



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 FamRB 2009, 280 ff.

Die Güterrechtsnovelle -Zugewinn quo vadis?

*Zusammen mit dem FamFG und dem VStRefG tritt mit dem 01.09.2009 die Güterrechtsnovelle in Kraft. In dem Beitrag FamRB 2009, **Heft 6** hat sich der Verfasser mit strategischen Überlegungen auseinandergesetzt, die bis zum Eintritt der Güterrechtsreform zu beachten sind. Mit dem vorliegenden Aufsatz werden die grundlegenden Änderungen des Zugewinnausgleichs dargestellt.*

A.

Einleitung

Durch das BMJ wurde Ende des Jahres 2007 der Entwurf für eine Güterrechtsnovelle vorgestellt. Hierbei wurden insbesondere Anregungen aus verschiedenen deutschen Familiengerichtstagen¹ übernommen. Immer wieder war die Einführung eines negativen End- und Anfangsvermögens gefordert worden, um gerechtere Ergebnisse zu erreichen. Außerdem erwies sich in letzter Zeit die Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB als größtes Ärgernis in der Praxis. Verstärkt wurde diese Vorschrift eingesetzt, um bestehende Zugewinnausgleichsansprüche doch noch zu unterlaufen². Schließlich sollte wohl auch der Streit um die Sicherungsfähigkeit zukünftiger Zugewinnausgleichsansprüche geklärt werden. Bis zuletzt war die Frage umstritten, ob solche Ansprüche durch eine einstweilige Verfügung oder einen Arrest vollstreckungsfest gemacht werden konnten³. Der Entwurf „dümpelte“ 1 ½ Jahre vor sich hin. Praktisch in letzter Sekunde wurde das Gesetz verabschiedet. Völlig unbeachtet blieb in der Hektik der letzten Wochen, dass im Gegensatz zu dem Ursprungsentwurf und dem überarbeiteten Entwurf aus dem Jahre 2008 wesentliche strukturelle Änderungen eingefügt worden sind. Noch nicht

1 Vgl. z.B. 5. DFGT, FamRZ 1981, 1201; 15. DFGT, FamRZ 2003, 1907.

2 Vgl. hierzu Kogel, FamRZ 2008, 1297, 1301.

3 Vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Rdn. 339.

einmal in der Pressemitteilung des BMJ werden diese Unterschiedlichkeiten verdeutlicht.⁴ Aufsätze, die sich auf den früheren Entwurf bezogen⁵, können daher nur bedingt übernommen werden. Dies gilt insbesondere, für die Neuregelung des § 1378 Abs. 2 BGB sowie die Auskunftspflichtung gem. § 1379 BGB.

B.

Einzelheiten

I.

Gesetzesvorschriften, die ersatzlos gestrichen wurden

1.) § 1370 BGB

Die antiquierte Vorschrift über die Ersatzbeschaffung wurde abgeschafft. In schnelllebigen Konsumzeiten erscheint es nicht mehr angebracht, die ursprüngliche Eigentumssituation bei neu angeschafften Haushaltsgegenständen zu perpetuieren. Hinzu kommt, dass aufgrund des rasanten technischen Fortschrittes alte und neue Haushaltsgegenstände nicht mehr vergleichbar sind.

Allerdings sieht die Gesetzesnovelle in den Übergangsvorschriften vor, dass die jetzige Regelung nur für solche Gegenstände Anwendung findet, die **nach** dem 01.09.2009 **angeschafft** werden (vgl. § 229 EGBGB, Art. 20, Abs. 1).

Bei Gegenständen, die **bis** zu diesem Zeitpunkt angeschafft wurden, kann und muss weiterhin auf die Rechtskonstruktion des Geschäfts „für den, den es angeht“ ausgewichen werden⁶. Dem Verkäufer ist es egal, an wen er veräußert. Solange er seinen Geldbetrag erhält, übereignet er an einen beliebigen Dritten. Auf Käuferseite wird man im Zweifel bei der Anschaffung von Haushaltsgegenständen davon ausgehen können, dass dieser von beiden Eheleuten erworben wird. Insbesondere gilt diese Vermutung, wenn beide Ehegatten finanzielle Beiträge zum Kauf geleistet haben⁷.

2.) § 1389 BGB

Die Vorschrift des § 1389 BGB ist ersatzlos abgeschafft worden. Wegen ihrer Schwerfälligkeit wurde sie in der Praxis ohnehin nie angewandt. Stattdessen wurde in der Rechtsprechung in den letzten Jahren immer mehr auf die Arrestvorschriften zurückgegriffen. Nur einige Oberlandesgerichte

4 Vgl hierzu FamRB 2009, 198.

5 Vgl. z.B. Weinreich FuR 2009, 199; Krause ZFE 2009, 5; Kogel, FF 2008, 185.

6 Vgl. BGH FamRZ 1991, 924, Urt. v. 13.3.1991- XII ZR 53/90.

7 Vgl. zu dieser Rechtskonstruktion Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, , Kap.4, Rdn. 138; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 2. Aufl., Rdn. 458.

verneinten die Zulässigkeit eines Arrestes während eines laufenden Ehescheidungsverfahrens oder eines Verfahrens auf vorzeitigen Zugewinnausgleich⁸. Nachdem der Gesetzgeber den vorzeitigen Zugewinnausgleich auch in Form einer Leistungsklage für durchsetzbar erklärt, kann es nach der Gesetzesbegründung keinem Zweifel mehr unterliegen, dass ein Arrest möglich ist⁹.

II.

Die Einführung von negativem End- und Anfangsvermögen

1.) Allgemeines

Die §§ 1374 Abs. 1 S. 2, 1375 Abs. 1 S. 2 BGB verboten nach früherer Rechtslage, negatives End- und Anfangsvermögen zu berücksichtigen. Eine Berechnung zum Zugewinnausgleich konnte abgebrochen werden, falls der Betrag von Null € unterschritten wurde. Auf deutschen Familiengerichtstagen¹⁰ war immer wieder die Ungerechtigkeit von Ergebnissen angeprangert worden, die dann entstehen, wenn ein Ehepartner in der Ehe seine Schulden abbaut und der andere Ehegatte positives Vermögen erwirbt. Außerdem wurde die Lösung in Fällen bemängelt, bei denen der finanziell verschuldete Ausgleichsberechtigte im Nachhinein privilegiertes Anfangsvermögen erwirbt.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Übergangsvorschrift des Art. 229, § 20 Abs. 2 EGBGB. Danach gilt: Verfahren über den Ausgleich **des Zugewinns -nicht zur Scheidung!**- die bei Inkrafttreten des Gesetzes anhängig waren, werden noch nach altem Recht entschieden. Verfahren, die erst nach dem 01.09.2009 zum **Zugewinn** anhängig gemacht wurden, sind hingegen nach neuem Recht auszuurteilen. Hierbei kommt es nicht darauf an, wer den Anspruch geltend gemacht hat. Selbst wenn der Ausgleichs**pflichtige** -und sei es auch nur aus taktischen Gründen- dies getan hat, um die Forderung zu minimieren, greift diese Regelung ein¹¹. Eine Übergangsregelung mit einer Befristung ähnlich wie bei § 48 Abs. 3 VASRefG, gibt es nicht. Die gespaltene Rechtslage wird daher die Gerichte noch jahrelang beschäftigen.

8 Vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 114, Urt. v. 18.6.1993- 3 UF 192/92 ; OLG Karlsruhe, FamRZ 1995, 822, Urt. v. 9.3.1994- 5 UF 187/93 ; OLG Hamburg, FamRZ 2003, 238, Urt. v. 9.10.2001- 2 UF 61/01 unter Aufgabe der früher gegenteiligen Rechtsprechung; OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 408, Beschl. v. 29.8.,2006 - 5 WF 173/06 einerseits und OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 410, Beschl. v. 17.7.2006- 18 WF 140/06 andererseits; vgl. insgesamt zum Streitstand Kogel, FamRB 2004, 131.

