

## Reformbedarf bei Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinn?

Ein Anwaltsplädoyer für mehr Rechtssicherheit und gegen Radikalkuren

Rechtsanwalt Dr. Walter Kogel, Aachen

Familienrecht machen viele Anwälte, weil viele Menschen nun einmal zusammen leben wollen, Kinder bekommen und – immer noch – heiraten. Nach rund 40 Jahren wird das Familienrecht zurzeit kräftig umgekrempelt. Der 67. Deutsche Juristentag wird am 24. und 25. September 2008 in Erfurt diskutieren, ob Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinn noch zeitgemäße Ausgleichssysteme sind. Die Gutachterin Prof. Dr. Nina Dethloff aus Bonn schlägt weit reichende Änderungen vor. Der Autor fasst aus Sicht eines Anwalts zusammen, welche Problem die Praxis mit dem neuen Familienrecht tatsächlich hat und wo es Gerechtigkeitsdefizite und wo es keine gibt. Sein Fazit: Weniger Reform kann manchmal mehr Gerechtigkeit schaffen.

### 1. Einstimmung

Familienrechtler leben – zumindest haftungsrechtlich gesehen – derzeit gefährlich. Seit etwa zwei Jahren bricht ein legislativer Tsunami durch die Neuerungen der Ausgleichssysteme, ausgelöst von der „heimlichen Familienministerin Zypries“<sup>1</sup>, über die Beteiligten herein, der mit dem ersten Eherechtsreformgesetz von 1977 vergleichbar ist. Genannt werden soll hier u. a. nur:

- das zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts,
- das von der Bundesregierung jetzt beschlossene Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs,
- der Entwurf zum Gesetz zur Änderung des Zugewinn-, Ausgleichs- und Vormundschaftsrechts,<sup>2</sup>
- das FFG-Reformgesetz.<sup>3</sup>

Als Praktiker könnte man geneigt sein, das Inkrafttreten der einzelnen Normen in Ruhe abzuwarten. Erfahrungsgemäß ist bislang noch kein Gesetz so verabschiedet worden, wie es eingebracht wurde. Hierbei denke man nur an die höchst kontrovers geführte Diskussion im Rahmen des Unterhaltsrechts insbesondere bezüglich der Rangfolge. Dies wäre jedoch ein Trugschluss, vor dem dringend gewarnt werden muss. Gerade Übergangsvorschriften machen es dem Praktiker nämlich schwer. Je nachdem, welche Partei er vertritt, wird er sich – basierend auf der Interessen- und Vermögenslage – zum Beispiel *jetzt* schon fragen müssen:

- Wäre es für den unterhaltsverpflichteten Ehemann nicht vorteilhafter gewesen, das Scheidungsverfahren bis zum Jahresanfang 2008 zurückzustellen, um eine günstigere Unterhaltsregelung bereits im Scheidungsurteil und nicht etwa erst in einem Abänderungsverfahren zu erlangen?
- Steht die ausgleichsberechtigte Ehefrau nicht besser da, wenn sie wartet, bis das Gesetz zur Korrekturreform des Versorgungsausgleichs verkündet ist? Ab dann wird unter anderem der Halbteilungsgrundsatz konsequenter durchgeführt; ihre Rentenanwartschaften sind nicht mehr wie bisher gefährdet (siehe unten Kapitel: Versorgungsausgleich)<sup>4</sup>
- Muss der Zugewinnausgleichsberechtigte jetzt schon das Scheidungsverfahren anstrengen? Oder verspricht er sich von der Neufassung, welche ein negatives Anfangs- und Endvermögen kennen soll, eine Besserstellung? Entscheidend kommt es insoweit nach der Übergangsvorschrift (§ 15 Abs. ■? zu § 229 EGBGB) darauf an, wann der Zugewinnausgleichsanspruch (*nicht die Scheidung!*) anhängig gemacht wird.

Der gesetzgeberische Dauermarathon nimmt den Praktiker vollumfänglich in Anspruch. Er verlangt von ihm, Prognoseentscheidungen zu treffen und dementsprechend zu agieren. Zusätzlich muss er jetzt noch mit ebenso großem Staunen wie Unbehagen die immer wieder gestellte Frage zur Kenntnis nehmen, ob all diese Ausgleichssysteme zeitge-

1 So treffend *Jahberg* AnwBl 2008, 405.

2 Beide Entwürfe können auf der Website des Bundesjustizministeriums abgerufen werden.

3 Vgl. BT-Drucksache 16/6308 sowie die Darstellung von *Borth* FamRZ 2007, 1925 ff, ferner *Albin* AnwBl 2008, 403. Der Entwurf besteht aus 836 (!) Seiten mit einer Änderung von 110 (!) Gesetzen.

4 Vgl. hierzu auch die Darstellung von *Weil* FamRB 2008, 193, der vor allem auch auf den Fortfall des Rentnerprivilegs hinweist und im übrigen die Überlegungen des Darmstädter Kreises in der Frühjahrsveranstaltung vom 11.4. 2008 wiedergibt.

mäß sind. Sollen demnächst vielleicht wieder ganz andere Regelungen in Kraft treten?

