 1451 BGB eine intakte

---

[277] Weimar MDR 1997, 713
[278] Vgl. etwa OLG Hamm FamRZ 1988, 620
[279] BGHZ 142, 137, 157
[280] Palandt/Sprau § 705 BGB Rdn. 29 f
[281] Vgl. i. E. Sprau § 705 BGB Rdn. 29 - 32
[282] So auch Münch, Die Unternehmerehe, ZAP Verlag 2007, Rdn. 189

Ehe voraussetzt bzw. die Trennung die Mitarbeitspflicht unzumutbar machen kann[283], vergleichbar.

Daneben können Einzelansprüche gegen den anderen Gesellschafterehegatten bestehen, etwa bei Verletzung des Gesellschaftsvertrages, Beschädigung einer nur zur Benutzung eingebrachten Sache, Mitwirkung an der Befriedigung von Ansprüchen Dritter gegenüber der Gesellschaft usw.

Der Innengesellschafter kann sich nach § 280 BGB schadenersatzpflichtig machen[284]. Beim subjektiven Haftungsmaßstab kommt es lediglich deshalb – also zufällig – nicht zu Verwerfungen, weil sich sowohl Gesellschafter als auch Ehegatten in einem besonderen persönlichen Vertrauensverhältnis gegenüber stehen und deshalb nur für die Verletzung der diligentia quam in suis rebus haften (§ 1359 BGB einer- und § 708 BGB andererseits, jeweils in Verbindung mit § 277 BGB).

5.4.4 steuerliche Veranlagung der Ehegatten

Besteht eine Ehegatteninnengesellschaft, die auf Vermögensbildung gerichtet ist, kann sich daraus ein Anspruch auf Zustimmung zur gemeinsamen steuerlichen Zusammenveranlagung ergeben[285].

5.4.5 Auskunftsrechte

Die Auskunftsrechte im Rahmen des Zugewinnausgleichs sind auch nach neuem Recht insoweit beschränkt, als sie rein stichtagsbezogen sind (§ 1379 BGB). Hinzu kommt allenfalls ein allerdings zeitlich beschränkter Auskunftsanspruch nach 242 BGB[286].

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewährt demgegenüber weitaus umfangreichere Rechte.

Der Gesellschafter – auch der ausgeschiedene – hat sein Kontrollrecht nach § 716 BGB (Einsicht in die Geschäftsbücher), hilfsweise die Rechte aus §§ 713, 666 BGB (Auskunfts- und Rechenschaftspflicht gegen den Unternehmerehegatten als geschäftsführenden Gesellschafter). Evtl. Verschwiegenheitsverpflichtungen wird hierbei durch Zwischenschaltung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen genügt[287].

Besteht die Möglichkeit, dass im Rahmen der Gesellschaft erwirtschaftete Erträgnisse beiseite geschafft worden sind, bietet das Gesellschaftsrecht mehr Auskunfts- und damit Ermittlungsmöglichkeiten als das Güterrecht. Dies kann – unter taktischen Gesichtspunkten – dafür sprechen, die gesellschaftsrechtlichen Ansprüche, auch dann geltend zu machen, wenn nach dem bisherigen Sachstand

---

[283] BGH FamRZ 1986, 40, 42
[284] Palandt/Sprau § 705 BGB Rdn. 29
[285] BGH FamRZ 2003, 1454; OLG Brandenburg ZVI 2008,30; vgl. aber Spilker FamRZ 2004, 174; OLG Frankfurt FamRZ 2004, 877; OLG Köln FamRZ 2010, 1738
[286] BGH FamRZ 1982, 27, 28; 2005, 689; OLG Düsseldorf FamRZ 2007, 830
[287] BGH WM 1982, 1403

wegen der Einbuchung von Anspruch und Schuld in die Zugewinnbilanz per Saldo keine Verbesserung eintritt.

Im Übrigen kann der benachteiligte Ehegatte eine stichtagsbezogene Schlussabrechnung der Gesellschaft verlangen (Abfindungsbilanz)[288]. Die Auskunft zum Endstichtag kann im Wege des Stufenantrags[289] gestellt, die Rechte aus § 716 BGB bzw. 713, 666 BGB können hierneben im Wege der objektiven Antragshäufung geltend gemacht werden.

5.4.6 Haftung für Verluste

Fallbeispiel:

F und M haben Gütertrennung vereinbart. M hat ein Unternehmen. Hierin hat F ihr gesamtes Anfangsvermögen investiert und während der gesamten Ehe für M ohne Arbeitsentgelt gearbeitet. M trennt sich von F, die ihn zur Auskunft über den Wert seines Unternehmens auffordert. M reagiert nicht, F stellt einen Stufenantrag. In der Auskunftsstufe ergibt sich: Das Unternehmen ist überschuldet. M stellt bezifferten Widerantrag.

Nach der Rechtsprechung des BGH haftet F für diesen Verlust[290]. Er spricht ausdrücklich von beiderseitiger Beteiligung am Gewinn und Verlust zur Erreichung des erstrebten Zwecks[291]. Die Verlustbeteiligung wird gerade als Indiz zur Feststellung des Geschäftswillens angeführt[292]. Eine einschlägige Entscheidung mit einer Verurteilung in die Verlustbeteiligung liegt allerdings noch nicht vor.

Bei der Haftung für einen Verlust sprechen wir vom Bilanzverlust, also davon, dass der ausgeschiedene Gesellschafter nachschießen muss[293]. Für Einzelverbindlichkeiten haftet er hingegen nicht, weil solche ihm gegenüber zu keinem Zeitpunkt begründet worden sind, denn als Innengesellschafter nimmt er am Rechtsverkehr nicht teil[294].

5.4.7 Außenverhältnis und Gesamtschuldnerausgleich

Der BGH hat entschieden, dass zwischen Ehegatten, die konkludente Innengesellschafter sind, ein interner Gesamtschuldnerausgleich stattfindet, wenn sie im Gesellschaftsinteresse gemeinsam einen Bankkredit aufgenommen haben[295]. Hierbei müssten sie das Gesellschaftsinteresse allerdings bei der Kreditaufnahme nicht offenbart haben, da die Innengesellschaft nicht nach außen auftritt.

---

[288] Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdn. 649
[289] Wever aaO. Mit Hinweis u.a. auf BGH FamRZ 1975, 35, 38; OLG Karlsruhe BB 1977, 1475
[290] BGHZ 8, 249, 253, 256; FamRZ 62, 357; vgl. auch OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[291] BGH FamRZ 1962, 357, 358 mit Zitat von BGHZ 31, 197 = FamRZ 1960, 105, FamRZ 1954, 136 („gleich gelagerte Fälle“) und Palandt 21. Auflage § 1356 BGB Anm. 3; vgl. auch BGHZ 31, 197, 202; BGH FamRZ 1974, 1554, 1555; 1975, 35, 37; 1990, 973, 974
[292] Haas FamRZ 2002, 205, 215
[293] Erman/H. P. Westermann, § 730 BGB Rdn. 15
[294] Erman/H. P. Westermann, § 705 BGB Rdn. 28
[295] BGH FamRZ 1990, 973

5.4.8 Fehlerhafte Innengesellschaft

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind auf die Innengesellschaft anwendbar, sofern der verfolgte Zweck nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder sittenwidrig ist[296]. Denkbar ist z. B. die nicht beurkundete Eingehung einer Grundstückserwerbsverpflichtung zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks[297].

5.4.9 Abgabenrechtliche Fragen

5.4.9.1 Steuern

Grundsätzlich kann ein Innengesellschafter Mitunternehmer i. S. d. § 15 I Nr. 2 EStG sein, sofern er Mitunternehmerrisiko trägt und Mitunternehmerinitiative entfalten kann. Mitunternehmerrisiko bedeutet Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen zumindest im Umfang der Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte eines Kommanditisten nach dem Regelstatut des HGB. In diesem Fall ist eine einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung erforderlich und kommt auch die Zuweisung von Verlusten in Betracht[298].

Diese Voraussetzungen liegen jedoch bei einer *konkludenten* Ehegatteninnengesellschaft nicht vor, wo eine gleichwertige Gesellschafterstellung nicht erforderlich ist, der Bundesgerichtshof vielmehr genügen lässt, dass überhaupt wesentliche Beiträge vom Ehegatteninnengesellschafter geleistet werden[299]. Der Bundesfinanzhof hat eine steuerliche Relevanz der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft daher schon früh abgelehnt[300].

Zwar genügt für die Mitunternehmereigenschaft das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrages, woran jedoch bei Angehörigen im Allgemeinen und Ehegatten im Besonderen strenge Anforderungen gestellt werden. Der stillschweigende Abschluss einer Ehegatteninnengesellschaft wird daher im Steuerrecht nicht ohne weiteres berücksichtigt.

Verträge zwischen Angehörigen und Ehegatten werden nämlich nur anerkannt, wenn sie nicht nur wirksam zustande gekommen sind, sondern auch einem Fremdvergleich Stand halten. Diese Anforderungen beruhen auf der Überlegung, dass innerhalb eines Familienverbundes typischerweise an einem Interessengegensatz fehlt und zivilrechtliche Möglichkeiten steuerrechtlich missbraucht werden können. Im Interesse einer effektiven Missbrauchsbekämpfung ist es geboten und zulässig, an den Beweis des Abschlusses und an den Nachweis der Ernstlichkeit von

---

[296] BGH-RR 1991, 613 m. w. Nachw.
[297] BGH-RR 1991, 613
[298] BFH, Urteil vom 16.12.2003, VIII R 6/93
[299] BGHZ 142, 137
[300] BFH NJW 1959,70; 1966, 567

Vertragsgestaltungen zwischen nahen Angehörigen strenge Anforderungen zu stellen[301].

Eine Ausnahme kann gelten, wenn ein Ehegatte dem anderen land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundbesitz zur Verfügung stellt. Die Eigenheit von dessen bestimmungsgemäßer Nutzung besteht nicht nur in den Gebrauchsvorteilen, sondern in der Hervorbringung von Früchten, die grundsätzlich dem Eigentümer zufallen, so dass dieser sich ohne weiteres als landwirtschaftlicher Unternehmer betätigt[302]. Vorstehendes gilt wiederum nicht für Baumschulen, deren Erzeugnisse bewegliche Sachen sind und nicht Grundstücksbestandteile werden[303].

5.4.9.2 Sozialabgaben

Für den konkludenten Ehegatteninnengesellschafter werden keine Sozialabgaben geschuldet. Mangels ausdrücklicher Abreden ist auf die tatsächlich gelebte Rechtsbeziehung abzustellen, insbesondere ob ein konstantes Festgehalt gezahlt und arbeitnehmertypische Sonderzuwendungen wie Weihnachtsgeld, vermögenswirksame Leistungen und eine betriebliche Altersversorgung gewährt werden sowie ob das Gehalt als Betriebsausgabe verbucht und lohnversteuert wird[304]. Damit folgt die Frage der Sozialabgabenpflicht dem objektiven Drittvergleich bei der Prüfung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses, welches der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft als Spezialabrede immer vorgeht. Ein solches Arbeitsverhältnis schließt eine Ehegatteninnengesellschaft dann aus[305]. Zur sozialversicherungsrechtlichen (vgl. insoweit auch §§ 5 ff SGB V) und steuerlich richtigen Behandlung als Arbeitnehmer zählt nämlich die tatsächliche Auszahlung des angemessenen Entgeltes an den Ehegatten[306] auf ein Konto, über welches der Arbeitnehmerehegatte tatsächlich verfügen kann[307]. Damit ist der Ehegatte entweder als Arbeitnehmer abgabenpflichtig oder überhaupt nicht.

5.5 Künftige Entwicklung

Nachdem die Diskussion, verglichen mit der Anfangszeit der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, erheblich an Kraft verloren und man sich überwiegend damit abgefunden hatte, gerechte Ergebnisse zu erzielen, wenngleich mit einer dogmatisch nicht überzeugenden Anspruchsgrundlage, nimmt sie jetzt durch verschiedene Beiträge insbesondere von Dauner-Lieb[308], Hoppenz[309] und Herr[310] wieder Fahrt auf (Schlimm[311] verteidigt die Rechtsfigur). Eine Änderung der BGH

[301] vgl. zu allem BFH NJW 1959,70; 1966, 567; BFHE 130, 265; 138, 359; 142, 28; 146, 68;
[302] BFHE 71, 206; 74, 574; 136, 537
[303] BFHE 147, 449
[304] SG Berlin, Urteil vom 08.04.2010, S 36 KR 1107/07
[305] BGH FamRZ 1995, 1062; BGH FamRZ 2006, 607; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdn. 590 f mit weiteren Nachweisen
[306] BSG NJW 1994, 341
[307] BFH NJW 1990, 853
[308] Dauner-Lieb, FuR 2009, 361; FF 2010, 343
[309] Hoppenz, FamRZ 2011, 197
[310] Herr, FamRB 2011, 86; FF 2011, 16
[311] Schlimm, Die Ehegatteninnengesellschaft im außergerichtlichen Vermögensausgleich, Hamburg 2010

Rechtsprechung ist aber nicht in Sicht (andererseits hat der BGH auch noch nicht ablehnend Stellung genommen). Eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften im Sinne einer Vereinheitlichung erscheint nach dem 19. Deutschen Familiengerichtstag möglich[312], wahrscheinlich im Sinne einer einheitlichen Lösung im Sinne der Geschäftsgrundlagenlehre. Für die anwaltliche Bearbeitung ändert sich hingegen vorläufig *nichts*.

6 Die ehebezogene Zuwendung

6.1 Begriff und Abgrenzung

6.1.1 Begriff

Ehebezogene Zuwendung ist ein nicht zweckgebundener Vermögenstransfer (Sach-, Geld- oder Rechtstransfer) vom einen auf den anderen Ehegatten aufgrund eines einseitig verpflichtenden Kausalgeschäfts[313], dem familienrechtlichen Vertrag sui generis, welcher der Ausgestaltung, Verwirklichung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Sinne einer Geschäftsgrundlage zu dienen bestimmt ist. Der Vermögenswert muss hierbei unmittelbar übergehen[314] und mit einem Substanzverlust bzw. –gewinn im Vermögen des einen bzw. anderen Ehegatten einhergehen.

Wechselt der Gegenstand auf diese Weise mehrfach den Eigentümer, wie es insbesondere beim Immobilienerwerb zunächst von den eigenen Eltern und anschließend an den eigenen Ehegatten vorkommt, spricht man (rechtlich unzutreffend, s. u.), von einer „Kettenschenkung“[315].

Gebräuchlich sind die Bezeichnungen ehebedingte, unbenannte oder ehebezogene Zuwendungen. Sie sind uneingeschränkt synonym. „Ehebedingt“ erweckt rechtlich vollkommen unzutreffende Assoziationen an die §§ 158 ff BGB, denn der Fortbestand der Ehe ist nicht rechtliche Bedingung, sondern Geschäftsgrundlage (s. u.). „Unbenannt“ trifft meist in der Sache nicht zu, da die Beteiligten den fraglichen Vorgang in der Regel durchaus benennen, wenngleich rechtlich unzutreffend als Schenkung. Auch diese Bezeichnung ist daher abzulehnen, wenngleich sie den Vorteil hat, dass sie auch für nichteheliche Lebensgemeinschafter und Verlobte passt. Zu bevorzugen sind hier die Bezeichnungen ehebezogene bzw. gemeinschaftsbezogene Zuwendung. Schulz[316] und Grziwotz[317] schlagen die Bezeichnung unbedachte Zuwendung vor.

Die Ehegatteninnengesellschaft scheidet bei Nichtehegatten begrifflich aus (weil die Ehegatten persönlich Gesellschafter sind). Hier ist allenfalls

---

[312] Beschlussempfehlung des Arbeitskreises 19
[313] Hoppenz, FPR 2012, 84
[314] BGHZ 142, 137, 154 f
[315] Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten Außerhalb des Güterrechts, Rdn. 405
[316] Schulz, FamRB 2004, 364
[317] Grziwotz, MDR 1998, 129

zu prüfen, ob die Rechtskonstruktion auf andere Bindungen wie Lebensgemeinschafter, Lebenspartner, Verlobte usw. anwendbar ist. Bei der ehebezogenen Zuwendung hingegen ist denkbar, dass der Leistende seine Zuwendung im Hinblick auf die Ehe eines anderen tätigt. Diese Frage hat der Bundesgerichtshof mit seiner neuen Rechtsprechung zu schwiegerelterlichen Zuwendungen[318] nunmehr grundsätzlich geklärt. Im Einzelnen gilt Folgendes:

6.1.1.1 Nichteheliche Lebensgemeinschafter

Der Anspruch ist auch bei nichtehelichen Lebensgemeinschaftern gegeben (gemeinschaftsbezogene Zuwendung)[319]. Entscheidend ist die Erwartung, die Lebensgemeinschaft werde Bestand haben. Dass eine nichteheliche Lebensgemeinschaft im Gegensatz zur Ehe nicht auf die Lebenszeit angelegt ist, steht dem angesichts hoher Scheidungsraten nicht entgegen[320]. Der Fortbestand der Lebensgemeinschaft ist Geschäftsgrundlage. Sie entfällt durch Trennung, nicht durch Tod[321].

Geht ein einheitlicher Erwerbsvorgang von der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft in die Ehe über, können einheitlich die Grundsätze über die ehebedingte Zuwendung angewendet werden[322]. Es ist im Fall der Scheidung auch insgesamt das Familiengericht zuständig nach § 266 FamFG[323].

6.1.1.2 Lebenspartner

Lebenspartner sind rechtlich wie Ehegatten zu behandeln, da ihre Bindung im Hinblick auf die darauf gründenden Erwartungen vergleichbar ist. In beiden Fällen haben Zuwendungen eine identische Geschäftsgrundlage.

6.1.1.3 Verlobte

Ob der Anspruch ist auch vor der Ehe bei Verlobten möglich ist, ist streitig und wird teilweise angenommen[324], selbst bei Auflösung des Verlöbnisses[325]. Diese Auffassung übersieht jedoch die einschlägige Sonderregelung des 1301 BGB, dessen Zuwendungsbegriff weit auszulegen ist[326]. Daher sind Zuwendungen, die

---

[318] BGH FamRZ 2010, 958; 1626; NJW 2012, 523
[319] BGH FamRZ 2011, 1563, 1565 = NJW 2011, 2883; OLG Köln FamRZ 2001, 1608 (a. A. OLG Oldenburg FamRZ 2009, 2004
[320] BGH FamRZ 2008, 1822 = NJW 2008, 3277
[321] BGH FamRZ 2010, 277 = NJW 2010, 126
[322] BGH, Urteil v. 19.09.2012, XII ZR 136/10
[323] LG Halle, Beschluss vom 09.01.2013, 4 O 604/12
[324] BGH FamRZ 1992, 160 = NJW 1992, 427
[325] OLG Oldenburg FamRZ 2009, 2004
[326] Palandt/Brudermüller, § 1301 BGB Rd. 4; Hoppenz/Burandt, § 1301 BGB mit Hinweis auf BGH FamRZ 2005, 1151

unter Ehegatten als „ehebedingt“ einzuordnen wären, unter Verlobten nach § 1301 BGB zurück zu fordern. Dazu gehören auch Arbeitsleistungen am Aufbau des Familienheims[327]. Diese Auffassung überzeugt auch deshalb, weil Verlobte in einem rechtlich erheblichen Sonderverhältnis zueinander stehen und unbenannte Zuwendungen selbst unter nichtehelichen Lebensgemeinschaftern auszugleichen sind[328] (gemeinschaftsbezogene Zuwendungen).

Die Frage ist wegen der Rechtsfolgen des § 1301 BGB (Bereicherungsrecht, keine Billigkeitsprüfung) von Bedeutung, nicht mehr hingegen im Hinblick auf die frühere kurze Sonderverjährungsfrist des § 1302 BGB (seit 01.01.2010 dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB, Art. 1 Nr. 4 ErbVerjRÄndG).

6.1.1.4 Verwandte incl. Adoptierter, Verschwägerte

Andere Ehen können nach der neuen Schwiegerelternrechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr Geschäftsgrundlage einer ehebezogenen Zuwendung sein. Zuwendungen Dritter können damit nur als Schenkung einzuordnen sein, auf die allerdings wiederum § 313 BGB anwendbar sein kann und hierneben § 812 BGB[329].

In Betracht kommt ein familienrechtlicher Vertrag sui generis bei Zuwendungen des Sohnes an die Mutter. Scheitert dieser rechtlich am Tod der Mutter, kommt ein Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung in Betracht[330].

6.1.1.5 Zuwendung nach Ehescheitern, aber vor Trennung, sowie zwischen Trennung und Scheidung

Ist die Ehe vor der Trennung bereits gescheitert („am Ende“), kann eine Zuwendung nicht mehr zu deren Verwirklichung erfolgt sein. Möglich ist dann aber ein Schenkungsvertrag, der seinerseits eine (anderweitige) Geschäftsgrundlage haben kann, etwa dass die Zuwendung dem gemeinsamen Kind zugutekommen sollte. Erweist sich später die Nichtehelichkeit des Kindes, kann die Geschäftsgrundlage entfallen (bzw. gefehlt haben), außerdem kommt die Anfechtung der schenkweisen Zuwendung in Betracht[331].
Diese Grundsätze müssen folgerichtig auch bzw. erst recht gelten, wenn die Ehegatten getrennt leben, die Ehe aber noch nicht geschieden ist.

6.1.1.6 Geschiedene Ehegatten

[327] Münchner Kommentar/Roth, § 1301 BGB Rdn. 3 m.H. a. Soergel-Lange, § 1301 BGB Rdn. 3
[328] Erman/K. Kroll-Ludwigs, § 1301 BGB Rdn. 5
[329] BGH FamRZ 2010, 958; 1626; Urteil v. 20.07.2011, XII ZR 149/09
[330] BGH FamRZ 2013, 1030
[331] BGH, Urteile vom 27.06.2012, XII ZR 47/09 und XII ZR 203/09

Eine ehebezogene Zuwendung nach der Scheidung ist nicht denkbar, da keine Ehe mehr besteht und der Fortbestand der Ehe folglich nicht Geschäftsgrundlage sein, diese also nicht entfallen kann[332].

6.1.1.7 Die Behandlung vorehelicher Zuwendungen im Zugewinnausgleich

Beispielsfall:

Die Eheleute M und leben im gesetzlichen Güterstand und waren bis zur Trennung 1 Jahr verheiratet. F hat (auf den ersten Blick) weder Anfangs- noch Endvermögen. Das Anfangs- und Endvermögen von M besteht in einer Geldanlage (Wert jeweils 500000 €), die ihm F kurz vor der Eheschließung im Hinblick auf diese „schenkte“.

Rechtslage:

F hat gegen M einen Ausgleichsanspruch wegen vorehelicher ehebezogener Zuwendung in Höhe von maximal 250000 €. Damit hat M ein Endvermögen von 500000 € (Geldanlage) – 250000 € (Anspruch F) = 250000 €, F von 250000 € (Anspruch gegen M). M hat aber das Anfangsvermögen von 500000 €. F ist zugewinnausgleichspflichtig und gibt von ihrem Anspruch aus vorehelicher Zuwendung, von der sie ohnehin nur höchstens die Hälfte erhält, weitere 25 % ab, erhält also nur ein Viertel.

Das Problem:

Zum Zeitpunkt der Eheschließung hat F kein Vermögen, auch keinen Anspruch aus ehebezogener Zuwendung, gegen M, da die Geschäftsgrundlage „Eheerwartung“ zwar bestand, aber noch nicht entfallen war. Sie kann also auch nichts mit in die Ehe bringen, während M das Kapital im Anfangsvermögen ungeschmälert gutgeschrieben wird.

Die Lösung:

Das offensichtlich unbillige Ergebnis wird dadurch korrigiert, dass F einen weiteren Ausgleichsanspruch erhält, welchen sie nicht in ihr Anfangsvermögen einbuchen muss[333].

6.1.2 Abgrenzung zur Schenkung

Schenkungen sind von keiner Gegenleistung abhängig, also unentgeltlich und echt freigiebig. Unentgeltlichkeit fehlt nicht nur im Falle einer Gegenleistung, sondern auch im Falle einer Geschäftsgrundlage, die sich auf eine Leistung bezieht, welche

[332] BGH, Urteil vom 20.07.2011 XII ZR 149/09
[333] BGH FamRZ 1992, 160 = NJW 1992, 427; OLG Hamm FamRZ 1983, 494; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 1028; OLG Köln FamRZ 2002, 1404

wiederum nicht geldwerter oder vermögensrechtlicher Art sein muss, sondern auch immateriellen Charakter haben kann[334].

Ehebezogene Zuwendungen erfolgen nicht aus Freigiebigkeit, sondern aufgrund einer bestimmten Geschäftsgrundlage: größeren Zuwendungen liegt in aller Regel unausgesprochen die Erwartung zugrunde, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde. Hierin liegt die Zweckbestimmung, die eheliche Lebensgemeinschaft zu sichern[335] und damit eine Geschäftsgrundlage[336]: ein Ehegatte will dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lassen, wobei er die Vorstellung oder Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben und er innerhalb dieser Gemeinschaft am Vermögenswert und dessen Früchten weiter partizipieren werde[337].

Damit geht der BGH von einer objektiven, nicht aber von einer subjektiven Unentgeltlichkeit aus und damit von einem beiderseitigen Irrtum der Ehegatten[338].

Demgegenüber erfolgt die „echte“ Schenkung aus reiner Freigiebigkeit unabhängig vom künftigen Schicksal der Ehe[339].

Im Zweifel (d. h. mangels konkreter Anhaltspunkte für ehefremde Zwecke[340] oder erkennbarer anderweitiger Vereinbarung[341]) ist nicht von Schenkung, sondern von ehebezogener Zuwendung auszugehen aufgrund des besonderen Verhältnisses, in welchem Ehegatten stehen[342].

Ein in diesem Sinn ehefremder Zweck (im Falle der Zuwendung des Mannes an die Frau) ist das indirekte Bedenken eines vermeintlich ehelichen Kindes („Zuwendung soll ihm später zugutekommen“), welches in Wahrheit von einem anderen Mann abstammt[343].

Indizien für einen Ehebezug können darüber hinaus sein:

- Die Zuwendung erfolgt nur wenige Tage nach der Eheschließung[344]
- Absicht der Eheleute, auf zugewendetem Grundstück das Familienheim zu errichten[345].

Die Bezeichnung als Schenkung in einer notariellen Urkunde schließt eine ehebezogene Zuwendung jedenfalls bis zum Ende der 1960er[346] bzw. für die 1970er

---

[334] BGH FamRZ 1982, 246; 1983, 227; 1992, 293, 294
[335] BGH FamRZ 1982, 778
[336] BGHZ 142, 137, 148
[337] BGH, Urteil v. 19.09.2012, XII ZR 136/10
[338] Poelzig, JZ 2012, 425, 426
[339] OLG Bamberg FamRZ 1996, 1221, 1222
[340] KG FamRZ 2010, 33, 34
[341] OLG Frankfurt FuR 2006, 132, 133
[342] BGH FamRZ 2010, 33
[343] BGH FamRZ 2012, 1363; 1623; Anm. Wever FamRZ 2012, 1601
[344] OLG Bamberg FamRZ 1996, 1221, 1222
[345] OLG Bamberg FamRZ 1996, 1221, 1222
[346] OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 467, 468

Jahre aufgrund der damaligen rechtlichen Erkenntnisse und des Sprachgebrauchs nicht aus[347]. Die Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit der Einführung der Geschäftsgrundlagenlehre lässt sich auf den 05.10.1967[348] datieren (hier allerdings noch dogmatisch an die Grundsätze der Vertragsauslegung anknüpfend). Sie wurde dann umgehend gefestigt[349]. Die notarielle Praxis änderte sich erst 1981, als sich die ehebezogene Zuwendung zu einer eigenen Rechtsfigur verselbstständigt hatte[350], zumal die ehebezogene Zuwendung durch das Inkrafttreten von § 3 Ziff. 4, 5 GrEStG 1983 seit dem 01.01.1983 keine Grunderwerbsteuerpflicht mehr auslöst[351]. Unabhängig von alledem kommt der Wortwahl in einer notariellen Urkunde für die Einschätzung des rechtsgeschäftlichen Inhalts erhebliches Gewicht zu, weil die Urkunde die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich hat[352]. Deshalb hat sich die erwähnte Argumentation zu Notarurkunden aus den 1970er Jahren oder noch früherer Zeit umgekehrt: da Notare heute den Unterschied zwischen Schenkung und ehebezogener Zuwendung kennen oder wenigstens kennen müssen, streitet die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung nunmehr für die ehebezogene Zuwendung, wenn im Notarvertrag nicht ausdrücklich von Schenkung gesprochen wird[353].

