



ANWALTSGEMEINSCHAFT DR. KOGEL  
Rechtsanwälte

Augustastr. 89 · 52070 Aachen · Telefon 0241/505031 · Telefax 0241/505033 · Gerichtsfach 046  
Internet: www.dr-kogel.de · Email: kanzlei@dr-kogel.de

**Veröffentlicht AnwBl 2009, 572 ff.**

**Zugewinn nach der Reform –  
gut gemacht oder doch nur gut gemeint?**

Die neuen Regelungen im BGB

Die Reform des Zugewinnausgleichs wird zum 1. September 2009 in Kraft treten. Der Autor stellt die Neuregelung - die auf den letzten Metern des Gesetzgebungsverfahrens im Rechtsausschuss des Bundestags noch verändert wurde – vor und weist aus Anwaltssicht auf einige Mängel hin.

I. Was bis 31. August 2009 zu tun bleibt

Selbst für Fachkreise überraschend stellte die „heimliche Familienministerin“<sup>1</sup> Frau Zypries, Ende des Jahres 2007 den Entwurf zur Neuregelung des Zugewinnausgleichs vor. Nach einer Überarbeitung der vorgesehenen Vorschriften insbesondere des vorzeitigen Zugewinnausgleichs wird das Gesetz zum 01.09.2009 in Kraft treten. Wichtig hierbei ist vor allem, dass die Regelungen zum negativen End- und Anfangsvermögen bei bisher anhängigen Verfahren noch weiterhin Gültigkeit haben werden. Nur die **Zugewinnverfahren** (nicht Scheidungsverfahren!), welche **nach** dem 01.09.2009 anhängig gemacht werden, unterliegen dem neuen Recht (vgl. Art. 229 EGBGB § 20 Abs. 2). Ggf. kann es sich daher empfehlen, **jetzt** noch entsprechende Anträge zum Zugewinnausgleich zu stellen, sofern sich dies für den Mandanten günstiger auswirkt. Auch der **Ausgleichsverpflichtete**, der sich nach neuem Recht schlechter stehen würde, sollte überlegen, ob er nicht seinerseits das Zugewinnausgleichsverfahren „ins Rollen“ bringt. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass er seinerseits eine **Stufenklage** erhebt. Ggf. ist auf eine negative Feststellungsklage auszuweichen. Bei der Neuregelung des § 1378 Abs. 2 BGB ist zu beachten, dass die früher sehr unbefriedigende gesetzliche Ausgestaltung automatisch zum 01.09.2009 in das neue Recht übergeleitet wird.

## II. Änderung von Gesetzesvorschriften

Die neue gesetzliche Regelung hat vor allem folgende Paragraphen geändert:

- § 1370 BGB (Ersatzbeschaffung)
- § 1378 Abs. 2 BGB (Einrede bei Vermögensverfall)
- §§ 1374, 1375 BGB (negatives Anfangs- und Endvermögen)
- § 1379 BGB (Auskunfts- und Belegpflicht)
- §§ 1385, 1386, 1389 BGB (vorzeitiger Zugewinnausgleich, Arrest, Sicherheitsleistung)
- § 1390 BGB (Vorgehen gegen Dritte)

### 1.) Fortfall des § 1370 BGB:

Die Vorschrift, wonach Hausrat, der an Stelle von eingebrachtem Mobiliar wiederum Alleineigentum des ursprünglichen Eigentümers wurde, ist in einer „Wegwerfgesellschaft“ antiquiert<sup>2</sup>. Brachte ein Ehegatte z.B. ein schwarz-weiß Fernsehen in die Ehe ein und wurde in der Folgezeit ein Plasma-Gerät angeschafft, waren die beiden Hausratsgegenstände nicht miteinander vergleichbar. Die Rechtsprechung<sup>3</sup> löste solche Fälle regelmäßig über das „Geschäft für den, den es angeht“. Sie gelangte damit zu sachgerechten Ergebnissen, welche ein Miteigentum beider Ehegatten begründete. Der ersatzlose Fortfall von § 1370 BGB ist uneingeschränkt zu begrüßen. Weswegen dies allerdings erst für die ab dem 1.9.2009 anhängigen Verfahren gelten soll (vgl. Art. 229 EGBGB § 20 Abs. 1), ist nicht recht einsichtig.

### 2.) Änderung des § 1378 Abs. 2 BGB

§ 1378 Abs. 2 BGB wurde in den letzten Jahren für den Familienrechtler zum größten Ärgernis in der Bearbeitung von Güterrechtsfällen. Die Norm führte ursprünglich bei der Bearbeitung von Zugewinnverfahren ein „Mauerblümchendasein“. Im Zuge der Spezialisierung wurde die Vorschrift jedoch in den entsprechenden Fachanwaltskursen propagiert. Dies führte zu einer verstärkten Anwendung. Zwar stellt § 1384 BGB für die Vermögensermittlung auf den Zeitpunkt der **Rechtshängigkeit** des Scheidungsverfahrens ab. Dieser Bewertungsstichtag konnte immer jedoch