9 Vgl. S. 41 der Begründung.

10 Vgl. FN 1.

11 Vgl. hierzu Kogel, FamRB 2009, **Heft 6...**;

Beraterhinweis:

Wurde der Zugewinn noch nach altem Recht eingeklagt, sollte der Anspruchsteller in geeigneten Fällen überlegen, ob er nicht diesen Antrag zurücknimmt. Dies kann er tun, sofern hierüber noch nicht verhandelt wurde. Auf diese Weise kann er bei einer erneuten Geltendmachung der Forderung u.U. eine günstigere Ausgangssituation erreichen.

2.) Beispielfälle

Die Gesetzesnovelle lässt es nunmehr grundsätzlich zu, mit negativen Beträgen sowohl im Anfangs- als auch im Endvermögen zu rechnen. Verbindlichkeiten können über das Vermögen hinaus abgezogen werden. Die praktische Relevanz zeigt sich anhand folgender Beispielfälle:

1.) Beispielfall (Verrechnung von Schuldverbindlichkeiten mit privilegiertem Anfangsvermögen)

Herr Becker hatte zu Beginn der Ehe 20.000,00 € Schulden (Anfangsvermögen). Während der Ehe erbt er 20.000,00 €. Die Ehefrau hat kein Vermögen. Er verfügt abgesehen von den noch vorhandenen 20.000,00 € aus der Erbschaft über weiteres Vermögen von 30.000,00 €.

(1) Lösung nach altem Recht:

Da es negatives Anfangsvermögen nicht gibt, ist das Anfangsvermögen mit Null € zu bewerten. Eine Verrechnung des Anfangsvermögens mit privilegiertem Vermögen gem. § 1374 Abs. 2 BGB findet nach der Rechtsprechung des BGH nicht statt¹². Der Zugewinn beträgt damit 50.000,00 € – 20.000,00 € = 30.000,00 €. Die Ausgleichsverpflichtung beläuft sich auf 15.000,00 €.

(2) Lösung nach neuem Recht:

Da nunmehr eine Saldierung möglich ist, beträgt das Anfangsvermögen „unterm Strich“ Null €. Das Endvermögen beläuft sich auf 50.000,00 €. Die Zugewinnausgleichsverpflichtung beträgt damit 25.000,00 €. Die Ehefrau nimmt hierdurch an den Zuwächsen teil, welche durch die Entschuldung von Herrn Becker entstanden sind.

2.) Beispielfall (Erhöhung des Ausgleichsanspruches)

Herr Becker hatte zu Beginn der Ehe Schuldverbindlichkeiten in Höhe von 100.000,00 €. Zum Ende der Ehe hat er diese Schulden abgebaut und verfügt über ein Endvermögen von 100.000,00 €. Dasselbe positive Endvermögen besitzt seine Ehefrau. Deren Anfangsvermögen betrug Null €.

12 Vgl. FamRZ 1995, 990 ff. Urteil v. 3.5.1995- XII ZR 71/94.

(1) Lösung nach altem Recht:

Beide Eheleute verfügen über dasselbe Endvermögen. Das negative Anfangsvermögen bei Herrn Becker ist unbeachtlich. Ein Zugewinnausgleich ist wechselseitig nicht zu erbringen.

(2) Lösung nach der Gesetzesnovelle:

Wirtschaftlich gesehen hat Herr Becker seine Vermögenslage um insgesamt 200.000,00 € verbessert (100.000,00 € Schuldenabbau zuzüglich 100.000,00 € Vermögensgewinn). Dem steht auf Seiten von Frau Becker ein Zugewinn von 100.000,00 € gegenüber. Die Ausgleichsverpflichtung beträgt nunmehr $200.000,00 \text{ €} - 100.000,00 \text{ €} = 100.000,00 \text{ €}$, dies geteilt durch 2 = 50.000,00 €

3.) Beispielfall (Anspruchsminderung)

Herr Becker hatte ein Anfangsvermögen von -100.000,00 €. Es gelang ihm, diese Schulden bis auf -50.000,00 € abzubauen. Das Endvermögen von Frau Becker beträgt 100.000,00 €; ihr Anfangsvermögen ist Null €.

(1) Lösung nach altem Recht:

Das Negativvermögen bei Herrn Becker bleibt unbeachtet. Seine Ehefrau ist ihm gegenüber in Höhe von 100.000,00 € $\div 2 = 50.000,00 \text{ €}$ ausgleichsverpflichtet. Selbst über § 1381 BGB ist keine Änderung der Rechtslage erreichbar. Nach der sehr restriktiven Rechtsprechung des BGH¹³ setzt diese Norm ein **Verschulden** des Ausgleichsberechtigten voraus. Bloße unbillige Ergebnisse lassen sich auf diese Weise **nicht** korrigieren.

(2) Lösung nach der Gesetzesnovelle:

Die Vermögenssituation von Herrn Becker hat sich um 50.000,00 € verbessert (Abbau von Schulden). Dies ist sein Zugewinn. Der Zugewinn von Frau Becker beträgt 100.000,00 € Aus der Differenz (50.000,00 €) ist die Ausgleichsverpflichtung in Höhe von 25.000,00 € zu begleichen.

4.) Beispielfall (möglicher Totalverlust des positiven Vermögens)

Herr Becker hatte zu Beginn der Ehe 100.000,00 € Schuldverbindlichkeiten. Zum Ende der Ehe hat er diese abgebaut und ein Endvermögen von 100.000,00 € erzielt. Seine Ehefrau verfügt weder über Anfangs- noch Endvermögen. Bei Rechtskraft der Scheidung sind vorhanden
Alternative a) 100.000,00 €,

¹³ Vgl. z.B. BGH, FamRZ 1980, 768, 769, Urt. v 26.3.1980- IV ZR 193/78 ; FamRZ 1992, 787, Urt. v.18.3.1992 – XII ZR 262/90; Schröder, FamRZ 1997, 1 ff.; Jaeger, FPR 2005, 352

Alternative b) 90.000,00 €.

*Die Differenz zu den 100.000,00 € (= 10.000,00 €) beruht **nicht** auf einem illoyalem Vermögensverhalten des Ausgleichspflichtigen.*

(1) Lösung nach altem Recht:

Da das Anfangsvermögen „außen“ vor bleibt, ist lediglich das Endvermögen von 100.000,00 € zu teilen. Die Ausgleichsverpflichtung beträgt 50.000,00 €

(2) Ursprünglich geplante Gesetzesnovelle:

Ursprünglich vorgesehen war Folgendes:

Seitens des BMJ wurde immer wieder hervorgehoben, dass eine Vorverlegung des Stichtages¹⁴ beabsichtigt sei. In Wahrheit war diese Formulierung irreführend. Stichtag für die Zugewinnausgleichsberechnung war und bleibt § 1384 BGB (Zustellung des Scheidungsantrages). Lediglich über § 1378 Abs. 2 BGB konnte bei späterem Vermögensverlust noch auf eine Einwendung hin eine Abänderung erfolgen. Dies änderte aber nichts an der grundsätzlichen Berechnung zum Stichtag. Als Korrelat zur angeblichen Vorverlegung des Stichtages sollte § 1378 Abs. 2 BGB neu gefasst werden. Dem Zugewinnausgleichsverpflichteten sollte immer noch die Hälfte des Betrages verbleiben, der zum Stichtag (Rechtshängigkeit) als positives Vermögen vorhanden war. Mit anderen Worten: Auf jeden Fall verblieb dem ausgleichspflichtigen Ehepartner die Hälfte des positiven Vermögens. Ausgenommen war hiervon nur der Fall der illoyalen Handlung. Im Fall der Arglist sei der Ehegatte nicht schutzwürdig.

Wegen der Begrenzung durch § 1378 Abs. 2 BGB wäre daher die Haftung in obigem Beispielfall auf 50.000,00 € begrenzt worden.

Diese gesetzgeberische Absicht hatte u.a. der Bundesrat¹⁵ in seiner Stellungnahme missbilligt. Er hatte darauf hingewiesen, dass das hälftige Ausgleichsprinzip „konterkariert“ werde, falls in derartigen Fällen eine Begrenzung auf den hälftigen positiven Vermögenswert vorgenommen werde. Bei einer solchen Lösung sei eben gerade nicht die hälftige Aufteilung des Vermögenszuwachses gewährleistet.