Unter anderen Voraussetzung hatte der Bundesgerichtshof der Wortwahl folgende Bedeutung beigemessen: Geht es um eine Banküberweisung aus dem Ausland vom Alleinkonto des einen auf das Alleinkonto des anderen Ehegatten, bei welcher der angegebene Verwendungszweck „ Unterstützung Nahestehender“ nach dem Vortrag des Überweisenden devisenrechtliche Gründe gehabt haben soll, kann sich der andere Ehegatte nicht auf eine ehebezogene Zuwendung berufen: dann hätte es näher gelegen, als Verwendungszweck „Schenkung“ anzugeben[354].

An der dargelegten Abgrenzung ändert nichts, dass die ehebezogene Zuwendung erbrechtlich als Schenkung behandelt wird[355].

Geschäftsgrundlage ist wie erwähnt die Erwartung, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde. Gerade zu ihrer Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung erfolgt die Zuwendung. Umstände aus der Risikosphäre des zuwendenden Ehegatten gehören nicht dazu, etwa die später enttäuschte Erwartung der ehelichen Abstammung eines Kindes[356]; diese kann aber, wenn die Zuwendung im Zuge der Trennung erfolgt, Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages sein[357] (s. u.). Außerdem kann die verschwiegene Nichtehelichkeit Schadenersatzansprüche auslösen[358]. Das gleiche gilt, wenn bei einer gemischtnationalen Ehe ein Immobilienerwerb im Ausland aus

---

[347] BGH FamRZ 1990, 600, 602; 1992, 293, 1994, jeweils mit Hinweis auf BGH NJW 1981, 2687, 2688; OLG Bamberg FamRZ 1996, 1221, 1222; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1075
[348] BGH FamRZ 1968, 23
[349] BGH FamRZ 1969, 29; 1972, 201
[350] OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 467, 468
[351] BGH FamRZ 1990, 600, 602 mit weiteren Nachweisen
[352] BGH FamRZ 2006, 1022, 1023
[353] OLG Hamm OLGR Hamm 2000, 376; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 134
[354] BGH FamRZ 2005, 1667, 1669
[355] BGHZ 116,167
[356] OLG München FamRZ 2009, 1831
[357] BGH, Urteile vom 27.06.2012, XII 47/09 und XII 203/09
[358] OLG München vom 14.11.2012 20 U 2673/08

ausländerrechtlichen Gründen auf den Namen des einheimischen Ehegatten erfolgt[359].

6.1.3 Abgrenzung zur ehebezogenen Schenkung

Der Begriff ist neu und betrifft die Verknüpfung des objektiven Schenkungstatbestandes mit der Geschäftsgrundlagenlehre bzw. mit § 313 BGB, wie sie vom BGH zunächst ausschließlich in der Schwiegerelternrechtsprechung[360] vorgenommen wurde.

Ein Vermögenstransfer unter Ehegatten ist bereits dann Schenkung und nicht ehebezogene Zuwendung, wenn die Ehe gescheitert ist, ohne dass die Ehegatten getrennt leben müssten. Auf diesen Fall wendet der Bundesgerichtshof nun ebenfalls die Grundsätze der ehebezogenen Schenkung an, die auf einer bestimmten Geschäftsgrundlage erfolgen kann, nur nicht auf derjenigen des Fortbestands der ehelichen Lebensgemeinschaft. Mögliche Geschäftsgrundlage ist die Ehelichkeit eines Kindes, wenn die Zuwendung diesem letztlich, wenngleich später, zugutekommen soll[361].

6.1.4 Abgrenzung zu Mitarbeitsfällen (keine Sachzuwendung)

Da nach der (unzutreffenden) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Mitarbeit nicht zugewendet werden kann, kann sie auch nicht Gegenstand einer ehebezogenen Zuwendung sein.

Vielmehr ist zu unterscheiden:

Erfolgte die Mitarbeit nicht zu einem rein eheimmanenten Zweck, kommt eine konkludente Ehegatteninnengesellschaft in Betracht (siehe oben).

Erfolgte die Mitarbeit zu einem rein eheimmanenten Zweck oder ohne bestimmten Zweck, kommt ein familienrechtlicher Kooperationsvertrag in Betracht (siehe unten).

6.2 Rechtshistorische Entwicklung

Die Rechtsfigur der ehebezogenen Zuwendung beruht dogmatisch auf der damals noch auf § 242 BGB basierenden Geschäftsgrundlagenlehre und wurde vom BGH[362] aufgrund der berühmten und Weg weisenden Habilitationsschrift von Lieb[363] eingeführt.

---

[359] OLG Oldenburg FuR 2010, 416
[360] BGH FamRZ 2010, 1060; 1626
[361] BGH, Urteile vom 27.06.2012, XII 47/09 und XII 203/09
[362] BGH FamRZ 1972, 201; BGH FamRZ 1983, 668
[363] Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970

6.3 Tatbestand

6.3.1 Zuwendungsgegenstand

Der BGH hat seine Rechtsprechung, was Gegenstand eines Zuwendungsvertrages sein kann und was nicht, im Rahmen der Abgrenzung zur Schenkung entwickelt und ist hierbei zu einem nicht überzeugenden Ergebnis gelangt. Dieses wirft nicht nur dogmatische Fragen auf, sondern erweitert zusätzlich die ohnehin schon bestehende Anspruchsmehrheit (Ehegatteninnengesellschaft, ehebezogene Zuwendung) um eine weitere Rechtsfigur, nämlich den familienrechtlichen Kooperationsvertrag.

Eine ausführliche Darstellung der zu fraglichen Zuwendungsgegenständen ergangenen Rechtsprechung findet sich im Rechtsprechungsregister im hinteren Teil dieses Skripts.

Ehebezogener Zuwendungsgegenstand ist nach Auffassung des BGH stets eine Vermögenssubstanz. Die Zuwendung von Arbeitskraft sei dem BGB also fremd[364]. Daraus folge, dass die Grundsätze der ehebezogenen Zuwendung bei Dienstleistungen nicht anwendbar sind. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Auffassung gibt jedoch zu denken: „Der Begriff der ‚so genannten unbenannten Zuwendungen' wurde vom IX. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 26.11.1981[365] für eine eigenständige Kategorie gegenständlicher Vermögensverschiebungen unter Ehegatten eingeführt, die ausschließlich oder hauptsächlich um der Ehe willen getätigt werden, und daher keinem im BGB gesetzlich geregelten Vertragstyp zuordenbar sind[366]. Der Bundesgerichtshof hatte 1967 eine Lösung über die ergänzende Vertragsauslegung in Betracht gezogen, weil die Ehegatten die Möglichkeit einer Scheidung nicht bedacht hatten[367], dann aber – über dasselbe Argument - Idee und Begriff der ehebezogenen Zuwendung aus der Veröffentlichung von Lieb[368] entwickelt. Dessen Lehre wurde zuerst vom Güterrechtssenat (IV.) des Bundesgerichtshofs (wobei die Entdeckung der Geschäftsgrundlagenlösung zuvor bereits dem V. Senat gelungen war![369]) - aufgegriffen[370] und später vom IX. Senat – dann seinerseits zuständig für das Güterrecht – übernommen, ausgebaut[371] und gegen die Schenkung abgegrenzt[372] . Die Rechtsprechung wurde vom heute zuständigen XII. Zivilsenat übernommen[373] und hat sich zu einer eigenen Rechtsfigur verselbstständigt[374]. Die Abgrenzung zur Schenkung, welche notwendig und immer eine Sachzuwendung ist, brachte es mit sich, dass der Bundesgerichtshof sich zunächst zur ehebezogenen Sachzuwendung

---

[364] BGH FamRZ 1982, 910, 911; 1994, 1167, 1168; vgl. iÜ. Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, S. 127
[365] BGH NJW 1982, 1093
[366] Apfelbacher, Ehebedingte Zuwendungen und Ehegatten-Eigenheimgesellschaft, Bielefeld 1993 (Diss. Regensburg)
[367] BGH FamRZ 1968, 23, 24
[368] Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsrecht und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970
[369] BGH FamRZ 1969, 25
[370] BGH NJW 1972, 201
[371] BGHZ 82, 227
[372] BGHZ 87, 145
[373] BGH FamRZ 1988, 482, 485; 1989, 147, 149
[374] BGHZ 116, 167, 169, 170 mit einer Darstellung der Entwicklung der BGH Rechtsprechung

äußerte[375], woraus sich das Dogma entwickelte, dass nur Sachen zugewendet werden könnten, nicht jedoch nicht körperliche Gegenstände, insbesondere nicht die Arbeitskraft bzw. Mitarbeit[376]. Diese Rechtsprechung gilt noch heute. Sie hatte zur Folge, dass der Bundesgerichtshof unter dem Zwang einer sonst entstehenden (selbst verursachten) Regelungslücke für die Mitarbeitsfälle, soweit sie nicht über die Innengesellschaft gelöst werden können, den familienrechtlichen Kooperationsvertrag einführte[377] und damit die Palette der Diversität um die dritte Anspruchsgrundlage ergänzte[378].

Dem stehen im Wesentlichen zwei Überlegungen entgegen:

Dass man Mitarbeit nicht schenken kann heißt nicht, dass man sie überhaupt nicht zuwenden kann. Dieser Schluss ist weder logisch richtig noch rechtlich zulässig. Er ist insgesamt falsch. Mitarbeit ist zuwendbar[379], die Konstruktion des Kooperationsvertrages daher überflüssig.

Der Begriff der Zuwendung ist nicht gesetzlich vorgegeben. Es gibt lediglich die Legaldefinition der Leistung. Nach § 241 BGB ist der Gläubiger Kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern, und zwar diejenige Leistung, welche durch den Inhalt des Schuldverhältnisses determiniert ist. „Leistung“ ist hierbei die Zuwendung eines Vorteils[380], ohne dass § 241 BGB oder andere Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts zum Anspruch (§ 194 BGB) oder des allgemeinen Schuldrechts zur Forderung (insbes. § 241 BGB) in irgendeiner Weise nach der Art dieses Vorteils differenzierten oder eine solche Differenzierung auch nur erlaubten“[381]. Wenn der Inhalt dieses Schuldverhältnisse – Wertschöpfung zugunsten des anderen Ehegatten – nicht auf den Wertschöpfungs- bzw. Zuwendungsvorgang abstellt, sondern auf den Wertschöpfungserfolg, gibt es keine rechtliche Veranlassung, auf der Tatbestandsseite zwei Unterfälle zu konstruieren.

Nach der BGH Rechtsprechung ist im Zweifel von einer ehebezogenen Zuwendung auszugehen[382].

Sogar die Verwendung des Rechtsbegriffes „Schenkung“ in einer Notarurkunde soll der Annahme einer Zuwendung nicht entgegen stehen[383]. Ob dies heute noch gilt ist fraglich, da die Rechtsprechungsänderung damals noch nicht so bekannt war, dass sie bei jedem Notar vorausgesetzt werden konnte. Diese Überlegung wird mit der Zeit immer mehr an Gewicht gewinnen, auch angesichts der aufgrund des § 266 FamFG gestiegenen Popularität der Anspruchsgrundlage.

---

[375] BGH FamRZ 1982, 778; 1987, 43; 1988, 481; MDR 1988, 655; FamRZ 1992, 293; 1992, 2154; BGHZ 119, 392; FamRZ 1994, 503; 1997, 933; 1998, 669; 2001, 413; 2003, 230; 2002, 949; 2006, 1022

[376] BGH v.08.07.1982 JR 1982, 493 (Lit. ab 08.07.1982); BGHZ 84,361, 365; 127, 48, 51; BGH NJW 1999, 2962, 2965; Frank, Gesellschaften zwischen Ehegatten und Nichtehegatten, FamRZ 1983, 541, 544; Jost, Anm. zu BGH v. 30.06.1999 XII ZR 230/96, JR 2000, 503, 504

[377] Diese Begründung findet sich in BGHZ 137, 142, 149

[378] Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, S. 433

[379] Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, S. 437

[380] Palandt/Heinrichs § 241 BGB Rdn. 4

[381] Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, S. 437

[382] schenkungsrechtliche Ansprüche scheiden nicht erst dann aus, wenn eine ehebezogene Zuwendung positiv fest steht, sondern schon dann, wenn sich ein Schenkungswille nicht feststellen lässt: Wever, Anm. zu BGH v. 28.03.2006 X ZR 85/04, FamRZ 2006, 1023

[383] BGH FamRZ 1990, 600, 601; FamRZ 2006, 1022

Bei mehreren Zuwendungen bildet jede einen separaten Streitgegenstand mit allen materiellen und verfahrensrechtlichen Konsequenzen. Eine Gesamtlösung (saldierter Gesamtausgleich) ist rechtlich nicht möglich.

6.3.2. Zuwendende Person

Zuwendende Person muss grundsätzlich der durch die Zuwendung benachteiligte Ehegatte sein. Diese kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen einen Ausgleich auch dann verlangen, wenn der Vermögenstransfer von einem nahen Angehörigen stammt. Dies ist vom Bundesgerichtshof zwar lediglich für die parallele (zweite) Erscheinungsform des familienrechtlichen Vertrages sui generis entschieden, nämlich den Kooperationsvertrag im Fall von Arbeitsleistungen des eigenen Vaters, und auch hier im vorehelichen Stadium der Lebensgemeinschaft. Die Grundsätze sind aber ohne Weiteres auf die Zuwendung übertragbar. Sie lauten:

- die Umstände müssen dafür sprechen, dass die Leistung mit Rücksicht auf die Ehe des eigenen Angehörigen (hier: der Tochter) erfolgte

- es dürfen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Leistende dem (späteren) Ehegatten des eigenen Angehörigen im Rechtssinne verpflichten wollte[384]. Selbst wenn man, so der Bundesgerichtshof, eine solche Verpflichtung annehmen wollte, selbst man einen verpflichtenden Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) annehmen wollte, konnte diesbezüglich wiederum der Wegfall der Geschäftsgrundlage geltend gemacht werden kann[385].

6.3.2 Stichtag/Fälligkeit

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage liegt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs im endgültigen „Scheitern der Ehe“[386]. In der Grundsatzentscheidung vom 30.06.1999 wird auf die Trennung abgestellt[387], was der Bundesgerichtshof erst jüngst erneut bestätigt hat[388]. Spätestens ist auf die Scheidung abzustellen[389].

Wann die Trennung oder die Scheidung maßgeblich sein soll erscheint teilweise noch nicht endgültig geklärt (z. B. OLG Bremen: Trennungszeitpunkt insbesondere bei Gütertrennung[390]). Einzelne Oberlandesgerichte haben die Auffassung einer

[384] BGH FamRZ 1992, 160
[385] BGH FamRZ 1992, 160 mit Hinweis auf BGH NJW 1972, 152, 153 f
[386] BGH FamRZ 1982, 910, 912
[387] BGHZ 142, 137, 149; für den Fall der Gütertrennung OLG Bremen FamRZ 2008, 2117; OLG Hamm FamRZ 1988, 620
[388] BGH FamRZ 2007, 877
[389] BGH v. 07.09.2005 XII ZR 316/02 n. v.; OLG Düsseldorf FamRZ 2003, 872
[390] OLG Bremen FamRZ 2000; 671; 2008, 2117

Fälligkeit erst bei Scheidung vertreten[391]. Erst dann ende der gesetzliche Güterstand und stehe fest, ob Zugewinnausgleichsansprüche bestehen[392].

6.3.3 Schlüssiger Sachvortrag erfordert bei gesetzlichem Güterstand vollständige Darlegung der Zugewinnausgleichsberechnung

Nachdem der Bundesgerichtshof mit seiner neuen Schwiegerelternrechtsprechung- wenngleich bezogen auf den mit dem Schwiegerkind geschlossenen Schenkungsvertrag – den Wegfall der Geschäftsgrundlage auf das Scheitern der Ehe festgelegt hat[393], sollte der Trennungszeitpunkt endgültig als Stichtag zugrunde gelegt werden.

Bei gesetzlichem Güterstand ergibt sich hinsichtlich der Fälligkeit zum Trennungszeitpunkt allerdings das Problem, dass das Ergebnis des Zugewinnausgleichs für die Frage von Bedeutung ist, ob und ggf. in welcher Höhe ein Anspruch wegen der ehebezogenen Zuwendung besteht[394]. Da dieser bei der Trennung, die der Scheidung zeitlich notwendig voraus geht, noch nicht beurteilt werden kann, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine vorausschauende Beurteilung erforderlich, damit nicht im Rahmen des Zuwendungsanspruchs etwas zugesprochen wird, was später im Rahmen des Zugewinnausgleichs zurück zu gewähren sein wird[395], denn ein Ausgleichsanspruch aus ehebezogener Zuwendung wäre in der Zugewinnbilanz auf beiden Seiten zu berücksichtigen[396].

Im Ausnahmefall eines Anspruchs auf dingliche Rückgewähr ist dieser lediglich Zug um Zug gegen eine Ausgleichszahlung zuzusprechen[397]. Hierbei handelt es sich nicht um die Ausgleichszahlung wegen der „Abschreibung“ des Zuwendungsgegenstandes aufgrund teilweiser Zweckerfüllung in der Ehe. Da die Ausgleichszahlung für die Abschreibung per Saldo den Wert der Rückgewähr mindert, mindert sie notwendig auch die Höhe der vorausschauenden Ausgleichszahlung.

Ohne dass der Bundesgerichtshof dies ausdrücklich entschieden hat, ergibt sich doch aus seiner neueren Rechtsprechung[398], dass die gerichtliche Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs aus ehebezogener Zuwendung frühestens nach der Zustellung des Scheidungsantrags möglich ist. Der Zugewinnausgleichsanspruch ist dann zwar noch nicht fällig (§ 1378 III 1 BGB), kann aber ab dem Stichtag (§ 1384 BGB) erstmals berechnet werden, zumal § 1384 BGB n. F. sowohl den Berechnungs- als auch den Begrenzungstag bestimmt. Dann ist auch der

---

[391] OLG Brandenburg v. 17.12.2008 13 U 17/08; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562; 1995, 1148; NJW-RR 2003, 1513; OLG München FamRZ 1999, 1663; OLG Oldenburg FamRZ 2008, 993
[392] OLG Oldenburg FamRZ 2008, 993
[393] BGH FamRZ 2010, 958; 1047; 1626
[394] Bei der Ehegatteninnengesellschaft besteht das Problem nicht, denn sie ist kein Billigkeitsanspruch
[395] BGH FamRZ 2007, 877 mit Hinweis auf BGH FamRZ 1977, 458; 1991, 1169, 1172
[396] OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1033
[397] BGH FamRZ 2007, 877
[398] BGH FamRZ 2007, 877 mit Hinweis auf BGH FamRZ 1977, 458; 1991, 1169, 1172

güterrechtliche Auskunftsanspruch fällig (§ 1379 BGB), so dass der Zugewinnausgleich vorausschauend berechnet und die Tatbestandsvoraussetzungen der Ausgleichsforderung nach § 313 BGB im gerichtlichen Antragsschriftsatz dargelegt werden können.

Es trifft daher nicht zu, dass die Geltendmachung bereits nach endgültiger Trennung erfolgen könne (so aber Ullrich)[399].

Es ist zu beachten, dass diese vorausschauende Beurteilung nur bei Rückabwicklungs- und Ausgleichsansprüchen verlangt wird, nicht bei anderen Ansprüchen wie demjenigen auf Darlehensrückzahlung[400], was dann auch für den innengesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch zu gelten hat.

Wegen der Vorgreiflichkeit des Zugewinnausgleichs ist dessen Berechnung vom Antragsteller vollständig darzulegen und zu beweisen[401]. Da der Antragsteller hiernach in vollem Umfang die Unbilligkeit des güterrechtlichen Ergebnisses beweisen muss, fragt sich, ob seine Beweislast nicht auch das Fehlen vom Gegner behaupteten Anfangsvermögens umfasst (für welches im Zugewinnausgleichsverfahren dieser beweisbelastet ist). Das ist noch ungeklärt.

6.3.4 Gespaltene Verjährungsfrist

Die Verjährungsfrist beträgt grundsätzlich drei Jahre (§ 195 BGB).

Wird kein finanzieller Ausgleich verlangt, sondern die dingliche Rückübertragung von Immobilien, beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre (§ 196 BGB)[402]. Dies ist auch die Auffassung des 19. Deutschen Familiengerichtstages[403]. Der unterschiedliche Fristenlauf kann dazu führen, dass der Zugewinnausgleichsanspruch verjährt ist, wenn der Rückforderungsanspruch wegen ehebezogener Zuwendung geltend gemacht wird. Da der Zugewinnausgleichsanspruch durch die Verjährung nicht untergeht, sondern nur einredebehaftet ist, hindert dies seine Berücksichtigung in Rahmen der Billigkeitsabwägung des § 313 BGB jedoch nicht.

Die gespaltene Verjährungsfrist (Regelfall 3 Jahre, § 195 BGB, 10 Jahre bei dinglicher Rückforderung von Immobilien, § 196 BGB) ist umstritten. Die Möglichkeit einer gespaltenen Verjährungsfrist[404] wird vom OLG Frankfurt abgelehnt[405]. Hoppenz hat sich hierzu kritisch geäußert[406].

Die Verjährung beginnt mit dem Schluss desjenigen Jahres, in welchem die Ehe endgültig scheitert, also mit der Trennung (§199 BGB). Die Verjährung ist bis zur Rechtskraft der Ehescheidung gehemmt (§ 207 BGB).

---

[399] so aber Münchner Formularhandbuch Familienrecht/Ullrich Form. L. III. 7 S. 852
[400] Hoppenz FamRZ 2009, 196, 197
[401] BGH FamRZ 1991, 1169; Schulz, FamRB 2004, 364, 366
[402] Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrecht, Rdn. 523
[403] Brühler Schriften zum Familienrecht Band 17 S. 120
[404] vgl. Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdn. 523, 528
[405] OLG Frankfurt FamRZ 2013, 988
[406] Hoppenz, FamRZ 2013, 991

Die Hemmung der Verjährung zwischen Ehegatten bedingt einen wichtigen Unterschied zur Schwiegerelternkonstellation. Da die endgültige Trennung den Anspruch auslöst (Fälligkeit), ist dieser Zeitpunkt auch dort für die Berechnung des Verjährungsbeginns nach § 199 I BGB maßgeblich[407] und nicht, wie der Bundesgerichtshof im Rahmen seiner Schwiegerelternrechtsprechung entschieden hat[408], die Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses, denn bei Schwiegereltern greift § 207 BGB nicht.

Sofern man die Auffassung vertritt, dass bei Verlobten § 1301 BGB gilt (die Grundsätze über die ehebezogene Zuwendung mithin nicht anzuwenden sind), war früher die kurze Sonderverjährungsfrist des § 1302 BGB zu beachten, die mit der Auflösung des Verlöbnisses begann. Aufgrund Art. 1 Nr. 4 ErbVerjRÄndG gilt seit dem 01.01.2010 die Regelverjährung des § 195 BGB.

Die bis zum Inkrafttreten des Erbrechtsverjährungsänderungsgesetzes am 01.01.2010[409] geltende Sonderverjährungsfrist von 30 Jahren ist durch Streichung des § 197 Z. 2 BGB aufgehoben.

6.3.5 (Noch) Vorhandensein des Gegenstandes der Wertschöpfung am Stichtag

Die Wertschöpfung muss am Endstichtag noch vorhanden sein[410], wenngleich nicht gegenständlich, sondern genügend als fortbestehende Vermögensmehrung. Die Obergrenze eines Ausgleichs in Geld ist der Betrag, um den das Vermögen des begünstigten Ehegatten bei Trennung der Parteien infolge der Leistungen des benachteiligten Ehegatten noch vermehrt war[411].

6.3.6 Verhältnis der Zuwendung zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten bzw. des zuwendenden Ehegatten

Eheübliche Zuwendungen und solche, die in einem angemessenen Verhältnis zum Einkommen stehen, können einen Ausgleich nicht begründen.

Außer Verhältnis stand etwa die Zuwendung von 30000 DM bei eigenen bescheidenen Einkommensverhältnissen, sodass die Zuwendung durch eine Kreditaufnahme finanziert werden musste[412].

---

[407] Wever, Anm. zu BGH FamRZ 2012, 273, FamRZ 2012, 276, 277
[408] BGH FamRZ 2012, 273
[409] BGBl. 2009 I S. 3142
[410] BGH FamRZ 1967, 208; 1966, 492 ;1982, 910, 911; 1982, 910, 912; LG Bochum, Urt. v. 28.05.2008, 3 O 506/07, juris
[411] BGH FamRZ 1982, 910, 912; BGHZ 84, 361, 368; 142, 137, 149
[412] OLG Hamm FamRZ 1988, 620

6.3.7 Krasse, unbillige, ungerechte, unzumutbare Benachteiligung des einen Ehegatten

6.3.7.1 Adäquate Gegenleistung (Kompensation)

Eine unzumutbare Benachteiligung liegt nicht vor bzw. ist kompensiert, wenn eine adäquate Gegenleistung erbracht worden ist[413].

Die Zuwendung ist kompensiert, wenn die zugewendete Sache Gegenstand der Hausratsteilung gewesen ist[414].

6.3.7.2 Gütertrennung

Für die Frage der Benachteiligung kommt es darauf an, ob ein güterrechtlicher Ausgleich möglich ist und falls nein, weshalb nicht.

Der frei gewählte Güterstand der Gütertrennung darf nicht ausgehöhlt, nicht auf Umwegen in eine Zugewinngemeinschaft kraft Richterrechts umgewandelt werden[415]. Der Zuwendende hat es schließlich einmal für richtig erachtet, die Leistung zu gewähren[416]. Wer Gütertrennung vereinbart, macht von einer gesetzlich vorgesehen Möglichkeit Gebrauch. Ansprüche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage kommen daher nur ausnahmsweise, nämlich dann in Betracht, wenn die Beibehaltung der Vermögensverhältnisse, die durch die Zuwendung eines Ehegatten an den anderen herbeigeführt worden sind, dem benachteiligten Ehegatten nicht zuzumuten ist[417]. Diese Voraussetzungen können vorliegen, wo Gütertrennung herrscht, die einen Ausgleich gerade ausschließt. Auch im Fall der Gütertrennung entspricht nämlich eine angemessene Beteiligung beider Ehegatten am gemeinsam erarbeiteten Vermögen dem Charakter der ehelichen Lebensgemeinschaft[418]. Bei Gütertrennung sind die Anforderungen „etwas weniger streng als bei gesetzlichem Güterstand“[419]. Der rechtliche Ansatz bestand früher in § 242 BGB, heute in § 313 BGB.

Die Gütertrennung als solche ist niemals anspruchsbegründend. Auch hier entspricht zwar eine angemessene Beteiligung (hier: durch die Zuwendung) beider Ehegatten am gemeinsam Erarbeiteten dem Charakter der ehelichen Lebensgemeinschaft als Schicksals- und Risikogemeinschaft[420]. Substanziierter Vortrag zur Unzumutbarkeit ist nach alledem auch im Falle der Gütertrennung – bei der Zugewinngemeinschaft sind die Anforderungen noch strenger, s. u. – unerlässlich[421].

---

[413] BGH FamRZ 1988, 481
[414] AG Bensheim, Beschluss v. 19.06.2012, 73 F 190/12 RI, juris
[415] BGH FamRZ 1990, 855
[416] BGH FamRZ 1990, 855, 856; BGH FamRZ 2012, 1789, 1791
[417] BGH FamRZ 1972, 201, 202; 1974, 526; FamRZ 1987, 43, 45; 1988, 481, 482; 1989, 599, 600; BGHZ 119, 393, 396; OLG Bremen FamRZ 2004, 256
[418] BGH, Urt. V. 19.09.2010, XII ZR 136/10, Rdn. 25, 26; FamRZ 1999, 1580; 1990, 855
[419] BGH FamRZ 2008, 2117
[420] BGH FamRZ 1982, 910; 1989, 599; 1990, 855, 856
[421] BGHZ 119, 392, 397

6.3.7.3 Zugewinngemeinschaft

Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei ehebezogener Zuwendung finden bei der Zugewinngemeinschaft grundsätzlich keine Anwendung, weil der Zugewinnausgleich selbst bereits eine Regelung für den Fall geänderter Vertragsgrundlage vorsieht[422]. Der Zugewinnausgleich geht also in fast allen Fällen vor[423]. Dies gilt auch dann, wenn die Zuwendung den für den gedachten Fall nicht erfolgter Zuwendung sich errechnenden Zugewinnausgleich überschreitet, da ein Zugewinnausgleichsanspruch auch dann nicht ausgeschlossen ist, insbesondere nicht aufgrund § 1380 BGB[424], zumal ehebezogene Zuwendungen keine Schenkungen und daher nicht nach § 1374 II BGB privilegiert sind[425], auch nicht, wenn sie mit Rücksicht auf ein künftigen Erbrecht erfolgten[426]. Daher ist die sich aus § 1378 I BGB ergebende güterrechtliche Regelung nicht von vornherein unbillig. Sie erlaubt auch bei hohen Zuwendungen aus dem Anfangsvermögen eine angemessene Auseinandersetzung.
Gleichwohl ist auch im Falle der Zugewinngemeinschaft für die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Raum, jedoch nur, "wenn anders ein tragbares Ergebnis nicht erzielt werden kann"[427] bzw. das güterrechtliche Ergebnis schlechthin unangemessen und für den Zuwendenden unzumutbar unbillig ist[428]. Der Ausgleich ist daher auf extreme Ausnahmefälle beschränkt[429].

