

Tilman Sutor

Billigkeitsansprüche und Vermögensaus-
einandersetzung bei Scheidung der Ehe
im deutschen und schweizerischen Recht

Zugleich ein Beitrag zu den Reformüberlegungen
im deutschen Güterrecht



Nomos



Stämpfli Verlag



Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Elisabeth Koch
Prof. Dr. Saskia Lettmaier
Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp
Prof. Dr. Karlheinz Muscheler
Prof. Dr. Anne Sanders

Band 40

Tilman Sutor

Billigkeitsansprüche und Vermögensaus- einandersetzung bei Scheidung der Ehe im deutschen und schweizerischen Recht

Zugleich ein Beitrag zu den Reformüberlegungen
im deutschen Güterrecht



Nomos



Stämpfli Verlag





Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Saarbrücken, Univ. des Saarlandes, Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1543-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-4348-8 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-2497-3 (Stämpfli Verlag AG, Print)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis August 2023 berücksichtigt.

Zu tiefem Dank verpflichtet bin ich meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Dr. h. c. Tiziana Chiusi, die mich fachlich und persönlich immerzu unterstützt und fördert. Die Zeit der Promotion an ihrem Lehrstuhl wird mir auf ewig in bester Erinnerung bleiben.

Außerdem gebührt mein Dank Herrn Prof. Dr. iur. Dr. rer. publ. Dr. h. c. mult. Michael Martinek für die so zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Den Herausgebern der „Schriften zum Familien- und Erbrecht“ danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Reihe.

Für die Unterstützung beim mühevollen Korrekturlesen bedanke ich mich bei Rita Landry-Tadayon, Marvin Hell, Thomas Manz und Kurt Pfeifer.

Bedanken möchte ich mich auch bei meiner Partnerin Louisa Tadayon, die mir mit viel Geduld und Nachsicht immer zur Seite steht. Ohne den besonderen Rückhalt meiner Familie wäre mir dieser Werdegang nicht möglich gewesen. Dafür danke ich insbesondere meinen Großeltern Erika und Hans-Jürgen Sutor. Meiner Mutter Angelika Sutor ist dieses Buch gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	17
1. Teil: Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts bei Scheidung der Ehe im deutschen Recht	27
Kapitel I: Das deutsche „Nebengüterrecht“ als Richterrecht	27
§ 1 Ausgleichsinstrumente der Rechtsprechung	28
I. Konkludente Ehegatteninnengesellschaft	28
II. Wegfall der Geschäftsgrundlage einer ehebezogenen Zuwendung	31
III. Wegfall der Geschäftsgrundlage eines familienrechtlichen Kooperationsvertrags	34
§ 2 Verhältnis der Ausgleichsinstrumente zum Güterrecht	35
I. Gütergemeinschaft	37
II. Gütertrennung	38
III. Zugewinngemeinschaft	40
IV. Ergebnis: Güterstandübergreifender Anwendungsbereich	42
§ 3 Anhaltende Kritik an der Rechtsprechungspraxis	43
I. Fiktion eines Vertragsschlusses	43
II. Überschreiten der Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung	44
III. Sachgrundlose Diversifikation in verschiedene Anspruchsgrundlagen	44
IV. Unterschiedliche Lösungsansätze	48
Kapitel II: Auswirkungen der EuGüVO auf die nebengüterrechtlichen Ansprüche	50
§ 1 Anwendungsbereich der EuGüVO	51

§ 2 Überschreitung der Gesetzgebungskompetenz der EU durch Art. 25 EuGüVO	56
§ 3 Auslandsbezug als ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung des Art. 25 EuGüVO	60
§ 4 Der Vereinbarungsbegriff der EuGüVO	61
§ 5 Zweckmäßigkeit der teleologischen Einschränkung von Art. 25 EuGüVO	64
§ 6 Auswirkungen der Formnichtigkeit	69
§ 7 Ergebnis: Kein zwingender Handlungsbedarf des Gesetzgebers	72
Kapitel III: Geschäftsgrundlage der familienrechtlichen Verträge sui generis	74
§ 1 Rechtsprechung des 10. BGH-Senats	75
§ 2 Reichweite dieser Rechtsprechung	77
§ 3 Berechtigte Kritik	80
§ 4 Versuch einer Begrenzung der Geschäftsgrundlagenlösung	85
Kapitel IV: Der Ausgleichsanspruch in Geld als Form der Vertragsanpassung	87
§ 1 Beschränkung des Anspruchs der Höhe nach	88
I. Begrenzung auf noch vorhandene Vermögensmehrung	89
II. Begrenzung auf Wert der Zuwendung oder Arbeitsleistung – kein Ausgleich von Wertsteigerungen	91
III. Kein Ausgleich von Nutzungen	104
IV. Begrenzung auf fiktiven Zugewinnausgleichsanspruch	109
V. Scheitern der Ehe als entscheidender Zeitpunkt zur Bestimmung der Anspruchshöhe	112
§ 2 Anspruchsreduzierung durch Zeitablauf bzw. Abschlag wegen Zweckerreichung	115
I. Anknüpfung an die verjährungsrechtlichen Vorschriften	118
II. Übertragung der Rechtsprechung zur kurzen Ehedauer gemäß § 1579 Nr. 1 BGB	118
III. Statistische Ehedauer als Höchstgrenze	120
IV. Abschlag nach Nutzungsvorteil oder Restnutzdauer	120

V. Zeitlich gestaffelte Abschreibung	123
VI. Zeitliche Höchstdauer von 30 Jahren	123
VII. Obergrenze einer Rückforderungsmöglichkeit von 20 Jahren	125
VIII. Wertentscheidungen der §§ 529 Abs. 1, 1375 Abs. 3, 2325 Abs. 3 S. 2 BGB	127
IX. Lineare Abschreibung anhand verbleibender Lebensjahre ggf. mit Obergrenze der wirtschaftlichen Erschöpfung	133
X. Ergebnis: Differenzierte Betrachtung	137
§ 3 Sonstige Kriterien	138
I. Alter der Parteien	139
II. Art und Umfang der Leistungen	140
III. Einkommens- und Vermögensverhältnisse	140
IV. Berücksichtigung eigener Aufwendungen	143
§ 4 Problemfall dingliche Rückgewähr	144
§ 5 Ergebnis: Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als Billigkeitslösung	146
2. Teil: Das schweizerische Recht	147
Kapitel I: Vom Richterrecht zu gesetzlichen Ansprüchen sui generis	147
§ 1 Defizitäres eheliches Güterrecht von 1907	148
§ 2 Korrekturen der Rechtsprechung aus Gründen der Billigkeit	154
I. Entschädigung für Ehegattenmitarbeit	154
II. Rückabwicklung von Leistungen aus Einkommen oder Vermögen	159
III. Rückabwicklung von Schenkungen unter Ehegatten bei Ehescheidung	162
IV. Ergebnis: Einschränkung des Nichtausgleichsgrundsatzes zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse	165
§ 3 Reformvorschläge der Literatur und Ansatz der Eherechtsreform	166

Kapitel II: Außergüterrechtliche Entschädigung für außerordentliche Beiträge eines Ehegatten nach Art. 165 ZGB	174
§ 1 Normzweck und Rechtsnatur des Art. 165 ZGB	174
§ 2 Voraussetzungen des Art. 165 ZGB	177
I. Erhebliche oder bedeutende Mehrleistung	177
II. Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe (Abs. 1)	178
III. Mehrleistung aus Einkommen oder Vermögen (Abs. 2)	181
IV. Subsidiaritätsgrundsatz (Abs. 3)	184
1. Arbeitsvertrag	186
2. Darlehensvertrag	189
3. Gesellschaftsvertrag	192
4. Schenkung	197
5. Sonstige Rechtsverhältnisse zwischen den Ehegatten	199
6. Ergebnis: Entschädigungsvermutung für bedeutende, objektiv unentgeltliche Leistungen unter Ehegatten	200
§ 3 Bemessung der Entschädigung	201
I. Art und Umfang der außerordentlichen Beiträge als Grundlage der Anspruchsbemessung	203
II. Mit der Mehrleistung verbundene Vor- und Nachteile	205
III. Persönliche und wirtschaftliche Verhältnisse	207
IV. Ergebnis: Eheindividueller Billigkeitsausgleich	209
§ 4 Verhältnis der Entschädigung zum Bereicherungsrecht	210
§ 5 Verhältnis der Entschädigung zum ehelichen Güter- und Unterhaltsrecht	211
§ 6 Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs	215
§ 7 Art. 165 ZGB und § 1360b BGB im Vergleich: Billigkeitsanspruch versus Rückforderungsausschluss	217
Kapitel III: Güterrechtliche Mehrwertbeteiligung nach Art. 206 ZGB	226
§ 1 Anwendungsbereich und Normzweck von Art. 206 ZGB	226
§ 2 Rechtsnatur der Mehrwertbeteiligung	232