## 2. Unterhalt

a) Zunächst: Ebenso trefflich wie unendlich kann man über den Begriff der „Zeitgemäßheit“ streiten. Zeitgeist lässt sich unter den verschiedensten Blickwinkeln (z. B. parteipolitisch, soziologisch, kulturell, konfessionell) definieren. Zwar mag es eine Tendenz für nicht eheliche Partnerschaften bzw. Zweit oder gar Dritte geben. Wie lange dieser „Zeitgeist“ anhält und ob nicht demnächst vielleicht doch wieder eine stärkere Rückbesinnung auf die auch verfassungsrechtlich als besonders schützenswert herausgestellte Ehe (Art. 6 GG) erfolgen wird, ist offen. Was „zeitgemäß“ ist, wird auch von den wirtschaftlichen Potentialen und Rahmenbedingungen abhängen. Dies wird man in einem prosperierenden Bundesland wie z. B. Bayern oder Baden Württemberg anders beurteilen als in den neuen Bundesländern.

Wie unterschiedlich die Dinge gewichtet werden können, macht das jüngste Beispiel im Rahmen der Unterhaltsreform deutlich. Nach langem politischen Tauziehen und endlosen Debatten sollte im Hinblick auf den besonderen Schutz der Familie zunächst doch dem unterhaltsberechtigten betreuenden Ehegatten der Vorrang vor der betreuenden Mutter eines nicht in einer Ehe geborenen Kindes eingeräumt werden. Demgegenüber sah das BVerfG<sup>5</sup> das Kindeswohl als entscheidend an. Daraufhin wurde die schon abgesegnete Reform gestoppt und in der jetzigen Fassung des Gesetzes zur Änderung des Unterhaltes die Gleichrangigkeit festgeschrieben. Gleichzeitig wurde das Alterszeitmodell der bisherigen Rechtsprechung „gekippt“. Ob dies alles „zeitangemessen“ ist, werden erst die nächsten Jahre und sicherlich eine Vielzahl an höchst richterlichen Entscheidungen sowohl des BGH als auch des BVerfG zeigen.

b) Vielen Urteile zum Unterhalt, welche aufgrund der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Rechtslage ergangen waren, mangelte es an der Zeitgemäßheit. Der Hauptanwendungsfall (Betreuungsunterhalt) war daher zu überarbeiten. Die Gründe hierfür lagen sowohl in einer Änderung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen als auch im Wandel der familiären Verhältnisse<sup>6</sup>. Die klassische Rollenverteilung in der Ehe hat sich in den letzten Jahrzehnten grundlegend geändert. Berufstätigkeiten von Frauen haben stark zugenommen. Die Gründung einer Familie führt heute in der Regel nicht mehr zu einer Aufgabe der Berufstätigkeit. Es wird lediglich eine Unterbrechung durch eine Baby- oder Familienpause eingelegt<sup>7</sup>. Eine Kindertagesbetreuung wird zunehmend angeboten und in Anspruch genommen. Der Anteil der ganztagsbetreuten Kinder unter 6 Jahren ist mittlerweile bundesweit auf 16 Prozent gestiegen<sup>8</sup>. Darüber hinaus werden Stief- und Patchworkfamilien nicht mehr als exotisch belächelt; sie gehören zu den zumeist akzeptierten alternativen Lebensformen.

Schien ursprünglich die Judikatur zur Differenzmethode bei Unterhaltsberechnungen zu tendieren<sup>9</sup>, wandten der BGH und ihm folgend die Oberlandesgerichte seit 1981<sup>10</sup> in ständiger Rechtsprechung die Anrechnungsmethode an. Im Hinblick auf das praktizierte Alterszeitmodell und die Erwerbsverpflichtung der Ehefrauen ab einem bestimmten Alter der Kinder mit anrechenbaren Einkünften erledigten sich in der Praxis die ganz überwiegende Anzahl der Unterhalts-

fälle in einem überschaubaren Zeitraum. Aus heutiger Sicht war das Ergebnis wahrscheinlich zeitgemäß. Der „kleine Schönheitsfehler“ lag nur darin, dass die Begründung verfassungswidrig war.<sup>11</sup>

Nachdem die grundlegende Entscheidung des BGH<sup>12</sup> aufgrund der geänderten sozialen Strukturen ergangen war, kehrte die Rechtsprechung zur Differenzmethode zurück. Damit ergab sich aber das Problem, dass der Unterhalt in vielen Fällen perpetuiert wurde. Es drohten unerwünschte, lebenslange Unterhaltsleistungen. Bis zur ersten<sup>13</sup> und neueren Entscheidung des BGH betreffend die Befristung von Unterhalt und dessen Herabsetzung konterkarierte die Rechtsprechung damit zuletzt den schon seit jeher im Gesetz verankerten Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit. Dem galt es gegenzusteuern. Die vermeintliche Besserstellung durch die Differenzmethode war also nur von kurzer Dauer. Der BGH nahm die schon in Grundzügen bekannt gewordene Haltung des Gesetzgebers in Teilen praktisch vorweg<sup>14</sup>. In mehreren Entscheidungen zur Befristung von Unterhaltsansprüchen selbst bei langjährigen Ehen wurde eine lebenslange Alimentierung verhindert.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber sich nunmehr für den Vorrang der minderjährigen Kinder entschieden. Die Konsequenz ist, dass in vielen Fällen bei zwei Kindern mangels Einkommensmasse und wegen des erhöhten Selbstbehaltes von 1.000 Euro schon kein Unterhaltsanspruch mehr für die Ehefrau verbleibt. Es kommt letztlich die jetzige Gleichstellung zwischen Müttern von ehelich und nicht ehelich geborenen Kindern hinzu. Dies hat zur Folge, dass nur ein Basisunterhalt in den ersten drei Jahren zugebilligt wird. Unterhaltsberechtigte – in der Regel Frauen –, die die Anrechnungsmethode als unbillig empfanden, stehen sich also schlechter als nach der alten Rechtslage. Der Ansicht von Dethloff<sup>15</sup> durch das Unterhaltänderungsgesetz habe sich „keine wesentliche Neukonzeption“ ergeben, kann daher mitnichten zugestimmt werden. Büttner<sup>16</sup> bezeichnet diesen „Sieg“ über die Anrechnungsmethode treffend auch als Pyrrhussieg der Ehefrauen.