In diesem Punkt ist gegenüber dem ursprünglich geplanten Gesetzesentwurf eine einschneidende Änderung eingetreten. Alle früheren Stellungnahmen zu dem Gesetzesentwurf haben sich bei der Lösung des Falles überholt.

14 Vgl. S. 20 der Begründung.

15 Vgl. S. 5/6 der Stellungnahme.

(3) Tatsächliche Rechtslage ab 01.09.2009

In den Beratungen des Rechtsausschusses ist die ursprüngliche Version des Gesetzes „gekippt“, ohne dass dies publik gemacht worden wäre. Sogar in der Pressemitteilung des BMJ wird auf diese grundlegende Differenz nicht hingewiesen. Das in den Medien wirksam vorgetragene Konzept der „Vorverlegung des Stichtages“ ist sang- und klanglos „begraben“ worden. § 1378 Abs. 2 BGB wurde beibehalten. Mit Ausnahme des Falles der illoyalen Vermögensverfügung muss der Pflichtige sein gesamtes Vermögen einsetzen, um die Zugewinnausgleichsforderung zu erfüllen. Nur Kredite muss er nicht aufnehmen. Nach der endgültigen Gesetzesfassung lautet die Lösung daher grundsätzlich wie folgt:

Vermögensmehrung bei Herrn Becker 200.000,00 € Hiervon ist die Hälfte 100.000,00 € auszugleichen. Das Vermögen wird damit gänzlich aufgebraucht. Schulden sind allerdings nicht mehr aufzunehmen.

In der Alternative a) sind daher die vollen 100.000,00 € auszukehren.

In der Alternative b) sind hingegen nur 90.000,00 € zu zahlen. Einen Kredit muss der Ausgleichspflichtige nicht aufnehmen. Anders wäre dies nur im Fall der Arglist.

Beraterhinweis:

In Zukunft kann sich negatives Anfangs- wie Endvermögen ebenso anspruchserhöhend wie –mindernd auswirken. Dies kann sogar zu einem Totalverlust des positiven Endvermögens führen. Allerdings wird eine Kreditaufnahme wegen § 1378 Abs. 2 BGB nicht verlangt, es sei denn, ein Fall der Arglist liege vor.

4) Nochmals die Übergangsregelung:

Rakete-Dombek¹⁶ vertritt die Auffassung, dass in ein und demselben Verfahren ein Zugewinn nach neuem sowie altem Recht in beide Richtungen gehen könne. Hierzu bildet sich folgenden

Beispielfall:

Der Ehemann hat am Anfang der Ehe Schulden von 50.000,00 €, die er im Laufe der Ehe tilgt. Darüber hinaus gelingt es ihm, weitere 50.000,00 € anzusparen. Die Ehefrau verfügt zum Ende der Ehe über 80.000,00 €. Ihr Anfangsvermögen ist mit 0 € anzusetzen.

(1) Altes Recht

Nach altem Recht wäre beim Ehemann ein Zugewinn von 50.000,00 € entstanden, bei der Ehefrau ein solcher von 80.000,00 €. Sie schuldet ihm also 15.000,00 €

16 FPR 2009, 270

(2) Neues Recht

Nach neuem Recht beträgt der Zugewinn des Ehemannes $-50.000,00 \text{ €} + 50.000,00 \text{ €} = 100.000,00 \text{ €}$
Er müsste wegen der Differenz ($100.000 \text{ €} - 80.000 \text{ €}$) an seine Ehefrau $20.000,00 \text{ €} : 2 = 10.000,00 \text{ €}$
zahlen. **Fazit:** Nach altem Recht ist **er**, nach neuem **sie** ausgleichsberechtigt.

Der Ehemann hat seinen Zugewinnausgleichsanspruch vor dem 01.09.2009 im Verbund geltend gemacht. Nunmehr macht die Ehefrau **nach** Inkrafttreten des neuen Gesetzes eine isolierte Zugewinnausgleichsklage in Höhe von $10.000,00 \text{ €}$ geltend. Rakete-Dombek meint nun, dass es zwei Verfahren mit unterschiedlichen Ergebnissen geben könne. Eine Verbindung der beiden Verfahren sei unzulässig. Auch eine Widerklage der Ehefrau im Altverfahren sei nicht möglich, da für dieses Verfahren das alte Recht gelte. „Wohl oder übel“ müssten beide Ansprüche gesondert geltend und durchaus widersprüchlich entschieden werden.

Diese Auffassung erscheint nicht haltbar. Beim Zugewinnausgleich handelt es sich um einen einheitlichen Anspruch. Bezogen auf den Stichtag wird eine Gesamtsaldierung des Vermögens vorgenommen. Es kann nur einheitlich festgestellt werden, ob und in welcher Höhe der Anspruch besteht. Nur wenn die Gefahr widersprechender Entscheidungen aus sonstigen Gründen ausgeschlossen ist, kommt z.B. auch ein Teilurteil in Betracht¹⁷. Da es sich um einen einheitlichen Anspruch handelt, muss dann neben der ausnahmsweisen zulässigen Teilentscheidung zugleich über den Grund gem. §§ 301 Abs. 1, 304 ZPO analog entschieden werden¹⁸. Der Ehemann hätte neben der Klage auf Zahlung z.B. keine negative Feststellungsklage, dass seiner Ehefrau kein Zugewinnausgleichsanspruch zusteht, geltend machen können. Einem solchen Zusatzantrag würde das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Dies macht deutlich, dass der gesamte Zugewinnausgleichsanspruch bereits im Sinne der Übergangsregelung anhängig ist. Die separate Klage der Ehefrau muss daher mit dem Ausgangsverfahren verbunden werden. Insgesamt gilt für dieses Verfahren altes Recht. Die Ehefrau kann nicht über den Umweg eines separaten Prozesses die Vorteile des neuen Rechts in Anspruch nehmen. Sicherlich wird diese Fallkonstellation die Gerichte noch beschäftigen.

17 vgl. BGH, MDR 1989, 895, Urt. v. 26.04.1989 -IV b ZR 48/88-

18 vgl. Götsche, MDR 2005, 1090

III.

Änderung des § 1378 Abs. 2 BGB

Wie schon oben dargelegt¹⁹ ist von dem ursprünglichen Gesetzesentwurf insoweit **nichts übrig geblieben**. Das Konzept, den Stichtag endgültig „vorzuverlegen“, dafür aber jedenfalls dem Ausgleichspflichtigen den hälftigen Vermögenswert zu belassen, ist gerade **nicht** Gesetz geworden. Auch in Zukunft kann der Pflichtige daher nach wie vor den Zugewinnausgleich noch dadurch zu Fall bringen, dass bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils das Vermögen minimiert wird. Nur in Fällen der illoyalen Verhaltensweise gilt dies nicht mehr. Dies ist die (einzige) entscheidende Verbesserung gegenüber der bisherigen Rechtslage.

Beispielfall:

Herr Becker verfügt zum Stichtag über ein Vermögen von 50.000,00 €. Anfangsvermögen hat er ebenso wenig wie seine Ehefrau. Letztere verfügte auch über kein Endvermögen. Bis zur Rechtskraft der Scheidung verschlechtert sich die Vermögenssituation bei Herrn Becker bis auf Null €. Die Gründe sind:

Alternative a): Er hat vergeblich versucht, seine Firma zu sanieren.

Alternative b): Er hat den Vermögenswert an seine Freundin weitergeleitet, die den Betrag sofort ausgegeben hat (Fall des § 1375 BGB).