---

<sup>1</sup> So treffend Jahberg AnwBl. 2008, 405

<sup>2</sup> Vgl. Haußleiter-Schulz, 4. Aufl., Kap. 4, Rdn. 140

<sup>3</sup> Vgl. Haußleiter-Schulz, a.a.O. Rdn. 142

noch dadurch unterlaufen werden, indem bis zur Rechtskraft der Scheidung Vermögen nicht mehr vorhanden war. Besonders nachteilig war diese Rechtslage deswegen, weil nach sehr bestrittener, aber herrschender Meinung<sup>4</sup> die Norm auf **alle** Fälle des „Verschwindens“ von Vermögensgegenständen anwendbar sein sollte. Selbst arglistiges Verhalten des Zugewinnausgleichsschuldners sollte zu einem nachträglichen Fortfall des Anspruches führen<sup>5</sup>. Der Manipulation war damit Tür und Tor geöffnet. Höchststrichterlich war die Frage, ob die Forderung mit einem illoyalen Verhalten unterlaufen werden konnte, nie geklärt worden.. Die herrschende Meinung<sup>6</sup> behauptete dies zwar stets. Die einzige diesbezügliche Entscheidung des BGH<sup>7</sup> stellte jedoch fest, dass in dem betreffenden Fall „diese Frage nicht zu entscheiden sei“. Noch nicht einmal Sicherungsmaßnahmen durch Arreste konnten die Wirkungen der Norm verhindern. Wegen der Akzessorietät musste sogar eine Sicherheitsleistung zurückgegeben werden, falls bis zur Rechtskraft der Scheidung kein Vermögen mehr vorhanden war<sup>8</sup>. Die einzige Chance, das Eingreifen der Norm zu verhindern, bestand darin, das Scheidungsverfahren umgehend rechtskräftig zu beenden und daher keine Folgesachen in den Verbund einzubringen. Es galt, den Zeitraum bis zur Scheidung möglichst abzukürzen<sup>9</sup>.

Der Gesetzesentwurf sah ursprünglich vor, § 1378 Abs. 2 BGB vollständig abzuschaffen. Für den Fall der Scheidung sollte nur noch die Rechtshängigkeit des Antrages, für den Fall des vorzeitigen Zugewinnausgleichs die Rechtshängigkeit der entsprechenden Klage (§ 1387 BGB) maßgebend sein. Quasi als Kompensation sollte eine Kappungsgrenze eingeführt werden (§ 1378 Abs. 2 BGB n.F.). Dem Verpflichteten sollte mindestens die Hälfte seines Aktivvermögens, welches er zum Berechnungszeitpunkt (Rechtshängigkeit) besaß, verbleiben.

Von diesem in den Medien immer wieder angepriesenen Konzept (Stichwort: „Vorverlegung des Endvermögensstichtages“) ist **nichts** verblieben. Aufgrund der Empfehlung des Rechtsausschusses wurde § 1378 Abs. 2 BGB vielmehr beibehalten. Es wurde allerdings ein Absatz 2 beigefügt. Dieser soll sicher stellen, dass in Fällen der illoyalen Verhaltensweise das Endvermögen um den hinterzogenen Betrag erhöht wird. Damit nimmt auch in Zukunft der ausgleichsberechtigte Ehegatte an den Vermögensverlusten des anderen bis zur Rechtskraft der Entscheidung teil.<sup>10</sup> Die bislang insoweit diskutierten Problemfelder bleiben erhalten<sup>11</sup>. Nur Arglist trägt er finanziell nicht mehr mit. In diesem Fall wird dem Ausgleichspflichtigen zugemutet, einen Kredit in Anspruch nehmen, um die

---

<sup>4</sup> Vgl. die Übersicht bei Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 2. Aufl., Rdn. 749 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 332 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Haußleiter/Schulz a.a.O.

<sup>7</sup> NJW 1988, 2369

<sup>8</sup> Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 339. Der 15. Deutsche Familiengerichtstag, FamRZ 2003, 1908 hatte noch Folgendes empfohlen: Soweit für die Ausgleichsforderung Sicherheit geleistet oder die Forderung durch Arrest gesichert worden ist, soll die Anspruchsbegrenzung nach § 1378 Abs. 2 BGB nicht eingreifen.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen Kogel, FamRZ 2008, 1297 ff.

<sup>10</sup> Vermögenszuwächse nach dem Stichtag wirken sich hingegen nach wie vor nicht anspruchserhöhend aus.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu Kogel, Strategien, Rdn. 749 ff.

Zugewinnforderung zu begleichen.