§ 3 Voraussetzungen der Mehrwertbeteiligung	234
I. Beitrag in einen Vermögensgegenstand des anderen Ehegatten	234
II. Fehlen einer Gegenleistung oder Schenkungsabsicht	236
III. Kein Ausschluss der Mehrwertbeteiligung	239
§ 4 Eintritt eines Mehrwerts oder eines Minderwerts	240
§ 5 Fälligkeit, Veräußerung des Vermögensgegenstands und Rückzahlbarkeit	244
§ 6 Massezuordnung der Mehrwertbeteiligung	245
§ 7 Ergebnis: Differenzierte Sichtweise zulasten der Praktikabilität	246
Kapitel IV: Auflösung von Miteigentum unter Ehegatten	251
§ 1 Zuweisung gegen Entschädigung	251
§ 2 Ungleiche Beiträge der Ehegatten	255
§ 3 Art. 205 Abs. 2 ZGB und § 1383 BGB im Vergleich: Billigkeitsentscheidung versus Anrechnungsvorschrift	258
Kapitel V: Gesamtfazit zum schweizerischen Recht	266
3. Teil: De lege ferenda	271
Kapitel I: Vorschläge der Reformkommission des DFGT	271
§ 1 Gesetzliche Normierung des „Nebengüterrechts“	271
I. Normierung eines Ausgleichs nach Leistungen besonderer Art in § 1588a BGB	273
II. Ergänzung der Zugewinnausgleichsregelung des § 1378 BGB	281
III. Ergebnis: Kein Mehrwert gegenüber der Geschäftsgrundlagenlösung	291
§ 2 Ausklammerung eheneutraler Wertveränderungen aus dem Zugewinnausgleich	293
§ 3 Neufassung der Übertragung von Vermögensgegenständen	310

Inhaltsverzeichnis

Kapitel II: Zusammenfassung der Ergebnisse – zugleich eine
kritische Stellungnahme 316

Literaturverzeichnis 329

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BBl.	Bundesblatt
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	Gesetzesentwurf zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag e. V.

Abkürzungsverzeichnis

d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
DM	Deutsche Mark
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EheG	Ehegesetz
EheschIRG	Eheschließungsrechtsgesetz
EU	Europäische Union
EuErbVO	Erbrechtsverordnung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGüVO	Ehegüterrechtsverordnung
EuInsVO	Insolvenzverordnung
EuPartVO	Partnerschaftsverordnung
f.	folgende
FamFG	Familienverfahrensgesetz
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
Hdb.	Handbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. S.	im Sinne
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	Buchstabe
m. Anm.	mit Anmerkung
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen

Neub.	Neubearbeitung
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz; Seite
s.	siehe
sog.	sogenannte
türk.	türkisch
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	und andere
Urt.	Urteil
v.	vom
Var.	Variante
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
vgl.	vergleiche
WZGA	Deutsch-französisches Abkommen über den Güterstand der Wahlzugewinnngemeinschaft
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Bei Vermögensverschiebungen und Dienstleistungen verhalten sich Ehegatten untereinander nicht gleich wie gegenüber Dritten. Neben die alltäglichen und mit einer Lebensgemeinschaft zwangsläufig verbundenen wechselseitigen Leistungen treten in aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft nicht selten Geld-, Sach- oder Arbeitsleistungen, die über das gewöhnliche oder gar unterhaltsrechtlich geschuldete Maß hinausreichen und für die keine unmittelbar greifbare Gegenleistung ersichtlich ist. Die Anlässe für solche Investitionen, die sich im Vermögen nur eines Ehegatten niederschlagen und die von den familienrechtlichen Regelungen im Scheidungsfall nicht oder nicht angemessen kompensiert werden, können vielfältig sein, ebenso deren Erscheinungsformen. Es mag um die Finanzierung des Erwerbs oder die Renovierung einer im Eigentum des anderen Ehegatten stehenden Immobilie¹ oder die Mitarbeit im Betrieb des anderen Ehegatten gehen.² Dabei kann es durch eine haftungsmäßig günstige Vermögensverteilung beeinflusst sein³ oder auf schlichter Zufälligkeit beruhen, dass nur ein Ehegatte Rechtsinhaber wird oder bleibt.⁴

Kommt es zum Scheitern der ehelichen Gemeinschaft und zum Bruch der emotionalen Bindung, stellt sich regelmäßig die Frage einer möglichen Abgeltung der außergewöhnlichen Leistungen. Diese ist nicht leicht zu beantworten, pflegen die regelmäßig nicht juristisch vorgebildeten Ehegatten doch bei intakter Beziehung zum Zeitpunkt der Zuwendung selten in Willenserklärungen miteinander zu verkehren.⁵ Als Grund hierfür kann auf den Gedanken der begrenzten Rationalität im Privatrecht verwiesen

1 *BGH*, Urt. v. 19.09.2012 – Az. XII ZR 136/10 = *FamRZ* 2012, 1789, 1790; *BGH*, Urt. v. 08.07.1982 – Az. IX ZR 99/80 = *BGHZ* 84, 361 ff.; *BGH*, Urt. v. 26.11.1981 – Az. IX ZR 91/80 = *BGHZ* 82, 227, 231.

2 *BGH*, Urt. v. 28.09.2005 – Az. XII ZR 189/02 = *MittBayNot* 2006, 420; *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = *BGHZ* 142, 137, 148; *BGH*, Urt. v. 13.07.1994 – Az. XII ZR 1/93 = *BGHZ* 127, 48 ff.

3 *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = *BGHZ* 142, 137, 148; *KG*, Urt. v. 06.12.2016 – Az. 18 UF 33/16 = *NJW* 2017, 3246, 3248.

4 *Hoppenz*, Ehegattinnenengesellschaft, Kooperationsvereinbarung, Zuwendung, in: *Brühler Schriften zum Familienrecht – Band 17* (2012), S. 57.

5 So sehr treffend *Kobel Schnidrig*, Schenkung unter Ehegatten, in: *FS Hausheer* (2002), S. 301; aber auch bereits *Gernhuber*, *FamRZ* 1979, 193, 201.

werden,⁶ der seine Grundlage in der psychologischen Entscheidungsforschung findet.⁷ Nach diesem weichen Individuen in bestimmten Entscheidungssituationen von rationalen Verhaltensmustern ab, da sie unfähig sind, Zustände der Gegenwart und Zukunft sachgerecht miteinander zu vergleichen.⁸ Nicht nur bei Abschluss eines Gesellschafts- oder Ehevertrags,⁹ sondern auch im Zeitpunkt einer außergewöhnlichen, auf die Partnerschaft bezogenen Geld-, Sach- oder Arbeitsleistung leidet der Zuwendende häufig – ungeachtet der Kenntnis der tatsächlichen Scheidungsquote – an „Überoptimismus“ im Hinblick auf die Stabilität der Partnerschaft.¹⁰ Die von den Partnern unterstellte niedrige Wahrscheinlichkeit einer späteren Trennung führt zu einer Vernachlässigung dieses Umstandes für das eigene Verhalten, sodass eine Versicherung des Risikos durch eine klare rechtliche Zuordnung des Vermögenstransfers unterbleibt.¹¹ Im Gegenteil wird die ausdrückliche Äußerung eines rechtserheblichen Willens gerade unterlassen, um dem wechselseitigen Vertrauensverhältnis nicht zu schaden.¹² „Weil die Liebe nicht rechnet, sondern vertraut“¹³, unterbleibt so eine klare rechtliche Zuordnung der überpflichtgemäßen Geld-, Sach- oder Arbeitsleistungen innerhalb der aufrechten ehelichen Lebensgemeinschaft. Erst am Ende der Ehe wird vielen Ehegatten schmerzlich bewusst, dass sich das gemeinsame Leben und Wirtschaften im Vermögen beider ganz unterschiedlich niedergeschlagen hat.¹⁴

Nach Scheitern der Beziehung und mit Begehren eines finanziellen Ausgleichs stellt sich sodann das Problem der rechtlichen Einordnung von

-
- 6 Etwa *Liebrecht*, AcP 217, 886, 888; *Dauner-Lieb*, AcP 210, 580, 596 ff.; *Timmermann*, Vermögensrechtliche Ausgleichsansprüche bei Scheidung einer Unternehmerehe in Deutschland und Italien (2021), S. 280 spricht von einer „eingeschränkten Eigeninteressenwahrnehmung in der partnerschaftlichen Nähebeziehung“.
 - 7 Für das Vertragsrecht *Eisenberg*, Stanford Law Review 1995, S. 211 ff.
 - 8 *Fleischer*, Behavioral Law and Economics im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: FS Immenga (2004), S. 581 f.; *Dauner-Lieb*, FuR 2009, 361, 370.
 - 9 Grundlegend zur begrenzten Rationalität bei Abschluss eines Gesellschafts- oder Ehevertrags *Sanders*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung – Wirkksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen (2008), S. 313 ff.
 - 10 Zum Begriff des Überoptimismus *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht (2014), S. 439 f.
 - 11 *Schmolke*, Selbstbindung (2014), S. 441.
 - 12 *Timmermann*, Ausgleichsansprüche (2021), S. 280; *Schmolke*, Selbstbindung (2014), S. 445.
 - 13 *Liebrecht*, AcP 217, 886, 888.
 - 14 *Hoppenz*, in: Brühler Schriften zum Familienrecht – Band 17 (2012), S. 57.