Dies wurde z. B. in folgenden Fällen angenommen oder für möglich gehalten:

- Voller Ausgleich von kreditfinanzierten Zuwendungen 1977 und 1978 von 30000 DM bei Trennung im September 1978 und Mitbenutzung des finanzierten Familienheims für lediglich 3 Monate[430]
- Persönliches Interesse am Zuwendungsgegenstand, insbesondere Affektionsinteresse[431]
- Die Mutter dreier Kinder investiert kurz vor der Trennung ihr gesamtes Erbe in das Haus des Mannes[432]
- Ein Ehegatte bringt Versicherungsleistungen, die er aufgrund eines Unfalls mit schwer wiegenden Dauerschäden erhalten hatte, in den Bau eines Hauses auf dem Grundstück des anderen Ehegatten ein, wohnt selbst nur kurze Zeit darin und seine Zuwendung blieb im Zugewinnausgeich unberücksichtigt[433]

---

[422] BGH FamRZ 1982, 778; OLG Braunschweig MDR 2001, 1242; OLG Celle, OLGR Celle, 1999, 107; OLG Stuttgart, Urteil vom 03.11.2008 5 U 66/08
[423] BGH FamRZ 1990, 855, 856
[424] OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1033 wendet § 1380 BGB an
[425] BGH FamRZ 1982, 778, 779
[426] BGH FamRZ 2010, 2057
[427] BGHZ 65, 320; 68, 299; 82, 227; BGH FamRZ 1982, 778, 779; 1990, 855, 856
[428] OLG Frankfurt FuR 2006, 132
[429] OLG Hamm OLGR Hamm 2000, 376
[430] OLG Hamm FamRZ 1988, 620
[431] OLG Hamm OLGR Hamm 2000, 376
[432] OLG München FamRZ 1999, 1663
[433] OLG Oldenburg FamRZ 2008, 993 = NJW-RR 2008, 596 = MDR 2008, 693

- Einbringung der Unfallversicherungssumme nach schwerer Augenverletzung in den gemeinsamen Hausbau[434]
- Überlassung von 125000 DM zur Schuldentilgung 2 – 2 ½ Jahre vor der Scheidung bei lediglich 4jähriger Ehe[435].

Bei der Lösung über den Zugewinnausgleich verliert der benachteiligte Ehegatte von vornherein die Hälfte des Wertes der Zuwendung. Dies – und ggf. sogar einen noch niedrigeren Ausgleich – muss er hinnehmen, weil es dem gesetzlichen Grundgedanken der Halbteilung entspräche.

Der Bundesgerichtshof lehnt es also ab, nebengüterrechtlichen Ansprüchen den Vorrang zu geben oder auch nur die Idealkonkurrenz zuzulassen. Er präferiert vielmehr die güterrechtliche Lösung[436]. Dies wird zunächst mit praktischen Schwierigkeiten im Zusammenspiel beider Ansprüche begründet. Außerdem unterlägen Zuwendungen unter Ehegatten nicht der Privilegierung der § 1374 II BGB, womit grundsätzlich ein hälftiger Ausgleich gewährleistet sei.
Andererseits unterstehe dieses Rechtsverhältnis – wie alle anderen auch - § 242 BGB, was jedoch auf „extreme Ausnahmefälle beschränkt“ sei. Das Ergebnis muss „schlechthin unangemessen und für den Zuwender unzumutbar unbillig“ sein. Diese Grenze sei kaum je überschritten, solange der Zuwender über den Zugewinnausgleich den halben Wert zurück erhalte. Dass er die andere Hälfte verliere oder noch weniger erhalte, sei in gewissen Grenzen ein noch normal zu nennendes Risiko, wie es im Zugewinnausgleich angelegt ist.
Ein nicht hinzunehmender Ausnahmefall könne „etwa“ vorliegen, wenn die Zuwendung dem Empfänger zum Erhalt seines verlorenen Anfangsvermögens gedient hat und damit keine Zugewinnausgleichsverpflichtung auslöst, obwohl sie wertmäßig noch im Endvermögen vorhanden ist und wenn andererseits der Zuwendende in seinem Auskommen beeinträchtigt ist, weil mit den ihm nach der Zuwendung verbliebenen Mitteln seinen angemessenen Unterhalt nicht mehr bestreiten kann (Notbedarfsfall entsprechend § 528 BGB)[437]. Dies entspricht einem vom Landgericht Berlin entschiedenen „Stiefkind-Fall“, wo der zuwendende Stiefvater über die Zuwendung seine gesamte Alterssicherung hergegeben hatte und hiernach nur noch über geringfügige Rentenanwartschaften verfügte[438].

Noch nicht entschieden ist der genaue Forderungsumfang im erwähnten Notbedarfsfall des § 528 BGB.

<u>Verteidigungsstrategien:</u>

- Bei einer nicht teilbaren Zuwendung muss sich die Forderung auf die jeweils anstehende wiederkehrende Zahlung in Höhe des Notbedarfs beschränken, bis der Wert des geschenkten Gegenstandes erschöpft ist.

- Nach § 528 I 2 BGB kann der Beschenkte der Zahlungspflicht entgehen, indem er die Rückübertragung der Zuwendung anbietet[439].

---

[434] OLG Stuttgart FamRZ 1994, 1326
[435] LG Mainz, Urt. v. 04.12.2002, 9 O 145/02, juris
[436] Hierzu ausführlich BGH FamRZ 1991, 1169 ff
[437] BGHZ 115, 132 = FamRZ 1991, 1169; LG Kassel, Urteil vom 27.10.2009, 9 O 591/08
[438] LG Berlin, FF 2006, 275
[439] Vgl. BGH FamRZ 2010, 463

Die Formulierung „etwa“ in der BGH Entscheidung vom 10.07.1991[440] eröffnet durchaus Argumentationsspielräume, der Rahmen ist aber eng gesteckt. Es muss immer der Einzelfall entscheiden. Ob es nach dem Bundesgerichtshof immer noch auf eine schlechthin untragbare Vermögenslage ankommt[441] oder ob die Beibehaltung nur nach Treu und Glauben nicht zumutbar sein muss[442] oder er in beiden Fällen das Gleiche meint ist nicht sicher. Z. B. sollte ein sehr hoher Geldbetrag, nach deren Zuwendung sich der andere Ehegatte sofort trennt, einen Anspruch auch dann auslösen können, wenn kein Notbedarfsfall entsprechend § 528 BGB vorliegt.

Eine Ausnahme ist der Fall der Zuwendung nach dem Endstichtag des § 1384 BGB. Dies ist im Falle eines nach Rechtshängigkeit unternommenen, gescheiterten Versöhnungsversuchs unschädlich. Hier hindert der gesetzliche Güterstand den Ausgleich nicht[443].

Bei Auslandsbeteiligung ist das Güterrechtsstatut zu prüfen und sind sich daraus ergebende Nachteile schlüssig darzulegen[444].

Letztlich werden Gütertrennungs- und Zugewinnausgleichsfälle unterschiedlich behandelt. Bei der Gütertrennung soll es ausreichen dass die bestehende Lage dem zuwendenden Ehegatten nicht zuzumuten ist[445], beim Zugewinnausgleich muss das Ergebnis schlechthin unangemessen und für den Zuwender unzumutbar unbillig sein[446]. Diese Differenzierung ist auch nicht damit zu rechtfertigen, dass dem in Gütertrennung lebenden Ehegatten kein gesetzliches Ausgleichssystem zur Verfügung steht, aber dem im gesetzlichen Güterstande lebenden. Letzteres kommt in den einschlägigen Fällen ja gerade nicht zum Zug (Beispiel: rechnerisch kein Zugewinnausgleich wegen Verbrauch des Anfangsvermögen während der Ehe), und außerdem erfolgte bei Gütertrennung die notarielle Belehrung, dass am Ende der Ehe nichts ausglichen wird. Die „böse“ und damit unbillige Überraschung wird also noch eher in Zugewinnausgleichsfällen für ein Ausgleichsbedürfnis sprechen. Jedenfalls darf die Gütertrennung hier nicht privilegiert werden.

Beim Güterstand der Zugewinngemeinschaft ist darauf zu achten, dass schlüssiger Vortrag die Darlegung der gesamten Zugewinnausgleichsberechnung erfordert[447].

6.3.7.4 Gütergemeinschaft

Die Einbringung von Vermögenswerten in das ausgleichslose Vorbehaltsgut (§§ 1418, 1471 BGB) kann eine ehebezogene Zuwendung darstellen[448].

---

[440] BGHZ 115, 132 = FamRZ 1991, 1169
[441] BGH FamRZ 1991, 1169
[442] BGH FamRZ 1997, 933
[443] BGH FamRZ 1994, 228
[444] BGHZ 119, 392, 397
[445] BGH FamRZ 1972, 201, 202; 1974, 526; FamRZ 1987, 43, 45; 1988, 481, 482; 1989, 599, 600; BGHZ 119, 393, 396; OLG Bremen FamRZ 2004, 256
[446] BGHZ 115, 132 = FamRZ 1991, 1169
[447] Vgl. auch Schulz, FamRB 2004, 364, 366

Ein während Bestehens der Ehe unentgeltlich allein aus steuerlichen Gründen in das Vorbehaltsgut einer Gütergemeinschaft überlassene Gesellschaftsanteil ist mit deren Scheitern gemäß § 313 BGB in das Gesamtgut zurück zu übertragen[449].

6.3.7.5 Güterstandswechsel

Erfolgt die Zuwendung im gesetzlichen Güterstand und vereinbaren die Ehegatten danach Gütertrennung bei Verzicht auf Zugewinnausgleich, ist letzteres zu berücksichtigen[450]. Bei der rechtlichen Behandlung vor dem Hintergrund des Zugewinnausgleichs werde „ein zu strenger Maßstab zugrunde gelegt“. Das kann aber nur bedeuten, dass der Güterstand der Gütertrennung gegenüber dem Zugewinnausgleich privilegiert ist.

6.3.7.6 Privilegierung der Gütertrennung?

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs lassen die Deutung zu, dass ein Ausgleichsanspruch nach § 313 BGB im Falle der Gütertrennung eher möglich ist als im Falle des Zugewinnausgleichs, selbst wenn der benachteiligte Ehegatte hier im Ergebnis voll ausfällt[451]. Ein Grund für die Differenzierung und Privilegierung der Gütertrennler ist nicht ersichtlich, im Gegenteil: wer in Gütertrennung lebt hat sich aufgrund notarieller Belehrung in erhöhtem Maße darauf eingerichtet, keinen Ausgleich zu erhalten. Eine neuere Entscheidung vom 19.09.2012 (die einen Gütertrennungsfall betraf) hebt im Rahmen der Ausführungen zu Treu und Glauben nicht mehr auf den Güterstand ab[452].

6.4 Rechtsfolgen

6.4.1 Grundsatz: finanzieller Ausgleich geht vor Rückgewähr

Der Anspruch geht unmittelbar von der Zuwendung aus und ist daher seiner Rechtsnatur nach ein Rückgewähranspruch. Er wird jedoch durch seine Abschreibung, bedingt durch die zumindest zeitweilige Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft, praktisch in allen Fällen zu einem reinen Zahlungsanspruch und ist daher in der Rechtswirklichkeit nur ein modifizierter Rückgewähranspruch.

---

[448] OLG München FamRZ 2006, 205
[449] OLG München FamRZ 2006, 204
[450] BGH FamRZ 1997,933, 934; Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten Außerhalb des Güterrechts, Rdn. 405
[451] Schulz, FamRZ 2004, 364, 367
[452] BGH, Urt. V. 19.09.2010, XII ZR 136/10, Rdn. 25

Grundsätzlich, d. h. bis auf seltene Ausnahmefälle[453], scheidet ein Anspruch auf dingliche Rückgewähr daher aus. Es müssen besondere Umstände vorliegen, die ein Beharren des anderen Eigentümerehegatten auf seinem Eigentum als unbillig erscheinen lassen[454]. Kommt der Rückgewähranspruch ausnahmsweise in Betracht, dann nur Zug um Zug gegen Zahlung eines nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessenden Ausgleichs[455]. Bei dessen Bemessung ist zu berücksichtigen, dass der Zuwendungszweck für den Zeitraum, in dem die Ehe Bestand hatte, erreicht wurde[456]. Ferner sind Eigenleistungen, also Arbeitsleistungen, und das muss auch für Verwendungen gelten[457], zu berücksichtigen. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der zur dinglichen Rückgewähr Verpflichtete, wobei ihm über eine abstufte Vortragslast Beweiserleichterungen zugutekommen können[458].

Noch nicht entschieden ist der Fall, dass der Zuwendungsgegenstand zwischen Zuwendung und Rückgewähr seinerseits an Wert verloren hat. Dies darf die Höhe der Ausgleichszahlung nicht mindern, denn Wertsteigerungen bleiben ihm auch erhalten[459].

Wäre es aufgrund der gegebenen Einzelfallumstände schlechthin unangemessen, den zuwendenden Ehegatten auf einen Wertausgleich zu verweisen, kann sich eine Verpflichtung zur Rückgewähr bestimmter Gegenstände ergeben[460], da die eheliche Lebensgemeinschaft hier im Besonderen in der Weise nachwirkt, dass jeder Ehegatte dem anderen auch nach Auflösung der Ehe eine angemessene Rücksichtnahme auf dessen Belange schuldet[461]. Dies ist als Ausnahmeregel restriktiv zu handhaben und kann nicht zu einem dinglichen Rückgewähranspruch nach Scheidung schlechthin führen. Es müssen besondere Umstände vorliegen, die ein Beharren des anderen Ehegatten auf seinem Eigentumsrecht als schlechthin unzumutbar erscheinen lassen.[462]

Auch für diese Umstände trägt der Anspruchsteller grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast[463].

In Betracht kommen etwa folgende Fälle:

- Der Ehegatte verbindet mit dem Gegenstand besondere Erinnerungen an seine Vorfahren[464]
- Es handelt sich um die einzigen Erbstücke aus der eigenen Familie[465]

---

[453] BGH v. 07.09.2005 XII ZR 316/02 n. v.; BGH FamRZ 1989, 599; 1982, 778, 779; 1991, 1169, 1171; 2002, 949
[454] BGHZ 82, 227; 68 299; OLG Stuttgart FamRZ 1994, 1326
[455] BGH FamRZ 1998, 669,670; v. 07.09.2005 XII ZR 316/02 n. v.; FamRZ 2006, 394 auch zur Bemessung der Ausgleichszahlung; OLG Celle FamRZ 2000, 668
[456] BGH FamRZ 1999, 365, 367
[457] BGH Urteil v. 07.05.2005 XII ZR 316/02
[458] BGH FamRZ 2002, 949, 950
[459] BGH Urteil v. 07.05.2005 XII ZR 316/02

[460] BGHZ 68, 299; 82, 227, 236; BGH FamRZ 1987, 43, 45; 2006, 394
[461] BGHZ 82, 227, 236
[462] BGHZ 82, 227, 237
[463] BGH FamRZ 2002, 949
[464] OLG Celle FamRZ 1997, 381, 382
[465] OLG Celle FamRZ 1997, 381, 382

- Der Ehegatte hat in besonderer Weise in den Gegenstand investiert, etwa alte Möbel aufarbeiten lassen[466]
- Ein zugewendetes Grundstück ist Teil einer Gesamtfläche, auf welcher kulturell bedeutsame Museen stehen, deren Erhalt vom Fortbestand der Gesamtfläche abhängt[467]
- Der Zuwendende wollte den zugewendeten Gegenstand unter allen Umständen im Familienbesitz halten[468]
- Versorgungsmotive[469]
- Eine Immobilie ist auf die Bedürfnisse des Zuwendenden besonders zugeschnitten[470]
- Der zuwendende Ehegatte hat das Familienheim für sich behindertengerecht ausgebaut[471]
- Er hat alle finanzielle Verpflichtungen, die mit dem Objekterwerb verbunden waren, allein erfüllt, bei der Errichtung mitgearbeitet und das Objekt war zu seiner Altersversorgung gedacht[472]
- Es wurde ein halber Grundstücksanteil zugewendet mit der Folge, dass eine Bruchteilsgemeinschaft entstanden ist; die Beibehaltung der Bruchteilsgemeinschaft mit der Folge der (unwirtschaftlichen) Möglichkeit der Zwangsversteigerung oder Teilungsversteigerung kann unwirtschaftlich und damit unzumutbar sein[473].

Zur Höhe des Ausgleichs bei dinglicher Rückgewähr liegt kaum Rechtsprechung vor. Wichtig ist das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07.09.2005[474]:

Der rückgewährpflichtige Ehegatte soll sich so stehen wie wenn er den Gegenstand behielte und seinerseits – wie es der Regelfall ist - einen Ausgleich zahlen müsste. Erbrachte Leistungen wie – bei einem Wohnobjekt - Wohnrechte oder Pflege und Betreuung sind zu berücksichtigen. Sie können kapitalisiert werden, indem man, ausgehend von der Zeitspanne von der Übergabe bis zum statistischen Ableben des Pflegeberechtigten – den verbleibenden, nicht betreuten Zeitraum herausrechnet und im Wege einer Verhältnisrechnung berücksichtigt.

6.4.2 Mehrere Zuwendungen

Da nur der Zugewinnausgleich eine umfassende, das ganze Vermögen berücksichtigende Ausgleichsforderung gewährt, kann sich der Anspruch aus ehebezogener Zuwendung nur im Hinblick auf den jeweiligen Zuwendungsgegenstand ergeben (selektiver Ausgleich). Dies gilt bei mehreren Zuwendungsgegenständen für jeden einzelnen davon; sie werden nicht als Gesamtleistung behandelt[475]. Jede einzelne Zuwendung ist darzulegen und zu

[466] OLG Celle FamRZ 1997, 381, 382
[467] OLG Celle FamRZ 2000, 668
[468] BGH FamRZ 1998, 669, 670
[469] BGH Urteil v. 07.05.2005 XII ZR 316/02
[470] Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, Rdn. 475
[471] Schulz, FamRB 2004, 364, 367
[472] BGH FamRZ 1977, 458; OLG Celle, FamRZ 2000, 668; LG Aachen, FamRZ 2000, 669
[473] BGH FamRZ 1977, 458; LG Aachen, FamRZ 2000, 669
[474] BGH Urteil vom 07.09.2005 XII ZR 316/02
[475] BGHZ 142, 137, 148; FamRZ 1989, 599, 600

beweisen[476]. Prozessual steht die Zuwendung daher dem Bereicherungsanspruch deutlich näher als dem Anspruch aus einer Ehegatteninnengesellschaft.

Allerdings ist zu bedenken, dass der Anspruch nach Grund und Höhe von einer Abwägung abhängt. Eine schwierige Situation entsteht, wenn das Bestehen weiterer, auch gegenläufiger Ausgleichsforderungen möglich, ggf. sogar unstreitig ist[477]. Hier können anderweitige Regelungen, insbesondere ein Erlassvertrag, zur Klärung beitragen[478].

Mit dem Mandanten sollte unter dem Gesichtspunkt des Kostenrisikos beraten werden, ob vorhandene gegenläufige Ausgleichsansprüche bei der Bemessung des eigenen Anspruchs gleich mit berücksichtigt werden sollten. Die Entscheidung ist schwierig, wenn sich die Gegenseite auf solche Ansprüche noch nicht berufen, sie vielleicht noch gar nicht bemerkt hat.

Der Einzelausgleich mehrerer Zuwendungen führt zu entsprechend vielen einzelnen Billigkeitsentscheidungen, was den Gesamtausgleich nicht nur komplizierter, sondern in Bezug auf die Billigkeit unsicherer macht, da jeweils offen bleibt, ob einzelne Zuwendungen oder gegenläufige Ansprüche nicht erfasst sind[479].

Werden gegenläufige Zuwendungen geltend gemacht, ist notfalls ein Hin- und Herausgleich vorzunehmen.

Es kann aufgerechnet werden.

6.4.3 Ausgleichskriterien

Die Höhe dieses Billigkeitsanspruchs hängt von einer Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände ab[480]. Der Bundesgerichtshof formuliert im Zusammenhang mit den Ausgleichskriterien, von ihnen hänge ab, „ob und in welcher Form ein Anspruch gegeben ist“[481], woraus folgt, dass diese Kriterien sowohl für den Tatbestand als auch für die Rechtsfolge maßgeblich sein können. Es handelt sich um:

- Ehedauer[482]; soweit die Ehe Bestand gehabt hat, ist der Zweck der Zuwendung jedenfalls teilweise erreicht, sodass das Zugewendete in der Regel nicht voll wird zurückgegeben werden müssen[483]. Der Anspruch verliert also mit der Ehedauer an Wert und wird analog einem unternehmerischen Wirtschaftsgut „abgeschrieben“

- Höhe der noch vorhandenen Vermögensmehrung[484]

[476] OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 1148
[477] OLG Saarbrücken, OLGR Saarbrücken 2007, 493
[478] BGH FamRZ 1989, 599
[479] BGHZ 142, 137, 149
[480] BGHZ 142, 137, 149; OLG Brandenburg v. 17.12.2008, 13 U 17/08 mit Ausführungen zu den maßgeblichen Kriterien
[481] BGH FamRZ 1982, 910, 912
[482] BGH FamRZ 1972, 201, 202; 1988, 481; 1990, 855, 856
[483] BGH v. 07.09.2005 XII ZR 316/02 n. v.
[484] BGH, Urt. v. 19.09.2012, XII ZR 136/10

- Dauer der Lebensgemeinschaft, wenn der Zuwendungsbeginn vor der Ehe liegt[485]

- Dauer der Zeit, in der die Zuwendung ihrem Zweck gedient hat

- Alter der Ehegatten[486]

- Einsatz eigenen Vermögens

- Ausmaß der Mitarbeit des begünstigen Ehegatten in der Ehe[487] bzw. Art und Umfang der erbrachten Leistungen[488]

- Einkommensverhältnisse des zuwendenden Ehegatten[489] oder überhaupt[490] ; Einkommens- und Vermögensverhältnisse beider Parteien[491]; kein Anspruch bei Zuwendung von 51546,40 DM , wenn beide Ehegatten als Beamte etwa gleich viel verdienen, beide geerbt haben und die Zuwendung über den Zugewinn ausglichen ist[492]

- bzw. die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Eheleute[493]

- Zukünftige Verdienstmöglichkeiten der Parteien[494]

- Erhalt weiterer Zuwendungen in der Ehe neben dem laufenden Unterhalt[495]

- Höhe der durch die erbrachten Leistungen noch vorhandenen Vermögensmehrung[496]

- „mögliche Vereinbarungen“ mit dem unklaren Hinweis des Bundesgerichtshofs, auch im Fall der Gütertrennung entspreche eine angemessene Beteiligung beider Ehegatten am gemeinsam Erarbeiteten dem Charakter der ehelichen Lebensgemeinschaft als Schicksals- und Risikogemeinschaft[497]

- Leistungen und Beiträge beider Ehegatten zum Familienunterhalt während der Ehe[498]

- dem Zuwendenden verbliebenes Vermögen[499]

---

[485] BGH, Urt. v. 19.09.2012, XII ZR 136/10
[486] BGH, Urt. v. 19.09.2012, XII ZR 136/10; BGH FamRZ 1972, 201, 202; 1990, 855, 856
[487] BGH FamRZ 1972, 201, 202
[488] BGH, Urt. v. 19.09.2012, XII ZR 136/10; BGH FamRZ 1982, 910, 912; 1988, 481; 1990, 855, 856
[489] BGH FamRZ 1972, 201, 202
[490] BGH FamRZ 1982, 910, 912
[491] BGH FamRZ 1988,481, 482; FamRZ 2012, 1789
[492] OLG Celle, OLGR Celle, Urteil v. 24.07.1998, 4 U 262/97
[493] BGH, Urt. v. 19.09.2012, XII ZR 136/10; BGH FamRZ 1988, 481; 1990, 855, 856
[494] BGH FamRZ 1972, 201, 202
[495] BGH FamRZ 1972, 201, 202
[496] BGH FamRZ 1982, 910, 912; 1988, 481; 1990, 855, 856
[497] BGH FamRZ 1990, 855, 856
[498] BGH FamRZ 1988, 481, 482
[499] BGH FamRZ 1988, 481, 482

- Wertsteigerungen[500]

- Belastungen, die der Begünstigte im Gegenzug, auch an Dritte, zu tragen hatte[501]

- Es ist bereits ein hälftiger Ausgleich über den Zugewinn erfolgt[502]

- andere Umstände.

Es muss dem benachteiligten Ehegatten hiernach die Aufrechterhaltung des durch einseitige Zuwendung eines Vermögensgegenstandes geschaffenen Zustandes unzumutbar sein, etwa weil er ohne eigene Vermögensmehrung Leistungen erbracht hat, deren Früchte allein dem anderen Ehegatten verblieben sind[503].

Obere Grenze ist grundsätzlich der Betrag, um den das Vermögen des Zuwendungsempfängers bei Trennung der Ehegatten infolge der Leistung des Zuwendenden noch gemehrt war[504]. In besonders krassen Ausnahmefällen kommt ein voller Ausgleich bis zu 100 % der Zuwendung in Betracht (s. o.).

Ein Ausgleich ehebezogener Zuwendungen nach den Grundsätzen der Wegfall der Geschäftsgrundlage findet grundsätzlich nicht statt, wenn die Zuwendungen wertmäßig nicht den Betrag übersteigen, den der Zuwendungsempfänger ohne die Zuwendung als Zugewinnausgleich geltend machen könnte[505] (ungestörter Zugewinnausgleich). Der Zuwendungsempfänger würde sich dann nämlich rechnerisch schlechter stehen als ohne die Zuwendung[506].

6.4.4 „Abschreibung“ des Anspruchs, Beschlussempfehlung des 19. Deutschen Familiengerichtstages 2011

Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung – siehe unten – kommt dem weiteren Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft ab dem Zeitpunkt der Zuwendung („Eheverweildauer“[507]) eine besondere Bedeutung zu, da für diesen Zeitraum der beabsichtigte Zuwendungszweck, die eheliche Lebensgemeinschaft zu verwirklichen, erreicht ist[508]. In Anlehnung an die Terminologie des Steuerrechts kann man davon sprechen, dass der durch die Wertschöpfung entstandene Ausgleichsanspruch als werthaltiges Wirtschaftsgut – während des restlichen Fortbestands der ehelichen Lebensgemeinschaft – einem Werteverzehr unterliegt

[500] BGH v. 07.09.2005 XII ZR 316/02 n. v.
[501] BGH v. 07.09.2005 XII ZR 316/02 n. v.
[502] OLG Celle, Urt. v. 24.07.1998, OLGR Celle 1999, 107
[503] BGH FamRZ 1982, 910, 912; 1985, 150, 152; 1988, 481
[504] BGHZ 84, 361, 368; 142, 137, 149
[505] BGH FamRZ 1975, 82
[506] BGH FamRZ 1975, 82, 84 unter Hinweis auf das Berechnungsbeispiel von Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970, 128
[507] Kogel FF 2011, 247
[508] Haußleiter/Schulz 6. Kap. Rdn. 125

und quasi abgeschrieben wird[509]. Das OLG Stuttgart spricht von Amortisation[510], das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg von Abwohnen[511].

Die aufgrund der Eheverweildauer vorzunehmende Abschreibung des Anspruchs steht der Höhe nach im tatrichterlichen Ermessen[512] und ist daher im Beschwerderechtszug nur eingeschränkt nachprüfbar.