### Zu 3) §§ 1374, 1375 BGB negatives End- und Anfangsvermögen

a) Nach bisherigem Recht konnte es weder negatives End- noch Anfangsvermögen geben<sup>12</sup>. Minimal waren diese Beträge immer Null (§§ 1374 Abs. 1 S. 2, 1375 Abs. 1 S. 2 BGB). Seit Jahren wurde auf den deutschen Familiengerichtstagen<sup>13</sup> gefordert, diese Vorschriften zu durchbrechen, um eine größere Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen. Nach der jetzigen Regelung können Schulden über den Vermögenswert hinaus abgezogen werden. Dies kann sich anspruchserhöhend ebenso wie anspruchsmindernd auswirken. Folgende Beispielsfälle verdeutlichen die weitreichenden Konsequenzen:

#### 1. Beispielsfall:

*Zu Beginn der Ehe hatte der Ehemann Schuldverbindlichkeiten von 50.000,00 €. Das Anfangsvermögen der Ehefrau betrug Null €. Zum Stichtag Rechtshängigkeit verfügen beide Eheleute über ein Vermögen von jeweils 50.000,00 €.*

- Nach bisherigem Recht besteht keine Zugewinnausgleichspflicht. Beide Endvermögen sind gleich hoch. Das Anfangsvermögen wird ebenfalls auf beiden Seiten mit Null € angesetzt.
- Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise hat der Ehemann jedoch 100.000,00 € als Vermögensmehrwert geschaffen (Verringerung der Altschulden sowie Erwerb neuen Vermögens). Seinem Zugewinn von 100.000,00 € steht ein solcher der Ehefrau in Höhe von 50.000,00 € gegenüber. Er ist daher in Höhe von 25.000,00 € ausgleichspflichtig. In diesem Fall wirkt sich das negative Anfangsvermögen anspruchserhöhend aus.

#### 2. Beispielsfall:

*Zu Beginn der Ehe hatte der Ehemann Schulden von 100.000,00 €. Diese verringerte er bis zum Ende der Ehezeit auf 50.000,00 €. Die Ehefrau verfügte über kein Anfangsvermögen. Ihr Endvermögen beträgt 100.000,00 €.*

<sup>12</sup> Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 14

<sup>13</sup> So z.B. die Empfehlungen des 5. DFGT, FamRZ 1983, 1201; 15. DFGT, FamRZ 2003, 1907

- Nach geltendem Recht muss die Ehefrau einen Betrag in Höhe von 50.000,00 € ausgleichen. Anfangs- und Endvermögen des Ehemanns werden mit Null € angesetzt.
- Nach neuem Recht hat der Ehemann sein Vermögen um 50.000,00 € wirtschaftlich verbessert (Abbau der Verbindlichkeiten). Seinem Zugewinn von 50.000,00 € steht ein solcher der Ehefrau in Höhe von 100.000,00 € gegenüber. Die Ausgleichsverpflichtung der Ehefrau beträgt demzufolge 25.000,00 €

In diesem Fall wirkt sich das Anfangsvermögen anspruchsmindernd aus.

Auch für die Fälle des privilegierten Anfangsvermögens wirkt sich die Neuregelung aus.

### 3.) Beispielsfall

*Der Ehemann war mit 20.000,00 € bei Eheschließung verschuldet. Er erbt später 20.000,00 €.*

- Nach der bisherigen Fassung besteht kein (negatives) Anfangsvermögen. Der privilegierte Erwerb wird mit 20.000,00 € von einem Endvermögen abgezogen.<sup>14</sup>
- Nach neuem Güterrecht ist der Betrag zu saldieren. Das Anfangsvermögen beträgt tatsächlich Null €

b) Umstritten war im Gesetzgebungsverfahren die vom Gesetzgeber beabsichtigte Kappungsvorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB. Hiernach sollte dem Verpflichteten jedenfalls die Hälfte seines Aktivvermögens verbleiben, welches er bei **Rechtshängigkeit** besaß. Der Bundesrat<sup>15</sup> vertrat in seiner Stellungnahme demgegenüber z.B. die Ansicht, dass die Intention des Gesetzes, eine gleichmäßige Vermögensaufteilung vorzunehmen, durch diese Regelung konterkariert werde<sup>16</sup>.

Das Problem soll an folgendem

4. Beispielsfall verdeutlicht werden. :

*Zu Beginn der Ehe hatte der Ehemann einen Schuldenberg von 100.000,00 €, den er abbaute. Zum Ende der Ehe verfügt er über Vermögen von 20.000,00 €. Die Ehefrau hatte ein Anfangsvermögen von Null €, ein Endvermögen von 30.000,00 €.*

<sup>14</sup> Vgl. zu dieser Lösung BGH FamRZ 1995, 990, 993 sowie Kogel, 2. Aufl. Rdn. 110 f.

<sup>15</sup> Vgl. S. 5 der Stellungnahme

- Nach dem bis zum 1.9.09 geltenden Recht wäre die Ehefrau ihm gegenüber zur Zahlung von  $(30.000,00 \text{ €} - 20.000,00 \text{ EUR}) = 10.000,00 \text{ €} \cdot 2 = 20.000,00 \text{ €}$  verpflichtet.
- Wirtschaftlich hat der Ehemann sein Vermögen aber um 100.000,00 € (Abbau Schulden) zuzüglich 20.000,00 € = 120.000,00 € verbessert. Seinem Zugewinn steht der Zugewinn der Ehefrau von 30.000,00 € gegenüber. Aus der Differenz (90.000,00 €) schuldet der Ehemann zwar grundsätzlich 45.000,00 € Insofern sollte nach der ursprünglichen Fassung § 1378 Abs. 2 BGB n.F. eingreifen Dieser hätte die Ausgleichsverpflichtung auf die Hälfte des positiven Vermögens nämlich 10.000,00 € beschränkt.
- Indem es jetzt aber bei der Fassung des § 1378 Abs. 2 BGB geblieben ist, kann der Ehemann seine Zahlungsverpflichtung auf das positive Vermögen begrenzen. Allerdings muss er sein Vermögen von 20.000 € insgesamt abgeben.