Leistungen mit Ehebezug, die über das alltägliche Maß hinausgehen. Dieses ist keineswegs neu,¹⁵ dennoch ist es aber bis heute nicht zufriedenstellend gelöst worden. Die Vielfalt der vertretenen Auffassungen und Lösungsansätze zur Abwicklung des ehebezogenen Vermögenstransfers, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gerade nicht vom gesetzlich vorgesehenen Scheidungsfolgenrecht erfasst wird, ist beachtlich.

Um einen flexiblen Interessenausgleich im Einzelfall zu ermöglichen, greift die deutsche Rechtsprechung neben einem für möglich gehaltenen Ausgleich über die *condictio ob rem* inzwischen maßgeblich auf die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und damit auf eine Vertragslösung zurück. Als vertragliche Grundlage werden die Konstrukte der „unbenannten“ oder „ehebezogenen“ Zuwendung bei Vermögenstransfer und des familienrechtlichen Kooperationsvertrags bei Arbeitsleistung angeführt, die als familienrechtliche Rechtsverhältnisse *sui generis* qualifiziert werden.¹⁶ Damit ist der Weg einer Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls bei Anpassung eines solchen fingierten Vertrags geebnet, der es der Rechtsprechung erlaubt, unterhalts- und güterrechtliche Elemente sowie bereicherungsrechtliche Wertentscheidungen in die Abwägungsentscheidung um einen Ausgleichsanspruch einzubeziehen.

Die Existenzberechtigung dieses Konzepts wird aber nach wie vor in Zweifel gezogen und die Rückkehr zu mehr Einfachheit und Pragmatismus gefordert,¹⁷ was angesichts der umfangreichen, kasuistischen und gleich von mehreren Richtungsänderungen begleiteten Rechtsprechung kaum überrascht.¹⁸ *De lege lata* sprechen sich Stimmen in der Literatur angesichts der Kritik unter anderem für eine Abkehr von der unbenannten Zuwendung und damit eine Rückkehr zur Schenkung aus.¹⁹ Andere favorisieren

15 *Chiusi*, Schenkungen mit Ehebezug aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht, in: FS Koch (2019), S. 3 ff.; *Holzhauser*, FuR 1995, 177 ff.; zur Behandlung von Schenkungen unter Ehegatten nach römischem Recht vgl. ausführlich *Schlei*, Schenkungen unter Ehegatten (1993), S. 4 ff.

16 *Herr*, FF 2021, 276, 277; *Sanders*, FamRZ 2018, 978, 979.

17 *Herr*, NJW 2012, 3486, 3490: „nicht klar, einfach und durchschaubar und [...] den Rechtsuchenden nicht vermittelbar“; *Liebrecht*, AcP 217, 886, 888; *Sanders*, FamRZ 2018, 978, 984.

18 Eine Übersicht zu den Erscheinungsformen der ehebezogenen Zuwendung findet sich bei *Herr*, FF 2021, 276, 279 ff.; für eine fallgruppenorientierte Darstellung vgl. *Hartl*, Die unbenannte Zuwendung und ihre Drittwirkung in der Vertragsgestaltung (2001), S. 80 ff.

19 MüKoBGB/*Koch*⁹, § 516 Rn. 76; BeckOGK/*Harke* (Stand: 01.07.2023), § 516 Rn. 94; BeckOGK/*Martens* (Stand: 01.07.2023), § 313 Rn. 303; *Wimmer*, Motivirrtum bei

einen (einheitlichen) schuldrechtlichen Ausgleich über das Bereicherungsrecht²⁰ oder verweisen auf die Nähe zwischen Ehe und Gesellschaft.²¹ Im Gegensatz dazu wird aber auch grundsätzlich bezweifelt, ob Rechtsfortbildungen im Bereich des allgemeinen Zivilrechts überhaupt geeignet sind, familienrechtliche Problemstellungen zu lösen,²² und es werden etwa Begründungsversuche eines spezifisch familienrechtlichen Anspruchs, hergeleitet etwa aus § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB, unternommen.²³

Neuen Zündstoff für die kritische Auseinandersetzung mit den Rechtsinstrumenten des sog. Nebengüterrechts²⁴ lieferte das Inkrafttreten der Ehegüterrechtsverordnung (EuGüVO)²⁵ zum 29.01.2019. Diese ruft materielle rechtliche Komplikationen für alle ab diesem Zeitpunkt geschlossenen Ehen („Neu-Ehen“) in Bezug auf die Instrumente des Nebengüterrechts hervor, die einen Handlungsbedarf des Gesetzgebers auslösen könnten.²⁶

Schenkung und letztwilliger Verfügung (2023), S. 193: „Zweckschenkungskonstellation“; *Liebrecht*, AcP 217, 886, 916 u. 923; *E.Koch*, NZFam 2014, 311, 314; *Müßig*, FPR 2007, 194, 198; *Seif*, FamRZ 2000, 1193 ff.; *Holzhauser*, FuR 1995, 268, 270.

- 20 *Weinreich*, FamRZ 2014, 1889, 1894: „der damit verbundene Verlust an Flexibilität [ist] gerade das, was im Sinne größerer Rechtssicherheit angestrebt werden sollte“; *Rauscher*, NZFam 2014, 298, 301 für Ehegattenzuwendungen; *Soergel/Lipp*¹³, § 1356 Rn. 43; *Sorge*, JZ 2011, 660, 671 für nichteheliche Lebensgemeinschaften; bereits *Joost*, JZ 1985, 10, 13: „weitaus sichere Grundlage für die Rechtsanwendung“; a. A. *jurisPK-BGB/Pfeiffer*¹⁰, § 313 Rn. 99; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 5 II 3, S. 145.
- 21 *Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsrecht und gesetzlichem Güterstand (1970), S. 185 ff.; *Henrich*, FamRZ 1975, 533, 534; *Dauner-Lieb*, AcP 210, 580, 585 m. w. Nachw.; *Sanders*, Statischer Vertrag (2008), S. 3 ff.
- 22 *Sanders*, ZEuP 2011, 65, 86.
- 23 *Staudinger/Voppel* (Neub. 2018), § 1356 Rn. 63 ff. m. w. Nachw.; *Gernhuber*, FamRZ 1958, 243 ff.; dagegen wiederum *Soergel/Lipp*¹³, § 1356 Rn. 36.
- 24 Der nicht immer einheitlich verwendete Begriff bezeichnet insb. die Ausgleichsinstrumente der (konkludenten) Ehegatteninnengesellschaft und die der ehebezogenen Zuwendung, s. *Herr*, Nebengüterrecht, § 1 Rn. 14 u. *ders.*, NJW 2012, 1847 ff.; *Sanders*, Statischer Vertrag (2008), S. 274 bezeichnet die Institute etwa als „außergesetzliches Güterrecht“; vgl. hierzu auch unten S. 27 f.
- 25 VO (EU) 2016/1103 des Rates vom 24.06.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands; vgl. zu deren Entstehungsgeschichte *Serdynska*, Die Entstehung der Güterrechtsverordnungen – ein Überblick, in: *Dutta/Weber* (Hrsg.), Die Europäischen Güterrechtsverordnungen (2017), S. 7 f.
- 26 *Mankowski*, NZFam 2021, 757, 760; *Wever*, FamRZ 2019, 1289, 1293 f.; *Sanders*, FamRZ 2018, 978, 984.

Im Zentrum der Befürchtungen steht Art. 25 EuGüVO zur Formgültigkeit einer Vereinbarung über den ehelichen Güterstand, bei dem es sich um eine Sachnorm handelt.²⁷ Fände diese Vorschrift auch auf die familienrechtlichen Verträge *sui generis* Anwendung, droht die Formnichtigkeit der stillschweigend und damit formlos abgeschlossenen Vereinbarungen.²⁸ Die Korrekturmechanismen des Nebengüterrechts drohten infolge der EuGüVO ausgehebelt zu werden.²⁹ Zwar wird nicht einheitlich beurteilt, ob die EuGüVO überhaupt anwendbar ist, bejahendenfalls Art. 25 EuGüVO für die Vertragskonstruktionen des Nebengüterrechts gilt und welche Auswirkungen eine unterstellte Formnichtigkeit auf das deutsche materielle Familienrecht hätte. Gleichwohl haben die Kodifikationsüberlegungen zur Ausgleichsproblematik an Fahrt aufgenommen.