Die Prognose der Erfolgsaussicht hinsichtlich der Abschreibungsdauer und der Berechnungsmethode ist besonders schwer zu treffen. Es gibt nur wenige Entscheidungen und Literaturmeinungen hierzu[513]:

Rechtsprechung:

- Der Zweck einer Zuwendung kann z. B. erfüllt sein, wenn ein Ehegatte dem anderen vor 10 Jahren ein Grundstück zuwendete und dies davon 8 Jahre allein nutzte[514].
- Kein Ausgleich von Investitionen in die Immobilie des anderen Ehegatten (Garagenausbau; Ausbau von Terrasse und Wohnzimmer) in Höhe von 40000 DM 1989 und 27071,53 DM 1984 bei Mitbenutzung des zuwendenden Ehegatten bis zur Trennung 1996 bei gleichzeitig überdurchschnittlichen Einkommensverhältnissen[515]
- Kein Ausgleich von Investitionen in die Immobilie des anderen Ehegatten (Heizung) in Höhe von 15000 DM 1994 bei Mitbenutzung des zuwendenden Ehegatten bis zur Trennung 1996 bei gleichzeitig überdurchschnittlichen Einkommensverhältnissen[516]
- Voller Ausgleich von kreditfinanzierten Zuwendungen 1977 und 1978 von 30000 DM bei Trennung im September 1978 und Mitbenutzung des finanzierten Familienheims für 3 Monate[517]
- Kein Ausgleich bei einer Investition in das Familienheim von 20000 DM zwischen 1982 und 1987 bei anschließender Mitbenutzung bis 1997[518]
- Keine Abschreibung bei einer völlig mittellosen und einkommenslosen Mutter dreier minderjähriger Kinder, die keinen Unterhalt erhält und über 76000 DM in das dem Ehemann zu Alleineigentum gehörende Familienheim investierte, wobei die Trennung kurz nach der Investition erfolgte und die Ehefrau deshalb davon so gut wie überhaupt nicht profitierte[519]
- Keine Abschreibung bei der Übertragung des Familienheims vier Monate vor der Trennung[520]

---

[509] Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft S, 190; Wever, Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts Rdn, 498
[510] OLG Stuttgart FamRZ 1994, 1326
[511] Bei einer Geldzuwendung!, AG Tempelhof-Kreuzberg, Beschluss vom 19.11.2010, 150 F 14882/10
[512] Koch, FamRZ 2011, 1261, 1264
[513] vgl. Wever FamRZ 2013, 1
[514] OLG Brandenburg v. 17.12,.2008, 13 U 17/08
[515] OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 1647
[516] OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 1647
[517] OLG Hamm FamRZ 1988, 620
[518] OLG Hamm MDR 2001, 1354
[519] OLG München FamRZ 1999, 1663
[520] LG Aachen FamRY 2000, 669

- Bei Zuwendungen in das gemeinsam genutzte Familienheim wird das Produkt aus Wohnwert des Zuwendenden und Anzahl der Monate vom Zuwendungsbetrag abgezogen[521]ist (in Schwiegerelternfällen, was allerdings ohne weiteres übertragbar ist) für eine lineare Abschreibung über 20 Jahre[522].
- Das OLG Frankfurt .

Literatur:

- keine Rückforderung bei Zuwendung von 100000 € vor 30 Jahren[523] bzw.
- 20 Jahren[524], Subtraktion des Nutzungsvorteils (bei Immobilien)[525]
- Anspruchskürzung nach dem Verhältnis restliche Ehezeit zu statistischer Lebenserwartung jeweils vom Zuwendungsdatum aus gesehen – gerechnet ab dem Tag der Zuwendung - gemäß Beschlussempfehlung des 19.Deutschen Familiengerichtstages[526] (s. u.).
- „Ehebezogene Zuwendungen erfolgen auf der Geschäftsgrundlage des Fortbestandes der intakten Ehe[527]. Hätte der benachteiligte (zuwendende) Ehegatte gewusst, dass die Ehe scheitern wird, hätte er die Zuwendung nicht vorgenommen. Im Zeitraum zwischen Zuwendung und Scheitern der Ehe hatte die Geschäftsgrundlage Bestand, was zur Reduzierung des Ausgleichsbetrages führt. Vergleichbar einem Wirtschaftsgut, welches mit der Zeit an Wert verliert und abgeschrieben[528] wird, verliert auch der aus der Zuwendung resultierende Ausgleichsanspruch an Wert. Der Betrag, welcher dem Berechtigten in Euro zusteht, schmilzt also mit der Zeit von selbst ab. Von hoher praktischer Relevanz (an erster Stelle für die beratende Anwaltschaft, Gefahr des Kostenregresses bei überhöhtem Antrag![529]) ist die Bemessung des Minderungsbetrages. Nach der Beschlussempfehlung des 10. Deutschen Familiengerichtstages 2011[530] sollte der Abschlag so bemessen werden, dass die Zeit von der Zuwendung bis zur Trennung mit der Zeit von der Zuwendung bis zum Ende der fiktiven Ehedauer (=Ehe ohne Trennung, also Tod des erstversterbenden Ehegatten) ins Verhältnis gesetzt und der Forderungsbetrag prozentual um des Anteil des ersten Zeitraums am zweiten Zeitraum gekürzt wird. Hieran hat sich ein Meinungsstreit zwischen Wever[531] und Kogel[532] entzündet[533]:Wever plädiert (in Anlehnung an Gutdeutsch) für die vom Deutschen Familiengerichtstag vorgeschlagene –

[521] OLG Oldenburg FamRZ 2009, 2004
[522] OLG Frankfurt FamRB 2013, 237; FF 2013, 378
[523] Kogel, FamRZ 2011, 1121
[524] Büte, Zugewinnausgleich, 4. Aufl. Rdn. 544; Kogel, FamRZ 2013, 512, 514; Schulz FamRB 2004, 364, 367; FF 2010, 273, 275
[525] Krause ZFE 2010, 287
[526] Wever FamRZ 2013, 1; 514
[527] BGH FamRZ 2012, 1789
[528] Zur Terminologie Herr, Nebengüterrecht, Rdn. 362
[529] Rechtsprechungsnachweise zu Haftungsfragen im Nebengüterrecht bei Herr, Nebengüterrecht, Rn. 495 ff.
[530] Brühler Schriften zum Familienrecht Band 17, 2012, S. 119 f.
[531] Wever, FamRZ 2013,1; 514
[532] Kogel, FamRZ 2013, 512
[533] Zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur im Übrigen vgl. Herr, Nebengüterrecht, Rdn. 365 f

und von ihm entwickelte – Formel[534] mit der Maßgabe, dass zur Berechnung der fiktiven Ehedauer alternativ – anstatt des statistischen Sterbedatums des fiktiv erstversterbenden Ehegatten – die versicherungsmathematische verbundene Lebenserwartung herangezogen werden kann[535], weil nicht immer gerade derjenige Ehegatte mit der statistisch geringeren Lebenserwartung auch wirklich zuerst verstirbt. Kogel plädiert demgegenüber lediglich für eine Obergrenze von nunmehr[536] 20 Jahren[537], schließt sich damit anderen Autoren an[538] und stimmt mit dem Oberlandesgericht Frankfurt[539] (betreffend die analoge Problematik bei den Schwiegerelternzuwendungen) überein. Beiden Methoden ist gemeinsam, es ja geradezu ihr Zweck, rechtssicher festzulegen, nicht nur dass, sondern ab wann genau ein Ausgleich einer ehebezogenen Zuwendung nicht (mehr) verlangt werden kann. Wever geht darüber hinaus und gibt eine sichere Handhabe für die Zeit zwischen Zuwendung und – bei ihm: flexiblem – Enddatum, zu welchem der Anspruch aufgrund Wertverlustes durch Zeitablauf quasi angeschrieben[540] ist. Er weist zutreffend darauf hin, dass dieser Zeitraum ansonsten dem Rechtsgefühl des Richters überantwortet wird[541]. Bei einer bloßen Obergrenze mag dem einen Richter ein Ausgleich noch als billig und gerecht erscheinen, wo er von einem anderen bereits versagt wird. Eine Verknüpfung beider Auffassungen – Berechnung mit der „Wever-Formel“ bei gleichzeitiger absoluter Obergrenze – erscheint denkbar. Auch ist der umgekehrte – sicher seltene, aber mögliche - Fall einer Zuwendung erst nach Erreichen der statistischen Lebenserwartung des Schenkers zu bedenken. Er ist mit der Wever-Formel notwendigerweise nicht mehr zu erfassen, die bei einer Zuwendung am statistischen Sterbedatum und danach zu einem Anspruch von 0 € führt. Für die Anwaltschaft ist darauf hinzuweisen, dass die Anspruchsreduzierung durch Zeitablauf noch nicht sicher geklärt ist. Alle genannten Methoden erscheinen vertretbar, jedoch ist eine schriftsätzliche Begründung zu empfehlen.“[542]

- Jüdt hat eine 10jahresfrist analog §§ 529I, 1375 III, 2325 II 2 BGB vorgeschlagen[543], was jedoch von Kogel mit dem zutreffenden Hinweis abgelehnt wird, dass die Dauer einer Untätigkeit bzw. der Anspruchsgeltendmachung nicht mit der des Bestehens einer Geschäftsgrundlage gleichgesetzt werden darf[544].
- Jüdt hat ferner eine degressive Abschreibung vorgeschlagen[545].

Deutscher Familiengerichtstag:

---

[534] Wever, FamRZ 2013, 1
[535] Wever, FamRZ 2013, 514, 516
[536] zuvor 30 Jahre, Kogel FamRZ 2011, 1121
[537] Kogel, FamR 2013, 512
[538] Büte, Zugewinnausgleich, 4. Aufl. Rn. 544
[539] OLG Frankfurt FamRB 2013, 237; FF 2013, 378
[540] Herr, NJW 2012, 3486
[541] Wever, FamRZ 2013, 1, 2
[542] Diese Passage ist einem Beitrag des Verfasser „Nebengüterrecht 2013“ im Forum Familienrecht 2013, Heft 2, entnommen
[543] Jüdt FuR 2011, 438
[544] Kogle FuR 2014, 19, 22
[545] Jüdt FuR 2013, 438; dazu Kogel FuR 2014, 19, 23

> Der Arbeitskreis 19 des 19. DFGT 2011 hat die Beschlussempfehlung verabschiedet, dass auf das Verhältnis von tatsächlicher Ehedauer zur fiktiven Ehedauer abzustellen ist, diese zu berechnen auf Basis der statistischen Lebenserwartung des jüngeren Ehegatten abzustellen ist bei einer Obergrenze von 20 Jahren[546].

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rückabwicklung schwiegerelterlicher Zuwendungen[547] hat die neue Rechtsfigur der ehebezogenen Schenkung[548] begründet, welche – eben aufgrund der Ehebezogenheit – ebenfalls zu einer „Abschreibung“ aufgrund der Eheverweildauer des Schenkungsgegenstandes führt. Die hierzu ergangene und noch ergehende Rechtsprechung und Literatur kann *insoweit* unmittelbar zur Forderungsberechnung bei der ehebezogenen Zuwendung herangezogen werden.

6.4.5 Anspruchsbegrenzung auf den ungestörten Zugewinnausgleich

Da die Ansprüche auf Billigkeitsgesichtspunkten beruhen und Ungerechtigkeiten vermeiden sollen, welche auf einer Gütertrennung oder dem sonstigen Forderungsausfall beim Zugewinnausgleich beruhen, soll sich der Begünstigte hier nicht besser stehen als er bei der Durchführung des Zugewinnausgleichs stehen würde[549]. Es kann also grundsätzlich nicht mehr als die Hälfte der Zuwendung verlangt werden. Ausnahmen sind unter Billigkeitsgesichtspunkten in besonders krassen Fällen möglich.

6.4.6 Wertsteigerungen

Im Sinne des Gleichlaufs mit anderen Anspruchsgrundlagen des Nebengüterrechts sind auch Wertzuwächse auszugleichen[550], und zwar unabhängig davon, ob sie vom Zuwendungsempfänger oder vom zuwendenden Ehegatten bewirkt oder ob sie zufällig entstanden sind (Beispiel: landwirtschaftliches Grundstück wird zu Bauland). Auch der Ehegatteninnengesellschafter nimmt an Gewinnen teil. § 818 Abs. 1 BGB erstreckt den Herausgabeanspruch auf die Nutzungen, etwa die Zinsen angelegten Kapitals (§§ 100, 99 BGB). Die Frage ist streitig. Der BGH[551] und das OLG Hamm[552] haben Wertsteigerungen ausgeglichen, soweit sie vom benachteiligten Ehegatten finanziert worden waren und die Frage anderer Wertsteigerungen offen gelassen, während sich das OLG Düsseldorf[553] hierzu ablehnend geäußert hat.

---

[546] Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 17, 2012, S. 119
[547] BGH FamRZ 2010, 1047
[548] Vgl. Wever FamRZ 2010, 1047, 1049
[549] BGH FamRZ 1991, 1169 = NJW 1991, 2553 BGH FamRZ 1999, 365; 2006, 394, 396
[550] Vgl. BGH, Urteil v. 07.05.2005 XII ZR 316/02
[551] BGH FamRZ 1995, 1148
[552] OLG Hamm v. 21.09.2010 25 U 58/08; vgl. auch BGH XII ZR 316/02; vgl. auch OLG München FamRZ 2003, 312
[553] OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 1148

6.4.7 Wertverlust

Wertverluste sind hinzunehmen und mindern den Anspruch, der auf den zum Stichtag noch vorhandenen Rest beschränkt ist.

6.4.8 „Sicherheitsausgleich“ bei dinglicher Rückgewähr

Im gesetzlichen Güterstand ist vorausschauend zu beurteilen, wie sich der Anspruch auf den Zugewinnausgleich auswirkt. Da er rechtlich vor dem Zugewinnausgleich fällig ist, wirkt er sich auf die Endbilanz aus und kann zu einem gegenläufigen (Rück)zahlungsanspruch führen. Um dies zu vermeiden, darf die dingliche Rückgewähr dann nur Zug um Zug gegen Leistung einer adäquaten Ausgleichszahlung zugesprochen werden[554].

Noch nicht entschieden ist, wie es sich hier rechnerisch auswirkt, wenn die dingliche Rückgewähr im Einzelfall, der die Regel sein dürfte, aufgrund der ehelichen Abschreibung ohnehin nur gegen eine Ausgleichszahlung verlangt werden kann[555]. Richtigerweise dürfte dies die Bemessung der zusätzlichen Ausgleichszahlung nicht beeinflussen, sodass es ggf. zu einer gegenläufigen Zahlung kommen kann, welche den Wert des Zuwendungsgegenstandes übersteigt, denn der Zusatzbetrag wird ja später über den Zugewinnausgleich wieder kompensiert.

Beispielsfall:

Der Scheidungsantrag der F (gesetzlicher Güterstand) ist zugestellt. Beide hatten kein Anfangsvermögen. Das Endvermögen des M beträgt 500000 €, das der F 200000 €. Im Endvermögen von M steht ein Ferienhaus im Wert von 100000 €, welches für F behindertengerecht ausgebaut worden war. Sie hatte es M vor längerer Zeit „geschenkt“. Die Voraussetzungen eines dinglichen Rückgewähranspruches aus ehebezogener Zuwendung liegen vor.

Lösung:

Im Wege dinglicher Rückgewähr erhält F von M einen Wert von 100000 € (Ferienhaus), obwohl die Zuwendung lange ihren Zweck erfüllt hatte und sich der Ausgleichsanspruch bei Zahlung nur auf 50000 € beliefe. Also hat sie ihm im Gegenzug 50000 € bar auszugleichen und stellt sich die Zugewinnausgleichsberechnung wie folgt dar:

Endvermögen M: 500000 € - 100000 € Rückgewähr Ferienhaus + 50000 € Ausgleichszahlung Ferienhaus = 450000 €.

Endvermögen F: 200000 € + 100000 € Rückgewähr Ferienhaus - 50000 € Ausgleichszahlung Ferienhaus = 250000 €.

Zugewinnausgleich 450000 € - 250000 € = 200000 € : 2 = 100000 €.

---

[554] BGH FamRZ 2007, 877
[555] Vgl, BGH FamRZ 1998, 669, 670;2006, 394

Ergebnis:

M verfügt über 500000 € - Ferienhaus 100000 € = 400000 € + 50000 € Ausgleichszahlung Ferienhaus – Zugewinnausgleich 100000 € = 350000 €.

F verfügt über 200000 € - 50000 € Ausgleichszahlung Ferienhaus + Zugewinnausgleich 100000 € = 250000 € und das Ferienhaus im Wert von 100000€, Gesamtwert 350000 €.

Es erweist sich auch hier, das sich die ehebezogene Zuwendung bei ungestörtem Zugewinnausgleich nicht auswirkt, auch nicht im Sonderfall der dinglichen Rückgewähr.

6.4.9 Kein Einwand der groben Unbilligkeit („Verwirkung“)

Nicht erheblich sind nach dem BGH Eheverfehlungen[556]; das Gesetz kenne weder eine Schlechterstellung des allein schuldig Geschiedenen noch eine Kürzung des Zugewinnausgleichs aus solchen Gründen, falls nicht grobe Unbilligkeit nach § 1381 BGB vorliege (str.[557]). Wie auch im übrigen Güterrecht schließen Eheverfehlungen den Anspruch daher nicht aus (z. B. bei Ehebruch[558]). Extreme Ausnahmefälle lassen eine andere Beurteilung zu (z. B. Mord[559]). Eine weitere Ausnahme deutet Wever für den Fall eines wirtschaftlichen Bezugs der Verfehlung an[560].

6.5 Sonderfall: Tod eines Ehegatten

Stirbt der verpflichtete Ehegatte, geht der Ausgleichsanspruch unter bzw. sind die Erben des berechtigten Ehegatten auf erbrechtliche Ansprüche verwiesen[561], stirbt der berechtigte Ehegatte, gehört der fällige Anspruch zum Nachlass[562]. Es handelt sich um einen Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sondern die Lebensgemeinschaft hat ihr natürliches Ende durch Tod gefunden[563].

6.6 Erbrechtliche Aspekte

Erbrechtlich gilt die ehebezogene Zuwendung als unentgeltlich und wird wie eine Schenkung behandelt[564]. Dies wirkt sich vor allem beim Pflichtteilsrecht aus (§ 2325 BGB). Eine Schenkung wird nur dann nicht angenommen, wenn sie

---

[556] BGH FamRZ 1972, 201, 202
[557] Str.; zum Meinungsstand vgl. Palandt/Brudermüller § 1381 BGB Rdn. 17
[558] OLG Bamberg FamRZ 1995, 234, 235
[559] OLG Celle FamRZ 2003, 233 (Schwiegerkindkonstellation nach „alter“ Rechtssprechung)
[560] Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten Außerhalb des Güterrechts, Rdn. 464
[561] BGH FamRZ 1990, 855
[562] BGHZ 142, 137
[563] BGH FamRZ 2013, 1030
[564] BGHZ 116, 167,170 = FamRZ 1992, 300, 301; OLG Köln, Urteil vom 22.06.1993, 22 U 26/93 (juris) mit Hinweis auf Sandweg NJW 1989, 1965, 1972; OLG Schleswig, Urt. v. 10.12.2013 3 U 29/13, jurisJaeger, DNotZ 1991, 431, 437

„drittanspruchsfest“ ist[565]. Das ist der Fall, wenn sie aus zusätzlichen Gründen – neben dem der ehelichen Geschäftsgrundlage – nicht als objektiv unentgeltlich angesehen werden kann, z. B. wenn sie zur angemessenen Alterssicherung des anderen Ehegatten erfolgt[566].

Ist von einer ehebezogenen Zuwendung streitig, ob sie eine solche darstellt oder eine Schenkung, ist sie in das Nachlassverzeichnis aufzunehmen, sofern sie nur unter Umständen erfolgt ist, die die Annahme nahelegen, es handele sich in Wirklichkeit um eine Schenkung oder auch nur um eine gemischte Schenkung[567].

Grundsätzlich kann derjenige, der durch ein ehebezogenes Rechtsgeschäft seinem Ehegatten etwas zugewendet hat, nach Beendigung der Ehe durch dessen Tod die Erben nicht auf Ausgleich wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Anspruch nehmen. Der BGH hat offen gelassen, ob dies in Ausnahmefällen anders zu beurteilen sein kann[568].

Eine Zuwendung ist ungekürzt zurück zu gewähren, wenn der Zuwendungsempfänger rechtskräftig zur Anstiftung zum Mord an seinem Ehegattenverurteilt wurde. Es handelt sich um einen krassen Ausnahmefall, dem nicht der Grundsatz entgegensteht, dass wir den Zeitraum, in dem die Ehe Bestand gehabt hat, der Zweck der Zuwendung erreicht wurde (Rückforderungsgläubiger waren die Eltern der ermordeten Ehefrau gegenüber ihrem Schwiegersohn)[569].

6.7 Gläubigeranfechtungsgesetz

Die familienrechtliche Differenzierung zwischen Schenkung und ehebezogener Zuwendung ist anfechtungsrechtlich unerheblich. Dass ein Vermögenstransfer auf der Geschäftsgrundlage des Fortbestands der Ehe erfolgt ist, stellt keine Gegenleistung dar, die die Unentgeltlichkeit im Sinne der anfechtungsrechtlichen Vorschriften ausschließt[570].

6.8 steuerliche Aspekte, Zuwendungsverträge

Wever[571] weist darauf hin, dass bei Zuwendungsverträgen die steuerlichen Folgen zu berücksichtigen sind sowie auf die dazu veröffentlichte neuere Literatur[572] und Rechtsprechung[573].

Wichtige Hinweise enthält ein Beitrag von Steiner[574]: die Gefahr der Schenkungsbesteuerung besteht nicht bei vertraglichen Leistungen, für die ein

---

[565] OLG Düsseldorf, Urteil vom 31.01.1997, / U 59/96, Quelle: juris
[566] OLG Schleswig, FamRZ 2011, 506; Bergschneider, FÜR 2011, 244, 246
[567] BGHZT 89, 24, 27; OLG Köln, Urteil vom 22.06.1993, 22 U 26/93 (juris)
[568] BGH FamRZ 1990, 855
[569] OLG Celle, FamRZ 2003, 233
[570] BGH FamRZ 2012, 363; WM 2008, 1695; WM 1999, 394
[571] Wever FamRZ 2010, 237, 245
[572] Tiedke/Schmitt NJW 2009, 2632; Schlünder FuR 2009, 61; Grziwotz FamRB 2009, 387
[573] BFH NJW 2009, 1373

gesetzlicher Anspruch ernsthaft diskutabel ist, die also mit einer gewissen, nicht zwingend hohen Wahrscheinlichkeit dem Tenor einer Gerichtsentscheidung entsprechen könnten[575]. Es ist daher zu empfehlen, in Scheidungsvereinbarungen die Berechnungsgrundlagen wiederzugeben und den Vergleichscharakter wörtlich zu betonen[576].

Übertragen auf Zuwendungen bei intakter Ehe bedeutet dies , dass zwar grundsätzlich die Geschäftsgrundlage des Fortbestands der Ehe festgehalten werden sollte (um spätere Ausgleichsansprüche abzusichern), dass aber allein die Tatsache, dass es sich um eine ehebezogene Zuwendung – und nicht um eine Schenkung – handelt, nicht vor der Schenkungssteuerbarkeit schützt[577]. Die objektive Unentgeltlichkeit wird also nicht schon durch das Motiv der Ausgestaltung, Erhaltung, Sicherung oder Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft ausgeschlossen, welches zum Ausgleichsanspruch führt, sondern es sind Gegenleistungen erforderlich wie etwa die künftige Haushaltsführung, Kinderbetreuung und Unterstützung des zuwendenden Ehegatten in dessen Geschäft oder die Kompensation solcher Leistungen aus der Vergangenheit, die Zuwendung als Vorsorgeunterhalt und anderes mehr. Problematisch kann die Einrichtung eines Oderkontos oder Oderdepots sein als Übertragung der entsprechenden Mitberechtigung[578].

Bei Angabe einer Gegenleistung gerät man jedoch in die Gefahr, die reine Ehebezogenheit der Zuwendung, also die Geschäftsgrundlage, zu konterkarieren. Absicherung des Ausgleichsanspruchs durch Angabe der Geschäftsgrundlage und Vermeidung der Schenkungssteuer durch Benennung von Gegenleistungen erscheinen wie die sprichwörtliche Quadratur des Kreises. Steuerliche Beratung ist daher unbedingt zu empfehlen.

7 Der familienrechtliche[579] Kooperationsvertrag

7.1 Begriff und Abgrenzung

Ein familienrechtlicher Kooperationsvertrag ist ein zwischen Ehegatten geschlossener Vertrag sui generis über eine Wertschöpfung durch solche Mitarbeit zugunsten des anderen Ehegatten, die nicht über die Ehegatteninnengesellschaft ausgeglichen werden kann, insbesondere weil sie einen eheimmanenten Zweck erfüllt, beispielsweise im Zusammenhang mit dem Familienheim[580]. Sie ist aber auch bei Mitarbeit im Betrieb des anderen Ehegatten denkbar[581].

---

[574] Steiner, FamRB 2012, 324
[575] Steiner, FamRB 2012, 324 f
[576] Steiner, FamRB 2012, 324, 326
[577] vgl. Meder, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinngemeinschaft, S. 49
[578] Wefers/Carle, Freigiebige Zuwendungen unter Ehegatten – Gemeinsamer Tisch, gemeinsames Bett, gemeinsames Konto, ErbStB 2013, 48
[579] Der Anspruch ist, wie die ehebezogene Zuwendung, auch bei Verlobten möglich, BGH FamRZ 1992, 427, ebenso bei nichtehelichen Lebensgemeinschaftern, BGH FamRZ 2011, 1563, 1565
[580] BGH FamRZ 1982, 910
[581] BGH FamRZ 1994, 1167

Der Vertrag kann auch – in Entsprechung zur „gemeinschaftsbezogenen (Sach)zuwendung – zwischen Lebensgemeinschaftern in Betracht kommen: „lebensgemeinschaftlicher Kooperationsvertrag“[582].
Er kommt insbesondere in Betracht, wenn es sich um reine Mitarbeitsfälle handelt und mindestens ein Tatbestandsmerkmal der Innengesellschaft fehlt, etwa ein Gesellschaftszweck überhaupt oder ein Ehe überschreitender Zweck, eine gleichberechtigte Stellung oder der Rechtsbindungswille, wobei gleichzeitig die ehebezogene Zuwendung ausscheidet, die nur für Sachzuwendungen anerkannt wird. Unter den eben genannten Voraussetzungen kommt die Kooperation auch bei Mischfällen in Betracht.

Bei Mitarbeit zu nicht ausschließlich eheimmanenten Zwecken kommt eine Ehegatteninnengesellschaft in Betracht (siehe oben).

Dass zum familienrechtlichen Kooperationsvertrag relativ wenige Entscheidungen ergangen sind, ändert nichts daran, dass die Anspruchsgrundlage weiterhin hoch aktuell ist[583].

Eine Darstellung, welche Tätigkeiten Gegenstand von Kooparationsverträgen sein können, findet sich im Rechtsprechungsregister im hinteren Teil dieses Skripts.

7.2 Rechtshistorische Entwicklung und heutiger Stand der BGH Rechtsprechung

Der Kooperationsvertrag verdankt seine Existenz allein der rechtlichen BGH Konstruktion der ehebezogenen Zuwendung und dem Dogma, dass Mitarbeit nicht zugewendet werden könne. Er füllt die dadurch entstandene Regelungslücke aus.

Wie bei der ehebezogenen Zuwendung ist Zweck der Wertschöpfung, hier: der erbrachten Arbeitsleistung, und gleichzeitig Geschäftsgrundlage die Ausgestaltung und Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft aufgrund konkludent geschlossenen familienrechtlichen Vertrages[584]. Wie bei der ehebezogenen Zuwendung ist jedoch auch deren Erhalt oder Sicherung nicht ausgeschlossen.

Die Begründung des BGH lautet, dass, nur weil Mitarbeit nicht zugewendet werden könne (und deshalb ein Zuwendungsvertrag ausscheide), Mitarbeit nicht ausgleichslos geleistet werde.

7.3 Tatbestand

Diese Vertragsvariante erfordert die gleichen Tatbestandsmerkmale wie derjenige familienrechtliche Vertrag sui generis, welcher der ehebezogenen Zuwendung zugrunde liegt, mit Ausnahme seines Gegenstands (hier: Mitarbeit, dort: Sachzuwendung).