(1) Bisheriges Recht:

Nach der bislang herrschenden Meinung²⁰ schied ein Zugewinnausgleichsanspruch in beiden Fällen aus. Sofern bei Rechtskraft kein Vermögen vorhanden sei, greife § 1378 Abs. 2 BGB ein. Dies ergebe sich unabhängig davon, auf welchen Motiven die Weggabe beruhe. Einer Beweisaufnahme zu diesem Punkt bedurfte es damit nicht (mehr). Dabei berief sich diese Literaturansicht immer wieder auf eine Entscheidung des BGH²¹. Hierbei wurde übersehen, dass der BGH in diesem Urteil die Frage zur Arglist offen gelassen hat²². Höchststrichterlich war diese Rechtsfrage also gerade **nicht** geklärt. Die Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB wurde damit zum größten Ärgernis im Rahmen der Zugewinnausgleichsberechnung. Treffend meinte Schwab²³ einmal:

19 Vgl. S.

20 Vgl. hierzu die Übersicht bei Kogel, FamRB 2000, 324 ff.; Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap. 1, Rdn. 332 ff.

21 NJW 1988, 2369, Urt. v. 18.5.1988- IV b ZR 6/88.

22 Wörtlich: „Für eine solche Fallgestaltung bietet der vorliegende Sachverhalt keinen Anhalt“.

23 Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., FN 62, VII, RZ 180.

„Zynisch könnte man sagen: Solange der künftig Ausgleichsberechtigte nur eine bloße Aussicht auf einen Ausgleichsanspruch hat, die nach § 1378 Abs. 2 BGB beliebig vereitelt werden kann, ist es das Recht des voraussichtlich Ausgleichspflichtigen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen.“
Es gab daher immer wieder Versuche, das Ergebnis der herrschenden Meinung zu korrigieren²⁴. Auch der Deutsche Familiengerichtstag hat mehrfach die Abänderung empfohlen²⁵.

(2) Neue Rechtslage:

Entgegen der ursprünglich beabsichtigten sogenannten Vorverlegung des Stichtages hat der Gesetzgeber § 1378 Abs. 2 BGB dahingehend modifiziert, dass der Schuldner sich in Fällen der illoyalen Verhaltensweise nicht auf einen Fortfall des Vermögens berufen kann. Entgegen § 1375 Abs. 2 BGB trägt allerdings nach wie vor derjenige, der Zugewinnausgleich geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine illoyale Verhaltensweise gegeben ist. U.U. kann dem Ausgleichsberechtigten allerdings mit einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast geholfen werden²⁶. Handelt es sich um erhebliche Vermögensverluste, so kann man mit den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins davon ausgehen, dass die Handlungsweise in unlauterer Absicht erfolgt ist. Dem Ausgleichsverpflichteten ist zumuten, durch nähere Angaben über die allein zu seinem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse diesen Anscheinsbeweis zu erschüttern. Erst wenn er dies tut, kann der Anspruchsberechtigte sich substantiiert unter Beweisantritt mit diesem Vorbringen auseinandersetzen und es widerlegen. Nunmehr obliegt ihm wieder die volle Darlegungs- und Beweislast²⁷.

Die Neufassung des § 1378 Abs. 2 BGB greift auch in **Altfällen**. Eine Überleitungsvorschrift gibt es insoweit **nicht**. Ob bei einem totalen Vermögensverlust allerdings ein Titel erfolgversprechend noch durchgesetzt werden kann, ist eine andere Frage. Selbst Sicherungsmaßnahmen, die vor Rechtskraft der Scheidung z.B. durch Arrest erreicht wurden, bieten wegen der Akzessorietät keine absolute Sicherheit²⁸.

24 Vgl. hierzu die Zusammenstellung bei Kogel, FamRZ 2008, 1297, 1304.

25 Vgl. 5. DFGT, FamRZ 1983, 1201; 14. DFGT, FamRZ 2002, 298; 15. DFGT, FamRZ 2003, 1907.

26 Vgl. hierzu Kogel, a.a.O., FamRZ 2008, 1297, 1300.

27 Zu den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast und der prozessualen Darlegungs- und Beweislast vgl. z.B. BGH, NJW 2001, 64, Urt. v. 20.10.2000- V ZR 285/99 ; BGHZ 140, 158, Urt. v. 7.12.1998 - II ZR 266/97; BGHZ 109, 139, 149, Urt. v. 25.10.1989 - VIII ZR 105/88.

28 Vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap. 1, Rdn. 339.

Beraterhinweis:

Auch in Zukunft bleibt es bei dem Rat, Scheidungsverfahren möglichst umgehend abzuschließen und nicht mit Folgesachen zu befrachten. Nur auf diese Weise kann der spätere Vermögensverlust gem. § 1378 Abs. 2 BGB sicher verhindert werden.

IV.**Vorzeitiger Zugewinnausgleich****(1) Bisherige Rechtslage:**

Nach bisheriger Rechtslage war ein vorzeitiger Zugewinnausgleich in 5 Fällen möglich:

- dreijährige Trennung (§ 1385 BGB)
- Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen über längere Zeit (§ 1386 Abs.1 BGB)
- Verstoß gegen § 1365 BGB (§ 1386 Abs. 2 S. 1 BGB)
- Verstoß gegen die in § 1375 BGB erwähnten Handlungen (§ 1386 Abs. 2 S. 2 BGB)
- Beharrliche Weigerung über die Unterrichtung zum Vermögen bei Unkenntnis über den Vermögensstand (§ 1386 Abs. 3 BGB)

Der Zugewinn konnte nur durch ein **Gestaltungsurteil** beendet werden. Der erste Klageantrag lautete dahingehend, den vorzeitigen Zugewinnausgleich anzuordnen. Sodann konnte im Wege der Stufenklage (Auskunft, eidesstattliche Versicherung, Zahlung) vorgegangen werden²⁹.

Völlig unverständlich hielten die Vorschriften in der Praxis einen „Dornröschenschlaf“. Rar waren auch flankierende Maßnahmen, wie einstweilige Verfügungen bzw. Arreste. Zusätzlich ergab sich hierbei das Problem, dass erst durch die jüngere Rechtsprechung derartige Verfahren überhaupt für zulässig erachtet wurden³⁰.

(2) Rechtslage nach der Gesetzesnovelle:

Der Gesetzgeber hat diese 5 Tatbestände übernommen und zusammenfassend in § 1385 BGB jetzt in 4 Ziffern aufgeteilt. Die Voraussetzungen für den Zugewinnausgleich sind im Wesentlichen gleich geblieben.

a) Klageart

Grundlegend geändert hat sich allerdings, dass der vorzeitige Zugewinnausgleich nicht nur durch eine Gestaltungsklage, sondern nunmehr für den Zugewinnausgleichsberechtigten auch durch eine **Leistungsklage** verfolgt werden kann. Der Pflichtige kann unmittelbar auf Zahlung im Rahmen der

29 Vgl. hierzu im Einzelnen Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn. 163.

30 Vgl. die Nachweise in FN 8.

Stufenklage in Anspruch genommen werden. Soweit bis zum 1.9.2009 Verfahren in Form einer Gestaltungsklage eingereicht wurden, können sie auf die Zahlungsanträge umgestellt werden. Eine derartige **Klageänderung** wäre sachdienlich.

Beraterhinweis

In manchen Fällen kann es problematisch sein, wer nun wem gegenüber zugewinnausgleichsberechtigt oder verpflichtet ist. Hierbei denke man nur an Fallgestaltungen, bei denen Anfangsvermögen auf der einen oder anderen Seite eine Rolle spielt. Auch bei beidseitigem Vermögen mit schwieriger Vermögensbewertung kann dieses Problem auftauchen. Aus dem Gesichtspunkt des sichersten Weges wird in diesen Fällen der Anspruchsteller den Weg des Gestaltungsurteils gehen. Ist er nämlich ausgleichsverpflichtet und nicht berechtigt, würde ansonsten eine Zahlungsklage ins Leere gehen und abgewiesen werden. Der vorzeitige Zugewinn würde gerade nicht angeordnet.

b) Erweiterung des vorzeitigen Zugewinnausgleichs auf den Verpflichteten

Ein wesentlicher Vorteil gegenüber der bisherigen Rechtslage ist schließlich die Tatsache, dass nicht nur der Zugewinnausgleichsberechtigte, sondern auch der Zugewinnausgleich**spflichtige** bei Vorliegen einer der Voraussetzungen des § 1385 BGB einen vorzeitigen Zugewinnausgleich geltend machen kann.