c) Ob eine solche Schlechterstellung und Beschränkung auf den Basisunterhalt zeitgemäß ist, wird das BVerfG erneut zu entscheiden haben<sup>17</sup>. Sicherlich hängt dies maßgeblich von der Frage ab, in welcher Form die jetzige Gesetzeslage durch die Familiengerichte interpretiert werden wird. Höchst unterschiedlich fallen insoweit schon die ab dem 1. Januar 2008 verabschiedeten Leitlinien der einzelnen Oberlandesgerichte aus<sup>18</sup>. Es wird vor allen Dingen davon abhängen, ob die gerichtliche Praxis bereits aus dem Gesichtspunkt der

5 Vgl. NJW 2007, 1735 mit Anm. *Born* FamRZ 2007, 973.

6 Vgl. *Menne* FamRB 2008, 110.

7 Vgl. *Menne*, Jugendamt 2005, 434.

8 Vgl. Presse-Mitteilung des Statistischen Bundesamtes v. 22.2.2008.

9 Vgl. hierzu FamRZ 1979, 692.

10 Vgl. FamRZ 1981, 539; FamRZ 1982, 257; FamRZ 1983, 144 ff.

11 Vgl. BVG FamRZ 2002, 527.

12 Vgl. BGH FamRZ 2001, 986, 989.

13 Vgl. BGH FamRZ 2006 1006; zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. *Dose* FamRZ 2007, 1293.

14 Vgl. z. B. FamRZ 2007, 203; FamRZ 2007, 1232; FamRZ 2007, 2049.

15 Vgl. NJW Beilage zu Heft 21/ 2008, S. 5.

16 Vgl. FamRZ 2008, 967.

17 Vgl. hierzu *Büttner* FamRZ 2008, 967, der auf die anhängige Verfassungsbeschwerde wegen der rangmäßigen Schlechterstellung hinweist.

18 Vgl. z. B. OLG Hamm, Ziff. 17.1.1 oder OLG Dresden, Ziff. 17.1.

Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit wieder zu einem modifizierten Altersphasenmodell tendiert. Erst jüngst hat Borth<sup>19</sup> Grundstrukturen für ein solch geändertes Altersphasenmodell gefordert. Dieses nähert sich in seinem Konzept doch sehr stark der bisherigen jahrzehntelangen Rechtsprechung an. Es unterscheidet wiederum nach Alter und Anzahl der Kinder und nimmt dementsprechend eine Abstufung im Umfang der Arbeitsverpflichtung an.

### 3. Versorgungsausgleich

Die Verfassung verlangt, im Falle der Scheidung die gemeinschaftlich erworbenen Versorgungsrechte zu teilen. Das grundsätzliche Konzept des Versorgungsausgleiches ist gut. Mit dessen Einführung hat sich die soziale Sicherung der ausgleichsberechtigten Person – zumeist die Ehefrau – entscheidend verbessert. Er leistet einen wesentlichen Beitrag zum Aufbau einer eigenständigen Altersversorgung sowie zur Absicherung bei Invalidität. Deswegen wird er auch in der Zukunft benötigt. Lediglich *gut gemeint* gestaltet sich hingegen die Umsetzung in der Praxis. Diese hat sich als immer problematischer herausgestellt. Vor allem in folgenden Bereichen tauchen ständig Gerechtigkeitsdefizite auf<sup>20</sup>:

- Zugeschnitten ist der Versorgungsausgleich auf die Teilung von Anrechten in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach der Beamtenversorgung. Immer stärker ist aber in den vergangenen Jahren die betriebliche Altersvorsorge in den Vordergrund getreten. Wegen der Rentenlücke werden verstärkt private Vorsorgeverträge abgeschlossen, deren Beitragszahlung nach der BGH Rechtsprechung<sup>21</sup> sogar bis zu 4 Prozent beim Ehegattenunterhalt
- abgezogen werden können. Solche Anwartschaften müssen vergleichbar gemacht werden. Dies geschieht mit der Barwertverordnung, die trotz zwischenzeitlicher Korrekturen nach wie vor äußerst umstritten ist; teilweise wird sie immer noch als verfassungswidrig angesehen<sup>22</sup>. Jedenfalls ist die Barwertverordnung die Quelle ständiger Querelen. Die mit ihr angestellten Prognosen treffen vielfach nicht ein. Das Anrecht wird falsch berechnet. Eine Korrektur wird im Regelfall nicht durchgeführt.
- Wird der schuldrechtliche Versorgungsausgleich vorbehalten, vergisst die Mehrzahl der Berechtigten im Rentenfall von ihrem Antragsrecht Gebrauch zu machen. Die Folge ist, dass dieses Recht faktisch verloren geht.
- Es gibt „Ost“- und „West“-anrechte. Nach dem Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz ist der Versorgungsausgleich in diesen Fällen häufig blockiert.
- Die einschlägigen Bestimmungen sind inzwischen über mehrere Gesetze verteilt (§§ 1587 ff. BGB, VAHRG, VAÜG). Diese Zersplitterung erschwert den Zugang zu einer Materie, welche ohnehin wegen ihrer Vielfalt und Regelungsdichte zu den kompliziertesten Rechtsgebieten gehört.
- Schließlich sind Parteivereinbarungen nur in sehr begrenztem Ausmaß möglich. Bei einem juristischen „Massengeschäft“ (ca. 200.000 Scheidungen pro Jahr) erschwert diese Restriktion kreative Lösungen.