---

[582] Keiser RW 2014, 27
[583] Vgl. BGH FamRZ 2010, 958; BGHZ 142, 137, 149
[584] BGH FamRZ 1994, 1167, 1168

Diese Besonderheit erfordert zusätzlich Folgendes[585]:

- Nachhaltigkeit der Mitarbeit (Dauer und Regelmäßigkeit)
- Sie muss zu einem messbaren Vermögenszuwachs geführt haben
- Keine vorrangigen Vereinbarungen incl. Innengesellschaft[586]. Vorrangig ist z. B. ein Arbeitsverhältnis, welches einem objektiven Drittvergleich (im Gegensatz zur Ehegatteninnengesellschaft[587]) nicht standhalten muss[588]. Für die Behauptung, trotz Abführung von Abgaben tatsächlich überhaupt nicht entlohnt worden zu sein, trägt der betreffende Ehegatte die Beweislast[589].

7.4 Rechtsfolgen

Es bestehen lediglich zwei grundlegende Unterschiede zum Zuwendungsvertrag:

7.4.1 Nur finanzieller Ausgleich, niemals Rückgewähr

Zum einen scheidet aus der Natur der Sache eine dingliche Rückgewähr immer aus. Mitarbeit kann nicht zurückgegeben, sondern nur ausgeglichen werden. Auch Ausnahmefälle sind hier – im Gegensatz zur ehebezogenen (Sach)zuwendung nicht denkbar.

Anders ist dies bei Mischfällen[590] (Sachzuwendung *und* Mitarbeit), jedoch nicht als Ausnahme, sondern weil letztlich verschiedene Ansprüche greifen, die aber im Beschluss einheitlich abgehandelt werden können, denn es handelt sich immer um einen familienrechtlichen Vertrag sui generis.

7.4.2 Berechnungsmaßstab

Zum anderen orientiert sich die Bemessung des Ausgleichs nicht am geschaffenen Wert, sondern an der Arbeitsleistung[591],

Formel: Anzahl der Arbeitsstunden x Stundenverrechnungssatz eines Facharbeiters,

---

[585] Wever Rdn. 672
[586] BGHZ 142, 137
[587] BGH FamRZ 2006, 607
[588] OLG Bremen FamRZ 1999, 227
[589] OLG Bremen FamRZ 1999, 227, 228
[590] So z. B. OLG Nürnberg EzFamR aktuell 2000, 223
[591] BGH FamRZ 1982, 910; 2010, 958, 963 (Schwiegereltern); LG Marburg FamRZ 2004, 1099 (Schwiegereltern)

wenngleich – da es sich um einen Billigkeitsanspruch handelt, § 313 BGB – mit der erzielten Wertschöpfung und dem ungestörten Zugewinnausgleich als Obergrenze.

Dies kann man auch anders sehen.

Fallbeispiel wie oben:

Das Familienheim von M und F ist grundbuchlich auf F eingetragen, wurde aber von M, der Bauhandwerker ist, während der Ehe errichtet. F trennt sich von ihm.

Variante 1:

Das Haus steht in bester Lage in Hamburg an der Elbchaussee, in Bad Homburg vor der Höhe oder am Starnberger See.

Variante 2:

Das Haus steht in Mecklenburg-Vorpommern am Rand eines Tagebaus oder auf einer Hallig.

Der Unterschied liegt auf der Hand.

7.4.3 Ausgleichskriterien

Der Bundesgerichtshof verweist hinsichtlich der Ausgleichskriterien ausdrücklich auf seine zum Ausgleich ehebezogener Zuwendungen ergangene Rechtsprechung[592].

7.4.4 Verjährung

Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre (§ 195 BGB). Sie beginnt mit dem Schluss desjenigen Jahres, in welchem die Ehe endgültig scheitert, also mit der Trennung (§199 BGB). Die Verjährung ist bis zur Rechtskraft der Ehescheidung gehemmt (§ 207 BGB).

Die bis zum Inkrafttreten des Erbrechtsverjährungsänderungsgesetzes am 01.01.2010[593] geltende Sonderverjährungsfrist von 30 Jahren ist durch Streichung des § 197 Z. 2 BGB aufgehoben.

7.5 Leistungen naher Angehöriger

Wenn ein Angehöriger nach den Umständen mit Rücksicht auf die Eheschließung seines Kindes mitarbeitet, ohne dass ausreichende Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, er habe sich dazu gegenüber dem Ehegatten gegenüber verpflichten wollen,

[592] BGH FamRZ 1982, 910, 912; 1994, 1167, 1168
[593] BGBl. 2009 I S. 3142

hat er die Leistung für das eigene Kind erbracht, dem der wirtschaftliche Wert unmittelbar zuzurechnen ist[594].

8 Berechnungsbeispiele

8.1 konkludente Ehegatteninnengesellschaft (nicht belegt)

8.2 ehebezogene Zuwendung

8.2.1 „Abschreibung“ nach der Formel des 19. Deutschen Familiengerichtstages

Berechnungsbeispiel:

M geb. 1940
F geb. 1945
Eheschließung 1970, Gütertrennung
Ehebezogene Zuwendung M an F 2000 100000 €[595].
Trennung 2010
Lebenserwartung M bei Trennung nach Sterbetafel: 13,63 Jahre (Ableben 2023)
Lebenserwartung F bei Trennung nach Sterbetafel: 20,52 Jahre (Ableben 2030)
Fiktives Ende der Ehe ohne Scheidung durch Tod des M: 2023
Fiktive restliche Ehezeit ab Zuwendung daher: 23 Jahre
Ehezeit Zuwendung bis Trennung 2000 – 2010: 10 Jahre
Formel: „23 Jahre : 10 Jahre = 100 : Faktor X“
Faktor X = 43,48 (10 Jahre sind 43,48 % von 23 Jahren)
Das heißt: von der restlichen fiktiven Ehezeit ab Zuwendung hatte die Geschäftsgrundlage zeitlich gesehen 43,48 % Bestand, war sie also bis dahin „abgeschrieben“
Daher ist sie in Höhe von 56,52 % entfallen
Anspruchsberechnung daher: 100000 € x 56,52 % = 56520 €:

Zuwendung **Trennung** **fiktives Ende der Ehe**

10 Jahre = 43,48 %:

23 Jahre = 100 %:

[594] BGH FamRZ 1992, 160, 162

[595] Nach heutiger Währung

8.3 familienrechtlicher Kooperationsvertrag (nicht belegt)

9 Formfragen

Weder die konkludente Ehegatteninnengesellschaft noch der familienrechtliche Vertrag sui generis in seinen Ausprägungen der ehebezogenen Zuwendung und des familienrechtlichen Kooperationsvertrages unterliegen für sich gesehen irgendwelchen Formvorschriften, insbesondere nicht den §§ 1408, 1410 BGB[596].

Umgekehrt sind sie aber auch nie Auffangtatbestand für formell gescheiterte anderweitige Vereinbarungen. Ist eine privatschriftliche Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes etwa wegen § 1410 BGB nichtig, kann allein deshalb nunmehr nicht eine Ehegatteninnengesellschaft angenommen werden[597].

10 Mischfälle

Liegen mehrere, aber unterschiedliche Wertschöpfungsvorgänge vor, insbesondere Geld- (oder Sach)zuwendungen einerseits und Mitarbeit andererseits, kommt es darauf an, ob sie in einem inneren Zusammenhang stehen.

Das BGH Urteil vom 30.06.1999[598] hat hier erheblich zur Vereinfachung beigetragen, indem nunmehr Wertschöpfungen im Zweifel der Ehegatteninnengesellschaft zuzuordnen sind unabhängig davon, ob der Wertschöpfungsvorgang in einer Sachzuwendung oder in Mitarbeit besteht. Das dort formulierte Ziel, Mischfälle einer einheitlichen Lösung zuzuführen[599], wird durch die Anspruchsvielfalt letztlich jedoch weiterhin verfehlt.

10.1 Mischfälle mit innerem Zusammenhang

Es ist weiter zu unterscheiden:

10.1.1 Tatbestandsvoraussetzungen einer Ehegatteninnengesellschaft liegen vor

Beispiel[600]: F stellt M für die Gründung seines Erwerbsgeschäfts ihre Erbschaft von 100000 € zur Verfügung und arbeitet dann jahrelang gleichberechtigt mit. Beide

[596] BGHZ 142, 137, 157
[597] OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1670
[598] BGHZ 142, 137
[599] BGHZ 142, 137, 152
[600] Vgl.auch BGHZ 142, 137

betrachten das Unternehmen als ihr gemeinsames, auch wenn es formal nur auf M läuft.

Auf die unterschiedliche Wertschöpfungsart kommt es nicht an. Es greifen die Grundsätze der Innengesellschaft. Es erfolgt nur ein einziger (Gesamt)ausgleich[601].

10.1.2 Tatbestandsvoraussetzungen einer Ehegatteninnengesellschaft liegen nicht vor

Beispiel: Wertschöpfung ohne Zweckverfolgung[602] oder mit rechtlich untauglichem Zweck, insbesondere Errichtung oder Ausbau des Familienheims[603] (in beiden Fällen kann F dem M etwa sukzessive Geldbeträge überlassen und mitgearbeitet haben).

Es wird nach den Grundsätzen des familienrechtlichen Vertrages sui generis ausgeglichen (der hier zunächst in seinen beiden Erscheinungsformen gegeben ist), aber wegen der durch den inneren Zusammenhang bedingten Einheitlichkeit des Wertschöpfungsvorgangs im Rahmen eines rechtlich einheitlichen Anspruchs durch einen einzigen finanziellen Ausgleich.

Es ist jedoch auch hier denkbar, dass im *Ausnahmefall* die Sachzuwendung durch Rückgabe ausgeglichen wird. Soweit hier aufgrund der meist erfolgten Zweckerreichung Zug um Zug eine Ausgleichszahlung zu tenorieren wäre[604], ist darauf zu achten, dass der finanzielle Ausgleich der Mitarbeit gleich mit zu berücksichtigen ist. Übersteigt der Ausgleich für die Mitarbeit die Zug-um-Zug-Zahlung, kommt es neben der Rückgabe zu einer zusätzlichen Ausgleichszahlung.

10.2 Mischfälle ohne inneren Zusammenhang

Beispiel: Erst schenkt F dem M ein Auto, dann eine wertvolle Uhr und außerdem arbeitet sie bei ihm mit, und zwar in einem Unternehmen, das beide gegründet haben und als gemeinsames betrachten und dann noch in einer von M geerbten Nebenerwerbslandwirtschaft, wo sie kein eigenes Interesse verfolgt.

Kommt es – das kann auch in engem zeitlichem Zusammenhang erfolgen – zu mehreren Wertschöpfungen, die sachlich nichts miteinander zu tun haben, wird jede separat mit denjenigen Rechtsfolgen ausgeglichen, die sich aus dem Vorliegen (oder Fehlen) einschlägiger Tatbestandsvoraussetzungen ergeben. Hier können sich eine Innengesellschaft, eine Zuwendung und Mitarbeit in allen denkbaren Konstellationen begegnen. Zu beachten ist, dass bei mehreren Fällen der Mitarbeit und der Zuwendung jeweils ein separater Ausgleich erfolgt, was verfahrensrechtlich im Wege der objektiven Antragshäufung geltend gemacht werden kann, zumindest in der schriftsätzlichen Begründung aber sauber zu trennen ist, sodass die einzelnen Wertschöpfungsvorgänge erkennbar und deutlich voneinander abgegrenzt werden.

---

[601] BGH FamRZ 2003, 1648
[602] BGH FamRZ 1994, 1167
[603] BGHZ 1982, 810
[604] BGH FamRZ 1998, 669,670; v. 07.09.2005 XII ZR 316/02 n. v.; FamRZ 2006, 394 auch zur Bemessung der Ausgleichszahlung

Denkbar, aber unwahrscheinlich ist auch, dass Ehegatten zwei verschiedene Innengesellschaften betrieben haben.

11 Konkludente Ehegatteninnengesellschaft, ehebezogene Zuwendung und familienrechtlicher Kooperationsvertrag – synoptische Darstellung der Tatbestandsmerkmale und der Rechtsfolgen

11.1 Tatbestandsmerkmale

11.1.1 Übersicht

<table>
<tr><th rowspan="2">Tatbestands-voraussetzungen</th><th colspan="3">Anspruchsgrundlage</th></tr>
<tr><th>konkludente Ehegatteninnen-gesellschaft</th><th>ehebezogene Zuwendung</th><th>Familienrechtlicher Kooperations-vertrag</th></tr>
<tr><td>Wertschöpfungsvorgang</td><td>Mitarbeit und/oder Sachzuwendung</td><td>Nur Sachzuwendung</td><td>Nur Mitarbeit</td></tr>
<tr><td>Beiderseitige Wertschöpfung erforderlich?</td><td>ja</td><td>nein</td><td>ja</td></tr>
<tr><td>Wertschöpfungszweck</td><td>Gesellschafts-rechtlicher Zweck erforderlich</td><td colspan="2">Gesellschaftsrechtlicher Zweck nicht erforderlich</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Rechtsbindungswille</td><td colspan="3">erforderlich</td></tr>
<tr><td>Wille zum Abschluss eines Gesellschafts-es wird anhand von Indizien festgestellt</td><td>Der Wille, dem anderen Ehegatten rechtsverbindlich etwas zuzuwenden, (Laienwertung: zu „schenken“</td><td>Der Wille, zugunsten des anderen Ehegatten rechtsverbindlich tätig zu sein</td></tr>
<tr><td>Zielvorstellung</td><td>Vorstellung, die Wertschöpfung solle nicht nur dem formal Berechtigten, sondern auch dem anderen Ehegatten zustehen</td><td colspan="2">Vorstellung, die Wertschöpfung solle allein dem anderen Ehegatten als formal Berechtigtem zustehen.</td></tr>
</table>

Interesse	Ehegatte handelt im unmittelbaren Interesse des anderen Ehegatten und im eigenen Interesse	Ehegatte handelt nur im unmittelbaren Interesse des anderen Ehegatten; im eigenen Interesse handelt er allenfalls mittelbar (s. Geschäftsgrundlage)	
Geschäftsgrundlage	besteht nicht	Geschäftsgrundlage ist der Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft	
Überschreitung des eherechtlichen Pflichtenkreises, insbes. §§ 1353, 1356, 1360 BGB	Leistungstransfer mit Wertschöpfung im ehelichen Pflichtenkreis schließ Anspruch aus		
Gleichberechtigte Stellung der Ehegatten bei der Mitarbeit	Grundsätzlich erforderlich, aber großzügiger Maßstab; ausreichend ist, dass überhaupt erhebliche Beiträge geleistet wurden	Entfällt mangels Mitarbeit	nicht erforderlich
Stichtag	Beendigung der Zusammenarbeit, in der Regel Trennungstag	Endgültige Trennung	
(Noch) Vorhandensein des Gegenstandes der Wertschöpfung am Stichtag erforderlich?	nein	ja	ja
Güterstand	unerheblich	Güterstand schließt den Anspruch nicht aus, ist aber bei der Abwägung nach § 313 BGB zu beachten	
Unbilligkeit erforderlich?	nein	ja	ja

11.1.2 Gemeinsamkeiten und Unterschiede

11.1.2.1 Gemeinsamkeiten

Es sind tatbestandliche Gemeinsamkeiten in folgenden Punkten festzustellen: Erfordernis eines Wertschöpfungserfolges, Erforderlichkeit des Rechtsbindungswillens.

11.1.2.2 Unterschiede

Es sind tatbestandliche Unterschiede in folgenden Punkten festzustellen: Erfordernis beiderseitiger Aktivitäten, Wertschöpfungszweck, Feststellung des Rechtsbindungswillens im Prozess, Zielvorstellung, Interesse, Überschreitung des ehelichen Pflichtenkreises, gleichberechtigte Stellung bei der Mitarbeit, Stichtag, (noch) Vorhandensein der Wertschöpfung am Stichtag, Vermeidung einer unbilligen Härte, Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung, Güterstand.
Innerhalb dieser Unterschiede gibt es zusätzlich Abweichungen zu gesetzlichen Güterstand.

11.2 Rechtsfolgen

11.2.1 Übersicht

Rechtsfolgen	**Anspruchsgrundlage**		
	konkludente Ehegatteninnen-gesellschaft	**ehebezogene Zuwendung**	**Familienrechtlicher Kooperations-vertrag**
Rechtsnatur	Auseinandersetzungs-anspruch	Ausgleich- oder Rückgewähranspruch	Vergütungsanspruch
Beendigung	Konkludente Kündigung, i. d. R. durch Trennung	Entfällt, da kein Dauerschuldverhältnis	Zweckbefristungsabede
Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolge	Wertschöpfungserfolg	Wertschöpfungsvorgang	Wertschöpfungsvorgang
Art des Ausgleichs	Schuldrechtlicher finanzieller Ausgleichs-anspruch, keine dingliche Berechtigung	Grundsätzlich schuldrechtlicher finanzieller Ausgleich, ausnahmsweise Rückgewähr	Immer finanzieller Ausgleich
Begrenzung auf die Höhe der noch vorhandenen Zuwendung	nein	ja	ja
Begrenzung auf fiktiven Zugewinnausgleichs-anspruch	nein	ja	ja
„Abschreibung“ durch die Zeit der Zweckerreichung	nein	ja	ja
Ausgleichskriterien	§ 730 ff BGB	Billigkeitsabwägung im Einzelfall	

11.2.2 Gemeinsamkeiten und Unterschiede

11.2.2.1 Gemeinsamkeiten

Es besteht jeweils ein Zahlungsanspruch. Bei der ehebezogenen Zuwendung kann ausnahmsweise auch dingliche Rückgewähr verlangt werden.

11.2.2.2 Unterschiede

Daraus resultiert letztlich ein Unterschied: auch wenn jeweils ein Zahlungsanspruch besteht, gewährt die Innengesellschaft ihrer Rechtsnatur nach einen Auseinandersetzungs- als Ausgleichs-, die Zuwendung einen Rückgewähr- und die Kooperation einen Vergütungsanspruch. Bei der ehebezogenen Zuwendung kann nur ausnahmsweise (anstatt einer Zahlung) dingliche Rückgewähr verlangt werden, weshalb man von einem dem Ausgleichsanspruch angenäherten Rückgewähranspruch sprechen muss. Der Zahlungsanspruch ist bei der Ehegatteninnengesellschaft nicht begrenzt, sehr wohl aber beim Vertrag sui generis, und zwar einmal auf die Höhe der Zuwendung und zusätzlich auf den Betrag des fiktiven Zugewinnausgleichs und zusätzlich durch die „Abschreibung aufgrund Zweckerreichung“. Unterschiedlich sind ferner die Kriterien zur Anspruchsberechnung und waren – bis zur diesbezüglichen Rechtsänderung - die (gespaltenen[605]) Verjährungsfristen.

12 Konkurrenzfragen[606]

12.1 Bedeutung der Unzumutbarkeit/Billigkeit/Abwägung

Soweit sich die Ansprüche nicht bereits tatbestandlich gegenseitig ausschließen – Beispiel: eine Sachzuwendung kann nur entweder unter eine Innengesellschaft oder einen Vertrag sui generis subsummiert werden[607] – geht (zunächst) keiner dem anderen rechtlich vor und stehen sie im Übrigen ihrerseits in Anspruchskonkurrenz zum Zugewinnausgleich, wo sie sich wiederum rechnerisch auswirken können. Sowohl bei der Gesellschaft als auch bei der Zuwendung und der Kooperation handelt es sich nämlich gleichermaßen um vertragliche Ansprüche. Die Zuwendung wird allerdings im Regelfall vom Zugewinnausgleich verdrängt[608], was am Billigkeitskeitskriterium des sui-generis-Vertrages liegt.

---

[605] Bergschneider in: Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab, S. 459, 468
[606] Vgl. hierzu auch Roßmann FuR 2001, 498
[607] Was wiederum insbesondere vom Vorliegen eines anerkannten Gesellschaftszwecks abhängt; eine Innengesellschaft scheidet aus und es wird der Anspruchsteller auf die Grundsätze zur Zuwendung verwiesen, wenn entweder überhaupt kein verfolgter Zweck vorliegt oder ein verfolgter Zweck nicht innengesellschaftstauglich ist, wie es insbesondere beim Familienheim der Fall ist
[608] BGH FamRZ 1989, 147, 149

Außerdem wird im Einzelfall wird häufiger die Innengesellschaft als die Zuwendung oder die Kooperation zum Tragen kommen (siehe unten).

Allerdings setzt der Anspruch aus familienrechtlichem Vertrag sui generis gem. § 313 I BGB voraus, dass dem benachteiligten Ehegatten „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls … das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann“. Hierzu ist eine Abwägung aller feststellbaren Vor- und Nachteile erforderlich, und das Ergebnis muss so gestaltet sein, dass das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde[609].

Weder der Zugewinnausgleich[610] noch die konkludente Ehegatteninnengesellschaft kennen ein solches zwingendes Tatbestandsmerkmal der Unbilligkeit.

Dies wirkt sich im Ergebnis so aus, dass im Falle des Bestehens eines Anspruches auf Zugewinnausgleich oder aus Ehegatteninnengesellschaft das Festhalten am (familienrechtlichen) Vertrag (sui generis) nicht (mehr) unzumutbar ist. Dann wird der familienrechtliche Vertrag sui generis nicht zusätzlich rückabgewickelt noch erfolgt hieraus ein Ausgleich. Daraus resultiert nicht dogmatisch, aber rechtstatsächlich ein Vorrang des Zugewinnausgleichs gegenüber dem Nebengüterrecht und innerhalb des Nebengüterrechts ein Vorrang der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft gegenüber dem familienrechtlichen Vertrag sui generis (ehebezogene Zuwendung und Kooperation).

12.2 Verhältnis zwischen Nebengüterrecht und Güterrecht

Das führt grundsätzlich zu folgendem Ergebnis:

1. Ein (evtl.) Zugewinnausgleichsanspruch und ein Ausgleichsanspruch aus konkludenter Ehegatteninnengesellschaft stehen in Anspruchskonkurrenz[611]. Es gilt der Grundsatz der Zweigleisigkeit zwischen Güterrecht und schuldrechtlichen Ansprüchen, weil bei richtiger Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften das Ergebnis des Zugewinnausgleichs durch die gesonderte Geltendmachung einzelner vertraglicher oder sonstiger schuldrechtlicher Ansprüche der Ehegatten untereinander regelmäßig nicht verfälscht wird[612].

2. Sie gehen beide einem Anspruch aus familienrechtlichem Vertrag sui generis vor[613].

3. Der Anspruch aus konkludenter Ehegatteninnengesellschaft ist wie andere Ansprüche zwischen Ehegatten auch[614] beim Zugewinnausgleich zu

---

[609] Palandt/Grüneberg, § 313 BGB Rdn. 34 mit Hinweis auf BGHZ 84, 9; 121, 392; 128, 238; 133, 321
[610] § 1381 BGB ist eine Ausnahmevorschrift
[611] BGH FamRZ 2003, 1454
[612] BGH FamRZ 1989, 147, 149; 2009, 193, 194; OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.10.2007, 10 WF 235/07; Hansen-Tilker, Zugewinnausgleich und streitige Forderungen im Endvermögen, FamRZ 1997, 1188
[613] OLG Brandenburg Urteil vom 17.12.2008 13 U 17/08, BeckRS 2009, 01225

berücksichtigen; er erhöht das Endvermögen des Berechtigten und belastet dasjenige des Verpflichteten, und zwar nominal mit dem Betrag der Ausgleichsforderung. Wenngleich die Zusammenarbeit erfahrungsgemäß mit der Trennung endet, kommt es doch vor, dass sie darüber hinaus fortgeführt wird. Überdauert sie den güterrechtlichen Stichtag des § 1384, ist sie mit dem dann gegebenen Wert in das Endvermögen einzustellen.

4. Beim (deshalb subsidiären[615]) Anspruch aus familienrechtlichem Vertrag sui generis sind hingegen vorrangig

   a) das Güterrecht, insbesondere der Zugewinnausgleichsanspruch[616]. Daran ändert angeblich auch die Verjährung des Zugewinnausgleichsanspruchs nichts[617], was man auch anders sehen kann, denn dies kann zur Unzumutbarkeit führen (siehe unten), und das Güterrecht schließt den Zuwendungsanspruch ja nicht dogmatisch, sondern nur praktisch aus (siehe oben).
   Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs werden die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage von den Vorschriften über den Zugewinnausgleich „verdrängt“[618].

   b) der Anspruch aus konkludenter Ehegatteninnengesellschaft[619].

5. In enger[620] Ausnahme zum Vorrang gem. Z. 4. greift der familienrechtliche Vertrag sui generis dann, wenn das güterrechtliche Ergebnis unerträglich unbillig ist[621]. Hier sind zwei Konstellationen denkbar:

   a) Gütertrennung[622]: erforderlich, aber auch genügend ist die Darlegung der Unzumutbarkeit der Beibehaltung der Vermögensverhältnisse[623]
   b) Zugewinnausgleich; die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage greifen nur dort ein, wo ausnahmsweise der güterrechtliche Ausgleich zu keiner angemessenen Lösung führt[624], das güterrechtliche Ergebnis also schlechthin unangemessen und für den Zuwendenden unzumutbar unbillig ist[625], insbesondere ohne vollen Ausgleich der hälftigen Zuwendung[626]. Unbilligkeit liegt nicht vor, wenn ein hälftiger Ausgleich über den Zugewinn erfolgt[627]. Bleibt der Ausgleich hinter der Hälfte zurück, greift allein deshalb aber noch nicht der Zuwendungsanspruch. Vielmehr muss dargelegt werden, dass der (weitere) Ausgleich zwingend geboten ist. Dies ist etwa anerkannt,

---

[614] OLG Düsseldorf FuR 2009, 177
[615] BGH FamRZ 2003, 1454, 1456
[616] OLG Brandenburg v. 17.12.2008 13 U 17/08; OLG Braunschweig MDR 2001, 1242; OLG Bremen FamRZ 2000, 671; OLG Hamm OLGR Hamm 2000, 376; OLG München FamRZ 2002, 393
[617] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[618] BGH FamRZ 1989, 147, 149
[619] OLG Brandenburg ZVI 2008, 30
[620] OLGR Hamm 200, 376: extreme Ausnahmefälle
[621] OLG Braunschweig MDR 2001, 1242; OLG Bremen FamRZ 2000, 671
[622] OLG Bremen FamRZ 2000, 671
[623] BGH FamRZ 1989, 147
[624] BGH FamRZ 1982, 246, 248;1989, 147, 149
[625] OLG Frankfurt FuR 2006, 132
[626] OLG Frankfurt FamRZ 2001, 158
[627] OLG Braunschweig MDR 2001, 1242

wenn der andere Ehegatte mit der Zuwendung das verlorene Anfangsvermögen wieder aufgefüllt hat und der benachteiligte Ehegatte seinen angemessenen Unterhalt nicht mehr bestreiten kann (Fall wie bei § 528 BGB)[628].

12.3 Fälligkeit bei familienrechtlichem Vertrag sui generis beachten

Obwohl die Geschäftsgrundlage bereits mit der Trennung entfallen kann, ist bei gesetzlichem Güterstand die Geltendmachung erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags möglich. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass zunächst etwas zugesprochen wird, was später zurück zu gewähren ist[629].

13 Anwaltliche Prüfungsreihenfolge

13.1 Erfolgte eine eigene Wertschöpfung zugunsten des anderen Ehegatten und war sie zum Stichtag noch vorhanden, ggf. in welcher Höhe?

13.2 Bestehen diesbezüglich einzelvertragliche Sonderabreden und führen diese zu einem adäquaten Ausgleich?

Ja: Anspruch geltend machen.

Nein: weiter prüfen.

13.3 Welcher Güterstand besteht?

13.3.1 <u>Zugewinngemeinschaft</u>: Zugewinnausgleich berechnen[630]

Ergibt sich ein Anspruch und führt er zu einem adäquaten Ausgleich?

Ja: Anspruch geltend machen (Nebengüterrecht erübrigt sich).

Nein: weiter prüfen.

---

[628] BGH FamRZ 1991, 1169, 1171
[629] BGH FamRZ 2007, 877
[630] Dies ist bei der Zuwendung schon aus Gründen der „vorausschauenden Berechnung“ erforderlich, vgl. BGH FamRZ 2007, 877, und bei der Innengesellschaft, weil der Anspruch güterrechtlicher Rechnungsposten ist

13.3.2 Gütertrennung: Inhalts- und Ausübungskontrolle durchführen

Hält ihr der Vertrag stand?

Ja: weiter prüfen.

Nein: Zugewinnausgleich geltend machen wie oben.