Beispielfall:

Der ausgleichspflichtige Ehemann merkt, dass die Ehefrau ihr bestehendes Vermögen von 50.000,00 € auf 40.000,00 €, 30.000,00 € etc.... „abschmelzt“.

Er muss nach neuer Rechtslage nicht erst abwarten, bis der Vermögensstand Null € ist. Damit würde sich seine Zugewinnausgleichsverpflichtung erhöhen. Auch er kann den Weg des Gestaltungsurteils gehen.

Nach bisheriger Rechtslage war dies jedenfalls für die Fälle der §§ 1365,1375 BGB durchaus umstritten³¹. Aus dem Nachsatz des bisherigen § 1386 Abs. 2 a.E. („eine erhebliche Gefährdung der künftigen Ausgleich**forderung** zu besorgen ist“), wurde geschlossen, dass nur dem Ausgleich**berechtigten** der Anspruch auf vorzeitigen Zugewinn zustehe.

31 Vgl. Palandt/Brudermüller, 68. Auflage §§ 1385, 1386 BGB, jew. Rdn. 6.

c) Einzelheiten zu den verschiedenen Tatbeständen

(1) Dreijährige Trennung

Oftmals wird übersehen, dass ein vorzeitiger Zugewinnausgleich bei dreijähriger Trennung auch dann geltend gemacht werden kann, wenn unseligerweise der Zugewinn als Folgesache verfolgt wird³². Selbst wenn ein entsprechendes Verfahren anhängig ist, muss an den vorzeitigen Zugewinnausgleich als selbstständige Klage gedacht werden. Einem solchen Verfahren fehlt insbesondere nicht das Rechtsschutzbedürfnis.³³ Nur hierdurch kann nämlich die Beschränkung des § 1378 Abs. 2 BGB erreicht werden. Auch „tickt“ bereits ab Rechtskraft des Gestaltungsurteils die Zinsuhr gem. § 1388 BGB. Gerade bei hohen Zugewinnausgleichsforderungen ist dies ein nicht zu unterschätzender Vorteil.

Beraterhinweis:

Der Trennungszeitpunkt ist nicht nur für den Scheidungsantrag, sondern auch für den vorzeitigen Zugewinnausgleich unbedingt zu notieren. Will der Anwalt sich nicht dem Vorwurf der Schlechtberatung (z.B. Zinsverlust) aussetzen, muss der Mandant zumindest auf die Möglichkeit einer vorzeitigen Zugewinnausgleichsklage hingewiesen werden.

(2) Vermögensgefährdung gem. §§ 1365, 1375 BGB

Die Anforderungen an den vorzeitigen Zugewinnausgleich wurden noch einmal erleichtert. War es bisher so, dass Handlungen gem. §§ 1365 bzw. 1375 BGB **erfolgt** sein mussten, reicht jetzt bereits die bloße **Befürchtung** aus. Es muss also nicht erst der „familienrechtliche Gau“ abgewartet werden. In der Gesetzesbegründung wird folgender Beispielsfall³⁴ erwähnt:

Der Ehemann hat sein Vermögen in Aktien und Festgeldkonten angelegt. Mit der Trennung beginnt er, die Aktien zu veräußern und die Festgeldkonten aufzulösen. Das Geld transferiert er auf sein Girokonto. Einen wirtschaftlichen Grund dafür gibt es nicht. Die Ehefrau befürchtet deshalb, der Ehemann habe diese Vermögenswerte nur jederzeit verfügbar gemacht, um sie leichter verschwinden zu lassen und dadurch sein Vermögen zum Nachteil seiner Ehefrau zu vermindern.

Solche Vermögenswerte pflegt man eben nicht bei intakter Beziehung anzulegen, um sie dann sofort bei Trennung und kränkelnder Ehe zu versilbern. Dies gilt vor allem auch für die Fälle der Auflösung einer Lebensversicherung.³⁵

32 Vgl. zu dieser Problematik Kogel, FamRB 2002, 243 ff.

33 Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 466, Beschluss v. 25.4.2003 – 16 WF 6/02.

34 Gesichtspunkte der Finanzkrise spielten bei diesem Beispielsfall damals noch keine Rolle.

35 Vgl. hierzu auch OLG Köln FamRZ 1999, 1071 Beschluss v. 21.12.98 – 27 WF 133/98 allerdings bezogen auf die ergänzende Auskunft zum Endvermögen gem. § 242 BGB.

Nicht nur eindeutige Äußerungen im Sinne des § 1375 BGB können die Befürchtung der Gefährdung rechtfertigen. Durch die Neueinfügung des § 1375 Abs. 2 BGB wird ja vermutet, dass Vermögensverluste zwischen Trennung und Scheidungsantrag auf eine illoyale Verhaltensweise zurückzuführen sind. Diese erst ganz zum Schluss eingeführte Beweislastregelung scheint in ihrer Tragweite noch gar nicht erkannt worden zu sein. Da damit kraft Gesetzes eine unredliche Verhaltensweise unterstellt wird, müsste konsequenterweise sofort ein vorzeitiger Zugewinnausgleich geltend gemacht werden. Explosionsartig werden Verfahren zum vorzeitigen Zugewinnausgleich ansteigen- ein Gesichtspunkt, der gerade bei PKH-Fällen vom Gesetzgeber wohl kaum bedacht worden sein dürfte.

Beraterhinweise:

Die Gesetzesnovelle hat nicht zuletzt auch wegen der bloßen Gefährdungstatbestände gem. §§ 1365, 1375 BGB und der Beweislastumkehr gem. § 1375 Abs. 2 BGB die Möglichkeiten eines Einschreitens stark erweitert. Bei geringsten Anlässen kann -und **muss!**- an den vorzeitigen Zugewinnausgleich gedacht werden. Ansonsten besteht insbesondere nach der Ergänzung zu § 1378 Abs. 2 BGB (kein Fortfall des Anspruchs bei Arglist) nicht mehr die Chance, einem Regressanspruch deswegen auszuweichen, weil am Schluss ohnehin kein Vermögen bei der Gegenseite vorhanden war und somit auch die Zugewinnausgleichsansprüche des eigenen Mandanten ins Leere gegangen wären.

(3) Die mangelnde Unterrichtung

Auch nach neuem Recht führt die beharrliche Weigerung über die Unterrichtung zur Konsequenz des vorzeitigen Zugewinnausgleichs. Der Gesetzgeber stellt klar, dass eine Unterrichtung, die erst nach Klageerhebung erfolgt (der Schuldner ist sich erst im Nachhinein der Konsequenzen seiner Nichthandlung bewusst geworden), das Verfahren keinesfalls erledigen kann. Auch schon nach bisheriger Rechtsauffassung war es aber so, dass die nachträgliche Unterrichtung nicht mehr das Fehlverhalten heilen konnte. Dies wurde als „güterstandsspezifische Sanktion“ bezeichnet³⁶.

(4) Nichterfüllung der wirtschaftlichen Pflichten

Bedauerlich ist, dass bei dieser Alternative nach wie vor ein Ehegatte über längere Zeit hinweg seinen wirtschaftlichen Verpflichtungen nicht **tatsächlich** nachgekommen sein muss. Der Begriff der längeren Zeit ist auslegungsbedürftig. Wer deutlich kundtut, dass er seine Pflichten nicht erfüllen will und wird, erscheint nicht schutzwürdig. Dies gilt vor allem bei der Zahlung von Unterhaltsansprüchen. Sofern

³⁶ Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap. 1, Rdn. 515; AG Fillingen - Schwenningen, FamRZ 2004, 1788 Urteil v. 23. 1. 2004 - 3 F 380/03.

der Zugewinnausgleichsschuldner auch **Unterhaltsschuldner** ist, sollte bei einer beharrlichen, offenkundigen und unberechtigten Verweigerung von Zahlungen der vorzeitige Zugewinnausgleich eingeklagt werden. Ansonsten droht nämlich die Gefahr, dass bis zur Rechtshängigkeit angefallene Unterhaltsrückstände auf der einer Seite Passiva und auf der anderen Seite Aktiva sind.³⁷ Sie neutralisieren sich nach der bisherigen Rechtsprechung über den Zugewinnausgleich³⁸

V.