Der jetzige Gesetzesentwurf unternimmt zunächst einen radikalen Schnitt. Statt des bisherigen Einmalausgleiches über die gesetzliche Rentenversicherung nach der Saldierung aller Anrechte soll künftig *jede* Versorgung innerhalb des Systems geteilt werden. Dies wird als sog. *interne Teilung* bezeichnet (vgl. § 10 ff. des Entwurfs). Damit entfällt die Not-

wendigkeit einer Prognose über die künftige Wertentwicklung. Die Barwertverordnung wird überflüssig. Chancen und Risiken innerhalb einer Versorgung werden gleichmäßig auf die Eheleute übertragen. Sie nehmen ja beide an demselben Versorgungssystem teil. Auf diesem Wege partizipiert der berechtigte Ehegatte z. B. auch an der Beamtenversorgung des Bundes, ebenso an der privaten und betrieblichen Altersversorgung. Im Vergleich zur gegenwärtigen Situation, bei welcher Anwartschaften vielfach unterbewertet wurden, können damit vor allem geschiedene Frauen mit höheren Altersrenten rechnen. Ein späterer Wertausgleich wird ebenfalls überflüssig. Auch erübrigt sich eine Korrektur der Wertschwankungen der Anrechte nach dem Ende der Ehezeit. Der Verlust, der dadurch entsteht, dass kein Antrag gestellt wird, entfällt. Selbst West- und Ostanrechte können jetzt sofort geteilt werden.

Die daneben bestehende *externe Teilung* (vgl. §§ 14 ff. des Entwurfs) kommt nur dann zum Tragen, wenn die Beteiligten es wünschen oder die interne Teilung einen unverhältnismäßigen Aufwand bereiten würde. Für Landes- und Kommunalbeamte bleibt es beim Ausgleich über die gesetzliche Rentenversicherung, solange deren Versorgungssysteme keine interne Teilung zulassen. Sollte das Gesetz in Kraft treten, bleibt zu hoffen, dass auch Kommunen und Länder den Weg für eine interne Teilung alsbald eröffnen.

Den Eheleuten soll nunmehr eine weitgehende Regelungsbefugnis eingeräumt werden. Nur wenn Wirksamkeits- oder Durchsetzungshindernisse bestehen, ist das Familiengericht nicht an eine getroffene Vereinbarung gebunden (§ 6 Abs. 2 des Entwurfs).

Die geplante Gesetzesänderung vereinfacht die Durchführung des Versorgungsausgleiches. Sie verhindert viele Gerechtigkeitsdefizite, die es heute immer wieder zu beklagen gilt. Dementsprechend in der Grundtendenz positiv sind die Reaktionen der angerufenen Gremien z. B. der Bundesrechtsanwaltskammer<sup>23</sup>. Abgesehen von einigen Detailpunkten wird aber vor allem kritisiert, dass generell ein Versorgungsausgleich nicht stattfinden soll, wenn die Ehe keine drei Jahre gedauert hat. Zu Recht weist die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer<sup>24</sup> darauf hin, dass in manchen Fällen diese Norm unschlüssige verfrühte Scheidungsanträge provozieren wird. Wenn in zweiter Instanz die Jahresfrist erreicht wird, muss die Sache zurückverwiesen werden, mit der Folge, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleiches bestehen bleiben würde<sup>25</sup>. Außerdem sind durchaus Fälle denkbar, in denen ein Ehegatte (z. B. als leitender Angestellter) im Dreijahreszeitraum außergewöhnlich hohe Versorgungsleistungen erwirbt oder Rechte aus einer Kapitalleistung in eine private Rentenversicherung umgewandelt werden. Grundsätzlich sollte daher zwar aus Vereinfachungsgründen bei geringen Anwartschaften oder bei Unterschreitung der Dreijahresfrist kein Versorgungsausgleich

19 Vgl. Unterhaltsänderungsgesetz Rdn. 67; in diesem Sinne auch Gerhardt/FA-Familienrecht, 6. Aufl. Kap. 6 Rdn. 263. Strikt gegen die Einführung des modifizierten Alterszeitmodelles Niebling FF 2008, 193 ff.

20 Vgl. hierzu die Begründung des Entwurfs. Die angeblich „einfache und übersichtliche“ Darstellung des Gesetzes nimmt immerhin 276 Seiten in Anspruch – ein Beweis mehr für die Verschiebung von Wertvorstellungen.