13.4 Anspruch aus Nebengüterrecht prüfen

Anspruch besteht nicht: abraten

Anspruch besteht: Zugewinnausgleichsberechnung überprüfen

13.5 Überprüfung der Zugewinnausgleichsberechnung („interpolieren“) :

Anspruch beim Mandanten in die Aktiva seines Endvermögens einbuchen.

Schuld beim Gegner in die Passiva seines Endvermögens einbuchen.

Zugewinnausgleich erneut berechnen.

Ergebnis bleibt gleich oder weicht nachteilig ab: prüfen, ob Anspruchsgeltendmachung auf den Zugewinnausgleich zu beschränken ist (Auskunftstaktik!).

Ergebnis ist günstiger: prüfen, ob Anspruchsgeltendmachung auf nebengüterrechtlichen Anspruch zu beschränken ist.

13.6 Nachträgliche Geltendmachung nebengüterrechtlicher Forderungen nach abschließender Regelung des Zugewinnausgleichs?

Es ist denkbar, dass der Zugewinnausgleich bereits abschließend geregelt, dabei aber eine nebengüterrechtliche Position nicht berücksichtigt wurde (etwa aus taktischen Gründen, weil sie schlicht vergessen wurde, weil nachträglich Beweismittel auftauchen). Das Problem besteht darin, dass die nachträgliche Befriedigung einer Forderung zu einer doppelten Inanspruchnahme führen kann.

Beispiel:

M und F hatten beide kein Anfangsvermögen. Endvermögen hatte lediglich M in Höhe von 100000 €. M zahlt an F einen Zugewinnausgleich von 50000 €. F hatte M in der Ehezeit allerdings 50000 € geliehen und macht den

Darlehensrückzahlungsanspruch erst jetzt geltend. Wäre die Forderung beim Zugewinnausgleich berücksichtigt worden, hätte F nichts erhalten, so aber erhielte sie 100000 €.

Variante:

M hatte kein Anfangsvermögen, F ein solches von 50000 €. Endvermögen hatte wiederum lediglich M in Höhe von 100000 €.
Der Zugewinnausgleichsanspruch der F beträgt ohne Darlehen 50000 €, mit Darlehen 25000 €.

13.6.1 Regelung des Zugewinnausgleichs durch Vergleich

Die nachträgliche Geltendmachung ist – in Konsequenz der Lehre von der Zweigleisigkeit der Ansprüche – nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings darf es nicht zu einer doppelten Inanspruchnahme kommen, denn diese wäre evident unbillig[631]. Es ist daher anwaltlich zu prüfen, ob und es ist ggf. im Rahmen der Schlüssigkeit eines nebengüterrechtlichen Antrags vorzutragen, dass eine doppelte Inanspruchnahme nicht gegeben ist, wobei die gesamte Zugewinnausgleichsberechnung schriftsätzlich aufzumachen ist. Im Beispielsfall wäre der Antrag aussichtslos, in der Variante erfolgreich in Höhe von 50 % des Darlehensbetrages.

13.6.2 Regelung des Zugewinnausgleichs durch Urteil/Beschlusss

Das BGH Urteil vom 12.08.2008 bezieht und beschränkt sich ausdrücklich auf „den Fall, dass in dem das Zugewinnausgleichsverfahren durch einen bestandskräftigen Vergleich beendet wurde“[632]. Die Fälle der Beendigung des Verfahrens durch gerichtliche Entscheidung oder durch außergerichtlichen Vergleich sind noch offen. Die Argumentation ist jedoch übertragbar, da die Lehre von der Zweigleisigkeit der Ansprüche im ersten Schritt besagt, dass der nebengüterrechtliche Anspruch nicht durch Zugewinnausgleich verdrängt wird. Der zweite Schritt des Verbots der doppelten Inanspruchnahme ist in seiner Begründung in keiner Weise davon abhängig, auf welche Weise die güterrechtliche Auseinandersetzung beendet wurde.

14 Anwaltstaktik

14.1 Darlegungs- und Beweislast

Der Innengesellschafter muss lediglich die Gesellschaftsgründung (die vom BGH hierfür anerkannten Indizien), seine Beiträge und den Bilanzwert zum Stichtag beweisen und – bei Geltendmachung einer Quote von über 50 % - den entsprechenden Vortrag.

---

[631] BGH FamRZ 2009, 193, 194
[632] BGH FamRZ 2009, 193, 194

Der Partner eines Vertrages sui generis muss jeden einzelnen Wertschöpfungsvorgang und Wertschöpfungserfolg nach Grund und Höhe darlegen und beweisen sowie je nach Fall weitere Vorausssetzungen wie z. B., dass der Wertschöpfungserfolg noch vorhanden ist[633] sowie die Anspruchshöhe, selbst wenn lediglich 50 % verlangt werden (kein Zweifelsgrundsatz).

14.2 Verjährung

Trotz des mittlerweile gleichen Laufes der Verjährungsfristen kann es in der Übergangszeit vorkommen, dass ein Anspruch aus Ehegatteninnengesellschaft am 01.01.2010 bereits verjährt war, ein solcher aus familienrechtlichem Vertrag sui generis aber noch nicht.

14.3 Auskunftsrechte ausnutzen

Der Ehegatteninnengesellschafter hat zusätzliche und obendrein viel weiter gehende Auskunftsrechte als der Ehegatte (s. o.). Hier sind Erkenntnisse erlangbar, welche die familienrechtlichen Auskunftszeiträume u. U. deutlich überschreiten und daher z. B. auch für den Unterhalt genutzt werden können (z. B. Privatentnahmen) wie auch für die Frage, ob auf bis jetzt unbekannte oder gar verschwiegene Weise Vermögensbildung betrieben wurde (Zugewinnausgleich).

14.4 Die Ehegatteninnengesellschaft als vorzeitigen selektiven Zugewinnausgleich nutzen[634]

Faktisch führt die Ehegatteninnengesellschaft zu einem teilweisen Ausgleich des Zugewinns, und das vorzeitig, ohne die üblichen Blockademöglichkeiten im GÜ-Verfahren (z. B. langwierige Auskunftsverfahren zum *gesamten* Vermögen) und auch mit möglicher früherer Titulierung .

Es können auch Zinsen verlangt werden, und zwar Prozesszinsen ab Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) und ggf. Verzugszinsen (§ 288 BGB; Gegner nach Fälligkeit mahnen, § 286 BGB!).

Das Risiko des § 1378 BGB (Kappung durch Vermögenswert bei Güterstandsbeendigung) entfällt vollständig.

Der berechtigte Hinweis von Kogel auf die durch doppelte Prozessführung erhöhten Kosten[635] galt ohnehin nur als ein einer von mehreren (siehe Vorstehendes) Gesichtspunkten der anwaltlichen Beratung, ist aber inzwischen durch § 266 FamFG überholt. Es besteht nunmehr die Möglichkeit der objektiven Anspruchshäufung oder von Haupt- und Hilfsantrag.

---

[633] BGH, Urt. v. 19.09.2012, XII ZR 136/10
[634] Vgl. dazu ausführlich Herr, FamRB 2011, 258
[635] Kogel, Zugewinn oder Ehegatteninnengesellschaft? Eine Gratwanderung in der Vermögensauseinandersetzung, FamRZ 2006, 1799

Im Einzelfall ist eine Beteiligungsquote über 50 % denkbar. Das wird zwar im Zugewinnausgleich berücksichtigt, aber nur, wenn dieser auch durchgeführt wird.

Beispiel:

M und F, die im gesetzlichen Güterstand leben, hatten kein Anfangsvermögen. Kurz nach der Eheschließung erbte F 250000 €. Beide entschließen sich, auf einem daraufhin gekauften und grundbuchlich auf M eingetragenen Grundstück einen Handwerksbetrieb zu gründen, der gewerblich ebenfalls auf M angemeldet wird und heute einen Wert von 500000 € hat. Alle Anfangsinvestitionen werden ausschließlich aus der Erbschaft der F finanziert. M und F, die dazu noch den Haushalt führt und die gemeinsamen Kinder betreut, arbeiten durchgehend ganztags (M erledigt den handwerklichen, F den kaufmännischen Bereich). Die Ehegatten trennen sich am 01. Januar, F stellt ihre Mitarbeit ein. M verfügt neben dem Unternehmen noch über einen Oldtimer, eine Münzsammlung und ein kleines Grundstück. Die Werte sind hochstreitig, übersteigen aber keinesfalls 50000€. M lehnt jetzt schon jede Zahlung ab und kündigt F ein langwieriges Zugewinnausgleichsverfahren „bis zum St. Nimmerleinstag mit jede Menge teurer Gutachten, die du letztlich wirst bezahlen müssen“, an.

F macht ihren gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch in Höhe von 250000 € (§ 722 BGB), insgesamt also 375000 €. Mangels Zahlung mahnt sie am 01. April und reicht am 01.Juni gerichtlichen Antrag auf Zahlung des Hauptbetrages incl. der Verzugszinsen ein und hat Erfolg[636].

F hat alle oben erwähnten Vorteile. Zwar fällt der Anspruch in ihr Endvermögen, und zwar incl. der Verzugszinsen (aber nur bis zum Endstichtag des § 1384 BGB) und ist dort wiederum ausgleichspflichtig[637], aber die Angriffslast liegt nun voll bei M, dessen Interesse an einem langwierigen Verfahren und teuren Gutachten nun nicht mehr so ausgeprägt ist wie zuvor.

Mit der ehebezogenen Zuwendung und der familienrechtlichen Kooperation funktioniert das alles nicht, weil dies Billigkeitsansprüche sind, welche die Zugewinnausgleichslage bereits tatbestandlich implizieren müssen (§ 313 BGB). Deshalb hat die selektive Geltendmachung des Innengesellschaftsanspruchs den Nachteil, dass der Antrag nicht hilfsweise auf ehebezogene Zuwendung und/oder familienrechtlichen Kooperationsvertrag gestützt werden kann, ohne den Zugewinnausgleichsanspruch substantiiert darzulegen.

14.5 Falsche Taktik bei der Ehegatteninnengesellschaft: Separater Vorabausgleich von Einlagen und Mitarbeit

In der Literatur wird empfohlen, den im Einzelfall möglicherweise langwierigen Rechtsstreit dadurch abzukürzen, dass unmittelbar die Herausgabe der Einlagen,

[636] Vgl. BGHZ 142, 137
[637] Vgl. BGH FamRZ 2006, 607

ggf. incl. Mitarbeit, gerichtlich geltend gemacht wird[638]. So attraktiv diese Überlegung auf den ersten Blick erscheint: der Weg ist rechtlich nicht gangbar.

Eine BGB Außengesellschaft wird nach § 733 BGB auseinandergesetzt, wobei nach der Schuldenberichtigung die Einlagen zurückzuerstatten sind. Eine Innengesellschaft kann jedoch nicht auseinandergesetzt werden, da es mangels Gesamthandsvermögens nichts auseinanderzusetzen gibt[639]. Aus diesem Grund können auch keine Einlagen zurückverlangt werden, sondern es entsteht (ausnahmsweise) ein finanzieller Ausgleichsanspruch, bei dem allerdings die beiderseitigen Einlagen ein Kriterium zur Quotenbemessung sein kann[640].

Diese Umstände werden von der Gegenmeinung verkannt bzw. nicht erörtert[641]. Sie bezieht sich auf die Kommentierung der Außengesellschaft[642], die hier gerade nicht gilt. Auch die dort zitierte Rechtsprechung[643] besagt solches nicht.

Aus anwaltlicher Sicht darf durchaus mit selbst unzutreffenden Rechtsauffassungen operiert werden, vor allem wenn sie, wie hier, in der Literatur vertreten werden. Nur muss dies ohne Kostenrisiko erfolgen. Dies dürfte sich wiederum über einen Haupt- (Rückerstattung der Einlagen incl. Mitarbeit) und einen Hilfsantrag (gesamter Ausgleichsanspruch bewerkstelligen lassen). Dieses Vorgehen sollte mit dem Mandanten abgesprochen werden.

14.6 Im Zweifel Antrag primär mit dem Zugewinnausgleich begründen und mit Haupt- und Hilfsanträgen arbeiten

Oft lässt sich nicht sicher vorhersagen, welche Anspruchsgrundlage letztlich greifen wird. Der Anspruch aus familienrechtlichem Vertrag sui generis z. B. setzt voraus, dass ein entsprechender Zugewinnausgleich nicht beansprucht werden kann. Hier muss also vorgetragen, d. h. vorgerechnet werden, dass der Mandant keinen Zugewinnausgleichsanspruch hat, womit man sich selbst einen u. U. doch gangbaren Weg abschneidet. Falls, wie häufig, diesbezüglich doch irgendwelche Zweifel bestehen, sollte überlegt werden, den Zugewinnausgleichsanspruch mit dem Hauptantrag und den Anspruch z. B. auf ehebezogene Zuwendung hilfsweise geltend zu machen. Dieser Weg ist nunmehr durch § 266 FamFG eröffnet, nachdem für beide Ansprüche das Familiengericht zuständig ist.

14.7 Gegentaktik bei fehlendem zeitlichem Zusammenhang zur Ehe

Ist seit der Scheidung längere Zeit vergangen und besteht ein Interesse daran, den anhängigen Zugewinnausgleich nicht durch einen gegnerischen Hilfsantrag noch weiter verschleppen zu lassen, kann man versuchen, einen eigenen

---

[638] Burhoff/Willemsen, Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 3. Aufl. 2009 Rd. 235; bis zur 4. Auflage Haußleiter/Schulz Kp. 9. Rdn. 30
[639] Palandt/Sprau § 705 BGB Rdn. 35
[640] BGH NJW-RR 1990, 736
[641] Burhoff/Willemsen, Handbuch der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 3. Aufl. 2009 Rd. 235; bis zur 4. Auflage Haußleiter/Schulz Kp. 9. Rdn. 30
[642] Palandt/Sprau § 733 BGB Rdn. 10
[643] BGH NJW 1985, 1841; OLG Köln FamRZ 1993, 432

nebengüterrechtlichen Hauptantrag, ggf. als negative Feststellungsklage, vor dem allgemeinen Zivilgericht anhängig zu machen. Hierbei muss man sich auf die allerdings nicht unproblematische Rechtsprechung berufen, wonach § 266 FamFG neben einem inhaltlichen auch einen zeitlichen Zusammenhang erfordert[644]. Es fragt sich jedoch, ob angesichts der kurzen Verjährung von drei Jahren noch ein großer Raum für entsprechende Anwendungsfälle bleibt. Dieser besteht insbesondere bei Ansprüchen mit dinglicher Komponente, etwa bei der Bruchteilsgemeinschaft

14.8 Zurückhaltung beim Verteidigungsvorbringen

Wer sich zu weit nach vorne wagt, ohne das Gelände zu kennen, begibt sich und seine Mandantschaft in Gefahr. Es gilt daher der Grundsatz: der Angriff ist schwerer als die Verteidigung! Als Antragsgegnervertreter sollte man also in Betracht ziehen, den Gegenvortrag – unter Wahrung des Grundsatzes des sichersten Weges – zunächst auf ein Minimum zu beschränken und zurückgehaltene Einwendungen immer erst dann vorzubringen, wenn die andere Seite durch Nachbesserungen ihren Sachvortrag gerade schlüssig gemacht hat. So wird ihr die Möglichkeit abgeschnitten, das Vorbringen von Anfang an plausibel abzurunden. Im Nebengüterrecht liegen die Geschehnisse nämlich häufig schon länger zurück, sodass der Vortrag an lückenhaften Stellen „ergänzt und angepasst“ wird. Dies ist umso schwerer, je weniger man bereits überblickt, welchen rechtlichen Anforderungen er später noch genügen muss.

14.9 Verhandlungslösung suchen

Häufig gerät eine Ehe deshalb in die Krise oder wird eine Krise verstärkt, weil dem benachteiligten Ehegatten allmählich klar wird oder er durch Dritte erfahren hat, dass er möglicherweise jahrelang ausgleichslos mitgearbeitet hat und sich das künftig nicht ändert, wenn er nicht selbst etwas ändert. Da die Fälligstellung des gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruchs die Beendigung der Zusammenarbeit voraussetzt, diese aber das Risiko des Scheiterns einer ohnehin schon kriselnden Ehe unmittelbar erhöht, können Verhandlungen über eine Beteiligung des benachteiligten Ehegatten zielführend sein, etwa über die Gründung einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer oHG oder über eine güterrechtliche Vertragslösung.

14.10 Verfahrenskostenvorschuss

Wie beim Zugewinnausgleich besteht auch bei nebengüterrechtlichen Ansprüchen ein Anspruch auf Verfahrenskostenhilfe. Das ist unproblematisch.

Ist der Anspruch stellende Ehegatte allerdings inzwischen wieder verheiratet, kann die Kostenarmut an einem Verfahrenskostenvorschussanspruch gegen seinen zweiten Ehegatten scheitern[645]. Unter taktischen Gesichtspunkte sollte das Gericht ggf. hierauf hingewiesen werden.

---

[644] AG Holzminden FamRZ 2010, 1758
[645] BGH FamRZ 2010, 189

15 Besondere verfahrensrechtliche Fragen

15.1 Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts und die funktionale Zuständigkeit des Familiengerichts

Streitigkeiten aus konkludenter Ehegatteninnengesellschaft oder familienrechtlichem Vertrag sui generis (wegen Zuwendung oder Kooperation nach Wegfall der Geschäftsgrundlage) sind grundsätzlich (sonstige) Familiensachen i. S. d. § 266 FamFG[646] und fallen daher in die Zuständigkeit des Familiengerichts als Abteilung des Amtsgerichts (§ 23 b FamFG). Das Vorliegen einer solchen Streitigkeit genügt allerdings nicht. Erforderlich ist vielmehr auch ein Zusammenhang mit Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe.

Erforderlich ist zunächst ein inhaltlicher bzw. gegenständlicher Zusammenhang. Dieser wird durch die Begriffe (soziale) Trennung sowie (rechtliche) Scheidung oder Aufhebung der Ehe vorgegeben. Hat z. B. ein Ehegatte eine Innengesellschaft gekündigt, ohne sich zu trennen, ist – je nach Streitwert – das Amts- oder Landgericht zuständig. Beim familienrechtlichen Vertrag sui generis ist dieser Fall nicht denkbar, weil die Trennung Anspruchs- bzw. Fälligkeitsvoraussetzung ist. Genügend ist, wenn der Leistungstransfer vor der Ehe stattgefunden hat, solange die Beteiligten nur später geheiratet haben und die Streitigkeit im Zusammenhang mit der Scheidung entstanden ist[647].

Ob daneben ein zeitlicher Zusammenhang bestehen muss, ist streitig. Er wird in der Literatur teils abgelehnt[648], teils befürwortet[649], in der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt[650], teils befürwortet[651]. Zwar sieht der Regierungsentwurf[652] einen zeitlichen Zusammenhang vor, jedoch wurde er insoweit nicht umgesetzt[653]. Das Erfordernis eines zeitlichen Zusammenhangs ist abzulehnen. Es würden geschiedene Ehegatten in einen Wettlaufes mit der Zeit zwingen und somit in Gerichtsverfahren treiben. Das Kriterium des zeitlichen Zusammenhangs ist obendrein zu unbestimmt[654] und in Hinblick auf den gesetzlichen Richter verfassungsrechtlich bedenklich[655]. Das Ergebnis wird angesichts der kurzen Regelverjährung (§ 195 BGB)[656] und möglicher Verwirkung[657] in vielen Fällen dahin

---

[646] BT-DS 16/6308 S.262
[647] LG Halle, Beschluss vom 09.01.2013, 4 O 604/12
[648] Hoppenz/Hoppenz, § 266 FamFG Rdn. 5; Schwab/Streicher, I Rdn. 787; Schulte-Bunert/Weinreich/Rehme, § 266 FamFG Rdn. 14; Wever FF 2008, 399, 401
[649] Meyer-Seitz/Kröger/Heiter, FamRZ 2005, 1430, 1437
[650] Kammergericht, Beschluss vom 20.1o.2011, 13 W 12/11 (juris); OLG Braunschweig, Beschluss vom 21.12.2011, 1 W 47/11 (juris); OLG Frankfurt, FamRZ 2010, 1581; OLG Hamm, FamRZ 2011, 392 m. w. Nachw. = FamRB 2011, 143; FamRZ 2011, 1421; OLG Stuttgart, FamRB 2011, 143; LG Osnabrück, FamRZ 2011, 1090
[651] AG Holzminden FamRZ 2010, 1758; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.12.2011, I-10 W 149/11 (familienrecht kompakt 2012, 1; juris)
[652] BT-DS 16/6308
[653] OLH Hamm, FamRZ 2011, 392, 393
[654] OLG Hamm, FamRZ 2011, 392, 393Wever, FF 2008, 399, 401
[655] LG Frankfurt, FamRZ 2010, 1581,1583
[656] bei der ehebezogenen Zuwendung von Grundstücken beträgt die Verjährungsfrist allerdings 10 Jahre, § 196 BGB
[657] OLG Naumburg, OLGR 2001, 559; Beschluss v. 24.01.2007, 3 UF 24/07, Quelle: juris

stehen können. Anders ist es z.B. bei dem unverjährbaren Anspruch auf Auseinandersetzung einer Bruchteilsgemeinschaft (§ 758 BGB!), bei Streitigkeiten in Verbindung mit Teilungsversteigerungsverfahren[658] oder der Auseinandersetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts[659].

Zu diesen Fragen hat der Bundesgerichtshof inzwischen klargestellt[660]: das Tatbestandsmerkmal des § 266 FamFG „im Zusammenhang mit Trennung oder Scheidung“ ist weit auszulegen. Das Gesetz wünscht eine möglichst umfassende Zuständigkeit der Familiengerichte. Bei der Abgrenzung zwischen allgemeiner Zivilsache und sonstiger Zivilsache ist nicht nur auf den Kläger-, sondern auch auf den Beklagtenvortrag abzustellen, schon um manipulativem Vortrag des Klägers im Hinblick auf die Erschleichung des Rechtswegs vorzubeugen.

Beraterhinweis:

Sollen die Vorteile des „großen Familiengerichts“ genutzt werden, ist die Mandantschaft darauf hinzuweisen, dass aufgrund ungeklärter Rechtslage Nachteile durch Zeitablauf entstehen können.

16 Rechtsprechungsregister

16.1 Höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung

16.1.1 konkludente Ehegatteninnengesellschaft

16.1.1.1 Konkludente Ehegatteninnengesellschaft angenommen oder für möglich gehalten

Ausbildung (Finanzierung)

- Finanzierung eines Studiums[661]

Darlehen

- partiarisches Darlehen[662]

Familienunterhalt[663]

- Kapital zur Unternehmensgründung[664]

---

[658] OLG Frankfurt, FamRZ 2010, 1583; OLG Hamm, FamRZ 2011, 392
[659] OLG Stuttgart, FamRB 2011, 143
[660] BGH, Beschluss vom 05.12.2012, XII ZB 652/11
[661] AG Gütersloh, Beschluss vom 30.06.2011, 16 F 903/10
[662] OLG Celle NZG 1999, 650, nachfolgend BGH II ZR 13/99
[663] BGHZ 142, 137, 145; FamRZ 1990, 973

Immobilien (außer ausschließliche Nutzung als Familienheim)[665]

- Durch M federführende Umgestaltung und Verbesserung der Immobilie der F (10 Mieteinheiten) geht weit über Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinaus[666]
- Nutzung zu Wohnzwecken, für das Erwerbsgeschäft eines Ehegatten und für die Alterssicherung[667]

Konstruktionen zur Erzielung von **Steuervorteilen**[668]

Aufbau und/oder Betrieb eines **Unternehmens**

- Allgemein[669]
- Ein Ehegatte stellt den Gewerbebetrieb**,** der andere bringt seine Arbeitskraft ein[670]
- Stellung der finanziellen Mittel zum Erwerb einer gemeinsamen Immobilie, in welcher der andere Ehegatte sodann das ihm allein gehörende Erwerbsgeschäft betreibt[671]
- Altersheim[672]
- Arztpraxis[673]; Zahnarztpraxis[674]
- Bäckerei[675]
- Damenbekleidungsgeschäft[676]
- Dienstleistungsunternehmen[677]
- Friseurgeschäft[678]
- Gärtnerei[679], Gartenbaubetrieb[680]
- Gastwirtschaft[681]
- Großhandel, Damenoberbekleidung[682], Lebensmittel[683]
- Handelsbetrieb (allgemein)[684]
- Handwerksbetrieb(allgemein)[685]
- Heilpraktiker-Praxis[686]

---

[664] BGH FamRZ 1967, 320
[665] BGH Urteil v. 15.01.1958 IV ZR 242/57; BGH WM 1973, 1242; BGHZ 142, 137; OLG Hamm FamRZ 2010, 1737; OLG Saarbrücken OLGR Saarbrücken 2007, 493; OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[666] OLG Hamm, FamRZ 2010, 1737
[667] OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375
[668] OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 1080
[669] OLG Köln FamRZ 2010, 1738; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1011
[670] OLG Düsseldorf Urteil vom 17.02.2004 OLGR Düsseldorf 2004, 248
[671] BGH Urteil vom 09.02.1955 IV ZR 191/54 S. 16
[672] RAG DR 44, 90
[673] RGZ 158, 380; OLG Hamm, Beschluss vom 07.03.2012, II-12 UF 235/11, n. v.
[674] KG FamRZ 2013, 787
[675] BGH FamRZ 1961, 212, 213
[676] BGH FamRZ 1961, 212
[677] BGH FamRZ 2006, 607
[678] BGH FamRZ 1961, 212, 213
[679] BGH FamRZ 1962, 357
[680] BGH FamRZ 1994, 295 (Ablehnung erfolgte aus güterstandsbezogenen Gründen)
[681] BGHZ 8, 249; BGHZ 47, 157; FamRZ 1990, 973; BGH NJW-RR 1990, 736
[682] BGH FamRZ 1968, 589
[683] BGH WM 1973, 1242
[684] BGH FamRZ 1961, 212
[685] BGH FamRZ 1961, 212

- Hotel garni[687]
- Kindermodengeschäft[688]
- Landwirtschaftlicher Betrieb[689]; Anbau und Verkauf von Salat und Gemüse[690]
- Lebensmittelgeschäft[691]
- Lebensmittel- und Textilwarengeschäft[692]
- Manufakturwaren-, aussteuer- und Konfektionsgeschäft[693]
- Metallgroßhandel[694]
- Metzgerei[695]
- Omnibus- und Mietwagenbetrieb[696]
- Pension[697]
- Produktionsbetrieb (Federeinlagen für Matratzen und Polstermöbel[698]; Herstellung feuerfester Materialien[699])
- Privatschule[700]
- Reisebüro[701]
- Rundfunkgeschäft[702]
- Sauna[703]
- Steuerberater[704]
- Tabakwarengeschäft[705]
- Überlassung von Anteilen einer aus Mitteln des überlassenden Ehegatten neu gegründeten GmbH[706]
- Zeitungsagentur[707]

Vermögensbildung

- allgemein[708]
- umfangreicher Immobilienerwerb, der über den Zweck der ehelichen Lebensgemeinschaft hinaus geht[709]
- zur späteren Alterssicherung[710]

---

[686] BGH NJW 1985, 1841 (nichteheliche Lebensgemeinschaft)
[687] OLG Karlsruhe NJW 1974, 2278
[688] OLG Köln NJW-RR 1995, 930
[689] BGH Urteil vom 14.11.1956 IV ZR 139/56; FamRZ 1961, 301; 1967, 618; 1994, 295; LG Coburg FamRZ 2009, 604 (Schwiegereltern)
[690] BGH FamRZ 1994, 295 (Ablehnung erfolgte aus güterstandsbezogenen Gründen)
[691] BGH FamRZ 1961, 522
[692] BGH LM Nr. 5 zu § 705 BGB = DB 1954, 575 = MDR 1954, 537
[693] BGH FamRZ 1963, 343
[694] BGH FamRZ 1961, 519
[695] BGHZ 31, 197 = FamRZ 1960, 105; BGH FamRZ 1961, 212, 213
[696] BGH FamRZ 1967, 319
[697] OLG Brandenburg Urteil vom 17.12.2008 13 U 17/08
[698] BGH FamRZ 1961, 431
[699] OLG Hamm Urt. v. 11.07.2012 8 U 192/08; LG Hagen, Urteil v. 08.10.2008, 2 O 50/99 (juris)
[700] OLG Karlsruhe FamRZ 1973, 649
[701] BGH FamRZ 1960, 104
[702] BGH Urteil v. 06.06.1963 II ZR 32/61; WM 1973, 296
[703] BGH FamRZ 1990, 1219
[704] BGH FamRZ 1963, 429
[705] BGH FamRZ 1960, 104; 1963, 279;
[706] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562
[707] BGH FamRZ 1960, 104
[708] OLG Brandenburg ZVI 2008, 30
[709] BGH FamRZ 1975, 35; 1990, 1219; OLG Karlsruhe NJW 1974, 2278; OLG Saarbrücken OLGR Saarbrücken 2007, 493; OLG Schleswig FamRZ 2004, 1375