Die Reformkommission des Deutschen Familiengerichtstages e. V. (DFGT) hält ein Tätigwerden des Gesetzgebers sogar für zwingend erforderlich.³⁰ Einigkeit bestehe sowohl über das Erfordernis einer inhaltlichen Neuregelung des Nebengüterrechts an sich als auch darüber, dass dies im Wege der Aufnahme in das Gesetz zu erfolgen hat, sowie über den Standort im 4. Buch des BGB. Keine Einigkeit bestehe in der Frage, wie eine gesetzliche Regelung aussehen könnte, insbesondere, ob sie ins Güterrecht integriert werden sollte oder ob eine eigenständige Regelung außerhalb des Güterrechts geboten wäre. Jedenfalls werden *de lege ferenda* zwei Vorschläge zur Diskussion gestellt, die von einer Ergänzung der Zugewinnausgleichsregel des § 1378 BGB³¹ bis hin zu einer Normierung einer eigenständigen Anspruchsgrundlage für einen „Ausgleich nach Leistungen besonderer Art“³² reichen.

Zwar weisen beide Vorschläge einerseits Gemeinsamkeiten auf – so wird der Ausgleichsanspruch etwa von der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls abhängig gemacht – andererseits bestehen aber gravierende Unterschiede, etwa was den persönlichen Anwendungsbereich einer gesetzlichen Lösung betrifft. So bleibt die rechtspolitische und rechtsdogmatische

27 Heiderhoff, in: Arnold/Laimer (Hrsg.), Die Europäischen Güterrechtsverordnungen (2019), S. 412 Rn. 1; Sanders, FamRZ 2018, 978, 981; Dutta, FamRZ 2016, 1973, 1984.

28 Kogel, Zugewinnausgleich⁷, Rn. 734; Heiderhoff, in: Arnold/Laimer (Hrsg.), Die Europäischen Güterrechtsverordnungen (2019), S. 416 Rn. 14.

29 Kogel, Zugewinnausgleich⁷, Rn. 734; Hdb.FamR/Klein², Kap. 10 Rn. 43.

30 So ausdrücklich die Berichterstatter Budzikiewicz/Herr/Wever, FamRZ 2021, 255, 259.

31 Herr, FamRB 2019, 116 ff. u. 485 ff.

32 Wever, FamRZ 2019, 1289, 1295 im Anschluss an den Vorschlag von Leszczenski, Rückforderung schwiegereltherlicher Zuwendungen (2016), S. 150.

Diskussion längst nicht mehr bei außergewöhnlichem Vermögenstransfer zwischen Ehegatten stehen, sondern hat sich vielmehr auf faktische, nicht-eheliche bzw. eheähnliche Lebensgemeinschaften ausgeweitet, deren Bedeutung angesichts des gesellschaftlichen Anschauungswandels und der damit verbundenen wachsenden Akzeptanz stetig zunimmt.³³ So hat auch der BGH im Jahr 2008 seine Rechtsprechung zum Grundsatz des Nichtausgleichs bei Scheitern nichtehelicher Lebensgemeinschaften aufgegeben und anerkannt, dass bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften nicht nur gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche bestehen können, sondern auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie solche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage einer unbenannten Zuwendung oder partnerschaftsbezogenen Dienstleistung.³⁴ Darüber hinaus wird im Anschluss an den BGH, der in dieser Grundsatzentscheidung zu erkennen gab, Ansprüche nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder der *condictio ob rem* nicht nur für nichteheliche Lebensgemeinschaften, sondern auch für andere Formen des gemeinschaftlichen Lebens und Wirtschaftens, wie sie etwa unter verwitweten Geschwistern, sonstigen Verwandten oder Freunden vorstellbar sind, in Betracht zu ziehen, da es auf einen sexuellen Bezug insoweit nicht ankomme,³⁵ sogar vertreten, den Anwendungsbereich des Billigkeitsausgleichs für „weitere (noch unbekannt) Formen von Verantwortungsgemeinschaften“ zu öffnen.³⁶ Schließlich sei allen Nähebeziehungen gemein, dass der Grund der Zuwendung bzw. Arbeitsleistung nicht in einem allgemeinen schuldrechtlichen Institut gefunden werden könne, sondern – durch Liebe oder ein enges Verwandtschafts- oder Freundschaftsverhältnis geblendet – in einem familienrechtlichen Rechtsgrund *sui generis* liege.³⁷

Außerdem wird nicht nur das Innenverhältnis der Partner untereinander mit in die Betrachtung um eine vermögensrechtliche Rückabwicklung

33 Zu den Rechtstatsachen s. etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*⁷, § 40 Rn.1-5; die Ursachen für die Entwicklung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zum „Massenphänomen“ beleuchtet *Hoischen*, Die Vermögensauseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich (2017), S. 3 ff.

34 BGH, Urt. v. 09.07.2008 – Az. XII ZR 179/05 = NJW 2008, 3277 ff.; umfassend zur Rechtsänderung im Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft *Hoischen*, Vermögensauseinandersetzung (2017), S. 96 ff.

35 Vgl. BGH, Urt. v. 09.07.2008 – Az. XII ZR 179/05 = NJW 2008, 3277, 3280 Rn. 33.

36 *Althoff*, Unbenannte Zuwendungen als Ausgleichsmechanismus im Zivilrecht (2019), S. 139 ff., insb. S. 142.

37 *Althoff*, Unbenannte Zuwendungen (2019), S. 142 f.

nach Scheitern einer Beziehung einbezogen, sondern auch Zuwendungen und Dienstleistungen von Dritten an die Lebensgemeinschaft. Schließlich hat die Rechtsprechung die zum Billigkeitsausgleich entwickelten Lösungsansätze, insbesondere die Anwendung des Grundsatzes des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB, auf Leistungen von tatsächlichen und „faktischen“³⁸ Schwiegereltern ausgedehnt,³⁹ auch wenn in diesem Verhältnis inzwischen zu Recht nicht mehr vom Vorliegen einer unbenannten Zuwendung ausgegangen wird, sondern eine Rückbesinnung auf das Vorliegen einer Schenkung stattgefunden hat.⁴⁰ Dementsprechend soll der von der Reformkommission des DFGT erwogene angemessene Ausgleichsanspruch nach Leistungen besonderer Art „entsprechend für unentgeltliche Zuwendungen und Arbeitsleistungen, die Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes, Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder Dritte zur Förderung der Lebensgemeinschaft erbracht haben“, gelten.⁴¹

Grundlegende Veränderungen im Bereich des außergewöhnlichen partnerschaftsbezogenen Vermögenstransfers kommen aber nicht nur durch die EuGüVO in Betracht, sondern auch durch neue Tendenzen der Rechtsprechung. Den familienrechtlichen Verträgen *sui generis* in Form der ehebezogenen Zuwendung und des familienrechtlichen Kooperationsvertrags, aber auch der Schwiegerelternschenkung, sollte bisher gleichermaßen die Erwartung zugrunde liegen, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben wird – Geschäftsgrundlage war der Fortbestand der Ehe.⁴² Dabei ist die Rechtsprechung bei Schwiegerelternschenkungen ebenso wie bei ehebezogenen Zuwendungen unter Ehegatten davon ausgegangen, die Erwartung erstreckte sich darauf, die Lebensgemeinschaft werde nicht durch

38 *Leszczynski*, Rückforderung (2016), S. 108.

39 Für Zuwendungen an Lebensgefährten *BGH*, Urt. v. 18.06.2019 – Az. X ZR 107/16 = NZFam 2019, 822 ff.; für die Rückforderung von Schenkungen an das Schwiegerkind bei Scheitern der Ehe vgl. *BGH*, Beschl. v. 16.12.2015 – Az. XII ZB 516/14 = FamRZ 2016, 457 ff.; *BGH*, Beschl. v. 26.11.2014 – Az. XII ZB 666/13 = FamRZ 2015, 490 ff.; *BGH*, Beschl. v. 03.12.2014 – Az. XII ZB 181/13 = FamRZ 2015, 393 ff.

40 Zur Rechtsprechungsänderung s. *BGH*, Urt. v. 03.02.2010 – Az. XII ZR 189/06 = FamRZ 2010, 958 ff.; bestätigt in *BGH*, Urt. v. 20.07.2011 – Az. XII ZR 149/09 = FamRZ 2012, 273 ff.; vgl. aber zur bisher unterbliebenen Übertragung der Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 BGB unten S. 128 ff.

41 *Budzikiewicz/Herr/Wever*, FamRZ 2021, 255, 260.