Nicht endgültig geklärt zu sein scheint folgender Beispielfall, welchen der Deutsche Anwaltsverein - Familienrechtsausschuss- in seiner Stellungnahme<sup>17</sup> gebildet hat:

#### 5. Beispielfall:

*Der Ehemann hatte ein Anfangsvermögen von Null €. Während der Ehe verschuldete er sich mit insgesamt 60.000,00 €. Die Ehefrau verfügte über Anfangsvermögen von 80.000,00 €. Ihr Endvermögen beträgt 100.000,00 €.*

- Nach bisherigem Recht beschränkt sich die Ausgleichsverpflichtung der Ehefrau auf  $(100.000,00 - 80.000,00) = 20.000,00 \text{ €} \cdot 2 = 40.000,00 \text{ €}$
- Ist es nun tatsächlich so, dass auf Seiten des Ehemanns ein Betrag von -60.000,00 € anzusetzen ist und die Differenz zu den 20.000,00 € also 80.000,00 €  $80.000,00 \text{ €} \cdot 2 = 160.000,00 \text{ €}$  aufgeteilt werden muss?
- So jedenfalls hat der Deutsche Anwaltsverein in der Stellungnahme diesen Fall gelöst<sup>18</sup>.

Eine derartige Lösung setzt voraus, dass es auch **negativen Zugewinn** geben kann. Der Gesetzgeber bestreitet dies vehement in seiner Begründung<sup>19</sup>. Im Gesetz selber ist dies jedoch nicht deutlich gemacht. Nach bisherigem Recht war es klar, dass kein negativer Zugewinnausgleich auftreten

<sup>16</sup> Ähnlich Dollinger, dgbZ 2009, 179

<sup>17</sup> Vgl. S. 8 der Stellungnahme

<sup>18</sup> Vgl. S. 8 der Stellungnahme

<sup>19</sup> Vgl. S. 30 der Begründung

konnte<sup>20</sup>. Anfangs- und Endvermögen waren immer minimal mit Null € anzusetzen. Wenn nun sowohl beim Anfangs- wie Endvermögen mit negativen Größen gerechnet werden kann, liegt es nicht fern, auch einen negativen Zugewinn zu konstruieren. Zwar ist nach der weiterhin geltenden gesetzlichen Regelung des § 1373 BGB Zugewinn „derjenige Betrag, um den das Endvermögen das Anfangsvermögen übersteigt“. Da jetzt aber sogar negative Größen einfließen können, kann ein „Übersteigen“ auch ein Übersteigen mit Verbindlichkeiten bedeuten. Der betreffende Ehepartner ist dann eben überschuldet. Gerade wenn im Vorfeld dieses Problem angeschnitten wurde -trotz Kenntnis der Gesetzesintention!-, hätte es nahe gelegen, in § 1373 BGB einen entsprechenden klarstellenden Hinweis aufzunehmen, wonach es negativen Zugewinn eben nicht geben soll. So bleibt eine Rechtsunsicherheit. Diese wird wahrscheinlich erst höchstrichterlich geklärt werden. Das in Fall 5) dargelegte Ergebnis würde jedenfalls die gesetzliche Systematik sprengen. Der Zugewinn ist eine Gütertrennung. Eine „Sippenhaft“ ist für Schulden des anderen Partners gerade nicht vorgesehen<sup>21</sup>. Das Ergebnis würde in wirtschaftlicher Hinsicht auf eine solche Mitverpflichtung des Ehepartners hinauslaufen.

#### **Zu 4) § 1379 BGB Auskunfts- und Belegpflicht**

a) Schon immer wurde bedauert, dass es im Zugewinnausgleich keine Belegpflicht gebe. Für eine Auskunft reichte aus, wenn der Pflichtige entsprechende Beträge angab. Um ihn letztendlich zu einer Vorlage zu zwingen, wurde vereinzelt die Ansicht vertreten, dass er auf jeden Fall die Versicherung an Eides statt abgeben müsse, sofern er der Auskunft Belege nicht beigelegt hatte<sup>22</sup>. Diese Ansicht war gerade wegen der fehlenden Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen fragwürdig<sup>23</sup>.