21 Vgl. BGH FamRZ, 2005, 1817 sowie die Nachweise bei Kalthoener/Büttner/Niepmann, Unterhaltsrecht, 10. Aufl. Rdn. 410.

22 Vgl. zur früheren und jetzigen Rechtslage die Nachweise bei Palandt/Brudermüller, 67. Aufl. Anz. zu § 1587 a (BarwVO) Rdn. 2 und 3.

23 Vgl. Stellungnahme 2008 Nr. 12.

24 Vgl. S. 4 der Stellungnahme.

25 Vgl. zu dieser Rechtslage BGH schon nach bisherigem Recht für verfrühte Scheidungsanträge BGH NJW 1997, 1007.

stattfinden. In Fällen der groben Unbilligkeit oder eines verfrühten Scheidungsantrages sollte dieser Ausschluss aber nicht gelten.

Diese Gesetzesinitiative ist zu begrüßen. Die bisher gut gemeinten – aber eben nicht guten – Versuche, die verschiedensten Rentenrechte auszugleichen, würden damit zu einem zeitgemäßen und gerechten Ergebnis führen.

#### 4. Zugewinn

Der seit nunmehr 50 Jahre geltende Güterstand hat sich – dies ist im wesentlichen unangefochten – bewährt. Die gesetzliche Regelung mit dem Stichtagsprinzip ist zwar relativ starr und schematisch geregelt. Dementsprechend fallen auch die Lösungen aus. Sie können in Einzelfällen zu scheinbar unbilligen Ergebnissen führen. Dies gilt beispielhaft für die Frage, ob ein Schmerzensgeld<sup>26</sup> oder ein Lottogewinn<sup>27</sup> dem Zugewinnausgleich unterliegen soll. Der große Vorteil der gesetzlichen Regelung liegt aber in ihrer *Rechtssicherheit*. Es lassen sich mit Ausnahme der Unbilligkeitskontrolle Ergebnisse relativ sicher vorhersagen. Berücksichtigt man zusätzlich, dass die Vorschrift des § 1381 BGB bislang durch den BGH äußerst restriktiv angewandt wird, kann der Ausgang eines solchen Prozesses relativ genau vorhergesagt werden. Zweitinstanzliche Entscheidungen zum Zugewinn sind daher im Gegensatz zum Unterhalt eher selten. Bereits in erster Instanz werden aufgrund einer gesicherten Rechtsgrundlage Verfahren verglichen oder zutreffende Urteile gefällt.

Die vorliegende Gesetzesreform erachtet die gesetzlichen Regelungen u. a. in folgenden wesentlichen Punkten für nicht mehr zeitgemäß<sup>28</sup>:

- fehlende Belegpflicht,
- kein vorläufiger Rechtsschutz,
- § 1378 Abs. 2 BGB a. F.,
- nur positives End- und Anfangsvermögen wird in der Zugewinnbilanz verrechnet.

Diese Anliegen der Reform sind – bis auf das negative Anfangs- und Endvermögen – durchaus berechtigt. Ihre Umsetzung erscheint längst überfällig.

a) Von jeher wurde beklagt, dass im Gegensatz zum Unterhalt der Zugewinnausgleich keine Belegpflicht kannte<sup>29</sup>. Erfahrungsgemäß versuchen gerade jedoch im Vermögensbereich Eheleute einander zu übervorteilen. Wenn nicht aufgrund von Unterlagen zum Beispiel Bescheinigungen zum Zeitwert einer Lebensversicherung – nachprüfbar – Belege vorgelegt werden, ist die Versuchung groß, die Zahlenangaben zu „schönen“. Eine solche Position kann bisher nur dadurch in Zweifel gezogen werden, indem mehr oder minder ins Blaue hinein ein anderer Betrag behauptet und dies dann durch Auskunft des entsprechenden Dritten zu Beweis gestellt wird. Auch hier gilt aber Vertrauen ist gut, Kontrolle besser.

b) Der vorläufige Rechtsschutz war im bisherigen Recht ausdrücklich gar nicht geregelt. Ursprünglich<sup>30</sup> wurde deshalb die Ansicht vertreten, bis zur Fälligkeit der Forderung (§ 1384 BGB) sei überhaupt kein Rechtsschutz durch Arrest oder einstweilige Verfügung möglich. Die herrschende Meinung<sup>31</sup> in der Rechtsprechung vertritt demgegenüber jetzt die Ansicht, solche Sicherungsmittel seien auch im Zugewinn einsetzbar. Durch die Einreichung des Scheidungsantrages sei nämlich bereits eine bedingte Forderung ent-

standen. Die Fälligkeit hänge nur noch von der Rechtskraft der Scheidung ab. Sicher kann ein Zugewinnausgleichsläubiger jedoch nicht sein, dass er auf diese Weise Rechtsschutz erlangt. Dies hängt von der Haltung des jeweiligen Oberlandesgerichts ab<sup>32</sup>.