42 Für die ehebezogene Zuwendung s. *BGH*, Urt. v. 19.09.2012 – Az. XII ZR 136/10 = NZFam 2014, 327, 328, entsprechend für den Kooperationsvertrag *BGH*, Urt. v. 13.07.1994 – Az. XII ZR 1/93 = BGHZ 127, 48, 52 und für die Schwiegerelternschenkung *BGH*, Beschl. v. 26.11.2014 – Az. XII ZB 666/13 = NJW 2015, 690, 691.

eine Trennung der Partner, sondern erst durch den Tod eines Partners enden.⁴³ Für welchen Zeitraum die Ehe aber fortbestehen muss, ist infolge der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung unklar.⁴⁴ Es geht um die Frage, ob nur der „dauerhafte“ Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage anzuerkennen ist, wovon der für das Familienrecht zuständige 12. Senat des BGH⁴⁵ ausgeht oder ob die Geschäftsgrundlage in dem „nicht nur kurzfristigen Fortbestand“ der Ehe zu sehen ist, wofür der für Schenkungsrechtsstreitigkeiten zuständige 10. Senat des BGH⁴⁶ plädiert hat.⁴⁷ Zwar sehen die Senate ihre Rechtsprechung selbst nicht in Widerspruch zueinander, die Instanzenrechtsprechung hat sich allerdings, auch unter dem Eindruck einer nicht unerheblichen Resonanz der Literatur, bereits den unterschiedlichen Sichtweisen angeschlossen.⁴⁸ Untrennbar verbunden ist diese Entwicklung der Rechtsprechung mit den umstrittenen Fragen nach den Rechtsfolgen bzw. Grenzen des gewährten Billigkeitsausgleichs und muss als Versuch gewertet werden, im Interesse der Rechtssicherheit einer festzustellenden Ausuferung der unbenannten Rechtsgeschäfte zu begegnen.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, einige Aspekte der Reformvorschläge im Güterrecht bzw. Nebengüterrecht sowie aktuelle Tendenzen der Rechtsprechung und Literatur aufzugreifen und kritisch zu bewerten. Insbesondere soll zu der Frage einer gesetzlichen Regelung Stellung genommen werden. Zu diesem Zweck wird in rechtsvergleichender Hinsicht das schweizerische Recht als eine Rechtsordnung herangezogen, der kein

43 *Löhnig*, JA 2019, 865, 867; auch der 10. Senat ging davon aus, es sei „gerade typisch“ für Zuwendungen, die in der Vorstellung einer fortdauernden Lebensgemeinschaft erbracht werden, die erst durch den Tod eines Partners aufgelöst wird, dass der Zuwendende die Möglichkeit eines Scheiterns der Ehe oder Lebensgemeinschaft nicht in Betracht zieht, vgl. *BGH*, Urt. v. 06.05.2014 – Az. X ZR 135/11 = FamRZ 2014, 1547, 1548 Rn. 13.

44 *Staudinger/Chiusi* (Neub. 2021), § 516 Rn. 145; *Johannsen/Henrich/Althammer/Kohlenberg*, Familienrecht⁷, § 1374 Rn. 28: „Unsicherheit in der Rechtspraxis“.

45 *BGH*, Beschl. v. 26.11.2014 – Az. XII ZB 666/13 = NJW 2015, 690, 691; so auch *OLG Koblenz*, Beschl. v. 31.03.2021 – Az. 13 UF 698/20 = FamRZ 2022, 143, 144.

46 *BGH*, Urt. v. 18.06.2019 – Az. X ZR 107/16 = NZFam 2019, 822, 824; im Anschluss daran *OLG Oldenburg*, Beschl. v. 14.10.2020 – Az. II UF 100/20 = RNotZ 2021, 214, 217.

47 Seit 2020 hat der BGH seine Geschäftsverteilung dahingehend geändert, dass der 12. Senat nun auch für vermögensrechtliche Auseinandersetzungen zwischen dem Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und einem Elternteil aus Anlass der Trennung zuständig ist, vgl. *Wever/Frank*, FamRZ 2020, 885, 895 sowie *Herr*, FF 2020, 186, 188 f. m. w. Nachw.

48 Vgl. hierzu unten S. 79 ff.

Bedarf an über den gesetzlich konturierten Rahmen hinausgehenden unbenannten Rechtsgeschäften unter Ehegatten attestiert wird.⁴⁹

Nachdem die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts dem durch das schweizerische Eherecht von 1907 benachteiligten Ehegatten ebenfalls unter Rekurs auf das Gebot der Billigkeit oder das Rechtsgefühl ausnahmsweise außergüterrechtliche Ansprüche zugesprochen hatte, deren Höhe sich an den Umständen des Einzelfalls orientierte, hat der Ausgleich von Vermögensverschiebungen und Dienstleistungen zwischen Ehegatten, die keinem besonderen Rechtsverhältnis zugeordnet werden können, im schweizerischen Recht im Zuge der Eherechtsreform im Jahr 1984 eine gesetzliche Normierung erfahren.⁵⁰

Die Gesetzeslage des schweizerischen ZGB ist darüber hinaus für weitere Legislativvorschläge der Reformkommission des DFGT interessant: Ein neuer § 1376 Abs. 1a BGB soll anstelle der bisherigen Berücksichtigung ehe-neutraler Wertveränderungen im Zugewinn nunmehr danach differenzieren, ob die Wertveränderung mit oder ohne Zutun der Eheleute eingetreten ist.⁵¹ Eine Differenzierung zwischen Mehrwerten, die durch eine wertschöpfende Tätigkeit eines Ehegatten eingetreten sind und solchen, die sich allein aus den allgemeinen Marktmechanismen von Angebot und Nachfrage ergeben, kennt gerade der ordentliche Güterstand des schweizerischen ZGB. Außerdem wird die Möglichkeit einer dinglichen Übertragung von Vermögensgegenständen bei Scheidung der Ehe, die – abseits unbenannter Rechtsgeschäfte unter Ehegatten – lediglich durch § 1383 BGB für den Zugewinnausgleichsgläubiger geregelt wird, als unzureichend empfunden, was durch eine Neufassung von § 1383 Abs. 1 BGB behoben werden soll.⁵² Auch hier: Zumindest für Miteigentum unter Ehegatten kennt das schweizerische Recht Vorschriften, die eine Zuweisung zu Alleineigentum gegen eine Entschädigung des anderen Ehegatten sowie die Berücksichtigung ungleicher

49 *Kobel Schnidrig*, in: FS Hausheer (2002), S. 301; *Hausheer*, Schuldrechtliche Rechtsgeschäfte und familienrechtliche Leistungen unter Ehegatten, insbesondere unbenannte Zuwendungen und ehebezogene Arbeitsleistungen in rechtsvergleichender Sicht, in: FS Henrich (2000), S. 237 f.; *Dehm*, Der deutsche und schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich (1998), S. 148; *Kobel*, Eherechtliche und schuldrechtliche Leistungen unter Ehegatten (2001), S. 224.

50 *Staudinger/Chiusi* (Neub. 2021), Vorbem. zu §§ 516-534 Rn. 234; *Hausheer*, in: FS Henrich (2000), S. 237 f.; *Kobel*, Leistungen (2001), S. 222; dem schweizerischen Recht nachgebildet ist inzwischen Art. 227 türk. ZGB des türkischen Ehegüterrechts, s. *Odendahl*, FamRZ 2003, 648, 652 ff.

51 *Budzikiewicz/Herr/Wever*, FamRZ 2021, 255, 256.

52 *Budzikiewicz/Herr/Wever*, FamRZ 2021, 255, 257.

Einleitung

Finanzierungsbeiträge der Ehegatten im Rahmen der Auflösung vorsehen, und zwar nicht nur für den gesetzlichen Güterstand, sondern sogar für den Güterstand der Gütertrennung.

1. Teil:

Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts bei Scheidung der Ehe im deutschen Recht

Kapitel I: Das deutsche „Nebengüterrecht“ als Richterrecht

Die von der deutschen Rechtsprechung durch Rechtsfortbildung entwickelten Ausgleichsmechanismen außerhalb des Güterrechts werden unter dem Begriff „Nebengüterrecht“ zusammengefasst.⁵³ In einem engeren Sinn soll das Nebengüterrecht die Ausgleichsmechanismen der (konkludenten) Ehegatteninnengesellschaft, der ehebezogenen Zuwendung und des Kooperationsvertrags bezeichnen.⁵⁴ Bereits die Begrifflichkeit ist in der Literatur nicht unumstritten und wird etwa mit dem Attribut „unscharf“⁵⁵ oder „schillernd“⁵⁶ versehen. Schließlich suggeriert der Begriff, dass das Güterrecht ein insuffizientes Instrument darstellt, das auf Reparaturmechanismen angewiesen ist.⁵⁷ Inzwischen verwenden aber auch der Gesetzgeber⁵⁸

53 Aus der neueren Literatur etwa BeckOGK/Reetz (Stand: 01.11.2022), § 1408 BGB Rn. 43 ff.; BeckOK/Scheller/Sprink⁶⁶ (Stand: 01.05.2023), § 1372 IV.; Herr, FF 2022, 184 ff.; Roßmann, FuR 2021, 396 ff.; Timmermann, Ausgleichsansprüche (2021), S. 31; Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis⁴, § 6.