Ähnlich wie beim Unterhalt wird nunmehr auch beim Zugewinn eine Belegpflicht statuiert. Diese Belegpflicht bezieht sich nicht nur auf das End-, sondern auch auf das **Anfangsvermögen**. Dies ist nahe liegend: Die obigen Beispielfälle machen deutlich, dass sich ein negatives Anfangsvermögen sowohl **zugewinnmindernd** wie **-erhöhend** auf die Berechnung auswirken kann. An dieser Stelle wird aber gerade die grundsätzliche Problematik, die das negative End- und Anfangsvermögen für die Praxis mit sich bringen werden, deutlich:

In der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle wurde die Berechnung des Zugewinnausgleichs dadurch erleichtert, dass zumindest beim Anfangsvermögen die Untergrenze mit Null angesetzt wurde. Vielen Mandanten bereitet es bereits Schwierigkeiten, ein Bestandsverzeichnis zum Endvermögenszeitpunkt - also zeitnah- zu erstellen. Um wie viel komplizierter wird dies werden, wenn u.U. noch länger zurückliegende Zeiträume beauskunftet oder belegt werden müssen?! Allein die gesetzlichen

---

<sup>20</sup> Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 14

<sup>21</sup> Vgl. hierzu bereits Kogel, AnwBl. 2008, 558

<sup>22</sup> Vgl. OLG Bremen, MDR 2000, 1324

<sup>23</sup> Vgl. Kogel, Strategien, Rdn. 217

Aufbewahrungsfristen reichen bezüglich der Konten nur 10 Jahre zurück. Aber selbst bei noch weiter zurückliegenden Zeitpunkten ist der Auskunftspflichtige nicht vor entsprechenden Anträgen gefeit. Falls der Berechtigte z.B. behauptet, der Pflichtige besitze noch Unterlagen, ist er gar nicht auf Auskünfte der Kreditinstitute angewiesen. Auch eine vereinfachende Rechtsgestaltung kann Rechtssicherheit mit sich bringen. Um eine Gerechtigkeitsperfektion für alle nur denkbaren Fälle zu erreichen, wird die bewährte Gesetzessystematik verlassen. Ob „unter dem Strich“ Rechtssuchenden hierdurch ein Gefallen getan wird, erscheint dem Verfasser mehr als zweifelhaft. Auf jeden Fall wird diese Regelung nunmehr dazu führen, dass noch viel stärker in der Auskunftsstufe über die Höhe entsprechender Beträge gestritten wird. Konnte man bislang bei negativen Beträgen die entsprechenden Zeitpunkte der Vermögensbilanz (jeweiliges End- und Anfangsvermögen sowie das Gleiche für den Gegner) „abhaken“, wird in Zukunft jede Position bis zuletzt umstritten sein.

b) Völlig ungeklärt ist hierbei auch noch folgendes Problem, worauf der Verfasser bereits an anderer Stelle hingewiesen hat<sup>24</sup>. § 1377 BGB ist unverändert bestehen geblieben. Hiernach wird im Zweifel das Anfangsvermögen mit Null angesetzt. In dem obigen Beispielfall 2) kann negatives Anfangsvermögen, welches in der Ehe abgebaut wurde, jedoch auch anspruchsmindernd herangezogen werden. Der Ausgleichspflichtige wird daher Wert darauf legen, derartiges Anfangsvermögen nachzuweisen, um seine Verpflichtung zu minimieren. Der Ausgleichsberechtigte hat ein Interesse daran, dies gerade **nicht** darzulegen. Ist im Beispielfall 2) sein Anfangsvermögen mit Null anzusetzen, hat er einen höheren Ausgleichsanspruch. Im Zweifel wird er daher bei einem entsprechenden Auskunftsverlangen „mauern“. Er wird sich zumindest nicht erinnern können -oder wollen. Wie soll dieses Problem gelöst werden? Soll etwa in Zukunft zu Lasten desjenigen, der sein Anfangsvermögen mit Null nicht nachweisen kann, ein behauptetes negatives Anfangsvermögen unterstellt werden?<sup>25</sup>

Ob sich die Konstruktion des negativen Anfangs- und Endvermögens in der Praxis bewähren wird, bleibt abzuwarten. Schon häufig bedeutete „gut gemeint“ das Gegenteil von gut.

c) Diese Bewertung gilt gleichermaßen für die erst durch den Rechtsausschuss völlig überraschend eingebrachte Auskunftsverpflichtung über das **Vermögen zum Trennungszeitpunkt**. Jeder Ehegatte kann dies ab 1.9.2009 verlangen, wobei das Recht bereits mit der **Trennung** selber geltend gemacht werden kann (§ 1379 Abs. 2 BGB). Hat sich bis zum Stichtag der Rechtshängigkeit das Vermögen vermindert, wird vermutet, dass die Minderung durch eine illoyale Handlung verursacht wurde<sup>26</sup>. Auf diese Weise soll offenbar den vermuteten, latent vorhandenen Absichten, in der Trennungsphase die eigene Vermögensbilanz zu „schönen“, entgegengewirkt werden.