Auch ein vorzeitiger Zugewinnausgleich wird unter teilweise erleichterten Voraussetzungen geschaffen. Nunmehr soll bereits die *Gefährdung* des Zugewinnausgleichs ausreichend sein (§ 1386 Zif. 2 n. F. BGB). Nach bisherigem Recht war es erforderlich, dass tatsächlich der Zugewinnausgleich *beeinträchtigt* wurde. Auch dieser vorzeitige Zugewinnausgleich, der auch als Leistungsklage ausgestaltet ist, wird unstrittig in Zukunft durch Arrest sicherungsfähig sein.

c) Das größte Ärgernis in der Praxis war allerdings die bisherige Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB<sup>33</sup>. Selbst wenn der Zugewinnausgleichspflichtige zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit über Vermögen verfügte, konnte der Berechtigte seinen Anspruch dadurch verlieren, falls bis zur *Rechtskraft* der Scheidung dieses Vermögen nicht mehr vorhanden war. Nach der herrschenden Meinung<sup>34</sup> sollte dies selbst in den Fällen gelten, in denen der Ausgleichspflichtige böswillig handelte. Der Manipulation waren Tür und Tor geöffnet. Die Vorschrift, die in früherer Zeit nur wenig bekannt war, wurde durch die Kurse zur Fachanwaltschaft für das Familienrecht publik gemacht. Dementsprechend häuften sich die Fälle, in denen relativ klare Zugewinnausgleichsfälle durch Manipulationen des Pflichtigen bis zur Rechtskraft der Scheidung unterlaufen wurden. Teilweise meldeten die Zugewinnverpflichteten sogar Insolvenz an, nachdem zuvor „adäquate“ Vermögensstransaktionen (z. B. an die Lebensabschnittsgefährtin etc.) vorgenommen worden waren.

Mit dieser Unsitte wird nunmehr gebrochen. Der Stichtag des Zugewinnausgleichs bleibt die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens. Er kann nicht mehr durch spätere Vermögensverluste manipuliert werden. § 1378 Abs. 2 a. F. BGB soll entfallen.

Damit ist aber noch nicht das folgende Problem endgültig gelöst: Was geschieht mit den Vermögensverlusten *zwischen* der *Trennung* der Parteien und der *Rechtshängigkeit* des Scheidungsantrages? Da ein Zugewinnausgleich auf dem starren Stichtagsprinzip aufbaut, können solche Vermögensverfügungen nur dann unbeachtlich sein, wenn sie dem Bereich der *illoyalen Vermögensverfügungen* unterliegen. Dies hat der Zugewinnausgleichsberechtigte nachzuweisen. In der Praxis kommt dies einer *probatio diabolica* gleich. Man sollte sich folgende Frage stellen: Ist es einerseits zeitgemäß, Eheleuten noch die Jahresfrist zuzumuten, andererseits für die Stichtagsregelung des Zugewinn- und Versorgungsausgleichs erst die *Rechtshängigkeit* des Scheidungsverfahrens als maßgebend zu erklären? Gerade diese gesetzgeberische Fehlentscheidung zugunsten eines

26 Vgl. BGH FamRZ 1981, 1836.

27 Vgl. BGH FamRZ 1977, 124

28 Vgl. zum gesamten Komplex *Kogel* FF 2008, 185 ff.

29 Vgl. hierzu *Haußleiter/Schulz* 4. Aufl. Kap 1 Rdn. 476 mit zahlr. Nachw.; Empfehlung des 14. DFGT (Arbeitskreis 5) FamRZ 2002, 298.

30 Vgl. zur Entwicklung der Rechtslage *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 2. Aufl. Rdn. 697 ff. sowie die Nachweise bei *Haußleiter/Schulz* Kap 1, Rdn. 536.

31 Vgl. hierzu *Ditzen* NJW 1987, 1806 sowie die zahlreichen Nachweise bei *Haußleiter/Schulz* Kap. 1 Rdn. 538; ferner *Kogel* aaO FN 521.

32 Wie unterschiedlich diese Auffassungen selbst innerhalb eines Gerichts sein können, vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 408 einerseits und FamRZ 2008, 410 andererseits.

33 Vgl. die ständigen Empfehlungen des 5. DFGT FamRZ 1983, 1201; 14. DFGT FamRZ 2002, 298; 15. DFGT FamRZ 2003, 1907.

34 Vgl. die Nachweise bei *Haußleiter/Schulz* Kap 1. Rdn., 332 f.

„Zeitfensters“ eröffnet den Eheleuten Tür und Tor, immer noch sanktionslos Manipulationen durchzuführen. Um auch hier eine Lücke zu schließen, bieten sich zwei Lösungen an: Zum einen kann man daran denken, bereits mit der *Trennung* der Eheleute eine Klage auf Festlegung der Vermögenssituation einzuführen<sup>35</sup>; mit anderen Worten: der Stichtag wird ohne Einreichung eines Scheidungsantrages vorverlegt. Zum anderen stößt die Jahresfrist ohnehin bei vielen Mandanten auf völliges Unverständnis.