54 Herr, NJW 2012, 1847, 1849 spricht auch vom „eigentlichen Nebengüterrecht“ oder vom „nebensetzlichen“ Güterrecht; versteht man den Begriff weit, bezeichnet er die Gesamtheit nicht familienrechtlicher, vermögensrechtlicher gesetzlicher und vertraglicher Anspruchsgrundlagen mit Bezug zu Trennung, Scheidung oder Aufhebung der Ehe, vgl. Herr, Nebengüterrecht, § 1 Rn. 13 u. 82.

55 Wever, Vermögensauseinandersetzung⁸, S. 4 Rn. 7; ders. FamRZ 2019, 1289, 1289.

56 So Falkner, DNotZ 2013, 586, 587, nach der der Begriff durch die Anwendung der Billigkeitskorrektur auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften an Präzision vermissen lässt.

57 Vgl. Reetz, Gedanken zur Funktion der „Kernbereichsferne“ des Güterrechts und zur Gestaltungsfreiheit, in: FS Koch (2019), S. 409, der dieser Einschätzung zugleich vor dem Hintergrund eines bewusst eng gehaltenen Güterrechts eine Absage erteilt.

58 Vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 263.

und die Rechtsprechung⁵⁹ die Terminologie, weshalb sie in ihrem engen Verständnis der nachfolgenden Darstellung zugrunde gelegt wird, ohne zugleich eine Aussage über das „Hauptgüterrecht“⁶⁰ treffen zu wollen.

Während die Annahme einer konkludenten Ehegatteninnengesellschaft bei Scheitern der Ehe zu einer Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen führt, ermöglicht es der Rückgriff auf die subsidiären Institute der ehebezogenen Zuwendung und des familienrechtlichen Kooperationsvertrags, die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwenden zu können.⁶¹

§ 1 Ausgleichsinstrumente der Rechtsprechung

I. Konkludente Ehegatteninnengesellschaft

Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung⁶² setzt eine stillschweigend zustande gekommene Gesellschaft bürgerlichen Rechts zwischen den Ehegatten – die Ehegatteninnengesellschaft – voraus, dass ein über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck verfolgt wird.⁶³ Nicht genügend ist hierfür die Errichtung eines Hauses, in dem die Ehegatten gemeinsam wohnen sollen.⁶⁴ Ein eheüberschreitender Gesellschaftszweck soll etwa vorliegen, wenn die Eheleute gemeinsam ein Unternehmen aufbauen oder zusammen eine berufliche oder gewerbliche

59 BGH, Beschl. v. 29.06.2017 – Az. IX ZB 98/16 = juris, Rn. 17 zu § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG.

60 Reetz, in: FS Koch (2019), S. 409.

61 Wever, Vermögensauseinandersetzung⁸, S. 5 f. Rn. 11.

62 Vgl. zur Rechtsprechungsentwicklung *Schlimm*, Die Ehegatteninnengesellschaft im außergüterrechtlichen Vermögensausgleich – Rechtsprechungsentwicklung, offene Fragen und Folgeprobleme (2010), S. 43 ff. und *Herr*, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft: der Ausgleich ehelicher Mitarbeit als ehebezogene Wertschöpfung im Rahmen richterlicher Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen (2008), S. 32 ff.

63 BGH, Urt. v. 03.02.2016 – Az. XII ZR 29/13 = NZG 2016, 547, 548; BGH, Urt. v. 28.09.2005 – Az. XII ZR 189/02 = NJW 2006, 1268, 1269; BGH, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 153.

64 BGH, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 144 f.; OLG Brandenburg, Urt. v. 23.02.2022 – Az. 7 U 133/20 = NZG 2022, 452, 453; MüKoBGB/Schwab⁸, § 812 Rn. 504.

Tätigkeit ausüben.⁶⁵ Unerheblich ist dann, ob die Beiträge eines Ehegatten in Geld-, Sach- oder Arbeitsleistungen bestehen, solange die Ehegatten mit der Vermögensbildung die Zielvorstellung verbinden, das gemeinsam geschaffene Vermögen solle wirtschaftlich betrachtet nicht nur dem formal Berechtigten, sondern auch dem anderen Ehegatten zustehen und solange jeder Ehegatte einen nennenswerten und für den erstrebten Erfolg bedeutsamen Beitrag leistet.⁶⁶

Indizien für das nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenwirken der Ehegatten sollen sich zum Beispiel aus Planung, Umfang und Dauer der Vermögensbildung, ferner aus Absprachen über die Verwendung und Wiederanlage erzielter Erträge ergeben.⁶⁷ Die Annahme eines gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses zwischen den Ehegatten liegt also insbesondere nahe, wenn es nicht nur um ein „Einzelpjekt“⁶⁸ wie den Erwerb des Familienheims geht, sondern fortwährende, planvolle und zielstrebige vermögensbildende Vorgänge in Rede stehen.⁶⁹

Die Abgrenzung zu dem in Fällen der Ehegattenmitarbeit grundsätzlich ebenfalls in Betracht kommenden Arbeitsvertragsrecht richtet sich nach den allgemeinen Regelungen, wenn keine klaren Absprachen getroffen werden.⁷⁰ Auch die Tatsache, dass die Abhängigkeit zwischen Ehegatten regelmäßig weniger stark ausgeprägt ist und das Weisungsrecht nur mit Einschränkungen ausgeübt wird, soll der Annahme eines Ehegattenarbeitsverhältnisses nicht mehr entgegenstehen.⁷¹ Die Annahme eines Arbeitsver-

65 *BGH*, Urt. v. 03.02.2016 – Az. XII ZR 29/13 = NZG 2016, 547, 548; *BGH*, Urt. v. 28.09.2005 – Az. XII ZR 189/02 = NJW 2006, 1268, 1269; *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 153; *Haußleiter*, NJW 2006, 2741, 2741.

66 *BGH*, Urt. v. 03.02.2016 – Az. XII ZR 29/13 = NZG 2016, 547, 548; *BGH*, Urt. v. 28.09.2005 – Az. XII ZR 189/02 = NJW 2006, 1268, 1269; *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 153.

67 *BGH*, Urt. v. 03.02.2016 – Az. XII ZR 29/13 = NZG 2016, 547, 548; *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 154; *OLG Brandenburg*, Urt. v. 23.02.2022 – Az. 7 U 133/20 = NZG 2022, 452, 454; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung⁸, S. 539 f. Rn. 1124 ff.

68 *Falkner*, DNotZ 2013, 586, 589.

69 *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = MittRhNotK 1999, 308, 309; *Schulz/Hauß*, Vermögensauseinandersetzung⁶, Rn. 1641.

70 *LAG Niedersachsen*, Beschl. v. 26.06.2000 – Az. 10 Ta 210/00 = BeckRS 2000, 30785499; *ErfK/Preis*²³, § 611a Rn. 144; *Staudinger/Fischinger* (Neub. 2022), § 611a Rn. 369; *U.Schulz*, NZA 2010, 75, 75.

71 *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 24.06.1975 – Az. 7 Sa 22/75 = AuR 1976, 187, 187; *ErfK/Preis*²³, § 611a Rn. 144; *U.Schulz*, NZA 2010, 75, 75; anders aber noch *BGH*,

trags unter Ehegatten fristet aber selbst dort, wo die Tätigkeit nach Art und Umfang das für die Ehegattenmitarbeit übliche Maß übersteigt, neben der Anerkennung der Innengesellschaft ein dürftiges Dasein.⁷² Das liegt daran, dass im Zweifel für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses die Zahlung einer regelmäßigen und auch für „normale“ Arbeitnehmer üblichen Vergütung, die Einhaltung betriebsüblicher Arbeitszeiten und die Unterordnung unter die Direktions- und Weisungsverhältnisse des Betriebs angeführt werden.⁷³ In Ermangelung ausdrücklicher Abmachungen bei Mitarbeit eines Ehegatten kommt es regelmäßig hingegen gerade nicht zu einer tatsächlichen Auszahlung eines angemessenen Arbeitsentgelts.⁷⁴ Ebenso wenig werden Sozialbeiträge abgeführt. Das spricht für eine nicht (sozial-)versicherungspflichtige Beschäftigung aufgrund eines Gesellschaftsverhältnisses und nicht für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung. Nach § 706 Abs. 3 BGB kann der Beitrag eines Gesellschafters schließlich auch in der Leistung von Diensten bestehen.

Bei Beendigung der Innengesellschaft, also grundsätzlich mit Trennung der Ehegatten, besteht sodann ein Ausgleichsanspruch in Form eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens, der sich nach den §§ 738 ff. BGB sowie einzelnen Vorschriften der §§ 730 ff. BGB richtet.⁷⁵

Urt. v. 05.10.1960 – Az. IV ZR 52/60 = BeckRS 1960, 31393295, wonach das Arbeitsverhältnis durch ein Weisungsrecht des Arbeitgebers gekennzeichnet werde, das aber im Widerspruch zum Wesen der Ehe stehe.