---

<sup>24</sup> Vgl. Kogel, FF 2008, 186

<sup>25</sup> In diese Richtung Krause ZEF 2009; a.A. Hoppenz FamRZ 2008, 1889

<sup>26</sup> § 1375 Abs. 2 BGB

Diese gesetzliche Regelung muss als gänzlich missglückt angesehen werden. Sie wird in der Praxis zu kaum noch lösbaren Problemen führen. Beispielhaft sei jetzt schon genannt:

- Vielfach lässt sich ein Trennungszeitpunkt gar nicht genau ermitteln. Dies gilt vor allem, wenn die Eheleute bereits länger getrennt leben. Ein Stichtag wie bei der Heirat, der Zuwendung im Todesfall oder der Rechtshängigkeit ist oftmals selbst aufgrund einer Beweisaufnahme nicht mehr zu eruieren. Bei Vermögenswerten mit Schwankungen (z.B. Aktien) kommt es aber gerade auf einen genauen Zeitpunkt an. Man denke hierbei an die Kursdifferenzen vor und nach dem 11. September 2001.
- 6 (!) Vermögenszeitpunkte müssen in Zukunft ermittelt werden (bei **jedem** Ehegatten Vermögen zum Anfang, zur Trennungszeit bzw. Rechtshängigkeit.). Da neben einem Anspruch auf Auskunft (§ 1379 Abs. 1 S. 1 BGB) auch noch ein selbstständiger Anspruch auf Wertermittlung bestehen kann (§ 1379 Abs. 1 S. 2 BGB) sind theoretisch 12 (!) Auskunftsansprüche gegeben.
- Bei länger zurückliegender Trennung werden Belege u.U. gar nicht mehr beschafft werden können.
- Wie sieht die Situation aus, wenn sich die Eheleute wieder versöhnt haben und das Verfahren ruht?
- Die Beweislastumkehr bei Verringerung des Vermögens bürdet dem Ehegatten vor allem bei längerer Trennung ein kaum zu lösendes Problem auf. Gerade bei doppelter Haushaltsführung sind die Ressourcen knapper. In aller Regel wird für den Betroffenen daher der maßgebliche Vermögenswert derjenige sein, der zur Zeit der Trennung bestand. Der Nachweis, bis zur Rechtshängigkeit nicht unlauter gehandelt zu haben, wird er in der Regel nicht führen können.
- Die Beweislastumkehr in § 1375 Abs. 2 BGB steht im Widerspruch zur Beweislastregelung bei § 1378 Abs. 2 BGB. Dort muss der **Berechtigte** nachweisen, dass eine Handlung in illoyaler Absicht bestand, um der Einrede des Wegfalls von Vermögen zu begegnen. Weswegen soll eine Umkehr der Beweislast nur für die Zeit zwischen Trennung und Rechtshängigkeit gelten? Oder haben Theoretiker diese Diskrepanz vielleicht übersehen?

- Die Abgrenzung zwischen der Unterrichtung (§ 1385 Zif. 4 BGB) und der Auskunft ist sowohl in den rechtlichen Voraussetzungen als auch in den Folgen gänzlich unklar. Hat derjenige, der Auskunft verlangt, damit das Rechtsschutzbedürfnis für einen bloßen Unterrichtungsanspruch aufgegeben? Dies ist wohl zu bejahen, da der Anspruch nach §1379 BGB der umfassendere ist. Umgekehrt dürfte dies hingegen wohl zu verneinen sein, da dann ein Mehr verlangt wird. Die mangelnde Unterrichtung kann den vorzeitigen Zugewinnausgleich auslösen. Bei der mangelnden Auskunftserteilung sieht das Gesetz diese Rechtsfolge gerade nicht vor. Die Konsequenz ist, dass derjenige, der sofort die Auskunft verlangt, sich den Weg des § 1385 Zif. 4 BGB juristisch verbaut, jedenfalls aber erschwert. Der sicherere Weg dürfte es sein, erst die Unterrichtung zu verlangen, um dann ggf. den Anspruch auf die Auskunft auszuweiten.
  
- Da im Zweifel bei einer Vermögensminderung von einem unlauteren Verhalten auszugehen ist, kann –und muss!- der andere Ehegatte daran denken, umgehend einen vorzeitigen Zugewinnausgleich in die Wege zu leiten (vgl. §§ 1385 Zif. 2 BGB n.F.) Solche Verfahren werden explosionsartig steigen, ein Effekt, der wohl kaum beachtet wurde. Aus Sicht der Anwaltschaft wird dieser Gesichtspunkt eher nicht bedauert werden, sicherlich aber aus Sicht der Staatskasse, zumal sie viele derartiger Prozesse mit PKH-Gebühren wird finanzieren müssen.

Wenn es die Absicht war, Manipulationen zwischen dem Zeitpunkt der Trennung und Rechtshängigkeit zu verhindern, wäre es sinnvoller gewesen, sofort mit der **Trennung** eine Klage auf Zugewinn zuzulassen.<sup>27</sup>

## 5.) §§ 1385, 1386 BGB: Der vorzeitige Zugewinnausgleich und Arrest

a) Die bisherige Regelung, wonach ein vorzeitiger Zugewinnausgleich in fünf Fällen eingreifen konnte, ist im Grundsatz übernommen worden. Sie wurde nur im neuen § 1385 BGB in vier Untergruppen aufgeteilt.