16.1.1.2 Konkludente Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt oder für nicht möglich gehalten

Besorgung von Geldmitteln durch Bankkredit oder Stellung von **Sicherheiten** als Kredithilfe (vielmehr: Auftrag)[711]

Alterssicherung über späteres mietfreies Wohnen durch Errichtung des Familienheims (siehe: Familienheim)

Darlehen[712]

Einzahlungen auf ein **Bausparkonto** zur Finanzierung des **Familienheims**[713]

Familienheim[714] (ursprünglich vielmehr: Auftrag[715], heute vielmehr: ehebezogene Zuwendung[716]) incl. dafür angesparter Bausparguthaben[717]; zulässig: Außengesellschaft[718]; keine Innengesellschaft auch dann, wenn kleinere Teilflächen des Hauses vermietet sind[719]; keine konkludente Ehegatteninnengesellschaft auch unter dem Gesichtspunkt der Alterssicherung durch mietfreies Wohnen[720]; keine konkludente Ehegatteninnengesellschaft auch bei Anmietung der Ehewohnung[721]

Familienunterhalt[722]

Formnichtigkeit güterrechtlicher Vereinbarungen führt als solche bzw . allein niemals zur Innengesellschaft[723]

Haushaltsgegenstände[724]

---

[710] OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.11.2011, 2 UF 163/10; OLG Schleswig, FamRZ 2004, 1376; AG Bielefeld, Beschluss vom 15.07.2011 34 F 403/10
[711] BGH FamRZ 1972,362; 1999, 1580, 1581
[712] BGH FamRZ 2009, 34; OLG Celle WM 296, 299
[713] BGH FamRZ 1990, 973
[714] OLG Oldenburg DNotZ 1957, 319; KG MDR 1960, 586; OLG Köln DNotZ 1967, 501 (beachte hierzu BGH NJW 1982, 170!); BGH NJW 1974, 1554; FamRZ 1989, 147; 1990, 973; 855; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1834; OLG Hamm FamRZ 1983, 494 (Leistungen in der Verlobungszeit); 2010, 1737; Urteil vom 21.09.2010, I-25 U 58/08, juris; Urteil vom 12.10.2010 25 U 58/08 juris; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1075; FamRZ 2009, 1670; NJW 2009, 2750; OLG München ErbR 2010, 59; OLG Nürnberg Urteil vom 03.03.2000 1 U 4025/98 EzFamR aktuell 2000, 223, nachfolgend BGH XII ZR 144/00; LG Ulm, Urteil vom 16.04.2008, 3 O 225/07
[715] BGH FamRZ 1960, 58
[716] BGH, Urt. V. 19.09.2010, XII ZR 136/10
[717] BGH FamRZ 1989,147
[718] BGH NJW 1981, 170; 1982, 141
[719] OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1670
[720] BGH, Urt. V. 19.09.2010, XII ZR 136/10; OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2010, I-25 U 58/08, juris
[721] OLG München FamRZ 2004, 1875
[722] BGH DB 1972, 2459 (im Verhältnis Mutter-Sohn; Hilfeleistungen der Mutter im Architekturbüro des Sohnes, der den Unterhalt beider erwirtschaftet); AG Gütersloh, Urteil v. 30.06.2011, 16 F 903/10
[723] OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1670
[724] OGHBrZ Köln, FamRZ 1950, 593

Immobilie (nicht Familienheim oder Zweck offen, d. h. nicht festgestellt)[725] (vielmehr: Auftrag[726])

Konten

- Sparkonto[727]

Lebensgemeinschaft, eheliche, ist kein eigenständiger Gesellschaftszweck[728]

Mitarbeit

- im **Anstellungsverhältnis**[729]

Mithaftung für Verbindlichkeiten[730]

Mietvertrag (Vermietung untereinander und Verwendung des Mitzinses zur Tilgung gemeinsamer Schulden[731]

Aufbau und/oder Betrieb eines **Unternehmens**

- Arztpraxis[732]
- Bauernhof (vielmehr: § 812 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs. 2 BGB[733])
- Freiberufliche Tätigkeit[734]
- kleinbäuerlicher landwirtschaftlicher Betrieb[735]
- Laborantin[736]
- Sprechstundenhilfe[737]

Vermögensbildung

- Allgemeine Vermögensbildung (kein einheitlicher Gesamtausgleich analog dem Zugewinnausgleich analog dem Zugewinnausgleich ohne Bezug zu einem bestimmten, abgrenzbaren Vermögensgegenstand)[738]

- asymetrischer Vermögensaufbau (einem Ehegatten werden die Aktiva, dem anderen die Passiva zugeordnet)[739]

---

[725] BGH Urteil v. 19.02.1951 IV ZR 168/50
[726] RGZ 126, 114; 152, 349; BGH FamRZ 1951 352; 1952, 780
[727] BGH 1966, 442; 2002, 1696; OLG Brandenburg FamRZ 2011, 114
[728] BGH FamRZ 1989, 147
[729] OLG Bremen FamRZ 1999, 227
[730] OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.11.2011, 2 UF 163/10, S. 28
[731] OLG Stuttgart FamRZ 2004, 1577 mit Anmerkung *Wever*
[732] BGH FamRZ 1974, 592; AG Gütersloh, Urteil v. 30.06.2011, 16 F 903/10
[733] BGH Urteil vom09.07.1951 IV ZR 50/50
[734] AG Gütersloh, Urteil v. 30.06.2011, 16 F 903/10
[735] BGH FamRZ 1966, 492
[736] BGHZ 8, 249, 255
[737] BGHZ 8, 249, 255
[738] OLG Bremen v. 04.01.2013 4 W 5/12 (Zivilsenat); die Entscheidung betraf nichteheliche Lebensgemeinschafter, der Grundsatz ist aber übertragbar und gilt gleichermaßen für Ehegatten
[739] OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 228

- keine Innengesellschaft bei Konstruktion, die Gläubigerzugriff ausschließen soll[740]
- Formale Übertragung von Vermögenspositionen aus steuerlichen Gründen (vielmehr: Treuhand)[741]
- gemeinsames Sparen auf Alleinkonto begründet Bruchteilsgemeinschaft[742]
- Sparkonto[743]
- Wertpapierdepot; Zweck der gemeinsamen Altersversorgung ist Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft[744]

Zweikontenmodell[745]

16.1.2 Ehebezogene Zuwendung

Nachfolgend sind Entscheidungen zu möglichen Zuwendungsgegenständen aufgeführt. Diese Qualifikation hängt nicht davon ab, ob der Zuwendungsvertrag sui generis zwischen Ehegatten abgeschlossen wurde oder – zu Zeiten der früheren BGH Rechtsprechung – zwischen Schwiegereltern und ihrem Schwiegerkind. Deshalb sind auch einige Entscheidungen zur Schwiegerelternkonstellation mit aufgeführt.

16.1.2.1 Ehebezogene Zuwendung angenommen oder für möglich gehalten

Abfindung, arbeitsrechtliche, Einzahlung auf Gemeinschaftskonto[746]

Zuwendungen zur **Alterssicherung[747]**, z. B. Mittel für Grundstückskauf, Bebauung des Grundstücks mit Mietshaus[748], Alterssicherung durch mietfreies Wohnen[749]

Barzuwendungen[750] (Abgrenzung zu Schenkung und Darlehen erforderlich![751])

Einzahlungen auf ein **Bausparkonto** zur Finanzierung des **Familienheims[752]**

Brautgabe, Morgengabe[753]

Anschaffung eines **Computers**[754]

---

[740] OLG Frankfurt FamRZ 2004, 877
[741] OLG Hamburg FamRZ 2002, 395
[742] OLG Brandenburg Urteil vom 07.09.2010 10 UF 15/10
[743] OLG Karlsruhe FÜR 2002, 312 = OLGR Karlsruhe 2002, 424
[744] OLG Celle FamRZ 2007, 826; OLG München ErbR 2010, 59
[745] LG Ulm, Urteil vom 16.04.2008, 3 O 225/07
[746] OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.10.2007, 10 WF 235/07
[747] BGH FamRZ 1972, 201; 1989, 599, 560
[748] BGH MDR 1988, 655
[749] OLG Hamm Urteil v. 12.10.2010 25 U 58/08 juris
[750] BGHZ 116, 167
[751] Wever , FamRZ 2010, 237, 243
[752] BGH FamRZ 1989, 147
[753] OLG Frankfurt, Urt. v. 11.03.2010 1 UF 146/08 juris; AG Büdingen, Beschluss v. 06.03.2014 53 F 963/13 juris
[754] OLG Bremen FamRZ 2004, 245

Eingehung einer **Darlehensverbindlichkeit**

- zur Finanzierung des gemeinsamen Familienheims[755]

Darlehen, zinslos, nie zurückgefordert[756]

Anfüllen eines **Depotguthabens** des anderen Ehegatten[757]

Geldzahlungen[758]

- Zahlungen auf Schulden (Grundstücksbelastungen)[759]
- Zahlungen zur Ermöglichung der Begleichung von Schulden[760]
- Investitionen in die Immobilie des Zuwendungsempfängers oder zum Erwerb derselben[761], zur Ablösung dortiger Belastungen[762]
- Investitionen in das **Unternehmen** des anderen Ehegatten, etwa zur Anschaffung von Geräten für den landwirtschaftlichen Betrieb[763], für die Errichtung einer Werkshalle[764], in den Bauernhof[765]
- Geldzahlungen auf das gemeinsame Geschäftskonto (ehebezogene Zuwendung ja, Ausgleichsanspruch nein[766])
- Geldbeträge zur Einrichtung einer Arztpraxis[767]

Erbbaurecht[768]

Geschäftsanteile[769]

Gesellschaftsanteile[770] (bei der Abgrenzung zur Schenkung wichtig: eine Schenkung scheitert nicht daran, dass mit der Übernahme von Gesellschaftsanteilen Gesellschafterpflichten verbunden sind[771])

---

[755] BGHZ 82, 226; OLG Celle FamRZ 2006, 206, 207; 2010, 1003
[756] OLG Köln, FamRZ 2000, 227
[757] OLG Celle EzFamR aktuell 2001, 162
[758] OLG Koblenz NJW 2003, 1675
[759] BGH FamRZ 2010, 958; 1995, 1060, im Vorgang OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 1384 („alte“ Schwiegerkindrechtsprechung)
[760] LG Mainz, Urteil vom 04.12.2002, 9 O 145/02, juris
[761] BGH FamRZ 1993,1047; BGHZ 119, 392; OLG Bremen FamRZ 2008, 2117; OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 1384 („alte“ Schwiegerkindrechtsprechung); FamRZ 2004, 1647; FamRZ 2011, 323 = MDR 2010, 769; OLG Frankfurt FamRZ 2001, 158; FuR 2006, 132; OLG Hamm FamRZ 1988, 620; OLG Karlsruhe FamRZ 2009, 1670; OLG Köln FamRZ 2003, 606; OLG München FamRZ1999, 1663; OLG München FamRZ 2004, 1874; OLG München FamRZ 2009, 1831 = FuR 2009, 354; OLG Oldenburg FamRZ1992, 308; 1994, 1245 („alte“ Schwiegerkindrechtsprechung); FamRZ 2009, 2004; OLG Stuttgart, Urteil vom 03.11.2008 5 U 66/08; LG München I FamRZ 1998,167
[762] OLG Hamm FamRZ 2002, 1404 („alte“ Schwiegerkindrechtsprechung)
[763] OLG Frankfurt FamRZ 2001, 158
[764] OLG Hamm FamRZ 2008, 620
[765] LG Augsburg FamRZ 2004, 1378
[766] OLG Köln FamRZ 2000, 227
[767] BGH FamRZ 1974, 592
[768] BGH FamRZ 1988, 481; OLG Celle FamRZ 2003, 1657; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1513
[769] OLG Nürnberg, FuR 2012, 268
[770] OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562; OLG München FamRZ 2006, 204
[771] OLG Schleswig SchlHA 2012, 376 = ZErb 2012, 168n = RNotZ 2012, 513 = MittBayNot 2013, 59; vorgehend LG Flensburg , Teilurteil vom 13.05.2011, 4 O 297/08 (juris)

Bestellung eines **Grundpfandrechts** zum Ausgleich von Beiträgen und Aufwendungen des anderen Ehegatten[772]

Ablösung eines **Geschäftskredits** des anderen Ehegatten über Aufnahme eines eigenen Kredits[773]

Übernahme erbrechtlicher **Geschwisterabfindungen** für den anderen Ehegatten[774]

Güterstandsbezogene Zuwendung

- Überführung eines Gesellschaftsanteil in das Vorbehaltsgut des Zuwendenden[775]
- Rückforderung finanzieller Beiträge zur Vermögensbildung, wenn der andere Ehegatte nach Beendigung der Gütergemeinschaft Wertersatz (§ 1478 BGB) für das verlangt, was sie in die Gütergemeinschaft eingebracht hat[776]
- Güterstandswechsel vom Zugewinnausgleich in die Gütergemeinschaft nach erfolgter Zuwendung bei Verzicht auf Zugewinnausgleichsansprüche[777]

Haftungsmäßig günstige Organisation des Familienvermögens
(Zuwendungsgegenstand soll dem Zugriff von Gläubigern entzogen werden)[778]

Haushaltsgegenstände[779]

- Möbel[780]

Immobilien

- Allgemein[781] [782]

- Familienheim

    - Allgemein[783]
    - Übertragung oder Verschaffung der ganzen Immobilie

---

[772] OLG Bremen FamRZ 2000, 671
[773] OLG Bremen FamRZ 1999, 1503
[774] BGHZ 119, 392
[775] OLG München FamRZ 2006, 204
[776] BGH FamRZ 1987, 43
[777] BGH FamRZ 1997, 933
[778] BGHZ 142, 137, 148; FamRZ 1989, 599; 1990, 600, 601; 1997, 933; OLG Brandenburg, Urteil vom 17.12.2008 13 U 17/08; OLG Düsseldorf FamRZ 1990, 945; NJW-RR 2003, 1513; OLG Hamm FamRZ 2001, 1075; Urt. v. 21.09.2010, I-25 U 58/08 juris; OLG Hamm Urteil v. 12.10.2010 25 U 58/08 juris
[779] Es sei denn, die zugewendete Sache war bereits Gegenstand der Teilung der Haushaltsgegenstände: AG Bensheim, Beschluss v. 19.06.2012, 73 F 190/12 RI, juris
[780] OLG Celle FamRZ 1997, 381; OLG Köln, Urteil vom 22.06.1993, 22 U 26/93 (juris)
[781] vertraglicher Anspruch aufgrund ergänzender Vertragsauslegung: Erste Andeutung einer Rechtsprechungsänderung: BGH FamRZ 1968, 23!
[782] BGH FamRZ 1969, 29; OLG Koblenz NJW 2003, 1675 (Schwiegereltern); OLG Köln, Urteil vom 22.06.1993, 22 U 26/&93 (juris); LG Berlin, FF 2006, 275 (Stiefkind)
[783] OLG Braunschweig MDR 2001, 1242

- unbebaut = noch zu bebauen

  - Bebauung gemeinsam[784]
  - Bebauung durch zuwendenden Ehegatten[785]
  - Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*

- Bebaut *(nicht belegt)*

o Übertragung oder Verschaffung der anteiligen, insbesondere halben Immobilie[786]

- unbebaut = noch zu bebauen oder ohne Bauabsicht[787]

  - Bebauung gemeinsam[788]
  - Bebauung durch zuwendenden Ehegatten[789]
  - Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*

- Bebaut[790]

o Finanzierung des Erwerbs der Immobilie[791] oder spätere Darlehensablösung[792]; Finanzierung über Einzahlung auf ein Bausparkonto[793]; Übernahme von Sondertilgungen[794]
o Finanzierung des Ausbaus und der Modernisierung der Immobilie[795]

- andere Immobilie (nicht Familienheim oder Zweck offen, d. h. nicht festgestellt)

o Übertragung oder Verschaffung der ganzen Immobilie[796]

- dauerhaft unbebaut

- noch zu bebauen (Bauplatz)[797]

---

[784] BGH, Urt. V. 19.09.2012, XII ZR 136/10; FamRZ 1989, 599
[785] BGH FamRZ 1982, 778
[786] BGH FamRZ 2010, 33; KG FamRZ 2010, 33
[787] OLG Bamberg FamRZ 1996, 1221
[788] OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 467
[789] BGH FamRZ 1989, 599
[790] BGH FamRZ 1990, 600; OLG Dresden FamRZ1997, 739 („alte“ Schwiegerkindrechtsprechung); OLG Düsseldorf FamRZ 2003, 872; OLG Hamm OLGR Hamm 2000, 376; OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 1033; OLG München FamRZ 2002, 393
[791] BGH FamRZ 2012, 1363; 1623; Urt. V. 19.09.2010, XII ZR 136/10; BGHZ 82, 226; OLG Bamberg FamRZ 1995, 234; OLG Bremen FamRZ 2008, 2117; OLG Hamm Urteil v. 12.10.2010 25 U 58/08 juris
[792] BGH FamRZ 1995, 1060 (Schwiegereltern)
[793] BGH FamRZ, 1889,147
[794] OLG Celle, Urteil vom 24.07.1998, 4 U 262/97, OLGR Celle 1999, 107
[795] BGH FamRZ 2013, 1030
[796] OLG Düsseldorf FamRZ 1991, 945
[797] OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 134

- Bebauung gemeinsam *(nicht belegt)*
- Bebauung durch zuwendenden Ehegatten[798]
- Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*

▪ bebaut[799]

o Übertragung oder Verschaffung der anteiligen, insbesondere halben Immobilie[800]

▪ unbebaut = noch zu bebauen oder ohne Bauabsicht[801]

- Bebauung gemeinsam[802]
- Bebauung durch zuwendenden Ehegatten *(nicht belegt)*
- Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*

▪ bebaut[803]

o Finanzierung des Erwerbs der Immobile[804]

Kredite

- Eingehung einer **Darlehensverbindlichkeit**

- zur Finanzierung des gemeinsamen Familienheims[805]
- Zahlung der **Zinsen**, wenn dies kein Ausgleich von Gegenleistungen war[806]

- Erbringung von Tilgungsleistungen auf den Kredit des anderen Ehegatten[807]

Ausgezahlte Lebensversicherungssumme aus einer **abgetretenen Lebensversicherung**[808]

Lebensversicherung, Einräumung des **Bezugsrechts** (bei einer Versicherung auf verbundene Leben)[809]

Nießbrauch[810]**; Wohnrecht** bei nichtehelichen Lebensgemeinschaftern[811]

---

[798] OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2010, I-25 U 58/08, juris
[799] OLG Celle FamRZ 2000, 668; OLG Hamm FamRZ 2001, 1075; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 134
[800] OLG Celle, OLGR Celle 1997, 19
[801] OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 467
[802] BGH FamRZ 2003, 230
[803] BGH FamRZ 1992, 293; 2002, 949
[804] BGH, FamRZ 2012, 1363; 1623; OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2010, I-25 U 58/08, juris
[805] OLG CelleFamRZ 2006, 206, 207
[806] OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 1647
[807] OLG Zweibrücken FamRZ 2007, 142
[808] BGH FamRZ 1997, 933
[809] BGH VersR 2013, 302; vorgehend OLG Köln, Urteil vom 15.06.2012, I-20 U 160/11, juris
[810] BGHZ 116, 167; OLG Schleswig ZEV 2010, 369
[811] BGH FamRZ 2013,296; NJW-RR 2013, 618; MDR 2013, 138; ZEV 2013, 215; DNotZ 2013, 292

Schadensfreiheitsrabatt[812] (richtig: Schadensverlauf)

Einsatz von **Mitarbeit und Vermögen** für Bau des Familienheims[813]

Überlassung von Kapital zur **Vermögensbildung[814]**

Sparbrief[815], Sparbrief-Zeichnungsschein[816]

Wertpapiere[817]

Wertsteigerung, Finanzierung von Wertsteigerungen von Vermögensgegenständen des anderen Ehegatten[818]

16.1.2.2 Ehebezogene Zuwendung abgelehnt oder für nicht möglich gehalten

Abfindung

- eines überhaupt (noch) nicht rechtlich existierenden Gegenanspruchs[819]

Barzuwendungen

- bei schriftlicher Absprache über Sicherung des Rückzahlungsanspruchs[820]
- bei Überweisung aus dem Ausland auf das Inlandskonto eines Ehegatten aus banktechnischen Gründen (vielmehr: Auftrag)[821]

Brautgabe[822], Brautgeld[823], Brautgeschenke nach türkischem Recht[824]

Darlehen

- teilweise zurückgezahlt[825]
- aufgenommen im Interesse des anderen Ehegatten, wenn eine Sondervereinbarung besteht
- bei Vereinbarung im Innenverhältnis[826]

---

[812] LG Münster FamG 2005, 1906
[813] OLG Nürnberg EzFamR aktuell 2000, 223
[814] BGH FamRZ 1989, 599
[815] BGH Urt. v. 06.05.2014 X ZR 135/11
[816] OLG Brandenburg, Urteil vom 18.10.2011, 10 U 6/10 juris
[817] BGH FamRZ 1972, 201 (erstmalige Erwähnung der Theorie von Lieb!); 1991, 1170; BGHZ 116, 167; FamRZ 1994, 503; OLG Celle, Urteil v. 07.03.2013, 13 U 112/12 (juris)
[818] OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2010, I-25 U 58/08, juris
[819] Vielmehr: Schenkung, BFH DStR 2007, 1516; FamRZ 2008, 348; von Oertzen, FamRZ 2010, 1785
[820] OLG Saarbrücken, 2010, 297
[821] BGH FamRZ 2005, 1667
[822] OLG Stuttgart FamRZ 2007, 825
[823] OLG Saarbrücken FamRZ 2006, 1378;
[824] AG Aalen FamRZ 2013, 583
[825] OLG Frankfurt, Beschluss vom 18.01.2011, 14 W 118/10, juris
[826] BGH FamRZ 2010, 1542, 1543

Erträgnisse aus Vermögen, welches dem Ehegatten formell allein gehört[827]

Finanzierung des Erwerbs eines Vermögensgegenstandes **von einem Dritten**[828]

Geldzahlungen

- für gemeinsamen Pkw und Investitionen in die gemeinsame Mietwohnung[829]

Haftungsmäßig günstige Organisation des Familienvermögens (Zuwendungen zum eigenen Schutz als Schuldner, ggf. zur Gläubigerbenachteiligung), ggf. aber Anfechtbarkeit nach dem Anfechtungsgesetz[830], denn auch juristischen Laien ist bekannt, dass die Übertragung des Vermögens auf die Ehefrau eines der klassischen Mittel darstellt, um es dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen[831]. Dass ein Vermögenstransfer auf der Geschäftsgrundlage des Fortbestands der Ehe erfolgt ist, stellt keine Gegenleistung dar, die die Unentgeltlichkeit im Sinne der anfechtungsrechtlichen Vorschriften ausschließt[832].

Haushaltsgegenstände, wenn die zuwendete Sache bereits Gegenstand der Teilung der Haushaltsgegenstände war[833]

Mietzinszahlungen, falls sie nicht der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienten, sondern einem eheüberschreitenden Zweck wie der Vermögensbildung[834]

Mitarbeit[835]

- landwirtschaftlicher Betrieb[836]

Immobilien

- Familienheim
    - Übertragung der ganzen Immobilie
        - unbebaut = noch zu bebauen
            - Bebauung gemeinsam *(nicht belegt)*
            - Bebauung durch zuwendenden Ehegatten *(nicht belegt)*
            - Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*
        - Bebaut *(nicht belegt)*

---

[827] BGHZ 142, 137, 155
[828] OLG Hamm, Urt. v. 21.09.2010, I-25 U 58/08, juris
[829] OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 1089
[830] OLG Koblenz FamRZ 2008, 908
[831] OLG München, IPRspr 2008, Nr. 227, 713-715, zitiert nach Juris; nachgehend BGH, Beschluss vom 22.04.2010, IX ZR 94/08; OLG Celle, Urteil v. 07.03.2013, 13 U 112/12 (juris)
[832] BGH FamRZ 2012, 363; WM 2008, 1695; WM 1999, 394
[833] AG Bensheim, Beschluss v. 19.06.2012, 73 F 190/12 RI, juris
[834] LG Düsseldorf FamRZ 2004, 1035
[835] BGH FamRZ 1994, 1167
[836] LG Coburg FamRZ 2009, 604 (Schwiegereltern)

- Übertragung der anteiligen, insbesondere halben Immobilie[837]
  - unbebaut = noch zu bebauen *(nicht belegt)*
    - Bebauung gemeinsam *(nicht belegt)*
    - Bebauung durch zuwendenden Ehegatten *(nicht belegt)*
    - Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*
  - Bebaut *(nicht belegt)*
- Finanzierung des Erwerbs der Immobile
  - Wenn die Zuwendung lediglich eine angemessene Beteiligung der Ehefrau an dem durch gemeinsame und gleichwertige Leistung der Ehegatten erzielten Vermögenszuwachs darstellt[838]
  - wenn ein Ehegatte bei den eigenen Eltern ein Finanzierungsdarlehen aufgenommen hat und zwischen den Ehegatten eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung über den internen Ausgleich besteht[839]

- andere Immobilie (nicht Familienheim)
  - Übertragung der ganzen Immobilie
    - dauerhaft unbebaut *(nicht belegt)*
    - noch zu bebauen
      - Bebauung gemeinsam *(nicht belegt)*
      - Bebauung durch zuwendenden Ehegatten *(nicht belegt)*
      - Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*
    - Bebaut *(nicht belegt)*
  - Übertragung der anteiligen, insbesondere halben Immobilie
    - unbebaut = noch zu bebauen
      - Bebauung gemeinsam *(nicht belegt)*
      - Bebauung durch zuwendenden Ehegatten *(nicht belegt)*
      - Bebauung durch anderen Ehegatten *(nicht belegt)*
    - Bebaut *(nicht belegt)*

[837] KG FamRZ 2010, 33
[838] OLG Bamberg FamRZ 1995, 234
[839] BGH FamRZ 2010, 1542

- o Zahlung von Lebensversicherungsprämien auf gemeinsames Hausdarlehen (Vielmehr: Auftrag[840])

Einräumung **dinglicher Sicherheiten[841] zur Ermöglichung eines Bankkredits** (vielmehr: Auftragsrecht[842])

Kredite

- **Mithaftung für Kredite[843]** (vielmehr: Auftrag[844])
- **Tilgung** eines gemeinsamen **Kredits** (vielmehr: Gesamtschuldnerausgleich[845])
- **Zins- und Tilgungsleistungen** eines Kredits zur Finanzierung der gemeinsam genutzten, im Alleineigentum des anderen stehenden Wohnimmobilie im Rahmen fiktiver Miete für vergleichbare Wohnung (Entscheidung betrifft nichteheliche Lebenspartner, ist aber auf Ehegatten übertragbar)[846]
- Zahlung der **Zinsen**, wenn dies ein Ausgleich von Gegenleistungen war[847]
- **Schuldübernahme[848]**
- **Darlehen** des einen an den anderen Ehegatten[849], wenn der andere mithaftet[850]

Lebensversicherung

- Umschreibung des Vertrages auf Verlangen der Bank bei endfälligem (tilgungsfreiem) Hypothekendarlehen (vielmehr: konkludente Bruchteilsgemeinschaft[851])
- Unterlassen des Widerrufs des Bezugsrechts zugunsten des anderen Ehegatten nach der Scheidung[852]

Steuererstattungen[853]

Steuerlich motivierte Vermögensübertragung (vielmehr: Auftrag in Gestalt fremdnütziger Verwaltungstreuhand[854])

Weihnachtsgeschenke[855]