Für die meisten Rechtssuchenden ist die Konsultation eines Anwalts in einer Familiensache ultima ratio. Vielfach besteht eine große Hemmschwelle. Wer in seiner Ehesache anwaltlichen Beistand in Anspruch nimmt, ist sich in der Regel darüber bereits im Klaren, dass seine Ehe zerrüttet ist und über kurz oder lang geschieden werden wird. Da nach der Rechtsprechung selbst die einseitige Abkehr von der Ehe und die definitive Erklärung, aufgrund unüberbrückbarer Meinungsverschiedenheiten nicht noch einmal die Lebensgemeinschaft aufnehmen zu wollen, ausreicht, um die Zerrüttung darzulegen, ist die Einhaltung der Jahresfrist eine Förmerei. Vielen Mandanten erscheint sie jedenfalls *nicht* mehr zeitgemäß, da sie einer Bevormundung gleichkommt. Sollte der Gesetzgeber allerdings nach wie vor eine Überlegungszeit – für notwendig erachten, bietet sich alternativ an, einerseits einen Scheidungsantrag zuzulassen mit der Folge, dass der Stichtag bestimmt wird; andererseits kann – ähnlich wie z. B. beim italienischen Recht – ein erster Anhörungstermin zur Frage der Trennung nach einem halben oder ganzen Jahr anberaumt werden. Bei diesem Termin muss dann geklärt werden, ob sich an der Trennungs- und Zerrüttungssituation etwas geändert hat. Eine Manipulation im Rahmen des jetzigen Zeitfensters wäre damit unmöglich.

d) Große Zweifel bestehen allerdings, ob die Einführung eines negativen End- und Anfangsvermögens zeitgemäß ist<sup>36</sup>. Es entspricht in der Tat einer Forderung des deutschen Familiengerichtstages, dieses einzuführen<sup>37</sup>. Man muss sich hierbei aber vor allem über eins im Klaren sein: Durch die Einführung eines negativen Anfangsvermögens werden die Verfahren noch komplizierter. Sie werden noch länger dauern. Derjenige, der einen – Scheidungsantrag torpedieren will, wird ein solches negatives Anfangsvermögen behaupten. Er wird den anderen veranlassen, hierüber Auskunft zu erteilen. Insoweit soll ja auch eine Auskunftspflicht bestehen (vgl. § 1379 Abs. 1 S. 1 des Entwurfes). Gerade bei länger dauernden Ehen werden die Vorgänge jedoch teilweise Jahrzehnte zurückliegen. Es wird überhaupt nicht mehr möglich sein, dies zu verifizieren. Die Folge wird sein, dass ggf. noch im Rahmen der Auskunftsstufe im Verbund (u. U. sogar im Rahmen einer Zwangsvollstreckung) die Zugewinnausgleichsforderung das Verfahren erheblich verlängert. Der Drang, in jedem denkbaren Einzelfall ein möglichst gerechtes Ergebnis zu erzielen, soll eine zugegebenermaßen einerseits starre andererseits aber klare und eindeutige Rechtslage verdrängen. Gerade diese hat jedoch in der überwiegenden Anzahl der Fälle zu praktikablen und überschaubaren Ergebnissen geführt. Die Alternativen lauten mithin: scheinbar allumfassende Gerechtigkeit einerseits oder Einfachheit und Klarheit in der Praxis andererseits.<sup>38</sup>

Schließlich ist noch gar nicht abzusehen, welche neuen „Baustellen“ durch die Regelungen zum negativen Anfangs- und Endvermögen eröffnet werden. Ein einziger Beispielfall<sup>39</sup> soll dies deutlich machen: Der Ehemann hatte ein Anfangsvermögen von 0 Euro. Während der Ehe verschuldete

er sich insgesamt mit 60.000 Euro. Die Ehefrau verfügte über ein Anfangsvermögen von 80.000 Euro. Ihr Endvermögen beträgt 100.000 Euro. Nach geltendem Recht wäre die Ehefrau verpflichtet, von ihrem Zugewinnausgleich (100.000 – 80.000 Euro) die Hälfte = 10.000 Euro auszugleichen. Der jetzige Entwurf führt demgegenüber zu folgendem Ergebnis:

Negatives Endvermögen des Ehemanns	– 60.000,00 Euro
Zugewinn der Ehefrau	20.000,00 Euro
Differenz	80.000,00 Euro
hiervon die Hälfte =	40.000,00 Euro (!)

Eine solche „Sippenhaft“, war dem bisherigen Recht gänzlich fremd war. Es ist auch jetzt nicht zeitgemäß, auf diesem Umweg einen Partner an der Verschuldungsmisere seines Ehegatten zu beteiligen<sup>40</sup>.

## 5. Ausblick

Zugespielt formuliert: Kaum ist die Tinte unter dem Unterhaltsänderungsgesetz bzw. den Entwürfen zur Reform des Versorgungs- und Zugewinnausgleichs trocken, werden erneut Forderungen erhoben, das Ausgleichssystem auf völlig anderen Boden zu stellen<sup>41</sup>. Das Ziel eines „clean-break“ und der nahehelichen Eigenverantwortung müsse noch mehr gefördert werden<sup>42</sup>. Die Rechtsentwicklung in anderen Ländern insbesondere unter der Ägide des common-law wird als Beleg für dies Forderung angeführt. Gerade dort fehle es an der strikten Trennung verschiedener Ausgleichssysteme. Es finde vielmehr ein umfassender finanzieller Ausgleich durch Zahlung einer laufenden Unterhaltsrente einer Kapitalabfindung oder durch Übertragung von Vermögenswerten statt<sup>43</sup>. Solche dem Globalitätsprinzip angelehnten Tendenzen mögen zwar zeitgemäß wirken. Jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann aus Praktikersicht von solchen Gedankenspielen und Bestrebungen nur dringend abgeraten werden.