- 3jährige Trennung (Ziff.1): Vordergründig greift diese Vorschrift nur bei Ehen von langer Dauer ein, bei denen die Parteien sich nicht scheiden lassen wollen. Die Regelung gilt jedoch auch dann, wenn die Partei bereits drei Jahre getrennt leben, das Scheidungsverfahren aber

<sup>27</sup> So hatten z.B. Völlings/Fülbier FuR 2003, 9, 13 de lege ferenda folgendes vorgeschlagen: Stichtag sollte der Zeitpunkt sein, in dem das Zerwürfnis der Eheleute offenkundig geworden sei. Ab dann sollte die Möglichkeit eines prozessualen Antrages geschaffen werden, der von jedem Beteiligten an das Familiengericht formuliert werden könne.

noch nicht abgeschlossen ist. Selbst wenn im Verbund ein Zugewinnausgleichsantrag anhängig gemacht wurde, fehlt einer Klage vor vorzeitigen Zugewinnausgleich nicht etwa das Rechtsschutzbedürfnis<sup>28</sup>. Alleine schon wegen der Verzinsung ab Rechtskraft des Gestaltungsurteils (§ 1388) sind derartige Klagen sinnvoll. Im Übrigen kann nur hierdurch wirksam der Einrede des § 1378 II BGB begegnet werden.

- Möglicher Verstoß gegen § 1365 BGB bzw. § 1375 BGB (Ziff.2): Die wesentliche Änderung gegenüber der bisherigen Regelung liegt darin, dass die bloße Möglichkeit eines Verstoßes ausreichend ist. Bisher musste tatsächlich ein Verstoß vorliegen. In der Gesetzesbegründung<sup>29</sup> wird folgender Beispielsfall erwähnt:

Die Ehegatten haben während ihrer Ehe in einfachen Vermögensverhältnissen gelebt. Unmittelbar nach der Trennung bucht der Ehemann für sich und seine Freundin eine Luxuskreuzfahrt. Die ausgleichsberechtigte Ehefrau befürchtet nun, dass mit der Bezahlung dieser Kreuzfahrt das ersparte kleine Vermögen des Ehemannes aufgebraucht wird.

Außerdem sollte man aus anwaltlicher Sicht die Beweislastregelung des § 1375 Abs. 2 BGB n.F. Ausnutzen. Wenn bei einem Vermögensschwund zwischen Trennung und Scheidung eine illoyale Verhaltensweise vermutet wird, sollte schon wegen der früheren Verzinsung von dem vorzeitigen Zugewinn Gebrauch gemacht werden.

- Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtung über längere Zeit (Ziff.3): Dieser Fall trifft vor allen Dingen auf notorische Unterhalts/nicht-Zahler zu. Bis zur Rechtshängigkeit angefallene Unterhaltsrückstände sind nämlich ansonsten bei einem Zuwarten nach der bisherigen Rechtsprechung auf der einen Seite Passiva, auf der anderen Seite Aktiva<sup>30</sup>. Damit wird oftmals der Unterhalt über den Zugewinnausgleich neutralisiert.
- Beharrliche Weigerung über die Unterrichtung zum Vermögen bei Unkenntnis über den Vermögensstand (Ziff.4): Klargestellt wird in der Gesetzesfassung nunmehr, dass selbst dann, wenn im Nachhinein der andere Partner die Unterrichtung vornimmt, dies nicht etwa zu einer Erledigung des vorzeitigen Zugewinnausgleichs führt. Dies war allerdings auch bisher in der Rechtsprechung so angenommen worden. Es wurde als „güterstandsspezifische Sanktion“ für ein vermutetes illoyales Verhalten bewertet<sup>31</sup>.

b) Bisherigem Recht entsprach es, dass ein vorzeitiger Zugewinnausgleich nur durch eine Gestaltungsklage erreichbar war<sup>32</sup>. Nach einem Gestaltungsurteil konnte eine normale Stufenklage eingereicht werden<sup>33</sup>. Der Gesetzgeber eröffnet nunmehr dem

<sup>28</sup> Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2004, S. 466

<sup>29</sup> Vgl. S. 38 der Begründung

<sup>30</sup> Vgl. OLG Hamm FamRZ 1992, S. 679; OLG Celle FamRZ 1991 S. 944; ebenso in den Urteilsbegründungen BGH FamRZ 2003, S. 1544; strittig a.A. z.B. Schmitz FPR 2007, S. 197

<sup>31</sup> Vgl. AG Villingen-Schwenningen, FamRZ 2004, S. 1788

<sup>32</sup> Zur Verfahrensweise vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 517; Kogel, Strategien, Rdn. 163 ff.

<sup>33</sup> Zur Verfahrensweise vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 517; Kogel, Strategie, Rdn. 163 ff.

Ausgleichsberechtigten die Möglichkeit, sofort auf Zahlung zu klagen.