Sicherungsmaßnahmen

Da es nunmehr gesetzlich auch eine Zahlungsklage auf vorzeitigem Zugewinn gibt, bedurfte es nicht mehr der umständlichen Regelung des § 1389 BGB. Der Streit, ob Arreste möglich sind oder nicht³⁹, hat sich erledigt. Unzweifelhaft kann in Zukunft nunmehr auch durch Arrest vorgegangen werden. Der Gesetzgeber hat mit der Novelle den „Einstieg“ in Sicherungsmaßnahmen erheblich erleichtert. Die in der Praxis zu beobachtende Zurückhaltung gegenüber derartigen Verfahren kann und muss weichen. Gleichzeitig mit dem vorzeitigen Zugewinnausgleich sollte immer an flankierende Maßnahmen gedacht werden. Ein Schuldner, der sich einmal illoyal verhält, wird mit jeder weiteren negativen Maßnahme die Befürchtung nähren, dass er den Zugewinnausgleich unterlaufen will und wird. Auch wenn ein Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht mehr besteht, sollte ein diesbezüglicher Schuldner immer sofort aufgefordert werden, eine Sicherheitsleistung zu erbringen. Tut er dies nicht, verstärkt er die Vermutung, dass er auch in Zukunft illoyal handeln will.⁴⁰

VI.

Änderung der Auskunfts- und Belegansprüche gem. §§ 1375 Abs. 2, 1379 BGB

(1) Bisherige Rechtslage

Nach bisherigem Recht waren die Kontrollrechte für den Zugewinnausgleichsberechtigten unvollständig ausgestaltet. Anders als beim Unterhalt gab es keine Belegpflicht. Nur im Rahmen eines Wertermittlungsanspruches konnten Unterlagen z.B. Gewinn- und Verlustrechnungen bzw. Bilanzen

37 Vgl. Vgl. OLG Hamm, FamRZ 1992, 679, Urt. v.10.10.1991 – 2 UF 5/90; OLG Celle, FamRZ 1991, 944, Urt. v.13.12.1990 – 12 UF 139/90; ebenso in den Urteilsgründen BGH, FamRZ 2003, 1544, Urt. v. 27.8.2003 – XII ZR 300/01; a.A. Schmitz, FPR 2007, 197.

38 Zu Ausnahmefällen, insbesondere bei fehlendem sonstigen Vermögen vgl. Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn. 413.

39 Vgl. hierzu FN 8.

40 Vgl. zur alten Rechtslage OLG Köln, FamRZ 1983, 709 ff., Urt. v. 6.1.1983 – 25 UF 194/82.

verlangt werden⁴¹. Ein Auskunftsanspruch existierte lediglich bezogen auf den Zeitpunkt des Stichtages der Rechtshängigkeit. Sofern ergänzende Wertermittlungsansprüche im Raume standen (diesen waren **zusätzlich** geltend zu machen⁴²), konnten theoretisch jeweils zwei Auskunftsansprüche auf beiden Seiten verlangt werden. Insgesamt standen damit bislang maximal 4 Pflichtauskünfte im Raum. Eine Auskunftsverpflichtung zum Anfangsvermögen bestand nicht. Es empfahl sich jedoch, aus Kostengründen den Gegner zu ersuchen, auch eine Auskunft zum Anfangsvermögen zu erteilen. Ergab sich nämlich im Nachhinein z.B. wegen verschwiegenen oder erst später vorgebrachten Anfangsvermögens, dass die Zugewinnausgleichsklage unbegründet war, konnte in sinngemäßer Umkehr des § 93 ZPO bzw. entsprechender Anwendung des § 93 d ZPO der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt werden. Die Kosten waren dann dem Beklagten aufzuerlegen⁴³.

(2) Neue Rechtslage

a) Belegpflicht

Nach neuem Recht ist entsprechend der bisherigen Unterhaltsregelung eine Belegpflicht eingeführt worden. Damit kann der Zugewinnausgleichsberechtigte -ähnlich wie beim Unterhalt- die Angaben überprüfen. Diese Regelung ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sie entspricht einer wiederholten Forderung des Deutschen Familiengerichtstages⁴⁴.

b) Erweiterung der Auskunftsspflichten

Ganz anders sieht dies bei den Auskunftsansprüchen aus. Gem. § 1379 BGB werden nunmehr Auskünfte zum **Anfangsvermögen**, zum **Trennungszeitpunkt** und zum **Stichtag der Rechtshängigkeit** geschuldet. Rechnet man die Wertermittlungsansprüche hinzu, welche ebenfalls für entsprechend anwendbar erklärt werden und berücksichtigt man, dass wechselseitig die Ansprüche geschuldet werden, bestehen nunmehr theoretisch **12 (!)** Auskunftsansprüche. Bei den laufenden Verfahren ist allerdings folgendes zu beachten: Auskünfte zum Anfangsvermögen werden geschuldet, **soweit** sie für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung sind. Dies bedeutet, dass bei Verfahren, in denen das Anfangsvermögen keine Rolle spielen kann (also „alte“ Verfahren vor dem 01.09.2009), eine Auskunftsverpflichtung nicht gegeben ist.

41 Vgl. die Nachweise bei Haußleiter / Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap. 1 Rdn. 481.

42 Vgl. BGH FamRZ 2003, 597 Beschluss v. 24.7.2002 - XII ZB 31/02

43 Vgl. zu dieser strategischen Maßnahmen Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn. 194.

44 Vgl. z.B. 14. DFGT (AK 5) FamRZ 2002, 296.

c) Kritikpunkte

Diese inflationäre Ausweitung der Auskunftspflichtung wird -insbesondere in schwierigen-Zugewinnausgleichsverfahren zu einem verfahrensrechtlichen juristischen Gau führen. Bezweckt war damit wohl, zugunsten des Ausgleichsberechtigten die Rechtsverfolgung zu verbessern. Diese Gerechtigkeitsperfektion wird aber bei konsequenter Ausnutzung der Auskunftsmöglichkeiten konterkariert werden. Bereits zeichnen sich folgende Problemkreise ab:

aa) Anfangsvermögen

(1) Belegbeschaffung

Erfahrungsgemäß bereitet es vielen Mandanten bereits Probleme, auf den relativ zeitnahen Stichtag der Rechtshängigkeit ein Vermögensverzeichnis mit Belegen zu erstellen. Dies gilt vor allen Dingen bei Gesellschaftsbeteiligungen, bei denen ein Vermögenswert zwischen einzelnen Bilanzstichtagen zu ermitteln ist. Um wie viel mehr wird sich dieses Problem steigern, wenn für ein Jahre zurück liegendes Anfangsvermögen eine entsprechende Auskunft erteilt werden soll? Teilweise werden im Hinblick auf die Aufbewahrungsfristen Belege nicht mehr vorhanden sein.⁴⁵ Ein bloßes diesbezügliches Bestreiten, Belege könnten nicht vorgelegt werden, wird vielfach von scheidungsunwilligen Ehepartnern nicht akzeptiert werden. Es wird Streit darüber ausbrechen, ob der Betreffende nicht doch noch Kontounterlagen, Bilanzen z.B. beim Steuerberater oder über das Finanzamt besorgen kann. Kurzum: Auskünfte zum Anfangsvermögen werden sich endlos hinziehen. Mahnendes Beispiel in diesem Zusammenhang ist eine jüngst ergangene Entscheidung des BGH⁴⁶, die sich alleine auf eine Auskunftserteilung betreffend das Endvermögen bezieht. Noch nicht einmal 10 Jahre nach Rechtskraft des Scheidungsurteils war eine brauchbare Auskunft zum Endvermögen erteilt worden!