72 Kritisch *Richardi*, Ehe und Familie im Arbeitsrecht, in: FS Schwab (2005), S. 1028 f.

73 So etwa *U.Schulz*, NZA 2010, 75, 75; vgl. auch *LAG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 28.01.2002 – Az. 7 Sa 1390/01 = juris, Rn. 54, wonach bei Ehegatten die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb, die Zahlung eines angemessenen Entgelts, das über freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung hinausgeht und zur freien Verfügung ausgezahlt wird, sowie das ggf. abgeschwächte Weisungsrecht des Arbeitgebers maßgeblich sein sollen; ähnlich bereits *LAG Niedersachsen*, Beschl. v. 26.06.2000 – Az. 10 Ta 210/00 = BeckRS 2000, 30785499.

74 Diesen Punkt betont *BSG*, Urt. v. 21.04.1993 – Az. 11 RAR 67/92 = juris, Rn. 21.

75 *BGH*, Urt. v. 28.09.2005 – Az. XII ZR 189/02 = NJW 2006, 1268, 1269; *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 155.

II. Wegfall der Geschäftsgrundlage einer ehebezogenen Zuwendung

Das Instrument des Wegfalls der Geschäftsgrundlage einer sog. unbenannten, ehebedingten oder ehebezogenen Zuwendung⁷⁶ kommt demgegenüber subsidiär zur Anwendung, also in den Fällen, in denen sachnähere schuldrechtliche oder familienrechtliche Regelungen versagen und die Annahme einer Ehegattinnengesellschaft etwa an der Verwirklichung des eheüberschreitenden Gesellschaftszwecks scheitert.⁷⁷

Nach ständiger Rechtsprechung stellt eine Zuwendung unter Ehegatten, der die Vorstellung oder Erwartung zugrunde liegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird und die hierin ihre Geschäftsgrundlage hat, eine unbenannte Zuwendung dar.⁷⁸ Dabei soll es sich um einen konkludent geschlossenen familienrechtlichen Vertrag *sui generis* handeln.⁷⁹

76 Zur Terminologie weist *Herr*, in: Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis⁴, § 6 Rn. 148 zu Recht darauf hin, dass die Bezeichnungen zwar synonym verwendet werden, „ehebedingt“ aber rechtlich unzutreffende Assoziationen an die §§ 158 ff. BGB hervorruft. Die Bezeichnung „unbenannt“ hat zwar den Vorteil, der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Grundlage der Vermögensverschiebung häufig im Unausgesprochenen bleibt und – im Gegensatz zur „ehebezogenen“ Zuwendung – auch für Zuwendungsvorgänge unter Partnern nichtehelicher Lebensgemeinschaften zu passen, vgl. *Hartl*, Drittwirkung (2001), S. 70 ff. Sie trifft aber dann nicht zu, wenn die Beteiligten den fraglichen Vorgang benennen, wenn auch rechtlich unzutreffend als „Schenkung“. Auf dem 21. Familiengerichtstag fiel die Abstimmung zugunsten von „ehebezogen“ bzw. „gemeinschaftsbezogen“ aus, vgl. Bericht des Arbeitskreises 18: Nebengüterrecht – Teilhabegerechtigkeit bei Gütertrennung, in: Brühler Schriften zum Familienrecht – Band 19 (2016), S. 176. Teilweise ist außerdem von „familienbezogenen Zuwendungen“ die Rede, s. *Jeep*, NZFam 2014, 293 ff., oder „lebensgemeinschaftsbezogene Zuwendung“ vorgeschlagen worden, so *Straub*, Die Rechtsfolgen ehebezogener Zuwendungen im Erbrecht (2009), S. 11 f.

77 *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 152.

78 *BGH*, Beschl. v. 18.03.2020 – Az. XII ZB 380/19 = RNotZ 2020, 462, 466; *BGH*, Urt. v. 02.10.1991 – XII ZR 132/90 = NJW 1992, 238, 239.

79 *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 13.01.2020 – Az. 8 UF 167/19 = NZFam 2020, 531, 533; *Johannsen/Henrich/Althammer/Kohlenberg*, Familienrecht⁷, § 1372 Rn. 8; *Hoppenz*, FamRZ 2011, 1697, 1701; dafür auch *Straub*, Rechtsfolgen (2009), S. 18, der einen Vergleich zu den normierten familienrechtlichen Rechtsgeschäften – Eheverträgen, Vereinbarungen über den Unterhalt, Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich – zieht; *Haas*, FamRZ 2002, 205, 217 f.; *Jaeger*, DNotZ 1991, 431, 473.

Begründet wird die Verneinung des Schenkungscharakters mit der subjektiven Entgeltlichkeit der Zuwendung.⁸⁰ An der erforderlichen Einigkeit der Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehle es immer dann, wenn eine Vertragspartei die Zuwendung als Abgeltung einer Gegenleistung oder als Erfüllung einer Verbindlichkeit ansieht.⁸¹ Die insoweit eine Unentgeltlichkeit ausschließende Verknüpfung der Zuwendung mit einer Gegenleistung kann dabei nach Art eines gegenseitigen Vertrags als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines bestimmten Rechtszwecks erfolgen, wobei die Gegenleistung auch einen immateriellen Charakter haben kann.⁸² Bei der unbenannten Zuwendung habe der Ehegatte aber die Vorstellung, der zugewendete Gegenstand werde ihm letztlich nicht verloren gehen, sondern der ehelichen Lebensgemeinschaft und damit auch ihm selbst zugutekommen.⁸³

In Abgrenzung zur unbenannten Zuwendung sei eine Schenkung unter Ehegatten nur (noch) anzunehmen, wenn nach dem erkennbaren Willen des Zuwendenden die Leistung zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung führen soll, also nicht um der Ehe willen, sondern freigiebig und uneigennützig sowie zur freien Verfügung des Beschenkten und unabhängig vom Fortbestand der Ehe.⁸⁴ Als Indiz für das Vorliegen einer Schenkung gelte der erkennbare Wille der Parteien, dass die Zuwendung auch über eine mögliche Scheidung der Ehe hinaus Bestand haben soll.⁸⁵

Ein Ehegattendarlehen soll demgegenüber ebenfalls die Ausnahme darstellen.⁸⁶ Selbst die bei Hingabe eines größeren Vermögenswertes gewählte Bezeichnung „Darlehen“ im Überweisungsträger soll nur als Indiz für einen entsprechenden Rechtsbindungswillen taugen.⁸⁷ Nötig ist vielmehr eine

80 *BGH*, Beschl. v. 18.03.2020 – Az. XII ZB 380/19 = RNotZ 2020, 462, 466.

81 *BGH*, a. a. O.

82 *BGH*, a. a. O.

83 *BGH*, Beschl. v. 18.03.2020 – Az. XII ZB 380/19 = RNotZ 2020, 462, 467.

84 *BGH*, Beschl. v. 18.03.2020 – Az. XII ZB 380/19 = RNotZ 2020, 462, 467; *BGH*, Urf. v. 09.07.2008 – Az. XII ZR 179/05 = FamRZ 2008, 1822, 1824; *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 05.06.2019 – Az. 18 UF 67/19 = MittBayNot 2020, 466, 468; *Winklmaier*, FamRZ 2006, 1650, 1651.

85 *Schwab*, Familienrecht³⁰, § 35 Rn. 332: „komme, was wolle“.

86 *Schnitzler/Markwardt/Gehring*, Familienrecht⁵, § 22 Rn. 53.

87 *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 13.01.2020 – Az. 8 UF 167/19 = NZFam 2020, 531, 532; *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 18.01.2011 – Az. 14 W 118/10 = BeckRS 2012, 10388; *OLG Köln*, Urf. v. 10.06.1999 – Az. 1 U 91/98 = NJW-RR 2000, 818, 818 für die gewählte Bezeichnung in steuerlichen Bilanzen.

(schriftliche) Vereinbarung, aus der der Rechtsbindungswille in einer Art und Weise zutage tritt, dass er nicht mehr zu übersehen ist.⁸⁸ Gegen einen Darlehensvertrag unter Ehegatten spricht im Übrigen, dass die Ehegatten vor der Trennung weder über eine Rückzahlung gesprochen haben, noch diese Rückzahlung bis zur Trennung jemals eingefordert wurde.⁸⁹ Vor allem werden aber Rückschlüsse aus der tatsächlichen Verwendung der Geldmittel gezogen: Gerade die geplante und vollzogene familiäre Nutzung des überlassenen Geldbetrags spreche dafür, die Zahlung nach den äußeren Umständen als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu werten.⁹⁰

In der Regel ist also davon auszugehen, dass Zuwendungen größerer Vermögenswerte unter Ehegatten keine „eheneutralen“ Rechtsgeschäfte wie etwa Schenkungen oder Darlehen, sondern der ehelichen Lebensgemeinschaft dienende, ehebezogene Zuwendungen sind.⁹¹ Das führt dazu, dass inzwischen die Mehrzahl der Vermögensverschiebungen unter Ehegatten als unbenannte Zuwendungen qualifiziert werden⁹² und meist lediglich Geburtstags-, Weihnachts- und andere Gelegenheitsgeschenke als echte Schenkungen betrachtet werden.⁹³

88 *OLG Saarbrücken*, Beschl. v. 09.07.2009 – Az. 9 W 205/09-7 = FamRB 2009, 365, 365.