- Wahlweise kann neben der Zahlungsklage auch eine Gestaltungsklage eingereicht werden. Damit hat sogar der Ausgleichspflichtige in allen Fällen des § 1385 BGB in entsprechender Anwendung die Möglichkeit, einen vorzeitigen Zugewinnausgleich durchzusetzen. Nach bisherigem Recht war es umstritten, ob z.B. in dem Fall der Vermögensverschwendung durch den grundsätzlich Ausgleichsberechtigten der Pflichtige überhaupt einen entsprechenden Anspruch hatte<sup>34</sup>. Nach der verneinenden Ansicht konnte der Berechtigte durch eine Verringerung seines Vermögens damit sogar den Zugewinnausgleichsanspruch erhöhen<sup>35</sup>. Vielfach wird es allerdings ein Problem sein, **wer** nun gegenüber **wem** ausgleichspflichtig ist. Gerade in Fällen, bei denen schwierige Vermögensbewertungen anzustellen sind (Gesellschaftsbeteiligungen, Grundstücke mit entsprechenden Belastungen, Unklarheiten über das beiderseitige Anfangsvermögen etc.), wird der Berechtigte im Zweifel den sichersten Weg dadurch gehen, dass er nicht die Zahlungs-, sondern die Gestaltungsklage einreicht. Ist er nämlich wider Erwarten ausgleichspflichtig, wird seine Klage abgewiesen. In diesem Fall wäre noch nicht einmal durch Gestaltungsurteil der Zeitpunkt festgeschrieben worden, zu dem der vorzeitige Ausgleich statt finden soll.

c) § 1389 BGB ist ersatzlos gestrichen worden. Diese Norm war eine der wesentlichen Argumente der bisherigen Mindermeinung<sup>36</sup>, Arrestverfahren seien in den Fällen des vorzeitigen Zugewinnausgleichs nicht möglich (angebliche *lex specialis*). Nach der Gesetzesbegründung<sup>37</sup> ist der Arrest nunmehr im Hinblick auf den Zahlungsanspruch (ohne weiteres) durchsetzbar.

d) Sowohl die Ausweitung des vorzeitigen Zugewinnausgleichs auf bloße Vermögens**gefährdungen** als auch die Möglichkeit eines Arrest werden dazu führen, dass ein Rechtsvertreter viel eher einschreiten kann -und muss! Dies gilt vor allem auch wegen der Vermutung des § 1375 Abs. 2 BGB bei Verlusten zwischen Trennung und Scheidungsantrag. Falls die Befürchtung besteht, dass der Zugewinnausgleichsschuldner seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachkommen wird, ist ein beherztes Zugreifen notwendig. Dabei kann auch schon auf die bisherige Rechtsprechung<sup>38</sup> zurückgegriffen werden, welche für den Arrest**anspruch** die **überwiegende Wahrscheinlichkeit** der Durchsetzbarkeit als notwendig und ausreichend ansah. Im Eilverfahren muss demnach nicht der Vollbeweis geführt werden. Es reicht aus, dass mehr für als gegen die Forderung spricht<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Vgl. die Nachw. b. Münchener Kommentar/Koch, 4. Aufl., §§ 1385, 1386, Rdn. 21 ff.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. Palandt/Brudermüller, 68. Aufl., § 1386, Rdn. 6

<sup>36</sup> Vgl. hierzu die Nachw. bei Ditzgen, NJW 1987, 1806 sowie die Rechtsprechungsübersicht bei Kogel, Strategien, Rdn. 697 ff.

<sup>37</sup> Vgl. S. 36 der Begründung

<sup>38</sup> Vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2009, 446

<sup>39</sup> Vgl. OLG Brandenburg aaO; BGH VersR 1986, 59

## 6.) § 1390 BGB: Vorgehen gegen Dritte

Diese Vorschrift führte schon nach bisherigem Recht ein bloßes Schattendasein. Mancher Zugewinnausgleichsberechtigte war im ebenso langen wie vergeblichen Kampf gegen den Ehepartner nicht mehr geneigt, weitere Bemühungen anzustellen, um gegen einen Dritten im Nachhinein noch Ansprüche zu verfolgen. Die Vorschrift wurde in der Praxis so gut wie nie umgesetzt. Ein ähnliches Schicksal wird § 1390 BGB in seiner jetzigen Fassung ereilen<sup>40</sup>. Anwendbar ist die Norm nur bei einer unentgeltlichen Verfügung zugunsten eines Dritten. Der Anspruch ist als Bereicherungsanspruch ausgestaltet. Zweifelhaft ist schon, weswegen der Bereicherungsanspruch mit dem Zugewinnausgleichsanspruch gegen den anderen Ehepartner ein Gesamtschuldverhältnis bilden soll. In der Regel werden Manipulationen mit der Lebensabschnittsgefährtin/-gefährten vorgenommen. Diese Fälle hat die Rechtsprechung bislang bereits dadurch „eleganter“ zu lösen vermocht, indem die Vorschrift des § 826 BGB eingesetzt wurde<sup>41</sup>. Auch in Zukunft wird dies der Weg der ersten Wahl sein.

## III. Fazit

In Teilbereichen ist die Reform gelungen. Im Bereich des negativen End- und Anfangsvermögens und der Auskunftspflichtung zum Trennungszeitpunkt bleibt zu hoffen, dass die Praxis den Geist wieder in die Flasche hineinbekommt, der mit diesen Instrumentarien eröffnet wurde. Der Hang des Deutschen Gesetzgebers, die perfekte Gerechtigkeit in jedem theoretischen Einzelfall zu erreichen, droht die praktikable Beurteilung der ganz überwiegenden Fälle zu unterminieren.

Nun denn: fiat iustitia -pereat mundus!

---

<sup>40</sup> So auch Hoppenz FamRZ 2008, 1893

<sup>41</sup> Vgl. OLG Schleswig, FamRZ 1995, 735