(2) Beweislast

Beim Anfangsvermögen wird sich zusätzlich ein Beweislastproblem stellen, welches bislang offensichtlich unbeachtet geblieben ist. Negatives Anfangsvermögen, welches während der Ehe abgebaut wurde, kann sich ja zugewinnausgleichsmindernd auswirken, falls dies auf Seiten des Zugewinnausgleichsberechtigten der Fall ist.

45 Auf dieses Problem weist auch Rakete-Dombek FPR 2009, 272 hin.

46 Vgl. FamRB 2009 Heft 7 Beschluss v. 22.4. 2009 – XII ZB 49/07.

Beispielfall:

Frau Becker hat ein negatives Anfangsvermögen von 20.000,00 €, welches sie während der Ehe abbaut. Zum Ende der Ehezeit hat sie ein positives Endvermögen von 20.000,00 €. Ihr Ehemann hat ein Anfangsvermögen von Null€ sowie ein Endvermögen von 100.000,00 €.

Der Zugewinn bei Frau Becker beträgt 40.000,00 € (Minderung der Schulden sowie Erzielung eines Endvermögens). Der Zugewinn bei Herrn Becker beträgt 100.000,00 €. Eigentlich beträgt der Zugewinnausgleichsanspruch damit $(100.000,00 \text{ €} - 40.000,00 \text{ €}) = 60.000,00 \text{ €} : 2 = 30.000,00 \text{ €}$

Sofern die ausgleichsberechtigte Frau Becker allerdings über ihr Anfangsvermögen Stillschweigen bewahrt, beträgt ihr Zugewinn lediglich 20.000,00 €. Der Ausgleichsanspruch wäre in diesem Fall $100.000,00 \text{ €} - 20.000,00 \text{ €} = 80.000,00 \text{ €}$. Der Ausgleichsanspruch beläuft sich auf 40.000,00 €.

Der Gesetzgeber hat es verabsäumt, eine klare Regelung zur Beweislast zu treffen. Soll in Zukunft etwa dann, wenn ein Ausgleichsberechtigter Ansprüche stellt und der Ausgleichsverpflichtete behauptet, es sei negatives Anfangsvermögen auf der Gegenseite vorhanden, im Zweifel von diesem negativen Anfangsvermögen ausgegangen werden? Der Anspruchsberechtigte müsste ja seinen Anspruch grundsätzlich nachweisen. Andererseits besteht nach wie vor gem. § 1377 BGB die Vermutung, dass das Anfangsvermögen mit Null € anzusetzen ist. Ob die Rechtsprechung auf diese Fälle die Grundsätze der sekundären Darlegungs- und Beweislast ausweitet- wofür einiges spricht-, bleibt abzuwarten.⁴⁷

bb) Trennungszeitpunkt

Völlig überraschend und in den bisherigen Entwürfen gar nicht vorgesehen ist zusätzlich eine Auskunftspflichtung zum Trennungszeitpunkt eingeführt worden. Wahrscheinlich wollte man der vielfach zu beobachtenden Tendenz entgegenwirken, die Zugewinnausgleichsbilanz zwischen dem Trennungszeitpunkt und der Rechtshängigkeit noch zu „schönen“. Damit wurde aber in den Zugewinnausgleichsprozess das juristische trojanische Pferd eingeschleust.

Folgende Fragen stellen sich nämlich insoweit:

(1) Bestimmung des Zeitpunktes der Trennung

Der Trennungszeitpunkt muss nunmehr genau ermittelt werden. Dies ist eine rein theoretische Konstruktion.⁴⁸ Sie ist völlig praxisuntauglich. Niemand kann und wird genau sagen können, an welchem Tag die Parteien sich getrennt haben, vor allen Dingen, wenn die Trennung länger

⁴⁷ In diesem Sinne wohl Rakete-Dombek FPR 2009, 272; Krause ZFE 2009, 55; andeutungsweise auch Brudermüller FamRZ 2009, 1186.

⁴⁸ Rakete-Dombek FPR 2009, 271 meint demgegenüber, das Trennungsdatum sei selten umstritten. Der Verfasser teilt aus seiner Praxis diese Einschätzung nicht. Zumindest wegen der Beweislastregelung in § 1375 Abs. 2 BGB wird der genaue Zeitpunkt der Trennung in Zukunft ein wesentliches Problem in der Bearbeitung zugewinnausgleichsrechtlicher Mandate werden.

zurückliegt. Anders als beim Anfangsvermögen (Heirat) oder beim Endvermögen (Zustellung des Scheidungsantrages) kann ein Tag nicht ermittelt werden. Vor allen Dingen bei wechselnden Vermögenswerten ist jedoch eine taggenaue Bestimmung zwingend notwendig. Aktien, die auf den Stichtag bewertet werden⁴⁹ müssen, hatten z.B. am 10.09.2001 einen anderen Wert als am 15.09.2001. Selbst durch Beweisaufnahmen wird ein genauer Trennungszeitpunkt nicht mehr ermittelt werden können. Schon allein durch den Streit über den Trennungszeitpunkt werden sich Verfahren unendlich hinauszögern. Mit gutem Grund hatte daher auch die BRAK vorgeschlagen, entweder unter Übernahme von § 15 LPartG eine öffentlich beglaubigte Trennungserklärung zuzustellen oder in Anlehnung an Art. 204 II Schweizer ZGB ein Verfahren auf Feststellung des Trennungszeitpunktes durchzuführen.⁵⁰

(2) Belegpflicht

Das gleiche Problem wie beim Anfangsvermögen entsteht bezüglich der Belege. Sie müssten auf den entsprechenden Zeitpunkt genau ermittelt werden (z.B. Kontenguthaben). Gerade bei länger zurück liegenden Zeiträumen werden Belege nur noch schwer beschafft werden können. Dieses Problem gilt auch für laufende Verfahren. Anders als beim Anfangsvermögen besteht bezüglich des Trennungszeitpunktes und der Auskunftspflicht **keine Übergangsregelung**. Selbst für laufende Verfahren wird daher die Auskunft zum Trennungszeitpunkt geschuldet.

(3) Beweislastprobleme

Nach einer Trennung sind die Ressourcen durch die doppelte Haushaltsführung erfahrungsgemäß knapper. Der Gesetzgeber hat an den Vermögensschwund zwischen Trennung und Rechtshängigkeit die Beweislastumkehr §§ 1375 Abs. 2 BGB geknüpft: Ein dazwischen liegender Vermögensverlust ist im Zweifel auf eine illoyale Vermögenshandlung zurückzuführen. Entweder begnügt sich der Verpflichtete damit, dass praktisch der Stichtag für die Vermögensberechnung auf den Trennungszeitpunkt zurückverlegt wird. Alternativ wird er minutiös versuchen, Vermögensbewegungen in diesem Zeitraum darzustellen. Das einfache Prinzip der Stichtagsregelung wird in Zukunft durch das Prinzip der **Auskunft über Zeiträume** unterlaufen werden. Waren bislang die illoyalen Vermögenshandlungen im Sinne von § 1375 BGB kaum Thema von Zugewinnausgleichsverfahren, so werden diese schon allein aufgrund der Beweislastumkehr einer der Hauptstreitpunkte werden.

49 Vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, Kap.1 Rdn. 318; Kogel Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn. 257.

50 BRAK-Stellungnahme 15/2004; vgl. hierzu auch Büte FPR 2009, 284

Die Beweislastumkehr ist i.ü. inkonsequent geregelt. Gilt für den Vermögensschwund zwischen Trennung und Rechtshängigkeit eine Vermutung im Sinne von § 1375 BGB, so ist eine derartige Beweislastumkehr zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft nicht getroffen worden. Weswegen soll insoweit aber eine Unterscheidung gemacht werden?