---

[840] OLG Bremen FamRZ 2009, 779
[841] BGH FamRZ 1989, 835, 836
[842] OLG Bremen FamRZ 2006, 122; OLG Hamm FamRZ 2003, 97; OLG München FamRZ 2003, 874
[843] BGH FamRZ 1989, 835; OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 1149
[844] OLG München FamRZ 2003, 874
[845] OLG Bremen FamRZ 1999, 1503
[846] OLG Bremen, FamRZ 2012, 463
[847] OLG Düsseldorf FamRZ 2004, 1647
[848] OLG Düsseldorf FamRZ1995, 1146
[849] OLG Karlsruhe FamRZ 2008, 1622; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 297
[850] OLG Stuttgart, Urteil vom 03.11.2008 5 U 66/08
[851] OLG Bremen FamRZ 2009, 779
[852] OLG Hamm NJW-RR 2002, 1605 = MDR 2002, 1253; ist das Bezugsrecht unwiderruflich, ist es beim Zugewinnausgleich im Endvermögen zu berücksichtigen, BGH NJW 1992, 2154
[853] OLG Düsseldorf FamRZ 1995,1148, 1149
[854] BGH FamRZ 1992, 1401=NJW-RR 1993, 367; OLG Hamburg FamRZ 2002, 395
[855] AG Bensheim, Beschluss v. 19.06.2012, 73 F 190/12 RI, juris

Wertsteigerungen von Zuwendungsgegenständen

- allgemeine Wertsteigerung von Grund und Boden[856]
- Wertsteigerung einer Immobilie durch Umwandlung in Wohnungseigentum[857]

Wohnrecht, schuldrechtlich unentgeltlich[858]

Zuwendungen aller Art im Hinblick auf die **Ehescheidung**[859]

16.1.3 Familienrechtlicher Kooperationsvertrag

16.1.3.1 Familienrechtlicher Kooperationsvertrag angenommen oder für möglich gehalten

Arbeitsleistungen

- an der Immobilie des Begünstigen[860]

Mitarbeit im Unternehmen des anderen Ehegatten

- Taxifahrerin[861]
- Baumschule[862]

Investitionen in das im Eigentum des anderen Ehegatten stehende **Familienheim**

- Geld- und Sachleistungen[863]
- Instandsetzungs- Umbau-, Renovierungsarbeiten an Immobilie[864]

16.1.3.2 Familienrechtlicher Kooperationsvertrag abgelehnt oder für nicht möglich gehalten

Bauüberwachung[865]

---

[856] OLG Düsseldorf FamRZ 1995,1148, 1149
[857] OLG Düsseldorf FamRZ 1995,1148, 1149
[858] BGH FamRZ 2007, 1649: kein Substanztransfer, also weder Zuwendung noch Schenkung, sondern Leihe
[859] OLG Schleswig FamRZ 2007, 820
[860] BGH FamRZ 1982, 910; 2010, 958, 963 (Schwiegereltern); LG Marburg FamRZ 2004, 1099 (Schwiegereltern)
[861] BGH OLG Bremen FamRZ 1999, 227
[862] BGH FamRZ 1994, 1167
[863] BGH FamRZ 1982, 910; OLG Hamm FamRZ 1983, 494 (Leistungen in der Verlobungszeit); OLG Nürnberg Urteil v. 03.03.2000 EzFamR aktuell 2000, nachfolgend BGH Beschluss v. 13.03.2003 XII ZR 144/00
[864] BGH FamRZ 2010, 958, 963; LG Berlin, Urteil v. 04.11.2005, 22 O 234/05 juris
[865] AG Bensheim, Beschluss v. 19.06.2012, 73 F 190/12 RI, juris

Mitarbeit im Rahmen der familiären Beziehung

- (Bauüberwachung[866])

Mitarbeit im Unternehmen des anderen Ehegatten

- Taxifahrerin in **versicherungspflichtigem Arbeitsverhältnis**[867]

16.2 Sachregister Ehegatteninnengesellschaft[868] Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nach Güterständen

Es sind folgende Entscheidungen ergangen zu den möglichen denkbaren Güterstandssachverhalten ergangen:

16.2.1 Gruppe 1: Gütertrennung

20.12.1952	II ZR 44/52[869]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
25.03.1954	IV ZR 140/53[870]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
14.11.1956	IV ZR 139/56[871]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
28.02.1972	II ZR AG Bensheim, Beschluss v. 19.06.2012, 73 F 190/12 RI, juris	
147/69[872]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)	
09.10.1974	IV ZR 164/73[873]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
08.04.1987	IVb ZR 43/86[874]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
13.07.1994	XII ZR 1/93[875]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
30.06.1999	XII ZR 230/96[876]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
28.09.2005	XII ZR 189/02[877]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)

16.2.2 Gruppe 2: Gesetzlicher Güterstand[878]

09.02.1955	IV ZR 191/54[879]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
15.01.1958	IV ZR 242/57[880]	(Sachverhalt streitig, Zurückverweisung)

[866] AG Bensheim FamRZ 2013, 821
[867] OLG Bremen FamRZ 1999, 227
[868] Aus: Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft, S. 440 ff
[869] BGHZ 8, 249
[870] BGH FamRZ 1954, 107
[871] n. v.
[872] BGH FamRZ 1972, 362
[873] BGH FamRZ 1975, 35
[874] BGH FamRZ 1987, 907
[875] BGH FamRZ 1994, 1167
[876] BGHZ 142, 137
[877] BGH FamRZ2006, 607
[878] die Zusammenstellung dieser Urteile zeigt, dass die Feststellung von Kogel (Zugewinn oder Ehegatteninnengesellschaft? Eine Gratwanderung in der Vermögensauseinandersetzung – zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung BGH, FamRZ 2006, 607, FamRZ 2006, 1799) so nicht richtig ist, bis auf eine Ausnahme seien alle Verfahren im gesetzlichen Güterstand zulasten des Anspruchstellers entschieden worden
[879] n. v.

14.10.1959	IV ZR 140/59[881]	(Lösung nach Auftragsrecht)
28.10.1959	IV ZR 91/59[882]	(Zurückverweisung)
23.02.1961	II ZR 243/59[883]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
25.05.1966	IV ZR 348/64[884]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
22.02.1967	IV ZR 331/65[885]	(Zurückverweisung[886], allerdings mit Bejahung einer Ehegatteninnengesellschaft, dies aber wiederum mit der Maßgabe, dass der sich daraus ergebende Ausgleichsanspruch in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen ist).
25.09.1972	III ZR 97/70[887]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht, jedoch aufgrund ausdrücklicher (notarieller) Vereinbarung)
18.03.1974	IV ZR 80/72 [888]	(bejaht, jedoch als Außengesellschaft)
29.05.1974	IV ZR 210/72[889]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
29.01.1986	IVb ZR 11/85[890]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt; Ausnahmecharakter dieser Anspruchsgrundlage hervorgehoben)
05.10.1988	IVb ZR 52/87[891]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
10.07.1991	XII ZR 114/89[892]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)

16.2.3 Gruppe 3: Gütergemeinschaft

07.12.1993	VI ZR 152/92[893]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt).

Es lässt sich bis hierhin zwanglos feststellen, dass Innengesellschaftskläger beim Bundesgerichtshof keinen Erfolg hatten, soweit sie im gesetzlichen Güterstand lebten bzw. gelebt hatten.

---

[880] BGH FamRZ 1960, 104
[881] BGH FamRZ 1960, 58
[882] BGH FamRZ 1960, 105
[883] BGH FamRZ 1961, 301
[884] BGH FamRZ 1966, 492
[885] BGHZ 47, 157
[886] allerdings mit Bejahung einer Ehegatteninnengesellschaft, dies aber wiederum mit der Maßgabe, dass die gesellschaftsrechtliche Ausgleichsforderung in die güterrechtliche Ausgleichsbilanz einzustellen ist. Der Schwerpunkt der Entscheidung als Grundsatzentscheidung liegt wohl an zwei anderen Stellen: der endgültigen Absage an § 812 BGB als Anspruchsgrundlage BGHZ 47, 157, 160) und dem (neuen) Gesichtspunkt, dass nicht (mehr in allen Fällen) erforderlich sei, dass sich die Ehegatten in den Dienst einer gemeinsamen, über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Aufgabe gestellt haben, vielmehr auch das zur Verfügung Stellen von Eigentum als Haftungssubstrat genüge (BGHZ 47, 157, 163 f). Der Schwerpunktcharakter bzw. die besondere Grundsatzbedeutung des letztgenannten Aspektes folgt nicht allein aus der Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung, sondern auch aus der Auffälligkeit, dass die einschlägigen Ausführungen der Entscheidung nicht im Urteils-, sondern im Gutachtenstil abgefasst sind (BGHZ 47, 157, 162 – 164), also wissenschaftlich hergeleitet werden
[887] BGH FamRZ 1973, 22
[888] n. v.
[889] BGH NJW 1974, 1554
[890] BGH FamRZ 1986, 558
[891] BGH FamRZ 1989, 147
[892] BGH FamRZ 1991, 1169
[893] BGH WM 1994, 694

Allerdings muss noch auf eine nicht unerhebliche Anzahl von Urteilen hingewiesen werden, die sich zwar mit dem geltend gemachten Anspruch „konkludente Ehegatteninnengesellschaft“ befassen, ohne jedoch im Tatbestand Feststellungen zum Güterstand zu treffen:

16.2.4 Gruppe 4: Urteile des Bundesgerichtshofs ohne Tatsachenfeststellungen zum Güterstand

05.10.1960	IV ZR 52/60[894]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
14.12.1960	IV ZR 161/60[895]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
24.04.1961	II ZR 288/59[896]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
21.09.1961	II ZR 57/60[897]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
25.09.1961	II ZR 170/59[898]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
29.05.1962	VI ZR 228/61[899]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
27.02.1963	IV ZR 189/62[900]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
10.04.1963	IV ZR 284/62[901]	(Ehegatteninnengesellschaft für möglich gehalten, Zurückverweisung)
22.05.1963	IV ZR 229/62[902]	(Ehegatteninnengesellschaft für möglich gehalten, Zurückverweisung)
06.06.1963	II ZR 32/61[903]	(Ehegatteninnengesellschaft
07.04.1966	II ZR 275/63[904]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
17.01.1967	VI ZR 89/65[905]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
10.04.1967	II ZR 162/65[906]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
11.07.1967	VI ZR 36/66[907]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
05.10.1967	VII ZR 143/65[908]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
21.12.1972	II ZR 13/71[909]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
05.07.1974	IV ZR 203/72[910]	(Ehegatteninnengesellschaft abgelehnt)
14.03.1990	XII ZR 98/88[911]	(Ehegatteninnengesellschaft bejaht)
11.04.1990	XII ZR 44/89[912]	(Ehegatteninnengesellschaft

[894] BGH FamRZ 1961, 212
[895] BGH LM § 66 BEG Nr. 14
[896] BGH FamRZ 1961, 431
[897] BGH FamRZ 1961, 522
[898] BGH FamRZ 1961, 519
[899] BGH LM § 845 BGB Nr. 11
[900] BGH FamRZ 1963, 279
[901] BGH FamRZ 1963, 343
[902] BGH FamRZ 1963, 429
[903] n. v.
[904] BGH FamRZ 1966, 442
[905] BGH FamRZ 1967, 319
[906] BGH FamRZ 1968, 589
[907] BGH FamRZ 1967, 618
[908] BGH FamRZ 1968, 23
[909] BGH WM 1973, 296
[910] BGH FamRZ 1974, 592
[911] BGH FamRZ 1990, 973

abgelehnt).

Da die Entscheidungsveröffentlichungen in den Fachzeitschriften in der Regel nur Auszüge aus den Urteilsgründen enthalten, wurden die vollständigen Urteile aus dem Archiv des Bundesgerichtshofs eingesehen. Sie geben keinen weiteren Aufschluss. Es fehlen tatbestandliche Feststellungen zum Güterstand.

16.3 Literaturverzeichnis

Autor(en)	Beitrag/Titel	Fundstelle(n)
Keiser, Thorsten	Vom familienrechtlichen Vertrag sui generis zum lebensgemeinschaftlichen Kooperationsvertrag – eine gelungene Rechtsfortbildung?	RW 2014, 27
Weidlich, Dietmar	Ehegattenzuwendung und Pflichtteilsergänzung in der Zugewinngemeinschaft	ZEV 2014, 345
Christ, Susanne	Zuwendungen in der Familie und Steuern	NZFam 2014, 322
Wellenhofer, Martina	Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten nach § 313 BGB	NZFam 2014, 314
Koch, Elisabeth	Rückforderung von Schenkungen in der Familie	NZFam 2014, 311

[912] BGH FamRZ 1990, 1219

Henke, Johannes/Keßler, Jochen	Der Anspruch auf Rückfortderung von Zuwendungen	NZFam 2014, 307
Rauscher, Thomas	Ehegattenzuwendungen	NZFam 2014, 298
Jeep, Jens	Schenkung oder nicht Schenkung, das ist oft die Frage	NZFam 2014, 293
Großmann, Jan R.	Bedeutung der ehebedingten Zuwendung in der anwaltlichen und familiengerichtlichen Praxis	NZFam 2014, 289
Derich, Verena	Entwicklung der Rechstprechung zu unbenannten Zuwendungen	ErbR 2014, 59
Wever, Reinhard	Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 6. Aufl. 2014	Gieseking 2014
Herr, Thomas	Konkretisierung der BGH-Rechtsprechung zur konkludenten Ehegatteninnengesellschaft Anmerkung zu KG vom 08.05.2012 - 17 UF 310/11	FamRB 2014, 83
Derichs, Verena	Entwicklung der Rechtsprechung zu unbenannten Zuwendungen	ErbR 2014, 59
Herr, Thomas	Nebengüterrecht 2013	FF 2014, 59
Falkner, Melanie	Das (Neben-)Güterrecht	DNotZ 2013, 586
Herr, Thomas	Nebengüterrecht – Ausgleichsansprüche bei Gütertrennung und gestörtem Zugewinnausgleich	Beck 2013
Wever, Reinhardt	Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Vermögensauseinandersetzung der	FamRZ 2013, 741

	Ehegatten außerhalb des Güterrechts	
Wever, Reinhardt	Abschlag für Zweckerreichung bei Rückgewähr ehebezogener Zuwendungen	FamRZ 2013, 514
Herr, Thomas	Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis (§ 6, S. 299-400), Beck 2013	Nebengüterrechtliche Foderungen
Kogel, Walter	Die Lebenserwartung als Kürzungskriterium bei der Rückforderung ehebezogener Zuwendungen – ein juristischer Irrweg	FamRZ 2013, 512
Herr, Thomas	Das Nebengüterrecht in der anwaltlichen Fallbearbeitung	FamRB 2013, 84
Herr, Thomas	BGH: Übertragung eines Wohnrechts unter Partnern einer Lebensgemeinschaft oder Ehegatten – Schenkung oder unbenannte Zuwendung?	FamFR 2013, 44
Herr, Thomas	Das Nebengüterrecht in der anwaltlichen Fallbearbeitung	FamRB 2013, 69
Münch (Hrsg.)/Herr	Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 6 Nebengüterrechtliche Forderungen	Beck 2013
Wever, Reinhardt	Rückgewähr ehebezogener Zuwendungen: Der Abschlag für teilweise Zweckerreichung	FamRZ 2013, 1
Wefers/Carle	Freigiebige Zuwendungen unter Ehegatten – Gemeinsamer Tisch, gemeinsames Bett, gemeinsames Konto?	ErbStB 2013, 48
Herr, Thomas	Der Ausgleich schwiegerelterlicher Mitarbeit	FamFR 2012, 557
Bräuer, Max	Zuwendungen innerhalb der Familie und gesetzlicher Zugewinnausgleich	FÜR 2011, 75
Herr, Thomas	Die ehebezogene Zuwendung als Teil des materiellen Nebengüterrechts	NJW 2012, 3480
Herr, Thomas	Die Systematik des Nebengüterrechts	NJW 2012, 1847
Herr, Thomas	Entwicklung, Struktur und Perspektiven des Nebengüterrechts	FamRB 2012, 257
Hoppenz, Rainer	Ehegattenzuwendungen	FPR 2012, 84
Herr, Thomas	Besprechung von OLG Hamm, Beschluss vom 07.03.2012 (II-12 UF 235/11): Konkludente Ehegatteninnengesellschaft mit einem Freiberufler	FamRB 2012, 301
Poelzig, Dörte	Die Dogmatik der unbenannten unentgeltlichen Zuwendungen im	JZ 2012, 425

	Zivilrecht	
Röthel, Anne	Ausgleichsforderungen unter Ehegatten	FamRZ 2012, 1916
Dauner-Lieb, Barbara	Gütertrennung in der Unternehmerehe	FF 2011, 382
Dauner-Lieb, Barbara	Plädoyer für eine Weiterentwicklung der Kernbereichslehre	FF 2010, 343
Dauner-Lieb, Barbara	Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht	AcP 201, 295
Gerhardt	Handbuch des Fachanwalts Familienrecht	8. Aufl. 2011
Bergschneider, Ludwig	Schenkung, ehebezogene Zuwendung und Ehegatteninnengesellschaft bei Scheidung und Tod	FÜR 2011, 244
Haußleiter/Schulz	Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung	5. Aufl. 2011
Herr, Thomas	Ausgewählte Konkurrenzfragen und anwaltliche Prüfungsreihenfolge im Nebengüterrecht	FamFR 2011, 16
Herr, Thomas	Kernbereichslehre und Nebengüterrecht	FF 2011, 16
Herr, Thomas	Selektiver vorzeitiger Zugewinnausgleich über die konkludente Ehegatteninnengesellschaft – ein lohnender Umweg über das Nebengüterrecht	FamRB 2011, 258
Herr, Thomas	Konkludente Ehegatteninnengesellschaft mit einem Freiberufler?	FamRB 2011, 221
Herr, Thomas	Weitere Aspekte zum Vergleich zwischen Ehegatteninnengesellschaft und Zugewinnausgleich	FamRB 2011, 86
Hoppenz, Rainer	Die Ausübungskontrolle des Gütertrennungsvertrages – konkludente Ehegatteninnengesellschaft, ehebezogene Zuwendung und familienrechtlicher Kooperationsvertrag nur noch Auslaufmodelle?	FamRZ 2011, 1697
Klein	Handbuch Familienvermögensrecht	Köln 2011
Münch, Christof	Ehebezogene Rechtsgeschäfte – Handbuch der Vertragsgestaltung	3.Aufl. 2011
Roßmann, Franz-Thomas	Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Nebengüterrecht Teil1	FuR 2011, 498
Weinreich, Gerd	Vermögensausgleich ohne Ehe	FF 2011, 271
Meder, Stephan	Grundprobleme und Geschichte der Zugewinngemeinschaft	Universitätsverlag Halle-Wittenberg 2010
Bergschneider, Ludwig	Güterrecht und richterliche Inhaltskontrolle	FamRZ 2010, 1857
Bergschneider, Ludwig	Verträge in Familiensachen	4. Aufl., Gieseking 2010
Gergen, Thomas	Die Mitarbeit des Ehegatten im Betrieb des anderen	FPR 2010, 298

Herr, Thomas	Die neue Schwiegerelternrechtsprechung des Bundesgerichtshofs – mehr Dogmatik im Nebengüterrecht?	FamRB 2010, 380
Schlimm, Maren	Die Ehegatteninnengesellschaft im außergerichtlichen Vermögensausgleich	Hamburg 2010
Wall, Fabian	Ehegatten-Innengesellschaft und Zugewinnausgleich im Vergleich	FamRB 2010, 348
Dauner-Lieb, Barbara	Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Ehegatteninnengesellschaft	FuR 2009, 361
Wever, Reinhardt	Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts	5. Aufl. Bielefeld 2009
Höland/Sethe/Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.)	Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen	Bielefeld 2007
Grziwotz	Rückforderungsrecht bei ehebdingter Zuwendung und Neuregelung des Zugewinnausgleichs	FamRM 2009, 387
Müßig, Ulrike[913]	Ehebezogene Zuwendungen als Schenkungen unter Ehegatten, FÜR 2007, 194	FÜR 2007, 194
Schröder/Bergschneider	Familienvermögensrecht	2. Aufl. 2007
Wall, Fabian	Die Ehegatteninnengesellschaft – eine erbrechtliche Gestaltungsalternative zur „Güterstandsschaukel“?	ZEV 2007, 249
Bergschneider, Ludwig	Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungs-vereinbarungen	Beck 2008
Herr, Thomas	Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft – der Ausgleich ehelicher Mitarbeit als ehebezogene Zuwendung im Rahmen richterlicher Inhalts- und Ausübungskontrolle	Diss. Mannheim 2008 Deutscher AnwaltVerlag
Gerhards, Andreas	Der Befreiungsanspruch zwischen Ehegatten unter Heranziehung des Auftragsrechts	FamRZ 2006, 793
Grziwotz, Herbert	Das innere Maß des Scheidungsfolgenrechts – Teilhabegerechtigkeit in der Ehe	DNotZ 2006, 32
Haußleiter/Martin	Zum Ausgleichsanspruch bei einer Ehegatteninnengesellschaft neben einem Anspruch auf Zugewinnausgleich	NJW 2006, 2741
Kogel, Walter	Zugewinn oder Ehegatteninnengesellschaft? Eine Gratwanderung in der Vermögensauseinandersetzung – zugleich eine Anmerkung zur	FamRZ 2006, 1799)

[913] Es besteht (aufgrund Namensänderung) Personenidentität mit der Autorin Ulrike Seif, vgl. Müßig, Ehebezogene Zuwendungen als Schenkungen unter Ehegatten, FÜR 2007, 194, Sternchenverweis

	Entscheidung BGH, FamRZ 2006, 607	
Winklmair, Rolf	Rückgewähr einer „ehebedingten Zuwendung“ im Güterstand der Gütertrennung	FamRZ 2006, 1650
Dauner-Lieb/Sanders	Abdingbare Teilhabe – unabdingbare Verantwortung? Grenzen güterrechtlicher Vereinbarungen im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH	FPR 2005, 141
Dethloff, Nina	Familienarbeit im Wandel in: Perspektiven des Familienrechts	Festschrift für Schwab 2005, 341
Hofer, Sybille	Das Gesellschaftsrechtliche an der Ehe in: Perspektiven des Familienrechts	Festschrift für Schwab 2005, 80
Jaeger, Wolfgang	Reicht § 1381 BGB aus, um unbillige Ergebnisse im Zugewinnausgleich angemessen zu korrigieren?	FPR 2005, 352
Schulz, Werner	Ausgleichsansprüche für die Mitarbeit eines Ehegatten – Ehegatteninnengesellschaft und familienrechtlicher Kooperationsvertrag	FamRB 2005, 142,
Hirsch, Günter	Die Bedeutung der Richterrechts hat zugenommen – Der Richter darf das Gesetz weiterdenken, aber nicht umdenken (Interview)	ZRP 2004, 29
Münch, Christof	Zur Pfändbarkeit von Rückforderungsrechten bei ehebedingten Zuwendungen	FamRZ 2004, 1329,
Münch, Christof	Die Ehegatteninnengesellschaft – ein Vorschlag zu ihrer vertraglichen Ausgestaltung	FamRZ 2004, 233
Schiebel, Erna	Vermögensausgleich mittels Ehegatteninnengesellschaft	NJW-Spezial 2004,
Schulz, Werner	Rückgewähr von Zuwendungen	FamRB 2004, 398,
Wagenitz, Thomas	Vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter Ehegatten außerhalb des Güterrechts in: Schwab/Hahne, Familienrecht im Brennpunkt, S. 161	Bielefeld 2004
Wever, Reinhard	Anm. zu LG Marburg FamRZ 1994, 1099 (Kooperationsvertrag mit Schwiegereltern)	FamRZ 1994, 1101
Löhnig, Martin	Zum Ausgleich „unbenannter“ oder	FamRZ 2003, 1521

	„ehebedingter“ Zuwendungen nach der Schuldrechtsmodernisierung	
Haas, Ulrich	Ehegatteninnengesellschaft und familienrechtlicher Vertrag sui generis	FamRZ 2002, 205
Schröder, Rudolf	Ehebezogene Zuwendungen als Schenkungen unter Ehegatten	FamRZ 2001, 142
Arens, Wolfgang	Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen und die Rechtsfigur der „konkludent vereinbarten Innengesellschaft“ – Allzweckwaffen zur Herbeiführung gerechter Vermögensausgleichsregelungen?,	FamRZ 2000, 266
Grziwotz/Hagengruber	Die zweite Spur - ein (neuer) Weg zur Gerechtigkeit zwischen Ehegatten	DNotZ 2000, 486
Jaeger, Wolfgang	Die Wiederentdeckung der stillschweigenden Ehegatteninnengesellschaft als Instrument des Vermögensausgleichs nach gescheiterter Ehe	Festschrift für Henrich 2000, 323
Langenfeld, Gerrit	Abgrenzung von ehebezogenen Zuwendungen und Leistungen innerhalb einer Ehegattengesellschaft – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BGH v. 30.06.1999, XII ZR 230/96	ZEV 2000, 14
Seif, Ulrike[914]	Ehebezogene Zuwendungen als Schenkungen unter Ehegatten	FamRZ 2000, 1193
Seiler, Hans Hermann	Über die sog. unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten – ein skeptischer Zwischenbericht	Festschrift für Henrich 2000, 551
Waas, Bernd	Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH zur „Ehebezogenen Zuwendung“	Deutsches und Europäisches Familienrecht 2000, 171
Waas, Bernd	Zur Dogmatik der sogenannten „ehebezogenen Zuwendungen“	FamRZ 2000, 453
Blumenröhr, Friedrich	Zum Vermögensausgleich nach gescheiterter Ehe	Festschrift für Odersky, 1996
Schwab, Dieter	Der Vermögensausgleich bei Trennung und Scheidung – ein unbeackertes Reformfeld des Gesetzgebers?	Brühler Schriften
Wever, Reinhardt	Die Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten: schuldrechtliche Ansprüche	FamRZ 1996, 905
Hausmann, Rainer	Ausgleichsansprüche für	ZEV 1995, 129

[914] Es besteht (aufgrund Namensänderung) Personenidentität mit der Autorin Ulrike Müßig, vgl. Müßig, Ehebezogene Zuwendungen als Schenkungen unter Ehegatten, FÜR 2007, 194, Sternchenverweis

	Ehegattenmitarbeit nach § 242 BGB	
Kollhosser, Helmut	Ehebezogene Zuwendungen und Schenkungen unter Ehegatten	FamRZ 1994, 2313
Apfelbacher, Gabriele	Ehebedingte Zuwendungen und Ehegatten-Eigenheimgesellschaft	Diss. Regensburg, Bielefeld 1993
Jaeger, Wolfgang	Zur rechtlichen Deutung ehebezogener (sog. unbenannter) Zuwendungen und zu ihrer Rückabwicklung nach Scheitern der Ehe	DNotZ 1991, 431
Nonnenkamp/Zysk	Neue Rechtsprechung zur vermögensrechtlichen Auseinandersetzung unter Ehegatten nach gescheiterter Ehe	DRiZ 1990, 437
Hepting, Reinhard	Ehevereinbarungen – die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht	München 1984
Frank, Rainer	Gesellschaften zwischen Ehegatten und Nichtehegatten	FamRZ 1983, 541
Tiedke, Klaus	Güterrechtlicher und schuldrechtlicher Ausgleich bei Scheidung der Ehe	DNotZ 1983, 161
Reinicke/Tiedke	Güterrechtlicher Ausgleich bei Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen und Wegfall der Geschäftsgrundlage	WM 1982, 946
Johannsen, Kurt Herbert	Vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter Ehegatten nach Auflösung der Ehe bei Gütertrennung	WM 1978, 502
Kleinle, Friedrich	Die Ehegattenzuwendung und ihre Rückabwicklung bei Scheitern der Ehe	FamRZ 1977, 1383
Henrich, Dieter	Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche zwischen Ehegatten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	FamRZ 1975, 533
Kropholler, Jan	Gleichberechtigung durch Richterrecht	Bielefeld 1975
Malberg, Hermann	Ehegatten-Innengesellschaften nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	DB 1975, 385
Lieb, Manfred	Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand	Tübingen 1970
Fenn, Herbert	Die juristische Qualifikation der Mitarbeit bei Angehörigen und ihre Bedeutung für die Vergütung	FamRZ 1968, 291
Kühne, Gunther	Die Rückforderung von Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten bei Scheidung der Ehe unter besonderer Berücksichtigung des Bereicherungsrechts	FamRZ 1968, 356
Gernhuber, Joachim	Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen	FamRZ 1958, 243

	der Gleichberechtigung	
Hagemeyer, Maria	Denkschrift über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 GG) erforderlichen Gesetzesänderungen	Verlag Bundesanzeiger 1951
v. Scanzoni v. Lichtenfels, Gustav Franz Karl	Anm. zu RG v. 24.10.1931, 63/31 V	JW 1932, 1349