Schon das Unterhaltsabänderungsgesetz hat in der Bevölkerung nicht zuletzt durch missverständliche Darstellungen der Medien ein völlig falsches Bild von den Rechten und Pflichten im nahehelichen Unterhaltsbereich geschaffen. Eine Vielzahl von Mandanten ist der Ansicht, mit der Ehescheidung gebe es jetzt überhaupt keinen Unterhaltsanspruch mehr. Nach Erreichen des 3. Lebensjahres eines Kindes falle sogar ein Betreuungsunterhalt von vorneherein fort. Eine Ganztagsarbeitsverpflichtung der Ehefrau sei gegeben. Es wird Zeit brauchen, bis die Rechtsprechung die Pflöcke für die Unterhaltsbemessung eingeschlagen hat. Erst dann wird man im Rahmen der Beratungspraxis einigermaßen vorhersehbar Mandanten bezüglich der Unterhaltsentwicklung Auskunft geben können. *Rechtsstaatlichkeit* baut in großem Maße aber auch auf *Rechtssicherheit* auf. Obwohl heute jede 2. bis 3. Ehe geschieden wird, ist sie im Prinzip immer noch auf Dauer angelegt. Wenn jetzt schon in Frage gestellt wird, was gestern beschlossen wurde, und ein völlig

<sup>35</sup> Vgl. hierzu den Vorschlag de lege ferenda von *Völlings/Fülbi*er FUR 2003, 9.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Kogel* FF 2008, 188; skeptisch insoweit auch die Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des DAV, S. 6.

<sup>37</sup> Vgl. z. B. 15. DFGT FamRZ 2003, 1908 sowie die Literaturnachweise bei *Haußleiter/Schulz* Kap. 1 Fn. 18, 20 die sich teilweise zu der Formulierung „Verrat am Zugewinnausgleich“ versteigen.

<sup>38</sup> ■

<sup>39</sup> Zu weiteren Fällen vgl. *Kogel* FF 2008, 187 ff.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu auch die ablehnende Stellungnahme des DAV, S. 6.

<sup>41</sup> Vgl. *Dethloff* NJW 2008 Beilage zu Heft 21 S. 5 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *Dethloff* aaO S. 6.

<sup>43</sup> Vgl. *Dethloff*, NJW, S. 6.

anderes Beurteilungssystem greifen soll, werden sich Partner noch mehr überlegen, ob angesichts solcher unsicheren Prognosen überhaupt die Ehe für sie noch eine Alternative ist.

Der verbrämende Anglizismus<sup>44</sup> „clean-break“, den man auch durchaus als klaren Schnitt bezeichnen könnte, soll wohl darüber hinwegtäuschen, dass solche Einschnitte immer mit – zumindest wirtschaftlichen – Schmerzen verbunden sein werden. Die Konsequenz kann oftmals nur in zwei Richtungen laufen: Wenn alle Ansprüche durch eine Kapitalabfindung abgegolten werden sollen, wird dies in einer Vielzahl von Fällen wirtschaftlich vertretbar gar nicht möglich sein. Das Gros der scheidungswilligen Paare lebt eben in ökonomischen Verhältnissen, die solche Kapitalabfindungen in Form einer Einmalzahlung nicht zulassen. Alternativ käme nur in Betracht, die Abfindung so gering anzusetzen, dass sich die Frage stellt, ob sie vor allen Dingen bei längerdauernder Ehe noch ein angemessener Ausgleich für die Vermögens- und Einkommensnachteile ist. In diesem Zusammenhang wird auf den anglo-amerikanischen Bereich hingewiesen<sup>45</sup>. Die Höhe des Unterhaltsanspruches wird danach aufgrund eines mit der Dauer der Ehe zunehmenden Prozentsatzes der nahehelichen Einkommensdifferenz zwischen den Ehegatten bewertet. Die Höhe des pro Ehejahr zu gewährenden Prozentsatzes könne im Einzelfall der individuellen Ehegestaltung entsprechend angepasst werden. Eine derartige Regelung erinnert den Verfasser an Abfindungsvereinbarungen zu arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnissen, bei denen pro zwei Kalenderjahren ein Bruttoeinkommen als Abfindung entrichtet wird. Dieser Vergleich mag zwar überspitzt formuliert sein. Zeitgemäß scheinen solche Gedankenspiele dem Verfasser jedenfalls derzeit noch nicht zu sein. Das was mit guten Gründen gesetzgeberisch schon verabschiedet oder legislativ noch auf die Schiene gebracht wird, sollte vor allem aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit erst in der Praxis überprüft werden. Die derzeitigen legislativen Initiativen werden den geänderten sozialen Vorgaben im Wesentlichen gerecht. Solange dies der Fall ist, sollte die Devise lauten: Zurückhaltung gegenüber solchen Radikalkuren angelehnt an andere Rechtssysteme! Weitere gesetzgeberische homöopathische Dosen reichen derzeit vollends aus.

<sup>44</sup> Vgl. S. 6.

<sup>45</sup> Vgl. die Fundstellen S. 7. FN 29.



**Dr. Walter Kogel, Aachen**

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht.

Sie erreichen den Autor unter [autor@anwaltsblatt.de](mailto:autor@anwaltsblatt.de).