(4) Abgrenzung Unterrichtung –Auskunft

Eine Unterrichtung wird erfahrungsgemäß von Eheleuten erst dann beansprucht, wenn die Ehe in eine kritische Phase -oftmals Trennung- gerät. Bei der unerwartet eingeführten Auskunft zum Trennungszeitpunkt hat der Gesetzgeber eine Abgrenzung zum Unterrichtungsanspruch nicht vorgenommen. Hat derjenige, der die Auskunft zum Trennungszeitpunkt verlangt, seinen Unterrichtungsanspruch verloren? Man wird dies bejahen müssen, da dies ein Mehr gegenüber dem Unterrichtungsanspruch ist. Wer jedoch lediglich einen Unterrichtungsanspruch geltend macht, kann noch auf das Mehr -Auskunft- ausweichen und die Klage erweitern. Die Unterrichtung ist ein Unterfall des Auskunftsanspruches mit geringeren Anforderungen. Der vorzeitige Zugewinnausgleich wird allerdings nur dann geschuldet, wenn der andere Partner sich beharrlich weigert, eine Unterrichtung vorzunehmen. Besteht man sofort auf einer Auskunftsverpflichtung zum Trennungszeitpunkt, verliert man damit den Unterrichtungsanspruch und „verbaut“ sich die Möglichkeit, den vorzeitigen Zugewinnausgleich gem. § 1385 Ziff. 4 BGB zu verlangen. War dies etwa beabsichtigt? Wohl kaum.

(5) Ausweitung von Verfahren

Ist im Rahmen des Scheidungsverfahrens nun eine Differenz zwischen dem Vermögen zum Trennungszeitpunkt und zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit entstanden, gilt die Vermutung des § 1375 Abs. 2 BGB für die illoyale Vermögensminderung. Konsequenterweise bedeutet dies aber, dass nunmehr der vorzeitige Zugewinnausgleich sofort eingeleitet werden **muss**, wenn davon ausgegangen wird, dass der Gegner den Vermögensschwund nicht erklären kann. Hinzu werden wahrscheinlich noch entsprechende Sicherungsmaßnahmen (Arrest) kommen. Prozesse dieser Art, die bisher Raritäten waren, werden sich explosionsartig vermehren. Der Gesetzgeber hat diese Konsequenz wahrscheinlich überhaupt nicht bedacht.

4) Fazit

Durch diese Auskunftsverpflichtungen im Gesetz mit 12 Auskunftszeitpunkten sowie Belegansprüchen werden die Verfahren nicht gerechter und einfacher gemacht. Es wird vielmehr dazu führen, dass in schwierigen Zugewinnausgleichsverfahren **Rechtsstillstand** eintritt. Wenn man tatsächlich Manipulationen zwischen Trennung und Rechtshängigkeit vermeiden wollte, wäre es praktikabler und

sinnvoller gewesen, sofort mit der Trennung einen Antrag auf Zugewinnausgleich zuzulassen, wie dies z.B. Völlings/Fülbier vorgeschlagen haben⁵¹.

VII.

Fortfall des § 1390 BGB

Ein Dritter, an den unentgeltliche Zuwendungen erbracht wurden, soll danach gesamtschuldnerisch mit dem Ehepartner haften, sofern der auf ihn übertragende Anteil des Vermögens höher ist als die Hälfte des noch verbliebenen Vermögens.

Die jetzige Gesetzesneufassung ist nicht dazu angetan, der Vorschrift in der Praxis besondere Bedeutung zu verleihen. Diese Regelung wird das gleiche Schicksal ereilen wie der frühere § 1390 BGB dies erfahren hat. Sie wurde in der Praxis nie angewandt⁵². Es ist schon merkwürdig, dass ein Bereicherungsanspruch gegenüber dem Dritten mit einem Zugewinnausgleichsanspruch gegenüber dem Ehegatten überhaupt in ein Gesamtschuldverhältnis gesetzt wurde. Eine unentgeltliche Verfügung wird im Übrigen weiterhin vorausgesetzt. Was geschieht aber, wenn eine Teilentgeltlichkeit vorliegt (Beispiel: Das Grundstück wird an den Lebensabschnittsgefährten für einen deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Betrag übereignet.)? Erst recht problematisch ist die letzte Voraussetzung, welche sich auf die Höhe des übertragenen Betrages bezieht.

Folgender **Beispielfall** soll dies deutlich machen:

Der Ehemann hat in Benachteiligungsabsicht kurz vor dem Stichtag von seinem Festgeldkonto in Höhe von 50.000,00 € einen Teilbetrag von 25.100,00 € an seine Freundin übertragen. Insoweit war er „williges Opfer“ ihrer Anstiftung zu dieser Transaktion. Auch bei Rechtskraft der Scheidung verfügte er nur über einen Betrag von 24.9000,00 €. Die Ehefrau verfügte über keinen Zugewinn.

Nach der neuen Gesetzeslage muss der Ehemann nach wie vor 25.000,00 € zahlen. Der Vermögensverfall wird wegen der Arglist nicht berücksichtigt (§ 1378 Abs. 2 BGB).

Wieso soll aber auch die Lebensgefährtin auf diesen **gesamten** Betrag haften, wenn letztlich vorwerfbar nur 100,00 € an sie überlassen wurde? Wären nämlich lediglich 25.000,00 € übertragen worden, wären die Voraussetzungen des § 1390 BGB nicht gegeben. Die Haftung schiede aus. Es ist wenig überzeugend, dass selbst die Überschreitung mit dem kleinsten Betrag, der über der Ausgleichsforderung liegt, zu einer vollen Haftung führen soll⁵³. Zieht man deliktsrechtliche Vorschriften heran (§ 826 BGB), ergäbe sich eine Haftung von lediglich 100,00 €

Die Praxis hat sich in derartigen Fällen beholfen, indem entweder anfechtungsrechtliche Vorschriften

51 Vgl. Völlings/Fülbier, FuR 2003, 9/13.

52 Vgl. Hoppenz, FamRZ 2008, 1893; Brudermüller FamRZ 2009, 1190 FN 42.

53 Kritisch zu diesem Punkt bereits die Stellungnahme des Familienrechtsausschusses des DAV, S. 12.

angewandt wurden. Alternativ wurde auf Deliktsgesetzen, insbesondere § 826 BGB ausgewichen.⁵⁴ Durch den Rückgriff auf das Deliktsrecht werden im Übrigen nicht nur unentgeltliche Zuwendungen an Dritte abgedeckt. Es können hierdurch allgemein Fälle der Arglist sachgerecht entschieden werden.

VIII Zusammenfassung:

50 Jahre lang haben die Vorschriften des Zugewinnausgleichs praxisnahe Verfahrensweisen und Ergebnisse geliefert. Es mag sein, dass in dem einen oder anderen Fall insbesondere beim negativen Anfangsvermögen Unzuträglichkeiten auftreten können. Hierfür allerdings die gesamte Konstruktion des negativen Anfangs- und Endvermögens zu bemühen, zusätzlich dann auch noch 12 Auskunftsansprüche zu konstruieren, wird **theoretisch** zwar zu genaueren Ergebnissen führen. Diese Gerechtigkeitsperfektion hat jedoch ihren Preis: Die bislang relativ einfache Handhabung der Verfahren wird ad acta gelegt. Solches hätte man auch mit einer Allgemeinklausel oder einer Erweiterung des § 1381 BGB praxisnäher erledigen können. Es steht zu befürchten, dass die Gesetzesnovelle in vielen Fällen ihr Ziel, die Rechte des Ausgleichsgläubigers zu stärken, gründlich verfehlen wird. Der Verfasser teilt daher nach den nunmehr vorgenommenen Änderungen ganz und gar nicht die durchaus wohlwollenden Bewertungen der Novelle, die in einer Vielzahl von Abhandlungen bislang vertreten wurden.⁵⁵

54 In diesem Zusammenhang sei verwiesen auf die lehrreiche Entscheidung des OLG Schleswig, FamRZ 1995, 735 Beschluss v. 29.9.1994 - 14 U 138/94, die sich allgemein bei arglistigem Zusammenwirken eines der Ehepartner mit einem neuen Lebensabschnittsgefährten verwenden lässt.

55 vgl. z.B. Brudermüller, FamRZ 2009, 1185; Rakete-Dombek, FPR 2009, 270; Gutdeutsch, FPR 2009, 277; Hoppenz, FamRZ 2008, 1889; Krause ZFE 2009, 55; Koch FamRZ 20081381.