89 *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 13.01.2020 – Az. 8 UF 167/19 = NZFam 2020, 531, 532; *Schnitzler/Markwardt/Gehring*, Familienrecht⁵, § 22 Rn. 53.

90 *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 13.01.2020 – Az. 8 UF 167/19 = NZFam 2020, 531, 532; *OLG Köln*, Urt. v. 10.06.1999 – Az. 1 U 91/98 = NJW-RR 2000, 818, 818, wo die als „Privatentnahmen“ deklarierten Abhebungen von dem Firmenkonto, auf das die „Darlehen“ geflossen sind, überwiegend der Begleichung üblicherweise dem Unterhalt der Familie dienender Verbindlichkeiten dienen; *OLG Schleswig*, Beschl. v. 19.08.1987 – Az. 15 W 3/87 = FamRZ 1988, 165, 166 wo eine konkludente Vereinbarung eines Darlehens erwogen wird, wenn ein Ehegatte dem anderen Geld gibt, um dessen Geschäftsschulden zu bezahlen, die mit der ehelichen Lebensgemeinschaft nichts zu tun hatten.

91 So zuletzt *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 13.01.2020 – Az. 8 UF 167/19 = NZFam 2020, 531, 532 m. w. Nachw.; die ehebezogene Zuwendung erklärt etwa *Schulz/Hauß*, Vermögensauseinandersetzung⁷, Rn. 226 zum Regelfall.

92 *Staudinger/Chiusi* (Neub. 2021), § 516 Rn. 87.

93 *Winklmaier*, FamRZ 2006, 1650, 1651.

III. Wegfall der Geschäftsgrundlage eines familienrechtlichen Kooperationsvertrags

Die dritte zur Bewältigung von Gerechtigkeitsdefiziten entwickelte Rechtsfigur ist die des sog. familienrechtlichen Kooperationsvertrags.⁹⁴ Auch der an die unbenannte Zuwendung anknüpfende Weg über den Wegfall der Geschäftsgrundlage des familienrechtlichen Kooperationsvertrags ist ein Hilfsmittel, das nur subsidiär zur Anwendung kommt.⁹⁵ Es dient dem Ausgleich von innerfamiliären Arbeitsleistungen, die sowohl über erwiesene Gefälligkeiten als auch über etwa im Rahmen der Unterhaltspflicht oder der gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflichten geschuldete Dienste weit hinausgehen⁹⁶ und gleichzeitig nicht von ausdrücklichen Verträgen oder der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft erfasst werden.⁹⁷ Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn es nur um untergeordnete Mitarbeit geht oder kein eheüberschreitender Zweck verfolgt wird.⁹⁸

Da es sich bei Arbeitsleistungen begrifflich nicht um Zuwendungen – jedenfalls solcher im Sinne des § 516 BGB⁹⁹ – handele, weil es nicht zu einer Übertragung von Vermögenssubstanz kommt, diese aber wirtschaftlich betrachtet dennoch eine geldwerte Leistung darstellen wie die Übertragung von Vermögenssubstanz,¹⁰⁰ sah sich die Rechtsprechung gezwungen, die Kategorie des familienrechtlichen Kooperationsvertrags, ebenfalls als familienrechtlichen Vertrag eigener Art, zu schaffen.¹⁰¹ Im Ergebnis ermöglicht das Modell des Kooperationsvertrags einen Ausgleich nach nahezu den gleichen Regeln, wie sie bei unbenannten Zuwendungen Anwendung finden sollen.¹⁰²

94 Die Terminologie geht auf *Gernhuber*, FamRZ 1979, 193, 201 zurück.

95 *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 152 f.

96 *BGH*, Urt. v. 08.07.1982 – Az. IX ZR 99/80 = BGHZ 84, 361, 367; vgl. zur fragwürdigen Abgrenzung unten S. 220 ff.

97 *Wever*, Korrekturinstrumente in der Vermögensauseinandersetzung, in: FS Hahne (2012), S. 195.

98 *BGH*, Urt. v. 30.06.1999 – Az. XII ZR 230/96 = BGHZ 142, 137, 152 f.

99 Kritisch zur fehlenden terminologischen Differenzierung *Seiler*, Über die sog. unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten – ein skeptischer Zwischenbericht, in: FS Henrich (2000), S. 555 f.

100 *BGH*, Urt. v. 04.03.2015 – Az. XII ZR 46/13 = MittBayNot 2015, 317, 317; *BGH*, Urt. v. 08.05.2013 – Az. XII ZR 132/12 = FamRZ 2013, 1295, 1297.

101 Erstmals *BGH*, Urt. v. 08.07.1982 – Az. IX ZR 99/80 = BGHZ 84, 361, 367; vgl. *Liu*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Rechtsinstitut der ehebezogenen Zuwendung unter Ehegatten (2016), S. 109 ff.

102 *Szalai*, NZFam 2018, 761, 766; *Wever*, in: FS Hahne (2012), S. 195.

§ 2 Verhältnis der Ausgleichsinstrumente zum Güterrecht

Verbunden werden die Institute der „Lösungstrias“¹⁰³ durch ihren Zweck: Es geht ihnen um den Ausgleich von Gerechtigkeitsdefiziten, die sich infolge der Auflösung von persönlichen Vertrauensbeziehungen und Vermögensverflechtungen aufdrängen – sie haben als vertragliche Hilfskonstruktionen Korrekturfunktion.¹⁰⁴ Korrigiert werden sollen vermeintlich und tatsächlich bestehende Lücken im gesetzlichen Güterrecht oder schlechthin untragbare Ergebnisse.¹⁰⁵

Den Ausgangspunkt der Überlegungen muss also stets das eheliche Güterrecht bilden, wenn es um die Frage nach Ausgleichsansprüchen geht. Während das Gesetz in den §§ 1361a, 1361b BGB mit Wirkung für die Ehe im Allgemeinen die Verteilung der Haushaltsgegenstände und die Benutzung der Ehwohnung regelt, bleibt der Vermögensausgleich nach Scheitern der Ehe grundsätzlich dem Güterrecht vorbehalten und richtet sich danach, ob die Ehegatten im ordentlichen gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft leben oder sich aufgrund einer privatautonomen Vereinbarung für einen der außerordentlichen Güterstände entschieden haben.¹⁰⁶

Das Güterrecht regelt die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten aber nicht umfassend bzw. abschließend.¹⁰⁷ Unabhängig von den güterrechtlichen Bestimmungen können die Ehegatten untereinander gleichwohl nach allgemeinen Regeln Rechtsgeschäfte abschließen¹⁰⁸ und auf diese Weise selbst die Grundlage für Vermögenskorrekturen abseits des einschlägigen Güterrechts schaffen. Haben die Vermögensverschiebungen und Dienstleistungen zwischen den Ehegatten infolgedessen einen benannten

103 *Rauscher*, NZFam 2014, 298, 299; im Anschluss daran *Wever*, FamRZ 2019, 1289, 1290.

104 *Wever*, FamRZ 2019, 1289, 1289; *Herr*, Nebengüterrecht, § 1 Rn. 99; *Schwab*, Familienrecht³⁰, § 35 Rn. 329; *Brudermüller*, Zur systematischen Einordnung des Nebengüterrechts: unde venis – quo vadis?, in: Götz/Schnitzler (Hrsg.), 40 Jahre Familienrechtsreform (2017), S. 207.

105 BeckOGK/*Reetz* (Stand: 01.11.2022), § 1408 BGB Rn. 43; jurisPK-BGB/*Pfeiffer*¹⁰, § 313 Rn. 92.

106 *Wever*, Vermögensauseinandersetzung⁸, S. 1 f. Rn. 2.

107 *Schwab*, Familienrecht³⁰, § 35 Rn. 328; *Gernhuber/Coester-Waltjen*⁷, § 30 Rn. 1.

108 Anders als das römische Recht, kennt das BGB etwa kein Verbot von Schenkungen unter Ehegatten, vgl. hierzu *Staudinger/Chiusi* (Neub. 2021), Vorbem. zu §§ 516-534 Rn. 12 f.; *Schlei*, Schenkungen (1993), S. 4 ff.; *Schwab*, Schenkungen unter Ehegatten – Eine verdächtige Sache?, in: FS Hahne (2012), S. 175 ff.